

De (tijdelijke) regeling van - en het toezicht op marktactiviteiten door overheden: een uitdagende opgave.

mr. Bert Lejeune¹

1. Inleiding

In maart 2011 is het Wetsvoorstel tot uitbreiding van de Mededingingswet ("Mw") met gedragsregels voor de overheid (Wet Markt en Overheid of Wet M&O)² aangenomen. De wet treedt in werking op een nog bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip. De wet heeft een "beperkte houdbaarheidsdatum". Op voorhand is bepaald dat de Wet M&O vervalt binnen 5 jaar na inwerkingtreding³. De gedachte is kennelijk dat na verloop van die periode het door de wet beoogde resultaat (duurzaam) verwezenlijkt zal zijn. Blijkt bij de evaluatie die binnen 3 jaar na de inwerkingtreding van de wet dient plaats te vinden⁴, dat het nodig is de geldigheidsduur te verlengen dan kan dit geregeld worden bij algemene maatregel van bestuur.

Onze overheden betreden meer dan eens rechtstreeks of via overheidsbedrijven de markt. Talrijk zijn de voorbeelden waarin bestuursorganen besluiten goederen of diensten te verkopen, al dan niet door middel van op afstand staande entiteiten,. De minister noemt zelf als voorbeelden de verkoop van grond, verhuur en pacht, de verkoop van (on)roerende zaken, verschillende vormen van dienstverlening zoals het geven van (juridische) adviezen, ingenieursdiensten en beveiligingsdiensten, en het (via overheidsbedrijven) exploiteren van jachthavens.

Anders dan de VNG bij de consultatie tot uitdrukking heeft gebracht⁵, gaat het in de ogen van de minister niet om een kleinigheid: *"Onder dit wetsvoorstel vallen in beginsel alle economische activiteiten die overheden zelf of via hun overheidsbedrijven verrichten. Overheidsorganisaties bieden circa 16.000 goederen en diensten op de markt aan (Andriessen, Onderzoek naar administratieve lasten veroorzaakt door het wetsvoorstel markt en overheid, Rotterdam 2002)"*⁶. Wat betreft de orde van grootte van de omzet van de economische activiteiten die in beginsel onder deze wet vallen, heeft onze minister ook een indicatie gegeven: *"Zo ligt de jaarlijkse omvang van de activiteiten van provincies, gemeenten en waterschappen in de orde van grootte van € 2,5 miljard (Atos KPMG Consulting, Onderzoek naar risico's op kruissubsidiëring en functievermenging bij gemeenten, provincies en waterschappen, oktober 2003). Daarnaast opereren overheidsorganisaties ook op de markt via overheidsbedrijven waarin zij (financieel) deelnemen of anderszins zeggenschap hebben. De rijksoverheid, provincies, gemeenten en waterschappen hebben in totaal 1.900 deelnemingen in overheidsbedrijven. De totale omzet van al deze overheidsbedrijven ligt in de orde van grootte van € 25 miljard per jaar (Atos KPMG Consulting, Overheidsbedrijven in Nederland, onderzoek naar aantal*

¹ Bert Lejeune was werkzaam bij de juridische dienst van de NMa en is thans advocaat-partner bij Paulussen advocaten te Maastricht. Deze bijdrage is geschreven op eigen titel en vertegenwoordigt niet de visie van de NMa noch van de kantoorcliënten. Hij dankt zijn medewerker mr. Thomas Biermeyer voor sparring en research.

² Stb 2011, 162 p1. Wet tot 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).

³ Artikel IV Wet M&O.

⁴ Artikel III Wet M&O.

⁵ Zie voor een weergave daarvan MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2007-2008, 31 354, nr. 3, p 28.

⁶ Eerste Kamer, vergaderjaar 2009-2010, 31 354, C, p 9.

en omvang, Den Haag, december 2002)”⁷. Ook in de pers wordt met enige regelmaat aandacht aan het onderwerp besteed⁸.

De onderhavige wet regelt de toetreding en aanwezigheid van de overheid op de markt. Men is daarbij echter niet zover gegaan wettelijk vast te leggen dat overheden slechts economische activiteiten mogen verrichten indien daarvoor (van rijkswege) een wettelijke grondslag bestaat. Die benadering zou volgens de wetgever het belang miskennen van decentrale overheden om bij hun taakuitoefening zelf te kunnen bepalen wanneer er reden is de markt te betreden⁹. Wel gaat het wetsvoorstel zover dat de Raad van bestuur van de NMa (hierna: “de NMa”) toezicht houdt op de naleving. Bij overtredingen kan een gedupeerde ook naar de burgerlijke rechter stappen.

Voor dit artikel heb ik de volgende marsroute in gedachte. Eerst zal ik kort de gedragsregels, 4 in totaal, beschrijven. Die vier regels behoeven vervolgens toelichting in tweeërlei zin. Enerzijds verdient het de aandacht welke handelingen van bestuursorganen bestreken worden door de afzonderlijke regels alsmede de voor die afzonderlijke regels geldende bijzondere afwijkingen. Anderzijds gelden er generieke excepties die analyse behoeven. Ik zal dan eerst de generieke excepties behandelen en aansluitend ingaan op de specifieke regels. Ten slotte zal aandacht worden besteed aan de wijze waarop het toezicht op de naleving van de Wet M&O georganiseerd is.

1.1 Korte omschrijving van de gedragsregels

De ratio van de gedragsregels is economisch: private investeerders behoeven geen oneerlijke concurrentie te dulden van hun overheid, aan wie zij per slot van rekening belasting betalen. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het een principieel punt betreft¹⁰. De overheid heeft zich door deze wet gecommitteerd een “gelijk speelveld” voor publieke en private ondernemingen te waarborgen, en wel beter dan voorheen het geval was. Die inspanning heeft zich vertaald in vier, zowel elkaar, als ook het staatssteunrecht overlappende regels, die ondernemende Nederlandse¹¹ overheden moeten naleven om zulke mededingingsvervalsing te voorkomen:

1. Ten eerste mogen overheden, ongeacht wie hun afnemer is, hun diensten of producten niet onder de prijs verkopen. Het bestuursorgaan dat economische activiteiten verricht, moet op de markt ten minste de integrale kosten van het product of dienst berekenen¹² (hierna ook: “*het gebod op kostendoorberekening*”¹³).

Slechts voor zover de afnemer een onderneming is, kan deze norm overlap vertonen met het Europese staatssteunrecht. Dit in de zin dat de M&O norm kan zien op een verkoop onder de marktwaarde ten laste van de openbare middelen waardoor een onderneming wordt bevoordeeld aangezien deze in normale marktomstandigheden het product of de dienst niet zo goedkoop zou hebben kunnen verkrijgen. Een dergelijke casus zal normaliter ook binnen het bereik van de staatssteunregelgeving vallen.

⁷ Eerste Kamer, vergaderjaar 2009–2010, 31 354, C, p 9.

⁸ “Overheid gaat vaker de markt op; ondernemers luiden de noodklok”, Petri Benschop en Anne Marije Elekan, FD 6 augustus 2011.

⁹ Eerste Kamer, vergaderjaar 2009–2010, 31 354, E.

¹⁰ “Overigens beklemtoont de regering dat het belang van dit wetsvoorstel niet alleen is gelegen in de omvang van de problematiek van de concurrentievervalsing door overheden, maar ook in de principiële overweging dat economische activiteiten van overheden niet tot concurrentievervalsing (mogen leiden)” Eerste Kamer, vergaderjaar 2010–2011, 31 354, G

¹¹ Concurrentievervalsing veroorzaakt door buitenlandse overheden, ook al zouden die effect sorteren op Nederlands grondgebied, worden niet bestreken door de wet. MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2007–2008, 31 354, nr. 3, p 17 para 2.3.4.

¹² Artikel 25i lid 1 Mw.

¹³ Een voorstel ondersteund door de VNG om hiervoor een bepaling in de Gemeentewet op te nemen heeft het niet gehaald.

2. Ten tweede mag een overheid een eigen overheidsbedrijf, dus waarbij zijzelf is betrokken, niet bevoordelen¹⁴ (hierna in deze publicatie ook genoemd: “*het bevoordelingsverbod*”). Bevoordeling van private ondernemingen, of openbare ondernemingen die geen “overheidsbedrijf” zijn, wordt niet bestreken door de Wet M&O. Ook bij de tweede regel kan zich een overlap voordoen met de Europese staatssteunregel die steun aan ondernemingen verbiedt, aangezien de Wet M&O de bevoordeling van één soort onderneming ook verbiedt, te weten het eigen overheidsbedrijf.
3. Ten derde mogen overheden bepaalde gegevens niet voor zichzelf houden en daarmee tegelijkertijd marktactiviteiten ontplooiën. Een bestuursorgaan mag gegevens die hij heeft verkregen in het kader van de uitvoering van zijn publiekrechtelijke bevoegdheden alleen gebruiken voor economische activiteiten die niet dienen ter uitvoering van de publiekrechtelijke bevoegdheden, indien deze gegevens ook aan derden beschikbaar kunnen worden gesteld¹⁵ (hierna ook genoemd: “*het verbod op exclusief gegevensgebruik*”). Hoewel dit minder voor de hand ligt, is ook in dit geval denkbaar dat er een raakpunt is met het Europese staatssteunrecht. Het verschaffen van gegevens aan een (interne) onderneming, te meer indien dat op exclusieve basis geschiedt, is een op geld waardeerbare prestatie die verricht wordt ten laste van de openbare middelen. Dat zal dus tegen marktconforme voorwaarden dienen te geschieden.
4. Functievermenging is ook verboden. Een persoon, die in zijn functie betrokken is bij de uitvoering van publiekrechtelijke taken betreffende bepaalde economische activiteiten, mag niet tevens betrokken zijn bij de uitvoering van diezelfde economische activiteiten in privaatrechtelijke zin. Indien een bestuursorgaan een publiekrechtelijke bevoegdheid uitoefent ten aanzien van economische activiteiten die door hetzelfde of een ander bestuursorgaan van de desbetreffende publiekrechtelijke rechtspersoon worden verricht, moet worden voorkomen dat dezelfde personen betrokken kunnen zijn bij zowel de uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheid als bij het verrichten van de economische activiteiten¹⁶ (hierna ook: “*het verbod op functievermenging*”). Overlap met het staatssteunrecht ligt in deze niet voor de hand.

2. Generieke excepties

De wetgever heeft de nodige nuances aangebracht in de werkingssfeer van de wet. Een aantal bestuursorganen, instellingen en “*quasi-inhouse activiteiten*” is ervan uitgezonderd. Ook ziet de Wet M&O niet op Europese steunmaatregelen, noch op gevallen waarin toepassing van de wet strijdig zou zijn met het algemeen belang.

2.1 Uitgezonderde bestuursorganen

De gedragsregels richten zich tot bestuursorganen. Het begrip ‘bestuursorgaan’ komt de betekenis toe die daaraan in artikel 1:1 lid 1 Awb wordt gegeven. Uitgezonderd van de werking van de gedragsregels zijn de bestuursorganen uit de categorie bedoeld in artikel 1:1 lid 1 sub b Awb (“een ander persoon of college met enig openbaar gezag bekleed”) alsook de categorie openbare lichamen

¹⁴ Artikel 25j lid 1 Mw.

¹⁵ Artikel 25k Mw.

¹⁶ Artikel 25l Mw.

zoals die voor beroep en bedrijf¹⁷. De uitgezonderde bestuursorganen zijn niet gehouden de gedragsregels na te leven.

2.2 Uitgezonderde instellingen

Daarnaast zijn ook bepaalde instellingen in hun geheel uitgezonderd van de werking van de wet. De ratio voor het uitzonderen van deze instellingen is dat deze veelal reeds zijn gebonden aan specifieke regels, die het gelijke speelveld beogen te waarborgen¹⁸. De wet zondert de openbare onderwijsinstellingen¹⁹, bepaalde onderzoeksinstellingen zoals het TNO²⁰, alsook de publieke omroep²¹ uit. Die instellingen behoeven dus evenmin de gedragsregels na te leven.

2.3 Uitgezonderde ondernemingsactiviteiten (de “quasi-in house exceptie”)

De wet ziet alleen op de regulering van ondernemingsactiviteiten door de overheid. Aan het begrip ‘onderneming’ komt de in de Mw en het VwEU gebezigde betekenis toe. De strekking is dat een entiteit wordt aangemerkt als een onderneming, indien deze diensten en goederen aanbiedt op de markt, van welke aard dan ook²². Echter op dit punt maken de nieuwe regels een correctie. Voor wat betreft bepaalde (ondernemings)activiteiten geldt de Wet M&O juist niet. Hier introduceert de wetgever een “quasi-in house exceptie”. Uitgezonderd is namelijk de levering van goederen of diensten, door bestuursorganen aan andere bestuursorganen of aan overheidsbedrijven, bestemd voor de uitvoering van hun publiekrechtelijke taak²³. Deze uitzondering zal met name relevant zijn in de sfeer van het gebod op kostendoorberekening.

De formulering van de *quasi-in house exceptie* ziet op levering van diensten en goederen door bestuursorganen. Hoe moet ik mij voorstellen dat een bestuursorgaan goederen of diensten levert? In de praktijk zullen immers de rechtspersonen waar die bestuursorganen deel van uitmaken, of onderdelen daarvan,²⁴ de goederen/diensten leveren en niet het bestuursorgaan zelf. Ik acht het derhalve aannemelijk dat de “quasi-in house exceptie” ook op die gevallen ziet. De Wet M&O zal dan niet van toepassing zijn indien bijvoorbeeld een gemeentelijke dienst diensten verleent aan een provincie welke diensten benodigd zijn voor de uitvoering van wettelijke taken van het College van GS²⁵. Even voortbordurend op dat voorbeeld: Gezien de wettekst meen ik dat indien er sprake is van levering van diezelfde diensten door een gemeentelijk overheidsbedrijf aan diezelfde provincie, de exceptie daarentegen niet zal opgaan.

2.4 Afbakening met het Europese Staatssteunrecht.

De wetgever heeft willen voorkomen dat er een overlap optreedt met het staatssteunregiem voortvloeiend uit artikel 107 lid 1 VwEU. In beginsel kan dus gesproken worden van complementariteit met de Europese Staatssteunregels. De Wet M&O bepaalt derhalve dat de gedragsregels niet gelden indien “het economische activiteiten van een bestuursorgaan betreft ten aanzien waarvan een

¹⁷ Artikel 25h lid 3 Mw.

¹⁸ MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2007-2008, 31 354, nr. 3, p 13.

¹⁹ De minister heeft toegezegd het hoger onderwijs en mogelijke concurrentievervalsing die daar speelt, te onderzoeken en te beoordelen of additionele wetgeving noodzakelijk is, Handelingen EK 2010-2011, 21.

²⁰ Artikel 25h lid 1 aanhef sub a, b, c en d Mw.

²¹ Artikel 25h lid 1 aanhef sub e Mw.

²² Een onderneming is elke entiteit die een economische activiteit uitoefent. Dat geldt ook voor openbare ondernemingen. Het ondernemingsbegrip vooronderstelt overigens niet noodzakelijkerwijs de aanwezigheid van rechtspersoonlijkheid.

²³ Artikel 25h lid 2 Mw.

²⁴ Artikel 1 sub f. Mw. In overheden geïntegreerde lichamen die geen eigen rechtspersoonlijkheid hebben, maar wel economische activiteiten van industriële of commerciële aard verrichten zijn ook ondernemingen (Europees Hof van Justitie 78/76 Steinike & Weinlig; 118/85 Commissie/ Italië).

²⁵ De vraag of de Wet M&O van toepassing is, laat uiteraard onverlet dat de inkoop van goederen en diensten door overheden al snel moet worden aanbesteed.

*maatregel is getroffen die naar het oordeel van het bestuursorgaan kan worden aangemerkt als een steunmaatregel die voldoet aan de criteria van artikel 87, eerste lid, van het Verdrag*²⁶. De ratio van deze bepaling is dat indien de concurrentievervalsing reeds valt onder artikel 107 lid 1 VwEU, de toepassing van de Wet M&O op steun aan bestuursorganen zelve overbodig is.

Deze complementariteit is echter ogenschijnlijk. Het is niet zo dat te allen tijde slechts één set regels van toepassing is. In de praktijk zal het vaak zo zijn dat de staatssteunregels worden 'nageleefd' door de activiteiten zó vorm te geven dat daarop de staatssteunregels niet van toepassing zijn. In die gevallen moet (tevens) worden voldaan aan de Wet M&O. Gezien hun vergelijkbare normen zal naleving van de staatssteunregels vaak leiden tot de naleving van de Wet M&O. Dat is echter geen wetmatigheid, omdat de normen niet identiek zijn. Zo kan er bijvoorbeeld een verschil zijn tussen de notie van een marktconforme gedraging (staatssteunrecht) en kostentoerekening (Wet M&O) en is de Wet M&O ook uitgebreider.

Uit de tekst volgt dat slechts indien een onderneming, zijnde een bestuursorgaan, Europese staatssteun heeft gekregen, dit het bestuursorgaan het recht geeft zich te beroepen op de staatssteunexceptie. Dus, stelt het zich niet op standpunt dat de exceptie van toepassing is, dan geldt de Wet M&O onverkort. In de context van het verbod op bevoordeling van overheidsbedrijven voorziet de Wet M&O bovendien in een *specialis* luidende dat het verbod op bevoordeling niet van toepassing is *"indien naar het oordeel van het bestuursorgaan de bevoordeling kan worden aangemerkt als een steunmaatregel die voldoet aan de criteria van artikel 87, eerste lid, van het Verdrag."*²⁷

Gelet op de wettekst is de vraag opgekomen of de wetgever ook van de toepasselijkheid van de Wet M&O heeft willen uitzonderen de *de minimis* steun. Immers, men kan zich afvragen of die binnen het bereik van artikel 107 lid 1 VwEU valt. Die uitzondering zou immers betekenen dat vele gevallen noch door het Gemeenschapsrecht noch door de Wet M&O bestreken zouden worden. Gezien de wetsgeschiedenis is de bedoeling van de wet evenwel juist het gedrag van met name decentrale overheden te reguleren ter verbetering van de concurrentie-omstandigheden van het midden- en kleinbedrijf. De minister heeft dan ook verklaard dat volgens de *de minimis* Verordening steunmaatregelen aan een bepaalde onderneming, welke maatregelen tezamen gedurende drie jaren het bedrag van € 200.000,- niet overschrijden, geacht worden niet te voldoen aan alle criteria van artikel 107 lid 1 VwEU. Uit de wetgeschiedenis blijkt daarmee uitdrukkelijk dat de gedragsregels (juist) van toepassing blijven op de economische activiteiten waarop die *de-minimis* steun betrekking heeft²⁸. Anderzijds zullen gevallen die bestempeld kunnen worden als conform enige Verordening met de Gemeenschappelijke markt verenigbare steun, niet door de Wet M&O bestreken worden aangezien deze uit hoofde van de Wet M&O, naar het mij voorkomt, wel beschouwd zullen worden als vallend binnen de Europese sfeer.

Het kan bezien vanuit staatssteunrechtelijk perspectief vreemd lijken dat de wet bepaalt dat het bestuursorgaan zich een oordeel mag aanmeten over de vraag óf artikel 107 lid 1 VwEU van toepassing is. Het voorgaande betreft een facultatieve exceptie. De tekst berust verder op de gedachte dat indien het bestuursorgaan zelf al zegt dat er sprake is van een maatregel die binnen het bereik van artikel 107 lid 1 VwEU valt, zij ook dienovereenkomstig zal handelen. Het valt niet te

²⁶ Artikel 25h lid 4. Mw.

²⁷ Artikel 25 j lid 3. sub b. Mw.

²⁸ Eerste Kamer, vergaderjaar 2010–2011, 31 354, G p. 7

verwachten dat een bestuursorgaan geneigd zal zijn heel snel zal concluderen dat er sprake is van staatssteun. Hoe de exceptie uitpakt zal de toekomst leren. Zal het inderdaad zo zijn dat de NMa en de rechter de Wet M&O zullen toepassen indien er tijdens het bestuursorgaan geen beroep wordt gedaan op de exceptie, zelfs indien er sprake is van een meldingsplicht ingevolge artikel 108 VwEU? Gezien de wettekst is daar veel voor te zeggen. Wat hiervan ook zij, de vaststelling dat het bestuursorgaan vrij is zich al dan niet op de exceptie te beroepen, laat onverlet de mogelijkheid de nationale rechter te vragen zich uit te spreken over de eventuele plicht een maatregel ingevolge artikel 108 VwEU ter kennis te brengen van de Europese Commissie.

2.5 Toepassing van de gedragsregel strijdig met het algemeen belang?

Deze exceptie is later toegevoegd²⁹. Zij houdt in dat de Wet M&O geen toepassing vindt op hetzij een economische activiteit hetzij een bevoordeling van een overheidsbedrijf die naar mening van de betreffende overheidsinstantie in het algemeen belang is. De vaststelling van de toepasselijkheid van deze exceptie, dus de vraag of het algemeen belang derogert aan de Wet M&O, vindt plaats door provinciale staten (provincie), de gemeenteraad (gemeente), het algemeen bestuur (waterschap) en voor zelfstandige bestuursorganen (in de zin van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen) door de minister³⁰.

In de toelichting op hun amendement hebben de indieners verklaard dat zij daarmee beogen de autonomie van decentrale overheden bij de behartiging van het algemeen belang volledig te doen respecteren. Decentrale overheden, zoals provinciale staten en gemeenteraden, krijgen hierdoor, aldus de indieners, zelf onverkort de ruimte om te bepalen of er sprake is van een economische activiteit in het algemeen belang. Indien decentrale overheden of bestuursorganen van het Rijk een economische activiteit als algemeen belang beschouwen, blijft daarop de Wet M&O buiten toepassing³¹. In de wetsgeschiedenis wordt ervan uitgegaan dat de overheid haar vaststelling ten aanzien van het algemeen belang dient te doen overeenkomstig de reguliere besluitvormingsprocedures en dat dit in het algemeen zal leiden tot een zogenoemd concretiserend besluit.

Om evidente redenen ligt het niet voor de hand om juist de potentiële overtreder van een verbod, *in casu* het bestuursorgaan, een exclusieve bevoegdheid te verschaffen om te beoordelen of de exceptie, “het algemeen belang”, in het geding komt indien de regels zouden worden nageleefd. Uit de woordkeuze in artikel 25h, leden 5 en 6, van de wet lijkt echter te volgen dat de toezichthouder of de rechter geen (intensieve) proportionaliteitstoets op het desbetreffende oordeel van het bestuursorgaan mag verrichten. Daaraan kan worden toegevoegd dat de vrijheid van de bestuursorganen om dit begrip in te vullen eerder groot is te noemen nu Verdragsrechtelijk meer genormeerde juridische noties, zoals “diensten van algemeen economisch belang”, slechts species van het genus algemeen belang zijn. Er zijn dus weinig aanknopingspunten voor de inhoud en reikwijdte van dit wettelijke begrip. Uit de omstandigheid dat de vrijheid groot is, concludeer ik dat de wetgever kennelijk de overtuiging is toegedaan dat de geadresseerde bestuursorganen “*vertrouwd kunnen worden*” met de juiste en proportionele toepassing van de exceptie. Vooralsnog zijn er geen bewijzen voor de stelling

²⁹ De bepaling is ingevoerd naar aanleiding van het amendement Ten Hoopen en Vos, Tweede Kamer, vergaderjaar 2008–2009, 31 354, nr. 32.

³⁰ Artikel 25h leden 5 en 6.

³¹ Het behoeft geen toelichting dat dit niet afdoet aan de toepassing van het Gemeenschapsrecht en de mate waarin binnen die rechtssfeer het algemeen (economisch) belang kan derogeren aan de toepassing van de 4 vrijheden, het mededingingsrecht en staatssteunrecht.

dat dit vertrouwen ongefundeerd is. Het spreekt voor zich dat dit één van de punten is waarop de de praktijk gevolgd zal moeten worden.

Gezien het bovenstaande zal het niet verbazen dat de rechtsbescherming tegen zulke concretiserende besluiten onderwerp van discussie was. De Eerste Kamer heeft gediscussieerd over de vraag of, even afgezien van mogelijke bestuurlijke inspraak³², de Wet M&O er in voldoende mate in voorziet dat tegen voornoemde “algemeen belang-besluiten” beroep bij de bestuursrechter kan worden ingesteld.

De discussie heeft blootgelegd dat een bestuursorgaan bij toepassing van de mogelijkheid af te wijken van de gedragsregels in verband met het algemeen belang niet noodzakelijkerwijs een uit hoofde van de Awb appellabel besluit zal nemen. Het zou hier te ver voeren deze administratiefrechtelijke discussie aangaande de appellabiliteit hier in detail weer te geven; evenmin ga ik in deze context in op de mogelijke toepasselijkheid van de leer inzake nadeelcompensatie³³. Het komt er in een notendop op neer dat de minister ter zake van mening is, dat hoewel bovengenoemd concretiserend besluit normaliter appellabel is, dit anders kan zijn indien *“het algemeen belang deel uitmaakt van een besluit dat als algemeen verbindend voorschrift kan worden aangemerkt en onlosmakelijk met de algemene normen van dat besluit verknoopt is”*³⁴. Die constatering leidt echter vooralsnog niet tot een wetswijziging: *“Naar verwachting zal deze situatie zich slechts incidenteel voordoen. Er is daarom naar het oordeel van de regering geen noodzaak nadere regels te stellen ten aanzien van de besluitvorming inzake het algemeen belang en de beroepsmogelijkheden hiertegen”*³⁵. In elk afzonderlijk geval zal dus bezien moeten worden op welke wijze het besluit van een bestuursorgaan betreffende het algemeen belang is geformuleerd en op die basis kan beoordeeld worden of het besluit wel of niet appellabel is³⁶.

Dit gezegd hebbende ben ik gearriveerd bij de kern: de nadere omschrijving van de vier geïntroduceerde normen.

3. Gebod op kostendoorberekening

3.1 Inleiding

Overheden mogen hun diensten of producten niet onder de prijs verkopen: het bestuursorgaan dat economische activiteiten verricht moet op de markt ten minste de integrale kosten van het product of dienst berekenen³⁷. Dit geldt in het bijzonder bij de levering van diensten of producten aan overheidsbedrijven van die overheden aangezien er dan tevens sprake is van schending van het verbod op bevoordeling³⁸.

³² Handelingen, EK 2010-2011, 21.

³³ Zie daartoe bijvoorbeeld: De Wet Markt en Overheid (...), mrs. E.A van de Kuilen en mr. D van Tilborg, Gemeentestem 7356 augustus 2011, p. 372. In deze bijdrage worden, niet onbelangrijk, voornoemde concretiserende besluiten ook gezien in het licht van het leerstuk van formele rechtskracht. Met andere woorden, indien iemand zich wil verzetten tegen het toepassen van de algemeen belang exceptie en er inderdaad sprake is van een appellabel besluit, dan moeten ook de beroepstermijnen uit de Awb gerespecteerd worden.

³⁴ Dat kan bijvoorbeeld zo zijn, indien een gemeentelijke verordening en een concreet besluit onlosmakelijk verbonden zijn.

³⁵ Eerste Kamer, vergaderjaar 2009–2010, 31 354, E.

³⁶ Ten overvloede vermeld ik dat de vraag of markttoetreding als zodanig een (appellabel) besluit vereist, hier niet speelt nu de wet de vraag of het opportuun is de markt te betreden, niet normeert.

³⁷ Artikel 25i lid 1 Mw.

³⁸ Artikel 25 j lid 2 sub b Mw.

Het valt op dat de Wet M&O aan overheidsbedrijven, anders dan aan bestuursorganen, geen verplichting oplegt om kosten integraal door te berekenen. In de kamer ontstond daardoor de zorg dat door dit onderscheid tussen enerzijds direct door overheden geëxploiteerde ondernemingen en anderzijds overheidsbedrijven de verplichting kosten door te berekenen omzeild kan worden. Die zorg werd niet gedeeld. De minister concludeerde dat voorkomen moet worden dat overheden, maar ook overheidsbedrijven, economische activiteiten subsidiëren uit de publieke middelen aangezien het de concurrentie vervalst als deze middelen worden aangewend om diensten of producten onder de prijs verkopen. Maar die conclusie brengt niet met zich dat het gebod kosten door te berekenen ook van toepassing moet worden verklaard op overheidsbedrijven. Nu artikel 25j lid 1 Mw reeds bepaalt dat bestuursorganen hun overheidsbedrijven niet mogen bevoordelen, is het wettelijke uitgangspunt dat overheidsondernemingen net als private ondernemingen hun eigen kosten dragen en derhalve, reeds in dezelfde positie verkeren als de concurrentie, mits het bestuursorgaan artikel 25j lid 1 Mw naleeft. Gezien dit uitgangspunt, dus een goede naleving van het bevoordelingverbod, is het in de ogen van de wetgever onnodig, zelfs principieel verkeerd, om aan overheidsbedrijven een separaat gebod tot kostendoorberekening op te leggen. Het gelijke speelveld moet in deze zo beschouwd worden dat overheidsbedrijven evenals private ondernemingen de vrijheid hebben (zeer) lage prijzen te hanteren³⁹. Die vrijheid is voor alle ondernemingen, privaat of publiek, gelijkelijk ingeperkt door wettelijke bepalingen zoals artikel 24 Mw (misbruik van machtspositie). De wetgever heeft voor deze insteek gekozen omdat het recht doet aan *“het uitgangspunt van het wetsvoorstel dat de gedragsregels zo direct mogelijk aangrijpen bij de (beslissings)bron van de concurrentieongelijkheid. (...) Die bron is namelijk de overheid zelf, indien zij indirect, via een overheidsbedrijf economische activiteiten verricht.”*⁴⁰

3.2 Specifieke excepties

Voordat ik toekom aan de vraag op welke wijze de integrale kosten, die op grond van het gebod ten minste in rekening moeten worden gebracht, moeten worden berekend, is het dienstig de drie specifieke uitzonderingen⁴¹ te bespreken in het licht van de MvT.

- Ten eerste behoeft het bestuursorgaan geen kosten toe te rekenen indien de economische activiteiten strekken ter uitoefening van een bijzonder of uitsluitend recht in de zin van artikel 25a, onder c, respectievelijk b, Mw⁴² en er reeds voorschriften gelden omtrent de voor de desbetreffende activiteiten in rekening te brengen prijzen. Ik roep in herinnering dat het gebod op kostendoorberekening slechts ziet op diensten of leveringen door het bestuursorgaan zelf. Hoe vaak komt het voor dat een bijzonder of uitsluitend recht verleend is binnen één overheidsorganisatie? Niet vaak. De wetgever geeft het voorbeeld van bepaalde gemeentelijke vervoersdiensten die niet verzelfstandigd zijn. Per geval zullen de besluiten waarbij zulke bijzondere of uitsluitende rechten in het leven worden geroepen, moeten worden bekeken.
- Ten tweede geldt het gebod niet indien de economische activiteiten inhouden het verstrekken van gegevens, of bewerkingen daarvan, die het bestuursorgaan heeft verkregen in het kader van de uitoefening van zijn publiekrechtelijke bevoegdheden. Het komt erop neer dat transparantie zo'n groot goed is dat de wetgever het onaanvaardbaar zou achten

³⁹ Eerste Kamer, vergaderjaar 2009–2010, 31 354, E sub 3.

⁴⁰ Eerste Kamer, vergaderjaar 2009–2010, 31 354, E sub 3.

⁴¹ Artikel 25i lid 2 Mw.

⁴² De definitie loopt parallel aan de definitie die binnen het Gemeenschapsrecht wordt gehanteerd (artikel 106 lid 1 VwEU).

bestuursorganen te dwingen afnemers hiervoor kostengerelateerde prijzen te berekenen. Informatieverspreiding moet ingevolge overheidsbeleid gratis of vrijwel gratis (blijven) kunnen geschieden.

- Ten derde mist het gebod toepassing bij economische activiteiten die worden verricht door een onderneming die belast is met de uitvoering van de Wet sociale werkvoorziening, voor zover op deze activiteiten artikel 5⁴³ van die wet van toepassing is. Deze exceptie gaat er van uit dat er situaties (kunnen) zijn waarin het bestuursorgaan tevens een onderneming is die belast is met de uitvoering van de Wet sociale werkvoorziening. In dat geval behoeven de werkzaamheden of de producten van werkvoorziening niet verkocht te worden voor de kostprijs. Dat komt mij ook logisch voor want het doorberekenen van de kostprijs zou die producten of diensten onverkoopbaar maken. Wel moet het college er uit hoofde van voornoemd artikel 5 voor zorgen dat de concurrentieverhoudingen niet “onverantwoord” beïnvloed worden. In dat kader heeft het college dus meer ruimte om de prijs te bepalen die hem goedgebeurt. Idealiter zal dit in de praktijk rond de marktprijs liggen.

3.3 De berekening van de kostprijs

“De integrale kosten van een product of dienst bestaan uit directe en indirecte kosten, waaronder vaste lasten, kosten van overhead, vermogen en afschrijving van kapitaal- en andere goederen. Van geval tot geval dienen de integrale kosten op een zorgvuldige wijze te worden bepaald aan de hand van de relevante productiefactoren. Daartoe dient een overheid een reële schatting te maken van de aan een product of dienst (...) toe te rekenen kosten zodat er een zogenoemde voorcalculatorische kostprijs ontstaat. Het product of de dienst dient vervolgens tegen ten minste deze kostprijs te worden aangeboden. (...) De verplichting tot doorberekening van de integrale kosten laat overheden de ruimte om meer dan die kosten in rekening te brengen. Zij kunnen volstaan met een meer globale berekening van de kostprijs en daarbij een ruime marge toepassen. Op die wijze kunnen zij met geringere uitvoeringslasten voldoen aan de verplichting producten en diensten tegen ten minste de integrale kosten aan te bieden ⁴⁴”.

Over de wijze waarop de integrale kosten moeten worden berekend is de wetsgeschiedenis dus niet heel gedetailleerd. Daarvoor is een algemene maatregel van bestuur in de maak. Artikel 25m Mw. bepaalt dat bij of krachtens AMvB nadere regels worden gesteld inzake de toepassing van ondermeer het gebod op kostentoe rekening. Die regels hebben in elk geval betrekking op de kosten die bij de kostendoorberekening in aanmerking worden genomen en op de beginselen voor de toerekening van indirecte kosten. Het Parlement heeft geïnformeerd of de AMvB over integrale kostendoorberekening al in voorbereiding is. Hierop heeft de minister bevestigend geantwoord⁴⁵.

Uitgangspunt volgens de MvT is dus dat de verschillende vermogenscomponenten van de overheid in kwestie verdeeld moeten worden naar rato van gebruik en verbruik voor enerzijds economische activiteiten en anderzijds niet-economische, dus publieke activiteiten. Die toerekening zal per definitie niet eenvoudig zijn en ik voorzie dat in specifieke gevallen, ook na de afkondiging van de AMvB, zelfs experts van mening kunnen verschillen over de juiste berekeningswijze.

⁴³ Luidende “Het college (college van burgemeester en wethouders) bedingt voor de door zijn werknemer verrichte arbeid dan wel voor ten gevolge van zijn arbeid geleverde goederen of diensten een vergoeding, die de concurrentieverhoudingen niet onverantwoord mag beïnvloeden”.

⁴⁴ Eerste Kamer, vergaderjaar 2009–2010, 31 354, C, p 9.

⁴⁵ Handelingen EK 2010-2011 21.

3.3.1. Toerekening van financieringslasten

De wet bevat wel een, gezien de ratio van de Wet M&O, logische aanwijzing over de vaststelling van de hoogte van de kosten verbandhoudende met de financiering van de ondernemingsactiviteiten van het bestuursorgaan⁴⁶. De wet schrijft voor dat het bestuursorgaan ter zake de financieringskosten, uiteraard niet de daadwerkelijk gemaakte kosten mag nemen. De reden is dat deze daadwerkelijk gemaakte kosten voor een bestuursorgaan (althans de rechtspersoon waarvan zij deel uitmaakt) gezien zijn hoge kredietwaardigheid onder die van haar private concurrenten liggen. Het bestuursorgaan is daarom verplicht, ook bij gebruik van eigen vermogen, een (fictief) rekenbedrag te nemen dat niet lager is dan de lasten die in het normale handelsverkeer gebruikelijk zijn. Dat bedrag moet het bestuursorgaan vervolgens dan ook als uitgangspunt nemen voor redelijkerwijs aan de economische activiteiten toe te rekenen financieringskosten.

In de Eerste Kamer is gevraagd of het bestuursorgaan een winstopslag moet hanteren. Het ligt inderdaad voor de hand te denken dat bij verkoop op basis van slechts de kostprijs ook concurrentievervalsing kan optreden. Immers, private ondernemers zullen de in de markt gebruikelijke rendementseisen op het door hen geïnvesteerde vermogen stellen. Ter zake heeft de minister echter geantwoord dat winstopslag geen kostenpost is en dus niet behoeft te worden doorberekend⁴⁷. *“De bepaling in het wetsvoorstel over de doorberekening van financieringskosten (artikel 25i, derde lid) strekt er toe om zowel bij financiering met vreemd vermogen als bij financiering met eigen vermogen de aan de economische activiteiten toe te rekenen financieringskosten te laten doorberekenen. Terwijl financiering met vreemd vermogen gepaard gaat met rentekosten, is er bij financiering met eigen vermogen sprake van zogenaamde opportunity costs. Het betreft de kosten van het inzetten van eigen vermogen bij het uitvoeren van een economische activiteit, omdat datzelfde eigen vermogen niet tegelijkertijd kan worden ingezet voor iets anders dat wellicht (meer) opbrengsten genereert, bijvoorbeeld renteopbrengsten van een spaarrekening. Deze opportunity costs kunnen dienen als de component eigen vermogen in de integrale kosten van de economische activiteit”*⁴⁸. Dit is te weinig informatie om echt werkbaar te kunnen zijn. Ik acht het daarom wenselijk dat de AMvB goede aanwijzingen geeft voor de wijze waarop een bestuursorgaan de financieringslasten en/of opportunity costs moet berekenen.

3.4 De Bewijslast(omkering)

De complexiteit van de kostprijsberekening en de hoge kosten die gemoeid kunnen zijn met een behoorlijke analyse, zijn door de wetgever geïndividualiseerd als een faalfactor voor een effectief toezicht op de naleving van het gebod. De wet verplicht het bestuursorgaan daarom op verzoek van de NMa aan te tonen dat de integrale kosten inderdaad werden doorberekend⁴⁹. Dit is een belangrijke bepaling, aangezien daarmee de positie en slagkracht van de toezichthouder aanzienlijk versterkt wordt.

3.5 Overgangsrecht

Voor economische activiteiten die starten na de inwerkingtreding van de wet, geldt het gebod op kostendoorberekening per direct. Voor economische activiteiten, die reeds worden verricht op het

⁴⁶ Artikel 25i lid 3 Mw.

⁴⁷ Eerste Kamer, vergaderjaar 2009–2010, 31 354, C, p 9.

⁴⁸ Eerste Kamer, vergaderjaar 2009–2010, 31 354, E.

⁴⁹ Artikel 25i lid 4 Mw.

moment van de inwerkingtreding van de wet zal het gebod op kostendoorberekening eerst gelden na verloop van een periode van twee jaar vanaf het tijdstip van inwerkingtreding⁵⁰.

3.6 De casus van de grondtransacties

In de Eerste Kamer heeft het nodige overleg plaatsgevonden over de reikwijdte van het gebod. De minister leek daarbij niet geneigd de toepasselijkheid van de Wet M&O op grondtransacties zonder meer te bevestigen. Zij berichtte de Eerste Kamer dat *“de verplichting tot het doorberekenen van de integrale kosten alleen (geldt) indien de verkoop van grond als economische activiteit moet worden aangemerkt. Onder economische activiteit wordt in het mededingingsrecht verstaan het aanbieden van goederen of diensten op een markt. Indien een overheid grond verkoopt in het kader van het ruimtelijk orderingsbeleid, is die verkoop in beginsel niet te beschouwen als een economische activiteit en gelden de gedragsregels van het wetsvoorstel om die reden niet”*⁵¹.

Gezien de Europese rechtspraak alsmede de Commissiemededeling betreffende grondtransacties kan ik geen voorbeeld bedenken van grondtransacties verricht door overheden die geen economische activiteit zijn. Slechts organisaties die typische overheidstaken zonder economisch karakter verrichten, zijn geen ondernemingen. Het gaat om een tweetal activiteiten, namelijk die van zuiver ‘sociale’ aard (zaken C-159-160/91 *Poucet et Pistre*, T-319/99 *Fenin*) en de uitoefening van overheidsgezag. Nu voor de verkoop van grond geen wettelijke basis (bijvoorbeeld in de Wro) vereist is, en deze activiteit als zodanig een rechtskarakter heeft dat zich binnen de burgerlijke rechtssfeer bevindt, vormt grondverkoop geen uitoefening van het openbaar gezag. Zonder twijfel is grondverkoop een instrument dat door overheden wordt ingezet ter ondersteuning en/of verwezenlijking van beleid. Ik acht het aannemelijk dat grondverkoop kan raken aan activiteiten van bijvoorbeeld sociale aard, maar daardoor wordt grondverkoop zelve niet zonder meer een activiteit van zuiver sociale aard zoals het in standhouden van bepaalde verzekeringsstelsels, de gezondheidszorg, onderwijs en dergelijke.

Een in het oog springend onderwerp was de discussie in de eerste kamer betreffende grondverkoop en meer in het bijzonder de situatie waarin geen van de hierboven omschreven excepties van toepassing is en de integrale kostprijs van de grond hoger ligt dan de marktwaarde. Ik meen dat die situatie zich kan voordoen indien een grondperceel aanzienlijke bewerkingen (bijvoorbeeld sloop in een binnenstedelijke omgeving en/of reiniging) heeft ondergaan. Ook kunnen in verband met grond lastige vragen opkomen ter zake de toepassing van de hierboven beschreven *lex specialis* aangaande de toerekening van financieringslasten.

Terecht is er daarbij in de Eerste Kamer op gewezen dat de door de Wet M&O voorziene kostentoerekening niet de systematiek is die normaliter in het economisch verkeer betreffende grondtransacties gebruikt wordt om de prijs te bepalen. De door de Wet M&O voorziene kostentoerekening wijkt dan ook af van de waarderingssystematiek neergelegd in de *Mededeling betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van grond en gebouwen door openbare instanties* van de Europese Commissie⁵², die wel aansluiting zoekt bij hetgeen gebruikelijk is in het economisch verkeer. De discrepantie is de volgende: vanuit staatssteunrechtelijk perspectief mogen geen niet-marktconforme voordelen worden verschaft aan de koper en gaat het dus om de vaststelling van de

⁵⁰ Artikel II lid 1 Wet M&O.

⁵¹ Eerste Kamer, vergaderjaar 2010–2011, 31 354, G.

⁵² PbEG1997, C209/3.

marktprijs, terwijl vanuit het perspectief van de Wet M&O kosten moeten worden doorberekend waarbij dus de nadruk ligt op het vaststellen van de kostprijs.

Niet zozeer de toepassing van de staatssteunregels maar het kostentoerekeningsgebod kan in de praktijk onbedoelde consequenties hebben. Voorop staat dat overheden, ongeacht de kosten van de grond, hun grondtransacties zo moeten vormgeven dat er geen sprake is van staatssteun en dat doen overheden over het algemeen ook. Zou er wel sprake van staatssteun zijn en wenst de overheid niettemin, op goede gronden, de grondtransactie door te zetten dan zal zij de transactie melden bij de Commissie en zich met recht op het standpunt kunnen stellen dat de Wet M&O geen toepassing vindt. Indien er naar de mening van de verkopende overheid geen sprake is van staatssteun, is slechts de Wet M&O van toepassing en zal, in beginsel, behoudens het invoeren van de algemeen belang exceptie, het gebod kosten toe te rekenen moeten worden nageleefd.

Dat betekent dus feitelijk dat nadat zeker gesteld is dat de staatssteunregels niet overtreden worden, ook de Wet M&O nageleefd moet worden⁵³. Indien vervolgens zou blijken dat een verkoopprijs waarin alle kosten verdisconteerd zijn, zoals het gebod vereist, zo hoog is dat er geen koper gevonden kan worden, zou de verkoper een probleem hebben. In die gevallen zou men zich kunnen voorstellen dat de onverkoopbaarheid van de grond of het product in kwestie en het daardoor oplopen van de (kapitaallasten) en overige lasten verbonden aan de eigendom strijdig is met het algemeen belang. Voor die situatie zou dan een concretiseringbesluit genomen kunnen worden⁵⁴ met de strekking dat het in strijd wordt geacht met het algemeen belang indien een grondstuk uit hoofde van de Wet M&O slechts voor een bedrag zou kunnen worden verkocht dat boven de marktwaarde ligt⁵⁵.

De minister acht het echter niet nodig dat het zover komt aangezien de waarderingsregels geldende voor bijvoorbeeld decentrale overheden de wettelijke mogelijkheid bieden voor een afwaardering⁵⁶ en met die afwaardering in de kostentoerekeningssystematiek geregeld in de AMvB⁵⁷ rekening wordt gehouden. Bestuursorganen doen er verstandig aan deze AMvB af te wachten waarna zal blijken of eventueel een concretiseringbesluit nodig is.

4. Het bevoordelingsverbod

4.1 Inleiding

⁵³ Zo ook de minister: "Als de grondverkoop onder de reikwijdte van de gedragsregels valt, kan zich de situatie voordoen dat na elkaar de norm van de Commissie op basis van de marktwaarde en de verplichting tot het doorberekenen van de integrale kosten moeten worden toegepast" Eerste Kamer, vergaderjaar 2010–2011, 31 354, G.

⁵⁴ De mogelijkheid hiervoor een concretiserend besluit te nemen vindt ook steun in de wetsgeschiedenis: "(...)Omdat de overheid vanwege bijzondere omstandigheden relatief veel heeft betaald voor de aanschaf van die grond, zou artikel 25h, vijfde lid, van dit wetsvoorstel een oplossing kunnen bieden. Op grond van dat artikellid is een overheid bevoegd vast te stellen dat de verkoop van die grond een economische activiteit is die plaatsvindt in het algemeen belang. De verplichting tot het doorberekenen van de integrale kosten is dan niet van toepassing". Eerste Kamer, vergaderjaar 2009–2010, 31 354, E

⁵⁵ Daarbij kan men zich nog afvragen of het wenselijk is dat voor elk stuk grond een apart besluit wordt genomen. Ik meen dat dit probleem zich leent voor een algemene regeling die zich mogelijk ook uitstrekt tot andere leveringen dan grond.

⁵⁶ "Voor de waardering van grond door provincies en gemeenten stelt het Besluit begroting en verantwoording provincies en gemeenten regels (Stb. 2003, 27). In artikel 63, eerste lid, van het besluit wordt bepaald dat activa worden gewaardeerd op de verkrijgingsprijs. Volgens het tweede lid van dat artikel omvat de verkrijgingsprijs de inkoopprijs en de bijkomende kosten. Provincies en gemeenten zijn op grond van artikel 65, eerste lid, van het besluit verplicht de naar verwachting duurzame waardeverminderingen van vaste activa onafhankelijk van het resultaat van het boekjaar in aanmerking te nemen. Indien sprake is van duurzame waardeverminderingen moet daarom bij de verkoop van een stuk grond niet de verkrijgingsprijs als kostenpost worden aangemerkt maar de boekwaarde van die grond volgens de jaarstukken" Eerste Kamer, vergaderjaar 2010–2011, 31 354, G.

⁵⁷ De hiervoor reeds besproken aangekondigde AMvB over de toepassing van de kostendoorberekening en het bevoordelingsverbod ex artikel 25m lid 1 Mw.

Bestuursorganen mogen hun overheidsbedrijven niet bevoordelen boven hun concurrenten⁵⁸. Het gaat dus niet zomaar om elke openbare onderneming maar slechts om een zogeheten overheidsbedrijf, waarbij het bestuursorgaan in de zin van artikel 25g lid 1 Mw is betrokken. Dat betekent dat de Wet M&O er niet aan in de weg staat dat bestuursorganen voordelen verstrekken aan andere (openbare) ondernemingen.

4.2 Het begrip overheidsbedrijf

Alvorens men toekomt aan de vraag of er sprake is van bevoordeling, zal derhalve eerst moeten worden vastgesteld dat de bevoordeelde partij een overheidsbedrijf is waarbij het bestuursorgaan in de zin van artikel 25g lid 1 Mw is betrokken.

Onder zulke overheidsbedrijven worden ten eerste verstaan⁵⁹ “ondernemingen”, dus entiteiten die een economische activiteit⁶⁰ uitoefenen, met een privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid zoals NV's, BV's en stichtingen (behoudens personenvennootschappen), waarin een publiekrechtelijke rechtspersoon zelf of samen met andere publiekrechtelijke rechtspersonen het beleid kan bepalen. Tot het bepalen van beleid worden een of meerdere publieke aandeelhouders in staat geacht indien zij alleen of gezamenlijk met andere bestuursorganen de meerderheid van stemmen in de aandeelhoudersvergadering hebben of meer dan de helft van het bestuur of het toezichthoudend orgaan mogen benoemen⁶¹. Dat brengt met zich mee dat indien één publieke aandeelhouder niet individueel het beleid kan bepalen maar wel samen met een andere publieke aandeelhouder, er ook sprake is van een overheidsbedrijf⁶². In ondernemingsrechtelijke zin zou men de vraag kunnen stellen of er sprake kan zijn van een overheidsbedrijf als een bepaalde overheid niet in staat is zelfstandig het beleid binnen de onderneming te bepalen. Evenwel, bezien vanuit de ratio dat private investeerders geen valse concurrentie behoeven te dulden van de overheid, acht ik het begrijpelijk waarom de wetgever deze keuze gemaakt heeft.

Verder zijn “ondernemingen” in de vorm van personenvennootschappen (CV's, etc.) waarin een publiekrechtelijke rechtspersoon deelneemt, overheidsbedrijven⁶³. Over de vraag wanneer er nu sprake is van deelneming zegt de wetsgeschiedenis weinig. Dat is vreemd, aangezien deze rechtsfiguur alles behalve exotisch is. Een belangrijke activiteit van bijvoorbeeld gemeentelijke overheden is wijkontwikkeling. In dat kader ziet men regelmatig CV's, waarvan de beherend vennoot een BV is (CV-BV's). Gezien het vereiste dat overheden het beleid moeten kunnen bepalen, zou ik menen dat voor zover die beherende vennoten (de beheers-BV) niet voldoen aan de eisen die gelden voor een BV om een overheidsonderneming te zijn, de CV-BV evenmin een overheidsonderneming is⁶⁴.

Ten slotte worden “ondernemingen” zijnde dochters (artikel 2:24a BW) van overheidsbedrijven, waarin publiekrechtelijke rechtspersonen het beleid te bepalen op de wijze als hierboven beschreven, als overheidsbedrijf gezien.

⁵⁸ Artikel 25j lid 1 Mw.

⁵⁹ Artikel 25g lid 1 Mw.

⁶⁰ HvJEG van 16 juni 1987, Commissie/Italië, 118/85, Jurispr. blz. 2599, punt 7; Arrest HvJEG van 18 juni 1998, Commissie/Italië, Jurispr. 1998, blz. I-03851, punt 36).

⁶¹ Artikel 25g lid 2 aanhef sub a en b Mw.

⁶² Zie daartoe ook: *De Wet Markt en Overheid* (...), Mrs. E.A van de Kuilen en mr. D van Tilborg, Gemeentestem 7356 augustus 2011, p. 372.

⁶³ Artikel 25g lid 1 sub b Mw.

⁶⁴ . Zie over dit onderwerp ook: “ *De Wet Markt en Overheid* (...)”, mrs. E.A van de Kuilen en mr. D van Tilborg, Gemeentestem 7356 augustus 2011, p. 372.

4.3 Bevoordeling

Een bestuursorgaan beoordeelt niet een overheidsbedrijf, waarbij het is betrokken, “*boven andere ondernemingen waarmee dat overheidsbedrijf in concurrentie treedt*” en kent evenmin een dergelijk overheidsbedrijf “*anderszins voordelen toe die verder gaan dan in het normale handelsverkeer gebruikelijk is*”. Het begrip “*boven andere ondernemingen waarmee dat overheidsbedrijf in concurrentie treedt*” is lastig. Dat hangt samen met de vraag of hier behalve actuele ook potentiële concurrentie bedoeld wordt. Dat kan belangrijk zijn. Immers, vaak zijn overheidsbedrijven zogenoemde “*first movers*” of ondernemingen die actief zijn op markten waarop om een of andere reden geen andere ondernemingen (meer) actief zijn. Gezien de systematiek van de Mededingingswet waarin het bevoordelingsverbod wordt opgenomen, meen ik dat men er van mag uitgaan dat ook potentiële concurrentie bedoeld wordt. Dat betekent dus dat het verdedigbaar is dat het bevoordelingsverbod ook kan worden overtreden indien actueel geen andere ondernemingen concurreren met het overheidsbedrijf op de relevante productmarkt en/of binnen de relevante geografische dimensie. Die visie wordt ondersteund door het feit dat de bepaling ook in zijn algemeenheid stelt dat aan een dergelijk overheidsbedrijf geen voordelen toegekend worden die verder gaan dan in het normale handelsverkeer gebruikelijk is. In dat laatste geval is niet vereist dat op een bepaalde markt de concurrentie verstoord moet zijn zoals bijvoorbeeld de staatssteunregels dit vereisen. Gezien de wettekst zou het dus verdedigbaar zijn dat indien een overheidsbedrijf bijvoorbeeld gratis parkeervergunningen krijgt, dit een voordeel is dat verder gaat dan in het normale handelsverkeer gebruikelijk is en dus in strijd kan zijn met het verbod. Daarbij hoeft dus niet aan de orde te komen, nu dit niet als vereiste is gesteld, op welke markt de concurrentie vervalst wordt. Ik vraag me af of de NMa dit onderschrijft.

De wet benoemt een aantal vormen van verboden bevoordeling⁶⁵. Dat is echter geen uitputtende lijst:

- a. het toestaan van het gebruik door het overheidsbedrijf van de naam en het beeldmerk van de publiekrechtelijke rechtspersoon van het bestuursorgaan op een wijze waardoor verwarring bij het publiek is te duchten over de herkomst van goederen en diensten;*
- b. het leveren van goederen aan, het verrichten van diensten voor en het ter beschikking stellen van middelen aan het overheidsbedrijf tegen een vergoeding die lager is dan de integrale kosten.*

Dat bevoordeling onder a) niet mag, spreekt voor zich, maar de (verboden) bevoordeling onder b) roept toch wel een vraag op. Dat een overheidsbedrijf integrale kosten moet berekenen kwam hierboven al aan de orde. Daaronder zal ook het ter beschikking stellen van gegevens vallen nu dit dienstverlening is, althans geschaard kan worden onder de noemer “middelen”. Hieruit volgt dat het ter beschikking stellen van gegevens tegen integrale kosten dient te geschieden. Maar is deze conclusie wel juist? Daarvoor dient eerst de vraag te worden beantwoord hoe deze conclusie zich verhoudt tot artikel 25i lid 2 sub b Mw, waarin staat dat, onder de daar genoemde voorwaarden, geen integrale kosten voor gegevens berekend hoeven te worden. Gezien het feit dat artikel 25j lid 2 sub b Mw een *lex specialis* is ten opzichte van de algemene verplichting van dienstverlenende bestuursorganen om kosten door te berekenen en ter zake artikel 25j lid 2 sub b Mw nu juist geen expliciete uitzondering wordt gemaakt voor gegevensverstrekking, meen ik dat de conclusie klopt en dat bestuursorganen inderdaad de integrale kosten aan hun overheidsbedrijven in rekening moeten

⁶⁵ Artikel 25j lid 2 sub a en b Mw.

brengen. Dit vindt steun in het feit dat de mogelijke doorkruising van het transparantiebeleid van de overheid de achtergrond vormt voor de exceptie opgenomen in artikel 25i lid 2 sub b Mw. Dit transparantiebeleid speelt niet, althans in veel mindere mate vis-à-vis de eigen overheidsbedrijven.

Er zijn natuurlijk nog veel meer voordelen denkbaar en de mogelijkheden zullen naar ik vermoed ruimer zijn dan men thans zou denken. Ten eerste wijs ik op de beschikkingspraktijk van de Commissie EG inzake staatssteun die een 'Fundgrube' voor inspiratie genoemd kan worden. Neem verder de mogelijkheid, doch niet verplichting, voor aanbestedende diensten binnen de Europese aanbestedingsregels onderhands te gunnen aan dienstverleners binnen de gezagsstructuur van de aanbestedende dienst⁶⁶. Vaak gaat het dan om bestuursorganen die hun eigen overheidsorganen onderhands iets gunnen. Dat dit aanbestedingsrechtelijk gesproken is toegestaan, wil natuurlijk niet zeggen dat er daarbij geen sprake kan zijn van bevoordeling, te meer daar in de jurisprudentie reeds is vastgelegd dat het missen van een kans deel te nemen aan een mogelijke aanbesteding bij een aanbestedingsplicht schade veroorzaakt. Het is afwachten of iemand dit of andere punten gaat bepleiten. Ik kan zelfs niet uitsluiten dat vele gemeente voordelen zullen verstrekken in de zin van de Wet M&O zonder dat zij dit willen of zich daarvan zelfs bewust zijn.

4.4. Excepties

Het bevoordelingsverbod is in drie gevallen⁶⁷ niet van toepassing. Dit behelst niets nieuws maar ik zal deze drie uitzonderingen volledigheidshalve noemen.

- De eerste uitzondering is indien de bevoordeling verband houdt met economische activiteiten ter uitoefening van een bijzonder of uitsluitend recht door het overheidsbedrijf in de zin van artikel 25a, onder c, respectievelijk b, Mw. en er reeds voorschriften gelden omtrent de voor de desbetreffende activiteiten in rekening te brengen prijzen. Dat is gelijklopend aan de exceptie die voor bestuursorganen geldt ter zake de naleving van het gebod op kostentoerekening. Ik verwijs naar bovenstaande paragraaf 3.2, eerste streepje.
- Ten tweede geldt een uitzondering, indien naar het oordeel van het bestuursorgaan de bevoordeling kan worden aangemerkt als een steunmaatregel die voldoet aan de criteria van artikel 87, eerste lid, van het Verdrag. Dit is de specialis die geldt in aanvulling op de vrijwel gelijklopende bepaling opgenomen onder artikel 25h lid 4 Mw en die geldt voor steun door bestuursorganen. Ik verwijs naar bovenstaande paragraaf 2.4.
- Ten derde is uitgezonderd de bevoordeling van een overheidsbedrijf dat belast is met de uitvoering van de Wet sociale werkvoorziening, voor zover op deze activiteiten artikel 5 van die wet van toepassing is. Ik verwijs naar bovenstaande paragraaf 3.2, derde streepje.

4.5 Overgangsrecht

Voor een overgangsperiode van twee jaar na het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet is het bevoordelingsverbod niet van toepassing op bepalingen in overeenkomsten die zijn gesloten vóór het genoemde tijdstip en die in strijd zijn met het bevoordelingsverbod⁶⁸.

⁶⁶ HvJ EG 18 november 1999, zaak C-107/98, Teckal.

⁶⁷ Artikel 25 j lid 3 sub a, b en c Mw.

⁶⁸ Artikel II lid 2 Wet M&O.

5. Verbod op exclusief gegevensgebruik.

Een bestuursorgaan mag gegevens die het heeft verkregen in het kader van de uitvoering van zijn publiekrechtelijke bevoegdheden enkel gebruiken voor economische activiteiten die niet dienen ter uitvoering van de publiekrechtelijke bevoegdheden, indien deze gegevens ook aan derden beschikbaar kunnen worden gesteld⁶⁹. Het verbod behelst dus het exclusief gebruik van gegevens die de overheid slechts heeft kunnen verwerven uit hoofde van haar publiekrechtelijke bevoegdheden.

Dit betekent dus dat zolang het bestuursorgaan met de door hem publiekrechtelijk verkregen gegevens geen economische activiteiten ontplooit - en meer dan eens zal dat niet zijn toegestaan omdat andere regels, zoals de privacyregelgeving, commercieel gebruik verbieden - er ook geen verplichting tot openbaarmaking geldt uit hoofde van de Wet M&O. Dit laat anderzijds onverlet dat andere wetgeving, zoals de Wet openbaarheid van bestuur (Wob), onder omstandigheden daartoe wel kan verplichten⁷⁰.

Ter zijde zij er op gewezen dat uit het verbod op exclusief gegevensgebruik voor eigen economische activiteiten niet voortvloeit dat een bestuursorgaan dat die gegevens daarvoor wel gebruikt deze gegevens gratis ter beschikking moet stellen. Anderzijds vloeit uit het hierboven behandelde gebod op kostentoerekening niet voort dat het gratis verstrekken verboden is. Bij verstrekking van zulke gegevens aan het (eigen) overheidsbedrijf moet het bestuursorgaan, uit hoofde van het bevoordelingsverbod, wel de integrale kosten doorberekenen. De MvT vermeldt ten slotte dat gegevens, indien deze ter beschikking worden gesteld, ter beschikking moeten worden gesteld tegen dezelfde voorwaarden als die welke gelden voor het eigen gebruik⁷¹.

5.1 Overgangsrecht

Gedurende twee jaar na het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet M&O is het verbod op exclusief gegevensgebruik niet van toepassing op bepalingen in overeenkomsten die zijn gesloten vóór het genoemde tijdstip en die in strijd zijn met genoemd verbod.

6. Het verbod op functievermenging

Ten slotte is het niet toegestaan dat iemand “twee petten draagt” in de zin dat hij in zijn functie betrokken is bij de uitvoering van publiekrechtelijke taken betreffende bepaalde economische activiteiten en tegelijkertijd ook betrokken is bij de uitvoering van diezelfde economische activiteiten in privaatrechtelijke zin. *“Indien een bestuursorgaan een publiekrechtelijke bevoegdheid uitoefent ten aanzien van economische activiteiten die door hetzelfde of een ander bestuursorgaan van de desbetreffende publiekrechtelijke rechtspersoon worden verricht, moet worden voorkomen dat dezelfde personen betrokken kunnen zijn bij zowel de uitoefening van de bevoegdheid als bij het verrichten van de economische activiteiten”*⁷².

In de MvT wordt vermeld dat de grondexploitatie een sector is, waarin een aanzienlijk risico op functievermenging bestaat. Zulks zou blijken uit een onderzoek van ATOS uit oktober 2003 en te wijten zijn aan het feit dat er geen juridische of organisatorische scheiding is tussen de economische en andere activiteiten.

⁶⁹ Artikel 25k Mw.

⁷⁰ Zie daartoe ondermeer artikel 11f Wob waarmee de verplichtingen voortvloeiend uit de Richtlijn inzake het hergebruik van overheidsinformatie zijn geïmplementeerd.

⁷¹ MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2007-2008, 31 354, nr. 3, p 15.

⁷² Artikel 25l Mw.

6.2 Overgangsrecht

Gedurende een jaar na het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet M&O is het verbod op functievermenging niet van toepassing op economische activiteiten die ook vóór dat tijdstip werden verricht.

7. Toezicht

Het toezicht op overtreding van verplichtingen aangaande overheden en overheidsbedrijven is geregeld in artikel 70c Mw. De NMa heeft geen bevoegdheid gekregen een boete op te leggen. Dat het een wet is zonder “tanden”, kan echter niet worden gezegd.

De NMa kan in geval van overtreding van elk van de vier gedragsregels bij beschikking verklaren dat hij de overtreding heeft vastgesteld⁷³ dan wel het bestuursorgaan waaraan de overtreding kan worden toegerekend bij beschikking een last onder dwangsom opleggen⁷⁴, die ertoe strekt de overtreding ongedaan te maken of verdere overtreding dan wel herhaling te voorkomen. De bevoegdheid zulke beschikkingen te nemen vervalt overigens vijf jaar nadat de overtreding is begaan⁷⁵. Die vijf jaar zullen mogelijk niet gehaald worden nu het overgangsrecht merendeels een periode van twee jaar beslaat en het vervolgens nog maar drie jaar duurt voordat de wet vervalt.

Overigens hoeft niemand zich zorgen te maken dat straks van de ene op de andere dag zo een beschikking op de mat valt. Met het onderzoek zijn belast de in artikel 50 lid 1 Mw. aangewezen bijzondere opsporingsambtenaren met de nodige bevoegdheden. In dat kader breng ik nog in herinnering dat het bestuursorgaan op verzoek van de NMa moet aantonen dat de integrale kosten inderdaad werden doorberekend⁷⁶. Indien een opsporingsambtenaar van de NMa een M&O-overtreding vaststelt, waaraan vaak al het nodige contact en informatie-uitwisseling is voorafgegaan, maakt hij daarvan een rapport op⁷⁷. Vervolgens is er een hele procedure waarin belanghebbenden worden gehoord⁷⁸.

Aandacht verdient ook de definitie van het daderschap. De genoemde beschikkingen kunnen niet alleen worden opgelegd aan het bestuursorgaan maar ook aan de feitelijk leidinggevende zoals mogelijk een gekozen bestuurder⁷⁹. Indien de beschikking is gericht tegen iemand die tot het feit opdracht heeft gegeven of feitelijke leidinggevende is, zal de last onder dwangsom niet meer dan € 450.000 bedragen.

Effectiviteit valt ook te verwachten van de tactiek van “*naming and shaming*”, waaruit ook civiele schadeacties kunnen voortvloeien. De beschikkingen blijven immers niet vertrouwelijk. De beschikking wordt bekend gemaakt aan de geadresseerde partij en na een *stand still* van ten minste vijf dagen ter inzage gelegd; na diezelfde *stand still* van ten minste vijf dagen, wordt van de beschikking bovendien

⁷³ Artikel 70c lid 1 sub a Mw. jo. Artikel 79 lid 1 Mw.

⁷⁴ Artikel 70c lid 1 sub b Mw. jo. Artikel 79 lid 1 Mw.

⁷⁵ Artikel 82a Mw.

⁷⁶ Artikel 25i lid 4 Mw.

⁷⁷ Artikel 77 lid 1 Mw.

⁷⁸ Artikel 78 leden 1 en 2 Mw.

⁷⁹ In artikel 75a Mw. wordt artikel 51 Sr. van overeenkomstige toepassing verklaard op de Wet M&O overtredingen genoemd in artikel 70c Mw. Artikel 51 Sr. bepaalt dat “(...) *strafbare feiten kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen. (...) Indien een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon, kan de strafvervolgning worden ingesteld en kunnen de in de wet voorziene straffen en maatregelen, indien zij daarvoor in aanmerking komen, worden uitgesproken: tegen (...) hen die tot het feit opdracht hebben gegeven, alsmede tegen hen die feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging (...)*”.

mededeling gedaan in de Staatscourant⁸⁰. Natuurlijk worden vertrouwelijke gegevens (in de zin van de Wob) niet bekend gemaakt, maar daarvan is in de praktijk niet snel sprake.

De last onder dwangsom is het sluitstuk en zegt op zich niets over de vraag hoe intensief de toezichthouder overtredingen gaat opsporen en of de door overtredingen benadeelde partijen of anderen de NMa met succes tot zulke opsporing kunnen aanzetten. Het zou te ver voeren binnen het bestek van deze bijdrage meer in detail in te gaan op het toezicht. Wel wil ik benadrukken dat de NMa niet kan worden gedwongen een onderzoek in te stellen.

Met mij zullen velen benieuwd zijn wat de NMa, maar vooral de actoren markt en overheid gaan ondernemen om te zorgen dat uitwassen van concurrentievervalsing, die her en der toch wel zullen bestaan, ten einde komen alsmede hoe zij zullen zorgen dat er voldoende gevoeligheid bij bestuurders zal ontstaan om overtredingen vóór te zijn. Gezien de tijdelijkheid van de Wet M&O meen ik, dat dit met recht een uitdagende opgave genoemd mag worden.

⁸⁰ Artikel 82b leden 1 en 2 Mw.