

Vergaderjaar 2007–2008

**31 354**

**Wijziging van de Mededingingswet ter invoering van regels inzake ondernemingen die deel uitmaken van een publiekrechtelijke rechtspersoon of die hiermee zijn verbonden (aanpassing Mededingingswet ter invoering van gedragsregels voor de overheid)**

**Nr. 3****MEMORIE VAN TOELICHTING<sup>1</sup>**

<b>1.</b>	<b>Algemeen</b>	<b>2</b>	<b>3.</b>	<b>Handhaving van de gedragsregels</b>	<b>18</b>
1.1	Inleiding	2	3.1	Hoofdpijnen	18
1.2	Voorgeschiedenis	2	3.1.1	<i>De NMa als toezichthouder</i>	18
1.3	Aard van de problematiek	4	3.1.2	<i>De positie van de benadeelde ondernemer</i>	18
1.4	Omvang van de problematiek	6	3.2	Bestuursrechtelijke handhaving	19
1.4.1	<i>De overheid als ondernemer</i>	6	3.2.1	<i>De positionering van de NMa</i>	19
1.4.2	<i>Klachten van het bedrijfsleven</i>	7	3.2.2	<i>Handhavingsmaatregelen</i>	20
1.5	Onvoldoende remedie bestaande instrumenten	8	3.3	Civielrechtelijke handhaving	20
1.6	Noodzaak van een wettelijke regeling	10			
<b>2.</b>	<b>Inhoud van het wetsvoorstel</b>	<b>10</b>	<b>4.</b>	<b>Relatie met andere regelgeving</b>	<b>210</b>
2.1	Hoofdpijnen	10	4.1	Sectorspecifieke uitzonderingen	21
2.1.1	<i>Invoering van gedragsregels</i>	10	4.1.1	<i>Publieke omroep</i>	21
2.1.2	<i>Uitgangspunten</i>	11	4.1.2	<i>Onderwijs en onderzoek</i>	21
2.1.3	<i>Verhouding met staatssteunregels</i>	11	4.1.3	<i>Sociale werkplaatsen</i>	22
2.1.4	<i>Reikwijdte</i>	12	4.2	<i>Wet op de vennootschapsbelasting</i>	22
2.1.5	<i>Flankerend beleid</i>	13	<b>5.</b>	<b>Buitenlandtoets</b>	<b>23</b>
2.2	De gedragsregels	13	<b>6.</b>	<b>De gevolgen van het wetsvoorstel</b>	<b>26</b>
2.2.1	<i>Verplichting tot doorberekening van alle kosten</i>	13	6.1	Bedrijfeffectentoets	26
2.2.2	<i>Verbod op exclusief gegevensgebruik</i>	14	6.2	Gevolgen voor decentrale overheden	26
2.2.3	<i>Verbod op functievermenging</i>	15			
2.2.4	<i>Bevoordelingsverbod inzake overheidsbedrijven</i>	15	<b>7.</b>	<b>Consultatie</b>	<b>27</b>
2.3	Verhouding met andere regelgeving ter voorkoming van oneerlijke concurrentie	16	<b>8.</b>	<b>Uitvoeringstoets</b>	<b>29</b>
2.3.1	<i>De Aanwijzingen voor het verrichten van marktactiviteiten door de rijksdienst</i>	16		<b>Artikelen</b>	<b>30</b>
2.3.2	<i>Transparantiebepalingen</i>	16			
2.3.3	<i>Verbod van misbruik van een economische machtspositie</i>	17			
2.3.4	<i>Buitenlandse ondernemingen</i>	17			

<sup>1</sup> Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

## **1. ALGEMEEN**

### **1.1 Inleiding**

Het voorliggende wetsvoorstel stelt regels voor het gedrag van overheden op de markt. Deze regels worden in de Mededingingswet opgenomen. Het wetsvoorstel geeft daarmee uitvoering aan het kabinetsstandpunt over de alternatieve aanpak van de problematiek van markt en overheid (Kamerstukken II 2003/2004, 28 050, nr. 7).

Dit wetsvoorstel heeft tot doel het creëren van zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen overheden die als aanbieder van goederen of diensten aan derden optreden (ondernemer) enerzijds en andere, particuliere ondernemingen anderzijds. Hierdoor neemt de ruimte om te ondernemen voor het private bedrijfsleven toe. Dit komt het innovatieve vermogen van de Nederlandse economie ten goede. Een gelijk speelveld tussen overheden en ondernemingen draagt in beginsel het meeste bij aan de bevordering van de welvaart (CPB, *Equal Rules or Equal Opportunities? Demystifying Level Playing Field*, Den Haag, 2003). Ook de OESO benadrukt in een rapportage over Nederland dat wet- en regelgeving gericht op het voorkomen van oneerlijke concurrentie («competitive neutrality») potentieel grote voordelen kan hebben (OESO, *Economic Surveys: The Netherlands*, Parijs, december 2005, blz. 91 en 97).

Nederland staat in zijn aanpak niet alleen. Veel landen zien de voordelen van de bevordering van eerlijke concurrentieverhoudingen tussen publieke en private partijen. Bijna alle overheden van de OESO-landen kennen dan ook enige vorm van beleid en regelgeving gericht op de bevordering van eerlijke concurrentieverhoudingen tussen publieke en private partijen. De uitwerking verschilt per land, bijvoorbeeld via mededingingswetgeving of via maatregelen op het vlak van corporate governance (OESO, *Roundtable on regulating market activities by the public sector, background note by the Secretariat*, DAFFE/COMP(2004)18, Parijs, 17 mei 2004, p. 4 en 37).

De verhouding tussen overheid en marktpartijen is sinds ruim tien jaar onderwerp van discussie. In dit kader bestaan veel onnodige misverstanden. Met het oog hierop wordt onderstreept dat dit wetsvoorstel niet gaat over de beantwoording van de vraag wat het publieke belang is of zou moeten zijn. Evenmin gaat dit wetsvoorstel over transacties binnen de overheid (zelfvoorziening). En ten slotte gaat dit wetsvoorstel niet over de keuze van de overheid van een ordeningsinstrument. De overheid is, gegeven de spelregels die het wetsvoorstel kent, vrij in haar keuze om te kiezen voor het zelf aanbieden van een product of een dienst, of het in de markt aanbesteden daarvan. Het wetsvoorstel richt zich uitsluitend op het voorkomen van oneerlijke concurrentie als de overheid (direct of indirect) als ondernemer optreedt, door het stellen van gedragsregels ten aanzien van dat optreden.

### **1.2 Voorgeschiedenis**

Dit wetsvoorstel kent een lange voorgeschiedenis. In de jaren tachtig van de vorige eeuw kampte de overheid met een zeer hoog financieringstekort. De sanering van de overheidsfinanciën die naar aanleiding hiervan door de toenmalige kabinetten in gang is gezet, leidde – onder andere – tot aanzienlijke bezuinigingen bij overheidsorganisaties en gesubsidieerde instellingen. Veel organisaties zijn in reactie hierop activiteiten op de markt gaan verrichten met als doel de terugval in inkomsten te kunnen compenseren. Voor een aantal organisaties heeft dit positieve effecten gehad. Organisaties zijn zich beter bewust geworden van de kosten en soms is een bepaalde synergie bereikt met de publieke taak. Hierbij werd evenwel uit het oog verloren dat publieke organisaties oneigenlijke voordelen op de markt kunnen hebben ten opzichte van particuliere onderne-

mingen, wat marktverstoringen tot gevolg kan hebben. Het vaker optreden van de overheid op de markt leidde tot een toenemend aantal klachten.

In het kader van de operatie Marktwerking, deregulering en wetgevingskwaliteit is eind 1995 een werkgroep ingesteld om de «markt en overheid» problematiek te onderzoeken en oplossingen hiervoor aan te dragen. Begin 1997 heeft deze werkgroep een kader aangedragen voor de aanpak van deze problematiek. Dit kader droeg het karakter van een verbodstelsel. Het toenmalige kabinet heeft in zijn standpunt bij dit rapport aangegeven de aanbevelingen te onderschrijven en te streven naar een wettelijk eindperspectief (kamerstukken II, vergaderjaar 1996/97, 24 036, nr. 45). Naar aanleiding hiervan zijn de «Aanwijzingen inzake het verrichten van marktactiviteiten door organisaties binnen de rijksdienst» opgesteld.

In het regeerakkoord van augustus 1998 is het voornemen om te komen tot een wettelijke regeling bevestigd (Kamerstukken II, 1997–1998, 26 024, nr. 10). In oktober 2001 heeft het kabinet vervolgens het wetsvoorstel Regels omtrent marktactiviteiten van overheidsorganisaties en omtrent ondernemingen die van overheidswege over een bijzondere positie beschikken (Kamerstukken II, 2001/02, 28 050, nr. 1–3, hierna: wetsvoorstel markt en overheid) ingediend. Dit wetsvoorstel strekte ertoe door derden afdwingbare regels te stellen voor het betreden van markten door overheidsorganisaties en voor het gedrag op de markt van overheidsorganisaties en van ondernemingen die van overheidswege over een bijzondere positie beschikken. Op dit wetsvoorstel is van diverse kanten kritiek geuit. Zo zou de reikwijdte onduidelijk zijn gelet op de gehanteerde begrippen, zou de autonomie van overheden te veel worden beperkt, er bestond een risico op juridisering van het openbaar bestuur en andere instrumenten zouden al een voldoende oplossing bieden.

Mede naar aanleiding van de vele vragen en kritiek in de samenleving heeft het kabinet in augustus 2002 de Tweede Kamer der Staten-Generaal verzocht de behandeling van het Wetsvoorstel markt en overheid aan te houden in verband met de heroverweging daarvan (brief van 30 augustus 2002, 02M437 766). Het kabinet Balkenende 2 heeft vervolgens in februari 2004 een alternatieve aanpak van de «markt en overheid»-problematiek voorgesteld (Kamerstukken II 2003/2004, 28 050, nr. 7), rekening houdend met de geuite kritiek op het oude wetsvoorstel markt en overheid. Het huidige instrumentarium biedt volgens de regering onvoldoende mogelijkheden om in de al langlopende problematiek van markt en overheid te kunnen voorzien. De alternatieve aanpak omvat een verduidelijking van de reikwijdte van de wetgeving door aan te sluiten bij bestaande begrippen en het vervallen van de regels voor het betreden van de markt naar aanleiding van de bezwaren inzake de autonomie van de overheid en inzake juridisering. Het eerder ingediende wetsvoorstel is ingetrokken.

Op 9 september 2004 is tijdens een algemeen overleg de alternatieve aanpak met de Tweede Kamer besproken (kamerstukken II, vergaderjaar 2004–2005, 28 050, nr. 9). Tijdens dit overleg heeft de Kamer ingestemd met de hoofdlijnen van de alternatieve aanpak om gedragsregels voor overheden op de markt op te nemen in de Mededingingswet. Bij brief van 1 september 2005 is de Kamer geïnformeerd over onderzoek inzake de omvang van de problematiek en de uitvoeringskosten, welk onderzoek is verricht ten behoeve van de opstelling van het wetsvoorstel (Kamerstukken II 2003/2004, 28 050, nr. 11).

Bij diverse gelegenheden heeft de Sociaal Economische Raad in adviezen aandacht gevraagd voor het belang van een wettelijke regeling en van het voorkomen van oneerlijke concurrentie door de overheid. Het betreft adviezen van 1999 en 2003 betreffende de problematiek van markt en overheid en het advies «Ondernemerschap voor de publieke zaak» van 2005. De SER is van mening dat de overheid de taak heeft om een gelijk

speelveld te waarborgen in markten waar zowel particuliere bedrijven als (semi-)overheidsbedrijven actief zijn met min of meer vergelijkbare activiteiten.

### 1.3 Aard van de problematiek

Van oudsher treedt de overheid op als aanbieder van zogenaamde collectieve goederen, oftewel goederen of diensten die niet door reguliere marktpartijen (kunnen) worden geleverd omdat daarvoor een markt ontbreekt. Hierbij kan gedacht worden aan dijken en defensie. In aanvulling hierop is de overheid, bijvoorbeeld met het oog op inkomensverdeling, gaan optreden als leverancier van goederen of diensten die ook door particuliere marktpartijen op een open markt (kunnen) worden geleverd. Voorbeelden hiervan zijn het aanbieden van cursussen voor brandveiligheid of het verzorgen van personenvervoer.

De overheid handelt dan als ondernemer en komt in een concurrentieverhouding te staan met particuliere ondernemingen. Dit optreden van de overheid als ondernemer is in beginsel toegestaan. Voor deze toetreding tot een markt heeft de Hoge Raad in het op dit terrein richtinggevende Vecta-arrest (HR 8 maart 1974, NJ 1974, 264) bepaald dat het de Staat vrij staat diensten te verlenen die niet vallen binnen de wettelijke taakomschrijving. De overheid die als aanbieder aan het vrije handelsverkeer deelneemt zonder wettelijke basis handelt daardoor niet onrechtmatig. Er kan naar het oordeel van de Hoge Raad alleen sprake zijn van een onrechtmatige daad van de overheid als de afweging tussen de belangen van de overheid en die van de particuliere ondernemers tot de conclusie leidt dat de gevolgen voor de particuliere ondernemers zo bezwaarlijk zijn dat deze voor hen onevenredig belastend zijn. Deze lijn is in recente jurisprudentie met betrekking tot het militaire brandstofleidingnet door de Hoge Raad bevestigd (HR 21 maart 2003, JOL 2003, 165).

In lijn met bovenstaande uitspraak wordt algemeen aanvaard dat de overheid in een aantal gevallen optreedt als ondernemer. De vraag of dit in een concreet geval wenselijk is hangt af van de politiek-bestuurlijke inschatting van de betrokken overheid of hiermee, binnen eventuele wettelijke beperkingen, haar doelstellingen worden gediend. Dit geldt met name voor overheden met een zogenaamde open huishouding.

Aan het optreden van de overheid als ondernemer is echter het nadeel verbonden dat de mededinging wordt verstoord indien de overheid gebruik maakt van oneigenlijke concurrentievoordelen. Hiernaast gaat ondernemerschap van de overheid gepaard met bestuurlijke risico's voor de continuïteit en betrouwbaarheid van de overheid.

#### *Economische risico's van beïnvloeding van concurrentieverhoudingen*

Oneerlijke concurrentie kan ontstaan doordat een overheidsorganisatie zelf goederen of diensten op een markt aanbiedt en daarbij concurrentievoordelen inzet die zij bezit uit hoofde van haar publieke taak. Overheidsorganisaties kunnen oneigenlijk concurrentievoordeel hebben, bijvoorbeeld als gevolg van het feit dat de overheid de facto niet failliet kan gaan of als zij kruissubsidiëring toepassen tussen enerzijds de collectieve middelen die in het kader van de publieke taak zijn verkregen en anderzijds de goederen en diensten die de organisatie als onderneming aan derden levert.

In onder meer het OECD-document *Roundtable on regulating market activities by the public sector, background note by the Secretariat* (DAFFE/COMP(2004)18, Parijs, 17 mei 2004, p. 19) wordt nader ingegaan op oneigenlijke concurrentievoordelen.

Hiernaast bestaat de mogelijkheid om als overheidsorganisatie een eigen overheidsbedrijf oneigenlijke, niet-marktconforme, voordelen toe te kennen. Voorbeelden hiervan kunnen zijn het exclusief gebruik van gege-

vens die de overheidsorganisatie bij haar publieke taken heeft verkregen of het afdekken van exploitatieverliezen.

Voor zover een overheidsorganisatie als onderneming of een overheidsbedrijf efficiënter handelt en niet gebruik maakt van bovengenoemde concurrentievoordelen, neemt de welvaart toe door dat overheids-optreden. Het optreden van de overheid draagt dan bij aan een goede werking van de betrokken markt.

Als de overheid gebruik maakt van de eerdergenoemde oneigenlijke voordelen is het aannemelijk dat juist een verstoring van de goede werking van markten ontstaat. Hierdoor doet zich mogelijk een welvaartsverlies aan twee kanten voor. Aan de ene kant verliezen efficiënte particuliere ondernemingen marktaandeel of moeten zij mogelijk bepaalde activiteiten beëindigen. Dit zet het innovatieve vermogen van die markt onder druk. Aan de andere kant moet de belastingbetaler meebetalen aan het leveren van goederen en diensten die net zo goed en meestal doelmatiger door de markt geleverd kunnen worden.

Overigens kunnen overheidsorganisaties die als ondernemer actief zijn ook nadelen ondervinden van hun «overheid-zijn». Zo kunnen specifieke voorschriften gelden voor het overheidshandelen op grond van de Algemene wet bestuursrecht, zoals de beginselen van behoorlijk bestuur. De voor overheidsorganisaties geldende en in vergelijking met private partijen afwijkende verantwoordingsen verslaggevingsvereisten en ook beperkingen ten aanzien van financiële structuren en het financiële beleid kunnen nadelig werken voor overheidsorganisaties. Ook kunnen de overheidsorganisaties minder flexibiliteit ervaren in de uitvoering van hun activiteiten vanwege beleid of activiteiten van toezichthouders. Verder kunnen arbeidsvoorwaarden binnen de overheidssector verschillen met die van het particuliere bedrijfsleven waarmede wordt geconcurrereerd (zie o.a. voornoemd OECD-rapport, p. 20). De potentiële nadelen moet een overheidsorganisatie zelf in haar overwegingen betrekken om bepaalde activiteiten wel of niet te gaan uitvoeren. Dit wetsvoorstel richt zich niet op het wegnemen van deze eventuele concurrentienadelen voor overheidsorganisaties.

Naast concurrentieverstoring door het optreden van de overheid als ondernemer, kan ongelijkheid op een markt ook ontstaan door ondernemingen die door de overheid belast zijn met de uitvoering van een deel van de overheidstaak. Voor de uitvoering van deze taak krijgen ondernemingen soms een bepaalde compensatie of een bepaalde bevoegdheid, zoals een bijzonder of een uitsluitend recht, om in de dekking van de kosten te kunnen voorzien. Deze compensatie respectievelijk de bijzondere of uitsluitende rechten voor de uitvoering van overheidstaken, kunnen soms op andere, open markten worden ingezet. Hierdoor kan op die andere markten concurrentieverstoring ontstaan met het daaruit voortvloeiende welvaartsverlies.

Naar aanleiding van klachten over dit soort oneigenlijke en als oneerlijk ervaren concurrentie is in de afgelopen jaren voor sommige sectoren reeds specifieke regelgeving ingevoerd om oneerlijke concurrentie te voorkomen of is hiervoor wetgeving in voorbereiding, dan wel zijn via subsidievoorwaarden voorzieningen getroffen. Deze regulering is er in het algemeen op gericht om in de betrokken sectoren zoveel mogelijk een gelijk speelveld te bereiken. Dit kan door regels te stellen ter voorkoming van oneigenlijk gebruik van publieke middelen, door regels te stellen omtrent het hergebruik van gegevens die zijn verkregen uit de publieke taak of door anderszins het «bijklussen» te beperken. Zo zijn er sectorale regelingen voor het KNMI, de energiesector, de pensioenfondsen, het onderwijs en de zorgsector.

Deze sectorspecifieke regelgeving kan van sector tot sector verschillen. Het nadeel van deze aanpak is dat de wetgeving gericht op het bereiken van een gelijk speelveld en het voorkomen van oneerlijke concurrentie

enigszins fragmentarisch blijft; het voordeel is dat hierdoor maatwerk kan worden geleverd voor de betrokken sector. Nader beschouwd is het zo dat de problematiek van oneerlijke concurrentie in de relevante sectoren afdoende wordt gedekt door de sectorspecifieke regulering. Daarom is een algemene regulering van dit deel van de markt en overheidproblematiek niet meer noodzakelijk en kan dit verder in het kader van dit wetsvoorstel buiten beschouwing blijven.

De regering is zich ervan bewust dat het mogelijk is dat in andere sectoren in de loop van de tijd ook problemen kunnen ontstaan indien in die sectoren ondernemingen belast worden met de uitvoering van een overheidstaak en daarbij bepaalde voordelen genieten die zij elders op andere, open markten kunnen inzetten. De regering zal hier alert op blijven en waar dat noodzakelijk is overwegen voor die sector de nodige randvoorwaarden te stellen.

#### **1.4 Omvang van de problematiek**

Deze paragraaf gaat ten eerste in op de omvang van de economische activiteiten van de overheid. Om een inschatting te kunnen maken van de eventuele versturende werking van deze activiteiten op de concurrentieverhoudingen wordt vervolgens ingegaan op een analyse van klachten van ondernemers op dit terrein door PricewaterhouseCoopers, (*Onderzoek naar de problematiek Markt en overheid*, Den Haag, april 2005, hierna: PwC-onderzoek).

##### *1.4.1 De overheid als ondernemer*

Overheidsorganisaties bieden jaarlijks circa 16 000 goederen en diensten aan op de markt (Andersen, *Onderzoek naar de administratieve lasten veroorzaakt door het wetsvoorstel markt en overheid*, Rotterdam, april 2002, hierna: *Onderzoek administratieve lasten*). Hiermee zijn grote bedragen gemoeid. Zo bedraagt de jaarlijkse omvang van de economische activiteiten van provincies, gemeenten en waterschappen circa € 2,5 miljard (Atos KPMG Consulting, *Onderzoek naar risico's op kruissubsidiëring en functievermenging bij gemeenten, provincies en waterschappen*, oktober 2003, hierna: *Onderzoek kruissubsidiëring en functievermenging*). Uit onderzoek blijkt dat voor dit totaal bij ongeveer € 730 miljoen het risico van kruissubsidiëring relatief hoog is omdat er geen juridische of organisatorische scheiding is tussen de economische activiteiten en overige activiteiten. Het risico van functievermenging speelt bij circa € 1,25 miljard aan omzet. Atos Consulting concludeert in een onderzoek (*«Onderzoek naar de kosten van de aanpassing van de administratie als gevolg van de gedragsregel «verbod op kruissubsidiëring»*, juli 2005) dat een organisatorische of zelfs juridische scheiding van activiteiten (gekoppeld aan een zuivere kostentoerekening) de risico's op kruissubsidiëring kan doen afnemen.

Daarnaast opereren overheidsorganisaties ook op de markt via (financiële) deelnemingen of andere vormen van zeggenschap in overheidsbedrijven. De rijksoverheid, provincies, gemeenten en waterschappen hebben bijvoorbeeld in totaal circa 1900 deelnemingen in overheidsbedrijven. De totale omzet van al deze overheidsbedrijven wordt geschat op zo'n € 25 miljard in 2000 (Atos KPMG Consulting, *Overheidsbedrijven in Nederland, onderzoek naar aantal en omvang*, Den Haag, december 2002, hierna: *Onderzoek overheidsbedrijven*). Bij overheidsbedrijven spelen risico's op kruissubsidiëring en functievermenging niet- tenzij zij mede publieke taken uitvoeren. Het overheidsbedrijf opereert immers als onderneming die juridisch gescheiden is van de overheidsorganisatie. Wel bestaat het risico dat de overheidsorganisaties aan het eigen overheidsbedrijf niet-marktconforme voordelen toekennen, waardoor de concurrentieverhoudingen met andere partijen in die markt worden verstoord.

### 1.4.2 Klachten van het bedrijfsleven

Een andere indicator voor de omvang van de markt en overheid-problematiek zijn de reeds lang bestaande klachten uit het bedrijfsleven over oneerlijke concurrentie door de overheid. Het bedrijfsleven vraagt al geruime tijd aandacht voor de door hen ervaren problemen die verbonden kunnen zijn aan het optreden van de overheid op de markt. Tijdens een persconferentie in 1995 van de Raad van de Centrale Ondernemingsorganisaties, waarin VNO-NCW, MKB-Nederland en LTO-Nederland participeren, werd voor het eerst aandacht gevraagd voor klachten van het bedrijfsleven over oneerlijke concurrentie. Ook nadien heeft het bedrijfsleven herhaaldelijk hiervoor aandacht gevraagd. Mede naar aanleiding van de nog steeds bestaande klachten heeft de SER in 2003 nogmaals aangedrongen op de opstelling van regels die een oplossing bieden voor de problematiek van markt en overheid SER, *Advies Evaluatie en aanpassing Mededingingswet, 2003*)

In de periode 1992–2004 zijn er bij de ministeries van Economische Zaken, van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit circa 400 klachten geregistreerd. Het merendeel van deze klachten is ingediend bij het ministerie van Economische Zaken (319 klachten). Voor de goede orde wordt opgemerkt dat dit ministerie vanaf 1998 het formele klachtenloket is voor klachten over marktactiviteiten van alleen het Rijk. Het aantal ingediende klachten is te zien als het topje van de ijsberg, zo concludeerde Bureau Bartels (Evaluatie van de Aanwijzingen, 2002).

Het gaat om een breed scala aan klachten. Het meest is geklaagd over economische activiteiten van gemeenten (41%), ministeries (21%) en zogenaamde Rechtspersonen met een Wettelijke Taak (18%). Uit de sectoren advies & commerciële dienstverlening (18%), horeca/vrije tijd & vermaak (14%), bouw & onroerend goed (11%) en onderwijs (10%) komen de meeste klachten.

Om zicht te krijgen op de omvang en ernst van de marktverstoring door de economische activiteiten is het bovengenoemde PwC-onderzoek verricht. Volgens dit onderzoek is de ernst van de marktverstoring afhankelijk van (1) de aard van de economische activiteit, (2) de sector waarin deze plaatsvindt en (3) de wijze waarop de marktsector gestructureerd is. Anders gezegd, de gevolgen voor de mededinging en de (hiermee gepaard gaande) welvaartseffecten van de aanwezigheid van de overheid in een markt kunnen op basis van de absolute omvang van de overheidsaanwezigheid alleen niet beoordeeld worden. Het risico op verstoring is het grootst in markten met vrije marktwerking en veel concurrentie én in markten waar sprake is van concurrentie *om* de markt.

Uit de analyses van de klachten blijkt dat het vooral gaat om ingrijpende verstoringen op lokaal en regionaal niveau, bijvoorbeeld als gevolg van de verhuur van dvd's door bibliotheken. Bij negen van de elf onderzochte deelsectoren is sprake van een middelhoge tot hoge mate van concurrentieverstoring. Wel is het van belang te benadrukken dat het hier een overzicht van de onderzochte casus betreft op basis waarvan niet zonder meer conclusies kunnen worden getrokken over de mate van verstoring die plaatsvindt in de sector als geheel.

Voor ondernemers bestaat dikwijls een hoge drempel om tegen de overheid een klacht in te dienen. Ondernemers zijn immers veelal op een andere wijze weer afhankelijk van diezelfde overheid. Daarnaast is het voor ondernemers moeilijk inzicht te krijgen in de financiële betrekkingen tussen de overheid en openbare bedrijven. Ook blijkt «de weg naar het gelijk» een moeizame weg te zijn met allerlei obstakels, bijvoorbeeld de onbekendheid met Europese regelgeving en het feit dat procedures langdurig en ingewikkeld zijn, aldus het PwC-onderzoek. Dat ondernemers terughoudend zijn om een klacht in te dienen is ook bekend van bijvoorbeeld de ervaringen in Australië, waar sinds de invoering van richtlijnen

voor «competitive neutrality» slechts een beperkt aantal klachten is ingediend. Deze terughoudendheid om een klacht in te dienen is enigszins vergelijkbaar met de aarzelingen die ondernemingen hebben om een klacht in te dienen over gebreken in aanbestedingsprocedures. Ook hier is dikwijls sprake van een afhankelijkheidsrelatie met een overheidsorganisatie die de ondernemers niet in gevaar willen brengen. In sectoren waar specifieke markt en overheidsregels zijn ingevoerd (zie paragraaf 1.3) is het aantal klachten in de loop van de tijd in het algemeen afgenomen.

### **1.5 Onvoldoende remedie bestaande instrumenten**

#### *Staatssteun*

Waar geen sectorspecifieke regelgeving is, zoals voor veel overheidsondernemingen geldt, kan via de staatssteunregels in beginsel oneerlijke concurrentie door overheidsondernemingen ten dele worden afgedekt. Zoals wordt aangeduid in de artikelsgewijze toelichting kan ervan worden uitgegaan dat ook de bevoordeling door de overheid van een onderneming die deel uitmaakt van de desbetreffende overheidsorganisatie als steun kan worden aangemerkt.

Zowel juridisch als in de praktijk biedt het staatssteunregime slechts beperkt soelaas, zo wordt ook in het voornoemde PwC-onderzoek geconcludeerd. Er kan sprake zijn van toepasselijkheid van de de-minimis-steun bepalingen, van andere steunmaatregelen die het interstatelijk handelsverkeer niet beïnvloeden en van niet op geld waardeerbare voordelen, zoals bijvoorbeeld functievermenging. In deze gevallen is geen sprake van staatssteun in de zin van artikel 87 van het Verdrag en biedt het staatssteunregime en het toezicht van de Commissie van de Europese Gemeenschappen dan ook geen oplossing.

#### *Mededingingswet*

De Mededingingswet kent als belangrijkste materiële bepalingen een verbod op het maken van mededingingsbeperkende afspraken (artikel 6), een verbod op het misbruik maken van een economische machtspositie (artikel 24) en regels inzake concentraties (hoofdstuk 5). Deze artikelen gelden ook voor de overheid als ondernemer: overheidsorganisaties die economische activiteiten verrichten moeten ook binnen de kaders van de Mededingingswet blijven (zie hiervoor ook antwoorden op de kamervragen van het lid Verdaas, aanhangsel 2003–2004, blz. 1907–1908). Op grond van de Mededingingswet in de huidige vorm kan slechts onder bepaalde omstandigheden worden opgetreden bij markt en overheidproblemen. Dit kan als sprake is van een overheidsorganisatie die misbruik maakt van een economische machtspositie die zij heeft op een bepaalde markt, door willens en wetens een andere ondernemer van de markt te verdringen. In de meeste gevallen is dit niet aan de orde. Bovendien is het vaststellen van een eventuele economische machtspositie en misbruik daarvan zeer moeilijk en kan dit pas na een langdurig onderzoek worden vastgesteld. De Mededingingswet biedt dan ook geen voldoende voorziening om oneerlijke concurrentie door overheidsondernemingen en -bedrijven te voorkomen.

#### *Aanbestedingsrecht*

Krachtens het EG-recht is een overheidsorganisatie of publiekrechtelijke instelling die een opdracht verstrekt voor het verrichten van werken of het leveren van diensten boven een bepaald bedrag, verplicht die opdracht open te stellen voor alle ondernemingen in de Europese Unie (EG-richtlijnen voor levering, werken, diensten en nutssectoren). Het gaat hier om de rol van de overheid als «inkoper» en niet als aanbieder van goederen of diensten op een bepaalde markt. Incidenteel kan hiermee mogelijke oneerlijke concurrentie tussen overheidsondernemingen en particuliere onder-



nemingen worden voorkomen, bijvoorbeeld doordat de lidstaten er op moeten toezien dat overheidsondernemingen die evident tegen abnormaal lage tarieven inschrijven op een andere overheidsopdracht worden geweigerd. Het aanbestedingsrecht biedt echter geen voldoende en structurele oplossing voor de problematiek van markt en overheid.

#### *Organieke regelgeving*

Voor decentrale overheden van provincies, gemeenten en waterschappen gelden regels met betrekking tot de inrichting van hun eigen huishouding. Deze zijn vastgelegd in respectievelijk de Provinciewet, de Gemeentewet en de Waterschapswet. Hierbij zijn onder andere diverse bepalingen opgenomen met betrekking tot de financiële transparantie en verantwoording. Deze organieke wetten bevatten echter geen regels gericht op het voorkomen van het gebruiken van oneigenlijke voordelen bij het handelen als onderneming door de betrokken overheidsorganisatie.

#### *Algemene wet bestuursrecht en Burgerlijk wetboek*

Voor zover er een besluit is genomen dat valt aan te merken als een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht kan in beginsel een beroep worden gedaan op de rechtsbescherming die de Algemene wet bestuursrecht biedt. Voor de problematiek van markt en overheid biedt de rechtsbescherming van de Algemene wet bestuursrecht echter onvoldoende mogelijkheden. In de eerste plaats zullen niet alle economische activiteiten van een overheidsorgaan te herleiden zijn tot een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht. In de tweede plaats is de overheid op grond van de Algemene wet bestuursrecht weliswaar gehouden de betrokken belangen af te wegen maar een concrete norm dat een overheid geen oneerlijke concurrentie mag bedrijven, ontbreekt. In de derde plaats zal mogelijke oneerlijke concurrentie pas achteraf blijken, dat wil zeggen als de economische activiteiten worden uitgevoerd. Alsdan zal in de meeste gevallen de termijn om in bezwaar of beroep te gaan tegen het desbetreffende besluit reeds zijn verstreken.

In een aantal gevallen kan een civiele procedure nog een oplossing bieden voor vermeend oneerlijk gedrag van de overheid als onderneming.

Wanneer geen sprake is van een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht waartegen een met voldoende waarborgen omklede administratieve rechtsgang openstaat, kan een ondernemer kiezen voor de weg van de onrechtmatige daadsactie bij de burgerlijke rechter op grond van artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek. In een dergelijke procedure kan naast schadevergoeding, ook een verbod van het betreffende overheids-handelen worden geëist. Voor een succesvolle actie dient dan wel aan alle eisen van artikel 6:162 te zijn voldaan. Met name de relativiteitseis zal vaak in de weg staan aan een succesvolle actie uit onrechtmatige daad, omdat de overtreden norm lang niet altijd strekt ter bescherming van de belangen van de klagende concurrent.

In het verlengde hiervan valt te denken aan de mogelijkheid ingevolge artikel 3:14 van het Burgerlijk Wetboek voor de burgerlijke rechter overheids-optreden te laten toetsen aan de beginselen van behoorlijk bestuur. Ingevolge de artikelen 3:12 en 3:14 van het Burgerlijk Wetboek en 3:4, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht kunnen privaatrechtelijke handelingen van de overheid (bijvoorbeeld een huurcontract of een contract voor onderhoudswerkzaamheden) getoetst worden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dit blijkt overigens ook uit de vaste jurisprudentie van de Hoge Raad, waarbij het overheidshandelen, ongeacht of het gaat om privaatrechtelijk of publiekrechtelijk optreden, wordt getoetst aan de regels van het publiekrecht, waaronder de beginselen van behoorlijk bestuur (zie o.a. HR 24 april 1992, RvdW 1992, 128 en HR 9 januari 1998, RvdW 1998, 17). Deze toets van privaatrechtelijk handelen van overheidsorganisaties biedt geen voldoende en structurele oplossing voor de problematiek verbonden aan het optreden van de over-

heid als ondernemer. Uit de – beperkte – jurisprudentie blijkt dat deze toetsing marginaal is. Ook is het voor alle betrokken partijen, overheden en bedrijven, in hoge mate onduidelijk aan welke normen de overheid zich moet houden. Pas achteraf kan duidelijkheid worden verkregen of de overheid wel of niet oneerlijke concurrentie heeft bedreven. Dit kan leiden tot langdurige en dure processen. Gelet op deze aspecten biedt artikel 3:14 van het Burgerlijk Wetboek geen adequaat alternatief voor het wetsvoorstel.

De conclusie dat het civiele recht onvoldoende mogelijkheden biedt voor de handhaving van mededingingsregels wordt ondersteund door het rapport van Houthoff Buruma *De mogelijkheden voor civielrechtelijke handhaving van de mededingingsregels in Nederland* (3 november 2005, [www.Houthoff.com](http://www.Houthoff.com)).

### *Aanwijzingen*

Momenteel bestaan voor de rechtspersoon Staat de *Aanwijzingen voor het verrichten van marktactiviteiten door de rijksdienst* (Stcrt. 1998, nr. 95; zie ook de evaluatie van de Aanwijzingen in 2001, Kamerstukken II 2001/2002, 28 000 XIII, nr. 42). Aanwijzingen worden vastgesteld door de Minister-President en zijn interne, bindende regels voor de rijksoverheid. Aanwijzingen kennen in beginsel geen rechten aan derden toe en zijn daarmee voor hen niet afdwingbaar. In dit kader is bovendien van belang dat de problematiek van markt en overheid zich juist voordoet op regionaal en lokaal niveau. Aanwijzingen voor de rijksoverheid kunnen deze problematiek per definitie niet oplossen.

## **1.6 Noodzaak van een wettelijke regeling**

In het voorgaande is geschetst dat er een substantiële problematiek is van oneerlijke concurrentie door de overheid. Slechts een deel van de markt en overheidproblematiek is of kan worden opgelost via bestaande regelgeving, met name sectorspecifieke regelgeving en de Europese regels met betrekking tot staatssteun. Vooral in de bescherming van ondernemers tegen verstoringen op lokale en regionale markten en tegen ongelijkheden die niet op geld waardeerbaar zijn, zoals functievermenging, is er een lacune. Dat deze problematiek nog steeds actueel is kan onder meer worden afgeleid uit het voortduren van klachten van het bedrijfsleven over oneerlijke concurrentie door overheidsondernemingen. Dit alles heeft de regering tot de conclusie geleid dat het noodzakelijk is voor het optreden van overheden een wettelijke regeling te treffen die gericht is op het voorkomen van oneerlijke concurrentie.

## **2. INHOUD VAN HET WETSVOORSTEL**

### **2.1 Hoofdpijnen**

#### *2.1.1 Invoering van gedragsregels*

Zoals beschreven in hoofdstuk 1 gaat het verrichten van economische activiteiten door de overheid gepaard met bepaalde risico's voor de concurrentieverhoudingen. Bestaande, generieke instrumenten zijn ontoereikend om deze risico's voldoende in te dammen. In verband hiermee worden met dit wetsvoorstel regels ingevoerd die specifiek betrekking hebben op de problematiek van «markt en overheid». Doelstelling van het wetsvoorstel is dan ook zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen te creëren tussen overheden en (andere) particuliere ondernemingen, rekening houdend met de specifieke publieke taak van de overheid. Om deze doelstelling te bereiken bevat het wetsvoorstel zogenaamde

gedragsregels die zijn gerelateerd aan de hiervoor bedoelde risico's. De gedragsregels hebben betrekking op de bekostiging van ondernemersactiviteiten, het hergebruik van gegevens die voor de uitvoering van de publieke taak zijn verkregen en het voorkomen van functievermenging. Omdat deze gedragsregels overwegend mededingingsrechtelijk van aard zijn, worden zij in de Mededingingswet opgenomen en houdt de Nederlandse Mededingingsautoriteit toezicht op de naleving ervan.

### *2.1.2 Uitgangspunten*

Bij het opstellen van de gedragsregels zijn de volgende vier uitgangspunten gehanteerd.

Het *eerste* uitgangspunt is het belang van een daadwerkelijk gelijk speelveld op de markt. Voor overheden die als ondernemer actief zijn moeten zoveel mogelijk dezelfde concurrentievoorwaarden gelden als voor «gewone» ondernemingen. Ten einde dit beoogde gelijke speelveld ook daadwerkelijk te kunnen realiseren is essentieel dat bij een verstoring van dat gelijke speelveld een benadeelde ondernemer adequaat en voortvarend kan worden geholpen zonder dat hij als klager in langdurige bureaucratische procedures verzeild raakt.

Het *tweede* uitgangspunt is bestuurlijke autonomie van overheidsorganisaties bij de keuze om de markt te betreden. Het staat overheidsorganisaties, binnen de grenzen van de bestaande wetgeving, vrij economische activiteiten te verrichten dan wel ondernemingen te belasten met de uitvoering van taken van algemeen economisch belang. Hieraan stelt dit wetsvoorstel geen criteria of eisen.

Het *derde* uitgangspunt is dat de gedragsregels zo direct mogelijk aangrijpen bij de (beslissings)bron van de concurrentieongelijkheid. Dit betekent dat het aangrijpingspunt van de gedragsregels voor een overheidsorganisatie die economische activiteiten verricht, die overheid zelf is. Indien een overheidsorganisatie indirect, via een overheidsbedrijf, economische activiteiten verricht, is het aangrijpingspunt eveneens de overheidsorganisatie. Deze overheidsorganisatie kan het overheidsbedrijf in een bevoordeelde positie brengen waardoor de werking van de markt (mogelijk) wordt verstoord. De overheidsorganisatie heeft directe invloed op het gedrag van het overheidsbedrijf en wordt daarom hierop in dit kader aangesproken.

Het *vierde* uitgangspunt is dat zoveel mogelijk wordt aangesloten bij bestaande, bekende begrippen en regelgeving op nationaal en Europees niveau en bij het handhavinginstrumentarium van de Mededingingswet. Anders zou bij betrokkenen gemakkelijk verwarring ontstaan en zou de uitvoeringspraktijk aanzienlijk worden gecompliceerd. De voorgestelde normering maakt onder meer gebruik van de Europeesrechtelijke begrippen economische activiteit en dienst van algemeen economisch belang. Hierdoor worden de bestuurlijke lasten die de naleving van de regels van dit wetsvoorstel veroorzaakt, zoveel mogelijk beperkt. Het uitgangspunt van aansluiting bij EG-recht betreft de vormgeving van het wetsvoorstel en betekent niet dat het wetsvoorstel aansluit bij het EG-recht in de zin van een omzetting of een uitwerking van EG-recht.

### *2.1.3 Verhouding met staatssteunregels*

De problematiek van markt en overheid heeft betrekking op het optreden van de overheid als onderneming of als bestuursorgaan. Het EG-recht adresseert enerzijds ondernemingen (mededingingsregels, opgenomen in de Mededingingswet) en anderzijds de overheid, onder meer door middel van de regels inzake staatssteun. Zoals aangeduid in paragraaf 1.5 wordt de problematiek van markt en overheid slechts voor een deel door deze regels gedekt. Hieronder wordt ingegaan op de samenhang van de

gedragsregels met de staatssteunregels. In paragraaf 2.3 wordt nader ingegaan op de verhouding met het mededingingsrecht.

De staatssteunregels hebben enerzijds een breder bereik en anderzijds een smaller bereik dan de gedragsregels. Zij hebben betrekking op steun aan «bepaalde ondernemingen», ongeacht of deze deel uitmaken van de overheid, maar alleen voor zover de steun interstatelijk effect heeft. Dit wetsvoorstel beperkt zich tot een voorziening ter voorkoming van oneerlijke concurrentie *door de overheid*. Over mogelijke oneerlijke concurrentievervalsing door steunverlening aan private partijen op nationaal niveau worden zelden of nooit klachten ingediend. Er is derhalve geen noodzaak een nationale pendant van het Europese staatssteunverbod in te voeren. Toepassing van de gedragsregels ongeacht of sprake is van interstatelijke effecten zou leiden tot een zekere doublure in normering. Ingevolge de staatssteunregels is het in beginsel niet toegestaan dat een overheid economische activiteiten uit de algemene middelen financiert. De gedragsregels inzake de bekostiging van ondernemersactiviteiten uit de algemene middelen (integrale kostendoorberekening en bevoordelingsverbod) hebben grosso modo dezelfde strekking. Parallele toepasselijkheid van deze gedragsregels en de staatssteunregels zou betekenen dat gelijktijdig toezicht van de Commissie op grond van de staatssteunregels en van de NMA op grond van de gedragsregels zou plaatsvinden. Om dit te voorkomen is gekozen voor een complementair systeem waarin hetzij het staatssteunregime van toepassing is, hetzij de gedragsregels van toepassing zijn. Indien sprake is van staatssteun die binnen de sfeer van het verdrag valt – zodat de Commissie een toezichthoudende rol heeft –, zijn de gedragsregels derhalve niet van toepassing.

In dit wetsvoorstel is niet gekozen voor het zonder meer overnemen van de bewoordingen van het Verdrag inzake staatssteun. De gedragsregels zijn toegesneden op de concrete problematiek van markt en overheid en zijn daarom meer specifiek dan het staatssteunverbod. Niettemin hebben zoals gezegd de hiervoor bedoelde gedragsregels inzake bekostiging nagenoeg dezelfde strekking als het staatssteunverbod: een dergelijke financiering is alleen toelaatbaar indien het publieke belang in het geding is.

#### *2.1.4 Reikwijdte*

De reikwijdte van de gedragsregels wordt bepaald door een aantal factoren. Om te beginnen moet sprake zijn van een overheidsorganisatie. Onder overheidsorganisaties worden in dit wetsvoorstel verstaan het rijk, de provincies, de gemeenten, de waterschappen en de zelfstandige bestuursorganen die een publiekrechtelijke status hebben. Ook gemeenschappelijke regelingen die geen eigen rechtspersoonlijkheid hebben, worden als overheidsorganisatie beschouwd.

Voorts heeft het wetsvoorstel alleen betrekking op overheidsorganisaties die een economische activiteit verrichten of laten verrichten door een aan hen gerelateerd overheidsbedrijf. Onder een economische activiteit wordt verstaan het aanbieden van goederen of diensten aan derden op een bepaalde markt.

Een overheid kan haar publieke taak uitvoeren door middel van economische activiteiten. Voor zover dit leidt tot concurrentievervalsing kan dit worden gerechtvaardigd door het publiek belang dat met het verrichten en financieren van deze activiteiten is gemoeid. Om die reden worden in de gedragsregels uitzonderingen gemaakt voor gevallen waarin het publiek belang noopt tot de financiering van de desbetreffende activiteiten.

Zoals aangeduid in paragraaf 2.1.3 gelden de gedragsregels alleen indien geen sprake is van staatssteun in de zin van artikel 87, eerste lid, van het EG-Verdrag.

Gegeven de wenselijkheid van een eenduidig regime geldt het wetsvoor-

stel in beginsel voor alle sectoren waarin de overheid optreedt als aanbieder van producten of diensten. Voor enkele sectoren zijn uitzonderingen gemaakt, te weten voor onderwijs en onderzoek, de publieke omroep en, tot op zekere hoogte, sociale werkplaatsen. Het betreft sectoren waar veelal organisaties met een publiekrechtelijke respectievelijk privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid naast elkaar opereren en waarvoor reeds een wettelijk regime geldt dat eveneens effectief is in het bevorderen van gelijke concurrentieverhoudingen. Om die reden bevat het wetsvoorstel een uitzondering voor de genoemde sectoren. Overigens zijn de boekhoudkundige verplichtingen die voortvloeien uit de Transparantierichtlijn onverkort van toepassing.

Het wetsvoorstel geldt niet voor economische activiteiten ten behoeve van andere overheden. Men kan spreken van een vorm van zelfvoorziening binnen het totale «overheidsconcern».

### *2.1.5 Flankerend beleid*

Vanwege de aard van de problematiek van markt en overheid is louter de invoering van wettelijke gedragsregels niet voldoende. Voorlichting is van essentieel belang opdat overheden kunnen anticiperen op en omgaan met de gedragsregels. Toepassing van de gedragsregels leidt ertoe dat overheden meer oog krijgen voor de mededingingsaspecten van overheidsmaatregelen. De resultaten zullen overigens voor een belangrijk deel pas na verloop van jaren zichtbaar zijn, zoals ook het geval is bij de toepassing van aanbestedings- en staatsteunregels. De evaluatie die na vijf jaar is voorzien, biedt een handvat de gedragsregels waar nodig bij te stellen.

## **2.2 De gedragsregels**

### *2.2.1 Verplichting tot doorberekening van alle kosten*

Overheidsorganisaties dienen zodanige prijzen voor economische activiteiten vast te stellen dat deze activiteiten ten minste kostendekkend zijn. Dat betekent dat alle kosten, zowel de directe kosten als de indirecte kosten, worden doorberekend in de prijs van het product. Dit kan worden aangeduid als de verplichting tot doorberekening van de integrale kosten. Deze verplichting sluit aan bij het *market economy investor principle* van het EU-staatssteunrecht. Een integrale kostprijs verdient de voorkeur boven het hanteren van een marktprijs of een marginale kostprijs als minimale verkoopprijs.

Een norm die is geënt op de *marktprijs* kan gemakkelijk leiden tot rechtsonzekerheid voor betrokken overheden en ondernemers. De afbakening van de relevante product- en geografische markt die cruciaal is voor de vaststelling van de relevante marktprijs, is complex en kan op verschillende wijzen plaatsvinden. En tevens is niet eenduidig vast te stellen hoe de aanbiedende overheid moet omgaan met kwaliteitsverschillen tussen haar producten of diensten en die van concurrerende ondernemingen. Met een norm op basis van de *marginale kosten* zou het doel van het wetsvoorstel om eerlijke concurrentieverhoudingen te creëren, niet worden bereikt. Dan zou de overheid bevoordeeld blijven omdat de vaste productiefactoren niet behoeven te worden doorbelast maar met belastinginkomsten gefinancierd kunnen worden. Dit zou op de middellange en lange termijn leiden tot het wegdrukken van private ondernemers van de markt en daardoor vernieuwing belemmeren. Bovendien zou een norm op basis van de marginale kosten bevorderen dat meer capaciteit aan (duurzame) kapitaalgoederen in stand wordt gehouden dan noodzakelijk is voor het borgen van de publieke taak.

Een overheidsorganisatie verricht soms economische activiteiten ter uitvoering van de publieke taak. Onder omstandigheden kan de verplichte doorberekening van alle kosten de uitvoering van die publieke taak

verhinderen. Het onder de kostprijs aanbieden van economische activiteiten kan immers een motief voor overheidsoptreden zijn. Hierdoor kan bijvoorbeeld een ruime verspreiding van een goed of dienst worden bewerkstelligd, overeenkomstig de doelstelling van de desbetreffende overheid. Daarom is voorzien dat doorberekening van kosten niet is verplicht indien en voor zover daardoor de uitvoering van een publieke taak wordt verhinderd. Als voorbeelden kunnen worden genoemd het aanbieden van zwemonderwijs, het exploiteren van culturele voorzieningen onder de kostprijs en de maatschappelijke dienstverlening die Defensie verricht- voor zover deze activiteiten van Defensie economisch van aard zijn.

Het EG-recht kent een soortgelijke uitzondering: in artikel 86, tweede lid, van het Verdrag wordt een (geclausuleerde) uitzondering gemaakt voor diensten van algemeen economisch belang (DAEB's). In de regels voor staatssteun geldt een soepeler regime voor DAEB's ingevolge de beschikking van de Commissie van de Europese Gemeenschappen van 28 november 2005 (2005/842/EG, L 312/67) met betrekking tot de compensatie van diensten van algemeen economisch belang en de communautaire kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst (29 november 2005, PbEU C297).

De overheid dient te beoordelen of sprake is van een publieke taak ter financiering waarvan algemene middelen moeten worden aangewend. Voor de rijksoverheid bestaat een leidraad voor die beoordeling in de vorm van de Aanwijzingen inzake het verrichten van marktactiviteiten door organisaties binnen de rijksdienst (zie ook paragraaf 2.3.1).

### *2.2.2 Verbod op exclusief gegevensgebruik*

Het kunnen benutten van informatie waarover anderen niet kunnen beschikken is vaak van onschatbare waarde voor het opereren op een markt. Voor zover deze gegevens zijn verkregen bij marktconform opereren op een open markt is daar niets op tegen. Anders komt de zaak te liggen als het gaat om het gebruik van gegevens die door de overheid zijn verkregen bij de uitoefening van haar publieke taak. Deze gegevens vertegenwoordigen een grote waarde. Zo werd in 2000 de totale economische waarde van overheidsinformatie in de toenmalige Europese lidstaten op 68 miljard euro geschat (Commercial exploitation of Europe's public sector information, studie in opdracht van de Commissie van de Europese Gemeenschappen). De beschikbaarheid van deze gegevens kan voor overheidsorganisaties die op een markt actief zijn, gepaard gaan met een vorm van oneigenlijk concurrentievoordeel. Deze organisaties verzamelen immers voor de uitvoering van hun publieke taak gegevens, die soms niet voor derden in een dergelijke vorm beschikbaar (mogen) zijn. Dergelijke bestanden kunnen persoonsbestanden zijn. Het kunnen ook meer feitelijke bestanden zijn, zoals geologische informatie over bodemschatten.

Met betrekking tot het hergebruik van overheidsinformatie geldt sinds 1 januari 2004 de Richtlijn inzake het hergebruik van overheidsinformatie (Richtlijn 2003/98/EG, PbEG L 345/90). Deze richtlijn strekt ertoe een algemeen kader tot stand te brengen voor de voorwaarden voor het hergebruik van overheidsdocumenten. Indien een overheid van oordeel is dat documenten mogen worden hergebruikt, dienen deze op eerlijke, evenredige en niet-discriminatoire voorwaarden ter beschikking te worden gesteld voor hergebruik. De implementatie van deze richtlijn heeft plaatsgevonden door middel van een wijziging van de Wet openbaarheid van bestuur (Staatsblad 2006, 25).

In artikel 10, tweede lid, van de hiervoor genoemde richtlijn is geregeld dat bij hergebruik door een openbaar lichaam voor een ander doel dan de eigen publieke taak dezelfde vergoeding en dezelfde voorwaarden gelden als voor andere gebruikers. Dit non-discriminatieverbod is als art. 11f in de Wet openbaarheid van bestuur opgenomen. Deze bepaling heeft alleen

betrekking op gegevens die openbaar zijn op grond van een wettelijke regeling. Het is mogelijk dat een overheidsorganisatie gegevens die in het kader van de publieke taak zijn verkregen, gebruikt voor andere, commerciële activiteiten zonder dat deze gegevens openbaar zijn of zijn geworden. Voor die situatie bevat het onderhavige wetsvoorstel een aanvulling op de Wet openbaarheid van bestuur: gegevens die in het kader van de publieke taak zijn verkregen, mogen alleen voor andere activiteiten worden gebruikt indien die gegevens ook aan derden beschikbaar kunnen worden gesteld. Deze gegevens moeten dan onder dezelfde voorwaarden aan derden ter beschikking worden gesteld als de voorwaarden die gelden voor het eigen gebruik.

### *2.2.3 Verbod op functievermenging*

Met functievermenging wordt bedoeld de situatie dat taken en bevoegdheden met betrekking tot economische activiteiten enerzijds en de uitoefening van bestuurstaken die daar op een bepaalde wijze een relatie mee hebben anderzijds bij dezelfde persoon berusten. Op dit punt zijn diverse malen klachten door het bedrijfsleven ingediend (zie ook SEO, *Marktwerving in Mokum*, Amsterdam, december 2003). Een sector waar een aanzienlijk risico bestaat op functievermenging is de grondexploitatie (zie het in paragraaf 1.4.1 genoemde onderzoek van ATOS uit oktober 2003), omdat er geen juridische of organisatorische scheiding is tussen de economische en andere activiteiten.

Het feit dat een overheidsorganisatie economische activiteiten verricht in een sector waarop zij tevens publiekrechtelijke bevoegdheden heeft, kan immers bij de afnemers de verwachting wekken dat het toezicht op de door die overheidsdienst geleverde producten of diensten minder streng zal zijn of dat een benodigde vergunning eerder zal worden verstrekt. Bij een zodanig concurrentievoordeel voor de overheidsorganisatie kunnen andere marktpartijen, hoe betrouwbaar zij ook zijn of hoe goed hun product ook is, hun positie niet handhaven.

De SER adviseert op dit punt om evidente gevallen van functievermenging te voorkomen. Ook vanuit een oogpunt van integriteit van het openbare bestuur is het wenselijk dat van overheidswege zelfs de schijn van belangenverstremgeling wordt vermeden. Zonder een functiescheiding kan altijd de schijn ontstaan van belangenverstremgeling, ook al hoeft in deze situaties niet per definitie sprake te zijn van niet-objectief of niet-integer overheidshandelen. Dit wetsvoorstel bevat daarom de gedragsregel dat een overheidsorganisatie in een dergelijke situatie voorkómt dat dezelfde personen betrokken zijn bij zowel de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden als bij het verrichten van economische activiteiten die hiermee verband houden.

### *2.2.4 Bevoordelingsverbod inzake overheidsbedrijven*

Een overheidsorganisatie kan haar ondernemingsactiviteiten laten uitvoeren door een overheidsbedrijf, dat wil zeggen een bedrijf waarvan zij het beleid kan bepalen. Voorbeelden zijn de Schiphol Group en Holland Casino. Ook dan kan sprake zijn van oneerlijke concurrentie, namelijk in het geval dat de activiteiten worden bekostigd met middelen die van de overheid zijn verkregen. Toepassing van de verplichting tot kostendoorberekening op overheidsbedrijven zou de armslag van overheidsbedrijven bij de prijsstelling van producten en diensten onnodig beperken. Zoals reeds toegelicht in paragraaf 2.1.2 verdient het de voorkeur de desbetreffende overheid te verbieden om algemene middelen beschikbaar te stellen. Daarom is in dit wetsvoorstel een verbod voor overheidsorganisaties opgenomen om hun eigen overheidsbedrijven te bevoordelen. Dit verbod betreft niet alleen de verstrekking van gelden, maar ook bijvoor-

beeld het laten gebruiken van de naam van de overheid en van goederen – zonder dat hiervoor ten minste de kostprijs in rekening wordt gebracht. Evenals bij de uitvoering van economische activiteiten door de overheid zelf kunnen in het algemeen belang redenen zijn gelegen voor de bekostiging van activiteiten van overheidsbedrijven uit de algemene middelen. Alsdan wordt een uitzondering gemaakt op het bevoordelingsverbod.

### **2.3 Verhouding met andere regelgeving ter voorkoming van oneerlijke concurrentie**

In deze paragraaf wordt niet nader ingegaan op de staatssteunregels van de Europese Gemeenschappen. In paragraaf 2.1.3 is reeds aangeduid dat de gedragsregels complementair zijn aan de staatssteunregels. Indien sprake is van staatssteun die binnen de sfeer van het verdrag valt, gelden de gedragsregels niet.

#### *2.3.1 De Aanwijzingen voor het verrichten van marktactiviteiten door de rijksdienst*

De in paragraaf 1.5 genoemde Aanwijzingen voor het verrichten van marktactiviteiten door de rijksdienst bevatten zowel beperkingen ten aanzien van het gaan verrichten van economische activiteiten door de rijksoverheid (zogenaamde toetredingsregels) als randvoorwaarden voor het verrichten van deze activiteiten (gedragsregels). De Aanwijzingen zullen worden aangepast overeenkomstig dit wetsvoorstel. Voorzien is dat de toetredingsregels in procedurele zin zullen worden vereenvoudigd. In gevallen dat thans een besluit van de Ministerraad inzake toetreding is vereist, zal de verantwoordelijke minister in overeenstemming met de minister van Economische Zaken, als eerstverantwoordelijke voor het waarborgen van eerlijke concurrentie, een besluit over toetreding tot de markt kunnen nemen. Alleen in gevallen waarbij geen overeenstemming tussen beide ministers wordt bereikt, is besluitvorming door de ministerraad noodzakelijk.

#### *2.3.2 Transparantiebepalingen*

De Mededingingswet bevat in hoofdstuk 4a boekhoudkundige verplichtingen die zijn opgenomen ter implementatie van de Transparantierichtlijn (thans richtlijn 2006/111/EG betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven en betreffende de financiële transparantie binnen bepaalde ondernemingen). Deze bepalingen van hoofdstuk 4a gelden voor ondernemingen waaraan een uitsluitend of een bijzonder recht is verleend, of die belast zijn met een dienst van algemeen economisch belang waarvoor zij compensatie ontvangen, ongeacht of zij deel uitmaken van een overheidsorganisatie, tenzij hun totale netto-jaaromzet gedurende twee jaren minder dan € 40 miljoen heeft bedragen.

Ingevolge de boekhoudkundige verplichtingen dienen kosten en baten van relevante activiteiten afzonderlijk te worden geregistreerd en correct te worden toegerekend. Aldus kan eenvoudiger worden vastgesteld of sprake is van kruissubsidiëring vanuit de publieke middelen naar andere activiteiten dan ter uitvoering van een publieke taak. Dit is van belang voor het toezicht op de naleving van de staatssteunregels en van het verbod van misbruik van een economische machtspositie.

Deze bepalingen gelden ook voor economische activiteiten die door overheden of door overheidsbedrijven worden verricht voor zover sprake is van een DAEB of een bijzonder of uitsluitend recht. De naleving van deze bepalingen is in het bijzonder ook van belang in verband met de gedragsregel betreffende integrale kostendoorberekening en het bevoordelingsverbod.



### *2.3.3 Verbod van misbruik van een economische machtspositie*

De gedragsregels kunnen worden beschouwd als een aanvulling op het algemene mededingingsrecht. In het bijzonder voor zover de gedragsregels zich richten tot de overheid als onderneming, zijn op deze gedragingen tegelijkertijd ook de algemene mededingingsrechtelijke regels van toepassing. Daarmee rijst de vraag hoe in het bijzonder de verplichting tot integrale kostendoorberekening zich verhoudt tot het verbod van misbruik van een economische machtspositie van artikel 24 Mededingingswet. Volgens de jurisprudentie maakt een onderneming onder andere misbruik van haar economische machtspositie door »verdringingsconcurrentie». Hiervan is sprake, als zij voor goederen of diensten ofwel een prijs in rekening brengt die lager is dan haar gemiddelde variabele kosten, ofwel een prijs in rekening brengt die ligt beneden haar gemiddelde totale kosten, maar boven haar gemiddelde variabele kosten, en die is vastgesteld als onderdeel van een plan om een concurrent uit te schakelen (HvJEG 3 juli 1991, AKZO Chemie t. Commissie, C-62/86, Jur. 1991, p. I-3359, r.o.71–72; HvJEG 14 november 1996, Tetra Pak II, C-333/94P, Jur. 1996, p. 1–5951, r.o. 41). Het toepassen van kruissubsidie door een onderneming met een economische machtspositie wordt in de jurisprudentie niet bij voorbaat als misbruik van een economische machtspositie aangemerkt. Pas als een onderneming winsten, behaald op de markt waarop zij een economische machtspositie heeft, gebruikt om op een andere markt de concurrentie te verdringen, is er sprake van kruissubsidie in strijd met artikel 24 Mededingingswet respectievelijk artikel 82 EG.

Een overheidsonderneming die zich houdt aan de verplichting tot het in rekening brengen van ten minste de integrale kosten, maakt zich in geen geval schuldig aan de bedoelde vormen van verdringingsconcurrentie. Hiermee is niet gezegd dat het handelen overeenkomstig de gedragsregels in alle gevallen impliceert dat geen sprake is van misbruik van economische machtspositie in de zin van artikel 24 van de Mededingingswet of artikel 82 EG-Verdrag. Ten eerste gelden voor de verplichting tot doorberekening van de integrale kosten enkele uitzonderingen die – althans in theorie – ruimte laten voor een vorm van misbruik. Belangrijker is dat ondernemingen ook op een andere wijze misbruik kunnen maken van hun economische machtspositie dan door verdringingsconcurrentie, zoals bijvoorbeeld door leveringsweigering of koppelverkoop.

Men kan derhalve concluderen dat de onderneming die valt onder het bereik van de gedragsregels en die deze naleeft, veelal zal blijven binnen de grenzen die het verbod van economische machtspositie stelt. Niettemin blijft dit verbod zelfstandig gelden en biedt het een zelfstandige grondslag voor de Nederlandse Mededingingsautoriteit om op te treden.

### *2.3.4 Buitenlandse ondernemingen*

Dit wetsvoorstel heeft alleen betrekking op ondernemingen die activiteiten verrichten ten behoeve van de Nederlandse overheid. Doelstelling is immers het bevorderen van gelijke concurrentieverhoudingen tussen Nederlandse overheden en particuliere ondernemingen op de Nederlandse markt. De gedragsregels gelden derhalve niet voor ondernemingen die activiteiten verrichten ten behoeve van een buitenlandse overheid en die tevens activiteiten verrichten in Nederland. Het zou ook niet goed denkbaar zijn dat in dit wetsvoorstel regels zouden worden gesteld ten aanzien van economische activiteiten van buitenlandse overheden. Sommige landen kennen regelgeving die vergelijkbaar is met de gedragsregels. In andere landen ontbreekt dergelijke regelgeving. Alsdan verkeren de in dat land gevestigde (overheids)ondernemingen in beginsel in een betere concurrentiepositie dan de Nederlandse (overheids)ondernemingen. Niettemin zijn de gevolgen hiervan voor de Nederlandse markt beperkt. Als buitenlandse (overheids)ondernemingen in Nederland econo-

mische activiteiten verrichten met een oneigenlijk gebruik van overheidsvoordelen, zal in de regel sprake zijn van interstatelijke effecten, zodat het verbod van staatssteun van toepassing is. Het Europese recht biedt dan een afdoende mogelijkheid om concurrentievervalsingen aan te pakken en een gelijk speelveld te scheppen. Indien zich in een incidenteel geval een knelpunt voordoet waarvoor de staatssteunregels geen soelaas bieden, kan worden overwogen hierover bilateraal overleg te voeren met de regering van het desbetreffende land. Oplossingsrichtingen zouden gelegen kunnen zijn in de vorm van regelgeving met betrekking tot commerciële activiteiten van overheden of in de vorm van een klachtenmechanisme in het desbetreffende land. Het is en blijft uiteraard de bevoegdheid van de lidstaten zelf om hiervoor de noodzakelijke maatregelen te nemen. Op de landen die thans al in enigerlei vorm regelgeving ten aanzien van de problematiek van markt en overheid kennen, wordt ingegaan in paragraaf 5.

### **3. HANDHAVING VAN DE GEDRAGSREGELS**

#### **3.1 Hoofdpijnen**

##### *3.1.1 De NMa als toezichthouder*

Dit wetsvoorstel voegt een aantal bepalingen toe aan de Mededingingswet. De handhaving van de Mededingingswet vindt plaats langs bestuursrechtelijke en civiele weg. Met het bestuursrechtelijke toezicht op de naleving van de Mededingingswet is de Nederlandse Mededingingsautoriteit (verder: NMa) belast. In lijn met het thans geldende toezichtarrangement zal de bestuursrechtelijke handhaving van de gedragsregels eveneens door de NMa plaatsvinden. De NMa kan toezicht uitoefenen uit eigen beweging maar doet dit meestal op basis van klachten of signalen over (vermeende) overtredingen. De afhandeling van klachten en signalen vindt plaats overeenkomstig bepaalde procedures. In eerste instantie verricht de NMa een vooronderzoek (prioriteringsonderzoek). Hierbij maakt de NMa een afweging tussen het belang van handhaving van de norm in het concrete geval enerzijds en de kosten die aan de handhaving zijn verbonden anderzijds. Voor het verrichten van onderzoek beschikt de NMa over de nodige bevoegdheden. Nu de NMa ook toezichthouder is voor de gedragsregels zullen deze procedures en bevoegdheden ook in het kader van het toezicht op de naleving van de gedragsregels kunnen worden toegepast. Zo kan ook een overheid krachtens het bepaalde in hoofdstuk 8 van de Mededingingswet gehouden worden mee te werken aan een onderzoek op straffe van een last onder dwangsom.

##### *3.1.2 De positie van de benadeelde ondernemer*

Bij het toezicht staat voorop dat de klagende ondernemer adequaat en voortvarend wordt geholpen, los van de aard en inhoud van diens klacht. Daarom voorziet dit wetsvoorstel er in dat de klager een eenduidig aanspreekpunt krijgt, te weten de NMa. Ook met betrekking tot de in het voorgaande hoofdstuk genoemde uitzonderingen waarborgt dit wetsvoorstel een sluitende aanpak voor ondernemers met een klacht. Als de overheid een beroep doet op het EU-staatssteunrecht kan de NMa een klagende ondernemer informeren over de mogelijkheden hiertegen op te komen bij de Commissie van de Europese Gemeenschappen of bij de nationale rechter. Een ondernemer die meent dat de overheid onterecht een economische activiteit aanmerkt als DAEB, kan daarvoor een beroep doen op de Kroon in het kader van het bestaande interbestuurlijke toezicht.

Ten slotte blijft het altijd mogelijk dat een ondernemer in voorkomend

geval een beroep doet op de civiele rechter om onrechtmatig handelen van een overheid te beëindigen dan wel daarvoor schadevergoeding te vragen.

### **3.2 Bestuursrechtelijke handhaving**

#### *3.2.1 De positionering van de NMa*

##### *Toepassing uitzonderingsbepalingen*

De gelding van de gedragsregels is in twee opzichten afhankelijk gesteld van een beoordeling door de desbetreffende overheid. Het betreft de uitzonderingen inzake staatssteun en inzake DAEB.

Alleen de Europese Commissie is bevoegd vast te stellen of sprake is van staatssteun in de zin van het Verdrag. Dat neemt niet weg dat overheden moeten beoordelen of naar verwachting sprake is van staatssteun waarvoor op grond van artikel 88, derde lid, van het Verdrag, een melding aan de Commissie moet worden gedaan. In verband hiermee is de beoordeling van de overheid of sprake is van staatssteun in de zin van het Verdrag maatgevend voor de toepasselijkheid van de uitzonderingsbepaling. De NMa is gehouden dit oordeel te volgen. Anders dan gebruikelijk is het dus niet primair een zaak van de NMa te bepalen of zij bevoegd is op te treden.

Voor de uitzondering inzake DAEB geldt een vergelijkbare benadering: alleen de desbetreffende overheid kan vaststellen dat het algemeen belang vergt dat bepaalde economische activiteiten worden verricht met financiering uit de algemene middelen. Ook hier dient de NMa dit oordeel te volgen.

Indien de overheid van oordeel is dat sprake is van staatssteun in de zin van het Verdrag, informeert de NMa hierover de klager, met vermelding van de mogelijkheden een geval van staatssteun te laten toetsen door de Commissie van de Europese Gemeenschappen of door de rechter. In de praktijk zal het staatssteunregime vooral van toepassing zijn op de meer omvangrijke economische activiteiten. Denkbaar is dat door het gekozen regime de werklast van de Commissie van de Europese Gemeenschappen zal toenemen. Ingevolge de toegenomen aandacht voor de wijze waarop de overheid ondernemersactiviteiten verricht, is het immers aannemelijk dat meer klagers zich tot de Commissie van de Europese Gemeenschappen zullen wenden. Een zekere stijging van de werklast bij de Commissie van de Europese Gemeenschappen kan dan ook niet worden uitgesloten. Voor zover nodig zal in verband hiermee met de Commissie van de Europese Gemeenschappen en de NMa in overleg worden getreden.

Indien de DAEB-uitzondering ten aanzien van de gedragsregel inzake kostendoorberekening of het bevoordelingsverbod is ingeroepen, is de NMa terzake niet langer bevoegd. Wel kan de NMa een rapportage opmaken op grond van het huidige artikel 5c van de Mededingingswet indien de beslissing tot het aanmerken van een DAEB grote effecten heeft voor de mededinging op de betrokken lokale markt. Daarnaast kan de NMa, net als ieder ander, de zaak onder de aandacht brengen van de desbetreffende minister(s) in verband met de bestaande mogelijkheid van vernietiging door de Kroon wegens strijd met het recht of met het algemeen belang.

##### *Gebruik van jaarrekening*

De NMa kan bij de handhaving van de gedragsregels gebruik maken van de resultaten van het administratieve toezicht van de desbetreffende overheid. Een belangrijk aspect hiervan vormt de verantwoording van de verrichte economische activiteiten. Deze verantwoording maakt deel uit van de jaarrekening – die door de accountant wordt gecontroleerd – en

bevat een overzicht van de door de overheidsorganisatie verrichte nieuwe economische activiteiten en de daaraan verbonden baten en lasten. De NMa kan in haar rol als toezichthouder dit overzicht raadplegen in geval van een klacht.

Meer concreet zijn de volgende regels van belang. De Provinciewet en Gemeentewet schrijven voor dat provincies respectievelijk gemeenten een begroting, jaarrekening en jaarverslag maken en geven enkele vereisten waaraan deze bescheiden dienen te voldoen. Het Besluit begroting en verantwoording provincies en gemeenten stelt nadere eisen aan deze bescheiden. Dit is van belang voor provinciale staten en gemeenteraad (o.a. budgetrecht), transparantie ten behoeve van burgers en maatschappelijke organisaties en tot slot voor toezichthouders, het CBS en Europese organisaties. De gedragsregels worden in beginsel ook meegenomen in het toezicht dat accountants voor gemeenten en provincies, conform het Besluit begroting en verantwoording provincies en gemeenten (deel IV3) moeten verrichten. Het toezicht op de naleving van de gedragsregels door gedeputeerde staten en het college van burgemeesters en wethouders ligt in zoverre bij de provinciale staten respectievelijk de gemeenteraad.

### *3.2.2 Handhavingsmaatregelen*

Bij constatering van een overtreding van de gedragsregels kan de NMa bij beschikking verklaren dat zij de overtreding heeft vastgesteld of, indien de NMa van oordeel is dat dit niet afdoende is, aan de betrokken overheid een last onder dwangsom opleggen om beëindiging van de overtreding af te dwingen. Tegen deze beschikking staat bezwaar en beroep open.

Voor het toezicht op de gedragsregels is gekozen voor een handhavingsregime dat deels afwijkt van het voor de Mededingingswet gebruikelijke regime omdat de gedragsregels zich deels ook richten op de overheid als bestuursorgaan. Toepassing van het instrument van de boete bij deze gedragsregels is bezwaarlijk omdat het opleggen van strafsancities door het ene bestuursorgaan aan het andere bestuursorgaan niet goed past in de bestuurlijke verhoudingen. De gedragsregels uit het wetsvoorstel richten zich maar ten dele tot de overheid als onderneming, namelijk voor zover het betreft de verplichting tot het doorberekenen van alle kosten en het hergebruik van gegevens. De andere verplichtingen, functiescheiding en verbod op bevoordeling, richten zich tot de overheid als bestuursorgaan. Hierbij past een bestuurlijke boete niet. De sanctie van het opleggen van boetes zou dus alleen kunnen worden overwogen ten aanzien van de overheid als ondernemer, overeenkomstig de aanpak bij overtreding van het kartelverbod of bij overtreding van het verbod op misbruik van een economische machtspositie. Het sanctieregime zou hierdoor echter complexer en minder transparant worden.

Bovendien ontbreekt in dit geval de noodzaak om het opleggen van een boete aan overheden mogelijk te maken. Het wetsvoorstel is er mede op gericht de overheidsorganisatie die economische activiteiten verricht alert te maken op de mededingingseffecten daarvan. De bestuurlijke inbedding en de democratische verantwoording zal in voorkomende gevallen bijdragen aan de nalevingsbereidheid. In geval van overtreding biedt een verklaring van de NMa en de dreiging van een last onder dwangsom naar het oordeel van de regering een voldoende effectief middel om de naleving van de gedragsregels te bewerkstelligen.

### *3.3 Civielrechtelijke handhaving*

In aanvulling op de bestuursrechtelijke handhaving kan bij het ontbreken van specifieke bepalingen door een burger of een bedrijf een beroep worden gedaan op de bepalingen in het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot de onrechtmatige daad (artikel 6:162). In aanvulling op paragraaf 1.5 kan hierover het volgende worden opgemerkt.

Ondernemers kunnen hun zaak aan de burgerlijke rechter voorleggen indien zij menen dat een overheidsorganisatie ten onrechte een beroep doet op de uitzondering voor een DAEB of inzake staatssteun. Ook als de overheid bijvoorbeeld bepaalde voorschriften die voor private ondernemingen gelden voor haar eigen onderneming negeert – zoals bijvoorbeeld beschreven in het rapport «*Overtredende overheden*» in opdracht van de Stuurgroep Handhaven op niveau, maart 2005 –, kan het daadwerkelijk handelen (gedrag) van de overheid als onderneming onrechtmatig zijn. Dit kan – onder omstandigheden – worden aangemerkt als een onrechtmatige daad van de overheid. Het gebruik van overheidsmiddelen voor commerciële activiteiten dat in strijd is met de gedragsregels kan – onder omstandigheden – ook onrechtmatig gedrag opleveren. Hiernaast is van belang dat een ondernemer die een civiele schadevergoedingsprocedure voert, gebruik kan maken van de uitkomst van onderzoek van de NMa. Indien de NMa na constatering van een overtreding door een overheidsorganisatie deze overtreding bij beschikking vaststelt, kan de ondernemer deze beschikking gebruiken in het kader van de schadevergoedingsprocedure.

## **4. RELATIE MET ANDERE REGELGEVING**

### **4.1 Sectorspecifieke uitzonderingen**

#### *4.1.1 Publieke omroep*

Het wetsvoorstel heeft alleen betrekking op overheden en overheidsbedrijven en geldt op voorhand niet voor de privaatrechtelijk vormgegeven publieke omroepinstellingen. Voor de omroepinstellingen die als publiekrechtelijk ingestelde rechtspersoon onder de reikwijdte van het wetsvoorstel zouden vallen, is er reden deze expliciet uit te zonderen omdat hiervoor thans al het regime van de Mediawet geldt. Krachtens de Mediawet mag de publieke omroep nevenactiviteiten verrichten mits deze liggen in het verlengde van de publieke taak, geen afbreuk doen aan de publieke taak en niet leiden tot concurrentievervalsing (artikel 57a). Voor het toezicht op deze bepalingen heeft het Commissariaat voor de Media in 1999 de Richtlijn nevenverenigingsactiviteiten publieke omroep vastgesteld (Stcrt. 1999, nr. 188). Krachtens deze richtlijn moeten nevenactiviteiten van de publieke omroep worden gemeld en openbaar gemaakt. Daarnaast moet voor nevenactiviteiten de integrale kostprijs in rekening worden gebracht. Materieel gaat de Mediawet daarmee verder dan het thans voorgestelde regime in de Mededingingswet. De Richtlijn neven- en verenigingsactiviteiten publieke omroep richtlijn is geëvalueerd. De evaluatie geeft geen aanleiding om over te gaan tot een andersoortig wettelijk regime voor de nevenactiviteiten van de publieke omroep. Omroepinstellingen die als publiekrechtelijk rechtspersoon zijn ingesteld, worden daarom uitgezonderd van dit wetsvoorstel.

#### *4.1.2 Onderwijs en onderzoek*

Een sector waar van oudsher bijzondere aandacht is gegeven aan mogelijke oneerlijke concurrentie is de sector van onderwijs en onderzoek. Door zijn specifieke karakteristieken zoals de sterke verwevenheid van diensten van algemeen belang met commerciële activiteiten en de gecompliceerde financieringsstromen is het voor derden vaak moeilijk zicht te krijgen op waar publieke belangen ophouden en commerciële belangen beginnen. Uit de analyse van PwC/Van Doorne (zie paragraaf 1.4.2) blijkt dat een deel van de ingediende klachten voortkomt uit het onderwijsveld en betrekking heeft op het bekostigde onderwijs. Door reeds in gang gezet beleid is

hiervoor echter inmiddels een afdoende regeling getroffen, waar hieronder kort op wordt ingegaan.

Ter verheldering van de voorwaarden voor het gebruik van publiek geld voor private activiteiten worden in de jaarlijkse cycli van bekostigings-overleggen tussen OCW en de onderwijsinstellingen, resulterend in de jaarlijkse notities «Helderheid», uitgangspunten met betrekking tot de aanwending van publieke middelen voor instellingen in het hoger onderwijs benoemd. Deze uitgangspunten zijn bindend voor de onderwijsinstellingen. De kern van deze uitgangspunten vormt het algemene beginsel dat het investeren met publieke middelen in private activiteiten toegestaan is, zolang deze investering aantoonbaar (mede) ten goede komt aan de publieke taak van de instelling. Achtergrond voor het onder condities toestaan van het aanwenden van publieke middelen voor private activiteiten van onderwijsinstellingen is de aanname dat dit goed is voor de innovatie, kennisvermeerdering en de kwaliteit van het publiek bekostigd onderwijs en onderzoek. In de notitie Helderheid 2003 is het bovenstaande onder andere geoperationaliseerd in de regel dat door de investering geen concurrentievervalsing mag ontstaan. Daarnaast moet de instelling zich zowel richting OCW als richting relevante stakeholders over de publieke en private geldstromen en activiteiten op transparante wijze verantwoorden.

In aanvulling op bovenstaande uitgangspunten is door de staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap nog een aantal aanvullende maatregelen genomen (Onregelmatigheden bekostiging in het (hoger) onderwijs, Kamerstukken II, 2004–2005, 28 248, nr. 84).

#### *4.1.3 Sociale werkplaatsen*

Een sector waar van oudsher bijzondere aandacht is gegeven aan mogelijke oneerlijke concurrentie is de sector voor sociale werkvoorziening. Het doel van de Wet sociale werkvoorziening (hierna: WSW) is personen «die tot arbeid in staat zijn, maar voor wie ..... gelegenheid om onder normale omstandigheden arbeid te verrichten niet of nog niet aanwezig is» zo veel mogelijk gelijke kansen op arbeid te bieden als anderen.

De doelstelling heeft onlosmakelijk het aanbieden van arbeid of andere producten en diensten tot gevolg. Hierdoor is sprake van een eerste risico op oneerlijke concurrentie door sociale werkplaats-bedrijven (SW-bedrijven). Daarom is in de WSW opgenomen dat «de gemeente ... voor de door de werknemer verrichte arbeid dan wel voor ten gevolge van zijn arbeid geleverde goederen of diensten een vergoeding bedingt die de concurrentieverhoudingen niet onverantwoord mag beïnvloeden» (artikel 5). De regering is van mening dat een specifieke bepaling in de WSW voor dit type activiteiten de voorkeur heeft boven het onverkort van toepassing verklaren van de gedragsregels uit dit wetsvoorstel. De regering acht het daarbij wel noodzakelijk dat het «onverantwoord beïnvloeden» in de praktijk voldoende handen en voeten moet krijgen en dat de formulering in de WSW dienaangaande voldoende grond moet bieden voor ondernemers die hun recht willen halen naar aanleiding van een vorm van oneerlijke concurrentie door SW-bedrijven.

#### **4.2 Wet op de vennootschapsbelasting**

Bepaalde activiteiten van overheidsbedrijven, met name in de sfeer van de dienstverlening, zijn vrijgesteld van vennootschapsbelasting. Dat kan onder omstandigheden leiden tot ongelijke concurrentieverhoudingen ten opzichte van het bedrijfsleven. In de afgelopen jaren is de limitatieve lijst van belastingplichtige overheidsactiviteiten een aantal keren geactualiseerd. In dat kader zijn bijvoorbeeld overheidsbedrijven als Schiphol, de energiebedrijven, de Bank Nederlandse Gemeenten en de Nederlandse Waterschapsbank belastingplichtig gemaakt. Het is de vraag of deze bena-

dering van geval tot geval vervangen zou kunnen worden door een meer algemene aanpassing van de Wet op de vennootschapsbelasting. Op 25 september 2007 heeft de Staatssecretaris van Financiën de notitie «Belastingplicht overheidsbedrijven» uitgebracht (Kamerstukken II 2007/08, 31 213, nr. 1). In die notitie wordt ingegaan op de stand van zaken met betrekking tot de belastingplicht van overheidsbedrijven, de ontwikkelingen op dit gebied in de afgelopen jaren en op mogelijke varianten voor modernisering. In de notitie wordt een aantal mogelijke varianten voor een meer algemene aanpassing van de Wet op de vennootschapsbelasting besproken. Die varianten zijn daarbij getoetst op de gevolgen voor de concurrentieverhoudingen, de verenigbaarheid met de staatssteunbepalingen uit het EU-verdrag, de vergelijkbaarheid met regimes in andere landen en de gevolgen voor de administratieve en uitvoeringslasten.

## 5. BUITENLANDTOETS

De gevolgen die gepaard kunnen gaan met het optreden van de overheid als ondernemer in concurrentie met private marktpartijen kunnen zich ook voordoen in andere landen. De mate waarin men in andere landen dat als een probleem ervaart is mede afhankelijk van de wijze hoe in die landen tegen de rol van de overheid wordt aangekeken (IOO, *Markt en Overheid: (Wat) kunnen we leren van het buitenland?*, Den Haag, 1999 en OECD, *Roundtable on regulating market activities by the public sector, background note by the Secretariat*, DAFFE/COMP(2004)18, Parijs, 17 mei 2004). Om zicht te krijgen op de nationale aanpak van andere EU-lidstaten is in 2003 aan alle lidstaten, inclusief de nieuwe toetreders, gevraagd aan te geven hoe zij omgaan met commerciële activiteiten van overheden. Van de achttien landen die hebben gereageerd hebben tien landen regelgeving ter voorkoming van marktverstoring door (commerciële) activiteiten van overheden. De wijze waarop dit is geregeld verschilt sterk per lidstaat. Een vergelijking tussen de lidstaten onderling is moeilijk door de verschillen in staatkundige inrichting en bestuurlijke organisatie. In landen zoals Finland, Ierland en Portugal kunnen concurrentieautoriteiten pro-actief adviseren omtrent de gevolgen voor de concurrentie van overheids-optreden. Met het oog op een actueel beeld van de situatie is in 2006 aan veertien landen gevraagd wat hun ervaringen zijn met regelgeving of met andere instrumenten voor het reguleren van commerciële activiteiten van overheidsorganisaties en van aan de overheid gerelateerde ondernemingen. Hierop hebben elf landen gereageerd.

Op basis van deze informatie kan samenvattend het volgende beeld worden geschetst. In bijna alle onderzochte landen is de concurrentiewetgeving in beginsel van toepassing op de economische activiteiten van overheden. Vijf van de landen die hebben gereageerd hebben aangegeven dat zij hiervoor ook specifieke regelgeving hebben opgenomen in hun concurrentiewetgeving. Dit betreft Denemarken, Estland, Litouwen, Noorwegen en Canada. In vier landen (Finland, Duitsland, Letland en Zweden) is op commerciële activiteiten van overheden andere regelgeving van toepassing en in vier landen (Oostenrijk, Estland, Finland en Hongarije) kunnen andere instrumenten (voor een deel) in de problematiek van oneerlijke concurrentie door overheden voorzien. In Zweden bestaan plannen om voor de problematiek van markt en overheid regelgeving in te voeren.

Het is niet mogelijk veel te zeggen over de effectiviteit van de hiervoor bedoelde regelgeving omdat deze veelal eerst recentelijk is ingevoerd. In Denemarken is opgetreden ten aanzien van een aantal zaken van niet toegestane steunverlening die de concurrentie verstoort. Deze steunverlening is beëindigd. In Estland, Duitsland en Noorwegen wordt incidenteel

gebruikt gemaakt van het wettelijk instrumentarium. Hieronder wordt de situatie in de belangrijkste landen weergegeven.

In het Verenigd Koninkrijk was er tot enkele jaren terug niet veel aandacht voor de problematiek van markt en overheid, afgemeten aan het aantal klachten dat door gedupeerden wordt geuit en in vergelijking met de situatie in landen zoals Frankrijk, Zweden en Duitsland. Een verklaring hiervoor kan zijn dat de politiek in het Verenigd Koninkrijk meer de nadruk legt op aanbesteding van publieke diensten dan op zelfproductie door de overheid. Inmiddels heeft de Office of Fair Trading een aantal keren opgetreden tegen concurrentieverstorend handelen van overheden.

In Frankrijk is de verwevenheid tussen de markt en de overheid van oudsher groot. Een aantal markten wordt gedomineerd door overheidsbedrijven. Er is een sterk geloof in de positieve effecten van het combineren van de publieke taak met het uitvoeren van marktactiviteiten. Ook in Frankrijk is evenwel voorzichtig, mede onder invloed van Europa, het besef doorgedrongen dat concurrentieverstoreningen door overheden de economie kunnen schaden en is voorzichtig een aanvang gemaakt met deregulerings- en privatiseringstrajecten.

In Duitsland is door ondernemersorganisaties de aandacht van de politiek gevraagd voor de problematiek van markt en overheid. Dit is op lokaal niveau redelijk effectief geweest, mede omdat de Duitse gemeentewetgeving voorwaarden stelt aan commerciële activiteiten van gemeenten. Overigens heeft Duitsland in zijn concurrentiewetgeving expliciet bepaald dat deze ook van toepassing is op ondernemingen die geheel of gedeeltelijk in handen zijn van de overheid.

Finland kent sinds februari 2003 een Wet op Staatsondernemingen. Deze wet is er op gericht om gelijke concurrentievoorwaarden te scheppen tussen staatsondernemingen en reguliere ondernemingen. Krachtens deze wet bepaalt het parlement de doelstellingen en het dienstverleningsniveau van staatsondernemingen en bepaalt het bestuur het toekennen van middelen aan de ondernemingen. Verder dienen gemeenten geen taken op zich te nemen die krachtens het subsidiariteitsbeginsel door de private sector kunnen worden verricht. Daarnaast is voorzien in functiescheiding tussen publieke bevoegdheden en commerciële activiteiten en dienen deze commerciële activiteiten niet uit publieke middelen te worden betaald.

Ook Denemarken heeft in zijn concurrentiewetgeving expliciete bepalingen opgenomen met betrekking tot ondernemingen die geheel of gedeeltelijk in handen zijn van de overheid. De bepalingen betreffen vooral subsidieverlening. Hiernaast kent Denemarken een nationaal staatssteunverbod: als de verstrekking van steun geen interstatelijk effect heeft, dan valt deze steun in Denemarken onder de nationale wetgeving en kan de Deense mededingingsautoriteit ingrijpen. De Deense mededingingsautoriteit heeft tot nu toe 114 klachten behandeld. In een aantal gevallen heeft dat ertoe geleid dat toegekende staatssteun moest worden beëindigd. Recentelijk heeft de Deense mededingingsautoriteit ook teruggevoerd van verleende staatssteun bevolen. Daarnaast is een wetswijziging in voorbereiding op grond waarvan de Deense mededingingsautoriteit de bevoegdheid krijgt om een correcte prijsberekening door gemeenten af te dwingen indien deze zelf actief zijn op de markt voor persoonlijke dienstverlening.

Litouwen heeft in zijn concurrentiewetgeving een artikel opgenomen op grond waarvan overheden de verplichting hebben eerlijke en vrije concurrentie waarborgen. Op grond van dit artikel kan en wordt opgetreden tegen overheidsorganisaties die eigen ondernemingen bevoordelen.

Letland heeft naast zijn reguliere concurrentiewetgeving een drietal wetten die het overheidsoptreden in de private sector regelen. Zo mogen overheidsorganisaties slechts in een zestal gevallen marktactiviteiten verrichten en moeten deze marktactiviteiten dan in een afgescheiden onderneming worden ondergebracht. Daarnaast moet verantwoording



worden afgelegd door ondernemingen waaraan publieke gelden zijn toegekend of waarin de overheid deelneemt.

In Estland heeft de Estse mededingingsautoriteit de bevoegdheid aanbevelingen te doen aan overheidsorganisaties om de concurrentieverhoudingen te verbeteren. Op grond hiervan zijn geregeld aanbevelingen gedaan aan overheidsorganisaties in situaties waarin reguliere ondernemingen ongelijk werden behandeld in vergelijking tot overheidsondernemingen. Daarnaast heeft Estland in zijn mededingingswetgeving een algemeen verbod op «oneerlijke concurrentie».

In Hongarije vallen de commerciële activiteiten van overheden onder de concurrentiewetgeving. Krachtens deze wetgeving is «oneerlijke concurrentie» verboden. Niet duidelijk is in hoeverre hiermee vermeende oneerlijke concurrentie door overheden kan worden aangepakt.

In Ierland kan de Ierse mededingingsautoriteit overheidsorganisaties wijzen op en adviseren omtrent de gevolgen van hun regelgeving en handelen voor de concurrentieverhoudingen.

In Oostenrijk is in de concurrentiewetgeving geen specifieke regelgeving voor overheidsondernemingen opgenomen. Wel mag volgens de jurisprudentie een overheidsorganisatie zijn positie als overheid niet gebruiken om de eigen concurrentiepositie te versterken.

In Noorwegen, geen EU-lidstaat maar wel deelnemer aan de Europese Economische Ruimte, is bij wet de Noorse concurrentieautoriteit verplicht aandacht te vragen voor de concurrentieverstorende effecten van publieke maatregelen. Zo heeft de Noorse concurrentieautoriteit op grond van deze verplichting aandacht gevraagd voor kruissubsidiëring door overheden. Zweden wordt gekenmerkt door relatief kleine ministeries, grote onafhankelijke overheidsorganisaties en gemeenten met veel autonomie. Veel Zweedse overheidsorganisaties verrichten economische activiteiten naast hun publieke taak. Uit een studie van de Zweedse mededingingsautoriteit (Business as usual, Rapport 2004:4) blijkt dat de huidige wetgeving ontoereikend is om het markt en overheid probleem op te lossen. Oplossingen op basis van vrijwilligheid zijn ongeschikt. Slechts in uitzonderlijke gevallen hebben overheidsorganisaties interne richtlijnen opgesteld die ervoor moeten zorgen dat de economische activiteiten van de organisatie de concurrentie niet verstoren. Tegen deze achtergrond is Zweden nu bezig met de ontwikkeling van regelgeving inzake de problematiek van markt en overheid. Voorzien wordt dat de mededingingswetgeving wordt gewijzigd opdat door middel van gedragsregels opgetreden kan worden tegen overheidsop treden dat de markt verstoort.

Wat andere landen dan EU-lidstaten betreft is in het bijzonder de situatie in Australië relevant. In 1995 zijn in Australië afspraken gemaakt om te voorzien in «competitive neutrality» als onderdeel van het Competition Principles Agreement. Dit is bekend geworden als het Competitive Neutrality Policy Statement. Het beleidsdoel is het verbeteren van de doelmatigheid door het wegnemen van verstoringen van het allocatiemechanisme. Australië kent, net als Nederland, geen regulering voor de toetreding tot een markt, maar alleen gedragsregels voor overheidsbedrijven en ondernemingen binnen overheidsorganisaties die gericht zijn op het zoveel mogelijk scheppen van een gelijk speelveld.

In Canada tenslotte is in 1986 expliciet via een wetwijziging bepaald dat overheidsondernemingen die commerciële activiteiten verrichten volledig onder de werking van de concurrentiewetgeving vallen. Tot dat tijdstip konden overheidsondernemingen zich in bepaalde gevallen beroepen op een uitzonderingspositie. Dit leverde in de concurrentie met reguliere ondernemingen problemen op.

## 6. DE GEVOLGEN VAN HET WETSVORSTEL

### 6.1 Bedrijfseffectentoets

#### *Baten van de regelgeving*

Het doel van dit wetsvoorstel is het zoveel mogelijk bereiken van een gelijk speelveld door gedragsregels voor te schrijven voor overheden die economische activiteiten gaan verrichten. Hierdoor wordt oneerlijke concurrentie met particuliere ondernemingen tegengegaan. Voor het bedrijfsleven zal dit positieve effecten hebben.

#### *Lasten van de regelgeving*

Dit wetsvoorstel heeft geen gevolgen voor de administratieve en andere lasten voor het bedrijfsleven.

### 6.2 Gevolgen voor decentrale overheden

Door Atos Consulting is onderzoek verricht naar de additionele uitvoeringskosten van de gedragsregels «verbod op kruissubsidie» en het «bevoordelingverbod» («Onderzoek uitvoeringskosten gedragsregels Verbod op kruissubsidiëring en beoordelingverbod», 2005). Atos Consulting heeft daarvoor alle specifieke activiteiten, die een overheidsorganisatie moet verrichten in het kader van deze gedragsregels, benoemd. Aan een representatieve groep gemeenten, provincies en waterschappen is de vraag gesteld tot welke additionele uitvoeringskosten de gedragsregels zullen leiden. Gebleken is dat de gedragsregels goed aansluiten bij de reeds in gang gezette professionaliseringslag van de boekhoudsystematiek van decentrale overheden, waardoor de bestuurlijke uitvoeringslasten beperkt kunnen blijven.

Op 20 september 2005 heeft de Raad voor de financiële verhoudingen (Rfv) advies uitgebracht over de financiële compensatie voor de uitvoeringskosten van de voorgestelde wijziging van de Mededingingswet en de verdeling hiervan over de gemeenten en provincies. De Rfv stelt dat hij niet kan beoordelen of er behoefte bestaat aan de in te voeren regelgeving en of de uitvoeringskosten proportioneel zijn, omdat een groot deel van de omzet van overheidsorganisaties onderworpen is aan Europese en nationale wetgeving inzake het voorkomen van oneerlijke concurrentie. Wel is de Rfv van oordeel dat het voorliggende wetsvoorstel een verbetering inhoudt ten opzichte van het ingetrokken wetsvoorstel markt en overheid, gelet op het ongemoeid blijven van de gemeentelijke autonomie bij het toetreden tot de markt. De Rfv beoordeelt de administratieve vereisten in verband met de gedragsregels als relatief bescheiden en is van mening dat de kosten van deze administratieve vereisten op een zorgvuldige wijze in kaart zijn gebracht. De Rfv acht een andere verdelingsmethodiek van de kosten denkbaar, maar vindt het om het even welke verdelingsmethodiek wordt gekozen, gezien het beperkte bedrag van de uitvoeringskosten. Op de door de Rfv genoemde noodzaak en proportionaliteit is in hoofdstuk 1 al uitvoerig ingegaan. Wat betreft de omvang van de lasten is de regering het met de Rfv eens dat deze relatief bescheiden zijn, gelet op het doel dat wordt beoogd met de onderhavige regelgeving. Omdat dit kabinet grote waarde hecht aan het terugdringen van de lasten voor overheden en het beteugelen van regeldruk, heeft het niettemin de boekhoudkundige verplichting laten vallen. Daarmee worden de uitvoeringskosten van dit wetsvoorstel voor overheden die economische activiteiten verrichten, tot een verwaarloosbaar minimum beperkt.

## 7. CONSULTATIE

Zoals in paragraaf 1.3 is aangegeven meent de regering dat voor de oplossing van de problematiek van markt en overheid een regeling voor het optreden van overheden op de markt volstaat. Gelet op deze inperking van de reikwijdte van het wetsvoorstel wordt hieronder alleen ingegaan op de reacties voor zover die betrekking hebben op de thans voorgestelde regelgeving. De reacties van de BVE-raad (thans MBO geheten), Paepon (de branchevereniging voor het particuliere onderwijs) en de VSNU (Vereniging van universiteiten) en de HBO Raad (vereniging van hoge scholen) blijven daarom verder buiten beschouwing.

### *De Sociaal-Economische Raad*

De Commissie Mededinging en Ordening van de Sociaal-Economische Raad (verder: de SER) heeft, gemachtigd door het dagelijks bestuur van de SER, advies uitgebracht over het onderhavige wetsvoorstel. De SER is van mening dat er zo spoedig mogelijk een adequate wettelijke regeling moet komen ten aanzien van de problematiek van markt en overheid. Voor de SER is de kwantitatieve omvang van de problematiek van Markt en Overheid hierbij niet doorslaggevend. Daarnaast verwijst de SER naar OESO-onderzoek waaruit blijkt dat bijna alle overheden in de OESO-landen beleid en regelgeving kennen om de eerlijke concurrentie te bevorderen. De SER noemt als positief element dat met het wetsvoorstel wordt aangesloten bij het nationale en Europese recht en dat de regeling de integriteit van overheidshandelen bevordert.

Ten aanzien van de toetreding tot de markt is de SER van mening dat een evenwicht ontbreekt tussen het belang van bestuurlijke autonomie van overheden enerzijds en het belang van gezonde concurrentieverhoudingen. Volgens de SER wordt overheden een vluchtroute geboden doordat zij economische activiteiten tot publiek belang kunnen bestempelen zonder toetsing op economische effecten. De SER pleit daarom voor een verplichting voor overheden bij toetreding tot de markt vooraf een maatschappelijke kosten-baten analyse uit te voeren.

De SER is van mening dat de gedragsregel van functiescheiding mogelijk machtsmisbruik door functievermenging niet voldoende tegengaat. De SER bepleit daarom een zodanige functiescheiding dat de organisatorische eenheid van de economische activiteit respectievelijk van de publiekrechtelijke bevoegdheid niet door dezelfde gezagsdrager wordt aangestuurd.

Ten aanzien van het begrip integrale kostprijs bepleit de SER het overnemen van het kostenbegrip vanuit de communautaire kaderregeling staatssteun. Hiermee wordt het begrip eenduidiger en beter te handhaven dan het in het voorstel gehanteerde kostenbegrip.

De SER acht een ondergrens waaronder geen handhaving van de regels plaatsvindt onwenselijk omdat onduidelijk is wat de criteria voor deze grens zijn en onder deze grens een vrijbrief geldt voor oneerlijke concurrentie. De SER bepleit om bij de prioriteitsstelling van de handhaving niet zozeer af te gaan op de omzet maar meer naar de inhoudelijke kenmerken en mogelijke precedents van een zaak te kijken. Het economische en consumentenbelang wordt hierdoor sterker in de afweging betrokken. Tenslotte bepleit de SER een helder overzicht van de relevante specifieke wetgeving, noodzakelijk voor de bepaling van de reikwijdte van het wetsvoorstel.

Ten aanzien van de maatschappelijke kosten-baten-analyse is de regering van mening dat een verplichting tot het steeds uitvoeren van een kosten-baten-analyse in sommige gevallen een te zware belasting zal betekenen en in andere gevallen overbodig zal zijn.

De regering ziet een verplichting tot scheiding tussen de aansturing van economische activiteit en de publiekrechtelijke bevoegdheid ten behoeve van het vermijden van belangenverstrengeling als te ingrijpend voor veel

bestuurlijke organisaties. Scheiding van bevoegdheden op het niveau van afdelingen of personen bij kleine organisaties is naar de mening van de regering het meest werkbaar.

Ten behoeve van een eenduidige toepassing van het kostenbegrip is aansluiting gezocht bij het integrale kostenbegrip uit de Europese kaderregeling voor staatssteun. Ten behoeve van de juiste toepassing van dit kostenbegrip wordt door de Ministeries van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en van Economische Zaken een handreiking opgesteld.

#### *De Vereniging van Nederlandse Gemeenten*

In haar reactie bestempelt de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (verder: VNG) het voorstel als overbodig en in strijd met het streven naar minder regels. De VNG meent dat vierhonderd klachten in twaalf jaar tijd een gering aantal is en suggereert dat een groot deel van deze klachten geen relatie heeft met de problematiek van markt en overheid. Daarnaast stelt de VNG dat de voorgestelde regelgeving niet noodzakelijk is omdat er reeds Europese regelgeving is zoals bijvoorbeeld ten aanzien van staatssteun. Oneerlijke concurrentie die niet ondervangen wordt door de Europese regels bestaat uit kleine steunbedragen en heeft volgens de VNG weinig tot geen versturende invloed. Daarnaast meent de VNG dat een procedure bij de civiele rechter klagende ondernemers voldoende mogelijkheden biedt om op te komen tegen vermeende oneerlijke concurrentie. Tevens is er volgens de VNG sprake van een stapeling van, en frictie tussen Europese en nationale regels.

Volgens VNG zullen de regels in de praktijk leiden tot ongewenste neveneffecten. Ten eerste worden volgens de VNG leveringen tussen overheden belemmerd, ten tweede is het moeilijk om een integrale kostprijs vast te stellen, ten derde is de (in eerste instantie voorgestelde) publicatieplicht te omvangrijk en lastig uitvoerbaar en ten vierde is een functiescheiding tussen de uitoefening van economische activiteiten enerzijds en publiek-rechtelijke bevoegdheden anderzijds lastig uitvoerbaar voor kleinere gemeenten. Tenslotte suggereert de VNG om de kosten voortvloeiend uit de boekhoudkundige verplichting, ongeacht of het wetsvoorstel wordt doorgevoerd, toe te voegen aan het Gemeentefonds als compensatie voor reeds ingevoerde Europese regelgeving.

Anders dan de VNG meent de regering dat de voorgestelde wetgeving noodzakelijk is om een gelijk speelveld te bereiken bij het (gaan) verrichten van economische activiteiten door overheden. De regering is hier reeds uitvoerig op ingegaan in hoofdstuk 1. Gekozen is voor de minst belastende vorm van regelgeving, waarbij het uitgangspunt is geweest dat rekening moet worden gehouden met het belang van de gedupeerde ondernemer die tot nu toe ontoereikend soelaas wordt geboden in het geval van een klacht over oneerlijke concurrentie.

De regering bestrijdt dat er sprake is van stapeling van regelgeving. De voorgestelde norm en de staatssteunnorm liggen in het verlengde van elkaar en de naleving van de normen versterkt elkaar wederzijds. Frictie tussen beide normen beschouwd de regering als een theoretisch risico. Levering tussen gemeenten blijft mogelijk, mede dankzij een verruiming van de bepaling op grond waarvan leveringen binnen de overheid buiten het bereik van het wetsvoorstel vallen.

Ten aanzien van de hantering van het begrip integrale kostprijs wordt, zoals gezegd, aangesloten bij het Europese recht en zal een handreiking worden opgesteld. Daarnaast kan een gemeente, indien het algemeen belang zich naar haar oordeel verzet tegen doorberekening van de integrale kostprijs, hiervan afzien door de activiteit te kwalificeren als een activiteit ter uitvoering van een DAEB.

Het bezwaar van de VNG tegen de publicatieplicht voor overheden bij nieuwe economische activiteiten is met het vervallen van de publicatieplicht niet langer relevant.

Ten aanzien van de voorgestelde functiescheiding merkt de regering op

dat het niet zo kan zijn dat één en dezelfde persoon een economische activiteit verricht en tegelijkertijd ook de publiekrechtelijke taak ten aanzien van deze activiteit uitoefent (bijvoorbeeld het verlenen van vergunningen). Dit kan cliëntelisme in de hand werken of anderszins de integriteit van de overheid onder druk zetten. Om tegemoet te komen aan de organisatieschaal van kleine gemeenten wordt geen organisatorische scheiding kan naar de mening van de regering ook in de kleinste gemeenten worden doorgevoerd, en levert niettemin een bijdrage aan de bestuurlijke integriteit.

De suggestie van de VNG om in volledige dekking van de boekhoudkundige verplichting te voorzien is niet langer relevant nu deze verplichting is komen te vervallen.

#### *Het Interprovinciaal Overleg*

Het Interprovinciaal Overleg (verder: IPO) stelt in haar reactie dat de problematiek van markt en overheid grotendeels wordt gedekt door Europese regelgeving. Daarnaast merkt het IPO op dat Nederland bij de Europese Commissie heeft aangedrongen op een verhoging van de de-minimis-drempel in de Europese staatssteunregelgeving. Tenslotte noemt het IPO het voorstel strijdig met het regeringsbeleid om overbodige en belastende regels te voorkomen en af te schaffen.

Met betrekking tot de opmerking van het IPO dat een groot deel van de problematiek van markt en overheid wordt gedekt door Europese regelgeving verwijst de regering naar hetgeen hierboven wordt gezegd in reactie op de VNG en naar hoofdstuk 1. De regering acht de met ingang van 1 januari 2007 doorgevoerde verhoging van de de-minimis-drempel juist een indicatie van de noodzaak om op nationaal niveau regels te stellen ter voorkoming van oneerlijke concurrentie. De Europese staatssteunregels zijn dan immers op een groter terrein niet meer van toepassing. Het aspect van de uitvoeringslasten is niet langer relevant nu de boekhoudkundige verplichting is komen te vervallen.

#### *De Unie van Waterschappen*

De Unie van Waterschappen heeft aangegeven geen bezwaren te hebben tegen dit wetsvoorstel.

## **8. UITVOERINGSTOETS**

Het toezicht op de gedragsregels van dit wetsvoorstel wordt ondergebracht bij de NMa. In de door de NMa verrichte uitvoeringstoets constateert de NMa dat door de gekozen systematiek een belangrijk deel van de effectiviteit van de wet gelegen zal zijn in de publicitaire aspecten en de publieke verantwoording. Een substantieel deel van de problematiek van markt en overheid zal zich volgens de NMa aan het directe toezicht van de NMa onttrekken, aangezien het verbod op kruissubsidiëring niet geldt voor situaties waarin een overheidsorgaan een activiteit kwalificeert als een activiteit ter uitvoering van een DAEB.

De regering stelt vast dat het inderdaad niet aan de NMa is om de vraag te beantwoorden of een bepaalde economische activiteit als noodzakelijk voor de uitvoering van een DAEB moet worden aangemerkt en of deze in verband hiermee onder de kostprijs geleverd moet kunnen worden. Wel kan de NMa in voorkomend geval een rapportage uitbrengen over de gevolgen hiervan voor de mededinging op de desbetreffende markt. Als bijvoorbeeld volgens deze rapportage de gevolgen onevenredig zijn, is het aan de betrokken overheid te bepalen of dit reden is voor een andere aanpak.

Wat betreft de normstelling is de NMa van mening dat de begrippen «integrale kosten» en «lasten die in het normale handelsverkeer gebruikelijk

zijn» in nadere regelgeving dienen te worden uitgewerkt, om de handhaving te vergemakkelijken. De regering meent dat het moeilijk en onwenselijk is om een absolute norm voor deze begrippen te hanteren. Daarvoor zullen de marktomstandigheden te veel verschillen. Mogelijk kunnen wel bepaalde uitgangspunten worden bepaald voor de beoordeling die uiteindelijk van geval tot geval moet plaatsvinden. In uitvoeringsregels en in een zogenoemde handreiking voor overheden van de ministers van Economische Zaken en van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties zullen de uitgangspunten voor deze beoordeling neergelegd kunnen worden.

De NMa acht het wenselijk dat een bagatelbepaling wordt gehanteerd op grond waarvan onder een bepaalde grens geen boekhoudkundige verplichtingen gelden, maar heeft bezwaren tegen de vormgeving hiervan in het wetsvoorstel. Ter bevordering van de efficiëntie van het toezicht adviseert de NMa om overheidsorganisaties te verplichten in een voorkomend geval, op verzoek van de NMa, een accountantsverklaring over de juistheid van de toepassing van deze gedragsregel te laten opstellen. Op basis van de inhoud van de accountantsverklaring kan de NMa vervolgens bepalen of er reden is voor nader onderzoek. Hierdoor kan een volledig kostenonderzoek door de NMa worden vermeden.

De regering merkt op dat de boekhoudkundige verplichting in het wetsvoorstel is vervangen door een bepaling inzake de bewijslast. De betrokken overheidsorganisatie hoeft dan de baten en lasten niet apart te registreren, maar kan volstaan met het desgevraagd aantonen dat alle kosten zijn doorberekend. Hierdoor wordt het toezicht aanmerkelijk vereenvoudigd. Voorts is de regering van oordeel dat er geen reden is om de bedoelde accountantsverklaring verplicht te stellen. Op grond van de bewijslastbepaling kan de NMa de desbetreffende overheid vragen aan te tonen dat alle kosten zijn doorberekend. Hiernaast beschikt de NMa ook over de nodige wettelijke bevoegdheden om informatie in te winnen. De NMa maakt enkele opmerkingen over de wettelijke bepaling inzake rapportages over mededingingseffecten. Deze bepaling was gerelateerd aan de (inmiddels vervallen) publicatieverplichting en komt daarom in het gewijzigde wetsvoorstel niet meer voor. Overigens biedt artikel 5c van de Mededingingswet een meer algemene grondslag voor de opstelling van dergelijke rapportages.

## **II. ARTIKELEN**

### **Hoofdstuk 4b**

De bepalingen van hoofdstuk 4b hebben betrekking op economische activiteiten van overheden en van overheidsbedrijven. De gedragsregels zijn gericht tot het desbetreffende bestuursorgaan van de overheidsorganisatie waarvan de overheidsonderneming deel uitmaakt of die een (beleidsbepalende) invloed op het overheidsbedrijf heeft. Voor overheden geldt dat dit bestuursorgaan de bestuursrechtelijke verantwoordelijkheid heeft voor alle activiteiten die onder zijn gezag plaatsvinden, ongeacht of de werkzaamheden economisch van aard zijn en of zij al dan niet (direct) voortvloeien uit de publieke taak. De gedragsregel die bevoordeling van overheidsbedrijven verbiedt, is evenzeer gericht tot het bestuursorgaan dat betrokken is bij het desbetreffende overheidsbedrijf.

De feitelijke reikwijdte van de (gedrags)regels voor overheidsorganisaties wordt bepaald door het begrip onderneming in artikel 1, sub f, van de Mededingingswet. In dit artikel wordt bepaald dat onder onderneming in de Mededingingswet moet worden verstaan «een onderneming in de zin van artikel 81, eerste lid, van het Verdrag». De invulling die in de Europese rechtspraak wordt gegeven aan het ondernemingsbegrip is meer in het algemeen bepalend voor de reikwijdte van de Mededingingswet. De NMa

volgt in het kader van haar toezicht op de naleving van de Mededingingswet de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie. Krachtens vaste jurisprudentie van het Hof wordt onder een onderneming verstaan iedere entiteit die een economische activiteit uitoefent, ongeacht rechtsvorm, financiering of winstoogmerk (zie bijvoorbeeld het arrest Höfner, zaak 41/90, jur. 1991, p I-1979). Onder economische activiteit wordt verstaan het aanbieden van goederen of diensten aan derden op een bepaalde markt. In de Europese rechtspraak is het begrip vrij goed uitgekristalliseerd. Er is weliswaar nog een beperkt grijs gebied, maar dat wordt geleidelijk aan ingevuld door de jurisprudentie. Zo wordt krachtens recente Europese jurisprudentie het inkopen van goederen of diensten door een entiteit die geen goederen of diensten aanbiedt op een markt, niet aangemerkt als het verrichten van economische activiteiten als ondernemer (zie het arrest inzake FENIN, zaak T-319/99). Op grond van de rechtspraak van het Hof van Justitie kunnen organen die een taak vervullen op het terrein van sociale zekerheid onder omstandigheden worden aangemerkt als onderneming, omdat hun activiteiten economisch van aard zijn. In onder meer het arrest Poucet en Pistre (gevoegde zaken C159/91 en C-160/91) concludeert het Hof dat de desbetreffende sociale zekerheidsorganen geen economische activiteiten verrichten omdat zij een sociale taak vervullen waarvan de vormgeving is gebaseerd op het solidariteitsbeginsel en omdat zij geen invloed hebben op premies en prestaties en evenmin een winstoogmerk hebben. In het arrest AOK Bundesverband en anderen (gevoegde zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01) constateert het Hof in een soortgelijk geval dat aan het feit dat geen sprake is van economische activiteiten niet af doet dat de desbetreffende ziekenfondsen met het oog op de bevordering van een doelmatige uitvoering een beleidsvrijheid hebben bij de vaststelling van de hoogte van de premie en in zoverre onderling concurreren. In onder meer de arresten Albany (zaak C-67/96), Brentjens, (gevoegde zaken C-115/97 – C117/97) en Drijvende Bokken (zaak C-219/97) heeft het Hof vastgesteld dat sprake is van economische activiteiten omdat niet sprake is van een (absolute) verzekeringsplicht, het orgaan invloed heeft op de hoogte van de premies, de hoogte van de uitkeringen afhankelijk is van onder meer de beleggingsresultaten en het orgaan werkt volgens het kapitalisatiebeginsel. Hieraan doet niet af dat sprake is van een sociale taak die zonder winstoogmerk wordt uitgevoerd binnen een wettelijk kader waarin solidariteitsaspecten een rol spelen. Het Hof concludeert dat sprake is van economische activiteiten en dat deze in concurrentie met particuliere verzekeringsmaatschappijen worden verricht. Het feit dat de activiteiten van de sociale zekerheidsorganen ook door particuliere ondernemingen worden verricht, leidt op zich nog niet tot de conclusie dat de organen economische activiteiten verrichten. Dit betekent dat bijvoorbeeld reïntegratievoorzieningen moeten worden beoordeeld op de hiervoor genoemde elementen uit de rechtspraak om te kunnen vaststellen of sprake is van economische activiteiten.

De bepaling of sprake is van economische activiteiten hangt samen met de vraag of de activiteiten worden verricht ter uitvoering van een dienst van algemeen belang of een dienst van algemeen economisch belang. Hierop wordt ingegaan in de toelichting bij artikel 25i. Ook omdat de jurisprudentie van de begrippen onderneming en economische activiteit in ontwikkeling blijft, kan niet in algemene zin worden aangeduid welke activiteiten als economische activiteiten kunnen worden aangemerkt. Naar de mening van het regering levert dit geen groot probleem op. Ten eerste is in de praktijk sprake van een beperkt aantal economische activiteiten dat veelvuldig voorkomt bij overheden, namelijk zo'n 40 à 50 verschillende economische activiteiten. In een nog op te stellen handreiking kan veel onduidelijkheid worden weggenomen. Deze handleiding zal overigens nooit een vaste lijst van economische activi-

teiten kunnen betreffen. De autonomie van overheden en de aard van het begrip economische activiteit verzetten zich hiertegen. *Ten tweede* sluit het mededingingsbegrip economische activiteit meestal aan bij het door de overheden gehanteerde begrip activiteit. *Ten derde* kan een overheidsorganisatie in geval van twijfel advies vragen aan de NMa of sprake is van een economische activiteit. De NMa heeft reeds aangegeven bereid te zijn desgevraagd advies te geven.

#### *Artikel 25g*

Het eerste lid geeft een omschrijving van een overheidsbedrijf die in essentie overeenkomt met de definitie van openbaar bedrijf die in artikel 2 van de Transparantierichtlijn wordt gegeven. Waar de definitie van de Transparantierichtlijn blijkens de rechtspraak wordt geacht ook betrekking te hebben op overheidsondernemingen die deel uitmaken van de overheidsorganisatie (uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak Commissie/Italië, C-118/85), is in dit wetsvoorstel onderscheiden tussen overheidsondernemingen (ondernemingen binnen de overheidsorganisatie) en overheidsbedrijven in de zin van ondernemingen buiten de overheidsorganisatie.

Onderdeel a heeft betrekking op overheidsbedrijven met rechtspersoonlijkheid. Van een overheidsbedrijf is sprake als één of meer overheden in staat zijn het beleid van de onderneming te bepalen. De beleidsbepalende positie zal in de regel berusten op betrekkingen van het rechtspersonenrecht van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. Veelal gaat het om kapitaalvennootschappen waarvan de overheidsorganisatie aandeelhouder is of waarmee anderszins vennootschapsrechtelijke betrekkingen worden onderhouden.

Overheidsbedrijven kunnen ook de vorm hebben van bijvoorbeeld een stichting in de statuten waarvan is bepaald dat de bestuursleden door een bepaalde overheidsorganisatie worden benoemd. Ook dan vloeit de beleidsbepalende positie voort uit boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. In andere situaties is niet sprake van een zodanige beïnvloeding dat de onderneming kwalificeert als overheidsbedrijf, zoals in het geval dat door het toekennen van subsidie een zekere invloed op het beleid van de onderneming wordt uitgeoefend.

Onderdeel b van het eerste lid heeft betrekking op contractuele samenwerkingsvormen. In de praktijk maken overheden hier niet veel gebruik van. Ook om eventueel «vluchtgedrag» in deze samenwerkingsvormen te vermijden, worden deze wel genoemd. Anders dan bij rechtspersonen wordt hier niet gesproken van de mogelijkheid het beleid te bepalen. Bij contractuele relaties is namelijk niet sprake van bepaalde organen met een specifieke besluitvormingsstructuur. Overigens mag worden aangenomen dat bij deze samenwerkingsvormen sprake zal zijn van sterke invloed van de betrokken overheidsorganisatie, alleen al vanwege de aansprakelijkheidsregeling in deze gevallen. In dit kader wordt rekening gehouden met het nieuwe regime voor personenvennootschappen dat wordt opgenomen in titel 13 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. Op grond hiervan kunnen personenvennootschappen rechtspersoonlijkheid verkrijgen, maar is rechtspersoonlijkheid niet verplicht. Deze bepaling heeft betrekking op alle personenvennootschappen, ongeacht of zij rechtspersoonlijkheid hebben. De wijze waarop in het tweede lid de criteria voor een overheidsbedrijf in de vorm van een onderneming met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid worden geconcretiseerd, is namelijk niet goed toepasbaar op personenvennootschappen met rechtspersoonlijkheid.

In het tweede lid wordt concreet bepaald welke vorm van betrokkenheid van de overheidsorganisatie noodzakelijk is om een onderneming als overheidsbedrijf te kunnen kwalificeren. Het gaat hier om de meest



gebruikelijke constructies. Onderdeel a heeft betrekking op zeggenschap via stemrechten op aandelen. Daarvan kan sprake zijn omdat de meerderheid van de aandelen in handen van overheidsorganisaties is, maar ook indien de stemrechten zijn verbonden aan preferente aandelen in handen van die organisaties. Onderdeel b heeft betrekking op rechtstreekse benoeming door bestuurders of leden van het toezichthoudend orgaan bij stichtingen (eerste zinsdeel) en op benoeming door leden (bij verenigingen) of aandeelhouders (bij naamloze en besloten vennootschappen). Op grond van onderdeel c gelden dochtermaatschappijen van de hiervoor genoemde overheidsbedrijven ook als overheidsbedrijf. Hiermee wordt bereikt dat de werking van gedragsregels ten aanzien van overheidsbedrijven niet afhankelijk is van de wijze waarop het overheidsbedrijf gestructureerd is.

Zonodig kunnen op grond van onderdeel d bij algemene maatregel van bestuur andere specifieke gevallen worden bepaald waarbij sprake is van een beleidsbepalende invloed van de overheidsorganisatie in een onderneming.

#### *Artikel 25h*

In dit artikel wordt de reikwijdte van hoofdstuk 4b nader bepaald. Een uitzondering wordt gemaakt voor organisaties waarvoor een sector-specifiek regime geldt dat vergelijkbaar is met de gedragsregels van dit wetsvoorstel. Dit geldt voor onderwijs-, onderzoek- en omroepinstellingen.

Wat de scholen en instellingen met een publiekrechtelijke grondslag betreft gaat het om openbare scholen van primair, voortgezet en speciaal onderwijs (onderdeel a), instellingen van beroepsonderwijs, zoals regionale opleidingscentra (onderdeel b) en instellingen van hoger onderwijs, met name hogescholen, universiteiten en academische ziekenhuizen (onderdeel c). Voorts worden wetenschappelijke instellingen en organisaties met een publiekrechtelijke grondslag uitgezonderd (onderdeel d), te weten de Koninklijke Nederlandse Academie voor Wetenschappen, de Koninklijke Bibliotheek, de Nederlandse Organisatie voor toegepast natuurwetenschappelijk onderzoek TNO en de Nederlandse organisatie voor wetenschappelijk onderzoek.

Onderdeel e heeft betrekking op de publieke omroep en meer in het bijzonder de Nederlandse Omroep Stichting. Zoals opgemerkt in paragraaf 4.1.1 van het algemeen deel van de memorie van toelichting biedt artikel 57a van de Mediawet en de daarmee verband houdende richtlijn van het Commissariaat voor de Media reeds voldoende waarborgen. Blijkens het tweede lid valt het aanbieden van goederen of diensten die binnen de overheid worden aangeboden voor de uitvoering van een publiekrechtelijke taak, buiten de reikwijdte van het wetsvoorstel. De uitzondering voor het onderling aanbieden van goederen of diensten binnen het «overheidsconcern» beoogt te voorkomen dat de gedragsregels drempels opwerpen voor samenwerking tussen overheden bij de uitvoering van hun taken. Een concentratie van werkzaamheden bij één overheid kan van belang zijn, bijvoorbeeld om redenen van doelmatigheid en kwaliteit.

De uitzondering betreft alleen het aanbieden van goederen of diensten door bestuursorganen aan andere bestuursorganen en aan overheidsbedrijven. De gedragsregels zijn immers alleen van toepassing op economische activiteiten van bestuursorganen. Aan overheidsbedrijven worden geen verplichtingen opgelegd. Voor hen geldt bijvoorbeeld geen verplichting tot kostendoorberekening, ongeacht aan wie de goederen of diensten worden aangeboden. De gedragsregels zijn overigens evenmin van toepassing op het aanbieden van goederen of diensten binnen de eigen overheidsorganisatie, dat wil zeggen binnen de krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersoon waar de onderneming deel van uitmaakt. In dit

geval is sprake van zogenaamde «in house» activiteiten die ten eigen bate worden verricht. Omdat deze activiteiten niet aan derden, op een markt, worden aangeboden kan niet worden gesproken van economische activiteiten. Feitelijk leidt dit ertoe dat de gedragsregels niet gelden in alle situaties waarin uitsluitend door de overheid beheerste rechtspersonen deelnemen, ongeacht of dit publiekrechtelijke of privaatrechtelijke rechtspersonen zijn en ongeacht of de goederen of diensten intern of extern worden aangeboden. Dit laat overigens de bestaande aanbestedingsverplichtingen voor de overheid die de goederen of diensten afneemt onverlet.

Ingevolge de uitzonderingsbepaling kunnen goederen en diensten onder de kostprijs aan andere overheden worden aangeboden. Voorkomen moet worden dat deze overheden van die goederen of diensten gebruik maken bij commerciële activiteiten en zodoende aan derden goederen of diensten onder de kostprijs aanbieden. Indien bijvoorbeeld een gemeente een gebouw tegen marginale kosten aan een andere overheid ter beschikking stelt, kan het zijn dat in dat gebouw door deze overheid commerciële diensten ten behoeve van burgers worden verricht. Om oneerlijke concurrentie te voorkomen is de uitzondering alleen van toepassing gesteld op goederen of diensten die zijn bestemd voor de uitvoering van de publiekrechtelijke taak. Het kan hierbij gaan om interne activiteiten van de overheid of om externe activiteiten die in het publieke domein vallen. Dit betekent dat de gedragsregels onverkort van toepassing zijn indien bijvoorbeeld het hiervoor bedoelde gebouw dat beschikbaar wordt gesteld aan een bestuursorgaan of overheidsbedrijf vervolgens wordt gebruikt voor het verrichten van commerciële activiteiten – ook bijvoorbeeld als het gaat om zogenaamde restcapaciteit. In dat geval dienen derhalve de kosten van het gebouw aan het bestuursorgaan of overheidsbedrijf te worden doorberekend.

Blijkens het derde lid heeft dit hoofdstuk alleen betrekking op overheden in de zin van krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersonen. Voor zover het de binnen deze overheidsorganisaties fungerende ondernemingen betreft, wordt in deze toelichting wel gesproken van overheids-ondernemingen. Er is sprake van een overheidsonderneming, ongeacht of de overheidsorganisatie de economische activiteiten onder brengt in een aparte dienst. Dit vloeit voort uit het feit dat in de jurisprudentie van het Hof van Justitie een onderneming wordt aangemerkt als iedere entiteit die een economische activiteit uitoefent, ongeacht rechtsvorm, financiering of winstoogmerk (zie bijvoorbeeld het arrest Höfner, zaak 41/90, jur. 1991, p. I-1979). Als krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersonen worden in het algemeen aangemerkt de openbare lichamen waarvan artikel 1, eerste lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat zij rechtspersoonlijkheid bezitten: de Staat, provincies, gemeenten, waterschappen en andere openbare lichamen waaraan krachtens de Grondwet verordenende bevoegdheid is toegekend (lichamen ingesteld in het kader van de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie). De laatste categorie van krachtens artikel 134 van de Grondwet ingestelde openbare lichamen is van de reikwijdte van dit wetsvoorstel uitgezonderd omdat de problematiek zich concentreert op de andere genoemde openbare lichamen. Overigens vallen openbare lichamen die in samenwerkingsregelingen op grond van de Wet gemeenschappelijke regelingen worden ingesteld, wel onder het begrip van krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersonen.

Het vierde lid beperkt het bereik van het wetsvoorstel tot gevallen waarin geen sprake is van een steunmaatregel die voldoet aan de criteria van artikel 87, eerste lid, van het Verdrag.

De regering is van oordeel dat staatssteun niet alleen aan een onderneming buiten de overheid kan worden verleend, maar zich ook kan voordoen indien een overheidsorganisatie economische activiteiten verricht en daar algemene middelen voor ter beschikking stelt. Gegeven de hiervoor genoemde, brede uitleg van het ondernemingsbegrip is ook in dit geval

sprake van een onderneming. Begunstiging van deze onderneming door de overheid kan ook plaatsvinden als deze overheid en de overheids-onderneming deel uitmaken van dezelfde overheidsorganisatie. Voor een bevestiging van deze zienswijze kan niet worden verwezen naar regelgeving, jurisprudentie of uitspraken van de Europese Commissie. In de Europese rechtspraak zijn geen voorbeelden bekend waarin een uitspraak is gedaan over de vraag of de financiering van een in eigen beheer verrichte activiteit staatssteun oplevert, noch in positieve zin, noch in negatieve zin. Ten einde meer zekerheid te verkrijgen over de toepasselijkheid van de staatssteunregels op economische activiteiten die de overheid zelf verricht, is hierover de mening van de Europese Commissie gevraagd. Bij brief van 8 augustus 2006 heeft de directeur-generaal Concurrentie van de Commissie van de Europese Gemeenschappen aangegeven dat naar zijn mening de staatssteunregels ook van toepassing zijn op overheidsinstellingen die producten leveren aan derden.

De beoordeling of sprake is van staatssteun in de zin van het Verdrag is de exclusieve bevoegdheid van de Europese Commissie – zij het dat het Hof van Justitie deze beoordeling kan toetsen. Dit neemt niet weg dat een bestuursorgaan een eigen verantwoordelijkheid heeft ten aanzien van de naleving van de EG-regels betreffende staatssteun. Van geval tot geval moet het vaststellen of naar verwachting sprake is van staatssteun. De uitzonderingsbepaling impliceert dat dit oordeel van het bestuursorgaan maatgevend is voor de reikwijdte van deze uitzondering. De NMa is als toezichthouder inzake de gedragsregels gehouden dit oordeel te volgen. Op grond van artikel 87 van het Verdrag is staatssteun in beginsel onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt, en derhalve verboden. Niet elke steunmaatregel vormt staatssteun in de zin van het Verdrag. Alleen een steunmaatregel die voldoet aan de vereisten van artikel 87, eerste lid, van het Verdrag wordt als staatssteun aangemerkt. Ten aanzien van zogenaamde de-minimis-steun geldt ingevolge de desbetreffende verordening (Verordening (EG) 1998/2006 van de Commissie van 15 december 2006 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op de de-minimis-steun, PbEU L 379/5) dat deze wordt geacht niet te voldoen aan al deze vereisten, in het bijzonder het vereiste dat een steunmaatregel interstatelijk effect op de mededinging heeft. De-minimis-steun omvat steun waarvan het bedrag over een periode van drie jaar een plafond van € 200 000,- niet overschrijdt. De-minimis-steun geldt derhalve niet als staatssteun, zodat de gedragsregels van toepassing zijn in gevallen van de-minimis-steun.

Ingevolge artikel 87 en de op grond van artikel 89 opgestelde verordeningen zijn bepaalde vormen van staatssteun verenigbaar met het verdrag verklaard, dan wel vrijgesteld van de meldingsverplichting van artikel 88, derde lid, van het Verdrag. Waar het hier gaat om steunmaatregelen die voldoen aan het eerste lid van artikel 87 van het Verdrag, zijn de gedragsregels niet van toepassing op economische activiteiten waarbij een dergelijke vorm van staatssteun wordt verleend.

Er kan zich de situatie voordoen waarin de overheid heeft aangenomen dat sprake is van staatssteun maar waarin de Commissie tot een andere conclusie komt. In beginsel dient een overheid op grond van artikel 88, derde lid, van het Verdrag, een geval van staatssteun aan de Commissie te melden. De Commissie kan niet alleen uitspreken het dat een maatregel verenigbaar of onverenigbaar met het verdrag is, maar kan ook de maatregel aanmerken als een maatregel die niet voldoet aan alle vereisten van artikel 87, eerste lid, bijvoorbeeld omdat de maatregel geen interstatelijke effect heeft. Daargelaten het geval dat het Hof van Justitie in beroep tot een ander uitspraak komt, kan dan het bestuursorgaan niet langer van oordeel zijn dat sprake is van een staatssteunmaatregel en zijn de gedragsregels alsnog van toepassing.

Dit artikel bevat de belangrijke gedragsregel dat de integrale kosten van een product of dienst moeten worden doorberekend aan de afnemer. Op grond van het eerste lid moet een bestuursorgaan zodanige prijzen voor het leveren van goederen of het verrichten van diensten vaststellen, dat deze per product en per dienst ten minste kostendekkend zijn.

De reden voor de verplichte doorberekening van de integrale kostprijs *per economische activiteit* is dat een private ondernemer veelal alleen voor een bepaald product of dienst concurrentie van de overheid ondervindt (bijv. niet van het gemeentelijk zwembad als geheel, maar alleen van de zonnebankenverhuur binnen dat zwembad). Bovendien heeft deze benadering voordelen voor de uitoefening van toezicht: indien naar aanleiding van een klacht wordt onderzocht of de verplichting tot kostendoorberekening is overtreden, kan het onderzoek beperkt blijven tot de kosten en baten van de desbetreffende dienst respectievelijk product. Zo kan worden voorkomen dat een gemeente bij een klacht iedere keer de complete boekhouding op tafel moet leggen om aan te tonen dat de integrale kosten zijn doorberekend en geen algemene middelen zijn gebruikt voor commerciële activiteiten.

In het algemeen is bepalend voor de vraag of sprake is van te onderscheiden producten of diensten, of deze deel uitmaken van eenzelfde relevante markt. Indien twee producten op dezelfde markt worden aangeboden, is het vanuit de optiek van een gelijk speelveld met reguliere ondernemers niet noodzakelijk deze voor de toepassing van de norm van kostendekkendheid als afzonderlijke producten aan te merken.

Doordat volledige doorberekening van kosten wordt voorgeschreven, ontstaat op de markten waarop in concurrentie wordt getreden met private ondernemers een gelijk speelveld. Het gaat hierbij om doorberekening van alle directe en indirecte kosten, bijvoorbeeld de kosten van de ter beschikking gestelde financiële middelen, de kosten van de inzet van productiemiddelen en loon- en andere personeelskosten. Hierbij dienen uiteraard de gekozen verdeelsleutels voor de toerekening van de indirecte kosten consistent te worden toegepast. De verplichting om de kosten door te berekenen in de prijzen kan worden toegepast over een boekjaar.

In een op te stellen handreiking voor overheden zal ook aandacht worden gegeven hoe de integrale kostprijs kan worden berekend. Hierbij kan worden aangesloten bij het kostenbegrip uit de communautaire kaderregeling inzake staatsteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst (29 november 2005, PbEU C297, punt 16).

Integrale kosten worden hierin gedefinieerd als de som van

- alle variabele kosten die gemoeid zijn met de desbetreffende activiteit,
- een passende bijdrage in de gemeenschappelijke vaste kosten van de activiteit en de andere activiteiten die door de betreffende organisatie worden uitgevoerd,
- een passende vergoeding voor het voor de economische activiteit bestemde eigen kapitaal, en
- de kosten voor investeringen in infrastructuur wanneer deze voor de uitvoering van de activiteit noodzakelijk zijn.

Krachtens het tweede lid gelden enkele uitzonderingen op deze gedragsregel. Blijkens onderdeel a geldt de verplichting van kostendekkendheid niet voor zover sprake is van activiteiten ter uitvoering van een dienst van algemeen economisch belang die aan de overheidsorganisatie is opgedragen. Diensten van algemeen economisch belang zijn diensten die voor de samenleving van algemeen belang worden geacht. Deze diensten onderscheiden zich van »gewone diensten« door de aanwezigheid van publieke belangen met betrekking tot bijvoorbeeld kwaliteit, toegankelijkheid of leveringszekerheid. De term «diensten van algemeen economisch

belang» is afkomstig van het EG-Verdrag (artikelen 16 en 86), zij het dat de term hierin niet is gedefinieerd. In de jurisprudentie en Commissie-documenten wordt het begrip verder toegepast. Diensten van algemeen economisch belang (verder DAEB) worden door de overheid aan ondernemingen opgedragen ter uitvoering waarvan door deze ondernemingen economische activiteiten op de markt worden verricht. Hieraan kunnen bepaalde vereisten worden gesteld om het publieke belang te waarborgen. Voorbeelden van DAEB's zijn post, omroep, arbeidsbemiddeling, energie, telecommunicatie, bepaalde vormen van hoger onderwijs, audiovisuele diensten, sociale woningbouw en bepaalde zorgdiensten. Daarnaast kunnen uiteraard economische activiteiten die voortvloeien uit internationale verplichtingen worden gezien als noodzakelijk voor de uitvoering van een DAEB.

DAEB's maken deel uit van het bredere begrip diensten van algemeen belang. Hieronder vallen ook diensten die voor de samenleving van algemeen belang worden geacht maar die niet economisch van aard zijn omdat zij niet op de markt en onder concurrentie worden aangeboden. Voorbeelden hiervan zijn justitie, politie, rechtspraak, drinkwatervoorziening, de uitgifte van paspoorten en de militaire steunverlening in het openbaar belang. De gedragsregels van dit wetsvoorstel zijn op deze diensten niet van toepassing. Dit is ook in lijn met de Europese regelgeving, waarin de regels met betrekking tot staatssteun niet van toepassing zijn op diensten van algemeen niet-economisch belang.

De voorwaarde dat de onderneming is belast met een DAEB betekent overeenkomstig de Europese rechtspraak in beginsel dat de DAEB bij wettelijk voorschrift of door een bestuursorgaan is opgedragen. Anders dan bij de verlening van bijzondere of uitsluitende rechten is het niet noodzakelijk dat een bestuursorgaan hiertoe een besluit neemt in de zin van de Algemene wet bestuursrecht. De opdracht kan ook op een andere wijze worden verleend, bijv. door middel van een contract. Onder omstandigheden kan ook uit een samenstel van wettelijke regels worden geconcludeerd dat een onderneming is belast met een DAEB, zo kan worden afgeleid uit een recente beschikking van de Commissie van de Europese Gemeenschappen over ziekenfondsen.

In de regelgeving en de rechtspraak bestaan geen aanwijzingen dat een DAEB niet kan worden opgedragen aan een overheidsonderneming. De Europeesrechtelijke notie dat mededingingsverplichtingen gelden ongeacht de positionering en vormgeving van een onderneming is reden het DAEB-begrip ook toe te passen op diensten die binnen een overheidsorganisatie worden uitgevoerd met het oog op het algemeen belang. Dit is in lijn met de artikelen 11, 25 en 41, derde lid, van de Mededingingswet op grond waarvan het kartelverbod en het verbod van misbruik van economische machtspositie moeten wijken voor zover daardoor de uitvoering van een DAEB zou worden verhinderd. Juist overheden moeten in een voorkomend geval een beroep kunnen doen op deze uitzonderingsbepalingen. Tegen deze achtergrond is uitgangspunt dat een DAEB niet alleen kan worden opgedragen aan een onderneming buiten de overheid, maar evengoed aan een onderneming die deel uitmaakt van die overheidsorganisatie. Ook dan is sprake van een onderneming die met het beheer van de DAEB is belast, hetzij bij wettelijk voorschrift, hetzij op grond van een opdracht van het bestuursorgaan.

Voor de toepassing van de uitzondering voor DAEB is het oordeel van de desbetreffende overheidsorganisatie maatgevend. Deze dient te bepalen of sprake is van een DAEB, of (een deel van) de organisatie is belast met de uitvoering daarvan, en of bepaalde economische activiteiten en de bekostiging daarvan uit de algemene middelen noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de DAEB. Indien en voor zover dit naar het oordeel van de overheid het geval is, geldt de verplichting van kostendoorberekening niet. De NMa treedt in feite terug als toezichthouder omdat de invulling van het publiek belang en de publieke taak aan de orde is. Voor zover

twijfel kan zijn over de redelijkheid van een kwalificatie als DAEB, biedt het bestuurlijk toezicht mogelijkheden om vast te stellen of een overheidsorganisatie hierbij te ver is gegaan, of, in termen van de vernietigingsbevoegdheid van de kroon, of de beslissing in strijd is met het recht of het algemeen belang.

Onderdeel b heeft betrekking op economische activiteiten van een overheidsorganisatie die beschikt over een uitsluitend of bijzonder recht. Ook deze begrippen zijn afkomstig uit het Verdrag (artikel 86) zonder dat zij in het Verdrag zijn gedefinieerd. Wel bevat de Transparantierichtlijn een nadere omschrijving die in het huidige artikel 25a van de wet is gevolgd. Vaak zal het niet voorkomen dat een uitsluitend of bijzonder recht aan een onderneming binnen de overheidsorganisatie is verleend, want meestal is sprake van een afzonderlijke rechtspersoon die als een zodanige onderneming kan worden aangemerkt. Dat is bijvoorbeeld het geval in de energiesector ten aanzien van het netbeheer. Bij het openbaar vervoer komt het evenwel voor dat er sprake is van een gemeentelijke dienst die het openbaar vervoer in die gemeente verzorgt. Op grond van het eerste lid van dit artikel zouden de integrale kosten van die activiteiten moeten worden doorberekend. In de regel gelden voor dergelijke activiteiten echter allerlei voorschriften omtrent tarieven. Deze kunnen bij voorbeeld zijn vervat in een wettelijk voorschrift of zijn verbonden aan een vergunning tot het verrichten van de activiteit. In dat geval dienen deze regels uiteraard voorrang te hebben op het bepaalde in het eerste lid.

Onderdeel c bevat een uitzondering voor gegevens die de overheidsorganisatie heeft verkregen in het kader van de uitoefening van haar publiekrechtelijke bevoegdheden. Zonder deze uitzondering zou het voorschrift om de integrale kostprijs in rekening te brengen ook van toepassing zijn indien de economische activiteit bestaat uit de verstrekking van gegevens of gegevensbestanden als hier bedoeld. Dit zou echter niet passen in het overheidsbeleid inzake de beschikbaarheid van overheidsinformatie. Het streven van het kabinet is er juist op gericht om de beschikbaarheid van overheidsinformatie, juist ook voor het bedrijfsleven, te bevorderen en exploitatie tegen integrale kostprijs zou dit doorkruisen. Dit onderdeel strekt ertoe te bewerkstelligen dat het wetsvoorstel markt en overheid geen belemmering vormt voor de verdere ontwikkeling van het beleid met betrekking tot de beschikbaarheid van overheidsinformatie. Tenslotte worden in onderdeel d sociale werkplaatsen uitgezonderd voor zover het de sociale werkvoorziening betreft. Ingevolge artikel 5 van de Wet sociale werkvoorziening geldt reeds een norm om concurrentievervalsing te voorkomen: voor de door de werknemer geleverde arbeid of voor de ten gevolge daarvan geleverde goederen of diensten dient een vergoeding te worden bedongen die de concurrentieverhoudingen niet onverantwoord mag beïnvloeden.

Het derde lid verduidelijkt dat onder de kosten van ter beschikking gestelde financiële middelen de kosten zowel van vreemd vermogen als van eigen vermogen moet worden verstaan. Ten aanzien van de verdeling van de diverse vermogenscomponenten van de overheidsorganisatie over economische activiteiten en andere activiteiten geldt dat deze proportioneel, naar rato van gebruik en verbruik, moeten zijn.

Als uitgangspunt voor de hoogte van de financieringskosten geldt wat in het normale handelsverkeer gebruikelijk is. Indien bijvoorbeeld de feitelijk voor een lening gemaakte kosten lager zijn dan voor een vergelijkbare «gewone» onderneming, dienen kosten te worden doorberekend die overeenkomen met de kosten die in een marktconforme situatie, uitgaand van soortgelijke activiteiten, zouden worden gemaakt. Hiermee wordt een compensatie geboden voor de afwezigheid van marktrisico. Private ondernemingen die op een markt opereren lopen het risico van een faillissement: het marktrisico. Een faillissement kan het uiteindelijke gevolg zijn van de «tucht van de markt», die het gedrag van aanbieders beïnvloedt. De kapitaalverschaffers van private ondernemingen zullen vanwege dit

marktrisico een bepaald minimaal rendement eisen op hun beleggingen. De onderneming zal dit rendement in zijn prijzen moeten doorberekenen. De hoogte van het verlangde rendement is afhankelijk van de inschatting van de ondernemer en de kapitaalverschaffer van het risico op die markt. Overheidsorganisaties lopen niet het risico van een faillissement. Zij zullen dan ook in de regel door hun kapitaalverschaffers niet worden verplicht om een minimaal rendement te behalen. Om deze ongelijkheid tussen overheidsorganisaties en private ondernemingen te compenseren wordt voorgeschreven dat de overheidsorganisatie bij de berekening van haar prijzen voor economische activiteiten een vergoeding voor het marktrisico in de vorm van een vergoeding voor het gebruik van eigen vermogen in rekening moet brengen. In dit verband is de brief van de minister van Financiën van 14 november 2003 over risicowaardering bij publieke investeringsprojecten van belang (Kamerstukken II, 2003–2004, 29 352, nr. 1).

Ingevolge het vierde lid is het bestuursorgaan verplicht desgevraagd aan te tonen dat alle kosten van het product of de dienst zijn doorberekend. Op deze wijze wordt bevorderd dat effectief toezicht op de naleving van deze gedragsregel kan worden gehouden. De toezichthouder kan weliswaar informatie verzamelen – hij is onder meer bevoegd inlichtingen en inzage van zakelijke gegevens en bescheiden te vorderen – maar daarbij is hij afhankelijk van de administratie van het bestuursorgaan. Indien in deze administratie geen (afzonderlijke) registratie van alle kosten van een product of dienst plaatsvindt, kan de toezichthouder niet vaststellen of er een overtreding van de gedragsregel heeft plaatsgevonden. Om die reden wordt met deze bepaling de bewijslast bij het bestuursorgaan gelegd. Het bestuursorgaan kan niet volstaan met het verduidelijken welke kosten in de prijs zijn verdisconteerd, maar dient tevens te onderbouwen dat deze kosten ook alle kosten zijn die voor het desbetreffende product of dienst zijn gemaakt. Dit zal mede kunnen blijken uit de wijze waarop overigens kosten en baten in de administratie zijn geregistreerd. Indien het bestuursorgaan niet of onvoldoende voldoet aan de in het vierde lid opgenomen verplichting, kan de NMa concluderen dat sprake is van een overtreding van het eerste lid en de in artikel 70c bedoelde handhavingsmiddelen toepassen.

#### *Artikel 25j*

Dit artikel beoogt te voorkomen dat overheidsbedrijven andere ondernemingen oneerlijke concurrentie kunnen aandoen doordat de overheden die hun beleid kunnen bepalen, aan hen bepaalde voordelen verschaffen. Dit artikel bevat een algemene regel voor de verhouding tussen overheidsorganisaties en overheidsbedrijven als in dit wetsvoorstel omschreven. Een bevoordelingsverbod tussen «moeders en dochters» komt, in een op de materie toegesneden vorm, ook voor in artikel 12 van de Wet energiedistributie, artikel 18 van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 69 van de Wet personenvervoer 2000. Op grond van het algemene beginsel dat de bijzondere regeling boven de algemene gaat, geldt het in artikel 25j opgenomen bevoordelingsverbod niet indien een van deze sectorale regelingen van toepassing is.

Het bevoordelingsverbod betreft elke vorm van bevoordeling. Ondernemers die benadeeld worden door een dergelijke bevoordeling kunnen een vordering wegens onrechtmatige daad instellen, waarbij onder meer kan worden gevraagd om een verbod om in strijd met dit artikel te handelen. Bevoordeling bevat in elk geval het toekennen van financiële voordelen. Om de bewijslast voor benadeelde ondernemers te vereenvoudigen noemt het tweede lid enkele gevallen waarin in ieder geval ook sprake is van bevoordeling.

Onderdeel a heeft betrekking op het gebruik van naam en beeldmerk van

een overheidsorganisatie door het overheidsbedrijf waarmee die organisatie is verbonden. Als die naam en dat beeldmerk door het overheidsbedrijf worden gebruikt op een wijze die suggereert dan men van doen heeft met een overheidsorganisatie, zou dit bepaalde concurrentievoordelen kunnen opleveren, zoals de suggestie van een hoge kredietwaardigheid of van een dienstverlening waarop de overheidsorganisatie kan worden aangesproken.

In onderdeel b wordt als bevoordeling genoemd het leveren van goederen en verrichten van diensten tegen een vergoeding die lager is dan de integrale kosten. Zo moeten de kosten van huisvesting voor het geval een pand van de overheid mede door een overheidsbedrijf wordt gebruikt, naar rato van dat gebruik worden doorberekend. Onder bevoordeling valt ook bijvoorbeeld het verstrekken van garanties, goedkope leningen, leveringen en dergelijke tegen voorwaarden die voordeliger zijn dan in het normale handelsverkeer gebruikelijk is. Niet genoemd wordt het verstrekken van gegevens. Hiervoor is een algemene regeling opgenomen in artikel 25k.

Het derde lid bevat enkele uitzonderingen op het bevoordelingsverbod die overeen komen met de in artikel 25i, tweede lid, geformuleerde uitzonderingen. Voor een nadere toelichting wordt hier verwezen naar de toelichting bij de overeenkomstige bepalingen van dat artikel.

Tevens wordt een uitzondering gemaakt voor gevallen waarop het staatssteunregime van toepassing is. Weliswaar bevat artikel 25h, vierde lid, een uitzondering voor het bereik van het wetsvoorstel, maar deze bepaling is toegesneden op economische activiteiten. Het bevoordelingsverbod is niet gerelateerd aan het begrip economische activiteiten.

#### *Artikel 25k*

Deze bepaling bepaalt dat in het kader van de publieke taak verkregen gegevens alleen voor andere economische activiteiten dan voor de uitvoering van een publieke taak mogen worden gebruikt indien deze gegevens ook aan derden beschikbaar kunnen worden gesteld. Indien derden betrokken zijn geweest bij het opstellen of het verzamelen van de gegevens, zal het auteursrecht dat deze derden daardoor hebben, in ieder geval overgedragen moeten zijn aan de desbetreffende overheidsorganisatie, of moet toestemming verkregen zijn om de gegevens aan (andere) derden ter beschikking te stellen. Als dat niet is gebeurd, kan de overheidsorganisatie de gegevens niet aan derden overdragen. Er kan zich daarnaast de situatie voordoen dat geheimhouding is voorgeschreven in de specifieke regeling op grond waarvan het bijzondere of uitsluitende recht is verleend, of dat deze voortvloeit uit algemene geheimhoudingsbepalingen. Ook kan de Wet bescherming persoonsgegevens in de weg staan aan beschikbaarstelling van de gegevens aan derden. Het is denkbaar dat de overheidsorganisatie in deze gevallen de gegevens op zich kan gebruiken voor andere, dat wil zeggen commerciële activiteiten. Maar indien het de overheidsorganisatie niet vrij staat die gegevens aan derden beschikbaar te stellen, zou dat een ongelijk speelveld creëren. Deze bepaling voorkomt dit.

#### *Artikel 25l*

Dit artikel beoogt functievermenging tegen te gaan om te voorkomen dat er (een schijn van) belangenverstrengeling kan ontstaan binnen de overheid, doordat publiekrechtelijke bevoegdheden en economische activiteiten in één persoon verenigd zijn.

Voor het (laten) verrichten van bepaalde activiteiten is soms toestemming nodig van een bestuursorgaan in de vorm van vergunningverlening, ontheffing, goedkeuring en dergelijke. Vaak vloeit uit die toestemming



voort dat bepaalde economische activiteiten verricht gaan worden. Een voorbeeld is dat na verlening van een kapvergunning de desbetreffende boom gekapt wordt. Soms ook worden economische activiteiten verricht om in aanmerking te komen voor een vergunning. Te denken valt aan de opstelling van een bedrijfshulpverleningplan dat als zodanig de goedkeuring van de overheid behoeft of het verrichten van bodemonderzoek voor een bouwvergunning. In deze situaties kan de overheid de economische activiteiten zelf aanbieden in concurrentie met derden. In die situaties is de ingevolge dit artikel verplichte functiescheiding van belang.

Dit artikel is alleen van toepassing indien sprake is van een «dubbele betrokkenheid». De betrokkenheid bij de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid betreft betrokkenheid bij de besluitvorming daarover. Betrokken is zowel degene die het besluit neemt als degene die een (inhoudelijke) bijdrage levert aan de voorbereiding van dat besluit. Betrokkenheid bij het verrichten van economische activiteiten is bijvoorbeeld aan de orde als iemand bevoegd is contracten af te sluiten voor het verrichten van economische activiteiten of zich bezighoudt met de acquisitie daarvan. Daarnaast kan als betrokkene worden aangemerkt degene die daadwerkelijk de economische activiteiten verricht, zoals degene die in het voornoemde voorbeeld een bedrijfshulpverleningsplan opstelt. Deze persoon mag ingevolge deze bepaling niet worden betrokken bij de besluitvorming omtrent de goedkeuring van een bedrijfshulpverleningsprogramma.

In deze gevallen zal het desbetreffende bestuursorgaan moeten zorg dragen voor functiescheiding. Dit kan door de desbetreffende activiteit onder te brengen in een andere organisatorische eenheid dan de eenheid of eenheden die is, respectievelijk zijn betrokken bij de voorbereiding van het desbetreffende besluit. Afhankelijk van de organisatie kan een organisatorische eenheid een afdeling zijn, een directie, of bijvoorbeeld een tak van dienst. Dat dienstonderdeel mag dan niet betrokken zijn bij de publiekrechtelijke besluitvorming waar die activiteit een rol in speelt en omgekeerd. Soms is deze aanpak feitelijk moeilijk uitvoerbaar vanwege de relatief geringe omvang van de overheidsorganisatie. Dan dient de functiescheiding op het niveau van de individuele betrokkene te worden gerealiseerd, mits deze afdoende is geborgd, bijvoorbeeld via een duidelijke beschrijving van de administratieve organisatie.

#### *Artikel 25m*

In het eerste lid is een grondslag geboden voor het stellen van nadere regels, te weten regels ten aanzien van de verplichting de integrale kosten door te berekenen (artikel 25i) en het bevoordelingsverbod (artikel 25j). De notie van kostendekkendheid omvat een aantal keuzes ten aanzien van de aard van de kosten die in de prijs moeten worden verdisconteerd, zoals inzake bestuurlijke kosten, en ten aanzien van de bedrijfseconomische methode ter bepaling van deze kosten. Om die reden is het wenselijk dat zonodig hierover bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels kunnen worden gesteld.

Het tweede lid legt vast dat voor de voordracht door de minister van Economische Zaken van een algemene maatregel van bestuur of voor de totstandkoming van een ministeriële regeling van die minister overeenstemming noodzakelijk is met de minister die het aangaat. Dit is de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijkrelaties voor de gemeenten en provincies en de minister van Verkeer en Waterstaat voor de waterschappen.

#### *Onderdeel B*

Zoals beschreven in het algemeen deel wordt voor het toezicht op de naleving van de gedragsregels van markt en overheid zoveel mogelijk

aangesloten bij het vigerende stelsel van de Mededingingswet. Hiertoe wordt in hoofdstuk 8 van de wet een paragraaf ingevoegd. Indien bestuursorganen een gedragsregel overtreden kan de raad op grond van artikel 70c een verklaring vaststellen of een last onder dwangsom opleggen. Zoals aangeduid in het algemeen deel van de toelichting is het niet wenselijk dat de raad een boete aan een bestuursorgaan kan opleggen. Veelal zal de vaststelling door de NMa dat een overtreding van één van de gedragsregels heeft plaatsgevonden voldoende zijn om de desbetreffende overheid te bewegen tot de noodzakelijke aanpassing van zijn activiteiten of van de financiering daarvan.

Zoals bepaald in onderdeel E wordt de verklaring bij beschikking vastgesteld. Een beschikking is op grond van de Awb een schriftelijk besluit. Een mondelinge verklaring is derhalve geen verklaring in de zin van dit artikel. De vaststelling van een verklaring dat een overtreding is begaan heeft als rechtsgevolg dat de overtreding door de Raad rechtens is vastgesteld. Tegen een dergelijk besluit staat uiteraard op grond van de Awb bezwaar en beroep open. Een verklaring die hetzij door het verstrijken van een beroepstermijn hetzij doordat een ingesteld beroep ongegrond is verklaard, onherroepelijk is geworden, kan als bewijs dat er sprake is van een onrechtmatige daad in een civiele procedure worden aangevoerd.

#### *Onderdelen C tot en met G*

In verband met de toevoeging van paragraaf 1c in hoofdstuk 8 zijn de desbetreffende artikelen van paragraaf 4 van hoofdstuk 8 aangepast. Ook in dit opzicht is aangesloten bij het bestaande stelsel van de Mededingingswet.

In artikel 82b wordt bepaald dat beschikkingen waarin een last onder dwangsom wordt opgelegd, en verklaringen inzake overtredingen door bestuursorganen ter inzage moeten worden gelegd bij de NMa, en dat daarover mededeling moet worden gedaan in de Staatscourant. Op dit punt wordt het regime gevolgd dat geldt voor overtredingen van het kartelverbod en het verbod van misbruik van economische machtspositie. Hierdoor wordt de openbaarheid van de beschikking en daarmee de kenbaarheid ervan voor derden gewaarborgd. Dit laatste kan weer de naleving van de gedragsregels bevorderen.

## **Artikel II**

De beoogde regels voor een gelijk speelveld zullen gaan gelden voor alle economische activiteiten die worden verricht door overheidsorganisaties. Gelet op de vele betrokken belangen is een zorgvuldige invoering van de nieuwe regels vereist. Voor de verplichtingen die zijn aangegaan voor de inwerkingtreding van dit wetsvoorstel gelden daarom bepaalde overgangstermijnen. Dit is wenselijk omdat het wetsvoorstel een aantal nieuwe en algemeen geldende gedragsregels tot stand brengt. Bij het aangaan van de genoemde verplichtingen kon daar vanzelfsprekend nog geen rekening mee worden gehouden. Volledige eerbiedigende werking ten aanzien van deze situaties zou echter een te grote inbreuk maken op de doelstelling van een gelijk speelveld. Voor de verschillende overgangsvoorzieningen worden termijnen van één of drie jaar gehanteerd. Het eerste lid betreft de verplichting van integrale kostendoorberekening. Het tweede lid biedt een overgangsvoorziening voor overeenkomsten die voor de inwerkingtreding van deze wet zijn gesloten en die bepalingen bevatten die voortaan zijn verboden op grond van het bevoordelingsverbod. Deze bepalingen blijven gedurende de looptijd van de overeenkomst, maar ten hoogste drie jaar, geldig. Deze termijn is ruim. In het algemeen worden niet zulke langlopende verplichtingen aangegaan, maar wel bijvoorbeeld bij het gebruik van naam en beeldmerk van een overheidsorganisatie (genoemd in artikel 25j, tweede lid). Na de overgangs-

termijn van drie jaar worden dergelijke bepalingen in dan nog lopende overeenkomsten nietig op grond van artikel 40, tweede lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek.

Het derde lid betreft de gedragsregel inzake hergebruik van gegevens. Het is denkbaar dat in overeenkomsten die voor de inwerkingtreding van deze bepaling zijn gesloten, over het verstrekken van gegevens aan derden voorschriften voorkomen die een belemmering vormen voor het voldoen aan de vereisten van deze bepaling. Dat is bijvoorbeeld het geval als tegen een bepaalde prijs een exclusieve licentie is verleend. Dergelijke overeenkomsten plegen een tamelijk lange looptijd te hebben. Hiermee is rekening gehouden door ten aanzien van deze gedragsregel een overgangstermijn van drie jaar te kiezen.

Het vierde lid geeft een jaar respijt voor lopende economische activiteiten, die mogelijk als gevolg van de in artikel 25l voorgeschreven functiescheiding in een andere organisatorische eenheid of bij andere personen moeten worden ondergebracht.

### **Artikel III**

Ingevolge dit artikel wordt deze wet binnen vijf jaar na inwerkingtreding geëvalueerd ten aanzien van de effecten en de doeltreffendheid. Onder meer zal bij de evaluatie het handavingsregime voor overheidsorganisaties worden betrokken. De termijn van vijf jaar is zo gekozen dat rekening wordt gehouden met enerzijds het feit dat sommige bepalingen eerst drie jaar na de inwerkingtreding toepassing krijgen, en anderzijds het feit dat de in artikel IV opgenomen horizonbepaling een termijn van zeven jaar kent.

### **Artikel IV**

Ingevolge dit artikel treedt deze wet op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip.

Voorts bevat dit artikel een zogenaamde horizonbepaling: de geldigheid van de onderhavige wettelijke bepalingen dient binnen zeven jaar uitdrukkelijk te worden verlengd om te bewerkstelligen dat zij niet vervallen. De verlenging vindt plaats bij een algemene maatregel van bestuur en kan hetzij een nieuwe termijn impliceren, hetzij voorzien in de geldigheid van de wettelijke bepalingen voor onbepaalde tijd. Het ontwerp daarvan wordt tevoren aan het parlement overgelegd om dit in de gelegenheid te stellen hierover een standpunt in te nemen. In het geval geen verlenging plaatsvindt, wordt de Mededingingswet in oude staat hersteld, zodat de wettelijke bepalingen komen te luiden zoals zij luiden voor de inwerkingtreding van deze wet, met dien verstande dat tussentijdse wetswijzigingen die ook voor deze bepalingen relevant zijn, bij het herstel in de oude toestand worden betrokken.

De minister van Economische Zaken,  
M. J. A. van der Hoeven