

Verbieden en afstoten van nevenactiviteiten

De onwerkelijke voorstellen van de Werkgroep Cohen

Prof. mr H.J. de Ru*

Het Eindrapport Markt en Overheid van de Werkgroep Cohen, bepleit een strikte scheiding tussen overheid en markt. De werkgroep wil (semi-)overheidsorganisaties verplichten hun nevenactiviteiten op de markt af te stoten. Gedragsregels zouden onvoldoende zijn om concurrentievervalsing tegen te gaan.

Het oordeel van de werkgroep is streng en rigoureuus. In de ogen van de werkgroep horen markt en overheid niet in één organisatie thuis. De werkgroep zou haar rapport beter de titel 'Markt óf overheid' hebben kunnen meegeven. Vanuit juridische hoek blijkt dat die twee echter niet zo strikt zijn te scheiden. Van de scherpe kantjes van het rapport blijft daarmee weinig over.

Het rapport Cohen¹

In het voorjaar van 1997 verscheen het Eindrapport Markt en Overheid van de door het kabinet ingestelde Werkgroep Cohen. Het rapport gaat over concurrentievervalsing die jegens particuliere ondernemingen zou kunnen ontstaan wanneer (semi-)overheidsinstellingen naast hun publieke taken commerciële nevenactiviteiten ontwikkelen. De werkgroep gaat ervan uit dat voorkomen beter is dan genezen. Zij wil dergelijke nevenactiviteiten dan ook verbieden, zelfs als zij door dochtermaatschappijen zouden worden uitgevoerd. De werkgroep stelt daarmee de eis van afstoting van commerciële nevenactiviteiten. Dit noemt zij 'de structuuroplissing' voor het gesignaleerde probleem van concurrentievervalsing.

* De auteur is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam, en daarnaast advocaat bij Loeff Claey's Verbeke te Amsterdam.

Het eindrapport van de werkgroep markeert het begin van vervolgactiviteiten, die tot nu toe op hoofdlijnen op de steun van het kabinet en de Tweede Kamer mochten rekenen. In het late najaar van 1997 heeft de werkgroep duidelijk gemaakt aan welke organisaties zij in eerste instantie denkt. In de betrokken sectoren hebben de voorstellen van Cohen, zoals zij in de wandeling heten, veel ongerustheid teweeggebracht. Daar is ook alle reden voor. Het voorgenoemen verbod zal, als het aan de werkgroep ligt, een groot aantal instellingen treffen. De werkgroep heeft deze bonte verzameling aangeduid als 'organisaties met exclusieve of bijzondere marktrechten' ('OEM's').

Volgens de laatste inventarisatie² zijn er ten minste 3.200 OEM's, onderverdeeld in 129 categorieën. Zij bestrijken een breed terrein, van klassieke overheidsdiensten, nutsbedrijven en instellingen voor sociale voorzieningen tot taken op het gebied van kennis, informatie en cultuur. Ruim 40% heeft een publiekrechtelijk karakter (o.a. ambtelijke dienst of ZBO) en bijna 60% is privaatrechtelijk vormgegeven (stichting, N.V., B.V.). Wat betreft de zogenoemde bijzondere of exclusieve rechten gaat het om overheidstaken (34%), keurings- of reguleringstaken (8%), (juridische) monopolies (20%) en (exclusieve) subsidies of geldbijdragen (38%).

1 Rapport van een ambtelijke werkgroep onder voorzitterschap van prof. mr J. Cohen, aangeboden aan de ministerraad d.d. 20 februari 1997. Het kabinetsstandpunt is aangeboden aan de Tweede Kamer d.d. 8 april 1997 (24 036, nr. 45). De motie Van der Ploeg d.d. 25 juni 1997 (kamerbreed aanvaard) dringt aan op voortvarende implementatie (24 036, nr. 51). De derde voortgangsnota MDW, brief van de ministers van Economische Zaken en van Justitie d.d. 20 augustus 1997 (24 036, nr. 54) stelt dat inventarisatie en implementatieplan najaar 1997 gereed zullen zijn. De brief van de ministers van Economische Zaken en Justitie d.d. 17 oktober 1997 (24 036, nr. 69) bevat een notitie over de implementatie.

2 Kamerstuk 24 036, nr. 69, p. 3.

De achtergrond voor de ingrijpende voorstellen van de werkgroep is dat in haar ogen concurrentievervalsing niet is te voorkomen als binnen één organisatie publieke taken en marktactiviteiten worden verricht. De werkgroep acht ‘meeconcurreren’ door OEM’s ongewenst en zij meent dat ‘Chinese muren’ binnen OEM’s niet helpen, omdat binnen één organisatie altijd kruisverkeer zal blijven bestaan. De werkgroep concludeert daarom dat marktactiviteiten van OEM’s ter voorkoming van concurrentievervalsing moeten worden afgescheiden én afgestoten, tenzij sprake is van een van de volgende uitzonderingen:

- de activiteiten zijn onlosmakelijk verbonden aan de publieke taak;
- het gaat om kennisinfrastructuur;
- de activiteiten zijn uit een oogpunt van minimumcapaciteit vereist;
- inmiddels is besloten om de publieke taak onder concurrentie te brengen.

Als afscheiding en afstoting vanwege een van de vier hiervoor genoemde uitzonderingen achterwege kunnen blijven, dienen gelijke concurrentiecondities wel zoveel mogelijk te gelden, met behulp van wettelijke gedragsregels, een onverkorte gelding van vpb-plicht en een onafhankelijke toezichthouder.

Commentaar op hoofdlijnen

Werkwijze

Het rapport is totstandgekomen in het kader van de operatie Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit.³ Een belangrijke aanleiding was een aantal klachten uit het bedrijfsleven waarvan de Raad van de Centrale Ondernemersorganisaties de minister-president in kennis had gesteld.

Niet onderzocht is, of de klachten gegrond waren.⁴ Het strenge karakter van het advies en van de structuurmaatregel zou een gedegen onderzoek naar de omvang van het probleem hebben gerechtvaardigd, zeker gezien het feit dat er kennelijk wel sprake is van veel klachten, terwijl het aantal daadwerkelijk aangespannen procedures in verhouding bijzonder klein is. Ook is geen onderscheid gemaakt naar soorten van klagers.⁵

De werkgroep dekt zich bij voorbaat in tegen deze kritiek met verwijzing naar haar opdracht om een conceptueel kader te maken, geverifieerd aan en bijgesteld door de praktijk. Nu de werkgroep echter strenge maatregelen aanbeveelt, is het opmerkelijk dat de keuze voor deze maatregelen niet gebaseerd is op een analyse van de ernst van het probleem en dat zelfs de nadere uitwerking en afbakening van het probleem nog niet hebben plaatsgevonden. Zo is het niet duidelijk wat er precies moet worden verstaan onder begrippen als OEM, marktactiviteiten, publieke taak, wat de (financiële) consequenties zijn van de aanbevelingen⁶ en wat de gevolgen van de aanbevelingen kunnen zijn voor afnemers. Het zou de werkgroep niet hebben mis-

staan haar aanbeveling tot toepassing van de zware structuuroplissing te voorzien van het voorbehoud van een praktijktoets en van een onderzoek naar de Europeesrechtelijke haalbaarheid. Nu zal achteraf veel moeten worden geredresseerd.

Conceptueel kader

De werkgroep hanteert een ‘conceptueel kader markt en overheid’ (p. 11 Eindrapport) dat gebaseerd is op het onderscheid tussen ‘publieke taak’ en ‘marktactiviteit’. Of iets een publieke of een private taak zou moeten zijn, was niet ter beoordeling aan de werkgroep voorgelegd; de werkgroep aanvaardde de bestaande feitelijke situatie daarmee als gegeven. Dat acht ik nu juist zo problematisch, nu de werkgroep zelf aan het spraakgebruik ontleende begrippen hanteert, die geen onderscheidend vermogen hebben zoals, publieke taak, marktactiviteit en marktrecht. Ik zal dit kort toelichten.

‘Publieke taak’

Het Nederlandse recht kent geen definitie van het begrip publieke taak.⁷ Als aanknopingspunt voor rechtsgevolgen is het ongeschikt. In de meest ruime zin betekent het iedere taak die een overheidslichaam aan zich heeft getrokken, onverschillig op welke wijze en ongeacht de juridische grondslag.⁸ Het begrip omvat de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden⁹ maar ook veel meer dan dat. Zolang het om publiekrechtelijke bevoegdheden gaat, biedt de letter van de wet steun, immers dit zijn in de wet te vinden bevoegdheden tot het verrichten van publiekrechtelijke rechtshandelingen. Daarbuiten is het lastig, vooral bij de in Nederland zo veelvuldig voorkomende organisaties van het maatschappelijke middenveld zoals woningcorporaties, bijzonder onderwijs, gezondheidszorg,

3 Deze operatie wordt onder leiding van de minister van Economische Zaken en Justitie uitgevoerd, ten behoeve van het kabinet.

4 Rapport werkgroep, p. 12.

5 Grote ondernemingen reageren bijvoorbeeld anders op het probleem van concurrentievervalsing door OEM's dan kleine.

6 De werkgroep laat in haar bespreking van de financiële consequenties slechts de directe beleidskosten aan de orde komen (uitvoeringskosten) en de opbrengsten uit afstoting. Zij houdt geen rekening met een kosten-batenanalyse van consequente doorvoering van de aanbevelingen vergeleken met de situatie waarin dat niet zou gebeuren, terwijl evenmin ruimte is voor een kosten-batenvergelijking tussen de structuuroplissing en de gedragsregeloplossing.

7 Zie voor een overzicht: H.J. de Ru, *Staat, markt en recht, De gevolgen van privatisering voor het publiekrecht*, Zwolle 1987, p. 35-70; vergelijk ook art. 1:1 Awb en daarover: Marion Bense en Sjoerd Zijlstra, Het begrip bestuursorgaan, *NTB* 1994, p. 253 e.v.

8 De juridische grondslag kan zijn een wettelijke basis, de algemene bestuursbevoegdheid of de bevoegdheid om rechtshandelingen naar burgerlijk recht te verrichten. De betekenis van ‘publieke taak’ kan uiteenlopen al naar gelang het onderwerpen betreft als rechtsbescherming (Awb), ambtenarenrecht, aanbestedingsrecht of sectorspecifieke wetgeving.

9 De door de werkgroep gelaakte ‘dubbele-petten’-situaties (bijvoorbeeld de vergunningverlener concurreert met vergunningsverkrijgers, de kwaliteitscontroleur concurreert met de gecontroleerden) heeft betrekking op publiekrechtelijke bevoegdheden, maar dat is maar een klein deel van de situaties die de werkgroep op het oog heeft.

jeugdhulpverlening. Dergelijke taken heeft de werkgroep wel op het oog. Er is ook altijd wel iets over te vinden in wetgeving en als dat niet zo is, moet het er komen volgens het kabinet.¹⁰ Niet duidelijk is wat de verhouding is tussen het door de werkgroep gehanteerde begrip publieke taak en de in artikel 90 EEG-Verdrag genoemde door de overheid verleende bijzondere of uitsluitende rechten en diensten van algemeen-economisch belang. Hierbij is van belang dat het Hof van Justitie van de EG bij de toepassing van artikel 90 j° 85 en 86 EG-Verdrag een eigen opvatting heeft ontwikkeld over de vraag wat overheidstaken zijn en wat economische activiteiten van industriële en commerciële aard. Het Hof van Justitie lijkt overheidstaak te definiëren als iedere niet-commerciële taak.¹¹ Van de hiervoor besproken varianten hanteert de werkgroep het meest ruime begrip 'publieke taak'. Wie subsidie ontvangt, verricht in de ogen van de werkgroep bijvoorbeeld reeds een publieke taak.¹²

'Marktactiviteiten'

De werkgroep definieert het begrip marktactiviteiten niet. Als bedoeld is dat marktactiviteit en publieke taak elkaar wederzijds uitsluiten, bedoelt de werkgroep met marktactiviteit waarschijnlijk iedere commerciële activiteit.

'Marktrechten'

De werkgroep introduceert de eerdergenoemde OEM. De M staat daarin voor 'marktrechten'. Omdat de marktrechten afkomstig zijn van de overheid, heeft de werkgroep kennelijk mede het oog op publieke taken in de meest ruime zin, met inbegrip van onder andere publiekrechtelijke bevoegdheden, het verstrekken van subsidies enz. Het doet merkwaardig aan om dergelijke 'publieke' taken als *markt*recht te bestempelen. Dit neologisme van de werkgroep draagt daarmee niet bij tot een helder begrip.¹³

'Organisaties'

De O in OEM staat voor 'organisaties'. Dit is ook een verzamelbegrip. Daaronder vallen bijvoorbeeld zowel onderdelen van de rijksdienst, zelfstandige bestuursorganen, overheidsondernemingen als particuliere ondernemingen. De begripsmatige onzuiverheid komt mede tot uitdrukking in de onderverdeling van 'organisaties' in ondernemingen van publiekrechtelijke rechtspersonen en quasi-particuliere ondernemingen. Onder de ondernemingen van publiekrechtelijke rechtspersonen noemt de werkgroep mede de waterschappen, de pbo's, de gemeenschappelijke regelingen en 'andere zelfstandige bestuursorganen' (sic). Nooit eerder werden deze rechtens als ondernemingen betiteld en ook nu is daar geen reden voor. Onder de categorie quasi-particuliere ondernemingen schaaft de werkgroep zowel KPN, de bijzondere universiteiten als geheel particuliere ondernemingen die bijzondere of exclusieve rechten hebben. Gelet op de verschillen in zeggenschap die de overheid terzake van deze categorieën kan doen gelden,

kunnen zij met betrekking tot mogelijke waarborgen tegen oneerlijke concurrentie moeilijk over één kam worden geschoren.

'Oneerlijke concurrentie'

Het Eindrapport van de werkgroep spreekt over ongelijke concurrentiecondities.¹⁴ Dat is het geval 'als er een verschil in uitgangspositie bestaat tussen de OEM en andere marktpartijen als gevolg van de exclusieve of bijzondere positie van de OEM' (p. 32). Hieraan reeds wil de werkgroep de door haar voorgestane strenge structuuroplossing verbinden, dat wil zeggen zonder dat is nagegaan of er in concreto sprake is van oneerlijke concurrentie en of dat eventueel gerechtvaardigd zou kunnen zijn. Als ongelijke condities noemt de werkgroep (limitatief): financiële condities, inputcondities, afzetcondities, functievermenging en institutionele condities. Met de structuuroplossing keert de werkgroep de bewijslast om. Maar hoe ver dat gaat, is moeilijk te voorzien, wanneer de vier hiervoor onder het kopje 'Het rapport Cohen' genoemde door de werkgroep voorgestelde uitzonderingen in beeld komen. Wat is bijvoorbeeld 'onlosmakelijk verbonden met de publieke taak'; hoe ver strekt 'kennisinfrastructuur', wanneer is er 'minimumcapaciteit' en hoe lang kan er een beroep gedaan worden op het feit dat 'inmiddels' is besloten om 'de publieke taak onder concurrentie te brengen' als de ervaring leert dat een proces van privatisering en liberalisering al gauw een minimumlooptijd heeft van tien jaar?¹⁵ Zo eenvoudig ligt het dus niet met het vaststellen van ongelijke concurrentiecondities.

'Exclusief of bijzonder'

Mede in het licht van het EG-recht is het duidelijk dat onder 'exclusieve rechten' moet worden verstaan: wettelijke of natuurlijke monopolies. De 'bijzondere rechten' leveren complicaties op. Ik vermoed dat er van bijzondere rechten sprake is als er een publieke taak is, maar geen exclusief recht. Een voorbeeld is subsidie en, concreter, een rechtens gelimiteerd aantal vergunningen, zoals tot voor kort bij (niet mobiele) telecom. Maar is daarvan ook sprake

10 In een Voortgangsnotitie Markt en Overheid aan de Tweede Kamer van 4 februari 1998 (24 036, nr. 78) wordt ervan uitgegaan dat er sprake is van een publieke taak als er een wettelijke grondslag voor is. Daarmee wordt aangesloten bij de onjuiste tendens naar een ruim legaliteitsbeginsel. De werkgroep constateert dat in beginsel steeds waar de publieke taak activiteiten van de overheid op de markt impliceert, daarvoor een wettelijke grondslag nodig is. Daarmee vervalt zij in een cirkelredenering. Merkwaardig is, dat het kabinet dit als een juist uitgangspunt kwalificeert.

11 HvJ EG 18 maart 1997, zaak C-343/95 (Diego Cali). Het rechtsgevolg is dat op de uitoefening van bijzondere rechten de art. 85, 86 en 90 EG-Verdrag niet van toepassing zijn als er sprake is van niet-commerciële taken. Vergelijk ook met betrekking tot aanbestedingen: art. 6 Richtlijn 92/50 (Richtlijn Diensten).

12 Zie Kamerstuk 24 036, nr. 69, paragraaf 2.2.1.

13 Waarom gebruikt de werkgroep niet het begrip 'recht'?

14 Hoofdstuk 4.

15 H.J. de Ru, De lange weg naar privatisering in Nederland, TVVS 1992, p. 111 e.v.

bij een universele dienstverplichting in een overigens door concurrentie gekenmerkte markt? Of bij een gelimiteerd aantal taxivergunningen?

De complicaties die het begrip 'bijzondere rechten' meebrengt, doen zich in verhevigde mate gelden bij de toepassing van de structuuroplossing op buitenlandse ondernemingen. Uit een zojuist gepubliceerd nader onderzoek van de werkgroep blijkt, dat de structuuroplossing in de praktijk niet zal kunnen worden afgedwongen van ondernemingen uit andere EG-lidstaten die op hun eigen buitenlandse markt een bijzonder recht genieten en dat het afdwingen van de structuuroplossing van Nederlandse OEM's wel heel zuur is als OEM's uit andere lidstaten in Nederland ongehinderd hun gang zouden mogen gaan. Vandaar dat dit 'Rapport Toepassing van de Cohen regels op buitenlandse ondernemingen' constateert, dat de toepassing van de structuur- en gedragsregeling op entiteiten uit het buitenland beperkt zou dienen te blijven tot publieke entiteiten met een exclusief recht.¹⁶

Conclusie: onduidelijke begrippen, zware interventies

Het hiervoor besproken vage begrippenapparaat is wetenschappelijk niet verantwoord. Erger is dat het niet deugt voor praktische toepassing, vooral nu de werkgroep afstoting en omkering van de bewijslast wil verbinden aan het enkele feit dat organisaties met een publieke taak zich op de markt manifesteren.

In het economisch bestuursrecht wordt de structuuroplossing als ingreep in de eigendomsverhoudingen als de meest zware interventie gezien op de schaal van zware naar lichte interventies.¹⁷ Lichtere interventies zijn onder andere gedragsregels met betrekking tot toegang tot de markt en met betrekking tot prijzen of kwaliteit, algemene gedragsregels met betrekking tot mededinging, aanbestedingen en aansprakelijkheden, financiële instrumenten en voorschriften met betrekking tot informatieverstrekking. Met betrekking tot het verschijnsel 'unbundling' of ontvlechting wordt aangenomen dat de lichtere vormen de voorkeur hebben boven de zwaardere (van licht naar zwaar: boekhoudkundige scheiding, beheersmatige scheiding, juridische scheiding, economische scheiding).¹⁸

De terughoudendheid met betrekking tot de zwaardere ingrepen hangt samen met het feit dat zij een zware inbreuk betekenen op de ondernemersvrijheid (zie ook hierna onder het kopje 'Problemen bij de implementatie van de voorstellen') en op het eigendomsrecht. De ervaring leert dat de overheid in een stelsel van in beginsel vrije ondernemingsgewijze productie met structuurbeleid een te zware verantwoordelijkheid neemt die zij op termijn niet kan waarmaken, mede gelet op de schade die daaruit kan voortvloeien.¹⁹

Kabinet en Tweede kamer reageren selectief

Kabinet en Tweede Kamer ondersteunen het werk van de werkgroep in hoofdlijnen.

Het kabinet laat de voorgestelde structuuroplossing

als zodanig in zijn reactie onbesproken. Het blijkt niet aanstonds bereid te zijn om het probleem zo ernstig te nemen als de werkgroep, laat staan om daaraan de voorgestelde zware gevolgen van de structuuroplossing te verbinden. Wel laat het kabinet nader onderzoek verrichten langs de door de werkgroep uitgezette lijnen.

De minister van Economische Zaken volgt de kritische opmerkingen uit de Tweede Kamer met de constatering dat het begrip OEM niet gelukkig is en dat het beter zou zijn te spreken van de 'hybride organisatie'. In het rapport van de werkgroep wordt deze term vooral in verband gebracht met zogenoemde institutionele condities waardoor een OEM, 'ook als zij marktactiviteiten verricht in concurrentie met commerciële aanbieders, vrijwel nimmer het karakter van een echte marktorganisatie [heeft]. OEM's zijn traditioneel taakorganisaties waarin onder meer een andere verantwoordingscultuur heerst die voortvloeit uit de agent-patroon relatie met het beleidsorgaan.' Bedoelt de minister van Economische Zaken hiermee het werkgebied van de werkgroep in te dammen tot wat hij noemt 'taakorganisaties'?²⁰ De laatste inventarisatie van de werkgroep²¹ laat van enige inperking van het onderzoeksgebied weinig zien.

De Tweede Kamer laat zich evenmin uit over de structuuroplossing. De Kamer wil wel twee concrete maatregelen bespoedigd zien: gelijkheid voor de vpb en de oprichting van een toezichtsinstantie. Daarnaast vraagt de Kamer meer in algemene zin om wetgeving, zonder te specificeren wat voor wetgeving.

Opmerkelijk in de politieke reacties is dat nadere studies en projecten worden aangekondigd, zonder dat het conceptuele kader van de werkgroep in twijfel wordt getrokken. Ik heb het vermoeden dat veel nutteloos en overbodig werk zal worden verzet.²² Met onduidelijke begrippen blijft het immers tasten in het duister. Gelet op de talrijke problemen die bij de uitvoering van de voorstellen van de werkgroep zullen ontstaan, zouden kabinet en Tweede Kamer er goed aan doen zich te bezinnen, voordat

16 Rapport van 7 oktober 1997, openbaar gemaakt eind januari 1998. Dit rapport (hierna: 'Rapport Toepassing' is (nog) niet naar de Tweede Kamer gezonden. Deze beperking plaatst méér dan 80% van de OEM's buiten beeld, zie hiervoor onder het kopje 'Het rapport Cohen'.

17 J. Zijlstra en B. Goudzwaard, *Economische politiek en concurrentieproblematiek in de EEG en de lid-staten*, Brussel 1966; L.A. Geelhoed, *De interveniërende staat*, Den Haag 1983; H.J. de Ru, *Staatsbedrijven en staatsdeelname, juridische aspecten en de gevolgen voor het economisch beleid*, Nijmegen 1981, A.I. Ogus, *Regulation*, Oxford 1984; Alfred E. Kahn, *The Economics of Regulation, Principles and institutions*, Cambridge Mass. 1989; K. Hellingman en K.J.M. Mortelmans, *Economisch Publiekrecht*, Deventer 1989.

18 Voor een overzicht van deze gradaties van unbundling zie: PbEG 1994 C41/2. In Europese sectorspecifieke regelingen is bij 'unbundling' nooit verder gegaan dan de eerste twee vormen.

19 Vergelijk de ervaring met steunverlening aan de scheepsbouw, aan ondernemingen in moeilijkheden en de recente ervaring met Fokker.

20 Weer een onduidelijk begrip, dat doelt op organisaties die overheidstaken (wat dat ook mag zijn) verrichten.

21 Kamerstuk 24 036, nr. 69.

22 Zie de meest recente Voortgangsnotitie met brief aan de Tweede Kamer van 4 februari 1998 voor een bevestiging van dit vermoeden.

voorstellen worden ontwikkeld voor wetgeving of een toezichtsinstantie. Tot deze bezinning noopt ook het eerdergenoemde nadere Rapport Toepassing van de Cohen regels op buitenlandse ondernemingen.²³ Niet alleen bepleit dit beperking van de werkingssfeer van de Cohen-voorstellen tot monopolies, het acht de Cohen-voorstellen ook krachteloos op die terreinen waar al secundaire EG-regelgeving bestaat (het gehele gebied van de nutsbedrijven).²⁴

Problemen bij de implementatie van de voorstellen

Wetgeving nodig

De verplichtingen tot afscheiding en afstoting en het verbod op nevenactiviteiten behoeven ingevolge het legaliteitsbeginsel een gespecificeerde wettelijke grondslag.²⁵ De begrippen publieke taak, markt en organisatie met exclusieve of bijzondere marktrechten zijn echter onvoldoende gespecificeerd om als grondslag te kunnen dienen voor het doen intreden van de ingrijpende rechtsgevolgen van de zogenoemde structuuroplossing. Slechts als de betrokken organisatie deel uitmaakt van de centrale overheid kan de wettelijke grondslag achterwege blijven.

De aard van de organisatie

In de praktijk dienen zich de volgende mogelijkheden aan. De betrokken OEM kan een publiekrechtelijke rechtspersoon zijn of een onderdeel daarvan, of zij kan een privaatrechtelijke rechtspersoon zijn, al dan niet met de overheid als aandeelhouder. Het verschil tussen een publiekrechtelijke rechtspersoon en een privaatrechtelijke rechtspersoon is, dat de organen van de publiekrechtelijke rechtspersoon zich kunnen laten leiden door politieke motieven binnen de grenzen die de betrokken publiekrechtelijke regelgeving stelt, terwijl de organen van de privaatrechtelijke rechtspersoon zich moeten laten leiden door het belang van die rechtspersoon (Boek 2 BW). In beide gevallen moet weer een onderscheid worden gemaakt tussen het niveau van de centrale overheid en dat van de lagere overheid. Een afzonderlijke wettelijke basis is nodig om afstoting af te dwingen, wanneer het gaat om lagere overheden. Zonder problemen is dit alles niet. Een besluit dat afstoting afdwingt, kan door de rechter worden getoetst aan artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM, ook als het een wettelijke bepaling betreft.²⁶

Geen normatief kader voor belangenafweging

Het rapport van de werkgroep biedt geen normatief kader voor het handelen van de betrokken organisaties. Volstaan wordt met de constatering dat het per definitie oneerlijk is jegens particuliere ondernemingen om publieke taken te combineren met marktactiviteiten. De werkgroep kiest voor preventieve maatregelen. Betwijfeld moet worden of de structuuroplossing gezien het ingrijpende karakter daarvan op voorhand kan worden afgedwongen zonder dat in concreto een belangenafweging plaatsvindt. Ook in

het mededingingsrecht is marktmacht als zodanig geen reden tot ingrijpen van overheidswege, wel misbruik daarvan.²⁷ Ten minste zou aan de orde dienen te komen of de belangen van afscheiding en afstoting opwegen tegen een ander publiek belang of tegen andere belangen. Zo zou concurrentievervalsing gerechtvaardigd kunnen zijn, gelet op voordelen voor de afnemers of voor de samenleving als geheel.

Rigide theoretisch model

De werkgroep gaat uit van het theoretisch-didactische model waarin markt en overheid worden beschouwd als elkaar wederzijds uitsluitende systemen van coördinatie van economische beslissingen. De werkgroep miskent dat het om ideaaltypen gaat, die in de praktijk in toenemende mate in een mengvorm voorkomen, hetzij als gereuleerde particuliere activiteit, hetzij als overheidsactiviteit met een aantal aan particuliere ondernemingen ontleende aspecten. Onderscheiden hoeft niet per definitie te leiden tot afstoting van eigendom. Juist de combinatie van activiteiten kan succesvol zijn ter bevordering van innovatie, concurrentie, werkgelegenheid en continuïteit.

EG-Verdrag: geen structuuroplossing maar gedragsregels

Het EG-Verdrag zelf kent geen grondslag voor het opleggen van een structuuroplossing.²⁸ Het EG-recht kent slechts gedragsregels. Van belang zijn in dit verband de vier vrijheden, de mededingingsregels en artikel 90 j° artikelen 85 en 86 en 92 e.v. alsmede de transparantierichtlijn²⁹ en sectorspecifieke wetgeving, waarin overigens nergens in een structuuroplossing is voorzien.

De werkgroep miskent de betekenis van artikel 90 EG-Verdrag voor zogenoemde artikel 90-ondernemingen in relatie tot eventuele Europese sectorspecifieke regulering. Onder artikel 90 EG-Verdrag juncto eventuele Europese sectorspecifieke regels zoals op het gebied van telecom of energie gelden geen regels met betrekking tot afstoting. De Europese hoofdregel is een gedragsregel: lidstaten zijn vrij om het algemeen-economisch belang te behartigen met gebruikmaking van (semi-)overheidsondernemingen en andere ondernemingen, maar het gedrag van dergelijke ondernemingen mag daarbij niet in strijd komen met de regels van het EG-Verdrag. De plichten die voor artikel 90-

23 Zie noot 16.

24 Zie hierna onder het kopje 'Problemen bij de implementatie van de voorstellen'.

25 Zie F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd*, Zwolle 1996.

26 Ook publiekrechtelijke rechtspersonen (waaronder lagere overheden) kunnen zich bij de nationale rechter op hun eigendomsrecht beroepen, HR 19 januari 1962, NJ 1962, 151.

27 Dit is hooguit anders in liberaliserende markten, waar aanmerkelijke marktmacht aanleiding kan zijn voor gedragsregels, doch niet voor rigoureuze afscheiding en afstoting. Vergelijk bijvoorbeeld het wetsvoorstel Telecommunicatiewet (kamerstuk 25 533).

28 Integendeel, het verbiedt een dergelijke ingreep in de economische orde van de lidstaten, zie art. 222 EG-Verdrag.

29 Richtlijn 80/723, PbEG L 195/35.

ondernemingen gelden, zijn beperkt tot boekhoudkundige transparantieregels. Wanneer een structuuroplossing zou worden toegepast, zou dat niet onverlet laten dat de betrokken ondernemingen onderling afspraken maken die evenzeer in strijd kunnen zijn met de betrokken verdragsregels. Europeesrechtelijk gezien is er dus geen andere oplossing dan de gedragsregel. Het opleggen van meer ingrijpende voorschriften dan gedragsregels kan uit een oogpunt van beleidsconcurrentie tussen lidstaten nadelige effecten hebben.

De belangrijkste belemmeringen voor de verwezenlijking van de voorstellen van de werkgroep liggen in strijd van de voorgestelde regels met de vrije verkeersregels van de interne Europese markt. In de eerste plaats zal het afdwingen van de structuuroplossing zoals voorgesteld door de werkgroep in strijd zijn met het EG-recht in sectoren die sectorspecifieke regelingen kennen op EG-niveau, wanneer zij worden afgedwongen van niet-Nederlandse EG-ondernemingen. Dit geldt zelfs voor gedragsregels. Daarom zullen de belangrijkste nutssectoren (luchtvaart, spoorwegen, gas, elektriciteit, telecom, post, media) weinig hebben te duchten van de Werkgroep Cohen.³⁰ In beginsel vormen de voorgestelde Cohen-regels een beperking van de vrijheid van vestiging en dienstverlening. Waar de Cohen-regels in dat oogpunt nog zouden kunnen gelden, zou de toepassing uit een oogpunt van non-discriminatie problematisch zijn. Zoals het Rapport Toepassing Cohen regels op buitenlandse ondernemingen stelt, zijn Cohen-regels in beginsel slechts bestand tegen de Europeesrechtelijke toets wanneer zij worden toegepast op buitenlandse publieke ondernemingen met een exclusief recht. Voor een OEM uit een andere EG-lidstaat houden de voorstellen in beginsel een absoluut verbod in om de Nederlandse markt te betreden.³¹ Toepassing van de Cohen-regeling op in meerdere lidstaten gevestigde OEM's die geen exclusief maar een bijzonder recht genieten, zal inbreuk maken op artikel 52 en/of 59 van het EG-verdrag. Wat overblijft, is omgekeerde discriminatie waarbij Nederlandse organisaties die uitsluitend in Nederland actief zijn aan zwaardere eisen worden onderworpen dan mogelijk zou zijn bij EG-ondernemingen. Dan zou een U-bochtconstructie verleidelijk kunnen zijn.³²

Strijd met recent kabinetsbeleid

Op door liberalisering ontluikende markten vormt de structuuroplossing een bedreiging voor de betrokken ondernemingen. Op dit moment is al een aantal buitenlandse ondernemingen actief in Nederland, in het bijzonder op het gebied van de nutssectoren of voormalige nutssectoren in verandering, zoals telecommunicatie (vergelijk British Telecom, France Telecom, Deutsche Telecom) en spoorwegen (CGE). Juist in de sfeer van liberaliserende markten komen participaties over en weer voor, zoals spoorwegen in telecom (NS en BT in Telfort), energiebedrijven in telecom (NUON, Enertel). Het succes van liberalisering lijkt mede van dergelijke participaties af te hangen.

Het kabinet heeft daarom juist telecom-nevenactiviteiten van bijvoorbeeld de energiebedrijven, de spoorwegen en de kabelmaatschappijen gestimuleerd, zoals zij ook het samengaan van ziekenfondsen en verzekeraars heeft bevorderd en bij woningcorporaties heeft aangedrongen op marktgerichte nevenactiviteiten. Het is op zijn minst merkwaardig dat nu weer ontvlechting vereist zou zijn.

Andere remedies

Het rapport komt op een moment waarop een belangrijk deel van de gesignaleerde problematiek van oneerlijke concurrentie door (semi-)overheidsbedrijven en -diensten blijkt te kunnen worden opgelost met acties via de burgerlijke rechter (verbods- en gebodsacties in kort geding, schadevergoeding voor onrechtmatige daad in bodemprocedure). De structuuroplossing wordt voorgesteld door de werkgroep in weerwil van een uitvoerige analyse in het rapport waarin de effectiviteit van het bestaande rechtstelsel op het punt van de bestrijding van oneerlijke mededinging wordt bevestigd.³³ Intussen is ook de nieuwe Mededingingswet van kracht geworden.

De aanwijzingen voor de regelgeving

Voor de structuuroplossing is wetgeving nodig. Voorzover hier van belang eisen de Aanwijzingen voor de regelgeving onder meer dat wordt nagegaan of:

- het beoogde resultaat reeds onder bestaande wetgeving kan worden bereikt;
- de regeling effectief zal zijn mede gelet op de gevolgen voor de sociaal-economische ontwikkeling;
- de regeling handhaafbaar zal zijn;
- de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen niet onevenredig zijn in verhouding tot met de regeling te dienen doelen;
- de bestuursbevoegdheden nauwkeurig kunnen worden genormeerd.³⁴

Aanwijzing 49 stelt dat in bijzondere wetten alleen wordt afgeweken van algemene wetten indien dit noodzakelijk is.³⁵

Uit de voorgaande analyse is duidelijk geworden, dat het in het licht van de Aanwijzingen onwaarschijnlijk moet worden geacht dat wetgeving met betrekking tot de structuuroplossing tot een goed einde kan worden gebracht. Met name het onduidelijke begrippenkader zal het moeilijk

30 Zie het Rapport Toepassing.

31 Anders dan het Rapport Toepassing (p. 34) ben ik van mening dat de door Cohen voorziene limitatieve uitzonderingen hieraan geen afbreuk kunnen doen.

32 Anders dan het Rapport Toepassing meen ik, dat dergelijke U-bochten moeilijk te bestrijden zijn.

33 Rapport werkgroep, hoofdstukken 5, 6 en 7 en de daar aangehaalde achtergrondstudies.

34 Aanwijzingen 7, 8, 11, 15, 17, 18.

35 Vergelijk ook H.J. de Ru, *De algemene wet gaat voor de bijzondere wet, Achtergrondstudies algemeen wetgevingsbeleid, deel 1*, 's-Gravenhage 1992.

maken om de structuuroplossing hanteerbaar te maken, terwijl zal moeten worden aangetoond dat gedragsregels ontoereikend zijn.

Conclusies

Aan het rapport Markt en Overheid van de Werkgroep Cohen kleven talloze gebreken. Mijn belangrijkste punt van kritiek is, dat de werkgroep ongemotiveerd kiest voor een strenge en rigoureuze oplossing ter voorkoming van een probleem waarvan zij de aard en de omvang niet heeft aangegeven. Minstens even belangrijk is dat de voorstellen Europeesrechtelijk ondoordacht zijn. Aanvankelijk heeft de werkgroep zelfs over het hoofd gezien dat haar voorstellen grotendeels in strijd zijn met EG-recht. De werkgroep heeft nagelaten de effectiviteit te onderzoeken van minder strenge gedragsregels die beter passen bij het Europeesrechtelijke kader en die uit een oogpunt van proportionaliteit de voorkeur verdienen.

De werkgroep hanteert een weinig doordacht en onduidelijk begrippenkader dat juridisch gezien niet te operationaliseren is. Dit geldt vooral voor de kernbegrippen van het rapport: publieke taak, marktactiviteit, markt-recht en organisatie. Het begrip 'publieke taak' is in het Nederlandse recht zo zacht als was en daarom niet geschikt om als grondslag voor een verbod van nevenactiviteiten of voor verplichte afstoting te dienen. De betrokkenen zouden in het duister tasten met betrekking tot de rechtsgevolgen. Zonder duidelijkheid is juridische operationalisering onverantwoord en onrechtmatig. Het gaat om niets minder dan omkering van de bewijslast van concurrentieverval-

sing met een verbod bepaalde activiteiten te verrichten en een verplichting tot afstoting op voorhand en ook zonder dat de mededinging is vervalst, tenzij een beroep kan worden gedaan op limitatieve, maar vage uitzonderingen.

Aan de voorgestelde structuuroplossing zijn tal van uitvoeringsproblemen verbonden. Dit blijkt ook uit de jongste voortgangsnotitie van de werkgroep. Deze notitie maakt ook duidelijk dat de werkgroep veel leeuwen en beren ziet waar die niet zijn. Het zou mij niet verbazen als inmiddels in de kring van de werkgroep is doorgedrongen, dat haar pijlen zich nog slechts effectief kunnen richten tegen uitsluitend binnen Nederland werkzame organisaties met exclusieve rechten, die onderdeel uitmaken van de rechtspersoon Staat der Nederlanden en dat het al mooi is als daarvoor gedragsregels kunnen worden opgesteld, als die er nog niet zijn. Dat is wel een heel magere oogst, maar dat is vaak het lot van rigoureuze voorstellen.