

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 2849-15

Betreft zaak: Allibre/ Gemeente Breda

Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit tot ongegrondverklaring van het bezwaar van Allibre B.V. tegen het besluit van 5 februari 2002.

I. Verloop van de procedure

1. Bij brief van 2 januari 2002 heeft Allibre B.V. (hierna: Allibre) een klacht ingediend bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit tegen de gemeente Breda.
2. Bij besluit van 5 februari 2002 is de klacht afgewezen. De essentie van dit besluit wordt hierna onder III weergegeven.
3. Tegen dit besluit heeft Allibre bij brief van 13 februari 2002, ontvangen op 13 februari 2002, tijdig bezwaar gemaakt.
4. Allibre heeft bij brief van 4 april 2002 te kennen gegeven dat zij af ziet van het recht om gehoord te worden. De gemeente Breda heeft op 15 april 2002 telefonisch laten weten dat ook zij af ziet van het recht om gehoord te worden.

II. De klacht

5. Allibre stelt in haar brief van 2 januari 2002 dat de gemeente Breda misbruik heeft gemaakt van haar economische machtspositie, in de zin van artikel 24, eerste lid, van de Mededingingswet (hierna: Mw), door bij wijze van uitvoering van het bepaalde in artikel 71 van de Algemene Plaatselijke Verordening 1997 (hierna: APV) te bepalen dat het Allibre op grond van het Gemeentelijk Buitenreclameplan Breda (hierna: GBB) verboden is aan haar eigendommen reclameborden te doen plaatsen.

6. Volgens Allibre blijkt uit het GBB dat het motief voor de gemeente Breda om het plaatsen van nieuwe reclameborden niet toe te staan is gelegen in het genereren van inkomsten door de gemeente door zelf aanspraak te maken op de baten uit de plaatsing van reclameborden.
7. Op grond van het GBB mogen alleen op de door de gemeente Breda aangewezen locaties borden worden geplaatst. Uit de bijlage bij het GBB blijkt voorts, aldus Allibre, dat de locatie met nummer 12 de locatie van Allibre is, waardoor zij in beginsel de mogelijkheid zou moeten hebben om een reclamebord te plaatsen. Dit zou echter pas kunnen geschieden op initiatief van de gemeente Breda en wel zodanig dat de baten uit de plaatsing zouden toevloeien aan de gemeente Breda zelf.
8. Allibre verbindt aan het voorgaande de conclusie dat zij nadeel lijdt als gevolg van het beleid van de gemeente Breda doordat het haar verboden wordt de reclamebordruimte te verhuren.
9. Allibre verzoekt de d-g NMa vanwege het voorgaande de gemeente Breda een boete op te leggen, alsmede een last onder dwangsom om aan de overtreding een eind te maken.

III. Het bestreden besluit

10. Ingevolge artikel 24 Mw is het een onderneming die een economische machtspositie heeft, verboden om misbruik te maken van die positie. Overheidsinstanties als gemeenten kunnen slechts een onderneming zijn in de zin van de Mw indien en voorzover zij economische activiteiten ontplooiën. Het verlenen dan wel weigeren van een vergunning om een reclamebord te plaatsen behoort tot de publieke taak van de gemeente Breda en kan als zodanig niet worden aangemerkt als een economische activiteit. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat artikel 24 Mw niet wordt overtreden door de gemeente Breda. De klacht wordt daarom afgewezen.

IV. Gronden van bezwaar

11. Allibre is van mening dat de d-g NMa ten onrechte heeft getoetst aan een formeel criterium. Voor de beoordeling of sprake is van misbruik in de zin van artikel 24 Mw doet het volgens Allibre niet ter zake of het verlenen van vergunningen als economische activiteit of als publieke taak moet worden aangemerkt.
12. Allibre meent dat het er in dit geval om gaat dat de gemeente Breda het vergunningenbeleid inzet en misbruikt om algehele exclusiviteit op de markt van buitenreclame veilig te stellen. Uit het GBB komt volgens Allibre duidelijk naar voren dat het de gemeente Breda om geld te doen is.
13. Ter adstructie verwijst Allibre naar de in de klacht genoemde wettelijke regelingen en het GBB. Uit het GBB blijkt volgens Allibre dat voor het plaatsen op particulier terrein geen vergunningen meer worden afgegeven.
14. Materieel komt volgens Allibre het door de gemeente Breda gevoerde beleid erop neer dat de toegang tot de markt voor buitenreclame wordt verhinderd en de gemeente Breda als enige inkomsten uit reclameborden kan genereren. Langs de weg van de plaatselijke regelgeving wordt de mededinging op de markt voor buitenreclame daardoor totaal onmogelijk gemaakt.
15. Naar de mening van Allibre dient de d-g NMa de vraag te beantwoorden of het de gemeente Breda met bovengenoemd beleid is toegestaan de gehele markt voor buitenreclame exclusief in de handen van een dienst van de gemeente Breda te brengen zonder de Mw te overtreden.

V. Beoordeling

16. Allibre is van mening dat de afwijzing van de vergunning voor het plaatsen van reclamebordreclame door de gemeente Breda op grond van het GBB, in strijd is met artikel 24 Mw aangezien de gemeente Breda door middel van beleid en regelgeving op plaatselijk niveau de gehele markt voor buitenreclame, zoals deze door Allibre is afgebakend, exclusief in de handen van een dienst van de gemeente Breda brengt. Allibre wenst in staat te worden gesteld de markt voor buitenreclame te betreden door het plaatsen van voor verhuur bestemde buitenreclameborden op haar eigen terrein.

Voor het plaatsen van deze borden is een vergunning van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Breda vereist. In beginsel kan een ieder, indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan, in aanmerking komen voor een vergunning voor het plaatsen van een reclamebord op de in het GBB aangegeven plaatsen.¹

17. Allibre heeft bij brief van 10 oktober 2001 een vergunning aangevraagd voor het plaatsen van twee reclameborden op particulier terrein, te weten de Ettensebaan 101 te Breda. Bij besluit van 29 november 2001 is de vergunning door Burgemeester en Wethouders geweigerd op grond van het GBB.
18. Nagegaan dient te worden of hetgeen door Allibre te berde is gebracht voor de d-g NMa aanleiding vormt handhavend op te treden jegens de gemeente Breda wegens overtreding van artikel 24 Mw.
19. Op grond van artikel 24, eerste lid, Mw is het ondernemingen verboden misbruik te maken van een economische machtspositie.
20. Het begrip economische machtspositie is in artikel 1, onder i, Mw gedefinieerd als de 'positie van een of meer ondernemingen die hen in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan te verhinderen door hen de mogelijkheid te geven zich in belangrijke mate onafhankelijk van hun concurrenten, hun afnemers of de eindgebruikers te gedragen'. Voor de interpretatie van het verbod van artikel 24 Mw wordt aangesloten bij de interpretatie van artikel 82 EG-verdrag. Daarbij zijn de Europese beschikkingspraktijk en jurisprudentie mede richtinggevend.²
21. Van een overtreding van artikel 24, eerste lid, Mw kan slechts sprake zijn indien de gemeente Breda in het onderhavige geval als onderneming in de zin van de Mededingingswet is aan te merken.
22. Ingevolge artikel 1, aanhef en onder e, Mw wordt in deze wet en de daarop berustende bepalingen onder onderneming verstaan een onderneming in de zin van artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag. Artikel 81, eerste lid, EG-verdrag bevat zelf geen definitie van het begrip.

¹ Particulier terrein is expliciet uitgesloten in het GBB, paragraaf 7.2.

² MvT, TK 1995-1996, 24 707, nr. 3, par. 5.1.2.

23. Het Hof van Justitie van de EG (verder: het Hof) heeft het begrip “onderneming” uitgelegd als “elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd”.³ Het Hof hanteert hierbij een functionele benadering. Deze benadering heeft navolging gevonden in de rechtspraak van de Rechtbank Rotterdam.⁴
24. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof dient in gevallen als het onderhavige te worden bezien of de overheid handelt als onderneming, dat wil zeggen in het kader van de uitoefening van een eigen economische activiteit gericht op het aanbieden van goederen of diensten op de markt, dan wel als overheidsorgaan, dat wil zeggen in het kader van een overheidsprerogatief.⁵ Daarbij is noch de rechtsvorm van het overheidsorgaan, noch de formele status van het handelen bepalend.⁶ Indien economische activiteiten worden uitgeoefend, handelt een gemeente als onderneming.
25. Het is mogelijk dat handelen door de overheid voor een deel aan te merken zijn als economische activiteiten en voor een ander deel typische overheidstaken zijn.⁷
26. De klacht van Allibre richt zich tegen de weigering een vergunning voor het plaatsen van een reclamebord te verlenen. Bezien dient te worden in welke hoedanigheid de gemeente Breda met betrekking tot de weigering van deze vergunning is opgetreden. De - werkelijke - aard van het handelen is daarbij doorslaggevend, waarbij mede betekenis toekomt aan het oogmerk waarmee de activiteiten worden verricht en aan de toepasselijke regelgeving.
27. In het onderhavige geval heeft de gemeente Breda de vergunning afgewezen op grond van het GBB. Het GBB bevat beleidsregels in de zin van titel 4.3 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) ter invulling van bevoegdheden op grond van de Algemene Plaatselijke Verordening 1997 (hierna: APV) en de Buitenruimteverordening van de gemeente Breda. Beide verordeningen zijn tot stand gebracht op basis van de bevoegdheid die het gemeentebestuur krachtens artikel 108 Gemeentewet toekomt. Een beschikking tot het verlenen van dan wel weigeren van een vergunning voor het plaatsen van handelsreclame op particuliere gronden, behoort tot een van de taken die de gemeente Breda op grond van de APV toekomt.

³ Zie o.a. HvJ 23 april 1991, Höfner en Elser t. Macroton, C-41/90, J.r. 1991, I-1979.

⁴ Zie o.a. Rechtbank Rotterdam 1 augustus 2001, MEDED 99/1690-SIMO, Van Vollenhove Olie BV.

⁵ HvJEG 19 januari 1994, zaak C-364/92, SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol, J.r. 1994, I-55. HvJEG 18 maart 1997, zaak C-343/95, Diego Cali/ Servizi ecologici Porto di Genova, J.r. 1997, I-1580.

⁶ Rechtbank Rotterdam, 1 augustus 2001, MEDED 99/1690-SIMO, Van Vollenhoven Olie BV.

⁷ Rechtbank 1 augustus 2001, MEDED 99/1784-SIMO, Amsterdamse Bloemenmarkt.

28. Blijkens het GBB is het plan ingegeven om knelpunten met betrekking tot het gebruik van de openbare ruimte voor reclame-uitingen op te lossen⁸. Het gaat daarbij om het waarborgen van de kwaliteit van de openbare ruimte, welk belang de gemeente als overheid dient. Daaraan staat niet in de weg dat bij het plan tevens financiële motieven zijn betrokken.⁹
29. Gelet op het vorenstaande zijn de handelingen van de gemeente Breda niet ingegeven door ondernemersoverwegingen, maar vervulde de gemeente Breda geen andere rol dan die van overheid. De gemeente Breda beoogde de kwaliteit van de openbare ruimte te vrijwaren van aantasting door een wildgroei aan reclame-uitingen. Een beschikking inzake vergunningverlening behoort tot de publieke taak van de gemeente Breda en kan als zodanig niet worden aangemerkt als economische activiteit.
30. Aan het voorgaande doet niet af dat de gemeente Breda daarnaast een economische activiteit uitoefent door reclameborden te plaatsen en deze vervolgens te verhuren.
31. Allibre klaagt met name over het feit dat zij geen vergunning heeft gekregen voor het plaatsen van een reclamebord en daardoor de markt niet kan betreden. Het handelen van de gemeente Breda waar het hier met name om gaat, het verlenen van vergunningen voor het plaatsen van reclameborden, is aan te merken als een overheidsprerogatief. De gemeente Breda heeft in deze zaak derhalve niet gehandeld als een onderneming in de zin van artikel 1, sub f, Mw.
32. Nu de gemeente Breda niet heeft gehandeld als onderneming in de zin van de Mededingingswet, kan van een overtreding van artikel 24, eerste lid, Mw geen sprake zijn. Het feit dat het overheidshandelen een zeker economisch - of eventueel zelfs mededingingsbeperkend - effect zou kunnen hebben, is bij een beoordeling als de onderhavige niet doorslaggevend.¹⁰
33. Tenslotte merkt de d-g NMa op dat voorzover de klacht van Allibre zich richt op het beleid van de gemeente Breda met betrekking tot de verlening van vergunningen voor reclameborden, de rechtmatigheid van dit beleid gezien het publiekrechtelijk karakter, niet in een procedure in het kader van de Mededingingswet aan de orde kan komen.

⁸ GBB pagina 1, paragrafen 1.1 en 1.2.

⁹ Rechtbank Rotterdam, 1 augustus 2001, MEDED 99/1690-SIMO, Van Vollenhoven Olie BV.

¹⁰ Rechtbank 1 augustus 2001, MEDED 99/1784-SIMO, Amsterdamse Bloemenmarkt.

VI. Beslissing

34. De directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit verklaart het bezwaar van Allibre B.V. tegen zijn besluit van 5 februari 2002 ongegrond.

Datum: 8 mei 2002

w.g. A.W. Kist
Directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking van dit besluit een beroepschrift indienen bij de arrondissementsrechtbank te Rotterdam, sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam