

Den Haag, april 2005

Ministerie van Economische Zaken en
Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties

Onderzoek naar de problematiek Markt en Overheid



Onderzoek naar de problematiek Markt en Overheid

Dit eindrapport is opgesteld door:
PricewaterhouseCoopers Advisory N.V. in samenwerking met
Van Doorne N.V.

20 april 2005

© 2005 PricewaterhouseCoopers Advisory N.V. Uitsluitend de Opdrachtgevers (de ministeries van EZ en BZK) zijn bevoegd om (delen van) de rapportage openbaar te maken. Indien een Opdrachtgever daartoe besluit, vermeldt hij daarbij PricewaterhouseCoopers Advisory N.V. als uitvoerend bureau. Verder mag niets uit deze rapportage openbaar gemaakt worden zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van PricewaterhouseCoopers Advisory N.V.

Bij het opstellen van deze rapportage is de uiterste zorgvuldigheid betracht. De behandeling van de onderwerpen is evenwel niet altijd uitputtend, terwijl tevens na verloop van tijd informatie verouderd of niet meer (volledig) juist kan zijn. PricewaterhouseCoopers Advisory N.V. aanvaardt dan ook geen aansprakelijkheid voor directe of indirecte schade welke ontstaat door gebruikmaking van, het vertrouwen op of handelingen verricht naar aanleiding van de in dit rapport verstrekte informatie, tenzij er aan de zijde van PricewaterhouseCoopers Advisory N.V. sprake is van opzet of daarmee gelijk te stellen grove nalatigheid.

Inhoudsopgave

	Samenvatting	5
1	Inleiding	13
	1.1 Achtergrond	13
	1.2 Aanleiding en onderzoeksdoelen	14
	1.3 Onderzoeksopzet	15
	1.4 Scope van het onderzoek en uitvoering	15
	1.5 Eerste bevindingen na de start van het onderzoek	17
2	Economische analyse M&O problematiek	19
	2.1 Inleiding	19
	2.2 Onderzoeksvragen	19
	2.3 Relevante onderzoeksrapporten	19
	2.4 M&O klachten	22
	2.5 Geselecteerde casussen voor nadere analyse	29
	2.6 Resultaten economische analyse	36
3	Juridische analyse M&O problematiek	39
	3.1 Inleiding	39
	3.2 Onderzoeksvragen	39
	3.3 Wetsvoorstel Wet Markt en Overheid	40
	3.4 Relevante wet en regelgeving	41
	3.5 M&O klachten	46
	3.6 Geselecteerde casussen	47
	3.7 Resultaten juridische analyse	48
4	Conclusies en aanbevelingen	53
	4.1 Inleiding	53
	4.2 Conclusies op economisch terrein	53
	4.3 Conclusies op juridisch terrein	55
	4.4 Aanbevelingen	57
	Bijlagen	
A	Nadere uitwerking juridisch kader	61
B	Verantwoording klachtenbestand	91
C	Nadere uitwerking M&O casussen	97
D	Geraadpleegde literatuur en experts	181

Samenvatting

Aanleiding van het onderzoek

In februari 2004 is door het kabinet een alternatieve aanpak voorgesteld om de markt en overheid (M&O)-problematiek op te lossen (zie TK 2003-2004, 28 050, nr. 7). Kern van de M&O-problematiek is het bestaan van ongelijke concurrentieverhoudingen als gevolg van het inzetten van oneigenlijke voordelen door overheden die als onderneming optreden en ondernemingen die over een bijzondere positie beschikken. Oneerlijke concurrentie en marktverstoring worden in dit onderzoeksrapport als synoniem beschouwd.

In een Algemeen Overleg over de alternatieve aanpak (september 2004) is door het kabinet kenbaar gemaakt dat zij de omvang van de M&O-problematiek nijpend genoeg vindt om een wetsvoorstel in te dienen (zie TK, 2004-2005, 28 050, nr. 9). Met het oog hierop en de terugkerende discussie over de M&O-problematiek hebben de ministeries van EZ en BZK gemeend dat het wenselijk is dat een zo concreet mogelijk beeld wordt gegeven van de gehele M&O-problematiek, zowel economisch als juridisch. In dit onderzoeksrapport wordt enerzijds inzicht geboden in de M&O-problematiek in economische termen en anderzijds in (het gebruik van) de beroepsmogelijkheden van ondernemers tegen oneerlijke concurrentie door de overheid en het eventuele “gat” in de huidige en voorgenomen wet- en regelgeving. De nadruk in dit onderzoek ligt op situaties waarin de overheid of aan haar gelieerde ondernemingen zich al op de markt bevinden met economische activiteiten.

Onderzoeksopzet, aanpak en reikwijdte

Om tot de beantwoording van de onderzoeksvragen te komen hebben wij een beoordeling gemaakt van een aantal relevante onderzoeksrapporten uit de afgelopen jaren en een inventarisatie van de huidige en voorgenomen wet- en regelgeving (analyse van bovenaf). Tevens zijn de door de ministeries van EZ en BZK verzamelde klachten over oneerlijke concurrentie economisch en juridisch geanalyseerd (analyse van onderop). Op basis van deze analyse van het klachtenbestand is een eerste indruk gegeven van de aard van de M&O problemen, de sectoren en de beklagden waarop deze betrekking hebben. Voorts is ervoor gekozen om uit het klachtenbestand een aantal casussen te selecteren die vervolgens aan een nader onderzoek onderworpen zijn. In overleg met de begeleidingscommissie is gekozen voor een analyse van meerdere (12) casussen met enigszins beperkte diepgang - onder andere omdat hiermee een groter gebied van de gehele M&O problematiek kon worden bestreken.

Ten behoeve van deze analyses is op basis van informatie die beschikbaar is in het publieke domein en dossierinformatie bij de het klachtenbestand, onderzocht of er aanwijzingen zijn voor een verstoring van de mededinging door de overheid in het specifieke geval waarop de casus betrekking heeft. Hierbij is ervan uit gegaan dat er sprake is van een verstoring van de mededinging/concurrentie door de overheid als de overheid als marktpartij onder voorwaarden opereert waartegen andere, op de desbetreffende markt opererende commerciële partijen niet in staat zijn te opereren. De gevonden aanwijzingen geven een goede, onderbouwde eerste indicatie, maar vormen geen bewijs.¹ Hiertoe zou nader onderzoek nodig zijn.

De totstandkoming van dit onderzoek is begeleid door een commissie bestaande uit vertegenwoordigers van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG), het Interprovinciaal Overleg (IPO), de Unie van Waterschappen (UvW), de Vereniging Samenwerkende Nederlandse Universiteiten (VSNU), de werkgeversorganisaties MKB-Nederland en VNO-NCW, de Verenigde Nederlandse Afvalondernemingen (VNAO), de Marktonderzoek Associatie (MOA) en de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa). De taak van de commissie was naast het begeleiden van het onderzoek het vaststellen van de feiten. De conclusie en aanbevelingen zijn de verantwoordelijkheid van de onderzoekers.

Alternatieve aanpak

De voorgenomen alternatieve aanpak betreft het opnemen van gedragsregels in de Mededingingswet. In het kabinetsstandpunt is aangegeven dat de beoogde gedragsregels redelijk vergelijkbaar zijn met de gedragsregels uit het wetsvoorstel markt en overheid (zie TK 2001-2002, 28 050, nr. 1-3). Voor overheidsorganisaties zijn de beoogde gedragsregels:

- a Verbod op kruissubsidiëring van economische activiteiten uit collectieve middelen behalve wanneer sprake is van een publiek belang dat anders niet kan worden geborgd;
- b Verbod op functievermenging tussen bestuurlijke taken en economische activiteiten;
- c Verbod op discriminatoir gebruik van – uit publieke taak verkregen - gegevens ten behoeve van eigen economische activiteiten;
- d Verbod op bevoordeling van eigen overheidsbedrijven.

Voor ondernemingen die van overheidswege beschikken over een bijzondere positie zijn de beoogde gedragsregels:

- a Verbod op kruissubsidie uit taken waarmee ondernemingen zijn belast ten gunste van overige economische activiteiten;
- b Verbod op discriminatoir gebruik van de – eventueel uit de bijzondere positie verkregen - gegevens ten gunste van overige economische activiteiten.

¹ Op verzoek van de opdrachtgever kon geen contact worden opgenomen met de klagende c.q. gedupeerde ondernemingen ter verificatie van de klacht of ter verkrijging van additionele informatie.

Conclusies op economisch terrein

De omvang van de marktactiviteiten van de overheid kan als weinig indicatief worden beschouwd voor de verstoring op concurrentieverhoudingen. De ernst van de verstoring is niet zozeer afhankelijk van de omvang, maar veel meer afhankelijk van de aard van de activiteit, de sector waarin deze plaatsvindt en wijze waarop de sector of de markt gestructureerd is. Anders gezegd, de gevolgen voor de mededinging van de aanwezigheid van de overheid in een markt, kunnen op basis van de absolute omvang van de overheidsaanwezigheid alleen niet beoordeeld worden.

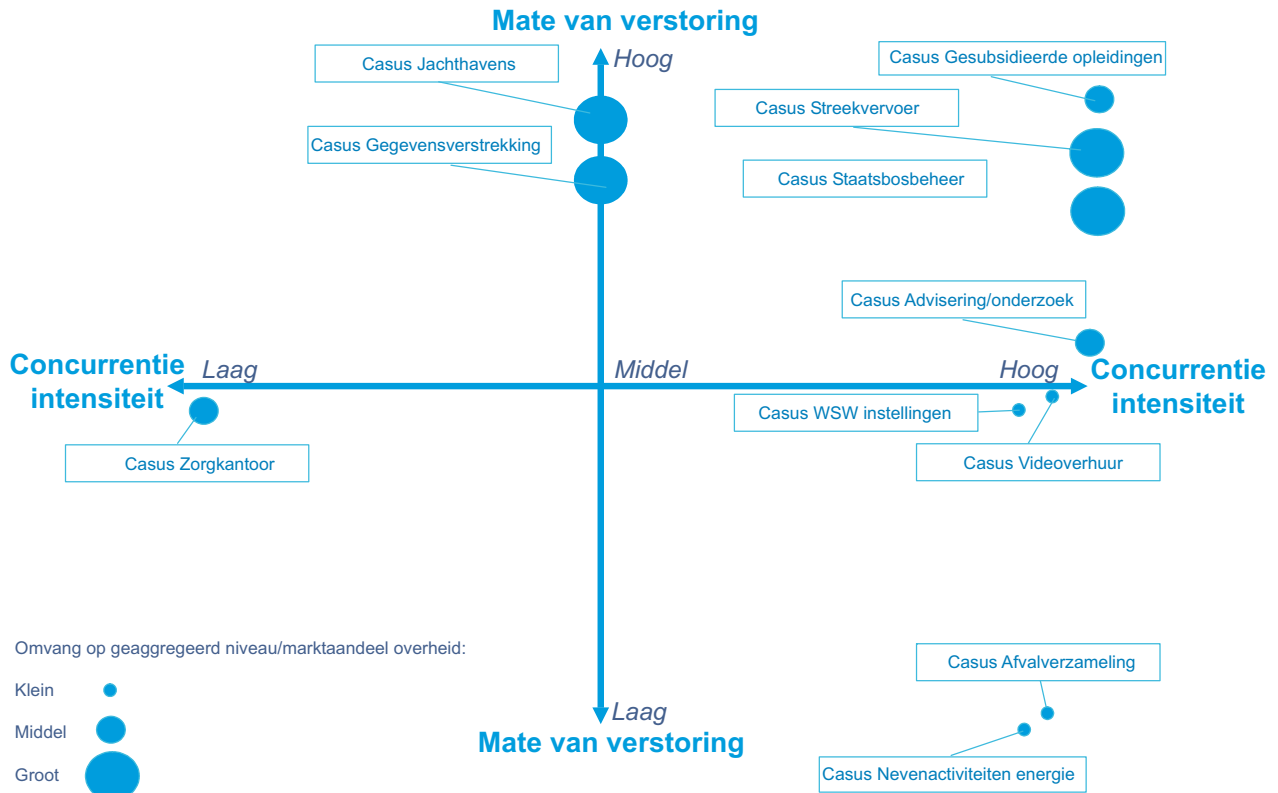
De kans op en de mate van verstoring door de overheid, is met name hoog in markten waar veelal vrije marktwerking en veel concurrentie is (veel aanbieders en homogene producten) en in markten waar concurrentie om de markt plaatsvindt.

Deze verstoringen kunnen op micro niveau, op het niveau van door overheidsingrijpen benadeelde individuele ondernemers, vaak ingrijpende gevolgen hebben. De omvang van de problematiek op geaggregeerd niveau – relatief ten opzichte van de totale omvang van de sector – wisselt sterk van casus tot casus.

In de volgende figuur is een integraal overzicht gegeven van de mate van verstoring en de omvang van de problematiek op geaggregeerd niveau van alle onderzochte casussen². Het is van belang te benadrukken dat het hier een overzicht van de onderzochte casussen betreft op basis waarvan niet zonder meer conclusies kunnen worden getrokken over de mate van verstoring die plaatsvindt in de sector als geheel. Zo zijn bijvoorbeeld in de analyse van de casus 'Afvalverzameling' in de onderzochte financiële en operationele data geen aanwijzingen gevonden voor een verstoring door de overheid – waardoor deze casus in onderstaande figuur met een lage mate van verstoring is aangemerkt – terwijl in de sector afvalverzameling als geheel de mate van verstoring wel degelijk hoog kan zijn door bijvoorbeeld markt afscherming bij verlening van vergunningen.³ Anderzijds zijn de conclusies ten aanzien van de mate van verstoring in de casus 'Jachthavens' wel van toepassing op de sector als geheel.

2 Met uitzondering van de voetnoot inzake OUBR.

3 Er zijn in het klachtenbestand ook klachten aanwezig die hierop wijzen. Deze individuele klachten zijn echter in de uitwerking van de casus niet nader onderzocht.



Opgemerkt moet worden dat in dit onderzoek de nadruk ligt op de verstoring van de mededinging en oneerlijke concurrentie. Dit kan leiden tot verlies aan welvaart. Optreden door de overheid op een markt onder andere voorwaarden dan waartegen commerciële partijen opereren, kan echter ingegeven zijn vanuit een herverdelingsoogmerk. Zo kan bijvoorbeeld het onder de kostprijs verhuren van DVD's en video's door bibliotheken, vanuit een publiek belang wenselijk zijn (bijvoorbeeld lagere prijzen, meer keuze voor de consumenten). Deze effecten op de welvaart vallen, in verband met de beperkte beschikbare tijd en middelen, buiten de reikwijdte van dit onderzoek.

Reeds in een vroeg stadium is door de onderzoekers en de opdrachtgever besproken en geconcludeerd, dat de conclusies van de analyses die in het kader van dit onderzoek zijn uitgevoerd, niet in een getal te vangen zijn. Zo kan bijvoorbeeld de omvang van de overheid in een bepaalde markt een misleidende indicator zijn voor de ernst van de verstoring en kan de verstoring zelf – vanwege de aard van de consequenties die daaruit volgen – zeer lastig en zeker niet volledig in een getal worden uitgedrukt.

Conclusies op juridisch terrein

Mede naar aanleiding van het Algemeen Overleg van 9 september 2004 vormt het verbod op steunmaatregelen het vertrekpunt bij de beoordeling van een eventueel 'juridisch gat'.

Staatssteun

Formeel vallen de meeste klachten binnen de reikwijdte van het verbod op steunmaatregelen (artikel 87 van het EG-Verdrag). Deze conclusie is gebaseerd op de interpretatie van het HvJEG van het begrip 'beïnvloeding van het interstatelijk handelsverkeer'. Op basis van deze interpretatie is ook steun van geringe omvang in staat het interstatelijk handelsverkeer te beïnvloeden. Uitzondering hierop is de zogenaamde de minimis-steun. Dit betreft maatregelen waarvan het bedrag over een periode van drie jaar een plafond van € 100.000 niet overschrijden.

Volgens de interpretatie van het HvJEG is bovendien ook steun die is verleend aan een onderneming die uitsluitend lokale of regionale activiteiten verricht in staat het interstatelijk handelsverkeer te beïnvloeden. De begunstigde onderneming hoeft dus zelf niet deel te nemen aan het interstatelijk handelsverkeer. Overigens kan uit een aantal beschikkingen van de Commissie een engere interpretatie van het begrip worden afgeleid. Op grond van deze interpretatie vallen maatregelen met een lokaal of regionaal karakter mogelijk buiten de reikwijdte van artikel 87 van het EG-Verdrag. Het thans bij het GvEA aanhangige beroep tegen de beschikking van de Commissie inzake de Nederlandse jachthavens zal hierover meer duidelijkheid creëren.

Vanwege het ontbreken van inzicht in de omvang van de de minimis-steun en de engere interpretatie van het begrip 'beïnvloeding van het interstatelijk handelsverkeer' door de Commissie kan het aantal klachten dat niet binnen de reikwijdte van artikel 87 van het EG-Verdrag valt omvangrijker zijn dan de ruime interpretatie van voornoemd begrip door het HvJEG op het eerste gezicht doet vermoeden.

Vervolgens hebben wij onderzocht in hoeverre het gesignaleerde 'juridische gat' wellicht wordt gedicht door andere juridische mogelijkheden.

Misbruik van een economische machtspositie

Voor zover van een steunmaatregel in de zin van artikel 87 van het EG-Verdrag geen sprake is (bijvoorbeeld omdat sprake is van de minimis-steun of van niet op geld waardeerbare voordelen), zijn de activiteiten waarover geklaagd wordt niet in strijd met het thans geldende mededingingsrecht vanwege het ontbreken van een economische machtspositie aan de zijde van de overheid. Voor zover een economische machtspositie kan worden aangetoond, is het door het ontbreken van noodzakelijke informatie moeilijk om te bewijzen dat sprake is van misbruik.

Sectorspecifieke wetgeving

Voor een aantal sectoren is specifieke regelgeving opgesteld die regels bevatten die oneerlijke concurrentie dienen te voorkomen. Hierop kan soms een beroep worden gedaan om M&O-problemen in de betrokken sector aan te pakken. Bij overtreding van deze wetgeving kan een belanghebbende een verzoek om handhaving doen bij het bevoegd gezag wanneer daartoe een specifieke bevoegdheid is toegekend. Is dit niet het geval, dan kan de civiele rechter uitkomst bieden. De sectorspecifieke wetgeving is uit de aard der zaak fragmentarisch en niet in alle gevallen is sprake van een inbreuk op deze wetgeving. Dit geldt met name voor die wetgeving die vage normen voor het verrichten van economische activiteiten bevatten. De betreffende MvT geeft in die gevallen evenmin duidelijkheid.

Aanbestedingsrecht

In die gevallen biedt het aanbestedingsrecht evenmin uitkomst. Ondernemingen die subsidies ontvangen en daardoor in staat zijn lagere prijzen te offeren kunnen niet tot de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten worden uitgesloten. De nieuwe aanbestedingsrichtlijnen bepalen overigens wel dat hun deelname geen concurrentieverstorende invloed mag hebben.

Bestuursrecht

Voor zover de economische activiteiten van de overheid niet door enige wettelijke regeling worden verboden, is de overheid in beginsel vrij om dergelijke activiteiten te verrichten. Deze vrijheid wordt blijkens jurisprudentie van de Hoge Raad begrensd door de in artikel 3:4 van de Algemene wet bestuursrecht gecodificeerde rechtsbeginselen. Overigens betreft dit een marginale toets waardoor alleen sprake is van een schending van dit artikel in die gevallen waarvan vaststaat dat de gevolgen voor een belanghebbende in vergelijking tot de te dienen doelen onevenredig zijn. De jurisprudentie is echter nog niet zodanig uitgekristalliseerd dat kan worden aangegeven wanneer in strijd met artikel 3:4 lid 2 van de Algemene wet bestuursrecht wordt gehandeld.

Burgerlijk recht

Wanneer geen sprake is van een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht waartegen een met voldoende waarborgen omklede administratieve rechtsgang openstaat, kan een ondernemer kiezen voor de weg van een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad bij de civiele rechter. In een dergelijke procedure kan naast schadevergoeding ook een verbod van het desbetreffende overheidshandelen worden geëist. Overigens zal vaak de relativiteitseis in de weg staan aan een succesvolle actie uit onrechtmatige daad, omdat de overtreden norm lang niet altijd strekt ter bescherming van de belangen van de klagende ondernemer.

Overige factoren

Naast ‘wettelijke’ belemmeringen ondervinden klagers eveneens hinder van allerlei andere factoren.

Complicerende factoren zijn de omstandigheid dat het moeilijk is inzicht te krijgen in de financiële betrekkingen tussen de overheid en de openbare bedrijven, alsmede de omstandigheid dat ‘de weg naar het gelijk’ gekenmerkt wordt door allerlei obstakels waardoor het middel erger lijkt dan de kwaal. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan onbekendheid met Europese regelgeving, de complexiteit van die regelgeving, langdurige en ingewikkelde procedures, de omstandigheid dat de rechterlijke macht onwettig is Europese regelgeving toe te passen en de omstandigheid dat ondernemers de overheid niet tegen zich in het harnas wil laten jagen (don’t bite the hand that feeds you’).

Samenvattend beeld

Op basis van de huidige stand van zaken blijkt uit ons onderzoek dat er formeel gezien een beperkt ‘juridisch gat’ lijkt te bestaan. Dit is het geval voor de minimis-steun, voor steunmaatregelen die het interstatelijk handelsverkeer niet beïnvloeden en voor niet op geld waardeerbare voordelen, zoals bijvoorbeeld functievermenging. Bovendien zijn er aanwijzingen dat materieel gezien het ‘juridisch gat’ omvangrijker lijkt. Dit is met name het gevolg van het niet optimaal (kunnen) benutten van de bestaande rechtsmogelijkheden.

Aanbevelingen

Om de in de alternatieve aanpak voor markt en overheid voorgestelde beoogde norm voor het verrichten van economische activiteiten door overheden en openbare bedrijven af te kunnen dwingen, is actie noodzakelijk. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan aanvullende wetgeving die de bevoordeling van zowel publieke als private ondernemingen door de overheid op welke wijze dan ook regelt. Ook kan, eventueel in aanvulling hierop, worden gedacht aan het intensiveren van de voorlichting over de Europese staatssteunregels en andere relevante regels.

Verder blijkt uit ons onderzoek dat de bewijspositie van klagers zeer lastig is vanwege de omstandigheid dat het moeilijk is om inzicht te verkrijgen in de financiële betrekkingen tussen de overheid en de openbare bedrijven. Teneinde het toezicht op de naleving van de aanvullende wetgeving effectief te doen zijn, is inzicht in die betrekkingen noodzakelijk. De Transparantierichtlijn en de artikelen 25a e.v. van de Mededingingswet bieden daarvoor te weinig handvatten. De transparantiebepaling in de ontwerpbesluiting van de Commissie ten aanzien van compensaties voor het verrichten van een dienst van algemeen economisch belang zal hierin slechts gedeeltelijk voorzien. Overwogen

zou kunnen worden de relevante bepalingen van de Mededingingswet beter te laten aansluiten bij de tekst van de Transparantierichtlijn. De richtlijn bevat niet alleen regels voor OUBR en DAEB, maar ook voor openbare bedrijven. Verder kan overwogen worden de tekst van artikel 25d van de Mededingingswet (uitzonderingen) aan te passen, zodat meer OUBR, DAEB en openbare bedrijven binnen de reikwijdte van de artikelen 25a e.v. van de Mededingingswet vallen.

Direct na de start van het onderzoek hebben wij een aantal interessante bevindingen gedaan (zoals beschreven in paragraaf 1.5) die aanleiding geven tot de onderstaande proces- en beheersmatige aanbevelingen (a tot en met d). Indien deze aanbevelingen worden opgevolgd zal onzes inziens vervolgens een nog eenduidiger en transparanter beeld ontstaan van de M&O-problematiek in Nederland.

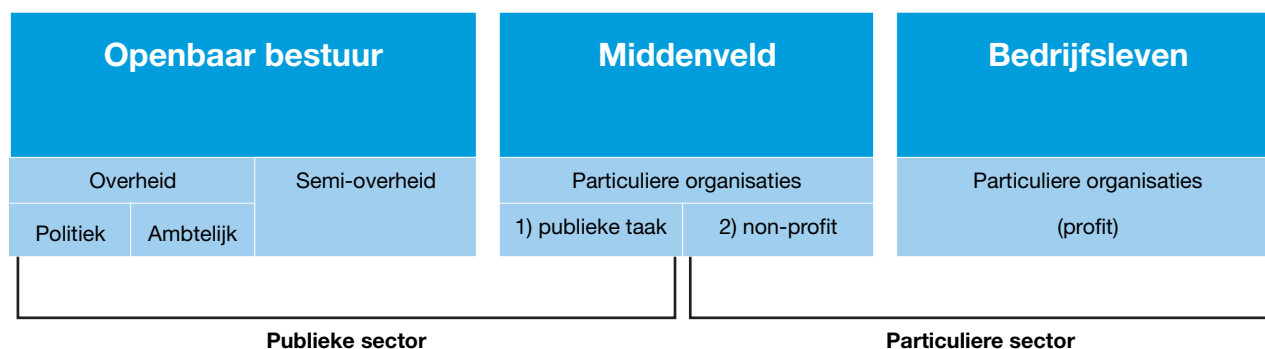
- a De inrichting van één klachtenloket voor mogelijk gedupeerde ondernemers en een verbetering van de voorlichting aan zowel overheden als ondernemers (oplossen coördinatieprobleem);
- b Een forse verbetering van de eerste beoordeling en de verdere dossiervorming van de klachten door de organisatie waar het klachtenloket wordt ondergebracht;
- c Het opzetten van een periodiek overleg tussen het Ministerie van Economische Zaken en de brancheverenigingen over de voortgang in het M&O-dossier (vergelijkbaar met het recent geïnitieerde overleg voor het oplossen van strijdige regels);
- d De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) dient vaker over te gaan tot het onderzoeken van klachten van mogelijk gedupeerde ondernemers.

1 Inleiding

1.1 Achtergrond

Potentiële marktverstoringen zoals die zich kunnen voordoen als gevolg van de inmenging van de overheid in bepaalde markten, hebben de regering er in oktober 2001 toe gebracht het wetsvoorstel markt en overheid in te dienen. Het doel van dat wetsvoorstel was het creëren van zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen overheden als ondernemer en ondernemingen die van overheidswege over een bijzondere positie beschikken enerzijds en (andere) particuliere ondernemingen anderzijds.

De scheidslijn tussen wat volledig aan de markt kan worden overgelaten en wat de overheid voor haar rekening zou moeten nemen is veelal niet eenduidig. Aan de ene kant van het spectrum is er sprake van een collectief goed en is het aanbod hiervan een publieke taak die de overheid voor haar rekening neemt. Aan de andere kant van het spectrum kan het aanbod van goederen en diensten volledig aan de markt worden overgelaten omdat deze in staat is zonder overheid een maatschappelijk efficiënte allocatie te bewerkstelligen. Tussen beide uitersten zit een groot gebied waar de overheid actief is maar waar ook private spelers opereren. De overheid is in verschillende hoedanigheden (onder andere aanbieder, regulator en/of subsidieverstrekker) in veel verschillende markten actief.



Figuur 1.1 Openbaar bestuur, maatschappelijk middenveld en bedrijfsleven⁴

In dit onderzoek komen diverse soorten overheidsorganisaties naar voren: departementen, RWT's, ZBO's, waterschappen, provincies, gemeenten en staatsdeelnemingen. Maar ook private instellingen en organisaties (waaronder DAEB⁵ en OUBR⁶) die op wat voor wijze dan ook een relatie met de overheid hebben die in potentie de mededinging kan verstoren.

4 U. Rosenthal, A.B. Ringeling e.a., "Openbaar bestuur. Beleid, organisatie en politiek", Samson HD Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn, 1996.

5 DAEB: Diensten van Algemeen Economisch Belang

6 OUBR: Organisaties met Uitsluitende en/of Bijzonder Recht

1.2 Aanleiding en onderzoeksdoelen

In de nota naar aanleiding van het verslag over het wetsvoorstel markt en overheid (april 2002) staat dat het kabinet de omvang van het M&O-probleem nog steeds nijpend genoeg vindt om een wetsvoorstel in te dienen. Met het oog hierop en de steeds weer terugkerende discussie over de M&O-problematiek hebben de ministeries van EZ en BZK gemeend dat het wenselijk is dat een zo concreet mogelijk beeld wordt gegeven van de gehele M&O-problematiek.

Meer in het bijzonder zijn de doelstellingen van het onderzoek⁷:

- 1) Een zo concreet mogelijk beeld geven van de M&O-problematiek, waarbij expliciet inzicht wordt gegeven in:
 - a De typologie van de verschillende M&O-problemen;
 - b De omvang van de verschillende M&O-problemen;
 - c De gevolgen voor ondernemers en maatschappij in brede zin van de onderscheiden M&O-problemen;
 - d Het type overheidsorganisaties of ondernemingen die van overheidswege over een bijzondere positie beschikken (DAEB en OUBR), en waar zich voornamelijk M&O-problemen voordoen.
- 2) Het zicht krijgen op de stappen die ondernemingen die M&O-problemen ervaren ondernemen (of juist niet). Hierbij wordt aandacht gegeven aan de rechtsmogelijkheden die onder andere de Algemene wet bestuursrecht (Awb), het Burgerlijk Wetboek (BW), de aanbestedingsregels, de Mededingingswet, het nationale subsidierecht en de Europese staatssteunregels voor ondernemers.
- 3) Het zicht krijgen op welk deel van de problematiek niet wordt gedekt door de (voorgenomen) Europese (staatssteun)regels, de aanbestedingsregels, de Mededingingswet, het nationale subsidierecht, de Awb en het BW, de Wet Bescherming Persoonsgegevens, de Europese Richtlijn met betrekking tot overheidsinformatie en de conceptgedragscode van de VSNU met betrekking tot het verrichten van marktactiviteiten. Ten slotte zou duidelijk moeten worden in hoeverre de problematiek voortvloeit uit een wettelijke taak, betrekking heeft op een gemeenschappelijke regeling, en al of niet een ondernemingsactiviteit betreft.

7 Probleemstellende notitie EZ september 2004

1.3 Onderzoeksopzet

Om tot de beantwoording van bovenstaande onderzoeksvragen te komen hebben wij, conform de wens van de opdrachtgevers, een onderzoeksopzet gehanteerd waarbij er een economische impactanalyse is gecombineerd met een juridische gap-analyse.

Naast een beoordeling van een aantal gezaghebbende onderzoeksrapporten uit de afgelopen jaren en een inventarisatie van de huidige en voorgenomen wet- en regelgeving (de zogenaamde analyse van bovenaf) zijn de door de ministeries van EZ en BZK verzamelde klachten over oneerlijke concurrentie economisch en juridisch geanalyseerd (de zogenaamde analyse van onderop). Dit heeft geresulteerd in een nadere bestudering van twaalf casussen uit een tiental verschillende sectoren dat representatief wordt geacht voor zowel het klachtenbestand als de beklagden en de typologie van M&O-problemen.

1.4 Scope van het onderzoek en uitvoering

Conform de probleemstellende notitie van het Ministerie van Economische Zaken, zijn in het onderhavige onderzoek als belangrijkste onderzoeksbronnen gehanteerd:

1. De verzameling van klachten verspreid over het Ministerie van EZ, het Ministerie van BZK en de NMa, ten behoeve van de 'analyse van onderop';
2. Eerder uitgevoerde onderzoeken naar de M&O problematiek, ten behoeve van de 'analyse van bovenaf'.

1.4.1 Verzameling van klachten en verwerking tot klachtenbestand

De deelverzamelingen van klachten zijn op verschillende momenten en in verschillende vormen aan de onderzoekers aangeleverd. Het betrof hier deelverzamelingen van klachten in elektronische vorm, op papier, met en zonder achterliggende dossiers, geanonimiseerd en niet-geanonimiseerd, met en zonder beschrijving.

De deelverzamelingen van klachten zijn gebundeld en verwerkt in een elektronisch klachtenbestand, waarvan een deel handmatig in het klachtenbestand ingevoerd, getypeerd en omschreven dienden te worden. Voorts is door de onderzoekers een aantal variabelen aan het bestand toegevoegd ten behoeve van de analyses voor dit onderzoek.

Bij aanvang van het onderzoek bleek de status van verzameling van klachten zodanig, dat hiermee niet zondermeer betrouwbare analyse konden worden uitgevoerd. De verwerking van de verzameling van klachten tot een werkbestand leidde tot een significante inzet, extra op wat op voorhand was begroot. Dit is er dan ook een van de oorzaken van dat de doorlooptijd van het onderzoek verlengd diende te worden.

1.4.2 Selectie en analyse van casussen

Op basis van een analyse van het klachtenbestand is een eerste indruk gegeven van de aard van de M&O problemen, de sectoren en de beklaagden waarop deze betrekking hebben. Voorts is ervoor gekozen om uit het klachtenbestand een aantal casussen te selecteren die aan een nader onderzoek onderworpen zijn. Bij deze selectie diende de vraag zich aan of het wenselijk is slechts enkele casussen bijzonder uitvoerig te analyseren, of juist meerdere casussen verspreid over het klachtenbestand te analyseren met een beperkte diepgang. De opdrachtgever heeft voor de laatste optie gekozen – analyse van meerdere (12) casussen met enigszins beperkte diepgang - onder andere omdat hiermee een groter gebied van de gehele M&O problematiek kon worden bestreken.

Ten behoeve van deze analyses is op basis van informatie die beschikbaar is in het publieke domein en dossierinformatie bij de het klachtenbestand, onderzocht of er aanwijzingen zijn voor een verstoring van de mededinging door de overheid in het specifieke geval waarop de casus betrekking heeft. Op de gebruikte informatie is geen werk verricht dat het karakter draagt van een accountantscontrole of due diligence. Als werkdefinitie voor verstoring van de mededinging is er – conform het uitgangspunt zoals beschreven in de probleemstellende notitie van het Ministerie van EZ⁸ – in dit onderzoek vanuit gegaan dat er sprake is van een verstoring van de mededinging/concurrentie door de overheid als de overheid als marktpartij onder voorwaarden opereert waartegen andere, op de desbetreffende markt opererende commerciële partijen niet in staat zijn te opereren. Voorts is waar mogelijk aangegeven wat de mogelijke effecten zijn indien er een verstoring van de mededinging is, en wat de omvang op geaggregeerd niveau is. De gevonden aanwijzingen geven een goede, onderbouwde eerste indicatie, maar vormen geen bewijs.⁹ Hiertoe zou nader onderzoek nodig zijn.

Voor iedere afzonderlijke casus is conform het onderzoeksvoorstel van PwC de beschrijving van de effecten die naar verwachting optreden in het desbetreffende geval, gestructureerd conform de methodologie van een kosten-batenanalyse en het raamwerk van het structure-conduct-performance model. In de bijlage bij dit rapport is in iedere afzonderlijke uitgewerkte casus een dergelijke beschrijving in tabelvorm bijgevoegd. Afhankelijk van de hoeveelheid informatie en bevindingen, is deze bij de ene casus uitgebreider dan bij de andere.

De scope van dit onderzoek behelst geen kosten-batenanalyse zelf.

-
- 8 Het in probleemstellende notitie beschreven uitgangspunt voor het M&O-probleem luidt dat 'voorkomen moet worden dat overheden vanwege hun specifieke positie op de markt (andere) ondernemers oneerlijk beconcurreren'.
- 9 Op verzoek van de opdrachtgever kon geen contact worden opgenomen met de klagende c.q. gedupeerde ondernemingen ter verificatie van de klacht of ter verkrijging van additionele informatie.

De analyse van de casussen heeft zich primair gericht op het al dan niet aanwezig zijn van een verstoring van de mededinging door de overheid, conform het in probleemstellende notitie beschreven uitgangspunt voor het M&O-probleem dat ‘voorkomen moet worden dat overheden vanwege hun specifieke positie op de markt (andere) ondernemers oneerlijk beconcurreren’. Reeds in een vroeg stadium is door de onderzoekers en de opdrachtgever besproken en geconcludeerd, dat de conclusies van een dergelijke analyse niet in een getal te vangen zijn. Zo kan bijvoorbeeld de omvang van de overheid in een bepaalde markt een misleidende indicator zijn voor de ernst van de verstoring en kan de verstoring zelf – vanwege de aard van de consequenties die daaruit volgen – zeer lastig en zeker niet volledig in een getal worden uitgedrukt

1.5 Eerste bevindingen na de start van het onderzoek

Direct na de start van het onderzoek hebben wij een aantal eerste relevante bevindingen gedaan:

- a Het door de ministeries van EZ (inclusief NMa) en BZK aangeleverde klachtenbestand bleek ongestructureerd en de dossiervorming verschilde sterk per klacht. Een groot aantal klachten was hierdoor onbruikbaar voor verdere economische en juridische analyse.
- b Uit de spreiding van de klachten zoals opgenomen in het klachtenbestand blijkt dat er meerdere loketten zijn waar mogelijk gedupeerde ondernemers terecht kunnen met hun klachten. Daaruit blijkt voorts dat er sprake is van een coördinatieprobleem en een grote behoefte aan voorlichting.¹⁰
- c Een eerste analyse van de klachten maakte duidelijk dat de opvolging van de klachten in veel gevallen te wensen over heeft gelaten. Een veelal opgevoerde verzachtende omstandigheid was het ontbreken van een concreet toepasbaar instrumentarium en daarom werd veelvuldig verwezen naar de verwachte inwerkingtreding van het wetsvoorstel markt en overheid.¹¹
- d Gesprekken met branchevertegenwoordigers uit het bedrijfsleven en van hen afkomstige correspondentie aan achtereenvolgende kabinetten gaven aan dat de toen geïdentificeerde probleemsectoren thans nog steeds worden opgevoerd.

10 In de evaluatierapporten van Bureau Bartels (Evaluatie van de aanwijzingen inzake het verrichten van marktactiviteiten door organisaties binnen de overheid (oktober 2001), Evaluatie van de aanwijzingen, tweede fase (november 2002) is een fors aantal aanbevelingen opgenomen over het klachtenmanagement, zowel ten aanzien van de organisatie als de uitvoering van het klachtenmanagement.

11 Uit de evaluaties van Bureau Bartels komt naar voren dat het overgrote deel van de klachten van gedupeerde ondernemers niet onder de reikwijdte van de Aanwijzingen valt en veelal betrekking heeft op decentrale overheden.

2 Economische analyse M&O problematiek

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat de economische analyse van de M&O-problematiek centraal. Achtereenvolgens zullen de volgende onderdelen aan bod komen: onderzoeksvragen (2.2), een analyse van relevante onderzoeksrapporten (2.3), een beschrijving van de M&O-klachten (2.4), analyse van de geselecteerde casussen (2.5) en de resultaten van de economische analyse (2.6).

2.2 Onderzoeksvragen

De onderzoeksvraag (en onderliggende deelvragen) die in dit hoofdstuk wordt behandeld is de volgende: geef een zo concreet mogelijk beeld van de M&O-problematiek, waarbij expliciet inzicht wordt gegeven in:

- a De typologie van de verschillende M&O-problemen.
- b De omvang van de verschillende M&O-problemen.
- c De gevolgen voor ondernemers en maatschappij in brede zin van de onderscheiden M&O-problemen.
- d Het type overheidsorganisaties of ondernemingen die van overheidswege over een bijzondere positie beschikken (DAEB en OUBR), en waar zich voornamelijk M&O-problemen voordoen.

2.3 Relevante onderzoeksrapporten

De bestaande inzichten over de omvang van de M&O-problematiek zijn in het bijzonder gebaseerd op drie hieronder genoemde onderzoeksrapporten van Atos KPMG Consulting (hierna AKC) uit de jaren 2002 en 2003. In deze drie rapporten wordt het beeld geschetst van een overheid die zich nadrukkelijk in marktsectoren beweegt:

- a Marktactiviteiten van gemeenten, provincies en waterschappen (april 2002).
- b Overheidsbedrijven in Nederland (december 2002).
- c Onderzoek naar risico's op kruissubsidiëring en functievermenging bij gemeenten, provincies en waterschappen (oktober 2003).

In aanvulling op deze rapporten zijn er nog drie relevante onderzoeksrapporten in het verleden verschenen. Het betreft achtereenvolgens een onderzoek van het Economisch Instituut voor Midden- en Kleinbedrijf (EIM)¹² en de twee eerder genoemde evaluatierapporten van het Bureau Bartels.

Het EIM kwam in haar rapport tot de conclusie dat de totale economische effecten van concurrentievervalsing door de publieke ondernemingen in 1996 naar schatting € 1,6 tot € 2,8 miljard bedroegen. Het ging hierbij niet om éénmalige welvaartsverliezen maar om welvaartsverliezen die bij ongewijzigd beleid jaarlijks zouden optreden. De geconstateerde welvaartsverliezen waren volgens EIM vooral een gevolg van een minder efficiënte productiewijze. Ook kruissubsidiëring werd genoemd als een belangrijke oorzaak van welvaartsverlies.

De twee rapporten van Bureau Bartels geven aanleiding tot de veronderstelling dat het aantal klachten slechts 'het topje van de ijsberg' betreft. Zo werd in het rapport uit november 2001 vermeld dat een deel van de bij de werkgeversorganisaties bekende klachten niet meegenomen konden worden, omdat de feitelijke klagers zich niet 'bloot' wilden geven. Er wordt zelfs opgemerkt dat het onder het bedrijfsleven aanwezige ongenoegen over 'bijklussende overheden' wellicht aanzienlijk groter is dan feitelijk aan het licht komt¹³.

Een mogelijk versturende werking van deze marktactiviteiten is in de afgelopen jaren dus deels benoemd, maar vooralsnog grotendeels ongrijpbaar gebleken. Vandaar dat tijdens een Algemeen Overleg in de Tweede Kamer op 9 september 2004 opnieuw de vraag werd gesteld in hoeverre er nu eigenlijk sprake is van een probleem. De minister van Economische Zaken gaf in zijn reactie aan dat het probleem voor de gemeenten wellicht niet zo groot is, maar voor het MKB en de samenleving in brede zin echter wel. Bedrijven kunnen van de markt worden gedrukt en gaan wellicht failliet.

In het rapport Overheidsbedrijven in Nederland (2002) wordt een bedrag van ongeveer € 25 miljard genoemd als zijnde de omvang van de marktactiviteiten van overheidsbedrijven. In combinatie met het bedrag van ongeveer € 2,5 miljard aan marktactiviteiten van decentrale overheden (zie rapport AKC Marktactiviteiten van gemeenten, provincies en waterschappen, 2002) komt dit neer op een totaalbedrag van € 27,5 miljard aan marktactiviteiten. Echter, in dit totaalbedrag ontbreken niet alleen de gegevens voor de rijksoverheid en de publiekrechtelijke ZBO's maar ook de gegevens van een groot aantal diensten van algemeen economisch belang (DAEB) en organisaties met een uitsluitend en/of bijzonder recht (OUBR).

12 EIM, "Economische effecten van concurrentievervalsing door organisaties met exclusieve marktrechten", 1998.

13 Gesprekken met experts en branche vertegenwoordigers in dit onderzoek versterken deze aanname.

Het is daarom zinvoller om als eerste aangrijpingspunt voor de M&O-problematiek uit te gaan van het totaalbedrag dat jaarlijks omgaat in rechtspersonen met een wettelijke taak (RWT). De Algemene Rekenkamer becijfert dit op ongeveer € 109 miljard¹⁴. De belangrijkste reden om dit bedrag te gebruiken ligt in de grote overlap tussen enerzijds RWT's en anderzijds ZBO's, DAEB's en OUBR's. Het voorlopige totaalbedrag dient te worden bijgesteld met gegevens over marktactiviteiten van de rijksoverheid, de decentrale overheden (€ 2,5 miljard), staatsdeelnemingen en DAEB's en OUBR's die niet onder te brengen zijn in de voorgaande categorieën.

Ook deze (nieuw gedefinieerde) omvang van de marktactiviteiten kan als weinig indicatief worden beschouwd voor de verstoring van concurrentieverhoudingen. De ernst van de verstoring is niet zozeer afhankelijk van de omvang, maar veel meer afhankelijk van de aard van de activiteit, de sector waarin deze plaatsvindt en wijze waarop de sector of de markt gestructureerd is.

Uit het rapport dat handelt over de risico's op kruissubsidiëring en functievermenging (2003) komt naar voren dat voor het gehele bedrag aan economische activiteiten (€ 2,5 miljard euro) in toenemende mate risico's bestaan op kruissubsidiëring. Voor de helft van dit bedrag bestaan er in toenemende mate risico's op functievermenging. Uit een recent verschenen rapport van Atos Consulting¹⁵ komt naar voren dat de decentrale overheden zich inspinnen om de voornoemde risico's op het gebied van kruissubsidiëring terug te dringen door in ieder geval een boekhoudkundige scheiding aan te brengen voor de verschillende activiteiten. Een organisatorische of zelfs juridische scheiding van activiteiten (gekoppeld aan een zuivere kostentoerekening) kan de risico's op kruissubsidiëring nog verder doen afnemen. De boekhoudkundige scheiding van activiteiten maakt dit jaar deel uit van de accountantscontrole bij gemeenten en provincies over het jaar 2004.

In de analyse van casussen in ons onderzoek gaat het om de aanwezigheid en de aard van de verstoring en niet zozeer om de oorzaak of mogelijke oplossing hiervan.

14 Tweede Kamer, vergaderjaar 2003-2004, 29 450, nrs.1-2.

15 Atos Consulting, "Onderzoek naar de kosten van de aanpassing van de administratie als gevolg van de gedragsregel 'verbod op kruissubsidiëring'", januari 2005.

2.4 M&O klachten

2.4.1 Totstandkoming klachtenbestand

De basis van voor de economische analyses is het elektronische klachtenoverzicht zoals ontvangen van het Ministerie van Economische Zaken. Dit klachtenoverzicht bevatte in totaal 330 klachten, waarvan 11 aangeleverd door het Ministerie van BZK en 319 door het Ministerie van EZ. Vervolgens zijn twee sets met klachten aangeleverd door de NMa over het jaar 2003 (in niet-elektronische vorm) en in een later stadium over het jaar 2004. De klachten afkomstig van de NMa over het jaar 2003 zijn handmatig in het klachtenbestand ingevoerd en getypeerd en omschreven. Het aantal klachten kwam daarmee uit op 397.¹⁶ Het initiële bestand zoals aangeleverd door het Ministerie van EZ bevatte een klachtnummer, een beschrijving¹⁷, het jaar, de adressant¹⁸, de klager en de beklagde. Voorts is door PwC een aantal variabelen aan het bestand toegevoegd ten behoeve van de analyses voor dit onderzoek. In bijlage B is een overzicht gegeven met een nadere verantwoording van deze variabelen en het klachtenbestand.

De omschrijving van de klacht zoals opgenomen in het bestand is zoals die gepercipieerd is door de klager en beschreven in het bestand. Op verzoek van de opdrachtgever kon geen contact worden opgenomen met de klagende / gedupeerde ondernemingen ter verificatie van de klacht of ter verkrijging van additionele informatie.

Voorts is het goed denkbaar dat er sprake is van een selectie-bias op verschillende niveaus. Ten eerste bevat het bestand veelal klachten die niet direct of indirect hebben geleid tot een mededingingszaak, staatssteunzaak of rechtszaak. Het kan derhalve zijn dat het met name klachten betreft over problemen waarvoor voor de klager onduidelijk is welke (rechts)mogelijkheden er zijn. Hierdoor kan er een selectie-bias zijn ten aanzien van de aard en het type klacht/probleem. Ten tweede kan niet uitgesloten worden dat er een selectie-bias is op het niveau van de klager. Zo is het denkbaar dat grotere en meer professionele organisaties de M&O-problemen die zij ervaren op een andere wijze ter bedde brengen - in bijvoorbeeld meer informele sfeer - of juist eerder geneigd zijn direct formele juridische stappen te ondernemen. Deze opmerkingen raken aan de kwestie van representativiteit van het klachtenbestand.

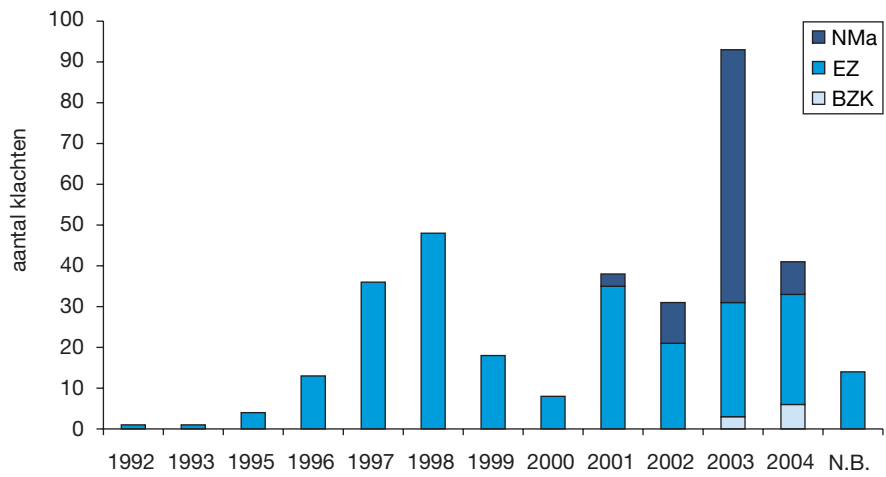
16 De NMa klachten over het jaar 2004 zijn niet meegenomen in de statistische analyses op het bestand omdat deze ter beschikking werden gesteld nadat de analyses reeds waren aangevangen. Wel zijn deze klachten alsnog meegenomen in de tabellen en grafieken zoals die in dit rapport zijn weergegeven. Tevens zijn de NMa klachten 2004 betrokken bij de selectie van de te analyseren klachten, zoals uitgewerkt in paragraaf 2.4 en bijlage C bij dit rapport.

17 Veelal een korte beschrijving van één, soms enkele zinnen en soms enkele woorden. Door het Ministerie van EZ geleverde dossiers bevatte voor een aantal klachten meer informatie.

18 De organisatie die de klacht heeft ontvangen.

De vraag of het klachtenbestand representatief is voor de werkelijke M&O problematiek valt buiten de scope van dit onderzoek en hierover worden dan ook geen uitspraken gedaan.

De klachten hebben betrekking op een periode van 1992 tot en met 2004. De figuur op de volgende pagina laat de verdeling van klachten over deze jaren zien.



Figuur 2.1: klachten naar beklagde en in de tijd

De tabel op de volgende pagina laat de verdeling van klachten in het bestand zien naar economische en mededingingsrechtelijke aard van de klacht. Ten aanzien van de categorieën staatssteun, level playing field en misbruik dominante positie en kruissubsidiëring zijn de volgende opmerkingen van belang. In veel gevallen liggen klachten die als staatssteun of als level playing field zijn aangemerkt dicht tegen elkaar aan. Level playing field is aangemerkt als een soort 'restcategorie'. Veel klachten omtrent de overheid die een marktpartij economisch bevoordeelt boven andere marktpartijen zijn aangemerkt als staatssteun, voor zover op voorhand niet kon worden uitgesloten dat er geen effect op het interstatelijk handelsverkeer is. In het geval dat dit met grote mate van zekerheid wel kon worden uitgesloten, zijn de desbetreffende klachten gecategoriseerd als level playing field.

Aard van de klacht	# klachten	%
Staatssteun	98	30%
Misbruik dominante positie en kruissubsidiëring	54	17%
Aanbesteding	45	14%
Level playing field	38	12%
Functievermenging	36	11%
Verticale binding	9	3%
Aanwijzing	8	2%
Toetredingsbarrières	7	2%
Inkoopmacht	4	1%
Predatory pricing	3	1%
Concentratietoezicht	2	1%
Prijstdiscriminatie	2	1%
Prijskartel	1	0%
Privaatrechtelijk	1	0%
WTO afspraken	1	0%
Onbekend	15	5%
Totaal	324	100%

Tabel 2.1: aard van de klachten in het bestand

Voorts dient opgemerkt te worden dat een aantal klachten over kruissubsidiëring op inhoudelijke gronden ook als staatssteun zou kunnen worden aangemerkt, of vice versa. In dergelijke gevallen is als leidend genomen de typering voor zover die door de klager geduid wordt en direct uit de beschrijving van de klacht volgt. Derhalve kan gesteld worden dat deze categorieën op het eerste gezicht dicht tegen elkaar aanliggen en soms overlap vertonen. Dit dient dan ook bij de interpretatie van de gepresenteerde gegevens in overweging te worden genomen. Bij de nadere analyse van de cases is de werkelijke aard van het desbetreffende M&O-probleem scherper in kaart gebracht.

Toetredingsbarrières vormen een niet veel voorkomende klachtenbron. Een mogelijke toetredingsbarrière is bijvoorbeeld de prijs die de overheid op een markt hanteert die lager is dan waartegen een private aanbieder kan aanbieden. De overheid kan in staat zijn tegen lagere prijzen aan te bieden bijvoorbeeld omdat zij met lagere kapitaallasten geconfronteerd worden dan een private aanbieder. In een dergelijk geval vormt de prijs die de overheid vraagt een toetredingsbarrière voor potentiële toetreders tot die markt. Het zijn in het klachtenbestand veelal klachten van zittende partijen, en het is zeer wel mogelijk dat er sprake is van een ondervetegenwoordiging van de problematiek zoals die zich voordoet voor potentiële toetreders, met name in de vorm van toetredingsbarrières.

Een verdeling van klachten naar beklagden (op basis van een bestuursrechtelijke indeling) geeft het volgende beeld:

Beklaagde	# klachten	%
Gemeente	134	41%
Departement	68	21%
Rechtspersoon met een wettelijke taak (RWT)	59	18%
Staatsdeelneming	17	5%
Provincie	15	5%
Privaat	6	2%
Waterschap	6	2%
Zorginstellingen	6	2%
Energie Distributie Bedrijf (EDB)	5	2%
Zelfstandig Bestuurs Orgaan (ZBO)	3	1%
Publiekrechtelijke Bedrijfs Organisatie (PBO)	1	0%
Overige en onbekend	4	1%
Totaal	324	100%

Tabel 2.2: verdeling naar beklagden in bestand

2.4.2 Klachtenbestand en inzicht in M&O-problematiek

Onderstaande tabel geeft een overzicht van de verdeling van de klachten over de sectoren. De tabel laat zien dat veel klachten betrekking hebben op die sectoren waar veelal sprake is van vrije marktwerking en waarvan over het algemeen geldt dat de overheid in die sectoren – relatief – niet sterk vertegenwoordigd is (advies- en commerciële diensten en horeca, vrije tijd en vermaak). De economische verklaring hiervoor is dat de (potentiële) versterking van de mededinging groter is, naarmate er sprake is van meer marktwerking.

Sector	# klachten	%
Advies en Commerciële Dienstverlening	63	18%
Horeca, Vrije Tijd en Vermaak	48	14%
Bouw en Onroerend Goed	37	11%
Onderwijs	30	10%
Transport	27	8%
Media en Telecom	25	7%

(vervolg)

Sector	# klachten	%
Onderzoek en Ontwikkeling	22	6%
Diversen	14	4%
Zorg	11	3%
Energie en Water	10	3%
Afvalverwijdering	9	3%
ICT	8	2%
Uitzendbranche	6	2%
Industrie	5	1%
Post	5	1%
Brandweer	3	1%
Verzekeringen	3	1%
Beveiliging	1	0%
Schoonmaak	1	0%
Onbekend	17	5%
Totaal	346	100%

Tabel 2.3: overzicht van de verdeling van de klachten over de sectoren

Deze bevinding geeft aan de M&O-problematiek niet zondermeer beoordeeld kan worden op basis van de omvang van de overheid in termen van totale omzet of marktaandeel. Bovenstaande is zelfs een aanwijzing dat M&O problemen zich juist daar voordoen, waar de overheid opereert in een markt waar veel commerciële partijen actief zijn en waar de omvang van de overheid en het marktaandeel beperkt is. Het is van belang dat de resultaten van eerdere onderzoeken onder andere naar de omvang van overheidsactiviteiten – zoals het rapport van AKC (2002) – in dit licht worden gezien, zodanig dat op basis van de omvang of het marktaandeel van de overheid geen eenduidige conclusies kunnen worden getrokken over de verstoring en het welvaartsverlies dat daarmee wordt veroorzaakt. Er wordt – conform het uitgangspunt zoals beschreven in de probleemstellende notitie van het Ministerie van EZ¹⁹ – in dit onderzoek vanuit gegaan dat er sprake is van een verstoring van de mededinging/concurrentie door de overheid als de overheid als marktpartij onder voorwaarden opereert waartegen andere, op de desbetreffende markt opererende commerciële partijen niet in staat zijn te opereren.

19 Het in de probleemstellende notitie beschreven uitgangspunt voor het M&O-probleem luidt dat 'voorkomen moet worden dat overheden vanwege hun specifieke positie op de markt (andere) ondernemers oneerlijk beconcurreren'.

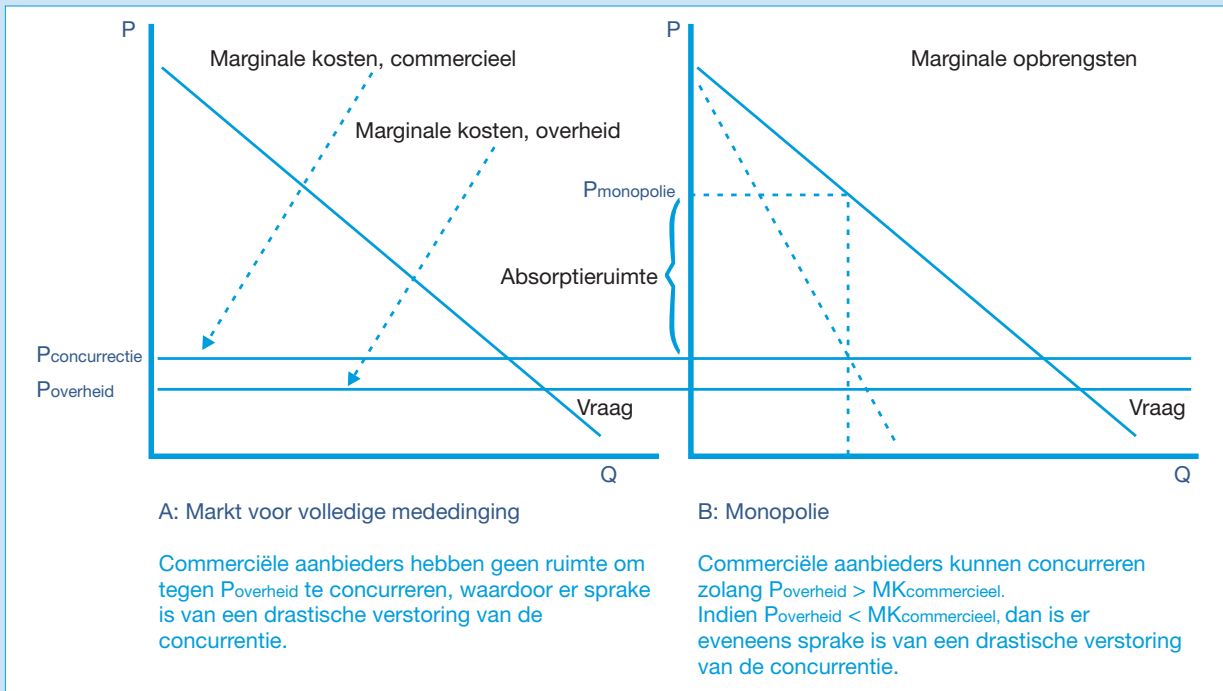
Een hypothetisch voorbeeld van de relatie tussen de mate van verstoring en concurrentie-intensiteit op de markt kan gegeven worden door de toetreding of aanwezigheid van een overheidsbedrijf op een sterk competitieve markt in vergelijking met toetreding op een minder competitieve markt (monopolistisch of oligopolistisch), waarbij we veronderstellen dat het overheidsbedrijf in staat is tegen lagere kosten te opereren (bijvoorbeeld omdat zij lagere kapitaallasten kent) dan haar private concurrenten. Op een competitieve markt geldt dat voor de private aanbieders de prijs als gevolg van hevige concurrentie vrijwel gelijk is aan de marginale kosten. Toetreding of aanwezigheid van het overheidsbedrijf met lagere marginale kosten en een lagere prijs, maakt het voor veel zittende aanbieders op termijn onaantrekkelijk om te blijven produceren en zij verlaten de markt. In het extreme geval, werpt het overheidsbedrijf zodanig toetredingsbarrières op dat de markt is verworden tot aanzienlijk minder competitieve markt, zelfs monopolistische markt, daar waar effectieve mededinging mogelijk zou zijn.

In het geval van een oligopolistische markt daarentegen, maken de zittende partijen overwinst en de prijs is hoger dan de marginale kosten. Toetreding door het overheidsbedrijf zou leiden tot lagere prijzen, maar zittende aanbieders hebben – voor zover de overheid niet onder de marginale kosten van de commerciële aanbieders prijst - de ruimte deze additionele concurrentiedruk in een lagere prijs te absorberen. Het kan zelfs zo zijn dat in een monopolistische of oligopolistische markt, de toetreding door de overheid juist de concurrentie bevordert, zolang de prijs die de overheid hanteert niet onder de kostprijs van haar commerciële concurrenten is. Hierbij dient opgemerkt te worden dat dit prijsconcurrentie kan ontlocken, zodanig dat de prijs tendeert naar de marginale kosten. Gegeven de veronderstelling dat de overheid in staat is tegen lagere marginale kosten te opereren, leidt dergelijke prijsconcurrentie tot een prijs waartegen commerciële partijen niet kunnen aanbieden en derhalve tot een verstoring van de mededinging.

Hierbij dient opgemerkt te worden dat de gevolgen in theorie behoorlijk drastisch kunnen zijn – met name in competitieve markten – en dat in de praktijk een dergelijke verstoring lokaal eveneens drastisch kan zijn, maar dat op geaggregeerd niveau de omvang beperkt wordt door bijvoorbeeld capaciteitsbeperkingen.²⁰

20 In de praktijk kan ervan uitgegaan worden dat de overheid - in het geval dat zij in een markt van volledige concurrentie onder de kostprijs opereert en concurrenten de markt verlaten – niet in staat is de gehele markt te voorzien.

Box 2.1: Verstoring van de mededinging in theorie



In markt A (volledig vrije mededinging) is de geldende marktprijs gelijk aan de marginale kosten en wordt er geen overwinst gerealiseerd. Indien de overheid lagere marginale kosten kent – bijvoorbeeld door de inzet van publieke middelen – dan commerciële aanbieders en op de markt opereert met een prijs onder de geldende marktprijs en dus ook onder de marginale kosten van commerciële aanbieders ($P_{\text{overheid}} < P_{\text{concurrentie}} = MK_{\text{commercieel}}$), dan is er sprake van een drastische verstoring van de concurrentie. Commerciële aanbieders zullen in een dergelijke situatie uittreden. Hierbij geldt dat deze verstoring optreedt voor iedere prijs (P_{overheid}) onder de geldende marktprijs, ook al is het verschil marginaal. Bij volledig vrije mededinging ($P_{\text{concurrentie}} = MK_{\text{commercieel}}$) is sprake van een welvaarts-optimale situatie, een verstoring hiervan leidt tot een welvaartsachteruitgang.

In markt B (monopolie) wordt er overwinst gerealiseerd omdat de aanbieder haar dominante positie kan gebruiken. Indien de overheid op de markt opereert met een prijs onder de monopolieprijs en boven de marginale kosten van commerciële aanbieders ($MK_{\text{commercieel}} < P_{\text{overheid}} < P_{\text{monopolie}}$), dan is er sprake van meer concurrentie en een welvaartsverbetering. Een dergelijke prijsstelling door de overheid kan echter prijsconcurrentie ontlokken zodanig dat de prijs tendeert naar marginale kosten en een prijs van de overheid die ligt onder de marginale kosten van commerciële aanbieders ($P_{\text{overheid}} = MK_{\text{overheid}} < MK_{\text{commercieel}}$). In een dergelijke situatie zullen commerciële aanbieders uittreden.

Een belangrijke conclusie die hieruit volgt is dat de gevolgen voor mededinging (en de hiermee gepaard gaande welvaartseffecten) van de aanwezigheid van de overheid in een markt, op basis van de absolute omvang van de overheid alleen niet beoordeeld kan worden. De mate waarin er een verstrend effect uitgaat van de overheid, hangt immers af van de specifieke structuurkenmerken van de markt en de condities waaronder de overheid zich op de markt begeeft.

2.5 Geselecteerde casussen voor nadere analyse

2.5.1 Selectie van casussen

Uit het totale klachtenbestand zijn 12 typen klachten ('casussen') geselecteerd die aan een nadere analyse zijn onderworpen. Deze selectie heeft in samenspraak met de opdrachtgever plaatsgevonden, waarbij de volgende selectiecriteria gehanteerd zijn:

- a Is er voldoende informatie beschikbaar om zowel een economische analyse als een juridische analyse te kunnen uitvoeren;
- b Een evenwichtige spreiding over de sectoren conform de klachten in het klachtenbestand;
- c Een evenwichtige spreiding over de beklagden conform de klachten in het klachtenbestand.

Op basis hiervan zijn de volgende casussen geselecteerd. Deze selectie is voorgelegd en akkoord bevonden door de opdrachtgevers, alvorens tot de analyse is overgegaan. Zoals de tabel laat zien staan de klachten niet op zichzelf, maar betreft het een bundeling van klachten die steeds betrekking hebben op een probleem van dezelfde aard.

Casus	Gerelateerde klachten
Concurrentie tussen commerciële en gemeentelijke afvalinzameling	9 stuks
Gesubsidieerde uitleen van video's, DVD's en kunst door overheidsinstellingen	5 stuks
Activiteiten gemeentes, i.h.b. jachthavens	21 stuks
Gegevensverstrekking door de overheid	9 stuks
Gesubsidieerd (openbaar) vervoer versus niet gesubsidieerd (openbaar) vervoer	9 stuks
Het ontbreken van concurrentie door de instelling van een OUBR of DAEB	2 stuks
Concurrentie door gesubsidieerde opleidingen	21 stuks
Nevenactiviteiten door Staatsbosbeheer	2 stuks
Onderzoek en advies met overheidsgeld	14 stuks
Concurrentie door WSW instellingen	15 stuks
Aanwijzing en uitsluiting in de zorg	4 stuks
Energie en water	2 stuks
Totaal	113 stuks

Tabel 2.4 Geselecteerde casussen en gerelateerde klachten

2.5.2 Analysekamer

Het doel van deze case-analyses is het geven van inzicht in de mate van verstoring van de mededinging door de aanwezigheid van de overheid op de desbetreffende markten. Voorts is aan de hand van een combinatie van het structure-conduct-performance (SCP) raamwerk en het raamwerk voor kengetallen kosten-baten analyses (KKBA) de beschrijving van de effecten van de overheidsaanwezigheid gestructureerd om inzichtelijk te maken wat de aard van de effecten is en op wie de effecten betrekking hebben. In de bijlage bij dit rapport is voor iedere afzonderlijke casus een dergelijke beschrijving in tabelvorm bijgevoegd.

Ten behoeve van deze analyses is op basis van informatie die beschikbaar is in het publieke domein en dossierinformatie bij de het klachtenbestand, onderzocht of er aanwijzingen zijn voor een verstoring van de mededinging door de overheid in het specifieke geval waarop de casus betrekking heeft. Voorts is waar mogelijk aangegeven wat de mogelijke effecten zijn indien er een verstoring van de mededinging is, en wat de omvang op geaggregeerd niveau is. De gevonden aanwijzingen geven een goede, onderbouwde eerste indicatie, maar vormen geen bewijs.²¹ Hiertoe zou nader onderzoek nodig zijn.

De analyse van de casussen heeft zich primair gericht op het al dan niet aanwezig zijn van een verstoring van de mededinging door de overheid, conform het in probleemstellende notitie beschreven uitgangspunt voor het M&O-probleem dat 'voorkomen moet worden dat overheden vanwege hun specifieke positie op de markt (andere) ondernemers oneerlijk beconcurreren'. Reeds in een vroeg stadium is door de onderzoekers en de opdrachtgever besproken en geconcludeerd, dat de conclusies van een dergelijke analyse niet in een getal te vangen zijn. Zo kan bijvoorbeeld de omvang van de overheid in een bepaalde markt een misleidende indicator zijn voor de ernst van de verstoring en kan de verstoring zelf – vanwege de aard van de consequenties die daaruit volgen – zeer lastig en zeker niet volledig in een getal worden uitgedrukt.

2.5.3 Bevindingen

In het navolgende beschrijven wij de conclusies ten aanzien van de verstoring van de markt en de economische impact die op basis van de case-analyses kunnen worden getrokken, onderbouwd en geïllustreerd met een korte schets van enkele casussen. Een volledige beschrijving van de uitgewerkte en geanalyseerde casussen zijn bijgevoegd in bijlage C bij dit rapport. Deze bijlage bevat per individuele casus een beschrijving van de gerelateerde klachten, een beschrijving van de casus en de markt, een analyse van het (mogelijke) M&O-probleem, conclusies ten aanzien van de mate van verstoring en een juridische analyse. Per casus is eveneens een tabel bijgevoegd met een overzicht van de effecten en een kwalificatie van de mate van verstoring.

21 Op verzoek van de opdrachtgever kon geen contact worden opgenomen met de klagende c.q. gedupeerde ondernemingen ter verificatie van de klacht of ter verkrijging van additionele informatie.

De klachten in het klachtenbestand kunnen ingedeeld worden in twee categorieën die qua economische implicaties wezenlijk verschillend zijn:

- a Klachten die betrekking hebben op verstoring van concurrentie door de overheid. De aanwezigheid of het ingrijpen op een bepaalde markt door de overheid kan verstoring werken. Er is sprake van (gepercipieerde) verschillen in voorwaarden waaronder aanbieders op een markt concurreren en dit leidt veelal tot oneerlijke concurrentie. Het kan hierbij gaan om concurrentie op de markt en concurrentie om de markt.
- a Klachten die betrekking hebben op het voorkomen van concurrentie door ingrijpen van de overheid. De overheid vormt en handhaaft wettelijke barrières die voorkomen dat op een markt concurrentie kan plaatsvinden. Veelal is op deze markten de overheid – of een door de overheid aangewezen partij – de enige aanbieder en worden andere aanbieders niet toegelaten, ondanks dat deze zich wel aandienen. Deze markten kunnen worden gekarakteriseerd als een institutioneel monopolie. In het klachtenbestand gaat het om een zeer beperkt aantal klachten dat hierop betrekking heeft. Aangezien het van overheidswege een keuze is dat er op deze markten geen concurrentie plaatsvindt, vindt er ook geen verstoring van concurrentie plaats. Wel dient hierbij opgemerkt te worden dat de afwezigheid van concurrentie en de economische winst ('bovennormale winsten') die de onderneming op deze markt realiseert, door middel van kruissubsidiëring aangewend kan worden om de positie op andere, (veelal) aanverwante markten te verstevigen. Voorts dient de vraag zich aan of (de introductie van) concurrentie op dergelijke markten tot een maatschappelijk meer wenselijke uitkomst leidt in vergelijking tot de huidige situatie. De beantwoording van deze vraag valt buiten de reikwijdte van dit onderzoek.

2.5.4 Conclusies ten aanzien van verstoring van concurrentie

Uit de analyse van de casussen kan een aantal algemene conclusies worden getrokken ten aanzien van verstoring van de concurrentie door de overheid, te weten:

- a De kans op en de mate van verstoring is met name hoog op:
 - i markten waar veelal vrije marktwerking en veel concurrentie is en waarvan over het algemeen geldt dat de overheid in die sectoren – relatief – niet sterk vertegenwoordigd is. Deze markten worden veelal gekenmerkt door veel aanbieders en homogene producten;
 - ii markten waar concurrentie om de markt plaatsvindt.

2.37 De waarneming a (i) is consistent met de bevindingen die volgde uit de analyse van het klachtenbestand. Daar kwam onder andere uit naar voren dat veel klachten over verstoring van concurrentie betrekking hebben op markten waar veel concurrentie is, en waar voor de overheid (traditioneel) niet direct een rol weggelegd lijkt te zijn. Waarneming a (ii) kan goed verklaard worden uit het 'alles of niets'-karakter van deze markten. Bij concurrentie om de markt voorzien de 'succesvolle' aanbieders voor een bepaalde periode de gehele markt.

- b De effecten van de verstoring kunnen op micro niveau, op het niveau van door overheidsingrijpen benadeelde individuele ondernemers en bedrijven, vaak ingrijpende gevolgen hebben;
- c De omvang van de problematiek op geaggregeerd niveau – relatief ten opzichte van de totale omvang van de sector – wisselt sterk van geval tot geval.²²
- d In hoeverre de effecten algemeen geldend zijn voor de sector waar de desbetreffende casus deel van uitmaakt, verschilt sterk van casus tot casus. Zo gelden de resultaten van de jachthaven-casus, de gegevensverstrekking-casus en de transport-casus voor de sector in Nederland als geheel, terwijl de resultaten van de afvalverzameling-casus, de video-casus en de opleidingen-casus niet zonder meer als algemeen geldend kunnen worden getypeerd.

Hieronder volgt van deze algemene conclusies een korte beschrijving en onderbouwing /illustratie aan de hand van een korte samenvatting van een aantal casussen. Omwille van de overzichtelijkheid is alleen de uitkomst van de analyse beschreven en wordt voor de uitgebreide onderbouwing van de uitkomst van deze casussen verwezen naar bijlage C bij dit rapport.

Conclusie: Verstoring in markten waar veel concurrentie is

De (potentiële) verstoring van de mededinging en het hiermee gepaard gaande welvaartseffect is groter naarmate er sprake is van meer marktwerking. Op een competitieve markt geldt immers dat voor de private aanbieders de prijs als gevolg van hevige concurrentie tendeeert naar de marginale kosten en dat aanbieders zich nauwelijks kunnen onderscheiden ten opzichte van concurrenten, anders dan op basis van de prijs. De toetreding of de aanwezigheid van het overheidsbedrijf met lagere marginale kosten en een lagere prijs leidt tot aanzienlijke substitutie, en maakt het voor veel zittende aanbieders onaantrekkelijk om te blijven produceren. Zij worden verdrongen door het overheidsbedrijf en verlaten de markt. Markten in transitie behoeven extra aandacht omdat gedurende de transitie naar meer marktwerking de overheid vaak naast commerciële aanbieders opereert en er daardoor risico's zijn op verstoring.

Echter, in het geval van een oligopolistische markt of als er sprake is van meer gedifferentieerde producten, maken de zittende partijen overwinst en is de prijs hoger dan de marginale kosten. Toetreding door het overheidsbedrijf zou leiden tot lagere prijzen, maar zittende aanbieders hebben de ruimte deze additionele concurrentiedruk in een lagere prijs te absorberen.

Bij de afzet van producten of diensten op markten waar de concurrentie intens is, is de prijs veelal de doorslaggevende factor. Een overheidsinstelling die vanwege een BTW voordeel in staat is goedkoper aan te bieden, zal marktaandeel veroveren ten koste van commerciële aanbieders. Commerciële partijen zijn in een dergelijk geval ook niet in staat om bijvoorbeeld door kostenbesparingen hierop in te spelen, aangezien op markten waar al lange(re) tijd effectieve concurrentie aanwezig is bedrijven reeds efficiënt zijn. In de onderstaande boxen worden kort enkele casussen beschreven die de algemene conclusie van verstoring op competitieve markten en markten waarin er sprake is van concurrentie om de markt, illustreren.

22 Met geaggregeerd wordt hier bedoeld uitgedrukt in de totale omvang van de markt of de sector in Nederland.

Staatsbosbeheer (SBB)

Staatsbosbeheer is met zijn bossen leverancier van 37 procent van alle Nederlandse rondhout (kaphout uit bossen). Een aantal jaren geleden is SBB de houtkap in eigen beheer gaan uitvoeren in plaats van aan gespecialiseerde houtkapbedrijven uit te besteden. Deze bedrijven kopen het rondhout op stam, kappen het en verkopen het aan houtverwerkers (bijvoorbeeld bio-energiecentrales). Voorts is SBB zich als inkoper op de markt van rondhout gaan begeven, alwaar zij inmiddels een marktaandeel van 4 procent heeft opgebouwd. In de rondhoutmarkt, waar de grootste 10 ondernemingen een gemiddelde omzet hebben van € 1 miljoen, is SBB met een inkoopwaarde van rondhout van € 1,5 miljoen een grote speler. Omdat SBB naast dit ingekochte hout de beschikking heeft over hout uit eigen bossen, kan zij met afnemers grote contracten aangaan. Voorts zijn er aanwijzingen dat SBB voor hout uit bossen van derden aanzienlijk meer betaalt dan dat zij voor hout uit eigen bos ontvangt. Dit verschil tussen opbrengsten uit eigen hout en de prijs die wordt betaald voor hout dat wordt ingekocht, is een aanwijzing dat er mogelijk of een kruissubsidiëring plaatsvindt of dat er sprake is van prijsdiscriminatie. SBB heeft in een reactie aangegeven dat dit verschil mogelijk wordt verklaard doordat SBB een klein deel op stam inkoop met een lage prijs en het grootste deel als sortiment. De minister van LNV heeft met Staatsbosbeheer afgesproken dat zij voor een nog transparantere kostentoedeling zal zorgdragen door de werkzaamheden die vallen onder artikel 3, lid 6 van de Wet verzelfstandiging Staatsbosbeheer, boekhoudkundig af te splitsen van de overige werkzaamheden. Deze afspraak is te vinden in het volgende kamerstuk: Tweede Kamer, vergaderjaar 2003-2004, 29 659, nr.1 – Evaluatie Wet verzelfstandiging Staatsbosbeheer.

Opleidingen

Veel kortdurende cursussen en opleidingen worden zowel door commerciële als publieke instellingen aangeboden. Hierbij kan gedacht worden aan opleidingen tot beveiligiger, EHBO cursussen, bedrijfshulpverlening, muziekopleidingen, computercursussen, etc.. De markt voor cursussen beveiliging is als case nader onderzocht. De prijs waartegen een commercieel bedrijf de cursus “beveiligiger 2” aanbiedt, is meer dan 2 keer zo hoog als de prijs waarvoor een Regionaal Opleidings Centrum dezelfde cursus aanbiedt. Beide opleidingen leiden tot hetzelfde diploma “Beveiligiger 2”. Dit wezenlijke prijsverschil tussen de commerciële en publieke opleidingen is een aanwijzing dat er een verstoring van de concurrentie plaatsvindt. Hierbij dient wel opgemerkt te worden dat de voorwaarden waartegen het ROC opereert, de toegankelijkheid verhoogt en daarmee op korte termijn bijdraagt aan een verhoogd gemiddeld opleidingsniveau.

Topografische kaart

De Grootchalige Basiskaart Nederland (GBKN) is ontwikkeld op kosten van de deelnemers (gemeenten, ministeries, energiebedrijven) en is een zeer gedetailleerde topografische kaart van Nederland. De deelnemers hebben als doel het promoveren van de GBKN tot Authentieke Registratie, zoals vermeld in het jaarverslag. Dit betekent dat alle overheden van deze kaart gebruik dienen te maken. Ook heeft de GBKN plannen om de verzamelde kennis commercieel te gaan aanwenden. Commerciële partijen stellen dat het benoemen van de GBKN tot Authentieke Registratie deze partijen omzet kost omdat overheidsonderdelen die van commerciële partijen afnemen verplicht worden bij het GBKN in te kopen. Dit probleem is er niet als geen sprake is van een Authentieke registratie, aangezien – afgezien van eventuele verschillen in voorwaarden – ook private partijen dan toegang hebben tot de overheid als klant. Voorts is er sprake van een ongelijk speelveld omdat de GBKN de benodigde informatie heeft verzameld dankzij ‘bijdragen’ van de deelnemende partijen – en niet dankzij investeringen waarover rendement gerealiseerd moet worden – en hoeft zij in haar prijzen de ontwikkelingskosten niet terug te verdienen. Omdat de commerciële partijen wel een rendement moeten realiseren op de gedane investeringen, werken de commerciële activiteiten van GBKN verstrend.

Box 2.2: Verstoring op competitieve markten waar er sprake is van concurrentie om de markt

Streekvervoer

De markt voor streekvervoer is geliberaliseerd waarbij commerciële partijen Arriva en BBA concurreren met het voormalige overheidsbedrijf Connexxion. Per regio wordt het streekvervoer aanbesteed waarbij het telkens de drie voornoemde partijen inschrijven. Uit een analyse van gegevens volgen aanwijzingen dat Connexxion minder efficiënt opereert dan de private aanbieders Arriva en BBA. Toch lukt het Connexxion om veel concessies binnen te halen. Daarbij biedt Connexxion regelmatig substantieel meer vervoersactiviteiten voor hetzelfde tarief. Dit kan erop duiden dat Connexxion voordelen heeft waardoor zij beter gepositioneerd is bij aanbestedingen.

De minister van Financiën heeft tijdens een Algemeen Overleg over de nota Deelnemingenbeleid het volgende gezegd over de M&O-problematiek: "Als je bepaalde privileges voor een overheidsbedrijf hebt gecreëerd, bijvoorbeeld door het niet betalen van vennootschapsbelasting of via de suggestie dat de overheid er als een heel grote aandeelhouder met diepe zakken achter zit, moet je wel toetsen of er nog sprake is van een level playing field. [...] In dat kader moet je je als overheid beraden op de vraag of er nog sprake is van eerlijke concurrentie ten opzichte van privaat gefinancierde busbedrijven. Dat probleem lost zich op als je de aandelen in die bedrijven op een gegeven moment kwijtraakt, want dan worden die vervolgens ook privaat. Zo lang dat niet het geval is, moet je zorgen voor eerlijke concurrentieverhoudingen. Ik zal bezien of ik hier in het kader van het deelnemingenbeleid iets over op papier kan zetten. Er wordt dus over doorgedacht." (Tweede Kamer, vergaderjaar 2003-2004, 28 165, nr. 13).

Box 2.3: Verstoring in markten waar er sprake is van concurrentie om de markt

Conclusie: Ingrijpende verstoring op lokaal niveau met beperkte omvang op geaggregeerd niveau

De uitkomsten van de analyse van de casus zoals beschreven in bovenstaande tekstbox, zijn gebaseerd op publieke informatie en dossierinformatie bij het klachtenbestand. Bij de met naam en toenaam genoemde organisaties is 'hoor en wederhoor' toegepast. Op basis hiervan wordt geconcludeerd dat er aanwijzingen zijn voor oneerlijke concurrentieverhoudingen, zonder dat hiervoor direct bewijs is. In dit verband is het van belang op te merken dat het Ministerie van Verkeer en Waterstaat heeft aangegeven dat in een recent overleg tussen de ministeries van V&W, EZ, Financiën en de NMa, naar aanleiding van bovenstaande klacht, gezamenlijk is geconstateerd dat er geen aanwijzingen zijn dat Connexxion misbruik heeft gemaakt van een economische machtspositie.

De gevolgen van overheidsinmenging of -beïnvloeding kunnen voor individuele bedrijven en op lokale markten drastische consequenties hebben, terwijl de omvang op geaggregeerd (landelijk) niveau beperkt is. Uit een analyse van een case waarin commerciële ondernemingen concurreren met (openbare) bibliotheken op de markt voor video- en DVD-verhuur blijkt dat er een sterke verstoring van de mededinging uitgaat van bibliotheken die tegen een lagere prijs kunnen verhuren dan commerciële concurrenten (videotheken). Tevens blijkt uit deze case analyse dat de omvang van het probleem op geaggregeerd niveau vooralsnog beperkt is aangezien de bibliotheken 'slechts' 2,6% van de totale verhuurmarkt in Nederland vertegenwoordigen (zie box 2.4).

Video en DVD verhuur

Bibliotheken verhuren evenals videotheken video's en DVD's. Volgens een aantal klachten van videotheekhouders zijn bibliotheken is staat tegen lagere kosten video's en DVD's te verhuren dan hun commerciële concurrenten. Bibliotheken worden gesubsidieerd en werken met vrijwilligers. Tevens is er tussen de videotheken en bibliotheken een verschil in de auteursrechten en hiermee gemoede kosten: de kosten voor de auteursrechten zijn voor 'verhuur' (videotheken) hoger dan voor 'uitleen' (bibliotheken), terwijl dit vanuit de consument – gezien de redelijke mate homogeniteit van het product - de facto hetzelfde product is. Deze factoren maken dat de videotheken een aanzienlijk concurrentienadeel ondervinden ten opzichte van bibliotheken dat tot een aanzienlijke verstoring van de mededinging kan leiden op lokaal niveau.

Box 2.4 (potentiële) verstoring op lokaal niveau

Als een videotheek in zijn verzorgingsgebied een vooruitstrevende (commerciële) bibliotheek treft, die video en dvd-verhuur als wezenlijke nevenactiviteit heeft, kan dit voor de videotheekhouder een significant omzetverlies betekenen ten gunste van de bibliotheek. Voorts zijn vanwege de homogeniteit van het product de mogelijkheden om zich te onderscheiden voor de videotheekhouder beperkt.

Conclusie: Binnen enkele deelsectoren een aanzienlijke omvang van de problematiek op geaggregeerd niveau

Gegeven de verstoring van de concurrentie op lokaal/nationaal niveau, is de omvang van de problematiek op geaggregeerd niveau sterk verschillend van case tot case. Zoals blijkt uit de hierboven beschreven case van de markt voor verhuur van video's en DVD's, kan de verstoring lokaal aanzienlijk zijn, terwijl de omvang van de problematiek op geaggregeerd niveau beperkt is. Het betreft hier dus casussen waarbij er sprake is van een verstoring op lokaal of nationaal niveau en een aanzienlijke omvang van het probleem op geaggregeerd niveau. Voorbeelden van markten waar er sprake is van een (potentiële) verstoring van lokale, regionale of landelijke markten, en waar de omvang van de problematiek eveneens van significante omvang is zijn bijvoorbeeld de markt voor ligplaatsen in jachthavens, de markt voor rondhout en het streekvervoer (zie onderstaande tabel). Ook van de markten voor geografische gegevens en beroepsopleidingen is – bij gebrek aan informatie over de totale marktomvang – de verwachting dat ook hier de omvang van de potentiële verstoring aanzienlijk is.

	Marktomvang (€ mln)	Marktaandeel overheid
Streekvervoer	1.100	60 %
Jachthavens	140	23 %
Staatsbosbeheer	40	25%

Tabel 2.6 Specifieke cases met aanzienlijke geaggregeerde omvang van de problematiek

In de onderstaande box is het voorbeeld gegeven van de markt voor ligplaatsen in jachthavens, waarvan de conclusie luidt dat er sprake is van een aanzienlijke (potentiële) verstoring en een aanzienlijke omvang op geaggregeerd (landelijk) niveau.

Jachthavens

De markt voor jachthavens wordt traditioneel voorzien door commerciële havens en non-profit havens. Deze laatste zijn veelal in handen van watersportverenigingen. De tarieven voor ligplaatsen in commerciële jachthavens zijn over het algemeen meer dan twee maal zo hoog als voor ligplaatsen in non-profit jachthavens. Deze hoge tarieven van commerciële jachthavens leiden echter niet tot een hoog rendement: het watersportverbond heeft becijferd dat commerciële jachthavens een return on investment realiseren van 4 procent. Dit is significant beneden het benodigde rendement van 6 tot 7 procent. Het verschil in tarieven tussen non-profit jachthavens en commerciële jachthavens kan niet worden verklaard door productdifferentiatie en wordt veroorzaakt door een combinatie van factoren, te weten: (deels) geen BTW plicht, lagere exploitatievergoeding aan gemeente en gemeentelijke steun bij haalbaarheidsonderzoeken e.d.

Box 2.6: Aanzienlijke omvang van problematiek op geaggregeerd niveau

2.6 Resultaten economische analyse

De economische analyse van het M&O-probleem op basis van ons onderzoek laat zien dat:

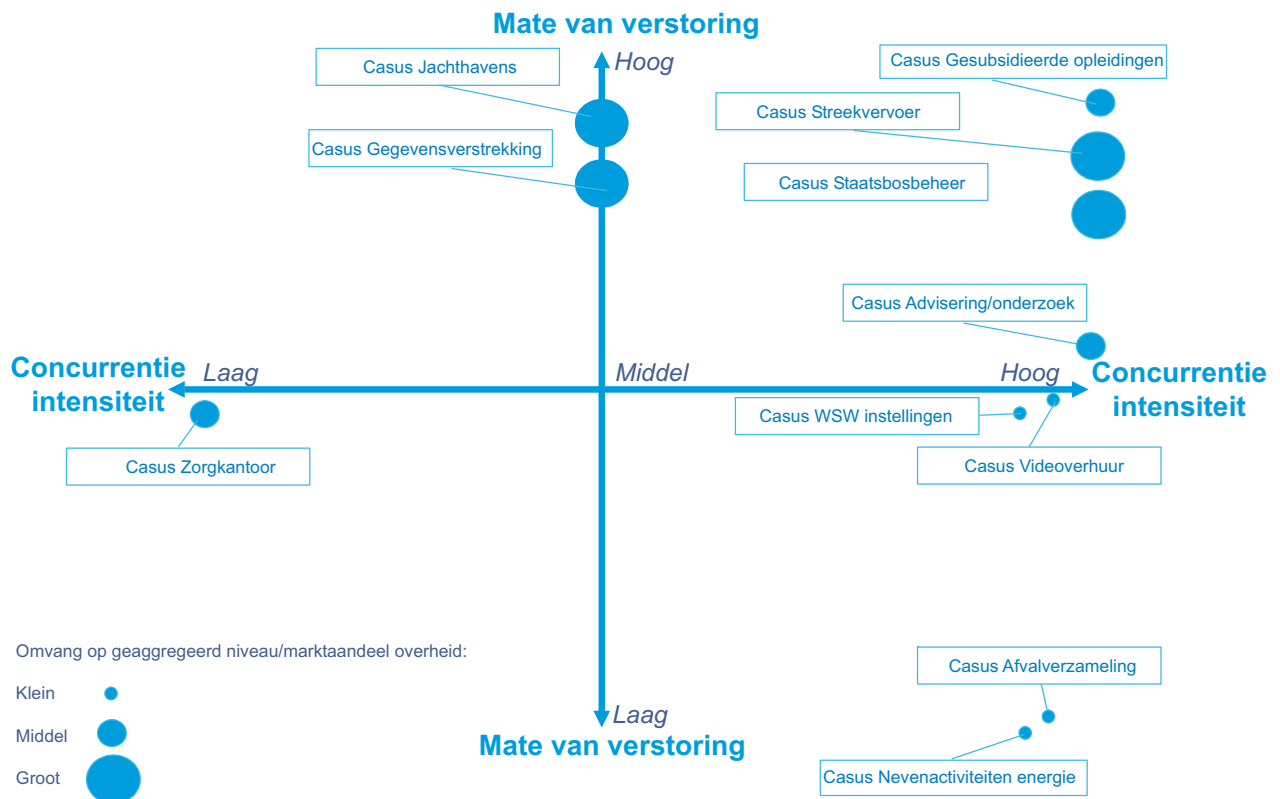
- a De omvang van de marktactiviteiten kan als weinig indicatief worden beschouwd voor de verstoring op concurrentieverhoudingen. De ernst van de verstoring is immers niet zozeer afhankelijk van de omvang, maar veel meer afhankelijk van de aard van de activiteit, de sector waarin deze plaatsvindt en wijze waarop de sector of de markt gestructureerd is. Anders gezegd, de gevolgen voor mededinging en de (hiermee gepaard gaande) welvaartseffecten van de aanwezigheid van de overheid in een markt, kunnen op basis van de absolute omvang van de overheidsaanwezigheid alleen niet beoordeeld worden.
- b De kans op en de mate van verstoring, is met name hoog in markten waar veelal vrije marktwerking en veel concurrentie is (veel aanbieders en homogene producten) en markten waar concurrentie om de markt plaatsvindt.
- c Deze verstoringen kunnen lokaal, met name op het niveau van door overheidsingrijpen benadeelde individuele ondernemers en bedrijven, vaak ingrijpende gevolgen hebben. De omvang van de problematiek op geaggregeerd niveau – relatief ten opzichte van de totale omvang van de sector – wisselt sterk van casus tot casus.

In de figuur op de volgende pagina is een integraal overzicht gegeven van de mate van verstoring en de omvang van de problematiek op geaggregeerd niveau van alle onderzochte casussen²³. Het is van belang te benadrukken dat het hier een overzicht van de onderzochte casussen betreft op basis waarvan niet zonder meer conclusies kunnen worden getrokken over de mate van verstoring die plaatsvindt in de sector als geheel. Zo zijn bijvoorbeeld in de analyse van de casus 'Afvalverzameling' in de onderzochte financiële en operationele data geen aanwijzingen gevonden voor een verstoring door de overheid – waardoor deze casus in onderstaande figuur met een lage mate van verstoring is aangemerkt – terwijl in de sector afvalverzameling als geheel de mate van verstoring wel degelijk hoog kan zijn door bijvoorbeeld markt afscherming bij verlening van vergunningen.²⁴ Anderzijds zijn de conclusies ten aanzien van de mate van verstoring in de casus 'Jachthavens' wel van toepassing op de sector als geheel.

Per casus is de mate van verstoring als laag, middel of hoog gekwalificeerd op lokaal of nationaal niveau. De criteria die aan deze kwalificatie ten grondslag liggen zijn: het verschil in prijs tussen de overheid als aanbieder en commerciële aanbieders, de mate van homogeniteit van het product, het verschil in kosten (of indien relevant andere condities) waartegen de overheid als aanbieder en commerciële aanbieders opereren en verschillen in condities die de overheid – of een door de overheid aangewezen partij – creëert voor verschillende aanbieders op een markt. Deze criteria bepalen in onderlinge samenhang of een verstoring als klein, middel of groot wordt aangemerkt. Voorts is een inschatting gemaakt van de omvang van het probleem op geaggregeerd niveau. Als criteria hiervoor gelden: de mate van verstoring op lokaal/nationaal niveau en het aandeel van de overheid in de totale markt/sector. Op basis hiervan is tot een kwalificatie gekomen van de ernst van de M&O-problematiek zoals weergegeven in de figuur op de volgende pagina.

23 Met uitzondering van de casus inzake OUBR.

24 Er zijn in het klachtenbestand ook klachten aanwezig die hierop wijzen. Deze klachten zijn echter in de uitwerking van de casus niet nader onderzocht omdat hierover te weinig informatie voorbehouden was..



Figuur 2.2: overzicht van de mate van verstoring en de omvang van de problematiek op geaggregeerd niveau van alle onderzochte casussen

3 Juridische analyse M&O problematiek

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk komt de beantwoording van de belangrijkste juridische vragen inzake de M&O problematiek aan de orde. Na een herhaling van de belangrijkste juridische onderzoeksvragen in paragrafen 3.2 en het wetsvoorstel wet markt en overheid in 3.3, volgt in paragraaf 3.4 een overzicht van de huidige en voorgenomen wet en regelgeving. Daarna volgt in paragraaf 3.5 een juridische analyse van de M&O klachten uit het klachtenbestand welke is beschreven in paragraaf 2.4. Vervolgens volgt de analyse van de uitgewerkte casussen zoals beschreven in paragraaf 2.5 en in bijlage C. Ten slotte volgt aan het einde van dit hoofdstuk in paragraaf 3.7 de juridische synthese op basis van de bevindingen uit de verschillende hierboven beschreven analyses.

3.2 Onderzoeksvragen

De belangrijkste vragen waarop het onderzoek een antwoord moet geven zijn achtereenvolgens:

- a Het zicht krijgen op de stappen die ondernemingen die M&O-problemen ervaren ondernemen (of juist niet). Hierbij wordt aandacht gegeven aan de rechtsmogelijkheden die onder andere de Algemene wet bestuursrecht (Awb), het Burgerlijk Wetboek (BW), de aanbestedingsregels, de Mededingingswet, het nationale subsidierecht en de Europese staatssteunregels voor ondernemers.
- b Het zicht krijgen op welk deel van de problematiek niet wordt gedekt door de (voorgenomen) Europese (staatssteun)regels, de aanbestedingsregels, de Mededingingswet, het nationale subsidierecht, de Awb en het BW, de Wet Bescherming Persoonsgegevens, de Europese Richtlijn met betrekking tot overheidsinformatie en de conceptgedragscode van de VSNU met betrekking tot het verrichten van marktactiviteiten. Ten slotte zou duidelijk moeten worden in hoeverre de problematiek voortvloeit uit een wettelijke taak, betrekking heeft op een gemeenschappelijke regeling, en al of niet een ondernemingsactiviteit betreft.

3.3 Wetsvoorstel Wet Markt en Overheid

Op 13 oktober 2001 stuurde het kabinet het wetsvoorstel Wet markt en overheid naar de Tweede Kamer. Het wetsvoorstel richtte zich tot (i) overheidsorganisaties die zelf of via een overheidsbedrijf de markt betreden en (ii) ondernemingen met uitsluitende of bijzondere rechten. Het wetsvoorstel voorzag in regels voor de toetreding tot de markt enerzijds en regels voor het gedrag op de markt anderzijds. Aldus trachtte het kabinet oneigenlijke concurrentievoordelen zoveel mogelijk te voorkomen.

De voorgestelde toetredingsregels dienden de doorzichtigheid van de besluitvorming rondom het aanvangen van marktactiviteiten door de overheid te bevorderen. De gedragsregels beoogden het oneigenlijk gebruik van overheidsvoordelen te voorkomen.

Het wetsvoorstel heeft het uiteindelijk niet gehaald. Op 9 april 2004 werd het wetsvoorstel ingetrokken. De redenen voor intrekking zijn neergelegd in een brief aan de Tweede Kamer. De intrekking betekende volgens het kabinet overigens niet dat de noodzaak voor regels over de problematiek van markt en overheid niet meer zou bestaan. Om die reden bevat de voornoemde brief een alternatieve aanpak voor deze problematiek.

Het doel van de alternatieve aanpak is het voorkomen van oneerlijke concurrentie door gedragingen van overheden die economische activiteiten verrichten. Om dit te bewerkstelligen zal de Mededingingswet worden aangevuld met gedragsregels. Deze gedragsregels zullen waarschijnlijk betrekking hebben op (i) een verbod op kruissubsidiëring van economische activiteiten uit collectieve middelen, (ii) een verplichting tot functiescheiding tussen bestuurlijke taken en economische activiteiten, (iii) een verbod op onevenredige bevoordeling van de eigen overheidsbedrijven en (iv) het gebruik van gegevens die voor de uitvoering van de publieke taak zijn verkregen. Boekhoudkundige voorschriften zullen de gedragsregels ondersteunen zodat het toezicht door de NMa op de naleving daarvan effectief zal zijn.

De Sociaal Economische Raad (SER) heeft in zijn advies markt en overheid (1999)²⁵ betoogd dat toetredingsregels effectiever zijn dan gedragsregels omdat gedragsregels een vorm van symptoombestrijding zijn: ze nemen de oorzaak van de ongelijke concurrentieverhoudingen niet weg. Juist voor (potentieel) benadeelde ondernemingen is het van belang dat vooraf zoveel mogelijk wordt gewaarborgd dat oneerlijke concurrentie niet of zo min mogelijk optreedt. De SER adviseert in het recent beschikbaar gekomen ontwerpadvies Ondernemerschap in publieke dienstverlening^{26 27 28} het kabinet om naast

25 SER-advies, Markt en Overheid, publicatienummer 99/12, Den Haag, 1999.

26 SER-ontwerpadvies, Ondernemerschap in publieke dienstverlening, Den Haag, 2005.

27 Gezien het feit dat het betreffende ontwerpadvies van de SER pas laat ter beschikking is gekomen, hebben wij bij onze juridische analyse geen rekening kunnen houden met de voorgestelde toetredingsregels.

28 Tweede Kamer, vergaderjaar 2003-2004, 28 050, nr.7. Brief van de ministers van EZ, Justitie en BVK over de regels omtrent marktactiviteiten van overheidsorganisaties en omtrent ondernemingen die van overheidswege over een bijzondere positie beschikken (Wet markt en overheid). De uitkomsten van het SER-advies van 2005 zullen zo mogelijk bij de alternatieve aanpak van de M&O-problematiek worden betrokken

gedragsregels toetredingsregels in te voeren. Deze regels hebben tot taak om het besluitvormingsproces van overheden bij het ondernemen van economische activiteiten waarbij concurrentie optreedt te reguleren.

3.4 Relevante wet en regelgeving

3.4.1 Inleiding

In deze paragraaf schetsen wij aan de hand van bestaande en toekomstige wet- en regelgeving en (Europese) jurisprudentie kort het kader waaraan het handelen van overheden en overheidsbedrijven kan worden getoetst wanneer dat handelen eventueel marktverstoring werkt. Een uitgebreide beschrijving van het juridische kader treft u aan in bijlage A.

3.4.2 Bevoegdheden van overheden

Zoals ook in de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel markt en overheid werd aangegeven, kent de vraag wat tot een publieke taak van een overheidsorganisatie moet worden gerekend, geen eenduidig antwoord. De toetredingsregels zoals die in het wetsvoorstel werden geformuleerd, lieten de Staat, provincies, gemeenten en waterschappen vrij om zelf te beslissen wat zij tot hun publieke taak rekenen. Zo werd voor provincies en gemeenten bepaald dat het verrichten van marktactiviteiten uitsluitend mocht geschieden indien dit bij of krachtens de wet is opgedragen of bij besluit van gedeputeerde staten, het college van burgemeester en wethouders is bepaald. Voor de overige categorieën werd dat bepaald door degene die bevoegd is de desbetreffende overheidsorganisatie in te stellen of de taken te bepalen.

In ieder geval bevatten de Provincie-, Gemeente- en Waterschapswet geen expliciete beperkingen voor het verrichten van marktactiviteiten. Daarnaast kan uit jurisprudentie van de burgerlijke rechter worden afgeleid dat er in feite geen belemmeringen zijn voor provincies, gemeentes en waterschappen om de markt te betreden, anders dan de normen die de HR in het zogenaamde Artiestenbemiddelingsarrest heeft aangelegd.

Op grond van artikel 158, lid 1 onder e Provinciewet zijn gedeputeerde staten bevoegd om tot privaatrechtelijke rechtshandelingen van de provincie te besluiten. Zij geven provinciale staten op grond van artikel 167 lid 4 Provinciewet vooraf inlichtingen over het voornemen tot het aangaan van een privaatrechtelijke rechtshandeling indien provinciale staten daarom verzoeken of indien de uitoefening ingrijpende gevolgen kan hebben voor de provincie. In het laatste geval nemen gedeputeerde staten geen besluit dan nadat provinciale staten hun wensen en bedenkingen terzake ter kennis van gedeputeerde staten hebben kunnen brengen. Op basis van de Gemeentewet geldt op grond van de artikelen 160 lid 1 onder e en 169 lid 4 voor het gemeentebestuur een zelfde regeling, waarbij het college van burgemeester en wethouders de verplichting hebben om de raad in de genoemde gevallen vooraf in kennis te stellen van een voornemen

om privaatrechtelijke rechtshandelingen te verrichten, waarbij de raad wensen en bedenkingen naar voren kan brengen. Verwacht wordt dat ten aanzien van het verrichten van economische activiteiten, een preventieve werking uitgaat van de mogelijkheid die provinciale staten respectievelijk de raad hebben om voorafgaand hun wensen en bedenkingen naar voren te brengen. De verwachting is dat voorkomen wordt dat al te gemakkelijk wordt besloten om economische activiteiten te gaan verrichten.

Met ingang van 2004 dient de accountant van de gemeente en de provincie zich in zijn verklaring uitdrukkelijk uit te spreken over de financiële rechtmatigheid van de beheershandelingen van die gemeente of provincie. Bij de accountantscontrole van de jaarrekening wordt voortaan vastgesteld dat de baten en de lasten en de balansmutaties tot stand zijn gekomen in overeenstemming met de begroting en de toepasselijke wet- en regelgeving. De accountant hoeft zich daarbij niet uit te spreken over de juridische rechtmatigheid. Het is de verwachting dat deze controle een preventieve werking zal hebben op het naleven van de relevante wet- en regelgeving.

3.4.3 Aanbestedingsrecht

Overheidsorganisaties die aan te merken zijn als een aanbestedende dienst, dienen de Europese aanbestedingsrichtlijnen in acht te nemen. Dit geldt niet alleen voor provincies, gemeenten of waterschappen. Ook een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, waarin bijvoorbeeld een gemeente een overwegende 'zeggenschap' heeft, dient de richtlijnen in beginsel na te leven. Deze verplichting kan zelfs gelden voor marktpartijen die niet zijn aan te merken als een aanbestedende dienst, zoals bepaalde subsidie-ontvangers en concessiehouders.

Anders dan in de huidige aanbestedingsrichtlijnen, is in de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen expliciet bepaald dat Lid-Staten erop dienen toe te zien dat deelname van publiekrechtelijke lichamen als inschrijvers op een overheidsopdracht, geen concurrentieverstorende gevolgen heeft voor particuliere inschrijvers.

Daar staat tegenover dat krachtens deze nieuwe aanbestedingsrichtlijnen Lid-Staten mogen bepalen dat de deelneming aan aanbestedingsprocedures voorbehouden zijn aan sociale werkplaatsen of de uitvoering van een opdracht voorbehouden in het kader van programma's voor beschermde arbeid indien de meerderheid van de betrokken werknemers personen met een handicap zijn die wegens de aard of de ernst van hun handicaps geen beroepsactiviteit in normale omstandigheden kunnen uitoefenen (zie considerans nummer 28 en artikel 19 van Richtlijn 2004/18 alsmede considerans nummer 39 en artikel 28 van Richtlijn 2004/17/EG). Het is nog de vraag hoe de Nederlandse wetgever hiermee wenst om te gaan. Vermoedelijk zal hierbij aansluiting worden gezocht bij de geldende wet- en regelgeving terzake, zoals de Wet sociale werkvoorziening en het daarop gebaseerde Besluit uitvoering sociale werkvoorziening en begeleid werken.

In de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen is bepaald hoe om te gaan met abnormaal lage inschrijvingen. Wanneer voor een bepaalde opdracht inschrijvingen worden gedaan die in verhouding tot de te verrichten dienst abnormaal laag lijken, verzoekt de aanbestedende dienst, voordat zij deze inschrijvingen kan afwijzen, schriftelijk om de door haar dienstig geachte preciseringen over de samenstelling van de desbetreffende inschrijving. Deze kan met name verband houden met de eventuele ontvangst van staatssteun door de inschrijver. Wanneer de aanbestedende dienst constateert dat een inschrijving abnormaal laag is doordat de inschrijver overheidssteun heeft gekregen, kan de inschrijving slechts op uitsluitend die grond worden afgewezen wanneer de inschrijver desgevraagd niet binnen een door de aanbestedende dienst bepaalde voldoende lange termijn kan aantonen dat de betrokken steun legaal is toegekend. Wanneer de aanbestedende dienst in een dergelijke situatie een inschrijving afwijst, stelt zij de Europese Commissie daarvan in kennis.

3.4.4 Mededingingsrecht

De verbodsnormen van de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag, alsmede van de artikelen 6 en 24 van de Mededingingswet richten zich uitsluitend op ondernemingen. Voor zover overheidsorganisaties economische activiteiten ontplooiën, kunnen zij aangemerkt worden als onderneming en dienen zij de Mededingingswet in acht te nemen.

In het kader van het mededingingsrecht heeft het HvJEG het begrip 'onderneming' gedefinieerd als "elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd". De omstandigheid dat de 'onderneming' geen winstoogmerk heeft of een sociaal doel nastreeft, is evenmin relevant. Onder een economische activiteit verstaat men "iedere activiteit bestaande uit het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt".

Voor zover een overheidsinstantie of een interne dienst daarvan economische activiteiten verricht, kan die overheidsinstantie of die dienst worden aangemerkt als een onderneming in vorenbedoelde zin. Ondernemingen waaraan een uitsluitend of bijzonder recht is verleend of die belast zijn met het beheer van een taak van algemeen economisch belang kunnen eveneens een onderneming worden gekwalificeerd.

3.4.5 Staatssteun

Overheidsorganisaties kunnen bijvoorbeeld door het verstrekken van subsidies aan (overheids)ondernemingen de concurrentie beïnvloeden. Ons zijn geen zaken bekend waarin de Commissie zich heeft uitgesproken over steunverlening aan een interne dienst die als onderneming kan worden aangemerkt.

Voor zover de subsidies als compensatie voor het verrichten van een openbare dienstverplichting kunnen worden aangemerkt, vallen dergelijke maatregelen buiten de reikwijdte van de regels omtrent steunmaatregelen (artikelen 87-89 van het EG-Verdrag). Indien geen sprake van compensatie is, zijn maatregelen die met staatsmiddelen zijn bekostigd en die één onderneming of een selectieve groep ondernemingen bevoordelen verboden voor zover deze maatregelen de mededinging en het interstatelijk handelsverkeer beïnvloeden.

Er is sprake van beïnvloeding van het interstatelijk handelsverkeer wanneer een steunmaatregel de positie van een onderneming ten opzichte van andere concurrerende ondernemingen in het intracommunautaire handelsverkeer versterkt. Het HvJEG hanteert hierbij een ruime interpretatie. Zo hoeft de begunstigde onderneming niet zelf aan het intracommunautaire handelsverkeer deel te nemen. Ook steun die is verleend aan een onderneming die uitsluitend lokale of regionale activiteiten verricht, is in staat het interstatelijk handelsverkeer te beïnvloeden. De steunmaatregel zou er immers toe kunnen leiden dat ondernemingen uit andere Lid-Staten ervan afzien hun activiteiten naar die ene Lid-Staat uit te breiden. De omstandigheid dat het steunbedrag betrekkelijk gering is of de begunstigde onderneming vrij klein, sluit evenmin a priori de mogelijkheid uit dat het interstatelijk handelsverkeer nadelig wordt beïnvloed.

Niettemin zijn niet alle steunmaatregelen in staat het interstatelijk handelsverkeer merkbaar te beïnvloeden.

De minimis-steun beïnvloedt het interstatelijk handelsverkeer niet ongunstig. De minimis-steun omvat steun waarvan het bedrag over een periode van drie jaar een plafond van € 100.000 niet overschrijft. Daarbij dient te worden opgemerkt dat die referentieperiode van verschuivende aard is.

Naast de minimis-steun beïnvloedt steun aan kleine en middelgrote ondernemingen het interstatelijk handelsverkeer evenmin ongunstig. Dit betreft steun voor investeringen in materiële en immateriële activa, voor adviesdiensten, voor deelname aan vakbeurzen en tentoonstellingen en voor onderzoek en ontwikkeling. Overigens voorziet de KMO-vrijstelling niet in een algehele vrijstelling van artikel 87 van het EG-Verdrag. De vrijstelling geldt slechts voor een bepaald percentage van de in aanmerking komende kosten van het project. Een onderneming waarin één of meer overheidsinstanties (niet zijnde een gemeente waarvan de jaarlijkse begroting minder dan € 10 miljoen bedraagt en het inwoneraantal minder dan 5.000 telt) of openbare lichamen direct of indirect zeggenschap over meer dan 25% van het kapitaal of de stemrechten heeft, behoort niet tot deze categorie, evenals een onderneming waarover een gemeente uitsluitende zeggenschap heeft.

Uit de beschikkingenpraktijk kan worden afgeleid dat de Commissie onder bepaalde omstandigheden van mening is, dat een maatregel het interstatelijk handelsverkeer niet ongunstig beïnvloedt. Het lokale karakter van de maatregel (zoals bijvoorbeeld de begunstigde en de afnemers van de producten of diensten van de begunstigde) zou hieraan in de weg staan.

Het Europees Parlement lijkt deze visie van de Commissie te delen voor zover het lokale overheidsdiensten betreft. Deze zienswijze blijkt uit het verslag van de Commissie economische en monetaire zaken van het Europees Parlement over een ontwerpregeling van de Commissie inzake staatssteun in de vorm van compensaties voor de openbare dienst.

3.4.6 Verplichting Lid-Staten

Uit hoofde van het EG-Verdrag rust op de Lid-Staten de plicht geen maatregelen te nemen of te handhaven die het nuttig effect van deze bepalingen ontnemen. Dit geldt in het bijzonder daar waar Lid-Staten uitsluitende of bijzondere rechten aan (overheids)ondernemingen hebben toegekend (artikel 86 lid 1 van het EG-Verdrag)

Artikel 86 lid 2 van het EG-Verdrag vormt een belangrijke uitzondering op de toepasselijkheid van de verdragsbepalingen over mededinging en staatssteun. De Mededingingswet kent twee soortgelijke bepalingen (artikelen 11 en 25). Voor zover een Lid-Staat een (overheids)onderneming heeft belast met het beheer van een taak van algemeen economisch belang is het EG-Verdrag respectievelijk de Mededingingswet ook op hun activiteiten toepasselijk, tenzij de vervulling van de aan hen toevertrouwde taak hierdoor wordt verhinderd.

Teneinde effectief toezicht op de financiële betrekkingen tussen Lid-Staten en hun openbare bedrijven mogelijk te maken, heeft de Commissie de Transparantierichtlijn ingevoerd. Krachtens de Transparantierichtlijn dienen de Lid-Staten de Commissie informatie te verschaffen over het verstrekken van openbare middelen aan en via openbare bedrijven, alsmede over de besteding van deze openbare middelen. Dientengevolge dienen ondernemingen waaraan een uitsluitend of een bijzonder recht is verleend of die zijn belast met een taak van algemeen economisch belang een gescheiden boekhouding te voeren.

3.4.7 Sectorspecifieke regelgeving

Voor zover de rijksoverheid economische activiteiten ontplooit, nemen zij daarbij de Aanwijzingen inzake verrichten marktactiviteiten door organisaties binnen de rijksdienst in acht. Andere overheidsorganisaties zijn niet verplicht deze aanwijzingen in acht te nemen. Overigens hebben de Aanwijzingen uitsluitend interne werking. Derden kunnen hieraan geen rechten ontleen.

Verder kunnen sectorspecifieke wet- en regelgeving (zoals bijvoorbeeld de Wet verzelfstandiging Staatsbosbeheer) normen bevatten voor het verrichten van economische activiteiten door openbare bedrijven en gesubsidieerde instellingen. Voor zover relevant zal deze wet- en regelgeving bij de beoordeling van de geselecteerde casusposities nader worden uitgewerkt.

3.4.8 Bestuursrecht

Wanneer een bepaalde (ongewenste) gedraging van de overheid op de markt niet door het mededingingsrecht (waartoe ook het verbod op steunmaatregelen dient te worden gerekend) of het aanbestedingsrecht wordt gesanctioneerd, vormt het 'overige' bestuursrecht mogelijk een vangnet voor een ondernemer die

tegen het gedrag van de overheid in het geding wil komen. Er moet dan uiteraard wel sprake zijn van overtreding van een bepaalde wettelijke norm. In enkele wetten zijn specifieke bepalingen opgenomen die oneerlijke concurrentie dienen tegen te gaan. Voorbeelden hiervan zijn de Gaswet, de Mediawet en de Wet Personenvervoer 2000. Overigens heeft een ondernemer veelal de keuze tussen de bestuursrechtelijke en de civielrechtelijke weg.

3.4.9 Burgerlijk recht

De bestuursrechtelijke rechtsbescherming valt in verschillende onderdelen uiteen. Allereerst is er de weg van het verzoek om handhaving. Deze weg wordt gereguleerd door zowel bijzondere wetgeving als de Algemene wet bestuursrecht. Daarnaast omvat hoofdstuk 9 Awb een regeling voor klachtbehandeling die met ingang van 15 maart 2005 is uitgebreid met een regeling voor het indienen van klachten bij een ombudsman (het zogenaamde 'externe klachtrecht'). De Aanwijzingen inzake het verrichten van marktactiviteiten door organisaties binnen de rijksdienst knopen aan bij deze regeling.

Wanneer geen sprake is van een besluit in de zin van de Awb waartegen een met voldoende waarborgen omklede administratieve rechtsgang openstaat, kan een ondernemer kiezen voor de weg van de onrechtmatige daadsactie bij de burgerlijke rechter. In een dergelijke procedure kan naast schadevergoeding, ook een verbod van het betreffende overheidshandelen worden geëist. Overigens dient voor een succesvolle actie wel aan alle eisen van artikel 6:162 BW te zijn voldaan. Met name de relativiteitseis zal vaak in de weg staan aan een succesvolle actie uit onrechtmatige daad, omdat de overtreden norm lang niet altijd strekt ter bescherming van de belangen van de klagende concurrent.

3.5 M&O klachten

De klachten in het bestand bevatten veelal onvoldoende informatie om daarover een gefundeerd oordeel te kunnen geven. Tabel 3.1 laat de verdeling van de klachten zien waarvan op basis van de omschrijving in het klachtenbestand een juridische kwalificatie aan de klacht kon worden gehecht. Een groot aantal van de klachten kan vanuit juridisch perspectief verschillende kwalificaties hebben. Om die reden hebben wij geen procentuele onderverdeling gemaakt en leidt de optelling niet tot 419 klachten.

De klacht 'kruissubsidiëring' komt als zodanig niet terug, omdat de aan dergelijke klachten ten grondslag liggende feiten vanuit mededingingsrechtelijk perspectief zowel gekwalificeerd kunnen worden als misbruik in de zin van het verbod op misbruik van een economische machtspositie als steunmaatregel in de zin van het verbod op steunmaatregelen.

Juridische aard van de klacht	# klachten
Aanbestedingsrecht	57
Staatssteun	161
Misbruik van een economische machtspositie	158
Kartel	19
Concentratie	3
Aanwijzingen	10
Overig	18
Onvoldoende informatie	110

Tabel 3.1 Juridische aard van de klacht

Van 114 klachten is voldoende informatie beschikbaar aan de hand waarvan wij vervolgens een eerste inschatting hebben gemaakt van de eventuele rechtsmogelijkheden. In de onderstaande tabel treft u deze aan.

Rechtsmogelijkheden	# klachten
Aanbestedingsrecht	43
Staatssteun	68
Misbruik economische machtspositie	63
Kartel	9
Concentratie	1
Overig	13

Tabel 3.2 Rechtsmogelijkheden

3.6 Geselecteerde casussen

In paragraaf 2.5 zijn de door ons geselecteerde casussen weergegeven. In deze paragraaf zullen wij een korte beschrijving van de aan die casussen ten grondslag liggende klachten geven.

De klachten in de geselecteerde casussen richten zich tegen de overheid als onderneming (zoals verrichten van bewakingsdiensten), tegen de overheid als verlener van uitsluitende rechten (zoals inzameling van huishoudelijk afval en verrichten van keurings- en certificeringsactiviteiten), tegen gesubsidieerde instellingen (zoals een WSW-instelling en een ROC-instelling), tegen ondernemingen waaraan een uitsluitend of een bijzonder recht is verleend (zoals de inzamelaar van huishoudelijk afval) en tegen ondernemingen die belast zijn met een taak van algemeen economisch belang (zoals de openbare bibliotheek en Staatsbosbeheer).

Verreweg het grootste gedeelte van de klachten in de geselecteerde casussen houden verband met of vloeien voort uit economische activiteiten, terwijl een drietal betrekking heeft op niet-economische activiteiten (te weten de kernactiviteiten van de openbare bibliotheek, het inkopen van AWBZ-zorg en de organisatie van de inzameling van huishoudelijk afval).

Het grootste gedeelte van de geselecteerde casussen hebben betrekking op klachten van het als gevolg van kruissubsidiëring toepassen van roof- of afbraakprijzen. Het verbod van misbruik van economische machtspositie en het verbod van steunmaatregelen bieden hiervoor het rechtskader. Daarnaast heeft een tweetal klachten betrekking op functievermenging (in de sectoren afval en energie) en één op leveringsweigering (licentie op octrooi universiteit). Deze gedragingen kunnen als misbruik worden aangemerkt. Ook klaagden ondernemingen over de omstandigheid dat andere ondernemingen bevoordeeld werden, bijvoorbeeld door het gratis ter beschikking stellen van ruimtes. Tevens klaagden ondernemingen over de omstandigheid dat zij concurrentie van gesubsidieerde instellingen bij aanbestedingen ondervinden.

Voor een aantal van de klachten in de geselecteerde casussen bestaat specifieke wetgeving ter voorkoming van oneerlijke concurrentie. Deze wetgeving heeft betrekking op WSW-instellingen, ROC-instellingen, aanbieders van openbaar vervoer, energiemaatschappijen en Staatsbosbeheer.

3.7 Resultaten juridische analyse

Uit de juridische analyse kan het volgende worden afgeleid.

3.7.1 Economische activiteiten

De onderzochte activiteiten van de overheid of van de aan haar gelieerde bedrijven betreffen veelal economische activiteiten.

3.7.2 Misbruik van een economische machtspositie

Uit de geselecteerde casusposities blijkt dat de overheid of de aan haar gelieerde bedrijven niet over een economische machtspositie beschikken, tenzij aan een onderneming een uitsluitend of bijzonder recht is verleend. In die omstandigheid heeft de houder van dat recht een economische machtspositie.

Voor die casusposities waarin een economische machtspositie kon worden vastgesteld, kon vervolgens niet worden beoordeeld of de klacht van het verrichten van activiteiten onder kostprijs als misbruik kon worden aangemerkt. Zowel de beschikbare informatie als de openbaar toegankelijke informatie was daarvoor ontoereikend.

3.7.3 Verbod van steunmaatregelen

In de casusposities die betrekking hebben op ondernemingen die belast zijn met een dienst van algemeen economisch belang kon niet worden vastgesteld of de compensatie voor het verrichten van die taak aan de vereisten die door het HvJEG in het arrest Altmark zijn geformuleerd voldeed. De beschikbare en de openbare informatie was daarvoor ontoereikend.

Verder blijkt dat in een aantal van de geselecteerde casusposities bij de beoordeling of er sprake is van een steunmaatregel getwist kan worden over de vraag of de maatregel het interstatelijk handelsverkeer beïnvloedt. Dit volgt uit de interpretatie van dit begrip door de Commissie en het HvJEG. De recente beschikkingenpraktijk van de Commissie geeft namelijk blijk van een enge interpretatie, terwijl het HvJEG een ruimere interpretatie van het begrip 'beïnvloeding van het interstatelijk handelsverkeer' hanteert. Het thans bij het GvEA aangehangene beroep tegen de beschikking van de Commissie inzake de Nederlandse jachthavens creëert mogelijk meer duidelijkheid.

3.7.4 Specifieke wetgeving

Een aantal van de geselecteerde casusposities betrof ondernemingen waarvoor specifieke wetgeving bestaat, zoals bijvoorbeeld de Wet educatie en beroepsonderwijs. Deze wetgeving bevat regels voor het verrichten van economische activiteiten. In een aantal gevallen bevatten deze regels van het mededingingsrecht afwijkende begrippen die niet nader worden gedefinieerd. Vanwege het gebrek aan informatie kon vervolgens in drie van de vijf casusposities niet worden beoordeeld of inbreuk werd gemaakt op die sectorspecifieke wetgeving.

3.7.5 Aanbestedingsrechtelijke aspecten

Het beginsel van gelijke behandeling wordt volgens het HvJEG niet geschonden door het loutere feit dat een aanbestedende dienst tot een procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten lichamen toelaat die subsidie ontvangen (zoals WSW-instellingen), waardoor zij aanbiedingen kunnen doen waarvan de prijzen veel lager zijn dan die van hun mededingers die geen subsidie ontvangen. Immers indien de communautaire wetgever de aanbestedende dienst had willen verplichten deze inschrijvers uit te sluiten, zou hij volgens het HvJEG dat uitdrukkelijk hebben verklaard.

3.7.6 Bestuursrechtelijk vangnet

De analyse van de geselecteerde casusposities levert ten aanzien het bestuursrechtelijk vangnet een gevarieerd beeld op.

In bepaalde gevallen wordt het verrichten van economische activiteiten aan banden gelegd in specifieke wetgeving. Voor zover hiervan geen sprake is, is bestuursrechtelijke handhaving in beginsel niet mogelijk. Voorbeelden van wetten waarin wel specifieke bepalingen over het verrichten van economische

activiteiten door de overheid zijn opgenomen, zijn de Wet verzelfstandiging Staatsbosbeheer en de Wet personenvervoer 2000. In die gevallen zou een verzoek om handhaving door het bevoegde gezag kunnen worden gedaan. Bestuursrechtelijke handhaving van overtreding van deze bepalingen is echter niet in alle gevallen mogelijk omdat een specifieke bevoegdheid tot handhaving ontbreekt. Dan biedt de weg van de civiele rechter de enige mogelijkheid.

Wordt gehandeld in strijd met specifieke wettelijke bepalingen, dan zal al snel sprake zijn van een onrechtmatige daad. Struikelblok is in dat kader echter soms het relativiteitsbeginsel. In de jurisprudentie is nog niet helder uitgekristalliseerd in welke gevallen, waarin geen wettelijke beperkingen bestaan ten aanzien van het verrichten van economische activiteiten, desondanks sprake kan zijn van een onrechtmatige daad. Dit maakt het lastig om per individuele casus aan te geven wanneer sprake is van een onrechtmatige daad.

3.7.7 Bewijspositie

Uit de beoordeling van de geselecteerde casusposities blijkt dat de bewijspositie van klagende ondernemingen zwak is, omdat het moeilijk is inzicht in de financiële betrekkingen tussen de overheid en aan haar gelieerde bedrijven te verkrijgen. Voor zover de hiervoor genoemde specifieke wetgeving daarin voorziet, kunnen wij niet beoordelen of deze verplichting ook daadwerkelijk wordt nageleefd.

Daarenboven biedt de Transparantierichtlijn niet altijd uitkomst. De Transparantierichtlijn is weliswaar op openbare bedrijven toepasselijk, maar hun omzet dient meer dan € 40 miljoen te bedragen en de door hen verleende diensten dienen het interstatelijk handelsverkeer merkbaar te kunnen beïnvloeden. De verplichting tot het voeren van een gescheiden boekhouding rust alleen op ondernemingen waaraan een uitsluitend of bijzonder recht is verleend en op ondernemingen die belast zijn met een taak van algemeen economisch belang.

3.7.8 Benutting rechtsbescherming

Uit het klachtenbestand kunnen wij niet afleiden waarom de klagende ondernemingen hun belangen niet op enigerlei wijze proberen te verdedigen (anders dan via het indienen van een M&O-klacht).

Onze ervaring leert dat ondernemingen een gerechtelijke procedure mede achterwege laten vanwege (i) onbekendheid met de Europese regelgeving, (ii) de complexiteit van die wet- en regelgeving, (iii) het feit dat een procedure veel tijd en geld kost, (iv) het feit dat de rechterlijke macht onwettig is Europese regelgeving toe te passen en (v) het principe “don’t bite the hand that feeds you”.

Naast het starten van een gerechtelijke procedure kunnen ondernemers ook een klacht bij de bevoegde autoriteit indienen. Voor het in behandeling nemen van klachten hebben zowel de Commissie als de NMa beleidsvrijheid. De bevoegde mededingingsautoriteiten zullen dan ook alleen die klachten in behandeling nemen die een breder belang hebben dan uitsluitend het belang van de klagende ondernemer. Dit weerhoudt ondernemers van het indienen van klachten.

Een andere omstandigheid die klagende ondernemers van het indienen van een klacht over onrechtmatige steun bij de Commissie kan weerhouden, is de onduidelijkheid over de lengte van de procedure. Daarenboven is de Lid-Staat de adressant van de Commissie. Dit kan leiden tot verwarring bij de klagende ondernemer.

4 Conclusies en aanbevelingen

4.1 Inleiding

In de navolgende paragrafen worden achtereenvolgens de conclusies op economisch terrein gepresenteerd (4.1), de conclusies op juridisch terrein (4.2) en de aanbevelingen (4.3).

4.2 Conclusies op economisch terrein

De omvang van de marktactiviteiten van de overheid kan als weinig indicatief worden beschouwd voor de verstoring op concurrentieverhoudingen. De ernst van de verstoring is niet zozeer afhankelijk van de omvang, maar veel meer afhankelijk van de aard van de activiteit, de sector waarin deze plaatsvindt en wijze waarop de sector of de markt gestructureerd is. Anders gezegd, de gevolgen voor de mededinging van de aanwezigheid van de overheid in een markt, kunnen op basis van de absolute omvang van de overheidsaanwezigheid alleen niet beoordeeld worden.

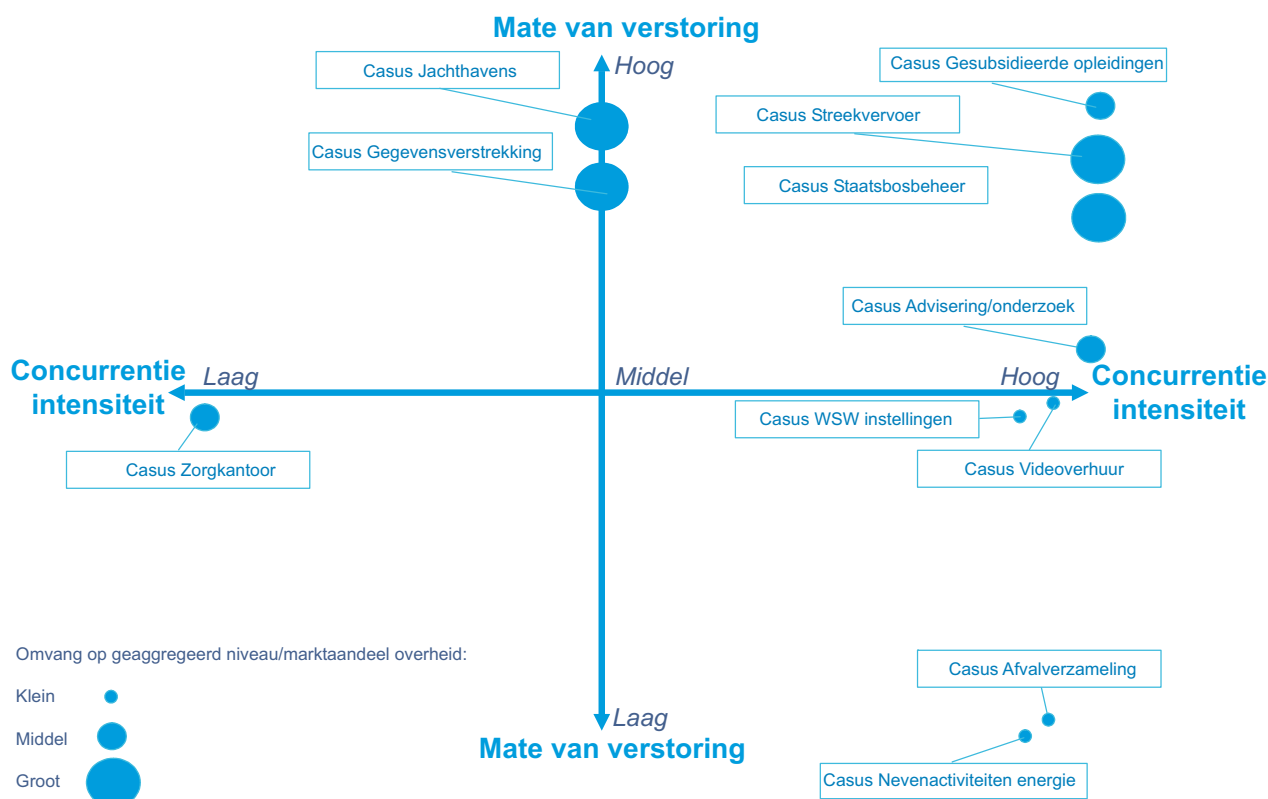
De kans op en de mate van verstoring door de overheid, is met name hoog in markten waar veelal vrije marktwerking en veel concurrentie is (veel aanbieders en homogene producten) en in markten waar concurrentie om de markt plaatsvindt.

Deze verstoringen kunnen op micro niveau, op het niveau van door overheidsingrijpen benadeelde individuele ondernemers, vaak ingrijpende gevolgen hebben. De omvang van de problematiek op geaggregeerd niveau – relatief ten opzichte van de totale omvang van de sector – wisselt sterk van casus tot casus.

In de onderstaande figuur is een integraal overzicht gegeven van de mate van verstoring en de omvang van de problematiek op geaggregeerd niveau van alle onderzochte casussen²⁹. Het is van belang te benadrukken dat het hier een overzicht van de onderzochte casussen betreft op basis waarvan niet zonder meer conclusies kunnen worden getrokken over de mate van verstoring die plaatsvindt in de sector als geheel. Zo zijn bijvoorbeeld in de analyse van de casus ‘Afvalverzameling’ in de onderzochte financiële en operationele data geen aanwijzingen gevonden voor een verstoring door de overheid – waardoor deze casus in onderstaande figuur met een lage mate van verstoring is aangemerkt – terwijl in de sector afvalverzameling als geheel de mate van verstoring wel degelijk hoog kan zijn door bijvoorbeeld marktafscherming bij verlening van vergunningen.³⁰ Anderzijds zijn de conclusies ten aanzien van de mate van verstoring in de casus ‘Jachthavens’ wel van toepassing op de sector als geheel.

29 Met uitzondering van de voetnoot inzake OUBR.

30 Er zijn in het klachtenbestand ook klachten die hierop wijzen. Deze klachten zijn echter in de uitwerking van de casus niet nader onderzocht.



Figuur 4.1: overzicht van de mate van verstoring en de omvang van de problematiek op geaggregeerd niveau van alle onderzochte casussen

Opgemerkt moet worden dat in dit onderzoek de nadruk ligt op de verstoring van de mededinging en oneerlijke concurrentie. Dit kan leiden tot verlies aan welvaart. Optreden door de overheid op een markt onder andere voorwaarden dan waartegen commerciële partijen opereren, kan echter ingegeven zijn vanuit een herverdelingsoogmerk. Zo kan bijvoorbeeld het door bibliotheken DVD's en video's onder de kostprijs verhuren, vanuit een publiek belang wenselijk zijn (bijvoorbeeld lagere prijzen, meer keuze voor de consumenten). Deze effecten op de welvaart vallen, in verband met de beperkte beschikbare tijd en middelen, buiten de reikwijdte van dit onderzoek.

Reeds in een vroeg stadium is door de onderzoekers en de opdrachtgever besproken en geconcludeerd, dat de conclusies van de analyses die in het kader van dit onderzoek zijn uitgevoerd, niet in een getal te vangen zijn. Zo kan bijvoorbeeld de omvang van de overheid in een bepaalde markt een misleidende indicator zijn voor de ernst van de verstoring en kan de verstoring zelf – vanwege de aard van de consequenties die daaruit volgen – zeer lastig en zeker niet volledig in een getal worden uitgedrukt.

4.3 Conclusies op juridisch terrein

Mede naar aanleiding van het Algemeen Overleg van 9 september 2004 vormt het verbod op steunmaatregelen het vertrekpunt bij de beoordeling van een eventueel 'juridisch gat'.

4.3.1 Staatssteun

Formeel vallen de meeste klachten binnen de reikwijdte van het verbod op steunmaatregelen (artikel 87 van het EG-Verdrag). Deze conclusie is gebaseerd op de interpretatie van het HvJEG van het begrip 'beïnvloeding van het interstatelijk handelsverkeer'. Op basis van deze interpretatie is ook steun van geringe omvang in staat het interstatelijk handelsverkeer te beïnvloeden. Uitzondering hierop is de zogenaamde *de minimis*-steun. Dit betreft maatregelen waarvan het bedrag over een periode van drie jaar een plafond van € 100.000 niet overschrijden.

Volgens de interpretatie van het HvJEG is bovendien ook steun die is verleend aan een onderneming die uitsluitend lokale of regionale activiteiten verricht in staat het interstatelijk handelsverkeer te beïnvloeden. De begunstigde onderneming hoeft dus zelf niet deel te nemen aan het interstatelijk handelsverkeer. Overigens kan uit een aantal beschikkingen van de Commissie een engere interpretatie van het begrip worden afgeleid. Op grond van deze interpretatie vallen maatregelen met een lokaal of regionaal karakter mogelijk buiten de reikwijdte van artikel 87 van het EG-Verdrag. Het thans bij het GvEA aanhangige beroep tegen de beschikking van de Commissie inzake de Nederlandse jachthavens zal hierover meer duidelijkheid creëren.

Vanwege het ontbreken van inzicht in de omvang van de *de minimis*-steun en de engere interpretatie van het begrip 'beïnvloeding van het interstatelijk handelsverkeer' door de Commissie kan het aantal klachten dat niet binnen de reikwijdte van artikel 87 van het EG-Verdrag valt omvangrijker zijn dan de ruime interpretatie van voornoemd begrip door het HvJEG op het eerste gezicht doet vermoeden.

Vervolgens hebben wij onderzocht in hoeverre het gesignaleerde 'juridische gat' wellicht wordt gedicht door andere juridische mogelijkheden.

4.3.2 Misbruik van een economische machtspositie

Voor zover van een steunmaatregel in de zin van artikel 87 van het EG-Verdrag geen sprake is (bijvoorbeeld omdat sprake is van *de minimis*-steun of van niet op geld waardeerbare voordelen), zijn de activiteiten waarover geklaagd wordt niet in strijd met het thans geldende mededingingsrecht vanwege het ontbreken van een economische machtspositie aan de zijde van de overheid. Voor zover een economische machtspositie kan worden aangetoond, is het door het ontbreken van noodzakelijke informatie moeilijk om te bewijzen dat sprake is van misbruik.

4.3.3 Sector specifieke wetgeving

Voor een aantal sectoren is specifieke regelgeving opgesteld die regels bevatten die oneerlijke concurrentie dienen te voorkomen. Hierop kan soms een beroep worden gedaan om M&O-problemen in de betrokken sector aan te pakken. Bij overtreding van deze wetgeving kan een belanghebbende een verzoek om handhaving doen bij het bevoegd gezag wanneer daartoe een specifieke bevoegdheid is toegekend. Is dit niet het geval, dan kan de civiele rechter uitkomst bieden. De sector specifieke wetgeving is uit de aard der zaak fragmentarisch en niet in alle gevallen is sprake van een inbreuk op deze wetgeving. Dit geldt met name voor die wetgeving die vage normen voor het verrichten van economische activiteiten bevatten. De betreffende MvT geeft in die gevallen evenmin duidelijkheid.

4.3.4 Aanbestedingsrecht

In die gevallen biedt het aanbestedingsrecht evenmin uitkomst. Ondernemingen die subsidies ontvangen en daardoor in staat zijn lagere prijzen te offeren kunnen niet tot de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten worden uitgesloten. De nieuwe aanbestedingsrichtlijnen bepalen overigens wel dat hun deelname geen concurrentieverstorende invloed mag hebben.

4.3.5 Bestuursrecht

Voor zover de economische activiteiten van de overheid niet door enige wettelijke regeling worden verboden, is de overheid in beginsel vrij om dergelijke activiteiten te verrichten. Deze vrijheid wordt blijkens jurisprudentie van de Hoge Raad begrensd door de in artikel 3:4 van de Algemene wet bestuursrecht gecodificeerde rechtsbeginselen. Overigens betreft dit een marginale toets waardoor alleen sprake is van een schending van dit artikel in die gevallen waarvan vaststaat dat de gevolgen voor een belanghebbende in vergelijking tot de te dienen doelen onevenredig zijn. De jurisprudentie is echter nog niet zodanig uitgekristalliseerd dat kan worden aangegeven wanneer in strijd met artikel 3:4 lid 2 van de Algemene wet bestuursrecht wordt gehandeld.

4.3.6 Burgerlijk recht

Wanneer geen sprake is van een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht waartegen een met voldoende waarborgen omklede administratieve rechtsgang openstaat, kan een ondernemer kiezen voor de weg van een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad bij de civiele rechter. In een dergelijke procedure kan naast schadevergoeding ook een verbod van het desbetreffende overheidshandelen worden geëist. Overigens zal vaak de relativiteitseis in de weg staan aan een succesvolle actie uit onrechtmatige daad, omdat de overtreden norm lang niet altijd strekt ter bescherming van de belangen van de klagende ondernemer.

4.3.7 Overige factoren

Naast ‘wettelijke’ belemmeringen ondervinden klagers eveneens hinder van allerlei andere factoren. Complicerende factoren zijn de omstandigheid dat het moeilijk is inzicht te krijgen in de financiële betrekkingen tussen de overheid en de openbare bedrijven, alsmede de omstandigheid dat ‘de weg naar het gelijk’ gekenmerkt wordt door allerlei obstakels waardoor het middel erger lijkt dan de kwaal. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan onbekendheid met Europese regelgeving, de complexiteit van die regelgeving, langdurige en ingewikkelde procedures, de omstandigheid dat de rechterlijke macht onwennig is Europese regelgeving toe te passen en de omstandigheid dat ondernemers de overheid niet tegen zich in het harnas wil laten jagen.

4.3.8 Samenvattend beeld

Op basis van de huidige stand van zaken blijkt uit ons onderzoek dat er formeel gezien een beperkt ‘juridisch gat’ lijkt te bestaan. Dit is het geval voor de *minimis*-steun, voor steunmaatregelen die het interstatelijk handelsverkeer niet beïnvloeden en voor niet op geld waardeerbare voordelen, zoals bijvoorbeeld functievermenging. Bovendien zijn er aanwijzingen dat materieel gezien het ‘juridisch gat’ omvangrijker lijkt. Dit is met name het gevolg van het niet optimaal (kunnen) benutten van de bestaande rechtsmogelijkheden.

4.4 Aanbevelingen

Om de in de alternatieve aanpak voor markt en overheid voorgestelde beoogde norm voor het verrichten van economische activiteiten door overheden en openbare bedrijven af te kunnen dwingen, is actie noodzakelijk. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan aanvullende wetgeving die de bevoordeling van zowel publieke als private ondernemingen door de overheid op welke wijze dan ook regelt. Ook kan, eventueel in aanvulling hierop, worden gedacht aan het intensiveren van de voorlichting over de Europese staatssteunregels en andere relevante regels.

Verder blijkt uit ons onderzoek dat de bewijspositie van klagers zeer lastig is vanwege de omstandigheid dat het moeilijk is om inzicht te verkrijgen in de financiële betrekkingen tussen de overheid en de openbare bedrijven. Teneinde het toezicht op de naleving van de aanvullende wetgeving effectief te doen zijn, is inzicht in die betrekkingen noodzakelijk. De Transparantierichtlijn en de artikelen 25a e.v. van de Mededingingswet bieden daarvoor te weinig handvatten. De transparantiebepaling in de ontwerpbesluiting van de Commissie ten aanzien van compensaties voor het verrichten van een dienst van algemeen economisch belang zal hierin slechts gedeeltelijk voorzien. Overwogen zou kunnen worden de relevante bepalingen van de Mededingingswet beter te laten aansluiten bij de tekst van de Transparantierichtlijn. De richtlijn bevat niet alleen regels voor OUBR en DAEB, maar ook voor openbare bedrijven. Verder kan overwogen worden de tekst van artikel 25d van de Mededingingswet

(uitzonderingen) aan te passen, zodat meer OUBR, DAEB en openbare bedrijven binnen de reikwijdte van de artikelen 25a e.v. van de Mededingingswet vallen.

Direct na de start van het onderzoek hebben wij een aantal interessante bevindingen gedaan (zoals beschreven in paragraaf 1.5) die aanleiding geven tot de onderstaande proces- en beheersmatige aanbevelingen (a tot en met d). Indien deze aanbevelingen worden opgevolgd zal onzes inziens vervolgens een nog eenduidiger en transparanter beeld ontstaan van de M&O-problematiek in Nederland.

- a De inrichting van één klachtenloket voor mogelijk gedupeerde ondernemers en een verbetering van de voorlichting aan zowel overheden als ondernemers (oplossen coördinatieprobleem);
- a Een forse verbetering van de eerste beoordeling en de verdere dossiervorming van de klachten door de organisatie waar het klachtenloket wordt ondergebracht;
- b Het opzetten van een periodiek overleg tussen het Ministerie van Economische Zaken en de brancheverenigingen over de voortgang in het M&O-dossier (vergelijkbaar met het recent geïnitieerde overleg voor het oplossen van strijdige regels);
- c De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) dient vaker over te gaan tot het onderzoeken van klachten van mogelijk gedupeerde ondernemers.

Bijlagen bij

Onderzoek naar de problematiek Markt en Overheid

A Nadere uitwerking juridisch kader

Inleiding

A.01 In dit hoofdstuk schetsen wij aan de hand van bestaande en toekomstige wet- en regelgeving en (Europese) jurisprudentie het kader waaraan het handelen van overheden en overheidsbedrijven kan worden getoetst wanneer dat handelen marktversturend werkt. In paragraaf 1.3 zullen wij de grondslag voor de bevoegdheden van met name de provincie en de gemeente uiteenzetten. In paragraaf 1.4 zullen wij het aanbestedingsrecht bespreken, terwijl wij in paragraaf 1.5 ten slotte de relevante mededingingsregels uiteenzetten. Allereerst zullen wij het ingetrokken wetsvoorstel Wet markt en overheid kort bespreken.

Wetsvoorstel Wet Markt en Overheid

A.02 Op 13 oktober 2001 stuurde het kabinet het wetsvoorstel Wet markt en overheid naar de Tweede Kamer³¹. Het wetsvoorstel richtte zich tot (i) overheidsorganisaties die zelf of via een overheidsbedrijf de markt betreden en (ii) ondernemingen met uitsluitende of bijzondere rechten. Het wetsvoorstel voorzag in regels voor de toetreding tot de markt enerzijds en regels voor het gedrag op de markt anderzijds. Aldus trachtte het kabinet oneigenlijke concurrentievoordelen zoveel mogelijk te voorkomen.

A.03 De voorgestelde toetredingsregels dienden de doorzichtigheid van de besluitvorming rondom het aanvangen van marktactiviteiten te bevorderen. De gedragsregels beoogden het oneigenlijk gebruik van overheidsvoordelen te voorkomen.

A.04 Het wetsvoorstel heeft het uiteindelijk niet gehaald. Op 9 april 2004 werd het wetsvoorstel ingetrokken³². De redenen voor intrekking zijn neergelegd in een brief aan de Tweede Kamer³³. De intrekking betekende volgens het kabinet overigens niet dat de noodzaak voor regels over de problematiek van markt en overheid niet meer zou bestaan. Om die reden bevat de voornoemde brief een alternatieve aanpak voor deze problematiek.

A.05 Het doel van de alternatieve aanpak is het voorkomen van oneerlijke concurrentie door gedragingen van overheden die economische activiteiten verrichten. Om dit te bewerkstelligen zal de Mededingingswet worden aangevuld met gedragsregels. Deze gedragsregels zullen waarschijnlijk betrekking hebben

31 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, nrs. 1-3

32 Kamerstukken II 2003-2004, 28 050, nr. 8

33 Kamerstukken II, 2003-2004, 28 050, nr 7

op (i) een verbod op kruissubsidiëring van economische activiteiten uit collectieve middelen, (ii) een verplichting tot functiescheiding tussen bestuurlijke taken en economische activiteiten, (iii) een verbod op onevenredige bevoordeling van de eigen overheidsbedrijven en (iv) het gebruik van gegevens die voor de uitvoering van de publieke taak zijn verkregen³⁴. Boekhoudkundige voorschriften zullen de gedragsregels ondersteunen zodat het toezicht door de NMA op de naleving daarvan effectief zal zijn.

Bevoegdheden van overheden

A.06 Zoals ook in de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel markt en overheid³⁵ werd aangegeven, kent de vraag wat tot een publieke taak van een overheidsorganisatie moet worden gerekend, geen eenduidig antwoord. De toetredingsregels zoals die in het wetsvoorstel werden geformuleerd, lieten de Staat, provincies, gemeenten en waterschappen vrij om zelf te beslissen wat zij tot hun publieke taak rekenen. Zo werd voor provincies en gemeenten bepaald dat het verrichten van marktactiviteiten uitsluitend mocht geschieden indien dit bij of krachtens de wet is opgedragen of bij besluit van gedeputeerde staten, het college van burgemeester en wethouders is bepaald. Voor de overige categorieën werd dat bepaald door degene die bevoegd is de desbetreffende overheidsorganisatie in te stellen of de taken te bepalen.

A.07 In ieder geval bevatten de Provincie-, Gemeente- en Waterschapswet geen expliciete beperkingen voor het verrichten van marktactiviteiten. Daarnaast kan uit de in het bovenstaande besproken jurisprudentie van de burgerlijke rechter worden afgeleid dat er in feite geen belemmeringen zijn voor provincies, gemeentes en waterschappen om de markt te betreden, anders dan de normen die de HR in het Artiestenbemiddelingsarrest heeft aangelegd (zie paragraaf 1.7).

A.08 Op grond van artikel 158, lid 1 onder e Provinciewet zijn gedeputeerde staten bevoegd om tot privaatrechtelijke rechtshandelingen van de provincie te besluiten. Zij geven provinciale staten op grond van artikel 167 lid 4 Provinciewet vooraf inlichtingen over het voornemen tot het aangaan van een privaatrechtelijke rechtshandeling indien provinciale staten daarom verzoeken of indien de uitoefening ingrijpende gevolgen kan hebben voor de provincie. In het laatste geval nemen gedeputeerde staten geen besluit dan nadat provinciale staten hun wensen en bedenkingen terzake ter kennis van gedeputeerde staten hebben kunnen brengen. Op basis van de Gemeentewet geldt op grond van de artikelen 160 lid 1 onder e en 169 lid 4 voor het gemeentebestuur een zelfde regeling, waarbij het college van burgemeester en wethouders de verplichting hebben om de raad in de genoemde gevallen vooraf in kennis te stellen van een voornemen om privaatrechtelijke rechtshandelingen te verrichten, waarbij de raad wensen en bedenkingen naar voren kan brengen. Verwacht wordt dat ten aanzien van het verrichten van economische activiteiten, een preventieve werking uitgaat van de mogelijkheid die provinciale staten respectievelijk de raad hebben om

34 Kamerstukken II, 2003-2004, 28 050, nr. 7, p. 4 en Kamerstukken II, 2004-2005, 28 050, nr. 9, p. 5

35 Kamerstukken II 2001-2002 28 505, nr 3, p. 14

voorafgaand hun wensen en bedenkingen naar voren te brengen. De verwachting is dat voorkomen wordt dat al te gemakkelijk wordt besloten om economische activiteiten te gaan verrichten.

A.09 Met ingang van 2004 dient de accountant van de gemeente en de provincie zich in zijn verklaring uitdrukkelijk uit te spreken over de financiële rechtmatigheid van de beheershandelingen van die gemeente of provincie. Bij de accountantscontrole van de jaarrekening wordt voortaan vastgesteld dat de baten en de lasten en de balansmutaties tot stand zijn gekomen in overeenstemming met de begroting en de toepasselijke wet- en regelgeving. De accountant hoeft zich daarbij niet uit te spreken over de juridische rechtmatigheid. Het is de verwachting dat deze controle een preventieve werking zal hebben op het naleven van de relevante wet- en regelgeving.

Europees en nationaal aanbestedingsrecht

A.10 Overheidsorganisaties die aan te merken zijn als een aanbestedende dienst, dienen de Europese aanbestedingsrichtlijnen in acht te nemen. Dit geldt niet alleen voor provincies, gemeenten of waterschappen. Ook een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, waarin bijvoorbeeld een gemeente een overwegende 'zeggenschap' heeft, dient de aanbestedingsrichtlijnen in beginsel na te leven. Deze verplichting kan zelfs gelden voor marktpartijen die niet zijn aan te merken als een aanbestedende dienst, zoals bepaalde subsidie-ontvangers en concessiehouders.

A.11 Zeker vanaf de publicatie op 12 december 2002 van het eindrapport van de parlementaire enquêtecommissie Bouwnijverheid: "De bouw uit de schaduw", staat het al dan niet juist naleven van het vaak ingewikkeld genoemde aanbestedingsrecht in de schijnwerpers.

A.12 Met name is terzake van belang de mogelijkheden van handhaving van de aanbestedingsrichtlijnen te bezien en welke gevolgen de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen, die uiterlijk 31 januari 2006 in nationaal recht dienen te zijn omgezet, kunnen hebben.³⁶

Risico's verbonden aan het niet naleven van de Europese aanbestedingsrichtlijnen?

A.13 Indien de aanbestedingsrichtlijnen niet worden nageleefd door een aanbestedende dienst, kunnen belanghebbenden zowel op nationaal niveau als op Europees niveau een procedure starten. De Europese Raad heeft in 1989 een Rechtsmiddelenrichtlijn aangenomen om op nationaal niveau de naleving van de Europese aanbestedingsrichtlijnen te waarborgen. Deze Rechtsmiddelenrichtlijn geldt ook voor besluiten die worden genomen buiten een formele gunningsprocedure om en vóór een formele aanbesteding, in het bijzonder voor het besluit over de vraag of een bepaalde opdracht valt binnen de personele en

36 Richtlijn 2004/17/EG en Richtlijn 2004/18/EG

materiele werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijnen.³⁷ Deze Rechtsmiddelenrichtlijn schrijft voor dat een benadeelde in de eerste plaats bij de nationale rechter terecht moet kunnen. In Nederland is in principe de civiele rechter bevoegd van het geschil kennis te nemen. Bij de civiele rechter kan de benadeelde een bodemprocedure of een kort geding aanspannen. De vorderingen die door de benadeelde in kort geding kunnen worden ingediend zijn bijvoorbeeld een bevel tot her-aanbesteding, verbod tot gunning aan een ander dan de eiser, gebod tot gunning aan de eiser en gebod tot opschorting van de uitvoering van een reeds gesloten overeenkomst, of zelfs een bevel tot het ongedaan maken van een reeds in strijd met het aanbestedingsrecht gesloten overeenkomst.³⁸ Deze vorderingen gaan veelal gepaard met het verzoek tot het opleggen van een dwangsom. Bij een bodemprocedure zal het de benadeelde vooral gaan om verkrijging van schadevergoeding. Schadevergoeding zal echter alleen worden opgelegd, indien de benadeelde kan aantonen dat hij bij een juiste toepassing van de aanbestedingsprocedure de opdracht zou hebben gekregen.

A.14 Naast de bovengenoemde procedures op nationaal niveau kan ook een procedure op Europees niveau worden gevoerd. Deze Europese procedures worden gevoerd door de Europese Commissie bij het Europese Hof naar aanleiding van een bij haar ingediende klacht ofwel op basis van eigen onderzoek van de Europese Commissie. Klachten kunnen door eenieder die meent dat een lidstaat of een aanbestedende dienst de verplichtingen inzake een overheidsopdracht niet is nagekomen, worden ingediend. Bovenstaand procedure is voor een benadeelde onderneming een langzame aangezien de Commissie alleen de Lid-Staat kan aanspreken en daarvoor de verdragsinbreukprocedure dient te volgen.

A.15 Genoemde Europese klacht-procedure kan ook worden gebruikt voor opdrachten die volgens de Europese aanbestedingsrichtlijnen niet behoeven te worden aanbesteed, en door een aanbestedende dienst -in weerwil van de mening van de Europese Commissie- onderhands worden gegund. Dat de Europese Commissie op naleving van haar standpunt toeziet, blijkt onder meer uit casus uit gemeente Assen alsmede uit gemeente Hoogezand-Sappemeer. De Europese Commissie heeft bijvoorbeeld inzake de casus Hoogezand-Sappemeer onlangs een inbreukprocedure tegen de Staat gestart, omdat volgens de Europese Commissie een opdracht, die onder de toepasselijke drempelwaarde lag, onvoldoende, althans niet zoals hiervoor genoemd, bekend is gemaakt, waardoor verschillende bedrijven niet de gelegenheid tot inschrijven is geboden. Bij de casus Hoogezand-Sappemeer hebben buurtbewoners, die tegen de voorgenomen plannen waren, de klacht ingediend.

37 C-26/03, HvJ EG, arrest van 11 januari 2005

38 zie arrest van 3 oktober 2002 van Hof Amsterdam (rolnummer 537/02 SKG)

Recente ontwikkelingen: nieuwe aanbestedingsrichtlijnen

A.16 De ontwikkelingen op het aanbestedingsrecht staan in ieder geval niet stil. In Brussel is een tweetal nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen totstandgekomen. Deze richtlijnen, ook wel voorheen het 'wetgevend pakket' geheten, zullen de huidige aanbestedingsrichtlijnen gaan vervangen. Het doel van deze richtlijnen is -kort gezegd- onder meer de complexe wereld van aanbesteden te vereenvoudigen. Daartoe zijn bijvoorbeeld de huidige vigerende drie richtlijnen in de traditionele sectoren (werken, leveringen en diensten) samengevoegd in één richtlijn. De vraag is evenwel of daarmee een duidelijk(er) juridisch kader is geschapen.

A.17 De nieuwe aanbestedingsrichtlijnen behouden vele thans geldende bepalingen, doch introduceren ook nieuwe rechtsfiguren, zoals raamovereenkomsten, aankoopcentrales, dynamische aankoopssystemen, elektronische veilingen en de concurrentiegerichte dialoog.

A.18 Richtlijn 2004/18/EG, zijnde de nieuwe richtlijn voor de traditionele sectoren, en richtlijn 2004/17/EG, zijnde de vernieuwde richtlijn nutssectoren, dienen omgezet te worden in Nederlands wet- en regelgeving. Nederland heeft daartoe 21 maanden gekregen, en wel tot uiterlijk 31 januari 2006. Volgens de aanbevelingen van voornoemde Enquêtecommissie -die niet alleen voor de bouwsector van belang zijn!-, dient implementatie plaats te vinden in een geheel nieuwe aanbestedingswet. Een simpele verwijzing, zoals thans in de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen en de daarop berustende Amvb's (het Besluit Overheidsaanbestedingen (Boa) en het Besluit Aanbestedingen Nutssector (Ban)), lijkt uit den boze; een dergelijke methode van rechtstreekse verwijzing naar de aanbestedingsrichtlijnen, waarbij derhalve van de tekst van de aanbestedingsrichtlijnen zelf dient te worden uitgegaan, geeft in de praktijk vaak problemen, omdat de tekst van deze richtlijnen verre van duidelijk is. De verwijzingsmethode zal deels ook niet meer bruikbaar zijn, aangezien de nieuwe richtlijnen aan de Nederlandse wetgever vele opties laten die uitgewerkt dienen te worden. Gezien de krappe termijn van implementatie, zal -terwijl de aanbestedingswet vorm krijgt- desondanks in de tussentijd toch nog gewerkt worden met een verwijzingsmethode. Hiertoe worden het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao) en Besluit aanbestedingen speciale sectoren (Bass) opgesteld.

Bepalingen inzake Concurrentieverstoring

A.19 Anders dan in de huidige aanbestedingsrichtlijnen, is in de considerans van de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen expliciet bepaald dat Lid-Staten erop dienen toe te zien dat deelname van publiekrechtelijke lichamen³⁹ als inschrijvers op een overheidsopdracht, geen concurrentieverstorende gevolgen heeft voor particuliere inschrijvers.

39 zie considerans nummer 4 van Richtlijn 2004/18/EG die o.i. abusievelijk spreekt van publiekrechtelijke instellingen; considerans nummer 11 van Richtlijn 2004/17/EG spreekt van publiekrechtelijke lichamen, vergelijkbaar met Franse tekst (organisme de droit public) en Engelse tekst (body governed by public law) van de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen.

A.20 Daar staat tegenover dat krachtens deze nieuwe aanbestedingsrichtlijnen Lid-Statens mogen bepalen dat de deelneming aan aanbestedingsprocedures voorbehouden zijn aan sociale werkplaatsen of de uitvoering van een opdracht voorbehouden in het kader van programma's voor beschermde arbeid indien de meerderheid van de betrokken werknemers personen met een handicap zijn die wegens de aard of de ernst van hun handicaps geen beroepsactiviteit in normale omstandigheden kunnen uitoefenen (zie considerans nummer 28 en artikel 19 van Richtlijn 2004/18 alsmede considerans nummer 39 en artikel 28 van Richtlijn 2004/17/EG). Het is nog de vraag hoe de Nederlandse wetgever hiermee wenst om te gaan. Vermoedelijk zal hierbij aansluiting worden gezocht bij de geldende wet- en regelgeving terzake, zoals de Wet sociale werkvoorziening⁴⁰ en het daarop gebaseerde Besluit uitvoering sociale werkvoorziening en begeleid werken.⁴¹

A.21 Vermeldingwaardig is nog dat in de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen, bijvoorbeeld in artikel 55 van Richtlijn 2004/18/EG, is bepaald hoe om te gaan met abnormaal lage inschrijvingen. Wanneer voor een bepaalde opdracht inschrijvingen worden gedaan die in verhouding tot de te verrichten dienst abnormaal laag lijken, verzoekt de aanbestedende dienst, voordat zij deze inschrijvingen kan afwijzen, schriftelijk om de door haar dienstig geachte preciseringen over de samenstelling van de desbetreffende inschrijving. Deze kan met name verband houden met de eventuele ontvangst van staatssteun door de inschrijver. Wanneer de aanbestedende dienst constateert dat een inschrijving abnormaal laag is doordat de inschrijver overheidssteun heeft gekregen, kan de inschrijving slechts op uitsluitend die grond worden afgewezen wanneer de inschrijver desgevraagd niet binnen een door de aanbestedende dienst bepaalde voldoende lange termijn kan aantonen dat de betrokken steun legaal is toegekend. Wanneer de aanbestedende dienst in een dergelijke situatie een inschrijving afwijst, stelt zij de Europese Commissie daarvan in kennis

Inbesteden

A.22 Een van de wijzen om een contract niet hoeven aan te besteden, is via inbesteding; de aanbestedingsrichtlijnen missen dan volgens het HvJ EG toepassing. Er is van inbesteding sprake indien de overheid binnen haar eigen gezagsstructuur een opdracht verstrekt. De opdrachtgever en de opdrachtnemer dienen tot dezelfde 'gezagstructuur' te behoren. Dit is het geval indien de aanbestedende dienst zijn taken kan vervullen met haar eigen administratieve, technische en andere middelen, zonder dat zij daarbij een beroep hoeft te doen op externe lichamen die niet tot deze aanbestedende dienst behoren.

40 Wet van 11 september 1997, houdende nieuwe regeling inzake de sociale werkvoorziening

41 Besluit van 24 september 2004 tot vaststelling van een algemene maatregel van bestuur ter uitvoering van de Wet sociale werkvoorziening alsmede de bepalingen betreffende de indicatie en herindicatie in het kader van genoemde wet in de Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen

A.23 Een externe entiteit behoort volgens het HvJ EG slechts tot de gezagsstructuur van een aanbestedende dienst, wanneer de aanbestedende dienst op de betrokken entiteit toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en deze entiteit tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van deze aanbestedende dienst; onder die omstandigheden is dus ook nog sprake van de mogelijkheid van inbesteding.

A.24 Recent heeft het HvJEG geoordeeld dat het een aanbestedende dienst niet is toegestaan een overheidsopdracht onderhands via inbesteding te gunnen aan een vennootschap waar de aanbestedende dienst met een of meer particuliere ondernemingen in het kapitaal deelneemt⁴². Een particuliere deelneming, ook al is deze voor minder dan de helft, in het kapitaal van een vennootschap waarin ook de betrokken aanbestedende dienst deelneemt, sluit volgens het Hof hoe dan ook uit dat die aanbestedende dienst op die vennootschap toezicht kan uitoefenen zoals op zijn eigen diensten.

Regels omtrent mededinging

Inleiding

A.25 In deze paragraaf beschrijven wij de wet- en regelgeving op het gebied van de mededinging. Uit de klachtenbestanden van Opdrachtgevers en de NMA blijkt dat de klachten zich concentreren rond de vraagstukken 'misbruik van een economische machtspositie' en 'staatssteun'. In het hiernavolgende zullen wij ons bij de beschrijving van de toepasselijke en toekomstige wet- en regelgeving dan ook op deze vraagstukken richten. Allereerst is het echter noodzakelijk het begrip 'onderneming' te definiëren, aangezien de in deze paragraaf te beschrijven wet- en regelgeving slechts toepasselijk is voor zover het gedragingen van ondernemingen betreft.

Begrip onderneming

A.26 Het begrip 'onderneming' wordt niet in het EG-Verdrag gedefinieerd. Ook de Mededingingswet bevat geen inhoudelijke definitie. De definitie in de Mededingingswet bevat slechts een verwijzing naar het begrip 'onderneming' in de zin van artikel 81 lid 1 van het Verdrag. Het ingetrokken wetsvoorstel Wet markt en overheid bevatte eveneens een verwijzing naar het begrip 'onderneming'⁴³.

A.27 In het kader van het mededingingsrecht heeft het HvJEG het begrip onderneming gedefinieerd als "elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd"⁴⁴. De omstandigheid dat de 'onderneming' geen winstoogmerk heeft of een sociaal

42 C-26/03, HvJEG 11 januari 2005, n.n.g. (Stadt Halle)

43 Kamerstukken II, 2001-2002, 28 050, nrs. 1-2 en 3

44 C-41/90, HvJEG 23 april 1991, JUR 1991, p. I-1979, ro 21 (Höfner/Marcoton)

doel nastreeft, is evenmin relevant⁴⁵. Onder een economische activiteit verstaat men “iedere activiteit bestaande uit het aanbieden van goederen of diensten op een bepaalde markt”⁴⁶.

A.28 Voor zover een overheidsinstantie of een interne dienst daarvan economische activiteiten verricht, kan die overheidsinstantie of die dienst worden aangemerkt als een onderneming in vorenbedoelde zin. Ondernemingen waaraan een uitsluitend of bijzonder recht is verleend of die belast zijn met het beheer van een taak van algemeen economisch belang kunnen eveneens een onderneming worden gekwalificeerd.

A.29 Van economische activiteiten moeten activiteiten worden onderscheiden die wegens haar aard en doel en de regels waaraan zij zijn onderworpen buiten de sfeer van het economisch verkeer vallen (zoals bijvoorbeeld activiteiten op het gebied van de sociale zekerheid⁴⁷), alsmede activiteiten die neerkomen op de uitoefening van overheidsprerogatieven (zoals bijvoorbeeld de afgifte van rijvaardigheidsbewijzen⁴⁸). Ook activiteiten die in zo nauw verband staan met de uitoefening van een overheidsprerogatief dienen van economische activiteiten te worden onderscheiden⁴⁹. De mededingingsregels zijn niet van toepassing op deze activiteiten⁵⁰.

Misbruik van een economische machtspositie

Definitie

A.30 Evenals ten aanzien van het begrip ‘onderneming’ bevat het EG-Verdrag evenmin een definitie van het begrip ‘economische machtspositie’. Het EG-Verdrag bevat slechts een verbod om misbruik van een economische machtspositie te maken. Het HvJEG definieert een ‘economische machtspositie’ als “een positie van een onderneming die haar in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de relevante markt daarvan te verhinderen door haar de mogelijkheid te geven zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar leveranciers, haar afnemers of de eindgebruikers te gedragen”⁵¹. De Mededingingswet heeft deze definitie grotendeels overgenomen.

45 C-244/94, HvJEG 16 november 1995, JUR 1995, p. I-4013, ro 14-22 (FFSA)

46 C-35/96, HvJEG 18 juni 1998, JUR 1998, I-3851, ro 36 (Commissie/Italië); T-513/93, GvEA 30 maart 2000, JUR 2000, p. II-1807, ro 36 (Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali/Commissie)

47 C-159 en 160/91, HvJEG 17 februari 1993, JUR 1993, p. I-637, ro 18 en 19 (Poucet en Pistre)

48 CBB 3 juli 2002, LJV AE6021, ro 5.1 (CBR); zie ook C-364/92, HvJEG 19 januari 1994, JUR 1994, p. I-43, ro 30 (SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol); C-343/95, HvJEG 18 maart 1997, JUR 1997, p. I-1547, ro 22 en 23 (Diego Cali & Figli); Rechtbank Rotterdam 1 augustus 2001, LJV AB3844 (Bloemenmarkt Amsterdam); zaak 52, NMa 25 februari 1998, ro 15 (Hotel Zuiderduin/brandweer)

49 CBB 3 juli 2002, LJV AE6021, ro 5.2 (CBR), waarin het CBB oordeelde dat “het bepalen van de volgorde waarin kandidaten aan een onderzoek naar hun rijvaardigheid worden onderworpen en regeling van de omstandigheden waaronder het onderzoek naar de rijvaardigheid plaatsvindt” evenmin economische activiteiten vormen.

50 C-309/99, HvJEG 19 februari 2002, JUR 2002, p. I-1577, ro 57 (Wouters)

51 C-85/76, HvJEG 13 februari 1979, JUR 1979, p. 461, ro 37 (Hoffmann-La Roche)

- A.31 De criteria voor het vaststellen van een economische machtspositie kunnen grofweg in drie categorieën worden onderverdeeld:
- de structuur van de relevante markt, waarbij het marktaandeel van de betrokken onderneming en haar concurrenten de belangrijkste indicatoren zijn;
 - de structuur van de betrokken onderneming; en
 - het gedrag van de betrokken onderneming op de markt.

Relevante markt

A.32 Om een economische machtspositie vast te kunnen stellen is het allereerst noodzakelijk de relevante markt af te bakenen. De relevante markt kent een productdimensie en een geografische dimensie. De relevante productmarkt omvat “alle producten en/of diensten die op grond van hun kenmerken, hun prijzen en hun gebruik waarvoor zij zijn bestemd door de consument als onderling uitwisselbaar of substitueerbaar worden beschouwd”, terwijl de relevante geografische markt “het gebied [omvat] waarbinnen de betrokken ondernemingen een rol spelen in de vraag naar en het aanbod van goederen of diensten waarbinnen de concurrentievoorwaarden voldoende homogeen zijn en dat van aangrenzende gebieden kan worden onderscheiden doordat daar duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden heersen”⁵².

Indicatoren voor een economische machtspositie

A.33 Aan de hand van deze marktafbakening kan vervolgens het marktaandeel van de betrokken onderneming en haar concurrenten worden bepaald. Een onderneming die over een wettelijk monopolie beschikt, wordt geacht over een economische machtspositie te beschikken⁵³. Het is vaste rechtspraak dat zeer grote marktaandelen, uitzonderlijke omstandigheden daargelaten, op zichzelf reeds het bewijs van een economische machtspositie vormen. Een onderneming met een marktaandeel van meer dan 75% wordt geacht over een economische machtspositie te beschikken⁵⁴. Daarnaast wordt een economische machtspositie vermoed aanwezig te zijn indien het marktaandeel meer dan 40% bedraagt, waarbij de marktaandelen van de concurrenten relevant zijn⁵⁵. Indien een onderneming een marktaandeel van minder dan 25% heeft, wordt een economische machtspositie niet vermoed aanwezig te zijn⁵⁶, waarbij het bestaan van een dergelijke positie zeer onwaarschijnlijk is wanneer een onderneming een marktaandeel van minder dan 10% heeft⁵⁷.

52 Bekendmaking van de Europese Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, PbEG 1997, C 372/3

53 C-147 en 148/97, HvJEG 10 februari 2000, JUR 2000, p. I-825, ro 38 (Deutsche Post/GZS en Citicorp) en aldaar aangehaald jurisprudentie

54 C-85/76, HvJEG 13 februari 1979, JUR 1979, p. 461 (Hoffmann-LaRoche); T-30/89, GvEA 12 december 1991, JUR 1991, p. II-1439 (Hilti)

55 C-27/76, HvJEG 14 februari 1978, JUR 1978, p. 207 (United Brands)

56 Verordening 139/2004 van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, PbEG 2004, L 24/1, ro 32

57 C-75/84, HvJEG 22 oktober 1986, JUR 1986, p. 3021 (SABA II)

A.34 Andere relevante indicatoren zijn onder meer de marktaandelen van haar (belangrijkste) concurrenten, toetredingsdrempels (zoals bijvoorbeeld wetgeving), de rijpheid van de relevante markt en potentiële concurrentie.

A.35 Relevante indicatoren voor het vaststellen van de structuur van de onderneming zijn onder meer de technologische voorsprong, bekende intellectuele eigendomsrechten en financiële armslag. Op zichzelf zijn deze indicatoren onvoldoende om het bestaan van een economische machtspositie aan te nemen, maar zij kunnen wel als ondersteunend bewijs daarvoor dienen.

Misbruik

A.36 Het EG-Verdrag bevat evenmin een definitie van het begrip “misbruik”. Artikel 82 van het EG-Verdrag bevat overigens wel een aantal voorbeelden van misbruik. Het HvJEG definieert misbruik als “gedragingen van een dominerende onderneming die invloed kunnen uitoefenen op de structuur van een markt waar, juist door de aanwezigheid van bedoelde onderneming, de mededinging reeds verflauwde en die ertoe leiden dat de handhaving of ontwikkeling van de nog bestaande marktconcurrentie met andere middelen dan bij een op basis van ondernemersprestaties berustende normale mededinging - met goederen of diensten - in zwang zijn, wordt tegengegaan⁵⁸”.

A.37 Het is vaste rechtspraak dat de verlening van een uitsluitend recht als zodanig niet als een inbreuk op het verbod van misbruik van een economische machtspositie kan worden aangemerkt. De enkele uitoefening van het uitsluitende recht kan echter wel leiden tot een inbreuk op dit verbod⁵⁹.

A.38 Uit het klachtenbestand van Opdrachtgevers blijkt dat met name wordt geklaagd over kruissubsidiëring en discriminatie. In het hiernavolgende zullen wij het juridisch kader ten aanzien van deze twee typen klachten nader worden toegelicht.

Kruissubsidiëring

A.39 De Europese Commissie definieert kruissubsidiëring als het geheel of gedeeltelijk toerekenen van de kosten van een activiteit op de ene markt aan een activiteit op een andere markt die in bepaalde omstandigheden de mededinging verstoren en ertoe kan leiden dat andere concurrenten worden verslagen met aanbiedingen die niet wegens efficiëntie of prestaties mogelijk zijn, maar wegens kruissubsidies⁶⁰. Kruissubsidiëring vormt op zichzelf dus geen misbruik van een economische machtspositie⁶¹. Slechts het resultaat van kruissubsidiëring kan leiden tot een inbreuk op het verbod van misbruik van een economische machtspositie.

58 C-85/76, reeds aangehaald

59 C-311/84, HvJEG 3 oktober 1985, JUR 1985, p. 3261, ro 17 (CBEM); C-41/90, reeds aangehaald

60 Mededeling van de Commissie over de toepassing van de mededingingsregels op de postsector en over de beoordeling van bepaalde overheidsmaatregelen met betrekking tot postdiensten, PbEG 1998, C 39/2, § 3

61 T-175/99, GvEA 20 maart 2002, JUR 2002, P. II-1915, ro 61 (UPS/Deutsche Post)

A.40 Zo kan kruissubsidiëring leiden tot het toepassen van afbraakprijzen ('predatory pricing') hetgeen als misbruik kan worden aangemerkt, indien:

- a de gehanteerde prijzen beneden de gemiddelde variabele kosten liggen; of
- b de gehanteerde prijzen beneden de gemiddelde totale kosten, maar boven de gemiddelde variabele kosten liggen en zijn vastgesteld in het kader van een plan dat ten doel heeft een concurrent uit te schakelen⁶².

A.41 Voor het vaststellen van het hanteren van afbraakprijzen is het niet noodzakelijk dat er een reële kans bestaat dat de hiermee gepaard gaande verliezen worden terugverdiend⁶³.

A.42 De regel uit het AKZO-arrest (randnummer A.40) biedt overigens niet in alle omstandigheden het juiste uitgangspunt. Ten aanzien van ondernemingen belast met een dienst van algemeen belang dient rekening te worden gehouden met de mogelijkheid van relatief hoge gemeenschappelijke kosten. Onder die omstandigheden dient met de marginale kosten rekening te worden in plaats van de gemiddelde variabele kosten⁶⁴.

A.43 Uit de beschikkingenpraktijk van de Commissie blijkt dat het moeilijk is om afbraakprijzen als gevolg van kruissubsidiëring aan te pakken vanwege de allocatie van kosten aan de verschillende activiteiten.

Discriminatie

A.44 Het toepassen van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige transacties kan worden aangemerkt als misbruik van een economische machtspositie indien deze ongelijke behandeling leidt tot een benadeling bij de mededinging. Om discriminatie vast te kunnen stellen, is het noodzakelijk de verschillende transactie te vergelijken, waarbij met alle omstandigheden rekening dient te worden gehouden⁶⁵.

A.45 Dit verbod betekent overigens niet dat gelijke gevallen identiek dienen te worden behandeld. Verschillen kunnen op basis van een objectieve rechtvaardiging zijn toegestaan⁶⁶.

A.46 Functievermenging kan ertoe leiden dat de toezichthouder zichzelf direct of indirect bevoordeelt, hetgeen de gelijke kansen vermindert⁶⁷.

62 C-62/86, HvJEG 3 juli 1991, JUR 1991, p. I-3359, ro 71 en 72 (AKZO)

63 C-333/94 P, HvJEG 14 november 1996, JUR 1996, p. I-5951, ro 44

64 COMP/35.141, Commissie 20 maart 2001, PbEG 2001, L 125/27, ro 6,7 en 35 (Deutsche Post)

65 C-18/93, HvJEG 17 mei 1994, JUR 1994, p. I-1783 (Corsica Ferries); T-229/94, GvEA 21 oktober 1997, JUR 1997, p. II-1689 (Deutsche Bahn)

66 T-128/98, GvEA 12 december 2000, JUR 2000, p. II-3929 (Aéroports de Paris)

67 C-202/88, HvJEG 19 maart 1991, JUR 1991, p. I-1223 (Frankrijk/Commissie); C-18/88, HvJEG 13 december 1991, JUR 1991, p. I-5941 (GM-INNO-BM)

Procedurele aspecten

A.47 Indien een onderneming vermoedt dat haar concurrent haar economische machtspositie misbruikt, kan zij een klacht bij de bevoegde mededingingsautoriteit indienen of een civiele procedure aanhangig maken. Wil de klacht ontvankelijk zijn, zullen klagers dienen aan te tonen dat zij een belang bij een uitspraak hebben⁶⁸.

A.48 In tegenstelling tot de Mededingingswet bevat het Europese mededingingsrecht een uitgebreide regeling op het gebied van het indienen van klachten⁶⁹. Op de website van de NMA is een brochure over het indienen van klachten geplaatst⁷⁰.

Staatssteun

A.49 Krachtens artikel 87 van het EG-Verdrag vormt steun in welke vorm dan ook aan een onderneming⁷¹, staatssteun indien die steun (i) een voordeel oplevert voor de onderneming (ii) met staatsmiddelen wordt bekostigd, (iii) alleen ten gunste komt van de onderneming, (iv) de mededinging verstoort en het handelsverkeer tussen Lid-Staten ongunstig beïnvloedt.

Voordeel

A.50 Er is sprake van een voordeel indien de onderneming iets ontvangt dat zij onder normale marktomstandigheden niet zou hebben gehad⁷². Hierbij wordt het zogenaamde “market economy investor” beginsel gehanteerd. Aan de hand van dit beginsel wordt vastgesteld of een particuliere investeerder onder normale marktomstandigheden ten tijde van de maatregel een zelfde voordeel zou hebben verstrekt. Die particulier investeerder dient qua omvang vergelijkbaar te zijn met de overheid en te streven naar rendement op langere termijn⁷³.

A.51 Het “market economy investor” beginsel biedt overigens niet in alle omstandigheden het juiste uitgangspunt. Ten aanzien van een onderneming belast met een dienst van algemeen belang dient rekening te worden gehouden met de omstandigheid dat van ‘normale marktomstandigheden’ geen sprake is, nu die onderneming actief is op een gereserveerde markt. In dergelijke situaties kunnen de door die onderneming gedragen kosten als objectieve en controleerbare elementen worden aangemerkt. Er is geen sprake van een voordeel indien de tegenprestatie volstaat ter dekking van alle bijkomende variabele kosten voor de verleende diensten, plus een passende bijdrage in de

68 Voor een nadere uitwerking van het begrip ‘belanghebbende’ verwijzen wij naar randnummer A.[92].

69 Artikel 7 van Verordening 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, PbEG 2003, L 1/1 juncto Hoofdstuk IV van Verordening 773/2004 van de Commissie van 7 april 2004 betreffende procedures van de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, PbEG 2004, L 123/18 juncto de mededeling van de Commissie betreffende de behandeling van klachten door de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, PbEG 2004, C 101/65

70 Te vinden op http://www.nmanet.nl/nl/Service_en_Contact/Brochures/default.asp

71 Dit kan dus ook een interne dienst zijn. Ons zijn overigens geen zaken bekend waarin de Commissie zich heeft uitgesproken over steunverlening aan een interne dienst

72 C-39/94, HvJEG 11 juli 1996, JUR 1996, p. I-3547 (SFEI - La Poste)

73 C-305/89, HvJEG 21 maart 1991, JUR 1991, p. I-1603 (Alfa Romeo); C-248/99, HvJEG 16 mei 2002, JUR 2002, p. I-4397 (Stardust Marine)

vaste kosten, alsmede een passende vergoeding voor het eigen kapitaal voor zover dit wordt gebruikt voor de aan concurrentie openstaande activiteiten en indien er geen aanwijzingen zijn dat deze elementen zijn onderschat of willekeurig zijn vastgesteld⁷⁴. Deze test dient te worden toegepast bij de beoordeling van kruissubsidiëring.

A.52 De Commissie is van mening dat kruissubsidiëring -zowel door private als door publieke bedrijven- in beginsel geen staatssteun vormt wanneer dit een onderdeel uitmaakt van een strategisch plan dat dient te leiden tot profijt op de langere termijn dan wel dat de kruissubsidiëring als zodanig een netto voordeel heeft voor de groep. Kruissubsidiëring vormt daarentegen wel een voordeel wanneer er geen enkele andere redelijke verklaring voor de geldstroom bestaat dan steun⁷⁵.

A.53 De Commissie heeft een aantal mededelingen gepubliceerd op basis waarvan bepaalde typen steunmaatregelen die aan bepaalde voorwaarden voldoen buiten de werkingssfeer van artikel 87 lid 1 van het EG-Verdrag vallen⁷⁶.

A.54 Er is verder geen sprake van een voordeel indien de maatregel is te beschouwen als een compensatie die de tegenprestatie vormt voor de prestaties die de begunstigde ondernemingen hebben verricht om een taak van algemeen belang uit te voeren⁷⁷. Een dergelijke compensatie wordt niet als staatssteun beschouwd indien aan de volgende voorwaarden wordt voldaan⁷⁸:

- a de begunstigde onderneming dient daadwerkelijk te zijn belast met de uitvoering van een taak van algemeen belang en die taak dient duidelijk te zijn afgebakend;
- b de parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend, dient vooraf op objectieve en transparante wijze zijn vastgesteld;
- c de compensatie mag niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van de taak van algemeen belang geheel of gedeeltelijk te dekken, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van die taak;
- d wanneer de met de uitvoering van een taak van algemeen belang te belasten onderneming in een concreet geval niet wordt gekozen in het kader van een openbare aanbesteding, dient de noodzakelijke compensatie te worden vastgesteld op basis van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming, die zodanig is uitgerust dat zij aan de vereisten van de taak van algemeen belang kan voldoen, zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit te voeren, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitoefening van deze verplichtingen.

74 C-83, 93 en 94/01 P, HvJEG 3 juli 2003, JUR 2003, p. I-6993 (Chronopost)

75 Mededeling van de Commissie van 13 november 1993 inzake de toepassing van de artikelen 92 en 93 van het EG-Verdrag en artikel 5 van de Transparantierichtlijn op openbare bedrijven in de productiesector, PbEG 1993, C 307/3, nr 29

76 Zoals bijvoorbeeld de mededeling van de Commissie betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties, PbEG 1997, C 209/3

77 C-240/83, HvJEG 7 februari 1985, JUR 1985, p. 531 (ADBHU); C-53/00, HvJEG 22 november 2001, JUR 2001, p. I-9067 (Ferring)

78 C-280/00, HvJEG 24 juli 2003, JUR 2003, p. I-7747 (Altmark)

A.55 Naar aanleiding van het arrest Altmark heeft de Commissie een ontwerpbesluit⁷⁹ en een ontwerpbesluit⁸⁰ opgesteld. In een stemming op 22 februari 2005 heeft het Europees Parlement aangegeven de voorstellen van de Commissie te steunen. Het verslag van de rapporteur bevat enkele voorstellen tot wijziging van de ontwerpbesluit⁸¹.

A.56 De ontwerpbesluit bevat een regeling voor compensaties die niet voldoen aan de Altmark-criteria, maar die niettemin op grond van artikel 86 lid 2 van het EG-Verdrag verenigbaar zijn. Onder de ontwerpbesluit vallen compensaties⁸² voor de openbare dienst die worden toegekend aan onderneming waarvan de jaaromzet een nog nader vast te stellen drempel niet overschrijdt⁸³. Compensaties aan ziekenhuizen en sociale huisvestingsmaatschappijen vallen er eveneens onder, evenals zeeverbindingen met eilanden voor zover deze niet meer dan 100.000 passagiers vervoeren⁸⁴. De ontwerpbesluit bevat regels die bij het vaststellen van de hoogte van de compensatie in acht dienen te worden genomen. Voor zover aan de voorwaarden wordt voldaan, voorziet deze ontwerpbesluit in een ontheffing van de verplichting tot voorafgaande aanmelding.

A.57 Alle overige vormen van compensatie dienen voorafgaand aan de implementatie bij de Commissie te worden aangemeld. De ontwerpbesluit bevat richtsnoeren onder welke voorwaarden deze compensatie op grond van artikel 86 lid 2 van het EG-Verdrag met de gemeenschappelijke markt verenigbaar is.

Staatsmiddelen

A.58 Wil er sprake zijn van een met artikel 87 EG-Verdrag strijdige steunmaatregel, dan dient die maatregel de overheid geld te kosten. De maatregel kan zich in verschillende vormen voordoen. Het begrip steun omvat niet alleen positieve prestaties (zoals subsidies), maar ook maatregelen die, in verschillende vormen, de lasten verlichten, die normaliter op het budget van een onderneming drukken en daardoor -zonder nog subsidies in de strikte zin van het woord te zijn- van gelijke aard zijn en tot identieke gevolgen leiden⁸⁵.

A.59 Relevante voorbeelden zijn subsidies, preferentiële belastingtarieven en kruissubsidiëring.

79 Beschikking van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 86 van het Verdrag op staatssteun in de vorm van compensaties voor de openbare dienst die wordt toegekend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen, te vinden op http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/interest/nl.pdf

80 Communautaire kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensaties voor de openbare dienst, te vinden op http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/public_service_comp/nl.pdf

81 Verslag over staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst (2004/2186(INI)), te vinden op <http://www2.europarl.eu.int/omk/sipade2?L=NL&OBJID=93635&LEVEL=3&MODE=SIP&NAV=X&LSTDOC=N>, definitieve versie A6-0034/2005

82 De maximumhoogte moet nog nader vastgesteld worden. Het Europees Parlement stelt een grens voor van € 15 miljoen, terwijl de Council of European Municipalities and Regions een grens van € 30 miljoen voorstelt (zie het persbericht van de CEMR, te vinden op http://www.ccre.org/news_detail_en.htm?ID=443).

83 Het Europees Parlement stelt een omzetgrens van € 50 miljoen voor, terwijl de CEMR een grens van € 100 miljoen voorstelt (zie voornoemd persbericht van de CEMR).

84 Het Europees Parlement stelt een uitbreiding naar luchtverbindingen, alsmede verbindingen naar verafgelegen en geïsoleerde plaatsen voor en voor zover niet meer dan 300.000 passagiers worden vervoerd.

85 C-387/92, HvJEG 15 maart 1994, JUR 1994, p. I-877

Selectiviteit

A.60 Er is slechts sprake van staatssteun indien één of meer bepaalde ondernemingen of bepaalde producties worden bevoordeeld. De omstandigheid dat het aantal ondernemingen dat op de betrokken maatregel aanspraak kan maken erg groot is, of dat deze ondernemingen tot verschillende sectoren van activiteit behoren, kan niet volstaan om het selectieve karakter daarvan ter discussie te stellen en bijgevolg de kwalificatie als staatssteun weg te nemen⁸⁶. Een maatregel die zonder onderscheid alle ondernemingen op het nationale grondgebied begunstigt, kan geen staatssteun zijn⁸⁷.

A.61 Verstoring van de mededinging en beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten. Een steunmaatregel is in strijd met artikel 87 EG-Verdrag indien deze leidt tot verstoring van de mededinging en de handel tussen Lid-Staten beïnvloedt. Uitgangspunt is dat bevoordeling van een onderneming noodzakelijkerwijze leidt tot een verstoring van de mededinging, omdat die onderneming in een betere concurrentiepositie wordt gebracht dan ondernemingen aan wie een dergelijk voordeel niet worden toegekend.

A.62 Er is sprake van beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten wanneer een steunmaatregel de positie van een onderneming ten opzichte van andere concurrerende ondernemingen in het intracommunautaire handelsverkeer versterkt⁸⁸. Dit betekent overigens niet dat de begunstigde onderneming zelf aan het intracommunautaire handelsverkeer deelneemt. Ook steun die is verleend aan een onderneming die uitsluitend lokale of regionale activiteiten onderneemt, is in staat het interstatelijk handelsverkeer te beïnvloeden⁸⁹. De steunmaatregel zou er immers toe kunnen leiden dat ondernemingen uit andere Lid-Staten ervan afzien hun activiteiten naar die ene Lid-Staat uit te breiden⁹⁰. De omstandigheid dat het steunbedrag betrekkelijk gering is of de begunstigde onderneming vrij klein, sluit niet a priori de mogelijkheid uit dat het handelsverkeer tussen de Lid-Staten ongunstig wordt beïnvloed⁹¹.

A.63 Niettemin zijn niet alle steunmaatregelen in staat het interstatelijk handelsverkeer merkbaar te beïnvloeden⁹². Uit deze beschikkingen kan worden afgeleid dat de Commissie onder bepaalde omstandigheden (zoals plaats, omvang en bedrag van de maatregel) van mening is, dat een maatregel het interstatelijke handelsverkeer niet ongunstig beïnvloedt. Het Europees Parlement lijkt deze visie van de Commissie te delen voor zover het lokale

86 C-75/97, HvJEG 17 juni 1999, JUR 1999, p. I-3671 (België/Commissie)

87 C-143/99, HvJEG 8 november 2001, JUR 2001, p. I-8365 (Adria-Wien Pipeline)

88 C-790/79, HvJEG 17 september 1980, JUR 1980, p. 2671 (Philip Morris)

89 C-280/00, reeds aangehaald, ro 77

90 C-303/88, HvJEG 21 maart 1991, JUR 1991, p. I-1433 (Italië/Commissie)

91 C-280/00, reeds aangehaald

92 N 258/00, Commissie 12 januari 2001, PbEG 2001, C 172/16 (Recreatiezwembad Dorsten (de tekst is te vinden op http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/comp-2000/n258-00.pdf)); beschikking van de Commissie van 29 oktober 2003 betreffende de door Nederland ten uitvoer gelegde steunmaatregelen ten gunste van jachthavens zonder winstoogmerk in Nederland, PbEG 2004, L 34/63 (beroep aangetekend), N 617/98, beschikking van de Commissie van 8 februari 2000, (Container Terminal Lage Weide Utrecht (de tekst is te vinden op europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/transport-1998/n617-98.pdf)); N 293/99, beschikking van de Commissie van 19 januari 2000 (Vlaamse Intermodale Kring (de tekst is te vinden op http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/transport-1999/n293-99-nl.pdf)))

overheidsdiensten betreft. Deze zienswijze blijkt uit het verslag⁹³ van de Commissie economische en monetaire zaken van het Europees Parlement over een ontwerp-regeling van de Commissie inzake staatssteun in de vorm van compensaties voor de openbare dienst.

A.64 De minimis-steun⁹⁴ beïnvloedt de mededinging en het interstatelijk handelsverkeer niet ongunstig. De minimis-steun omvat steun waarvan het bedrag over een periode van drie jaar een plafond van € 100.000 niet overschrijdt. Daarbij dient te worden opgemerkt dat die referentieperiode van verschuivende aard is.

A.65 Naast de minimis-steun beïnvloedt steun aan kleine en middelgrote ondernemingen het interstatelijk handelsverkeer evenmin ongunstig⁹⁵. Dit betreft steun voor investeringen in materiële en immateriële activa, voor adviesdiensten, voor deelname aan vakbeurzen en tentoonstellingen en voor onderzoek en ontwikkeling. Overigens voorziet de KMO-vrijstelling niet in een algehele vrijstelling van artikel 87 van het EG-Verdrag. De vrijstelling geldt slechts voor een bepaald percentage van de in aanmerking komende kosten van het project. Een onderneming waarin één of meer overheidsinstanties (niet zijnde een gemeente waarvan de jaarlijkse begroting minder dan € 10 miljoen bedraagt en het inwoneraantal minder dan 5.000 telt) of openbare lichamen direct of indirect zeggenschap over meer dan 25% van het kapitaal of de stemrechten heeft, behoort niet tot deze categorie. Voor zover een gemeente uitsluitende zeggenschap over een onderneming heeft, kan deze onderneming evenmin als KMO worden aangemerkt.

A.66 Verder heeft de Commissie twee ontwerp-mededelingen gepubliceerd; één voor geringe bedragen aan staatssteun⁹⁶ en één voor steun met beperkte invloed op de handel tussen Lid-Staten⁹⁷. Deze ontwerp-mededelingen mogen niet als een verruiming van het beleid van de Commissie ten aanzien van *de minimis*-steun worden opgevat, aangezien een -weliswaar vereenvoudigde- meldingsprocedure in acht moet worden genomen.

Verdragsrechtelijke en groepsvrijstellingen

A.67 Wanneer éénmaal is vastgesteld dat sprake is van een steunmaatregel betekent dit niet automatisch dat de steunmaatregel verboden is. Op het verbod tot steunmaatregelen is namelijk een aantal vrijstellingen geformuleerd. Een aantal daarvan volgt uit artikel 87 lid 2 en 3 van het EG-Verdrag, terwijl een aantal andere in zogenaamde groepsvrijstellingen is neergelegd⁹⁸.

93 Verslag over staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst (2004/2186(INI)), definitieve versie A6-0034/2005, reeds aangehaald, overweging U

94 Verordening 69/2001 van de Commissie betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op de minimis-steun, PbEG 2001, L 10/30

95 Verordening 70/2001 van de Commissie betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op staatssteun voor kleine en middelgrote ondernemingen, PbEG 2001, L 10/33

96 Ontwerp-mededeling van de Commissie betreffende een nieuw kader voor de beoordeling van geringe bedragen aan staatssteun, te vinden op http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/lesser/nl.pdf

97 Ontwerp-mededeling van de Commissie betreffende een nieuw kader voor de beoordeling van steun met beperkte invloed op het intracommunautaire handelsverkeer, te vinden op http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/limited/nl.pdf

98 Zoals bijvoorbeeld Verordening 2204/2002 van de Commissie van 5 december 2002 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op werkgelegenheidssteun

Procedurele aspecten

A.68 Indien een onderneming vermoedt dat haar concurrent steun heeft ontvangen, kan zij een klacht bij de Commissie indienen⁹⁹ of een civiele procedure aanhangig maken. In de klacht dient de klager informatie te verschaffen over de begunstigde(n), het bedrag, de vorm en de datum van tenuitvoerlegging van de vermeende steunmaatregel. Daarenboven dient de klager in detail de gronden van de klacht uiteen te zetten.

A.69 Nadat de Commissie een klacht heeft ontvangen, zal de Commissie de klacht onderzoeken en indien nodig de betrokken Lid-Staat om informatie verzoeken. Bij haar onderzoek is de Commissie niet aan termijnen gebonden¹⁰⁰. Ter illustratie: de periode tussen het indienen van een klacht en de beschikking van de Commissie over steun aan de Nederlandse jachthavens bedroeg bijna 23 maanden¹⁰¹. Ter vergelijking: de procedure voor een onderzoek naar aangemelde steun kan 22 maanden duren, waarbij deze termijn in overleg met de betrokken Lid-Staat verlengd kan worden¹⁰². Voor zover de aangemelde steunmaatregel geen twijfel over de verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt doet rijzen, geeft de Commissie binnen twee maanden een 'beschikking om geen bezwaar te maken' af¹⁰³.

Verplichting Lid-Staten

A.70 Naast de verplichting van Lid-Staten om geen steunmaatregelen zonder toestemming van de Commissie te implementeren, hebben de Lid-Staten tevens de verplichting om (i) geen maatregelen te treffen die het nuttig effect van de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag ongedaan kunnen maken¹⁰⁴ en (ii) met betrekking tot openbare bedrijven en ondernemingen waaraan zij een bijzonder of een uitsluitend recht hebben verleend maatregelen te nemen of te handhaven die niet in overeenstemming zijn met het EG-Verdrag, in het bijzonder de artikelen 12, 82 tot en met 89 van het EG-Verdrag.

Artikelen 3 lid 1 sub g en 10 van het EG-Verdrag

A.71 Een Lid-Staat ontnemt het nuttig effect aan de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag wanneer een maatregel, zelfs een wettelijke of een bestuursrechtelijke, "het tot stand komen van met artikel 81 strijdige afspraken oplegt of begunstigt dan wel de werking ervan verstrekt of het overheidskarakter [aan haar eigen regeling] ontnemt door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere ondernemingen over te dragen"¹⁰⁵.

99 Artikel 20 lid 2 van verordening 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel [88] van het EG-Verdrag, PbEG 1999, L 83/1; Formulier voor de indiening van klachten over beweerdelijk onrechtmatige staatssteun, PbEG 2003, C 116/3

100 Artikel 13 lid 3 van Verordening 659/1999

101 Beschikking van de Commissie van 29 oktober 2003 betreffende de door Nederland ten uitvoer gelegde steunmaatregelen ten gunste van jachthavens zonder winstoogmerk in Nederland, PbEG 2004, L 34/63

102 Artikel 4 lid 5 juncto lid 4 in combinatie met artikel 7 van Verordening 659/1999

103 Artikel 4 lid 5 juncto lid 3 van Verordening 659/1999

104 C-13/77, HvJEG 16 november 1977, JUR 1977, p. 2115 (INNO/ATAB)

105 C-267/86, HvJEG 21 september 1988, JUR 1988, p. 4769 (Van Eycke/ASPA)

Artikel 86 lid 1 van het EG-Verdrag

A.72 Zoals hiervoor in het kader van misbruik van een economische machtspositie reeds beschreven, is het verlenen van een uitsluitend recht als zodanig niet onvereenigbaar met het EG-Verdrag. Niettemin kan de enkele uitoefening door de onderneming waaraan het uitsluitend recht is verleend misbruik opleveren. Hiervan is sprake wanneer de betrokken onderneming niet in staat is aan de vraag naar de dienst die het uitsluitend recht omvat te voldoen¹⁰⁶ of wanneer het uitsluitend recht een situatie kan doen ontstaan waarin de betrokken onderneming tot misbruik van haar economische machtspositie wordt gebracht¹⁰⁷. In de laatste situatie is het niet van belang of er daadwerkelijk sprake is van misbruik¹⁰⁸.

Uitzondering (artikel 86 lid 2)

A.73 De mededingingsregels zijn eveneens toepasselijk op ondernemingen die zijn belast met een taak van algemeen economisch belang, tenzij deze regels de vervulling van die taak verhindert. Deze algemene uitzondering geldt van rechtswege. De Nederlandse pendant daarvan -voor zover betrekking hebbende op de uitzondering op artikel 24 van de Mededingingswet- is daarentegen pas toepasselijk nadat de d-g NMa daarover heeft beslist (artikel 25 van de Mededingingswet)¹⁰⁹.

A.74 Diensten van algemeen economisch belang betreffen diensten waarvan de overheid vindt dat daarin dient te worden voorzien. Aangezien een communautaire regeling ter zake ontbreekt, hebben Lid-Staten daarbij de vrijheid die diensten aan te wijzen als zijnde van algemeen economisch belang. Deze vrijheid is echter niet onbepikt. De Commissie acht zich bevoegd te beoordelen of de motivatie van de Lid-Staat geen kennelijke fouten bevat¹¹⁰.

A.75 Deze uitzondering is verder een uitwerking van het proportionaliteitsbeginsel. In beginsel dienen die middelen gebruikt te worden die niet zullen leiden tot een onnodige verstoring van het handelsverkeer. Aangezien artikel 86 lid 2 van het EG-Verdrag een uitzondering betreft, wordt deze strikt uitgelegd¹¹¹. Bovendien dient degene die zich op deze uitzondering beroept te bewijzen of de uitzondering toepasselijk is. Toezicht (artikel 86 lid 3)

A.76 Krachtens artikel 86 lid 3 van het EG-Verdrag waakt de Commissie over de toepassing van artikel 86.

106 C-41/90, reeds aangehaald

107 C-260/89, HvJEG 18 juni 1991, JUR 1991, p. I-2925 (ERT)

108 C-163/96, HvJEG 12 februari 1998, JUR 1998, p. I-593 (Porto di Genoa II)

109 Artikel 11 van de Mededingingswet voorziet in een vrijstelling voor artikel 6 van de Mededingingswet. Deze vrijstelling is wel rechtstreeks van toepassing.

110 Zie bijvoorbeeld N 213/2003, beschikking van de Commissie van 9 september 2004, nr's 31 en 32 (Project Atlas) en N 381/2004, beschikking van de commissie van 16 september 2004, nr's 51-65 (Haut débit en Pyrénées-Atlantiques)

111 T-106/95, GvEA 27 februari 1997, JUR 1997, p. II-229, ro 173 (FFSA)

A.77 In het licht van artikel 295 van het EG-Verdrag achtte de Commissie het noodzakelijk de gelijke behandeling tussen openbare bedrijven en private ondernemingen te waarborgen. De financiële betrekkingen tussen de Lid-Staten en de openbare bedrijven kunnen zeer complex zijn. Teneinde het toezicht op het verstrekken van staatssteun niet te belemmeren, dringt de Commissie aan op transparantie in deze financiële betrekkingen. Dienaangaande heeft de Commissie in 1980 de Transparantierichtlijn ingevoerd¹¹².

A.78 De Transparantierichtlijn bevat een definitie van het begrip ‘openbaar bedrijf’. Een openbaar bedrijf is een bedrijf waarop een overheid rechtstreeks of middellijk een dominerende invloed kan uitoefenen. Of de overheid deze invloed ook daadwerkelijk uitoefent, is irrelevant. Evenmin is de rechtsvorm van het bedrijf relevant¹¹³.

A.79 Krachtens de Transparantierichtlijn dienen de Lid-Staten de Commissie informatie te verschaffen over het verstrekken van openbare middelen aan en via openbare bedrijven, alsmede over de besteding van deze openbare middelen. Nederland heeft ervoor gekozen deze verplichtingen niet wettelijk te regelen, maar door feitelijk handelen vorm te geven.

A.80 Overigens heeft de Transparantierichtlijn niet betrekking op alle openbare bedrijven. Zo zijn bijvoorbeeld openbare bedrijven die diensten verlenen die het interstatelijk handelsverkeer niet merkbaar kunnen beïnvloeden, uitgezonderd. Daarnaast zijn ook openbare bedrijven van de toepasselijkheid van de Transparantierichtlijn uitgezonderd die in twee voorafgaande boekjaren een omzet van minder dan € 40 miljoen realiseerden.

A.81 In 2000 heeft de Commissie de reikwijdte van de Transparantierichtlijn uitgebreid naar “ondernemingen waaraan een Lid-Staat overeenkomstig artikel 86 lid 1 van het EG-Verdrag een bijzonder of uitsluitend recht heeft verleend of die overeenkomstig artikel 86 lid 2 van het EG-Verdrag met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang is belast en met betrekking tot deze dienst in enigerlei vorm, waaronder een subsidie, ondersteuning of compensatie, staatssteun ontvangt en die andere activiteiten uitoefent”¹¹⁴. Krachtens deze wijziging zijn deze ondernemingen verplicht een gescheiden boekhouding te voeren. Deze wijziging van de Transparantierichtlijn heeft de Nederlandse wetgever doen besluiten een zestal artikelen aan de Mededingingswet toe te voegen¹¹⁵.

112 Richtlijn 80/723 van de Commissie van 25 juni 1980 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen Lid-Staten en openbare bedrijven, PbEG 1980, L 195/35, zoals laatstelijk gewijzigd bij Richtlijn 2000/52 van de Commissie van 26 juli 2000, PbEG 2000, L 193/75

113 C-118/85, HvJEG 16 juni 1987, JUR 1987, p. 2599 (Commissie/Italië)

114 Artikel 1 van de Richtlijn 2000/52 van de Commissie, reeds aangehaald

115 Wet van 28 januari 2002 tot wijziging van de Mededingingswet (implementatie van een wijziging van de EG-transparantierichtlijn), Stb 2002, 71

A.82 Naar aanleiding van het Altmark-arrest¹¹⁶ heeft de Commissie een voorstel tot wijziging van de Transparantierichtlijn gepubliceerd¹¹⁷. Onder bepaalde omstandigheden (zie randnummer A.54) vormt een compensatie voor het verrichten van een dienst van algemeen economisch belang geen steunmaatregel in de zin van artikel 87 van het EG-Verdrag. Daarmee zouden dergelijke compensaties niet meer onder de reikwijdte van de Transparantierichtlijn vallen. De Commissie acht dit ongewenst. Om die reden stelt de Commissie voor om de definitie van ondernemingen die een gescheiden boekhouding dienen te voeren zodanig te wijzigen dat daarmee alle ondernemingen die met een dienst van algemeen economisch belang belast zijn onder reikwijdte van de Transparantierichtlijn zullen vallen¹¹⁸. Noodzakelijkerwijs zal daardoor ook artikel 25b van de Mededingingswet dienen te worden gewijzigd.

Aanwijzingen

A.83 Op aandringen van de Werkgroep markt en overheid traden op 1 juli 1998 interne gedragsregels voor het verrichten van marktactiviteiten door de rijksdienst in werking¹¹⁹. De aanwijzingen geven de voorwaarden weer waaronder (onderdelen van) de rijksdienst werk voor derden mogen verrichten. Uitgangspunt daarbij is dat het verrichten van marktactiviteiten alleen dan is toegestaan wanneer deze zijn opgedragen of voortvloeien uit de wet of internationale verplichtingen. Ook wanneer het verrichten van marktactiviteiten onlosmakelijk is verbonden met de overheidstaak zijn marktactiviteiten toegestaan.

A.84 De aanwijzingen voorzien in procedurele gedragsregels en zijn uitsluitend gericht tot de ministers en staatssecretarissen en de onder hen ressorterende dienstonderdelen en personen. De aanwijzingen zijn dus niet van toepassing op het verrichten van marktactiviteiten door bijvoorbeeld gemeenten en provincies. Voorts hebben de aanwijzingen alleen interne werking. Derden kunnen er in beginsel dan ook geen rechten aan ontleen. Niettemin lijken de aanwijzingen enige reflexwerking te hebben¹²⁰.

Rechtsbescherming op basis van Algemene wet bestuursrecht

Bestuursrechtelijke rechtsbescherming algemeen

A.85 Wanneer een bepaalde (ongewenste) gedraging van de overheid op de markt niet door het mededingingsrecht (waartoe ook het verbod op steunmaatregelen dient te worden gerekend) of het aanbestedingsrecht wordt gesanctioneerd, vormt het “overige” bestuursrecht mogelijk een vangnet voor een ondernemer die tegen het gedrag van de overheid in het geding wil komen. Overigens heeft een ondernemer zoals uit het navolgende zal blijken, veelal de keuze tussen de bestuursrechtelijke en de civielrechtelijke weg.

116 C-280/00, reeds aangehaald

117 Te vinden op http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/interest/directive_nl.pdf. Overigens bevat rechtsoverweging 3 een taalfout; het woord “niet” in de tweede zin dient te worden vervangen door “alleen”.

118 Artikel 6 van de ontwerpbeschikking van de Commissie (zie randnummer A.55) bevat een soortgelijke bepaling.

119 Vaststelling aanwijzing inzake verrichten marktactiviteiten door organisaties binnen de rijksdienst, Stcrt 1998, nr. 95, p. 8

120 Hof 's-Gravenhage van 22 maart 2001, NJ 2001, 443

A.86 De bestuursrechtelijke rechtsbescherming valt in verschillende onderdelen uiteen. Allereerst is er de weg van een handhavingsverzoek. Deze weg wordt gereguleerd door zowel bijzondere wetgeving als de Awb. Daarnaast omvat hoofdstuk 9 Awb een regeling voor klachtbehandeling. De Aanwijzingen inzake het verrichten van marktactiviteiten door organisaties binnen de rijksdienst knopen aan bij deze regeling. Beide procedures zullen in het onderstaande nader worden toegelicht.

Verzoek om handhaving bijzondere wet- en regelgeving

A.87 Wanneer een onderneming zich benadeeld voelt door de overheid of een overheidsonderneming die zich op de markt begeeft, en meent dat betrokkene daarmee bepaling(en) van een bijzondere wet overtreedt, kan deze onderneming het bevoegde bestuursorgaan verzoeken om op te treden tegen de vermeende overtreding.

A.88 In een aantal wetten, zoals de Gaswet¹²¹, de Postwet¹²², de Mediawet¹²³ en de Wet personenvervoer 2000¹²⁴ zijn regels opgenomen om oneerlijke concurrentieverhoudingen te voorkomen¹²⁵. In geval van een vermeende overtreding van deze regels, kunnen belanghebbenden een verzoek om handhaving doen bij het bevoegde gezag.

A.89 De Awb bevat een hoofdstuk 5 Handhaving. In dit hoofdstuk is een regeling opgenomen voor bestuursdwang en dwangsom. Het betreft een kaderregeling voor de toepassing van bestuursdwang en dwangsom, de bevoegdheid tot het gebruik van deze handhavinginstrumenten dient in de bijzondere wetgeving te worden toegekend. Daarnaast bevatten bijzondere wetten soms aparte handhavinginstrumenten, zoals de bestuurlijke boete of bijvoorbeeld de mogelijkheid om een vergunning in te trekken¹²⁶.

A.90 Tegen een weigering om handhavend op te treden, kan eventueel bezwaar en beroep bij de bestuursrechter worden ingesteld. Of deze mogelijkheid bestaat hangt enerzijds af van de vraag of de weigering om handhavend op te treden kan worden aangemerkt als een besluit, en anderzijds van de vraag of degene die een handhavingsverzoek deed, kan worden aangemerkt als belanghebbende.

121 Zie bijvoorbeeld artikel 10b Gaswet, op basis waarvan het de netbeheerder niet is toegestaan om goederen en diensten te leveren waarmee zij in concurrentie treden.

122 Op grond van artikel 5, lid 4 Postwet kan de Minister aan de houder van een concessie algemene richtlijnen geven met betrekking tot het voorkomen van oneerlijke concurrentie met derden.

123 Zie bijvoorbeeld artikel 52 Mediawet (verbod van reclame voor de publieke omroep) en artikel 55 lid 1 Mediawet (de publieke omroep mag met al haar activiteiten niet dienstbaar zijn aan het maken van winst voor derde, het zgn. "dienstbaarheidsverbod") en artikel 57a Mediawet (verrichten van nevenactiviteiten)

124 Zie bijvoorbeeld artikel 69 WP 2000, op grond waarvan een gemeentelijk vervoerbedrijf gemeentewijze vervoerbedrijven als bedoeld in de WP 2000 niet bevoordelen boven anderen waarmee die vervoerders in concurrentie treden of anderszins voordelen toekennen die verder gaan dan in het normaal handelsverkeer gebruikelijk is

125 Andere sectorspecifieke wetgeving betreffen de Wet educatie en beroepsonderwijs, de Wet verzelfstandiging Staatsbosbeheer, de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek, de Wet sociale werkvoorziening en de Elektriciteitswet 1998

126 Zie bijvoorbeeld artikel 18.12 Wet milieubeheer en artikel 3.7 Telecommunicatiewet

A.91 De weigering om handhavend op te treden wordt slechts aangemerkt als een besluit wanneer degene die om handhaving verzoekt, belanghebbende is in de zin van artikel 1:3 Awb, lid 1. Dit vloeit voort uit artikel 1:3 lid 3, waarin onder een aanvraag wordt verstaan: “een verzoek van een belanghebbende, een besluit te nemen”¹²⁷.

A.92 Om als belanghebbende te kunnen worden aangemerkt dient sprake te zijn van een voldoende individueel, actueel en objectief bepaalbaar en rechtstreeks betrokken belang. In de jurisprudentie wordt aangenomen dat een concurrent belanghebbende is wanneer deze nadeel kan ondervinden van een activiteit van een concurrent¹²⁸. In de jurisprudentie wordt ook wel aangegeven dat sprake dient te zijn van soortgelijke bedrijfsactiviteiten op dezelfde markten, die van invloed is op de concurrentieverhoudingen. De vraag óf een concurrent een afdoende persoonlijk (of ‘eigen’) belang heeft bij een besluit blijkt sterk afhankelijk te zijn van de feitelijke ‘structuur’ van de markt waarop de betreffende ondernemer zijn activiteiten ontplooit. Zo werd ten aanzien van tuincentra, die opkwamen tegen een aan een ander tuincentrum verleende bouwvergunning, bepaald dat nu zij respectievelijk 15 en 20 kilometer verderop waren gesitueerd, zij niet als belanghebbende konden worden aangemerkt omdat deze afstand te groot was¹²⁹. Gaat het echter om een supermarkt of een horecagelegenheid, dan zullen deze grenzen heel anders liggen.

A.93 Een in het kader van dit onderzoek illustratief voorbeeld in de jurisprudentie van een handhavingsverzoek betrof het verzoek van Radio 538 tot handhaving van de Mediawet. De Mediawet is één van de genoemde wetten waarin regels zijn opgenomen terzake van het tegengaan van oneerlijke concurrentie. Radio 538 stelde dat sprake was van een overtreding door Radio 3FM van artikel 52 Mediawet (verbod van reclame voor de publieke omroep) en 55 lid 1 Mediawet (de publieke omroep mag met al haar activiteiten niet dienstbaar zijn aan het maken van winst voor derden, het zgn. “dienstbaarheidsverbod”)¹³⁰. Radio 538 tekende bezwaar aan tegen de weigering van het Commissariaat voor de Media om handhavend op te treden, maar werd daarin niet-ontvankelijk verklaard omdat zij geen belanghebbende zou zijn. Zowel de Rechtbank in beroep als de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in hoger beroep oordeelden echter dat Radio 538 in dit geval wel degelijk als belanghebbende diende te worden aangemerkt. De Rechtbank oordeelde dat Radio 538 door de beslissing op bezwaar voldoende direct werd geraakt nu zij een concurrent is van radio 3FM. Daarbij merkte de Afdeling bestuursrechtspraak het volgende op: “Vast staat dat de bedrijfsactiviteiten die Radio 538 ontplooit in grote lijnen samenvallen met die van Radio 3FM. Het zijn beide radiostations met een landelijk bereik, die zich tot dezelfde groep van luisteraars richten en uit de zelfde reclame-inkomsten putten. Gelet hierop onderscheidt het belang van Radio 538 zich zodanig van de belangen van de radio-omroepen in het algemeen, dat sprake is van een voldoende individueel belang. Het belang is tevens voldoende actueel en objectief bepaald, nu het gewraakte spotje van Radio 3FM van invloed kan zijn op de reclame-inkomsten voor en de luisterdichtheid van Radio 538”.

127 ABRS 5 september 2001, JB 2001, 271. Zie ook de noot bij VzABRS 2 juli 1993, AB 1994, 206.

128 ABRS 27 juni 1997, JB 1997, 191, m.nt.

129 ABRS 11 december 2002, AB 2003, 466, m.nt. R.S. Wertheim.

130 ABRS 18 februari 2004, AB 2004, 113, m.nt. GC.

A.94 Opmerkelijk is overigens wel dat het in veel procedures waarin concurrentiebelangen in het geding zijn, inhoudelijk niet gaat (en ook niet mag gaan) over concurrentiebelangen. Dit hangt samen met het feit dat de bestreden norm in de meeste gevallen niet strekt ter bescherming van de belangen van de klagende concurrent (relativiteit)¹³¹. Bijvoorbeeld in het kader van de verlening van bouwvergunningen en van vrijstellingen van het bestemmingsplan worden regelmatig procedures gevoerd door concurrenten. In het kader van de toetsing van een bouwvergunning spelen belangen van concurrenten echter geen rol.

A.95 Wanneer de bestuursrechter een weigering om handhavend op te treden vernietigt, is de onrechtmatigheid van het besluit gegeven en kan de belanghebbende vervolgens een verzoek om schadevergoeding indienen. Het is echter de vraag echter hoe groot de kans van slagen van een dergelijk verzoek is wanneer die vordering wordt ingesteld door de concurrent, en dus door een ander dan degene tot wie het besluit zich richt.

Beginseplicht tot handhaving?

A.96 De vraag die vervolgens aan de orde is, is of het bestuursorgaan verplicht is, om in geval van een verzoek tot handhaving van een vermeende overtreding, handhavend op te treden. In ieder geval voor het ruimtelijke ordeningsrecht is door verschillende auteurs op basis van jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State betoogd dat op het bestuursorgaan een 'beginseplicht tot handhaving' rust, vooral wanneer door derden om handhaving is verzocht¹³². Wanneer een dergelijke verplichting voor het ruimtelijke ordeningsrecht wordt aangenomen, zou dit, afhankelijk van de wijze waarop de handhabingsbepalingen in de betreffende wetgeving zijn geformuleerd, in gelijke mate moeten kunnen gelden voor andere rechtsgebieden.

A.97 Niet alle auteurs delen deze opvatting overigens. In haar proefschrift over integrale handhaving van milieurecht¹³³ betoogt Blomberg dat handhaving van organieke wetten een discretionaire bevoegdheid is, hetgeen betekent dat het bestuur zelf - binnen zekere grenzen - moet afwegen of van die bevoegdheid gebruik zal moeten worden gemaakt. Zoals Blomberg aangeeft, is de ruimte die het bestuur bij de invulling van die handhabingsbevoegdheid heeft de afgelopen jaren door de (gedoog)jurisprudentie ingeperkt. Steeds moet een belangenafweging uitwijzen of tot handhaving moet worden overgegaan dan wel daarvan moet worden afgezien. Wel is optreden tegen niet-naleving van wettelijke voorschriften het uitgangspunt, waarvan alleen in bijzondere gevallen of uitzonderlijke omstandigheden mag worden afgeweken.

131 Zie bijvoorbeeld VzABRS 2 april 2003, AB 2003, 62, waarbij sprake was van de aanvaarding van een melding op grond van artikel 8.19 Wet milieubeheer. In dit geval werd degene die beroep aantekende tegen acceptatie van de melding (een concurrent van de melder) niet als belanghebbende aangemerkt omdat deze door het bestreden besluit niet rechtstreeks en individueel in zijn belangen werd getroffen. Het betrof de melding van een beperkte uitbreiding van een stal, hetgeen volgens de Voorzitter van de Afdeling Bestuursrechtspraak niet van invloed zou zijn op de markt of op de onderlinge concurrentieverhoudingen op de markt binnen de bedrijfstak waarin de melder en de klager werkzaam waren.

132 Zie over de beginseplicht tot handhaving A.B. Blomberg, Integrale handhaving van het milieurecht, een juridische studie over de handhaving van milieurecht in een democratische rechtsstaat, 2000

133 Blomberg, p. 79 e.v..

Klachtbehandeling

A.98 Hoofdstuk 9 van de Awb bevat een regeling voor behoorlijke behandeling van klachten door bestuursorganen. Deze regeling omvat eisen waaraan de behandeling van klachten tenminste moet voldoen. De regeling ziet op klachten over gedragingen van bestuursorganen. Gedragingen van personen die werkzaam zijn onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan vallen ook binnen het bereik van de regeling. De klacht moet worden ingediend bij het bestuursorgaan waarop de klacht betrekking heeft. Het betreft een intern klachtrecht. Dat wil zeggen dat, voordat men zich kan wenden tot een officiële klachtinstantie, zoals de Nationale Ombudsman, men eerst deze interne klachtprocedure dient te volgen.

A.99 Hoofdstuk 9 van de Awb bevat een regeling voor behoorlijke behandeling van klachten door bestuursorganen. Met ingang van 15 maart 2005 omvat hoofdstuk 9 Awb ook een regeling voor extern klachtrecht, dat wil zeggen het indienen van een klacht bij de Nationale Ombudsman, dan wel bij een ombudsman ingesteld krachtens de Gemeentewet, Provinciewet, de Waterschapswet of de Wet gemeenschappelijke regelingen. De mogelijkheid om op basis van deze laatste vier genoemde wetten een klacht in te dienen treedt overigens pas op 1 januari 2006 in werking. Deze regeling omtrent het klachtrecht omvat eisen waaraan de behandeling van klachten tenminste moet voldoen. De regeling ziet op klachten over gedragingen van bestuursorganen. Gedragingen van personen die werkzaam zijn onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan vallen ook binnen het bereik van de regeling. Ingeval van het intern klachtrecht moet de klacht worden ingediend bij het bestuursorgaan waarop de klacht betrekking heeft. Voordat men zich kan wenden tot een externe klachtinstantie, zoals de Nationale Ombudsman, dient men eerst de interne klachtprocedure te doorlopen.

A.100 Doelstelling van het klachtrecht is dat er voor het bestuursorgaan sprake moet zijn van leereffect ten aanzien van gemaakte fouten¹³⁴. Gegrondverklaring van een klacht leidt echter niet tot vernietiging van besluitvorming of ongedaanmaking van de gedraging waarover men heeft geklaagd. Wel kan het indienen van een klacht publiciteit genereren, hetgeen voor een klager mogelijk langs andere weg tot resultaat leidt.

Onrechtmatige overheidsdaad

A.101 Wanneer geen sprake is van een besluit in de zin van de Awb waartegen een met voldoende waarborgen omklede administratieve rechtsgang openstaat, kan een ondernemer kiezen voor de weg van de onrechtmatige daadsactie bij de burgerlijke rechter. In een dergelijke procedure kan naast schadevergoeding, ook een verbod van het betreffende overheidshandelen worden geëist. Overigens dient voor een succesvolle actie wel aan alle eisen van artikel 6:162 BW te zijn voldaan. met name de relativiteitseis zal vaak in de weg staan aan een succesvolle actie uit onrechtmatige daad, omdat de overtreden norm lang niet altijd strekt ter bescherming van de belangen van de klagende concurrent¹³⁵.

134 Zie de memorie van toelichting, TK 25 837 nr 3, p. 1.

135 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Leeuwarden 3 december 2003, NJ 2004, 191.

A.102 De Hoge Raad heeft zich al verschillende malen uitgesproken over de rechtmatigheid van het betreden van de markt door de overheid, bij het ontbreken van wettelijke beperkingen terzake. Het standaardarrest op dit gebied is het Artiestenbemiddelingsarrest¹³⁶. Het toenmalige Gewestelijke Arbeidsbureau hield zich bezig met kostenloze arbeidsbemiddeling tussen zelfstandige artiesten en opdrachtgevers. Daartegen werd een klacht ingediend door onder andere de Vereniging voor Ondernemers van Concertbureaus, Theaterbureaus en geconcessioneerde bemiddelaars. In het Artiestenarrest heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat het bij het ontbreken van wettelijke beperkingen, een vraag van overheidsbeleid is of de Staat tot verlening van bepaalde diensten mag overgaan op gebieden waar dergelijke diensten ook door ondernemingen bedrijfsmatig worden verleend en dat de beleidsvrijheid van de Staat op dit stuk haar grens vindt waar - mede gezien de in de Nederlandse samenleving dienaangaande levende opvatting - er in redelijkheid geen verschil van mening over kan bestaan dat het belang van een bepaalde vorm van dienstverlening door de overheid niet opweegt tegen het belang van particuliere dienstverleners om tegen zodanige concurrentie door de overheid te worden beschermd. Daarvan was volgens de Hoge Raad in geval van kostenloze bemiddeling door het Gewestelijk Arbeidsbureau geen sprake, zodat de kostenloze arbeidsbemiddeling was toegestaan. Hiermee vindt dus slechts een marginale toets plaats aan het evenredigheidsbeginsel.

A.103 Daarnaast is er een uitspraak van het Hof Amsterdam¹³⁷ uit 1999. In deze zaak werd door een onderneming van de gemeente Amsterdam zonder zelfstandige rechtspersoonlijkheid (en dus de gemeente Amsterdam) een offerte uitgebracht aan Vervoerbewijzen Nederland BV voor het drukken, afwerken en distribueren van vervoerbewijzen. De opdracht werd gegund aan het gemeentebedrijf, wiens offerte veel lager was dan die van een concurrent, Security Print. Daarop vorderde Security Print schadevergoeding van de gemeente Amsterdam wegens ongeoorloofde concurrentie. Daarbij stelde Security Print dat het gemeentebedrijf de offerte van Security Print had kunnen "onderschrijven" door haar verbondenheid met de gemeente en de daaruit voortvloeiende voordeliger concurrentiepositie ten opzichte van private ondernemers.

A.104 Het Hof oordeelde dat het een overheidslichaam - behoudens uitzonderingen die zich aldus het Hof in dit geval niet voordeden - niet is verboden diensten te verlenen die niet vallen binnen de wettelijke taakomschrijving van het orgaan, waarbij het Hof verwijst naar het Artiestenarrest. Het staat de gemeente volgens het Hof dan ook vrij aan het economisch verkeer deel te nemen en zij hoeft niet te motiveren waarom de gemeentelijke huishouding of het publiek belang daarmee zou zijn gediend. De activiteiten van de gemeente zijn ook niet aan de gemeentegrenzen gebonden, aldus het Hof.

136 HR 8 maart 1974, NJ 1974, 264.

137 Hof Amsterdam 18 februari 1999, NJ 2000, 592.

A.105 Daarnaast merkt het Hof op dat concurrentievervalsing door de overheid onrechtmatig is wanneer de overheid in vergelijking tot andere (private) ondernemers op de desbetreffende markt een belangrijke voorsprong heeft doordat zij als overheid voordelen geniet die andere (private) mededingers op de markt moeten ontberen. Daarbij gaat het om een belangrijke voorsprong in concreto en niet om een voorsprong die slechts van hypothetische aard is.

A.106 Ten aanzien van het aspect van de vennootschapsbelasting betekent dit dat het erom gaat of de opbrengst van de activiteiten van de gemeentelijke onderneming al dan niet feitelijk zijn onderworpen aan vennootschapsbelasting en voorts of, indien dat niet het geval is, de gemeente daardoor in concreto voordelen geniet die andere mededingers op de markt ontberen. Denkbaar is dat zodanige concurrentievervalsing niettemin niet onrechtmatig is omdat de marktactiviteiten van het orgaan een rechtvaardiging vinden in het publiek belang en de wijze van concurrentie opweegt tegen het belang van het vervullen door de overheid van die taak. Deze uitzondering deed zich volgens het Hof in dit geval niet voor. Het Hof besliste dat de door Security Print gestelde voordelen alle relevant konden zijn en dus onderzocht dienden te worden.

A.107 Vervolgens heeft de Hoge Raad¹³⁸ zich in 2003 nogmaals over dit vraagstuk uitgesproken. Het ging in deze procedure om het gebruik van het militaire (brandstof)pijpleidingennet van de Navo, welk net eigendom is van de Staat, voor civiele doeleinden. Hiermee is de Staat omstreeks 1960 begonnen. Belangenbehartigers van de binnentankvaart stelden zich op het standpunt dat de Staat onrechtmatig handelde jegens de binnentankvaart door overeenkomsten te sluiten met civiele commerciële verladers voor civiel gebruik van dit militaire pijpleidingennet. Dit leverde volgens de belangenbehartigers oneerlijke concurrentie op en zou in strijd zijn met regels van EG-recht.

A.108 De Hoge Raad toetst het handelen van de Staat aan artikel 3:4 lid 2 Awb, welke bepaling er volgens de Hoge Raad toe strekt om het willekeurverbod, het materiele zorgvuldigheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel in hoofdzaak te codificeren. De Hoge Raad zegt daarbij dat aanvaard moet worden dat nadelige gevolgen van handelen van de Staat eerst dan als niet evenredig in de zin van artikel 3:4 lid 2 Awb kunnen worden aangemerkt indien de Staat in redelijkheid niet heeft kunnen menen dat evenredigheid tussen die nadelige gevolgen en het met dat handelen nagestreefde doel bestaat.

A.109 Ook in dit arrest oordeelt de Hoge Raad dus dat slechts sprake kan zijn van een marginale toetsing aan van het handelen van de overheid. In het cassatiemiddel wordt uitgebreid betoogd dat in geval van een overtreding van de Aanwijzingen inzake het verrichten van marktactiviteiten door organisaties binnen de Rijksdienst, niet sprake hoeft te zijn van een onrechtmatige overheidsdaad. De Hoge Raad komt in het arrest helaas niet toe aan de vraag of overtreding van de gedragsregels leidt tot onrechtmatig handelen. Overigens heeft het Hof dat in eerdere instantie wel gedaan, door het volgende op te merken:

138 HR 21 maart 2003, NJ 2004, 60, m.nt. MRM.

“Bij de bepaling van die maatschappelijke opvattingen vindt het hof steun in de door de regering opgestelde ”aanwijzingen inzake verrichten marktactiviteiten door organisaties binnen de rijksdienst” van 8 mei 1998 (de “Aanwijzingen”) en de daaraan voorafgaande bevindingen in het eindrapport werkgroep markt en overheid van 20 februari 1997. Indien bij het gebruik van het militaire leidingnet door civiele marktpartijen die aanwijzingen zouden worden overtreden, is volgens het Hof in beginsel sprake van concurrentievervalsing en daarom van onevenredige benadeling van de binnentankvaart.

Dat, zoals de Staat heeft aangevoerd, het (in beginsel) niet de bedoeling is dat derden aan die Aanwijzingen rechten kunnen ontleenen, neemt niet weg dat daarin een neerslag is te vinden van de geldende maatschappelijke opvattingen op dat punt“.

A.110 Uit de besproken jurisprudentie kan worden afgeleid dat het de overheid bij het ontbreken van wettelijke beperkingen in beginsel is toegestaan om op de markt bepaalde diensten aan te bieden. Deze vrijheid wordt echter begrensd door de in artikel 3:4 Awb gecodificeerde rechtsbeginselen. Wanneer op grond van bijvoorbeeld de Mededingingswet geen beperkingen gelden, zouden deze beperkingen wel kunnen voortvloeien uit artikel 3:4 lid 2 Awb. Dit houdt in dat voor de overheid een strengere norm zou kunnen gelden dan voor particulieren om op de markt bepaalde diensten aan te bieden.

A.111 De jurisprudentie is echter niet zodanig uitgekristalliseerd dat kan worden aangegeven wanneer wordt gehandeld in strijd met artikel 3:4 lid 2 Awb. Wel is duidelijk dat de maatschappelijke opvattingen daarbij een rol spelen. De vraag is echter wat dat concreet inhoudt. Hier kan wellicht een vergelijking worden getroffen met de jurisprudentie terzake van kostenverhaal door de overheid in verband met bodemverontreiniging. In het arrest Staat/Van Amersfoort maakte de Hoge Raad kort gezegd uit dat het verontreinigen van de bodem jegens de staat onrechtmatig was vanaf het moment dat het de vervuiler duidelijk behoorde te zijn dat de overheid zich het saneringsbelang zou aantrekken in die zin dat de Staat voornemens was de grond te saneren en daardoor vermogensnadeel zou lijden. De Hoge Raad stelde de maatschappelijke opvatting in dit geval vast aan de hand van een aantal kamerstukken.

A.112 In de rechtspraak en literatuur is na Staat/Van Amersfoort een debat ontstaan over de vraag hoe “de ontwikkelingen in de maatschappelijke opvattingen” moeten worden vastgesteld. Wellicht kan in het kader van de M&O-problematiek worden gezegd dat met het indienen van het wetsvoorstel markt en overheid de overheid zich het belang van de M&O-problematiek is gaan aantrekken. De vraag is echter of het wetsvoorstel markt en overheid als de heersende maatschappelijke opvatting kan worden aangemerkt, nu dit wetsvoorstel immers weer is ingetrokken.

A.113 In de intrekingsbrief¹³⁹ wordt aangegeven dat er altijd een brede erkenning is geweest voor de noodzaak om maatregelen te treffen met betrekking tot de M&O-problematiek, en dat deze noodzaken ook met het intrekken van het wetsvoorstel onverminderd groot is. Zolang de inhoud van de nieuwe regels die zijn aangekondigd niet bekend zijn, is niet goed te duiden wat de heersende maatschappelijke opvatting is.

A.114 Tenslotte is ook een recente uitspraak van de rechtbank Leeuwarden van belang. In deze casus verstrekke een Bureau voor Rechtshulp in strijd met de Wet op de rechtsbijstand betaalde adviezen aan rechtzoekenden die niet voor gefinancierde rechtsbijstand in aanmerking kwamen. De Orde van Advocaten in het arrondissement Leeuwarden vorderde vervolgens een verbod om de betalende rechtshulp uit te oefenen. De Rechtbank overwoog het volgende:

“ De omstandigheid dat vorenbedoelde handelwijze van SRF in strijd is te achten met de Wrb, betekent naar het oordeel van de rechtbank echter niet, dat die daad reeds uit dien hoofde jegens eisers als onrechtmatig is aan te merken. Uit voorschriften noch doelstellingen van de Wrb kan namelijk afgeleid worden dat deze geschreven zijn ter bescherming van de (economische) belangen van de advocatuur op het terrein van de rechtsbijstand aan draagkrachtigen. Het vorenstaande laat naar het oordeel van de rechtbank echter onverlet, dat de met de Wrb strijdige handelwijze van SRF en SJD uit anderen hoofde jegens eisers als onrechtmatig dient te worden aangemerkt. De rechtbank acht voldoende aannemelijk dat gedaagden advocaten zoals eisers op oneerlijke wijze concurrentie aandoen en aldus handelen in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid die zij volgens ongeschreven recht jegens eisers in acht hebben te nemen: door vanwege de overheid verstrekte subsidiegelden hebben SRF en SJD vanuit kosten oogpunt bij het voeren van de betalende marktpraktijk een ongeoorloofde voorsprong op eisers, waarbij komt dat gedaagden profijt trekken van de sterke naam en positie die SRF als Bureau voor Rechtshulp op grond van de Wrb heeft verkregen op het terrein van de gefinancierde rechtshulp. Niet bestreden is ook dat SJD een voorkeurspositie inneemt voor wat het door SRF doorverwijzen van cliënten betreft. Voldoende aannemelijk is naar het oordeel van de rechtbank dat eisers sub 2 en 3 (advocaten) als gevolg van de gedragingen van SRF en SJD nadeel leiden in de vorm van m.n. omzetverlies en dat hierdoor een gezonde bedrijfsvoering in gevaar kan komen. Eiser sub 1 (de Orde) heeft als publiekrechtelijke rechtspersoon een voldoende eigen belang bij toewijzing van het gevorderde uit hoofde van haar uit de Advocatenwet voortvloeiende taak om een behoorlijke uitoefening van de advocatenpraktijk te bevorderen en in dat kader op te komen voor de rechten en belangen van de advocatuur in het arrondissement Friesland”.

A.115 Overigens dient ten aanzien van toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals gecodificeerd in de Awb, het volgende te worden opgemerkt. Op grond van artikel 3:1, lid 2 Awb zijn de afdelingen 3:2 tot en met 3:5 van de Awb van overeenkomstige toepassing op andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten, voor zover de aard van de handelingen zich daar niet tegen verzet.

139 Kamerstukken II 2003-2004, 28050, nr 7, p. 2.

A.116 In de Memorie van Toelichting bij artikel 3:1, lid 2 Awb wordt ten aanzien van de zinsnede “voor zover de aard van de handelingen zich daar niet tegen verzet” het volgende opgemerkt: “Het kan echter ook zijn dat het bestuur handelt in een situatie waarbij het kader wordt bepaald door een veelheid van privaatrechtelijke (rechts)personen, en de overheid slechts één van de marktpartijen is”. Het artikel strekt er op basis van de wetsgeschiedenis niet toe heel het handelen van zulke (rechts)personen onder de werking van hoofdstuk 3 Awb te brengen. Opvallend is dat de Hoge Raad, ondanks deze opmerkingen in de Memorie van Toelichting, het marktoptreden van de overheid, waarbij de overheid een van meerder partijen is, wel toetst aan artikel 3:4, lid 2 Awb.

B Verantwoording klachtenbestand

B.01 Het initiële bestand zoals aangeleverd door het Ministerie van EZ bevatte een klachtnummer, een beschrijving¹⁴⁰, het jaar, de adressant¹⁴¹, de klager en de beklagde. Voorts is door PwC een aantal variabelen aan het bestand toegevoegd ten behoeve van de analyses voor dit onderzoek. Het overzicht op de volgende pagina geeft inzicht in de verschillende variabelen van het klachtenbestand.

B.02 De omschrijving van de klacht zoals opgenomen in het bestand is zoals die gepercipieerd is door de klager en beschreven in het bestand. Of er sprake is van een werkelijk M&O-probleem of dat het M&O-probleem in werkelijkheid een andere is dan door de klager verwoord, zal voor een aantal cases bekeken worden.

B.03 Voorts is het goed denkbaar dat er sprake is van een *selection-bias* op verschillende niveaus. Ten eerste bevat het bestand veelal klachten die niet direct of indirect hebben geleid tot een mededingingszaak, staatssteunzaak of rechtszaak. Het kan derhalve zijn dat het met name klachten betreft over problemen waarvoor voor de klager onduidelijk is welke (rechts)mogelijkheden er zijn. Hierdoor kan er een selectie-*bias* zijn ten aanzien van de aard en het type klacht/probleem. Ten tweede kan niet uitgesloten worden dat er een selectie-*bias* is op het niveau van de klager. Het is niet uitgesloten dat grotere en meer professionele organisaties de M&O-problemen die zij ervaren op een andere wijze ter bedde brengen in bijvoorbeeld meer informele sfeer of juist eerder geneigd zijn direct formele juridische stappen te ondernemen. Deze opmerkingen raken aan de kwestie van representativiteit van het klachtenbestand.

B.04 Bij een aantal klachten uit het bestand is aanvullende dossierinformatie aanwezig en deze informatie is ter beschikking gesteld. Aan de hand van een eerste scan van de informatie die in deze dossiers aanwezig is, is een beoordeling gemaakt van die klachten die zich voor wat betreft de beschikbare aanvullende informatie lenen voor een nadere analyse van cases. Deze beoordeling heeft met name plaatsgevonden op basis van de mate van concreetheid en volledigheid van de in de dossiers aanwezige informatie.

B.05 Het geanalyseerde klachtenbestand bevat in totaal 397 klachten. Van dit aantal kon voor de eerste analyse zoals hieronder beschreven, een aantal van 324 als 'relevant' worden beschouwd en zijn 73 klachten voor deze analyse uit het bestand verwijderd omdat deze te weinig informatie bevatten voor een eerste economische beoordeling (44 klachten, 11%) of omdat op voorhand kon worden vastgesteld dat het hier geen M&O-probleem betrof (29 klachten, 7%). Voor een juridische beoordeling is het aantal relevante klachten aanzienlijk lager (111 klachten, 28%).

140 Veelal een korte beschrijving van één, soms enkele zinnen en soms enkele woorden. Door het Ministerie van EZ geleverde dossiers bevatte voor een aantal klachten meer.

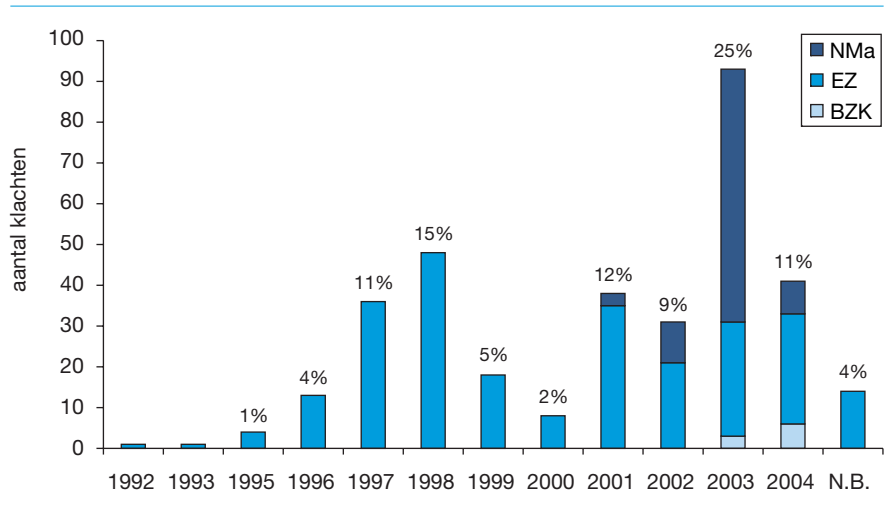
141 De organisatie die de klacht heeft ontvangen.

Variabele	Reeds aanwezig	Ingevoerd door PwC	Classificatie
Nummer	√		1-397
Beschrijving	√		Korte beschrijving van de klacht (het gepercipieerde probleem)
Jaar	√		1992-2004
Adressant	√		EZ, BZK of NMa
Klager	√		Naam of omschrijving van de klagende partij
Beklaagde	√		Naam of omschrijving van de beklagde
Beklaagde gecategoriseerd		√	Gemeente, departement, RWT, staatsdeelneming, provincie, privaat, waterschap, zorginstellingen, energiedistributiebedrijf, ZBO, publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie (PBO) of overig/onbekend
Sector		√	Advies- en commerciële diensten; horeca, vrije tijd & vermaak; bouw en onroerend goed; onderwijs; transport; media & telecom; onderzoek & ontwikkeling; afvalverwijdering; energie & water; zorg; ict; uitzendbranche; industrie; post; brandweer; verzekeringen; beveiliging; schoonmaak; diversen en onbekend
Economische en mededingingsrechtelijke aard van de klacht		√	Staatssteun; misbruik dominante positie & kruissubsidiëring; aanbesteding; level playing field; functievermenging; verticale binding; aanwijzing; toetredingsbarrières; inkoopmacht; predatory pricing; concentratietoezicht; prijsdiscriminatie; prijskartel.
Genoeg info		√	Ja of nee
Ondernemingsactiviteit		√	Ja of nee
OUBR/DAEB		√	Ja of nee
Wettelijke taak		√	Ja of nee
Juridische en economische beoordeling mogelijk		√	Ja of nee

B.06 De geanalyseerde relevante en bruikbare klachten (324 stuks) zijn ontvangen bij drie instanties, te weten:

- a Ministerie van Binnenlandse Zaken (BZK) – 9 klachten (3%)
- b Ministerie van Economische Zaken (EZ) – 254 klachten (78%)
- c Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) – 61 klachten (19%)

B.07 De klachten hebben betrekking op een periode van 1992-2004. Onderstaande figuur laat zien dat er geen sprake is van een gelijke verdeling van klachten over deze jaren.



Figuur B-1: klachten onderverdeeld naar jaar en ontvanger

B.08 De tabel op de volgende pagina laat de verdeling van klachten in het bestand zien naar economische en mededingingsrechtelijke aard van de klacht. Ten aanzien van de categorieën staatssteun, level playing field en misbruik dominante positie & kruissubsidiëring zijn de volgende opmerkingen van belang. In veel gevallen liggen klachten over die als staatssteun of als level playing field zijn aangemerkt dicht tegen elkaar aan. Zoals eerder is gesteld is level playing field aangemerkt als een soort 'restcategorie'. Veel klachten omtrent de overheid die een marktpartij economisch bevoordeelt boven andere marktpartijen zijn aangemerkt als staatssteun, voor zover op voorhand niet kon worden uitgesloten dat er geen effect op het interstatelijk handelsverkeer is. In het geval dat dit met grote mate van zekerheid wel kon worden uitgesloten, zijn de desbetreffende klachten gecategoriseerd als level playing field.

Economische aard van de klacht	# klachten	%
Staatssteun	98	30%
Misbruik dominante positie & kruissubsidiering	54	17%
Aanbesteding	45	14%
Level playing field	38	12%
Functievermenging	36	11%
Verticale binding	9	3%
Aanwijzing	8	2%
Toetredingsbarrières	7	2%
Inkoopmacht	4	1%
Predatory pricing	3	1%
Concentratietoezicht	2	1%
Prijstdiscriminatie	2	1%
Prijskartel	1	0%
Privaatrechtelijk	1	0%
WTO afspraken	1	0%
Onbekend	15	5%
Totaal	324	100%

B.09 Voorts dient opgemerkt te worden dat een aantal klachten over kruissubsidiëring op inhoudelijke gronden ook als staatssteun zou kunnen worden aangemerkt, of vice versa. In dergelijke gevallen is als leidend genomen de typering voor zover die door de klager geduid wordt en direct uit de beschrijving van de klacht volgt. Derhalve kan gesteld worden dat deze drie categorieën op het eerste gezicht dicht tegen elkaar aanliggen en soms overlap vertonen. Dit dient dan ook bij de interpretatie van de gepresenteerde gegevens in overweging te worden genomen. Bij de nadere analyse van de cases zal de werkelijke aard van het desbetreffende M&O-probleem scherper in kaart worden gebracht.

B.10 Toetredingsbarrières vormen een niet veel voorkomende klachtenbron. Een mogelijke toetredingsbarrière is bijvoorbeeld de prijs die de overheid op een markt hanteert die lager is dan waartegen een private aanbieder kan aanbieden. De overheid kan in staat zijn tegen lagere prijzen aan te bieden bijvoorbeeld omdat zij met lagere kapitaallasten geconfronteerd worden dan een private aanbieder. In een dergelijk geval vormt de prijs die de overheid vraagt een toetredingsbarrière voor potentiële toetreders tot die markt. Het zijn in het klachtenbestand veelal klachten van zittende partijen, en het is zeer wel mogelijk dat er sprake is van een ondervetegenwoordiging van de problematiek zoals die zich voordoet voor potentiële toetreders, met name in de vorm van toetredingsbarrières.

B.11 Een verdeling van klachten naar beklagden (op basis van een bestuursrechtelijke indeling) geeft het volgende beeld:

Beklaagde	Afkorting	# klachten	%
Gemeente		134	41%
Departement		68	21%
Rechtspersoon met een wettelijke taak	RWT	59	18%
Staatsdeelneming		17	5%
Provincie		15	5%
Privaat		6	2%
Waterschap		6	2%
Zorginstellingen		6	2%
Energie Distributie Bedrijf	EDB	5	2%
Zelfstandig Bestuurs Orgaan	ZBO	3	1%
Publiekrechtelijke Bedrijfs Organisatie	PBO	1	0%
Overige en onbekend		4	1%
Totaal		324	100%

B.12 Het grootste deel van de klachten heeft betrekking op gemeenten. Dit is (deels) verklaarbaar uit de toegenomen druk op het sluitend maken van de gemeentelijke begrotingen. De bezuinigingen van de rijksoverheid hebben in toenemende mate gevolgen voor gemeenten. Dit houdt in dat gemeenten op zoek gaan naar alternatieve financieringsbronnen in aanvulling op de slinkende uitkeringen uit het Gemeentefonds. De gemeenten kunnen hierbij de keuze maken om activiteiten zelf op de markt aan te bieden en/of bestaande faciliteiten beter te benutten. Deze activiteiten kunnen mede ingegeven zijn door de wens om iets voor de burger te doen. Overwegingen van market failure speelt bij deze besluitvorming een minder zwaarwegende tot geen rol. Hierbij kan naar onze mening de parallel met de bezuinigingen door het rijk op het hoger onderwijs en het ontstaan van de 3^e geldstroomonderzoeken getrokken worden.

C Nadere uitwerking M&O casussen

C.01 In deze bijlage worden de geselecteerde casussen nader uitgewerkt.

Achtereenvolgens komen aan de orde:

1	Concurrentie door gesubsidieerde opleidingen
2	Gesubsidieerd (streek) vervoer versus niet gesubsidieerd (streek) vervoer
3	Gesubsidieerde uitleen van video's, DVD's en kunst door overheidsinstellingen
4	Gemeentelijke activiteit in de markt voor jachthavens
5	Nevenactiviteiten door Staatsbosbeheer
6	Concurrentie tussen commerciële en gemeentelijke afvalinzameling
7	Gegevensverstrekking door de overheid
8	Aanwijzing en uitsluiting in de zorg
9	Advisering en onderzoek met publieke middelen
10	Concurrentie door WSW instellingen
11	Aan energielevering gerelateerde activiteiten door energiedistributiebedrijven
12	Het ontbreken van concurrentie door de instelling van een OUBR of DAEB

Concurrentie door gesubsidieerde opleidingen

Beschrijving casus

C.02 Gerelateerde klachten: 4, 60, 74, 78, 101, 159, 166, 168, 171, 174, 175, 176, 302, 304, 316, 325, 326, 342, 371, 6N, 11N

C.03 De volgende klachten geven een goed beeld van de gerelateerde klachten in het klachtenbestand:

- Een commercieel opleidingsbureau dat opleidingen aanbiedt voor beveiligers heeft een klacht ingediend omdat ROC's onder de kostprijs aanbieden door gebruik te maken van bestaande en met publieke middelen gefinancierde infrastructuur.
- Een commerciële muziekschool concurreert met een gesubsidieerde muziekschool.
- De GGD en de brandweer bieden cursussen aan op het gebied van bedrijfshulpverlening die gelijkwaardig zijn aan die van commerciële bedrijven. De GGD en brandweer bezitten volgens de klagers echter een concurrentievoordeel omdat lagere prijzen kunnen worden gevraagd door hun status als publieke organisatie die overheidsgeld ontvangt.
- Ook op het gebied van talencursussen, EHBO cursussen en computercursussen zijn soortgelijke klachten bekend.

C.04 De kern van alle voornoemde klachten is dat overheidsinstellingen gelijkwaardige cursussen aanbieden, weliswaar gerelateerd aan de primaire activiteiten van de overheidsinstelling, maar met gevolg dat de overheidsinstelling in concurrentie treedt met commerciële partijen. Deze commerciële partijen zijn door hun kostenstructuur genoodzaakt de cursussen tegen hogere prijzen aan te bieden. In het vervolg van deze klachtenbeschrijving wordt de casus met betrekking tot een opleiding tot beveiligers uitgewerkt.

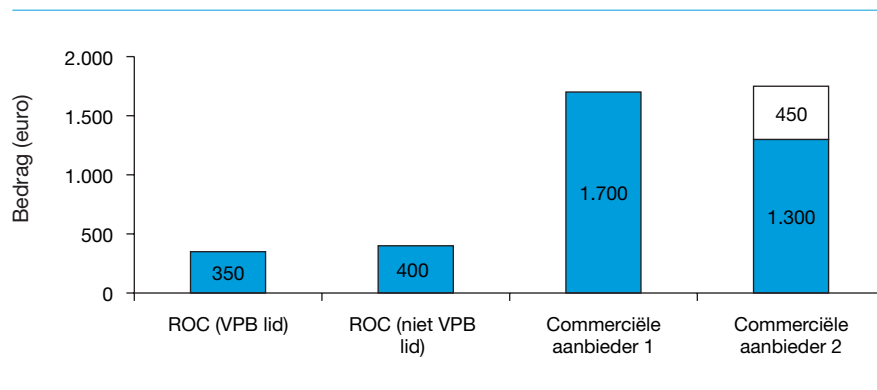
Economische analyse

C.05 De markt voor beveiligers kan worden aangeduid als een markt die sterke kenmerken heeft van een markt voor volledige mededinging. Op de website platformbeveiliging.nl worden meer dan 40 aanbieders van MBO opleidingen tot Beveiligers genoemd¹⁴² waarbij geen commerciële aanbieders zijn opgenomen. Dit betekent dat er veel aanbieders zijn met ieder slechts een klein marktaandeel. Daarnaast kent het product een aanzienlijke mate van homogeniteit omdat op nationaal niveau een standaard geldt waaraan alle (erkende) beveiligers moeten voldoen. Omdat de cursussen een standaard indeling hebben, zullen de kosten die verbonden zijn aan de opleiding tot beveiligers in grote lijnen overeen moeten komen. Deze standaard wordt bewaakt door middel van een centraal examen, afgenomen door de Stichting Vakexamens voor de Particuliere Beveiligingsorganisaties (SVPB).

142 Zie www.platformbeveiliging.nl/site/scholen

C.06 Deze standaardisatie impliceert dat de verschillende (private) aanbieders van opleidingen tegen ongeveer gelijke tarieven kunnen aanbieden, aangezien de in rekening te brengen kosten voor examens, literatuur en ict gelijk moeten kunnen zijn. De examens worden afgenomen bij één aanbieder en de literatuur staat min of meer vast door de standaardisatie van de examens.

C.07 Zoals uit onderstaande grafiek blijkt, lopen de tarieven van een ROC en een commercieel opleidingsbureau voor de opleiding tot Beveiligger 2 in de praktijk sterk uiteen.



Figuur C.1: totale kosten voor een opleiding tot Beveiligger 2

C.08 In onderstaande tabel wordt de tariefsopbouw van een ROC en een commercieel opleidingsbureau getoond voor de opleiding tot Beveiligger¹⁴³. Hierbij is geen rekening gehouden met eventuele herkansingen die kandidaten krijgen, eventueel te ontvangen stagevergoedingen e.d.

Alle bedragen x euro	ROC (VPB lid)	ROC (niet-VPB lid)	Commerciële aanbieder 1	Commerciële aanbieder 2
Lesgeld	200	200	1.100	450
Boeken	100	100	150	965
Examens	200	200	200	350
Overig	50	100	250	
Bruto kostprijs	550	600	1.700	1.300 – 1.750
Korting	-200	-200		
Kostprijs	350	400	1.700	1.300 – 1.750

Tabel C.1: vergelijking tarieven ROC en commerciële opleiding tot Beveiligger 2

143 Beide tarieven zijn afgerond op veelvouden van € 50.

C.09 Hoewel de tarievenverdeling van commerciële aanbieder 2 qua opbouw sterk afwijkt van commerciële aanbieder 1, is de uitkomst een ondersteuning voor de waarneming van de hoogte van het tarief van aanbieder 1. Een vergelijking van de tarieven van het ROC en commerciële aanbieder 1 leert dat de tarieven afwijken door een groot verschil in lesgeld. De kosten die de onderwijsinstelling maakt voor loonkosten, onderdak, ICT e.d. wordt door middel van het lesgeld doorberekend aan de studenten. Zoals verwacht mag worden zijn de tarieven voor boeken en examens ongeveer gelijk.

C.10 Hierbij moet worden opgemerkt dat ook de doorlooptijd van een opleiding sterk kan variëren. Dit hangt samen met het instapniveau van de kandidaat en de mate van zelfstudie. Het ROC heeft een doorlooptijd van 3 weken voor het theoriegedeelte. Uitgaande van 30 contacturen per week staat dit gelijk aan circa 90 studie-uren. De commerciële aanbieder geeft aan ongeveer 15 avonden van 3 studie-uren nodig te hebben. Dit komt neer op 45 studie-uren. De commerciële opleiding is dus minimaal € 1.000 duurder maar biedt de student minder contacturen.

C.11 Bij alle opleidingen maakt een stage, met een minimum duur van 3 maanden, verplicht deel uit van het programma. Op basis van het voorgaande blijkt dat het grote verschil in prijs voor de opleiding tot beveiliging 2 tussen een ROC en een commercieel opleidingsbureau niet verklaard kan worden aan de hand van het aantal contacturen dat de opleiding voorschrijft. Het verschil in tarieven is dermate groot (zonder korting minimaal 700 euro) dat – terwijl de aard van het product geen ruimte laat voor grote verschillen in kostenopbouw – er sterke aanwijzingen bestaan dat overheidsinmenging in de markt voor opleidingen tot beveiliging verstorend werkt.

C.12 Uit de gegevens van de SVPB over de periode juli 2003 tot juni 2004 blijkt dat circa 4.000 kandidaten praktijkexamen doen voor de opleiding Beveiliging 2, het meest bezochte examen van de SVPB. Het aantal kandidaten dat zich heeft ingeschreven voor de opleiding (en dus betaalt voor de opleiding) is echter hoger omdat een deel afhaakt voordat er praktijkexamen kan worden gedaan. Als er van wordt uitgegaan dat 50 procent van de theorie-examens een eerste poging betreft, betekent dit dat het aantal examenkandidaten ongeveer 4.500 bedraagt (het totale aantal examens over voornoemde periode is ongeveer 9.000). Uitgaande van een gemiddelde prijs per opleiding van € 1.700 betekent dit dat de totale markt voor de opleiding tot Beveiliging 2, € 7,6 miljoen bedraagt als alle opleidingen door commerciële instituten zouden zijn uitgevoerd. Hierbij wordt geen rekening gehouden met de mogelijkheid dat, als de prijs voor iedere kandidaat stijgt tot € 1.700, er misschien minder kandidaten zullen deelnemen.

Economische analyse: conclusie

C.13 In de markt voor opleidingen tot beveiligers zijn sterke aanwijzingen dat overheidsdeelname in de markt een versturende werking heeft. Het bedrag dat de overheid in de sector investeert, is verantwoordelijk voor een groot kostenverschil dat niet door de commerciële sector kan worden gecompenseerd met behulp van kostenbesparingen.

C.14 Gezien de aard van activiteiten in de opleidingsbranche is het aannemelijk dat ook in de markt voor muziek, EHBO, bedrijfshulpverlening e.d. marktverstoring optreedt door overheidsingrijpen. Dit overheidsingrijpen heeft voor commerciële partijen een negatieve invloed op het aantal studenten. Er kan echter niet worden gesteld dat deze negatieve invloed gelijk is aan het aantal studenten dat studeert aan een ROC. Een deel van de studenten die relatief voordelig studeren bij de overheidsinstelling zal niet gaan studeren als zij met het hogere commerciële tarief geconfronteerd worden.

Gesubsidieerde opleidingen	Structuur	Gedrag	Uitkomst Consumenten	Bedrijven	Overheid	Totaal
Direct effect	Lokaal	Meestal weinig aanbieders (vaak specifieke dienst).	Verhevigde (nieuwe) concurrentie.	Consumenten zijn veel goedkoper uit bij de gesubsidieerde opleidingen. Er is wel minder keuze van instelling na uittreding bedrijven.	Lagere marges en uittreding bedrijven door onvermogen om met gesubsidieerde instituten te concurreren.	n.v.t.
	Geaggregeerd	Idem. Maar wel met de opmerking is dat dit een regionale markt is.	Idem	Idem	Idem	Idem
Indirect effect	Andere sectoren			n.v.t	Hoger opgeleide werknemers beschikbaar (grotere keuze). Ook opleiden van personeel wordt goedkoper, zodat de drempel lager wordt om mensen te laten studeren.	n.v.t.
	Andere afnemers			n.v.t	n.v.t	n.v.t.
PM				Drempel om te studeren is lager. Dit creëert meer vraag naar opleidingen voor specifieke beroepen. Dit leidt bijvoorbeeld tot meer beveiligingsbeambtes wat weer leidt tot bijvoorbeeld een hogere veiligheid.	Doordat de drempel lager is om te studeren, zijn er meer mensen met een diploma en dit vermindert de kans op werkloosheid. Meer mensen met een EHBO opleiding.	
Mate van verstoring						Hoog
Omvang geaggregeerd						Middel

Tabel C.2

Juridische analyse

C.15 De klachten komen erop neer dat private ondernemingen oneerlijke concurrentie ondervinden van gesubsidieerde instellingen. Door de subsidie zouden die instellingen in staat zijn lagere tarieven in rekening te brengen.

C.16 Voor zover deze opleidingen door een ROC worden aangeboden, kan sprake van een inbreuk op artikel 1.7.1 van de Wet educatie en beroepsonderwijs. Deze gedraging kan bovendien een inbreuk vormen op artikel 24 van de Mededingingswet. Bovendien kan de verstrekte subsidie een steunmaatregel in de zin van artikel 87 van het EG-Verdrag zijn.

Wet educatie en beroepsonderwijs

C.17 Op grond van artikel 1.7.1 van de Wet educatie en beroepsonderwijs is het een ROC toegestaan 'contractactiviteiten' voor derden te verrichten. Het verrichten van contractactiviteiten is aan twee beperkingen gebonden. Ten eerste moeten die activiteiten verband houden met de 'reguliere' activiteiten en de uitvoering daarvan niet schaden. Ten tweede mogen de inkomsten uit contractactiviteiten niet meer bedragen dan 49% van de personeelskosten.

C.18 Ter voorkoming van vermenging van belangen dient het college van B&W een regeling voor het verrichten van contractactiviteiten door het personeel op te stellen.

C.19 Op basis van de beschikbare informatie kunnen we niet vaststellen of aan deze voorwaarden is voldaan.

Misbruik van een economische machtspositie

C.20 Het geven van cursussen, trainingen en postdoctorale opleidingen zijn economische activiteiten. Deze activiteiten dienen te worden onderscheiden van de zogenaamde 'bekostigde' activiteiten. Een ROC is een onderneming voor zover zij economische activiteiten verricht¹⁴⁴.

C.21 Ten aanzien van de activiteiten kunnen de volgende relevante markten worden onderscheiden¹⁴⁵:

- de nationale markt voor particulier schriftelijk onderwijs; en
- de nationale markt voor particulier mondeling onderwijs.

C.22 Binnen deze markten kunnen mogelijk deelmarkten naar cursussen worden onderscheiden. Zo zou de opleiding voor beveiligingsambtenaar een afzonderlijke relevante markt kunnen vormen.

144 Zaak 2760, besluit van de d-g NMa van 21 december 2001 (Hogeschool Alkmaar - Hogeschool Haarlem - Hogeschool Holland - Ichtus Hogeschool); dit besluit heeft betrekking op instellingen voor hoger beroepsonderwijs, maar de overwegingen gaan mutatis mutandis eveneens op voor instellingen voor beroepsonderwijs.

145 Zaak 3125, besluit van de d-g NMa van 11 augustus 2003 (NHA/LOI)

C.23 Vervolgens dient te worden vastgesteld of een ROC op deze relevante markt een economische machtspositie inneemt. Op basis van de beschikbare gegevens kan niet worden vastgesteld of zij over een economische machtspositie beschikken. Uit de marktanalyse in het aangehaalde besluit kunnen we echter afleiden dat een ROC niet over een economische machtspositie beschikt. Zo bieden onder meer de LOI en de NHA de cursus “buitengewoon opsporingsambtenaar” aan. Deze cursus staat in concurrentie met de opleiding voor beveiligingsambtenaar.

C.24 Geconcludeerd kan worden dat de ROC geen inbreuk maakt op artikel 24 van de Mededingingswet.

Verbod van steunmaatregelen

C.25 Hiervoor hebben wij betoogd dat het aanbieden van cursussen een economische activiteit betreft. Een ROC kan dientengevolge als onderneming in de zin van artikel 87 van het EG-Verdrag worden aangemerkt. Ten behoeve van de ‘bekostigde’ activiteiten ontvangt een ROC een rijksbijdrage¹⁴⁶. Voor zover deze rijksbijdrage vervolgens voor het verrichten van contractactiviteiten wordt aangewend, kan sprake zijn van staatssteun. Aanwending voor contractactiviteiten kan bijvoorbeeld via een financiële injectie of via het ter beschikking stellen van personeel.

C.26 Van een voordeel is geen sprake indien de rijksbijdrage kan worden aangemerkt als een compensatie voor het verrichten van een taak van algemeen economisch belang¹⁴⁷. De rijksbijdrage wordt verstrekt voor het verrichten van ‘bekostigde activiteiten, hetgeen geen economische activiteiten zijn. Het ROC is dan ook niet belast met een taak van algemeen economisch belang. Om die reden dient te worden onderzocht of de rijksbijdrage de kosten vermeerderd met een redelijk winstpercentage overschrijdt. Voor zover dat het geval zou zijn, kan het meerdere worden aangemerkt als een voordeel.

C.27 De subsidie betreft een rijksbijdrage en komt alleen een ROC ten goede. Voor zover het meerdere niet meer bedraagt dan € 100.000 over een periode van drie jaar is het aannemelijk dat de mededinging en het interstatelijk handelsverkeer niet nadelig wordt beïnvloed¹⁴⁸. Is dit wel het geval, dan kan vervolgens de vraag worden gesteld of het meerdere de mededinging en het interstatelijk handelsverkeer beïnvloedt.

C.28 Op basis van de visie van het HvJEG is de subsidie van € 4,5 miljoen in staat het interstatelijk handelsverkeer te beïnvloeden. Immers, ook steun aan ondernemingen die lokale of regionale activiteiten uitoefenen kan het interstatelijk handelsverkeer ongunstig beïnvloeden.

146 Hoofdstuk 2 van de Wet educatie en beroepsonderwijs

147 C-280/00, HvJEG 24 juli 2003, JUR 2003, p. I-7747 (Altmark)

148 Artikel 2 van Verordening 69/2001 van de Commissie van 12 januari 2001 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op de minimis-steun, PbEG 2001, L 10/30

C.29 Niettemin kan op basis van de beschikkingenpraktijk van de Commissie beargumenteerd worden dat de subsidie het interstatelijk handelsverkeer niet beïnvloedt, omdat het aannemelijk is dat het betreffende contractonderwijs slechts een lokale functie heeft.

C.30 De generieke vrijstelling voor opleidingssteun is overigens niet van toepassing aangezien deze regeling voorziet in een vrijstelling voor steun aan ondernemingen om opleidingen 'in te kopen' en niet voor steun aan instellingen om opleidingen te verzorgen¹⁴⁹.

C.31 Gezien de beperkte informatie zijn wij niet in staat te beoordelen of en, zo ja, hoeveel van de rijksbijdrage wordt aangewend voor de financiering van contractactiviteiten.

Gescheiden boekhouding

C.32 Een ROC is een openbaar bedrijf, aangezien overheden dominerende invloed kunnen uitoefenen doordat het college van B&W verantwoordelijk is voor de dagelijkse gang van zaken. Bovendien wordt een ROC door rijksbijdragen gefinancierd. Op basis van de beschikbare informatie kunnen wij niet beoordelen of voor een ROC op basis van één van de uitzonderingen de verplichtingen uit hoofde van de Transparantierichtlijn niet behoeven te worden nageleefd. Hiervoor hebben we geconcludeerd, dat een ROC niet is belast met een taak van algemeen economisch belang of waaraan een uitsluitend of bijzonder recht is verleend. Om die reden is een ROC niet verplicht een gescheiden boekhouding te voeren.

Bestuursrechtelijk vangnet

C.33 Wanneer een ROC artikel 1.7.1 Wet educatie en beroepsonderwijs overtreedt, kan een belanghebbende een verzoek om handhaving doen.

Onrechtmatige daad

C.34 In geval van overtreding van artikel 1.7.1. Wet educatie en beroepsonderwijs kan een ondernemer er ook voor kiezen om via de weg van de burgerlijke rechter middels een actie uit onrechtmatige daad een verbod op het verzorgen van contractonderwijs te bewerkstelligen. Onduidelijk is echter wat de kans van slagen van een dergelijke actie is, met name gelet op het relativiteitsvereiste. Wij beschikken in dit geval over onvoldoende informatie om dit te beoordelen.

149 Verordening 68/2001 van de Commissie van 12 januari 2001 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op opleidingssteun, PbEG 2001, L 10/20

Publiek versus privaat bezit bij (streek) vervoer

Beschrijving casus

C.35 Gerelateerde klachten: 69, 83, 298, 334, 345, 346, 352, 358, 365

C.36 De volgende klachten geven een goed beeld van de gerelateerde klachten in het klachtenbestand:

- Gesubsidieerde vervoerder wint concessie voor schoolvervoer van zeer moeilijk opvoedbare kinderen omdat de gesubsidieerde vervoerder volgens de klager met behulp van de subsidie onder de kostprijs kan aanbieden.
- Gemeente geeft subsidie aan een openbaar vervoersbedrijf om nachtvervoer van en naar een discotheek mogelijk te maken. Door deze subsidie is de aanbieder van openbaar vervoer goedkoper dan de particuliere taxiondernemingen die voorheen het vervoer van en naar de discotheek verzorgden.
- Particuliere aanbieder van openbaar vervoer klaagt dat Connexxion inschrijft onder de kostprijs. Dit wordt door de particuliere aanbieder gezien als dumping met behulp van overheidsgeld. Het vermoeden wordt uitgesproken dat Connexxion door middel van rooftprijzen probeert haar positie op de Nederlandse markt te consolideren, ondanks de in 2000 doorgevoerde introductie van marktwerking.

C.37 Kern van bovengenoemde klachten is dat een overheidspartij of een door een subsidie gesteunde onderneming concurreert met een private partij. In deze gevallen ervaart de private partij de concurrentie als oneerlijk. In deze analyse wordt ingegaan op de klacht dat Connexxion door haar status als overheidsbedrijf oneerlijke concurrentie bedrijft. Deze oneerlijke concurrentie komt tot uiting in het feit dat Connexxion in offertes aangeeft voor hetzelfde bedrag tot wel 50 procent meer vervoer kan leveren. Dit wordt door de concurrenten van Connexxion als prijsdumping gezien.

Economische analyse

Beschrijving van de markt

De markt voor personenvervoer in de regio (streekvervoer) kan worden ingedeeld in twee categorieën, te weten: openbaar vervoer en taxivervoer. Onder de tweede categorie valt ook taxivervoer van en naar scholen, ziekenvervoer etc. De markt voor openbaar vervoer is weer op te delen in straatvervoer en stadsvervoer. Het stadsvervoer wordt uitgevoerd door stadsvervoerders, in handen van gemeenten. De Nederlandse markt voor streekvervoer (bussen) bestaat uit drie spelers te weten: Connexxion, Arriva en BBA. Deze drie partijen schrijven in op openbare aanbestedingen en bezitten gezamenlijk het merendeel van het gehele streekvervoer in Nederland. In het vervolg wordt nader ingegaan op de drie spelers in het streekvervoer.

Naam	Eigendom	# Bussen	Omzet (2002) € x miljoen	Nettowinst € x miljoen
Arriva	Onderdeel van Arriva PLC.	1.200	n.a.	n.a.
BBA	Onderdeel van de Connex Groep	500	158	12.6 (8%)
Connexxion	Staatsdeelneming	2.700	945	-5.8 (-1%)

* Connexxion behaalde over 2002 een omzet van 945 miljoen euro. De nettowinst is -5.8 miljoen euro. De nettowinst als percentage van de omzet bedraagt voor BBA 8%. Connexxion behaalde over 2003 een omzet van € 948 miljoen en een winst van € 21.2 miljoen. De nettowinst als percentage van de omzet bedraagt (2%).

Tabel C.3: de belangrijkste spelers in het Nederlandse streekvervoer

C.40 Vanaf 2000 wordt marktwerking in het streekvervoer actief gestimuleerd. Per regio wordt een aanbesteding gedaan waarbij geïnteresseerde partijen kunnen bieden op de uitvoering van openbaar vervoerstaken in de regio. Er is derhalve sprake van concurrentie om de markt. In sommige gevallen wordt het personeel en het materieel van de "oude" aanbieder overgenomen. Het voornaamste doel van marktwerking is het verlagen van de prijs van openbaar vervoer waarbij de kwaliteit wordt gewaarborgd. Aangezien de partijen een product aanbieden waarvan de aanbestedende partij eisen vaststelt waaraan de vervoermaatschappij moet voldoen, kunnen aanbieders voornamelijk op prijs concurreren, en/of op een servicegraad die boven de vereisten ligt.

C.41 In Denemarken is gebleken dat de prijs van openbaar vervoer na de introductie van marktwerking met 15 tot 20 procent is gedaald¹⁵⁰. Tevens heeft in Denemarken de voormalige monopolist onder de kostprijs zijn diensten aangeboden om zodoende zijn eigen positie te consolideren.¹⁵¹

C.42 In Nederland is vooralsnog alleen de markt voor streekvervoer vrijgegeven. Er bestaan echter wel plannen om over enkele jaren ook de marktwerking in het stadsvervoer te stimuleren.

Kengetallen

C.43 De klacht luidt dat Connexxion onder de kostprijs aanbiedt omdat zij meer service biedt tegen hetzelfde bedrag terwijl zij niet efficiënter is dan de commerciële partijen. De mate van efficiëntie van Connexxion en BBA wordt vergeleken (gegevens van Arriva zijn niet beschikbaar). De volgende cijfers zijn beschikbaar:

150 Bron: Brief uit het klachtenbestand

151 Uiteindelijk heeft deze partij faillissement aan moeten vragen.

	Connexxion	BBA
Omzet (€ 1 miljoen)	556	151
Aantal bussen	2.700	500
Reizigers (x 1 miljoen)	235	66
Medewerkers	8.000	1.607
Omzet per bus (€ x 1 miljoen)	0,21	0,30
Reizigers per bus	87.037	131.400
Reizigers per medewerker	2.938	4.088

Tabel C.4

C.44 De omzet van beide ondernemingen in bovenstaande tabel is teruggebracht tot omzet uit exploitatie van autobussen. Voor BBA zijn deze cijfers te berekenen door de omzetcijfers te verminderen met de omzet van TTC en Sieswerda taxi's. De ondernemingen zijn echter niet volledig identiek: Connexxion bezit nog een aantal trams terwijl BBA in het bezit is van een ferry.

C.45 Ondanks het feit dat de gegevens niet volledig zijn, ontstaat het beeld dat BBA een efficiëntere bedrijfsvoering heeft¹⁵². Zowel de ratio's 'omzet per bus', 'aantal reizigers per bus' en 'aantal medewerkers per reiziger' zijn bij Connexxion lager dan bij BBA. Het is derhalve niet aannemelijk dat Connexxion structureel efficiënter kan produceren dan BBA.

C.46 De combinatie hiervan met de lage winstgevendheid van Connexxion kan een aanwijzing zijn dat Connexxion tegen een lage prijs inschrijft op aanbestedingen, die uit de bedrijfseconomische prestaties niet te rechtvaardigen is.

Economische analyse: conclusie

C.47 In de vervoersbranche is recentelijk de overstap gemaakt naar marktwerking. Er bestaan internationale voorbeelden van voormalige overheids-ondernemingen die, teneinde hun positie te consolideren, inschrijven op aanbestedingen tegen tarieven die economisch gezien niet te rechtvaardigen en door commerciële bedrijven niet te handhaven zijn. Het bovengenoemde voorbeeld met kengetallen is mogelijk een aanwijzing voor verstoring van concurrentie aangezien een overheids NV die op voorhand een minder efficiënte bedrijfsvoering lijkt te hebben, toch in staat is succesvol in te schrijven bij openbare aanbestedingen.

C.48 De uitkomsten van de analyse van de casus zoals hierboven beschreven zijn gebaseerd op publieke informatie en dossierinformatie bij het klachtenbestand. Op basis hiervan wordt geconcludeerd dat er aanwijzingen zijn voor oneerlijke concurrentieverhoudingen, zonder dat hiervoor direct bewijs is. In dit verband is het van belang op te merken dat het Ministerie van Verkeer en

152 Kleine verschillen in bedrijfsactiviteiten zijn buiten beschouwing gelaten.

Waterstaat heeft aangegeven dat in een recent overleg tussen de ministeries van V&W, EZ, Financiën en de NMa, naar aanleiding van deze klacht, gezamenlijk is geconstateerd dat er geen aanwijzingen zijn dat Connexxion misbruik heeft gemaakt van een economische machtspositie.

Streekvervoer	Structuur	Gedrag	Uitkomst Consumenten	Bedrijven	Overheid	Totaal
Direct effect	Lokaal	Markt van oorsprong in handen van de overheid. Nu is de markt voor streekvervoer ook toegankelijk voor private bedrijven. Er wordt om de markt geconcurrereerd door middel van het inschrijven op concessies.	Een extra aanbieder veroorzaakt meer concurrentie. Dit verhoogt de kans op rooiprijzen om de positie op de markt veilig te stellen.	Geen. Er is geen directe relatie tussen de prijs van de concessie en de prijs die de consument betaalt voor een busrit.	Te lage marges en wellicht uittreding. Ander alternatief is dat de oud-monopolist failliet gaat en dat de overgebleven bedrijven (te) hoge marges kunnen vragen	Op korte termijn voordelig door scherp inschrijfgedrag maar op de lange termijn kan door verdringing de concurrentie worden verlaagd. Dit kan nadelig uitwerken.
	Geaggregeerd	Idem	Idem	Idem	Idem	Idem
Indirect effect	Andere sectoren Andere afnemers			n.v.t. n.v.t.	n.v.t. Afhankelijk van de gevolgen herstructurering (of private instellingen die uittreden of dat de oud-monopolist failliet gaat) heeft dit invloed op substitutie-mogelijkheden consument (trein, auto, en fiets)	n.v.t. n.v.t.
PM				n.v.t.	n.v.t.	Afhankelijk van uitkomst en substitutie met auto heeft dit gevolg voor het milieu.
Mate van verstoring						Hoog
Omvang geaggregeerd						Hoog

Tabel C.5

Juridische analyse

C.49 De klachten komen erop neer dat de private aanbieders van diverse vormen van personenvervoer van mening zijn dat zij oneerlijke concurrentie ondervinden van overheidsbedrijven dan wel door de overheid gesubsidieerde bedrijven. Volgens de private aanbieders zijn de beklagde bedrijven hiertoe in staat omdat zij gesubsidieerd worden.

C.50 Deze gedraging kan een inbreuk vormen op artikel 69 van de Wet personenvervoer 2000 en artikel 24 van de Mededingingswet (misbruik van een economische machtspositie) en/of op artikel 87 van het EG-Verdrag (verbod van steunmaatregelen). Ter rechtvaardiging zou wellicht een beroep kunnen worden gedaan op de uitzondering voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang.

Wet personenvervoer 2000

C.51 Met de Wet personenvervoer 2000 werd marktwerking voor het openbaar vervoer geïntroduceerd. Tot dusverre zijn slechts enkele onderdelen van deze wet in werking getreden. Voor de beoordeling van een aantal van de klachten is artikel 69 van de Wet personenvervoer 2000 relevant¹⁵³.

C.52 Artikel 69 van de Wet personenvervoer 2000 beoogt oneerlijke concurrentie door het gemeentelijk vervoerbedrijf te voorkomen¹⁵⁴. Krachtens dit artikel mag een gemeentelijk vervoerbedrijf (i) geen andere activiteiten verrichten dan openbaar vervoer (lid 1) en (ii) aan haar gelieerde ondernemingen niet bevoordelen ten opzichte van met hen concurrerende private ondernemingen of anderszins voordelen toekennen die verder gaan dan in het normaal handelsverkeer gebruikelijk is (lid 2). Lid 3 bevat een aantal voorbeelden van dergelijke voorbeelden, terwijl deze lijst verder kan worden uitgebreid (lid 4). Zodra de thuismarkt van het betreffende gemeentelijke vervoerbedrijf voor een bepaald gedeelte via aanbesteding wordt opengesteld, vervallen deze beperkingen (lid 6).

C.53 De NMA is belast met het toezicht op de naleving van de verplichtingen die uit artikel 69 leden 1 en 5 van de Wet personenvervoer 2000 voortvloeien (artikel 87 lid 4)¹⁵⁵.

C.54 Een tweetal klachten lijkt betrekking te hebben op gedragingen van een gemeentelijk vervoerbedrijf. In de ene klacht heeft het gemeentelijk vervoerbedrijf een concessie voor het verrichten van schoolvervoer verkregen, terwijl de andere klacht betrekking heeft op het verrichten van zogenaamd "aanvullend openbaar vervoer per Regiotaxi".

C.55 Voor beide klachten biedt artikel 69 van de Wet personenvervoer 2000 een handvat om de NMA te verzoeken handhavend op te treden. Niettemin lijkt het op het eerste gezicht aannemelijk dat de eerste klacht niet-ontvankelijk zal worden verklaard, omdat de klager een natuurlijk persoon is, die waarschijnlijk geen belanghebbende is.

C.56 De overige klachten hebben geen betrekking op gemeentelijk vervoerbedrijven, zodat wij deze klachten aan de hand van artikel 24 van de Mededingingswet en/of artikel 87 van het EG-Verdrag zullen beoordelen.

153 Artikel 69 van de Wet personenvervoer 2000 is op 1 januari 2001 in werking getreden (Stb 2000, 564) en inmiddels gewijzigd (Stb 2004, 141). Een deel van de wijziging is op 20 augustus 2004 in werking getreden (Stb 2004, 399), terwijl het restant op 1 januari 2005 (Stb 2004, 740).

154 Kamerstukken II 1998-1999, 26 456, nr. 3, p. 31 en 32.

155 Artikel 87 lid 4 van de Wet personenvervoer 2000 is op 1 januari 2002 in werking getreden (Stb 2001, 637).

Misbruik van een economische machtspositie

C.57 De diverse vormen van personenvervoer zijn economische activiteiten¹⁵⁶. Daarmee kunnen de aanbieders van de diverse vormen van personenvervoer worden aangemerkt als ondernemingen in de zin van artikel 24 van de Mededingingswet.

C.58 Voor personenvervoer worden in de reeds aangehaalde besluiten de volgende relevante markten onderscheiden¹⁵⁷:

- de lokale markt voor stadsbusvervoer;
- de regionale markt voor streekbusvervoer;
- de lokale markt voor gehandicaptenvervoer;
- de (regionale) markt voor besloten busvervoer;
- de regionale markt voor ziekenvervoer;
- de regionale markt voor vervoer van spoedgevallen;
- de regionale markt voor openbaar, niet van tevoren besteld taxivervoer.

C.59 Voor zover aan een vervoerder een exclusief recht op het vervoer is toegekend, dient de geografisch markt onder die omstandigheden beperkt te worden tot het gebied waarvoor het exclusieve recht is toegekend¹⁵⁸.

C.60 Vervolgens dient te worden onderzocht of het beklagde bedrijf een economische machtspositie inneemt. Gezien de specifieke aard van het openbaar vervoer waarbij overeenkomsten via aanbestedingsprocedures tot stand komen, is het noodzakelijk onderscheid te maken tussen de concurrentie op het moment van aanbesteding en de concurrentie gedurende de looptijd van de concessie¹⁵⁹.

C.61 Op dit moment zijn er drie landelijk opererende busvervoerders actief in Nederland, waarvan twee private ondernemingen zijn. Het arsenaal aan potentiële concurrenten is daarentegen groter. Op basis van de Wet personenvervoer 2000 mogen deze gemeentelijke vervoerbedrijven echter niet op aanbestedingen inschrijven zolang het openbaar vervoer in 'hun' gemeente niet is aanbesteed. Daarnaast ondervinden busvervoerders concurrentie van andere aanbieders van openbaar vervoer, zoals treindiensten¹⁶⁰.

C.62 Aangezien van één van de busvervoerders geen financiële informatie beschikbaar is, kunnen de marktaandelen van de betrokken vervoerders niet worden vastgesteld. Niettemin geven de wel beschikbare gegevens enige indicatie over de verhoudingen tussen de vervoerders. Indien we veronderstellen dat Connexion twee keer zo groot is als Arriva, dan bedraagt het marktaandeel

156 Voor ziekenvervoer: C-475/99, HvJEG 25 oktober 2001, JUR 2001, p. I-8089, ro 21-23 (Ambulanz Glöckner); voor taxivervoer: zaak 1539, d-g NMa 30 oktober 2001 (Samenwerkingsovereenkomst Taxivervoer Schiphol); voor overige vormen van vervoer: zaak 1138, d-g NMa 25 november 1998 (Arriva/VEONN en Hanze)

157 Artikel 55 van de Wet personenvervoer 2000 voorziet overigens in de mogelijkheid bij algemene maatregel van bestuur regels te stellen over de afbakening van de Nederlandse markt voor openbaar vervoer. Uit de Wet personenvervoer 2000 volgt dat het vervoer per spoor geen deel uit maakt van de relevante markt.

158 Zie bijvoorbeeld C-209/98, HvJEG 23 mei 2000, JUR 2000, p. I-3743, ro 62 en 63 (Sydhavnens)

159 Dit sluit aan bij de systematiek van de Wet personenvervoer 2000.

160 IV/M.901, beschikking van de Commissie 24 april 1997, ro 15 en aldaar aangehaalde beschikkingen (Go-Ahead/Via/Thameslink)

van Connexxion ongeveer 50%. Enkele jaren geleden bedroeg het marktaandeel van (de rechtsvoorgangster van) Connexxion nog 90%¹⁶¹.

C.63 Op basis van het marktaandeel op de relevante markt op het moment van aanbesteding lijkt Connexxion over een economische machtspositie te beschikken¹⁶². Ook de Memorie van Toelichting bij de Wet personenvervoer 2000 biedt hiervoor aanknopingspunten¹⁶³. Een contra-indicatie is de omstandigheid dat Connexxion in een periode van vijf jaar de helft van haar marktaandeel heeft verloren.

C.64 Krachtens artikel 20 van de Wet personenvervoer 2000 is de provincie bevoegd concessies te verlenen voor openbaar vervoer. Veelal gunt een provincie via een openbare aanbesteding de concessie voor openbaar vervoer. Daarmee is die vervoerder de enige die openbaar vervoer op het grondgebied van de betreffende provincie mag verzorgen. Om die reden beschikt de betreffende vervoerder over een exclusief recht in de zin van artikel 86 lid 1 van het EG-Verdrag¹⁶⁴. Voor zover het grondgebied van de provincie als een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke/Nederlandse markt kan worden aangemerkt, beschikt de betreffende vervoerder over een economische machtspositie¹⁶⁵.

C.65 Het lijkt derhalve op dit moment aannemelijk dat Connexxion over een economische machtspositie beschikt.

C.66 Maakt Connexxion vervolgens misbruik van haar economische machtspositie? Het tegen een lage prijs inschrijven kan onder omstandigheden worden aangemerkt als 'predatory pricing'. Hiervan is sprake indien de inschrijfprijs lager is dan de gemiddelde variabele kosten. Is de inschrijfprijs hoger dan gemiddelde variabele kosten, maar lager dan de gemiddelde totale kosten dan is er sprake van misbruik voor zover deze prijs is vastgesteld met het doel een concurrent uit te schakelen.

C.67 Op basis van de ons ter beschikking staande gegevens kunnen wij niet beoordelen of Connexxion misbruik maakt van haar machtspositie.

Verbod op steunmaatregelen

C.68 Hiervoor hebben wij betoogd, dat openbaar vervoer een economische activiteit betreft en dat de aanbieders in dat kader als een onderneming kan worden aangemerkt. Voor zover een vervoerder in dat kader een subsidie ontvangt, kan er sprake zijn van een inbreuk op artikel 87 van het EG-Verdrag.

161 IV/M.1504, beschikking van de Commissie van 2 augustus 1999, ro 18 (NSR/VSN/CMI/IGO Plus)

162 Alle aanbieders van openbaar vervoer beschikken gedurende de looptijd van de concessie over een economische machtspositie, aangezien zij het exclusieve recht hebben verkregen om binnen het concessiegebied het vervoer te verzorgen.

163 Kamerstukken II 1998-1999, 26 456, nr. 3, p. 28 ev

164 Zie bijvoorbeeld C-203/96, HvJEG 25 juni 1998, JUR 1998, p. I-4075, ro 58 (Dusseldorp)

165 C-260/89, HvJEG 18 juni 1991, JUR 1991, p. I-2925, ro 31 (ERT)

C.69 In de beoordeling zullen wij onderscheid maken tussen het verkrijgen van een subsidie teneinde nachtvervoer van en naar een discotheek mogelijk te maken enerzijds en het verrichten van openbaar vervoer anderzijds.

C.70 Het EG-Verdrag bevat voor vervoer een afwijking van artikel 87 van het EG-Verdrag. Krachtens artikel 73 van het EG-Verdrag zijn bepaalde typen steunmaatregelen op het gebied van vervoer verenigbaar met het EG-Verdrag. Dit betreft een vergoeding voor het verrichten van openbare dienstverplichtingen enerzijds en een maatregel voor de coördinatie van vervoer anderzijds. Ter uitvoering van artikel 73 zijn -voor zover het vervoer per weg betreft- twee verordeningen vastgesteld¹⁶⁶. Verordening 1191/69 stelt een gemeenschappelijke regeling vast voor de openbare dienstverplichtingen en openbare dienstcontracten op het gebied van het vervoer. Wij zullen allereerst onderzoeken of deze verordening van toepassing is op de vervoersdiensten waarover geklaagd wordt. Is dit niet het geval, dan zullen wij nagaan of artikel 87 van het EG-Verdrag op de subsidies van toepassing is.

C.71 Verordening 1191/69 maakt onderscheid tussen openbare dienstverplichtingen en openbare dienstcontracten. Met de inwerkingtreding van de Wet personenvervoer 2000 is in Nederland een einde gekomen aan de openbare dienstverplichting¹⁶⁷. We zullen ons dus verder concentreren op de vereisten die Verordening 1191/69 stelt voor openbare dienstcontracten.

C.72 Verordening 1191/69 verstaat onder een openbaar dienstcontract "een tussen de bevoegde instanties van een Lid-Staat en een vervoersonderneming gesloten contract dat ten doel heeft het publiek toereikende vervoersdiensten aan te bieden". Subsidie die in dit kader wordt verstrekt, vormt eigenlijk een compensatie voor het verlies dat een vervoerder lijdt door het openbare dienstcontract.

C.73 Op basis van de ons ter beschikking staande informatie kunnen we concluderen dat de subsidie voor het verzorgen van nachtvervoer buiten de reikwijdte van verordening 1191/69 valt, terwijl de subsidie voor het verrichten van openbaar vervoer wel binnen de reikwijdte van deze verordening valt. Voor zover er echter van overcompensatie sprake is, valt deze buiten de reikwijdte van de verordening. Om die reden gaan wij na of de subsidie voor nachtvervoer en de eventuele overcompensatie in strijd met artikel 87 van het EG-Verdrag is.

C.74 De subsidie voor nachtvervoer betreft geen staatssteun indien deze kan worden aangemerkt als een compensatie voor het verrichten van een taak van algemeen economisch belang¹⁶⁸. De Commissie is van mening dat openbaar vervoer over de weg als een dienst van algemeen economisch belang kan worden

166 Verordening 1191/69 van de Raad betreffende het optreden van Lid-Statens ten aanzien van met het begrip openbare dienst verbonden verplichtingen op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren, PbEG 1969, L 156/1, zoals laatstelijk gewijzigd bij Verordening 1893/91, PbEG 1991, L 169/1 en Verordening 1107/70 van de Raad betreffende de steunmaatregelen op het gebied van vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren, PbEG

167 Kamerstukken II 1998-1999, 26 456, nr. 3, p. 73

168 C-280/00, HvJEG 24 juli 2003, JUR 2003, p. I-7747 (Altmark)

aangemerkt¹⁶⁹. Op basis van de beschikbare informatie kunnen we niet beoordelen of het nachtvervoer kan worden aangemerkt als openbaar vervoer¹⁷⁰.

C.75 De gemeente verstrekt de subsidie alleen aan de betreffende vervoerder. De subsidie beïnvloedt de mededinging, omdat geen of minder gebruik wordt gemaakt van de diensten van andere vervoerders. Vervolgens kan getwist worden over de vraag of de subsidie het interstatelijk handelsverkeer beïnvloedt. De voorziening zal immers met name worden gebruikt door de (jeugdige) inwoners van de betreffende gemeente. Niettemin sluit het feit dat subsidie wordt verstrekt voor lokale activiteiten niet uit dat het interstatelijk handelsverkeer wordt beïnvloed¹⁷¹. Een andere aanwijzing dat het interstatelijk handelsverkeer in het onderhavige geval kan worden beïnvloed, blijkt uit de omstandigheid dat de sector vervoer is uitgesloten van de toepasselijkheid van Verordening 69/2001¹⁷². Om die reden kan worden geconcludeerd dat het aannemelijk lijkt, dat de subsidie voor het verrichten van nachtvervoer een steunmaatregel in de zin van artikel 87 van het EG-Verdrag vormt.

C.76 Voor zover er sprake is van overcompensatie, is het aannemelijk dat aan de overige voorwaarden van artikel 87 van het EG-Verdrag zal zijn voldaan. Een beroep op de Altmark-doctrine baat niet, aangezien er sprake is van overcompensatie. De uitzondering van artikel 86 lid 2 van het EG-Verdrag baat evenmin, omdat de overcompensatie niet als noodzakelijk kan worden beschouwd om de vervoerder haar bijzondere taak te laten vervullen¹⁷³.

Gescheiden boekhouding

C.77 Hiervoor hebben we geconcludeerd dat aan de vervoerder een uitsluitend recht is verleend. Voor zover Connexxion naast haar wettelijke taak andere activiteiten verricht, is zij verplicht een gescheiden boekhouding te voeren (artikel 25b van de Mededingingswet). Geen van de uitzonderingsgronden doet zich voor, zodat Connexxion daadwerkelijk een gescheiden boekhouding dient te voeren.

Bestuursrechtelijk vangnet

C.78 Voor zover sprake is van een overtreding van de Wet personenvervoer 2000 kan een belanghebbende een verzoek tot handhaving indienen.

Onrechtmatige daad

C.79 In geval van overtreding van de Wet personenvervoer 2000 kan een ondernemer er ook voor kiezen om via de weg van de burgerlijke rechter middels een actie uit onrechtmatige daad een verbod van de gewraakte gedragingen te bewerkstelligen. Onduidelijk is echter wat de kans van slagen van een dergelijke actie is, met name gelet op het relativiteitsvereiste. Wij beschikken in dit geval over onvoldoende informatie om dit te beoordelen.

169 Mededeling van de Commissie inzake diensten van algemeen economisch belang, PbEG 2001, C 17/4

170 Artikel 1 aanhef sub h *juncto* sub g van de Wet personenvervoer 2000

171 C-280/00, HvJEG 24 juli 2003, JUR 2003, p. I-7747, ro 78 en 78

172 Artikel 1 aanhef en sub a van Verordening 69/2001 van de Commissie van 12 januari 2001 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op de minimis-steun, PbEG 2001, L 10/30

173 C-53/00, HvJEG 22 november 2001, JUR 2001, p. I-9067, ro 32 (Ferring)

Gesubsidieerde uitleen van video's, DVD's en kunst door overheidsinstellingen

Beschrijving casus

C.80 Gerelateerde klachten: 68, 75, 315, 340, 17N

C.81 Betreft klachten van commerciële uitleen- en verhuurbedrijven van onder andere beeldragers en kunst, op het gebied van oneerlijke concurrentie met gesubsidieerde uitleeninstellingen. Hieronder wordt een tweetal voorbeelden uiteengezet:

- Filmverhuur door bibliotheken. Filmverhuur is van oorsprong een activiteit van videotheken. Een videotheek-eigenaar klaagt dat een bibliotheek door regulatorische voordelen een film kan aanbieden tegen € 2,25 per week terwijl een videotheek € 4,00 per week in rekening brengt. Bibliotheken kunnen lagere inkooprijzen realiseren – en vervolgens films tegen lagere prijzen aanbieden – aangezien zij minder auteursrechten hoeven te betalen¹⁷⁴.
- Gemeentelijke/provinciale kunstuitleen. Gelden uit een overheidsfonds die als doel hebben inkomstverruiming voor beeldende kunstenaars te realiseren, worden door een gemeente gebruikt om een kunstuitleen op te zetten. Door de steun van overheidswege kan de gemeentelijke kunstuitleen (in samenwerking met een provinciale kunstuitleen) een offerte uitbrengen tegen 63 procent van de prijs die de commerciële kunstuitleen in rekening brengt.

C.82 In bovengenoemde voorbeelden wordt door klagers aangegeven dat de diensten van overheidspartijen niet verschillen van de diensten die door commerciële partijen worden aangeboden. De overheidsinstellingen voeren als verweer aan dat deze diensten een door overheidspartijen gesteld doel betreffen zoals het aanbieden van films voor een klein publiek en het creëren van extra vraag voor achtergestelde doelgroepen. Volgens de commerciële partijen is dit niet het geval aangezien volgens hen geen voordeel ontstaat voor één of meerdere maatschappelijke doelgroepen.

Economische analyse

Beschrijving van de markt

C.83 In het navolgende concentreren wij ons op de markt voor beeldragers. De bevindingen in deze analyse voor de markt van beeldragers kunnen niet zonder aanvullende analyse geprojecteerd worden op de markt voor kunstuitleen.

C.84 De markt voor beeldragers bestaat voornamelijk uit de verhuur van video's en DVD's. Deze media worden van oorsprong aangeboden door een groot aantal videotheken. Naast een groot aantal zelfstandige ondernemers is op deze markt een aantal grote(re) partijen actief, waaronder Filmclub, Ster Videotheken en Videoland.

174 Bibliotheken ondervinden een voordeel doordat in de auteurswet onderscheid wordt gemaakt tussen uitlenen en verhuren. Bibliotheken vallen onder het leenrecht en daardoor betalen ze minder auteursrechten dan videotheken.

C.85 Door het grote aantal aanbieders en door de homogeniteit van het product kent deze markt karakteristieken van een markt voor volledige mededinging. Het product is vrijwel homogeen aangezien alle aanbieders nagenoeg dezelfde films in hun assortiment opnemen. Een aanbieder kan zich wel onderscheiden door service (o.a. een breder assortiment), openingstijden en verhuurperiode.

C.86 Hoewel de videothekenmarkt landelijk veel aanbieders kent, concurreert een videotheek met name op de lokale markt. In deze lokale markt ondervindt een aanbieder concurrentie van andere videotheken, bibliotheken, bioscopen en in toenemende mate van het internet (downloaden en bekijken van films). Deze markt is lokaal omdat kan worden aangenomen dat een consument geen grote afstanden zal afleggen om een film op video of DVD te huren.

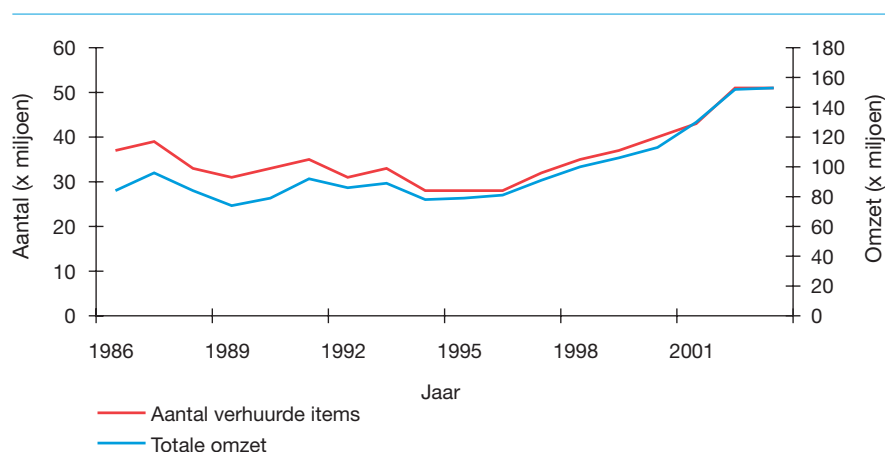
C.87 Ook bibliotheken houden zich bezig met de verhuur / uitleen van beeld dragers. Hierbij moet onderscheid worden gemaakt tussen grote(re) en kleine(re) bibliotheken. Met name de grote(re) bibliotheken verhuren (uitlenen) beeld dragers terwijl dit bij kleine(re) bibliotheken veel minder vaak het geval is. De reden dat bibliotheken tegenwoordig video's en DVD's aanbieden, is gelegen in het feit dat de consumentenvraag verschoven is van boeken – het originele uitleen/verhuurmateriaal van bibliotheken – naar andere vormen van vermaak. Een belangrijk verschil tussen videotheken en bibliotheken is het verschil in service: titels zijn bij bibliotheken vaker uitgeleend, titels moeten in sommige gevallen worden aangevraagd, etc.¹⁷⁵.

Levensfase van het product

C.88 De Nederlandse Vereniging voor producenten en Importeurs van beelden geluidsdragers (NVPI) schat dat 88 procent van de Nederlandse huishoudens in 2002 in het bezit was van een videorecorder. In de markt voor de verhuur van beeld dragers heeft de afgelopen jaren een overgangsfase plaatsgevonden van verhuur van video's (VHS) naar verhuur van DVD's. Dit proces wordt versneld door het feit dat DVD's op computers kunnen worden afgespeeld. Het is als gevolg daarvan vrijwel zeker dat de videorecorder de komende jaren vervangen zal worden door de DVD-speler.

C.89 De opkomst van snelle internetverbindingen en de daarbij behorende mogelijkheden om films te downloaden vormt een effectief substituut voor de verhuurmarkt van beeld dragers. Als gevolg hiervan bekijkt een aantal videotheken de mogelijkheden om films via snelle internetverbindingen aan de klant aan te bieden. Zowel de verkoop- als de verhuurmarkt laten de afgelopen jaren een sterke groei zien: de verhuur van beeld dragers (aantallen) is vanaf 1996 met gemiddeld 9 procent per jaar gegroeid.

175 In sommige gevallen kunnen beeld dragers bij bibliotheken worden aangevraagd. Dit is echter niet als echte concurrentie voor videotheken worden aangemerkt aangezien het aanvragen van beeld dragers aanzienlijk veel tijd kost (circa 1 week). Het huren van een DVD of video is in veel gevallen namelijk een impulsbeslissing.



Figuur C.2: verhuurde aantallen en omzet in de videobranche

Kengetallen

C.90 Over de verhuur van beeldragers in bibliotheken en videotheken zijn de volgende gegevens beschikbaar:

(x miljoen)	Jaar	Aantal	Omzet	Prijs / item
Verhuur videotheken	2002	50,6	152,0	3,00
Verhuur bibliotheken	2002	1,8	4,0	2,25
Marktaandeel bibliotheek	2002	3,4%	2,6%	
Verhuur videotheken	2003	51,1	153,0	2,99

Tabel C.6

Bron: NVPI en Stichting Leenrecht

Verhuur videotheken exclusief erotiek/porno.

Leeswijzer: de omzet van verhuurde films is 156 mln totaal waarvan bibliotheken een marktaandeel hebben van 2,6%.

C.91 Aangezien de cijfers voor bibliotheken over 2003 nog niet beschikbaar zijn, zijn de cijfers over 2002 gebruikt. Over 2003 hebben videotheken een gemiddelde stijging van 1 procent gerealiseerd in het aantal verhuurde films. De omzet is als volgt berekend: aantal verhuurde films maal de gemiddelde prijs. Deze prijs geldt voor "gewone films". "Hit-films" zijn bij enkele bibliotheken ook duurder. Het bedrag van € 4, genoemd in de klacht, voor een film in een videotheek betreft de dagverhuur van een hit-film.

Economische analyse: conclusie

C.92 De verhuur van DVD's en video's door bibliotheken maakt slechts een zeer beperkt deel uit van de totale verhuur van DVD's en video's in Nederland, namelijk 3,4% van het totaal aantal verhuurde films (2002). Hierbij moet echter wel worden opgemerkt dat bibliotheken zich – mede door veranderingen in regelgeving en consumentenvoorkeur – in steeds grotere mate bezighouden met de uitleen/verhuur van films. Zo bestaan er bibliotheken die hun verhuurmethodiek aanpassen aan videotheken waarbij hit-films een kortere uitleentermijn en een hogere prijs hebben in vergelijking met gewone films.

C.93 De prijs van DVD's en video's in bibliotheken ligt over het algemeen lager dan videotheken terwijl de uitleentermijn langer is. Hoewel dit per bibliotheek verschilt, is de trend dat de leentermijn bij bibliotheken inderdaad langer is. De keerzijde hiervan is dat een DVD minder vaak kan worden verhuurd. Dit heeft tot gevolg dat een film bij de bibliotheek minder vaak zal worden uitgeleend.

C.94 Verder dient te worden opgemerkt dat onbekend is in hoeverre bij de berekening van de gemiddelde prijs per DVD of video rekening is gehouden met de volgende factoren: (i) bij bibliotheken moet contributie worden betaald,¹⁷⁶ en (ii) bij videotheken gelden vaak speciale acties voor klanten.¹⁷⁷

C.95 Hoewel uit de statistieken blijkt dat bibliotheken qua aantallen weinig invloed hebben op de totale verhuur/uitleen, kunnen dergelijke activiteiten door bibliotheken op lokaal niveau zeker een sterke impact hebben.

C.96 Er dient te worden opgemerkt dat de conclusie ten aanzien van de markt voor filmverhuur niet direct op de kunstmarkt geprojecteerd kan worden. De kunstmarkt is minder transparant, mede omdat het product, kunst, heterogeen is. Een analyse op basis van gemiddelde kostprijs is voor de kunstsector dan ook nietszeggend. Ook zegt het marktaandeel van de bibliotheken in de totale filmverhuur niets over het aandeel van de gesubsidieerde kunstuitleen in de totale markt voor kunstuitleen.

176 De kosten van contributie liggen tussen € 15 en € 35.

177 Zo kan bijvoorbeeld bij sommige videotheken bij een betaling van € 50 ,een uurtegoed worden gekocht van € 100.

Video en dvd verhuur door bibliotheken		Structuur	Gedrag	Uitkomst Consumenten	Bedrijven	Overheid	Totaal
Direct effect	Lokaal	Plaatselijk mogelijk extra aanbieder van video's en dvd's (bibliotheek) met mogelijk sterke verstoring.	Op korte termijn verhevigde concurrentie, op lange termijn kans op uitstoting.	(Mogelijk) lagere prijzen en meer keuze op lokaal niveau doordat bibliotheken ook minder commercieel succesvolle DVD's uitlenen.	Lagere omzet en winstmarges als er concurrentie tussen bibliotheek en videotheek plaatsvindt.	Plaatselijke bibliotheek vindt extra bestaansgrond en financiële middelen.	
	Geaggregeerd	Extra aanbod beperkt (3,4% aantallen dvd's). Potentieel effect veel groter als bibliotheken zich meer gaan toeleggen op video en dvd -verhuur.	Mogelijk verhevigde concurrentie.	weinig effect, potentieel aanzienlijk.	Lagere winstmarges en lagere omzet (3,4%).	Bibliotheek vindt extra bestaansgrond en financiële middelen.	Bibliotheken voorzien in 3,4% (#) van het aanbod.
Indirect effect	Andere sectoren			n.v.t.	Bij verdringing door verhuur bij bibliotheek is er geen effect op DVD verkopen. Indien er additionele vraag wordt gecreeerd door bibliotheken dan marginaal effect op DVD verkopen.	n.v.t.	
	Andere afnemers			n.v.t.	n.v.t.	n.v.t.	
PM				Indirect wordt lezen gestimuleerd.		Bepaalde films kunnen worden gestimuleerd.	
Mate van verstoring							Middel
Omvang geaggregeerd							Laag

Tabel C.7

Juridische analyse

C.97 De klacht komt erop neer dat de videotheken van mening zijn dat zij oneerlijke concurrentie ondervinden van bibliotheken, omdat zij het kernassortiment van videotheken aanbieden tegen (veel) lagere prijzen. Volgens de videotheken zijn de bibliotheken hiertoe in staat omdat zij gesubsidieerd worden en inkoopvoordelen genieten.

C.98 Zakelijk weergegeven, bibliotheken zijn in staat (veel) lagere verhuurprijzen in rekening te brengen dan videotheken. Deze gedraging kan een inbreuk vormen op artikel 24 van de Mededingingswet (misbruik van een economische machtspositie) en/of op artikel 87 van het EG-Verdrag (verbod van steunmaatregelen). Ter rechtvaardiging zou wellicht een beroep kunnen worden gedaan op de uitzondering voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang.

Misbruik van een economische machtspositie

C.99 Het verhuren van video's en dvd's is een economische activiteit. Voor zover een openbare bibliotheek video's en dvd's verhuurt, kan zij worden aangemerkt als een onderneming in de zin van artikel 24 van de Mededingingswet.

C.100 De relevante productmarkt omvat de verhuur en verkoop van video's en dvd's. De relevante geografische markt is -vanuit het perspectief van de consument gezien- lokaal¹⁷⁸. De beschikkingenpraktijk van de NMa bevat echter aanknopingspunten voor een ruimere afbakening van de relevante geografische markt¹⁷⁹.

C.101 Vervolgens dient te worden vastgesteld of bibliotheken op deze markt een economische machtspositie innemen. Op het eerste gezicht lijkt hiervan geen sprake te zijn. Immers, in iedere gemeente zijn verschillende videotheken gevestigd. Bovendien zal de omvang van de verhuuractiviteiten van bibliotheken voor zover het video's en dvd's betreft relatief gering zijn. Niettemin zou in uitzonderlijke situaties een bibliotheek een economische machtspositie in kunnen nemen.

C.102 Voor zover een openbare bibliotheek een economische machtspositie zou innemen, dient ten slotte te worden onderzocht of die bibliotheek misbruik daarvan zou maken. Het tegen een lage prijs verhuren van video's en dvd's kan onder omstandigheden worden aangemerkt als 'predatory pricing'. Hiervan is sprake indien de verhuurprijs lager is dan de gemiddelde variabele kosten. Is de verhuurprijs hoger dan gemiddelde variabele kosten, maar lager dan de gemiddelde totale kosten dan is er sprake van misbruik voor zover deze verhuurprijzen zijn vastgesteld met het doel een concurrent uit te schakelen.

C.103 Op dit moment ontbreekt inzicht in de opbouw van de verhuurprijs van video's en dvd's. De Vereniging van Openbare Bibliotheken verwacht begin 2005 inzicht te hebben in de kostprijs per activiteit. Voorshands lijkt in ieder geval het doel om een concurrent uit te schakelen niet aanwezig. Veelal worden de inkomsten uit de verhuur van video's en dvd's aangewend om tekorten op andere verhuuractiviteiten aan te zuiveren, aangezien de openbare bibliotheken hebben afgesproken in beginsel hun diensten kosteloos dan wel tegen tarieven die geen drempel opwerpen aan te bieden¹⁸⁰. Dit betekent overigens niet dat het uitgesloten is kosten in rekening te brengen¹⁸¹.

C.104 Geconcludeerd kan worden dat de openbare bibliotheken op het eerste gezicht niet over een economische machtspositie beschikken. Voor zover daar in individuele omstandigheden sprake van kan zijn, lijkt het niet aannemelijk dat zij daarvan onder de gegeven omstandigheden misbruik van maken.

178 IV/M.579, beschikking Europese Commissie van 27 april 1995, nr's 13 en 14 (Burda/Blockbuster)

179 Zie bijvoorbeeld zaak 1628, besluit d-g NMa van 3 juli 2000, nr 58 ev (Laurus/Groenwoudt)

180 Artikel 4 van het Statuut voor de openbare bibliotheek

181 Artikel 11a van de Wet op het specifiek cultuurbeleid

Verbod van steunmaatregelen

C.105 Hiervoor hebben wij betoogd, dat het verhuren van video's en dvd's een economische activiteit betreft en dat de openbare bibliotheek in dat kader als een onderneming kan worden aangemerkt. Voor zover een openbare bibliotheek in dat kader een subsidie ontvangt, kan er sprake zijn van een inbreuk op artikel 87 van het EG-Verdrag.

C.106 Terzijde merken wij op dat het echter aannemelijk is dat openbare bibliotheken subsidies ontvangen om hun kernactiviteiten te financieren. De kernactiviteiten van (openbare) bibliotheken betreffen het bevorderen van cultuur, scholing, onderwijs en het bieden van toegang tot (overheids)informatie¹⁸². Deze kernactiviteiten kunnen niet worden aangemerkt als economische activiteiten. In dat verband is een openbare bibliotheek dan ook geen onderneming.

C.107 Voor zover de subsidies de openbare bibliotheken in staat stellen (goedkoop) video's en dvd's te verhuren, dient te worden onderzocht of sprake is van steunmaatregel.

C.108 Van staatssteun is geen sprake indien de subsidie kan worden aangemerkt als een compensatie voor het verrichten van een taak van algemeen economisch belang¹⁸³. Daartoe dient aan een aantal voorwaarden te zijn voldaan, te weten:

- daadwerkelijk belast met een taak van algemeen economisch belang: uit het complex van regelgeving kan niet zonder meer worden afgeleid dat een openbare bibliotheek is belast met een taak van algemeen economisch belang;
- objectieve en transparante vaststelling van grondslagen voor compensatie: op basis van de beschikbare informatie kunnen wij dit niet beoordelen;
- geen overcompensatie: op basis van de beschikbare informatie kunnen wij dit evenmin beoordelen; en
- voor zover geen openbare aanbestedingsprocedure is gevolgd, dient de compensatie te zijn vastgesteld op basis van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming zou hebben gemaakt: op basis van de beschikbare informatie kunnen wij dit evenmin beoordelen.

C.109 Aangezien we over te weinig informatie beschikken om vast te kunnen stellen of aan de Altmark-criteria is voldaan en dus geen sprake zou zijn van een voordeel, zullen wij verder onderzoeken of de subsidie als een steunmaatregel in de zin van artikel 87 van het EG-Verdrag kan worden aangemerkt.

C.110 Openbare bibliotheken worden gefinancierd door provincies en/of gemeenten. De subsidie wordt alleen verstrekt aan openbare bibliotheken. Door de subsidies wordt de mededinging op de lokale markt voor verhuur van video's en dvd's beïnvloed. Voor zover de totaal verleende subsidie meer dan € 100.000 over een periode van drie jaar¹⁸⁴ bedraagt, kan getwist worden over de vraag of de subsidie het interstatelijk handelsverkeer beïnvloedt. Op basis van de jurisprudentie van het HvJEG sluit de omstandigheid dat de subsidie wordt

182 Krikke, Het bibliotheekprivilege in de digitale omgeving, IteR nr. 29, 2000, p. 21-27

183 C-280/00, HvJEG 24 juli 2003, JUR 2003, p. I-7747 (Altmark)

184 Artikel 2 van Verordening 69/2001 van de Commissie van 12 januari 2001 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op de minimis-steun, PbEG 2001, L 10/30

verstrekt aan een lokaal opererende onderneming niet uit dat sprake is van beïnvloeding van het interstatelijk handelsverkeer. Daartegenover staat de recente beschikkingenpraktijk van de Commissie. Gezien de lokale scope van de verhuuractiviteiten is het de vraag of de subsidiëring het communautaire handelsverkeer beïnvloed¹⁸⁵.

C.111 Gezien de beperkte informatie zijn wij niet in staat te beoordelen of en, zo ja, hoeveel van de gemeentelijke/provinciale bijdrage wordt aangewend voor de financiering van de verhuur van video's en dvd's.

C.112 Voor zover sprake is van een steunmaatregel kan de subsidie wellicht profiteren van de vrijstelling voor steun "om de cultuur en de instandhouding van het culturele erfgoed te bevorderen" (artikel 87 lid 3 aanhef en sub d van het EG-Verdrag). Voor zover de subsidie alleen het culturele doel dient en de andere economische activiteiten niet ondersteunt, is de subsidie op grond van deze bepaling verenigbaar met de gemeenschappelijke markt¹⁸⁶. Overigens is de Commissie bij uitsluiting bevoegd om deze uitzondering toe te passen.

C.113 Heeft de constatering dat van een steunmaatregel sprake zou kunnen zijn tot gevolg dat de vervulling van de bijzondere taak wordt verhinderd, dan is de steunmaatregel wellicht op grond van artikel 86 lid 2 van het EG-Verdrag gerechtvaardigd. Een beroep op de uitzondering van artikel 86 lid 2 van het EG-Verdrag baat echter niet, wanneer er sprake is van overcompensatie, omdat dit niet als noodzakelijk kan worden beschouwd om de bibliotheek haar bijzondere taak te laten vervullen¹⁸⁷. Van overcompensatie is sprake wanneer de vergoeding groter is dan de kosten vermeerderd met een redelijk winstpercentage¹⁸⁸. Op basis van de beschikbare informatie kunnen wij niet beoordelen of er sprake is van een dergelijke overcompensatie.

Gescheiden boekhouding

C.114 Hiervoor hebben we geconcludeerd dat de openbare bibliotheek is belast met een taak van algemeen economisch belang. Voor zover de openbare bibliotheek naast haar wettelijke taak andere activiteiten verricht, is zij verplicht een gescheiden boekhouding te voeren (artikel 25b van de Mededingingswet). Het is onaannemelijk dat de economische activiteiten van de openbare bibliotheek resulteren in een omzet van meer dan EUR 40 miljoen, zodat de openbare bibliotheek geen gescheiden boekhouding hoeft te voeren.

185 N 258/00, Commissie 12 januari 2001, PbEG 2001, C 172/16 (Recreatiezwembad Dorsten (de tekst is te vinden op http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/comp-2000/n258-00.pdf)); beschikking van de Commissie van 29 oktober 2003 betreffende de door Nederland ten uitvoer gelegde steunmaatregelen ten gunste van jachthavens zonder winstoogmerk in Nederland, PbEG 2004, L 34/63 (beroep aangetekend)

186 XXVIIIe Verslag voor het mededingingsbeleid, nr 274-275

187 C-53/00, reeds aangehaald, ro 32

188 C-53/00, HvJEG 22 november 2001, JUR 2001, p. I-9067, ro 29 (Ferring)

Bestuursrechtelijk vangnet

C.115 Er is geen specifieke wettelijke bepaling die bibliotheken verbiedt om video's en dvd's te verhuren. Daarmee biedt het "overige" bestuursrecht in dit geval geen mogelijkheden om door middel van een verzoek om handhaving tegen de betrokken gedraging op te komen.

Onrechtmatige overheidsdaad

C.116 Bibliotheken behoren niet tot de overheid en daarmee kan dus geen sprake zijn van een onrechtmatige overheidsdaad. Ook overigens lijkt de verhuur van video's en dvd's door bibliotheken niet onrechtmatig.

Gemeentelijke activiteit in de markt voor jachthavens

Beschrijving klachten

C.117 Gerelateerde klachten: 11, 15, 17, 25, 52, 54, 93, 122, 169, 251, 252, 253, 322, 323, 327, 375, 1N, 8N, 12N, 16N, 23N.

C.118 Betreft de volgende klachten

- Gemeenten ondersteunen de ontwikkeling en exploitatie van jachthavens door not-for-profit organisaties. Jachthavens met een winstoogmerk stellen dat dit oneerlijke concurrentie tussen jachthavens met en zonder winstoogmerk veroorzaakt.
- Door het ondersteunen van en toestemming geven voor horeca-activiteiten door ruimte bedoeld voor verenigingsactiviteiten creëren gemeenten een concurrentievoordeel van deze publieke ruimten tegenover de horeca. Gemeenten ondersteunen deze ruimten omdat zij het verenigingsleven op bijvoorbeeld recreatief en educatief gebied wil stimuleren. Deze steun bestaan onder andere uit een garantstelling van de gemeente, de bouw organiseren in de gemeentelijke BV zodat de BTW, betaald bij de bouw, kan worden terugverdiend en het gebouw een volledige horecavergunning te geven waardoor het pand direct in concurrentie kan treden met de plaatselijke horeca (om exploitatietekorten door middel van uitbating als horecagelegenheid tekorten op te vangen).
- Een gemeente bouwt een nieuw sportcomplex met tennisbanen in een gebied waar kort daarvoor meerdere overdekte commerciële tennisbanen zijn gesloten wegens een gebrek aan vraag.
- Een gemeente biedt sportverenigingen die van de gemeentelijke sporthal gebruik maken een huursubsidie van 80 procent. Dit maakt het voor de uitbater van de commerciële hal onmogelijk om te concurreren.

C.119 De kern van alle bovengenoemde klachten bestaat uit een gemeente die, om een bepaald doel in haar gemeente te stimuleren, bijvoorbeeld de bouw van een jachthaven, extra zalen om het verenigingsleven te stimuleren of goede sportaccommodaties binnen de gemeentegrenzen, bepaalde instanties steunt. Deze steun kan bestaan uit het financieren van een haalbaarheidsonderzoek, het organiseren van de bouw in een overheidsrechtspersoon om BTW betaling te voorkomen, de (gedeeltelijke) financiering van de bouw, huren onder zeer gunstige condities, garantstelling voor exploitatiekosten en/of subsidiëring van afname bij een overheidsinstelling (huursubsidie). Om een beter inzicht in de problematiek te krijgen wordt de casus over de jachthavens verder uitgewerkt.

Economische analyse

C.120 De markt voor jachthavens is te kwalificeren als een markt van regionale concurrentie. De ligplaats wordt voornamelijk gezocht in de buurt van de woonplaats van de eigenaar of nabij een populair watersportgebied. Doordat er regionaal slechts een beperkt aantal aanbieders gevestigd zijn, dit is wel afhankelijk van de intensiteit van de watersportactiviteiten ter plaatse, zal de

markt regionaal dan ook oligopolistische trekken vertonen. De prijs zal regionaal een rol spelen maar is zeker niet de enige keuzebepalende factor. De eigenaar van een vaartuig zal immers de plaats mede kiezen op basis van de aantrekkelijkheid van de ligplaats. Deze aantrekkelijkheid kan worden gevormd doordat de plek dicht bij de woonplaats van de eigenaar van het vaartuig ligt dan wel dat de plek ligt bij een aantrekkelijke omgeving, bijvoorbeeld de Friese meren. Als eenmaal is gekozen voor de locatie gaat in het betreffende gebied de prijs een rol spelen. Daarnaast spelen zaken als extra diensten die een jachthaven aanbiedt een rol.

C.121 De markt is in te delen naar de juridische vorm van de aanbieder. Jachthavens worden enerzijds geëxploiteerd door gemeenten of watersportverenigingen en anderzijds door commerciële partijen. Enkele kerncijfers over markt voor jachthavens:

	Commercieel	Not-for-profit	Totaal
Aantal jachthavens	564	575	1.139
Aantal ligplaatsen	153.408	100.050	250.580
Ligplaatsen per jachthaven	272	174	220
Prijs per ligplaats (8 m)	Fl. 1.533 (€ 696)	Fl. 711 (€ 323)	
Prijs per m2 lig-box	Fl. 55 (€ 25)	Fl. 25 (€ 11)	

Tabel C.8: de markt voor jachthavens (2000)¹⁸⁹

C.122 Het rapport van het Watersportberaad geeft verder aan dat de rentabiliteit op het totale vermogen van commerciële jachthavens in 1998 ongeveer 4 procent bedraagt. Het Watersportberaad stelt dat een rentabiliteit op het totale vermogen van 7 tot 10 procent zou moeten bedragen voor een gezonde bedrijfsvoering. Het over 1998 behaalde rendement is dus lager dan wat economisch als gezond wordt beschouwd. De totale markt omzet voor de jachthavenbranche wordt geschat op € 140 miljoen.

C.123 Het blijkt dat commerciële jachthavens gemiddeld genomen groter zijn dan not-for-profit jachthavens. Ook blijkt de prijs per ligplaats en per m2 lig-box voor commerciële jachthavens aanzienlijk hoger te liggen.

C.124 Bij bovenstaande cijfers dient nog te worden opgemerkt dat binnen de categorie not-for-profit jachthavens nog een onderscheid is te maken naar wel of niet BTW plichtig. Een jachthaven is BTW plichtig als de jachthaven een werknemer heeft die meer dan € XXX aan salaris ontvangt. Er blijkt een groot verschil tussen tarieven van van BTW-plichtige en niet BTW-plichtige not-for-profit jachthavens. Een box van 8 meter kost bij een not-for-profit jachthaven gemiddeld € 322. Bij een BTW-plichtige not-for-profit haven wordt echter € 412 betaald terwijl bij een niet BTW plichtige not-for-profit jachthaven € 278 wordt betaald.

189 Bron: Watersportberaad, Buro Stroband, Betaalbaarheid watersport, april 2002.

C.125 Het verschil in tarieven tussen commerciële en not-for-profit jachthavens wordt onder andere verklaard door de volgende oorzaken:

- Not-for-profit jachthavens betalen geen vennootschapsbelasting;
- Not-for-profit jachthavens hoeven (deels) geen BTW te berekenen;
- Not-for-profit jachthavens betalen geen exploitatievergoeding;
- Gemeenten ondersteunen not-for-profit jachthavens door subsidies en voordelige contracten. Hierbij moet worden gedacht aan haalbaarheidsstudies die de gemeente betaalt.
- Bij not-for-profit jachthavens worden veel activiteiten door vrijwilligers / clubleden uitgevoerd (leden zijn verplicht om op straffe van een boete enige dagdelen per jaar beschikbaar te zijn om taken uit te voeren (onderhoud e.d.).
- Commerciële jachthavens bieden meer diensten aan.

C.126 Voor bovenstaande berekeningen dient echter wel rekening te worden gehouden met het feit dat een ligplaats in een verenigingshaven vereist dat ook lidmaatschapsgeld voor de vereniging wordt betaald (gemiddeld Fl. 136). Dit bedrag is niet voldoende om het prijsverschil tussen commerciële en not-for-profit jachthavens op te heffen.

C.127 Zoals bovenstaande tabel toont, bestaan er grote verschillen in tarieven van commerciële en not-for-profit jachthavens. Om een oordeel te kunnen vellen over de werkelijke mate van concurrentievoordeel dat not-for-profit partijen genieten moet ook rekening worden gehouden met de servicegraad die partijen aanbieden, de omvang van jachten die aanleggen, de bereikbaarheid van de jachthaven of het gebied waar de jachthaven gevestigd is.

C.128 Als commerciële en not-for-profit jachthavens een gelijke kostenstructuur hebben, met als enige verschil dat not-for-profit partijen gevestigd zijn op mindere locaties en in minder populaire watersportgebieden, is het nog onwaarschijnlijk dat de kosten voor een jaarplaats zo sterk uiteenlopen. Hierbij moet worden opgemerkt dat het niet te verwachten is dat not-for-profit partijen overwegend gesitueerd zijn in minder populaire watersportgebieden en op de kwalitatief mindere locaties binnen een bepaalde regio's. Het tegenovergestelde is eerder het geval omdat watersportverenigingen op van oudsher populaire watersportlocaties gevestigd zijn en dan nog vooral in gebieden waar watersport historisch gezien sterk aanwezig is.

C.129 Een ander mogelijk verschil tussen commerciële en not-for-profit jachthavens kan gelegen zijn in de mogelijkheid dat commerciële jachthavens met name vaartuigen van meer welgestelde watersporters huisvesten en watersportverenigingen met name vaartuigen van minder welgestelde watersporters. Het geciteerde onderzoek gaat echter uit van een gemiddeld vaartuig.

C.130 Het prijsverschil kan ten slotte worden veroorzaakt door de beweegredenen waarom een gemeente een jachthaven binnen de eigen grenzen wil. Een gemeente heeft het recht om, als zij het wenselijk acht dat de regio een jachthaven krijgt, te besluiten dat dit gebeurt. Een gemeente kan bijvoorbeeld hier toe overgaan als een regio voor een commerciële jachthaven niet interessant

is om reden dat de koopkracht van bewoners niet toereikend is om de tarieven van een commerciële partij te betalen. Zij kan dan haar inwoners tegemoet komen door lage prijzen te bedingen. Het is echter wederom onwaarschijnlijk dat dit voor alle not-for-profit jachthavens geldt.

Economische analyse: conclusie

C.131 Het grote verschil in tarieven tussen de commerciële en not-for-profit jachthavens kan niet zonder meer worden verklaard uit omgevingsfactoren. Het is waarschijnlijk dat een afwijkende kostenstructuur hieraan een bijdrage levert. Wordt deze conclusie op de andere beschreven klachten toegepast dan zijn er sterke aanwijzingen dat ook in de overige gevallen overheden door verschillende behandeling van commerciële en not-for-profit partijen ongelijke concurrentieverhoudingen ontstaan. De sectoren horeca en sportaccommodaties hebben immers evenals de jachthavenbranche een structuur met commerciële en not-for-profit partijen. Ook zijn beide sectoren gevoelig voor overheden die door middel van beleid bepaalde voorzieningen willen creëren. Dit kan ten koste gaan van producten en diensten waarin de markt al voorziet.

Gemeentelijke activiteiten in de jachthavenmarkt		Structuur	Gedrag	Uitkomst Consumenten	Bedrijven	Overheid	Totaal
Direct effect	Lokaal Geaggregeerd	Meestal weinig aanbieders (vaak specifieke lokatie/activiteit). Activiteiten overheid leiden niet tot additionele aanbod maar tot verschuiving van marktaandeel van commercieel naar not-for-profit partijen. Het aantal commerciële en not-for-profit jachthavens is ongeveer gelijk. De verhouding tussen het aantal commerciële en not-for-profit ligplaatsen is 150.000 tegen 100.000.	Verhevigde (nieuwe) concurrentie. Het aangeboden product van commerciële en not-for-profit partijen verschilt omdat bij de tweede lidmaatschap van een vereniging vereist is. Dit lidmaatschap vraagt van leden ook diensten (bardienst, reparatie e.d.). Idem	Overheid voorziet in de vraag naar goedkope(re) ligplaatsen. Dit kan extra vraag creëren. Tegen commerciële tarieven kan het voor particulieren onbetaalbaar blijken een boot te hebben. De lagere tarieven van not-for-profit havens zijn dan een alternatief. Idem	Lagere marges en uittrekking bedrijven door onvermogen van bedrijven om met staatsbedrijven te concurreren. Lagere marges en uittrekking bedrijven door onvermogen van bedrijven om met staatsbedrijven te concurreren. Dit onvermogen om te concurreren met not-for-profit havens komt tot uiting in een rendement op geïnvesteerd vermogen dat 3% lager is dan vereist.	Additionele kosten en baten. Idem	
Indirect effect	Andere sectoren			n.v.t.		n.v.t.	n.v.t.
	Andere afnemers			n.v.t.		n.v.t.	n.v.t.
PM				Goedkope(re) alternatieven beschikbaar of extra diensten. Bepaalde groepen kunnen nu gebruik maken van diensten die anders niet mogelijk zijn.	n.v.t.	n.v.t.	
Mate van verstoring							Hoog
Omvang geaggregeerd							Hoog

Tabel C.9

Juridische analyse

C.132 Omdat in de casus van de Nederlandse jachthavens reeds een beschikking van de Commissie beschikbaar is¹⁹⁰ en tegen deze beschikking inmiddels hoger beroep bij het GvEA is aangetekend, zullen wij deze casus buiten beschouwing laten.

C.133 De diverse klachten komen erop neer dat gemeenten allerlei verschillende activiteiten in hun gemeente subsidiëren. Hierna zullen wij ons qua juridische analyse concentreren op de verhuur van ruimte door de gemeente. Het verhuren van ruimte om niet of tegen gunstige tarieven kan een inbreuk vormen op artikel 87 van het EG-Verdrag.

Verbod van steunmaatregelen

C.134 Het is allereerst van belang te onderzoeken of de begunstigde een onderneming in de zin van artikel 87 van het EG-Verdrag is.

C.135 Wanneer bijvoorbeeld de raadszaal van een gemeente tegen een zeer geringe vergoeding aan twee regionale rotaryclubs voor de verkoop van kunst ter beschikking wordt gesteld, waarbij de opbrengst deels ten goede komt aan de kunstenaars, is het aannemelijk dat sprake is van een economische activiteit. De twee rotaryclubs kunnen in dit geval als onderneming in de zin van artikel 87 van het EG-Verdrag worden aangemerkt.

C.136 De rotary ontvangt een voordeel, aangezien de raadszaal van de gemeente voor een periode van drie dagen tegen een vergoeding van € 225 ter beschikking wordt gesteld, terwijl het aannemelijk is dat een private verhuurder tegen een hoger tarief zou verhuren. De verhuur is met staatsmiddelen bekostigd en komt slechts de twee rotaryclubs ten goede. Vervolgens kan de vraag worden gesteld of de verhuur de mededinging en het interstatelijk handelsverkeer beïnvloedt.

C.137 Het lijkt aannemelijk dat de verhuur kan worden aangemerkt als de minimis-steun¹⁹¹, zodat de verhuur de mededinging en het interstatelijk handelsverkeer niet nadelig beïnvloedt.

C.138 De verhuur van de raadszaal tegen een zeer geringe vergoeding is derhalve geen steunmaatregel in de zin van artikel 87 van het EG-Verdrag.

190 Beschikking van de Commissie van 29 oktober 2003, PbEG 2003, L 34/63 betreffende de voor Nederland ten uitvoer gelegde steunmaatregelen ten gunste van jachthavens zonder winstoogmerk in Nederland; zie ook beschikking van de Commissie van 7 januari 2000, PbEG 2000, C 40/2 betreffende steun voor "Marina di Stabia SpA" ten behoeve van de aanleg van een jachthaven

191 Verordening 69/2001 van de Commissie van 12 januari 2001 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op de minimis-steun, PbEG 2001, L 10/30

C.139 Wanneer bijvoorbeeld een overheidsbedrijf sportlokalen verhuurt, is sprake van een economische activiteit¹⁹². Het overheidsbedrijf kan in dat geval als onderneming in de zin van artikel 87 van het EG-Verdrag worden aangemerkt.

C.140 Het overheidsbedrijf ontvangt voor de exploitatie een subsidie van € 4,5 miljoen. Voor zover een particulier investeerder onder normale marktomstandigheden deze subsidie eveneens zou verstrekken, is geen sprake van een voordeel. Op basis van de beschikbare informatie kunnen we niet vaststellen of hiervan wel of geen sprake is. Voorshands lijkt het niet aannemelijk dat een private investeerder jaarlijks een subsidie van deze omvang ter beschikking zou stellen. De subsidie is met staatsmiddelen bekostigd en komt slechts het overheidsbedrijf ten goede. Vervolgens kan ook hier de vraag worden gesteld of de subsidie de mededinging en het interstatelijk handelsverkeer beïnvloedt.

C.141 Op basis van de visie van het HvJEG is de subsidie van EUR 4,5 miljoen in staat het interstatelijk handelsverkeer te beïnvloeden. Immers, ook steun aan ondernemingen die lokale of regionale activiteiten uitoefenen kan het interstatelijk handelsverkeer ongunstig beïnvloeden.

C.142 Niettemin kan op basis van de beschikkingenpraktijk van de Commissie beargumenteerd worden dat de subsidie het interstatelijk handelsverkeer niet beïnvloedt, omdat het aannemelijk is dat de betreffende sportlokalen slechts een lokale functie hebben.

C.143 De subsidie voor het overheidsbedrijf voor de exploitatie van sportlokalen vormt in de visie van het HvJEG een steunmaatregel in de zin van artikel 87 van het EG-Verdrag.

Bestuursrechtelijk vangnet en onrechtmatige overheidsdaad

C.144 In dit geval zou eventueel sprake kunnen zijn van strijd met een bijzondere wet of regeling. Daarvan zou sprake kunnen zijn wanneer de gemeente subsidie verleent in strijd met de daarvoor geldende regelgeving. Op grond van artikel 4: 23 Awb mag een gemeente slechts subsidie verstrekken:

- op grond van een wettelijk voorschrift dat regelt voor welke activiteiten subsidie kan worden verstrekt;
- in afwachting van de totstandkoming van een wettelijk voorschrift gedurende ten hoogste een jaar;
- als de subsidie rechtstreeks via een EU-subsidieprogramma wordt verstrekt;
- indien de begroting de subsidie-ontvanger en het bedrag waarop de subsidie ten hoogste kan worden vastgesteld, vermeldt;
- in incidentele gevallen voor ten hoogste vier jaar.

192 Zie bijvoorbeeld de mededeling van de Commissie betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties, PbEG 1997, C 209/3 waarin de Commissie overweegt dat "in [verhuur van gebouwen] eveneens elementen van staatssteun besloten [kunnen] liggen"; zie ook de bijlage bij de ontwerp-mededeling van de Commissie betreffende een nieuw kader voor de beoordeling van steun met beperkte invloed op het intracommunautaire handelsverkeer

C.145 Wanneer in strijd met deze bepaling een subsidie wordt verstrekt, is de subsidieverstrekking onrechtmatig¹⁹³. Dit kan niet zonder meer aan de subsidieontvanger worden tegengeworpen doch alleen wanneer de subsidieontvanger wist of behoorde te weten dat de subsidieverlening onjuist was. Wellicht is de overheid in dat geval wel schadeplichtig jegens derden, in dit geval degenen die financieel nadeel ondervinden van de onrechtmatige subsidieverlening. Zeker is dat echter niet. De bestuursrechtelijke jurisprudentie ten aanzien van het zonder een in de Awb genoemde grondslag verlenen van subsidie is zeer schaars, en beantwoordt de vraag ten aanzien van de onrechtmatigheid ten aanzien van derden in ieder geval niet.

C.146 Of in dit geval in strijd met de subsidiebepalingen in de Awb subsidie wordt verstrekt, kan op basis van de bekende gegevens niet worden vastgesteld.

193 Zie ABRS 18 december 2002, AB 2003, 147, m.nt. NV.

Nevenactiviteiten door Staatsbosbeheer

Beschrijving casus

C.147 Gerelateerde klachten: 30, 191 (de klachten stammen uit respectievelijk 2004 en 1997 maar hebben een identieke strekking)

C.148 SBB verkocht het rondhout in het verleden op stam (nog niet gekapt) aan houthandelaren die het hout (na markering door personeel van SBB) kappen, uit het bos halen en vervolgens verkopen aan de houtverwerkende industrie. Vervolgens is SBB contracten aangegaan met de rondhoutverwerkende industrie, zodanig dat in tijden dat SBB niet in eigen bossen kan kappen, rondhout wordt ingekocht bij andere houtleveranciers. Hierbij treedt SBB ook op als rondhouthandelaar in Duitsland waar SBB betere prijzen kan bieden dan de rondhouthandel.

C.149 De kern van de klacht is dat SBB activiteiten ontplooit die buiten zijn wettelijke kader vallen. Hiermee verstoort SBB mogelijk de markt voor houthandel. Allereerst verdwijnt SBB als grote aanbieder van rondhout (zowel houtkap als verkoop) van de markt. Daarnaast positioneert SBB zich vervolgens als nieuwe, grote inkopende partij op de markt voor rondhout.

Economische analyse

Structuur van de markt

C.150 SBB heeft een groot aandeel in de markt voor rondhout (producenten) in Nederland. SBB heeft over de periode 1995 – 1999 ruim 35 procent van alle naaldhout geleverd en ruim 40 procent van alle loofhout (totaal 37 procent). In het segment 'bosbezit groter dan 5 hectare' heeft SBB een aandeel van ruim 31 procent. Gemeten naar de hoeveelheid bos in eigendom of beheer is Natuurmonumenten de tweede grootste met een marktaandeel van 8 procent. Natuurmonumenten levert echter geen rondhout. De derde grootste is het Kroondomein. Deze partij bezit minder dan 1 procent van de totale markt. De overige bosgebieden groter dan 5 hectare zijn verdeeld over bijna 1.800 eigenaren. De Nederlandse markt kan derhalve worden gekwalificeerd als een markt met een sterke marktleider en volgers¹⁹⁴. Een dergelijke markt wordt gekarakteriseerd door één grote speler die marktleider is en als prijs/hoeveelheidzetter fungeert. In theorie stellen de overige partijen hun prijs en hoeveelheid vast uitgaande van het marktaandeel dat resteert nadat de marktleider zijn marktaandeel heeft geclaimd. Bij een grotere relevante markt dan Nederland, is het marktaandeel van SBB minder groot en kan de marktstructuur zeer wel anders zijn. Het afbakenen van de relevante markt valt buiten de scope van dit onderzoek en is ook niet direct nodig voor de vraag of er sprake is van een verschil in voorwaarden waaronder SBB en haar commerciële concurrenten de markt betreden.

194 Een mogelijke theoretische vorm voor de analyse van een markt met een dergelijke structuur is het "Stackelberg" model. Voor een uitleg van dit model zie S. Martin, *Industrial Organisation*, Oxford University Press.

C.151 Hoewel SBB in Nederland een dominante marktpositie bezit, is het in Europees verband een kleine(re) speler. De relevante spelers op de Europese markt komen met name uit bosrijke landen zoals Duitsland en Frankrijk.

C.152 De markt voor rondhoutkappende ondernemingen bestaat in Nederland naast SBB uit enkele honderden bedrijven. De categorie grootste ondernemingen na SBB, met een minimale omzet van € 450.000, bestaat uit 24 ondernemingen die samen een omzet genereren van € 22,5 miljoen op een totale markt van ruim € 47 miljoen¹⁹⁵.

	Verkoop SBB eigen terreinen	Inkoop SBB bij derden	Totale markt
Hoeveelheid (m3) ¹⁹⁶	310.000	20.000	838.000
Omzet (€ x miljoen) ¹⁹⁷	9,5	1,5	56,9
Omzet per m3	31	75	68

Tabel C.10: overzicht van de rondhoutmarkt en omzet SBB

C.153 De informatie in bovenstaande tabel is samengesteld op basis van een interview met de heer Vriesman, directeur van SBB, gepubliceerd in het NRC Handelsblad van 23 augustus 2004, jaarverslagen van SBB en informatie van de website van het Bosschap¹⁹⁸. De omvang van de totale markt in hoeveelheden is berekend op basis van het door de AVIH geschatte marktaandeel van SBB (37 procent)¹⁹⁹. De totale markt omzet is berekend als de som van de omzet van alle bij het bosschap geregistreerde aannemers²⁰⁰ in het boswerk en de omzet van SBB.

C.154 Opvallend is het verschil in omzet per m3 – en het impliciete prijsverschil – tussen het hout dat uit de bossen van SBB afkomstig is, en hout dat van derden afkomstig is. Voor hout afkomstig uit bossen van derden ontvangt SBB een tarief hoger dan het marktgemiddelde, terwijl SBB voor hout uit eigen bos minder dan marktconforme tarieven ontvangt. Mogelijk wordt dit verschil deels verklaard doordat de omzet uit eigen terrein zowel hout op stam als hout verkocht als sortiment betreft en dat inkoop bij derden meer hout betreft dat als sortiment is ingekocht.

De klacht

C.155 De klacht bestaat uit twee delen. Allereerst de strategiewijziging van SBB waardoor er een volumeverschuiving plaatsvond van een deel van de handel van de rondhouthandel naar SBB. Dit heeft economisch gezien voor de tussenhandel een grote impact gehad. In 2003 is 28 procent op stam verkocht terwijl de overige 62 procent door SBB zelf uit de bossen is gekapt en bij afnemers is afgeleverd. In jaren daarvoor werd het grootste deel van het rondhout van SBB door derden verhandeld.

195 www.bosschap.nl/intro/tabellen/aannemers.html

196 Verslag algemeen overleg vaste kamercommissie LNV met minister 30 september 2004 en NRC 7 september 2004 "Houthandel boos op staatsbosbeheer"

197 NRC Handelsblad 23 augustus 2004 "Natuurbeheer op afstand van minister, maar niet te ver"

198 www.bosschap.nl

199 "Marktverstoring door Staatsbosbeheer" te vinden op www.avih.nl

200 www.bosschap.nl/intro/tabellen/aannemers.htm

C.156 In een artikel in het NRC Handelsblad van 7 september 2004 stelt de heer Boon, voorzitter van de Algemene Vereniging Inlands Hout (AVIH) dat als commerciële partijen de houtkap in de bossen van SBB zouden verzorgen dit een significante winststijging voor SBB zou betekenen omdat commerciële partijen efficiënter zijn dan SBB.

C.157 SBB echter doet de houtkap in eigen bossen zelf en breidt deze dienstverlening ook uit naar derden. Dit kan SBB doen door de volgende mogelijke voordelen die zij heeft ten opzichte van commerciële partijen:

- 1 Inkomsten uit bosbedrijven zijn voor alle partijen vrijgesteld voor inkomstenbelasting, echter, over inkomen uit bijvoorbeeld houtkap betalen commerciële partijen wel belasting en SBB niet, tenzij SBB deze activiteiten uitvoert in een aparte organisatie;
- 2 SBB kan het hout uit eigen bossen halen waardoor zij geen inkoopkosten hoeft te maken. De tussenhandel heeft niet de mogelijkheid van een dergelijke verticale integratie;
- 3 SBB heeft door zijn omvang zowel schaalvoordelen (wat inefficiëntie deels kan opheffen) alsook meer invloed.

C.158 Ten slotte, niet uitgesloten is kruissubsidiëring. Hoewel er geen directe gegevens beschikbaar zijn die dit onderbouwen, geeft het feit dat SBB in eigen bossen tegen hogere kosten opereert dan commerciële partijen maar toch goedkoper in bossen van derden kan opereren een indicatie dat kruissubsidiëring een mogelijke oorzaak is van de lage inschrijftarieven²⁰¹.

C.159 SBB heeft besloten, mede met het oog op de contracten die het gesloten heeft met Essent en Nuon, zich ook als houhandelaar in de markt te begeven. De concurrentie-intensiteit in deze markt is kort daarvoor sterk toegenomen doordat veel tussenhandelaren, die tot dan toe inkochten van SBB, na voornoemde strategiewijziging hun omzet via SBB verloren en als gevolg daarvan samen om een kleinere markt moesten concurreren. SBB besloot vervolgens om ook op deze markt te concurreren. Daarnaast startte SBB handelsactiviteiten op in Duitsland. Zowel in Nederland als in Duitsland zijn klachten ingediend waarin wordt gesteld dat SBB door de voordelen die het heeft, namelijk schaalgrootte, geen vennootschapsbelasting verplichtingen en vaste contracten met afnemers, goedkoper kan afnemen.

Conclusie

C.160 Er zijn aanwijzingen dat SBB zijn positie als Zelfstandig Bestuurs Orgaan gebruikt om te concurreren op markten waar zij met commerciële partijen concurreert. De aanwezigheid van SBB op de markt voor rondhout werkt daardoor mogelijk verstorend.

201 tevens NRC Handelsblad: "Houhandel boos op Staatsbosbeheer", 7 september 2004

C.161 Deze aanwijzingen zijn gebaseerd op achterliggende informatie bij het klachtenbestand en publieke informatie, waaronder een interview met de directeur van SBB in NRC Handelsblad van 23 augustus 2004, jaarverslagen van SBB en informatie van de website van het Bosschap.

Staatsbosbeheer (als kruissubsidie en rooiprijzen worden toegepast)	Structuur	Gedrag	Uitkomst Afnemers	Concurrenten	Overheid	Totaal
Direct effect	Landelijk	Een grote aanbieder extra (37 % van totale markt in eigen bos 4% van de markt door inkoop bij derden), veel kleine(re) aanbieders. Kans op verdringing kleine spelers door grote speler.	SBB heeft door eigen bos en schaalgrootte de mogelijkheid tot kruissubsidiëring tussen verkoop eigen hout en inkoop hout.	Op korte termijn lagere marktprijzen door kruissubsidiëring. Op lange termijn hogere prijzen door uitstoting. Door schaalgrootte van SBB hebben afnemers de mogelijkheid om grote partijen bij één partij in te kopen.	Lagere marges en uittreding bedrijven door onvermogen van bedrijven om met staatsbedrijven te concurreren.	Bij rendabele verkoop extra inkomsten, anders extra kosten.
Indirect effect	Andere sectoren			n.v.t.	Dominante positie van grote speler kan leiden tot lagere marges in keten en omringende sectoren.	n.v.t.
	Andere afnemers			Substitutie mogelijk naar hout bij opwekking van duurzame energie.	n.v.t.	n.v.t.
PM						
Mate van verstoring						Hoog
Omvang gegaggregeerd						Hoog

Tabel C.11

Juridische analyse

C.162 De klachten komen erop neer dat private houtondernemingen (oneerlijke) concurrentie ondervinden van Staatsbosbeheer. Als gevolg van een beleidswijziging besteedt Staatsbosbeheer de kap van 'eigen' hout niet meer volledig uit. Dit zou niet efficiënt zijn. Verder zou Staatsbosbeheer optreden als importeur en groothandelaar van buitenlands hout doordat de door haar geboden prijzen hoger zijn dan die van de private houtondernemingen.

C.163 Deze gedragingen kunnen een inbreuk vormen op artikel 3 lid 6 van de Wet verzelfstandiging Staatsbosbeheer, op artikel 24 van de Mededingingswet²⁰² /artikel 82 van het EG-Verdrag (misbruik van een economische machtspositie) en/of artikel 87 van het EG-Verdrag (verbod op steunmaatregelen). Ter rechtvaardiging zou wellicht een beroep kunnen worden gedaan op de uitzondering voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang.

202 De d-g NMa heeft de AVIH op 24 september 2001 bericht dat een overtreding van artikel 24 van de Mededingingswet niet aannemelijk is

Wet verzelfstandiging Staatsbosbeheer

C.164 Op 1 januari 1998 is Staatsbosbeheer verzelfstandigd²⁰³. Door de verzelfstandiging zou Staatsbosbeheer in staat worden gesteld een beter product te leveren tegen lagere kosten voor de overheid, waarbij benadrukt werd dat Staatsbosbeheer een overheidsinstelling blijft waardoor het publieke belang en de openbare nutsfunctie gehandhaafd wordt en verder wordt versterkt²⁰⁴. Naast de wettelijke taken verricht Staatsbosbeheer eveneens marktactiviteiten²⁰⁵.

C.165 De marktactiviteiten dienen onlosmakelijk verbonden te zijn met de kernactiviteiten van Staatsbosbeheer. De MvT noemt de verkoop van hout, riet en gras als voorbeelden²⁰⁶. Bij het verrichten van de marktactiviteiten streeft Staatsbosbeheer geen winstoogmerk na²⁰⁷. Andere marktactiviteiten (dan de marktactiviteiten die rechtstreeks uit de taakopdracht van artikelen 3 leden 1 en 2 voortvloeien) mogen niet leiden tot concurrentievervalsing en dienen ten minste tegen kostprijs te worden verricht (artikel 3 lid 6). In het licht van de doelstelling van de verzelfstandiging (te weten “het leveren van een beter product tegen lagere kosten voor het Rijk”) verwachtte de wetgever dat het verrichten van marktactiviteiten geen aanleiding tot concurrentievervalsing zou geven, omdat Staatsbosbeheer er in ieder geval naar zou moeten streven om de kostprijs van die marktactiviteiten terug te verdienen²⁰⁸.

C.166 Staatsbosbeheer mag slechts na voorafgaande toestemming van de Raad van Toezicht deze andere marktactiviteiten verrichten (artikel 8 lid 2 aanhef en sub d), waarbij die toestemming pas wordt verleend nadat de Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Voedselkwaliteit daarvoor een verklaring van geen bezwaar heeft afgegeven (artikel 8 lid 3). Bij het afgeven van die verklaring zal de Minister toetsen of aan de voorwaarden van artikel 3 lid 6 is voldaan waarbij hij rekening zal houden met de Aanwijzingen inzake verrichten marktactiviteiten door organisaties binnen de rijksdienst²⁰⁹.

C.167 Indien de marktactiviteiten een zodanige omvang gaan aannemen dat van het drijven van een onderneming sprake is, zal vervolgens worden onderzocht of die onderneming binnen de reikwijdte van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 valt²¹⁰.

C.168 De beslissing de kap meer in eigen beheer uit te voeren betreft de vraag of het de overheid vrijstaat een product of diensten zelf te verzorgen (inbesteden) of door een derde te laten uitvoeren (uitbesteden). Het eindrapport van de Werkgroep markt en overheid gaat ervan uit dat deze keuze de eigen huishouding betreft en derhalve geen zaak van ongelijke concurrentievoorwaarden²¹¹. De

203 Wet verzelfstandiging Staatsbosbeheer, Stb 1997, 514

204 Kamerstukken II 1995-1996, 24 622, nr. 3, p. 2

205 Kamerstukken II 1995-1996, 24 622, nr. 3, p. 29-30

206 Kamerstukken II 1995-1996, 24 622, nr. 3, p. 9

207 Kamerstukken II 1995-1996, 24 622, nr. 3, p. 25

208 Kamerstukken II 1995-1996, 24 622, nr. 3, p. 29-30

209 Kamerstukken II 1995-1996, 24 622, nr. 3, p. 16

210 Kamerstukken II 1995-1996, 24 622, nr. 3, p. 25

211 Eindrapport Werkgroep Markt en Overheid, 20 februari 1997, p. 17

verkoop van gekapt hout kan worden aangemerkt als een activiteit die onlosmakelijk samenhangt met de uitvoering van de wettelijke taak. Op basis van de beschikbare informatie kunnen wij niet nagaan of voor deze activiteit minimaal de kostprijs in rekening is gebracht.

C.169 De importactiviteiten daarentegen lijken niet zonder meer onlosmakelijk verbonden met de uitvoering van de wettelijke taak. Uit de beschikbare informatie kunnen wij niet afleiden of aan de overige voorwaarden van artikel 3 lid 6, alsmede van artikel 8 lid 2 aanhef en sub d en lid 3 is voldaan.

Misbruik van een economische machtspositie

C.170 Voor zover de activiteiten van Staatsbosbeheer voortvloeien uit zijn wettelijke taak, is geen sprake van economische activiteiten. Krachtens artikel 3 lid 1 van de Wet verzelfstandiging Staatsbosbeheer is Staatsbosbeheer -onder meer- belast met het beheer van zijn eigendom. Om die reden is het in eigen beheer uitvoeren van de kap geen economische activiteit.

C.171 De verkoop van gekapt hout, alsmede de importactiviteiten kunnen daarentegen wel als een economische activiteit worden aangemerkt. Voor zover het deze activiteiten betreft, kan Staatsbosbeheer als een onderneming in de zin van het mededingingsrecht worden aangemerkt. De omstandigheid dat Staatsbosbeheer voor bepaalde marktactiviteiten geen winsttoegmerk heeft, is daarbij niet relevant.

C.172 De volgende relevante markten kunnen worden onderscheiden²¹²:

- de mondiale markt voor de import van zachthout;
- de mondiale markt voor de import van hardhout;
- de nationale markt voor de groothandel in zachthout; en
- de nationale markt voor de groothandel in hardhout.

C.173 Daarnaast kan eveneens de markt voor de productie van zachthout worden onderscheiden. Vervolgens dient te worden onderzocht of Staatsbosbeheer een economische machtspositie inneemt.

C.174 Uit de beschrijving van de structuur van de markt volgt dat Staatsbosbeheer op de markt voor de productie van zachthout een dominante positie lijkt te hebben, mede in het licht van de marktaandeelen van de directe concurrenten, zoals Natuurmonumenten en het Kroondomein. Daarbij is tevens relevant dat Natuurmonumenten geen zachthout levert. Een contra-indicatie vormt de omstandigheid dat de markt voor import van zachthout een mondiaal karakter heeft. Op basis hiervan kan worden betoogd dat Staatsbosbeheer concurrentie ondervindt van producenten uit andere landen, zoals bijvoorbeeld de Scandinavische landen. Op die mondiale markt neemt Staatsbosbeheer geen dominante positie in.

212 Zaak 169, besluit van de d-g NMa van 3 december 1999 (HIC inkoopverenigingsverband op het gebied van naaldhout); COMP/M.1996, beschikking van de Commissie van 5 juli 2000 (SCA/Granninge/JV); COMP/M.2473, beschikking van de Commissie van 18 juli 2001 (Finforest/Melven Industrier)

C.170 Verder volgt uit die beschrijving dat Staatsbosbeheer op de nationale markt voor de groothandel in zacht hout evenmin over een dominante machtspositie lijkt te beschikken. Aan de beschikbare informatie kunnen wij geen argumenten ontleen die zouden suggereren dat Staatsbosbeheer niettemin over een economische machtspositie beschikken.

C.171 Concluderend kan gezegd worden, dat Staatsbosbeheer geen inbreuk maakt op artikel 24 van de Mededingingswet.

Verbod van steunmaatregelen

C.172 Hiervoor hebben wij betoogd, dat de verkoop en de import van gekapt hout een economische activiteit betreft en dat Staatsbosbeheer in dat kader als een onderneming kan worden aangemerkt. Voor zover Staatsbosbeheer in dat kader geldmiddelen ontvangt, kan er sprake zijn van een inbreuk op artikel 87 van het EG-Verdrag.

C.173 Van een voordeel is geen sprake indien die geldmiddelen kunnen worden aangemerkt als een compensatie voor het verrichten van een taak van algemeen economisch belang²¹³. Daartoe dient aan een aantal voorwaarden te zijn voldaan, te weten:

- daadwerkelijk belast met een taak van algemeen economisch belang: uit het complex van regelgeving kan worden afgeleid dat Staatsbosbeheer is belast met een taak van algemeen economisch belang²¹⁴;
- objectieve en transparante vaststelling van grondslagen voor compensatie: uit de MvT kan worden afgeleid dat de normkosten (dit zijn de kosten per (sub)doeltype) vooraf worden bepaald²¹⁵ en via een objectieve toetsing aan de hand van een onafhankelijke audit worden vastgesteld²¹⁶. Op basis van de beschikbare informatie kunnen we de grondslag voor de normkosten niet beoordelen;
- geen overcompensatie: uit de MvT kan worden afgeleid dat het toepassen van normkosten ervoor dient te waken dat alleen die geldmiddelen aan Staatsbosbeheer ter beschikking worden gesteld om hem in staat te stellen zijn wettelijke taak uit te kunnen voeren. Een onafhankelijke audit dient dit te waarborgen. Niettemin heeft Staatsbosbeheer een zekere invloed op de vaststelling van de normkosten²¹⁷; en
- voor zover geen openbare aanbestedingsprocedure is gevolgd, dient de compensatie te zijn vastgesteld op basis van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming zou hebben gemaakt: bij gebreke van een aanbestedingsprocedure dient de onafhankelijke audit te waarborgen dat de normkosten in verhouding staat met de daadwerkelijk door Staatsbosbeheer te maken kosten.

213 C-280/00, HvJEG 24 juli 2003, JUR 2003, p. I-7747 (Altmark)

214 Kamerstukken II 1995-1996, 24 622, nr. 3, p. 5

215 Kamerstukken II 1995-1996 24 622, nr. 3, p. 18

216 Kamerstukken II 1995-1996 24 622, nr. 3, p. 19

217 Kamerstukken II 1995-1996 24 622, nr. 3, p. 19

C.174 Ondanks dat de MvT aanwijzingen bevat dat de aan Staatsbosbeheer ter beschikking gestelde geldmiddelen daadwerkelijk als een compensatie voor het verrichten van zijn wettelijke taak kan worden aangemerkt, kunnen wij -vanwege een gebrek aan inzicht- niet uitsluiten dat sprake is van overcompensatie. Om die reden zullen wij verder onderzoeken of de verstrekking van geldmiddelen als een steunmaatregel in de zin van artikel 87 van het EG-Verdrag kan worden aangemerkt.

C.175 De geldmiddelen zijn afkomstig van het Rijk en komen alleen Staatsbosbeheer toe. Aannemelijk is dat daardoor tevens de mededinging, alsmede het interstatelijk handelsverkeer wordt beïnvloed.

C.176 Geconcludeerd kan worden dat een dergelijke verstrekking van geldmiddelen als een steunmaatregel in de zin van artikel 87 van het EG-Verdrag kan worden aangemerkt.

C.177 Heeft dit tot gevolg dat de vervulling van de bijzondere taak wordt verhinderd, dan is de steunmaatregel wellicht op grond van artikel 86 lid 2 van het EG-Verdrag gerechtvaardigd. Een beroep op de uitzondering van artikel 86 lid 2 van het EG-Verdrag baat echter niet, wanneer er sprake is van overcompensatie, omdat dit niet als noodzakelijk kan worden beschouwd om Staatsbosbeheer haar bijzondere taak te laten vervullen²¹⁸. Van overcompensatie is sprake wanneer de vergoeding groter is dan de kosten vermeerderd met een redelijk winstpercentage²¹⁹. Op basis van de beschikbare informatie kunnen wij niet beoordelen of er sprake is van een dergelijke overcompensatie.

Gescheiden boekhouding

C.178 Hiervoor hebben we geconcludeerd dat Staatsbosbeheer is belast met een taak van algemeen economisch belang. Voor zover Staatsbosbeheer naast haar wettelijke taak andere activiteiten verricht, is zij verplicht een gescheiden boekhouding te voeren (artikel 25b van de Mededingingswet). Geen van de uitzonderingsgronden doet zich voor, zodat Staatsbosbeheer daadwerkelijk een gescheiden boekhouding dient te voeren.

Bestuursrechtelijk vangnet

C.179 De Wet verzelfstandiging Staatsbosbeheer bevat geen bepalingen omtrent bestuursrechtelijke handhaving. De Minister van LNV heeft geen bevoegdheid om bestuurlijke sancties, zoals een dwangsom of bestuursdwang op te leggen. Aangezien de bevoegdheid om bestuurlijke sancties op te leggen op rijksniveau altijd in bijzondere wetgeving dient te zijn verankerd, is de Minister in dit geval niet bevoegd om handhavend op te treden. Wel kent artikel 24 de Minister de bevoegdheid toe om, indien Staatsbosbeheer zijn taken, voortvloeiend uit artikel 3, eerste en tweede lid, naar het oordeel van Onze Minister verwaarloost, al die maatregelen nemen die hij met het oog op de continuïteit van de werkzaamheden of beperking van de schade noodzakelijk acht. Onze Minister doet hiervan terstond mededeling aan de Staten-Generaal.

218 C-53/00, reeds aangehaald, ro 32

219 C-53/00, HvJEG 22 november 2001, JUR 2001, p. I-9067, ro 29 (Ferring)

Een klagende ondernemer komt hier echter niet ver mee, omdat taakverwaarlozing iets anders is dan het verrichten van activiteiten waardoor bijvoorbeeld concurrentievervalsing ontstaat.

C.180 Nu een overtreding van de Wet verzelfstandiging Staatsbosbeheer ook geen economisch delict is, rest voor een klagende ondernemer alleen de civielrechtelijke weg.

Onrechtmatige daad

C.181 Op grond van artikel 3, lid 6 Wet verzelfstandiging Staatsbosbeheer kan Staatsbosbeheer andere werkzaamheden uitvoeren dan die welke rechtstreeks voortvloeien uit de in het eerste lid, onderscheidenlijk tweede lid, bedoelde taken, mits die werkzaamheden samenhangen met de bij het eerste respectievelijk krachtens het tweede lid aan Staatsbosbeheer opgedragen taken, deze werkzaamheden niet leiden tot concurrentievervalsing ten opzichte van private aanbieders van vergelijkbare diensten, en de activiteiten tegen tenminste kostendekkende prijzen worden verricht. Wanneer Staatsbosbeheer in strijd met deze bepaling handelt, is sprake van handelen in strijd met een wettelijke bepaling, hetgeen op grond van artikel 6:162 lid 2 BW in beginsel onrechtmatig is. Wanneer sprake is van concurrentievervalsing dan wel geen kostendekkende prijzen worden gevraagd, en een klagende ondernemer zich op de zelfde markt begeeft als Staatsbosbeheer, zal ook al snel worden voldaan aan het relativiteitsvereiste.

C.182 De vraag is echter of ook sprake is van een onrechtmatige daad in die gevallen waarin niet wordt gehandeld in strijd met de Wet verzelfstandiging Staatsbosbeheer of een andere wettelijk bepaling, maar desondanks wordt voldaan aan de criteria uit het Artiestenarrest. Niet duidelijk is of de bepalingen van het Artiestenarrest ook van toepassing zijn op een ZBO, zoals Staatsbosbeheer. Daarbij komt dat de Wet verzelfstandiging Staatsbosbeheer de betrokken activiteiten expliciet toestaat. Wij zijn dan ook van mening dat Staatsbosbeheer door het verrichten van commerciële activiteiten, wanneer daarmee niet wordt gehandeld in strijd met artikel 3, lid 6 Wet verzelfstandiging Staatsbosbeheer, niet snel sprake zal zijn van een onrechtmatige daad van Staatsbosbeheer.

Concurrentie tussen commerciële en gemeentelijke afvalinzameling

Beschrijving casus

C.183 Gerelateerde klachten: 31, 189, 193, 195, 196, 197, 198, 333, 370.

C.184 Betreft klachten van commerciële afvalverwijderingsbedrijven over oneerlijke concurrentie door overheidsinstellingen. De commerciële bedrijven worden vanuit hun optiek tegengewerkt door gemeentelijke afvalbedrijven. Deze tegenwerking vloeit in de optiek van de klagers voort uit het feit dat gemeenten de eigen afvalverwijdering op deze manier kunnen steunen. In het klachtenbestand zijn de volgende klachten gevonden:

- Gemeenten beschermen de markt van het eigen inzamelingsbedrijf door geen inzamelvergunning af te geven aan andere partijen.
- Gemeentelijke afvalinzamelaars krijgen korting bij gebruik van stortplaatsen in overheidshanden.
- Gemeenten gunnen de afvalverwijdering aan een bedrijf maar zetten vervolgens ook activiteiten op die concurreren met de functie van de huisvuilophaaldienst, zoals afvalstraten, ophalen van oud papier en het oprichten van bewerkingscentra voor diverse deelstromen.
- Gemeenten richten zich op het verzamelen van bedrijfsafval ondanks het feit dat bedrijfsafval van oudsher door commerciële partijen wordt opgehaald. Op deze manier richt een overheidsinstelling zich op een activiteit die al door marktpartijen wordt uitgevoerd. Er wordt geklaagd dat winsten behaald bij het beschermde deel van de activiteiten wordt ingezet om op de commerciële markt marktaandeel in te kopen.
- Gemeenten worden geadviseerd door gemeentelijk afvalverwijderingsbedrijven. De beleidslijn die gevolgd wordt maakt het, onder andere door bepalingen ten aanzien van afvalcontainers, onmogelijk voor commerciële partijen om in de bewuste stad marktaandeel te veroveren.
- In het verleden werd ook altijd genoemd het niet VPB-plichtig zijn van overheidsbedrijven. Met de komst van het WTB-compensatiefonds is de concurrentie belemmerende factor belastingen niet meer relevant.

Economische analyse

Beschrijving van de markt

C.185 De markt voor de verzameling van afval, huisvuil of bedrijfsafval kent karakteristieken van een markt met volledige mededinging. Op deze markt zijn ongeveer 500 partijen actief.²²⁰ Daarmee ligt het voor de hand dat geen enkele partij marktmacht bezit waarmee invloed uitgeoefend kan worden op prijs of op de aangeboden hoeveelheid. De 5 grootste bedrijven in de sector bezitten een marktaandeel van 40 procent. De 10 daaropvolgende bedrijven hebben samen een marktaandeel van 30 procent. De overige 30 procent is verdeeld over ongeveer 500 partijen. Onder de grotere partijen behoren commerciële bedrijven als Sita Nederland, Van Ganswinkel en Shanks en overheidspartijen als AVR, Essent Milieu, en de Midwaste Groep.

220 Afval Overleg Orgaan, De afvalmarkt: Nederland en omliggende landen AOO 2003-04, januari 2003.

C.186 De totale markt voor afvalverwijdering bedroeg in 2000 € 4,6 miljard. De Nederlandse afvalmarkt maakt een constante groei door omdat het aantal huishoudens stijgt en omdat de prijs van afvalverzameling stijgt. Van oudsher leggen gemeentelijke bedrijven zich toe op huishoudelijk afval en gevaarlijk afval. Bij commerciële bedrijven ligt de nadruk juist op bedrijfsafval en bouw- en sloopafval.

C.187 Er vindt in de afvalverzameling een langzame verschuiving plaats van de eigen gemeentelijke diensten naar samenwerkingsverbanden van meerdere voormalige gemeentelijke diensten. Een voorbeeld van een dergelijk samenwerkingsverband is de Midwaste groep.

Inzamelende instantie	Inzamelende instanties van huishoudelijk afval (aantal gemeente in %)	
	1999	2003
Gemeentelijke dienst	30%	22%
Burgemeente	5%	3%
Samenwerkingsverband	15%	20%
Overheids BV/NV	13%	18%
PPS (gemengd)	0%	3%
Commercieel	36%	35%

Tabel C.12: marktaandeel inzamelende instanties door de tijd²²¹

C.188 In bovenstaande tabel zijn de afvalinzamelende instanties verdeeld op basis van het aantal gemeenten waarin zij actief zijn. Indien deze verdeling geschiedt op basis van het aantal huishoudens, dan hebben de gemeentelijke diensten een groter marktaandeel en de bedrijven uit commerciële sector een kleiner marktaandeel. Met name kleine(re) gemeenten besteden het ophalen van afval uit terwijl grote(re) gemeenten dit veelal zelf doen. Dit kan worden verklaard door schaalvoordelen die zijn te behalen in de afvalverzameling in grote(re) gemeenten.

Kostenstructuur van diverse aanbieders

C.189 Ten behoeve van de vraag in hoeverre uit de cijfers van de diverse partijen is af te leiden of er sprake zou kunnen zijn van ondersteuning door overheden – bijvoorbeeld door hogere bedragen te betalen aan de eigen gemeentelijke dienst – zijn drie partijen vergeleken: Avalex, een overheidsgedomineerde onderneming van 2 gemeenten, Midwaste, een samenwerking van 6 overheidsgestuurde bedrijven en Sita Nederland een onderdeel van de internationaal opererende Sita Groep.

221 Bron: Afval Overleg Orgaan, De afvalmarkt: Structuur en ontwikkelingen AOO 2000-02, maart 2000 en Afval Overleg Orgaan, De afvalmarkt: ontwikkelingen 2003, april 2004

	Avalex	Midwaste	Sita Nederland
Omzet (€ x 1 miljoen)	13	159	488
Hoeveelheid afval (1.000 ton)	68	720	2.300
Omzet (euro) per ton afval	190	221	212
Aantal werknemers	87	979	3.071
Omzet (euro) per werknemer	150.000	160.000	160.000

Tabel C.13: vergelijking Avalex, Midwaste en Sita Nederland

C.190 Uit de tabel blijkt dat Midwaste en Sita Nederland een sterke overeenkomst vertonen op het gebied van omzet per ton verwerkt afval en omzet per werknemer. Avalex komt voor de berekende kengetallen iets lager uit. Het kleine verschil in omzet per ton wijst er op dat de prijs voor afvalverwijdering en verwerking wordt bepaald op de markt. Individuele partijen beschikken niet over voldoende marktmacht om hogere prijzen af te dwingen. De omzet per werknemer duidt er op dat de ondernemingen op het gebied van efficiëntie weinig verschillen. Voorgaande berekeningen geven geen aanwijzingen dat overheidsondernemingen steun van gemeenten ontvangen. Er is dan ook geen directe aanwijzing dat er een M&O-probleem bestaat in de markt voor afvalverwijdering.

Economische analyse: conclusie

C.191 Hoewel in bovenstaand rekenvoorbeeld geen duidelijke aanwijzingen zijn gevonden dat overheden financiële voordelen verstrekken aan eigen afvalverwijderaars, kan op basis van uitsluitend dit onderzoek niet worden vastgesteld of en in hoeverre bevoordeling van gemeentelijke afvalverwijderaars plaatsvindt. Zo is het mogelijk dat vergunningen zonder reden worden onthouden of dat kruissubsidiëring plaatsvindt tussen bijvoorbeeld de gemeentelijke reinigingsdiensten en de afvalverwijdering.

Afvalinzameling		Structuur	Gedrag	Uitkomst Consumenten	Bedrijven	Overheid	Totaal
Direct effect	Lokaal	Meer aanbieders.	Meer aanbieders leidt tot meer concurrentie.	Mogelijk lagere tarieven.	Door scherpere concurrentie zijn bedrijven gedwongen efficiënter te werken.	n.v.t.	Positief: meer concurrentie.
	Geaggregeerd	Idem	Idem	Idem	Idem	n.v.t.	Positief: meer concurrentie.
Indirect effect	Andere sectoren			n.v.t.	n.v.t.	n.v.t.	
	Andere afnemers			n.v.t.	n.v.t.	n.v.t.	
PM				n.v.t.	n.v.t.	n.v.t.	
Mate van verstoring							Laag
Omvang geaggregeerd							Laag

Tabel C.14

Juridische analyse

C.192 De diverse klachten komen erop neer dat private afvalinzamelaars (oneerlijke) concurrentie ondervinden van gemeentelijke reinigingsdienst. Gemeenten hebben op basis van artikel 10.21 van de Wet Milieubeheer een zorgplicht voor de inzameling van huishoudelijke afval. Volgens de klachten zouden de gemeenten hun 'eigen' reinigingsdienst bevoordelen zodat deze daardoor in staat zijn activiteiten buiten hun gemeente te ontplooiën. De klachten variëren van functievermenging²²², kruissubsidiëring en staatssteun.

C.193 Deze gedragingen kunnen een inbreuk vormen op artikel 24 van de Mededingingswet /artikel 82 van het EG-Verdrag (misbruik van een economische machtspositie) en/of artikel 87 van het EG-Verdrag (verbod op steunmaatregelen). Ter rechtvaardiging zou wellicht een beroep kunnen worden gedaan op de uitzondering voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang.

Misbruik van economische machtspositie

C.194 Het inzamelen van huishoudelijk en bedrijfsafval is een economische activiteit. Voor zover de gemeentelijk reinigingsdienst dergelijke activiteiten uitoefent, kan deze als een onderneming in de zin van artikel 24 van de Mededingingswet worden aangemerkt²²³.

C.195 Voor afvalinzameling kunnen de volgende relevante markten worden onderscheiden:

- de nationale markt voor inzameling van niet-gevaarlijk huishoudelijk afval;
- de nationale markt voor inzameling van gevaarlijk huishoudelijk afval;
- de nationale markt voor inzameling van niet-gevaarlijk bedrijfsafval; en
- de nationale markt voor inzameling van gevaarlijk bedrijfsafval²²⁴.

C.196 Voor zover aan een (gemeentelijke) reinigingsdienst een exclusief recht op de inzameling van huishoudelijk afval is toegekend, dient de geografisch markt onder die omstandigheden beperkt te worden tot het gebied waarvoor het exclusieve recht is toegekend²²⁵.

C.197 Vervolgens dient te worden vastgesteld of de gemeentelijke reinigingsdiensten op deze geïdentificeerde markten een economische machtspositie innemen. Krachtens artikel 10.21 van de Wet milieubeheer rust op de gemeente de zorgplicht om huishoudelijk afval in te zamelen. Veelal gunt een gemeente via een openbare aanbesteding het contract voor inzameling van het huishoudelijk afval. Daarmee is die inzamelaar de enige die het huishoudelijk afval op het grondgebied van de betreffende gemeente mag inzamelen. Om die

222 Notitie "Oneerlijke concurrentie in de afvalbranche", Vereniging Afvalbedrijven, januari 2005

223 Hiervan dient de organisatie van de inzameling en eindverwerking van huishoudelijk afval te worden onderscheiden. Gezien de wettelijke context dienen deze activiteiten als een typische overheidstaak te worden beschouwd (zaak 1946, besluit van de d-g NMa van 24 maart 2002, nr's 26-33 (Stivam)). Bij het vaststellen van de hoogte van de afvalstoffenheffing handelt de gemeente dan ook niet als onderneming.

224 Z zaak 1004, besluit van de d-g NMa van 28 oktober 1998 (PNEM/MEGA - Van Gansewinkel)

225 Zie bijvoorbeeld C-209/98, HvJEG 23 mei 2000, JUR 2000, p. I-3743, ro 62 en 63 (Sydhavnens)

reden beschikt de betreffende inzamelaar over een exclusief recht in de zin van artikel 86 lid 1 van het EG-Verdrag²²⁶. Voor zover het grondgebied van de gemeente als een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke/Nederlandse markt kan worden aangemerkt, beschikt de betreffende inzamelaar over een economische machtspositie²²⁷.

C.198 De omstandigheid dat aan een inzamelaar een exclusief recht is toegekend, brengt niet met zich dat sprake is van misbruik. Hierbij dient vervolgens onderscheid te worden gemaakt tussen de gedragingen van de gemeente en die van de inzamelaar.

C.199 Een gemeente handelt evenwel in strijd met het EG-Verdrag (artikel 86 lid 1 juncto 82) wanneer haar gedragingen ertoe leiden dat de exclusief rechthebbende een duidelijk voordeel ten opzichte van haar concurrenten geniet. Deze handelwijze is in strijd met het beginsel van gelijke kansen voor marktdeelnemers. Artikel 86 lid 2 van het EG-Verdrag vormt voor dergelijke gedragingen geen rechtvaardiging²²⁸. Hiervan lijkt sprake te zijn wanneer een gemeente de exclusief rechthebbende direct betreft bij de besluitvorming over de afvalproblematiek, zoals bijvoorbeeld het verlenen van vergunningen, en een maatregel treft die de concurrenten van de exclusief rechthebbende verplicht de door deze gestelde normen voor afvalcontainers na te leven.

C.200 De exclusief rechthebbende kan in strijd met artikel 24 van de Mededingingswet/82 van het EG-Verdrag handelen wanneer hij de inkomsten uit de activiteiten op de voorbehouden markt aanwendt om op niet-voorbehouden markten activiteiten te kunnen verrichten. Hiervan is sprake wanneer de exclusief rechthebbende zijn activiteiten aanbiedt tegen een prijs die lager is dan de gemiddelde variabele kosten of -voor zover deze prijs hoger is dan de variabele kosten- lager is dan de gemiddelde totale kosten en deze handelwijze bovendien deel uitmaakt van een plan om concurrenten uit de markt te drukken. Op basis van de beschikbare informatie kunnen we niet beoordelen of hiervan sprake is.

Verbod van steunmaatregelen

C.201 Hiervoor hebben wij betoogd, dat het inzamelen van afval een economische activiteit betreft en dat de gemeentelijke reinigingsdienst in dat kader als een onderneming kan worden aangemerkt. Voor zover een gemeentelijke reinigingsdienst in dat kader een subsidie²²⁹ ontvangt, kan er sprake zijn van een inbreuk op artikel 87 van het EG-Verdrag.

226 Zie bijvoorbeeld C-203/96, HvJEG 25 juni 1998, JUR 1998, p. I-4075, ro 58 (Dusseldorp); de omstandigheid dat het contract aan verschillende inzamelaars zou zijn toegekend, lijkt hieraan niet af te doen (zie C-209/98, reeds aangehaald, ro 53 en 54)

227 C-260/89, HvJEG 18 juni 1991, JUR 1991, p. I-2925, ro 31 (ERT)

228 C-18/88, HvJEG 13 december 1991, JUR 1991, p. I-5941 (GB-INNO-BM)

229 Zoals bijvoorbeeld een korting voor het gebruik van gemeentelijke stortplaatsen voor gemeentelijke afvalinzamelaars

C.202 Van een voordeel is geen sprake indien de subsidie kan worden aangemerkt als een compensatie voor het verrichten van een taak van algemeen economisch belang²³⁰. Daartoe dient aan een aantal voorwaarden te zijn voldaan, te weten:

- daadwerkelijk belast met een taak van algemeen economisch belang: uit het complex van regelgeving kan worden afgeleid dat het inzamelen van huishoudelijk afval als een taak van algemeen economisch belang kan worden aangemerkt²³¹;
- objectieve en transparante vaststelling van grondslagen voor compensatie: op basis van de beschikbare informatie kunnen wij dit niet beoordelen;
- geen overcompensatie: op basis van de beschikbare informatie kunnen wij dit evenmin beoordelen; en
- voor zover geen openbare aanbestedingsprocedure is gevolgd, dient de compensatie te zijn vastgesteld op basis van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming zou hebben gemaakt: op basis van de beschikbare informatie kunnen wij dit evenmin beoordelen.

C.203 Aangezien we over te weinig informatie beschikken om vast te kunnen stellen of aan de Altmark-criteria is voldaan en dus geen sprake zou zijn van een voordeel, zullen wij verder onderzoeken of de subsidie als een steunmaatregel in de zin van artikel 87 van het EG-Verdrag kan worden aangemerkt.

C.204 De subsidie is afkomstig van de gemeente en komt alleen de gemeentelijke reinigingsdienst toe. Aannemelijk is dat daardoor tevens de mededinging tussen de inzamelaars, alsmede het interstatelijk handelsverkeer wordt beïnvloed.

C.205 Geconcludeerd kan worden dat een dergelijke subsidie als een steunmaatregel in de zin van artikel 87 van het EG-Verdrag kan worden aangemerkt.

C.206 Heeft dit tot gevolg dat de vervulling van de bijzondere taak wordt verhinderd, dan is de steunmaatregel wellicht op grond van artikel 86 lid 2 van het EG-Verdrag gerechtvaardigd. Een beroep op de uitzondering van artikel 86 lid 2 van het EG-Verdrag baat echter niet, wanneer er sprake is van overcompensatie, omdat dit niet als noodzakelijk kan worden beschouwd om de gemeentelijke reinigingsdienst haar bijzondere taak te laten vervullen²³². Van overcompensatie is sprake wanneer de vergoeding groter is dan de kosten vermeerderd met een redelijk winstpercentage²³³. Op basis van de beschikbare informatie kunnen wij niet beoordelen of er sprake is van een dergelijke overcompensatie.

230 C-280/00, HvJEG 24 juli 2003, JUR 2003, p. I-7747 (Altmark)

231 C-209/98, reeds aangehaald, ro 75 en 76; zaak 294, besluit van de d-g NMa van 19 december 2000, nr's 67-72 (Ontheffingsverzoek Gedragscode Herstructurering)

232 C-53/00, reeds aangehaald, ro 32

233 C-53/00, HvJEG 22 november 2001, JUR 2001, p. I-9067, ro 29 (Ferring)

Gescheiden boekhouding

C.207 Hiervoor hebben we geconcludeerd dat de gemeentelijke reinigingsdienst is belast met een taak van algemeen economisch belang, alsmede dat aan haar een uitsluitend recht is verleend. Voor zover een dergelijke dienst naast haar wettelijke taak andere activiteiten verricht, is zij verplicht een gescheiden boekhouding te voeren (artikel 25b van de Mededingingswet). Gezien het algemene karakter van de casus kunnen wij niet beoordelen of zich één van de uitzonderingsgronden ten aanzien van iedere gemeentelijke reinigingdienst voordoet.

Bestuursrechtelijk vangnet

C.208 Of sprake is van een “bestuursrechtelijk vangnet”, valt of staat met het antwoord op de vraag of bijvoorbeeld het aanwijzen van degene die belast zal zijn met het inzamelen van het huishoudelijk afval en het verstrekken van korting voor het gebruik van gemeentelijke stortplaatsen, in overeenstemming is met de toepasselijke wet- en regelgeving, in dit geval waarschijnlijk vooral gemeentelijke regelingen. Wanneer dit niet het geval is, kan een concurrent die als belanghebbende wordt aangemerkt, bezwaar en beroep instellen tegen een daartoe strekkend besluit van de gemeente. Bedrijven klagen onder andere over het feit dat gemeenten geen inzamelvergunning voor het inzamelen van huishoudelijk afval geven aan andere partijen. Op basis van de bepalingen in hoofdstuk 10 Wm en de bepalingen in veel gemeentelijke afvalstoffenverordeningen, lijkt die verplichting echter ook niet te bestaan.

Onrechtmatige overheidsdaad

C.209 Het enkele feit dat de gemeente zich op de markt voor bedrijfsafval begeeft, is niet onrechtmatig. Dit kan worden afgeleid uit het Artiestenarrest van de Hoge raad. Dit kan echter wel onrechtmatig zijn wanneer dit leidt tot concurrentievervalsing. Daarvoor zij verwezen naar het arrest van het Hof Amsterdam van 18 februari 1999²³⁴. In dit arrest heeft het Hof uitgemaakt dat concurrentievervalsing door het Hof onrechtmatig is wanneer de overheid in vergelijking tot andere (private) ondernemers op de desbetreffende markt een belangrijke voorsprong heeft doordat zij als overheid voordelen geniet die andere (private) mededingers op de markt moeten ontberen. Daarbij gaat het om een belangrijke voorsprong in concreto en niet om een voorsprong die slechts van hypothetische aard is. Ten aanzien van het aspect van de vennootschapsbelasting betekent dit dat het erom gaat of de opbrengst van de activiteiten van de gemeentelijke onderneming al dan niet feitelijk zijn onderworpen aan vennootschapsbelasting en voorts of, indien dat niet het geval is, de gemeente daardoor in concreto voordelen geniet die andere mededingers op de markt ontberen. Denkbaar is dat zodanige concurrentievervalsing niettemin niet onrechtmatig is omdat de marktactiviteiten van het orgaan een rechtvaardiging vinden in het publiek belang en de wijze van concurrentie opweegt tegen het belang van het vervullen door de overheid van die taak. Of daar in dit geval sprake van is, kunnen wij niet beoordelen.

234 Hof Amsterdam 18 februari 1999, NJ 2000, 592.

Gegevensverstrekking door de overheid

Beschrijving casus

C.210 Gerelateerde klachten: 22, 24, 51, 92, 154, 158, 245, 296, 4N

C.211 De volgende klachten geven een goed beeld van de gerelateerde klachten in het klachtenbestand:

- De Adviesdienst Verkeer & Vervoer (AVV) wil het Nationaal Wegen Bestand (NWB) als Authentieke Registratie (AR) aanmerken. Om dit te realiseren is de AVV in eigen beheer overgegaan tot het ontwikkelen van een eigen bestand, de Grootschalige Basiskaart Nederland (GBKN). Dit houdt onder andere in het updaten van diverse oude(re) overheidsbestanden in. Private partijen als Tele Atlas, Navigation Technologies en Falkplan-Andes stellen dat deze gegevensverzameling door private partijen zou kunnen worden uitgevoerd en dat veel van de benodigde gegevens al bij private partijen aanwezig zijn. Mocht AVV de NWB voor alle overheden gratis of tegen sterk gereduceerd tarief aanbieden dan betekent dit voor de private partijen een sterke daling van de waarde van de door deze private partijen verzamelde gegevens.
- De VerkeersinformatieDienst (VID) eist dat het Ministerie van Verkeer en Waterstaat stopt met het via een website leveren van informatie over “werk aan de weg”. Ook is het ministerie voornemens om andere services aan te bieden om weggebruikers te assisteren vertragingen zoveel mogelijk te vermijden, bijvoorbeeld door het versturen van informatie via sms.
- Het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) levert het statistische softwarepakket Blaise tegen minder dan de integrale kostprijs (afbraakprijs volgens klager). Een producent van gelijksoortige producten (SuperCollect) klaagt dat het CBS hiermee buiten zijn bevoegdheden uit hoofde van de Wet op het CBS treedt.
- Overheidsinstelling start publicatie van octrooiscaan. Dit product heeft grote overlap met het product dat klager al 50 jaren aanbiedt.

C.212 Kern van voornoemde klachten is dat een product of dienst dat door private partijen wordt aangeboden, ook door overheden wordt aangeboden. Het bewuste overheidsonderdeel heeft het product of de dienst ontwikkeld voor eigen gebruik, bijvoorbeeld om haar wettelijke taak uit te kunnen voeren.

C.213 Dit betekent voor private partijen een extra concurrent-aanbieder, of in het geval van het NWB een verkleining van de markt omdat overheidsinstellingen zich als vragende partij terugtrekken. In het vervolg van deze klachtenbeschrijving wordt dieper ingegaan op de eerste klacht: het verbeteren van het GBKN om Authentieke Registratie te kunnen worden.

Economische analyse

Het GBKN

C.214 De stichting Gemeenschappelijk Basiskaart Nederland is een samenwerkingsverband van partijen die voor het uitvoeren van hun (veelal wettelijke) taken dienen te beschikken over zeer gedetailleerde geografische informatie. Leden zijn onder andere samenwerkingsverbanden van gemeenten, waterschappen, het Kadaster, nutsbedrijven en KPN. Deze partijen gebruiken de producten van GBKN als basis en projecteren daarop hun eigen kaarten.

C.215 De kosten om het GBKN te operationaliseren bedragen een initiële investering van ongeveer € 250 miljoen. De kosten om het systeem up-to-date te houden, bedragen jaarlijks ongeveer € 21 miljoen. Deze bedragen zijn voor 90 procent gefinancierd door overheidsinstellingen (gemeenten 30%, Kadaster 20%, waterschappen 4%, provincies 4%, rijk 8%). De overige 10 procent is door nutsbedrijven gefinancierd.

C.216 Het GBKN is (nog) niet officieel benoemd tot Authentieke Registratie maar de intentie is om dat wel te worden²³⁵. Als de stichting tot Authentieke Registratie wordt benoemd zijn alle overheidsinstellingen in Nederland verplicht gebruik te maken van het GBKN voor alle geografische zaken²³⁶. Dit zou voor alle private partijen die geografische informatie leveren, betekenen dat hun afzetmarkt aanzienlijk wordt verkleind.

Beschrijving van de markt

C.217 De markt voor verzameling van cartografische informatie bestaat in Nederland uit drie (of vier) commerciële partijen. De bij de onderzoekers bekende partijen zijn:

Naam	Omzet (2002) € x 1 miljoen	Werkgebied	Onderzoekskosten
Falkplan -Andes	10*	Lokaal (rest Europa via samenwerking)	Onbekend
Navigation Technologies (Navteq)	119	Wereldwijd	€ 30 – 50 miljoen per jaar (wereldwijd)
Tele Atlas	78	Wereldwijd	Geactiveerd € 180 miljoen wereldwijd (per jaar € 60 miljoen)

* Voor de fusie van Wegener Falkplan en Andes had Falkplan een omzet van ongeveer € 7 miljoen (bron: De Financiële Telegraaf) en Andes € 3 miljoen.

Tabel C.15

235 LSV GBKN jaarverslag 2003, blz. 8.

236 Onderzoeksrapport: "Op weg naar de status van Authentieke Registratie voor de GBKN", 22 juni 2002. Te vinden op de website van stichting GBKN, www.gbkn.nl.

C.218 De markt voor cartografische informatie is met de komst van de routeplanners in auto's en het gebruik van cartografische informatie in onder andere marketingtoepassingen een sterk groeiende markt. Voor ondernemingen als Navteq en Tele Atlas wordt de groei voor de komende jaren geschat op 30 – 50 procent²³⁷.

C.219 Voorafgaande tabel geeft een inschatting van de ontwikkelingskosten die Navteq en Teleatlas hebben gemaakt om hun bestanden te realiseren. Tele Atlas heeft voor de ontwikkeling van zijn database € 180 miljoen aan ontwikkelingskosten geactiveerd. Per jaar wordt € 40 – 45 miljoen daarvan afgeschreven. De kosten van Navteq zijn € 30 – 50 miljoen per jaar. Tele Atlas heeft in 1998 geschat dat het digitaal in kaart brengen van heel West-Europa ongeveer € 136 miljoen zou kosten²³⁸. Dat is in een gebied met ongeveer 320 miljoen inwoners, gecorrigeerd voor inflatie, ongeveer € 0,50 per inwoner.

C.220 Omgerekend voor Nederland zou dit betekenen dat Nederland digitaal in kaart brengen ongeveer € 8 miljoen kost. Nederland is door voornoemde commerciële bedrijven al in kaart gebracht. Voor Nederland hoeven nog slechts de aanpassingen (nieuwe wegen e.d.) te worden verwerkt. Dit geeft echter wel een indicatie van de omvang van de ontwikkelingskosten die private partijen hebben moeten maken om het huidige kennis- en expertiseniveau te bereiken. Dit kennis- en expertiseniveau is van cruciaal belang om het huidige productenaanbod te realiseren.

Mogelijk probleem Markt en Overheid

C.221 Bovengenoemde bedrijven behalen hun omzet in twee deelsectoren, te weten:

- Verkoop van software voor navigatiesystemen in auto's e.d. (Navteq en Tele Atlas);
- Verkoop / levering van geografische gegevens aan organisaties als ANWB, KPN, nutsbedrijven, overheden, politiediensten en TPG Post.

C.222 Het nationaal wegenbestand concurreert met de tweede deelsector. Om in de eerste sector te kunnen concurreren is naast cartografische informatie ook besturingssoftware e.d. benodigd. Het ontwikkelen van dergelijke software is een zeer kostbare activiteit. Dit maakt het onwaarschijnlijk dat GBKN zich ook op de markt voor navigatiesystemen zal begeven. Wel is het voor GBKN mogelijk om bijvoorbeeld de periodieke mutaties door te geven aan producenten van navigatiesystemen. Recentelijk is het GBKN ook overgegaan op het aanbieden van diensten aan derden. De stichting biedt op haar website de mogelijkheid om, tegen een financiële vergoeding, van een bepaald gebied een basiskaart te ontvangen. Ook heeft de stichting de intentie uitgesproken om zich op de markt voor routeplanners (op internet) te begeven.

237 Researchrapport Tele Atlas door Fortis Bank 10-11-2004 en researchrapport Navteq door Credit Suisse First Boston 20-9-2004.

238 Bron: de financiële Telegraaf, 19-1-1998, Tele Atlas introduceert navigatiesysteem VW Golf Leverancier elektronische wegenkaart groeit als kool.

C.223 Binnen deze tweede deelsector zijn er twee mogelijke activiteiten van de stichting die tot M&O-problemen kunnen leiden.

- De overheid stelt het GBKN aan als Authentieke Registratie en verkleint daardoor voor private partijen de afzetmarkt;
- Het GBKN begeeft zich op de markt voor topografische producten zoals kaarten en routeplanners en kan opereren tegen lagere (operationele en financierings) kosten dan private aanbieders.

In het vervolg van deze klachtenanalyse zullen deze twee mogelijkheden worden onderzocht.

GBKN wordt een Authentieke Registratie

C.224 Als het GBKN een AR wordt, betekent dit feitelijk dat de overheid de markt voor topografische producten in Nederland verkleint omdat een deel van de afnemers verplicht is haar producten af te nemen bij het GBKN.

Falkplan-Andes stelt op haar website dat zij overheden tot haar klantenkring rekent. Deze omzet zal zij verliezen. Hoe groot dit verlies is, is met de aan de onderzoekers ter beschikking staande gegevens niet te bepalen omdat geen verdeling van de omzet van voornoemde commerciële partijen naar afnemer beschikbaar is.

C.225 In het jaarverslag 2003 van GBKN wordt vermeld: 'uiterlijk in 2006 moet de GBKN een Authentieke Registratie zijn'

GBKN als marktpartij

C.226 Als GBKN gaat concurreren met private partijen, bijvoorbeeld op het gebied van routeplanners en kaarten, gaat zij met behulp van overheidsgeld (€ 250 miljoen opstartkosten en € 21 miljoen per jaar onderhoud) de concurrentie aan met private partijen, die deze opstartkosten met private middelen hebben moeten financieren. Het GBKN heeft dus lagere financieringslasten (vaste kosten) en kent daarnaast lagere operationele kosten (variabele kosten) voor zover deze worden gedragen door aan het GBKN deelnemende partijen.

C.227 Het GBKN is opgericht vanuit het uitgangspunt van deelnemende partijen dat een basisbestand met deze mate van detaillering benodigd is⁹⁸²³⁹. Vanuit dit uitgangspunt bezien zijn commerciële activiteiten niet nodig om het bestaan van de stichting te rechtvaardigen. De prijs die het GBKN vraagt, hoeft dus vanuit het GBKN bezien dan ook niet in lijn te liggen met de geldende marktprijs, of zelfs maar met de kostprijs omdat deze niet hoeft te worden terugverdiend.

239 Tijdens een gesprek is dit punt aangegeven door een medewerker van het GBKN.

C.228 Mocht het GBKN om deze redenen tegen lagere kosten de markt betreden dan de private aanbieders dan is de potentiële verstoring aanzienlijk omdat het product ongelimiteerd leverbaar is. Het product geografische kennis is een homogeen product dat bestaat uit informatie die de ruimtelijke ordening zo accuraat mogelijk weergeeft. Indien het GBKN dit product goedkoper aanbiedt dan private partijen, onder andere omdat de onderhoudskosten door de deelnemers worden gedragen, is de kans groot dat het GBKN private partijen uit de markt verdringt, omdat:

- Private partijen – afgezien van de prijs - geen mogelijkheid hebben om zich te onderscheiden van de concurrentie omdat het product in hoge mate homogeen is;
- De levering van het product is niet begrensd door productiecapaciteit: als data eenmaal verzameld zijn, kan dat ongelimiteerd worden geleverd tegen minimale extra kosten.

De private partijen hebben gezamenlijk circa € 24 miljoen geïnvesteerd.

(Gedeeltelijke) verdringing van deze partijen zou kunnen resulteren in het feit dat deze investering niet kan worden terugverdiend en dus een waardeverlies van die omvang.

Economische analyse: conclusie

C.229 Als een overheidsdienst met behulp van publieke middelen een product of dienst ontwikkelt dat concurreert met producten of diensten die commerciële partijen produceren, dan impliceert dit:

- Voor de private partijen een verkleining van de potentiële klantenkring als de overheidsdienst eveneens overige overheidspartijen verplicht af te nemen vanwege het Authentiek Registratieschap. Dit probleem is er niet als geen sprake is van een Authentieke registratie, aangezien – afgezien van eventuele verschillen in voorwaarden – ook private partijen dan toegang hebben tot de overheid als klant;
- Voor het resterende marktaandeel dat private partijen verdrongen worden aangezien de overheidsdienst (i) lagere ontwikkelkosten (financieringslasten) kent en (ii) niet alle ontwikkelingskosten uit commerciële activiteit terugverdiend hoeven te worden, omdat het product ook zonder commerciële activiteit zou zijn ontwikkeld (met geld van deelnemers). Commerciële activiteiten voorzien in een additionele opbrengst voor het GBKN en niet dient ter volledige dekking van de kosten. Hierdoor is het voor het GBKN mogelijk om tegen leveringskosten vermeerderd met een (winst) opslag te leveren, een prijs hoogstwaarschijnlijk lager dan de prijs die private partijen dienen te vragen.

Gegevensverstrekking door overheden		Structuur	Gedrag	Uitkomst Consumenten	Bedrijven	Overheid	Totaal
Direct effect	nationaal	Meestal relatief weinig aanbieders (afhankelijk van markt). Op korte termijn extra aanbod, op langere termijn verdringing.	Verhevigde (nieuwe) concurrentie.	Korte termijn: lagere prijzen voor afnemers. Dit creëert mogelijk additionele vraag. Mogelijke uittrekking van bedrijven, kan leiden tot hogere prijzen op langere termijn.	Lagere marges en uittreding bedrijven door onvermogen van bedrijven om met staatsbedrijven te concurreren.	n.v.t.	
Indirect effect	Andere sectoren			n.v.t.		Betere informatievoorziening/onderzoek.	n.v.t.
	Andere afnemers			n.v.t.		n.v.t.	n.v.t.
PM				Bevolking heeft profijt van beschikbare (goedkope) informatievoorzieningen. Dit heeft welvaartsverhogend effect.			
Mate van verstoring							Hoog
Omvang geaggregeerd							Hoog

Tabel C.16

Juridische analyse

C.230 De klacht komt erop neer dat private ondernemingen vrezen dat het ontwikkelen van een product of een dienst door de overheid zal leiden tot een vermindering van hun omzet doordat de overheid als afnemer wegvalt dan wel doordat een concurrerend product of dienst zal worden geïntroduceerd.

C.231 Het betreft allereerst de vraag of het de overheid vrij staat een product of dienst zelf te ontwikkelen (inbesteden) of van een derde af te nemen (uitbesteden). Het eindrapport van de Werkgroep markt en overheid gaat ervan uit dat deze keuze de eigen huishouding betreft en derhalve geen zaak van ongelijke concurrentievoorwaarden²⁴⁰.

C.232 Voor zover de overheid heeft besloten de ontwikkeling zelf ter hand te nemen en overweegt het product of de dienst commercieel te exploiteren, dient de overheid daarbij een aantal richtlijnen in acht te nemen.

240 Eindrapport Werkgroep Markt en Overheid, 20 februari 1997, p. 17

C.233 Uit de beleidslijn “Naar optimale beschikbaarheid van overheidsinformatie”²⁴¹ lijkt voort te vloeien dat voor andere informatie dan ‘basisinformatie van de democratische rechtsstaat’ en ‘Wob-informatie’ en waarbij een relatie met bestuurlijk handelen aanwezig is specifieke regelgeving noodzakelijk is. Deze regelgeving dient onder meer te voorzien in regels omtrent het openbaar maken en het gebruik van dergelijke informatie. Voor zover specifieke wetgeving (zoals de Wet bescherming persoonsgegevens) zich daartegen niet verzet, dient overheidsinformatie op verzoek beschikbaar te zijn voor extern gebruik. Deze terbeschikkingstelling dient vervolgens op non-discriminatoire wijze en tegen uniforme tarieven plaats te vinden.

C.234 Deze beleidslijn is in overeenstemming met zowel Aanwijzing²⁴² als Richtlijn 2003/98²⁴³. Aanwijzing 13 bepaalt namelijk dat wanneer gebruik van gegevens die zijn verkregen in het kader van de uitoefening van een wettelijke taak is toegestaan, deze gegevens voor iedereen onder gelijke voorwaarden beschikbaar moet zijn. Richtlijn 2003/98 geeft daarenboven richtlijnen voor eventueel in rekening te brengen tarieven, alsmede voor transparantie over voorwaarden en tarieven. Ook het inmiddels ingetrokken wetsvoorstel Wet markt en overheid bevatte een dergelijke voorziening²⁴⁴.

C.235 De overheid dient bij het opstellen van een specifieke regeling voor het Nationaal Wegen Bestand met deze richtlijnen rekening te houden.

Onrechtmatige overheidsdaad

C.236 Indien de informatie in strijd met artikel 13 van de Aanwijzing beschikbaar wordt gesteld, levert dat mogelijk een onrechtmatige overheidsdaad op. Dit kan worden afgeleid uit de overwegingen van het Hof zoals deze blijken uit het arrest van de Hoge Raad van 21 maart 2003²⁴⁵. Nu de Hoge Raad zich hierover niet heeft uitgesproken, dient echter nog een slag om de arm te worden gehouden.

241 Kamerstukken 1999-2000, 26 387, nr. 7, p. 8 en 15

242 Aanwijzingen inzake het verrichten van marktactiviteiten door organisaties binnen de rijksdienst, Stcrt 1998, p. 8

243 Richtlijn 2003/98/EG van het Europees Parlement en de Raad van 17 november 2003 inzake het hergebruik van overheidsinformatie, PbEG 2003, L 345/90. De betrokken Ministeries gaan ervan uit dat deze richtlijn niet zal leiden tot aanpassing van Nederlandse wet- en regelegeving (Kamerstukken 2002-2003, 22 112, nr. 247, p. 6 en 7)

244 Kamerstukken 2001-2002, 28 050, nrs. 1-2, artikel 26

245 HR 21 maart 2003, NJ 2004, 60, m.nt. MRM.

Aanwijzing en uitsluiting in de zorg

Beschrijving casus

C.237 Gerelateerde klachten: 338, 350, 392 399

C.238 De volgende klachten geven een goed beeld van de gerelateerde klachten in het klachtenbestand:

- Psychotherapeut wil in aanmerking komen voor behandeluren psychotherapie. Deze uren worden toegekend door de zorgkantoren. De klagende psychotherapeut stelt dat hij/zij geen behandeluren toegekend krijgt. Klager krijgt de indruk dat het zorgkantoor therapeuten selecteert op basis van historie. Klager stelt dat de NMa heeft vastgesteld dat iedere aanbieder evenveel recht heeft op uren toewijzing maar dat dit in de praktijk niet wordt nageleefd.
- Overheidsinstelling heeft de intentie om een zestal grote(re) onderzoeksinstellingen op het gebied van leerproblemen subsidie te geven om onderzoek naar en begeleiding van kinderen met dyslexie te stimuleren. Vrij gevestigde therapeuten wordt zo een deel van hun inkomsten ontnomen.
- Keuringen voor taxichauffeurs worden verplicht uitgevoerd door bedrijfsartsen. Deze bedrijfsartsen vragen een veel hoger tarief dan de klagende partij, die zelf arts (geen bedrijfsarts) is.
- Overheid stopt de activiteiten van een stichting die de inkoop van marihuana voor ms-patiënten uitvoert. Patiënten kunnen bij deze stichting de drugs kopen en krijgen 75 procent van de prijs vergoed door de verzekeringsmaatschappij. De overheid heeft de centrale inkoop door middel van een aanbestedingsprocedure uitbesteed aan het BMC. Deze is twee keer zo duur als bij de stichting. Toch zijn patiënten verplicht hun marihuana af te nemen van deze leverancier. Omdat patiënten 25 procent zelf betalen is dit voor ms-patiënten veel duurder.

C.239 Kern van deze klachten is de bevoegdheid van een overheidsinstelling om zorgaanbieders aan te wijzen. De eerste twee klachten hebben als overeenkomst dat een overheidsinstelling zorgverleners contracteert. Een zorgverlener die daar niet voor wordt geselecteerd heeft geen kans op zorg via officiële kanalen zoals het ziekenfonds (met name de AWBZ). Bij volledige marktwerking in de zorgsector zou de prijs van de behandeling dalen als het aanbod groter is dan de vraag, echter in het geval van centrale aanbesteding ontstaan een wachtlijst van zorgaanbieders en daalt de prijs minder dan bij volledige marktwerking.

C.240 Bij de laatste twee klachten ontstaat er een probleem doordat de overheid een actieve zorgaanbieder verbiedt die zorg nog langer aan te bieden, door de vergunning van die zorgaanbieder in te trekken. Het alternatief die de overheid biedt, is voor patiënten echter duurder. Het is echter aan de overheid om, als zij daarvoor (zwaarwegende) argumenten van maatschappelijk belang heeft, om te beslissen dat de aanvoer via een door de overheid geselecteerd aanvoerkanaal moet verlopen. Mogelijke redenen voor deze centralisatie kan

bijvoorbeeld zijn: de controleerbaarheid van de levering, de veiligheid van het product. Dit laat echter onverlet door deze overheidskeuzes wel degelijk schrijnende situaties kunnen ontstaan.

C.241 In het vervolg van dit casusonderzoek wordt nader ingegaan op de eerste case, de gunning van zorg via het zorgkantoor.

Economische analyse

Beschrijving van de markt

C.242 De markt voor zorg is de laatste jaren sterk veranderd. Waar in het verleden de prijzen door aanbieders autonoom werden vastgesteld en verzekeringsmaatschappijen deze prijzen vergoedden, wordt nu, om marktwerking te stimuleren, de prijs bepaald door onderhandelingen tussen een zorgaanbieder en een zorgkantoor. Voor behandelingen psychotherapie worden deze vergoedingen betaald uit de AWBZ (Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten). Het beheer van de AWBZ is gedelegeerd aan zorgkantoren. Een zorgkantoor regelt voor een bepaalde regio alle behandelingen die onder de AWBZ vallen. Om de zorg te bieden die benodigd is, contracteert het zorgkantoor zorgaanbieders voor zorg die door de AWBZ wordt vergoed. De zorgaanbieder heeft tegen een vooraf afgesproken prijs het recht een bepaald aantal uren zorg te verlenen.

C.243 De structuur van de markt is een monopsonie. In de markt voor psychotherapie opereren namelijk veel aanbieders en per regio is er slechts één afnemer, het zorgkantoor. Er is wel een substitutiemogelijkheid. De psychotherapeut kan in dienst treden bij een zelfstandig verpleeg- en verzorgingstehuis.

C.244 De gangbare procedure is dat eens per vooraf vastgestelde periode (bijvoorbeeld een jaar) alle geregistreerde therapeuten aangeschreven worden door het zorgkantoor in de regio met de vraag of en hoeveel uren zij zouden willen aanbieden en tegen welke prijs. Het beschikbare budget wordt dan verdeeld onder de therapeuten die uren hebben aangeboden gegeven hun prijs. Komen na dat verdeelmoment nieuwe aanbieders op de markt, dan worden geen uren afgenomen van deze nieuwe aanbieders door het zorgkantoor in de desbetreffende periode. Indien er een geselecteerde aanbieder stopt is er wel weer wat ruimte op de markt om uren af te nemen van de nieuwe aanbieders door het zorgkantoor. En anders is er pas weer ruimte voor nieuwe aanbieders bij de verdeling van de uren voor de volgende periode. Als er extra budget wordt beschikbaar wordt gesteld voor de betreffende behandeling is het eveneens mogelijk dat nieuwe therapeuten uren aangeboden krijgen door het zorgkantoor in de desbetreffende periode.

C.245 In de normale procedure dient iedere therapeut bij een herverdeling evenveel kans te maken op behandeluren bij gelijke prijs. Gebeurt dit niet dan vermindert de aanbestedingsmethodiek de marktwerking. Nieuwe toetreders worden dan geweerd (barriers to entry) en bestaande aanbieders hoeven geen prijsconcurrentie aan te gaan met de toetreders.

Opmerkingen naar aanleiding van de specifieke casus

C.246 De casus stelt dat een startende psychotherapeut die in aanmerking wil komen voor uren psychotherapie van het zorgkantoor te horen heeft gekregen dat hij/zij op een wachtlijst wordt geplaatst. En dat hij/zij pas in aanmerking komt voor uren als één van de bestaande aanbieders er mee stopt of dat er nieuwe vraag ontstaat (vaak betekent nieuwe vraag in de zorg dat er meer budget wordt beschikbaar gesteld om behandelingen uit te voeren). Als de startende psychotherapeut in een nieuwe verdeelronde minder kans zou hebben op uren psychotherapie dan bestaande aanbieders dan handelt het zorgkantoor in strijd met de wens van de overheid om meer marktwerking te introduceren. Er wordt als het ware een toetredingsbarrière gecreëerd en de nieuwe psychotherapeut kan dus niet toetreden tot de markt. Dit is niet correct en waarschijnlijk een zaak voor de NMA.

Gegevensverstrekking door overheden		Structuur	Gedrag	Uitkomst Consumenten	Bedrijven	Overheid	Totaal
Direct effect	Lokaal	Monopsonie, veel aanbieders en één afnemer (zorgkantoor).	Indien aanbieders worden uitgesloten kan dit leiden tot minder concurrentie.	Indien aanbieders worden uitgesloten verhoogt dit de kosten van zorg. De kostenstijging zal echter gelimiteerd zijn door de inkoopmacht van zorgkantoren. Prijsstijging voor zorg zal leiden tot een hogere AWBZ premie.	Als aanbieders van zorg worden uitgesloten zal het aantal aanbieders afnemen. De omzet van geselecteerde aanbieders zal toenemen, de omzet van niet geselecteerde aanbieders zal afnemen. Het aantal starters zal lager zijn dan zonder uitsluiting.	Indien aanbieders worden uitgesloten verhoogt dit de kosten van zorg. De kostenstijging zal echter gelimiteerd zijn door de inkoopmacht van zorgkantoren.	Mogelijk hogere prijs van zorg.
	Geaggregeerd	Veel aanbieders beperkt aantal afnemers (zorgkantoren).	Effect minder sterk aanwezig omdat de markt lokaal georganiseerd is.	Indien aanbieders worden uitgesloten verhoogt dit de kosten van zorg. De kostenstijging zal echter gelimiteerd zijn door de inkoopmacht van zorgkantoren. Prijsstijging voor zorg zal leiden tot een hogere AWBZ premie.	Effect kleiner dan bij lokaal effect, omdat het bij deze case om een regionale markt gaat.	Bij uitsluiting van aanbieders kunnen de kosten van zorg toenemen.	
Indirect effect	Andere sectoren			n.v.t.	onbekend	n.v.t.	
	Andere afnemers			n.v.t.	Extra aanbod bij verpleeg- en verzorghuizen omdat dit voor niet geselecteerde aanbieders beroepsmatig het alternatief is. Dit kan bij verpleeg- en verzorghuizen leiden tot lagere inkoopkosten	n.v.t.	
PM							
Mate van verstoring							Middel
Omvang geaggregeerd							Middel

Tabel C.17

Juridische analyse

C.247 De klacht komt erop neer dat het zorgkantoor de verschillende aanbieders van psychotherapie ongelijk behandelt. Deze handelwijze kan een inbreuk vormen op artikel 24 van de Mededingingswet.

C.248 Alvorens nader in te gaan op de klacht is het noodzakelijk de positie van het zorgkantoor te verduidelijken. Een zorgkantoor is door de gezamenlijke zorgverzekeraars in een regio gemandateerd om de AWBZ voor de verzekerden in die regio uit te voeren. De grootste zorgverzekeraar in die regio exploiteert het zorgkantoor. Eén van de taken van het zorgkantoor is het verzorgen van de inkoop van zorg voor de zorgverzekeraars. De uiteindelijke medewerkersovereenkomst komt tot stand tussen zorgverzekeraar en zorgaanbieder. Het zorgkantoor valt er dus tussen uit. De klacht richt zich dus eigenlijk tot het inkoopbeleid van de gezamenlijke zorgverzekeraars.

Misbruik van een economische machtspositie

C.249 In eerdere besluiten oordeelde de NMa dat de inkoop van zorg gekwalificeerd kon worden als een economische activiteit²⁴⁶. Onder invloed van latere jurisprudentie van het Gerecht van Eerste Aanleg²⁴⁷ heeft de NMa deze zienswijze aangepast. Voor zover zorgverzekeraars AWBZ-zorg inkopen, worden zij thans niet aangemerkt als onderneming in de zin van artikel 24 van de Mededingingswet en kan de NMa in dat verband niet toezien op het gedrag van de zorgverzekeraars/zorgkantoren²⁴⁸.

C.250 Overigens is de vraag gerechtvaardigd of de overige activiteiten van zorgverzekeraars evenmin als economische activiteiten kunnen worden aangemerkt²⁴⁹. Deze beoordeling gaat het bestek van dit onderzoek echter te buiten.

Bestuursrechtelijk vangnet

C.251 Nu geen sprake is van de overtreding van een ander wettelijk voorschrift dan de Mededingingswet, biedt het "overige" bestuursrecht in dit geval geen mogelijkheden om tegen de betrokken gedraging op te komen.

Onrechtmatige overheidsdaad

C.252 Nu wordt gehandeld conform het wettelijk systeem, zal geen sprake zijn van een onrechtmatige overheidsdaad.

246 Zie bijvoorbeeld zaak 181, besluit van de d-g NMa van 10 maart 2000, mr's 51-68 (Ontheffingsaanvraag Zorgkantoren)

247 T-319/99, GvEA 4 maart 2003, JUR 2003, p. II-357, ro 35-40 (FENIN)

248 Visiedocument AWBZ-zorgmarkten, NMa, januari 2004, mr's 90-94

249 C-261/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, HvJEG 16 maart 2004, JUR 2004, p. I-0000 (AOK Bunderverband) met noot van Hamilton, Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 2004, p. 30-75; zaak 3892, besluit van de d-g NMa van 30 maart 2004, mr's 5-8 (Amicon - DKV)

Advisering en onderzoek met publieke middelen

Beschrijving van de klachten

C.253 Gerelateerde klachten: 1, 7, 8, 12, 20, 58, 85, 98, 147, 161, 170, 199, 237, 400

C.254 De volgende klachten geven een goed beeld van de gerelateerde klachten in het klachtenbestand:

- Een Hogeschool begeeft zich op de adviesmarkt (zakelijke dienstverlening). De hogeschool doet onderzoek naar duurzame ontwikkeling van bedrijfsterreinen, wonen en ondernemen.
- TNO opereert op de markt als commerciële adviesorganisatie. Het doet onderzoek naar offshore “kaartbladen” die vervolgens vrijwel gratis op de markt worden gebracht. De klager levert gelijkwaardige producten waarvoor een substantieel bedrag dient te worden betaald. Daarnaast heeft TNO voor een aantal diensten met Economische Zaken afgesproken dat, naar interpretatie van klager, slechts de reproductiekosten zullen worden gevraagd. TNO vraagt echter € 300 voor dergelijke reproductiekosten.
- In de softwaremarkt bestaat vraag naar een product dat drie afzonderlijke functionaliteiten integreert op het gebied van modellering van vloeibaar glas. Deze functionaliteiten zijn afzonderlijk verkrijgbaar. TNO is benaderd om deze functionaliteiten te integreren. De klager is één van de aanbieders van één van de drie functionaliteiten. Hij stelt dat ontwikkeling door TNO marktactiviteiten zijn omdat wordt geconcurrereerd met zijn bedrijf. TNO stelt echter dat zij alleen opereert in markten waar de technologie nog niet volwassen is, zoals in de betreffende markt.
- Universiteiten geven licenties op door haar gegenereerde octrooien.

Economische analyse

C.255 In eerste instantie beperken wij ons tot de klacht dat universiteiten licenties uitgeven op de door haar gegenereerde octrooien. Uit onderzoek van de SEO blijkt dat in 1998 er weinig octrooien worden aangevraagd per jaar²⁵⁰. Gemiddeld genomen zijn er 10 tot 15 octrooiaanvragen per jaar per universiteit, verspreid over verschillende kennisgebieden. Dit staat in schril contrast met de duizenden wetenschappelijke publicaties per jaar. Grofweg kan worden gesteld dat onderzoekers (en universiteiten) worden beoordeeld op het aantal wetenschappelijke publicaties per jaar en de kwaliteit van het onderwijs. De universiteiten worden daarnaast ook beoordeeld op het aantal studenten. Het aantal octrooien en licenties spelen een zeer marginale rol bij de beoordeling en dus ook bij het financieel afrekenen van een universiteit. Een octrooi aanvragen is een lastig en moeilijk proces. Er zijn vele knelpunten, te weten:

- Herkennen van praktisch toepasbare wetenschappelijke kennis
- De vereisten om te komen tot een octrooiaanvraag
- Het vinden van afnemers

250 Poot, A.P., N.M. Brouwer, C.E. Zijderveld (1998): Het universitair kennisbeschermings- en exploitatiebeleid, Amsterdam, SEO.

- Overige knelpunten zoals:
 - weinig ervaring op het gebied van kennisbescherming en –exploitatie;
 - financiering van kennisbescherming. Er zijn namelijk te weinig middelen ter beschikking gesteld om potentiële octrooien daadwerkelijk te benutten;
 - een gebrek aan bewustzijn binnen de universiteit als geheel, kennisbescherming en exploitatie leeft niet voldoende en;
 - onvoldoende interactie met het bedrijfsleven.

C.256 Om dit te vereenvoudigen hebben universiteiten kennistransferpunten opgericht. Deze afdelingen hebben weliswaar meer ervaring bij het indienen van een octrooi maar uit onderzoek van de SEO blijkt echter dat er vaak onvoldoende interactie is met de wetenschappelijke medewerkers. De wetenschappelijke medewerkers vinden het indienen van een octrooi vaak zonde van de tijd, zij besteden hun schaarse tijd liever aan onderzoek. Op basis van bovenstaande kan worden geconcludeerd dat er weinig octrooien worden aangevraagd door universiteiten en dat daardoor weinig licenties kunnen worden afgegeven.

C.257 Het is mogelijk dat een bedrijf last ondervindt van het octrooi van de universiteit. Immers de kosten om tot een octrooi te komen kunnen aanzienlijk zijn²⁵¹. Onderzoek en Ontwikkeling (O&O) worden bij een universiteit met publieke middelen gefinancierd²⁵². Indien een bedrijf geen gebruik kan maken van een licentie wordt dit bedrijf in feite benadeeld. Er is in dit geval sprake van marktverstoring. Dit vloeit voort uit het feit dat het bedrijf (universiteiten etc.) dat wel gebruik kan maken van de licentie in feite subsidie heeft ontvangen op de kosten van O&O.

C.258 De klachten dat een hogeschool adviesdiensten levert en dat TNO opereert op de markt als commerciële adviesorganisatie lijken op de hierboven uitgewerkte case. Er bestaat echter wel een belangrijk verschil. TNO ontvangt verschillende vormen van subsidie en deze wordt (deels) doorberekend aan de klant. Door kruissubsidiëring en kostenvoordeel kan TNO een gunstige (lees: lagere) kostenstructuur hebben dan bedrijven zonder deze vormen van subsidie. De Hogescholen hebben ook lagere kosten doordat zij gebruik maken van de goedkopere infrastructuur van de school (lagere huur, goedkopere software en goedkopere arbeid). De arbeid is eveneens goedkoper omdat de school wetenschappelijk onderzoek uitvoert met als bijproduct een adviesdienst. Dit resulteert in twee inkomensstromen, namelijk een rapport wat vaak intern wordt beloond met extra onderzoekstijd voor medewerkers en de extra opbrengsten van de klant. Doordat een onderzoeker extra onderzoekstijd krijgt kan de onderzoeker ook goedkoper zijn diensten aanbieden aan klanten. Deze twee gerelateerde casussen vallen onder marktverstoring. Universiteiten en hogescholen kunnen immers door kostenvoordeel (kruissubsidiëring) goedkopere adviesdiensten aanbieden dan commerciële bedrijven.

251 Met name in de farmacie kunnen de kosten extreem hoog zijn (boven een miljard euro). Ook de ontwikkelperiode voorafgaand aan de introductie van een medicijn op de markt kan lang zijn. Gemiddeld duurt dit 14 jaar. Dit is relatief lang, immers een octrooi heeft een duur van 20 jaar.

252 Strikt genomen is het onderzoek uitgevoerd door een universiteit of TOP instituut (zoals TNO) openbaar.

Economische analyse: conclusie

C.259 De universiteiten en hogescholen kunnen hun diensten goedkoper aanbieden dan commerciële partijen omdat hun onderzoek (O&O en dienstverlening) gesubsidieerd is. Aangezien universiteiten relatief weinig octrooien aanvragen is de verstoring van de markt echter gering. Uit de praktijk blijkt dat een octrooi aanvraag ingewikkeld en tijdsintensief is. De aan de universiteiten gebonden onderzoekers worden daarnaast ook niet afgerekend op het aantal octrooien dat zij aanvragen. Voor een aantal bedrijven (niche spelers) kan de verstoring weliswaar aanzienlijk zijn. In vergelijking met de verstoring waarmee adviesdiensten te maken hebben is de verstoring echter klein aangezien universiteiten en hoge scholen wel worden afgerekend op derde geldstroom onderzoek. Dit is bij octrooien niet het geval. Een oplossing zou zijn dat gedupeerde bedrijven zonder licentie in staat worden gesteld om ook een licentie aan te schaffen.

Advisering en onderzoek met publieke middelen		Structuur	Gedrag	Uitkomst Afnemers	Bedrijven	Overheid	Totaal
Direct effect	Landelijk	In veel gevallen beschikken slechts relatief weinig aanbieders (afhankelijk van markt) over de benodigde kennis.	Verhevigde (nieuwe) concurrentie. Mogelijk uittreding door concurrentie.	Op korte termijn aanzienlijk lagere prijzen voor afnemers, veroorzaakt mogelijk additionele vraag. Mogelijke uittreding van bedrijven, kan leiden tot hogere prijzen op langere termijn.	Aanzienlijk lagere marges en verhoogde kans op uittreding bedrijven door onvermogen van bedrijven om met overheidsbedrijven te concurreren.	Indien overheid afnemer is van diensten dan zijn de effecten van verstoring gelijk aan die van consumenten.	
Indirect effect	Andere sectoren			Betere informatie voorziening/onderzoek, kwaliteit van product gaat mogelijk omhoog door verhoogde concurrentie-graad. En vernieuwende impulsen door meer wetenschappelijk getinte onderzoeken.	Bedrijven kunnen beter personeel aannemen, omdat de wetenschappelijk getinte onderzoekers een meerweerde voor adviesbureaus kunnen zijn.	Idem aan kolom 'consumenten'	
	Andere afnemers			n.v.t		n.v.t.	n.v.t.
PM				Verlaging van kwaliteit van wetenschappelijk onderzoek door financiële prikkel (3e geldstroom)	n.v.t.	n.v.t.	
Mate van verstoring							Middel
Omvang geaggregeerd							Middel

Tabel C.18

Juridische analyse

C.260 De klacht komt erop neer dat een private onderneming geen licentie krijgt op een octrooi van een universiteit. Deze handelwijze kan een inbreuk vormen op artikel 24 van de Mededingingswet. Daarbij kan artikel 87 van het EG-Verdrag eveneens een rol spelen.

C.261 In beginsel is het een universiteit overigens niet verboden octrooien aan te vragen en deze door middel van licenties te exploiteren. Universiteiten kunnen zelf of samen met andere universiteiten of ondernemingen onderzoek en ontwikkeling verrichten. Deze samenwerking is aan regels onderworpen evenals de inhoud van een eventuele licentie²⁵³.

Misbruik van een economische machtspositie

C.262 Bij gebreke van informatie over de aard van het octrooi en de verdere toepasbaarheden lijkt het echter voorshands aannemelijk dat de universiteit handelt als onderneming in de zin van artikel 24 van de Mededingingswet. Uit de beschikbare informatie kan evenmin een relevante markt worden afgeleid. Om die reden zijn wij genoodzaakt ons te beperken tot een algemene beschrijving.

C.263 De enkele omstandigheid dat een universiteit beschikt over een octrooi brengt niet met zich dat er sprake is van een economische machtspositie²⁵⁴. Daarvan is slechts sprake indien er geen substitueerbare producten of diensten voorhanden zijn²⁵⁵. Ook de enkele uitoefening van een octrooi brengt niet met zich dat sprake is van misbruik. Slechts in uitzonderlijke omstandigheden zal hiervan sprake zijn²⁵⁶. Hiervan is sprake voor zover het octrooirecht wordt uitgeoefend op zodanige wijze en onder zodanige omstandigheden, dat in feite een doel wordt nagestreefd dat kennelijk in strijd is met de doelstellingen van artikel 24 van de Mededingingswet²⁵⁷. Voorbeelden hiervan zijn (i) indien de octrooihouder het recht in het geheel niet gebruikt, (ii) indien de octrooihouder door de weigering concurrenten elimineert of toetredingsdrempels opwerpt en (iii) discriminerend licentiebeleid.

Verbod van steunmaatregelen

C.264 Indien de overheid onderzoek en ontwikkelingsprojecten van openbare hoger onderwijsinstellingen financiert, is normaliter geen sprake van een steunmaatregel in de zin van artikel 87 van het EG-Verdrag. Er is evenmin sprake van een dergelijke maatregel indien de resultaten daarvan op non-discriminatoire wijze aan ondernemingen ter beschikking wordt gesteld. Verricht een dergelijke instelling in opdracht van of in combinatie met ondernemingen dergelijke projecten, dan zal in beginsel ook geen sprake zijn van een steunmaatregel (i)

253 Verordening 2659/2000 van de Commissie van 29 november 2000 betreffende de toepassing van artikel 81 lid 3 van het EG-Verdrag op groepen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten, PbEG 2000, L 304/7 en Verordening 772/2004 van de Commissie van 27 april 2004 betreffende de toepassing van artikel 81 lid 3 van het EG-Verdrag op groepen overeenkomsten inzake technologieoverdracht, PbEG 2004, L 123/11

254 C-78/70, HvJEG 8 juni 1971, JUR 1971, p. 487, ro 16 (Deutsche Grammophon)

255 T-69/89, GvEA 10 juli 1991, JUR 1991, p. II-485, ro 63 (Magill)

256 C-238/87, HvJEG 5 oktober 1988, JUR 1988, p. 6211, ro 9 (Volvo/Veng)

257 T-69/89, reeds aangehaald, ro 71

wanneer voor de diensten van de instellingen een marktconforme prijs wordt betaald, (ii) het project geheel door de ondernemingen wordt gefinancierd, (iii) wanneer de niet door intellectuele eigendomsrechten beschermde resultaten grootschalig wordt verspreid of (iv) wanneer de instellingen een marktconforme prestatie ontvangen voor de verkregen intellectuele eigendomsrechten²⁵⁸.

Bestuursrechtelijk vangnet

C.265 Op grond van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW) is het universiteiten toegestaan om commerciële activiteiten, zoals bijvoorbeeld derde geldstroomactiviteiten te verrichten. Er zal dan ook niet snel sprake zijn van overtreding van een wettelijke norm.

C.266 Naar aanleiding van het tweede paarse regeerakkoord hebben de universiteiten met de toenmalige Minister van OC&W onder meer afgesproken dat zij het initiatief zouden nemen voor het opstellen van een gedragscode door marktactiviteiten. Inmiddels de universiteiten de 'contouren van een mogelijke gedragscode' gepresenteerd. De uitgangspunten zijn als volgt:

C.267 Van marktactiviteiten is sprake als:

- Het gaat om markten waar daadwerkelijk private ondernemingen opereren en waar niet alleen sprake is van concurrentie tussen universiteiten onderling.
- Het betreft markten waar prijzen met een winstopslag worden gehanteerd. Hiervan worden bijvoorbeeld de cofinancieringsprojecten uitgezonderd.

C.268 Indien er sprake is van marktactiviteiten handelen universiteiten conform de gedragscode, waarmee mogelijke marktverstoring dient te worden voorkomen. Marktverstoring kan ontstaan door:

- kruissubsidiëring (met behulp van publieke middelen);
- het ontbreken van de plicht tot BTW-heffing en/of vennootschapsbelastingafdracht;
- het gebruik van gegevensbestanden die niet voor anderen toegankelijk zijn.

C.269 Het volgen van de gedragscode houdt in:

- het in rekening brengen van (minimaal) de integrale kostprijs, hetgeen blijkt uit de administratie;
- het afdragen van BTW;
- het onderbrengen van structurele activiteiten in een aparte organisatie, indien deze een bepaald bedrag te boven gaan en niet bijdragen aan de missie van de instelling. Hierdoor vervalt het voordeel van het niet afdragen van vennootschapsbelasting. Het onderbrengen van structurele activiteiten in een aparte organisatie is noodzakelijk, omdat zo kan worden aangetoond dat er geen kruissubsidiëring met behulp van publieke middelen plaatsvindt. Uitgangspunt van de aparte organisatie is verder de integrale kostprijsberekening en voorts staat het een dergelijke organisatie vrij om een eigen commercieel beleid te voeren.

258 Paragraaf 2.4 van de Mededeling van de Commissie betreffende een communautaire kaderregeling inzake staatssteun voor onderzoek en ontwikkeling, PbEG 1996, C 45/5, zoals laatstelijk gewijzigd bij Mededeling van de Commissie, PbEG 2002, C 111/3

- De universiteiten zijn bereid mee te werken aan de totstandkoming van een procedure, die bijdraagt aan de naleving en de controle van de gedragscode.
- Het voorkomen van de verzwaring van de administratieve druk
- Het voorkomen van nieuwe concurrentievervalsing met het buitenland. Uit een eerste inventarisatie blijkt dat Nederland met dergelijke wetgeving alleen staat.

C.270 Voor de naleving van de gedragscode zal een klachtensysteem ingevoerd worden, waarvan een onderneming gebruik kan maken, die zich benadeeld voelt over de ondervonden oneerlijke concurrentie van een universiteit. In eerste instantie dient een ondernemer zich te richten tot het College van Bestuur van de betreffende instelling. De instellingen dienen een duidelijk aanspreekpunt te hebben waar ondernemers terecht kunnen met vragen en klachten. Mocht naar het oordeel van de onderneming het College van Bestuur hier in onvoldoende mate op reageren, dan bestaat de mogelijkheid om in beroep te gaan of om arbitrage te vragen. Welke instantie zal dienen als beroepsorgaan is nog niet bekend. Universiteiten gaan overleggen hoe de arbitrage verder vorm gegeven kan worden.

C.271 Nu de gedragscode nog niet 'officieel' is en de status onduidelijk, biedt deze op dit moment waarschijnlijk weinig mogelijkheden voor een onderneming die in het geweer wil komen tegen de universiteiten die zich op de markt begeven.

Onrechtmatige overheidsdaad

C.272 Wanneer geen sprake is van een overtreding van een wettelijke norm, zal uit dien hoofde niet snel sprake zijn van een onrechtmatige daad. Het is de vraag hoe de burgerlijke rechter de gedragingen van een universiteit in het licht van het Artiestenarrest zal beoordelen. Daarover kunnen wij op dit moment geen uitspraken doen.

Concurrentie door WSW instellingen

Beschrijving casus

C.273 Gerelateerde klachten: 57, 59, 63, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 188, 361, 372, 2N, 3N.

C.274 De volgende klachten geven een goed beeld van de gerelateerde klachten in het klachtenbestand:

- Een gemeente is van plan stadswachten in te schakelen om in het centrum te patrouilleren. Deze stadswachten worden ook ingezet om individuele winkels te beveiligen. Dit wordt aangemerkt als marktactiviteit omdat deze diensten eveneens door particuliere beveiligingsbedrijven worden aangeboden.
- Sociale werkplaatsen bieden producten ver onder de kostprijs aan. Dit gebeurt onder andere in de volgende markten: drukwerk, montage, tuinonderhoud en (woning) textiel. Dit zijn markten waar de concurrentie hevig is.
- Een ministerie zet een werkgelegenheidsproject op. Dit project voert alle transportactiviteiten (met name personenvervoer) van het bewuste ministerie uit. Ook andere ministeries gaan gebruik maken van de diensten van het werkgelegenheidsproject ondanks het feit dat diensten afnemen van het werkgelegenheidsproject duurder is dan het inhuren van een marktpartij.
- Kern van het probleem is het gesubsidieerd inzetten van arbeid. Het kan hierbij gaan om bedrijven die zijn gespecialiseerd in het scheppen van werk voor op de arbeidsmarkt kansarmen (WSW instellingen) of gesubsidieerde banen voor dezelfde doelgroep in het bedrijfsleven. Deze partijen / functies zijn vooral te vinden in markten waar laaggeschoolde arbeid is vereist. Omdat de werknemers door hun handicap of langdurige werkloosheid minder productief zijn dan "gewone" werknemers verstrekt de overheid subsidie om dergelijke instituten of banen rendabel / kostenneutraal te laten zijn.

Economische analyse

Beschrijving van de markt

C.275 Zoals opgemerkt worden banen voor werkgelegenheidsprojecten geschapen in sectoren waar met name laaggeschoolde arbeid vereist is. Hierbij kan worden gedacht aan bijvoorbeeld de volgende sectoren:

- Administratieve diensten;
- Bewaking;
- Houtbewerking;
- Landbouw;
- Montagewerk;
- Personenvervoer;
- Schoonmaak;
- Textielbewerking;
- Verpakken.

C.276 Deze sectoren zijn, met uitzondering van bewaking, personenvervoer en schoonmaak kapitaalintensief. In Nederland kunnen bedrijven in bovenstaande sectoren slechts 'overleven' door een hoge mate van procesautomatisering en kostenreductie. Vaak ondervindt men veel concurrentie uit lagelonenlanden. WSW instellingen hebben in tegenstelling tot bedrijven in voornoemde sectoren niet als kenmerk winstmaximalisatie, maar banen scheppen voor het personeel dat op de reguliere arbeidsmarkt een achterstand heeft. Vanuit dit oogpunt subsidieert de overheid de instellingen om een arbeidsintensief productiemodel te hanteren. Doel van de subsidie is om het kostennadeel dat wordt veroorzaakt door de bewust inefficiënte manier van produceren, op te heffen.

C.277 Voor bewaking, personenvervoer en schoonmaak geldt dat deze activiteiten zeer arbeidsintensief zijn. In feite is de dienstverlening 'bewaking' een homogeen product waarbij sprake is van prijsconcurrentie. Door subsidiëring van arbeid kan een lagere prijs geboden worden. Doordat de productiviteit van gesubsidieerd arbeid naar verwachting lager ligt dan niet gesubsidieerd arbeid is de verstoring waarschijnlijk lager dan op voorhand verwacht zou worden. In geval van personenvervoer en schoonmaakwerk, ook homogene producten, dient de subsidie om de te compenseren voor lagere productiviteit door werknemers in werkgelegenheidsprojecten. Deze lagere productiviteit komt bijvoorbeeld tot uiting in een langere doorlooptijd van een opdracht.

Levensfase van het product

C.278 De markten in voornoemde sectoren zijn alle volledig ontwikkeld. Zij kenmerken zich door veel aanbieders en veel vragers. Ondernemers hebben dus geen invloed op de prijs. De productie van diverse sectoren zoals de landbouw, de textiel en de houtbewerking zijn in Nederland in een neergang terechtgekomen door concurrentie uit lagelonenlanden. Eventuele expansie van WSW instellingen zal dus ook verdringing van een bestaande aanbieder tot gevolg hebben.

Kengetallen

C.279 Over WSW instellingen zijn de volgende cijfers beschikbaar:

2002	Totaal (x miljoen)	% van totale baten	Per werknemer
Aantal werknemers	86.122		
Omzet (productiewaarde)	1.212	38%	14.073
Subsidie	2.008	62%	23.316
Totale baten	3.220		37.389
Arbeidskosten (WSW)	2.040	63%	23.687
Arbeidskosten (ambtenaren)	405	13%	4.703
Arbeidskosten (totaal)	2.445	76%	28.390
Grondstofkosten	300	9%	3.483
Overige kosten	440	14%	5.109
Resultaat voor belastingen	35	1%	406

Tabel C.19: kengetallen WSW instellingen volgens CBS 2002
Bron CBS Statline

C.280 Uit bovenstaande tabel blijkt dat subsidies meer dan 60 procent van de totale baten van de WSW sector bedragen. De arbeidskosten van WSW-ers bedragen eveneens 60 procent van de totale baten. Er kan dus worden gesteld dat de omzet van WSW instellingen slechts dient ter dekking van grondstof en productiekosten (anders dan personeelskosten) en de personeelskosten voor ambtenaren. Onder ambtenaren worden gerekend alle werknemers van een WSW instelling die niet bij een WSW instelling werken uit hoofde van hun minder kansrijke positie op de arbeidsmarkt. Ambtenaren werken met name in leidinggevende en faciliterende functies. Uit de cijfers van het CBS valt verder op te maken dat de sector slechts een marginale winst maakt.

C.281 Bij de analyse moet onderscheid worden gemaakt tussen arbeidsintensieve en kapitaalintensieve sectoren. In arbeidsintensieve sectoren zoals beveiliging, personenvervoer (afgezien van de auto's of busjes is de loonsom de belangrijkste kostencomponent) en de schoonmaaksector dient de subsidie ter dekking van de arbeidskosten. In kapitaalintensieve sectoren dient de subsidie zowel ter dekking van de arbeidskosten alsook ter compensatie van kosten voortkomend uit een afwijkende productiestructuur.

C.282 In de arbeidsintensieve sectoren zijn voor zowel WSW als niet-WSW instellingen de loonkosten de belangrijkste kostencomponent. Uit voorgaande tabel blijkt dat de lonen van WSW-ers uit subsidies kunnen worden bekostigd. Echter, WSW'ers zijn door hun specifieke situatie vaak niet in staat zijn om werk even efficiënt uit te voeren als "gemiddelde" werknemers. Theoretisch bestaat dus de kans dat WSW instellingen arbeidsintensieve taken onder de kostprijs kunnen aanbieden, in de praktijk komt dat weinig voor.

C.283 Bij kapitaalintensieve sectoren is het bedrijfsmodel van WSW instellingen afwijkend van de overige ondernemingen in deze sectoren. Waar niet-WSW instellingen vanuit het oogpunt van winstmaximalisatie overgaan op automatisering en het verlagen van het personeelsbestand is een WSW instelling juist relatief arbeidsintensief. Omdat de productieprocessen zijn gebaseerd op verschillende businessmodellen mag niet zonder meer worden gesteld dat, omdat de WSW instellingen de loonkosten vergoedt krijgen, zij goedkoper kunnen produceren. Ook dient wederom rekening te worden gehouden met de reden van subsidie, namelijk de arbeidshandicap van werknemers van WSW instellingen. Hierdoor kunnen WSW instellingen minder efficiënt (bijvoorbeeld met grondstoffen en ruimte) en minder flexibel produceren.

Economische analyse: conclusie

C.284 De WSW sector is in sterke mate afhankelijk van subsidies. Het ontvangen van subsidies is in deze branche, anders dan in andere sectoren, niet direct te bestempelen als staatssteun en oneerlijke concurrentie. Door de aard van de werkzaamheden, die naast het produceren van een dienst of goed bestaan in het aan het werk helpen / houden van iemand die op de arbeidsmarkt zich niet staande zou kunnen houden, kan een WSW instelling niet even efficiënt produceren als een gewone onderneming. Subsidie is dus nodig.

C.285 Een risico op marktverstoring ontstaat, als de subsidie te hoog is vastgesteld. Echter op dit moment zijn er geen sterke aanwijzingen dat de subsidies in het algemeen marktverstoring werken. Dat laat natuurlijk altijd ruimte voor individuele gevallen waarin de subsidie onjuist wordt gehanteerd zodat oneerlijke concurrentie ontstaat. Een sectordeskundige van PwC stelt dat over het algemeen het inhuren van een WSW kracht voor een bepaalde taak nagenoeg eenzelfde kostprijs heeft als het inhuren van een gewone kracht. De subsidie wordt dus door de lagere productiviteit als het ware geneutraliseerd.

WSW instelling		Structuur	Gedrag	Uitkomst Consumenten	Bedrijven	Overheid	Totaal
Direct effect	Sector	Extra aanbieder(s). Mogelijk lagere prijs wordt (deels) teniet gedaan door lagere efficiëntie.	In bepaalde gevallen kan aanbod door WSW instellingen leiden tot grotere concurrentie.	(mogelijk) lagere prijzen voor producten met een waarschijnlijk lagere kwaliteit (veroorzaakt door afwijkend productieproces)	Mogelijk lagere winstmarges (effect kan groot zijn).	Extra werkgelegenheid en ontwikkelingsmogelijk heden voor mensen die moeilijk aan een baan kunnen komen.	
	Geaggregeerd	Extra aanbieder(s). Mogelijk lagere prijs wordt (deels) teniet gedaan door lagere efficiëntie.	Te verwaarlozen.	(mogelijk) lagere prijzen voor producten met een waarschijnlijk lagere kwaliteit (veroorzaakt door afwijkend productieproces)	Mogelijk lagere winstmarges door lagere omzet in private sector.	Idem, op lange termijn meer mensen werkzaam in het arbeidsproces en daardoor minder overheidsuitgaven.	Mogelijk lagere prijzen en meer banen voor mensen met een zwakke positie op de arbeidsmarkt
Indirect effect	Andere sectoren			Door extra werkgelegenheid hebben deze mensen meer te besteden.	Doordat kapitaal door arbeid wordt gesubsidieerd heeft dit invloed op de toeleveranciers van kapitaal. Dit kan hogere werkloosheid creëren in deze sectoren	n.v.t.	
	Andere afnemers			n.v.t.	n.v.t.	n.v.t.	
PM	PM1			Meer werk voor langdurende werklozen en moeilijk te bemiddelen werklozen.	Meer mensen betrokken bij het arbeidsproces, dus meer en beter opgeleide krachten die voor werkgevers interessant zijn.	Minder werkloosheid, minder kansarmen, werklozen hebben meer kans op een betere markt. Bestedingen gaan omhoog. Doordat de prijs van diensten omlaag gaan, kan dit effect hebben dat er minder beroep wordt gedaan op arbeid in het zwarte circuit. In dit geval meer belasting en premies worden binnen gehaald.	
	PM2			n.v.t.	n.v.t.		
Mate van verstoring							Middel
Omvang geaggregeerd							Laag

Tabel C.20

Juridische analyse

C.286 De diverse klachten komen erop neer dat private ondernemingen (oneerlijke) concurrentie ondervinden van gesubsidieerde arbeid. Door deze subsidie zijn de begunstigen daarvan in staat activiteiten tegen (zeer) lage prijzen te verrichten.

C.287 Voor zover de activiteiten door een sociale werkvoorziening worden verricht, kan deze gedraging een inbreuk vormen op artikel 5 van de Wet sociale werkvoorziening. Deze gedraging kan bovendien een inbreuk vormen op artikel 24 van de Mededingingswet. Bovendien kan de verstrekte subsidie een steunmaatregel in de zin van artikel 87 van het EG-Verdrag zijn²⁵⁹. Ter rechtvaardiging zou wellicht een beroep kunnen worden gedaan op de uitzondering voor het verrichten van een dienst van algemeen economisch belang.

Wet sociale werkvoorziening

C.288 Het doel van de Wet sociale werkvoorziening²⁶⁰ is personen “die tot arbeid in staat zijn, maar voor wie, in belangrijke mate ten gevolge van bij hen gelegen factoren, gelegenheid om onder normale omstandigheden arbeid te verrichten niet of nog niet aanwezig is” zo veel mogelijk gelijke kansen op arbeid te bieden als anderen²⁶¹. Deze wet is op 1 januari 1998 in werking getreden²⁶².

C.289 Artikel 5 van de Wet sociale werkvoorziening verplicht de gemeente een vergoeding voor gedane arbeid te bedingen. Deze vergoeding dient zodanig te zijn dat deze de mededinging “niet onverantwoord” mag beïnvloeden. Dit betekent concreet dat de door de sociale werkzaamheden verrichte werkzaamheden tegen “normale” marktprijzen dienen te worden aangeboden²⁶³.

C.290 De wet noch de wetsgeschiedenis bevat een definitie van “niet onverantwoord”. Naar onze mening kan dit begrip aan de hand van het begrip ‘misbruik’ in de zin van artikel 24 van de Mededingingswet nader worden ingevuld. Hierbij merken wij volledigheidshalve op dat dus geen sprake hoeft te zijn van een economische machtspositie.

C.291 Er kan sprake van misbruik in de zin van artikel 24 van de Mededingingswet indien een WSW-instelling activiteiten tegen zeer lage prijzen aanbiedt. Van een inbreuk is sprake indien (i) de gehanteerde prijs lager is dan de gemiddelde variabele kosten of (ii) de gehanteerde prijs hoger is dan de gemiddelde variabele kosten, maar lager dan de gemiddelde totale kosten en deze prijsstelling bovendien deel uitmaakt van een plan om concurrenten van de markt te drukken.

C.292 Wij beschikken niet over gegevens waaruit de opbouw van de kostprijs van een WSW-instelling blijkt. We kunnen dus niet vaststellen of sprake is van het verrichten van activiteiten tegen een vergoeding die de mededinging “niet onverantwoord” beïnvloedt.

259 Gezien de omstandigheid dat dezelfde problematiek zich in diverse sectoren afspeelt, hebben wij een selectie van de te bespreken sectoren gemaakt, te weten beveiliging, postbezorging en schoonmaak.

260 Stb. 1997, 465

261 Kamerstukken II 1995-1996, 24 787, nr. 3, p. 12

262 Stb. 1997, 466

263 Kamerstukken II 1995-1996, 24 787, nr. 3, p. 24

Misbruik van een economische machtspositie

C.293 Het beveiligen van individuele winkels, het bezorgen van post en het verrichten van schoonmaakactiviteiten zijn economische activiteiten. Voor zover gemeenten (als werkgever van stadswachten) en WSW-instellingen dergelijke activiteiten verrichten, zijn zij ondernemingen in de zin van artikel 24 van de Mededingingswet.

C.294 Wij onderscheiden de volgende relevante markten:

- de nationale markt voor bewakingsdiensten²⁶⁴;
- de nationale markt voor (inter)nationale post- en pakketbezorging²⁶⁵; en
- de nationale markt voor schoonmaakdiensten²⁶⁶.

C.295 Vervolgens dient te worden vastgesteld of de gemeente en de WSW-instellingen op deze geïdentificeerde relevante markten een economische machtspositie innemen. Op basis van de beschikbare gegevens kan niet worden vastgesteld of zij over een economische machtspositie beschikken. Uit de marktanalyse in de aangehaalde jurisprudentie kunnen we echter afleiden dat geen van de betrokken ondernemingen over een economische machtspositie beschikt.

C.296 Concluderend kan gezegd worden, dat de gemeente noch de WSW-instellingen inbreuk maken op artikel 24 van de Mededingingswet.

Verbod van steunmaatregelen

C.297 Hiervoor hebben wij vastgesteld, dat het aanbieden van bewakingsdiensten een economische activiteit betreft. De begunstigen van de gesubsidieerde arbeid zijn de winkeliers in de betreffende gemeente. Concreet ontvangen de winkeliers een 'subsidie' ter hoogte van het verschil tussen de eigen bijdrage en het tarief van een private beveiligingsonderneming. Onder normale marktomstandigheden hadden deze winkeliers deze subsidie niet ontvangen. De subsidie komt slechts winkeliers in de betreffende gemeente ten goede. Vervolgens kan getwist worden over de vraag of de subsidie de mededinging en het interstatelijk handelsverkeer kan beïnvloeden. Enerzijds verhindert de subsidie de toetreding van concurrerende aanbieders uit het dichtbij gelegen België en Duitsland, anderzijds is de omvang van de activiteiten van de stadswachten en de duur van de subsidie²⁶⁷ relatief gering. Voor zover de totaal verleende subsidie niet meer bedraagt dan EUR 100.000 over een periode van drie jaar is het aannemelijk dat de mededinging en het interstatelijk handelsverkeer niet nadelig wordt beïnvloed²⁶⁸. De generieke vrijstelling voor steun aan kleine en middelgrote ondernemingen is overigens niet toepasselijk, aangezien de afgenomen diensten (i) niet eenmalig worden verricht, maar

264 COMP/M.3396, beschikking van de Commissie van 28 mei 2004, nr's 29 en 49 (Group 4 Falck/Securicor); zie ook zaak 1921, besluit van de d-g NMa van 15 juni 2000 (Falck A/S - Group 4 Securitas)

265 COMP/M.3155, beschikking van de Commissie van 19 juni 2003 (Deutsche Post/Securicor)

266 Zaak 2021, besluit van de d-g NMa van 19 maart 2003, nr's 43 en 44; zaak 2281, besluit van de d-g NMa van 17 januari 2001 (ISS Europe - Randstad Holding)

267 Het betreft een proefproject.

268 Artikel 2 van Verordening 69/2001 van de Commissie betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op de minimis-steun, PbEG 2001, L 10/30

gedurende een bepaalde tijd en (ii) tot de gewone bedrijfsuitgaven van de winkeliers behoren²⁶⁹.

C.298 Uit de beschikbare openbare informatie valt niet duidelijk af te leiden hoeveel de precieze omvang van de subsidie bedraagt. Het project ontvangt specifieke subsidies van een provincie en een ministerie. Daarnaast subsidieert de gemeente de stadswachten direct. Wij kunnen derhalve niet vaststellen of de subsidie voor de individuele winkeliers het toegestane plafond van EUR 100.000 overschrijden. Overschrijdt de subsidie dit plafond, dan is sprake van een steunmaatregel in de zin van artikel 87 van het EG-Verdrag. De omstandigheid dat het project tevens bedoeld is om de veiligheid in de winkelstraat te vergroten, doet hieraan niet af.

C.299 Vervolgens de vraag of de subsidie die aan WSW-instellingen wordt verstrekt, kan worden aangemerkt als een steunmaatregel in de zin van artikel 87 van het EG-Verdrag.

C.300 De begunstigden van de subsidies zijn de WSW-instellingen. De primaire taak van WSW-instellingen is de indienstemming van benadeelde en gehandicapte werknemers. Deze taak kan als een taak van algemeen economisch belang worden beschouwd. Zoals hiervoor betoogd, kunnen de activiteiten die door de WSW-instellingen worden verricht als economische activiteiten worden aangemerkt. De WSW-instelling kan dientengevolge als onderneming in de zin van artikel 87 van het EG-Verdrag worden aangemerkt.

C.301 De subsidie betreft een voordeel, tenzij deze subsidie kan worden aangemerkt als een compensatie voor het in dienst nemen van benadeelde en gehandicapte werknemers. Daartoe dient aan een aantal voorwaarden te zijn voldaan, te weten:

- daadwerkelijk belast met een taak van algemeen economisch belang: uit het complex van regelgeving kan worden afgeleid dat een WSW-instelling is belast met een taak van algemeen economisch belang;
- objectieve en transparante vaststelling van grondslagen voor compensatie: op basis van de beschikbare informatie kunnen wij dit niet beoordelen;
- geen overcompensatie: op basis van de beschikbare informatie kunnen wij dit evenmin beoordelen; en
- voor zover geen openbare aanbestedingsprocedure is gevolgd, dient de compensatie te zijn vastgesteld op basis van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming zou hebben gemaakt: op basis van de beschikbare informatie kunnen wij dit evenmin beoordelen.

C.302 Aangezien we over te weinig informatie beschikken om vast te kunnen stellen of aan de Altmark-criteria is voldaan en dus geen sprake zou zijn van een voordeel, zullen wij verder onderzoeken of de subsidie als een steunmaatregel in de zin van artikel 87 van het EG-Verdrag kan worden aangemerkt.

269 Artikel 5 van Verordening 70/2001 van de Commissie betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op staatssteun voor kleine en middelgrote ondernemingen, PbEG 2001, L/10/33

C.303 De gemeente of een samenwerkingsverband van gemeenten betaalt de subsidie. De subsidie komt alleen de WSW-instelling ten goede. Bovendien kan de subsidie de mededinging en het interstatelijke handelsverkeer nadelig beïnvloeden, voor zover de subsidie het plafond van EUR 100.000 over een periode van drie jaar overschrijdt.

C.304 Dit betekent overigens niet dat alle subsidies voor een WSW-instelling in strijd zijn met artikel 87 van het EG-Verdrag. Subsidies aan een WSW-instelling zijn toegestaan voor zover²⁷⁰:

- de subsidieregeling uitdrukkelijk verwijst naar Verordening 2204/2002 (artikel 3);
- sprake is van indienstneming van gehandicapte werknemers mag de brutosteunintensiteit (als percentage van de loonkosten gedurende een periode van één jaar na indiensttreding) niet meer bedragen dan 60% (artikel 5);
- sprake is van extra kosten ter bevordering van de tewerkstelling van gehandicapte werknemers mag de steun (samen met de steun uit hoofde van artikel 5) niet meer bedragen dan nodig is om de lagere productiviteit te compenseren en om bepaalde kosten te dekken voor zover dit extra kosten zijn naast die welke de WSW-instelling zou hebben gemaakt indien hij geen gehandicapte werknemers is dienst zou hebben (artikel 6).

C.305 De Commissie is van mening dat werkgelegenheidssteun zonder controle en strikte beperkingen schadelijke gevolgen kunnen hebben. Om die reden bevat Verordening 2204/2002 verschillende bepalingen die het toezicht op werkgelegenheidssteun dienen te vergemakkelijken. Zo rust op de WSW-instelling de verplichting om een dossier bij te houden voor zover deze steun krachtens artikel 5 van Verordening 2204/2002 ontvangt. Daarnaast rust op de Lid-Staat verschillende verplichtingen, zoals publicatie van de steunregeling in het Publicatieblad conform een vastgestelde vorm (artikel 10 lid 1) en het bijhouden van gedetailleerde dossiers waaruit kan worden afgeleid of aan de voorwaarden van de verordening is voldaan (artikel 10 lid 2).

C.306 Gezien de beperkte informatie kunnen wij niet nagaan of aan de diverse door Verordening 2204/2002 gestelde voorwaarden is voldaan.

Gescheiden boekhouding

C.307 Een WSW-instelling is een openbaar bedrijf, aangezien de oprichtende gemeenten dominerende invloed kunnen uitoefenen doordat vertegenwoordigers van de gemeenten veelal deel uit maken van het bestuur van een WSW-instelling. Bovendien wordt een WSW-instelling door de deelnemende gemeenten gefinancierd. Op basis van de beschikbare informatie kunnen wij niet beoordelen of voor een WSW-instelling op basis van één van de uitzonderingen de verplichtingen uit hoofde van de Transparantierichtlijn niet behoeven te worden nageleefd. Aangezien een WSW-instelling met een taak van algemeen economisch belang is belast, dient een WSW-instelling een gescheiden boekhouding te voeren.

270 Verordening 2204/2002 van de Commissie betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op werkgelegenheidssteun, PbEG 2002, L 337/3

Aanbestedingsrechtelijke aspecten

C.308 Blijkens een arrest van het HvJEG²⁷¹ zal de WSW-instelling niet geweerd kunnen worden van gunning van een opdracht terzake, enkel vanwege het feit dat de WSW-instelling subsidie ontvangt waardoor zij een voorsprong op haar concurrenten heeft. Het beginsel van gelijke behandeling wordt niet geschonden door het loutere feit dat de aanbestedende dienst lichamen die subsidie ontvangen toelaat tot een procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten, waardoor die lichamen aanbiedingen kunnen doen waarvan de prijzen veel lager zijn dan die van hun mededingers die geen subsidie ontvangen. Immers indien de communautaire wetgever de aanbestedende dienst had willen verplichten deze inschrijvers uit te sluiten, zou hij dat uitdrukkelijk hebben verklaard.

C.309 Blijkens de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen kan zelfs bepaald worden dat opdrachten voorbehouden kunnen worden aan WSW-instellingen (zie Bijlage A paragraaf 1.4).

Bestuursrechtelijk vangnet

C.310 Wanneer een sociale werkvoorziening handelt in strijd met artikel 5 WSW, kan een concurrent die belanghebbende is, een verzoek om handhaving van de WSW doen bij het bevoegde gezag. Tegen een weigering om handhavend op te treden staan voor een belanghebbende bezwaar en beroep open.

Onrechtmatige overheidsdaad

C.311 In plaats van een verzoek om handhaving kan een gedupeerde in geval van strijd met artikel 5 WSW ook een actie uit onrechtmatige daad instellen bij de burgerlijke rechter. Hiertoe kan onder andere worden verwezen naar een uitspraak van Rechtbank Leeuwarden. In deze casus verstreekte een Bureau voor Rechtshulp in strijd met de Wet op de rechtsbijstand betaalde adviezen aan rechtzoekenden die niet voor gefinancierde rechtsbijstand in aanmerking kwamen. De Orde van Advocaten in het arrondissement Leeuwarden vorderde vervolgens een verbod om de betalende rechtshulp uit te oefenen. De Rechtbank overwoog het volgende:

“ De omstandigheid dat vorenbedoelde handelwijze van SRF in strijd is te achten met de Wrb, betekent naar het oordeel van de rechtbank echter niet, dat die daad reeds uit dien hoofde jegens eisers als onrechtmatig is aan te merken. Uit voorschriften noch doelstellingen van de Wrb kan namelijk afgeleid worden dat deze geschreven zijn ter bescherming van de (economische) belangen van de advocatuur op het terrein van de rechtsbijstand aan draagkrachtigen. Het vorenstaande laat naar het oordeel van de rechtbank echter onverlet, dat de met de Wrb strijdige handelwijze van SRF Pn SJD uit anderen hoofde jegens eisers als onrechtmatig dient te worden aangemerkt. De rechtbank acht voldoende aannemelijk dat gedaagden advocaten zoals eisers op oneerlijke wijze concurrentie aandoen en aldus handelen in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid die zij volgens ongeschreven recht jegens eisers in acht hebben te

271 C-94/99, HvJ EG arrest van 7 december 2000

nemen: door vanwege de overheid verstrekte subsidiegelden hebben SRF en SJD vanuit kosten oogpunt bij het voeren van de betalende marktpraktijk een ongeoorloofde voorsprong op eisers, waarbij komt dat gedaagden profijt trekken van de sterke naam en positie die SRF als Buro voor Rechtshulp op grond van de Wrb heeft verkregen op het terrein van de gefinancierde rechtshulp. Niet bestreden is ook dat SJD een voorkeurspositie inneemt voor wat het door SRF doorverwijzen van cliënten betreft. Voldoende aannemelijk is naar het oordeel van de rechtbank dat eisers sub 2 en 3 (advocaten) als gevolg van de gedragingen van SRF en SJD nadeel leiden in de vorm van m.n. omzetverlies en dat hierdoor een gezonde bedrijfsvoering in gevaar kan komen. Eiser sub 1 (de Orde) heeft als publiekrechtelijke rechtspersoon een voldoende eigen belang bij toewijzing van het gevorderde uit hoofde van haar uit de Advocatenwet voortvloeiende taak om een behoorlijke uitoefening van de advocatenpraktijk te bevorderen en in dat kader op te komen voor de rechten en belangen van de advocatuur in het arrondissement Friesland.”

C.312 Wanneer geen sprake is van overtreding van de WSW zal, gelet op de doelstellingen van de WSW en de daarover in de maatschappij levende gevoelens (zoals bijvoorbeeld het bieden van een vangnet voor gehandicapten) niet snel sprake zijn van een onrechtmatige daad.

Aan energielevering gerelateerde activiteiten door energie distributie bedrijven

Beschrijving van de klachten

C.313 Gerelateerde klachten: 80, 263.

C.314 De volgende klachten geven een goed beeld van de gerelateerde klachten in het klachtenbestand:

- Energiemaatschappij Essent beheert de premieregeling voor zonneboilers en verkoopt deze ook. Een onderneming dat zich specialiseert in milieutechniek klaagt dat dit functievermenging is.
- Energie Distributie Bedrijven (EDB's) houden zich bezig met commerciële activiteiten als installatie- en elektronische werkzaamheden, installatie, onderhoud, verhuur, verkoop e.d. van installaties, advies, afvalverwerking en milieudiensten. Echter EDB's kunnen gebruik maken van o.a. energiebatens en heffingen.

Economische analyse

C.315 In de afgelopen 5 jaar is de markt voor energie door een grote transitie gegaan. Vanaf 1 juli 2004 zijn alle huishoudelijke klanten in Nederland vrij om een eigen energieleverancier te kiezen. Daarvoor waren grote zakelijke en industriële klanten vrij om van leverancier te wisselen. Klanten zijn niet langer gebonden aan het lokale of regionale energiebedrijf. Energiemaatschappijen zijn zelfstandige vennootschappen die vennootschapsbelasting plichtig zijn. Om concurrentie te stimuleren, en te waken tegen machtsmisbruik, is er een speciale toezichthouder opgericht. De Dienst uitvoering en toezicht Energie (DTe) houdt toezicht op de uitvoering van de Elektriciteitswet 1998, de Gaswet (2000) en de Interventiewet (2004). De taken en bevoegdheden zijn recentelijk uitgebreid met de Interventiewet. DTe bepaald de toegangstarieven voor het netwerk en heeft inzicht in de leveringstarieven die worden berekend voor stroomleveranties.

C.316 De energiemarkt bestaat uit een aantal grote spelers. Dit komt door de aanwezigheid van schaalvoordelen en het feit dat de energiesector kapitaalintensief is. Zo zijn er drie bedrijven die nationaal concurreren voor stroomlevering (Essent, Eneco, en Nuon) en vier partijen die stroom produceren (Essent, Nuon, Electrabel, en E.On).

C.317 Sinds de liberalisering van de energiemarkt hebben traditionele energiebedrijven zich op andere commerciële activiteiten gericht. Naast levering van stroom, hebben de meeste bedrijven ook aanverwante diensten aangeboden. Deze zijn o.a. onderhoud en installatie van verwarming, beveiliging, e.d. Voor alle nevenactiviteiten die bestaande energieleveranciers ontplooiën is de Wet Energiedistributie van toepassing. Deze stelt o.a. dat deze activiteiten niet onder dezelfde naam mogen worden verkocht. Deze wet komt nog uit de tijd dat alle huishoudelijke klanten gebonden waren. Onder die omstandigheden hadden de energiebedrijven een mogelijke machtspositie die zij zouden kunnen

benutten, doordat klanten niet vrij waren om van leverancier te wisselen. Sinds liberalisering zijn klanten niet gebonden: volgens DTe zijn 30 procent van industriële verbruikers geswitcht van leverancier, en 35 procent van klein zakelijk of huishoudelijke klanten.

C.318 De aanverwante diensten die door bedrijven actief in de energiesector worden aangeboden zijn relatief homogeen en vergelijkbaar. De energiebedrijven hebben overnames gepleegd om een nationale aanbieder van diensten te kunnen realiseren. Kleinere lokale spelers voelen hierdoor competitieve druk, doordat de grote spelers schaalvoordelen kunnen benutten. Zij stellen dat dit een verstoring van de markt is, aangezien de energiebedrijven in eigendom zijn van regionale of lokale overheden. Dit aandeelhouderschap beperkt zich echter tot het houden van aandelen. Actieve steun wordt niet gegeven. Kleinere spelers kunnen nadeel ondervinden van de schaalgroten van de energiebedrijven die daardoor wellicht een gunstigere kostenpositie zullen hebben. Deze schaalgroten is echter geen gevolg van markt en overheid. Sinds de markt voor de levering van energie is geliberaliseerd, kunnen consumenten onbeperkt van aanbieder veranderen. De energiemaatschappijen hebben dus, anders dan in het verleden toen energiemaatschappijen in hun gebied monopolist waren, geen exclusieve relatie met consumenten. Het is dan ook onwaarschijnlijk dat zij hun positie op de leveringsmarkt kunnen gebruiken om marktaandeel te veroveren. Ook zijn er in de markt voor aan energie gerelateerde diensten meerdere landelijk opererende spelers die over voldoende schaalgroten beschikken, om energiebedrijven tegenwicht te bieden.

C.319 Omdat de energiebedrijven op de markt een positie willen veroveren, is het mogelijk dat voor een beperkte periode verliezen worden geaccepteerd. Dit is echter niet direct als kruissubsidiëring aan te merken omdat het veroveren van marktaandeel meestal gepaard gaat met verliezen. Omdat aan energie gerelateerde diensten niet als klantenbinding worden gebruikt, zal een situatie waarin verliezen worden gecompenseerd door winstgevendende diensten (kruissubsidiëring) dan ook niet langdurig standhouden.

Economische analyse: conclusie

C.320 De markt voor energie is volledig geliberaliseerd. Traditionele energiebedrijven hebben niet langer een gebonden klantenbestand. Bij het vrijkomen van de markt mogen deze bedrijven ook hun dienstenpakket verder uitbreiden. Hoewel de energiebedrijven (vooralsnog) eigendom zijn van lokale en regionale overheden, opereren zij als volledig zelfstandige bedrijven onder de structuur vennootschap. De toezichthouder DTe houdt toezicht op de energiesector. Gezien het intensieve karakter van het toezicht en de handhaving door de DTe, alsmede de bijzondere aandacht die de NMA voor de sector heeft, is de verwachting dat er geen verstoring van de mededinging plaatsvindt. Ook is het bedrijfseconomisch gezien niet zinvol om kruissubsidiëring toe te passen.

Juridische analyse

C.321 De klachten komen erop dat energiedistributiebedrijven naast hun wettelijke taak andere activiteiten verrichten en dat de klagende ondernemingen deze handelwijze als oneerlijke concurrentie bestempelen. De klachten variëren van functievermenging tot kruissubsidiëring. De klacht over functievermenging ziet op de toepassing van de Energiepremieregeling. Deze regeling is echter per 16 oktober 2003 afgeschaft.

C.322 De overige klachten dateren van voor 14 juli 2004. Op deze klachten is artikel 12 van de Wet Energiedistributie nog van toepassing²⁷². Vanaf die datum bevatten de artikelen 17 en verder van de Elektriciteitswet 1998 regels over oneerlijke concurrentie door de netbeheerders²⁷³.

C.323 De gedragingen kunnen verder een inbreuk vormen op artikel 24 van de Mededingingswet /artikel 82 van het EG-Verdrag (misbruik van een economische machtspositie) en/of artikel 87 van het EG-Verdrag (verbod op steunmaatregelen). Ter rechtvaardiging zou wellicht een beroep kunnen worden gedaan op de uitzondering voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang.

C.324 Gezien het algemene karakter van de klacht en vanwege het ontbreken van achtergrondinformatie zullen wij de klacht over het verrichten van activiteiten door EDB's alleen aan de hand van de sectorspecifieke regelgeving beoordelen.

Sectorspecifieke regelgeving

C.325 Artikel 12 van de Wet Energiedistributie bevatte regels voor het verrichten van activiteiten in concurrentie met derden. Krachtens dit artikel dienden commerciële activiteiten in een andere rechtspersoon te zijn ondergebracht dan aan de rechtspersoon waaraan het distributiebedrijf toebehoort. Activiteiten die verband houden met het leveren van energie (zoals bijvoorbeeld het bevorderen van duurzaam gebruik en het uitoefenen van controles voor een veilig functioneren van toestellen en installaties) mogen evenwel door de laatstgenoemde rechtspersoon worden uitgeoefend. Dit artikel bevatte derhalve geen verbod op het verrichten van commerciële activiteiten. Wel bevatte dit artikel een verbod op bevoordeling van de aparte rechtspersoon door het distributiebedrijf. Het artikel noemt een aantal voorbeelden van bevoordeling, zoals het verstrekken van gegevens over individuele gebruikers op gunstiger voorwaarden dan derden of het leveren van diensten tegen lagere prijzen dan voor derden.

C.326 Met ingang van 14 juli 2004 is artikel 12 van de Wet Energiedistributie vervangen door de artikelen 17 tot en met 19 van de Elektriciteitswet 1998. De artikelen 17, 17a en 19 richten zich tot de netbeheerders. Artikel 18 bevat een soortgelijke regeling als artikel 12 van de Wet Energiedistributie.

272 Stb 1996, 642

273 Stb 2004, 443

C.327 Vanwege het ontbreken van duidelijke achtergrondinformatie bij de klachten kunnen we niet beoordelen of destijds de voorwaarden van artikel 12 van de Wet Energiedistributie dan wel thans de voorwaarden van de Elektriciteitswet 1998 zijn geschonden.

WSW instelling		Structuur	Gedrag	Uitkomst Consumenten	Bedrijven	Overheid	Totaal
Direct effect	Lokaal	De energiemarkt bestaat uit een aantal grote spelers. Sinds liberalisering richten deze spelers zich ook op andere commerciële activiteiten.	Verhevigde (nieuwe) concurrentie. Risico op kruissubsidiëring tussen energielevering en overige activiteiten van energimaatschappijen.	Korte termijn: lagere prijzen voor consumenten. Mogelijke uittrekking van bestaande partijen, kan leiden tot hogere prijzen op langere termijn.	Lagere marges en uittrekking van bestaande bedrijven door onvermogen om met nieuwe grote spelers te concurreren.	n.v.t.	
	Geaggregeerd	Idem	Idem	Idem	Idem	Idem	
Indirect effect	Andere sectoren			n.v.t.	n.v.t.	n.v.t.	
	Andere afnemers			n.v.t.	n.v.t.	n.v.t.	
PM				Consument heeft meer keuze. Een loket met meerdere diensten. Een aanspreekpunt.			
Mate van verstoring							Laag
Omvang geaggregeerd							Laag

Tabel C.21

Het ontbreken van concurrentie door de instelling van een OUBR of DAEB

C.328 Verklarende woordenlijst:

- OUBR: Onderneming met een Uitsluitend of Bijzonder Recht
- DAEB: Dienst van Algemeen Economisch Belang

Beschrijving van de klacht

C.329 Gerelateerde klachten: 259, 264

C.330 De volgende klachten geven een goed beeld van de gerelateerde klachten in het klachtenbestand:

- Keboma heeft een exclusief recht op het keuren van hijskranen. Een internationaal commercieel keuringsorgaan heeft daardoor geen mogelijkheid om de Nederlandse markt te betreden.
- KIWA heeft eveneens voor een aantal keurings- en certificeringsactiviteiten een wettelijk monopolie.
- Verispect, onderdeel van het Nederlands Meet Instituut (NMI) heeft het alleenrecht om in het kader van de IJkwet keurings- en certificeringsactiviteiten uit te voeren.

Economische analyse

C.331 Kern van de zaak is dat de overheid een bepaalde wettelijke taak exclusief aan één commerciële partij gunt. Concurrentie op deze markten is niet mogelijk. Van oudsher worden deze activiteiten (vaak) door overheidspartijen ontplooid. Overheden hechten aan deze activiteiten waarde, bijvoorbeeld omdat zij essentieel zijn voor het functioneren van de markteconomie (het eiken van weegschalen) of omdat de overheid het als zijn taak ziet de veiligheid van burgers te bewaken (keuring van hijskranen).

C.332 Recentelijk zijn deze organisaties op grotere afstand van de overheid geplaatst. De overheid heeft echter geen wijzigingen aangebracht in de wettelijke bepalingen dat deze ondernemingen in die markt als enige de autorisatie hebben om bepaalde keurmerken uit te geven of controles uit te voeren. Omdat de overheid voor deze markten heeft bepaald dat er geen concurrentie zal plaatsvinden, is het ook niet mogelijk dat er in deze markten een M&O-probleem ontstaat.

C.333 Dit probleem kan wel ontstaan als deze ondernemingen, met een wettelijk vastgelegd monopolie, hun eventuele monopoliewinsten gebruiken om op andere markten posities op te bouwen. De klachten zijn echter specifiek gericht op het feit dat de overheid deze bedrijven een monopolie heeft toegestaan en niet op eventuele kruissubsidiëring van door monopoliewinsten.

OUBR en DAEB	Structuur	Gedrag	Uitkomst Consumenten	Bedrijven	Overheid	Totaal
Direct effect	Landelijk	Toetreding door andere partijen is door wettelijk vastgesteld monopolie niet mogelijk.	Weinig tot geen concurrentie.	Geen keuze en hoge prijs.	Toetreding niet mogelijk.	Slechts toezicht benodigd op de wettelijke monopolist.
Indirect effect	Andere sectoren			n.v.t.	Monopolist heeft inkoopmacht bij toeleveranciers. Dit kan leiden tot "te" lage prijzen voor toeleveranciers.	n.v.t.
	Andere afnemers			n.v.t.	n.v.t.	n.v.t.
PM				Veiligheid van consument wordt gewaarborgd.		Hoge kwaliteit van dienstverlening gewaarborgd.
Mate van verstoring						Geen
Omvang geaggregeerd						Geen

Tabel C.22

Juridische analyse

C.334 De klachten komen erop neer dat private ondernemingen bepaalde activiteiten niet mogen uitoefenen, aangezien de overheid deze voor bepaalde bedrijven heeft voorbehouden. De klachten richten zich dus eigenlijk tegen de overheid en niet tegen de ondernemingen waaraan het uitsluitende recht is verleend. De verlening van een uitsluitend recht kan een inbreuk vormen op de verplichting van de Lid-Staten geen maatregelen te nemen of te handhaven die in strijd met artikel 82 van het EG-Verdrag (artikel 86 lid 1 van het EG-Verdrag).

Verplichting Lid-Staten

C.335 De betreffende ondernemingen is een uitsluitend recht verleend in de zin van artikel 86 lid 1 van het EG-Verdrag. De omstandigheid dat de overheid een uitsluitend recht heeft verleend, brengt niet automatisch met zich dat sprake is van misbruik. Niettemin kan de enkele uitoefening door de onderneming waaraan het uitsluitend recht is verleend misbruik opleveren. Hiervan is sprake wanneer de betrokken onderneming niet in staat is aan de vraag naar de dienst die het uitsluitend recht omvat te voldoen²⁷⁴ of wanneer het uitsluitend recht een situatie kan doen ontstaan waarin de betrokken onderneming tot misbruik van haar economische machtspositie wordt gebracht²⁷⁵. In de laatste situatie is het niet van belang of er daadwerkelijk sprake is van misbruik²⁷⁶.

C.336 Op basis van de beschikbare informatie kunnen wij niet beoordelen of hiervan sprake is.

274 C-41/90, HvJEG 23 april 1991, JUR 1991, p. I-1979 (Höner & Pöschel)

275 C-260/89, HvJEG 18 juni 1991, JUR 1991, p. I-2925 (ERT)

276 C-163/96, HvJEG 12 februari 1998, JUR 1998, p. I-593 (Porto di Genoa II)

D Geraadpleegde literatuur en experts

Lijst met geraadpleegde literatuur

- Andersen Consulting, Onderzoek naar administratieve lasten veroorzaakt door het wetsvoorstel markt en overheid (2002)
- Atos Consulting, Onderzoek naar de kosten van de aanpassing van de administratie als gevolg van de gedragsregel verbod op kruissubsidiëring (2005)
- Atos KPMG Consulting, Marktactiviteiten van gemeenten, provincies en waterschappen. Onderzoek naar soort, aantal en omvang (2002)
- Atos KPMG Consulting, Overheidsbedrijven in Nederland. Onderzoek naar aantal en omzet (2002)
- Atos KPMG Consulting, Onderzoek naar risico's op kruissubsidiëring en functievermenging bij gemeenten, provincies en waterschappen (2003)
- Bureau Bartels, Evaluatie van de aanwijzingen inzake het verrichten van marktactiviteiten door organisaties binnen de overheid (2001)
- Bureau Bartels, Evaluatie van de aanwijzingen, tweede fase (2002)
- K. Adamantopoulus, "State Aid and Public Undertakings with Specific Reference to the Airline Sector" in in: A. Biondi, P. Eeckhout en J. Flynn, "The law of state aid in the European Union", Oxford University Press, Oxford, 2004
- C. Bellamy en G. Child, "European Community Law of Competition", Sweet & Maxwell, Londen, 2001
- EIM, Economische effecten van concurrentievervalsing door organisaties met exclusieve marktrechten (1998)
- A. Gerbrandy, B. Hessel, "Mededingingsrecht voor decentrale overheden", Kluwer, Deventer, 2004
- L. Hancher en J-L Buendia Sierra, "Cross-subsidization and EC Law", CMLRev 1998, p. 901-945
- L. Hancher, T. Ottervanger, PJ Slot, "E.C. State Aids", Sweet & Maxwell, Londen, 1999

- B. Hessel, A. Neven, “Staatssteun en EG-Recht”, Kluwer, Deventer, 2001
- B. Hessel, “Ontwikkelingen rond staatssteun en diensten van algemeen economisch belang na het Altmark-arrest”, De gemeentestem 2004, p. 405-412
- K. Mortelmans, H. Temmink, “Het wetsvoorstel Markt en Overheid in een Europeesrechtelijk perspectief: concurrerende stelsels?”, NTER 2002, nr. 10, p. 242-253
- L. Ritter, W.D. Braun, “European Competition Law: A Practitioner’s Guide”, Kluwer Law International, Den Haag, 2004
- C. Rizza, “The Financial Assistance Granted by Member States to Undertakings Entrusted with the Operation of Service of General Economic Interest” in: A. Biondi, P. Eeckhout en J. Flynn, “The law of state aid in the European Union”, Oxford University Press, Oxford, 2004
- H. de Ru, J. Peters, J. Sylvester, “De Wet markt en overheid”, Monografieën Overheid & Markt, SDU, Den Haag, 2003
- SER-advies, Markt en Overheid, publicatienummer 99/12, Den Haag (1999)
- SER-ontwerpadvies, Ondernemerschap in publieke dienstverlening, Den Haag (2005)
- R. D’Sa, “European Community Law on State Aid”, Sweet & Maxwell, Londen, 1998
- R. van den Tweel, “De Commissie introduceert nieuwe categorieën toelaatbare steun”, De Gemeentestem 2004, p. 412-418
- H. Vedder, “Mededinging en milieu: knelpunten en kansen”, Centrum voor Milieurecht UvA, 2001
- U. Rosenthal, A.B. Ringeling e.a., “Openbaar bestuur. Beleid, organisatie en politiek”, Samson HD Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn, 1996.

Geraadpleegde experts

1. Mevrouw dr. B. Baarsma (SEO)
2. Drs. J. van der Lei (VNG)
3. Mr. A. Vermeulen (VNO-NCW)
4. Drs. J. Rats (MKB Nederland)
5. Mevrouw drs. Y. Groenstege (VSNU)
6. Dr. C. van Montfort (Algemene Rekenkamer)
7. Prof. B. Hessel (Universiteit Utrecht)
8. Prof. mr. W. Wedekind (Universiteit van Amsterdam)
9. Steffen Sühnel (PricewaterhouseCoopers)



PricewaterhouseCoopers Advisory N.V.
Oostduinlaan 2
2596 JM Den Haag
Postbus 30715
2500 GS Den Haag

Telefoon: (070) 342 28 21
Telefax: (070) 342 60 75

PricewaterhouseCoopers Advisory N.V. is gevestigd te Amsterdam, ingeschreven in het Handelsregister aldaar onder nummer 34180286.