

WANNEER KUNNEN GEMEENTEN MET HET MEDEDINGINGSRECHT TE MAKEN KRIJGEN?

een belangrijk rechtsgebied voor de gemeente als onderneming maar ook als overheid

(verschenen in *de Gemeentestem* 2005, 7221, p. 1 – 11)

mr. Anna Gerbrandy en prof.dr. Bart Hessel

De laatste jaren zien we een toenemende belangstelling bij gemeenten voor het Europese recht, met name voor de Europese regels inzake staatssteun. Dat geldt echter niet voor het sterk verwante terrein van het mededingingsrecht. Gemeentebestuurders en –ambtenaren die regelmatig in de krant lezen dat de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) de fietsenfabrikanten, de notarissen of de bouwkartels aanpakt zullen wellicht blij zijn met hun functie in het openbaar bestuur. Ondanks de eerdere, zeer verhelderende publicatie van mr. B. van den Berg, in de *Gemeentestem*¹ realiseren gemeenten zich nog onvoldoende dat ook zij zeker met de NMa te maken kunnen krijgen in hun rol als onderneming en dat een groot aantal gemeenten hen al voor is gegaan.

Dat gemeenten als onderneming de NMa op hun weg kunnen vinden, moet verklaard worden uit de invoering van de Mededingingswet in 1998 (hierna: Mw). Deze wet, die in afwijking van haar voorgangster, de Wet economische mededinging (WEM), een verbodsstelsel kent, is sterk geënt op het Europees mededingingsrecht dat zijn basis vindt in de artikelen 81, 82 en 86 van het EG-Verdrag. De Nederlandse Mededingingswet kijkt naar bepaald gedrag van ondernemingen dat de mededinging op (een deel van) de Nederlandse markt verstoort. Door de aandacht op die nationale markt is het mededingingsrecht van groot belang geworden voor de gemeenten. Ook kleinere gemeenten kunnen immers gemakkelijk betrokken zijn bij gedragingen die de mededinging op (een deel van) de Nederlandse markt kunnen verstoren. Denk bijvoorbeeld aan prijsafspraken met de plaatselijke muziekschool of afspraken met een aantal architecten voor het ontwerpen van nieuwbouw.

Gemeenten kunnen natuurlijk ook met het Europese mededingingsrecht geconfronteerd worden en dat maakt het leerstuk van het mededingingsrecht extra ingewikkeld, zeker omdat het Europese mededingingsrecht, in afwijking van de Mededingingswet ook regels kent voor de overheid 'als overheid'. De Europese mededingingsregels zien namelijk toe op bepaald gedrag van ondernemingen maar ook van de overheid dat de mededinging op de gemeenschappelijke markt verstoort en de handel tussen de lidstaten ongunstig kan beïnvloeden.

In het onlangs verschenen vierde deel van de Kluwerserie Europees recht voor decentrale overheden hebben wij getracht dit complexe terrein voor de decentrale overheden in kaart te brengen.² Het blijkt dat het mededingingsrecht met name voor gemeenten van groot belang is.

In deze bijdrage willen we kort verslag doen van onze bevindingen en daarmee de betekenis van het mededingingsrecht voor gemeenten verduidelijken. In het navolgende geven wij allereerst aan met welke mededingingsregels gemeenten geconfronteerd kunnen worden in hun rol van onderneming en als overheid. Daarna willen we aan de hand van een uitgewerkte casus laten zien onder welke omstandigheden deze verschillende mededingingsregels relevant worden voor gemeenten.

¹ B. van den Berg, *De gemeente als onderneming in het kader van de Mededingingswet*, *Gst*, 7194, p. 164.

² Anna Gerbrandy, Bart Hessel, *Mededingingsrecht voor decentrale overheden, in hun rollen als onderneming en als overheid*, deel 4 serie Europees recht voor decentrale overheden, Kluwer 2004.

1. Met welke mededingingsregels kunnen gemeenten te maken krijgen?

In het algemeen kan worden gesteld dat gemeenten met het Nederlandse en het Europese mededingingsrecht te maken kunnen krijgen in hun rol als onderneming. Wanneer zij optreden als overheid kunnen zij met het Europese mededingingsrecht van doen hebben.

1.1 Mededingingsrecht voor de gemeente als onderneming

In het Europees mededingingsrecht wordt gewerkt met het ruime ondernemingsbegrip uit het Höfnerarrest, dat de lezers zullen herkennen van de Europese regels voor staatssteun.³ Volgens het Höfnerarrest is een onderneming 'elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd.' Bij een economische activiteit moet gedacht worden aan het aanbieden van goederen of diensten op de markt.

De consequentie is dat een gemeente(instelling) die op de commerciële toer gaat een onderneming is in de zin van het Europese mededingingsrecht. Omdat de Mededingingswet het Europese begrip hanteert, is die gemeente ook een onderneming in de zin van het Nederlandse mededingingsrecht.

De gemeente als onderneming kan daarmee te maken krijgen met het verbod van artikel 81 EG om - onder meer - mededingingsversturende ondernemingsafspraken te maken en met het verbod van artikel 82 EG om misbruik te maken van haar economische machtspositie op de gemeenschappelijke markt. Maar de gemeente als onderneming zal veel eerder te maken kunnen krijgen met soortgelijke verboden in de Mededingingswet: het verbod van artikel 6 Mw op ondernemingsafspraken die de mededinging op een deel van de Nederlandse markt verstoren en het verbod van artikel 24 Mw op misbruik van een machtspositie op die markt. Op het verbod van artikel 6 kent de Mededingingswet een aantal uitzonderingen, waaronder de uitzondering van artikel 6, lid 3 die geldt wanneer aan vier cumulatieve voorwaarden is voldaan⁴ en de uitzondering voor ondernemingen die belast zijn met een dienst van algemeen economisch belang.

Inmiddels heeft de directeur-generaal van de NMa zich in een omvangrijk aantal zaken (deels op grond van klachten, deels op eigen initiatief) gebogen over de vraag wanneer een gemeente optreedt als onderneming en wanneer niet. Dat is met name het geval wanneer zij uitvoering geeft aan overheidsprerogatieven. Zoals uit de eerdere bijdrage van Van den Berg blijkt, is hierover ook rechtspraak van de rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Wanneer de gemeente een overheidsprerogatief uitoefent (voorbeelden daarvan zijn toezicht, subsidieverlening en ophalen van huishoudelijk afval), is de Mededingingswet niet van toepassing, maar haar handelen als onderneming kan dus wel getoetst worden aan de artikelen 6 en 24 Mw. Zo weten wij inmiddels dat de gemeente bijvoorbeeld met de Mededingingswet te maken krijgt wanneer zij als eigenares van de grond activiteiten verricht, zoals verkoop, uitgifte in erfpacht of afspraken met architecten en notarissen, bij het ophalen en laten verwerken van bedrijfsafval en bij contacten met woningbouwverenigingen. Dergelijke afspraken kunnen verboden afspraken zijn in de zin van artikel 6 Mw. Ook gemeentelijke havens, campings en andere commerciële activiteiten,⁵

³ HvJEG, zaak C-41/90, Höfner, *Jur.* 1991, p. I-1979.

⁴ Die voorwaarden zijn: bijdragen tot de productie/distributie of de economische/technische vooruitgang, een billijk aandeel van de voordelen doorgeven aan gebruikers, beperkingen die niet verder gaan dan noodzakelijk en het overblijven van voldoende restconcurrentie.

⁵ De omvang van commerciële activiteiten van overheidsorganisaties is groot, zo blijkt uit recente kamerstukken: hiermee is een omzet gemoeid van 2,5 mld euro op jaarbasis (Algemeen overleg en heroverweging problematiek n.a.v. intrekking wetsvoorstel Markt en Overheid, *Kamerstukken II* 2004-2005, 28050, nr. 9).

net als overheidsbedrijven in bijvoorbeeld de nutssector, kunnen met deze verboden te maken krijgen.

Burgers die zich door een gemeente onheus bejegend voelen stappen regelmatig naar de NMa met een klacht dat de gemeente zich schuldig maakt aan misbruik van haar machtspositie. Ook daarvan zullen we in het navolgende verschillende voorbeelden geven. Het zal blijken dat daarbij ingewikkelde vragen rijzen.

1.2 Mededingingsrecht voor de gemeente als overheid

De indruk zou kunnen bestaan dat de gemeente aan het mededingingsrecht ontsnapt wanneer zij niet als onderneming handelt maar optreedt in haar rol als overheid. Dat is echter alleen maar het geval wanneer de gevolgen van haar handelen beperkt zijn tot de Nederlandse markt of een deel daarvan. De Mededingingswet kent namelijk alleen regels voor ondernemingen. Wanneer het gemeentelijk handelen (ook) onder het Europese mededingingsrecht valt, omdat het relevant is voor de gemeenschappelijke markt, komt de zaak anders te liggen. De artikelen 81 en 82 EG hebben weliswaar betrekking op het gedrag van ondernemingen, maar voor de overheid als overheid gelden afzonderlijke bepalingen.

In de eerste plaats heeft het Hof van Justitie in zijn rechtspraak de zogenaamde 'nieuwe norm' (of nuttig-effect norm) ontwikkeld. Deze houdt onder meer in dat de overheid die mededingingsbeperkende afspraken tussen ondernemingen stimuleert of versterkt met behulp van het beginsel van gemeenschapstrouw (artikel 10 EG) ook via de artikelen 81 of 82 EG kan worden aangepakt. Wanneer de gemeente bijvoorbeeld als onderneming partij is bij prijsafspraken over verwerking van bedrijfsafval, kan voor haar het verbod van artikel 81 EG aan de orde komen. Wanneer de gemeente als overheid afspraken over ophalen en verwerking tussen de marktpartijen bevordert of versterkt, kan de nieuwe norm in het vizier komen. In beide gevallen is de hamvraag wat de relevante markt is: de lokale, de regionale, de nationale of (een deel van) de gemeenschappelijke.⁶

In de tweede plaats kent het EG-Verdrag in artikel 86, lid 1 EG een belangrijke mededingingsregel voor de overheid als overheid. Wanneer de overheid als overheid aan een onderneming een exclusief recht verleent – bijvoorbeeld het exclusieve recht om afval te verbranden of een andersoortige concessie – kan zij onder omstandigheden in strijd met artikel 86, lid 1 EG handelen, met name wanneer het exclusieve recht leidt tot misbruik van machtspositie. De onderneming die misbruik maakt van haar exclusieve recht kan worden aangepakt via artikel 82 EG en de overheid handelt dan in strijd met artikel 86, lid 1 EG.⁷ Het verlenen van een exclusief recht door de overheid kan echter onder omstandigheden gerechtvaardigd worden. In het geval van de inzet van een high-tech verbrandingsoven bijvoorbeeld om de noodzakelijke investeringskosten er uit te halen. In dat geval kunnen zowel de betrokken onderneming als de betrokken overheid een beroep doen op de ingewikkelde uitzondering van artikel 86, lid 2 EG. Op grond van dat artikel, dat inmiddels na het Altmark-arrest ook bekend zal zijn uit de sfeer van de staatssteun, kunnen ondernemingen die belast zijn met een dienst van algemeen economisch belang verlichting krijgen van de mededingingsregels als de toepassing daarvan de vervulling van hun bijzondere taak feitelijk of rechtens verhindert.⁸

⁶ Wij besteden in hoofdstuk 4 van ons boek aandacht aan de nieuwe norm en de jurisprudentie daarover (Gerbrandy, Hessel, t.a.p., p. 213-230).

⁷ Op artikel 86, lid 1 EG gaan wij eveneens in hoofdstuk 4 van ons boek verder in (Gerbrandy, Hessel, t.a.p., p. 230-243).

⁸ Ook hieraan besteden wij uitgebreid aandacht in ons boek, in hoofdstuk 5 (Gerbrandy, Hessel, t.a.p., p. 265-299).

Er is belangrijke rechtspraak van het Hof van Justitie over deze artikelen 82 en 86 EG, waarbij decentrale overheden exclusieve rechten hebben verleend, bijvoorbeeld in de sfeer van de postbezorging of het ambulancevervoer.

1.3 Gemeentelijke dwang op ondernemingen

In dit verband willen wij ook nog wijzen op de situatie waarin de gemeente als overheid private ondernemingen tot bepaald verboden gedrag verplicht. Wanneer die ondernemingen zo door de overheid in de tang genomen worden, kunnen zij aan een mededingingsrechtelijke veroordeling ontkomen door zich te beroepen op de zogenaamde Ladbroke-doctrine van het Hof van Justitie.⁹ Deze Ladbroke-doctrine wordt ook erkend door de NMa in het Nederlandse mededingingsrecht en speelt daarmee dus ook binnen de context van de Nederlandse markt. Zo heeft de NMa in een aantal zaken over zand- en grintwinning erkend dat de betrokken ondernemingen niet in strijd handelden met artikel 6 Mw, omdat zij door de provincie Noord-Brabant tot de mededingingsbeperkende afspraken werden gedwongen.¹⁰ Omdat de NMa het Nederlandse mededingingsrecht toepaste dat de nieuwe norm niet kent, ging de provincie hier vrijuit. De NMa had echter ook het Europese mededingingsrecht kunnen toepassen omdat het in deze zaak ging om afspraken tussen een aantal grote zandwinners in Nederland en betrokkenheid van ondernemingen uit andere lidstaten. De NMa kon derhalve ook artikel 81 EG toepassen. In dat geval had zij de provincie kunnen veroordelen wegens schending van de nieuwe norm. Traditioneel stelde de directeur-generaal van de NMa zich echter op het standpunt dat hij net zo min als voor het Nederlandse mededingingsrecht bij de toepassing van het Europese mededingingsrecht de nieuwe norm wilde hanteren. In het recente CIF-arrest¹¹ heeft het Hof de nationale autoriteiten echter verplicht nationale regelgeving buiten toepassing te verklaren wegens strijd met de nieuwe norm. Of dat een eerste stap is op weg naar een analoge toepassing van de Europese normen voor de overheid als overheid in de Nederlandse context, moeten we afwachten.¹² Het illustreert in ieder geval de dynamiek van het mededingingsrecht. Daardoor is het nodig dat gemeenten niet alleen kennis nemen van de huidige stand van zaken, maar daarna ook de ontwikkelingen bijhouden.

2. Onder welke omstandigheden kunnen gemeenten met het mededingingsrecht te maken krijgen?

Het zal voor gemeenten niet direct duidelijk zijn onder welke omstandigheden zij nu met de verschillende mededingingsregels te maken kunnen krijgen. In aansluiting op ons boek willen wij aan de hand van een aantal casusposities bij wijze van eerste oriëntatie aangeven wanneer het mededingingsrecht aan de orde komt en met welke regels gemeenten dan te maken kunnen krijgen. Als vertrekpunt nemen we een middelgrote gemeente die overgaat tot uitbreiding van ruimte voor bedrijven en woningen. Aan de hand daarvan kan het brede gemeentelijk terrein dat door mededingingsregels wordt besproken geschetst worden. Daarmee is natuurlijk niet gezegd dat andere decentrale overheden en gemeenten bij andere activiteiten van het mededingingsrecht verschoond blijven.

2.1 Vertrekpunt: een middelgrote gemeente die tot uitbreiding overgaat.

De middelgrote gemeente X groeit als kool en is aan uitbreiding toe van ruimte voor bedrijven en woningen. De gemeente wijzigt hiertoe het bestemmingsplan. In het nieuwe gebied moet zowel plaats zijn voor een bedrijventerrein als voor woningbouw in verschillende

⁹ HvJEG, zaak C-359/95 P, 1997, *Jur.* 1997, p. I-6265. Zie over de Ladbroke-doctrine ook Gerbrandy, Hessel, t.a.p., p. 118, 124 en 244 e.v.

¹⁰ Zaak 620, besluit van 13 augustus 1999, zie over deze zaken Gerbrandy, Hessel, t.a.p., p. 151 e.v.

¹¹ HvJEG, zaak C-198/01, *Jur.* 2003, p. I-8055.

¹² Zie hierover Gerbrandy, Hessel, t.a.p., p. 226 e.v.

categorieën. De gemeente is voor een deel eigenares van de grond, voor een ander deel is de grond in handen van enkele ontwikkelingsmaatschappijen en bouwbedrijven, die deze grond hebben aangekocht toen zij lucht kregen van de plannen van de gemeente. Door de gemeente en andere betrokken instanties wordt een aantal activiteiten ontwikkeld waarbij de vraag opkomt of dat wel is toegestaan op grond van het Europees en/of het Nederlands mededingingsrecht.

2.2 Wijziging bestemmingsplan

Een agrariër uit het gebied dient bij de NMa tegen het plan een klacht in. Hij meent dat de gemeente misbruik maakt van een machtspositie door niet te luisteren naar zijn bezwaren, terwijl de gemeente wel uitgebreid overlegd heeft met de betrokken ontwikkelingsmaatschappijen.

Zoals gezegd, worden gemeenten in toenemende mate geconfronteerd met klachten van burgers bij de NMa over vermeend misbruik van hun economische machtspositie. De NMa kan naar aanleiding van een klacht diepgaand onderzoek doen. Bij een dergelijk onderzoek kunnen bedrijfsbezoeken worden afgelegd en vragen worden gesteld (dat kan dus ook bij een gemeente die optreedt als onderneming). De gemeente wordt in de loop van het onderzoek in ieder geval op de hoogte gesteld van de klacht en kan daarover in de meeste gevallen haar standpunt geven.

De centrale vraag is dan of de gemeente handelt als onderneming of als overheid. De gemeente kan namelijk alleen misbruik maken van een economische machtspositie wanneer zij optreedt als onderneming. Het onderscheid tussen de overheid als onderneming en als overheid is gecompliceerd.¹³ In het algemeen kan gezegd worden dat de overheid niet als onderneming optreedt wanneer zij een overheidsprerogatief uitoefent. In dit geval heeft de gemeente houvast aan de door Van den Berg behandelde uitspraak van het CBb inzake Van Vollenhoven Olie waaruit blijkt dat een gemeente die een bestemmingsplan vaststelt of wijzigt niet als onderneming handelt.¹⁴ De vraag of de gemeente misbruik maakt van een economische machtspositie in de zin van artikel 24 Mw is hier dus niet relevant.

Dat de gemeente als overheid optreedt wil niet zeggen dat zij aan het mededingingsrecht ontsnapt. In dit geval kunnen we echter aannemen dat de Europese dimensie van de gemeenschappelijke markt ontbreekt en er ook anderszins in de casus geen aanknopingspunten zijn voor toepassing van de Europese mededingingsregels voor de overheid als overheid. De Nederlandse Mededingingswet bevat geen regels voor de overheid als overheid. De gemeente ontkomt in dit geval volledig aan de toepassing van het mededingingsrecht.

De klacht zal dus door de NMa worden afgewezen.

2.3 Onroerendgoedtransacties en architectenkeuze bij de ontwikkeling van woningbouw

De gemeente gaat voor de woningbouw in zee met de ontwikkelingsmaatschappijen en bouwbedrijven. Met hen wordt een overeenkomst gesloten: de gemeente koopt de grond van deze bedrijven en geeft deze in erfpacht terug. De ontwikkelingsmaatschappijen en bouwbedrijven zullen op deze grond – en delen van de grond die de gemeente zelf in

¹³ In ons boek besteden wij uitgebreid aandacht aan dit onderscheid (Gerbrandy, Hessel, t.a.p., hoofdstuk 2, p. 29 – 88).

¹⁴ Uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 1 augustus 2003, zaak MEDED 99/1690, en uitspraak van het CBb van 18 april 2003, zaak AWB 01/753. Van den Berg, t.a.p in voetnoot 1. Zie ook uitspraak van de rechtbank Alkmaar van 18 maart 2003, zaak WW44 03/294, AZ-Stadion.

eigendom heeft en die eveneens in erfpacht wordt uitgegeven – woningen bouwen. In de overeenkomst wordt tevens opgenomen welk soort woningen gebouwd dient te worden, en wordt voor een deel van de kavels een maximumverkoopprijs afgesproken. Per deelplan wordt in goed overleg tussen gemeente en bouwbedrijven een aantal architecten geselecteerd die de bebouwing zullen ontwerpen. Mochten de partijen er niet uitkomen welke architecten dat moeten zijn, dan is voorzien in een bemiddelingsregeling, onder uiteindelijke supervisie van de gemeenteraad. Voor de onroerendgoedtransacties wordt gebruik gemaakt van de notaris die volgens een tussen de notarissen - op initiatief van de gemeente - opgesteld toerbeurtsysteem aan de beurt is. In het toerbeurtsysteem zit de hoogte van de tarieven die de gemeente voor de aktes betaalt besloten.

Ook hier is de centrale vraag of de gemeente bij de verschillende te onderscheiden activiteiten handelt als onderneming of als overheid. Vergelijkbare casus zijn in een aantal besluiten van de NMa aan de orde geweest. Daaruit blijkt dat de gemeente die als eigenares van de grond bepaalde onroerendgoed transacties aangaat, bijvoorbeeld uitgifte in erfpacht, in beginsel als onderneming handelt.¹⁵ Dat kan anders zijn wanneer zij specifieke erfpachtclausules hanteert die zij gebruikt ter uitoefening van haar overheidstaak.¹⁶ Ook wanneer de gemeente afspraken maakt met architecten treedt zij meestal op als onderneming.¹⁷

Wanneer de gemeente als onderneming optreedt bij het afspreken van de maximale verkoopprijs en/of bij de architectenkeuze, krijgt ze te maken de mededingingsregels voor ondernemingen zoals geregeld in het Europese mededingingsrecht en in de Mededingingswet. We kunnen voorlopig aannemen dat het Europese mededingingsrecht hier niet aan de orde is, maar het handelen van de gemeente kan zeer wel in strijd zijn met het verbod op mededingingsbeperkende afspraken van artikel 6 Mw. In dat geval komen de vragen aan de orde of de overeenkomst de mededinging op – een deel van – de Nederlandse markt beoogt te verstoren dan wel die verstoring tot gevolg heeft, wat de relevante markt is en of de verstoring merkbaar is.¹⁸

Vergelijkbare toerbeurtafspraken tussen de notarissen zijn werkelijk voorgekomen in Breda.¹⁹ De rol van de overheid hierin was onduidelijk, zodat zij in dit geval de dans ontsprong. Wanneer de gemeente partij is in de overeenkomst, zoals bij de architectenafspraken, wordt ook zij geconfronteerd met de mededingingsrechtelijke verboden. Als zij geen partij is zoals in de Bredase zaak, kan zij als overheid te maken krijgen met de Europese mededingingsregels voor de overheid als overheid (zie paragraaf 1.2 van dit artikel). De centrale vraag is dan of het optreden van de gemeente leidt tot beperking van de mededinging op de gemeenschappelijke markt en tot ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel.²⁰ Als dat het geval is, kan de gemeente geconfronteerd worden met de nieuwe norm (artikel 10 juncto de artikelen 3g en 81 EG). Indien het optreden van de gemeente niet van invloed is op de gemeenschappelijke markt, is de nieuwe norm niet van toepassing. Wanneer de gemeente geen partij is bij de overeenkomst, zoals in het geval van de notarissen te Breda, is het wel goed denkbaar dat de notarissen door de gemeente

¹⁵ Zie bijvoorbeeld besluit d-g NMa van 3 november 1998, zaak 571, H.van Gelder – Gemeente Heiloo. Ook: Gerbrandy, Hessel, t.a.p., p. 43 en de daar genoemde besluiten.

¹⁶ Zaak 101, besluit d-g NMa van 26 november 1998, en rechtbank Rotterdam, uitspraak van 1 augustus 2001, zaak MEDED 99/1874, Amsterdamse Bloemenmarkt. Hierover ook: Gerbrandy, Hessel, t.a.p., p. 73.

¹⁷ Besluit d-g NMa van 4 mei 2000, zaak 1010, Architectenkeuze Den Haag.

¹⁸ Zie voor deze vragen Gerbrandy, Hessel, t.a.p., p. 119 e.v. In de besluiten van de NMa met betrekking tot afspraken tussen gemeenten en architecten was geen sprake van een merkbare beperking omdat het ging om een klein aantal te bouwen objecten.

¹⁹ Zie rechtbank Rotterdam, uitspraak van 18 juni 2003 in zaak MEDED 06/621, Notarissen Breda, in hoger beroep, uitspraak van het CBb van 12 maart 2004, zaak AWB 03/916 en 03/946.

²⁰ Over dit criterium zie Gerbrandy, Hessel, t.a.p., p. 107.

gedwongen zouden worden de mededingingsbeperkende afspraken te maken. In dat geval kunnen zij een beroep doen op de zogenaamde Ladbroke-doctrine. In onze casus is er sprake van een 'initiatief' van de gemeente, maar de vraag is wel of dat voldoende is voor het aannemen van dwang en de toepassing van de Ladbroke-doctrine. Die geldt, zoals gezegd niet alleen in het Europese recht maar ook in het Nederlandse (zie hiervóór, paragraaf 1.3).

Zelfs als de nieuwe norm niet van toepassing is, omdat de afspraken geen beïnvloeding van de interstatelijke handel met zich meebrengen, en de gemeente dus ontsnapt aan toepassing van het mededingingsrecht, dient de gemeente zich af te vragen of het politiek gezien wel gewenst is dat zij aan mededingingsbeperkende afspraken meewerkt, of daartoe zelfs het initiatief neemt. Nu de druk op ondernemingen steeds groter wordt zich aan de mededingingsregels te houden lijkt het ons onjuist dat een gemeente die regels – ook al zijn zij niet op het handelen van de gemeente zelf van toepassing –aan haar laars lapt. In bepaalde gevallen kunnen andere (publieke) belangen natuurlijk zwaar wegen, maar dat is in deze casus moeilijk in te zien.

2.4 Lagere erfpacht voor sociale woningbouw

De grond waarop de sociale woningbouw wordt gebouwd houdt de gemeente in eigendom en wordt uitgegeven in erfpacht aan de woningbouwvereniging. De erfpacht is een stuk lager dan de erfpacht van de 'gewone' huizen twee straten verderop. De bewoners van die huizen verderop hebben zich verenigd in een vereniging van huiseigenaren. Zij stellen bij de NMa dat de gemeente dit onderscheid in de hoogte van de erfpacht niet mag maken en daarbij misbruik maakt van haar machtspositie.

Wederom is de beginvraag of de gemeente handelt als onderneming of niet. Bij het uitgeven van grond in erfpacht is dat meestal wel zo (zie paragraaf 2.3 van dit artikel). De regels van de Mededingingswet zijn dan van toepassing, waaronder het verbod op het maken van misbruik van een machtspositie. Onder misbruik wordt soms ook het voeren van een discriminatoir prijsbeleid verstaan.

Sommige bepalingen van een erfpachtovereenkomst kunnen daarvan echter worden gesplitst. Voor die bepaling dient dan afzonderlijk te worden vastgesteld of de gemeente handelde als onderneming. De vraag is of de gemeente met betrekking tot haar erfpachtbeleid ten aanzien van woningbouwcorporaties nu als onderneming handelt of vanuit haar publieke taak. Is zij onderneming of overheid? Zoals hiervoor duidelijk werd, is in het laatste geval de Mededingingswet niet van toepassing, en kan van misbruik van economische machtspositie op basis van artikel 24 Mw geen sprake zijn. De NMa heeft zich over een dergelijke zaak gebogen in de zaak van de Vereniging Eigen Huis tegen de gemeente Amsterdam.²¹ Daarin werd vastgesteld dat de gemeente bij het hanteren van verschillende erfpachtvoorwaarden niet in strijd handelt met de Mededingingswet omdat zij bij het hanteren van lagere erfpachtcanon voor woningbouwverenigingen een publieke taak uitoefent. De sociale functie van de woningbouwcorporaties is in samenhang met het door de gemeente als overheidsorgaan te voeren volkshuisvestingsbeleid voldoende rechtvaardiging voor het maken van een onderscheid, zo stelde de NMa. Daarmee is echter nog niet gezegd dat woningbouwverenigingen geen ondernemingen zijn, zoals hierna zal blijken.

2.5 Afspraken tussen woningbouwverenigingen

Binnen de gemeente zijn verschillende woningbouwverenigingen werkzaam. Ook in het nieuwe gebied treedt een woningbouwvereniging op. Deze heeft met de andere woningbouwverenigingen binnen de gemeente afgesproken dat zij in hun eigen gebied eerst

²¹ Besluit d-g NMa van 12 september 2002, zaak 2493.

gegadigde zijn voor het ontwikkelen van activiteiten op het terrein van volkshuisvesting. Dit betekent dat de woningbouwvereniging in het nieuwe gebied zorg dient te dragen voor voldoende koop- en huurwoningen van redelijke kwaliteit en voor een leefbaar woonmilieu. De gemeente zal opdrachten op het gebied van volkshuisvesting eerst aan de primaathebbende woningbouwvereniging geven en slechts met haar toestemming andere woningbouwverenigingen benaderen.

Zoals gezegd, neemt het feit dat de woningbouwverenigingen belast zijn met een sociale taak nog niet weg dat zij als ondernemingen kunnen worden beschouwd. In dat geval kunnen zij geconfronteerd worden met het kartelverbod van artikel 6 Mw. Woningbouwverenigingen zijn in de besluiten van de NMa veelvuldig aan de orde gekomen en zijn steeds als onderneming gekwalificeerd, zij bieden diensten aan op de markt voor woningen.²²

In deze casus lijkt er sprake te zijn van mededingingsbeperkende afspraken.²³ De beperking van de mededinging moet merkbaar zijn, hetgeen wil zeggen dat als de invloed op de markt zeer klein is, het verbod niet van toepassing is.²⁴ Waarschijnlijk is er in dit geval wel sprake van een merkbare beperking en is het verbod van artikel 6, lid 1 Mw van toepassing. De volgende vraag is dan of de uitzondering van artikel 6, lid 3 Mw (voorheen de ontheffingsmogelijkheid van artikel 17 Mw) van toepassing is. Wanneer namelijk aan de voorwaarden van artikel 6, lid 3 Mw (voorheen de voorwaarden van artikel 17 Mw) is voldaan, is het verbod niet van toepassing. Deze voorwaarden zijn cumulatief en houden – kortheidshalve – een weging in van de voor- en nadelen voor de mededinging op de markt.

Daarnaast speelt mogelijk ook de uitzondering voor diensten van algemeen economisch belang, neergelegd in artikel 11 Mw. Dit is een uitzonderingsbepaling voor ondernemingen die belast zijn met een publieke taak. Dit begrip is zeer casuïstisch ingevuld, maar het is zeker niet onaannemelijk dat woningbouwverenigingen een dergelijke taak vervullen. Dat is echter nog niet genoeg om aan de uitzondering toe te komen. De beperking van de mededinging moet namelijk nodig zijn om de taak te kunnen uitoefenen. Deze toets valt lang niet altijd in het voordeel uit van de onderneming die belast is met een dergelijke taak.²⁵

Als de afspraken van de woningbouwverenigingen niet voldoen aan de uitzonderingsvoorwaarden dan zijn zij in strijd met artikel 6 Mw, en zijn die afspraken nietig. Hoewel de gemeente – die aan de afspraken meewerkt – waarschijnlijk mededingingsrechtelijk gezien buiten schot blijft, is het natuurlijk politiek gezien niet handig om mee te werken aan afspraken die in strijd zijn met de Mededingingswet.²⁶

2.6 Stimuleringssubsidie voor zonne-energie

De gemeente wil het gebruik van zonne-energie stimuleren. Hiervoor wordt een subsidiepotje bestemd. Ook de energiemaatschappij heeft beleid voor het stimuleren van groene energie (op basis van de Wet elektriciteitsdistributie). Een architectenbureau dat een aanvraag indient bij de gemeente en bij de energiemaatschappij wordt echter afgewezen: bij

²² Zie besluit d-g NMa van 4 maart 1999, Amsterdamse Federatie van Woningcorporaties, zaak 553/23.

²³ Zoals aan de orde in de zaak AFWC (zie voetnoot hiervoor), waarin door de NMa aan de criteria van artikel 6 Mw en de toenmalige ontheffingsmogelijkheid (van artikel 17 Mw, nu opgenomen in de rechtstreeks werkende uitzondering in artikel 6, lid 3 Mw) werd getoetst, en slechts voor een gedeelte werd geconstateerd dat aan die criteria werd voldaan. Uitgebreider over deze zaak Gerbrandy, Hessel, t.a.p., p. 148 e.v.

²⁴ Zie over merkbaarheid Gerbrandy, Hessel, t.a.p. p. 120.

²⁵ Over deze uitzondering van artikel 11 Mw zie Gerbrandy, Hessel, t.a.p., p. 300-302.

²⁶ Zie over deze meer politieke en beleidskwesties ook Gerbrandy, Hessel, t.a.p., p. 254-257.

de gemeente omdat de subsidie is bedoeld voor particulieren, en bij de energiemaatschappij omdat geen sprake is van een innovatief concept. Het bureau dient een klacht in bij de NMa.

Opnieuw is de eerste vraag of de gemeente als overheid of als onderneming handelt. Die vraag is in dit geval simpeler te beantwoorden dan in veel andere gevallen: de gemeente handelt bij het verlenen van subsidie als overheid. Dat blijkt uit een besluit van de NMa over een dergelijke casus, en uit jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie.²⁷

Hoewel het erop lijkt dat de energiemaatschappij een onderneming is in de zin van het Höfner-arrest (en dus in de zin van de Mw) kan in bepaalde gevallen een bedrijf toch als overheidsorgaan worden aangemerkt. De functionele benadering van het ondernemingsbegrip, waarbij door de vorm wordt heengekeken naar wat de werkelijke activiteiten zijn, heeft dus niet alleen tot gevolg dat een overheidsorgaan onderneming kan zijn, maar ook dat een onderneming overheidsactiviteiten kan verrichten. Daarmee kan de energiemaatschappij dus – voor dit gedrag althans – buiten de Mededingingswet vallen, zoals blijkt uit het genoemde besluit van de NMa.

2.7 Ophalen en verwerken van huishoudelijk en bedrijfsafval

In de nieuwe wijk dient afval te worden opgehaald. In de gemeente wordt zowel het huishoudelijk afval als het bedrijfsafval opgehaald door de gemeente zelf. Echter, in de nieuwe wijk wil de gemeente het afval laten ophalen door een onderneming. Als dit goed loopt (de criteria worden vastgelegd in een overeenkomst), dan krijgt de onderneming het recht om ook het afval in de rest van de gemeente op te halen. Het afval wordt vervoerd naar de nieuwe, technisch zeer hoogwaardige afvalverbrandingsinstallatie in de regio. Met de afvalverbrandingsinstallatie is een overeenkomst gesloten, waarbij ook buurgemeenten partij zijn. De gemeenten leveren al hun afval exclusief aan deze afvalverbrandingsinstallatie. Ook zijn verwerkingstarieven overeengekomen. De overeenkomst loopt nog tien jaar.

Een concurrent van de afvalophaler ziet dit alles met lede ogen aan. Hij stapt naar de NMa met als klacht dat hij tegen lagere tarieven het afval kan ophalen en dat het exclusief verwerkingsrecht misbruik van economische machtspositie oplevert.

Zo langzamerhand zal het duidelijk zijn dat het stramien van de beoordeling van de mededingingsrechtelijke aspecten van onze casus steeds begint met de vraag of de gemeente als overheid of als onderneming optreedt. In dit geval is er een complicatie. In een van de door de NMa besliste zaken is namelijk het ophalen van zowel bedrijfsafval en huishoudelijk afval aan de orde geweest, en daar blijkt dat de kwalificatie daarvan verschilt per activiteit. De kwalificatie hangt onder meer samen met de op deze activiteiten betrekking zijnde regelgeving en de taak die wordt uitgeoefend in het kader van het publiek belang. Bij het ophalen van huishoudelijk afval treedt de gemeente op als overheid, maar bij het ophalen van bedrijfsafval als onderneming.²⁸

Voorzover de gemeente als onderneming betrokken is bij de verwerkingstarieven (bedrijfsafval) krijgt zij te maken met de vraag of hier sprake is van een verboden overeenkomst in de zin van artikel 6 Mw en zo ja, of zij beroep kan doen op één van de uitzonderingen die de Mededingingswet kent. Daar willen wij hier niet al te diep op in gaan, omdat dit een nogal complexe casus betreft, maar het is zeer wel denkbaar dat sprake is van mededingingsrechtelijk relevante afspraken die in strijd zijn met het verbod omdat zowel de mededinging wordt beperkt (door afspraken over de tarieven) en deze beperking merkbaar

²⁷ Besluit d-g NMa van 29 februari 2000, zaak 1337, Wilders – Gemeente Leiden en EWR. Ook: Gerbrandy, Hessel, t.a.p., p. 78.

²⁸ Besluit d-g NMa van 24 maart 2002, zaak 1946/29, Stivam.

is.²⁹ Dan zal moeten worden beoordeeld of een van de uitzonderingen van toepassing is. Het gaat dan om de uitzondering van lid 3 van artikel 6 Mw (voorheen de ontheffingsmogelijkheid van artikel 17 Mw), en de uitzondering voor diensten van algemeen economisch belang die beide hiervoor al aan de orde zijn gekomen.

Voorzover de gemeente niet als onderneming optreedt (huishoudelijk afval), kan zij te maken krijgen met de Europese mededingingsregels voor de overheid als overheid (zie paragraaf 2.1 van dit artikel). Het verlenen van een exclusief recht (zoals hier het alleenrecht om het afval te verwerken voor een bepaalde periode) door de overheid kan onder omstandigheden in strijd zijn met artikel 86, lid 1 EG. Dit artikel vergt een ingewikkelde beoordeling van de feitelijke omstandigheden van een zaak. Daarbij komen vragen aan de orde als: vormt het territorium van de gemeente of van de gemeenten gezamenlijk een relevant deel van de gemeenschappelijke markt, en leidt het exclusieve recht voor de verbrandingsinstallatie mogelijk tot misbruik van een economische machtspositie? Indien deze vragen positief worden beantwoord, overtreedt de gemeente wellicht artikel 86, lid 1 EG.³⁰

Ook voor dit verbod is een uitzondering opgenomen in het EG-verdrag. Het gaat hier om de uitzondering die in de staatssteun-sfeer in het Altmark-arrest ook aan de orde was. Als die uitzondering, neergelegd in artikel 86, lid 2 EG, geldt, dan kan de verstoring van de mededinging door de gemeente gerechtvaardigd worden. Er moet dan wederom sprake zijn van een dienst van algemeen economisch belang in de zin van dat artikel. Wij kunnen ons voorstellen dat de gemeente zich op het standpunt stelt dat het exclusief recht aan de afvalverbrandingsinstallatie noodzakelijk is om de investeringskosten er uit te halen. Een dergelijke casus is voor het Hof van Justitie aan de orde geweest. Daar ging het om een exclusief recht voor de afvalverwerking in de gemeente Kopenhagen. Die gemeente werd gezien als relevant deel van de gemeenschappelijke markt, en het exclusieve recht werd in principe gevangen door het verbod van artikel 86, lid 1 EG. Echter, het Hof meende dat ruimte was voor de uitzondering, om zo de gelegitimeerde belangen van bescherming van de investeringen (en indirect ook het milieu) te waarborgen.³¹

De klacht bij de NMa kan dus leiden tot een heel scala aan uitkomsten:

- een beoordeling van de gedragingen van de gemeente als onderneming en een toets daarvan aan artikel 6 Mw en de uitzonderingen, eventueel uitmondend in een boete;
- een beoordeling door de NMa van het gedrag als overheid aan de artikelen 86, lid 1 en 86 lid 2 EG voor wat betreft het exclusieve recht en de overeengekomen tarieven, als de NMa zich hiertoe bevoegd acht. Zij kan ook de klacht doorverwijzen naar de Europese Commissie die hem al dan niet in behandeling kan nemen;
- de afwijzing van de klacht omdat de NMa meent dat er geen prima facie bewijs is van een inbreuk op de mededingingsregels of omdat de NMa het handhaven van het mededingingsrecht met betrekking tot gemeenten geen prioriteit toekent;
- het bewegen van de klager tot het intrekken van de klacht.

2.8 Scholen – muziekschool – naschoolse opvang

De gemeente voorziet in een openbare basisschool in de wijk. Daarnaast wordt voorzien in een bijzondere lagere school, op religieuze grondslag. De scholen liggen vlak bij elkaar en bij de sportvoorzieningen, zodat ze deze kunnen gebruiken. Omdat de nieuwe wijk een wijk is

²⁹ Waarbij weer een rol speelt dat in deze casus sprake is van een netwerk aan overeenkomsten waarbij verschillende gemeenten zijn betrokken. Op al deze elementen gaan wij in ons boek uiteraard in (Gerbrandy, Hessel, t.a.p., met name hoofdstuk 3).

³⁰ De jurisprudentie hierover is talrijk en casuïstisch. In ons boek wordt deze jurisprudentie verder uiteengezet en toegelicht (Gerbrandy, Hessel, t.a.p., p. 230 – 241).

³¹ HvJEG, zaak C-209/98, FFAD – Kopenhagen, *Jur.* 2000, p. I-3743. Zie ook Gerbrandy, Hessel, t.a.p., p. 290 e.v.

waar veel ouders hele dagen werken en er een ernstig tekort is aan kinder- en naschoolse opvang, start de school een project: er worden kinderopvang aangeboden en naschoolse activiteiten georganiseerd, tegen een bijdrage in de kosten door de ouders. Met de bijzondere school wordt afgesproken dat ook kinderen van die school gebruik kunnen maken van de voorzieningen, echter tegen een hoger tarief. De naschoolse opvang loopt zo goed, dat de basisschool dit gaat uitbreiden met muzieklessen: de gemeentelijke muziekschool opent vanaf half vier een dependance in het muzieklokaal van de school, waar Algemene muzikale vorming en groeps-blokfluitlessen worden gegeven. Voor talentvolle kinderen wordt in een ander lokaal privé-les gegeven in een aantal instrumenten. De prijzen zijn bewust laag gehouden, zodat ook de kinderen uit de sociale woningbouw hiervan kunnen profiteren. In het oude deel van de gemeente is een private organisatie gevestigd die lessen geeft in muziek, dans, toneel en beeldende kunst. Deze organisatie, die natuurlijk met marktconforme tarieven moet werken, stapt naar de NMa en beklaagt zich over de lage tarieven die de gemeentelijke muziekschool rekent. Naar haar mening maakt de gemeente zich schuldig aan misbruik van machtspositie.

De eerste vraag is hier of de activiteiten van de openbare basisschool de gemeente kunnen worden aangerekend. Dat hangt onder andere af van de zeggenschap die de gemeente over deze school heeft en hoe zelfstandig openbare basisscholen financieel opereren. De volgende vraag is of de scholing een economische activiteit is. Hoewel in het mededingingsrecht nog niet is geoordeeld of openbaar lager onderwijs een marktactiviteit is (en dat is waarschijnlijk niet een gemakkelijk te beantwoorden vraag) hoeft die vraag voor het oplossen van deze casus niet per se te worden beantwoord. De andere – buitenschoolse – activiteiten kunnen daarvan worden gesplitst en afzonderlijk beoordeeld. De op deze wijze voor de beoordeling afgesplitste activiteiten van kinderopvang en muziekonderwijs zijn waarschijnlijk wel marktactiviteiten, en daarmee activiteiten van een onderneming die onder de Mededingingswet valt.³²

Voor zover de scholen en de gemeente optreden als onderneming dienen het hanteren van verschillende prijzen voor de 'eigen' kinderen en de kinderen van de naburige school en het hanteren van wellicht te lage prijzen voor muziekonderwijs te worden getoetst aan artikel 24 Mw, het verbod op het maken van misbruik van een machtspositie. De vragen die voor deze toets moeten worden gesteld zijn lastig te beantwoorden: is er sprake van een machtspositie? Op welke markt? Is er sprake van misbruik?³³ Misbruik kan bestaan als er zeer lage prijzen worden gerekend, zoals voor het muziekonderwijs, of als er sprake is van discriminatoir prijsbeleid, zoals wellicht voor de naschoolse opvang. Is er een rechtvaardiging, bijvoorbeeld door een sociale doelstelling (artikel 25 Mw?) Is er sprake van kruissubsidie, dus dat de gemeente de marktactiviteiten financiert met geld dat ergens anders vandaan komt. Is dat geoorloofd?³⁴ Afhankelijk van het antwoord op deze vragen zal de uitkomst van de behandeling van de klacht al dan niet kunnen leiden tot het opleggen van een boete.

In een zaak die bij de NMa en ook de rechtbank Rotterdam aanhangig is geweest is een vergelijkbare casus, voor wat betreft het muziekonderwijs, beoordeeld. Het ging daar om de

³² Zie besluit d-g NMa inzake de fusie van hogescholen, van 21 december 2001, zaak 2760. Ook: muziekscholen Roosendaal (Rechtbank Rotterdam, 22 februari 2002, zaak 99/1488) en Brandweer Egmond (besluit van 25 februari 1998, zaak 52, Hotel Zuiderduin). Over scholing ook Gerbrandy, Hessel, t.a.p., p. 46 en 78 en over splitsing pag. 35.

³³ Gerbrandy, Hessel, t.a.p. over misbruik p. 167 e.v.

³⁴ Zie over kruissubsidie, Gerbrandy, Hessel, t.a.p., p. 166. Dit soort ondoorzichtige financiële banden wordt door veel gewone ondernemingen als zeer storend ervaren. Nu nog is dit lastig aan te pakken onder de Mededingingswet, en het wetsvoorstel Markt en Overheid dat dit aan zou pakken, is niet door de Kamer gekomen. Er zijn wel nieuwe regels in de maak (zie Algemeen overleg en heroverweging problematiek n.a.v. intrekking wetsvoorstel Markt en Overheid, *Kamerstukken II*, 28050, nr. 9).

muziekscholen van de gemeente Roosendaal, die ook lage prijzen hanteerden, mede om het muziekonderwijs in de gemeente breed aan te kunnen bieden. In deze zaak heeft de NMa in het midden gelaten of het hier ging om een ondernemingsactiviteit van de gemeente of om het uitoefenen van een overheidsprerogatief. De uitkomst was dat er geen sprake was van te lage prijzen die misbruik-gedrag opleverden.³⁵

2.9 Inkoop

Alle scholen in de gemeente komen eens in de zoveel tijd samen – met hun wethouder – om te bespreken welke spullen zij de komende tijd nodig zullen hebben. Door gezamenlijk in te kopen kunnen zij een lagere prijs afspreken. Er is sprake van het opzetten van een groter verband, waarbij ook scholen uit andere gemeenten meedoen, zodat meer onderhandelingskracht kan worden ingezet en meer kortingen kunnen worden bedongen.

De vraag is of deze activiteiten van de scholen kunnen worden aangemerkt als de activiteiten van een inkoopcombinatie. Dat is het geval als de scholen als ondernemingen kunnen worden aangemerkt. Die vraag is nog niet beantwoord (zie hiervoor paragraaf 2.9). Inkoopcombinaties worden getoetst aan het verbod op het maken van mededingingsbeperkende afspraken. De beperking van de mededinging door het bundelen van krachten en de afspraken die daarbij worden gemaakt moet wel merkbaar zijn. Als dat nog niet het geval is door de samenwerking te beperken tot de scholen binnen de gemeente, dan zal dat zeker het geval zijn bij uitbreiding naar andere gemeenten. Inkoopcombinaties zijn soms mededingingsbeperkend, maar dat hoeft niet per se. Uit richtsnoeren van de Commissie en de NMa over dit soort samenwerking blijkt dat sommige inkoopcombinaties niet in strijd met het mededingingsrecht zijn.³⁶

Een gemeente die inkoop voor *eigen gebruik* (daarvan is ook sprake als de scholen niet als ondernemingen worden aangemerkt), treedt over het algemeen niet op als onderneming.³⁷ Bij dergelijke inkoop zijn de mededingingsregels dus niet van toepassing, hoewel natuurlijk in sommige gevallen sprake moet zijn van aanbesteding. Toch kan bij inkoop door een grote gemeente door de leveranciers druk worden ervaren: die leveranciers kunnen dat voelen als misbruik van de positie die de gemeente heeft. Omdat de gemeente echter niet als onderneming optreedt, heeft het indienen van een klacht bij de NMa weinig zin. De gemeente overtreedt de Mededingingswet immers niet (zie paragraaf 1.2 van dit artikel). Wij vinden dat de gemeente zich wel bewust moet zijn van het feit dat als zij in een dergelijke situatie druk uitoefent, deze door ondernemingen wél als machtspositie wordt gevoeld. De gemeente zou zich eigenlijk van gedrag moeten onthouden dat, als zij wel onder de Mededingingswet zou vallen, misbruik van een machtspositie zou vormen en met een boete zou kunnen worden bestraft.

2.10 Klacht over kabeltarieven

De nieuwe wijk is natuurlijk voorzien van elektriciteit, gas, water, kabelaansluitingen en de mogelijkheid van internetten via de kabel. De kabelmaatschappij hanteert voor de kabeldiensten een introductieprijs: voor nieuwe bewoners die direct zowel van de kabeldiensten als van de internetmogelijkheid gebruik maken is er een lagere prijs. Voor late

³⁵ Rechtbank Rotterdam, 22 februari 2002, zaak 99/1488. De beoordeling van de prijzen houdt onder meer een beoordeling van het prijsbeleid (gemiddelde vaste kosten, variabele kosten etc) in. Zie hierover uitgebreider Gerbrandy, Hessel, t.a.p., p. 179-183.

³⁶ Zie richtsnoeren van de Commissie over horizontale samenwerking van 6 januari 2001, *PbEG* 2001, C 3/2 en de richtsnoeren samenwerking bedrijven van de NMa van 8 juni 2001, *Stcr.* 2001, 108 en website www.nmanet.nl.

³⁷ Arrest van het Gerecht van eerste aanleg in de zaak Fenin, zaak T-319/99, Gerbrandy, Hessel, t.a.p., p. 42.

beslissers is er de standaardprijs voor internet en kabel. De internetdienst functioneert echter niet goed: er is veel uitval, langzame verbindingen en ook de vroege beslissers worden geconfronteerd met hoge rekeningen. De bewoners klagen bij de gemeente.

De vraag is hier wat de gemeente kan doen. Heeft de gemeente banden met de kabelmaatschappij (die natuurlijk een onderneming is)? Maakt de kabelmaatschappij deel uit van de gemeente of heeft de gemeente zeggenschap? In dat geval is sprake van een overheidsonderneming.³⁸ De kabelmaatschappij dient zich ook als overheidsonderneming gewoon aan de mededingingsregels voor ondernemingen – met name in dit geval het verbod van misbruik van machtspositie – te houden. Eén van de normen die geldt voor ondernemingen met een machtspositie, en vaak hebben kabelmaatschappijen (vooral nog)³⁹ in ieder geval voor de kabeldiensten een machtspositie, is dat zij zich dienen te onthouden van prijsdiscriminatie. Of daarvan in dit geval sprake is, is de vraag en niet een die gemakkelijk te beantwoorden is. Een introductieprijs is niet per definitie misbruik-gedrag en de chaos bij afrekeningen, de storingen en dergelijke ook niet. Bovendien is een en ander zeer moeilijk vast te stellen en kan de kabelmaatschappij waarschijnlijk met reden zeggen dat er sprake is van een overgangssituatie. Als de gemeente verantwoordelijk is voor de kabelmaatschappij dan dient zij er voor te zorgen dat er geen sprake is van misbruik. Anders bestaat kans op een boete.

Als er geen banden zijn met de gemeente, dan kunnen de activiteiten van de kabelmaatschappij niet aan de gemeente worden toegerekend. De mededingingsregels zijn dan op de gemeente niet van toepassing. Dan zijn er wellicht andere opties in het kader van de gemeente als hoeder van het consumentenbelang. In ons boek hebben wij niet alleen aandacht voor de rol van de gemeente als de mededingingsregels op haar van toepassing zijn, maar ook hoe de gemeente daarvan gebruik zou kunnen maken om op te komen voor haar eigen belangen of de belangen van haar ingezetenen.⁴⁰ Allereerst zou de gemeente natuurlijk via informeel overleg de kabelmaatschappij kunnen bewegen een en ander te verbeteren, maar de gemeente kan ook overwegen om, net als eerder de gemeenten in Voorburg en Wassenaar hebben gedaan, een klacht in te dienen bij de NMa.⁴¹ De NMa kan dan onderzoek doen naar het gedrag van de kabelmaatschappij. Of dat zal leiden tot een 'veroordeling' van de kabelmaatschappij en het opleggen van een boete is een volgende vraag. De NMa hoeft niet elke klacht inhoudelijk te behandelen en het is ook voor haar soms moeilijk aan te tonen dat sprake is van een inbreuk op de regels, zeker gelet op de hiervoor al genoemde bewijsproblemen.⁴²

2.11 Verplichte aansluiting op de brandmeldcentrale

De gemeentelijke brandweer houdt de nieuwe bedrijven goed in de gaten. Zij worden verplicht om zich aan te sluiten op de nieuwe brandmeldcentrale van de brandweer. Dit is neergelegd in de bouwverordening van de gemeente. Voor de aansluiting wordt een bedrag in rekening gebracht. Een van de bedrijven is van mening dat het goedkoper uit is wanneer het kiest voor aansluiting op een particuliere beveiligingsinstallatie en stapt naar de NMa met een klacht tegen de gemeente.

Ook deze casus is werkelijk bij de NMa aan de orde geweest. Het ging daar om de

³⁸ Ook over overheidsondernemingen Gerbrandy, Hessel, t.a.p., p. 51 e.v.

³⁹ Hier blijkt ook het dynamisch karakter van het mededingingsrecht en de relatie met economie: hoe meer er concurrentie komt voor de kabel, hoe minder snel een kabelmaatschappij een machtspositie zal innemen.

⁴⁰ Zie Gerbrandy, Hessel, t.a.p., hoofdstuk 4, met name pagina 256 e.v..

⁴¹ Zie besluit d-g NMa van 12 juni 2003, zaak 1793/222.

⁴² Zie voor de NMa en kabelmaatschappijen het dossier "Kabel, internet en televisie", te vinden op de website www.nmanet.nl.

brandweer van Egmond. In dat geval besloot de NMa dat de activiteiten van de brandweer konden worden toegerekend aan de gemeente en dat er een verband was met de gemeentelijke taak om een bouwverordening vast te stellen. Daarin horen ook voorschriften omtrent brandveiligheid. Daarmee handelde de gemeente niet als onderneming, maar als overheid en was voor toepassing van de Mededingingswet geen ruimte.⁴³ Ook de Europese mededingingsregels gericht op de overheid als overheid lijken hier niet in de weg te staan aan het handelen van de gemeente.

2.12 De gemeentelijke rol in overlegorganen

In de gemeente zijn natuurlijk allerlei overlegorganen uit het maatschappelijk middenveld actief. In verschillende van die overlegorganen hebben afgevaardigden van de gemeente zitting. Zo ook in het overlegorgaan dat zich richt op de bevordering van deelname van ouderen aan het arbeidsproces. Het overlegorgaan bestaat in meerderheid uit afgevaardigden van de uitzendbranche, met name de uitzendbureaus gericht op ouderen. Het doel van het overlegorgaan is - voor de hand liggend - het bevorderen van deelname van ouderen aan het arbeidsproces. Tijdens de bijeenkomsten gaat het meestal over algemene zaken, de toenemende vergrijzing, mogelijkheden voor arbeidsparticipatie, het opzetten van een reclamecampagne, het lobbyen in Den Haag, et cetera. Stel dat daarnaast afspraken worden gemaakt over de door de uitzendbureaus in rekening te brengen tarieven bij opdrachtgevers: er wordt afgesproken onder de gangbare tarieven van uitzendbureaus te gaan zitten. Er wordt alleen niets op papier gezet, het is een mondelinge afspraak.

Een van moeilijkste elementen van het mededingingsrecht in relatie met gemeenten en andere decentrale overheden – zeker in een overlegrijk land als Nederland – zijn overlegorganen waarin de overheid zitting heeft, naast representanten vanuit de markt. Deze casus geeft aanleiding tot veel vragen in verband met de mededingingsregels.

De eerste stap is nu wel bekend en vraagt naar de aard van de overlegorganen. Met een variatie op een thema is hier de vraag of het overlegorgaan een ondernemersvereniging is of moet worden aangemerkt als een overheidsorgaan. Ook ondernemersverenigingen worden door het verbod van artikel 6 Mw getroffen als daarbinnen afspraken worden gemaakt die mededingingsrechtelijk niet door de beugel kunnen. Een aantal zeer hoge boetes is door de Europese Commissie in het verleden opgelegd aan binnen ondernemersverenigingsverband tot stand gekomen verboden afspraken, in de tijd dat er nog sprake was van ‘Nederland, kartelland’.

Voor de beantwoording van de vraag of er sprake is van een ondernemersvereniging maakt het niet uit dat het overlegorgaan niet formeel als vereniging is opgericht. Ook een stichting of een entiteit zonder rechtspersoonlijkheid kan als ondernemersvereniging worden aangemerkt.⁴⁴ Zoals gezegd, als sprake is van ondernemersvereniging zijn de mededingingsregels van artikel 6 Mw van toepassing, als sprake is van een soort overheidsorgaan zijn die regels niet van toepassing. Omdat er in dit geval sprake is van een overlegorgaan waarin met name leden vanuit de uitzendbranche zitting hebben, is waarschijnlijk sprake van een ondernemersvereniging. Als het overlegorgaan echter met name belast is met gemeentelijke (algemeen belang) taken die aan haar gedelegeerd zijn maar waarover de gemeente eindverantwoordelijkheid houdt, is minder snel sprake van een ondernemersvereniging.

De volgende vraag is of het overlegorgaan de regels van de Mededingingswet, met name artikel 6, overtreedt. Daarvoor dient per onderwerp waarop het overleg betrekking heeft de vraag te worden gesteld of het overleg de mededinging kan beperken. Dit zal waarschijnlijk

⁴³ Besluit d-g NMa van 25 februari 1998, zaak 52, Hotel Zuiderduin – gemeente Egmond.

⁴⁴ Zie Gerbrandy, Hessel, t.a.p., p. 52 e.v. en p. 62 e.v..

niet het geval zijn voor het overleg over algemene onderwerpen. Het is niet verboden om in bedrijfsverenigingen bij elkaar te komen en algemene marktontwikkelingen en dergelijke te bespreken. Er worden hier echter ook afspraken gemaakt over de prijs. Prijsafspraken zijn mededingingsrechtelijk kwalijk. Het maakt niet uit dat deze prijsafspraken niet op papier zijn gesteld: ook mondelinge afspraken kunnen onder het verbod van artikel 6 Mw vallen.

Ook de rol van de gemeente dient te worden beoordeeld. De gemeente is hier zélf niet onderneming (tenminste, niet als zij niet zelf ook een uitzendbureau exploiteert, want dan natuurlijk wel!). In sommige gevallen van overlegorganen kan sprake zijn van een ongeoorloofde overdracht van economische bevoegdheden. Dat is met name het geval wanneer een economische bevoegdheid wordt overgedragen aan marktdeelnemers die daarbij niet meer als verlengstuk van de overheid optreden, maar het eigen groepsbelang vertegenwoordigen en geen rekening hoeven te houden met het algemeen belang. Daarvan was in de jurisprudentie van het Hof bijvoorbeeld sprake bij het overdragen van tariefstellende bevoegdheid aan de marktdeelnemers zelf.⁴⁵ Als de overheid eindverantwoordelijk blijft is daarvan minder snel sprake. Er moet natuurlijk wel een bevoegdheid zijn die éérs in handen lag van de overheid (en van mededingingsbeperkend gedrag). Het lijkt ons de vraag of dat hier het geval is.⁴⁶

Er kan dus van uit worden gegaan dat de gemeente zélf de mededingingsregels niet heeft overtreden. Het ligt echter wel voor de hand dat de gemeente weet van de prijsafspraken, nu zij immers stelselmatig bij het overleg aanwezig is. Hoewel de gemeente op grond van het mededingingsrecht geen verplichting heeft de NMa van deze afspraken op de hoogte te stellen, dient een overheidsorgaan zich wel af te vragen of zij mee wil werken, al dan niet stilzwijgend, aan het voortbestaan van met het mededingingsrecht strijdige prijsafspraken. De gemeente kan de NMa op de hoogte stellen. Zij zou een klacht kunnen indienen, maar kan ook minder formeel de NMa berichten van de prijsafspraken. De NMa kan vervolgens een onderzoek instellen naar de uitzendbureaus. Dat onderzoek kan uitmonden in het opleggen van een boete.

Wat nu als de situatie iets anders komt te liggen dan in de vorige casus, bijvoorbeeld omdat de afgevaardigde van de gemeente in het overlegorgaan te kennen geeft dat de gemeente alleen nog maar deze (onderling concurrerende) uitzendbureaus zal inschakelen als zij onderling een quota-systeem of rouleringssysteem overeenkomen en bovendien alleen als er gelijke prijzen in rekening worden gebracht. De vertegenwoordigers van de uitzendbureaus sputteren tegen, maar de afgevaardigde van de gemeente houdt voet bij stuk. De NMa doet later een onderzoek naar de afspraken van het overlegorgaan en stelt dat het de mededingingsregels heeft overtreden door het maken van een quota-afpraak en tariefsafspraken. De vertegenwoordigers van de uitzendbranche stellen dat er sprake was van dwang door de gemeente.

De primaire vraag is of de betrokken ondernemingen, de uitzendbureaus, nog wel kunnen worden aangesproken voor de overtreding van de mededingingswet, wanneer zij daartoe door de overheid zijn gedwongen. Dat er een overtreding is van artikel 6 Mw lijkt wel duidelijk: een systeem van roulering en prijsafspraken zijn mededingingsbeperkend. De ondernemingen kunnen zich bij dwang door de overheid beroepen op de zogenoemde Ladbrooke-doctrine. Op dit leerstuk, dat inhoudt dat wanneer ondernemingen worden gedwongen de mededingingsregels te overtreden zij daarvoor niet meer aansprakelijk zijn, gaan wij in ons boek dieper in dan we hier kunnen doen (zie ook paragraaf 1.3 van dit artikel). Zoals al is opgemerkt is het inderdaad in de praktijk voorgekomen dat ondernemingen door een provincie in een dusdanige situatie werden gebracht dat zij wel de

⁴⁵ Zie bijvoorbeeld HvJEG zaak C/35-96, Douane-expediteurs, *Jur.* 1998, p. I-3851, en verdere jurisprudentie hierover. Zie daarover Gerbrandy, Hessel, t.a.p., p. 220 e.v.

⁴⁶ En er moet sprake zijn van een interstatelijke component.

mededingingsregels moesten overtreden, om zo een aanmerking te kunnen komen voor een vergunning. Wel moet er daadwerkelijk sprake zijn van dwang: als er nog ruimte over is voor de ondernemingen om zelf afwegingen te maken of onderling afspraken te maken dan kan een beroep op deze doctrine niet slagen.

Aansluitend dient de gemeente zich de vraag te stellen of zij door het afdwingen van dergelijke verboden mededingingsafspraken zelf niet de mededingingsregels voor de overheid overtreedt. Deze regels zijn afkomstig uit het Europese recht. Het gaat hier om de nieuwe norm, die ook hiervoor al eerder is genoemd (zie paragraaf 1.2). Hoewel deze nieuwe norm-regel alleen van toepassing is als sprake is van een interstatelijke component, waarvan het in deze casus maar de vraag is of daaraan is voldaan, kan de NMa – waarschijnlijk - deze verbodsnorm toepassen, ook op de overheid als overheid.⁴⁷

Wij hebben al eerder opgemerkt dat er in dergelijke situaties, waarin het onduidelijk is of de Europese regels van toepassing zijn en het vooralsnog minder waarschijnlijk is dat deze regels actief zullen worden gehandhaafd voor wat betreft het gedrag van gemeenten als overheid, ook een politieke en beleidsmatige vraag ligt die gemeenten zichzelf zouden moeten stellen. Willen zij willens en wetens meewerken aan een situatie die eigenlijk niet door de mededingingsrechtelijke beugel kan?

2.13 Gemeenteoverstijgende adviescommissie voor vestigingslocaties

Stel dat de gemeenten in de regio samen willen werken om de bedrijvigheid in hun gemeenten te versterken. Daartoe wordt een adviescommissie opgezet, die zich gaat buigen over de meest wenselijke spreiding van verschillende bedrijven over bedrijventerreinen en binnensteden en dorpen in de regio. Voordat de gemeente beslist over een nieuwe aanvraag voor potentiële vestigingen laat zij zich adviseren door de adviescommissie, die in meerderheid bestaat uit afgevaardigden van reeds gevestigde bedrijven. Het advies kan luiden dat de vestiging niet gewenst is. Het advies is bindend, zij het dat de gemeente zich kan beroepen op een hardheidsclausule en in dat geval het advies naast zich neer kan leggen.

Ook hier is de vraag of de overheid als overheid (de gemeenten) economische bevoegdheden hebben overgedragen in strijd met het mededingingsrecht. Het gaat hier om het Europese mededingingsrecht, met name een mogelijke overtreding van de nieuwe norm dus moet er sprake zijn van ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel. Omdat er sprake is van een regionaal, de gemeentegrenzen overstijgend adviesorgaan kan daarvan sprake zijn.

Een enigszins vergelijkbare casus is aan de orde geweest bij het Europese Hof van Justitie. Daar ging het om een door de gemeenteraad ingestelde adviescommissie, die de burgemeester adviseerde over vestigingsvergunningen. De vraag of er sprake was van ongeoorloofde overdracht van bevoegdheden werd daar ontkennend beantwoord, maar in die casus was geen sprake van een bindend advies.⁴⁸ In onze casus is er wel sprake van een bindend advies en kan de uitkomst dus anders liggen. Of de hardheidsclausule daarin verandering brengt is een vraag die bij de beoordeling moet worden betrokken.

3 Conclusie

⁴⁷ Dit is echter een nieuwe bevoegdheid, welke wordt afgeleid uit een uitspraak van het Hof van Justitie, in de zaak CIF. Het is afwachten of, en in hoeverre, de NMa van deze bevoegdheid kan en zal gebruikmaken. Zie ook Gerbrandy, Hessel, t.a.p., p. 223 e.v.

⁴⁸ Zie HvJEG, zaak DIP, gev. zaken C-140/94, C-141/94 en C-142/94, *Jur.* 1995, p. I-3257. In deze zaak was sprake van bij wet verplicht door de gemeenteraden in te stellen adviescommissies. Zie Gerbrandy, Hessel, t.a.p., p. 222.

Nederlandse gemeenten kunnen op uiteenlopende wijzen met het complexe samenstel van Europees en Nederlands mededingingsrecht te maken krijgen. Omdat op dit moment binnen het Nederlandse mededingingsrecht nog geen regels gelden voor de overheid als overheid, dienen zij zich goed te realiseren of hun mededingingsbeperkende gedragingen relevant zijn voor de gemeenschappelijke markt of alleen voor (een deel van) de Nederlandse markt. Om te voorkomen dat zij door optreden van de nationale of de Europese kartelautoriteiten – al dan niet op eigen initiatief of naar aanleiding van een klacht - worden verrast, dienen zij proactief met het mededingingsrecht om te gaan en hun handelen daarvoor op af te stemmen. Dat dit een heel scala van activiteiten kan omvatten is door bovenstaande (nog beperkte!) casus hopelijk duidelijk gemaakt.

Het proactief optreden is om een aantal redenen van belang:

- Een gemeente kan, als onderneming, zelf het mededingingsrecht overtreden en riskeert dan het risico van een boete of een last onder dwangsom.
- Een gemeente kan, als overheid, met de Europese mededingingsregels - die kunnen worden toegepast door de NMa - te maken krijgen. In dat geval kan de Commissie de lidstaat Nederland aanspreken en de NMa kan de regel buiten toepassing verklaren.
- Een gemeente kan veel geld mislopen doordat zij slachtoffer is van mededingingsbeperkende afspraken. De afspraken in de bouwsector maken dat duidelijk: gemeenten hebben soms veel te veel betaald. Het is mogelijk dat dit niet de enige sector waarin de decentrale overheden slachtoffer zijn van mededingingsbeperkende afspraken.
- Een gemeente zou zich bij het voeren van beleid bewust moeten zijn van de verschillende mededingingsrechtelijke regels en hoe deze andere beleidsterreinen kunnen beïnvloeden, om zo de juiste afwegingen te maken tussen de verschillende belangen. De mededingingsrechtelijke belangen zijn daar onderdeel van en worden belangrijk geacht.
- Een gemeente kan, als afnemer, maar ook als zij de belangen van haar ingezetenen wil beschermen, een klacht indienen bij de NMa, waarbij geldt dat hoe meer kennis er is van de mogelijke overtreding van de Mededingingswet, hoe meer kans er is dat de NMa zich de klacht zal aantrekken. Daarvoor is primair kennis van de regelgeving vereist.
- Een gemeente dient zich af te vragen of zij een politiek schandaal(tje) wil riskeren door stilzwijgend mee te werken aan met het mededingingsrecht strijdige situaties. Daarvoor is in ieder geval kennis vereist zodat kan worden beoordeeld óf met het mededingingsrecht strijdige situaties zich voordoen.

Al deze doeleinden vragen een intensieve inhaalslag op dit ingewikkelde en dynamische terrein, dat voor gemeenten belangrijker kan zijn dan zij zich vaak realiseren.