

Vergaderjaar 2001–2002

27 870

Wijziging van de Mededingingswet (implementatie van een wijziging van de EG-transparantierichtlijn)

Nr. 5

NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG

Ontvangen 19 november 2001

1. Inleiding

Met genoegen constateer ik dat de leden van de fracties van de PvdA en de VVD met instemming hebben kennisgenomen van het wetsvoorstel. Hieronder volgen mijn antwoorden op de door de verschillende fracties gestelde vragen.

2. Verplichtingen met betrekking tot het voeren van een afzonderlijke administratie

De leden van de PvdA-fractie stelden dat volgens de regering de financiële gegevens waarvan in dit wetsvoorstel sprake is, thans niet voldoende gedetailleerd of niet betrouwbaar zijn en vroegen of nader kan worden ingegaan op deze huidige situatie. Zij wilden weten of deze uitspraak alleen opgaat voor Nederland of ook voor andere EU-lidstaten. Ik wijs deze leden erop dat dit een uitspraak van de Commissie van de Europese Gemeenschappen (hierna: de Commissie) is en niet van de Nederlandse regering. Ik verwijs deze leden naar overweging 6 bij de wijzigingsrichtlijn. De Commissie baseert haar uitspraak kennelijk op haar eigen ervaringen in de EU-lidstaten in het algemeen. Gegevens uit andere EU-lidstaten over de huidige transparantie en betrouwbaarheid van financiële administraties zijn mij niet bekend. Wat de vraag van deze leden betreft of er thans toezicht en controle bestaan op de financiële huishouding van bedrijven waarover in het wetsvoorstel wordt gesproken, merk ik het volgende op. Een algemene verplichting voor ondernemingen inzake de verantwoording van hun financiële huishouding is de verplichting tot het opstellen en publiceren van een jaarrekening en jaarverslag, geregeld in boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. Deze bepalingen hebben betrekking op de externe verantwoording en stellen geen eisen aan de inrichting van de financiële administratie en financiële processen. In wetten die betrekking hebben op een bepaalde sector komen in mindere of meerdere mate voorschriften voor die betrekking hebben op de wijze waarop de ondernemingen hun administratie voeren, zoals bijvoorbeeld de Mediawet en de Telecommunicatiewet. Geen enkele bestaande wet voorziet echter in toezicht en controle op de naleving van de verplichting tot het voeren van een afzonderlijke administratie en tot het bewaren van die gegevens

gedurende vijf jaren met als doelstelling dat die ter beschikking van de Commissie gesteld kunnen worden als die erom vraagt. Deze verplichtingen worden ter implementatie van de wijzigingsrichtlijn nu juist bij dit wetsvoorstel ingevoerd.

Voorts vroegen de leden van de PvdA-fractie of de regering het verloop van de discussie over de transparantierichtlijn in de Raad, het Europees Parlement en andere betrokken Europese gremia kan weergeven. Ik merk op dat het vaststellen van deze wijzigingsrichtlijn tot de exclusieve competentie van de Commissie behoort. De Raad noch het Europees Parlement is daarom bij de totstandkoming van deze wijzigingsrichtlijn betrokken geweest. Deze leden vroegen ook aan te geven welke activiteiten van welke ondernemingen onder de wijzigingsrichtlijn vallen en om hoeveel activiteiten en hoeveel ondernemingen het gaat. In paragraaf 3 van de memorie van toelichting en verderop in deze nota wordt naar aanleiding van vragen van dezelfde leden ingegaan op de kernbegrippen van de wijzigingsrichtlijn c.q. het wetsvoorstel. Zoals daaruit blijkt moet een aantal criteria worden nagelopen om te kunnen vaststellen of sprake is van een onderneming die onder de begrippen van de richtlijn valt. Vervolgens is dan de vraag of een onderneming wellicht valt onder een uitzonderingsbepaling van de richtlijn (die uitzonderingen zijn geïmplementeerd in de artikelen 25c en 25d van het wetsvoorstel). Sommige uitzonderingen, zoals het omzetcriterium van artikel 25d, eerste lid, onder b, en de uitzondering voor activiteiten waarvoor een specifieke richtlijn bestaat, zijn tamelijk eenvoudig vast te stellen. Andere, zoals de uitzondering voor dienstverrichtingen die de handel tussen de lidstaten niet op merkbare wijze kunnen beïnvloeden, zullen vaak lastiger zijn. Een en ander betekent dat ik niet kan aangeven hoeveel activiteiten en hoeveel ondernemingen onder de verplichtingen zullen vallen. Wel heb ik in de genoemde passages getracht zoveel mogelijk aanknopingspunten te geven om dat in de praktijk per onderneming te kunnen vaststellen. Ook vroegen de leden van de PvdA-fractie mij in te gaan op de rol van de NMa bij het toezicht op de naleving van de voorgestelde maatregelen. Ik merk op dat de NMa wordt belast met handhaving van de verplichtingen tot het voeren van een afzonderlijke administratie en tot het ter beschikking van de Commissie houden van die administratieve gegevens. Bovendien is het de NMa die de bedoelde gegevens aan de Commissie zal verstrekken, als die daarom verzoekt. De NMa moet naar mijn mening zeker berekend worden geacht op de haar in het wetsvoorstel toegedachte taken. Zoals bekend vindt regelmatig overleg plaats met de leiding van de NMa over menskracht, zowel naar kwantiteit als naar kwaliteit gemeten, die deze organisatie voor de uitvoering van haar in aantal en omvang groeiende taken nodig heeft. Daarbij wordt ook met de uit dit wetsvoorstel voortvloeiende werklastvermeerdering rekening gehouden. Daarnaast zie ik geen grond om te vrezen dat door gebrekkige bevoegdheden of organisatorische problemen onvoldoende toezicht zou kunnen worden uitgeoefend. Naar huidig inzicht moeten de bevoegdheden die de NMa op basis van de Mededingingswet ter beschikking staan, toereikend worden geacht om aan de vereisten van de wijzigingsrichtlijn te voldoen. Voorts voorziet het wetsvoorstel in het voetspoor van de wijzigingsrichtlijn niet in de verplichting de betrokken financiële gegevens ook aan anderen dan de Commissie en de directeur-generaal van de NMa ter beschikking te stellen.

Verschillende fracties stelden vragen over het wetsvoorstel markt en overheid in relatie tot dit wetsvoorstel. Zo vroegen de leden van de PvdA-fractie of er sprake is van gedeeltelijke overlapping tussen beide wetsvoorstellen, wilden de leden van de CDA-fractie graag vernemen op welke termijn het wetsvoorstel markt en overheid aan de kamer zal worden voorgelegd en welke onderwerpen dit behelst en vroegen de leden van de ChristenUnie-fractie hoe dit wetsvoorstel zich verhoudt tot het wetsvoorstel markt en overheid. Het wetsvoorstel markt en overheid beoogt zo

gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen enerzijds overheidsorganisaties en ondernemingen met een van overheidswege verleende bijzondere positie en anderzijds (andere) particuliere ondernemingen te scheppen. Er worden regels gesteld aan de toetreding tot de markt door overheidsorganisaties. Daarnaast worden regels gesteld aan het gedrag op de markt van overheidsorganisaties, onderzoeksinstellingen en ondernemingen met een bijzonder of uitsluitend recht. Evenals in het wetsvoorstel tot wijziging van de Mededingingswet zijn ondernemingen met een bijzonder of uitsluitend recht op grond van het wetsvoorstel markt en overheid gehouden tot het voeren van een afzonderlijke administratie voor verschillende activiteiten, waardoor een overlapping tussen beide wetsvoorstellen bestaat. De reikwijdte van deze verplichting is echter verschillend: het wetsvoorstel markt en overheid legt, in tegenstelling tot dit wetsvoorstel, geen boekhoudkundige verplichtingen op aan ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang die overheidssteun ontvangen en bevat minder uitzonderingen op de verplichting tot het voeren van een afzonderlijke administratie dan dit wetsvoorstel. De verhouding tussen het wetsvoorstel markt en overheid en bijzondere wetten, waaronder dit wetsvoorstel, zal worden geregeld in een Invoeringswet markt en overheid. Er wordt momenteel nog bezien wat de meest praktische oplossing is om de overlapping tussen beide wetsvoorstellen ongedaan te maken. Het wetsvoorstel markt en overheid is inmiddels bij de Tweede Kamer ingediend (Kamerstukken II 2001/2002, 28 050); met de voorbereidingen voor het opstellen van een Invoeringswet is begonnen. Vanzelfsprekend is de discussie in de Tweede Kamer over het wetsvoorstel markt en overheid van belang voor de uiteindelijke opstelling van de Invoeringswet.

De leden van de PvdA-fractie vroegen of de regering voornemens is verplichtingen op te leggen die verder reiken dan de Europese richtlijnen. Ook wilden zij weten waarop het bedrag van 40 miljoen euro voor de bagatelvrijstelling is gebaseerd. Het wetsvoorstel bevat een volledige implementatie van de wijzigingsrichtlijn. Er worden geen verdere verplichtingen opgelegd. Zoals hiervoor is uiteengezet, is de reikwijdte van het wetsvoorstel markt en overheid wel ruimer dan de wijzigingsrichtlijn, omdat de verplichting tot het voeren van een afzonderlijke administratie voor ondernemingen met bijzondere of uitsluitende rechten ook geldt als niet sprake is van ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten. Bovendien is de ondergrens voor de verplichtingen (aanzienlijk) lager dan die in de wijzigingsrichtlijn. Het grensbedrag van 40 miljoen euro zoals opgenomen in dit wetsvoorstel (artikel 25d, eerste lid, onderdeel b) is rechtstreeks afkomstig uit de wijzigingsrichtlijn (artikel 4, tweede lid, onderdeel b). In de overwegingen bij de richtlijn (nr. 10) stelt de Commissie dat het niet noodzakelijk is aan ondernemingen met een lagere totale netto-omzet een verplichting tot het voeren van een gescheiden boekhouding op te leggen, gelet op de beperkte gevolgen voor de mededinging en ter voorkoming van buitensporige administratieve lasten.

De leden van de PvdA-fractie vroegen verder of de regering kon toelichten waarom voor de mogelijke nadere aanwijzingen over de uitvoering van de richtlijnverplichtingen een wetswijziging achterwege kan blijven. Deze leden doelen op artikel 25f, waarin de mogelijkheid wordt geschapen om bij ministeriële regeling nadere regels te stellen over de toepassing van artikel 25b, onderdelen a, b en c, indien de goede uitvoering van die bepalingen dat vereist. Oorspronkelijk bevatte het wetsvoorstel een ruimere delegatiebepaling: nadere regels bij ministeriële regeling waren mogelijk indien de goede uitvoering van de richtlijn dat vereiste. Naar aanleiding van opmerkingen van de Raad van State is die delegatiemogelijkheid ingeperkt tot onderwerpen die artikel 25b, onderdelen a, b en c, betreffen, welke de boekhoudkundige eisen bevatten. Juist ten aanzien van die eisen is denkbaar dat de Commissie in de toekomst nadere aanwijzingen geeft

over de wijze waarop die eisen moeten worden uitgelegd en uitgevoerd. Te denken valt aan een nadere omschrijving van de mate van detaillering van de registratie van de baten en lasten van verschillende activiteiten (onderdeel a), of een nadere toelichting op de «objectief te rechtvaardigen beginselen inzake kostprijadministratie» (onderdeel b). Het gaat hier niet om de kernverplichting van de wijzigingsrichtlijn zelf (het voeren van een afzonderlijke administratie), maar om een mogelijke technische invulling daarvan. Regeling op ministerieel niveau is dan gerechtvaardigd. De leden van de PvdA-fractie wilden ook weten waarom het advies van de Raad van State met betrekking tot artikel 25a (definities) niet was opgevolgd. De opmerking van de Raad van State betrof uitsluitend artikel 25a, onderdeel d, waarin het begrip «verschillende activiteiten» is gedefinieerd. De definitie van het wetsvoorstel is identiek aan de definitie die is opgenomen in de wijzigingsrichtlijn (artikel 2, onderdeel e). Omdat de laatste zinsnede van die definitie vragen kan oproepen over de mate waarin de verschillende activiteiten afzonderlijk moeten worden geadministreerd, is in de toelichting – na navraag bij de Commissie – uiteengezet hoe deze passage moet worden opgevat. Het lijkt niet verstandig deze uitleg op nationaal niveau wettelijk vast te leggen en daarmee verder te gaan dan de tekst van de richtlijn. Het risico bestaat dan immers dat die uitleg niet exact overeenkomt met een eventuele latere officiële verduidelijking van de Commissie of een uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: Hof van Justitie). Mocht een dergelijke verduidelijking in de toekomst worden gegeven, dan kan deze op grond van artikel 25f bij ministeriële regeling worden overgenomen.

De leden van de VVD-fractie vroegen hoe met concurrentiegevoelige informatie zal worden omgegaan. Hierboven heb ik al aangegeven dat de betrokken informatie slechts aan de Commissie en de directeur-generaal van de NMa hoeft te worden verstrekt. Voor de NMa geldt ingevolge artikel 90 van de Mededingingswet dat zij ook de aan haar op basis van artikel 25e van dit wetsvoorstel verstrekte gegevens of inlichtingen alleen mag gebruiken voor de toepassing van die wet. Een belangrijke waarborg voor vertrouwelijke behandeling van gevoelige gegevens is ook gelegen in artikel 125a, derde lid, van de Ambtenarenwet dat een verplichting tot geheimhouding van die gegevens inhoudt. Vanzelfsprekend geldt die verplichting echter niet voor het ter beschikking stellen van die gegevens aan de Commissie.

Wat de Commissie betreft geldt artikel 20 van de Verordening van de Raad nr. 17 van 6 februari 1962, PbEG 204/62, betreffende toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag, zoals laatst gewijzigd bij Verordening van de Raad nr. 1216/1999 van 10 juni 1999, PbEG 1995, L 148/5. Het eerste lid van dat artikel bepaalt dat de Commissie ingewonnen inlichtingen slechts mag gebruiken voor het doel waarvoor zij die heeft gevraagd. Bovendien mogen de Commissie en haar personeelsleden en functionarissen ingevolge het tweede lid van dat artikel die gegevens niet openbaar maken. Ik voeg hieraan toe dat beide instanties in hun dagelijkse praktijk al veelvuldig met informatie van vertrouwelijke aard omgaan. Zij moeten dan ook zeker in staat worden geacht ook de informatie die als gevolg van de wijzigingsrichtlijn daarbij komt, met voldoende omzichtigheid te behandelen.

De vraag van deze leden of dit wetsvoorstel is voorgelegd aan het Adviescollege administratieve lasten, beantwoord ik ontkennend. De Actal krijgt van de kant van het Ministerie van Economische Zaken automatisch alle wetsvoorstellen, voorstellen voor algemene maatregelen van bestuur en voorstellen voor ministeriële regelingen voorgelegd die vanwege hun gevolgen voor het bedrijfsleven een bedrijfseffectentoets moeten ondergaan. Dit zogeheten Regelgevingsoverzicht wordt door de ministerraad vastgesteld na te zijn voorbereid door de interdepartementale Werkgroep voorgenomen regelgeving, de AC MDW en de MC MDW. Regelingen zoals

de onderhavige, die strikt beperkt zijn tot gebonden implementatie, ondergaan geen bedrijfseffectentoets omdat de uitkomsten van de toets niet van invloed zijn op de politieke besluitvorming. Het staat de Actal vrij om ook over andere dan de op het Regelgevingsoverzicht geplaatste wetsvoorstellen, voorstellen voor algemene maatregelen van bestuur en voorstellen voor ministeriële regelingen advies uit te brengen. Bij dit wetsvoorstel heeft de Actal van die mogelijkheid geen gebruik gemaakt.

De leden van de CDA-fractie stelden enkele vragen over de controle op de naleving van de verplichtingen uit het wetsvoorstel. Die controle zal om doelmatigheidsredenen in beginsel niet afzonderlijk plaatsvinden, maar zoveel mogelijk in samenhang met andere toezichthoudende activiteiten van de NMa. Dit betekent dat in voorkomend geval tegelijk met het toezicht uit anderen hoofde ook de naleving van de verplichting tot het voeren van een afzonderlijke administratie gecontroleerd zal worden. De aard van de door de betrokken onderneming uitgeoefende activiteiten moet daar dan wel aanleiding toe geven. Vandaar de woorden «indien de situatie zich daartoe leent». Daarnaast moeten de betrokken ondernemingen er natuurlijk rekening mee houden, dat de Commissie de NMa kan verzoeken bij hen gegevens uit de aan te houden afzonderlijke administratie op te vragen. Een en ander levert mijns inziens gezamenlijk een toereikende prikkel tot naleving op.

De leden van de CDA-fractie zouden ook graag meer inzicht krijgen in het door de directeur-generaal van de NMa gevoerde beleid inzake handhaving, met name in de door hem gehanteerde criteria voor het stellen van prioriteiten. Onder verwijzing naar bladzijde 16 van het Jaarverslag van de NMa 2000 noem ik als aspecten die bij die prioriteitenstelling door de NMa een rol kunnen spelen: economische importantie, belang voor de consument, kansrijkheid van het constateren van een overtreding, doelmatigheid en ernst van de vermoedelijke overtreding. Ook bij het toekennen van prioriteit bij het afhandelen van klachten spelen deze aspecten een rol. Zoals ik in mijn brief aan uw kamer met mijn bevindingen op dat jaarverslag heb geschreven, heeft de NMa het afgelopen jaar de verlangde omslag gemaakt naar pro-actieve handhaving van de Mededingingswet. Zo heeft de NMa in 2000 een begin gemaakt met tien onderzoeken naar mogelijke overtredingen van de Mededingingswet op basis van marktanalyses, berichten in de media en tips. Daarnaast is de NMa begonnen met acht nacontroles van eerder genomen besluiten en heeft zij zes sanctiebesluiten genomen. Bovendien heeft zij met het afhandelen van ontheffingsaanvragen in de afgelopen drie jaar feitelijk 350 mededingingsafspraken verboden of bereikt dat die zodanig werden aangepast dat zij niet meer in strijd met de Mededingingswet zijn. De rol van de directeur-generaal van de NMa bij de toepassing van de Mededingingswet is een andere dan die van de burgerlijke rechter. De directeur-generaal heeft tot taak de Mededingingswet in al haar onderdelen uit te voeren en toe te passen. Dat geldt dus zowel voor de handhaving van de verbodsbepalingen, als voor het beslissen op ontheffingsaanvragen en het concentratietoezicht. Wat de handhaving van de verbodsbepalingen betreft is van belang dat de directeur-generaal onderzoeken naar mogelijke overtredingen kan instellen naar aanleiding van een klacht maar ook ambtshalve. In het geval van een overtreding kan hij een sanctie opleggen. De burgerlijke rechter speelt alleen een rol bij de toepassing van de verbodsbepalingen en wel in die gevallen dat overtreding van die bepalingen tevens een onrechtmatige daad oplevert. In zodanige gevallen kan de partij die door die overtreding nadeel heeft onderzocht bij de burgerlijke een actie uit onrechtmatige daad instellen en schadevergoeding eisen. Anders dan de directeur-generaal van de NMa is de burgerlijke rechter lijdelijk, hetgeen betekent dat hij alleen beslist over een aan hem voorgelegde zaak. Ook kan de burgerlijke rechter geen sanctie opleggen.

De leden van de CDA-fractie vroegen voorts naar het aantal klachten en het soort klachten die door bedrijven en organisaties met betrekking tot energiemarkten worden ingediend. Zowel ik als de DTe ontvangen vragen en klachten over energiemarkten. Zo heeft DTe in haar jaarverslag 2000 aangegeven dat zij via de website vorig jaar 859 klachten heeft ontvangen. Daarnaast worden er schriftelijk vragen en klachten ingediend. De vragen en klachten zijn overigens divers van aard. Een groot deel betreft de uitleg over de hoogte van de tarieven en de wijze waarop de tarieven worden vastgesteld. Bij de vragen over de hoogte van de tarieven gaat het vaak over het feit dat DTe elektriciteits- en gastarieven neerwaarts vaststelt. De consument merkt hier in de praktijk echter weinig van, omdat de Regulerende Energiebelasting (REB) en de BTW per 1 januari 2002 zijn verhoogd. Brieven over tarieven die aan mij zijn gericht stuur ik reeds enige tijd ter beantwoording door aan de directeur DTe. Daarnaast worden veel interpretatievragen gesteld over wetgeving en techniek. Het feit dat de tweede tranche energieverbruikers per 1 januari 2002 keuzevrijheid krijgt van de energieleverancier leidt momenteel tot een piek in het aantal vragen over nieuwe contracten, opzegtermijn, wisselen van meters en dergelijke. Recent heeft DTe zich in een open brief «Met het oog op 2002» gericht tot alle partijen op de energiemarkt. Om optimaal te kunnen profiteren van de liberalisering van de elektriciteits- en gasmarkt is het van belang dat alle partijen zich goed kunnen voorbereiden op de toetreding van de 2002-afnemers op de markt. De brief gaat uitvoerig in op de problematiek van het opzeggen van een leveringscontract en het overstappen naar een andere leverancier. Ik acht het de taak van DTe vragen goed en zorgvuldig behandelen. DTe ziet het ook uitdrukkelijk als haar taak om, passend in het algemene beleid van NMa/DTe, aandacht te besteden aan publieksinformatie. Het gaat dan niet alleen om voorlichting over de regelgeving en het in de markt bekend maken van de economische en vaak technische randvoorwaarden, maar zeker ook om het beantwoorden van vragen per brief, telefoon of e-mail. Het goed kanaliseren van vragen en antwoorden is hierbij van groot belang. Ik heb aan uw kamer aangekondigd dat NMa/DTe een helpdesk zal inrichten voor consumenten-aangelegenheden, in het bijzonder voor energie. Deze helpdesk is als informatielijn NMa/DTe sinds 1 oktober 2001 «in de lucht» en separaat binnen de NMa-organisatie ondergebracht. Er zijn speciale publieksvoorlichters aangetrokken. Zij zorgen voor beantwoording en voor registratie van vragen en antwoorden. Voor de beantwoording werken de publieksvoorlichters nauw samen met de deskundigen van DTe.

De vragen van de leden van de CDA-fractie en ChristenUnie-fractie over het wetsvoorstel markt en overheid heb ik eerder in deze paragraaf beantwoord, tezamen met vragen van de leden van de PvdA-fractie daarover.

De leden van de ChristenUnie-fractie vroegen mij in te gaan op de mogelijkheid van overlapping van nationale administratieve verplichtingen en de administratieve verplichtingen die uit deze wijzigingsrichtlijn voortvloeien. Zoals ik in de memorie van toelichting heb aangegeven, zal van volledige overlapping tussen de administratieve verplichtingen op basis van het wetsvoorstel en die op basis van andere nationaalrechtelijke regelingen geen sprake zijn. Alleen dit wetsvoorstel voorziet immers in de verplichting om gegevens aan de Commissie ter beschikking te stellen en andere nationale regelingen niet. Voor zover er toch sprake zou zijn van een zekere overlapping, dan zou die overlapping op zichzelf nog geen extra administratieve belasting voor het bedrijfsleven betekenen. Door aan de verplichting inzake het voeren van een afzonderlijke administratie uit het wetsvoorstel te voldoen, voldoen ondernemingen immers tevens aan de daarmee overeenkomende verplichting uit die andere wet en omgekeerd. Om te voorkomen dat ondernemingen dezelfde gegevens niet aan meer dan aan één toezichthouder behoeven te verstrekken zal het

kabinet bevorderen dat de directeur-generaal van de NMa en de betrokken andere toezichthouder zo goed mogelijk samenwerken. Met andere woorden daar waar sprake zou zijn van overlapping, zal die niet leiden tot extra administratieve lasten. Voor zover dit wetsvoorstel andere verplichtingen oplegt dan die waarin nationale regelingen voorzien, zoals deze leden opmerkten, is juist geen sprake van overlapping. Van extra administratieve lasten kan dan wel sprake zijn. Zoals ik echter heb aangegeven, is Nederland als EU-lidstaat verplicht de desbetreffende verplichtingen uit de wijzigingsrichtlijn in haar wetgeving over te nemen. Om de administratieve lasten voor het bedrijfsleven als gevolg van die verplichtingen zoveel mogelijk te beperken heeft zowel de Commissie in de wijzigingsrichtlijn als dienovereenkomstig de regering in dit wetsvoorstel niet meer verplichtingen opgelegd dan strikt nodig is om de fundamentele doestelling van doorzichtigheid te bereiken.

3. Reikwijdte van het wetsvoorstel

De leden van de PvdA-fractie vroegen aan de hand van een aantal voorbeelden om een nadere definitie van de begrippen «bijzonder of uitsluitend recht» en «dienst van algemeen economisch belang». Alvorens een nadere toelichting te geven, wil ik benadrukken dat het gaat om de uitleg van communautaire begrippen die in een communautaire richtlijn worden gebezigd. Alleen het Hof van Justitie kan daarom definitief uitsluitsel geven over de exacte betekenis van die begrippen. Uit de voorbeelden die de leden van de PvdA-fractie gaven, valt wel op te maken dat deze leden de begrippen «bijzondere en uitsluitende rechten» en «dienst van algemeen economisch belang» te ruim interpreteren. Wil er sprake zijn van een onderneming met een bijzonder of uitsluitend recht, dan moet zijn voldaan aan de criteria die zijn neergelegd in de definitie van de wijzigingsrichtlijn (artikel 2, onderdelen d, f en g van de wijzigingsrichtlijn; artikel 25a, onderdelen b en c van het wetsvoorstel). Hoofdelementen daaruit zijn:

1. Er moet sprake zijn van een *onderneming*, dat wil zeggen dat er een economische activiteit moet worden verricht. Daarmee worden dus uitgesloten instellingen die uitsluitend activiteiten van zuiver sociale aard verrichten en die verder niet op commerciële basis opereren (denk aan het verstrekken van sociale uitkeringen) of instellingen die overheidsgezag uitoefenen (bijvoorbeeld de milieu-inspectie).
2. Het bijzondere of uitsluitende recht moet *door een lidstaat* (dus van overheidswege) zijn toegekend *bij wetgevend of bestuursrechtelijk besluit* (in het wetsvoorstel vertaald met: bij wettelijk voorschrift of besluit van een bestuursorgaan). Deze eis maakt duidelijk dat alleen rechten waaraan een publiekrechtelijke basis ten grondslag ligt kunnen worden gekwalificeerd als «bijzonder of uitsluitend»; zuiver privaatrechtelijke verhoudingen vallen hier dus buiten.
3. Bijzondere rechten worden slechts aan een *beperkt aantal ondernemingen* toegekend; uitsluitende rechten slechts aan *één onderneming*. De markt wordt dus door de overheid verdeeld; er bestaat geen vrije markt voor de uitoefening van de desbetreffende activiteiten.
4. Bij bijzondere rechten geldt bovendien dat zij moeten zijn verleend *«anders dan op grond van objectieve, evenredige en niet-discriminerende criteria»*. De overheid bepaalt met andere woorden aan hoeveel ondernemingen en op welke gronden zij een recht verleent om een bepaalde activiteit uit te oefenen. Er is dus geen sprake van een automatisch recht om een activiteit op de markt uit te oefenen als aan bepaalde (vergunning)voorwaarden is voldaan. Bovendien is geen sprake van een bijzonder recht in de zin van de wijzigingsrichtlijn als dat recht is toegekend nadat een aanbestedingsprocedure of veiling is gevolgd.
5. Een onderneming met een bijzonder of uitsluitend recht is bij *uitslui-*

ting van anderen gerechtigd een bepaalde activiteit binnen een bepaald gebied uit te oefenen en geniet daardoor een bevoorrechte positie ten opzichte van andere ondernemingen.

Om onder richtlijnverplichting tot het voeren van een afzonderlijke administratie te vallen moet er verder sprake zijn van *verschillende activiteiten*. De onderneming verricht dus niet alleen activiteiten op de markt waarvoor het bijzondere of uitsluitende recht is verleend of waarover de dienst van algemeen economisch belang zich uitstrekt, maar is ook op een andere markt actief. Tenslotte is de richtlijn slechts van toepassing indien een onderneming niet onder de uitzonderingen valt (artikel 4, tweede lid van de wijzigingsrichtlijn en de artikelen 25c en 25d van het wetsvoorstel).

Bij toepassing van deze criteria op de door de leden van de PvdA-fractie gegeven voorbeelden wordt duidelijk dat in een aantal van die geschetste situaties geen sprake is van een bijzonder of uitsluitend recht. Zo ontbreekt in de voorbeelden van de projectontwikkelaar, de supermarkt en firma X die gehoortoestellen levert aan een ziekenfonds een wettelijk voorschrift of bestuursrechtelijk besluit van de overheid waarin de rechten tot het verrichten van bepaalde activiteiten (en corresponderende plichten) worden toegekend en omschreven. Het zijn voorbeelden van normale contractuele relaties, voortvloeiend uit eigendom (van de gemeente in geval van projectontwikkelaar; van de eigenaar van het winkelcentrum bij de supermarkt). Ook de exploitatie van winkels en parkeervoorzieningen door NV Luchthaven Schiphol (hierna: Schiphol) komt voort uit het feit dat Schiphol eigenaar is van de grond en gebouwen. Van een bijzonder of uitsluitend recht, door wetgever of gemeente toegekend, is geen sprake. Ten aanzien van het vliegverkeer is dat anders. Schiphol wordt onder het voorstel tot wijziging van hoofdstuk 8 van de Wet Luchtvaart (Kamerstukken II 2001/2002, 27 603, nr. 65) de bij wet aangewezen exploitant van de luchthaven, hetgeen betekent dat zij over een uitsluitend recht in de zin van de richtlijn beschikt. Onder het huidige recht bestaat een situatie die daar sterk op lijkt. Dat betekent dat Schiphol onder bereik van de wijzigingsrichtlijn valt, als zij tenminste binnen diezelfde onderneming naast dat uitsluitende recht marktactiviteiten verricht. Voorwaarde is dat de uitzonderingen niet van toepassing zijn.

De door deze leden genoemde culturele activiteiten worden op een vrije markt in concurrentie verricht. Er is geen sprake van een beperkt aantal instellingen dat door de overheid is aangewezen om toneelvoorstellingen te verzorgen, boeken uit te geven of films te produceren. Het enkele feit dat een instelling subsidie verkrijgt betekent niet dat er een bijzonder recht is toegekend of dat er sprake is van het belasten met een dienst van algemeen belang. Ook is het niet zo dat alle activiteiten in de gezondheidszorg onder bereik van de richtlijn vallen. Deze activiteiten worden immers in de meeste gevallen in concurrentie verricht.

In het voorbeeld waarin een onderneming op grond van de Deconstructiewet een vergunning heeft om binnen Nederland zorg te dragen voor destructie van dierlijk afval, is geen bijzonder of uitsluitend recht verleend. Ook andere ondernemingen die aan de wettelijke voorwaarden voldoen kunnen namelijk een vergunning verkrijgen voor destructiewerkzaamheden. Omdat op basis van deze wet echter ook een plicht is opgelegd tot het ophalen en vernietigen van destructiemateriaal is hier wel sprake van het belast zijn met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang. Gelet op het feit dat er tijdelijk sprake is van overheidsfinanciering zal, afhankelijk van de vraag of de uitzonderingen van toepassing zijn, een dergelijke onderneming dus onder bereik van de wijzigingsrichtlijn en dus van het wetsvoorstel kunnen vallen.

Het openbaar vervoer is bij uitstek een voorbeeld van een gebied waar uitsluitende rechten door de overheid worden verleend. De toekenning

van het recht berust op de wet, te weten de Wet Personenvervoer 2000, terwijl per regio slechts één concessiehouder wordt aangewezen. Uit dit voorbeeld wordt ook duidelijk dat verlening van uitsluitende of bijzondere rechten in de praktijk gepaard gaat met oplegging van plichten met oog op een bepaald publiek belang dat de overheid behartigd wil zien. Bij het openbaar vervoer gaat het erom dat ook onrendabele gebieden bediend moeten worden. De toekenning van bijzondere en uitsluitende rechten is daarom vaak gekoppeld aan het belast zijn met een dienst van algemeen (economisch) belang.

Soms zijn er toch gevallen waarin niet aanstonds duidelijk is of er sprake is van een bijzonder of uitsluitend recht of van belasting met een dienst van algemeen economisch belang. Het is dan nuttig om naast de formele criteria van de definitie (door wie en op welke wijze is het recht om met uitsluiting van anderen in een bepaald gebied bepaalde activiteiten te mogen verrichten toegekend) ook de inhoud van het recht te beschouwen en te bezien of er een speciale relatie bestaat tussen de bezitter van het recht en de overheid. Bijzondere en uitsluitende rechten gaan immers, zoals hiervoor gezegd, in de praktijk gepaard met een plicht ter behartiging van een publiek belang. De overheid hecht er daarom aan de markt niet (geheel) vrij te laten; zij wenst een bepaalde mate van controle om het publiek belang te waarborgen. Om die reden draagt zij de uitoefening van de activiteiten slechts op aan één of enkele ondernemingen. Hiermee bereikt de overheid ook dat zij de markt op een bepaalde manier kan sturen. Deze rechten komen dan ook met name voor op markten waar de overheid vroeger zelf de activiteiten uitvoerde (via openbare nutsbedrijven). Gedacht kan worden aan sectoren als energie, postbedeling, openbaar vervoer, drinkwater en dergelijke. Bestaat in een concreet geval twijfel of er sprake is van een onderneming met een bijzonder of uitsluitend recht of die is belast met een taak van algemeen economisch belang, dan kan het helpen om terug te kijken naar de ratio van de richtlijn en de vraag te stellen of het zinvol zou zijn om een plicht tot afzonderlijke administratie van verschillende activiteiten op te leggen. Die verplichting is immers in het leven geroepen om te voorkomen dat ondernemingen door hun bevoorrechte positie op de eigen markt de concurrentie op de belendende markt verstoren. Zo moet de plicht tot het voeren van een afzonderlijke administratie inzichtelijk maken of met de gelden die uit de bijzondere activiteit worden verkregen de activiteiten op de andere markt worden gefinancierd.

De leden van de PvdA-fractie wilden verder weten of cursussen of symposia waar een toegangsprijs voor wordt gevraagd, en het afgeven van paspoorten, kaarten en voorlichtingsfolders onder het begrip «economische activiteit» vallen. Zoals deze leden terecht opmerken, moet onder «economische activiteiten» worden verstaan «het aanbieden van goederen en diensten op een markt». Bij het geven van cursussen of van symposia met een toegangsprijs is daarvan in de regel sprake. Het is overigens niet doorslaggevend of daar al dan niet een toegangsprijs voor wordt gevraagd. Het gaat erom of de dienst wordt aangeboden met oog op het uiteindelijk behalen van commercieel voordeel. Het afgeven van paspoorten is naar mijn mening louter een vorm van uitoefening van overheidsgezag. Van het uitgeven van kaarten op zichzelf is moeilijk te zeggen of dat nu een economische activiteit is. Het hangt er maar helemaal van af waarvoor die kaarten worden uitgegeven. Het verstrekken van voorlichtingsfolders zal volgens mij niet als een economische activiteit moeten worden beschouwd, als bijvoorbeeld een overheidsorganisatie die folders ter beschikking stelt om voorlichting te geven over haar publieke taak. Anders ligt het bij het produceren of verspreiden van voorlichtingsfolders in opdracht van een bedrijf ten behoeve van een reclame-actie. In dat geval zal er wel sprake zijn van een economische activiteit. Overigens is het moeilijk om in het algemeen uitspraken te doen

over de vraag of bepaalde activiteiten altijd wel of altijd niet zijn aan te merken als economische activiteiten. Dat hangt mede af van de markt-omstandigheden, zoals het bestaan van andere aanbieders van dezelfde goederen of diensten, de commerciële speelruimte van de betrokken organisaties en van de vraag of sprake is van activiteiten van zuiver sociale aard of het louter uitoefenen van overheidsgezag. Het zal aan de Commissie en de NMa zijn om te bepalen of in voorkomende gevallen sprake is van economische activiteiten en van een onderneming in de zin van de wijzigingsrichtlijn en van dit wetsvoorstel. Met de vraag van deze leden of het juist is dat de rijksoverheid bepaalt welke onderneming activiteiten uitvoert met een nationaal economisch belang, wordt, naar ik aanneem, gedoeld op een onderneming die wordt belast met een dienst van algemeen economisch belang voor de gehele economie. Het ligt inderdaad voor de hand dat de rijksoverheid dat bepaalt.

Deze leden vroegen voorts op welke wijze wordt veilig gesteld dat, als een onderneming de kosten van diensten van algemeen economisch belang afzonderlijk moet administreren, die onderneming niet op die kosten gaat bezuinigen. Ik merk op dat ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang alleen dan onder dit wetsvoorstel vallen, als zij voor die taak overheidssteun krijgen en naast die taak andere activiteiten op een open markt verrichten. Het ligt niet voor de hand dat, als een zodanige onderneming aan de verplichting tot afzonderlijke administratie moet voldoen, zij zal gaan bezuinigen op het verrichten van diensten van algemeen economisch belang. Daar krijgt zij immers overheidssteun voor. Bovendien zullen aan de steun voorschriften zijn verbonden over het gebruik van die steun, die verhinderen dat die steun voor andere doeleinden wordt benut.

De leden van de VVD-fractie stelden dat in de gezondheidszorg vaak sprake is van regionale monopolisten. Zij vroegen of deze ook binnen de reikwijdte van de wet vallen.

Ik neem aan dat deze leden doelen op de activiteiten van de zogenaamde «zorgkantoren». Deze kantoren voeren binnen een bepaalde regio grote delen van de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ) uit. Zij doen dit niet alleen voor hun eigen AWBZ-ingeschrevenen (in hun rol van AWBZ-uitvoeringsorgaan), maar ook voor de in de betrokken regio wonende verzekerden die zijn ingeschreven bij de overige uitvoeringsorganen AWBZ. Grotendeels geschiedt dit laatste op basis van mandaten en volmachten van die andere uitvoeringsorganen. Een klein gedeelte van dit werk is echter via het Administratiebesluit Bijzondere Ziektekostenverzekering aan de zorgkantoren opgedragen. In die zin is sprake van een taak van algemeen economisch belang dat gepaard gaat met een uitsluitend recht in de zin van het voorliggende wetsvoorstel. Het is echter de vraag of een zorgkantoor kan worden beschouwd als een *onderneming*. In zijn besluit van 10 maart 2000 (zaaknummer 181) concludeert de D-G NMa dat, gegeven de huidige structuurkenmerken van de AWBZ, de uitvoeringsorganen AWBZ slechts als onderneming kunnen worden beschouwd voor zover zij zorg inkopen bij zorgaanbieders en daarbij bovendien voldoende vrijheid hebben om de prestaties van die aanbieders te beïnvloeden. Dit is de facto, zo vervolgt de D-G NMa, alleen het geval bij inkoop bij vrijgevestigde psychiaters, een zeer klein deel van de totale zorginkoop in het kader van de AWBZ, waarbij bovendien prikkels tot daadwerkelijk onderhandelen ontbreken. Op grond hiervan spreekt de D-G NMa uit dat er onder de huidige AWBZ geen sprake is van mededinging en dat mandatering van bevoegdheden van de (overige) uitvoeringsorganen AWBZ aan een zorgkantoor is toegestaan. Hoewel het besluit van de D-G NMa niet expliciet de zorgkantoren betreft – behalve voor zover deze tevens uitvoeringsorgaan AWBZ zijn – kunnen aan het besluit argumenten worden ontleend op grond waarvan betwijfeld kan worden of de zorgkantoren ondernemingen zijn. Voor zover zij dat echter

toch zijn – het is alleen het Hof van Justitie die hier een einduitspraak over zou kunnen doen – zijn het ondernemingen met uitsluitende rechten, die onder voorliggend wetsvoorstel vallen.

Ook vroegen deze leden naar de situatie waarin een bijzonder recht niet voortvloeit uit overheidsbeleid maar uit de aard van het onderwerp. Zij wilden weten hoe een onderneming in die gevallen wordt geïnformeerd dat zij binnen de werking van de wet valt. Ondernemingen zijn uiteraard zelf verantwoordelijk voor de naleving van de verplichtingen die het wetsvoorstel oplegt. Dat geldt ook wanneer een bijzonder recht voortvloeit uit de aard van het onderwerp. Het ligt dan ook niet op de weg van de overheid om alle ondernemingen afzonderlijk op de hoogte te brengen van hun verplichtingen. Wel zal de NMa op de website de nodige algemene voorlichting geven met betrekking tot de nieuwe regeling. Bovendien zal ik de accountantsorganisaties schriftelijk informeren over de nieuwe boekhoudkundige verplichtingen met het verzoek hun leden daarvan op de hoogte te stellen.

De leden van de VVD-fractie vroegen verder of ik een overzicht kan geven van de verschillende toezichthouders in de EU-lidstaten die moeten toezien op de naleving van de in nationale wetten geïmplementeerde wijzigingsrichtlijn, op welke wijze wordt bevorderd dat op gelijke wijze wordt toegezien en in hoeverre sprake is van overlappende bevoegdheden. Over een overzicht zoals deze leden bedoelen beschik ik niet en ik betwijfel of dat in dit stadium van implementatie van de wijzigingsrichtlijn door de EU-lidstaten nu te geven zou zijn. Voorts wijs ik deze leden erop dat artikel 5, tweede lid, van de wijzigingsrichtlijn de EU-lidstaten opdraagt de nodige maatregelen te nemen opdat de volgens de bepalingen inzake een afzonderlijke administratie geadministreerde gegevens gedurende vijf jaar ter beschikking van de Commissie blijven. Het derde lid van dat artikel verplicht de EU-lidstaten die gegevens aan de Commissie te doen toekomen, als die daarom vraagt. De wijzigingsrichtlijn laat het verder aan de EU-lidstaten over zelf te bepalen welke maatregelen zij nodig achten en welke instantie belast wordt met het aan de Commissie doen toekomen van de desbetreffende gegevens. Iedere EU-lidstaat mag en zal dit op een andere manier doen, net zoals de mededingingswetten van de verschillende EU-lidstaten met name op het punt van de handhaving verschillen vertonen. Zijn de in de wijzigingsrichtlijn neergelegde verplichtingen inzake het voeren van een afzonderlijke administratie gelijk voor alle EU-lidstaten, de wijze van uitvoering en handhaving van de nationale wetten waarin die verplichtingen worden geïmplementeerd behoeft dat niet te zijn. Of er sprake is van overlap tussen de activiteiten van de verschillende nationale toezichthouders, is mij niet bekend. Op zichzelf is dat evenwel denkbaar, als een onderneming als bedoeld in de wijzigingsrichtlijn in meer dan een EU-lidstaat actief is en niet voldoet aan de in de nationale wetten geïmplementeerde verplichting uit de wijzigingsrichtlijn.

De leden van de CDA-fractie wilden vernemen of concessies voor openbaar vervoer en mijnbouwactiviteiten als exclusieve of bijzondere rechten in de zin van het wetsvoorstel moeten worden aangemerkt. Inderdaad zijn concessies in het openbaar vervoer, zoals deze voorkomen in de Wet personenvervoer 2000, aan te merken als uitsluitende rechten in de zin van het wetsvoorstel.

Deze rechten geven immers één onderneming binnen een bepaald gebied het recht om met uitsluiting van anderen het vervoer te verzorgen. Bij mijnbouwactiviteiten ligt de situatie anders. Er is in beginsel geen sprake van een door de overheid vastgesteld maximum aantal rechthebbenden. Het aantal rechthebbenden per voorkomen is wel beperkt, maar niet het totale aantal rechthebbenden voor mijnbouwactiviteiten. Al naar gelang er meer voorkomens ontdekt worden, worden er dan ook meer vergunningen verleend en zal de concurrentie toenemen (zie in deze zin ook

Akyürek-Kievits, Tussen protectie en concurrentie, 1998, paragraaf 2.2.2). Bovendien staat de vergunningprocedure, conform de koolwaterstoffenrichtlijn, voor een ieder open en geschiedt de vergunningverlening op grond van objectieve criteria. Ik ga er daarom vanuit dat mijnbouwvergunningen niet zijn aan te merken als uitsluitende of bijzondere rechten in de zin van het wetsvoorstel.

De Minister van Economische Zaken,
A. Jorritsma-Lebbink