



# Aanpassing Mededingingswet ter invoering van gedragsregels voor de overheid, uitzonderingen daargelaten

Mr. W.T. Algera

Ruim 10 jaar na het rapport Cohen ligt er een nieuw voorstel voor een wet Markt & Overheid. Zoals verwacht, wijkt het resultaat sterk af van het voorstel dat in 2004 definitief werd ingetrokken. Uiteindelijk bereikte de Ministerraad in februari van dit jaar een compromis. Het is in opzet vrij bescheiden in vergelijking met het eerdere wetsvoorstel en met concepten die sindsdien hebben gecirculeerd. De Tweede Kamer lijkt kritisch gezien de eerste reacties, enerzijds vanwege twijfel aan de noodzaak gezien het relatief beperkte aantal geregistreerde klachten en de onduidelijkheid over de gegrondheid daarvan en anderzijds vanwege de sterk ingeperkte opzet.<sup>1</sup> Of het voorstel deze keer wel de eindstreep haalt, zullen we moeten afwachten. Inhoudelijk is op onderdelen discussie mogelijk. Een juiste toepassing van begrippen is daarbij overigens essentieel. Deze bijdrage bevat een bespreking van het voorstel en de achtergrond daarvan. Aansluitend worden de meest in het oog springende kenmerken besproken met als invalshoek de diverse inperkingen op de werkingssfeer.

## Aanpassing Mededingingswet ter invoering van gedragsregels voor de overheid, ...

### 1. Wetsvoorstel

#### 1.1 Achtergrond

In tijden van bezuinigen is het aanboren van bronnen op de

Mr. W.T. Algera is advocaat te Den Haag.

markt een reflex van veel overheidsinstellingen. De overheid kan daarbij gebruik maken van kennis opgedaan bij haar publieke taken en van de mensen en de middelen bestemd voor de publieke dienst, waarover geen ondernemingsrisico wordt gelopen. Daarbij beschikt de overheid over diepe zakken (ze kan niet failliet gaan), belangrijke connecties en een betrouwbaar imago. Particuliere marktpartijen hebben daar last van en daarom werd in de jaren '90 van de vorige eeuw een begin gemaakt met een inkadering van die bijklussende overheid. In 1997 volgde het rapport Cohen dat de problematiek schetste en voorstellen formuleerde. Zowel de in juni 1998 vastgestelde 'Aanwijzingen' voor de centrale overheid, als een wetsvoorstel dat in 2001 werd ingediend, waren opgezet volgens een strikte benadering.<sup>2</sup> De eerste voorwaarde voor het verrichten van marktactiviteiten was een bevoegdheidsgrondslag in de wet of een besluit van het bevoegd gezag. Het wetsvoorstel kende daarbij een advies-taak voor een Commissie Markt & Overheid. De tweede voorwaarde was de naleving van enkele gedragsregels. Tegen deze aanpak bestond veel weerstand onder overheden uit vrees voor juridisering van het openbaar bestuur. Ook gaf de opzet via een aparte wet met een eigen begrippenkader aan-

1 *Kamerstukken II*, 31 354, nr. 5, p. 3 en 4. Het aantal wordt geschat op 400 in 12 jaar. Daarvan zou slechts 40% (160) vallen onder de nieuwe gedragsregels, waarbij niet vaststaat of de klacht terecht is. *Kamerstukken II*, 31 354, nr. 6, p. 5.

2 Aanwijzingen inzake het verrichten van marktactiviteiten door organisaties binnen de rijksdienst, *Stcrt.* 1998, 95. Wetsvoorstel Wet Markt en Overheid, *Kamerstukken II* 2001/02, nr. 28 050, nr. 1-3.

leiding tot onduidelijkheid over de reikwijdte.<sup>3</sup> Dit voorstel werd in februari 2004 ingetrokken, waarna de contouren van een alternatief voorstel vrij snel duidelijk werden.<sup>4</sup> De toetredingsregels zouden komen te vervallen, zodat enkel gedragsregels overbleven. De Aanwijzingen gelden evenwel tot op heden nog onverkort.

Het bleef vervolgens nog lange tijd stil en naar verluid hebben verschillende concepten gecirculeerd. Het huidige voorstel verschilt aanzienlijk van de versie waarover de Raad van State alweer in juni 2006 heeft geadviseerd en waarover eerder werd bericht in dit tijdschrift.<sup>5</sup> Dat voorstel bevatte nog gedragsregels voor ondernemingen die door de overheid met een uitsluitend of bijzondere recht of met een dienst van algemeen economische belang waren belast (ter vervanging van het huidige hoofdstuk 4A).<sup>6</sup> Uiteindelijk kwam echter een zeer ingeperkt voorstel uit het vat. De VNG en IPO hebben nog getracht het kabinet ook daarvan af te laten zien. Naar hun oordeel zou een reductie tot de absolute kern van de problematiek kunnen volstaan. Zij steunden een aanvulling van de Gemeentewet en Provinciewet met verplichte besluitvorming in de Raad of Gedeputeerde Staten over marktactiviteiten, tezamen met een voorschrift voor in rekening te brengen prijzen. Dat heeft het niet gehaald en in februari 2008 kwam het voorliggende voorstel in de Ministerraad, waar het werd aangenomen. De Minister van BZK zette wel nog de voet dwars voor een gedragsregel die een gescheiden boekhouding voor commerciële activiteiten zou voorschrijven. Zij vreesde een te hoge administratieve belasting voor de decentrale overheden.<sup>7</sup>

## 1.2 Gedragsregels voor bestuursorganen

Dit traject heeft uiteindelijk geresulteerd in een in de Mededingingswet in te voegen nieuw hoofdstuk 4B. *Overheden en overheidsbedrijven*. De naam 'wetsvoorstel ter aanpassing Mededingingswet ter invoering van gedragsregels voor de overheid' geeft de ingeperkte opzet goed weer. Uitdrukkelijk is niet het doel van het voorstel om ondernemingsactiviteiten van overheden terug te dringen, zoals wel de gedachte was na het rapport Cohen. Die afweging blijft nu aan de individuele overheid. Wel wordt beoogd zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen overheden en particuliere ondernemingen te creëren, als overheden toetreden tot de markt.<sup>8</sup> Het voorstel bevat daartoe een viertal gedragsregels voor bestuursorganen. Drie daarvan zien op ondernemingshandelen door het bestuursorgaan zelf. De vierde gedragsregel ziet niet op eigen ondernemingsgedrag maar betreft de behandeling door het bestuursorgaan van verbonden overheidsbedrijven.

### – Overheidsbedrijf of overheidsonderneming? (art. 25g)

Het wetsvoorstel geeft in art. 25g allereerst een definitie van het begrip 'overheidsbedrijf'. Het komt in hoge mate overeen met het begrip 'openbaar bedrijf' in art. 2 van de Transparantierichtlijn dat in hoofdstuk 4A van de Mw is geïmplementeerd.<sup>9</sup> Toch is gekozen voor een afwijkend begrip, omdat

onder 'openbaar bedrijf' uit de Transparantierichtlijn zowel de ondernemingen vallen die onderdeel uitmaken van dezelfde rechtspersoon waarover directe zeggenschap kan worden uitgeoefend, als de ondernemingen waarover het bestuursorgaan enkel indirect zeggenschap heeft.<sup>10</sup> Het wetsvoorstel geeft voor beide typen openbare bedrijven verschillende regels. De interne groep worden 'overheidsondernemingen' genoemd. Zij vallen onder de drie gedragsregels (kostendoorberekening, non-discriminatoir gegevensgebruik en verbod op functievermenging). De tweede (externe) groep 'overheidsbedrijven' wordt enkel indirect gereguleerd. Ook die gedragsregel geldt voor het bestuursorgaan (verbod op bevoordeling van het verbonden overheidsbedrijf). Voor het overheidsbedrijf zelf geeft het voorstel geen gedragsregels. Dat moet als gewoon bedrijf kunnen opereren en dat betekent bijvoorbeeld dat kruissubsidiëring tussen de diverse diensten en producten die het aanbiedt wel mag. De gedragsregels in dit wetsvoorstel zullen derhalve enkel gelden voor bestuursorganen voor zover zij zelf economische activiteiten verrichten of daarvoor een verbonden overheidsbedrijf inzetten.<sup>11</sup> Het onderscheid tussen overheidsondernemingen en overheidsbedrijven is daarom essentieel.

De gedragsregels zelf zijn vrij recht toe recht aan. Ze komen grofweg neer op het volgende:

### – integrale kostenberekening (art. 25i)

Art. 25i bevat de regel dat een bestuursorgaan voor economische activiteiten de integrale kosten in rekening moet brengen. Voor vreemd en eigen vermogen moet een marktconforme vergoeding worden berekend. Een aparte winstopslag bovenop de integrale kosten is niet langer vereist.<sup>12</sup>

### – bevoordelingsverbod overheidsbedrijven (art. 25j)

Art. 25j verbiedt bestuursorganen hun eigen overheidsbedrijven te bevoordelen boven andere ondernemingen of hun in het normale handelsverkeer ongebruikelijke voordelen toe te

3 Vergelijk o.a. K.J.M. Mortelmans en H.A.G. Temmink, 'Het wetsvoorstel Markt en Overheid in een Europeesrechtelijk perspectief: concurrerende stelsels', *NTER* 2002, nr. 10, p. 242-253.

4 *Kamerstukken II*, 28 050, nr. 7-9.

5 B.J. Drijber, 'Markt & Overheid, Markt & Mededinging', *M&M* 2007, nr. 1, p. 1.

6 Zogenaamde OUBR-ondernemingen (ondernemingen met uitsluitende of bijzondere rechten). *Kamerstukken II*, 31 354, nr. 4, p. 3.

7 *FD* van 11 februari 2008.

8 *Kamerstukken II*, 31 354, nr. 3, p. 2.

9 Overheidsbedrijven in de zin van art. 25g zijn grofweg de bestaande privaatrechtelijke rechtspersonen uit boek 2 BW waarin een overheidsorgaan het beleid kan bepalen en bepaalde contractuele samenwerkingsvormen.

10 *Kamerstukken II*, 31 354, nr. 3, p. 32 en HvJ EG, arrest van 16 juni 1987, zaak 118/85, *Commissie-Italië*, *Jurisp.* 1987, blz. 2599.

11 *Kamerstukken II*, 31 354, nr. 3, p. 33.

12 Vergelijk Aanwijzing 11.

kennen. Het gaat dan vooral om het gebruik van de naam en beeldmerk dat verwarring oplevert over de herkomst. Ook het leveren van diensten en goederen of de terbeschikkingstelling van middelen tegen minder dan de integrale kosten vormt een ongeoorloofde bevoordeling.

- *non-discriminatoire gegevensgebruik (art. 25k)*

Art. 25k schrijft non-discriminatoire gegevensgebruik voor. De aanwending van in de hoedanigheid van overheid verzamelde gegevens ten behoeve van een economische activiteit – niet dienend voor een publiekrechtelijke bevoegdheid – is toegestaan als deze gegevens ook aan derden, onder de zelfde voorwaarden beschikbaar kunnen worden gesteld.<sup>13</sup>

- *verbod op functievermenging (art. 25l)*

Art. 25l bevat een verbod op functievermenging. Publiekrechtelijke bevoegdheden van een bestuursorgaan (vooral toezicht) en economische activiteiten kunnen niet door dezelfde personen worden verricht. Dergelijke *Chinese Walls* voorkomen dat een noodzakelijk onafhankelijk oordeel van het bestuursorgaan wordt vertroebeld. Het wetsvoorstel wijst op het voorbeeld van grondexploitatie, waarbij de overheid ook publiekrechtelijke taken heeft, bijvoorbeeld ten aanzien van het bestemmingsplan.

### 1.3 Werkingssfeer

De gedragsregels zullen gelden voor alle bestuursorganen die een economische activiteit verrichten of door een overheidsbedrijf laten verrichten en niet van de werking worden uitgezonderd. Adressanten zijn dus in beginsel het rijk, de provincies, de gemeenten, waterschappen, zelfstandige bestuursorganen (met een publiekrechtelijk status) en gemeenschappelijke regelingen zonder eigen rechtspersoonlijkheid.<sup>14</sup> Het voorstel bevat een aanzienlijk aantal beperkingen op de werkingssfeer. Ook hier is het onderscheid tussen overheidsondernemingen en overheidsbedrijven van belang.

In art. 25h worden enkele situaties genoemd waarin het gehele hoofdstuk niet van toepassing zal zijn op ondernemende bestuursorganen (overheidsondernemingen). Ten eerste gaat het om enkele specifieke instellingen en sectoren. Het betreft openbare onderwijs-, onderzoeks- en omroepinstellingen, b-organen in de zin van art. 1:1, eerste lid onder b Awb en openbare lichamen in de zin van de Wet op de Bedrijfsorganisatie. Ten tweede zal dit hoofdstuk niet van toepassing zijn

in geval van leveringen aan overheden of overheidsbedrijven ter uitvoering van de publiekrechtelijke taak. Ten derde zal het hoofdstuk niet gelden als volgens het bestuursorgaan sprake is van een steunmaatregel in de zin van art. 87, lid 1 EG.

Naast deze algemene inperkingen kennen twee van de vier gedragsregels eigen uitzonderingen. De verplichte doorberekening van de integrale kosten (art. 25i) zal niet gelden voor diensten van algemeen economisch belang, als de transparantie bepalingen uit het bestaande art. 25a Mw e.v. al voorschriften geven en voor werkzaamheden door sociale werkplaatsen. Ook de verstrekking van gegevens afkomstig uit de publieke taak ten behoeve van hergebruik zijn van deze verplichting uitgezonderd. Het bevoordelingsverbod van verbonden overheidsbedrijven (art. 25j) zal niet gelden bij eveneens diensten van algemeen economisch belang, bij transparantievoorschriften op grond van het bestaande art. 25a Mw e.v. en voor werkzaamheden door sociale werkplaatsen. Het bevoordelingsverbod voor verbonden overheidsbedrijven is verder niet van toepassing als volgens het bestuursorgaan sprake is van een steunmaatregel in de zin van art. 87, lid 1 EG.

### 1.4 Handhaving

De handhaving zal zowel kunnen plaatsvinden via de NMa als via de civiele rechter. De Raad van bestuur van de NMa (de raad) kan straks bij besluit verklaren dat zij een overtreding van de gedragsregels heeft vastgesteld of kan een last onder dwangsom opleggen (art. 70c). Een boete is niet mogelijk, omdat dat niet wenselijk wordt geacht en wordt verwacht dat het overheidsorgaan zijn gedrag zal aanpassen mede onder dreiging met een last onder dwangsom. De raad kan met de aanpassing van art. 75a Mw deze maatregel overigens ook opleggen aan de betrokken ambtenaren en feitelijk leidinggevers. Hem staan bij zijn toezicht bestaande onderzoeksbevoegdheden ter beschikking.

De NMa is evenwel met een hand op de rug gebonden omdat zij gehouden is het oordeel van het bestuursorgaan te volgen als deze een beroep doet op de staatssteunregels of op de kwalificatie als dienst van algemeen economisch belang.<sup>15</sup> De NMa is op grond van het wetsvoorstel niet bevoegd om daarover een uitspraak te doen. Hoewel mijns inziens op zich zelf geen bezwaar kan bestaan tegen een objectieve beoordeling door de NMa of aan de criteria van art. 87, lid 1 EG is voldaan (de rechter kan dat ook), is het mogelijk niet wenselijk dat veel partijen daar tegelijk mee bezig kunnen zijn. De vaststelling in de memorie van toelichting, dat de beoordeling of een gedraging kwalificeert als staatssteun exclusief aan de Commissie is, komt mij overigens minder juist voor.<sup>16</sup> Voor de beoordeling of sprake is van toegestane staatssteun is wel alleen de Europese Commissie bevoegd.

Met betrekking tot diensten van algemeen belang vindt de regering dat het bestuursorgaan zelf alleen kan beoordelen

13 *Kamerstukken II*, 31 354, nr. 3, p. 15.

14 *Kamerstukken II*, 31 354, nr. 3, p. 12.

15 Art. 25h, lid 4 en art. 25i, lid 2, sub a en 25j, lid 3, sub a en c van het wetsvoorstel.

16 Vergelijk ook de uitspraak van de RvS in de zaak Eelde (ABRvS, 11 juni 2008, LJN BD3598), waarnaar de Minister zelf verwijst: *Kamerstukken II*, 31 354, nr. 3, p. 7.

of financiering uit algemene middelen noodzakelijk is.<sup>17</sup> De NMa kan in dat geval weinig anders dan de klager verwijzen naar de Europese Commissie of naar de civiele rechter of de zaak voordragen aan de bevoegde minister ter vernietiging door de Kroon, maar dat vereist wel een voorafgaand besluit. Tot slot oppert de regering nog de mogelijkheid van een rapportage op grond van art. 5c Mw indien er grote effecten zijn op de markt. Dit blijft evenwel niet afdwingbaar.

Het civielrechtelijk traject berust op de actie uit onrechtmatige daad (art. 6:162 BW), wegens schending van de gedragsregels. Het vervallen van de verplichte gescheiden boekhouding wordt door sommigen betreurd, omdat het klagende ondernemingen moeilijker zou worden gemaakt hun klacht te onderbouwen.<sup>18</sup> Terecht wijst de Minister er echter op dat overheden al verschillende verplichtingen hebben voor de verantwoording van publieke middelen.<sup>19</sup> Veel zal dan ook uit deze publiekelijk toegankelijke bronnen kunnen worden afgeleid. Desgevorderd door de NMa moet het bestuursorgaan overigens wel aantonen dat de integrale kosten zijn doorberekend (art. 25i, lid 4). Mocht het traject via de NMa geen soelaas bieden, bijvoorbeeld ten gevolge van haar prioriteringsbevoegdheid, dan kan via de civiele rechter worden getracht de gegevens van het bestuursorgaan te verkrijgen.

De keuze om geen gescheiden boekhouding voor te schrijven, berust op de wens om de administratieve lasten te beperken. In dat verband roept het voorstel bij de vaste kamercommissie echter de vraag op waarom in dit nieuwe wetsvoorstel de bagatelgrens van € 75.000 uit het voorstel van 2001 niet is overgenomen.<sup>20</sup> De belasting van een overheidsorgaan om een berekening te maken van alle kosten voor ondernemingsactiviteiten die op incidentele basis plaatsvinden, is immers evenzeer aanzienlijk. De Minister antwoordt daarop dat het wetsvoorstel juist op dergelijke kleinschalige activiteiten ziet. Er blijft anders erg weinig over.<sup>21</sup> Omwille van de administratieve last zou niettemin beneden een bepaalde grens gekozen kunnen worden voor marktconforme tariefstelling. De verkoop van ansichtkaarten dat de Minister als voorbeeld geeft is soms niet meer dan een service aan de bezoeker. Het voorstel schiet dan wat voorbij het doel. De Minister is evenwel van oordeel dat de kostprijsberekening in de kern niet moeilijk is en om overheden daarbij te ondersteunen zal het Ministerie van BZK met richtsnoeren komen. Mocht dat toch lastig blijken te zijn dan stelt de Minister van EZ een ruime schatting van de kostenposten voor.<sup>22</sup> Bij een dergelijke schatting sluit ik evenwel niet uit dat in de praktijk toch gekeken zal worden naar wat een kaart kost bij de boekhandel.

### 1.5 Overgangsrecht en beëindiging

Voor de meeste gedragsregels geeft het wetsvoorstel een overgangstermijn van drie jaar. Verder dient de wet binnen vijf jaar te zijn geëvalueerd en dient het binnen zeven jaar bij amvb te worden bekrachtigd, nadat aan het parlement een standpunt wordt gevraagd. Als er niets gebeurt, zal derhalve de gehele regeling vervallen. Hoewel de Aanwijzingen voor

de regelgeving zich hier niet tegen lijken te verzetten, verdient de regeling in het kader van de rechtszekerheid bepaald geen schoonheidsprijs. Vergelijk het wetsvoorstel NMa-ZBO waarmee destijds art. 16 Mw oud moest worden gered van het automatisch vervallen per 1 januari 2003.<sup>23</sup> Om beleidsmatige redenen hield de toenmalige Minister Heinsbroek dit wetsvoorstel onverwachts aan, waarmee de bepaling alsnog kwam te vervallen.

## ..., uitzonderingen daargelaten

### 2. Staatssteun

#### 2.1 Complementaire opzet van het wetsvoorstel

In essentie bestaat de problematiek van markt & overheid eruit dat met publieke middelen private activiteiten worden bekostigd. Het voorliggende wetsvoorstel beoogt dat te voorkomen. Het staatssteunregiem heeft betrekking op dezelfde problematiek. De bevoordeling kan blijkens het wetsvoorstel zowel aan de (interne) overheidsondernemingen worden toegekend, als aan de verbonden (externe) overheidsbedrijven. Voor beide situaties biedt het voorstel een gedragsregel. Intern moeten alle kosten worden doorberekend, die vervolgens extern in rekening moeten worden gebracht (art. 25i) en overheidsbedrijven mogen niet worden bevoordeeld (art. 25j). Waar tevens de staatssteunregels van toepassing zijn, bieden de gedragsregels dan geen meerwaarde. Om die reden is gekozen voor een complementaire opzet. Het voorstel bevat twee bepalingen terzake. Ten eerste zal het gehele hoofdstuk niet van toepassing zijn als naar het oordeel van het bestuursorgaan sprake is van economische activiteiten, ten aanzien waarvan een maatregel is getroffen die 'kan worden aangemerkt als een steunmaatregel die voldoet aan de criteria van art. 87, eerste lid, van het Verdrag' (art. 25h, lid 4). Ten tweede zal het bevoordelingsverbod voor de behandeling van overheidsbedrijven niet gelden als het bestuursorgaan van oordeel is dat sprake is van een dergelijke steunmaatregel (art. 25j, lid 3, sub c).

De aansluiting bij het staatssteunregiem lijkt de toepasselijkheid van het wetsvoorstel te beperken tot activiteiten zonder

17 *Kamerstukken II*, 31 354, nr. 3, p. 19.

18 N. Neij, *Actualiteiten Mededingingsrecht 2008*, nr. 5, p. 106-110.

19 *Kamerstukken II*, 31 354, nr. 6, p. 16.

20 *Kamerstukken II*, 31 354, nr. 5, p. 7.

21 *Kamerstukken II*, 31 354, nr. 6, p. 8.

22 *Kamerstukken II*, 31 354, nr. 6, p. 10. Niet exact doorberekenen acht zij niet in strijd art. 25i, want het gaat er om dat ten minste de integrale kosten worden doorberekend.

23 *Kamerstukken II*, 27 639, nr. 1-3.

een interstatelijk effect (de gemeentelijke jachthaven).<sup>24</sup> Toch zal het een ruimere werking krijgen, omdat het voorstel ook zal gelden bij *de minimis*steun (€ 200.000 in drie jaar). De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel volgt daarbij de redenering van de *de minimis*-Verordening 1998/2006, waarin wordt gesteld dat bij *de minimis*steun niet is voldaan aan het interstatelijkheidsvereiste.<sup>25</sup> Dat zou dan betekenen dat geen sprake is van staatssteun en het wetsvoorstel van toepassing is. Zoals terecht opgemerkt in de vaste kamercommissie gaat het Hof van Justitie EG er echter vanuit dat er geen drempel of percentage is waaronder het handelsverkeer niet ongunstig wordt beïnvloed.<sup>26</sup> De aansluiting bij het begrip 'staatssteun in de zin van art. 87, lid 1 EG' betekent dan dat het wetsvoorstel alsnog geen betrekking zal hebben op *de minimis*steun, zodat daar een belangrijk gat in de regulering dreigt. Vlak voor de kopijdatum van deze bijdrage verscheen de nota naar aanleiding van het verslag. De Minister onderkent daarin dit verschil van inzicht, maar stelt vervolgens dat ook naar haar idee *de minimis*steun als staatssteun moet worden aangemerkt en herroept hetgeen in de memorie van toelichting werd betoogd.<sup>27</sup> De discussie lijkt dan gesloten, maar het effect is wel dat het wetsvoorstel inderdaad niet van toepassing zal zijn op *de minimis*steun. Dit zal vermoedelijk niet de bedoeling zijn achter deze correctie. Wellicht zal een expliciete uitsluiting in de wet van een beroep op de uitzondering in situaties waarin de *de minimis*verordening van toepassing is een effectiever middel zijn.<sup>28</sup>

Een ander mogelijk gat in de huidige complementaire opzet wordt gevormd door het aangelegde criterium van integrale kostenberekening. Dit kan het best worden toegelicht aan de hand van de zaak *Boontje*.<sup>29</sup> Deze zaak draaide om de praktisch gratis uitgifte van twee stukken grond in erfpacht respectievelijk huur aan twee tennisverenigingen. Omdat het interstatelijk effect ontbrak, boden de staatssteunregels geen soelaas. Het CBb volgt de rechtbank dat bevoordeling van een onderneming evenwel ook via het verrichten van ondernemingsactiviteiten kan verlopen. De uitgifte van grond in erfpacht of huur heeft immers als economische activiteit te gelden. Dit betekent dat het wetsvoorstel straks als wet betrekking zal hebben op dergelijk handelen van de gemeen-

te. Maar wat reken je als kostprijs in het geval de grond altijd in bezit is geweest van de gemeente of indien speculatie de waarde na verkrijging heeft opgedreven? Art. 25i (integrale kosten) biedt dan maar een beperkt aanknopingspunt. Enkel als de bevoordeling plaatsvindt via een verbonden grondbedrijf biedt het bevoordelingsverbod uit art. 25j een aanknopingspunt. Dit gat zou kunnen worden gedicht via een alternatieve (of aanvullende) grondslag die voorschrijft dat in een dergelijk geval een redelijke of marktconforme prijs moet worden gerekend.<sup>30</sup> Overigens hanteren de bestaande 'Aanwijzingen' die regel ook als vangnet. Het is verder ook de vraag of alle voordelen aan de eigen overheidsonderneming daadwerkelijk kunnen worden berekend. Hoe druk je bijvoorbeeld de betrouwbaarheid van de overheid en de onmogelijkheid om failliet te gaan uit. Ergens zul je een vergelijking moeten maken met marktomstandigheden. Een dergelijk criterium verhoudt zich ten slotte ook goed met de complementaire opzet bij de staatssteunregels, waar wel wordt aangesloten bij de marktwaarde.

## 2.2 Toepassing van de uitzondering

Opvallend is dat de uitzondering enkel geldt als het betreffende bestuursorgaan zelf meent dat er sprake is van staatssteun. Het complementaire karakter volgt derhalve niet dwingend uit de wet, maar hangt af van het bestuursorgaan. De NMa moet het bestuursorgaan daarin volgen, want zij heeft geen eigen onderzoeksbevoegdheid. Haar rest weinig anders dan de klager door te verwijzen naar de Europese Commissie of de nationale rechter (vergelijk hiervoor mijn opmerkingen in paragraaf 1.4). De nationale rechter kan zelf vaststellen of sprake is van staatssteun in de zin van art. 87, lid 1 EG en zonodig een verbod tot uitvoering van de maatregel uitspreken. Als daarentegen wordt vastgesteld dat geen sprake is van staatssteun in de zin van art. 87, lid 1 EG, dan kan het bestuursorgaan niet langer dit verweer voeren.<sup>31</sup>

Een beroep op deze uitzondering zal alleen het gewenste effect hebben als ook daadwerkelijk aan de eisen van voorafgaande aanmelding is voldaan, of indien dat niet noodzakelijk is, binnen de geldende vrijstelling wordt gebleven. In het geval een bestuursorgaan voorafgaand aan de activiteit wordt geconfronteerd met een beroep op de gedragsregels dan zal het voor een geslaagd beroep de voorgenomen maatregel vooraf aanmelden bij de Commissie (indien noodzakelijk) teneinde goedkeuring te bepleiten. Een beroep op de staatssteunregels zal minder voor de hand liggen tijdens de uitvoering van de activiteit (als er geen vrijstelling geldt). Zo niet dan zou het bestuursorgaan feitelijk de eigen verboden steun aanmelden, een voor overheden vrij ongebruikelijke handelwijze. Deze uitzondering zal derhalve vooral een preventieve werking kunnen hebben en overheden meer bewust maken van de staatssteunregels. Ook de dreigende terugvoerdingsplicht van reeds verleende en verboden staatssteun zal het beroep op deze uitzondering beperken. Toepassing van de gedragsregels zal immers enkel leiden tot aanpassing of beëindiging van de activiteit en mogelijke vergoeding

24 Commissiebeschikking, 29 oktober 2003, *PbEG* L 2003/34, p. 63. Het beroep van enkele verenigde commerciële concurrenten werd niet-ontvankelijk verklaard (niet individueel geraakt); arrest van 27 september 2006, zaak T-117/04, *Jurispr.* 2006, p. II-3861.

25 *PbEU* L 2006/379.

26 *Kamerstukken II*, 31 354, nr. 5, p. 7.

27 *Kamerstukken II*, 31 354, nr. 6, p. 13-14.

28 R.J.M. van den Tweel, 'De Commissie introduceert nieuwe categorieën toelaatbare steun', *De Gemeentestem*, p. 412-418.

29 CBb, uitspraak 15 januari 2008, AWB 06/140.

30 Het uitgangspunt van een marktconforme prijs geldt ook voor de Sociale Werkvoorziening (vgl. paragraaf 3.1).

31 *Kamerstukken II*, 31 354, nr. 3, p. 35.

van schade. Door niet een uitzonderingsberoep te doen op de staatssteunregels, wat in het voorstel een exclusieve bevoegdheid van de desbetreffende overheid is, ontstaat overigens wel de mogelijkheid dat in afwijking van het complementaire opzet van het voorstel, zowel de staatssteunregels als de gedragsregels worden toegepast. EG-recht wijkt immers niet voor nationaal recht.

### 2.3 Gelden de staatssteunregels binnen één publieke rechtspersoon?

Blijkens de toelichting op het wetsvoorstel bestaat er onduidelijkheid over de vraag of staatssteun ook binnen hetzelfde publiekrechtelijke rechtspersoon mogelijk is.<sup>32</sup> In dit wetsvoorstel wordt expliciet vastgesteld dat bevoordeling van de eigen overheidsonderneming (de interne dienst die als onderneming handelt) als staatssteun moet worden gekwalificeerd, hoewel er volgens de toelichting nauwelijks of geen precedents zijn waarbij deze laatste vorm als staatssteun wordt gekwalificeerd. Navraag bij de Europese Commissie zou hebben uitgewezen dat de Commissie de zienswijze van de wetgever deelt.

De Raad van State is (voorzichtig) positief en verwijst naar de zaken *Enirisorse* en *Steinike*.<sup>33</sup> Het zijn mijns inziens voorbeelden die niet helemaal lijken te passen. De eerstgenoemde zaak *Enirisorse* betreft steun aan de Italiaanse havenbeheerders. Deze Azienda zijn bij wet ingesteld, die ook het statuut bepaalt. Het Hof omschrijft ze als zogenaamde ‘openbare economische instellingen’ die staan onder toezicht van het Ministerie van Koopvaardij.<sup>34</sup> Het is echter de vraag of dergelijke instellingen overheidsondernemingen in de zin van het wetsvoorstel zijn. In de zaak *Steinike* gaat het om de beheerder van een fonds voor marketingdoeleinden voor de agrarische sector (een onderneming). In deze zaak acht het Hof juist niet de beheerder van het fonds als ontvanger van de steun relevant, maar wat deze er vervolgens mee doet. De relatie binnen de overheid lijkt niet relevant.

Een andere zaak tussen de Commissie en Italië (1987) over de toepassing van de Transparantierichtlijn biedt echter meer houvast.<sup>35</sup> Het Hof wijst er namelijk in die zaak op dat deze richtlijn

*‘als voornaamste doelstelling [heeft], een doeltreffende toepassing op openbare bedrijven te bevorderen van de bepalingen van de art. 92 en 93 van het Verdrag [87 en 88 nieuw] betreffende steunmaatregelen van staten.’*

Aansluitend stelt het Hof over de entiteit die de activiteiten verricht vast, dat niet van belang is,

*‘of de staat bedoelde economische activiteiten verricht via een afzonderlijk lichaam, waarop hij, volgens de criteria van art. 2 van de richtlijn, rechtstreeks of middellijk een dominerende invloed kan*

*uitoefenen, dan wel of hij de activiteiten verricht via een tot het centrale bestuur behorend orgaan’.*<sup>36</sup>

De steunregels werden dus van toepassing geacht op een openbaar bedrijf dat onderdeel was van dezelfde rechtspersoon die de steun verleende, een overheidsonderneming in de zin van het wetsvoorstel. Het wetsvoorstel lijkt op dit onderdeel dus minder controversieel dan werd gevreesd. Toch ging het in deze precedents steeds om als bedrijf ingerichte entiteit. Ik vraag mij af of deze in het wetsvoorstel gekozen uitleg ook zal gelden voor diensten die niet primair als onderneming handelen, maar meer incidenteel economische activiteiten verrichten. Het praktisch effect voor marktpartijen van een beroep op deze uitzondering zal overigens beperkt zijn, omdat linksom (de staatssteunregels) of rechtsom (de gedragsregels) de kosten moeten worden doorberekend.

Een direct gevolg van het voorstel zal wel zijn een duidelijke vergroting van de aandacht voor geld- en middenstromen binnen bestuursorganen naar de eigen (interne) overheidsonderneming. Was voor (externe) overheidsbedrijven het staatssteunverbod al min of meer gemeengoed, voor interne stromen ligt dat blijkens het voorgaande anders. Zelfs als het voorstel geen wet wordt, zal het met deze discussie, waarin de toetsingsmogelijkheid aan de staatssteunregels een juridisch gegeven blijkt, waarschijnlijk effect sorteren.

## 3. Bestaande regels voor Markt & Overheid

### 3.1 Sectorale wetgeving

Er gelden reeds diverse sectorale regelingen gericht op een eerlijke mededinging door de desbetreffende overheidsinstellingen. Geldt het wetsvoorstel ook voor die bestuursorganen? Er zijn drie mogelijkheden: a) het wetsvoorstel is niet van toepassing op die organisaties, b) de sectorale regelingen worden ingetrokken, c) er zal een dubbel normenstelsel gelden. Intrekking van sectorale regels (b) is niet aan de orde. Het voorstel gaat uit van een mix tussen a) en c).

Toepasselijkheid van het voorstel werd niet in alle gevallen wenselijk geacht. In art. 25h worden daarom openbare onderwijs-, onderzoeks- en omroepinstellingen uitgezonderd, zoals bijvoorbeeld ROC's, TNO en NWO.<sup>37</sup> Ook vallen zogenaamde b-organen (bijvoorbeeld APK-keuringsstations) niet onder

32 *Kamerstukken II*, 31 354, nr. 3, p. 35.

33 *Kamerstukken II*, 31 354, nr. 4, p. 9. HvJ EG, arrest van 27 november 2003, gevoegde zaken C-34/01 t/m C-38/01, *Commissie-Italië*, *Jurispr.* 2003, p. I-14243 en HvJ EG, arrest van 22 maart 1977, zaak 78/76, *Steinike*, *Jurispr.* 1977, blz. 595.

34 Punten 3 en 4.

35 Zaak 118/85, reeds aangehaald, punt 6.

36 *Ibid.*, punt 8.

37 Zie *Kamerstukken II*, 31 354, nr. 3, p. 21-22 en 33 voor een specifieke uitleg.

het voorstel, evenmin als openbare lichamen in de zin van de Wet op de Bedrijfsorganisatie (bedrijfs- en productschappen). Sociale werkplaatsen kennen eveneens eigen regels,<sup>38</sup> maar anders dan de voornoemde organen waarvoor het voorstel in zijn geheel niet zal gelden, genieten zij enkel een uitzondering op twee van de gedragsregels. De sociale werkvoorziening die opereert als dienstonderdeel van de gemeente (overheidsonderneming) geniet een vrijstelling van de verplichting de integrale kosten door te berekenen voor de diensten en goederen die daar worden geproduceerd (25i). Als sprake is van een afgescheiden overheidsbedrijf is het bevoordelingsverbod niet van toepassing (25j). In de toelichting wordt over de voornoemde inperkingen van de reikwijdte opgemerkt:<sup>39</sup>

*‘Gegeven de wenselijkheid van een eenduidig regime geldt het wetsvoorstel 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.’*

De vraag is dan gerechtvaardigd waarom andere organisaties en sectoren niet ook (deels) zijn uitgezonderd. Voor vele andere instellingen gelden immers evenzeer goed functionerende specifieke markt & overheid-regelingen. De wetgever noemde zelf het KNMI, de energiesector, de pensioenfondsen

en de zorgsector als succesvolle voorbeelden.<sup>40</sup> Daaraan kunnen worden toegevoegd het CBS<sup>41</sup> en de Kamers van Koophandel (waarvoor per 1 januari 2008 een nieuwe regeling geldt<sup>42</sup>) en wellicht nog enkele andere sectoren en instellingen. Een nadere motivering ontbreekt. De wetgever besloot in ieder geval de uiteenlopende regelingen niet te harmoniseren.<sup>43</sup> Ook ontbreekt helaas een onderzoek naar mogelijke conflicten in een dergelijk dubbel normenstelsel.

### 3.2 Algemene M&O-regelingen

Behalve de voornoemde specifieke regelingen gelden enkele algemene regelingen die hun waarde zullen behouden. Op marktactiviteiten van de rijksoverheid zullen de ‘Aanwijzingen’ van toepassing blijven.<sup>44</sup> Het BW en de Awb bevatten een algemene norm voor alle overheidsorganen. Hier geldt derhalve geen uitzondering. Wel zullen bestuursorganen hun voorgenomen ondernemingsactiviteiten aan alle toepasselijke regelingen moeten toetsen.

De ‘Aanwijzingen’ gelden enkel voor dienstonderdelen van de rijksoverheid (niet-zbo’s). Zij worden aangepast aan het nieuwe wetsvoorstel. De huidige Aanwijzingen kennen zowel toetredingsvoorschriften als gedragsregels.<sup>45</sup> Dat blijft echter wel zo, al worden die voor de toetreding op een enkel onderdeel vereenvoudigd.<sup>46</sup> De Aanwijzingen zijn interne richtsnoeren en in beginsel niet bindend. Het verhalen van schade wegens schending van de Aanwijzingen is dan niet aan de orde. Zij hebben in beginsel geen externe werking.<sup>47</sup> Nu de gedragsregels ook in een wet zullen worden opgenomen, zal de noodzaak wegvallen om de Aanwijzingen rechsens wel afdwingbaar te maken. Zij behouden daarmee het louter interne doel. Met de principiële keuze dat wettelijke toetredingsregels niet wenselijk zijn ligt een andere uitkomst niet voor de hand.

Het commune recht schrijft via art. 6:162 BW maatschappelijke betamelijkheid voor, die voor overheden wordt ingevuld op grond van art. 3:4, tweede lid Awb. In de zaak *Navopijpleiding* van 21 maart 2003 bevestigde de Hoge Raad de (terughoudende) toets uit het in 1974 gewezen *artiestenbemiddelingsarrest*.<sup>48</sup> Het verrichten van ondernemingsactiviteiten is volgens de Hoge Raad in beginsel een vraag van overheidsbeleid, maar die vrijheid is wel begrensd.

*‘Aanvaard moet dan ook worden dat nadelige gevolgen van handelen van de Staat als hier aan de orde eerst dan als niet evenredig in de zin van art. 3:4 lid 2 kunnen worden aangemerkt indien de Staat in redelijkheid niet heeft kunnen menen dat evenredigheid tussen die nadelige gevolgen en het met dat handelen nagestreefde doel bestaat.’*

De toets betreft derhalve de belangenafweging tussen de nadelige gevolgen voor een private partij en het doel dat de overheid met de activiteit nastreeft. De uitkomst moet niet kennelijk onredelijk zijn. In deze norm kunnen zowel toetre-

38 Vergelijk art. 5 van de WSV: ‘Het college 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.’

39 Kamerstukken II, 31 354, nr. 3, p. 12.

40 Kamerstukken II, 31 354, nr. 3, p. 5-6.

41 Art. 5 CBS-wet.

42 Art. 30 Wet op de kamers van koophandel en fabrieken 1997.

43 Kamerstukken II, 31 354, nr. 3, p. 5-6.

44 Reeds aangehaald.

45 Per type grondslag gelden afzonderlijke gedragsregels wet/internationale verplichting (hfdst. 4) en overig (hfdst. 3).

46 Kamerstukken II, 31 354, nr. 3, p. 16. Alleen voor zover instemming van de gehele Ministerraad nodig is kan het akkoord van de Minister die het aangaat met de Minister van EZ volstaan. In de huidige opzet van de Aanwijzingen is dat alleen het geval in de vangnetbepaling van Aanwijzing 24 (onaanvaardbaar resultaat, vooruitlopen op introductie marktwerking en waarde beneden omgerekend € 45.000).

47 Kamerstukken II 2001/02, 28 000 XIII, nr. 42.

48 HR 21 maart 2003, NJ 2004/60; HR 8 maart 1974, NJ 1974/264.

dingsregels als gedragsregels worden gelezen. Het wetsvoorstel zal deze norm voor wat betreft de gedragsregels vrijwel overbodig maken, maar zal overheden wel blijven dwingen na te denken bij de beslissing om de markt op te gaan, nu dit wetsvoorstel daarover zwijgt en de regering die afweging blijkens de toelichting expliciet aan het overheidsorgaan laat.<sup>49</sup> Zonder nadere uitwerking blijft de gehanteerde maatstaf voor de toetreding wel wat fluïde.<sup>50 51</sup>

Ik zou ervoor willen pleiten dat het overheden steeds moet worden toegestaan om toe te treden tot de markt. Onder de doelstellingen van de betrokken overheid kan mijns inziens ook het verkrijgen van financiële middelen ten behoeve van andere projecten worden gezien. Wel zal een bestuursorgaan zich steeds moeten vergewissen of bestaande marktpartijen niet direct omvallen of de markt wordt verpest. Dat is uiteraard afhankelijk van de lokale omstandigheden. Tegen gezonde concurrentie kan echter geen bezwaar bestaan. Essentieel is dan wel dát er een afweging heeft plaatsgevonden, bij voorkeur in een vertegenwoordigend orgaan.

#### 4. Inter-overheid leveringen en diensten van algemeen economisch belang

De voor overheden meest aantrekkelijke uitzonderingen op het voorstel zijn de inter-overheid leveringen en de uitzondering wegens diensten van algemeen economisch belang.

Het gehele hoofdstuk zal niet gelden voor bestuursorganen die diensten verlenen of goederen leveren aan andere delen van het 'overheidsconcern' (art. 25h, lid 2).<sup>52</sup> Voorwaarde is wel dat de dienst of het product wordt afgenomen ten behoeve van de publieke taak. Deze uitsluiting van de toepasselijkheid legt veel gewicht in de schaal, omdat overheden nu juist vaak daar hun expertise hebben. De Nederlandse overheid is een belangrijke opdrachtgever. Ik denk bijvoorbeeld aan allerlei kennisintensieve onderzoekscentra, maar ook aan de gemeente die zijn plantsoenen laat maaien door een buurgemeente. De aanbestedende opdrachtgever zal dus inschrijvingen van andere overheden ontvangen die volgens dit wetsvoorstel een stuk onder de prijs van private partijen kunnen bieden. De overheid als afnemer is dan de stille winnaar van dit wetsvoorstel. Hoewel de gedragsregels derhalve niet verplichten tot doorberekening van alle kosten moeten overheden wel bedacht zijn op andere M&O-regels, met name de maatschappelijke betamelijkheidsnorm (vergeleijk paragraaf 3).

Op de uitzondering wegens een dienst van algemeen economisch belang kan een beroep worden gedaan ter vermijding van de verplichte integrale kostprijsberekening (art. 25i) en het bevoordelingsverbod (art. 25j). Weliswaar gelden in de financieringsrelatie met de overheidsonderneming of het overheidsbedrijf wel de *Altmark*-criteria, maar die helpen een particuliere marktpartij niet tegen de gesubsidieerde concurrentie.<sup>53</sup> Als voorwaarde voor de DAEB-uitzondering geldt wel dat de overheidsonderneming of het overheidsbedrijf moet zijn belast met deze dienst (dat kan op praktisch iedere

wijze). Verder is het oordeel van het bestuursorgaan bepalend voor de kwalificatie, evenzeer als voor de mate waarin compensatie is vereist. Vergelijk daartoe de recent gepubliceerde handreiking van het Ministerie van BZK.<sup>54</sup> De NMa uitte de vrees dat een groot deel zich aan haar toezicht zou onttrekken.<sup>55</sup> Evenals voor het beroep op staatssteun dient de NMa immers het verweer te accepteren. Zij mag zich niet uitspreken over de noodzaak van een kwalificatie als DAEB en evenmin of daartoe bekostiging door de overheid is vereist. De NMa kan echter wel een rapportage opstellen (art. 5c Mw) om de effecten voor de mededinging te beoordelen. Een beroep op de civiele rechter is ook mogelijk. Deze zal een marginale toets hanteren voor de kwalificatie als DAEB. De toetsing aan de noodzakelijkheid (van de hoogte) van de overheidsbijdrage is echter intensiever.

#### 5. Gratis verstrekking van data verzameld in de publieke dienst (Art. 24 Mw / 82 EG)

Een bijzondere exceptie is de uitzondering op de verplichting tot integrale doorberekening van de kosten in geval het bestuursorgaan gegevens verstrekt verkregen bij de uitvoering van de publieke dienst (25i, lid 2, sub c). Daarbij valt te denken aan de gegevens van Rijkswaterstaat en het Kadaster. Die gegevens zijn voor bijvoorbeeld elektronische kaartenmakers goud waard. Dit wordt gestimuleerd door Richtlijn 2003/98 over hergebruik van overheidsinformatie (geïmplementeerd in de Wet Openbaarheid van Bestuur).<sup>56</sup>

Kennelijk wordt de gratis verstrekking van gegevens in dit voorstel beschouwd als economische activiteit. Ware dat niet het geval dan zou regulering in de Mededingingswet over-

49 In de toelichting bij het wetsvoorstel wordt enkel de maatstaf van de Hoge Raad herhaald: of met het ondernemingshandelen, binnen eventuele wettelijke beperkingen, de doelstellingen van de betrokken overheid worden gediend (*Kamerstukken II*, 31 354, nr. 3, p. 4).

50 De Hoge Raad casseerde het arrest van het hof in de zaak *Navo-pijpleiding* op grond van de aangelegde toetsingsmaatstaf, maar het kreeg geen verder vervolg: HR 21 maart 2003, *NJ* 2004/60. De concrete invulling van die norm met behulp van de gedragsregels uit de Aanwijzingen, zoals het Hof deed, werd niet gevolgd, omdat de wetgever de met het in art. 3:4, lid 2 gecodificeerde willekeurverbod, het materiële zorgvuldigheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel, niet de toets heeft willen intensiveren.

51 Hetzelfde geldt voor de in de toelichting genoemde mogelijkheid om op grond van art. 6:14 BW privaatrechtelijke handelingen te laten toetsen aan art. 3:4, lid 2 Awb. Vgl. *Kamerstukken II*, 31 354, nr. 3, p. 9-10.

52 *Kamerstukken II*, 31 354, nr. 3, p. 33.

53 HvJ EG, arrest van 24 juli 2003, zaak C-280/00, *Altmark Trans*, *Jurispr.* 2003, p. I-7747.

54 Ministerie van BZK, Handreiking Diensten van Algemeen Economisch Belang en Staatssteun, 18 augustus 2008.

55 Idem N. Neij, a.w.

56 *PbEU* 2003, L 345/90. Deze richtlijn wordt binnenkort herzien (vgl. persbericht IP/08/1017).



bodig zijn.<sup>57</sup> Ik betwijfel echter of dat zonder meer juist is. Indien overwegingen van algemeen belang ingeven dat kennis voor een ieder beschikbaar moet zijn, treedt een overheidsorgaan bij de verstrekking van die informatie naar mijn idee niet automatisch toe tot het proces van vraag en aanbod op een markt. Simpel gezegd: het bestuursorgaan vraagt geen tegenprestatie, beoogt de investeringen niet op termijn terug te verdienen en draagt geen risico. Het door derden laten gebruiken van het economische potentieel van opgebouwde kennis behoeft niet automatisch een economische activiteit te zijn, evenmin als dat bijvoorbeeld het geval is bij het verstrekken van (gratis) onderwijs aan de bevolking of bij het schoon houden van de publieke ruimte. Er wordt om niet meerwaarde gecreëerd. De overheid zoekt daarbij niet bewust de markt op, maar stelt zijn database open.

Als niettemin toch zou moeten worden aangenomen dat sprake is van ondernemingshandelen is de verhouding met het verbod op misbruik van machtspositie interessant (art. 24 Mw en 82 EG).<sup>58</sup> Hoewel art. 25i, lid 2, sub c als *lex specialis* wel voor zal gaan op art. 24 Mw, geldt dat niet in geval van EG-recht. De stelling zal daarom ongetwijfeld opnieuw worden betrokken. Toch hoeft dit beroep niet te slagen. Een kenmerk van onredelijk lage tarieven (rooftprijzen) is de bedoeling om concurrenten van de markt te dringen. Weliswaar vormt misbruik een objectief begrip (het is niet nodig dat je weet hebt van het misbruikarakter van een gedraging),<sup>59</sup> het ontbreken van iedere bedoeling om aldus concurrenten van de markt te werken, kan dienen als weerlegging van het vermoeden dat sprake is van rooftprijzen. Vergelijk daartoe het principiële arrest *AKZO* uit 1991.<sup>60</sup> Hier hanteerde het Hof

bij een prijsstelling onder de gemiddelde variabele kosten als criterium de wil om een concurrent uit te schakelen (getuige het gebruik van het woord 'tracht').<sup>61</sup> Als die bedoeling ontbreekt, is dan geen sprake van misbruik in de zin van rooftprijzen. Overheden zullen niet vaak als oogmerk hebben om ondernemingen uit te schakelen, zodat deze bepaling minder geschikt is in het kader van markt en overheid. Uit de zaak *Boontje* volgt dat ook het CBb de levering van grond beneden de kostprijs (in casu een symbolisch bedrag) niet automatisch aanmerkt als misbruik.<sup>62</sup>

*'Zo al sprake zou zijn van een economische machtspositie van de gemeente Castricum op de door B/A geïdentificeerde markt voor (de exploitatie van) buitensportterreinen, dan nog bevat de klacht van B/A geen enkel aanknopingspunt voor onderzoek dat tot de slotsom zou leiden dat de gemeente Castricum deze economische machtspositie door lage of symbolische huur- of pachtprizen zou uitbuiten om voordelen te behalen die in een situatie van voldoende concurrentie niet gerealiseerd hadden kunnen worden. Evenmin bevat de klacht van B/A enig aanknopingspunt voor nader onderzoek dat tot de conclusie zou kunnen leiden dat sprake is van misbruik doordat de gemeente Castricum haar eigen positie versterkt ten opzichte van concurrenten.'*

## 6. Slot

Al met al wekt het voorstel nadrukkelijk de indruk dat er nu toch eindelijk iets moet gebeuren. Dat is jammer, maar is gegeven de achtergrond weinig verrassend. De insteek van de regering is in zoverre duidelijk dat de ambitieuze benadering uit het voorstel uit 2001 is verlaten. Het bevat een beperkt aantal gedragsregels met nadrukkelijk meer ruimte voor de ondernemende overheid. Een klager zal wel goed moeten opletten of hij te maken heeft met een overheidsonderneming (intern) of een overheidsbedrijf (extern). De laatste groep zal enkel indirect onder de wet vallen en zal meer vrijheid genieuten.

Het wetsvoorstel roept daarbij op een aantal onderdelen vragen op die alle met de inperkingen van de werkingssfeer te maken hebben. Enkele uitzonderingen behoeven aandacht van de wetgever. Het wetsvoorstel gaat uit van een aan de staatssteunregels complementaire opzet. Het daartoe gehanteerde criterium leidt er echter toe dat, anders dan beoogd, ook *de minimis*steun buiten de werkingssfeer zal komen te vallen, waardoor het effect van de regeling te beperkt zal zijn. Een tweede punt van aandacht vormt de waardering volgens een integrale kostprijs. Toevoeging van de mogelijkheid van een marktconforme waardering zal voor overheden welkom zijn, met name als daarvoor een bagatel wordt ingesteld.

Met betrekking tot de handhaving valt de ingeperkte slagkracht van de toezichthouder NMa op. Dit heeft als nadeel dat er procedures bij meerdere instanties zullen moeten wor-

57 Zie ook: *Kamerstukken II*, 31 354, nr. 3, p. 38.

58 Het orgaan zou dan misbruik maken door te lage tarieven te rekenen. De machtspositie zou dan het gevolg zijn van het feit dat concurrentie onmogelijk is geworden.

59 Recent: GvEA, 10 april 2008 zaak T-271/03, *Deutsche Telekom*, n.n.g., punt 327.

60 HvJ EG, 3 juli 1991, zaak C-62/86, *Jurisp.* 1991, p. I-3359, punt 71. In dat geval geldt een vermoeden ('moet worden geacht') en dat is weerlegbaar. Dat verstrekking onder de kostprijs of om niet steeds misbruik zou opleveren volgt niet uit deze rechtspraak. Zie ook GvEA, arrest van 30 januari 2007, zaak T-340/03, *France Télécom*, *Jurisp.* 2007, p. II-107, punt 130.

61 *'71 Prijzen die beneden de gemiddelde variabele kosten (dat wil zeggen de kosten die variëren naargelang van de geproduceerde hoeveelheden) liggen en waarmee een onderneming met een machtspositie een concurrent tracht uit te schakelen, moeten worden geacht misbruik op te leveren. Een onderneming met een machtspositie heeft er namelijk slechts belang bij dergelijke prijzen te hanteren, indien zij haar concurrenten wil uitschakelen om vervolgens haar prijzen te kunnen verhogen door te profiteren van haar monopolistische positie, omdat elke verkoop voor haar verlies oplevert, te weten haar totale vaste kosten (dat wil zeggen de kosten die constant blijven ongeacht de geproduceerde hoeveelheden) en ten minste een gedeelte van de variabele kosten van de geproduceerde eenheid.'*

62 Reeds aangehaald, punt 5.5.

den gevolgd, met de bijbehorende kosten en lange duur. Wel zal de toetsing aan de staatssteunregels van geld- en mid-delenstromen binnen overheden naar eigen overheidsonder-nemingen meer belangstelling krijgen, vanwege de aandacht daarvoor in dit wetsvoorstel. Dat kan, ongeacht de uitkomst van het wetgevingstraject, als winst worden gezien voor marktpartijen.

Er kunnen verder vragen worden gesteld bij de keuze om slechts enkele van de organisaties waarvoor al sectorale markt & overheid-regels gelden, buiten toepassing van de gedragsregels te houden. Zonder nadere toelichting valt niet goed te begrijpen waarom diverse andere organisaties met eigen, goed functionerende gedragsregels niet ook in het wetsvoorstel zijn uitgesloten. Naast deze sectorale regels gel-den overigens nog enkele algemene markt en overheid regels. Overheden en hun raadgevers moeten beseffen dat zij niet alleen met deze gedragsregels en de toelichting hun gedrag zullen kunnen bepalen. Dat is de keerzijde van de behouden-de aanpak, waarbij alle bestaande regels min of meer intact worden gelaten en niet worden geharmoniseerd.

Ten slotte zijn belangrijke uitzonderingen voorzien voor levering van goederen en diensten aan andere overheden ten behoeve van de publieke dienst. De overheid zelf profiteert dus vooral van deze maatregel. Ook op de uitzondering voor diensten van algemeen economisch belang zal veelvuldig een beroep worden gedaan, gegeven het open karakter ervan.

Over dit wetsvoorstel is dan ook nog niet het laatste woord gesproken. Het vormt ook overigens niet het eind van de discussie. Het deel van de problematiek dat ziet op de belas-tingplicht voor overheidsbedrijven vormt voorwerp van een ander wetgevingstraject.<sup>63</sup>

---

63 Kamerstukken II, 30 306, nr. I en Kamerstukken II, 31 213, nr. 1-3.