

## 4. Relevante rechtsgebieden voor de PBO

In het Europees recht zijn veel onderwerpen geregeld. De navolgende paragrafen bevatten informatie over enkele onderwerpen die bij uitstek raken aan het functioneren van bedrijfslichamen, te weten:

- Mededinging;
- Staatssteun;
- Parafiscale heffingen;
- Notificatie;
- Aanbesteding.

De activiteiten van bedrijfslichamen mogen aan (het doel van) deze regelingen niet in de weg staan. Het gaat om het volgende.

### Mededinging

Mededinging is een fundamenteel mechanisme van de markteconomie dat aanbod (producenten, winkeliers) in contact brengt met de vraag (afnemers van half-fabrikaten, consumenten). Doordat aanbieders proberen te voldoen aan de vereisten van de vraag, wordt de beste verhouding bereikt tussen prijs en kwaliteit van een product of dienst. Wil mededinging doeltreffend zijn, dan dient het spel van vraag en aanbod gespeeld te worden door aanbieders die onafhankelijk van elkaar zijn, en de concurrentiedruk van de ander blijven ondervinden. Wanneer de onafhankelijkheid van de aanbieders verstoord raakt, kan concurrentievervalsing optreden. Daarom streeft de Europese Unie met het mededingingsrecht naar het instandhouden van concurrentie op markten.

### Staatssteun

Ook staatssteun kan de concurrentie vervalsen doordat bedrijven aan een concurrentievoordeel worden geholpen. Staatssteun kan ook tot gevolg hebben dat de optimale combinatie van productiefactoren wordt verstoord, doordat zwakke bedrijven kunstmatig in leven worden gehouden. Het Europees recht verklaart staatssteun die de mededinging vervalst, daarom onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt, voorzover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.

### Parafiscale heffingen

Dit zijn heffingen waarvan de opbrengst wordt aangewend voor de financiering van activiteiten van een publiekrechtelijk orgaan. In beginsel zijn deze organen vrij hun heffingstelsel in te richten overeenkomstig de nationale opvattingen. Met de Europese regels voor parafiscale heffingen wordt echter een fiscaal volstrekte neutraliteit gewaarborgd ten aanzien van de mededinging tussen nationale, ingevoerde en uitgevoerde producten. Beoogd wordt, te voorkomen dat de concurrentieverhouding

tussen deze groepen producten via het heffingstelsel scheef wordt getrokken in het voordeel van nationale producten.

### **Notificatie**

Notificatie is een instrument om ongerechtvaardigde belemmeringen voor het functioneren van de interne markt op te sporen. Wanneer een lidstaat (of een publiekrechtelijk orgaan daarvan) – uit een oogpunt van bescherming van bepaalde, op zichzelf wellicht gerechtvaardigde, belangen – een maatregel wil nemen die een beperking van het vrij goederenverkeer of het vrij verrichten van bepaalde, namelijk elektronische, diensten kan inhouden, dient het voornemen hiertoe te worden gemeld aan de Europese Commissie. Dit om de Commissie en de andere lidstaten in de gelegenheid te stellen de ontwerpmaatregel te bezien en eventueel opmerkingen te maken.

### **Aanbesteding**

Het Europees beleid inzake aanbesteding is erop gericht om de publiekrechtelijke organen vrije en eerlijke concurrentie tussen opdrachtnemers te laten stimuleren waardoor de voordelen van de interne markt ook op overheidsopdrachten worden toegepast. Tegelijkertijd moeten de Europese aanbestedingsregels publiekrechtelijke organen brengen tot een professioneler inkoopproces, waarbij integriteit van het bestuur, transparantie en het verkrijgen van het beste product tegen de voordeligste prijs hoog in het vaandel staan. Hoewel niet zeker is of bedrijfslichamen onder de aanbestedingsregels vallen, is het met het oog op het doel van deze regels toch raadzaam ze te volgen.

## 4.1 Mededinging

Toepasselijk Europees recht voor bedrijfslichamen:

- Artikel 81-82 EG;
- Verordening (EG) Nr. 1/2003 van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag;
- Verordening (EG) 2790/1999 Groepsvrijstelling verticalen;
- Bekendmaking van de Commissie Richtsnoeren inzake verticale beperkingen (2000/C 291/01);
- 2658/2000 Groepsvrijstelling Specialisatieovereenkomsten en Vo 2659/2000 Groepsvrijstelling Onderzoek en Ontwikkelingsovereenkomsten;
- Mededeling van de Commissie Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (2001/C 3/02).

### Algemeen

In de beginselen van het Verdrag betreffende de Europese Unie is vastgelegd dat de lidstaten en de Gemeenschap een economisch beleid voeren dat in overeenstemming is met het beginsel van een openmarkteconomie met vrije mededinging (of concurrentie).

Met het mededingingsbeleid van de Gemeenschap wordt een welbepaald doel nagestreefd, namelijk de ontwikkeling en handhaving van doelmatige mededinging in de gemeenschappelijke markt. Overeenkomsten of praktijken die het tegenovergestelde beogen, zijn verboden. Verboden zijn:

- kartelafspraken;
- het misbruik maken van een economische machtspositie;
- concentraties (fusies, overnames en bepaalde typen joint ventures) zonder voorafgaande melding tot stand brengen (dit verbod is in het onderhavige kader niet relevant en wordt hier verder niet behandeld).

### Kartelafspraken

Het kartelverbod is tot uitdrukking gebracht in artikel 81. Artikel 81 kan slechts worden toegepast wanneer er sprake is van:

- een overeenkomst tussen ondernemingen of een besluit van een ondernemersvereniging of een onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen ondernemingen;
- die de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden;
- en ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst.

Van een overeenkomst is reeds sprake als tussen ondernemingen overeenstemming bestaat hun concurrentiegedrag te regelen. Het begrip ondernemersvereniging moet ruim uitgelegd worden, zodat hier tevens onder vallen samenwerkingsvormen zonder rechtspersoonlijkheid en door de overheid ingestelde rechtspersonen. Onder

een feitelijk onderling afgestemde gedraging wordt verstaan een vorm van coördinatie tussen ondernemingen, zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt. Door de afstemming worden de risico's van een onderlinge concurrentie bewust vervangen door de feitelijke samenwerking.

De volgende vraag die aan de orde komt, is of een overeenkomst, een besluit van een ondernemersvereniging dan wel een feitelijke gedraging ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging op de markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Allereerst dient te worden nagegaan of een overeenkomst ertoe strekt – of met andere woorden tot doel heeft – de mededinging te beperken. Gedacht kan worden aan het maken van prijsafspraken of het verdelen van markten. Dit type van afspraak wordt ook wel aangeduid met de verzamelnaam van '*per se-verboden*'. Deze zijn eigenlijk altijd verboden.

Wanneer bijvoorbeeld een overeenkomst geen mededingingsbeperkend doel heeft, moet worden nagegaan of de overeenkomst feitelijk tot gevolg heeft dat de mededinging wordt beperkt. Voorts geldt dat een overeenkomst die ten gevolge heeft dat de mededinging wordt beperkt, slechts dan onder het kartelverbod valt indien blijkt dat sprake is van een merkbare concurrentiebeperking. Of een mededingingsbeperking al dan niet merkbaar is, blijkt pas nadat de product- en geografische markt afgebakend is en een economisch onderzoek naar de effecten heeft plaatsgevonden. Aangezien de activiteiten van de bedrijfslichamen in beginsel het gehele land bestrijken, zullen de effecten van de maatregelen al snel een merkbaar effect sorteren.

### **Misbruik economische machtspositie**

Het verbod misbruik te maken van een economische machtspositie is tot uitdrukking gebracht in artikel 82. Op zich is het hebben van een machtspositie niet verboden, slechts het misbruik maken hiervan. Van een economische machtspositie is sprake als een onderneming of een groep ondernemingen zich in belangrijke mate onafhankelijk kan gedragen van concurrenten, leveranciers of eindgebruikers. In de praktijk zal hier vooral sprake van zijn als de onderneming een groot marktaandeel heeft, waarbij gedacht moet worden aan een aandeel van boven de 50 procent. Misbruik van de machtspositie kan gemaakt worden via extreem hoge prijzen of juist via een strategie van extreem lage prijzen die erop gericht is concurrenten van de markt te verdrijven, onredelijke leveringsvoorwaarden, het uitsluiten van afnemers van levering, het hanteren van prijsdiscriminatie en koppelverkoop. Misbruik van een economische machtspositie door een schap zou in theorie bijvoorbeeld kunnen plaatsvinden wanneer deze een exclusieve relatie onderhoudt met één keuringsinstituut, terwijl andere instituten op basis van de verordening niet in aanmerking kunnen komen.

## Ondernemingsbegrip

De materiële bepalingen van het Europese mededingingsrecht zijn uitsluitend van toepassing op ondernemingen en ondernemersverenigingen. De vraag of de bedrijfslichamen als ondernemingen en/of als ondernemersverenigingen in de zin van het Europees Verdrag beschouwd kunnen worden, is in dit verband dan ook van groot belang.

Noch artikel 81, eerste lid, EG noch enige andere bepaling van het EG-Verdrag geeft echter een definitie van het begrip onderneming. Hier moet rechtspraak van het Europese Hof van Justitie (het 'Hof') hulp bieden. In het arrest Höfner<sup>7</sup> gaf het Hof de volgende definitie van het begrip onderneming in het Europese mededingingsrecht: *elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd.*

Met de jurisprudentie in de hand is de vraag of bedrijfslichamen optreden als ondernemingen of ondernemersvereniging echter nog niet simpel te beantwoorden. Het op het eerste gezicht onbevredigende antwoord zou moeten luiden: "dat hangt ervan af". Als een bedrijfslichaam deelneemt aan het economisch verkeer, zal de kans dat er sprake is van een ondernemingsactiviteit groot zijn. Wanneer een bedrijfslichaam echter een verordening uitvaardigt waarmee het algemeen belang gediend is, zal er juist niet snel sprake zijn van een ondernemingsactiviteit. Dit kan weer anders zijn als bijvoorbeeld een verordening gebruikt zou worden als een vehikel voor het maken van bijvoorbeeld prijs- of marktverdelingsafspraken, waarmee het algemeen belang ook overigens allerminst gediend zou zijn.

## Veranderingen mededinging

De Europese Commissie heeft een vernieuwing van het Mededingingsrecht doorgevoerd. Vanaf 1 mei 2004 is een nieuwe Verordening (nr. 1/2003) in werking getreden. Met de modernisering streeft de Europese Commissie drie doelen na:

- *Een scherpere prioritering*: de Commissie wil zich kunnen concentreren op haar eigenlijke taak, de bestrijding van met name hard core kartels en niet de afhandeling van bijvoorbeeld ontheffingsverzoeken.
- *Decentralisatie*: nationale autoriteiten zijn vaak beter gepositioneerd om mededingingsbeperkingen in hun eigen land te beoordelen.
- *Vereenvoudiging van procedures*: hervorming zou de ondernemingen ontlasten van administratieve verplichtingen en van overbodige kosten. In samenhang hiermee zal naar een meer economische benadering worden gestreefd.

## Een scherpere prioritering

De Commissie wil zich toeleggen op de strijd tegen de ernstigste concurrentiebeperkingen. Tot nu toe heeft het afhandelen van een groot aantal aanvragen voor negatieve verklaringen en ontheffingen te veel aandacht opgeëist.

De Commissie heeft in de loop der jaren verschillende maatregelen genomen om het aantal verzoeken om ontheffing te verminderen. Het betreft met name de Bekendmaking inzake overeenkomsten van geringe betekenis en groepsvrijstellingsverordeningen. De Bekendmaking inzake overeenkomsten van geringe betekenis (de *minimis*) bepaalt dat overeenkomsten die slechts in geringe mate afbreuk doen aan de handel tussen lidstaten of aan de mededinging niet onder het kartelverbod vallen. Op 22 december 2001 is een nieuwe 'de *minimis*'-Bekendmaking in werking getreden. Daarnaast zijn de marktaandeeldrempels verhoogd:

- voor horizontale overeenkomsten (tussen ondernemingen die een vergelijkbare functie in het economisch proces vervullen) geldt een gezamenlijk marktaandeel niet groter dan 10 procent (was 5 procent);
- voor verticale overeenkomsten (tussen ondernemingen die in de bedrijfskolom een andersoortige economische functie vervullen) geldt een marktaandeel van 15 procent (was 10 procent);
- indien een cumulatief effect optreedt, geldt een drempel van 5 procent.

Voorwaarde is wel dat partijen geen per se-verboden in de overeenkomst hebben opgenomen zoals een marktverdeling of prijsafsprake. Deze maatregelen hebben wel effect gehad, maar in de ogen van de Commissie is hierdoor nog niet de vereiste capaciteit vrijgekomen voor het actief opsporen van de verborgen kartels.

### Decentralisatie

Aangezien de verscherpte prioritering op zichzelf nog niet tot de gewenste afname van de werkdruk leidde, heeft de Commissie andere veranderingen doorgevoerd in de eerdergenoemde Verordening (nr. 1/2003). De Commissie heeft drie ingrijpende wijzigingen doorgevoerd, die neerkomen op een radicale decentralisatie van het mededingingsbeleid:

- *Afschaffing van het systeem van aanmelding en ontheffing*: Dit houdt in dat overeenkomsten die aan de voorwaarden voldoen geldig zijn vanaf het moment dat ze tot stand komen. Het is dus aan de ondernemingen zelf om te bepalen of ze aan de voorwaarden voldoen.
- *Gedecentraliseerde toepassing van de mededingingsregels*: Dat wil zeggen dat niet alleen de verbodsregel van het kartelverbod, maar ook de uitzonderingsbepaling waaronder een mededingingsbeperking aanvaardbaar is, rechtstreeks wordt toegepast, zowel door de Commissie als door de nationale rechterlijke instanties en de nationale mededingingsautoriteiten.
- *Versterking van de controle achteraf*: Dit moet onder meer worden gerealiseerd door de bevoegdheden van de Commissie om onderzoek en inspecties te verrichten, te verruimen. Het gaat bijvoorbeeld om de bevoegdheid om alle ruimten waar zakelijke bescheiden mogelijk kunnen worden bewaard, met inbegrip van privé-woningen, te betreden.

Verder wordt voorzien in de mogelijkheid voor de nationale rechterlijke instanties om zich tot de Commissie te wenden om inlichtingen of adviezen over de toepassing

van het communautaire mededingingsrecht te verkrijgen. Anderzijds moeten de Commissie en de mededingingsautoriteiten van de lidstaten de bevoegdheid hebben schriftelijke of mondelinge opmerkingen voor de nationale rechterlijke instanties te maken, wanneer hun verzocht wordt het Europese kartelverbod of het verbod op het misbruik maken van een economische machtspositie toe te passen.

Met een systeem van preventieve controlemechanismen moet de uniforme toepassing van het communautaire mededingingsrecht worden gewaarborgd. Het regime zal verplichtingen tot informatie-uitwisseling en onderlinge samenwerking bevatten. Deze samenwerking vindt plaats in een zogenaamd netwerk waarvan ook de Europese Commissie deel uitmaakt. In dit netwerk stellen mededingingsautoriteiten zaken aan de orde met een merkbaar interstatelijk effect. In overleg kunnen zij vervolgens bepalen welke autoriteit het beste in staat is een dergelijke zaak af te handelen. De Commissie wil de macht behouden om een zaak aan de bevoegdheid van de nationale mededingingsautoriteiten te onttrekken en zelf te behandelen indien er gevaar bestaat voor uiteenlopende beleidslijnen.

### Vereenvoudiging van procedures

Overeenkomsten die aan de voorwaarden voldoen, zijn geldig vanaf het moment dat ze tot stand komen. Controle vindt achteraf plaats. Het is dus aan de ondernemingen zelf om te bepalen of ze aan de voorwaarden voldoen. Richtsnoeren en bekendmakingen reiken elementen aan die noodzakelijk zijn voor die analyse. Een nadeel dat in dit verband genoemd kan worden is dat ondernemingen en dus ook schappen in een systeem van wettelijke uitzondering, vooraf geen zekerheid meer kunnen krijgen. Om de regels verder te vereenvoudigen, is een nieuwe generatie verordeningen aangenomen. De nieuwe vrijstellingsverordeningen volgen niet langer de methode waarbij een lijst van typen vrijgestelde bepalingen wordt opgesteld. De nieuwe verordeningen geven een algemene vrijstelling voor alle overeenkomsten en alle contractbepalingen die tot een bepaalde categorie horen, met als voorbehoud een zwarte lijst van beperkingen of bepalingen die niet in dergelijke overeenkomsten mogen voorkomen, en een marktaandeelcriterium dat het voordeel van de algemene vrijstelling begrenst. Op die zwarte lijst staan per se-verboden zoals minimum- en vaste prijzen, marktverdeling of absolute gebiedsbescherming en verplichte afname.

### Economische benadering

Bij de toepassing van artikel 81 zal naar een strikt economische benadering worden gestreefd. In de nieuwe vrijstellingsverordeningen worden de argumenten daarvoor genoemd:

- Verticale overeenkomsten kunnen de economische efficiëntie binnen een productie- of distributieketen bevorderen door een betere coördinatie tussen de deelnemende ondernemingen mogelijk te maken; in het bijzonder kunnen zij tot een vermindering van de transactie- en distributiekosten van de partijen leiden en tot een optimalisering van de hoogte van hun verkoop en investeringen.

- Overeenkomsten betreffende specialisatie bij de productie dragen over het algemeen bij tot de verbetering van de productie of distributie van goederen, omdat de betrokken ondernemingen zich op de vervaardiging van bepaalde producten kunnen toeleggen en aldus efficiënter werken en de producten goedkoper aanbieden.
- Samenwerking op het gebied van onderzoek en ontwikkeling en op dat van de gemeenschappelijke exploitatie van de uitkomsten bevordert over het algemeen de technische en economische vooruitgang, doordat de uitwisseling van knowhow tussen de partijen zal toenemen en overlappingsen bij onderzoek en ontwikkeling worden vermeden, nieuwe vorderingen worden gestimuleerd en nieuwe toepassingen worden gerationaliseerd.

### **Gevolgen van niet-naleving**

De Commissie kan ook boetes opleggen bij overtreding van de artikelen 81 en 82. Bij het bepalen van de boetes houdt de Commissie rekening met de ernst van de inbreuk, de duur, verzwarende of verzachtende omstandigheden en de medewerking van de onderneming. Zij neemt ook het marktaandeel van de onderneming op de productmarkt en de totale omvang van de onderneming in aanmerking. De bovengrens van alle boetes is vastgesteld op 10 procent van de totale jaarlijkse omzet van een onderneming. Overigens verschilt dit niet wezenlijk van de manier waarop de NMa te werk gaat bij de oplegging van boetes.

### **Protocol**

De SER heeft een samenwerkingsprotocol gesloten met de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) over de beoordeling van verordeningen van product- en bedrijfschappen op mededingingsaspecten. De SER en de NMa hebben hierover werkafspraken gemaakt. Het samenwerkingsprotocol houdt in dat de SER een verordening zonodig voor advies kan voorleggen aan de NMa. Dit (openbare) advies van de NMa zal vervolgens worden betrokken bij de beslissing van de SER om de desbetreffende verordening al dan niet goed te keuren.

Daarnaast is afgesproken dat de NMa de SER op de hoogte zal brengen indien bij de NMa een klacht wordt ingediend over een verordening van een bedrijfslichaam. De NMa kan de SER daarbij expliciet om haar zienswijze vragen, maar ook in de andere gevallen bezit de SER de mogelijkheid te reageren.

## 4.2 Staatssteun

Toepasselijk Europees recht voor bedrijfslichamen:

- Artikel 87-89 EG;
- Verordening 994/98 betreffende horizontale staatssteun die de Commissie de mogelijkheid biedt bepaalde soorten steun vrij te stellen van de aanmeldingsplicht;
- Verordening 2468/98 tot vaststelling van de criteria en de voorwaarden voor de structurele bijstand van de Gemeenschap in de sector visserij/aquacultuur en de verwerking en de afzet van de producten daarvan;
- Procedureverordening 659/1999;
- Vrijstellingsverordening 68/2001 voor opleidingssteun;
- Vrijstellingsverordening 69/2001 voor de minimis-steun;
- Vrijstellingsverordening 70/2001 voor steun aan kleine en middelgrote ondernemingen;
- Vrijstellingsverordening 2204/2002 voor werkgelegenheidssteun;
- Vrijstellingsverordening 1/2004 voor steun aan kleine en middelgrote ondernemingen die landbouwproducten produceren, verwerken en afzetten;
- Vrijstellingsverordening 1595/2004 voor steun aan kleine en middelgrote ondernemingen die visserijproducten produceren, verwerken en afzetten;
- Diverse kaderregelingen en richtsnoeren;
- Beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie.

### Algemeen

Regels over staatssteun vloeien voort uit de artikelen 87 tot en met 89 van het EG-Verdrag. In deze artikelen worden in strijd met de interne markt verklaard: “steunmaatregelen van de staten of in welke vorm dan ook door de staatsmiddelen bekostigd die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, voorzover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt”. De artikelen 87 tot en met 89 van het EG-Verdrag zijn in de loop der tijd hetzelfde gebleven.

Theoretische beschouwingen over het begrip ‘staatssteun’ zijn terug te vinden in de vele handboeken die inmiddels over Europees recht zijn verschenen. Wel wordt ten eerste aandacht gevraagd voor de brede uitleg van dit begrip. Niet zelden wordt binnen de PBO bij aan te melden staatssteun alleen gedacht aan subsidies voor ondernemingen. Er is echter sprake van staatssteun wanneer een decentrale overheid bepaalde ondernemingen een voordeel geeft dat zij niet gehad zouden hebben onder normale marktomstandigheden. Als voorbeelden van staatssteun kunnen worden genoemd: subsidies, vrijstelling, verlaging of kwijtschelding van heffingen, leningen tegen gunstige voorwaarden, kwijtschelding van schulden en verhuur van gebouwen tegen lagere prijzen dan de marktprijs.

Ten tweede heeft het Hof van Justitie op 15 juli 2004 uitspraak gedaan op het verzoek van de Hoge Raad der Nederlanden, in het aldaar aanhangige geding tussen Pearle BV, Hans Prijs Optiek Franchise BV, Rinck Opticiens BV en het Hoofdbedrijfschap Ambachten, om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van artikel 87, eerste lid EG en artikel 88, derde lid EG.

Volgens het Hof van Justitie moeten de artikelen 87, eerste lid en 88, derde lid van het Verdrag aldus worden uitgelegd, “dat verordeningen die een publiekrechtelijk bedrijfslichaam heeft vastgesteld om een ten behoeve van zijn leden georganiseerde en door hen vastgestelde reclamecampagne te financieren door middel van bij die leden geïnde middelen die verplicht worden aangewend voor de financiering van die campagne, geen deel uitmaken van een steunmaatregel in de zin van deze bepalingen en niet vooraf bij de Commissie behoeft te worden aangemeld, wanneer vaststaat dat deze financiering heeft plaatsgevonden met middelen waarover dit publiekrechtelijk bedrijfslichaam op geen enkel moment vrijelijk heeft kunnen beschikken”<sup>8</sup>.

### **Toezicht**

De Europese Commissie is bevoegd om toe te zien dat de lidstaten slechts steun verlenen die verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. In verband hiermee zijn ook bedrijfslichamen verplicht om de Europese Commissie van elk voornemen tot invoering of wijziging van een steunmaatregel op de hoogte te brengen. Bedrijfslichamen zijn in eerste instantie zelf verantwoordelijk voor het onderkennen van mogelijke staatssteunaspecten die aan een verordening kleven. Als er sprake is van staatssteunaspecten moeten het ministerie en de Permanente Vertegenwoordiging bij de Europese Unie de verordening doorgeleiden naar de Europese Commissie.

In eerste instantie beoordeelt de Europese Commissie in een voorlopige procedure of de steun mag worden verleend. Binnen twee maanden volgt een beschikking waarin staat of de aangemelde maatregel geen steun is, de Europese Commissie geen bezwaar maakt of de formele onderzoeksprocedure zal worden ingeleid. De Europese Commissie moet de formele onderzoeksprocedure starten bij twijfel over verenigbaarheid van de voorgenomen steunmaatregel. Gedurende de hele procedure geldt de zogeheten ‘standstill’-periode: een bedrijfslichaam mag de steunmaatregel niet tot uitvoering brengen voordat de Commissie een goedkeurende beschikking heeft gegeven. De formele procedure wordt afgesloten met een definitieve beschikking.

### **Gevolgen van strijd met artikel 87 EG**

Bij bedrijfslichamen worden eventuele steunmaatregelen steeds bekostigd uit de opbrengst van heffingen. Zolang een steunmaatregel niet is aangemeld of de Europese Commissie nog geen eindbeslissing heeft genomen, kan een heffingsplichtige bij de nationale rechter in beroep gaan tegen de voor een steunmaatregel opgelegde heffing. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven heeft zich hierover uitgesproken in twee zaken<sup>9</sup> tegen het Productschap Tuinbouw.

Als een bedrijfslichaam een steunmaatregel gedurende de 'standstill'-periode tot uitvoering brengt, mogen door deze steunverlening gedupeerde ondernemingen een beroep doen op het verbod tot uitvoering. Zij kunnen de nationale rechter verzoeken het bedrijfslichaam te verplichten de steunverlening op te schorten, dan wel de steunontvanger verplichten de onrechtmatig uitgekeerde steun terug te betalen. Ten slotte kan de nationale rechter ook een schadevergoeding toekennen aan gedupeerden.

Indien de Europese Commissie vaststelt dat een steunmaatregel volgens artikel 87 EG niet verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt of dat van deze steunmaatregel misbruik wordt gemaakt, bepaalt zij dat de betrokken lidstaat die steunmaatregel moet opheffen of wijzigen binnen de door haar vast te stellen termijn. Indien deze lidstaat dat besluit niet binnen de gestelde termijn nakomt, kan de Europese Commissie of iedere andere belanghebbende lidstaat zich rechtstreeks tot het Hof van Justitie wenden.

Beroepen van particulieren tegen beschikkingen van de Europese Commissie over steunverlening worden behandeld door het Gerecht van Eerste Aanleg. Zo kan een concurrent beroep instellen tegen een positieve beschikking voor een begunstigde onderneming. Voorwaarde voor ontvankelijkheid is dat de appellant individueel en rechtstreeks is getroffen door het besluit van de Europese Commissie.

### Vrijstellingsverordeningen

Vanaf 2001 heeft de Europese Commissie met enkele verordeningen gebruikgemaakt van de mogelijkheid om alleen bepaalde soorten steun vrij te stellen van de aanmeldingsplicht. Dit is laatstelijk gebeurd voor werkgelegenheidssteun. In plaats van een aanmeldingsplicht bevatten de vrijstellingsverordeningen wel andere verplichtingen voor lidstaten, zoals de verplichting om van alle van aanmelding vrijgestelde steunverlening een dossier bij te houden. Op verzoek van de Europese Commissie moet de lidstaat deze gegevens aan haar verstrekken.

Vrijstellingsverordening 69/2001 over 'de minimis'-steun vraagt bijzondere aandacht. De verordening is van toepassing op steunmaatregelen van geringe omvang. Het plafond voor 'de minimis'-steun bedraagt 100.000 euro over een periode van drie jaar. Dit bedrag geldt voor één onderneming, ongeacht de vorm van de steun. De verordening bepaalt de voorwaarden voor de cumulatie van meerdere steunmaatregelen en controle daarop. In Nederland bestaat (vooralsnog) geen register met informatie over ondernemingen die steun hebben ontvangen, de mate waarin en de periode waarover dit gebeurt. Het Ministerie van Economische Zaken heeft daarom in ieder geval het Hoofdbedrijfschap Ambachten erop gewezen dat het schap zelf een lijst moet bijhouden met de verleende steun per onderneming, dat de ondernemingen moeten melden als zij 'de minimus'-steun hebben verkregen en dat deze ondernemingen een administratie moeten bijhouden van alle ontvangen steun.

## Landbouw

Voor de landbouwsector heeft de Europese Commissie afzonderlijke richtsnoeren vastgesteld om staatssteun te beoordelen. In deze richtsnoeren heeft de Europese Commissie benadrukt dat er een gemeenschappelijk landbouwbeleid bestaat. Als gevolg hiervan moet alle steun die in de landbouwsector ten gunste van bepaalde ondernemingen of de productie van bepaalde goederen wordt verleend, worden geacht een potentieel risico op vervalsing van de mededinging en ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de lidstaten op te leveren, hoe gering deze steun ook mag zijn.

Vanaf 24 januari 2004 geldt voor de landbouwsector ook de Vrijstellingsverordening 1/2004. Volgens deze verordening zijn bepaalde soorten steun aan kleine en middelgrote ondernemingen vrijgesteld van aanmeldingsplicht bij de Europese Commissie. Tegelijkertijd voorziet de verordening in strenge eisen voor rapportage achteraf. Binnen twintig dagen dient de lidstaat informatie over een uitgevoerde steunmaatregel ter bekendmaking in het Publicatieblad van de EU aan de Commissie te sturen. Daarnaast stelt de lidstaat eens per jaar een verslag op. Een dossier over de verstrekte steun dient gedurende tien jaar te worden bewaard.

## Visserij

Staatssteun in de visserij- en aquacultuursector wordt onderzocht in het kader van de richtsnoeren voor het onderzoek van de nationale steunmaatregelen in de visserij- en aquacultuursector en Verordening 2468/98 tot vaststelling van de criteria en de voorwaarden voor de structurele bijstand van de Gemeenschap in de sector visserij/aquacultuur en de verwerking en de afzet van de producten daarvan. Met de richtsnoeren geeft de Europese Commissie meer duidelijkheid over de wijze waarop zij haar beleidsvrijheid invult die zij heeft op basis van artikel 87, derde lid EG.

Vanaf 1 november 2004 geldt voor de visserijsector ook een vrijstellingsverordening (nr. 1595/2004). Volgens deze verordening zijn bepaalde soorten steun aan kleine en middelgrote ondernemingen die visserijproducten produceren, verwerken en afzetten, vrijgesteld van aanmeldingsplicht bij de Europese Commissie. Tegelijkertijd voorziet de verordening in strenge eisen voor doorzichtigheid en controle. Uiterlijk tien werkdagen vóór de inwerkingtreding van een steunregeling of vóór de verlening van individuele steun dient de lidstaat informatie hierover ter bekendmaking in het Publicatieblad van de EU aan de Commissie te sturen. Daarnaast stelt de lidstaat eens per jaar een verslag op. Een dossier over de verstrekte steun dient gedurende tien jaar te worden bewaard.

## 4.3 Parafiscale heffingen

Toepasselijk Europees recht voor bedrijfslichamen:

- Artikel 25 en 90 EG;
- Beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie.

### Algemeen

Parafiscale heffingen hebben een directe relatie met steunmaatregelen (zie vorige paragraaf). Bij de beoordeling van een steunmaatregel kijkt de Europese Commissie namelijk niet alleen naar de wijze waarop de opbrengst van de heffing wordt aangewend, maar steeds vaker ook naar de wijze waarop bedrijfslichamen heffen<sup>10</sup>. Verder toetst het Hof van Justitie een heffing niet alleen zelfstandig aan het EG-Verdrag maar beantwoordt het ook afzonderlijk de vraag of de besteding van de heffingsopbrengst geoorloofd is op grond van de artikelen 87 tot en met 89 EG.

Er is sprake van parafiscale heffingen indien de opbrengst wordt aangewend voor de financiering van activiteiten van een publiekrechtelijk orgaan. Dit kan dus ook om heffingen van bedrijfslichamen gaan. De beoordeling van parafiscale heffingen wordt door artikel 25 EG of artikel 90 EG beheerst. De beoordeling van een parafiscale heffing aan de hand van artikel 25 EG of artikel 90 EG is in beginsel dezelfde als bij een 'gewone' heffing. Dit is anders indien er weliswaar geen sprake is van onderscheid naar de oorsprong of bestemming van producten maar de heffingsopbrengst geheel of gedeeltelijk wordt teruggesluisd naar de nationale producenten. Deze paragraaf gaat hierover.

### Artikel 25 of artikel 90 EG?

Op grond van artikel 25 EG is het instellen en handhaven van douanerechten op in- en uitvoer tussen lidstaten verboden. Geldelijke lasten, hoe gering ook, die wegens grensoverschrijding worden geheven, vormen namelijk een belemmering voor het goederenverkeer, nog versterkt door de eruit voortvloeiende administratieve formaliteiten (arrest Bakker<sup>11</sup>).

Volgens vaste rechtspraak heeft artikel 90 EG tot doel, het vrije verkeer van goederen tussen de lidstaten onder normale mededingingsvoorwaarden te verzekeren door elke vorm van bescherming uit te sluiten die het gevolg kan zijn van de toepassing van binnenlandse belastingen die discriminerend zijn ten opzichte van producten uit andere lidstaten (arrest Commissie/Denemarken<sup>12</sup>).

In de arresten Lornoy<sup>13</sup> en Celbi<sup>14</sup> stelde het Hof van Justitie dat een parafiscale heffing, die onder dezelfde voorwaarden inzake inning zowel op nationale als op ingevoerde producten wordt toegepast en waarvan de opbrengst uitsluitend voor de nationale producten wordt gebruikt waardoor de eruit voortvloeiende voordelen de

op de nationale producten drukkende last volledig compenseren, een door artikel 25 EG verboden heffing van gelijke werking is als een douanerecht.

Artikel 90 EG is van toepassing indien heffingen neutraal naar oorsprong zijn en de opbrengst voor het ene deel ten behoeve van de nationale producten en voor het andere deel ten behoeve van ingevoerde producten wordt aangewend. Een parafiscale heffing is op grond van artikel 90 EG slechts verboden indien de wijze van aanwending van de opbrengst zodanig is dat het nationale product hiervan meer profiteert dan het geïmporteerde product. In dat geval is er sprake van een parafiscale heffing die noch bij het opleggen van de last, noch bij het aanwenden van de opbrengst ten minste neutraal is.

### Nationaal product

Bijzondere aandacht vraagt het begrip 'nationaal product'. Artikel 90 EG is niet alleen van toepassing indien sprake is van een gelijksoortig nationaal product. Indien een dergelijk product ontbreekt, kan een binnenlandse belasting toch nog getroffen worden door het fiscale discriminatieverbod van artikel 90 EG. De tweede volzin van deze bepaling schrijft immers voor dat op ingevoerde producten niet een zodanige belasting wordt geheven dat daardoor andere nationale producten zijdelings worden beschermd (arresten Fink-Frucht<sup>15</sup> en Co-Frutta<sup>16</sup>).

Beslissend voor de beoordeling van zijdelingse bescherming is het antwoord op de vraag of de producten concurrerend zijn met binnenlandse producten. Om te beoordelen of er daadwerkelijk sprake is van een concurrentieverhouding tussen de ingevoerde en binnenlandse producten, moet de relevante markt worden afgebakend. Nagegaan moet worden of de heffing de betrokken markt beïnvloedt door het verbruik van de ingevoerde producten te verminderen ten gunste van de concurrerende nationale producten (arresten Whisky en cognac<sup>17</sup> en Roders<sup>18</sup>).

### Uitvoer

Uit het arrest Bauhuis<sup>19</sup> van het Hof van Justitie blijkt dat het discriminatieverbod van artikel 90 EG analoog van toepassing is op uitgevoerde producten. Het Hof van Justitie heeft in het arrest Van der Hulst<sup>20</sup> verklaard dat een binnenlandse heffing gelijke werking kan hebben als een douanerecht, wanneer de toepassing ervan de verkoop naar het buitenland zwaarder belast dan de binnenlandse verkoop, of wanneer de heffing dient ter financiering van activiteiten welke beogen de verkoop in het binnenland winstgevender te maken dan de uitvoer, of het voor binnenlandse verkoop bestemde product op enigerlei wijze te bevoordelen ten koste van het voor uitvoer bestemde.

Verder blijkt dat uitvoer belast moet worden als de steun ook ten goede komt aan ondernemingen die voor de uitvoer produceren. Het maken van een uitzondering zou anders neerkomen op de verlening van productiesteun aan exporteurs<sup>21</sup>.

### **Gevolgen van strijd met artikel 25 of 90 EG**

Met de artikelen 25 en 90 EG zijn verplichtingen opgelegd aan nationale overheden. Voor particulieren en ondernemers is het recht erkend, zich hierop direct voor de nationale rechter te beroepen om de naleving van deze verplichtingen af te dwingen. In Nederland kan een heffingsplichtige ondernemer tegen de heffing van een bedrijfslichaam in beroep gaan bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Zonodig kan dit college zogeheten prejudiciële vragen over de uitleg van het EG-Verdrag voorleggen aan het Hof van Justitie.

Zo constateerde het College van Beroep voor het bedrijfsleven bij een heffing van het Productschap Vee en Vlees geen onderscheid naar gelang deze heffing werd opgelegd terzake van de slacht of de uitvoer. Evenmin kwam naar het oordeel van het college de globale besteding van die heffingsopbrengst uitsluitend dan wel hoofdzakelijk ten goede aan de binnenlandse afzet<sup>22</sup>.

In dezelfde lijn sprak het College van Beroep voor het bedrijfsleven zich uit over een heffing van het Productschap Tuinbouw<sup>23</sup>. Daarbij zag het college op grond van de omstandigheden van dat geval geen aanknopingspunten voor de conclusie dat de bekostigde activiteiten uit de opbrengst van een heffing mede op een uitgevoerd product van het Productschap Tuinbouw het binnenlands product bevoordelen op een wijze als strijdig met artikel 25 en 90 EG.

Verder kan de Europese Commissie een advies uitbrengen aan een lidstaat die de op hem rustende verplichtingen krachtens artikel 25 of 90 EG niet nakomt. Voordat de Europese Commissie dit advies uitbrengt, stelt het de betrokken lidstaat in de gelegenheid zijn opmerkingen te maken. Als het advies niet wordt opgevolgd, kunnen de Europese Commissie en de overige lidstaten zich tot het Hof van Justitie wenden. De lidstaat is gehouden om die maatregelen te nemen, die nodig zijn ter uitvoering van het arrest van het Hof van Justitie. Mocht de lidstaat hierbij in gebreke blijven dan kan het Hof van Justitie deze lidstaat een forfaitaire som of dwangsom opleggen.

## 4.4 Notificatie

Toepasselijk Europees recht voor bedrijfslichamen:

- Richtlijn 98/34/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij;
- Richtlijn 98/48/EG van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van richtlijn nr. 98/34/EG betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften.

### Algemeen

EG-besluiten bevatten diverse verplichtingen om, nog afgezien van nationale implementatieregelgeving, verschillende meldingen aan 'Brussel' te verrichten. Gedacht kan worden aan bijvoorbeeld het toezenden van jaarrapportages of van actieplannen, aan het melden van (voorgenomen) nationale besluiten of van incidentele uitzonderingssituaties of aan het toezenden van bepaalde feitelijke gegevens. Dit soort verplichtingen wordt ook wel aangeduid als 'notificatieverplichtingen'.

Vaak staat een notificatieverplichting in een EG-besluit (meestal een richtlijn of een verordening) 'verstopt'. Dit soort bepalingen kan nuttig zijn in gevallen waar het belangrijk is bepaalde informatie op EU-niveau te verzamelen. Ook zijn er situaties denkbaar, waarbij het zinvol is de Europese Commissie een toets te laten uitvoeren op de Europeesrechtelijke houdbaarheid van voorgenomen nationale regelgeving of beleid. Bovendien kan ook een lidstaat baat hebben bij het verkrijgen van inzicht in nationale regels, plannen of feitelijke gegevens in de andere EU-lidstaten.

Soms is het het hoofddoel van een EG-richtlijn om een notificatieverplichting in het leven te roepen, zoals dat bij de van de Securitel-zaak bekende richtlijn het geval is. Op grond van deze richtlijn nr. 98/34/EG, ook wel 'de' notificatierichtlijn genoemd, zijn EU-lidstaten verplicht om nationale ontwerpregelgeving met technische voorschriften vóór vaststelling aan de Commissie te notificeren. In het onderstaande wordt eerst op de achtergronden en vervolgens op de inhoud van de notificatierichtlijn ingegaan.

### Vrij verkeer van goederen en diensten

Lidstaten van de EU moeten op grond van het EG-Verdrag in beginsel producten tot hun markt toelaten die afkomstig zijn uit andere lidstaten en die daar rechtmatig, dat wil zeggen overeenkomstig de in die andere lidstaat geldende regelgeving, zijn vervaardigd of in de handel gebracht. Ook diensten moeten in beginsel in de hele EU vrij kunnen worden verricht. Dit is slechts anders wanneer sprake is van een gerechtvaardigde uitzondering. Zo zijn bijvoorbeeld nationale maatregelen die het

vrij goederen- of dienstenverkeer beperken om redenen van openbare orde, openbare veiligheid of volksgezondheid toegestaan, mits deze maatregelen noodzakelijk en proportioneel zijn.

De notificatierichtlijn strekt ertoe, dat wanneer een lidstaat (of een publiekrechtelijk lichaam daarvan) – uit een oogpunt van bescherming van bepaalde, op zichzelf wellicht gerechtvaardigde, belangen – een maatregel wil nemen die een beperking van het vrij goederenverkeer of het vrij verrichten van bepaalde, namelijk elektronische, diensten kan inhouden, het voornemen hiertoe wordt gemeld aan de Commissie. Dit om de Commissie en de andere lidstaten in de gelegenheid te stellen de ontwerpmaatregel te bezien en eventueel opmerkingen te maken. Notificatie is dus een instrument om ongerechtvaardigde belemmeringen voor het functioneren van de interne markt op te sporen.

Notificatie heeft dus twee kanten: de Commissie en andere landen kunnen Nederlandse handelsbelemmeringen terzake van producten en elektronische diensten voorkomen én Nederland kan buitenlandse handelsbelemmeringen terzake van producten en elektronische diensten voorkomen.

### Wederzijdse erkenning

Indien een lidstaat uit een oogpunt van bescherming van gerechtvaardigde belangen maatregelen neemt die een beperking van het vrij goederen- of dienstenverkeer inhouden, moet worden bezien of, naast notificatie van het ontwerp, in de maatregel een zogeheten *bepaling van wederzijdse erkenning* moet worden opgenomen. Wederzijdse erkenning betreft producten of diensten die uit andere lidstaten afkomstig zijn en die niet aan de nationale eisen voldoen. De wederzijdse erkenning houdt in dat deze producten of diensten moeten worden toegelaten indien ze wél voldoen aan buitenlandse eisen die een gelijkwaardige bescherming bieden. Ook wanneer aan de toelating een keuring voorafgaat, geldt ingevolge het beginsel van wederzijdse erkenning dat keuringen die op basis van gelijkwaardige buitenlandse onderzoeken zijn verricht, moeten worden erkend.

### De notificatierichtlijn

De notificatieplicht op grond van de notificatierichtlijn is ingesteld ter bevordering van een goede werking van de interne markt: Commissie en lidstaten krijgen hierdoor de mogelijkheid te reageren op ontwerpregelgeving van andere lidstaten, wanneer deze tot handelsbelemmeringen zou kunnen leiden<sup>24</sup>.

Het begrip technisch voorschrift wordt in de richtlijn ruim gedefinieerd. Globaal gesproken gaat het om regelgeving waarin eisen aan producten of productie-methoden en procédés worden gesteld. In 1999 is de notificatieplicht uitgebreid tot regels betreffende de zogenoemde diensten betreffende de informatiemaatschappij.

PBO-regelgeving valt onder de reikwijdte van de notificatierichtlijn. Dit vloeit voort uit de uitdrukkelijke bepaling in de richtlijn (artikel 1, onder 11, *in fine*) dat

technische voorschriften eveneens onder de notificatieplicht vallen indien ze zijn vastgesteld door instanties die zijn aangewezen door de lidstaten en die vermeld zijn op een door de Europese Commissie op te stellen lijst. De bedrijfslichamen zijn voor Nederland op deze lijst opgenomen, in verband met het feit dat de regelgeving van deze lichamen landelijke toepassing heeft.

Het gaat daarbij zowel om PBO-verordeningen, als om op PBO-verordeningen gebaseerde besluiten van algemene strekking (de zogenoemde uitvoeringsbesluiten). Daarom dient alle PBO-regelgeving op notificatieplicht te worden onderzocht, alvorens deze wordt vastgesteld. Veel bedrijfslichamen hebben met deze notificatieplicht te maken omdat PBO-regelgeving nogal eens betrekking heeft op productie-methoden of de vervaardiging, het in de handel brengen of het gebruik van producten. Aangezien het uitgangspunt is dat de verantwoordelijkheid voor de notificatie berust bij degene die de betrokken maatregel heeft opgesteld, dient het betrokken PBO-orgaan zorg te dragen voor de correcte naleving van de notificatierichtlijn.

Mede op basis van de Interdepartementale handleiding notificatie van regels betreffende producten en elektronische diensten heeft de SER, in overleg met de bij de notificatie en bij de PBO meest betrokken departementen (EZ, LNV en SZW) in 2000 het 'Draaiboek EG-WTO-notificatie voor de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie' opgesteld.

### **Ontwerp- of vastgestelde regeling?**

De nieuwe regelgeving dient nog vóór de vaststelling daarvan te worden genotificeerd. In de terminologie van de notificatierichtlijn gaat het om “de tekst van een technische specificatie, een andere eis of een regel betreffende diensten, met inbegrip van bestuursrechtelijke bepalingen, die is uitgewerkt met de bedoeling deze als technisch voorschrift vast te stellen of uiteindelijk te doen vaststellen, en die zich in een stadium van voorbereiding bevindt waarin het nog mogelijk is daarin ingrijpende wijzigingen aan te brengen” (artikel 1, onderdeel 12).

In de praktijk wordt een door een orgaan van een bedrijfslichaam ‘vastgestelde’ regeling door de schappen geen ‘ontwerp’ meer genoemd, ofschoon soms nog een heel traject moet worden gevolgd alvorens de eventuele ‘goedkeuring’ (door de SER of een minister) gevolgd wordt door publicatie en inwerkingtreding van de regeling. Duidelijk is dat het tijdens dat traject “nog mogelijk is daarin ingrijpende wijzigingen aan te brengen”, zoals de richtlijn vereist. Tijdens die fase mag de notificatie derhalve nog plaatsvinden.

### **Gevolgen van niet-naleving**

Het ten onrechte niet volgen van de EG-notificatieprocedure kan in beginsel de niet-toepasselijkheid van de desbetreffende voorschriften meebrengen, zo is gebleken in het Securitel-arrest van het Hof van Justitie<sup>25</sup>.

## 4.5 Aanbesteding

Toepasselijk Europees recht voor bedrijfslichamen:

- Richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken;
- Richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen;
- Richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening.

### Algemeen

Publieke instellingen kunnen ook gebruik maken van het concurrentiemechanisme, als zij in de markt zijn voor bijvoorbeeld de levering van een dienst of een opdracht willen geven voor de vervaardiging van een werk. Aanbestedingstechnieken waarbij meerdere ondernemingen gevraagd worden mee te dingen naar een opdracht van een publieke instelling, kunnen resulteren in een betere prijs-kwaliteitverhouding. De andere kant van de medaille is dat ook meerdere ondernemingen (in binnen- en buitenland) een eerlijke kans maken op het in de wacht slepen van een dergelijke opdracht.

Het kan voorkomen dat publieke instellingen vallen onder de Europese richtlijnen voor aanbesteding en ook de hieruit voortvloeiende verplichtingen moeten nakomen. Het betreft hier in ieder geval de:

- rijksoverheid: ministeries/rijksdiensten/Staten-Generaal/Kroon;
- territoriaal lichaam: provincies/gemeenten/stadsprovincies/openbare lichamen/waterschappen;
- publiekrechtelijke instellingen: waterschappen/Sociale Verzekeringsbank enz.;
- samenwerkingsverbanden van bovengenoemde overheden;
- bedrijven en instellingen waarin de overheid bestuurlijk, beleidsmatig, financieel of beheersmatig een grote invloed heeft en die taken van algemeen belang uitvoeren, waaronder ook universiteiten en hogescholen, onderzoeksinstituten, instellingen in de (volks)gezondheidszorg enz.;
- nutsbedrijven: bedrijven of instellingen die (ongeacht hun rechtsvorm) op basis van een door de overheid verleende vergunning of exclusief recht hun activiteit uitoefenen;
- ten slotte gelden de richtlijnen eveneens voor opdrachten die niet door de overheid zelf worden aanbesteed, maar die wel (grotendeels: meer dan 50 procent) door de overheid worden betaald.

## PBO en aanbestedingen

De vraag rijst of de product- en bedrijfschappen ook aangemerkt moeten worden als publiekrechtelijke instellingen, die gehouden zijn de aanbestedingsrichtlijnen te volgen. Onder een publiekrechtelijke instelling wordt verstaan, iedere instelling:

- die is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard en;
- die rechtspersoonlijkheid heeft en waarvan;
- ofwel de activiteiten in hoofdzaak door de staat, de territoriale of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd;
- ofwel het beheer is onderworpen aan toezicht door deze laatste;
- ofwel de leden van de directie, de raad van bestuur of de raad van toezicht voor meer dan de helft zijn aangewezen door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen.

Het lijkt zeker aannemelijk dat de bedrijfslichamen voldoen aan de eerste twee eisen, aangezien zij opgericht zijn met het specifieke doel te voorzien in de behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard en zij beschikken over rechtspersoonlijkheid. Het is minder zeker of voldaan wordt aan een van de volgende vereisten. Niet gezegd kan worden dat de activiteiten in hoofdzaak door de staat, de territoriale of andere publiekrechtelijke instellingen gefinancierd worden. Evenmin is het waar dat de leden van de directie, de raad van bestuur of de raad van toezicht voor meer dan de helft zijn aangewezen door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen. Blijft over de mogelijkheid dat het beheer van het bedrijfslichaam onderworpen is aan toezicht door de staat, de territoriale of andere publiekrechtelijke instellingen.

De Wet bo geeft wel aanleiding voor de overweging dat bepaalde aspecten van het beheer van de bedrijfslichamen onderhevig zijn aan toezicht. Zo is in artikel 124 bo bijvoorbeeld voorgeschreven dat het besluit van het bestuur tot vaststelling van de rekening in beginsel de instemming behoeft van de raad. In artikel 125 is voorts bepaald dat de raad bij verordening regels kan stellen omtrent onder andere het beheer van de financiën. De SER valt als toezichthoudend orgaan dan in de categorie van de 'andere publiekrechtelijke instellingen'.

Of de bedrijfslichamen daadwerkelijk door de rechter aangemerkt zullen worden als publiekrechtelijke instellingen in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen is geen vaststaand feit, door het gebrek aan relevante jurisprudentie voor de PBO.

Zekerheidshalve lijkt het wel raadzaam voor de bedrijfslichamen om de richtlijn te volgen. Bovendien kunnen aan het volgen van deze procedures ook voordelen verbonden zijn voor de bedrijfslichamen, in de vorm van een goede en economisch voordelige aanbidding.

### Geldende richtlijnen

De huidige richtlijnen zien op: leveringen, werken of diensten. Onder leveringen wordt verstaan: contracten voor de aankoop, het leasen, het huren of in huurkoop nemen (met of zonder koopoptie) van producten. Het gaat hier bijvoorbeeld om de aankoop van kantoorbenodigdheden, het leasen van auto's.

Onder werken verstaat de richtlijn: het uitvoeren, het laten uitvoeren dan wel het geheel van ontwerpen en (laten) uitvoeren van een werk. Dit kan betrekking hebben op één specifieke prestatie, zoals het vervangen van een gehele technische installatie van een gebouw, of op een combinatie van verschillende werkzaamheden die gezamenlijk een economisch of technisch geheel vormen, bijvoorbeeld een bouwkundig deel en een installatie-technisch deel. Niet alleen de uitvoering van een project, maar ook de planning, financiering, organisatie en directie ervan, dienen tot het uitvoeren van een werk te worden gerekend.

Onder diensten verstaat de richtlijn: alle overeenkomsten op het gebied van dienstverlening, die niet beschouwd kunnen worden als opdrachten voor leveringen of werken. Voorbeelden hiervan zijn onderhoudsdiensten, schoonmaakdiensten, accountantsdiensten, vuilnisophaaldiensten, verzekeringsdiensten enzovoort. Ook het uitschrijven van prijsvragen voor ontwerpen wordt in de richtlijn 'Diensten' geregeld.

Voor iedere categorie gelden ook specifieke drempelbedragen, waarboven een openbare aanbesteding dient plaats te vinden. Indien het bedrag van de aanbesteding onder de drempel valt, moet er een passende mate van openbaarheid worden betracht. Hiermee wordt bedoeld dat ruchtbaarheid wordt gegeven in een medium dat mogelijke inschrijvers bereikt en dat aan bepaalde inhoudelijke eisen voldoet.

### Procedures

Een aanbestedende dienst kan bij een te plaatsen opdracht vrij kiezen uit:

- de openbare procedure;
- de niet-openbare procedure (procedure met voorselectie).

Deze procedures beginnen met een publicatie in het Supplement op het Publicatieblad van de EG (oproep tot mededinging). De openbare procedure houdt in dat alle belangstellenden direct een offerte mogen indienen. Bij de niet-openbare procedure mogen alle belangstellenden zich aanmelden voor deelname aan de aanbestedingsprocedure, waarna er een selectie plaatsvindt op basis van selectiecriteria. De aanbestedende dienst nodigt vervolgens minimaal vijf geselecteerde bedrijven uit een offerte in te dienen.

## Veranderingen

De Europese commissie heeft ook een nieuwe richtlijn het licht laten zien waarin de drie voormalige richtlijnen voor diensten, leveringen en werken geïntegreerd en geüniformeerd worden. Deze verandering heeft voorlopig nog geen gevolgen voor de schappen. De lidstaat Nederland moet de richtlijn eerst omzetten in nationale wetgeving. De uiterste datum hiervoor is 31 januari 2006.

De Commissie beoogt overigens de volgende wijzigingen aan te brengen:

- de invoering van elektronische aankoopmechanismen en de daaruit voortvloeiende verkorting van de termijnen van een aanbestedingsprocedure;
- de invoering van een nieuwe procedure van gunning via onderhandelingen, waardoor voor bijzonder complexe opdrachten de 'dialogue' tussen de aanbestedende dienst en de verschillende gegadigden mogelijk wordt gemaakt, terwijl de oproep tot mededinging en de inachtneming van de gelijke behandeling worden gewaarborgd;
- de aan de aanbestedende diensten geboden mogelijkheid zogenaamde 'raamovereenkomsten' te sluiten waarvan niet alle voorwaarden worden vastgesteld en op basis waarvan opdrachten kunnen worden geplaatst zonder dat voor elk ervan alle verplichtingen van de richtlijn worden toegepast;
- een verduidelijking van de bepalingen betreffende de technische specificaties waardoor een daadwerkelijke mededinging kan worden gewaarborgd door de deelneming van een zo groot mogelijk aantal inschrijvers en in het bijzonder van innoverende ondernemingen;
- een versterking van de bepalingen betreffende de gunningscriteria en de selectie;
- een vereenvoudiging van de drempels;
- de invoering van een gemeenschappelijke woordenlijst overheidsopdrachten.

## Gevolgen van niet-naleving

Het niet in acht nemen van de aanbestedingsvoorschriften inzake overheidsopdrachten terwijl dit wel verplicht was, levert onder meer een onrechtmatige daad van de aanbestedende dienst op jegens gepasseerde inschrijvers. Deze geschillen worden in beginsel beslecht door de burgerlijke rechter. Via een kortgedingprocedure bij de president van de rechtbank kan bijvoorbeeld een ondernemer op korte termijn vorderen dat alsnog Europees moet worden aanbesteed en niet onderhands mag worden gegund of een reeds gegunde opdracht niet ten uitvoer mag worden gelegd. Ook kan herevaluatie van de offertes worden gevorderd. Volgens de jurisprudentie ligt het voor de hand alle aanbiedingen opnieuw te beoordelen met de juiste uitgangspunten indien de geconstateerde onvolkomenheden geen verband houden met de inhoud van de gestelde minimum- en geschiktheidseisen en gunningscriteria, doch veeleer verband houden met de toetsing aan deze vereisten. Om de aanbestedende dienst te dwingen de uitspraak van de rechter na te komen, kunnen bovendien dwangsommen worden opgelegd.

Naast de civielrechtelijke gevolgen, kan ook de Staat der Nederlanden door de Commissie aangesproken worden. De Commissie kan een zogeheten inbreuk-procedure starten als zij meent dat een lidstaat zijn verdragsverplichtingen niet nakomt (art. 226 EG-Verdrag). Uiteindelijk kan zo'n procedure erin uitmonden dat de Commissie de lidstaat voor het Europese Hof van Justitie daagt, omdat zij niet tevreden is met de uitleg van de lidstaat.