

Vergaderjaar 2009–2010

**31 354**

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

**C**

### **MEMORIE VAN ANTWOORD**

Ontvangen 8 december 2009

De leden van de CDA-fractie vroegen om een overzicht van de rechtsmiddelen die een particuliere ondernemer kan aanwenden tegen naar zijn mening oneerlijke concurrentie door een overheidsorganisatie.

Een particuliere ondernemer kan gebruik maken van de hierna te bespreken rechtsmiddelen tegen optreden van de desbetreffende overheid of tegen het (nalaten van) optreden door de NMa. Het ligt overigens voor de hand dat hij – voordat het zo ver is – eerst zijn klacht voorlegt aan de overheid. Indien dit niet leidt tot een oplossing kan hij vervolgens een klacht indienen bij de NMa. De NMa zal de klacht beoordelen en zo nodig onderzoek verrichten. Daarbij is het wettelijk kader van dit wetsvoorstel maatgevend. Niet alle denkbare vormen van oneerlijke concurrentie worden door de gedragsregels gedekt. De NMa zal concluderen of er sprake is van een overtreding van de gedragsregels en, zo ja, hetzij hiervan een verklaring opstellen, hetzij de overheid een last onder dwangsom opleggen.

De particuliere ondernemer kan tegen een besluit van de NMa bezwaar aantekenen en daarna in beroep gaan bij de bestuursrechter. Voorwaarde is dat de NMa een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (verder: Awb) heeft genomen, dat wil zeggen een schriftelijke beslissing met rechtsgevolg.

Hiernaast heeft de particuliere ondernemer de mogelijkheid direct tegen de desbetreffende overheid een rechtszaak te voeren, hetzij bij de bestuursrechter, hetzij bij de civiele rechter. Een bestuursrechtelijke procedure is mogelijk indien de ondernemer opkomt tegen een besluit in de zin van de Awb waartegen beroep in rechte is opengesteld. Beroep is onder meer niet mogelijk indien het gaat om besluiten die een algemeen verbindend voorschrift (avv) zijn of een besluit ter voorbereiding van een privaatrechtelijke rechtshandeling.

Hiernaast kan de particuliere ondernemer zich wenden tot de civiele rechter, met een onrechtmatige daadsactie. De rechter zal bij zijn beoordeling rekening houden met de in het wetsvoorstel opgenomen normen ten aanzien van ondernemende overheden. Bij een overtreding van de gedragsregels zal al snel sprake zijn van een onrechtmatige daad. Indien de NMa heeft uitgesproken dat een overheid de gedragsregels heeft overtreden, zal de ondernemer onder verwijzing daarnaar een schadevergoeding uit onrechtmatige daad kunnen vorderen. Voor de goede orde zij

opgemerkt dat ook als geen sprake is van overtreding van de gedragsregels of als dat niet is vastgesteld, sprake kan zijn van een onrechtmatige daad.

In het kader van de hiervoor bedoelde rechtsgangen kan aan de orde komen of een overheid terecht een beroep doet op de uitzondering van het algemeen belang. De rechter zal hier in het bijzonder toetsen of van de desbetreffende activiteiten daadwerkelijk is vastgesteld dat zij in het algemeen belang worden verricht. Overigens zal hij zich terughoudend opstellen omdat het aan de overheid is te bepalen wat het algemeen belang omvat.

De regering onderstreept dat de bepaling wat in het algemeen belang moet worden gedaan, bij uitstek een politieke aangelegenheid is. Dat is reden waarom die bepaling van het algemeen belang in dit wetsvoorstel wordt overgelaten aan het vertegenwoordigend lichaam, zoals de gemeenteraad. Belanghebbende ondernemers kunnen de reguliere inspraakmogelijkheden – zoals neergelegd in de op artikel 150 Gemeentewet gebaseerde inspraakverordening – benutten en ook anderszins invloed uitoefenen op de te maken keuzes. Zo nodig kunnen zij ook in rechte opkomen tegen de vaststelling dat bepaalde economische activiteiten in het algemeen belang worden gedaan. Voor gemeenten geldt bijvoorbeeld dat de raad moet vaststellen of een economische activiteit of een bevoordeling van een overheidsbedrijf plaatsvindt in het algemeen belang. Tegen deze vaststelling kan een belanghebbende bezwaar aantekenen en in beroep gaan bij de bestuursrechter, tenzij de vaststelling is gedaan bij avv. Omdat soms een verordening wordt gebruikt zonder dat sprake is van een avv, kan uit het feit dat de vaststelling de vorm heeft van een verordening niet worden afgeleid dat het gaat om een avv. Een avv kan weliswaar niet direct, maar wel indirect door de bestuursrechter worden getoetst. Het is bijv. denkbaar dat de belanghebbende ondernemer vraagt om nadeelcompensatie in verband met de hiervoor bedoelde vaststelling van het algemeen belang. Bij een eventuele rechtszaak tegen een afwijzend schadebesluit zal de bestuursrechter beoordelen of het avv houdbaar is.

De leden van het CDA stelden verder vragen over de wijze van berekening van de integrale kostprijs.

Overheden hebben een eigen verantwoordelijkheid voor de inrichting van hun boekhouding, en onder meer zijn verplichtingen terzake vastgelegd in het Besluit begroting en verantwoording provincies en gemeenten. Het is niet de bedoeling om vanuit voorliggend wetsvoorstel de wijze waarop de boekhouding wordt ingericht voor te schrijven. Dit is niet opportuun, gelet op de eigenstandige positie van de overheden op dit punt en op de uitvoeringslasten van een standaardisering. Dit wetsvoorstel eist daarom als inhoudelijk resultaat dat alle kosten worden doorberekend en dat overheden op verzoek van de NMa moeten aantonen dat aan deze verplichting is voldaan.

Artikel 25m van het wetsvoorstel voorziet er in dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels worden gesteld voor de berekening van de integrale kostprijs en voor de toepassing van het bevoordelingsverbod. Deze amvb zal de belangrijkste randvoorwaarden bevatten. Het betreft onder meer de verplichting om bij kostendoorberekening gebruik te maken van algemeen aanvaarde principes van kostprijsadministratie en deze ook consequent toe te passen, zowel op economische activiteiten als op andere activiteiten. Verder zal in de amvb worden bepaald welke soorten kosten moeten worden betrokken bij de berekening, te weten variabele kosten, vaste kosten en een vergoeding voor kapitaal. Hierbij zal ook worden aangegeven hoe deze kosten dienen te worden berekend en toegerekend aan de desbetreffende activiteiten. Naast deze wettelijke regels zal een handreiking worden opgesteld met een nadere aanduiding van methoden waarmee in elk geval wordt

voldaan aan de verplichting tot kostendoorberekening. In deze handreiking zal worden ingegaan op het wettelijke regime voor de problematiek van markt en overheid, rekening houdend met de diversiteit in en eigen verantwoordelijkheid van overheidsorganisaties. De hiervoor genoemde nadere regels en de handreiking zullen vanzelfsprekend tijdig beschikbaar zijn.

Naar aanleiding van de vraag over de bepaling van het rendement op eigen vermogen kan worden opgemerkt dat hiervoor in eerste instantie artikel 15i, derde lid, van het wetsvoorstel leidend is. Hierin is bepaald dat voor de kosten van de financiering met eigen vermogen een bedrag in aanmerking moet worden genomen dat niet lager is dan de kosten die in het normale handelsverkeer gebruikelijk zijn voor de financiering van ondernemingen. Dit impliceert dat de internationaal gebruikelijke rentevoeten moeten worden toegepast.

De leden van de CDA-fractie vroegen voorts naar het standpunt van de regering ten aanzien van een eventuele verplichting van overheidsorganisaties vennootschapsbelasting door te berekenen, ongeacht of deze feitelijk is geheven.

Op dit moment geldt dat overheden en overheidsbedrijven alleen in wettelijk bepaalde gevallen belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting zijn. Alleen in deze gevallen is er sprake van kosten die vallen onder de gedragsregel van kostendoorberekening en die bijgevolg samen met andere kosten dienen te worden doorberekend. Kostendoorberekening is in het kader van dit wetsvoorstel uitdrukkelijk beperkt tot feitelijke kosten omdat het bepalen van fictieve kosten en de omvang hiervan naar zijn aard lastig uitvoerbaar is en rechtsonzekerheid tot gevolg heeft.

Thans vindt onderzoek plaats naar de vraag of de bestaande, specifieke benadering van belastingplicht van overheden en overheidsbedrijven vervangen zou kunnen worden door een meer algemene benadering, met aanpassing van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Dit onderzoek richt zich op de variant volgens welke overheden en overheidsbedrijven belastingplichtig worden indien en voor zover zij een onderneming drijven. Aanleiding hiervoor is de wens die een meerderheid van de Tweede Kamer heeft uitgesproken bij het algemeen overleg (Kamerstukken II 2007/08, 31 213, nr. 3) naar aanleiding van de notitie «Belastingplicht overheidsbedrijven» (Kamerstukken II 2007/08, 31 213, nr. 1). Het desbetreffende onderzoek is nog niet afgerond zodat nog geen duidelijk beeld bestaat van de effecten van invoering van de voornoemde variant. De regering acht het mede daarom niet wenselijk – nog afgezien van aspecten van uitvoerbaarheid – om in het kader van dit wetsvoorstel een verplichting op te leggen tot doorberekening van een fictieve component vennootschapsbelasting als onderdeel van de integrale kosten.

De leden van de CDA-fractie stelden ook vragen over het onderscheid tussen overheidsondernemingen (ondernemingen die deel uitmaken van de overheidsorganisatie) en overheidsbedrijven (ondernemingen met een eigen rechtspersoonlijkheid).

Overheidsondernemingen zijn verplicht per economische activiteit de kosten door te berekenen. Voor overheidsbedrijven geldt dat de desbetreffende overheid hen niet mag bevoordelen. De reden om overheidsbedrijven niet te verplichten tot kostendoorberekening is dat het bij overheidsbedrijven in de regel gaat om bedrijven die vergelijkbaar zijn met private bedrijven en die een bedrijfsmatig belang hebben bij commerciële speelruimte in de zin dat zij tussen producten en diensten kunnen «kruis-subsidiëren». Verplichte kostendoorberekening zou een nodeloze beknotting betekenen. Met het bevoordelingsverbod kan het probleem bij de bron worden aangepakt: de overheid die het beleid in het overheidsbedrijf bepaalt, wordt verboden aan het overheidsbedrijf middelen of andere voordelen te verschaffen die verder gaan dan gebruikelijk in het gewone

handelsverkeer. Op die wijze wordt voorkomen dat het overheidsbedrijf oneerlijk kan concurreren door het gebruik van overheidsmiddelen. Als een overheid er voor kiest activiteiten in een overheidsbedrijf onder te brengen, is dat dan ook niet problematisch vanuit het perspectief van dit wetsvoorstel.

De leden van het CDA vroegen zich af hoe overheden zonder aparte boekhoudkundige registratie kunnen aantonen te voldoen aan de verplichting tot doorberekening van de integrale kosten.

Overheden zullen inderdaad ook zonder aparte boekhoudkundige verplichting zicht moeten blijven houden op de voor economische activiteiten gemaakte kosten. Hiervoor kunnen zij echter hun eigen administratieve methodes gebruiken die passen binnen de huidige inrichting van hun boekhouding en de eigen verantwoordingsregels. Zij kunnen bijvoorbeeld binnen de bestaande boekhouding voor elke specifieke economische activiteit een z.g. kostenplaats opnemen. Maar zij kunnen er ook voor kiezen de kostprijs te berekenen op basis van meer geaggregeerde boekhoudkundige gegevens. Dan worden kosten voor het relevante deel toegerekend aan de desbetreffende activiteit en is het niet noodzakelijk alle kosten van die activiteit apart te administreren. Een dergelijke, bij kostencalculatie zeer gebruikelijke werkwijze voorkomt dat overheidsorganisaties worden geconfronteerd met hoge lasten voor het aanbrengen van een formele scheiding in de boekhouding tussen diverse activiteiten.

De leden van de CDA-fractie vroegen tenslotte waarom in het voorgestelde artikel 25h, derde lid, van het wetsvoorstel de bestuursorganen van de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie zijn uitgezonderd.

De lichamen van de (hoofd)productschappen en (hoofd)bedrijfschappen verrichten voor zover bekend geen economische activiteiten. Tot nu toe zijn er ook geen klachten van ondernemingen ontvangen over concurrentievervalsing door deze openbare lichamen. Omdat er ten aanzien van deze openbare lichamen daarom geen sprake is van een duidelijke markt- en overheidsproblematiek en omdat het wetsvoorstel zich wil richten op de kern van de problematiek zijn deze openbare lichamen uitgezonderd van de reikwijdte van het wetsvoorstel.

De leden van de VVD-fractie stelden vragen over de financiële verantwoording over commerciële activiteiten teneinde kruissubsidiëring inzichtelijk te maken.

Graag zij voorop gesteld dat bij het terugdringen van oneerlijke concurrentie door overheden ook rekening moet worden gehouden met de uitvoeringslasten die dit oplevert voor overheden. Financiële verantwoording is geen doel op zich. Het gaat er om dat ondernemers die menen dat overheden hen via producten en diensten onder de kostprijs oneerlijk beconcurreren, hiertegen kunnen opkomen. Als zij zich tot de NMa wenden, zal de desbetreffende overheid bij een verzoek daartoe van de NMa moeten aantonen te hebben voldaan aan de verplichting van kosten-doorberekening. Als de overheid niet hiertoe in staat is, zal de NMa kunnen concluderen dat de overheid haar verplichting niet heeft nageleefd. Vanuit de optiek van dit wetsvoorstel ziet de regering geen noodzaak tot aanvullende maatregelen.

Voor de goede orde zij vermeld dat de bestaande begrotings- en verantwoordingsverplichtingen van overheden al een bijdrage leveren aan de transparantie van de wijze van financiering van economische activiteiten. Op grond van het Besluit begroting en verantwoording provincies en gemeenten dienen deze overheden voor de uitvoering van de begroting en de jaarrekening productenramingen respectievelijk productenrealisaties op te stellen met vermelding van kosten en baten per product. Op basis van deze informatie wordt informatie voor derden opgesteld die onder meer aan het CBS ter beschikking wordt gesteld. Verder is van

belang dat de reguliere rechtmatigheidscontrole van de gemeentelijke en provinciale accountant ten aanzien van besluiten met financiële gevolgen na inwerkingtreding van dit wetsvoorstel ook betrekking zal krijgen op de naleving van de gedragsregels.

De leden van de VVD-fractie vroegen zich verder af of de regering wil, en zo ja kan, garanderen dat de NMa – zelf een publiekrechtelijk orgaan – voldoende prioriteit geeft aan het controleren van andere overheidsinstellingen die concurreren op de markt.

Opdat de NMa voldoende prioriteit kan geven aan de handhaving van de gedragsregels van dit wetsvoorstel zal aan de NMa extra budget worden toegekend om het toezicht ook in personele zin mogelijk te maken. De NMa heeft de NMa de capaciteitsinzet voorlopig geschat in de orde van grootte van 10 fte. De hiermee gemoeide kosten worden voorshands begroot op circa € 1 miljoen per jaar. Verder heeft de NMa er tot nu toe blijk van gegeven dat zij bij haar prioriteitenstelling op een verantwoorde manier te werk gaat. Het feit dat de NMa als publiekrechtelijk orgaan toezicht moet houden op andere overheidsinstellingen hoeft voor de prioriteitenstelling geen probleem te zijn: ook nu heeft de NMa bij het toezicht op de naleving van de mededingingsregels soms te maken met overheden die een onderneming drijven. Bovendien zal de NMa voor de handhaving van de gedragsregels van dit wetsvoorstel beschikken over de toezichthoudende bevoegdheden en onderzoeksbevoegdheden die zij krachtens Hoofdstuk 6 van de Mededingingswet al heeft voor de handhaving van de mededingingsregels in het algemeen. Bij dit wetsvoorstel krijgt zij verder de bevoegdheid bij beschikking te verklaren dat zij een overtreding heeft vastgesteld en de bevoegdheid een last onder dwangsom op te leggen.

De leden van de VVD-fractie vroegen voorts of de regering uitbreiding van de wet voorziet tot bijvoorbeeld universiteiten die commerciële activiteiten verrichten en de publieke omroep.

Voor een zodanige uitbreiding is geen aanleiding, omdat er al sectorspecifieke regelgeving en sectorspecifiek toezicht bestaan om concurrentievervalsing door die instellingen te voorkomen. Voor onderwijsinstellingen met een publiekrechtelijk karakter, waaronder universiteiten en hogescholen, worden in de jaarlijkse cycli van bekostigingsoverleggen tussen OCW en de onderwijsinstellingen bindende notities «Helderheid» opgesteld. Uitgangspunt van die notities is dat het investeren met publieke middelen in private activiteiten toegestaan is, zolang deze investering aantoonbaar ten goede komt aan de publieke taak van de instelling. De publieke omroep mag volgens de Mediawet nevenactiviteiten verrichten mits deze liggen in het verlengde van de publieke taak, geen afbreuk doen aan die publieke taak en niet leiden tot concurrentievervalsing. Daarnaast geldt de door het Commissariaat voor de Media in 1999 vastgestelde Richtlijn neven- en verenigingsactiviteiten publieke omroep. Daarin is onder andere bepaald dat nevenactiviteiten van de publieke omroep worden gemeld en openbaar worden gemaakt en dat voor nevenactiviteiten de integrale kostprijs in rekening moet worden gebracht. Ten slotte de sociale werkvoorziening: de Wet sociale werkvoorziening verplicht een gemeente voor de door de werknemer van een sociale werkplaats verrichte werkzaamheden of voor de uit die werkzaamheden voortvloeiende producten of diensten een vergoeding te bedingen die de concurrentieverhoudingen niet onverantwoord mag beïnvloeden. Uitbreiding van het wetsvoorstel tot de hiervoor genoemde instellingen zou leiden tot een doublure van dit wetsvoorstel met die bestaande sectorspecifieke regelgeving en tot afstemmingsproblemen tussen de desbetreffende toezichthouders. Om dit te voorkomen zijn die instellingen van het wetsvoorstel uitgezonderd.

De leden van de VVD-fractie stelden ook vragen over de rol van de klachteninstelling voor ondernemers.

De NMa zal worden belast met de handhaving van de gedragsregels. Hiermee zal er één aanspreekpunt komen waar benadeelde ondernemers met hun klachten terecht kunnen. De rol van de NMa zal niet beperkt zijn tot alleen het verzamelen van klachten maar de NMa zal, indien zij daar aanleiding toe ziet, klachten ook in behandeling nemen en zo nodig handhavend optreden. Zoals opgemerkt, heeft de NMa de voor de uitvoering van die taak benodigde capaciteitsinzet voorlopig geschat in de orde van grootte van 10 fte. In verband hiermee zal aan de NMa extra budget worden toegekend. De afhandeling van klachten en signalen vindt plaats in overeenstemming met de gebruikelijke procedures. Zoals opgemerkt, zal de NMa voor de handhaving van de gedragsregels van dit wetsvoorstel beschikken over de toezichthoudende bevoegdheid en de opsporingsbevoegdheid die zij krachtens hoofdstuk 6 van de Mededingingswet al heeft voor de handhaving van de mededingingsregels in het algemeen. Ingevolge dit wetsvoorstel krijgt de NMa de bevoegdheid bij constatering van een overtreding van de gedragsregels bij beschikking te verklaren dat zij de overtreding heeft vastgesteld of, zo nodig, aan de betrokken overheid een last onder dwangsom op te leggen om beëindiging van de overtreding af te dwingen. De regering is van mening dat de NMa hiermee voldoende bevoegdheden heeft om tegen overtredingen van de gedragsregels op te treden.

De leden van de VVD-fractie suggereerden de NMa bevoegd te maken tot het opleggen van nadeelcompensatie en vroegen naar (andere) mogelijkheden van nadeelcompensatie.

Het ligt naar het oordeel van de regering niet in de rede de NMa de bedoelde bevoegdheid te geven. Wel kan de NMa ondernemers ondersteunen door hun te informeren over algemene mogelijkheden voor de verkrijging van schadevergoeding.

Deze benadering komt overeen met die voor de bestaande mededingingsregels en voor al dan niet onrechtmatig overheidshandelen. Meer in het algemeen geldt dat toezichthouders tot taak hebben toe te zien op de naleving van wetgeving en geen bevoegdheid hebben schadevergoedingen op te leggen; zij zijn ook niet toegerust voor de beoordeling van schades. Of er sprake is van schade en van een verplichting tot vergoeding van deze schade vergt in beginsel een aparte, rechterlijke beoordeling.

Indien na een beschikking van de NMa of een rechterlijke uitspraak vast staat dat sprake is van een overtreding en dus van onrechtmatig handelen door de overheid, kan de ondernemer van de desbetreffende overheid schadevergoeding vragen of kan hij zo nodig bij de civiele rechter schadevergoeding eisen wegens onrechtmatige daad. Ook als de overheid rechtmatig handelt kan sprake zijn van een onevenredig zware belasting voor de ondernemer hetgeen onder bepaalde omstandigheden grond kan zijn voor een nadeelcompensatie (art. 3.4 Awb).

Naar aanleiding van de vraag van de leden van de VVD-fractie over het ontbreken van een boete-instrument zij opgemerkt dat de gedragsregels ten dele overheden in hun bestuurlijke hoedanigheid betreffen. Toekenning van een boetebevoegdheid aan de NMa voor overtreding van de gedragsregels zou betekenen dat de ene overheidsorganisatie aan de andere punitieve sancties kan opleggen. Dit past hier minder goed in de bestuurlijke verhoudingen. Bovendien is van belang dat de naleving van de gedragsregels al wordt bevorderd door de reguliere rechtmatigheidscontrole van de gemeentelijke en provinciale accountant van besluiten met financiële gevolgen. Deze controle omvat de naleving van wettelijke voorschriften en daarom ook, na inwerkingtreding van dit wetsvoorstel,

de naleving van de gedragsregels. Om deze redenen volstaat het wetsvoorstel met twee voor deze situatie passende instrumenten, te weten de verklaring dat een overtreding is vastgesteld en de oplegging van een last onder dwangsom.

De leden van de VVD-fractie stelden verder vragen over de vaststelling van het algemeen belang.

Het algemeen belang kan niet op voorhand voor alle situaties worden afgebakend. In een democratische rechtsstaat krijgt het algemeen belang invulling doordat representatieve organen besluiten nemen over wat in het algemeen belang is. Wat het algemeen belang omvat komt zo tot uitdrukking in een wet in formele zin, een gemeentelijke verordening, een bestemmingsplan etc. Binnen deze kaders geven bestuursorganen in het kader van de uitvoering van hun publieke taak een verdere invulling aan het algemeen belang. Zij hebben hierbij een zekere mate van vrijheid én verantwoordelijkheid, mede gelet op de democratische inbedding van overheidsorganisaties. In voorkomende gevallen stelt de bestuursrechter zich om die redenen terughoudend op. Het is in verband hiermee niet mogelijk en niet zinvol criteria uit te werken ten aanzien van de vraag wat onder het algemeen belang valt en wat niet.

Het gevolg hiervan is dat overheden in dit opzicht zelf de reikwijdte van de gedragsregels bepalen. Dat is inherent aan de aard van het onderwerp van dit wetsvoorstel. Temeer is daarom van belang dat de belangen van ondernemers voldoende voor het voetlicht komen. Belanghebbende ondernemers kunnen de reguliere inspraakmogelijkheden – zoals neergelegd in de op artikel 150 Gemeentewet gebaseerde inspraakverordening – benutten en ook anderszins invloed uitoefenen op de te maken keuzes. Zo nodig kunnen zij ook in rechte opkomen tegen de vaststelling dat bepaalde economische activiteiten in het algemeen belang worden gedaan. Naar aanleiding van de vraag van de leden van de VVD-fractie waarom de vaststelling ten aanzien van het algemeen belang *niet* door B&W, de gedeputeerden en de minister plaatsvindt, kan het volgende worden opgemerkt. Het wetsvoorstel heeft als uitgangspunt dat in beginsel het vertegenwoordigend lichaam de reikwijdte van het algemeen belang vast stelt omdat het nu juist een politieke keuze betreft. Dit betekent overigens niet dat dit lichaam tot op detail moet bepalen welke activiteiten onder het algemeen belang vallen. Het is bijv. mogelijk dat aan burgemeester en wethouders wordt overgelaten nadere invulling te geven aan een door de raad gegeven besluit op hoofdlijnen.

De leden van de VVD-fractie vroegen waarom in het wetsvoorstel geen beperking is opgenomen voor het verrichten van nog meer economische activiteiten door overheden.

Voor de regering staat voorop dat elke overheid zelf verantwoordelijk is voor de uitoefening van haar publieke taak. Die taak is niet vastomlijnd; wat daartoe moet worden gerekend is geen statisch gegeven maar is afhankelijk van tijd, plaats en omstandigheden. Daarom moeten overheden de wijze waarop zij hun taak vervullen flexibel kunnen aanpassen aan hetgeen zij uit een oogpunt van goed bestuur en algemeen belang wenselijk of noodzakelijk achten. De ruimte voor het verrichten van economische activiteiten als onderdeel van die taak dient niet op voorhand te worden weggenomen. De gedragsregels, vooral de verplichting tot integrale doorberekening van kosten en het verbod van bevoordeling van overheidsbedrijven, zijn toereikend om concurrentievervalsing door overheden tegen te gaan. Het wetsvoorstel is gericht op het bewerkstelligen van een gelijk speelveld, niet op het minimaliseren van het aantal economische activiteiten van de overheid.

De leden van de VVD-fractie vroegen tenslotte of de regering bereid is de algemene maatregel van bestuur (amvb) met regels voor kostendoorberekening en de toepassing van het bevoordelingsverbod voor te hangen. Deze amvb zal regels bevatten over onder meer de relevante kostencategorieën en de wijze waarop kosten aan activiteiten moeten worden toegekend. Het betreft in wezen een technische uitwerking van de desbetreffende wettelijke bepalingen die niet zozeer voor de gelding van de gedragsregels van belang is maar voor de uitvoering ervan door de overheden. In dit opzicht verschilt deze amvb duidelijk van de amvb over de looptijd van de wet. Het volgen van de voorhangprocedure ligt daarom voor deze amvb naar het oordeel van de regering niet in de rede. Dat neemt niet weg dat deze amvb, althans de hoofdlijnen ervan, bij de behandeling van het wetsvoorstel aan de orde zal kunnen komen als de Kamer haar zienswijze geeft over de (invulling van de) gedragsregels voor kostendoorberekening en het bevoordelen van overheidsbedrijven.

De leden van de PvdA-fractie vroegen wat dit wetsvoorstel toevoegt aan de bestaande Europese regels betreffende staatssteun en ook waar de scheiding ligt tussen de problematiek waarvoor die regels gelden en het restant van de problematiek.

Dit wetsvoorstel vindt zijn toegevoegde waarde daarin dat het gedragsregels bevat om concurrentievervalsing door overheden te voorkomen in die gevallen, waarin de Europese staatssteunregels niet van toepassing zijn. Klachten over het financieren of op een andere manier bevoordelen van economische activiteiten uit de algemene middelen zijn veelal afkomstig van middelgrote en kleine ondernemingen en hebben vaak betrekking op decentrale overheden. De gedragingen van decentrale overheden hebben een lokaal of hooguit regionaal karakter en hebben daardoor veelal geen interstatelijke werking. In die situaties bieden de Europese staatssteunregels geen oplossing, omdat zij alleen gelden wanneer sprake is van steun van overheden die de handel tussen EU-lidstaten ongunstig beïnvloedt. Dit wetsvoorstel biedt dus vooral bescherming aan middelgrote en kleine ondernemingen, waaronder ook zelfstandigen zonder personeel, tegen concurrentievervalsing door die overheden.

Voor de scheiding tussen de problematiek waarvoor de Europese staatssteunregels gelden, en het restant van de problematiek zijn de staatssteunregels bepalend. Indien een steunmaatregel van een overheid voor economische activiteiten naar het oordeel van die overheid kan worden aangemerkt als een steunmaatregel die onder de Europese staatssteunregels valt, volstaat het toezicht ter zake van de Europese Commissie en is het wetsvoorstel op die economische activiteiten niet van toepassing. Het wetsvoorstel geldt dus tenzij naar het oordeel van de desbetreffende overheid sprake is van een steunmaatregel waarop de Europese staatssteunregels van toepassing zijn. Staatssteun in de vorm van de minimisteun valt wel onder de reikwijdte van de gedragsregels.

Het antwoord op de vraag van de leden van de PvdA-fractie of sprake is van een eventuele onbedoelde toepassing van het wetsvoorstel op diensten van publiek belang, luidt ontkennend. Dit wetsvoorstel betreft alleen economische activiteiten zodat het naar zijn aard geen betrekking heeft op het Europeesrechtelijke begrip van (niet economische) diensten van algemeen belang. Voorts geldt dit wetsvoorstel niet voor economische activiteiten waarvan de overheid heeft vastgesteld dat ze in het algemeen belang worden verricht. Onder deze uitzondering vallen in het bijzonder diensten van algemeen *economisch* belang. Het wetsvoorstel sluit op dit punt aan bij het Europeesrechtelijke regime: de toepassing van mededingingsregels moet wijken als dat noodzakelijk is voor de behartiging van het algemeen belang.



De leden van de PvdA-fractie vroegen verder welke resterende activiteiten onder deze wet vallen en wat naar schatting de omzet van deze activiteiten is.

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). De economische activiteiten die onder dit wetsvoorstel vallen, verschillen naar aard, naar omvang en in de tijd. Deze economische activiteiten van overheden kunnen variëren van het geven van adviezen op het gebied van natuur en landschap tot het geven van juridische adviezen, en van het via hun overheidsbedrijven exploiteren van jachthavens tot het aanbieden van beveiligingsdiensten. Door deze grote variëteit is het niet goed mogelijk om hier een opsomming van de relevante economische activiteiten te geven. Een andere reden hiervoor is dat van het wetsvoorstel economische activiteiten zijn uitgezonderd indien de Europese staatssteunregels van toepassing zijn of indien is vastgesteld dat de activiteiten in het algemeen belang plaatsvinden. Of van een dergelijke uitzondering sprake is dient van geval tot geval te worden bepaald.

Van de orde van grootte van de omzet van de economische activiteiten die in beginsel onder deze wet vallen kan wel een indicatie worden 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, provincies 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 en omvang, Den Haag, december 2002).

De leden van de PvdA-fractie vroegen zich af hoe de artikelen 25i, tweede lid, onder a, en 25j, derde lid, onder a, in de praktijk uitwerken op van overheidswege gesubsidieerde bibliotheken, musea en sportaccommodaties, als ten minste het wetsvoorstel zich daar op richt.

Het wetsvoorstel is alleen op die bibliotheken, musea en sportaccommodaties van toepassing, die onderdeel zijn van een overheid (overheidsonderneming) of die de vorm hebben van een privaatrechtelijke onderneming waarvan een overheid het beleid bepaalt (overheidsbedrijf). Voor de overheid geldt in het eerste geval de verplichting tot kostendoorberekening (artikel 25i, eerste lid) en in het tweede geval het bevoordelingsverbod (artikel 25j, eerste lid). De verplichting tot kostendoorberekening en het bevoordelingsverbod gelden echter niet indien economische activiteiten worden verricht ter uitvoering van een bijzonder of uitsluitend recht en er al voorschriften gelden voor de voor die activiteiten in rekening te brengen prijzen (artikelen 25i, onder 2a, en 25j, onder 3a). In de praktijk zal deze situatie zich niet snel voordoen ten aanzien van bibliotheken, musea of sportaccommodaties. Het ligt namelijk niet voor de hand dat aan bibliotheken, musea of sportaccommodaties een bijzonder of uitsluitend recht wordt verleend, vooral niet als deze organisaties de vorm hebben van een overheidsdienst. Wel is voor de genoemde instellingen de uitzondering voor economische activiteiten in het algemeen belang relevant. Het is gelet op de aard van deze instellingen goed denkbaar dat overheden van activiteiten van deze instellingen vaststellen dat deze in het algemeen belang worden verricht.

De in de vraag bedoelde wettelijke uitzondering is eerder relevant voor de

sector van het openbaar vervoer. Het komt namelijk soms voor dat een gemeentelijke vervoersdienst een uitsluitend recht heeft voor het vervoer in de «eigen» gemeente en dat de transportprijzen gereguleerd zijn. De uitzondering is ook relevant voor de energiesector: zo is het netbeheer voor elektriciteit opgedragen aan afzonderlijke rechtspersonen met uitsluitende rechten en zijn ook hier de transportprijzen gereguleerd. In het eerste geval zou de gemeente op grond van artikel 25i, eerste lid, de integrale kosten van het vervoer in de vervoertarieven moeten doorberekenen. In het tweede voorbeeld zouden de betrokken overheden op grond van artikel 25j, eerste lid, de netbeheerders niet mogen bevoordelen. Omdat in deze gevallen voorschriften omtrent de tarieven gelden die als specifieke regels voorrang dienen te hebben boven de gedragsregels, is voor deze en vergelijkbare gevallen de uitzondering van artikel 25i, tweede lid, onder a, en artikel 25j, derde lid, onder a, in het wetsvoorstel opgenomen.

De leden van de PvdA-fractie stelden<sup>3</sup> ook vragen over de toezichthoudende rol van de NMa in relatie tot het autonomiebeginsel voor medeoverheden.

Een van de uitgangspunten van het wetsvoorstel is dat de bestuurlijke autonomie van overheden gerespecteerd moet worden. Overheden bepalen zelf hoe en met welke activiteiten zij invulling geven aan hun publieke taak. De gedragsregels en het toezicht van de NMa staan hier op geen enkele wijze aan in de weg.

Het hiervoor bedoelde autonomiebeginsel staat los van het onderscheid tussen autonomie en medebewind zoals bekend uit artikel 124 van de Grondwet. Zoals gemeenten en provincies nu reeds moeten voldoen aan verplichtingen ingevolge bijvoorbeeld de Arbeidsomstandighedenwet, de Wet milieubeheer en de Mededingingswet, zullen zij na aanvaarding en inwerkingtreding van dit wetsvoorstel ook de gedragsregels moeten naleven. Overheden verkeren ook voor het toezicht op de naleving en de eventuele oplegging van sancties niet in een andere positie dan andere geadresseerden van die wetgeving. De NMa heeft een toezichthoudende rol ten aanzien van de gedragsregels, ongeacht of het in een concreet geval gaat om de uitvoering van een taak in autonomie of in medebewind.

De leden van de PvdA waren van oordeel dat de toepassing van de integrale kostprijs onduidelijkheid oplevert en vroegen naar de wijze van berekening van de integrale kostprijs inclusief winstopslag.

De gedragsregel van kostendoorberekening houdt in dat ten minste de integrale kosten van een product of dienst aan de afnemer in rekening moeten worden gebracht. De winstopslag is geen kostenpost en behoeft derhalve niet te worden doorberekend.

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, zoals het in de vraag genoemde voorbeeld van de ansichtkaart, 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. Deze methodiek levert op zich geen onduidelijkheid op.

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.

De leden van de SP-fractie hadden vragen over de begrippen «mededinging», «concurrentie», «gelijke concurrentieverhoudingen», «gelijke concurrentievoorwaarden», «oneerlijke concurrentie» en enkele andere begrippen.

Met hun vragen over de gebruikte terminologie wijzen deze leden terecht op het belang dat in dit wetsvoorstel en in de memorie van toelichting ondubbelzinnige terminologie wordt gebruikt. Door de verschillende aspecten van de problematiek van de concurrentievervalsing door overheden is het echter onvermijdelijk dat soms uiteenlopende termen worden gebruikt om die aspecten te duiden. Daarbij is gestreefd naar een consequent gebruik van zo duidelijk mogelijke termen. Het volgende dient ter toelichting.

«Mededinging» en «concurrentie» zijn synoniemen en worden door elkaar gebruikt. De Mededingingswet is georiënteerd op de Europese mededingingsregels. Daarom sluit het begrip «mededinging» in die wet aan bij datzelfde begrip in de Europese mededingingsregels. Een definitie van «mededinging» bevatten de Europese mededingingsregels niet, maar wel noemt artikel 3, derde lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie het bewerkstelligen van de interne markt als doelstelling. Volgens artikel 101 van dit verdrag (art. 81 EG-Verdrag) is verstoring van de mededinging niet verenigbaar met de interne markt. Bovendien is in protocol nummer 27 bij het verdrag vastgelegd dat de interne markt een regime omvat dat verzekert dat de mededinging niet wordt verstoord. Het gaat bij mededinging de facto om het in stand houden van een economisch systeem waarbij ondernemingen moeten strijden om de gunst van de afnemers of leveranciers, omdat dit als het beste middel wordt beschouwd voor het bereiken van economische efficiëntie en daarmee van een zo groot mogelijke welvaart. Ook in de Mededingingswet wordt bedoeld op dat systeem.

Deze leden vroegen verder om verduidelijking van de begrippen concurrentievoorwaarden en concurrentieverhoudingen in relatie tot de precieze bedoeling van het wetsvoorstel. Er zijn overheden die hun eigen economische activiteiten of die van hun overheidsbedrijven financieren uit de algemene middelen of die overheidsbedrijven op een andere manier bevoordelen. Hierdoor is sprake van ongelijke concurrentievoorwaarden voor die overheden of overheidsbedrijven aan de ene kant en private ondernemingen die dezelfde soort economische activiteiten verrichten aan de andere kant. Die private ondernemingen kunnen namelijk niet beschikken over die financiering of andere vormen van bevoordeling uit de publieke middelen. Als gevolg hiervan is er ook sprake van ongelijke concurrentieverhoudingen. Omdat overheden of overheidsbedrijven over publieke middelen beschikken, kunnen zij hun producten en diensten namelijk tegen lagere tarieven aanbieden dan private ondernemingen en daardoor hebben zij een concurrentievoorsprong. De artikelen 25i en 25j van het wetsvoorstel beogen die beide ongelijkheden, voor zover veroorzaakt door financiering of andere bevoordeling uit de algemene middelen, te voorkomen.

Deze leden vroegen ook toelichting bij de term «oneerlijke concurrentie» en verwezen daarbij naar het gebruik van deze term door de Raad van State in zijn advies en door de Minister van Economische Zaken bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer. Onder 1. Effectiviteit van het wetsvoorstel, tweede alinea, van zijn advies (kamerstukken II 2007–2008, 31 354, nr. 4) schrijft de raad dat de problematiek van oneerlijke concurrentie door overheden langs twee lijnen ontstaat. Enerzijds door ongelijkheid als gevolg van het actief zijn op een markt door ondernemingen die de overheid met een bijzondere taak heeft belast. Anderzijds door ongelijkheid op de markt door het optreden van de overheid als onderneming, waarbij de overheid in een concurrentieverhouding komt te staan met «gewone» ondernemingen. Met de term «oneerlijke concurrentie» door het optreden van de overheid als onderneming doelt de Raad

van State op de ongelijkheid in concurrentievoorwaarden en concurrentieverhoudingen als hierboven besproken. Dit geldt ook voor het gebruik van de term «oneerlijke concurrentie» door de Minister van Economische Zaken bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer.

De leden van de SP-fractie vroegen verder op welke categorieën van activiteiten het wetsvoorstel betrekking heeft en wat naar schatting de omvang van elk van deze categorieën is, uitgedrukt in procenten van het BBP.

Zoals is geantwoord op een vraag van de leden van de PvdA-fractie, vallen onder dit wetsvoorstel in beginsel alle economische activiteiten die overheden zelf of via hun overheidsbedrijven verrichten en is er geen beperking tot bepaalde categorieën. Een uitzondering geldt echter voor gevallen waarop de Europese staatssteunregels van toepassing zijn of voor activiteiten waarvan is vastgesteld dat zij in het algemeen belang plaatsvinden. Juist omdat het wetsvoorstel niet onderscheidt naar categorieën van activiteiten is het minder relevant het wetsvoorstel te beoordelen aan de hand van de omzet per categorie van activiteiten. De totale jaarlijkse omzet van alle economische activiteiten van mede-overheden ligt 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), hetgeen neerkomt op ca 0,5 % van het BBP. De totale omzet van overheidsbedrijven ligt in de orde van grootte van € 25 miljard (Atos KPMG Consulting, Overheidsbedrijven in Nederland, onderzoek naar aantal en omvang, Den Haag, december 2002), hetgeen neerkomt op ca 5 % van het BBP. Deze cijfers omvatten ook de economische activiteiten die op grond van de bepalingen over staatssteun en algemeen belang van de reikwijdte van het wetsvoorstel zijn uitgezonderd. De omzet van de uitgezonderde activiteiten kan niet goed worden bepaald omdat dit een beoordeling van geval tot geval vergt.

De leden van de SP-fractie vroegen zich af welke betekenis de regering hecht aan de wijze waarop de Raad van State in zijn advies de werkingssfeer van het wetsvoorstel heeft geduid.

De Raad heeft in zijn advies een schets gegeven van de werkingssfeer van het wetsvoorstel waarin niet wordt onderscheiden naar soorten activiteiten maar naar «actoren», te weten overheden (waaronder overheidsondernemingen en overheidsbedrijven) en ondernemingen die door de overheid zijn belast met een bijzondere taak. Het wetsvoorstel zoals voor advies voorgelegd aan de Raad van State, had een bredere reikwijdte dan het voorliggende wetsvoorstel omdat het mede betrekking had op private ondernemingen die door de overheid zijn belast met een bijzondere taak. De Raad heeft in zijn advies kanttekeningen geplaatst bij het onderscheid dat in het wetsvoorstel werd gemaakt tussen de gedragsregels voor overheidsondernemingen en bedrijven enerzijds en private ondernemingen met een overheidstaak anderzijds. De schets in het advies van de werkingssfeer van het wetsvoorstel lijkt te zijn bedoeld om voor die kanttekeningen een helder kader te bieden.

De leden van de SP-fractie hadden grote bezwaren tegen de omschrijving van het begrip «economische activiteiten» als «het aanbieden van goederen en diensten aan derden op een bepaalde markt» en tegen de conclusie dat bij activiteiten ten eigen bate niet van economische activiteiten kan worden gesproken.

Het begrip «economische activiteiten» is een juridisch begrip in het Nederlandse mededingingsrecht dat ontleend is aan het Europese mededingingsrecht. Volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG wordt onder «economische activiteiten» verstaan «iedere activiteit bestaande in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde

markt» (Arrest 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). Hieruit volgt dat het door een overheid (of onderneming) leveren van goederen of het verrichten van diensten uitsluitend ten eigen bate niet onder dat juridische begrip «economische activiteiten» kan vallen. Een overheid (of onderneming) die bijvoorbeeld een drukkerij heeft die uitsluitend eigen drukwerk verzorgt of een onderhoudsbedrijf dat uitsluitend eigen gebouwen onderhoudt, biedt namelijk geen goederen of diensten aan op een markt. Dit laat onverlet dat het begrip «economische activiteiten» in andere disciplines dan het Europese en Nederlandse mededingingsrecht een ruimere, althans andere, betekenis kan hebben.

De leden van de SP-fractie vroegen verder om instellingen binnen de overheidsorganisatie als «bedrijf» te benoemen, doch op de markt opererende ondernemingen die overheidseigendom zijn als «overheidsonderneming».

Gelet op het reeds bestaande en in de praktijk gehanteerde mededingingsrechtelijke begrip «onderneming» ziet de regering geen goede aanleiding daarvan af te wijken. Zoals gezegd, is het begrip «onderneming» in de Mededingingswet ontleend aan het Europese mededingingsrecht. In de Nederlandse versie van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (art. 81 EG-Verdrag) wordt ook het begrip «onderneming» gebruikt, terwijl in de Engelse versie van dat verdragsartikel de term «undertaking» wordt gebezigd. In het Europese en Nederlandse mededingingsrecht wordt met «onderneming» iedere entiteit bedoeld die economische activiteiten verricht, ongeacht haar rechtsvorm. Een «onderneming» kan daarom zowel deel uitmaken van een overheidsorganisatie als daarvan geheel los staan. Artikel 25j van het wetsvoorstel betreft uitsluitend de situatie waarin een onderneming geen deel uitmaakt van een overheid, maar een privaatrechtelijk karakter heeft, zij het dat een overheid het beleid van die onderneming kan bepalen. Als voor deze onderneming de term «overheidsonderneming» wordt gebruikt, kan dit ten onrechte de indruk wekken dat het om een onderneming gaat die tot een overheidsorganisatie zelf behoort. Om verwarring te voorkomen is gekozen voor de term «overheidsbedrijf».

De leden van de SP-fractie stelden ook vragen over het gebruik in de memorie van toelichting van het begrip «publiek belang» terwijl in artikel 25h, vijfde en zesde lid, van het wetsvoorstel het begrip «algemeen belang» wordt gebruikt.

De door de vragenstellers genoemde bepalingen zijn bij amendement in het wetsvoorstel opgenomen ter vervanging van meer specifieke uitzonderingsbepalingen die spraken van «diensten van algemeen economisch belang» (artt. 25h, tweede lid, en 25j, derde lid). In de memorie van toelichting bij het oorspronkelijke wetsontwerp worden de begrippen publiek belang en algemeen belang naast elkaar gebruikt voor het schetsen van de achtergrond en de hoofdlijnen van het wetsvoorstel. In de toelichting op de oorspronkelijke artikelen 25h, tweede lid, en 25j, derde lid, en in het bijzonder de betekenis van «diensten van algemeen economisch belang» zijn overigens andere begrippen gebruikt.

De leden van de SP-fractie vroegen naar de «relevantie» van het begrip «relevante markt» in de memorie van toelichting bij artikel 25i van het wetsvoorstel.

Artikel 25i, eerste lid, van het wetsvoorstel verplicht overheden die economische activiteiten verrichten, aan de afnemers van een product of dienst ten minste de integrale kosten van dat product of die dienst in rekening te brengen. Voor het antwoord op de vraag aan welke te onderscheiden producten of diensten de kosten moeten worden doorberekend, is bepa-

lend in hoeverre die producten of diensten deel uitmaken van dezelfde (relevante) markt. Stel dat een overheid een restaurant exploiteert, dan hoeft zij bijvoorbeeld niet aan iedere soort frisdrank de kosten toe te rekenen, maar kan zij volstaan met de kosten van het aanbieden van «frisdranken» aan die activiteit toe te rekenen. Dit is toereikend om vervalsing van de concurrentie te voorkomen met private ondernemingen die ook actief zijn op de relevante markt, in het genoemde voorbeeld dus de markt voor de verkoop van frisdranken aan het publiek.

Bij het gebruik van het begrip «relevante markt» in de memorie van toelichting wordt aangehaakt bij de bestaande wettelijke kaders: het begrip wordt thans reeds gebruikt in de Mededingingswet (artikel 7, tweede lid) en is ontleend aan de Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht (Pb EG C372 van 9 december 1997, blz. 0005–0013). De bepaling van de markt is een instrument om de grenzen van de mededinging tussen ondernemingen te onderkennen en af te bakenen. Het bepalen welke markt in een concreet geval relevant is, is dus essentieel voor de toepassing van de Europese en de nationale mededingingsregels. De genoemde Europese bekendmaking onderscheidt daarbij de relevante markt naar product of dienst en de relevante markt in geografische zin. Een relevante markt naar product of dienst omvat alle producten of diensten die op grond van hun kenmerken, hun prijzen en het gebruik waarvoor zij zijn bestemd, door de consument als onderling verwisselbaar of substitueerbaar worden beschouwd. Een relevante geografische markt is het gebied waarbinnen de betrokken ondernemingen een rol spelen in de vraag naar en het aanbod van goederen of diensten, waarbinnen de concurrentievoorwaarden voldoende homogeen zijn en dat van aangrenzende gebieden kan worden onderscheiden doordat daar duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden heersen. De relevante markt wordt in een concreet geval vastgesteld aan de hand van de combinatie van de productmarkt en de geografische markt.

De leden van de SP-fractie vroegen zich af of door overheden verrichte economische activiteiten waarin uitbestede activiteiten vervat zijn, onder de in artikel 25i, eerste lid, van het wetsvoorstel opgenomen verplichting tot kostendoorberekening vallen.

Het antwoord luidt bevestigend. In het in de vraag genoemde voorbeeld heeft een gemeente een drukkerij in de vorm van een eigen overheidsdienst die tevens op de markt opereert. In dat geval is die gemeente verplicht de kosten van haar economische activiteiten op de markt integraal in de tarieven voor die economische activiteiten door te berekenen. Dit geldt ook voor kosten die bestaan uit door die gemeente betaalde huur voor machines en onderhoudskosten daarvan. Kosten die in rekening zijn gebracht door de verhuurder en het onderhoudsbedrijf, zijn voor die gemeente een gegeven, ongeacht of de verhuur en het onderhoud zijn aanbesteed en ongeacht de wijze waarop de verhuurder de huur en het onderhoudsbedrijf de onderhoudskosten heeft bepaald.

In het door de leden van de SP-fractie bedoelde geval dat een activiteit geheel is uitbesteed, zijn de gedragsregels alleen relevant voor zover de overheid zelf kan worden aangemerkt als aanbieder van goederen of diensten. In een situatie waarbij een overheid in formeel-juridische zin goederen of diensten aanbiedt, maar de feitelijke levering daarvan uitbesteedt aan een private onderneming, bestaan de kosten voor die overheid uit de prijs die zij voor het leveren van die goederen of het verrichten van die diensten betaalt aan die private onderneming. Die kosten moet zij integraal in de tarieven doorberekenen. Ook in deze situatie maakt het geen verschil of die overheid het leveren van goederen of het verrichten van diensten aan die private onderneming wel of niet via aanbesteding heeft gegund en ook niet hoe die onderneming haar prijs heeft bepaald. Dat de verplichting tot kostendoorberekening ook van toepassing is in

gevallen als de bovengenoemde volgt uit de formulering van artikel 25i, eerste lid, van het wetsvoorstel. Voor een nadere regeling van de kosten-doorberekening in dit soort situaties is dan ook geen aanleiding. Wel zal dit aspect worden toegelicht in de handreiking die voor overheidsorganisaties zal worden opgesteld.

Waar in de memorie van toelichting en in de nota naar aanleiding van het verslag is gesteld dat het wetsvoorstel geen betrekking heeft op aanbestedingen, is hiermee betoogd dat het geen voorschriften voor overheden bevat met betrekking tot het houden van aanbestedingen. Uit het voorgaande moge blijken dat de verplichting tot kostendoorberekening en de andere gedragsregels betrekking hebben op de afzetkant van overheden en overheidsbedrijven, ongeacht of ten behoeve daarvan aanbesteding heeft plaatsgevonden.

De leden van de SP-fractie stelden verder vragen over de stelling in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel dat de resultaten van het wetsvoorstel pas na verloop van jaren zichtbaar zullen zijn.

Met de passage waarop deze leden doelen is betoogd dat de doorwerking van de gedragsregels in de zin van het effectueren van gelijke concurrentieverhoudingen enige tijd vergt. Het is van belang bij de invoering van de gedragsregels overheden de nodige voorlichting te geven met het oog op een goede toepassing van de gedragsregels. Voorts is met het nemen van handhavingmaatregelen enige tijd gemoeid en dat geldt ook voor eventuele bezwaar- en beroepsprocedures tegen die maatregelen. De preventieve werking die van de handhavingspraktijk van de NMa uitgaat, zal pas geleidelijk vorm krijgen. In dit kader is verder van belang dat voor lopende activiteiten een overgangstermijn van twee jaar is voorzien, zodat de gedragsregels in de eerste twee jaar na inwerkingtreding alleen gelden voor nieuwe economische activiteiten. Tegen deze achtergrond zal eerst drie jaar na de inwerkingtreding van de wet een indicatie kunnen worden verkregen van de effecten van de wet, reden om dan een evaluatie te houden.

Tevens stelden de leden van de SP-fractie vragen over de meting van de resultaten van het wetsvoorstel. Het meten van de resultaten van de gedragsregels zal een onderdeel zijn van de evaluatie die uiterlijk drie jaar na de inwerkingtreding van de wet zal plaatsvinden. Daarbij zullen onder andere vragen aan de orde moeten komen over de reikwijdte van de wet en de daarin opgenomen uitzonderingen, het aantal klachten, de mate waarin de wet een oplossing biedt, de prioriteitenstelling van de NMa en de effectiviteit van haar bevoegdheden, en een indicatie van de orde van grootte van de omzet van de economische activiteiten die in beginsel onder deze wet vallen.

De leden van de SP-fractie stelden voorts een vraag over het feit dat het amendement ten aanzien van de centrale overheid een andere benadering kiest voor de vaststelling ten aanzien van het algemeen belang dan ten aanzien van andere overheden.

Het standpunt van de minister van Economische Zaken over dit amendement was en is dat hiermee geen afbreuk wordt gedaan aan de kern van de desbetreffende wetsbepaling, namelijk dat elke overheid zelf moet bepalen in hoeverre er sprake is van een algemeen belang dat in de weg staat aan de toepassing van de gedragsregels. Daar komt bij dat de bestaande Aanwijzingen voor het verrichten van marktactiviteiten door de rijksdienst al een vrij strikt kader vormen voor het maken van uitzonderingen in het algemeen belang door het rijk. Ingevolge deze aanwijzingen kunnen marktactiviteiten in beginsel slechts worden verricht indien zij een wettelijke grondslag hebben of voortvloeien uit internationale verplichtingen. In deze gevallen heeft het parlement al kunnen beoordelen of het wenselijk is dat bepaalde activiteiten door de overheid verricht worden en, zo ja, onder welke voorwaarden.

De leden van de SP-fractie vroegen naar de gevallen van beleidsbepaling door de overheid in een onderneming met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid die bij algemene maatregel van bestuur kunnen worden bepaald.

De regering heeft dergelijke gevallen thans niet voor ogen. De delegatiegrondslag van artikel 25g, tweede lid, onderdeel d, is slechts bedoeld om zo nodig door middel van een algemene maatregel van bestuur andere dan de in het wetsvoorstel genoemde gevallen van beleidsbepaling te kunnen aanduiden. De wijze waarop organisaties over en weer invloed uitoefenen is immers in de praktijk zeer gevarieerd en daarom valt niet bij voorbaat uit te sluiten dat de in het wetsvoorstel genoemde gevallen niet alle situaties dekken.

De leden van de SP-fractie stelden tenslotte vragen naar de verhouding tussen de bepalingen over de werkingsduur van de wet en de motie Jurgens ten aanzien van wettelijke machtigingen voor het stellen van regels die afwijken van de desbetreffende wet of die hiervoor in de plaats treden (EK, 2006/2007, 2600 VI, nr. 65, D/21 109).

De bedoelde motie Jurgens strekt ertoe te voorkomen dat inhoudelijke keuzes die zijn gemaakt in wetgeving in formele zin kunnen worden doorkruist door lagere wetgeving. Bij de onderhavige bepaling over de werkingsduur van de wet is dit naar mijn oordeel niet aan de orde. Zoals vaak bij koninklijk besluit het tijdstip van inwerkingtreding wordt bepaald, gebeurt dit ook in sommige gevallen voor de intrekking van een (deel van een) regeling. Als voorbeelden kunnen de Experimentenwet BI-zones en de Experimentenwet vooropleidingseisen, selectie en collegegeldheffing worden genoemd. Dit wetsvoorstel is in zekere zin vergelijkbaar met de hiervoor bedoelde experimentenwetgeving: de werkingsduur wordt uitdrukkelijk afhankelijk gesteld van de ervaringen met de wetsuitvoering. Gelet ook op de korte termijnen is er voor gekozen de eventuele verlenging van de werkingsduur bij amvb vast te stellen. Tegelijkertijd is duidelijk dat een dergelijke beslissing ook politiek van aard is. Bijgevolg is voorzien in een voorhangprocedure.

Naar aanleiding van de vragen van de leden van de fracties van SGP en ChristenUnie over de uitzondering van artikel 25h, zesde lid, zij allereerst opgemerkt dat deze bepaling niet spreekt over diensten van algemeen economisch belang maar van economische activiteiten en beoordelingen die in het algemeen belang plaatsvinden. Omdat dit geen gevolgen heeft voor de kern van de vraag (de eventuele verschillen tussen gemeenten) wordt hier uitgegaan van het criterium van algemeen belang. Vooropgesteld zij dat het wetsvoorstel waarborgen biedt voor een gelijk speelveld ten aanzien van economische activiteiten, ongeacht welke gemeente het betreft. Het wetsvoorstel ziet niet op economische activiteiten en beoordelingen in het algemeen belang. Het uitgangspunt van bestuurlijke autonomie brengt met zich dat gemeenten soms verschillende keuzes maken bij de uitoefening van de publieke taak en in het bijzonder bij de toepassing van de uitzondering van het algemeen belang. Indien bijvoorbeeld een gemeente het aanbieden van bepaalde goederen of diensten in het algemeen belang acht, gelden de gedragsregels niet en is zij niet gehouden aan het vereiste van kostendoorberekening. De toepassing van de uitzondering van het algemeen belang kan dus per gemeente verschillen. Ondernemers hebben ook overigens te maken met verschillen tussen gemeenten die van belang zijn voor hun concurrentiepositie. Dat is inherent aan onze decentrale staatsinrichting. Een ondernemer zal zich in een voorkomend geval bij de desbetreffende overheid kunnen informeren of bepaalde activiteiten zijn aangemerkt als activiteiten in het algemeen belang.



De leden van de fracties van SGP en CU vroegen verder of voor de vaststelling ingevolge artikel 25h, zesde lid, van het wetsvoorstel een vormvereiste geldt.

Voor de bedoelde vaststelling ten aanzien van het algemeen belang gelden geen specifieke vormvereisten. Uitgangspunt zijn de bevoegdheden voor overheidsbesturen zoals vastgelegd in de organieke wetgeving. Dit betekent dat de vaststelling soms als (deel van) een algemeen verbindend voorschrift, soms als (deel van een) andersoortig besluit zal kunnen gelden. Soms zal het in de rede liggen de vaststelling te combineren met een algemeen verbindend voorschrift (avv, bijv. de in artikel 212 Gemeentewet bedoelde verordening voor de uitgangspunten van het financiële beleid), soms zal een koppeling met een besluit dat geen avv is meer in de rede liggen (bijv. de begroting of een productenraming), soms zal een zelfstandige vaststelling de voorkeur hebben. Het is niet wenselijk overheden op voorhand te verplichten tot een bepaalde aanpak.

De leden van de fracties van SGP en CU vroegen ook naar de positie van ondernemers, in het bijzonder in het geval van concurrentie die de grenzen van gemeenten overschrijdt.

Voor de mogelijkheden van ondernemers voor inspraak, bezwaar en beroep ten aanzien van de vaststelling of een activiteit of bevoordeling in het algemeen belang plaatsvindt, zij verwezen naar het antwoord op een soortgelijke vraag van leden van de CDA-fractie. Het feit dat een ondernemer gevestigd is in een andere gemeente dan de gemeente die het vaststellingsbesluit heeft genomen, leidt er op zich niet toe dat hij geen inspraak-, bezwaar- en beroepsmogelijkheden zou hebben. Bepalend is of hij kan worden aangemerkt als belanghebbende.

Voor zover de vragen betrekking hebben op verschillen tussen gemeenten ten aanzien van de toepassing van de uitzondering van het algemeen belang zij verwezen naar het antwoord dat op een eerdere vraag van de leden van de fracties van de SGP en CU is gegeven.

De leden van de fracties van SGP en CU vroegen zich af of de NMa überhaupt ooit een prioriteringsonderzoek heeft gedaan naar als ondernemingen optredende overheden die misbruik maken van hun positie. De NMa heeft inderdaad zodanige prioriteringsonderzoeken gedaan. Dit heeft niet geleid tot de vaststelling van een overtreding en de oplegging van een sanctie, om diverse redenen. In één zaak was aan de orde dat een overheidsinstelling met algemene middelen economische activiteiten tegen zeer lage tarieven aanbod, maar dat die tarieven door een bestuursorgaan werden vastgesteld. Van overtreding van het verbod was naar het oordeel van de NMa geen sprake, omdat het verbod van misbruik van een economische machtspositie (art. 24 Mededingingswet) alleen ziet op gedragingen waartoe ondernemingen op eigen initiatief hebben besloten. Een ander geval betrof een gemeente die grond die zij in eigendom had, voor een symbolisch bedrag beschikbaar had gesteld aan een sportvereniging. Weliswaar werd dit gedrag van de gemeente aangemerkt als een economische activiteit, maar er was geen sprake van misbruik in de zin van artikel 24, dat wil zeggen er was niet een vorm van uitbuiting van afnemers of uitsluiting van concurrenten ter versterking van de eigen positie van de gemeente.

Deze voorbeelden illustreren dat invoering van de verplichting tot doorberekening van de integrale kosten in artikel 25i, eerste lid, van dit wetsvoorstel voor de NMa een belangrijk instrument kan zijn om concurrentievervalsing door overheden tegen te gaan.

De leden van de fracties van SGP en CU vroegen verder of de NMa aanvullende instructies van de minister nodig heeft om ten aanzien van haar nieuwe bevoegdheden voortvarend op te treden.

Er bestaat op voorhand geen noodzaak voor zodanige instructies. De NMa

heeft er tot nu toe blijk van gegeven dat zij bij haar prioriteitenstelling op een verantwoorde manier te werk gaat. Opdat de NMa voldoende prioriteit kan geven aan de handhaving van de gedragsregels van dit wetsvoorstel zal aan de NMa extra budget worden toegekend om het toezicht ook in personele zin mogelijk te maken. Zoals opgemerkt heeft de NMa de voor de uitvoering van die taak benodigde capaciteitsinzet voorlopig geschat in de orde van grootte van 10 fte.

De leden van de fracties van SGP en CU vroegen of de prioriteitenstelling van de NMa bij het toepassen van de Mededingingswet onder parlementaire controle te brengen is door bijvoorbeeld het opstellen van beleidsregels van de minister van Economische Zaken.

Iedere twee jaar maakt de NMa een NMa-Agenda op, waarin zij aangeeft hoe zij van plan is invulling te geven aan haar wettelijke taken, wat haar aandachtsvelden voor de komende periode zijn en welke onderwerpen aan de orde zijn op het gebied van toezicht. Voordat de agenda wordt vastgesteld hecht de NMa eraan van de stakeholders in de samenwerking te vernemen welke opvatting zij over de keuze van de aandachtsvelden hebben. Daarom worden stakeholders iedere twee jaar geconsulteerd over de voorgenomen NMa-Agenda door die voor commentaar ter inzage te leggen en aan een groot aantal partijen toe te sturen. Mede aan de hand van de ontvangen reacties stelt de NMa de definitieve NMa-Agenda voor de komende periode vast. Op deze manier geeft de NMa inzicht in de prioriteiten die zij stelt en hoe zij tot haar prioriteitenstelling komt. De NMa heeft er tot nu toe blijk van gegeven dat zij bij haar prioriteitenstelling op een verantwoorde manier te werk gaat. Tegen deze achtergrond zie ik geen aanleiding beleidsregels vast te stellen ten aanzien van de prioriteitenstelling van de NMa.

De leden van de SGP-CU-fractie vroegen ook of de regering voornemens is de van het wetsvoorstel uitgezonderde sectoren onder de werking van het wetsvoorstel te brengen.

De regering ziet voor een zodanige uitbreiding geen aanleiding om de redenen die zijn genoemd in het antwoord op de vraag met eenzelfde strekking van de leden van de VVD-fractie.

De leden van de fracties van SGP en CU vroegen verder of «onderwijs» in de uitzondering voor onderwijsinstellingen refereert aan kerntaken van onderwijs of dat het ook gaat om bijvoorbeeld sportfaciliteiten van universiteiten, mensa etc.

In artikel 25h, eerste lid, van dit wetsvoorstel zijn bepaalde onderwijsinstellingen uitgezonderd van de reikwijdte van het wetsvoorstel. Deze uitzondering geldt bijgevolg voor alle economische activiteiten van deze instellingen, ongeacht of het kerntaken of andere activiteiten betreft. Zoals op de desbetreffende vraag van de leden van de VVD-fractie is geantwoord, worden in de jaarlijkse cycli van bekostigingsoverleggen tussen OCW en de onderwijsinstellingen bindende notities «Helderheid» opgesteld. Om dubblures van dit wetsvoorstel met die sectorspecifieke regels en afstemmingsproblemen tussen de desbetreffende toezichthouders te voorkomen, zijn onderwijsinstellingen met een publiekrechtelijk karakter van dit wetsvoorstel uitgezonderd.

Overigens geldt voor de kerntaken – voor zover het gaat om door de overheid bekostigde wettelijke activiteiten – dat zij kunnen worden aangemerkt als een dienst van algemeen belang en dat het geen economische activiteiten betreft. Om deze reden vallen die kerntaken bij voorbaat niet binnen de reikwijdte van dit wetsvoorstel, want dit geldt slechts voor *economische activiteiten van overheden en overheidsbedrijven*.

De vraag van de leden van de fracties van SGP en CU of het wetsvoorstel voor ondernemers betere rechtsbescherming biedt, kan bevestigend

worden beantwoord. Zoals aangeduid in paragraaf 1.5 van de memorie van toelichting bieden de huidige Mededingingswet en andere wettelijke kaders doorgaans geen soelaas voor ondernemers die tegen oneerlijke concurrentie door een overheid willen opkomen. Dit wetsvoorstel bevat verplichtingen voor ondernemende overheden in de vorm van gedragsregels. In het antwoord op vragen van de leden van de CDA-fractie is reeds ingegaan op de mogelijkheden van ondernemers zich tot de NMa te wenden en zo nodig een beroep op de rechter te doen bij vermeende overtreding van de gedragsregels.

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