

163. De kwestie CBS: het faillissement van de Wet markt en overheid

MR. E.W.F. SCHOTANUS

Jarenlange klachten over oneerlijke concurrentie door overheidsorganen en overheidsbedrijven hebben medio 2012 uiteindelijk geleid tot de introductie van gedragsregels in de Mededingingswet. Deze gedragsregels bevatten spelregels voor overheidsorganen wanneer zij economische activiteiten ontplooiën. De jarenlange lobby van belangenverenigingen van overheidsorganen hebben naar mijn mening de reikwijdte van de gedragsregels echter aanzienlijk ingeperkt. Zo leiden zelfvoorziening binnen het overheidsconcern en de algemeenbelanguitzondering tot een uitholling van de ratio van de gedragsregels. In dit artikel zal ik aan de hand van de economische activiteiten van het Centraal Bureau voor de Statistiek uiteenzetten dat de Mededingingswet onvoldoende handvatten biedt om oneerlijke overheidsconcurrentie succesvol aan te pakken.

Medio december 2019 verschenen in Het Financieele Dagblad twee artikelen over de oneerlijke concurrentie door het CBS.¹ Teneur van deze artikelen is dat het CBS al jaren oneerlijk met private aanbieders van statistische dienstverlening zou concurreren door haar unieke positie te misbruiken. Het CBS zou aan koppelverkoop doen door slechts bereid te zijn bepaalde informatie aan opdrachtgevers te verstrekken wanneer zij het te verrichten statistische onderzoek aan het CBS gunnen. Ook zou het CBS producten van concurrenten ontleden om die vervolgens zelf na te maken en die goedkoop aanbieden. Ook uitten private marktpartijen het verwijt dat (de)centrale overheden opdrachten aan het CBS gunnen zonder de aanbestedingsregels in acht te nemen.

Deze artikelen volgden op de internetconsultatie van nadere regelgeving om de werkzaamheden van het CBS ten behoeve van derden te beperken.² Deze aanvullende regelgeving vormt het voorlopige sluitstuk van een jarenlange discussie in de Tweede Kamer over de aanvullende statisti-

sche dienstverlening van het CBS.³ Op basis van art. 5 Wet CBS mag het CBS incidenteel werkzaamheden ten behoeve van derden verrichten, mits dit niet leidt *‘tot mededinging met private aanbieders van vergelijkbare diensten die uit een oogpunt van goede marktwerking ongewenst is.’*⁴

In het vervolg van dit artikel zal ik beschrijven of de bestaande rechtsregels voldoende handvatten bieden om de vermeende oneerlijke concurrentie door het CBS aan te pakken. Achtereenvolgens zal ik ingaan op de Wet markt en overheid, de staatssteunregels en de mededingingsregels.⁵ Ten slotte zal ik de conceptregelgeving bespreken die speciaal voor het CBS is geschreven.

Wet markt en overheid

De Wet markt en overheid voorziet in gedragsregels die bestuursorganen in acht moeten nemen wanneer zij economische activiteiten aanbieden. Het CBS is een zelfstandig bestuursorgaan en valt daarmee in beginsel onder de reikwijdte van de Wet markt en overheid. In het licht van het verweten gedrag zijn de gedragsregels ‘integrale kostprijsberekening’ (art. 25i Mw) en ‘exclusief gegevensge-

1 Brasser, P., FD. Wiebes grijpt in bij CBS na klachten over oneerlijke concurrentie, 12 december 2019, p. 2, <https://fd.nl/economie-politiek/1327243/wiebes-grijpt-in-bij-cbs-na-klachten-over-oneerlijke-concurrentie> en Brasser, P., FD. Hoe commercieel mag het CBS opereren?, 13 december 2019, p. 10-11, <https://fd.nl/achtergrond/1327148/hoe-commercieel-mag-het-cbs-opereren>.

2 Te raadplegen op Overheid.nl. Beleidsregels taakuitoefening CBS, 11 november 2019, <https://www.internetconsultatie.nl/beleidsregelstaakuitoefeningcbs> en Overheid.nl. Regeling werkzaamheden derden CBS, 11 november 2019, <https://www.internetconsultatie.nl/werkzaamhedenderden-cbs>. De internetconsultatie is inmiddels gesloten.

3 *Handelingen II* 2017/18, nr. 89, item 30, p. 1; *Kamerstukken II* 2018/19, 35000 XII, nr. 7; *Kamerstukken II* 2018/19, 35000 XIII, nr. 81; *Kamerstukken II* 2018/19, 35000 XIII, nr. 84; *Kamerstukken II* 2019/20, 35300 XIII, nr. 4; *Kamerstukken II* 2019/20, 35300 XII, nr. 10.

4 Wet op het Centraal bureau voor de statistiek, *Stb.* 2003, 516, zoals laatstelijk gewijzigd bij de wet van 5 december 2018, *Stb.* 2018, 487.

5 Gezien de scope van dit tijdschrift zal ik geen afzonderlijke aandacht aan de aanbestedingsregels schenken.

bruik' (art. 25k Mw) dan ook relevant.⁶ Het is echter de vraag of de vermeende handelwijze van het CBS aan deze gedragsregels getoetst kan worden.

Uitzonderingen

Private marktpartijen klagen erover dat (de)centrale overheden ondershands opdrachten aan het CBS gunnen. Op zich verzet de Wet markt en overheid zich niet tegen een dergelijke handelwijze.⁷ Wel leidt deze handelwijze ertoe dat het verrichten van aanvullende statistische dienstverlening door het CBS aan (de)centrale overheden op tweelei wijze niet aan de gedragsregels getoetst kan worden.

Zonder aanbesteding geen economische activiteit?

De eerste mogelijkheid is dat de aanvullende statistische dienstverlening van het CBS niet als economische activiteiten aangemerkt kan worden. Het besluit *Marcandi* van de ACM biedt hiervan een voorbeeld.⁸ Stichting Marine Cantine Dienst is onderdeel van het Ministerie van Defensie en leverde food- en non-foodproducten aan een verschillende afnemers, waaronder operationele eenheden van het ministerie. Voor zover *Marcandi* aan die operationele eenheden levert, is *Marcandi* – in de visie van de ACM – niet actief op een markt en is om die reden geen sprake van een economische activiteit. De Rechtbank Den Haag volgt een identieke redenering ten aanzien van de Rijksschoonmaakdienst.⁹ Echter, die redenering klopt naar mijn mening in algemene zin niet. De vraag of een activiteit economisch van aard is, is een functionele en de Europese Commissie is wat dat betreft dan ook helder:

'The fact that an activity has been provided "in house" does not exclude the existence of its economic nature.'¹⁰

Dat neemt echter niet weg, dat in voorkomende gevallen toch geen sprake kan zijn van een economische activiteit, omdat het een activiteit betreft die nauw met de uitoefening van een overheidsprerogatief is verbonden.¹¹ Dit betekent

concreet, dat voor zover (de)centrale overheden de aanvullende statistische diensten van het CBS voor de uitvoering van overheidsprerogatieven aanwenden, die specifieke aanvullende diensten van het CBS geen economische activiteiten betreffen en de gedragsregels uit de Wet markt en overheid daarop niet van toepassing zijn.

Zelfvoorziening door de overheid

De tweede mogelijkheid is de uitzondering van art. 25h lid 2 Mw. In de totstandkomingsgeschiedenis van de Wet markt en overheid spreekt men van 'zelfvoorziening door de overheid'. Het doel van deze uitzondering is te voorkomen dat de gedragsregels onderlinge samenwerking tussen bestuursorganen bij de uitvoering van publiekrechtelijke taken belemmerd. Deze uitzondering is overigens niet geheel onbegrensd. Alleen wanneer de te leveren producten en diensten voor de uitvoering van een publiekrechtelijke taak bestemd zijn, is de uitzondering van toepassing.¹² In het geval van de aanvullende statistische dienstverlening door het CBS lijkt daarvan sprake te zijn, omdat (de) centrale overheden de resultaten van die dienstverlening gebruiken voor het bepalen en het opstellen van hun (de) centrale beleid.

Integrale kostendoorberekening

Voor zover het CBS aanvullende statistische diensten aan private opdrachtgevers verleent, zijn de gedragsregels van de Wet markt en overheid in beginsel wel toepasselijk. Eén van de verwijten van private marktpartijen is dat het CBS haar aanvullende statistische dienstverlening onder kostprijs zou aanbieden en daarmee mogelijk niet een integrale kostprijs hanteert; hetgeen in strijd is met art. 25i Mw. Een zinsnede in de totstandkomingsgeschiedenis van de Wet CBS biedt een mogelijk grondslag voor dit verwijt. Daarin merkte de wetgever op dat:

'(...) het CBS [verricht] additionele analyses op reeds verzamelde gegevens tegen betaling. De kosten hiervan zijn relatief hoog omdat er schaarse, hoogwaardige capaciteit voor benodigd is, die aan uitvoering van lopende werkzaamheden onttrokken moet worden.'¹³

Uit art. 25b Mw vloeit de algemene verplichting voor het CBS voort om een gescheiden boekhouding te hanteren. Uit de boekhouding van het CBS dient dus te blijken op welke wijze zij de kosten en opbrengsten aan de verschillende taken toerekent. De ACM zou dus eenvoudig kunnen controleren of het CBS voor haar aanvullende statistische dienstverlening ten minste een integrale kostprijs in rekening brengt en die niet kruissubsidieert met opbrengsten uit haar wettelijke taken.

Ik vraag me echter af of de ACM een klacht van een marktpartij ontvankelijk zal verklaren. Dit hangt samen met één

6 Bij gebreke aan privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid kwalificeert het CBS niet ook als overheidsbedrijf in de zin van art. 25g Mw. Om die reden is het verbod op bevoordeling van overheidsbedrijven (als bedoeld in art. 25j Mw) in dit geval niet toepasselijk.

7 Of het aanbestedingsrecht dit toestaat, gaat buiten de scope van dit artikel. Geïnteresseerde lezers verwijs ik naar de recente conclusie van A-G Campos Sánchez-Bordona van 29 januari 2020 in C-796/18, *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung* tegen *Stadt Köln*.

8 Besluit van de ACM van 20 februari 2017, zaaknummer 15.1221.29, nr. 24 (*Marcandi*).

9 Rb. Den Haag, 24 januari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:36, r.o. 4.14.

10 Beschikking Commissie 23 december 2015, nr. 38, SA.34402 (*State financing of software solutions for universities*) onder verwijzing naar T-309/12, arrest Gerecht 16 juli 2014, ECLI:EU:T:2014:676, r.o. 70 (*Zweckverband Tierkörperbeseitigung*).

11 Arrest HvJ EU 11 juli 2006, ECLI:EU:C:2006:453, C-205/03 P (*FENIN*); arrest HvJ EU 12 juli 2012, ECLI:EU:C:2012:449, C-138/11 (*CompassDatenbank*); arrest HvJ EU 7 november 2019, ECLI:EU:C:2019:932, C-687/17 P (*Aanbestedingskalender*); beschikking Commissie 20 september 2019, SA.34402 (*State financing of software solutions for universities*). Zie voor Nederland: Hof Amsterdam 11 juni 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1954 (*Metroprop/gemeente Heerlen en UWV*).

12 Hierbij rijst dan de vraag in hoeverre nog sprake is van economische activiteiten en de Wet markt en overheid reeds om die reden niet toepasselijk is.

13 *Kamerstukken II* 2001/02, 28277, nr. 3, p. 12.

van de specifieke uitzonderingen op de verplichting om alle kosten door te berekenen, namelijk art. 25i lid 2 aanhef en onder a Mw. Op basis van dit artikellid geldt voornoemde verplichting namelijk niet wanneer bijzondere regelgeving reeds voorschriften bevat voor de in rekening te brengen prijzen.

In dat kader is art. 5 Wet CBS relevant. Lid 1 van dit artikel luidt als volgt:

‘Het CBS kan in incidentele gevallen statistische werkzaamheden voor derden verrichten. Deze werkzaamheden mogen niet leiden tot mededinging met private aanbieders van vergelijkbare diensten die uit een oogpunt van goede marktwerking ongewenst is.’¹⁴

Hoewel dit artikellid niets expliciet over prijzen bevat, zou dat er mogelijk wel ingelezen kunnen worden.¹⁵ Indien dit artikellid toepasselijk zou zijn, bestaat er voor het CBS geen verplichting tot het in rekening brengen van een integrale kostprijs. De handelwijze van het CBS dient aan een meer open norm. Op dit moment is er echter geen regelgeving waarin de norm van art. 5 Wet CBS nader wordt uitgewerkt. Behoudens de uitspraak *Supercollect/CBS*¹⁶ (waarin de rechter naar de norm verwijst), bestaat er evenmin jurisprudentie waarin inhoudelijk op de norm van art. 5 Wet CBS wordt ingegaan.

Alleen wanneer de te leveren producten en diensten voor de uitvoering van een publiekrechtelijke taak bestemd zijn, is de uitzondering van toepassing

Het is dus onzeker aan de hand van welke norm (art. 25i Mw of art. 5 Wet CBS) de prijsstelling van het CBS voor haar aanvullende statistische diensten inhoudelijk getoetst kan worden.

Verbod op exclusief gegevensgebruik

De tweede relevante gedragsregel betreft het hergebruik van gegevens die het CBS in het kader van de uitvoering van haar publiekrechtelijke bevoegdheden heeft verkregen. Wanneer het CBS dergelijke gegevens voor haar aanvullende statistische dienstverlening voor private opdracht-

gevers gebruikt, zal het CBS die gegevens – op grond van art. 25k Mw – in beginsel op gelijke voorwaarden ook aan private marktpartijen moeten verstrekken. In beginsel, omdat specifieke wetgeving (zoals de Algemene verordening gegevensbescherming) het CBS tot geheimhouding van bepaalde informatie verplicht.

Het is overigens de vraag of deze gedragsregel een remedie zou kunnen zijn voor de verwijten van private marktpartijen. Die marktpartijen klagen niet over het niet-verstrekken van informatie, maar over de koppelverkoop. Volgens dat verwijt verstrekt het CBS slechts gegevens aan private opdrachtgevers wanneer zij de aanvullende statistische diensten van het CBS afnemen.

Conclusie Wet markt en overheid

De gedragsregels uit de Wet markt en overheid zijn uitsluitend van toepassing voor zover het CBS economische activiteiten verricht. Op basis van de jurisprudentie en de uitzondering van art. 25h lid 2 Mw zijn de gedragsregels niet toepasselijk op het leveren van aanvullende statistische diensten aan andere bestuursorganen voor zover die diensten voor de publiekrechtelijke taak gebruikt worden. Daarmee biedt de Wet markt en overheid geen grondslag voor de vermeende oneerlijke concurrentie van het CBS als gevolg van het onderhands gunnen van opdrachten voor het verrichten van aanvullende statistische diensten door andere bestuursorganen.

Die redenering klopt naar mijn mening in algemene zin niet. De vraag of een activiteit economisch van aard is, is een functionele

Wanneer het CBS aanvullende statistische diensten voor private opdrachtgevers verricht, zijn de gedragsregels wel toepasselijk. Het verwijt van private marktpartijen dat het CBS de aanvullende statistische dienstverlening goedkoop zou aanbieden, kan in beginsel worden getoetst aan de hand van de gedragsregel die verplicht tot het doorberekenen van alle kosten die aan die dienstverlening kunnen worden toegerekend. Niettemin zou – op basis van art. 25i lid 2 aanhef en onder a Mw – discussie kunnen ontstaan of niet uitsluitend art. 5 Wet CBS als *lex specialis* toepasselijk is.

Staatssteunregels

De staatssteunregels beogen het verstrekken van op geld waardeerbare voordelen aan één of meer ondernemingen te voorkomen. Het CBS kan op twee manieren met de staatssteunregels in aanraking komen. Het CBS kan zelf ontvanger van staatssteun zijn, maar kan als zelfstandig bestuursorgaan ook verstreker van staatssteun zijn. Aangezien de klachten van concurrenten geen betrekking hebben op de (omvang van de) financiering van de wettelijke taken van het CBS, concentreer ik mij op de tweede manier. Daarin

14 Op basis van dit artikellid mag het CBS dus economische activiteiten verrichten. Slechts wanneer die tot concurrentie leiden die vanuit het oogpunt van goede marktwerking ongewenst is, is dit artikellid toepasselijk. Uit de toelichting op dit artikellid blijkt dat de wetgever verwacht dat daar niet snel sprake van zal zijn: ‘het CBS [kan] een statistisch onderzoek voor een derde verrichten zolang er in de markt geen gelijkwaardige dienstverlening bestaat. Gegeven de wettelijke taak van het CBS is er niet vaak sprake van gelijkwaardige dienstverlening’ (Kamerstukken II 2001/02, 28277, nr. 3, p. 26).

15 Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag, 31 oktober 2007, ECLI:NL:RBDHA:2007:BD1249 (*Supercollect/CBS*) over het gratis aanbieden van een bepaalde softwaremodule.

16 Rb. Den Haag, 31 oktober 2007, ECLI:NL:RBDHA:2007:BD1249 (*Supercollect/CBS*).

kan het CBS zichzelf en private afnemers bevoordelen. Het CBS bevoordeelt zichzelf wanneer zij niet alle aan de economische activiteiten toe te rekenen kosten aan zichzelf doorberekent. In dat geval kan ook sprake zijn van indirecte begunstiging van haar private afnemers. Vanuit dit gezichtspunt verdient een aantal voorwaarden bijzondere aandacht, namelijk (i) kwalificeert het (commerciële) CBS als een onderneming, (ii) ontvangt het (commerciële) CBS een niet-marktconform voordeel en (iii) is het voordeel met staatsmiddelen bekostigd.

(i) Onderneming

Voor de vraag of het (commerciële) CBS als onderneming kwalificeert, is – zoals hiervoor bij de bespreking van de uitzonderingen op de Wet markt en overheid is opgemerkt – relevant waarvoor de resultaten van de aanvullende statistische diensten van het CBS worden gebruikt.

Indien (de)centrale overheden deze resultaten ten behoeve van de uitvoering van hun wettelijke taken gebruiken, dient de eventuele economische aard van de aanvullende statistische diensten vanuit dat licht te worden vastgesteld. Op basis van de hiervoor reeds besproken Unierechtelijke jurisprudentie is het aannemelijk dat de aanvullende statistische diensten van het CBS niet als economisch van aard kunnen worden aangemerkt. Concreet betekent dit dat de staatssteunregels in dat geval evenmin toepasselijk zijn op de dienstverlening van het (commerciële) CBS aan (de)centrale overheden.

Voor zover private opdrachtgevers afnemer van de aanvullende statistische diensten van het CBS zijn, kwalificeert het (commerciële) CBS voor die diensten wel als onderneming in de zin van art. 107 lid 1 VWEU en zijn de staatssteunregels toepasselijk.

(ii) Voordeel

Een verwijt van private marktpartijen luidt dat het (commerciële) CBS haar aanvullende statistische diensten goedkoop zou aanbieden. Een ander verwijt luidt dat het (commerciële) CBS het verstrekken van gegevens zou koppelen aan het verplicht afnemen van een totaalpakket van diensten.

In de kern komt het eerste verwijt erop neer dat het CBS niet, niet volledig of op onjuiste wijze kosten aan de aanvullende statistische dienstverlening toe zou rekenen. Als het ware zou het CBS zichzelf daarmee kruissubsidiëren. Op basis van de Europese transparantierichtlijn (die ook de rechtsbasis voor art. 25b Mw vormt) dient het CBS een gescheiden boekhouding te voeren. Op basis daarvan zou de Europese Commissie of de nationale rechter kunnen beoordelen of het CBS al dan niet op juiste wijze kosten aan de aanvullende statistische dienstverlening (en eventuele andere economische activiteiten) toerekent.

Het tweede verwijt betreft de vermeende koppelverkoop door het CBS. Dit is een lastiger vraagstuk. Aan de ene kant is het voorstelbaar dat het CBS zich hiermee zelf bevoordeelt. Immers, zonder de koppelverkoop had de private

opdrachtgever de aanvullende statistische diensten mogelijk bij een private marktpartij afgenomen. Aan de andere kant kan eraan worden getwijfeld of de handelwijze van het CBS niet-marktconform is. In zijn algemeen geldt, dat het ondernemingen zonder economische machtspositie is toegestaan koppelverkoop toe te passen. Voor zover het CBS over een economische machtspositie zou beschikken en ook aan de overige voorwaarden van art. 24 Mw en/of art. 102 VWEU is voldaan, is koppelverkoop geen concurrentie ‘on the merits’. Alleen dan zou er sprake kunnen niet zijn van het verkrijgen van een niet-marktconform voordeel. Verderop in dit artikel ga ik uitgebreider in op het verbod van misbruik van een economische machtspositie.

(iii) Met staatsmiddelen bekostigd

De volgende vraag die zal moeten worden beantwoord, is of de bevoordeling met staatsmiddelen is bekostigd. Hoewel het CBS tot de lidstaat Nederland wordt gerekend, betekent dit niet automatisch dat aan deze voorwaarde is voldaan. Nu een (de)centrale overheid het vermeende voordeel niet verstrekt (maar het CBS aan zichzelf), dient te worden vastgesteld of de maatregel aan de lidstaat kan worden toegerekend. Uit de arresten *Stardust Marine* en *Commerz Nederland* blijkt dat:

‘de toerekenbaarheid aan de Staat (...) kan worden afgeleid uit het samenstel van aanwijzingen die blijken uit de omstandigheden van het [geval] en de context waarin [de maatregelen] zijn verleend. Daartoe moet worden bepaald of op grond van die aanwijzingen kan worden vastgesteld dat in casu de overheid bij het verlenen van die [maatregelen] betrokken was of dat het onwaarschijnlijk was dat zij hierbij niet betrokken was.’¹⁷

Gezien de status van het CBS als zelfstandig bestuursorgaan en de beheer- en beleidsvrijheid die het CBS op basis van die status is toegekend, is het niet ondenkbeeldig dat niet aan deze voorwaarde zal worden voldaan. Bij gebreke aan concrete publieke aanwijzingen voor het tegendeel zal het voor een private marktpartij ondoenlijk zijn om eventuele betrokkenheid van de lidstaat Nederland te substantiëren, laat staan bewijzen.

Conclusie staatssteun

Voor een succesvolle actie op grond van art. 107 lid 1 VWEU dient een private marktpartij diverse hordes te nemen. Een private marktpartij kan deze actie alleen uitvoeren voor zover het de handelwijze van het CBS ten aanzien van private opdrachtgevers betreft. Als al van kruissubsidiëring of een andere vorm van bevoordeling sprake zou zijn, is het de vraag of die bevoordeling met staatsmiddelen is bekostigd (in de zin dat de betrokken maatregel aan de lidstaat Nederland kan worden toegerekend). De kwestie *Commerz Nederland* vormt een illustratie van de lange

17 HvJ EU 17 september 2014, ECLI:EU:C:2014:2224, C-242/13 (*Commerz Nederland/Commissie*) en HvJ EU 16 mei 2002, ECLI:EU:C:2002:294, C-482/99 (*Frankrijk/Commissie*).

(financiële) adem die een private marktpartij in een dergelijk geval moet hebben.¹⁸

Misbruik van een economische machtspositie

Een andere mogelijkheid om de vermeende oneerlijke concurrentie door het CBS aan te pakken, is art. 24 Mw en/of art. 102 VWEU. Op basis van deze artikelen is het voor een onderneming met een economische machtspositie verboden om van die positie misbruik te maken (met de hiervoor reeds gemaakte restricties over de kwalificatie van het CBS als onderneming). Allereerst dient dus vastgesteld te worden of het CBS over een economische machtspositie beschikt. Daarvoor is het noodzakelijk de relevante markt af te bakenen. Vervolgens dient de vraag beantwoord te worden of de handelwijze van het CBS als misbruik kan worden aangemerkt.

Als al van bevoordeling sprake zou zijn, is het de vraag of die bevoordeling met staatsmiddelen is bekostigd

In zijn algemeenheid geldt dat zaken die betrekking hebben op een vermeende schending van het verbod van misbruik van een economische machtspositie voor een toezichthouder extra ingewikkeld en zeer tijdrovend zijn. Voor concurrentie die zich hierover bij de civiele rechter willen beklagen, komt daar de rechtsoverweging van de HR ten aanzien van de stelplicht en bewijslast in mededingingsrechtelijke procedures bovenop. Op basis van deze rechtsoverweging dient een private marktpartij te bewijzen dat de handelwijze van het CBS in strijd met (één van) voornoemde wetsartikelen is. Dat zal niet eenvoudig zijn.

Marktafbakening en economische machtspositie

Ten eerste de marktafbakening. Dat lijkt op het eerste gezicht eenvoudig, namelijk de markt voor statistische diensten. Op basis van deze ruime afbakening van de relevante markt is het onaannemelijk dat het CBS over een economische machtspositie beschikt. Een factor waarvoor echter aandacht dient te zijn, is de omstandigheid dat het CBS op die markt (of een engere afbakening daarvan) over een uitsluitend recht beschikt en die positie als hefboom voor haar andere dienstverlening lijkt te gebruiken. In geval van een engere afbakening van de relevante markt zal het CBS mogelijk sneller over een economische machtspositie beschikken.

Misbruik

Dan het vermeende misbruik. Private marktpartijen klagen erover dat het CBS haar aanvullende statistische dienstverlening tegen niet-marktconforme prijzen zou aanbieden en in voorkomende gevallen aan koppelverkoop zou doen. Sec beschouwd, kunnen dergelijke handelwijzen als misbruik kwalificeren. Echter op basis van voornoemde rechtsoverweging van de HR zal een private marktpartij concrete bewijzen moeten presenteren om dat misbruik aantoonbaar te maken. Dat zal voor het verwijt van koppelverkoop mogelijk eenvoudiger zijn dan voor het hanteren van niet-marktconforme prijzen.

Conclusie misbruik van een economische machtspositie

De weg via het verbod van misbruik van een economische machtspositie ligt voor een private marktpartij vol met voetangels en klemmen. Het is aannemelijk dat een gang naar de nationale rechter vanuit dat perspectief niet aantrekkelijk is. De vraag is of een klacht bij de ACM wel het gewenste effect zal hebben. Zoals opgemerkt, is een onderzoek op basis van art. 24 Mw complex en tijdrovend. Het (financiële) belang van een individuele partij zal echter van een zodanige omvang zijn, dat het de vraag is of de ACM aan een dergelijke klacht prioriteit zal geven.¹⁹

Oneerlijke overheidsconcurrentie te stoppen?

In het voorgaande heb ik aan de hand van de vermeende oneerlijke concurrentie van het CBS grofweg bekeken op basis van welke rechtsgrondslagen een private marktpartij de handelwijze van het CBS kan laten toetsen. Op basis daarvan kom ik tot de conclusie dat het mededingingsrecht geen rechtsgrondslagen bevat om oneerlijke concurrentie als gevolg van onderhandse gunning van opdrachten aan het CBS door (de)centrale overheden succesvol aan te pakken. In een dergelijke situatie is geen sprake van economische activiteiten door het CBS of sprake van zelfvoorziening door de overheid.

Voor zover het CBS aanvullende statistische diensten voor private opdrachtgevers verricht, handelt het CBS als onderneming in de zin van het mededingingsrecht. Private marktpartijen kunnen daarbij kiezen uit diverse rechtsgrondslagen, zoals de gedragsregels uit de Wet markt en overheid, het verbod op steunmaatregelen en het verbod op het misbruik maken van een economische machtspositie. Uit mijn beschouwing blijkt echter dat een private marktpartij bij elk van die grondslagen op (onoverkomelijke) belemmeringen kan stuiten. De aangehaalde kwestie *Supercollect/CBS* illustreert dit.

De Minister van EZK heeft dit – mede op basis van een rapportage van een door hem aangestelde onafhankelijke onderzoeker – ook onderkend.²⁰ Om eventueel oneerlijke concurrentie te voorkomen heeft hij op basis van art. 5

¹⁸ De eerste litigieuze steunmaatregel (garantieverstrekking door de gemeente Rotterdam en later Gemeentelijk Havenbedrijf Rotterdam) vond plaats op 5 november 2003. Via de Rb. Rotterdam, het Hof Den Haag, de HR, het HvJ EU en opnieuw de HR is aan dit geschil op 9 juli 2019 een einde gekomen.

¹⁹ Zie bijvoorbeeld zaak 3922, besluiten van de NMA van 18 november 2004 en 14 april 2005, *Super Collect vs CBS*.

²⁰ Kamerstukken II 2018/19, 35000 XIII, nr. 84.

lid 2 Wet CBS op 11 november 2019 conceptbeleidsregels en een conceptregeling ter consultatie gepubliceerd.

Succesvolle maatregelen?

De vraag rijst of de Minister van EZK met deze regelgeving de vermeende oneerlijke concurrentie door het CBS succesvol aanpakt. Ten aanzien van een deel van de verwijten (zoals het goedkoop aanbieden van aanvullende statistische diensten en de koppelverkoop) lijkt dat wel het geval te zijn. Voor het (in financiële omvang belangrijkste²¹) verwijt van de onderhandse gunning van opdrachten door (de) centrale overheden lijkt dat echter niet het geval te zijn.

Zoals de onafhankelijk onderzoeker ook voorstelde, zullen (de)centrale overheden bewuster met de figuur van zelfvoorziening moeten omgaan

Het blijft (de)centrale overheden namelijk toegestaan om onderhands opdrachten voor het verrichten van aanvullende statistische diensten aan het CBS te verstrekken. Immers, in deze situatie is van actieve werving in beginsel geen sprake. De beschreven interne procedure die het CBS moet volgen alvorens zij een dergelijke opdracht aanvaardt, is met name voor het CBS een administratieve last, maar pakt de bron van het probleem niet aan. Zoals uit de rapportage van de onafhankelijke onderzoeker blijkt²², maken (de)centrale overheden te gemakkelijk gebruik van de mogelijkheid van onderhandse gunning van opdrachten aan het CBS. En daarin schuilt nu juist een risico.²³

Indien de Minister van EZK het marktversturende gedrag van het CBS daadwerkelijk wil beperken, zal hij dus ook maatregelen aan de zijde van de opdrachtverstrekker (de)centrale overheden moeten nemen. Zoals de onafhankelijk onderzoeker ook voorstelde, zullen (de)centrale over-

heden bewuster met de figuur van zelfvoorziening moeten omgaan. In het licht hiervan zou het voor de hand liggen om het besluit om een opdracht onderhands aan het CBS te gunnen aan een soortgelijke besluitvormingsprocedure te onderwerpen als de wetgever ten aanzien van de algemeen belang uitzondering voornemens is te doen.²⁴ Concreet zou dit betekenen dat in dat geval de openbare voorbereidingsprocedure uit de Algemene wet bestuursrecht (met diverse procedurele waarborgen) gevolgd zou moeten worden en dat bepaalde motiveringseisen in acht moeten worden genomen. Op die wijze dient de (de)centrale overheid expliciet met de belangen van private marktpartijen rekening te houden.

Conclusie

De Wet markt en overheid beoogde een ‘*enforcement gap*’ ten aanzien van oneerlijke concurrentie door bestuursorganen te dichten. De kwestie CBS bewijst dat deze ‘*enforcement gap*’ nog steeds bestaat. Sinds de inwerkingtreding van de gedragsregels blijkt de Wet markt en overheid niet waterdicht te zijn. Sluiproutes via zelfvoorziening of via algemeenbelangbesluiten maken oneerlijke concurrentie door bestuursorganen nog steeds mogelijk. Reparatiewetgeving (zoals de Beleidsregels taakuitoefening CBS en de Regeling werkzaamheden derden CBS) is noodzakelijk om de sluiproutes te barricaderen. Niettemin is het niet aannemelijk dat oneerlijke concurrentie door bestuursorganen niet meer zal plaatsvinden. De uitzonderingen in de Wet markt en overheid zijn te ruim om dat te voorkomen. Alleen een complete herijking van de Wet markt en overheid waarin uitsluitend het belang van private ondernemingen centraal komt te staan, kan dit veranderen.

Over de auteur

Mr. E.W.F. (Edwin) Schotanus

Werkzaam bij Brunet advocaten te Nijmegen.

21 Uit de rapportage van de onafhankelijke onderzoeker blijkt dat het CBS in 2018 een bedrag van € 30,9 miljoen realiseerde met aanvullende statistische dienstverlening voor (de)centrale overheden. Dit komt overeen met 76% van de totale inkomsten uit opdrachten ten behoeve van derden.

22 Bijlage bij *Kamerstukken II* 2018/19, 35000 XIII, nr. 84.

23 Conclusie A-G Campos Sánchez-Bordona 29 januari 2020, nr. 32-35, ECLI:EU:C:2020:47, C-796/18 (*Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung* tegen *Stadt Köln*).

24 Overheid.nl. Wetsvoorstel wijziging markt en overheid, concentratietoetsing en privaatr. handh., 1 september 2017, <https://www.internetconsultatie.nl/wijzigingmarktenoverheid> (bestaande uit een ontwerpvoorstel en een ontwerpvoelichting).