

## ARTIKELEN

# Valse concurrentie?

Mr. dr. J. Sybesma\*

### Inleiding

Curaçao volgt het kapitalistische vrijemarktsysteem waarbij vraag en aanbod de prijzen van goederen en/of diensten bepalen. Dat is in theorie, want in een kleine markt als die van Curaçao heb je al snel te maken met monopolisten en oligopolisten. Daarnaast, omdat het merendeel van de goederen en/of diensten moet worden ingevoerd, is prijsvorming aan wereldkrachten onderhevig waar geen invloed op uitgeoefend kan worden. Een mooi voorbeeld is de sterke prijsstijging van voeding en olie naar aanleiding van de oorlog tussen Oekraïne en Rusland. Ook de overheid speelt een belangrijke rol in deze markt waarbij zij van mening is dat de prijs van bepaalde basisgoederen en/of diensten niet bepaald dient te worden door de markt, maar op grond van door de overheid vastgestelde maximumprijzen. De reden hiervoor is bescherming van de minder draagkrachtigen, teneinde te voorkomen dat zij basisgoederen niet langer kunnen betalen als gevolg van sterk gestegen kosten. Recentelijk is dit basismandje enorm uitgebreid, wat tot commentaar van de SER heeft geleid en mogelijk rechtszaken met de groothandel tot gevolg kan hebben.<sup>1</sup>

Waar in deze bijdrage nader op ingegaan zal worden is de vraag of de overheid of overheidsinstellingen ook vrij mogen meedoen als speler op de interne markt van Curaçao bij het aanbieden van goederen en/of diensten. Ik geef eerst een paar voorbeelden om het probleem te schetsen.

\* Mr. dr. J. Sybesma werkte voor zijn pensionering bij de Centrale Bank van Curaçao en Sint Maarten (de CBCS). Hij is lid van de Raad van Advies Curaçao en bijzondere rechter van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie. Ook is Sybesma redactielid van het *CJB*. Deze bijdrage is op eigen titel geschreven.

1 'SER brengt advies uit over uitbreiding Makutu Básiko', ser.cw 23 mei 2022, <https://ser.cw/2022/05/23/ser-brengt-advies-uit-over-uitbreiding-makutu-basiko>; E. Koek, 'Makutu Básiko producten niet aantrekkelijk voor verkopers', caribischnetwerk.ntr.nl 18 oktober 2014, <https://caribischnetwerk.ntr.nl/2014/10/18/makutu-basiko-producten-niet-aantrekkelijk-voor-verkopers>; 'Basismand ondoeltreffend', *Antilliaans Dagblad* 9 juni 2022, <https://antilliaansdagblad.com/nieuws-menu/25802-basismand-ondoeltreffend>; 'Kort geding tegen nieuwe basismandregeling', nu.cw 2 september 2022, <https://nu.cw/2022/09/02/kort-geding-tegen-nieuwe-basismandregeling>.

Mr. dr. J. Sybesma

## Overheidsinstellingen en marktparticipatie

In maart 2022 verschenen er in de media berichten dat Aqualectra<sup>2</sup> telecomdiensten gaat aanbieden.<sup>3</sup> In het kader van moderne systemen om water- en elektriciteitsdistributie te monitoren, prepaid water<sup>4</sup> en elektra aan te bieden (Pagatinu<sup>5</sup>) en vanwege smart led openbare straatverlichting<sup>6</sup> heeft Aqualectra over het hele eiland glasvezelkabels geïnstalleerd. Om de overcapaciteit van dit systeem te gebruiken zal Aqualectra een concessie voor het aanbieden van telecomdiensten op de lokale markt aanvragen. Dit betekent dat de bestaande telecomaandieners Flow en Digidel concurrentie zullen krijgen. Nutsbedrijf Aqualectra zal wel eerst zijn statuten moeten aanpassen voordat het ook mobiele telefonie- en internetdiensten kan verkopen.<sup>7</sup>

De leider van de politieke partij MFK Gilmar 'Pik' Pisas, tevens minister-president van Curaçao, is er voorstander van dat Aqualectra internet op het eiland gaat verzorgen. Hij erkent dat er veel problemen zijn met internet op het eiland, zeker op Band'abou, en dat zijn partij tegen de verkoop van de UTS<sup>8</sup> was, en zegt nu weinig

- 2 Aqualectra is een generieke naam voor diverse entiteiten. De holding is Integrated Utility Holding N.V. (IUH). De aandelen daarin worden door het land Curaçao gehouden. Aqualectra N.V. is een dochter van IUH. Aqualectra N.V. is op 2 januari 2018 opgericht. Aqualectra N.V. was in het kader van een fusie de verkrijgende vennootschap, bij welke fusie Kompania di Produksion di Awa i Elektrisidat di Korsou (KAE) N.V. en Kompania di Distribushon di Awa i Elektrisidat di Korsou (Kodela) N.V. de verdwijnende vennootschappen waren. Een search in het register van de Kamer van Koophandel Curaçao levert voor Aqualectra op: AQ Bottling (Aqualectra Bottling Company N.V.) [er zijn indicaties dat op de markt verkrijgbaar drinkwater in flessen van het merk Claro door Aqualectra Bottling Company worden geproduceerd met water afkomstig van Aqualectra. Zie ook: 'Claim running into millions because of bottles of water', dutchcaribbeanlegalportal.com 17 oktober 2008, [www.dutchcaribbeanlegalportal.com/news/latest-news/309-claim-running-into-millions-because-of-bottles-of-water](http://www.dutchcaribbeanlegalportal.com/news/latest-news/309-claim-running-into-millions-because-of-bottles-of-water) en HR 12 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5784. In deze bijdrage zal hier niet verder op worden ingegaan, wat niet wegneemt dat de discussie in dit verhaal ook van toepassing is op deze marktactiviteit van Aqualectra], Aqualectra N.V., Aqualectra Distribution (Kompania di Distribushon di Awa i Elektrisidat di Korsou (Kodela) N.V.), Aqualectra Multi Utility N.V. en Aqualectra Production (Kompania di Produksion di Awa i Elektrisidat di Korsou (KAE) N.V.).
- 3 'MFK: Aqualectra moet vanaf 2022 internet aanbieden', nu.cw 9 maart 2021, <https://nu.cw/2021/03/09/mfk-aqualectra-moet-vanaf-2022-internet-aanbieden>; 'MFK: internet via Aqualectra', paradisefm.cw 9 maart 2021, <https://paradisefm.cw/mfk-internet-via-aqualectra>.
- 4 'Minister Cijntje: "Binnenkort pagatinu voor water"', nu.cw 14 mei 2022, <https://nu.cw/2022/05/14/minister-cijntje-binnenkort-pagatinu-voor-water>.
- 5 'Pagatinu? Dit is hoe het werkt!', livinggoed.com 14 juli 2020, [www.livinggoed.com/pagatinu-dit-is-hoe-het-werkt](http://www.livinggoed.com/pagatinu-dit-is-hoe-het-werkt).
- 6 'Aqualectra continues installation of LED streetlights in Curaçao', future-islands.org 11 augustus 2022, [www.future-islands.org/news/20220811-aqualectra-continues-installation-of-led-streetlights-in-curacao](http://www.future-islands.org/news/20220811-aqualectra-continues-installation-of-led-streetlights-in-curacao).
- 7 'Telecomconcessie voor Aqualectra en TeraMobil', paradisefm.cw 6 mei 2022, <https://paradisefm.cw/telecomconcessie-voor-aqualectra-en-teramobil>; 'Aqualectra richt zich op telecommunicatie', nu.cw 8 juni 2022, <https://nu.cw/2022/06/08/aqualectra-richt-zich-op-telecommunicatie>.
- 8 United Telecommunication Services N.V. (UTS); zie ook 'Melding van de overname van United Telecommunication Services N.V. (UTS)', ftac.cw 28 maart 2019, <https://ftac.cw/melding-overname-uts>.

te kunnen doen aan de (slechte) situatie met Flow die het overheidstelecombedrijf UTS heeft gekocht. Volgens hem heeft Aqualetra veel glasvezelkabels op het eiland liggen en kan dit bedrijf een veel betere service leveren dan Flow (sic!).

Aqualetra produceert en distribueert drinkwater. De kaders voor het toezicht en de regulering op het gebied van drinkwatervoorziening zijn bij wet bepaald in de Landsverordening drinkwater,<sup>9</sup> inclusief uitvoeringsregelingen.<sup>10</sup> Op grond van de Landsverordening elektriciteitsconcessies<sup>11</sup> heeft Aqualetra ook een concessie om elektriciteit te produceren en distribueren. BT&P (Bureau Telecommunicatie en Post) is een multisectorale zelfstandige toezichthouder en reguleert namens de overheid van Curaçao de aanbieders van diensten en producten in de volgende sectorgebonden werkvelden: telecommunicatie, post, elektriciteit, water, brandstof, bitumen en luchthaventarieven. Naast het juridisch toezicht middels de Landsverordening elektriciteitsconcessies, loopt het toezicht op de energiesector in Curaçao bij wet conform de regels en voorschriften van het economisch toezicht. De uitgangspunten voor het economisch toezicht op de elektriciteitsvoorziening zijn bepaald in de Prijzenverordening.<sup>12</sup> Het speerpunt van het economisch toezicht is de betaalbaarheid van de elektriciteitstarieven. Daarnaast is de Prijzenbeschikking basis-, brandstof- en consumententarieven<sup>13</sup> van toepassing ter vaststelling van het maximumtarief voor elektriciteit per gebruikersgroep, aldus de website van BT&P.<sup>14</sup> Desalniettemin kan Aqualetra met de opbrengsten uit drinkwater en elektriciteit op basis van dit prijzenmodel voldoende verdienen om te investeren in een glasvezelnetwerk met overcapaciteit.

Curoil<sup>15</sup> is een overheidsdistributieorganisatie die werkzaamheden verricht in Curaçao en in Bonaire.<sup>16</sup> Curoil levert exclusief benzine, laagzwavelige diesel en vliegtuigbrandstof aan meer dan dertig verkoopstations. Naast haar distributietaak bezit Curoil zelf vier eigen benzinstations naast de andere die private ondernemingen zijn. Curoil is in Curaçao de enige importeur en distributeur van olieproducten. Het is bij wet strikt genomen niet verboden om brandstof te importeren, maar om het te mogen verhandelen en distribueren moeten er wel eerst diverse vergunningen verkregen worden.<sup>17</sup> Ook hier is BT&P toezichthouder. Curoil kan met dit prijzenmodel op grond van de Prijzenbeschikking voldoende overhouden om te investeren in eigen benzinstations die met de verkoop van benzine en diesel aan het brede publiek concurreren met de andere ondernemingen op dit gebied.

9 PB 2006, nr.37.

10 De Warenlandsverordening (PB 1997, 334) het Landsbesluit kwaliteit drinkwater (PB 2006, 72) en de Prijzenverordening 1961 (PB 1961, 117).

11 PB 1963, 64.

12 PB 1961, 117.

13 AB 1995, 44.

14 <https://btnp.org>.

15 Curaçao Oil (Curoil) N.V., Curoil Gas N.V. en Curoil Gasstation N.V.

16 [www.curoil.com/gas-stations-store-locator](http://www.curoil.com/gas-stations-store-locator).

17 'Curoil naar het Gerecht', *Antilliaans Dagblad* 6 januari 2019, <https://antilliaansdagblad.com/nieuws-menu/18853-curoil-naar-het-gerecht>.

Mr. dr. J. Sybesma

De Centrale Bank van Curaçao en Sint Maarten (CBCS), een zelfstandig bestuursorgaan met wettelijke taken als het in stand houden van een gezond monetair systeem en toezicht op de financiële sector, verhuurt in het hoofdkantoor te Curaçao de Aula aan derden voor presentaties en het Atrium voor sociale bijeenkomsten.<sup>18</sup> Ook de Openbare Bibliotheek te Scharloo,<sup>19</sup> een volledig door de overheid gesubsidieerde instelling, verhuurt haar zaaltje voor presentaties en voorstellingen. Ten slotte valt ook te denken aan de televisiemaatschappij TeleCuraçao<sup>20</sup> die gesubsidieerd wordt door de Curaçaose overheid<sup>21</sup> en die concurreert met andere private commerciële televisiezenders in Curaçao.<sup>22</sup>

De vraag die zich opwerpt is of voornoemde overheidsentiteiten Aqualetra, Curoil, de CBCS, de Openbare Bibliotheek, TeleCuraçao en mogelijk andere overheidsentiteiten zonder meer mogen participeren op de vrije markt met het aanbieden van producten en/of diensten en daarmee dus als concurrent optreden van andere private instellingen die dezelfde producten aanbieden en diensten verlenen. Is dit geen valse concurrentie? Immers, je kunt stellen dat deze overheidsvennootschappen (en mogelijk andere niet-genoemde overheidsinstellingen) worden gefinancierd door publiek geld in het kader van de wettelijke concessies die uitgeoefend worden voor het leveren van water, elektriciteit, olieproducten, financiële diensten en lees- en mediamateriaal waardoor participatie op de vrije markt eenvoudiger is omdat kosten gedragen worden vanuit door de overheid en regelgeving gefaciliteerde inkomsten.<sup>23</sup> Dit in tegenstelling tot de private ondernemingen waarmee ze concurreren, die het ondernemersrisico zelf dragen en eventuele verliezen niet eenvoudig kunnen neerleggen bij de afnemers van hun producten.

- 18 Uiteraard vallen dit soort activiteiten in het niet naast de begroting voor de operatie van de bank. Desalniettemin kan juist verhuur beneden de marktprijs leiden tot concurrentievervalsing.
- 19 Officieel: Stichting Bibliotheca Nashonal Kòrsou Frank Martinus Arion; <https://bnkcuracao.com/about-us>.
- 20 TeleCuraçao is onderdeel van de overheids-nv Curaçao Data & Television.
- 21 ‘TeleCuraçao staat er barslecht voor’, *Antilliaans Dagblad* 26 september 2021, <https://antilliaansdagblad.com/nieuws-menu/24391-telecuracao-staat-er-barslecht-voor>.
- 22 Genoemd kunnen worden Energia Vision, Nos Pais en Notisia360 (failliet), CBA en TV Direct13. Ook TeraMobil: ‘Telecomconcessie voor Aqualetra en TeraMobil’, *paradisefm.cw* 6 mei 2022, <https://paradisefm.cw/telecomconcessie-voor-aqualetra-en-teramobil> en ‘Nieuwe telecomprovider TeraMobil kan starten’, *curacao.nu* 22 september 2022, <https://curacao.nu/nieuwe-telecomprovider-teramobil-kan-starten>.
- 23 Interessant is ook om te wijzen op art. 2 lid 1 onderdeel c van de Landsverordening op de winstbelasting 1940 die de winst behaald met de winning en verkoop van petroleum vrijstelt, althans als de aandelen van de betreffende vennootschap in handen van het land Curaçao zijn. Voor de levering van water, elektra, stroom alsmede de levering van verpakt water geldt een vrijstelling voor de heffing van omzetbelasting in art. 7 lid 1 onderdeel a van de Landsverordening op de omzetbelasting 1999. Op deze wijze regelt de overheid voor haar ‘eigen’ bedrijven belastingvrijstellingen. In deze bijdrage wordt hier niet verder op ingegaan.

In Curaçao<sup>24</sup> zijn inmiddels spelregels voor een vrije en eerlijke markt vastgelegd in mededingingswetgeving. De Landsverordening inzake concurrentie<sup>25</sup> met als toezichthouder de Fair Trade Authority Curaçao bestaat sedert 2017. De naam zegt het al: een Curaçaose mededingingsautoriteit die ervoor moet waken dat op een oneerlijke wijze met elkaar geconcurrereerd wordt in een vrije markt. De vraag is of deze mededingingswetgeving ook toeziet op de hiervoor geschetste mogelijk valse concurrentie door overheidsentiteiten.

### Fair Trade Authority Curaçao (FTAC)

De FTAC is de onafhankelijke mededingingsautoriteit van Curaçao.<sup>26</sup> De FTAC staat voor vrije en onvervalste concurrentie. Dit houdt in dat de concurrentie tussen bedrijven niet wordt verhinderd, beperkt of vervalst en dat nieuwe bedrijven zonder onnodige belemmeringen de markt kunnen betreden.

De Landsverordening inzake concurrentie identificeert drie terreinen van ongeoorloofde verstoring van de vrije markt. Deze zijn concurrentiebeperkende afspraken, ondernemingen met een machtspositie en concentraties. Deze worden in de landsverordening verder uitgewerkt. De FTAC als toezichthouder dient hierop toe te zien en in te grijpen indien op een van deze terreinen verstoringen plaatsvinden. Kortom, de FTAC onderzoekt klachten van consumenten en ondernemingen die last hebben van concurrentievervalsing door kartels en misbruik van machtspositie. Ook mogelijke overtredingen van de meldingsverplichting van concentraties kunnen aangekaart worden bij de FTAC. De FTAC is relatief jong, heeft nog maar weinig opgetreden<sup>27</sup> en er is ook geen jurisprudentie over het optreden van de FTAC te vinden, zeker niet als het om overheidsentiteiten gaat.

Beschouwen we de voornoemde overheidsentiteiten nader in het kader van de drie terreinen waar de Landsverordening inzake concurrentie op toeziet, dan kunnen de meeste activiteiten niet echt goed hieronder worden gerangschikt. Misschien op

24 In Aruba is in 2020 ook een vergelijkbare mededingingsverordening aangenomen en afgekondigd (Landsverordening van 3 juli 2020 houdende regels inzake de mededinging in Aruba en de instelling in dat kader van een Autoriteit Markt en Consument (*PB* 2022, 103)). Deze is nog niet in werking getreden aangezien eerst nog een autoriteit moet worden opgetuigd waarvoor financiering nodig is. Zie ook: 'Ondertekening aanvraag voor financiering van de implementatie van Aruba Fair Trade Authority' aruba.nu 5 april 2022, <https://aruba.nu/2022/04/ondertekening-aanvraag-voor-financiering-van-de-implementatie-van-aruba-fair-trade-authority>.

25 Landsverordening van de 29ste maart 2016 houdende vaststelling van de Landsverordening inzake concurrentie (*PB* 2016, 16).

26 <https://ftac.cw>; zie ook: P.S. Bakker, 'Enkele opmerkingen over de invoering van de Curaçaose Landsverordening inzake concurrentie en de instelling van een Curaçaose mededingingsautoriteit', *CJB* 2017, afl. 3.

27 De FTAC heeft, op grond van haar eigen website sinds haar oprichting in 2016, 17 beschikkingen uitgevaardigd waaronder een boete van Naf 68.600 die op 23 augustus 2021 door de FTAC aan Dutch Caribbean Taxi Association (DCTA) is opgelegd.

Mr. dr. J. Sybesma

het terrein van ondernemingen met een machtspositie. De Landsverordening inzake concurrentie definieert een machtspositie als:<sup>28</sup>

- a het rechtstreeks of zijdelings hanteren van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden;
- b het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de verbruikers;
- c het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkend bij de concurrentie;
- d het feit dat het sluiten van overeenkomsten afhankelijk wordt gesteld van het aanvaarden door de handelspartners van bijkomende prestaties, welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.

Duidelijk moge zijn dat op dit moment het participeren van overheidsentiteiten op de Curaçaose markt (nog) niet geleid heeft tot klachten bij de FTAC dan wel onderzoek uit eigener beweging.

Bij research in het kader van dit artikel werd de aandacht gevestigd op de wijze waarop in Nederland met dit probleem is omgegaan. Daar is uiteindelijk de mededingingsregelgeving specifiek uitgebreid om de participatie van overheid en overheidsentiteiten in de vrije markt te regelen opdat deze de uitgangspunten van een vrije en eerlijke concurrentie niet aantast.

### Nederland en de Wet Markt en Overheid (Wet M&O)<sup>29</sup>

De afgelopen jaren zijn ook in Nederland vele overheidsdiensten en -organisaties verzelfstandigd (doch niet geprivatiseerd) en op afstand van de overheid geplaatst. De gedachte hierbij is dat door het losweken uit de ambtelijke sfeer deze overheids-ondernemingen op een meer zakelijke wijze (en zo is de gedachte: beter) kunnen functioneren en daarmee de dienstverlening naar het publiek toe verbeterd wordt. Er was echter geen aandacht voor marktverstoringen die door deze verzelfstandigde en op afstand geplaatste entiteiten ontstonden. Mededingingsrelevant overheidsoptreden kreeg daardoor de nodige politieke aandacht in het rapport van de werkgroep Markt en Overheid uit 1997.<sup>30</sup>

28 Art. 4.1 lid 2 Landsverordening inzake concurrentie.

29 De Wet M&O is in de Nederlandse Mededingingswet geïncorporeerd als hoofdstuk 4b. Begin dit jaar is een wetsvoorstel aanhangig gemaakt waarbij het tijdelijk karakter van de Wet M&O komt te vervallen. De voorwaarden voor het gebruik van de algemeenbelanguitzondering worden aangescherpt en het aanbieden van opensourcesoftware wordt uitgezonderd van de gedragsregel integrale kostendoorberekening (Kamerstukken II 2021/22, 35985, nr. 3).

30 Ministerie van Economische Zaken en Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, *Onderzoek naar de problematiek Markt en Overheid*, Den Haag, april 2005, <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/dossier/kst-28050-11-b1.pdf> en *Kamerstukken II 1996/97*, 24036, nr. 45.

Het gevolg van deze aandacht was de Wet Markt en Overheid en het Besluit Markt en Overheid die op 1 juli 2012 in werking traden.<sup>31</sup> De wet heeft tot doel zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen te creëren tussen de overheid, die als ondernemer optreedt, en particuliere ondernemingen. De overheid kan op twee manieren ‘ondernemen’. Direct doordat een bestuursorgaan economische activiteiten verricht of indirect door middel van een overheidsbedrijf. Belangrijk is de definiëring wanneer een overheid(sbedrijf) economische activiteiten verricht. Wanneer is er sprake van een onderneming? Een onderneming oefent alle economische activiteiten uit die normaliter een privaat bedrijf uitoefent, ongeacht de juridische status of de manier waarop deze is gefinancierd. Tot de economische activiteiten behoren de levering van goederen en diensten waarmee in principe winst gemaakt kan worden.<sup>32</sup> Worden diensten verricht of goederen geleverd door de overheid of een overheidsbedrijf, dan is sprake van een onderneming in de zin van het mededingingsrecht, tenzij wordt gehandeld ter uitvoering van een publieke taak. Voorbeelden van publieke taken zijn politie, justitie en de drinkwatervoorziening. Deze diensten onderscheiden zich van ‘normale’ diensten doordat het algemeen belang een bepaalde kwaliteit, toegankelijkheid of leveringszekerheid vereist.<sup>33</sup> Ondernemingen die worden aangemerkt als een overheidsbedrijf zijn een onderneming met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid waarin een publiekrechtelijke rechtspersoon in staat is het beleid te bepalen of een kapitaalvennootschap (een nv of een bv) waarvan een overheidsorgaan aandeelhouder is. Een ander voorbeeld is een stichting waarvan de statuten bepalen dat de bestuursleden door een bestuursorgaan worden benoemd.

Het uitgangspunt van de Wet M&O is dat optreden van de overheid als onderneming wel is toegestaan. Alleen zijn daarbij vier gedragsregels van kracht. De eerste gedragsregel voor de overheid ziet erop toe dat een bestuursorgaan verplicht is tot doorberekening van alle kosten voor de levering van een product of dienst aan afnemers. De prijs die een afnemer betaalt voor een product of dienst afkomstig van een overheid moet ten minste de ‘integrale kosten’ van dat product of die dienst omvatten. Immers, het is onder normale marktomstandigheden onwaarschijnlijk dat een privaatrechtelijke onderneming onder de kostprijs zal verkopen. Voor de berekening van de integrale kosten wordt een bedrag in aanmerking genomen dat in ieder geval niet lager is dan de ‘lasten die in het normale handelsverkeer gebruikelijk zijn voor de financiering van ondernemingen’.<sup>34</sup>

De tweede gedragsregel stelt dat een overheid niet een overheidsbedrijf mag bevoordelen ten opzichte van private ondernemingen. Er is sprake van bevoordeling wanneer de overheid het overheidsbedrijf (1) een directe of indirecte toekenning

31 A. van der Beek, ‘Markt en Overheid; De overheid moet eerlijker concurreren’, kvdl.com 27 juni 2012, <https://kvdl.com/artikelen/markt-en-overheid-de-overheid-moet-eerlijker-concurreren>.

32 ‘Voorbeelden economische activiteiten markt en overheid’, acm.nl 27 februari 2014, [www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/12647/Voorbeelden-economische-activiteiten-markt-en-overheid](http://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/12647/Voorbeelden-economische-activiteiten-markt-en-overheid).

33 Afgevraagd kan worden waar de publieke taak in iets anders overgaat. Zijn energielevering en internet al of niet een publieke taak? Wanneer wel, wanneer niet?

34 In Nederland geldt de verplichting tot doorberekening niet voor bepaalde sectoren, namelijk het onderwijs en onderzoek, de publieke omroep en sociale werkplaatsen.



Mr. dr. J. Sybesma

van staatsmiddelen geeft, (2) een niet-marktconform voordeel geeft of (3) het voordeel op basis van selectiviteit tot stand is gekomen.

De derde gedragsregel stelt dat de overheid gegevens die zij heeft verkregen in het kader van haar publiekrechtelijke bevoegdheden niet mag aanwenden voor economische activiteiten wanneer deze niet ook voor derden beschikbaar zijn.

Ten slotte, de vierde gedragsregel: functiescheiding. Ongewenste vermenging doet zich voor indien de overheid economische activiteiten verricht in een sector waar zij tevens publiekrechtelijke bevoegdheden heeft, bijvoorbeeld grondexploitatie terwijl ook de bevoegdheid bestaat tot het afgeven van vergunningen. In dat geval mogen niet dezelfde personen betrokken zijn bij zowel de economische activiteiten, als bij de uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheden. Daarmee wordt voorkomen dat het overheidsorgaan zijn publiekrechtelijke bevoegdheden misbruikt voor puur economische doeleinden.

De gedragsregels gelden voor de rijksoverheid, de provincies, de gemeenten, de waterschappen, samenwerkingsverbanden tussen overheden (gemeenschappelijke regelingen) en zelfstandige bestuursorganen.

Voorbeelden van economische activiteiten die door de overheid en overheidsbedrijven verricht worden zijn onder andere verlenen van juridische bijstand, aanbieden van computercursussen door bibliotheken, aanbieden van bhv-cursussen en cursussen brandpreventie door de brandweer, verhuren van overheidsgebouwen of vergaderzalen in die overheidsgebouwen aan derden, exploiteren van overheidsdata (die met publieke taakuitvoering is verkregen), exploiteren van gemeentelijke sportaccommodaties, aanbieden van kinderopvang en uitvoeren van keuringen, metingen en/of onderzoek.

De Nederlandse Autoriteit Consument en Markt (ACM) (voorheen de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa)) is onder meer de toezichthouder van de Wet M&O.<sup>35</sup> Geen rol is weggelegd voor de ACM in geval van een algemeenbelangbesluit. Met een algemeenbelangbesluit kan worden bewerkstelligd dat de Wet M&O en daarmee de handhavende rol van de ACM buiten toepassing blijft voor wat betreft in het algemeen aangewezen economische activiteiten van bestuursorganen of overheidsondernemingen. Belanghebbende ondernemers die dit effect willen proberen te voorkomen, zullen tijdig bezwaar moeten maken tegen dat besluit. Staat een algemeenbelangbesluit eenmaal in rechte vast, dan kan dat lang doorwerken, zo blijkt uit de jurisprudentie. Tegelijkertijd blijkt daaruit ook dat betrokken overheden hun besluitvorming zorgvuldig zullen moeten voorbereiden en het algemeenbelangbesluit ook deugdelijk moeten motiveren.<sup>36</sup>

Een treffend voorbeeld is de volgende casus. De gemeente Veenendaal (eigenaar van drie parkeergarages) en het commerciële private bedrijf Q-Park (met twee par-

35 Zie [www.acm.nl/nl/onderwerpen/concurrentie-en-marktwerking/concurrentie-door-overheden](http://www.acm.nl/nl/onderwerpen/concurrentie-en-marktwerking/concurrentie-door-overheden)

36 'Actuele jurisprudentie Wet Markt en Overheid', [justionadvocaten.nl](http://justionadvocaten.nl), [www.justionadvocaten.nl/nieuws/actuele-jurisprudentie-wet-markt-en-overheid](http://www.justionadvocaten.nl/nieuws/actuele-jurisprudentie-wet-markt-en-overheid).



keergarages in Veenendaal) zijn al jaren met elkaar in een juridische strijd verwickeld. Dat begon eind 2015 met een besluit van de gemeente om als proef gratis parkeren op zaterdag in te voeren. Q-Park beschouwde dat als valse concurrentie. Die proef werd in 2017 door de rechter verboden. Veenendaal werd in 2017 daarover op de vingers getikt door de ACM. Volgens de Wet M&O mag een gemeente geen publieke middelen, zoals belastinggeld, gebruiken voor activiteiten die een commercieel bedrijf ook uitvoert. In het geval van Veenendaal gaat dat om belastinggeld dat naar de gemeentelijke parkeergarages zou gaan. Daarom wil de ACM dat Veenendaal haar tarieven aanpast of andere maatregelen neemt om te voldoen aan de Wet M&O. Veenendaal probeerde dat te omzeilen door in 2018 het betaald parkeren als een 'algemeen belang' aan te wijzen waardoor volgens de gemeente de Wet M&O niet meer van toepassing is.<sup>37</sup> Rechtszaken in het kader van de Wet M&O worden in hoger beroep door het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) beslist, die in deze zaak het besluit van de ACM in stand laat.<sup>38</sup>

## Discussie

Aqualectra is een zelfstandig overheidsbedrijf dat een concessie heeft tot het produceren en distribueren van water en elektriciteit. De prijs die de afnemers moeten betalen wordt berekend door BT&P. In ieder geval worden met de inkomsten uit abonnees de bedrijfskosten betaald. Het is met deze inkomsten dat Aqualectra een glasvezelnetwerk heeft aangelegd om de relatie met de afnemers te moderniseren. Als dit netwerk een onbenutte hoeveelheid capaciteit heeft en daarmee ook telecomactiviteiten kunnen worden geleverd lijkt het logisch dat Aqualectra hiermee op de markt komt (eventueel via een apart opgerichte vennootschap) en een concurrent wordt van de reeds bestaande commerciële private telecomaandbieders in Curaçao. Echter, als de overcapaciteit om niet of beneden de investeringsprijs<sup>39</sup> wordt verkregen door het Aqualectra-telecombedrijf i.o. wordt hiermee een oneerlijke mededinger op de telecommarkt gecreëerd. Gekeken naar Nederland zou dit strijd met gedragsregel 1 van de Wet M&O opleveren.

Hetzelfde kan gesteld worden van Curoil dat naast zijn statutaire inkoop- en distributietaak van olieproducten ook eigen benzinstations opereert die concurreren met de overige private benzinstations. Dit hoeft geen valse concurrentie op te leveren mits de administraties strikt gescheiden zijn en de benzinstations op precies dezelfde wijze worden behandeld door Curoil als de andere benzinstations. Als dit niet zo is dan zou dat, wederom gekeken naar Nederland, naast strijd met gedragsregel 1 mogelijk ook strijd met gedragsregel 2 opleveren.

Curaçao kent geen regeling die te vergelijken is met de Wet M&O. De vraag is of hiermee de participatie van overheid en overheidsinstellingen als concurrent op de

37 J. Rademaker, 'Twee van de drie rechtszaken tussen Veenendaal en Q-Park voorlopig stilgelegd', *De Gelderlander* 7 september 2020, [www.gelderlander.nl/veenendaal/twee-van-de-drie-rechtszaken-tussen-veenendaal-en-q-park-voorlopig-stilgelegd~a7e633c7/](http://www.gelderlander.nl/veenendaal/twee-van-de-drie-rechtszaken-tussen-veenendaal-en-q-park-voorlopig-stilgelegd~a7e633c7/).

38 CBB 8 december 2020, ECLI:NL:CBB:2020:923.

39 Dit kan lastig zijn om te bepalen.

Mr. dr. J. Sybesma

markt van Curaçao niet aan regels gebonden is. Kan Aqualectra op grond van zijn investeringen als publieke instelling voor de productie van water en elektriciteit met de middelen die in huis zijn, zonder meer participeren op de vrije markt als concurrent van ander private instellingen die dezelfde goederen en diensten leveren? Het lijkt me van niet.

Er is lokale wetgeving in de vorm van de Landsverordening inzake concurrentie. De vraag is wel of met deze landsverordening de FTAC als toezichthouder voldoende uit de voeten kan om eventuele valse concurrentie aan te pakken. Stel dat het niet zo is. Hebben concurrenten van de overheidsentiteiten dan geen mogelijkheid om aan deze valse concurrentie iets te doen? Een succesvolle zaak lijkt gelegen in het middel van reflexwerking waarbij de logische Nederlandse voorwaarden c.q. gedragsregels als uitgangspunten voor een actie uit onrechtmatige (overheids)daad worden gebruikt.

## Conclusie

In dit artikel is stilgestaan bij enkele overheidsentiteiten, met de nadruk op Aqualectra en Curoil, die mogelijk op een valse wijze in de Curaçaose markt participeren en concurreren. Duidelijk moet zijn dat de genoemde activiteiten niet per se als valse concurrentie moeten worden beschouwd. Als dit wel zo is dan dienen dit soort illegale activiteiten getoetst te worden aan wettelijke normen die dit verbieden. De vraag is of de Landsverordening inzake concurrentie hiertoe een geschikt instrumentarium aan de FTAC biedt om op te treden. Zo niet dan moet deze worden aangepast en uitgebreid. Daarbij kunnen de in Nederland ontwikkelde toetsingsnormen op grond van de Wet M&O als voorbeeld dienen. Daarnaast is het belangrijk dat bekendheid wordt gegeven aan dit fenomeen zodat een breed bewustzijn gekweekt wordt. Het blijft namelijk belangrijk dat de grondbeginselen van een vrije markt met eerlijke concurrentie worden aangehouden, wat alleen kan als men dit ook op tijd onderkent.