



Vaststelling Aanwijzingen voor de rijksdienst inzake toepassing van uitzondering inzake het algemeen belang

4 juni 2012
Nr. 3112936

De Minister-President, Minister van Algemene Zaken,

Handelende in overeenstemming met het gevoelen van de ministerraad;

Besluit:

Artikel 1

Vastgesteld worden de als bijlage bij dit besluit gevoegde aanwijzingen inzake het vaststellen voor de rijksdienst dat economische activiteiten of het bevoordelen van een overheidsbedrijf plaatsvinden respectievelijk plaatsvindt in het algemeen belang.

Artikel 2

Het Besluit van de Minister-President van 8 mei 1998/Nr. 98M004561 (Stcrt. 1998, 95) en de als bijlage bij dat besluit gevoegde aanwijzingen inzake het verrichten van marktactiviteiten door organisaties binnen de rijksdienst worden ingetrokken.

Artikel 3

Dit besluit treedt in werking op het tijdstip waarop de Wijziging van de Mededingingswet ter invoering van regels inzake ondernemingen die deel uitmaken van een publiekrechtelijke rechtspersoon of die hiermee verbonden zijn (aanpassing Mededingingswet ter invoering van gedragsregels voor de overheid) (Stb. 2011, 162) in werking treedt.

Dit besluit zal met de toelichting in de Staatscourant worden geplaatst.

Den Haag, 4 juni 2012

De Minister-President, Minister van Algemene Zaken,
M. Rutte.



BIJLAGE

Aanwijzingen voor de rijksdienst inzake toepassing van uitzondering inzake het algemeen belang

Begripsbepalingen

Aanwijzing 1

In deze aanwijzingen wordt verstaan onder:

- a. de wet: de Mededingingswet;
- b. dienstonderdeel: een organisatieonderdeel van de rijksdienst;
- c. overheidsbedrijf: een overheidsbedrijf in de zin van artikel 25g van de wet;
- d. economische activiteit: activiteit die bestaat uit het leveren van goederen of het verrichten van diensten op een bepaalde markt.

Toelichting:

Onderdeel a: Onder 'wet' wordt in deze aanwijzingen verstaan de Mededingingswet, zoals gewijzigd bij de Wet aanpassing Mededingingswet ter invoering van gedragsregels voor de overheid (Staatsblad 2011, 162).

Onderdeel b: Onder een organisatieonderdeel binnen de rijksdienst wordt verstaan een tot het centrale bestuur behorend orgaan, deel uitmakend van de rechtspersoon staat. Bijvoorbeeld een ambtelijke dienst of een agentschap.

Onderdeel c: Een overheidsbedrijf van de rijksdienst in de zin van artikel 25g Mededingingswet behoort niet tot de rechtspersoon staat. Het is een onderneming met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid, waarin de rijksdienst in staat is het beleid te bepalen of een onderneming in de vorm van een personenvennootschap waarin de rijksdienst deelneemt.

Onderdeel d: Van economische activiteiten is sprake, indien tegen een vergoeding of om niet goederen worden geleverd of diensten worden verricht op een markt. Dat wil zeggen dat een organisatieonderdeel binnen de rijksdienst in concurrentie treedt met private ondernemingen. Dat is in de eerste plaats het geval als die goederen of diensten feitelijk ook door private ondernemingen worden aangeboden. In de tweede plaats kan er sprake zijn van het in concurrentie treden met anderen als die goederen of diensten feitelijk nog niet door private ondernemingen worden aangeboden, maar als private ondernemingen daartoe wel in staat zijn en er een belang bij hebben om dat te doen. Er is geen sprake van economische activiteiten bij zogenoemde zelfvoorziening: indien bijvoorbeeld een drukkerij van een organisatie binnen de rijksdienst werkzaamheden verricht ten behoeve van die organisatie zelf of ten behoeve van een ander organisatieonderdeel binnen de rijksdienst, treedt die drukkerij niet in concurrentie met private ondernemingen.

Algemeen belangvaststelling

Aanwijzing 2

De vaststelling dat bepaalde economische activiteiten van een dienstonderdeel of de bevoordeling door een dienstonderdeel van een overheidsbedrijf plaatsvinden respectievelijk plaatsvindt in het algemeen belang, zoals bedoeld in artikel 25h, vijfde lid, van de wet geschiedt bij besluit van de minister die het aangaat tenzij die vaststelling plaatsvindt bij algemeen verbindend voorschrift.

Toelichting:

Artikel 25h, vijfde lid, van de Mededingingswet bepaalt dat hoofdstuk 4B van die wet niet van toepassing is op economische activiteiten of bevoordeling van een overheidsbedrijf die plaatsvinden respectievelijk plaatsvindt in het algemeen belang. De vaststelling in een concreet geval dat economische activiteiten of bevoordeling van een overheidsbedrijf in het algemeen belang plaatsvinden respectievelijk plaatsvindt (verder: algemeen belangvaststelling), dient op grond van deze aanwijzing door de desbetreffende minister te worden genomen.

De algemeen belangvaststelling is een politiek-bestuurlijke beslissing die verstrekkende gevolgen kan hebben. Daarom ligt het in de rede de bevoegdheid daartoe neer te leggen bij de minister die het aangaat. Onder omstandigheden zal het in de rede liggen dat de vaststelling deel uitmaakt van een wettelijk kader, hetzij wetgeving in formele zin, hetzij uitvoeringswetgeving. Dit kan bijvoorbeeld aan de orde zijn, indien de desbetreffende economische activiteiten wettelijk worden gereguleerd of indien zij omvangrijke markteffecten hebben. Het is niet wenselijk bij voorbaat te vereisen dat de algemeen belangvaststelling gehoord het parlement plaatsvindt. Soms zal de vaststelling immers activiteiten betreffen die naar aard en omvang niet nopen tot een dergelijk procedureel vereiste. In dit kader is ook relevant dat het Europeesrechtelijke regime voor diensten van algemeen economisch belang overheden vrij laat in de wijze waarop de aanwijzing van een dergelijke dienst plaatsvindt, mits sprake is van een formeel besluit. In het algemeen zal bij diensten van algemeen economisch belang tegelijk



ook sprake zijn van economische activiteiten die worden verricht in het algemeen belang zoals bedoeld in artikel 25h, vijfde lid, van de wet.

Gelet op het voorgaande is bepaald dat de algemeen belangvaststelling geschiedt bij besluit van de minister die het aangaat behoudens in het geval van een vaststelling bij algemeen verbindend voorschrift.

Voor het nemen van een vaststellingsbesluit als bovenbedoeld kan aanleiding zijn, indien anders niet zou kunnen worden voorzien in de levering van bepaalde goederen of het verrichten van bepaalde diensten onder de voorwaarden die het algemeen belang naar de mening van de minister vereist. Zijn bijvoorbeeld bepaalde goederen of diensten op de markt alleen verkrijgbaar tegen prijzen die de desbetreffende minister uit een oogpunt van algemeen belang te hoog vindt, dan kan hij die goederen of diensten door (een onderdeel van) het ministerie of door een overheidsbedrijf van het rijk laten aanbieden met gelijktijdige vaststelling dat dit in het algemeen belang is. Als gevolg daarvan zijn de gedragsregels van de wet niet van toepassing. Een organisatieonderdeel binnen de rijksdienst mag de goederen of diensten dan beneden de integrale kostprijs aanbieden of zijn overheidsbedrijf bevoorstellen om die goederen of diensten om niet of tegen een lage vergoeding aan te bieden. Het is noodzakelijk dat het vaststellingsbesluit een krachtige motivering bevat waarom sprake is van een algemeen belang dat – afgewogen tegen de belangen van private ondernemers – reden is de economische activiteiten buiten de reikwijdte van hoofdstuk 4. Overheden en overheidsbedrijven, van de wet te plaatsen.

Verder is van belang dat de algemeen belangvaststelling vooraf wordt genomen, dat wil zeggen voordat de economische activiteiten worden verricht. Alleen op die wijze kan duidelijkheid worden gegeven aan ondernemers en strijdigheid met de gedragsregels uit de wet worden voorkomen. Voor zover het gedurende de overgangstermijn van de wet gaat om lopende activiteiten, is het voldoende dat voor het einde van de overgangstermijn de vaststelling heeft plaatsgevonden. Indien (nog) geen sprake is van een algemeen belangvaststelling zijn de gedragsregels onverkort van toepassing.

De algemeen belangvaststelling door een minister heeft het karakter van een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Er is sprake van een besluit mede omdat de vaststelling rechtsgevolgen heeft in de zin dat de desbetreffende activiteiten niet langer onder het bereik van de Wet markt en overheid vallen. De Awb bevat een reeks van waarborgen voor een zorgvuldige voorbereiding en onderbouwing van besluiten en regels over bezwaar en beroep tegen besluiten die in het bijzonder ook bij besluiten inzake algemeen belangvaststellingen van belang kunnen zijn. In verband hiermee dient bijvoorbeeld bij de voorbereiding van een besluit de minister die het aangaat, zich een goed beeld te vormen van de feiten en van de belangen die rechtstreeks door het voorgenomen besluit kunnen worden geraakt – ook in verband met de noodzakelijke belangenafweging. Dat kan reden zijn de ondernemingen die concurrentie ondervinden van beoogde economische activiteiten in staat te stellen hun zienswijzen naar voren te brengen (inspraak). Indien het aantal bij het besluit betrokken belanghebbenden beperkt is en zij ieder afzonderlijk bekend zijn, kan er voor worden gekozen hun het ontwerpbesluit toe te zenden en schriftelijk mee te delen op welke wijze en binnen welke termijn zij hun zienswijzen naar voren kunnen brengen. In geval van complexe onderwerpen of een groot aantal belanghebbenden kan worden overwogen de zogenoemde openbare voorbereidingsprocedure te volgen waarbij bepaalde, in de Awb vastgelegde regels voor inspraak en besluitvorming van toepassing zijn.

Naleving

Aanwijzing 3

Deze aanwijzingen worden in acht genomen door de ministers en de onder hen ressorterende dienstonderdelen en personen.

Toelichting:

De aanwijzingen zijn gericht tot de ministers en de onder hen ressorterende dienstonderdelen en personen die ondergeschikt zijn aan ministers. De verantwoordelijkheid voor de naleving van de aanwijzingen berust bij de desbetreffende ministers. Overigens kunnen derden in beginsel geen rechten ontleenen aan de in deze aanwijzingen opgenomen interne regels.

Evaluatie

Aanwijzing 4

De ministers zullen jaarlijks voor 1 juli aan de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie, een overzicht zenden van:

- a. de besluiten waarbij zij hebben vastgesteld dat economische activiteiten of bevoordeling van overheidsbedrijven plaatsvinden respectievelijk plaatsvindt in het algemeen belang;



-
- b. de voorbereidingsprocedures die zij daarbij hebben gevolgd;
 - c. de bezwaarschriften en beroepschriften die tegen die beschikkingen zijn ingediend en de wijze waarop de bezwaarschriften en beroepschriften zijn afgehandeld;
 - d. de klachten die tot de verschillende ministeries en daaronder ressorterende dienstonderdelen zijn gericht wegens (vermeende) inbreuken op deze aanwijzingen en de wijze waarop die klachten zijn afgehandeld.

Toelichting:

Artikel III van de Wet markt en overheid bepaalt dat de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie binnen drie jaar na de inwerkingtreding van deze wet aan de Staten-Generaal verslag doet over de doeltreffendheid en de effecten van deze wet in de praktijk. Die evaluatie zal mede betrekking hebben op de toepassing van de uitzondering van artikel 25h, vijfde en zesde lid, van de wet. Omdat deze aanwijzingen betrekking hebben op de toepassing van die uitzondering voor zover het de rijksdienst betreft, ligt het in de rede ook deze aanwijzingen bij die evaluatie te betrekken. Om aan de wettelijke verplichting tot evaluatie te kunnen voldoen, dient de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie over de daartoe vereiste informatie te beschikken. Daarom is in de aanwijzingen voorzien dat de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie, van de andere ministers jaarlijks een overzicht ontvangt van de wijze waarop zij deze aanwijzingen hebben toegepast.



TOELICHTING

1. Aanwijzingen marktactiviteiten rijksdienst 1998

In het kader van de operatie Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit heeft de werkgroep 'Markt en Overheid' begin 1997 een kader geformuleerd voor de aanpak van ongelijke concurrentieverhoudingen bij overheidsoptreden op de markt. Dit kader had het karakter van een verbodstelsel. Het kabinet nam die aanbeveling over en kondigde aan te streven naar vastlegging van dit stelsel in wetgeving (kamerstukken II, 1996/97, 24 036, nr. 45).

Vooruitlopend op die wettelijke regeling zijn in 1998 de 'Aanwijzingen inzake het verrichten van marktactiviteiten door organisaties binnen de rijksdienst' (Stcrt. 1998, 95) door de Minister-President vastgesteld (hierna: Aanwijzingen 1998). Volgens deze aanwijzingen mocht de rijksdienst alleen marktactiviteiten verrichten, indien opgedragen bij of krachtens de wet of voortvloeiend uit internationale verplichtingen. Uitzondering was in het bijzonder mogelijk bij ministerieel besluit, indien marktactiviteiten onlosmakelijk zijn verbonden met een overheidstaak of worden verricht om restcapaciteit te benutten. Voor zover marktactiviteiten waren toegestaan, golden gedragsregels betreffende in het bijzonder kostendoorberekening, gescheiden boekhouding, gegevenshergebruik en zogenaamde koppelverkoop.

Nadat een eerder wetsvoorstel inzake de problematiek van markt en overheid tijdens behandeling in de Tweede Kamer was ingetrokken is een tweede wetsvoorstel aanhangig gemaakt en in maart 2011 door de Eerste Kamer aangenomen (Stb. 2011, 162). Het betreft het Wetsvoorstel Wijziging van de Mededingingswet ter invoering van regels inzake ondernemingen die deel uitmaken van een publiekrechtelijke rechtspersoon of die hiermee verbonden zijn (aanpassing Mededingingswet ter invoering van gedragsregels voor de overheid) (Kamerstukken 31 354) (hierna: Wet markt en overheid). Anders dan de Aanwijzingen 1998 stelt de Wet markt en overheid geen voorwaarden voor het mogen verrichten van economische activiteiten door overheidsorganisaties¹, zogenaamde markttoetreding. Het uitgangspunt van de Wet markt en overheid is dat overheden zelf kunnen bepalen of zij zelf of via hun overheidsbedrijven economische activiteiten verrichten. Om te voorkomen dat daarbij met gebruikmaking van publieke middelen de concurrentie wordt vervalst, bevat de Wet markt en overheid vier gedragsregels:

1. een overheid die zelf economische activiteiten verricht, dient aan de afnemers van een goed of dienst ten minste de integrale kosten van dat goed of die dienst in rekening te brengen;
2. een overheid die via haar overheidsbedrijf economische activiteiten verricht, mag haar overheidsbedrijf niet bevoordelen boven ondernemingen waarmee dat overheidsbedrijf in concurrentie treedt;
3. een overheid die in het kader van de uitvoering van haar publiekrechtelijke bevoegdheid gegevens heeft verkregen, mag die gegevens alleen gebruiken voor economische activiteiten die niet dienen ter uitoefening van die bevoegdheden, indien deze gegevens ook aan derden beschikbaar kunnen worden gesteld;
4. indien een overheid een publiekrechtelijke bevoegdheid uitoefent ten aanzien van economische activiteiten die door diezelfde overheid worden verricht, mogen dezelfde personen niet betrokken zijn bij zowel de uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheid als bij het verrichten van die economische activiteiten.

De Wet markt en overheid vormt het algemene kader dat minimumeisen stelt aan economische activiteiten van overheden, met inbegrip van de rijksdienst. Nu dit wettelijke kader er is, is er niet langer reden om voor de rijksdienst, anders dan voor decentrale overheden en zelfstandige bestuursorganen (zbo's), voorwaarden te stellen inzake markttoetreding. Evenmin is er aanleiding om voor het verrichten van economische activiteiten door de rijksdienst andere, althans aanvullende gedragsregels vast te stellen dan die welke in deze wet zijn opgenomen. Het voor de rijksdienst stellen van verdergaande of andere eisen dan de wet doet, zou een frictie opleveren met de door de wetgever gemaakte keuzes. Daarom worden met dit besluit het besluit ter vaststelling van de Aanwijzingen 1998 en de bijbehorende Aanwijzingen 1998 ingetrokken, zodat zowel de toetredingsregels als de gedragsregels en de overige bepalingen van de Aanwijzingen 1998 komen te vervallen.

2. Aanwijzingen voor de rijksdienst inzake toepassing van uitzondering inzake het algemeen belang

Van de Wet markt en overheid zijn op grond van artikel 25h, vijfde lid, uitgezonderd economische activiteiten van overheden en de bevoordeling door overheden van hun overheidsbedrijven, indien die plaatsvinden respectievelijk plaatsvindt in het algemeen belang. De vaststelling dat die economi-

¹ In de Wet markt en overheid wordt het begrip 'bestuursorgaan' gebruikt. Vanwege de leesbaarheid en toegankelijkheid wordt in deze Aanwijzingen de term 'overheidsorganisatie' of 'overheid' gebezigd.



sche activiteiten of die bevoordeling plaatsvinden respectievelijk plaatsvindt in het algemeen belang (verder: de algemeen belangvaststelling) geschiedt op grond van artikel 25h, zesde lid, van de wet bij provincies door provinciale staten, bij gemeenten door de gemeenteraad, bij waterschappen door het algemeen bestuur en bij zbo's door de minister wie het aangaat. Deze twee bepalingen zijn in de wet opgenomen bij het gewijzigd amendement van de leden Ten Hoopen en Vos (Kamerstukken II 2008/09, 31 354, nr. 32). Op deze wijze wordt duidelijkheid geboden wanneer en hoe de uitzondering van het algemeen belang kan worden ingeroepen. Dat is ook van belang voor belanghebbenden met het oog op eventuele inspraak bij de voorbereiding van het desbetreffende besluit en eventueel bezwaar en beroep daartegen. Artikel 25h, zesde lid, van de wet bepaalt echter niet door welk bestuursorgaan van het rijk de algemeen belangvaststelling moet worden gedaan. Het is wenselijk om toch op dit punt alle betrokkenen duidelijkheid te bieden. Daartoe strekken voorlopig de bijgevoegde aanwijzingen van de Minister-President, omdat het wenselijk is dat die duidelijkheid wordt geboden tegelijk met de inwerkingtreding van de Wet markt en overheid en die inwerkingtreding is voorzien op 1 juli 2012. Deze aanwijzingen bevatten interne regels die zijn gericht tot de ministers en de aan hen ondergeschikte dienstonderdelen en personen. Zij zijn verantwoordelijk voor de naleving van de aanwijzingen. De bindende kracht van de aanwijzingen is beperkt tot de rijksdienst. Derden kunnen in beginsel geen rechten ontleen aan de aanwijzingen. Het is het voornemen om de bepaling door welk bestuursorgaan de algemeen belangvaststelling voor de Rijksdienst geschiedt in de Mededingingswet op te nemen. Dit aspect wordt in beginsel meegenomen bij het voorstel 'Wijziging van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt en enige andere wetten in verband met de stroomlijning van het door de Autoriteit Consument en Markt te houden markttoezicht'. Aanbieding van dit wetsvoorstel aan de Tweede Kamer zou in beginsel in de laatste maanden van 2012 kunnen plaatsvinden.