

Wet "Markt en Overheid" aangenomen door de Eerste Kamer

Mr. Pascal Broers



Na een jarenlang politiek debat heeft de Eerste Kamer op 22 maart 2011 de wet "Markt en Overheid" aangenomen. De wet heeft tot doel het creëren van zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen overheden die als aanbieder van goederen en diensten aan derden optreden (ondernemer) enerzijds en andere, particuliere ondernemingen anderzijds. De wet beoogt dus een gelijk speelveld te creëren tussen overheden en ondernemingen.¹ Daartoe worden gedragsregels opgenomen in de Mededingingswet. In deze bijdrage wordt een kort overzicht gegeven van de inhoud en achtergronden van de wet.

Inhoud gedragsregels

Lang nadat het wetsvoorstel "Markt en Overheid" uit 2001 was gestrand heeft het toenmalige Kabinet in 2004 aangegeven dat er nog altijd een noodzaak bestaat om regels te stellen om de zogenaamde "markt en overheid"-problematiek op te lossen en heeft het een alternatieve aanpak van deze problematiek voorgesteld.²

Op 29 februari 2008 is deze alternatieve aanpak uitgewerkt in een voorstel tot aanpassing van de Mededingingswet ter invoering van gedragsregels voor de overheid.

De gedragsregels gaan gelden voor de gehele rijksoverheid, voor provincies, gemeenten, waterschappen en voor zelfstandige bestuursorganen, die op basis van een wet zijn opgericht en moeten concurrentievervalsing door overheidsorganisaties indien zij economische activiteiten verrichten, voorkomen.

De gedragsregels hebben betrekking op een viertal onderwerpen:

Verbod op kruissubsidiëring (artikel 25j): een bestuursorgaan dat economische activiteiten verricht dient de afnemers van een product of

dienst ten minste de integrale kosten van dat product of die dienst in rekening te brengen.

Bevoordelingsverbod overheidsbedrijven (artikel 25j): een bestuursorgaan mag overheidsbedrijven waarbij zij betrokken is niet onevenredig bevoordelen boven andere ondernemingen waarmee dat overheidsbedrijf in concurrentie treedt.

Non-discriminatoire gegevensgebruik (artikel 25k): gegevens die een bestuursorgaan heeft verkregen in het kader van de uitoefening van zijn publiekrechtelijke bevoegdheden mogen alleen worden gebruikt voor de uitoefening van de economische activiteiten van het bestuursorgaan, indien deze gegevens ook aan derden beschikbaar kunnen worden gesteld.

Verbod op functievermenging (artikel 25l): een bestuursorgaan dat een publiekrechtelijke bevoegdheid uitoefent ten aanzien van economische activiteiten die door hetzelfde of een ander bestuursorgaan van de desbetreffende publiekrechtelijke rechtspersoon worden verricht, dient te voorkomen dat dezelfde personen betrokken kunnen zijn bij zowel de uitoefening van de bevoegdheid als bij het verrichten van de economische activiteiten.

- 1 Kamerstukken II 2007-2008, 31 354, nr. 3, memorie van toelichting Wijziging van de Mededingingswet ter invoering van regels inzake ondernemingen die deel uitmaken van een publiekrechtelijke rechtspersoon of die hiermee zijn verbonden, p. 2.
- 2 Zie brief van de Ministers van Justitie, Economische Zaken en Bestuurlijke vernieuwing en Koninkrijksrelaties van 12 februari 2004, Kamerstukken II, 2003-2004, 28 050, nr. 7.

Geen toepasselijkheid gedragsregels in geval van staatssteun.

Om te voorkomen dat er sprake is van een parallelle toepasselijkheid van de gedragsregels en de Europese staatssteunregels, is gekozen voor een complementair systeem waarbij hetzij het staatssteunregime van toepassing is, hetzij de gedragsregels van toepassing zijn. Dus daar waar de Europese staatssteunregels niet van toepassing zijn gelden straks de nationale gedragsregels.

Wat betreft de toepasselijkheid van de staatssteunregels, moet er onder meer sprake zijn van 'ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de lidstaten'. Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie EU bestaat er geen drempel of percentage waaronder het handelsverkeer tussen lidstaten kan worden geacht niet ongunstig te worden beïnvloed. De omstandigheid dat het steunbedrag betrekkelijk gering is of de begunstigde onderneming vrij klein, sluit niet a priori de mogelijkheid uit dat bedoeld handelsverkeer ongunstig wordt beïnvloed. Aan de voorwaarde van artikel 107 lid 1 VWEU 'ongunstige beïnvloeding handelsverkeer tussen de lidstaten' kan worden voldaan ongeacht de plaatselijke of regionale aard van de geleverde diensten of de omvang van het betrokken werkterrein.³

Grensoverschrijdende activiteiten van een bedrijf zelf is niet noodzakelijk om van beïnvloeding van de tussenstaatse handel te spreken. Ook al neemt een onderneming geen deel aan het internationale handelsverkeer, de steun kan helpen om binnenlandse dienstverlening in stand te houden, waardoor de ondernemingen uit andere lidstaten niet van de normale marktwerking zouden kunnen

profiteren.⁴ De Europese Commissie beoordeelt de economische aspecten zoals de precieze structuur van de relevante markt, het al dan niet bestaan van merkbare mededinging en het aantal ondernemingen dat op deze markt actief is.

Belangrijkste uitzonderingen

De gedragsregels kennen een groot aantal uitzonderingen. Zo zijn de nieuwe regels niet van toepassing op de onderwijssector⁵ en de publieke omroepen en zijn zij slechts beperkt toepasbaar op de activiteiten van sociale werkplaatsen. Daarnaast zijn economische activiteiten van algemeen belang (zie ook hierna) eveneens van de toepassing uitgezonderd. Ook voor het aanbieden van goederen of diensten tussen overheden onderling, voor zover die goederen of diensten bestemd zijn voor de uitvoering van een publiekrechtelijke taak, gelden de gedragsregels niet. Tot slot zijn bestuursorganen van openbare lichamen die zijn ingesteld op grond van artikel 134 van de Grondwet⁶ en de zogenaamde "b"-organen als bedoeld in de Algemene wet bestuursrecht⁷ niet gebonden aan de nieuwe regels.

Handhaving

De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) zal de gedragsregels gaan handhaven. Bij een overtreding van de regels, kan de NMa, eventueel door middel van het opleggen van een last onder dwangsom, de betrokken overheid bewegen om de overtreding te beëindigen. De NMa kan op klacht van een onderneming onderzoek verrichten maar ook ambtshalve. Ook is het mogelijk voor een onderneming de naleving van de gedragsregels via de burgerlijke

3 HvJ EU 27 juli 2003, (Altmark), zaak C-280/00, Jur. 2003, p. I-7747, punten 81 en 82.

4 HvJ EU 17 juni 1999, (Maribel), zaak 75/97, Jur. 1999, I-03671.

5 Wel heeft de Minister Verhagen bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer toegezegd dat in het kader van de wijziging van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek in samenspraak met staatssecretaris Zijlstra van Onderwijs een juridische grondslag zal worden geboden om regels te stellen om concurrentievervalsing door hoger onderwijsinstellingen tegen te gaan.

6 Dit betreft openbare lichamen voor beroep en bedrijf (zoals de Nederlandse Orde van Advocaten en product- en bedrijfschappen) en andere bedrijfslichamen.

7 Blijkens artikel 1:1 lid 1 onder b. gaat het om "een ander persoon of college met enig openbaar gezag bekleed". Dat zijn bijvoorbeeld organen van privaatrechtelijke rechtspersonen die niet tot de overheid worden gerekend maar die wel met openbaar gezag zijn bekleed.

rechter af te dwingen. Die toetst of het overheidsorgaan zich heeft gehouden aan de Mededingingswet.

Belangrijkste discussiepunten wetsvoorstel
Over het wetsvoorstel is uitgebreid gedebatteerd in beide Kamers der Staten-Generaal.⁸

i) Toegevoegde waarde van het wetsvoorstel
Diverse fracties, waaronder de PvdA, het CDA en de SP, van zowel de Tweede Kamer⁹ als de Eerste Kamer¹⁰ hebben de vraag gesteld wat dit wetsvoorstel toevoegt aan de bestaande Europese regels betreffende staatssteun. Zij vragen zich af of de omvang van de problematiek niet dusdanig klein is, mede gelet op de ruime uitzonderingsmogelijkheden die zijn opgenomen in het wetsvoorstel.

Het Kabinet heeft tot nu toe verwezen naar onderzoeken uit 2002 (Andriessen, Onderzoek naar administratieve lasten veroorzaakt door het wetsvoorstel markt en overheid) en 2003 (Atos KPMG Consulting, Onderzoek naar risico's op kruissubsidiëring en functievermenigving bij gemeenten, provincies en waterschappen) over de omvang van de problematiek. Er is tot op heden geen onderzoek gedaan naar de omvang van de problematiek, rekening houdend met alle uitzonderingscategorieën die in het wetsvoorstel zijn opgenomen. Het Kabinet geeft ten algemene aan dat de problematiek van het verrichten van commerciële activiteiten door de overheid zich voornamelijk op lokale markten zal voordoen en de staatssteunregels naar verwachting op dergelijke lokale markten niet van toepassing zullen zijn.

ii) Vaststelling van een dienst van algemeen economisch belang

In het oorspronkelijke wetsvoorstel was opgenomen dat er een uitzondering zou gelden voor de toepasselijkheid van de gedragsregels als naar het oordeel van het bestuursorgaan er sprake zou zijn van het beheer van een dienst van algemeen economisch belang (DAEB). In de memorie van toelichting op het oorspronkelijk wetsvoorstel werd daarbij zeer nadrukkelijk aangesloten op de Europeesrechtelijke invulling van het DAEB-begrip.¹²

Vervolgens is er een discussie ontstaan wie er uiteindelijk bij uitsluiting mag bepalen of er daadwerkelijk sprake is van een dienst van algemeen economisch belang. Zo heeft bijvoorbeeld de heer Aptroot van de VVD-fractie een aantal amendementen ingediend inhoudende dat de NMa zou moeten controleren of er sprake is van een dienst van algemeen economisch belang.

De heer Ten Hoopen van de CDA-fractie en mevrouw Vos van de PvdA-fractie hebben daarentegen een amendement ingediend inhoudende dat de wet facultatief wordt en ervoor zorgt dat de autonomie van decentrale overheden bij de behartiging van het algemeen belang volledig gerespecteerd wordt. Uiteindelijk is dit amendement door de Tweede Kamer aangenomen. Dit betekent dat decentrale overheden zelf onverkort de ruimte krijgen om te bepalen of er sprake is van een economische activiteit in het algemeen belang. Indien decentrale overheden een economische activiteit als algemeen belang beschouwen is de wet dus in het geheel niet van toepassing. Bij de behandeling van de wet in de Eerste

8 Op 8 december 2009 is de memorie van antwoord door de Eerste Kamer ontvangen (Kamerstukken I 2009-2010, 31 354, C,) waarin de Minister van Economische Zaken antwoord geeft op een groot aantal vragen die zijn gesteld door de fracties van de Eerste Kamer.

9 Zie bijvoorbeeld verslag van de vaste commissie voor Economische Zaken van 17 april 2008, Kamerstukken II 2007-2008, 31 354, nr. 5.

10 Zie voorlopig verslag van de vaste commissie voor Economische Zaken, Kamerstukken I 2008-2009, 31 354, B en nader voorlopig verslag van de vaste commissie voor Economische Zaken, Kamerstukken I 2009-2010, 31 354, D.

11 Memorie van antwoord, Kamerstukken I 2009-2010, 31 354, C, p. 8 en 9.

12 Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 2007-2008, 31 354, nr. 3, p. 37.

Kamer is nog uitgebreid gedebatteerd over de vraag in hoeverre rechtsbescherming openstaat tegen het vaststellen van overheden dat sprake is van een algemeen belang. De Minister heeft daarbij zijn bereidheid toegezegd om in contact te treden met de VNG om te bezien of het mogelijk is te voorzien in een modelverordening of modelbesluit die bezwaar en beroep mogelijk maakt.

iii) Berekening van de integrale kostprijs

Er zijn door beide Kamers veel vragen gesteld over de wijze waarop de integrale kostprijs berekend moet worden. Het Kabinet heeft aangegeven dat er in een Algemene Maatregel van Bestuur (AMvB) zal worden vastgesteld welke kosten moeten worden betrokken, te weten variabele kosten, vaste kosten en een vergoeding voor kapitaal. Hierbij zal ook worden aangegeven hoe deze kosten dienen te worden berekend en toegerekend aan de desbetreffende activiteiten. Het betreft onder meer de verplichting om bij kostendoorberekening gebruik te maken van algemeen aanvaarde principes van kostprijsadministratie en deze ook consequent toe te passen, zowel op economische activiteiten als op andere activiteiten.

Bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer heeft Minister Verhagen aangegeven dat de AMvB in voorbereiding is. Bij deze AMvB zal ook het parlement worden betrokken.

Naast de wettelijke regels zal een handreiking worden opgesteld met een nadere aanduiding van methoden waarmee in elk geval wordt voldaan aan de verplichting tot kostendoorberekening. In deze handreiking zal worden ingegaan op het wettelijke regime voor de problematiek van markt en overheid, rekening houdend met de diversiteit in en eigen verant-

woordelijkheid van overheidsorganisaties. Wat betreft de bepaling van het rendement op eigen vermogen heeft de Minister opgemerkt dat hiervoor in eerste instantie artikel 25j, derde lid, van het wetsvoorstel leidend is. Hierin is bepaald dat voor de kosten van de financiering met eigen vermogen een bedrag in aanmerking moet worden genomen dat niet lager is dan de kosten die in het normale handelsverkeer gebruikelijk zijn voor de financiering van ondernemingen. Dit impliceert dat de internationaal gebruikelijke rentevoeten moeten worden toegepast.¹³

Datum inwerkingtreding en overgangstermijn

De wet "Markt en Overheid" treedt in werking op een bij Koninklijk Besluit vast te stellen tijdstip. Het Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie verwacht dat de wet per 1 januari 2012 in werking zal treden.¹⁴ De wet is vanaf dat moment direct van toepassing op alle nieuwe economische activiteiten van overheden waarvoor de wet is ingesteld. Voor bestaande activiteiten geldt een overgangstermijn van één of twee jaar, afhankelijk van de gedragsregel.

Conclusie

Na een jarenlang politiek debat zijn er nu dan toch wettelijke gedragsregels vastgelegd die beogen een gelijk speelveld te creëren tussen overheden die economische activiteiten verrichten en het bedrijfsleven. Mede door het grote aantal uitzonderingen dat geldt voor de toepassing van de gedragsregels is het de vraag of deze wet daadwerkelijk zal kunnen bijdragen tot een dergelijk gelijk speelveld. Een aantal (MKB-)ondernemingen zal evenwel verguld zijn met de nieuwe wettelijke normen en zal daarop naar verwachting indien mogelijk een beroep doen.

¹³ Kamerstukken I 2009-2010, 31 354, C, p. 2-3.

¹⁴ Zie www.nmanet.nl