

Wet Markt en Overheid en Besluit Markt en Overheid

Wijziging Mededingingswet

Er zijn vier gedragsregels ingevoerd voor overheden als zij goederen of diensten op de markt aanbieden, zelf dan wel via hun overheidsbedrijven.

Dit betreft nationale regels. Eerder waren er natuurlijk al regels gesteld vanuit Europa, om concurrentievervalsing te voorkomen en om zoveel mogelijk eerlijke concurrentie te bevorderen: aanbestedingsregels en staatssteunregels.

Doel

Voorkomen van concurrentievervalsing met particuliere ondernemingen doordat overheden bij het verrichten van economische activiteiten oneigenlijk gebruik kunnen maken van publieke middelen. Vanuit hun publieke functie kunnen zij concurrentievoordelen hebben en daarmee in staat zijn om goederen of diensten aan te bieden voor een lagere prijs dan concurrerende ondernemingen.

Reikwijdte

De wet bevat regels voor het Rijk, provincies, gemeenten, waterschappen, gemeenschappelijke regelingen en zelfstandige bestuursorganen, voor zover zij economische activiteiten verrichten.

Onder een economische activiteit wordt verstaan: iedere activiteit die bestaat uit het aanbieden van goederen en diensten op een markt, d.w.z. in concurrentie met ondernemingen. Een onderneming is iedere entiteit die economische activiteiten verricht, ongeacht de rechtsvorm of de wijze waarop zij wordt gefinancierd.

De beoordeling of hiervan sprake is, hangt af van de specifieke omstandigheden van het geval. Indicator die uit jurisprudentie volgt is of er meerdere aanbieders zijn van dezelfde soort goederen of diensten. Geen economische activiteit: uitoefening van typisch overheidsgezag of zelfvoorziening.

De Wet Markt en Overheid is **niet** van toepassing in de volgende gevallen:

1. Ten aanzien van specifiek in de wet genoemde organisaties, waaronder
 - openbare onderwijsinstellingen
 - publieke omroepinstellingen
 - openbare scholen
 - onderzoeksinstitutenVoor deze instellingen geldt sectorspecifieke wetgeving die vergelijkbare regels bevat.
2. Als goederen of diensten worden aangeboden aan andere overheden of overheidsbedrijven ter uitvoering van hun publiekrechtelijke taken.
3. Als het gaat om economische activiteiten en bevoordelingen die plaatsvinden in het algemeen belang
4. Als er is sprake van een bevoordeling die naar het oordeel van de overheidsorganisatie kan worden aangemerkt als een steunmaatregel die voldoet aan de criteria van de Europese staatssteunregels. Dergelijke steunmaatregelen moeten in beginsel aan de Europese Commissie worden voorgelegd ter beoordeling. Steunmaatregelen die qua omvang onder de zogenaamde de-minimisdrempel blijven (dat is het geval als de totale steun binnen drie belastingjaren niet meer bedraagt dan in totaal € 200.000,00), vallen weer wel onder de werking van de Wet Markt en Overheid.

Wanneer is er ook alweer sprake van staatssteun?

- Als de overheid steun verleent met overheidsmiddelen;
- zij daarmee een economisch voordeel verschaft aan een onderneming die zij niet langs de normale commerciële weg zou hebben verkregen;
- het voordeel selectief is en dus alleen ten goede komt aan een of meer bepaalde ondernemingen;
- de steun de mededinging vervalst en mogelijk invloed heeft op de interstatelijke handel.

Voorbeelden van economische activiteiten die onder de werking van de Wet M&O vallen:

- Het exploiteren van horecagelegenheden in multifunctionele accommodaties
- Het vervaardigen van bestektekeningen door gemeentelijke ingenieursbureaus voor derden;
- Het exploiteren van parkeergarages of fietsenstallingen door gemeentelijke (parkeer-) bedrijven;
- Het maken van pasfoto's door de burgerlijke stand;
- De verhuur van ruimten in overheidsvastgoed;
- Het leveren van taxidiensten door een overheidsvervoersbedrijf;
- De verhuur van cd's en dvd's door gemeentelijke bibliotheken;
- De exploitatie van bioscopen in gemeentelijke culturele centra;
- Het uitvoeren door een waterschap van (water)laboratoriumactiviteiten voor derden;
- Het leveren door een overheid van ICT-diensten voor derden;
- Het zuiveren door een waterschap van afvalwater van bedrijven die niet via de riolering lozen;
- Verwerking door waterschappen van slib uit zee of uit rivieren met installaties (meestal met restcapaciteit) waarmee ook slib van bedrijven wordt behandeld;
- Waterschappen onderhouden voor particulieren hun Installaties voor de Individuele Behandeling van Afvalwater (IBA's)
- In de situatie dat de overheid muzikale en kunstzinnige vorming aanbiedt;
- De exploitatie van een gemeentelijke sportaccommodatie met zwembad en sporthal. In het zwembad is een sauna en zijn zonnebanken te huur;
- Vervaardigen van wegenleggers door de provincie;
- Het geven [door een overheid van BHV cursussen voor particuliere bedrijven];
- Het ophalen van bedrijfsafval
- Zandwinning door Rijkswaterstaat of door een waterschap

De vier gedragsregels van de Wet Markt en Overheid

1. **Integrale kostendoorberekening:** overheden moeten tenminste de integrale kosten van hun goederen of diensten in hun tarieven doorberekenen.
2. **Bevoordelingsverbod:** overheden mogen hun eigen overheidsbedrijven niet bevoordelen ten opzichte van concurrerende bedrijven, en zij mogen die overheidsbedrijven ook anderszins geen voordelen toekennen die verder gaan dan in het normale handelsverkeer gebruikelijk is.
3. **Gegevensgebruik:** overheden mogen de gegevens die ze vanuit hun publieke taak verkrijgen niet gebruiken voor economische activiteiten die niet dienen ter uitvoering van de publieke taak. Dit verbod geldt niet als andere overheidsorganisaties of bedrijven ook over de gegevens kunnen beschikken.
4. **Functiescheiding:** als een overheid op een bepaald terrein een bestuurlijke (bijvoorbeeld toetsende) rol heeft voor bepaalde economische activiteiten en ook zelf die activiteiten uitvoert, mogen niet dezelfde mensen betrokken zijn bij de uitoefening van de bestuurlijke bevoegdheid en bij het verrichten van de economische activiteiten van de overheidsorganisatie. Dit is om (de indruk van) belangenverstremming en concurrentievervalsing tegen te gaan.

Toelichting op de eerste gedragsregel

In het Besluit Markt en Overheid wordt nader ingegaan op die integrale kostendoorberekening.

Alle kosten die samenhangen met de economische activiteit moeten in aanmerking worden genomen (*integrale* kostprijs). Denk bijvoorbeeld aan personeelskosten, huisvestingskosten, automatiseringskosten, andere overhead, afschrijvings- of onderhoudskosten, vermogenskosten.

Kosten die specifiek samenhangen met de bestuurlijke taakuitoefening zijn uitgezonderd van de kostenberekening, omdat die zich niet voordoen bij private ondernemingen. Denk aan kosten voor beleidsvoorbereiding en inspraak, toezicht en handhaving, bezwaar en beroep.

De wet schrijft niet concreet voor hoe die integrale kostprijs berekend moet worden. Wel worden er randvoorwaarden gesteld: er is volstaan met de bepaling dat de overheden bedrijfseconomische principes consequent moeten toepassen en dat het objectief te rechtvaardigen principes moet betreffen. Bijvoorbeeld consequent een zelfde afschrijvingsmethode toepassen, en dezelfde methode voor toerekening van kosten hanteren.

In een eventuele rechtszaak rust op de overheid de bewijslast dat de integrale kosten zijn doorberekend. Hoewel dit niet verplicht is, raad het ministerie daarom aan een registratie bij te houden van de economische activiteiten waarop de Wet M&O van toepassing is, en ook vast te leggen op welke wijze de integrale kosten zijn doorberekend, per activiteit. Op grond van artikel 25 i Mededingingswet kan de raad ook aan het college vragen om aan te tonen dat aan deze gedragsregel is voldaan.

Uitzonderingen op de eerste gedragsregel:

1. Er is sprake van de uitoefening van een bijzonder of uitsluitend recht en er gelden reeds voorschriften omtrent de voor de desbetreffende economische activiteiten in rekening te brengen prijzen. Voorbeeld: het alleenrecht dat aan de PTT is verleend voor de bezorging van de post.
2. Er is sprake van het verstrekken van gegevens of gegevensbestanden die de overheidsorganisatie heeft verkregen in het kader van de uitoefening van haar publieke bevoegdheden. Denk bijvoorbeeld aan het verstrekken van gegevens door het Kadaster. Het is uiteraard niet de bedoeling dat de overheid voor een dergelijke dienst minimaal de kostprijs gaat rekenen. Dat staat haaks op het streven naar beschikbaarheid van overheidsinformatie.
3. De activiteiten worden verricht door een onderneming die is belast met de uitvoering van de Wet sociale Werkvoorziening voor zover artikel 5 van die wet van toepassing is. De WSW bevat namelijk al regels die concurrentie moeten tegengaan, vergelijkbaar met de eerste gedragsregel van de Wet M&O.

Toelichting op de tweede gedragsregel

Wanneer is sprake van een overheidsbedrijf?

1. Als de overheid beleidsbepalende invloed heeft op een privaatrechtelijke onderneming of,
2. Als zij deelneemt in een personenvennootschap.

Ad 1 Wanneer sprake is van beleidsbepalende invloed, is uitputtend in de wet bepaald (meerderheid stemrechten dan wel benoeming van de meerderheid van het bestuur of van het toezichthoudend orgaan, dan wel het mogen doen van een bindende voordracht daartoe). Eventuele dochtermaatschappijen van dergelijke overheidsbedrijven zijn op hun beurt automatisch ook overheidsbedrijven in de zin van de Wet M&O.

Ad 2 Als personenvennootschap kan worden aangemerkt een maatschap, een vennootschap onder firma of een commanditaire vennootschap. Een gemeente wordt geacht deel te nemen als zij:

- als vennoot tegenover schuldeisers aansprakelijk is voor de schulden, of

- als zij op andere wijze vennoot is om met die vennootschap 'duurzaam verbonden te zijn ten dienste van haar eigen werkzaamheid'.

Voorbeelden zijn een gemeentelijk grondbedrijf, een regionale ontwikkelingsmaatschappij, een gemeentelijk ontwikkelingsbedrijf, gemeentelijk havenbedrijf, maar ook publiek-private samenwerkingsverbanden.

Wanneer is er sprake van bevoordeling?

In de wet specifiek uitgemaakt dat van bevoordeling sprake is in de volgende drie gevallen:

- als niet staatsmiddelen worden toegekend, maar de overheid wel toestaat dat haar naam en beeldmerk wordt gebruikt, op een wijze die bij het publiek verwarring kan geven over de herkomst van goederen en diensten.
- als een overheidsorganisatie aan haar overheidsbedrijf diensten of goederen of middelen beschikbaar stelt, tegen een vergoeding die lager is dan de integrale kosten. Ook als een overheid aandelen heeft in een overheidsbedrijf, is in feite sprake van de beschikbaarstelling van middelen. Daarom is nodig dat voor de aandelen een prijs is betaald die overeenkomt met de waarde.

Ook in andere gevallen kan echter sprake zijn van verboden bevoordeling, namelijk als voldaan is aan de volgende voorwaarden.

1. Worden er staatsmiddelen toegekend, direct of indirect? Ook het verstrekken van garanties, kredieten en leningen vallen hieronder.
2. Gaat het om een niet marktconform voordeel?
3. Is er selectiviteit in het spel (m.a.w., kunnen derden aanspraak maken op dezelfde staatsmiddelen)?

Een duidelijk voorbeeld is wanneer een overheidsinstantie subsidie verstrekt, waarvoor private partijen niet in aanmerking komen.

Uitzonderingen op de tweede gedragsregel:

- Er is sprake van een bevoordeling die verband houdt met economische activiteiten ter uitoefening van een bijzonder of uitsluitend recht en er gelden reeds voorschriften omtrent de voor de desbetreffende activiteiten in rekening te brengen prijzen. Voorbeeld: het alleenrecht dat aan de PTT is verleend voor de bezorging van de post.
- Er is sprake van het verrichten van economische activiteiten die door het overheidsbedrijf worden verricht als een onderneming die is belast met de uitvoering van de Wet sociale werkvoorziening, voor zover artikel 5 van die wet van toepassing is. De WSW bevat namelijk al regels die concurrentie moeten tegengaan, vergelijkbaar met de eerste gedragsregel van de Wet M&O.

Toelichting op de uitzonderingsgrond "Algemeen Belang"

Wanneer is er sprake van een activiteit in het algemeen belang? Dat stelt elk bestuursorgaan voor zichzelf vast. Ten aanzien van gemeenten is in de Mededingingswet voorgeschreven dat de raad bij besluit vaststelt welke economische activiteiten in het algemeen belang worden verricht. De raad heeft daarbij een ruime beoordelingsvrijheid.

Bedoeld raadsbesluit is een besluit in de zin van de Awb. Het rechtsgevolg is immers dat de economische activiteiten of de bevoordelingen niet langer onder de werking van de Wet M&O vallen.

Het besluit van de raad moet een motivering bevatten waarin de volgende aspecten naar voren komen:

1. Welk specifiek algemeen belang beoogt men te dienen met de betreffende economische activiteiten? Zowel de economische activiteit als het algemeen belang moet daarbij zo nauwkeurig mogelijk worden omschreven.

Bij het omschrijven van de economische activiteit kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de volgende elementen:

- o welke activiteit;
- o prijsstelling;
- o doelgroep;
- o frequentie;
- o geografisch bereik;
- o aard en duur.

Bij het benoemen van het relevante algemeen belang kan onder meer aan het volgende worden gedacht:

- o het beoogde doel en de beoogde doelgroep;
- o bestaande wettelijke en andere instrumenten ter verwezenlijking van het algemeen belang;
- o concrete omschrijving: het algemeen belang dat specifiek met de economische activiteiten moet worden behartigd, dient concreet te worden omschreven. Soms kan daarvoor worden verwezen naar wetgeving en de bijbehorende toelichting. In andere gevallen dient een bestuursorgaan 'ad hoc' te omschrijven welk algemeen belang met de uitvoering van de economische activiteiten wordt gediend. Het eigen financiële of economische belang van de overheid is onvoldoende.

Terreinen waar met name aan gedacht kan worden waar economische activiteiten in het algemeen belang verricht (kunnen) worden zijn:

- volksgezondheid;
- maatschappelijke zorg en welzijn;
- culturele activiteiten;
- ruimtelijke ordening;
- veiligheid.

2. Welke gevolgen heeft de algemeen belangvaststelling voor derden, in het bijzonder voor private ondernemers?
3. Motiveer waarom het met de activiteiten te dienen algemeen belang opweegt tegen de nadelige gevolgen voor belanghebbenden? Toets aan het noodzakelijkheidsvereiste of evenredigheidsbeginsel.

Het ministerie adviseert om inspraak te verlenen bij de voorbereiding van dit besluit, middels de uniforme openbare voorbereidingsprocedure. Verder raadt het ministerie aan om het vaststellingsbesluit in de vorm te gieten van een concreet besluit, en niet in de vorm van een algemeen verbindend voorschrift (bijvoorbeeld een verordening). In dat geval staat namelijk bezwaar en beroep open, en kan het gemeentebesluit getoetst worden door de rechter.

Voorbeelden van economische activiteiten die van algemeen belang kunnen zijn:

- De exploitatie van een veerpont op een fietsroute ter stimulering van recreatiemogelijkheden in een gebied.
- De exploitatie van een fietsenstalling om het gebruik van openbaar vervoer te stimuleren.
- De leefbaarheid van een kleine kern kan vergen dat er een goed uitgeruste bibliotheek met een verhuur van cd's en dvd's aanwezig is.

Toezicht

De NMa houdt toezicht over de naleving van de Wet M&O. Zij kan uit eigen beweging of naar aanleiding van klachten of signalen van overtreding een onderzoek instellen. De gemeente moet daaraan meewerken. Dit kan resulteren in een verklaring dat de gemeente de regels overtreedt, of in een handhavingsbesluit (last onder dwangsom, bedoeld om de overtreding te beëindigen, waartegen bezwaar en beroep mogelijk is).

De NMa kan inzage vorderen van documenten die deel uitmaken van de accountantscontrole. De verantwoording van de verrichte economische activiteiten maakt deel uit van de jaarrekening – die door de accountant wordt gecontroleerd – en bevat een overzicht van de door de overheid verrichte economische activiteiten en de daaraan verbonden baten en lasten. Met andere woorden, de gedragsregels worden in beginsel ook meegenomen in het toezicht dat accountants voor gemeenten conform het Besluit begroting en verantwoording provincies en gemeenten moeten verrichten.

Daarnaast is het formeel ook de raad die toezicht houdt op het naleven van de regels door het college.

Rechtsbescherming

Naast de inspraak en bestuursrechtelijke rechtsbescherming (bezwaar en beroep) die mogelijk is ten aanzien van het raadsbesluit waarbij vastgesteld wordt welke economische activiteiten in het algemeen belang worden verricht, hebben ondernemers die stellen dat zij benadeeld zijn door de overheid ook de mogelijkheid om een actie uit onrechtmatige daad te starten bij de burgerlijke rechter.

Overgangsregime

Integrale kostendoorberekening -> deze gedragsregel is gedurende twee jaar (gerekend vanaf de datum van inwerkingtreding van de Wet M&O te weten 1-7-2012) niet van toepassing op economische activiteiten die al werden verricht voor die datum.

Bevoordelingsverbod -> als de gemeente lopende overeenkomsten heeft met een overheidsbedrijf, waarin bepalingen zijn opgenomen die bewerkstelligen dat het overheidsbedrijf wordt bevoordeeld, dan heeft de gemeente twee jaar de tijd (gerekend vanaf het moment van inwerkingtreding van de Wet M&O) om die bevoordeling ongedaan te maken.

Gegevensgebruik -> De bepalingen over gegevensgebruik in overeenkomsten, die zijn gesloten vóór 1-7-2012, welke in strijd zijn met de Wet M&O, zijn gedurende twee jaar van deze gedragsregel uitgezonderd.

Functiescheiding -> overheden hebben 1 jaar de tijd om hiervoor te zorgen.