

Ongehinderd ondernemen

Hoe commerciële initiatieven van ZBO's buiten het mededingingsrecht opereren

Jasper Sluijs¹

Er is sprake van een tendens in Nederland waarin ZBO's zoals het Centraal Bureau voor de Statistiek, Staatsbosbeheer en de Kamer van Koophandel eigen inkomsten genereren uit commerciële initiatieven. De Wet Markt en Overheid (WM&O) heeft als doel een gelijk speelveld te bewaken wanneer publieke en private organisaties concurreren. Nu blijkt echter dat wanneer bedrijven handhavingsverzoeken indienen bij de Autoriteit Consument & Markt (ACM) vanwege vermeende marktverstoring door ZBO's, zowel de ACM als de rechter in beroep de WM&O niet van toepassing verklaren op de activiteiten van de ZBO. Hierbij baseren ACM en rechter zich op jurisprudentie in het EU-mededingingsrecht. Dit artikel onderzoekt hoe deze situatie is ontstaan, wat de gevolgen hiervan zijn en in hoeverre maatregelen noodzakelijk zijn.

Inleiding

Sinds 2020 zoekt een aantal zakelijke dienstverleners de publiciteit over vermeende marktverstoring door de Kamer van Koophandel (KvK), een publiekrechtelijk zelfstandig bestuursorgaan (ZBO). De dienstverleners bieden verrijkte bedrijfsinformatie aan op basis van het handelsregister, dat beheerd wordt door de KvK. Nu stellen de dienstverleners echter dat de KvK overgaat tot het beperken van toegang tot handelsregisterdata en het verhogen van toegangsprijzen. Tegelijkertijd gaat de KvK zelf een dienst aanbieden met verrijkte bedrijfsinformatie aan de klanten van de dienstverleners.²

Dit voorbeeld is, in een notendop, de aanleiding voor dit artikel. Sinds de jaren 2000 zijn Nederlandse ZBO's in toenemende mate actief geworden op markten om zelfstandig inkomsten te genereren. Denk hierbij aan het Kadaster, Staatsbosbeheer, het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) en het Nederlands Forensisch Instituut (NFI). Volgens private concurrenten heeft dit geleid tot een ongelijk speelveld op de markten waar ZBO's actief zijn: overheden kunnen namelijk ondernemen met minder risico's.

Om een gelijk speelveld te bewaken wanneer publieke en private organisaties concurreren, heeft de wetgever de Wet Markt en Overheid (WM&O) ingesteld, als toevoeging aan de Mededingingswet (Mw). De WM&O is veelvuldig van toepassing geweest in de handhaving tegen ondernemende overheden, met name gemeenten. Nu blijkt echter dat wanneer bedrijven handhavingsverzoeken indienen bij de ACM vanwege vermeende marktver-

storing door ZBO's, zowel de ACM als de rechter in beroep de WM&O niet van toepassing verklaren op de activiteiten van de ZBO. Hierbij baseren ACM en rechter zich op jurisprudentie in het EU-mededingingsrecht.

Hoe kan het dat een wet die beoogt 'zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen te creëren tussen overheden en (andere) particuliere ondernemingen'³ door zowel de toezichthouder als de rechter niet van toepassing wordt verklaard wanneer ondernemers klagen over marktverstoring door ZBO's? Dit artikel onderzoekt hoe deze situatie is ontstaan, wat de gevolgen hiervan zijn, en in hoeverre maatregelen noodzakelijk zijn.

Om deze vragen te beantwoorden, beschrijf ik allereerst de tendens van commerciële initiatieven van ZBO's en de mogelijke effecten hiervan op markten. Dit brengt mij tot een analyse van de Nederlandse handhavings- en rechtspraktijk, de EU-jurisprudentie die hieraan ten grondslag ligt, en de breuklijn in deze jurisprudentie vanaf de HvJ-arresten *SELEX* en *Compass Datenbank*. Op basis hiervan kan ik aandacht besteden aan de gevolgen van de ontstane situatie waarin commerciële initiatieven van ZBO's kunnen opereren buiten de WM&O in het bijzonder, en het mededingingsrecht in het algemeen. Voor wat betreft de nadelige gevolgen die ontstaan, onderzoek ik welke oplossingen hiervoor wenselijk zijn.

Commerciële initiatieven van ZBO's

Een aanzienlijk aantal Nederlandse ZBO's ontplooit commerciële initiatieven naast de uitvoering van hun wettelijk

ke taak.⁴ Het CBS biedt bijvoorbeeld statistische dienstverlening en data-analyse diensten aan; het Kadaster levert informatieproducten en advies aan projectontwikkelaars en grondverzetters; de Kamer van Koophandel verkoopt en verrijkt handelsregistergegevens en biedt certificeringsdiensten aan; Staatsbosbeheer handelt in hout en biomassa; het NFI biedt *in company* opleidingen voor (para-)medici aan.

Al deze commerciële activiteiten zorgen voor extra inkomsten in aanvulling op de uit belastinggelden voortvloeiende rijksbijdrage voor ZBO's. De Algemene Rekenkamer stelt dat er vanaf 2005 melding gemaakt wordt van oneigenlijke concurrentie door ZBO's, zonder precies inzicht in aard en omvang.⁵ Volgens de OESO hebben commerciële overheidsinitiatieven een vlucht genomen sinds de financiële crisis van de late jaren 2000.⁶ De crisis leidde tot een begrotingstekort, wat resulteerde in rijksbrede bezuinigingsopgaven.

ZBO's en andere uitvoeringsorganisaties zijn in deze periode teruglopende rijksbijdragen gaan aanvullen met eigen inkomsten uit de markt. Dit gebeurde dikwijls onder aanmoediging van de Rijksoverheid. Zo stelde de Staatssecretaris van Economische Zaken in 2014 dat 'mede als gevolg van teruglopende overheidsfinanciën het kabinet aan Staatsbosbeheer [vraagt] zelf meer budget te genereren'.⁷ In de hele EU is deze tendens te ontwaren: zo levert het Franse KNMI weeradvies op maat voor de evenementenbranche en kun je in Denemarken een taal cursus volgen bij het Ministerie van Buitenlandse Zaken.⁸

Marktverstoring

Overheden die op de markt actief zijn hebben over het algemeen lagere kapitaalkosten dan private partijen, zijn beschermd tegen overnames en faillissement, kunnen betere toegang hebben tot beleidsinformatie en infrastructuur en genieten een constante inkomstenbron uit belastinggelden.⁹ Tegelijkertijd kunnen traditionele inefficiënties van overheden de commerciële uitgangspositie van ZBO's weer negatief beïnvloeden.¹⁰

Wanneer ZBO's meer van bovengenoemde voordelen profiteren dan hinder ondervinden van de inefficiënties, kan er marktverstoring ontstaan. Zo kan de ZBO meer commerciële risico's nemen en prijsconcurrentie nastreven die voor de private concurrent op de lange termijn niet houdbaar is.¹¹ Daarnaast kunnen de concurrentievoordelen van de ZBO een negatief effect hebben op toetreding tot die markt door private partijen.¹²

Het voorkomen van marktverstoring door ondernemende overheden staat sinds de jaren 2000 op het netvlies van de wetgever.¹³ Dit leidde uiteindelijk pas in 2012 tot het in werking treden van de WM&O, toegevoegd als hoofdstuk 4b van de Mw.

De WM&O stelt daarnaast voorwaarden op voor overheden wanneer zij marktactiviteiten willen ontplooiën: het verplicht doorberekenen van kostprijs, verbod op exclusief gegevensgebruik, verplichte functiescheiding tussen ondernemende en publieke taken en een bevoordelingsverbod van overheidsbedrijven.¹⁴ Net als de Mw waarvan zij onderdeel uitmaakt, heeft de WM&O betrekking op 'economische activiteit'. Dit is een standaard begrip uit het EU-mededingingsrecht dat neerkomt op het aanbieden van goederen of diensten op een markt.¹⁵ Waar de Mw zich richt op economische activiteit van ondernemingen, richt de WM&O zich op economische activiteit van bestuursorganen.¹⁶

Sinds 2012 wordt verondersteld dat de Mw en de WM&O van toepassing zijn ter beletting van marktverstoring door overheden. Daarom is het zinvol de werking van dit wettelijke kader nader te onderzoeken in de handhavings- en rechtspraktijk.

Handhavings- en rechtspraktijk

Op basis van de aanhangig gemaakte zaken bij (veelal) de Rechtbank Rotterdam en in beroep het CbB, lijkt het alsof commerciële initiatieven van overheden vooral spelen op gemeentelijk niveau. Denk hierbij aan geschillen over commerciële exploitatie door gemeenten van jachthavens,¹⁷ zwembaden,¹⁸ sportaccommodaties,¹⁹ campings²⁰ en parkeergarages.²¹

Auteur

1. Dr. J.P. Sluijs is universitair docent economisch publiekrecht, Universiteit Utrecht. Met inachtneming van de ASCOLA Transparency and Disclosure Declaration heeft de auteur niets te openbaren. Dank aan Anna Gerbrandy voor kritisch tegenlezen en Fabian Lips voor secure onderzoeksassistentie.

Noten

2. Camil Driessen, 'Maakt KvK misbruik van haar macht? Grote afnemers van bedrijfsdata vinden van wel', *NRC.NEXT* 26 januari 2021 dinsdag.
3. *Kamerstukken II* 2001/02, 28 050, nr. 3 (Regels omtrent marktactiviteiten van overheidsorganisaties en omtrent ondernemingen die van overheidswege over een bijzondere positie beschikken - Wet markt en overheid), p. 10.

4. J. Sluijs, 'Commercial Divisions of Public Entities and the Limits of EU Competition Law', *European Competition and Regulatory Law Review* 2019, afl. 3, p. 261-279, p. 264.
5. *Kamerstukken II* 2011/12, 30 220, nr. 4 (Bijlage 'Publieke organisaties en private activiteiten: Achtergrondstudie Algemene Rekenkamer').
6. OECD, *Maintaining a Level Playing Field between Public and Private Business*, OECD Publishing, 2012.
7. *Kamerstukken II* 2013/14, 29 659, nr. 122, p. 2 (Kamerbrief evaluatie Staatsbosbeheer).
8. OECD, *Competitive Neutrality: National Practices*, OECD Publishing, 2012.
9. OECD, *Competitive Neutrality in Competition Policy*, nr. 4, p. 7-25.
10. OECD, *A Compendium of OECD*

Recommendations, Guidelines and Best Practices Bearing on Competitive Neutrality, OECD Publishing 2012, p. 7.
11. D. Sappington & J. Sidak, 'Incentives for Anticompetitive Behavior by Public Enterprises', *Review of Industrial Organization* 2003, afl. 22, p. 183-206.
12. A. Fredenberg, 'Introduction', in: *The Pros and Cons of Competition in/by the Public Sector*, Swedish Competition Authority 2015, p. 8; 'Competitive Neutrality in Competition Policy', OECD.org.
13. *Kamerstukken II* 2001/02, 28 050, nr. 3 (MvT - Wet markt en overheid)
14. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 354, nr. 3 (MvT - Wet markt en overheid)
15. HvJ EG 18 juni 1998, ECLI:EU:C:1998:303 (*Commissie/Italië*).
16. Art. 25-25I Mw.
17. CbB 18 december 2018,

ECLI:NL:CBB:2018:661 (*Jachthavens Zeewolde*).
18. Rb. Den Haag 19 augustus 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:9797 (*Koormolen/Gemeente Zuidplas*).
19. CbB 21 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016:414 (*Sporthall Zoetermeer*); Rb. Rotterdam 2 november 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:8253 (*Sportcentrum Hulsberg/Nuth*).
20. Rb. Rotterdam 22 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2244 (*Camperplaats Stadskanaal*).
21. CbB 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:660 (*Hengelo/QPark*); zie ook J. Sluijs, 'Onderzoeksplicht of zorgvuldigheidsplicht bij de Wet Markt en Overheid? Het CbB verleent park-assist aan gemeenten', *M&M* 2019, afl. 22, p. 76.



Sinds de inwerkingtreding van de WM&O is echter eveneens een serie besluiten ontstaan, voortvloeiend uit handhavingsverzoeken vanuit het bedrijfsleven over oneigenlijke concurrentie door ZBO's. In 2013 verzocht bijvoorbeeld een commerciële aanbieder van voertuigdata een zienswijze van de ACM over het exploiteren van voertuigdata door de RDW.²² Het eerste formele handhavingsverzoek werd ingediend bij de ACM door een app-ontwikkelaar omtrent het aanbieden van software met informatie over ondergrondse kabels en leidingen door het Kadaster.²³ Tegen het besluit van de ACM werd beroep ingesteld bij de Rechtbank Rotterdam,²⁴ en vervolgens een hoger beroep bij het Cbb.²⁵ In 2018 volgde een handhavingsverzoek van een *payroller* omtrent de verloning van PGB-aanbieders door de SVB.²⁶ In 2020 volgde wederom een handhavingsverzoek wat betreft marktverstoring door (doorontwikkelde) bodeminformatiesoftware door het Kadaster, dit keer ingediend door acht concurrerende softwareaanbieders.²⁷

In alle bovengenoemde gevallen verzoekt de klager aan de ACM de WM&O te handhaven, omdat de ZBO in kwestie een concurrerende dienst onder de kostprijs aanbiedt. Dit zou niet in overeenstemming zijn met de verplichting tot doorrekenen van integrale kosten uit de WM&O.²⁸

De ACM en de rechter komen in alle gevallen echter tot de conclusie dat de activiteiten van de ZBO's niet onder de reikwijdte van de MW&O vallen, aangezien het geen *economische* activiteiten zijn. Zoals al hierboven benoemd, heeft de WM&O namelijk alleen betrekking op economische activiteit van een bestuursorgaan. Overheden, daarentegen, voeren geen economische activiteiten uit voor zover hun activiteiten het uitoefenen van openbaar gezag betreft.²⁹ Hierdoor is de Mw als geheel, inclusief de WM&O, niet van toepassing.³⁰

Aldus is het aanbieden van voertuiginformatiesystemen verbonden met de RDW's publiekrechtelijke taak van kentekenregistratie onder de Wegenverkeerswet

De ACM en de rechter komen in alle gevallen tot de conclusie dat de activiteiten van de ZBO's niet onder de reikwijdte van de MW&O vallen, aangezien het geen economische activiteiten zijn

(Wvw).³¹ Eveneens is het aanbieden van kabel- en leiding-informatiesoftware door het Kadaster verbonden met haar wettelijke taak van het 'bevorderen van de kenbaarheid van de ligging van ondergrondse kabels en leidingen' uit de Wet informatie-uitwisseling bovengrondse en ondergrondse netten en netwerken (WIBON).³² Ten slotte is het verlonen van PGB-aanbieders verbonden met de wettelijke taak van de SVB als administrateur van de Zorgverzekeringswet (Zvw), de Wet langdurige zorg (Wlz), de Jeugdwet, de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo).

Het Cbb ontwikkelde recentelijk een toetsingskader hieromtrent inzake het aanbieden van slagboomparkeren door een gemeente. Er is geen sprake van economische activiteit wanneer de activiteit 'naar zijn aard, zijn doel en de daarop toepasselijke regels niet los kan worden gezien van [een publieke taak], hetzij omdat [de publieke taak] zonder het aanbieden van de activiteit grotendeels nutteloos zou zijn, hetzij omdat deze activiteiten nauw met elkaar zijn verbonden'.³³

Waar komt nu deze uitsluiting van de Mw en de WM&O vandaan? De ACM, de rechtbank en het Cbb base- ren zich hier op HvJ EU-jurisprudentie en dan met name het arrest *Compass Datenbank*.³⁴ De interpretatie van 'economische activiteit' in deze jurisprudentie verdient daarom een nadere analyse.

De totstandkoming van *Compass Datenbank*

Het ondernemingsbegrip en haar uitzonderingen

Het Europese mededingingsrecht heeft als subject de onderneming. Dit begrip volgt echter niet uit de EU-verdragen en is daarom met name gedefinieerd door het HvJ EU.³⁵ Sindsdien is een doctrine ontwikkeld waarin de

onderneming een entiteit is die een economische activiteit uitvoert,³⁶ onafhankelijk van rechtspersoonlijkheid of financieringsvorm.³⁷ Economische activiteit betreft het aanbieden van producten of diensten op een markt.³⁸

Deze focus op economische activiteit is gericht op het functioneren – en niet op de vorm – van een entiteit.³⁹ 'Wanneer sprake is van een economische activiteit, vallen degenen die haar uitoefenen onder het communautaire mededingingsrecht'.⁴⁰ Een activiteit kan alleen uitgezonderd worden van het ondernemingsbegrip en daarmee van de toepassing van het mededingingsrecht, in geval van sociale activiteiten op basis van solidariteit,⁴¹ openbaar aanbesteden⁴² en het uitoefenen van openbaar gezag.

Het uitoefenen van openbaar gezag

Net zoals economische activiteit in brede zin, is de uitzondering hiervan in geval van uitoefening van openbaar gezag incrementeel ontwikkeld door het HvJ EU. Echter, de laatste twee arresten in deze jurisprudentie (*SELEX* en *Compass Datenbank*) vormen een trendbreuk ten opzichte van de voorgaande procedures.

Het eerste relevante arrest is *SAT Fluggesellschaft*. Het Hof stelt hier vast dat heffingen van Europese luchtverkeersleider Eurocontrol, net als alle activiteiten van de organisatie neerkomen 'op het uitoefenen van prerogatieven inzake de controle en de politie van het luchtruim, die typisch overheidsprerogatieven zijn. Zij hebben geen economisch karakter dat de toepassing van de mededingingsregels van het EEG-Verdrag zou kunnen rechtvaardigen'.⁴³

In een opvolgend arrest onderbouwt het HvJ EU de redenering in *SAT* verder. Milieubeschermingsactiviteiten door een (publiek) havenbedrijf zijn geen economische activiteit, maar het is in beginsel wel mogelijk dat econo-

22. Analyse ACM, 12.0266.01 (Analyse RDW).

23. Besluit ACM, 16.0570.29 (Besluit KLIC-viewer I).

24. Rb. Rotterdam 17 mei 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:3827 (Beroep KLIC-viewer I).

25. Cbb 14 mei 2019 ECLI:NL:CBB:2019:204 (Hoger beroep KLIC-viewer I).

26. Besluit ACM, ACM/18/032642 (Besluit SVB).

27. Besluit ACM, ACM/20/038656 (Besluit KLIC-viewer II).

28. Art. 25i lid 1 Mededingingswet.

29. Besluit KLIC-viewer, par. 25-28; Besluit

SVB par. 37-41.

30. Beroep KLIC-viewer I par. 7-8; Hoger beroep KLIC-viewer I r.o. 4.5-4.6.

31. Analyse activiteiten RDW, p. 5-6.

32. Besluit KLIC-viewer; Beroep KLIC-viewer I; Hoger beroep KLIC-viewer I; Besluit KLIC-viewer II.

33. Cbb 18 december 2020, ECLI:NL:CBB:2020:923 (Veenendaal/q-Park), r.o. 8.2; zie ook Besluit KLIC-viewer II, par. 37.

34. HvJ EU 12 juli 2012,

ECLI:EU:C:2012:449 (*Compass-Datenbank GmbH/Republik Österreich*).

35. HvJ EG 8 juli 2008, ECLI:EU:T:2008:256 (*AC-Treuhand AG/Commission*).

36. HvJ EG 23 april 1991, ECLI:EU:C:1991:161 (*Höfner and Elser/Macrotron GmbH*); HvJ EG 17 februari

1993, ECLI:EU:C:1993:63 (*Poucet and Pistre*).

37. HvJ EG 12 september 2000, ECLI:EU:C:2000:428 (*Pavel Pavlov and Others/Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*); HvJ EG 19 februari 2002, ECLI:EU:C:2002:98 (*Wouters*).

38. HvJ EG 18 juni 1998, ECLI:EU:C:1998:303 (*Commissie/Italië*).

39. O. Odudu, 'The meaning of undertaking within 81 EC', *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2005, afl. 7, p. 211-241.; A. Jones, 'The Boundaries of

an Undertaking in EU Competition Law', *European Competition Journal* 2012, afl. 8, p. 301-331.

40. HvJ EG 22 mei 2003, ECLI:EU:C:2003:304 (concl. A-G Jacobs) (*AOK Bundesverband*), par. 25.

41. HvJ EG 16 maart 2004, ECLI:EU:C:2004:150 (*AOK Bundesverband*).

42. HvJ EG 4 maart 2003, ECLI:EU:T:2003:50 (*FENIN/Commission*).

43. HvJ EG 19 januari 1994, ECLI:EU:C:1994:7 (*Fluggesellschaft mbH/Eurocontrol*), par. 30.

mische activiteiten worden uitgevoerd onder de paraplu van een publieke instantie.⁴⁴ Waar ligt echter dan het onderscheid tussen economische en niet-economische activiteiten die een overheid kan uitvoeren? In opvolgende arresten stelden Gerecht en Hof vast dat activiteiten die 'buiten de context van zijn activiteiten als overheidsinstantie kunnen worden verricht'⁴⁵ onder het mededingingsrecht vallen.⁴⁶

In het hierop volgende arrest *MOTOE* besliste het Hof dat voor iedere betwiste activiteit van een overheidsorganisatie afzonderlijk bepaald moet worden of het een economische activiteit betreft, of een activiteit ter uitoefening van openbaar gezag.⁴⁷ Eveneens bevestigt het Hof in dit arrest dat parallelle activiteiten van private ondernemingen duiden op economische activiteit, hieraan toevoegend dat het maken van winst geen relevante factor is om uit te sluiten dat de overheid een economische activiteit uitvoert.⁴⁸

Vanaf 2008 verlaat het HvJ EU echter de lijn ontwikkeld van *SAT* tot en met *MOTOE*. Een Italiaanse aanbieder van luchtverkeerssystemen kwam in *SELEX* op tegen vermeende marktverstoring door secundaire activiteiten van (wederom) Eurocontrol, zoals technische standaardisatie en technische bijstand aan nationale luchtverkeersleiders.

Hoewel technische bijstand door Eurocontrol volgens het Gerecht als economische activiteit onder het mededingingsrecht viel,⁴⁹ oordeelde het Gerecht echter dat er hier geen sprake was van *schending* van het mededingingsrecht. *SELEX* ging hierop in beroep bij het HvJ. Hier ontstaat de breuklijn in de jurisprudentie.

Het Hof oordeelde namelijk in beroep dat ook niet-essentiële en niet-onontbeerlijke activiteiten binnen de publiekrechtelijke taken van Eurocontrol, alsnog onlosmakelijk verbonden zijn met het uitoefenen van bevoegdheden van openbaar gezag – het handhaven van luchtverkeersveiligheid.⁵⁰ Een indirect verband met een publiekrechtelijke taak voldoet voor het Hof om buiten de reikwijdte van economische activiteiten onder het mededingingsrecht te vallen.⁵¹

De draai die het Hof hier maakt ten opzichte van het Gerecht, lijkt gedeeltelijk ingegeven door de conclusie van A-G Trstenjak. De A-G laat vooral zwaar wegen dat Eurocontrol een internationale organisatie gefinancierd door lidstaten is, met door de EU gedelegeerde taken. Gegeven de brede, publiekrechtelijke taak gericht op het handhaven van luchtverkeersveiligheid ligt het in de rede dat de activiteiten van Eurocontrol in beginsel samenhangen met het uitoefenen van openbaar gezag.⁵² Dit vereist een hoge drempel om aannemelijk te maken dat Eurocontrol

ook economische activiteiten uitvoert, en dit heeft het Gerecht onvoldoende gemotiveerd, aldus de A-G.⁵³

Vanuit deze nieuwe richting die het HvJ EU inslaat met *SELEX* komen we uiteindelijk uit bij *Compass Datenbank*, dat als uitgangspunt dient van ACM en rechter inzake commerciële activiteiten van ZBO's. Het arrest betreft een prejudiciële vraag uit Oostenrijk, voortvloeiend uit een klacht dat het publiekrechtelijke handelsregister misbruik maakte van een economische machtspositie door beperkingen op te leggen aan ondernemingen die verrijkte handelsregisterdata aanboden in concurrentie met het handelsregister zelf.

Compass Datenbank ontwikkelt een standaard voor het benaderen van mogelijke economische activiteiten door overheden: (1) mededingingsrecht heeft betrekking op economische activiteiten; (2) activiteiten in het kader van de uitvoering van openbaar gezag zijn geen economische activiteiten; (3) maar, een overheidsinstantie kan wel degelijk zowel economische als niet-economische activiteiten ontplooiën.⁵⁴

Tot zo ver bevestigt het Hof de jurisprudentie tot *SELEX*. Vervolgens stelt het Hof echter dat (4) een overheid als onderneming handelt bij een economische activiteit 'die van de uitoefening van haar bevoegdheden van openbaar gezag kan worden losgekoppeld', onder de voorwaarden van *SELEX*: wanneer er een verband is met het uitoefenen van openbaar gezag, is het niet van belang of het verband indirect is of de activiteit niet-essentieel of niet-onontbeerlijk voor het uitoefenen van openbaar gezag.⁵⁵ De toevoeging van dit arrest zit in de constatering dat het (5) mogelijk is dat een overheidsinstantie een 'economische activiteit [ontplooi die] niet van de uitoefening van haar bevoegdheden van openbaar gezag kan worden gescheiden' en daarmee alsnog buiten de reikwijdte van het mededingingsrecht valt.⁵⁶ Het Hof komt aldus niet toe aan de materiële toepassing van het mededingingsrecht in *Compass Datenbank*. Omdat de activiteiten van het handelsregister weliswaar economische activiteiten zijn, maar niet gescheiden kunnen worden van de uitoefening van openbaar gezag, wordt niet inhoudelijk behandeld of er sprake is van misbruik van een economische machtspositie onder artikel 102 VWEU.⁵⁷

Gerecht en Hof bevestigen de lijn van *Compass Datenbank* in de hierop volgende *TenderNed*-arresten.⁵⁸ Volgens het Hof is het voldoende voor activiteiten om verbonden te zijn met het uitoefenen van openbaar gezag om niet als economische activiteiten bestempeld te worden.⁵⁹ Wanneer, daarnaast, een economische activiteit van een overheid niet gescheiden kan worden van niet-economische activiteiten van openbaar gezag, dan geldt dat *alle* activiteiten van de overheid niet-economisch zijn.⁶⁰ Het Hof bevestigt hier het gerecht, dat concludeerde dat het vanuit een publiekrechtelijke taak verzamelen van data niet gescheiden kan worden van het aanbieden en beheeren van die data: het eerste is namelijk nutteloos zonder het tweede.⁶¹

Een overheidsinstantie kan dus op basis van *Compass Datenbank* een economische activiteit ontplooiën, waar desondanks het mededingingsrecht *niet* op van toepassing is. Hoewel het mededingingsrecht alleen van toepassing is in geval van economische activiteit, geldt het dus omgekeerd niet dat elke economische activiteit

Een indirect verband met een publiekrechtelijke taak voldoet voor het Hof om buiten de reikwijdte van economische activiteiten onder het mededingingsrecht te vallen

ook automatisch onder het mededingingsrecht valt. Wat zijn nu de implicaties van deze uitkomst, zowel op de bestaande als toekomstige handhavings- en rechtspraktijk?

De implicaties van *Compass Datenbank*

Bij wijze van tussentijdse balans is de situatie nu als volgt: er is sprake van een tendens waarin ZBO's eigen inkomsten genereren uit commerciële initiatieven. Private concurrenten klagen vervolgens dat deze initiatieven marktverstoring werken en de WM&O schenden. Zowel toezichthouder ACM als de rechter komen echter niet aan een materiële toepassing van de WM&O op de gedraging van de ZBO toe, omdat de commerciële initiatieven geen economische activiteiten zijn onder het EU-mededingingsrecht, en daarmee buiten de reikwijdte van de WM&O vallen.

Het niet van toepassing zijn van de WM&O volgt uit een breuklijn in de HvJ EU-jurisprudentie over de mededingingsrechtelijke interpretatie van economische activiteit in *SELEX* en met name *Compass Datenbank*. Op basis van de feiten in beide arresten is deze uitkomst navolgbaar: het handhaven van veiligheid en het faciliteren van handelsverkeer legitimeren een brede opvatting van het uitoefenen van openbaar gezag. Wanneer het mededingingsrecht het uitoefenen van dit openbaar gezag verhindert, heeft dat nadelige gevolgen voor veiligheid en handelsverkeer. Hier lijkt de redenering van het Hof verwant aan de standaard bij diensten van algemeen economisch belang (DAEB), waarin EU-mededingingsrecht alleen van toepassing is voor zover het de DAEB-taak van een entiteit niet verhindert.⁶²

Het faciliteren van het uitoefenen van openbaar gezag moet echter niet leiden tot een situatie waarin overheden het mededingingsrecht kunnen omzeilen bij het genereren van inkomsten. De handhavings- en rechtspraktijk ten opzichte van ZBO's doet vermoeden dat dit omzeilen van het mededingingsrecht op zijn minst een risico is. Hierdoor ontstaat mogelijk een ongelijk speelveld tussen publieke en private concurrenten op dezelfde markt.

Door de toepassing van *Compass Datenbank* op de geschillen tussen ZBO's en private concurrenten is het mogelijk dat ZBO's met economische activiteiten de WM&O schenden, zonder dat het mogelijk is te handhaven op basis van de materiële bepalingen van de WM&O. Dit is te zien in de afgevoerde handhavingsverzoeken en

Het faciliteren van het uitoefenen van openbaar gezag moet niet leiden tot een situatie waarin overheden het mededingingsrecht kunnen omzeilen bij het genereren van inkomsten

het hieruit volgende bezwaar en beroep: doordat het Kadaster en de SVB geen economische activiteiten uitvoeren onder de Mw, kunnen beide ZBO's niet gehouden worden aan de gedragsregel die verplicht integrale kosten in rekening te brengen om marktverstoring te voorkomen.

Aldus ligt het eveneens in de rede om (bijvoorbeeld) te veronderstellen dat het analyseren van statistieken voldeende verbonden is met de wettelijke taak van het produceren van statistieken door het CBS. Wanneer het CBS vervolgens deze dienstverlening aan zou bieden tegen niet-marktconforme tarieven, dan is de integrale kosten-norm van de WM&O niet van toepassing.

Door het arrest *Compass Datenbank* is het eveneens in beginsel mogelijk dat dezelfde gedraging wel onder het mededingingsrecht valt wanneer uitgevoerd door een private onderneming en niet wanneer uitgevoerd door een overheidsinstantie als een ZBO.

Stel, de Kamer van Koophandel verhoogt prijzen van of beperkt de toegang tot het handelsregister aan bedrijven die diensten aanbieden op basis van verrijkte handelsregisterdata. Dit terwijl de KvK zelf aanvullende dienstverlening aan gaat bieden met verrijkte handelsregisterdata tegen een lager tarief. Wanneer de KvK een private onderneming zou zijn, zou de ACM een onderzoek kunnen instellen naar vermeend misbruik van een economische machtspositie op basis van artikel 24 Mw/102 VWEU. Hier kan sprake zijn van rooftprijzen,⁶³ uitholling van marges⁶⁴ of leveringsweigering.⁶⁵ Echter, ook in dit (hypothetische) geval is het mogelijk dat de ACM niet aan toepassing van het materiële mededingingsrecht toekomt: het verrijken van handelsregisterdata kan immers verbon-

44. HvJ EG 18 maart 1997, ECLI:EU:C:1997:160 (*Diego Cali & Figli Srl/ Servizi Ecologici Porto di Genova SpA*), par. 16-18.

45. Deze Nederlandse vertaling wijkt overigens enigszins af van het Engels, waar uitgegaan wordt van activiteiten 'which can be severed from those in which it engages as a public authority'. Zie HvJ EG 12 december 2000, ECLI:EU:T:2000:290 (*Aéroports de Paris/Commission*) par. 108.

46. Ibid. par. 121, zie ook HvJ EG 24 oktober 2002, ECLI:EU:C:2002:617 (*Aéroports de Paris/Commission*), par. 68-83.

47. HvJ EG 1 juli 2008, ECLI:EU:C:2008:376 (*Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE)/Elliniko Dimosio*), par. 25.

48. Ibid. par. 27-28.

49. Gerecht 12 december 2006, ECLI:EU:T:2006:387 (*SELEX*), par. 86-87.

50. HvJ EG 26 maart 2009, ECLI:EU:C:2009:191 (*SELEX*), par. 76-79.

51. Ibid. par. 77.

52. HvJ EG 26 maart 2009, ECLI:EU:C:2009:191 (concl. A-G Trstenjak), par. 64-66.

53. Ibid. par. 62, 67-68.

54. HvJ EU 12 juli 2012,

ECLI:EU:C:2012:449 (*Compass-Datenbank GmbH/Republik Österreich*), par. 34-37.

55. Ibid. par. 38.

56. Ibid.

57. Ibid. par. 51-52.

58. Gerecht 28 september 2017,

ECLI:EU:T:2017:675 (*Aanbestedingskalender BV et al./Commissie - Gerecht*); HvJ EU 7 november 2019, ECLI:EU:C:2019:932 (*Aanbestedingskalender BV et al./Commissie - HvJ*).

59. *Aanbestedingskalender BV et al./*

Commissie HvJ EU par. 16.

60. Ibid. par. 43-46.

61. *Aanbestedingskalender BV et al./*

Commissie - Gerecht par. 77.

62. Gerecht 12 februari 2008,

ECLI:EU:T:2008:29 (*BUPA*).

63. HvJ EG 3 juli 1991, ECLI:EU:C:1991:286

(*Akzo Chemie/Commissie*).

64. HvJ EU 14 oktober 2010

ECLI:EU:C:2010:603 (*Deutsche Telekom/*

Commissie); HvJ EU 17 februari 2011,

ECLI:EU:C:2011:83 (*Konkurrensverket/*

TeliaSonera).

65. HvJ EU 25 maart 2021,

ECLI:EU:C:2021:239 (*Slovak Telekom/*

Commissie).

den zijn met de wettelijke taak die de KvK heeft in het beschikbaar maken van het handelsregister op basis van artikel 3 Handelsregisterwet.

Uit recente rechtsgangen tegen commerciële initiatieven van ZBO's blijkt nu dat private concurrenten genoodzaakt zijn omwegen te nemen buiten het mededingingsrecht – vermoedelijk vooruitlopend op een beperkte toepassing van de WM&O en de Mw op de betreffende commerciële initiatieven. Private onderzoeksbureaus baseren zich op bepalingen in de Wet CBS die marktverstoring door het CBS mogelijk maakt,⁶⁶ terwijl data-afnemers van het Handelsregister de KvK dagen op grond van het Europese Databankenrecht.⁶⁷

Aanbeveling voor een weg voorwaarts

Onder artikel. 16 van Verordening 1/2003 zijn de ACM en de Nederlandse rechterlijke macht gehouden aan uniforme toepassing van het Europese mededingingsrecht. Dit is precies wat er gebeurt wanneer toezichthouder en rechter op grond van *Compass Datenbank* tot de conclusie komen dat de commerciële initiatieven van een ZBO niet onder de reikwijdte van de WM&O vallen. Rechter en toezichthouder hebben beperkt ruimte om tot een andere bevinding te komen dan de interpretatie uit het *Compass*-arrest, onafhankelijk van de maatschappelijk en beleidsmatige noodzaak van een gelijk speelveld tussen overheden en private partijen op markten. Dit is een onwenselijke en vermoedelijk onvoorziene situatie. Onwenselijk, omdat toepassing van de materiële bepalingen uit de WM&O niet mogelijk is waar dit wel zinvol zou zijn. Om een gelijk speelveld op de markt te kunnen garanderen, is het noodzakelijk dat de WM&O daadwerkelijk toegepast kan worden. Het is goed mogelijk dat commerciële initiatieven van ZBO's na onderzoek van de ACM blijken te voldoen aan de gedragsregels van de WM&O. Deze uitkomst, met mogelijkheid tot bezwaar en beroep, biedt de rechtszekerheid voor ondernemingen die noodzakelijk is voor goed functionerend economisch verkeer.

Onvoorzien, omdat het HvJ EU vermoedelijk geen rekening gehouden heeft met de het ontstaan van commercieel georiënteerde initiatieven van overheden. De jurisprudentie van *SAT Fluggesellschaft* tot en met *Compass Datenbank* betreft veelal gevallen waarin de publieke instantie in kwestie diensten aanbiedt die objectief niet ver verwijderd zijn van hun publiekrechtelijke taak: het handhaven van openbare orde en veiligheid, of het faciliteren van handelsverkeer.

Het Hof lijkt echter niet voorzien te hebben dat initiatieven van overheden zouden ontstaan die primair gericht zijn op het genereren van inkomsten, en in mindere mate op het borgen van publieke belangen. Eveneens heeft het Hof niet voorzien dat overheden strategisch om kunnen gaan met de gecreëerde uitzondering van economische activiteit en deze uitzondering door een calcule-

rende overheid als zwaard gebruikt kan worden in plaats van als schild.

Met de HvJ EU-jurisprudentie in de hand kunnen ZBO's het zich permitteren ongestraft mededingingsregels te negeren. Dit kan nooit de bedoeling geweest zijn van het Hof. Het ligt daarom in de rede dat het Hof de redenering van *Compass Datenbank* heroverweegt op een manier die beter aansluit bij de gebruikelijke redenering in het mededingingsrecht die ziet op functioneren in plaats van de vorm van een entiteit.

Het Hof kan blijven vaststellen of een overheid al dan niet een economische activiteit uitvoert. Hiermee behoudt het Hof de mogelijkheid activiteiten van overheden buiten de reikwijdte van het mededingingsrecht te houden, wanneer de toepassing van het mededingingsrecht het uitoefenen van openbaar gezag disproportioneel verhindert. Wanneer er sprake is van een economische activiteit dan zou het mededingingsrecht ook onverminderd van toepassing moeten zijn voor toezichthouder en rechter. De situatie sinds *Compass Datenbank* dat een overheid een economische activiteit uitvoert die alsnog niet onder het mededingingsrecht valt, staat effectieve toepassing van het recht in de weg.

Voor deze heroverweging liggen twee routes voor. Het is in principe mogelijk dat de Europese Commissie een onderzoek opent vanwege vermeende anti-competitieve activiteiten van een publieke organisatie, en dat deze casus via bezwaar en beroep bij het Gerecht en het Hof terecht zou komen. De Commissie is echter beperkt geneigd te handhaven zonder een grensoverschrijdende component en commerciële activiteiten van overheden zijn over het algemeen nationale aangelegenheden.

Een alternatief kan zijn dat een casus via een prejudiciële procedure bij het Hof terecht komt. De eerste stap hierbij is een handhavingsverzoek bij de ACM vanwege vermeende schending van de MW&O of andere bepalingen uit de Mw door een publieke organisatie – zoals een ZBO. Wanneer de ACM dit handhavingsverzoek afwijst omdat de betwiste activiteit van een publieke organisatie geen economische activiteit is onder *Compass Datenbank*, kan de klager bezwaar en beroep aantekenen. Volgens kan de rechtbank in beroep of het CbB in hoger beroep verzocht worden de behandeling van de zaak te schorsen en prejudiciële vragen voor te leggen aan het Hof over de interpretatie van het begrip 'economische activiteit'. Het HvJ is ten algemene ontvankelijk voor interpretatievragen van nationale rechters bij de interactie tussen nationaal en Europees mededingingsrecht,⁶⁸ zoals ook het geval is met de WM&O. Het HvJ is bovendien gewend prejudiciële vragen te beantwoorden die specifiek zien op de interpretatie van economische activiteit: de in dit artikel besproken arresten hebben met uitzondering van *Aéroports de Paris* en *SELEX* alle betrekking op prejudiciële procedures.

Met de HvJ EU-jurisprudentie in de hand kunnen ZBO's het zich permitteren ongestraft mededingingsregels te negeren. Dit kan nooit de bedoeling geweest zijn van het Hof

Dit artikel pleit er niet voor dat commerciële initiatieven van ZBO's volledig aan banden worden gelegd, maar simpelweg dat toezichthouder en rechter in staat worden gesteld om het mededingingsrecht gelijkwaardig toe te passen wanneer ZBO's en private ondernemingen concurreren

Conclusie

Dit artikel heeft een tendens beschreven waarin Nederlandse ZBO's in toenemende mate commerciële activiteiten zijn gaan uitvoeren om eigen inkomsten te genereren. Omdat overheden competitieve voordelen kunnen hebben ten opzichte van private concurrenten, is de WM&O in het leven geroepen om een eerlijk speelveld te bewaken tussen private en publieke partijen op markten.

Wanneer private concurrenten klagen dat deze commerciële initiatieven van ZBO's de WM&O schenden, loopt het pad echter dood. Zowel de ACM als de rechter kunnen niet aan een materiële toepassing toekomen, omdat de commerciële initiatieven buiten de reikwijdte van de Mw, en daarmee de WM&O, vallen. Dit volgt uit de HvJ EU-jurisprudentie die uitmondt in het arrest *Compass Datenbank*. Hierin werd vastgesteld dat overheidsinstanties economische activiteiten kunnen ontplooiën die buiten de toepassing van het mededingingsrecht vallen wanneer zij verband houden met of niet losgekoppeld kunnen worden van het uitoefenen van openbaar gezag.

Door het arrest *Compass Datenbank* kan een ongelijk speelveld ontstaan: dezelfde activiteit kan wel onder het mededingingsrecht en de WM&O vallen wanneer uitgevoerd door een private rechtspersoon, en niet wanneer uitgevoerd door een publieke rechtspersoon.

De situatie die met *Compass Datenbank* is ontstaan, belemmert een materiële toepassing van het recht. Dit artikel pleit er niet voor dat commerciële initiatieven van ZBO's volledig aan banden worden gelegd, maar simpelweg dat toezichthouder en rechter in staat worden gesteld om het mededingingsrecht gelijkwaardig toe te passen wanneer ZBO's en private ondernemingen concurreren. Hiervoor is het echter noodzakelijk dat het HvJ de redenering van *Compass Datenbank* heroverweegt. •

66. 'Statistiekbureaus beginnen rechtszaak over bijverdiensten CBS', *FD* 23 november 2020.

67. C. Driessen, 'De strijd om bedrijfsdata is nog lang niet ten einde', *NRC Handelsblad* 25 januari 2021.

68. Stuyck, 'The Role of Preliminary References in the Uniform Application of EU Competition Law', in: A. Almäşan & P. Whelan (red.) *The Consistent Application of EU Competition Law*, Springer, 2017, p. 177-191.