

VU Research Portal

The Limits of Competition Law - Markets and Public Services [Review of: Tony Prosser (2005) The Limits of Competition Law - Markets and Public Services]

Abdullah Khan, R.A.

published in

Markt en Mededinging
2005

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Abdullah Khan, R. A. (2005). The Limits of Competition Law - Markets and Public Services [Review of: Tony Prosser (2005) The Limits of Competition Law - Markets and Public Services]. *Markt en Mededinging*, 8(8), 268-271.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl



Boekbespreking

Dr. R.A. Abdullah Khan*

Tony Prosser

The Limits of Competition Law – Markets and Public Services

Oxford University Press 2005, xxxiii+262 pp. ISBN 0-19-926669-7

Inleiding

De diverse nationale opvattingen over de rol van publieke diensten lijken op een déjà vu van de historische tegenstellingen in Europa. Het hier besproken boek leert namelijk, dat de verhouding tussen marktprincipes en diensten van algemeen economisch belang in het Europese recht een moeizame uitkomst is van de zeer verschillende Angelsaksische en Franse tradities. Aan de hand van de ontwikkeling van *public service law* in het Verenigd Koninkrijk en de Franse doctrine betreffende de *service public* toont Prosser aan, dat de vorming van een communautair rechtsbegrip aangaande diensten van algemeen economisch belang buitengewoon lastig is, wanneer moet worden geput uit het relevante nationale recht van lidstaten met sterke en uiteenlopende tradities. De diepgewortelde Franse doctrine van de *service public* is van constitutionele oorsprong. De leer behelst coherente rechtsbeginselen, die voor een theoretische basis zorgen van de beperkingen van de concurrentie, wanneer op grond van het algemeen belang openbardienstverplichtingen van toepassing worden verklaard. Prosser brengt naar voren, dat deze materie nauw verweven is met de Franse identiteit (p. 97).¹ De Franse bezwaren tegen marktliberaliseringen, die uiteraard ook

een rol speelden bij de uitslag van het referendum over de Europese Grondwet, lijken overigens niet alleen te kunnen worden verklaard uit de vaderlandse geschiedenis (Colbert) en cultuur, maar ook uit het feit '*that a lot of French voters are part of the public sector. Central- and local-government civil servants; police; hospital workers; teachers; post and telecoms workers; electricity and gas workers; the armed services – together they add up to some 6m people, a quarter of the workforce, as against 13% in Germany and Britain.*'² Zoals Prosser in de hoofdstukken 2 en 3 uitlegt is de Britse benadering van diensten van algemeen economisch belang daarentegen, anders dan de Franse, van pragmatische aard geweest en niet met theorievorming gepaard gegaan. Na de periode van rudimentaire bescherming van publieke diensten door de common law werd deze taak overgenomen door genationaliseerde nutsbedrijven, die zulks deden onder uitsluiting van het mededingingsrecht (p. 41). Het politieke en discretionaire karakter van de interventies was echter niet bevorderlijk voor het totstandkomen van een juridische doctrine. De privatiseringen van de jaren 80 en 90 van de vorige eeuw hebben in het Verenigd Koninkrijk geleid tot depolitisering van een groot deel van de nutsvoorzieningen. Politieke interventies zijn namelijk vervangen door vormen van *regulated competition* via wetgeving en vergunningen met onafhankelijke toezichthouders, die niet zoals voorheen, besmuikt, maar openlijk worstelen met de spanning tussen concurrentie en publieke diensten. In het bijzonder de Competition Act 1998 heeft onder onmiskenbare invloed van het communautaire recht een juridisering van het mededingingsbeleid teweeggebracht.

* Dr. R.A. Abdullah Khan is universitair docent Europees recht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

1 De rol van publieke diensten in het kader van de Franse 'douceur de vie' wordt goed uiteengezet door Pieter Kottman in 'Alles wat Frans is, is uitstekend', *NRC Handelsblad* van 24 september 2005.

2 The Economist May 24th 2001.

Openbare diensten en competitieve economie

Prosser geeft in hoofdstuk 5 getiteld 'The Continental Tradition of Public Service' een uiteenzetting van de Franse rechtsbeginselen van de *service public*, die beginnen bij de *Wetten van Roland* (p. 103). Daarin laat hij zien, dat een aantal van deze beginselen op zeer gespannen voet stond met prominente communautaire aangelegenheden zoals de competitieve economie, liberalisering, privatisering en onafhankelijk toezicht. Naar aanleiding van een belangrijk rapport uit 1996 van de president van de Conseil d'Etat (p. 106) zijn echter verscheidene rechtsbeginselen van de *service public* in overeenstemming gebracht met voorwaarden van de competitieve economie en met andere communautaire condities, om de onverenigbaarheid van het Franse recht met het Europese recht weg te nemen. Desondanks zijn voldoende potentiële conflicten met het Europese recht blijven bestaan door het eenvoudige feit dat de Franse staat nog altijd de eindverantwoordelijkheid draagt voor de *service public* (p. 113).

Gemeenschapsrecht met nationale trekken

In de hoofdstukken 6 tot en met 8 bespreekt Prosser de stand van zaken in het Europese recht. Hij meent terecht, dat de strijd tussen diensten van algemeen economisch belang en het mededingingsrecht een overstelpende hoeveelheid literatuur heeft opgeleverd, die weinig vastomlijnde antwoorden geeft op de belangrijkste vragen (p. 121). Een reeds genoemde oorzaak is dat communautaire regels hier moeten putten uit rechtssystemen van lidstaten met onderling sterk afwijkende opvattingen over het geoorloofde toepassingsbereik van het Europees mededingingsrecht op de publieke sector. Vooral in Frankrijk zijn diensten van algemeen economisch belang gebaseerd op constitutionele waarden zoals onderlinge solidariteit, burgerschap en gelijkheid. Prosser illustreert hiermee, dat de voorrang van het Gemeenschapsrecht danig op weerstand kan stuiten, wanneer diepgewortelde tradities in het geding zijn. De tweede oorzaak van de spanning ligt besloten in de tekst zelf van het EG-Verdrag (p. 123). Artikel 4 EG bevat immers het beginsel van een openmarkteconomie met vrije mededinging, hetgeen een strenge handhaving betekent van de artikelen 81 en 82 EG voor ondernemingen met exclusieve rechten. Als premisse geldt, dat de vrije concurrentie regel is, tenzij dringende economische redenen bestaan voor het beperken van de concurrentie. Anderzijds verwijst het Verdrag in de artikelen 2, 3, lid 1 sub k en 158 naar de versterking van de sociale samenhang en solidariteit tussen de lidstaten. Daarnaast bepaalt artikel 16 EG, dat op grond van de plaats, die de diensten van algemeen economisch belang in de gemeenschappelijke waarden van de Unie innemen en de rol die zij vervullen bij het bevorderen van sociale en territoriale samenhang, de Gemeenschap en de lidstaten moeten zorgen voor het behoorlijk functioneren van deze diensten. Bovendien zijn in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie tal van rechten over sociale zekerheid en sociale bijstand, gezondheidsbe-

scherming en toegang tot diensten van algemeen economisch belang vervat. Ook door deze radicale verschillen in het EG-Verdrag is het niet verwonderlijk dat het erg lastig is in communautair verband een harmonieus evenwicht te vinden tussen marktwerking en openbare dienstverlening.

Communautaire bouleversement

Prosser vestigt de aandacht op een belangrijke koerswijziging van de communautaire benadering van diensten van algemeen economisch belang. Deze vertoont samenhang met de vrijwel volledige voltooiing van de interne markt en met het ideologische debat over de verhouding tussen openbare diensten en marktprincipes dat op Franse instigatie plaatsvond. In eerste instantie bleek uit de arresten van het HvJ EG en GvEA in *RTT*³ en *Air Inter*,⁴ dat degene die zich op het tweede lid van artikel 86 EG wilde beroepen, tot in details moest bewijzen dat er geen alternatief bestond voor de opgelegde beperking van de concurrentie. In beide zaken ging het evenwel om een markt – telecommunicatie en luchtvaart – , waarin marktwerking blijkbaar goed van de grond kon komen, zodat openbare dienstverplichtingen minder noodzakelijk waren dan in het geval van post en energie. Prosser vindt het dan ook begrijpelijk, dat het streven naar de voltooiing van de interne markt een overheersende rol speelde in de desbetreffende liberale rechterlijke aanpak. Een heel wat minder liberale zienswijze werd voor het eerst zichtbaar in het arrest *Corbeau*⁵ met betrekking tot de postsector (p. 136). Blijkens dit arrest mogen de lidstaten krachtens artikel 86, lid 2 EG aan ondernemingen die zij belasten met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, alleenrechten verlenen, die de toepassing van de communautaire mededingingsregels kunnen belemmeren, voorzover die beperkingen – of zelfs een uitsluiting – van de mededinging noodzakelijk zijn voor de vervulling van de opgedragen taak. Een bevestiging van de rechterlijke terughoudendheid bij de beoordeling van opgelegde concurrentiebeperkingen is ook te vinden in het arrest *Commissie/Nederland*⁶ dat interessant genoeg werd uitgesproken drie weken na het ondertekenen van het Verdrag van Amsterdam. Dit is vooral interessant aangezien op grond van dit verdrag artikel 16 EG over diensten van algemeen economisch belang in het EG-Verdrag werd ingevoegd. Deze met name op Frans initiatief ingevoegde bepaling heeft naar Prossers mening een constitutionele status verleend aan de plaats die deze diensten innemen in de gemeenschappelijke waarden van de Europese Unie, waarbij hij wel overigens opmerkt, dat het HvJ EG over de implicaties het hoofd nog niet heeft gebogen (p. 139).

3 HvJ EG 13 december 1991, RTT/GB-INNO-BM, zaak C-18/88, Jur. 1991, p. I-5941.

4 GvEA 19 juni 1997, Air Inter/Commissie, zaak T-260/94, Jur. 1997, p. II-2323.

5 HvJ EG 19 mei 1993, P. Corbeau, zaak C-320/91, Jur. 1993, p. I-2533.

6 HvJ EG 23 oktober 1997, Commissie/Nederland, zaak C-157/94, Jur. 1997, p. I-5699.

Ideologisch conflict

De rechtspraak vertelt in deze kwestie maar een deel van het verhaal. In de ogen van Prosser draait het om een ideologisch conflict (p. 152). Mijns inziens schuilt de grote kracht van het boek in het feit, dat vanaf het begin (p. 17) steeds wordt benadrukt, dat in dit conflict de fundamentele oorzaak is gelegen van de spanning tussen publieke diensten en concurrentie. Enerzijds gaat het om een model, dat gebaseerd is op vrije concurrentie, waarin openbare diensten in beginsel via de markt worden voortgebracht onder strenge handhaving van het mededingingsrecht. De continentale (Franse) benadering daarentegen kent aan deze diensten bijzondere waarde toe. Ook indien niet sprake is van 'marktfalen' bestaat in dezen een verantwoordelijkheid van de staat, die door een toepassing van het mededingingsrecht juist kan worden bedreigd. Dit waardenconflict tekent zich ook in de communautaire politiek buiten de rechtszaal af. Prosser wijst op de invloedrijke rol van de Commissie, die ideologische posities heeft betrokken in opeenvolgende Groenboeken over diensten van algemeen belang.⁷ Zeker in het laatste Groenboek (p. 165) wordt niet langer de nadruk gelegd op de verenigbaarheid van diensten van algemeen economisch belang met de interne markt, maar op de belangrijke functie van deze diensten voor het burgerschap en de wijze waarop deze diensten kunnen worden verbeterd. Er heeft zich dan ook een *agonizing reappraisal* voorgedaan in de communautaire benadering van diensten van algemeen economisch belang. Eerder werden deze diensten gezien als hinderlijke belemmeringen in het goed functioneren van de interne markt. Nu wordt de betekenis van deze diensten veel groter geacht en heeft in het kader van de herwaardering een verschuiving plaatsgevonden van de politieke naar de wettelijke behartiging van de desbetreffende belangen. Diensten van algemeen economisch belang worden niet langer beschouwd als hinderpalen in de interne markt, maar juist als wezenlijk bestanddeel ervan. Dit komt ook sterk naar voren in het Witboek over diensten van algemeen belang,⁸ waarin de Commissie naar aanleiding van de publieke raadpleging over het laatste Groenboek haar conclusies heeft gepresenteerd. Geconcludeerd is onder meer, dat een brede consensus bestaat, dat diensten van algemeen belang van essentiële betekenis zijn voor de Europese samenlevingen en dat algemeen wordt aanvaard, dat bij de verlening van deze diensten het belang van de gebruikers voorop moet staan. Een andere veelzeggende conclusie was, dat er geen overeenstemming bestaat over de vraag, hoe de diensten van algemeen belang en marktprincipes zich tot elkaar verhouden. Deze koerswijziging – waarin overigens is vastgehouden aan de Angelsaksische inbreng van onafhankelijke toezichthouders – hangt naar Prosser meer dan eens stelt, samen met de vrijwel volledige voltooiing van de interne markt. In de Europese Unie kunnen in deze fase andere waarden worden nagestreefd dan louter economische.

Prosser beschouwt het *Altmark*-arrest⁹ evenwel als een zeer controversiële aangelegenheid (p. 144). Een openbare

aanbesteding met betrekking tot het verrichten van openbare diensten kan immers zeer nadelige gevolgen hebben. Vooral bij deze diensten is veelal sprake van een hoge mate van culturele verwevenheid die moeilijk contractueel valt te regelen (p. 242). Er kunnen zich ook situaties voordoen waarin het aanbesteden schier onmogelijk is omdat er dringende redenen bestaan een *incumbent* zoals de BBC niet te laten vervangen.

Beperkte convergentie

Ondanks de verschillende nationale tradities op het terrein van de verhouding tussen marktprincipes en diensten van algemeen economisch belang is de rol van onafhankelijke toezichthouders in geliberaliseerde markten belangrijker geworden. In het kader van deze onafhankelijke regulering is de meeste toenadering zichtbaar geworden in het Verenigd Koninkrijk, Frankrijk en Italië, en die goeddeels te danken aan de communautair voorgeschreven marktliberalisering (p. 238). Maar wat betreft de toepassing van het algemene mededingingsrecht op openbare diensten buiten de geliberaliseerde sectoren bestaat veel minder toenadering tussen de verschillende tradities. Prosser is echter van mening dat noch de Angelsaksische, noch de Franse benadering mag worden verwaarloosd. De concurrentiebevordering heeft hoe dan ook tot voordelen geleid in de telecommunicatiemarkt en in de energie-sector. De op sociale en economische rechten gebaseerde Franse benadering van de *service public* dient eveneens een belangrijke rol te spelen bij openbare diensten. Veel te beperkt acht Prosser de visie, dat publieke regulering slechts bij marktfalen in beeld zou moeten komen. Want ten onrechte beschouwt de competitieve economie zichzelf als superieur en andere waarden als ondergeschikt. Deze waarden zouden alleen dan behartigd moeten worden wanneer de markt de 'restproblemen' kennelijk niet kan oplossen. Beide benaderingen zijn volgens Prosser juist en dienen afhankelijk te zijn van het specifieke belang dat wordt gediend. Bij de watervoorziening behoort als sociaal recht te prevaleren dat geen water mag worden afgesloten, omdat het gaat om een primaire levensbehoefte. En zo dient de publieke omroep het burgerschap en de sociale solidariteit. Aangelegenheden, die niet moeten worden gereduceerd tot een minimum alsof het zou gaan om een universele dienstverplichting, die is opgelegd omdat de markt in dit verband 'faalt'.

De rol van het recht

Prosser stelt ten slotte de vraag op welke wijze het recht kan worden ingeschakeld bij de implementatie van al deze waarden. Hoewel het wellicht niet nodig is diensten van algemeen economisch belang een constitutionele basis te geven, ziet hij dit wel als een solide uitgangspunt. Het

7 Het laatste Groenboek van de Commissie over diensten van algemeen belang is van 21 mei 2003 [COM (2003) 270 def. – Pb. EU C 76 van 25.03.2004].

8 Brussel, 12.5.2004 COM(2004) 374 definitief.

9 HvJ EG 24 juli 2003, *Altmark*, zaak C-280/00, Jur. 2003, p. I-7747.

voorkomt, dat de waarden van openbare dienstverlening verloren gaan in het enthousiasme voor marktwerking. Er ontstaat ook steeds meer *hard law* met artikel 16 EG, het *Altmark*-arrest en sectorspecifieke rechtsregels waarbij wordt gezocht naar gemeenschappelijke beginselen die ook op andere terreinen bruikbaar zijn.

Balans

Prosser heeft op een overtuigende wijze rechtsvergelijkend onderbouwd, dat diensten van algemeen economisch belang evenals het mededingingsrecht te belangrijk zijn om te worden overgelaten aan de markt en de politiek en dat het recht hier een centrale rol behoort te spelen. Het behoeft geen betoog, dat ook op dit terrein de geschiedenis zonder de Franse invloed vermoedelijk anders was verlopen.