



Pearle/Hoofdbedrijfschap Ambachten

Pearle BV, Hans Prijs Optiek Franchise BV, Rinck Opticiens BV / Hoofdbedrijfschap Ambachten, HvJ EG, 15 juli 2004, n.n.g., prejudiciële vragen van de Hoge Raad. Staatssteun en bestemmingsheffingen (m.nt. mr S. Verschuur)¹

Achtergrond

Bij het horen van slogans als 'Kijk eens wat vaker in de spiegel van de kapper' en 'Kip het meest veelzijdige stukje vlees' zullen zelfs mededingingsjuristen niet in eerste instantie aan staatssteun denken. Het gaat om slogans uit collectieve reclamecampagnes van product- en bedrijfsschappen die tot doel hebben een bepaalde branche (kappers) of een bepaald product (kip) te promoten. In het arrest van het Hof over het geschil tussen Pearle en het Hoofdbedrijfschap Ambachten kwam de vraag aan de orde hoe dergelijke campagnes in het licht van de staatssteunregels moeten worden gezien.

Product- en bedrijfsschappen (gezamenlijk aangeduid als 'bedrijfslichamen') zijn organen die voor bepaalde onderdelen van het bedrijfsleven in het leven zijn geroepen. Productschappen omvatten alle ondernemingen (en werknemers) die een verschillende functie vervullen in de productieketen van een bepaald product ('van grond tot mond' of 'van fok tot kok'). Bedrijfsschappen omvatten ondernemingen die dezelfde functie in het economische leven vervullen (bijvoorbeeld horecagelegenheden, detailhandelsondernemingen of ambachtelijke bedrijven).² De oprichting geschiedt op verzoek van de branche bij AMvB of bij wet.³ Van rechtswege is de gehele sector waarvoor het bedrijfslichaam is ingesteld, zowel ondernemers als werknemers, onderworpen aan de verordeningen van het bedrijfslichaam.⁴ Dergelijke verordeningen behoeven de goedkeuring van de SER. De SER kan onder meer zijn goedkeuring onthouden indien de verordening gezonde mededinging in de weg staat.⁵

De belangrijkste regulerende bevoegdheid van bedrijfslichamen is het opleggen van heffingen. In de eerste plaats kan het gaan om bestemmingsheffingen. Dit

zijn heffingen die dienen ter financiering van een specifieke activiteit van het bedrijfslichaam. Vaak gaat het om reclame- of promotiecampagnes voor een branche of een product. De hiervoor genoemde slogans van de kappers of het product kip illustreren dit. Daarnaast kan een bedrijfslichaam heffingen opleggen om zijn algemene activiteiten te financieren.⁶ Lange tijd is aangenomen dat de opbrengst van bestemmingsheffingen als staatsmiddelen in de zin van art. 87, lid 1, EG dienen te worden aangemerkt. Dit hield in dat reclamecampagnes van product- en bedrijfsschappen in veel gevallen aan de Commissie zouden moeten worden gemeld.

Rechtspraak van het Hof

In de parlementaire geschiedenis van de Wet op de bedrijfsorganisatie ('Wet BO')⁷ wordt gesteld dat bestemmingsheffingen in de zin van art. 126, lid 4, Wet BO doorgaans als parafiscale heffingen moeten worden aangemerkt.⁸ Voor deze stelling kan steun worden gevonden in het arrest Steinike van het Hof.⁹ In deze zaak stond een heffing van het Duitse Bundesamt für Ernährung und Fortwirtschaft (een bestuursorgaan dat ressorteerde onder het Duitse Ministerie voor Consumentenbescherming, Voeding en Landbouw) centraal. De heffing werd opgelegd ter financiering van een bij wet ingesteld fonds ter bevordering van de afzet van producten van de Duitse land- en bosbouw en voedingsmiddelenindustrie. De firma Steinike & Weinlig verzette zich tegen de heffing op door haar geïmporteerde vruchtensappen omdat deze diende ter financiering van

1 Steven Verschuur is advocaat bij Freshfields Bruckhaus Deringer te Amsterdam.

2 Zie voor meer informatie over bedrijfslichamen de SER- publicatie: De product- en bedrijfsschappen, Instrument voor sectoraal kwaliteitsbeleid, welke is te vinden op: www.ser.nl

3 Artt. 66-67 Wet BO.

4 Art. 93 Wet BO.

5 Art. 93, lid 5, jo 128, lid 1, Wet BO.

6 Art. 126 Wet BO.

7 Stb. 1950, K 22, laatstelijk gewijzigd bij *Stb.* 1999, 254.

8 Nota naar aanleiding van het Eindverslag van de vaste Commissie voor sociale zaken en werkgelegenheid der Tweede Kamer (1992).

9 HvJ EG 22 maart 1977, Zaak C-78/76 Steinike, Jurisprudentie 1977, p. 595, randnr. 22.

een steunmaatregel in de zin van art. 87, lid 1, EG.

Uit het arrest is niet af te leiden of het Hof de stelling van Steinike juist achtte. Het Hof overweegt slechts dat een overheidsmaatregel ter begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producten zijn karakter van kunstmatig voordeel niet verliest doordat deze geheel of gedeeltelijk wordt gefinancierd uit van overheidswege verplicht gestelde bijdragen. In latere uitspraken heeft het Hof meermaals herhaald dat de bestemming van een parafiscale heffing een steunmaatregel in de zin van art. 87, lid 1, EG kan opleveren indien aan de toepassingsvoorwaarden van dat artikel is voldaan.¹⁰ Met andere woorden: de opbrengst van parafiscale heffingen kan mogelijk als 'staatsmiddelen' in de zin van art. 87, lid 1, EG worden aangemerkt.

Beschikkingspraktijk Commissie

De Commissie heeft in haar beschikkingspraktijk een veel duidelijker standpunt ingenomen ten aanzien van het karakter van parafiscale heffingen. In de beschikking van 20 juli 1999 heeft de Commissie zich uitgesproken over een promotiecampagne van het Productschap Tuinbouw om de verkoop van siergewassen te bevorderen. De campagne werd gefinancierd met door het Productschap opgelegde bestemmingsheffingen. De Commissie stelde dat inkomsten uit een op grond van het nationale recht verplichte heffing altijd als staatsmiddelen in de zin van art. 87, lid 1, EG moeten worden aangemerkt.¹¹ De Commissie baseert dit standpunt op het arrest Steinike hetgeen een ruime uitleg van dit arrest lijkt. Deze uitleg is echter vaste beschikkingspraktijk van de Commissie.¹²

Geschil tussen Pearle en het HBA

De vraag of met bestemmingsheffingen gegenereerde middelen van bedrijfslichamen als staatsmiddelen zijn aan te merken stond centraal in het geschil tussen Pearle BV, Hans Prijs Optiek Franchise BV en Rinck Opticiens BV ('Pearle') en het Hoofdbedrijfschap Ambachten ('HBA'). Pearle is net als alle andere in Nederland gevestigde opticiens verplicht aangesloten bij het HBA. De aangesloten opticiens zijn onderworpen aan de verordeningen van het HBA.

Eind jaren tachtig constateerde de Nederlandse Unie van Opticiens ('NUVO') dat de omzet in de optiekbranche de laatste jaren was gestagneerd. Om deze reden had de NUVO het initiatief genomen voor de opzet van een collectieve reclamecampagne om de branche beter te profileren bij de consument. Het doel van de campagne was onder meer drempelverlaging voor de consument en het onder de aandacht brengen van het modieuze aspect van brillen. De doelgroep was breed: zowel bril dragers als mensen die een oogcorrectie behoeven. De slogan luidde: 'En? Wanneer gaan we naar de opticien?'

Vervolgens verzocht de NUVO het HBA de reclamecampagne door middel van een bestemmingsheffing te financieren. Het HBA voldeed aan dit verzoek en stelde een verordening vast waarin aan alle Nederlandse opticiens een jaarlijkse heffing van NLG 855 per vestiging werd opge-

legd. De campagne vertoonde derhalve veel gelijkenis met de promotiecampagne van het Productschap Tuinbouw die in de hiervoor genoemde beschikking van de Commissie centraal stond. Uiteindelijk bleven de heffingen tot 1994 bestaan. De toenmalige BrilMij, die in 1991 door Pearle Vision Inc is overgenomen, had in NUVO-verband ingestemd met de reclamecampagne.¹³

Het hoofdgeding

Pearle kon zich niet verenigen met de reclamecampagne van het HBA (en de daarmee verbonden bestemmingsheffingen) omdat deze haar zou benadelen. Kleine opticiens zouden onevenredig profiteren van de campagne. Pearle betoogde dat kleinere, zelfstandige opticiens die geen deel uitmaken van winkelketens zoals Pearle, onder normale marktomstandigheden niet in staat zouden zijn om individueel of collectief voor een bedrag van circa NLG 850,- per jaar reclamecampagnes te organiseren en te financieren die qua omvang en profijt vergelijkbaar zijn met de campagne van het HBA. Dit was slechts mogelijk door de disproportioneel grote bijdragen die het met overheidsgezag beklede HBA had afgedwongen van Pearle en vergelijkbare ketens. Volgens Pearle hebben dergelijke ketens geen behoefte aan collectieve reclamecampagnes die niet op de eigen keten zijn gericht en kunnen zij daardoor zelfs schade lijden. Pearle had de betaalde heffingen dan ook liever aan haar eigen reclameactiviteiten besteed. 'Mijn bedrijf heeft niets aan die reclamecampagne, u jaagt mij op kosten waarvan ik geen profijt heb, laat het dan betalen door degenen die eraan hechten', schijnt de toenmalige directeur van Pearle tegen de secretaris van het HBA te hebben gezegd.¹⁴

Op 29 maart 1995 heeft Pearle het HBA gedagvaard voor de Rechtbank Den Haag. Pearl eiste de nietigverklaring van de verordeningen van het HBA waarin de bestemmingsheffingen voor de reclamecampagne waren opgelegd, alsmede de terugbetaling van de heffingen die zij had vol-

10 HvJ EG 11 maart 1992, Gevoegde zaken C-78-83/90 Compagnie Commerciale de l'Ouest, Jurisprudentie 1992, p. I-01847, randnr. 35; HvJ EG 16 december 1992, Zaak C-17/91 Lornoy, Jurisprudentie 1992, p. I-6523, randnr. 32; HvJ EG 2 augustus 1993, Zaak C-266/91 Fazenda Publica, Jurisprudentie 1993, p. I-04337, randnr. 24; HvJ EG 27 oktober 1993, Zaak C-72/92 Scharbatke, Jurisprudentie 1993, p. I-5509, randnr. 20.

11 Beschikking van de Europese Commissie van 20 juli 1999, Staatssteun voor productie van siergewassen, Pb. L 34 van 9 februari 2000, p. 20-27 randnr. 59.

12 Zie bijvoorbeeld: Beschikking van de Commissie van 7 mei 1991, Belgische Fonds voor de gezondheid en de productie van de dieren, Pb. L 294 van 25 oktober 1991, p. 43-46; Besluit van de Europese Commissie van 25 juli 2001, kenmerk: SG (2001) D/290565; Steunmaatregel N597/1998 - Nederland; Compensatie voor gestrande kosten in de elektriciteitssector; Besluit van de Commissie van 19 maart 2003, Steunmaatregelen N 707/2002, N 708/2002 (MEP).

13 'Optieketens graven aan de wortels van product- en bedrijfsschappen; Een bom onder het middenveld van ondernemend Nederland', *NRC Handelsblad* van 13 augustus 1998.

14 'Optieketens graven aan de wortels van product- en bedrijfsschappen; Een bom onder het middenveld van ondernemend Nederland', *NRC Handelsblad* van 13 augustus 1998.

daan. Pearle baseerde haar vordering op art. 88, lid 3, EG. Naar het oordeel van Pearle dienden de bestemmingsheffingen tot financiering van een steunmaatregel in de zin van art. 87, lid 1, EG (de collectieve reclamecampagne). Aangezien deze steunmaatregel niet aan de Commissie was gemeld, was deze volgens Pearle in strijd met de standstillverplichting van art. 88, lid 3, EG ten uitvoer gelegd. In zijn vonnis van 29 april 1998 stelt de Rechtbank Den Haag Pearle in het gelijk. De Rechtbank overweegt dat het HBA kan worden aangemerkt als een publiek orgaan dat overheidsmiddelen heeft gebruikt om een specifiek voordeel (de collectieve reclamecampagne) te verlenen aan ondernemingen in de opticienbranche. Dit voordeel is op geld waardebaar. Hieraan doet niet af dat de gelden worden gevormd door de opbrengst van een bijdrage van de begunstigen zelf. De Rechtbank baseert zich met name op het arrest Steinike van het Hof. Na deze uitspraak sprak het NRC Handelsblad van een 'bom onder het middenveld van ondernemend Nederland' doelend op de dreigende terugvordering van een groot aantal bestemmingsheffingen van bedrijfslichamen.

Tegen deze uitspraak ging het HBA met succes in beroep bij het Gerechtshof Den Haag. In zijn arrest van 13 juli 2000 oordeelde het Gerechtshof dat een maatregel slechts als staatssteun in de zin van art. 87, lid 1, EG kan worden aangemerkt als deze de staat 'geld kost'. De bestemmingsheffingen ter financiering van de reclamecampagne zijn op verzoek van de opticienbranche (vertegenwoordigd door de NUVO) ingesteld met het doel een campagne te financieren ten behoeve van de opticienbranche. Daarnaast overweegt het Gerechtshof dat ervan uit moet worden gegaan dat het profijt van dergelijke campagnes min of meer gelijk over de bedrijfstak wordt verdeeld. De bijdragen aan de campagne (NLG 855,- per vestiging) zijn eveneens gelijkmatig over de branche verdeeld. De opticiens hebben derhalve in gelijke mate bijgedragen aan en geprofiteerd van de campagne. Volgens het Gerechtshof hebben de opticiens dan ook geen specifiek voordeel in de zin van art. 87, lid 1, EG ontvangen, maar slechts een 'sigaar uit eigen doos'.

Tegen de uitspraak van het Gerechtshof stelde Pearle cassatieberoep in. Pearle stelde zich op het standpunt dat het Gerechtshof de vraag of de maatregel de staat 'geld kost' ten onrechte als criterium had gehanteerd. Naar het oordeel van Pearle kunnen ook door de staat (inclusief publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties) voor de begunstigde ondernemingen bewerkstelligde besparingen een steunmaatregel opleveren. Bovendien behoorden volgens Pearle de eenmaal door het HBA geïnde heffingen, net als al zijn overige geldmiddelen, tot zijn vermogen zodat de besteding van deze gelden aan de reclamecampagne het HBA toch 'staatsgeld' heeft gekost. Daarnaast bestreed Pearle dat alle ondernemingen in de branche in min of meer gelijke mate profiteerden van de reclamecampagne. Geheel in de beeldspraak van het Gerechtshof stelde Pearle dat de reclamecampagne voor haar geen 'sigaar uit eigen doos' was, maar

betekende dat zij enerzijds tegen haar zin werd gedwongen een deel van de aanschafprijs van de sigaren van haar concurrenten te betalen en anderzijds ook het genot van haar eigen sigaar zou worden beperkt.

In zijn conclusie schetst advocaat-generaal Strikwerda de kern van het geschil. Strikwerda overweegt dat het begrip staatsmiddelen in de zin van art. 87, lid 1, EG op twee manieren kan worden uitgelegd. In de eerste plaats is een ruime uitleg denkbaar volgens welke alle door de staat getroffen maatregelen die voor bepaalde ondernemingen op enigerlei wijze economische steun opleveren als steunmaatregel worden aangemerkt, ongeacht of de maatregelen de staat geld kosten. Daarnaast is een beperkte uitleg denkbaar volgens welke nooit sprake kan zijn van een steunmaatregel als geen overdracht van staatsmiddelen heeft plaatsgevonden. Uit het arrest PreussenElektra leidt Strikwerda af dat het Hof tendeert naar een beperkte uitleg.¹⁵ In dit arrest stelt het Hof immers dat een verplichting voor elektriciteitsdistributiebedrijven tot inkoop van duurzaam opgewekte elektriciteit tegen een prijs die hoger ligt dan de economische waarde, niet als staatssteun kon worden aangemerkt omdat de hieruit voortvloeiende voordelen voor de opwekkers van duurzame elektriciteit niet met staatsmiddelen was bekostigd. De hieruit voortvloeiende financiële voordelen voor de opwekkers van duurzame elektriciteit zijn volgens het Hof immers direct afkomstig uit het budget van de distributiebedrijven. In zijn verwijzingsarrest van 27 november 2002 stelt de Hoge Raad een vijftal prejudiciële vragen aan het Hof.¹⁶ De eerste en belangrijkste vraag is of een regeling als de reclamecampagne van het HBA staatssteun in de zin van art. 87, lid 1, EG is aan te merken.¹⁷

Beoordeling door het Hof

In zijn conclusie gaat advocaat-generaal Colomer met name in op de vraag of het HBA in de hoedanigheid van staat heeft gehandeld bij het opleggen van de heffingen.¹⁸ Volgens Colomer kan het HBA ondanks zijn publiekrechtelijke status niet zonder meer als overheidsorgaan worden beschouwd. Het wordt immers geleid door vertegenwoordigers van de aangesloten ondernemingen en het is niet aangetoond dat de staat enige mogelijkheid heeft zich in

15 HvJ EG 13 maart 2001, Zaak C-379/98 PreussenElektra, Jurisprudentie 2001, p. I-2099.

16 Hoge Raad 27 september 2002, NJ 2002/234.

17 Blijkens het verwijzingsarrest lag aan de prejudiciële vragen de feitelijke overweging ten grondslag dat de campagne van het HBA inderdaad slechts een 'sigaar uit eigen doos' was (onderdeel 4 van het verwijzingsarrest). Op zichzelf is dit opmerkelijk omdat deze aanname zo zou kunnen worden uitgelegd dat het Hof ervan uit diende te gaan dat de opticiens geen voordeel genoten van de reclamecampagne. Dit zou betekenen dat in de optiek van de Hoge Raad niet is voldaan aan de vereisten van art. 87, lid 1, EG omdat geen sprake zou zijn van bevoordeling van bepaalde ondernemingen of producten. Desondanks stelde de Hoge Raad prejudiciële vragen.

18 Conclusie van 11 maart 2004, n.n.g.

zijn zaken te mengen.¹⁹ Het HBA dient te worden gezien als een bedrijfsvereniging waaraan de Nederlandse wetgever een aantal voorrechten heeft verleend die gewoonlijk zijn verbonden aan de uitoefening van overheidsgezag, zoals het verplichte lidmaatschap en het dwingende karakter van zijn beslissingen.

Volgens Colomer heeft het HBA bij zijn activiteiten ter financiering en realisering van de collectieve reclamecampagne niet gehandeld in de hoedanigheid van staat, maar als behartiger van de belangen van de ondernemingen in de branche. Omdat het HBA niet heeft gehandeld als een verlengstuk van de staat, moeten de middelen die het heeft aangewend evenmin als staatsmiddelen worden beschouwd. Derhalve is in de ogen van Colomer voor de vraag of de reclamecampagne als staatssteun dient te worden aangemerkt, doorslaggevend in welke hoedanigheid het HBA heeft gehandeld.

Het Hof volgt een andere lijn dan advocaat-generaal Colomer en overweegt dat het HBA weliswaar een publiekrechtelijk lichaam is, maar dat niet is gebleken dat de reclamecampagne is gefinancierd met middelen waarover de Nederlandse overheid naar eigen goeddunken kon beschikken. Voorts zijn de gelden waarmee de reclamecampagne is gefinancierd, door middel van heffingen ingezameld bij de ondernemingen waaraan de campagne ten goede kwam. Om deze reden beoogde de tussenkomst van het HBA geen voordeel te verschaffen aan bepaalde ondernemingen. Daarnaast hecht het Hof belang aan de omstandigheid dat het initiatief voor de organisatie en de voortzetting van de reclamecampagne was uitgegaan van de NUVO en niet van het HBA. Het HBA diende dan ook uitsluitend als instrument van de heffing van bedragen ten behoeve van een zuiver commercieel doel dat de opticienbranche vooraf had vastgesteld. Dit doel maakt geen deel uit van het beleid van de Nederlandse overheid, aldus het Hof.

Commentaar

Geen beschikkingsvrijheid voor nationale autoriteiten

De kern van het arrest is mijns inziens de overweging van het Hof dat het HBA weliswaar een publiekrechtelijk lichaam is, maar dat in deze zaak niet is gebleken dat de reclamecampagne is gefinancierd met middelen waarover de nationale autoriteiten naar believen konden beschikken.²⁰ Met beschikkingsvrijheid lijkt het Hof te doelen op de bestemming van de opbrengst. Indien deze bij voorbaat vastligt, kan het overheidsorgaan in de ogen van het Hof niet vrijelijk over de middelen beschikken. Kennelijk is relevant of het overheidsorgaan dat de heffing oplegt, zich bij voorbaat committeert aan een bestemming van de heffing. In dat geval zou het overheidsorgaan zijn beschikkingsvrijheid immers hebben opgegeven.

Een goed voorbeeld van een heffing waarvan de opbrengst bij voorbaat vastligt, is het voormalige art. 6 Overgangswet Elektriciteitsproductiesector.²¹ Op grond van dit artikel kon de Minister van Economische Zaken gedu-

rende een periode van tien jaar een toeslag op de tarieven voor het transport van elektriciteit van maximaal tien procent vaststellen. De opbrengst van deze toeslag werd aangewend om de Nederlandse elektriciteitsproductiebedrijven te compenseren voor niet-marktconforme kosten (bakstenen) als gevolg van de uitoefening van de publieke taak waarmee de productiebedrijven voor de liberalisering van de elektriciteitsmarkt waren belast.²² Op het eerste gezicht lijkt het steunkarakter van deze maatregel evident. De compensatie aan de productiebedrijven voor de 'bakstenen' berustte immers op een politiek besluit dat werd verankerd in een formele wet. Voor de financiering werd gebruikgemaakt van de bevoegdheid tot het opleggen van heffingen, een bevoegdheid die uitsluitend toekomt aan de staat.²³ Indien het criterium van beschikkingsvrijheid onverkort zou worden toegepast, zouden parafiscale heffingen waarvan de opbrengst een duidelijke bestemming heeft (zoals art. 6 Overgangswet Elektriciteitsproductiesector) buiten de werkingssfeer van art. 87, lid 1, EG vallen. Het gaat mijns inziens te ver om alleen op basis van het arrest Pearle te concluderen dat het Hof zo ver wil gaan.

Overheidsbeleid

Voorts overweegt het Hof dat de campagne louter een commercieel doel van de Nederlandse opticiens diende en geen deel uitmaakte van beleid van de Nederlandse overheid.²⁴ Ik vraag mij af of deze overweging recht doet aan de rol van het HBA in de totstandkoming van de reclamecampagne. Door aan het verzoek van de NUVO te voldoen en gebruik te maken van haar publiekrechtelijke bevoegdheid tot inning van bestemmingsheffingen heeft het HBA de reclamecampagne mijns inziens tot haar beleid gemaakt.

Bedrijfslichamen maken deel uit van de publieke sector. Op haar website omschrijft de SER bedrijfslichamen als openbare bestuurslichamen. Het gaat volgens de SER om bijzondere overheden met taken voor een specifieke branche. Met 'echte' overheden (gemeenten, provincies en de rijksoverheid) hebben bedrijfslichamen gemeen dat de aangesloten ondernemingen zich niet aan de regels van het bedrijfslichaam kunnen onttrekken. De gehele sector dient mee te betalen aan de activiteiten van het bedrijfslichaam. De ontstaansgeschiedenis van de Wet BO bevestigt het overheidskarakter van bedrijfslichamen. Door het creëren

19 Colomer verzuimt te vermelden dat het HBA mede wordt bestuurd door vertegenwoordigers van de betrokken werknemers (art. 73, lid 1, Wet BO).

20 Randnr. 36 van het arrest.

21 *Stb.* 200, 607.

22 Op grond van art. 7 Overgangswet Elektriciteitsproductiesector.

23 De Nederlandse regering heeft deze maatregel ook gemeld aan de Commissie op grond van art. 88, lid 3, EG. Op last van de Commissie heeft de Nederlandse regering de heffing geschrapt en de steunmaatregel uit de algemene middelen gefinancierd. Zie: Besluit van de Europese Commissie van 25 juli 2001, kenmerk: SG (2001) D/290565; Steunmaatregel N597/1998 - Nederland; Compensatie voor gestrande kosten in de elektriciteitssector.

24 Randnr. 37 van het arrest.

van een zekere vorm van zelfregulering van het bedrijfsleven kon de overheid zich in bepaalde sectoren terughoudend opstellen. De bedrijfslichamen kregen een aantal regulerende bevoegdheden die doorgaans aan de overheid zijn voorbehouden.²⁵ In feite delegeerde de overheid een deel van haar taken aan de bedrijfslichamen. Ofschoon de sociaal-economische verhoudingen in Nederland sterk zijn veranderd sinds de invoering van het stelsel van bedrijfslichamen, heeft de Nederlandse wetgever ervoor gekozen dit stelsel in stand te laten. In 1999 is de Wet BO voor het laatst gewijzigd. De bevoegdheid tot het opleggen van bestemmingsheffingen is echter gehandhaafd.²⁶ Het in stand blijven van deze bevoegdheid is derhalve een bewuste keuze van de Nederlandse wetgever. Mijns inziens dragen verordeningen van bedrijfslichamen waarin bestemmingsheffingen worden opgelegd, dan ook een overheidskarakter.

Het criterium van overheidsbeleid is overigens niet geheel nieuw. Dit criterium kan met name relevant zijn voor steunverlening door instellingen die op enige afstand van de staat opereren, zoals bijvoorbeeld bedrijfslichamen en overheidsbedrijven. Ter illustratie dient het arrest Van der Kooy waarin het Hof dit criterium reeds min of meer heeft toegepast. Het Hof overwoog dat de preferentiële aardgastarieven van Gasunie voor Nederlandse tuinders waren toe te rekenen aan de Nederlandse staat omdat de staat 50% van de aandelen van Gasunie hield en Gasunie krachtens een overeenkomst haar tarieven ter goedkeuring aan de Minister van Economische Zaken moest voorleggen.²⁷ Daarentegen speelde het criterium van overheidsbeleid geen rol in het arrest Chronopost. In deze uitspraak heeft het Hof uitgemaakt dat sprake kan zijn van staatssteun indien een overheidsbedrijf voor gebruikmaking van zijn infrastructuur door een groepsmaatschappij een financiële tegenprestatie verlangt die lager is dan de variabele en vaste kosten van de infrastructuur alsmede een redelijk rendement op het in de infrastructuur geïnvesteerde vermogen²⁸. Hier lijkt geen rol te spelen dat de eventuele steunverlening zou voortvloeien uit het ogenschijnlijk autonome commerciële beleid van het overheidsbedrijf. De toepassing van het criterium van overheidsbeleid is in de jurisprudentie van het Hof derhalve geen automatisme.

Initiatief voor reclamecampagne

Het Hof overweegt dat het initiatief voor de organisatie en de voortzetting van de reclamecampagne is uitgegaan van de NUVO. Aanvankelijk was in NUVO-verband besloten de reclamecampagne te organiseren. Mogelijk had binnen de NUVO niet iedereen vertrouwen in de bereidheid van de leden om ook daadwerkelijk mee te betalen aan de campagne. Daarop heeft de NUVO het HBA verzocht gebruik te maken van zijn bevoegdheid bestemmingsheffingen op te leggen om financiering van de reclamecampagne zeker te stellen. De initiatieven van de NUVO zijn in feite niets meer dan een geslaagde lobby bij het HBA. Aangenomen mag worden dat aan vele steunmaatregelen een succesvolle lobby van de begunstigde ondernemingen ten grondslag

ligt. Het criterium van het initiatief voor de maatregel lijkt mij dan ook weinig bruikbaar voor de meeste steunzaken. Bovendien zal doorgaans moeilijk kunnen worden vastgesteld hoe groot de rol van de begunstigde onderneming(en) daadwerkelijk was. Buiten het specifieke geval van bestemmingsheffingen in de zin van art. 126, lid 4, Wet BO lijkt mij de relevantie van dit criterium dan ook gering.

Waarschijnlijk was de wel erg prominente rol van de NUVO in de reclamecampagne voor het Hof een van de omstandigheden die hem tot de conclusie leidde dat in dit concrete geval geen sprake was van staatssteun. Het NUVO nam immers niet alleen het initiatief voor de campagne, maar voerde deze uiteindelijk ook uit. De campagne 'En? Wanneer gaan we naar de opticien?' is geen uitzondering. Alle brancheprojecten van het HBA komen in nauwe samenwerking met het NUVO (en de Unie van Filiaal- en Franchise Optiekbedrijven Nederland, de andere branchevereniging) tot stand.²⁹ Feit blijft echter dat het HBA zelf verantwoordelijk is voor de beslissing om haar publiekrechtelijke bevoegdheden aan te wenden ongeacht welke partij de geestelijk vader van het project is.

Verordeningen van bedrijfslichamen en het kartelverbod

Met het Pearle-arrest heeft het Hof duidelijk gemaakt dat bestemmingsheffingen van bedrijfslichamen buiten de werkingssfeer van art. 87, lid 1, EG vallen. De vraag rijst dan of verordeningen van bedrijfschappen waarin bestemmingsheffingen worden opgelegd ter financiering van bepaalde activiteiten, kunnen worden aangemerkt als een besluit van een ondernemersvereniging in de zin van art. 81 EG en art. 6 Mw. Het arrest Wouters van het Hof lijkt in deze richting te wijzen.³⁰ De ondernemers die onder de werkingssfeer van een bedrijfsschap vallen, zijn verplicht aangesloten bij het bedrijfsschap, net als advocaten bij de Orde. Daarnaast lijkt het arrest Pearle te impliceren dat bedrijfsschappen bij het vaststellen van dergelijke verordeningen doorgaans geen overheidsprerogatieven uitoefenen. Het betreft slechts een (lichte) vorm van regulering van de economische activiteit van de aangesloten ondernemingen.³¹ Ten slotte zijn de belangen die bedrijfsschappen moeten dienen, zeer abstract omschreven en laten deze

25 C.A.J.M.M. Kortmann, *Constitutioneel recht* (Deventer 1997), p. 489-490.

26 Zie voor een interessante beschrijving van de geschiedenis van de Wet BO en de wijziging van deze wet in 1999: E.A. van Bonzel, 'De Wet op de bedrijfsorganisatie, een wet met littekens', *SEW* 2001, p. 210-217.

27 HvJ EG 2 februari 1988, Gevoegde zaken 67, 68 en 70/85 Van der Kooy, *Jurisprudentie* 1988, p. 219, randnrs. 36-37.

28 HvJ EG 3 juli 2003, Gevoegde zaken C-83/01 P, C-93/01 P en C-94/01 P Chronopost e.a. / Commissie, *Jurisprudentie* 2003, p. I-06993, randnr. 41.

29 HBA, Info optiekbedrijf, gepubliceerd op: www.hba.nl, p. 1.

30 HvJ EG 19 februari 2002, Zaak C-309/99 Wouters e.a. / Nederlandse Orde van Advocaten, *Jurisprudentie* 2002, p. I-01577.

31 Randnr. 37 van het arrest Pearle; Vgl. randnr. 58 van het arrest Wouters.

32 Art. 71 Wet BO bepaalt dat bedrijfslichamen het algemeen belang alsmede het belang van de aangesloten ondernemingen moeten dienen. Vgl. randnr. 68 van het arrest Wouters.

de bedrijfslichamen veel vrijheid.³² Tegen deze achtergrond zullen verordeningen van bedrijfschappen doorgaans geen overheidskarakter dragen en derhalve als besluit van een ondernemersvereniging moeten worden aangemerkt.³³

Verordeningen van bedrijfschappen waarin bestemmingsheffingen worden opgelegd, hebben meestal betrekking op reclame, promotie, onderzoek en onderwijs ten behoeve van de aangesloten ondernemingen. Met name collectieve reclamecampagnes kunnen mededingingsrechtelijk relevant zijn. De hoofdregel is dat dergelijke campagnes verenigbaar zijn met het kartelverbod mits de deelnemende ondernemingen vrij blijven om individueel reclame te maken.³⁴ In het besluit Milchförderungsfonds achtte de Commissie echter een collectieve reclamecampagne van een Duitse ondernemersvereniging, die werd gefinancierd door bijdragen van de leden en die was gericht op exportpromotie, in strijd met art. 81 EG.³⁵ Het voornaamste bezwaar van de Commissie was dat de exportpromotie de leden van de ondernemersvereniging in staat stelde tegen lagere prijzen te concurreren in andere lidstaten. Met name productschappen ontplooiën regelmatig soortgelijke activiteiten. Wellicht zal de SER deze in de toekomst indringender gaan toetsen op hun effect op de mededinging. Hiervoor zal de SER een beroep kunnen doen op de expertise van de NMa. Op 31 maart 2004 hebben de SER en de d-g NMa namelijk een protocol gesloten waarin is vastgelegd op welke wijze de SER advies aan de NMa kan vragen over de verenigbaarheid van aan hem ter goedkeuring voorgelegde verordeningen met het kartelverbod.³⁶ Dit is toe te juichen omdat na het arrest Pearle art. 81 EG en art. 6 Mw het meest voor de hand liggende mededingingsrechtelijke toetsingskader lijken voor verordeningen van bedrijfslichamen.

Conclusie

Het arrest Pearle maakt een aantal dingen duidelijk. In de eerste plaats kunnen bedrijfslichamen in de zin van art. 66 Wet BO ervan uitgaan dat door hen met bestemmingsheffingen te financieren activiteiten doorgaans buiten de werkingssfeer van art. 87, lid 1, EG vallen. Daarnaast zet het arrest de tendens voort die het Hof heeft ingezet met het arrest PrussenElektra.³⁷ Het Hof kiest andermaal voor een meer restrictieve uitleg van het begrip staatssteun dan de Commissie. Duidelijk is dat de opbrengst van op grond van het nationale recht verplichte heffingen niet zonder meer als staatsmiddelen zijn aan te merken, in tegenstelling tot hetgeen de Commissie tot dusver in haar beschikkingspraktijk heeft aangenomen. Dat de opbrengst van dergelijke heffingen niet als staatsmiddelen kunnen gelden, zegt het Hof niet. Onduidelijk is wat het arrest Pearle zal betekenen voor andere gevallen dan bestemmingsheffingen van bedrijfslichamen. Het antwoord op de prejudiciële vragen van de Hoge Raad is immers erg toegespitst op het geschil tussen Pearle en het HBA. Het lijkt erop dat een optelsom van factoren het Hof tot de conclusie heeft geleid dat van staatssteun geen sprake was. Daarnaast heeft wellicht meegespeeld dat het Hof de 'bom' onder het stelsel van bedrijfs-

lichamen niet tot ontploffing heeft willen brengen.

Uit het arrest is een drietal criteria af te leiden die een rol zouden kunnen spelen in de beoordeling van steunmaatregelen. Het eerste criterium, de omstandigheid dat het initiatief voor de maatregel uitging van de begunstigde ondernemingen, lijkt mij niet bruikbaar in steunzaken. Het tweede criterium, het criterium van overheidsbeleid, is veel beter te hanteren, met name in gevallen waarin steun wordt verleend door een instantie die op enige afstand van de overheid opereert zoals overheidsbedrijven en bedrijfslichamen. Indien het derde criterium, het criterium van de beschikkingsvrijheid over de gelden, onverkort wordt toegepast, zal dit betekenen dat parafiscale heffingen met een duidelijke bestemming per definitie buiten de werkingssfeer van art. 87, lid 1, EG vallen. Uit nadere rechtspraak van het Hof zal moeten blijken of het Hof daadwerkelijk zo ver wil gaan.

Jäger betoogt dat het Hof in het arrest Pearle andermaal benadrukt dat een maatregel alleen dan met staatsmiddelen is bekostigd indien het overheidsbudget direct of indirect wordt geraakt. Het overheidsbudget zou direct worden geraakt in het geval van een klassieke subsidie³⁸. Het overheidsbudget zou indirect worden geraakt wanneer de opbrengst van een parafiscale heffing een financiële last voor de overheid vermindert of wegneemt. Een voorbeeld hiervan is het arrest Enirisorse waarin het Hof de opbrengst van een parafiscale heffing (een havenbelasting) als staatsmiddelen heeft aangemerkt omdat deze diende ter dekking van de kosten van de uitoefening van een publieke taak door een overheidsbedrijf. Deze kosten zouden anders op het overheidsbudget hebben gedrukt.³⁹ Volgens de theorie van Jäger zou de opbrengst van de bestemmingsheffingen van het HBA niet als staatsmiddelen kunnen worden aangemerkt omdat deze diende ter financiering van een activiteit die het budget van de Nederlandse overheid niet belastte. De reclamecampagne hield immers geen verband met een taak van de Nederlandse overheid. De opbrengst van de heffing op grond van het voormalige art. 6 Overgangswet Elektriciteitsproductiesector zou volgens Jäger waarschijnlijk wel als staatsmiddelen moeten worden aangemerkt. Zonder de heffing zou de compensatie voor niet-marktconforme kosten als gevolg van de uitoefening van een publieke taak in het verleden immers op het overheidsbudget hebben gedrukt. De heffing verlostte het overheids-

33 Zoals het Hof in het arrest Wouters de Samenwerkingsverordening 1993 van de Nederlandse Orde van Advocaten als besluit van een ondernemersvereniging aanmerkte (randnr. 71 van het arrest).

34 NMa Richtsnoeren samenwerking bedrijven, randnr. 60.

35 Beschikking van de Europese Commissie van 7 december 1984, Milchförderungsfonds, Pb. L 35 van 7 februari 1985, p. 35-53.

36 Protocol Bestuurskamer SER-NMa, gepubliceerd op: www.nmanet.nl en www.ser.nl

37 Het arrest PrussenElektra is geannoteerd door A. Goossens en S. Emmerechts in *Common Market Law Review* 2001, p. 991-1010.

38 T. Jäger, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2004, p. 558-560.

39 HvJ EG 27 november 2003, Zaak C-34/01-38/01 Enirisorse, n.n.g. randnr. 26.

budget van deze last waardoor de opbrengst van de heffing volgens de theorie van Jäger als staatsmiddelen zouden moeten gelden. Of de lezing van Jäger de juiste is, zal toekomstige rechtspraak van het Hof moeten uitwijzen.

‘Denk heel goed na voor je besluit de schappen op te heffen. Want één ding is zeker: eenmaal afgeschaft komen ze nooit meer terug’, sprak SER-voorzitter Herman Wijffels onlangs tijdens het 50-jarig jubileum van het Bosschap. Het is duidelijk dat de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie ter discussie staat. Haar toekomst is onzeker, maar met de uitspraak van het Hof is de ‘bom onder het middenveld van ondernemend Nederland’ in ieder geval niet tot ontploffing gebracht.