

Vergaderjaar 2001–2002

28 050

Regels omtrent marktactiviteiten van overheidsorganisaties en omtrent ondernemingen die van overheidswege over een bijzondere positie beschikken (Wet markt en overheid)

Nr. 3**MEMORIE VAN TOELICHTING****Inhoudsopgave**

I. Algemeen deel	2	§ 2.3.3 Publiek-private samenwerking en publiek-publieke samenwerking	25
HOOFDSTUK 1. ALGEMEEN	2	§ 2.3.4 Ondernemingen met uitsluitende of bijzondere rechten in andere Europese lidstaten	26
§ 1.1 Regels voor eerlijke concurrentieverhoudingen	2	HOOFDSTUK 3. DE ONDERNEMER EN ZIJN RECHT (TOEZICHT, INSPRAAK EN HANDHAVING)	27
§ 1.2 Maatschappelijke context van het wetsvoorstel	3	§ 3.1 Handhaving van de toetredingsregels	27
§ 1.3 Effecten van marktoptreden door overheidsorganisaties en bepaalde ondernemingen	5	§ 3.1.1 Bestuursrechtelijke rechtsbescherming	27
§ 1.3.1 Economische effecten	5	§ 3.1.2 Civielrechtelijke rechtsbescherming	28
§ 1.3.2 Bestuurlijke effecten	6	§ 3.2 Handhaving van de gedragsregels	28
§ 1.3.3 Conclusie	7	§ 3.2.1 Handhaving door de NMa	28
§ 1.4 Adviezen over de problematiek van ongelijke concurrentieverhoudingen	8	§ 3.2.2 Handhaving van de boekhoudkundige voorschriften	29
§ 1.4.1 MDW-werkgroep Markt en Overheid	8	§ 3.2.3 Relatie tussen toezichthouders	29
§ 1.4.2 SER	8	HOOFDSTUK 4. RELATIE MET ANDERE WETGEVING	30
§ 1.4.3 Conclusie	9	§ 4.1 De Mededingingswet	30
§ 1.5 Overwegingen voor een wettelijke regeling	10	§ 4.2 De wijziging van de Transparantierichtlijn	31
HOOFDSTUK 2. INHOUD WETSVOORSTEL MARKT EN OVERHEID	11	§ 4.3 Het voorstel voor een Kaderwet zelfstandige bestuursorganen	31
§ 2.1 Uitgangspunten van het wetsvoorstel	11	§ 4.4 Wetten met bepalingen die eveneens beogen concurrentievervalsing tegen te gaan	32
§ 2.2 Hoofdpijnen van het wetsvoorstel	13	HOOFDSTUK 5. OVERGANGSRECHT	34
§ 2.2.1 Reikwijdte	13	HOOFDSTUK 6. HET WETSVOORSTEL IN DE PRAKTIJK	34
§ 2.2.2 Toetredingsregels voor overheidsorganisaties	13	§ 6.1 Winst van dit wetsvoorstel	34
§ 2.2.3 Commissie Markt en Overheid	17	§ 6.2 Gevolgen voor individuele bedrijven	35
§ 2.2.4 Gedragsregels voor overheidsorganisaties die marktactiviteiten verrichten	18	§ 6.3 Buitenlandtoets	37
§ 2.2.5 Regels voor het oprichten van een overheidsbedrijf	20	§ 6.4 Uitvoerbaarheidstoets en handhaving	38
§ 2.2.6 Gedragsregels voor ondernemingen met een uitsluitend of een bijzonder recht	21	II. Artikelsgewijze toelichting	39
§ 2.3 Enkele specifieke situaties	22		
§ 2.3.1 Markten in transitie	22		
§ 2.3.2 Bijzondere regels voor de onderzoeksinstellingen	23		

I. ALGEMEEN DEEL

HOOFDSTUK 1. ALGEMEEN

§ 1.1 Regels voor eerlijke concurrentieverhoudingen

Dit voorstel van wet strekt ertoe regels te stellen voor het betreden van markten door overheidsorganisaties en voor het gedrag op de markt van overheidsorganisaties en van ondernemingen die van overheidswege over een bijzondere positie beschikken. Het geeft uitvoering aan het in het regeerakkoord aangekondigde voornemen tot het vastleggen van spelregels voor het marktoptreden door de overheid zelf en tot het voor belanghebbenden via wetgeving afdwingbaar maken van die spelregels (Kamerstukken II 1997/98, 26 024, nr. 10).

Beoogd wordt zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen enerzijds overheidsorganisaties en ondernemingen met een van overheidswege verleende bijzondere positie en anderzijds (andere) particuliere ondernemingen tot stand te brengen. Meer gelijke concurrentieverhoudingen tussen marktpartijen voorkomt oneerlijke concurrentie op de markt. Er worden regels gesteld aan de toetreding tot de markt door overheidsorganisaties. Hiervan is sprake wanneer een overheidsorganisatie marktactiviteiten gaat verrichten of wanneer zij een overheidsbedrijf opricht. Daarnaast worden regels gesteld aan het gedrag op de markt van overheidsorganisaties, onderzoeksinstellingen en ondernemingen met een uitsluitend of bijzonder recht. Met deze regels wordt de positie van de particuliere ondernemer verbeterd om zich te weren tegen (mogelijk) negatieve effecten van marktactiviteiten door genoemde organisaties.

Het wetsvoorstel heeft een relatief lange voorgeschiedenis. Klachten van ondernemers over oneerlijke concurrentie door overheden en organisaties met een band met de overheid vormden de aanleiding. In het kader van de operatie Marktwerking, deregulering en wetgevingskwaliteit (hierna: MDW) is eind 1995 een werkgroep (hierna: werkgroep Markt en Overheid) ingesteld om deze problematiek te onderzoeken en oplossingen hiervoor aan te dragen. Deze werkgroep heeft in haar eindrapport van begin 1997 een kader aangedragen voor aanpak van deze problematiek. Het toenmalige kabinet heeft in zijn standpunt bij dit rapport aangegeven de aanbevelingen te onderschrijven en te streven naar een wettelijk eindperspectief (Kamerstukken II 1996/97, 24 036, nr. 45). De Tweede Kamer heeft vervolgens een motie aangenomen, waarin wordt aangedrongen op een voortvarende voorbereiding van een wetsvoorstel (Kamerstukken II 1996/97, 24 036, nr. 51).

In een implementatietraject is ervaring opgedaan met de toepassing van het kader van de werkgroep Markt en Overheid voor diverse soorten organisaties en sectoren. Vooruitlopend op een wettelijke voorziening zijn Aanwijzingen inzake het verrichten van marktactiviteiten door organisaties binnen de rijksdienst (hierna: de Aanwijzingen) vastgesteld (Stcrt.1998, 95). Vervolgens is in het regeerakkoord van augustus 1998 het voornemen om te komen tot een wettelijke regeling bevestigd. Met het oog hierop is de Sociaal-Economische Raad (hierna: SER) begin 1999 advies gevraagd over drie modaliteiten van een wettelijke regeling. In september 1999 heeft de SER geadviseerd dat een wettelijke regeling wenselijk is en heeft hij tevens een voorstel gedaan voor de invulling van een dergelijke regeling (zie paragraaf 1.4.2). Dit wetsvoorstel is gebaseerd op de ervaringen die zijn opgedaan tijdens de implementatie van de aanbevelingen van de werkgroep Markt en Overheid en op de Aanwijzingen en op het SER-advies.

Het wetsvoorstel bevat regels voor overheidsorganisaties, onderzoeksinstellingen en ondernemingen met uitsluitende of bijzondere rechten. Er

worden eisen gesteld aan de *toetreding tot de markt* door overheidsorganisaties. De (markt)activiteiten van overheidsorganisaties waar het wetsvoorstel betrekking op heeft betreffen het leveren van goederen of diensten aan derden waarbij de overheidsorganisatie in concurrentie treedt met private ondernemers. De toetredingsregels vereisen een formele grondslag voor deze marktactiviteiten. Toetreding tot een markt kan ook plaatsvinden via een overheidsbedrijf. Het vereiste van een formele grondslag geldt daarom ook voor het oprichten van of deelnemen in overheidsbedrijven. In beide situaties betekent dit dat overheidsorganisaties pas na een expliciete afweging, waarbij aandacht wordt gegeven aan de effecten op de markt en de belangen van particuliere ondernemers, kunnen toetreden tot de markt. De toetredingsregels worden gehandhaafd doordat tegen besluiten daaromtrent bezwaar en beroep op grond van de Algemene wet bestuursrecht (hierna Awb) openstaat. Een Commissie markt en overheid wordt ingesteld om in de eerste jaren na inwerkingtreding van deze wet de toepassing van de toetredingsregels te ondersteunen.

Daarnaast bevat dit wetsvoorstel regels voor het *gedrag op de markt* van overheidsorganisaties en onderzoeksinstituten. Voor ondernemingen met uitsluitende en bijzondere rechten gelden eveneens gedragsregels. Ter ondersteuning van deze gedragsregels worden boekhoudkundige voorschriften gesteld. Handhaving van de gedragsregels wordt opgedragen aan de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa). In onderstaande tabel wordt een en ander schematisch weergegeven:

Organisatie	Welke activiteiten?	Welke regels zijn van toepassing?	
		Toetredingsregels	Gedragsregels
Overheidsorganisatie (art. 1)	– Marktactiviteiten (art. 1) – Oprichten van/deelnemen in overheidsbedrijf (art. 2)	Hoofdstuk 2 Hoofdstuk 3	Hoofdstuk 5 Artikel 25 + statutaire bepalingen
Onderzoeksinstituut (H. 7)	Marktactiviteiten gericht op kennisontwikkeling of kennisoverdracht (H. 7, art. 32)	Hoofdstuk 7	Hoofdstuk 7
Onderneming met bijzonder of uitsluitend recht (art. 1)	Activiteiten welke niet voortvloeien uit bijzonder of uitsluitend recht (art. 1, eerste lid, ond. h)	N.v.t.	Hoofdstuk 6

(In tabel wordt verwezen naar de bijbehorende hoofdstukken dan wel artikelen uit het wetsvoorstel)

§ 1.2 Maatschappelijke context van het wetsvoorstel

De Nederlandse samenleving kent een gemengde economische orde. Daarin worden het produceren en leveren van goederen en het verrichten van diensten in beginsel overgelaten aan particuliere ondernemingen die in vrijheid met elkaar concurreren. Ook in artikel 4, eerste lid, van het verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschappen (hierna: EG-verdrag) wordt het beginsel van een open markteconomie met vrije mededinging als uitgangspunt genomen. Soms functioneren markten evenwel onvoldoende of zijn er vitale belangen in het geding. In dergelijke situaties hebben nationale overheden reden gezien om ordenend op te treden en de voortbrenging en afzet van goederen en diensten aan regels te binden. Daarnaast hebben overheidsorganisaties ook zelf de productie van goederen en diensten ter hand genomen en, wanneer zij dat niet meer nodig achtten, weer afgestoten. Zo is in de loop van de tijd in onze economie steeds sprake geweest van een getijdenbeweging tussen private en publieke voortbrenging van goederen en diensten. De afgelopen tien jaar is de scheidslijn tussen het publieke en private domein in de productie en distributie van goederen en het verrichten van diensten ten opzichte van de daaraan voorafgaande decennia merkbaar gewijzigd. Naast de nieuwe technologische mogelijkheden en de toeneemende internationale concurrentie vormen de volgende ontwikkelingen daartoe de aanleiding.

Enerzijds zijn overheidsorganisaties ertoe overgegaan het leveren van bepaalde goederen of diensten, geheel of gedeeltelijk, over te laten aan private ondernemingen. Overheidsorganisaties hebben taken geheel afgestoten en overgelaten aan de markt, of taken of onderdelen daarvan uitbesteed aan private ondernemingen (bijvoorbeeld in het geval van het KNMI zijn de marktactiviteiten afgestoten nadat Meteo Consult de markt betrad). Overheidsonderdelen die goederen of diensten produceren of leveren zijn verzelfstandigd en speler geworden op een voorheen gesloten markt waar ook private ondernemingen actief kunnen zijn. Ook is er sprake geweest van liberalisering van tot dusverre sterk gereguleerde bedrijfssectoren. Voorbeelden hiervan zijn de traditionele nutsectoren, zoals telecommunicatie, energieproductie en openbaar vervoer. Waar voorheen nog alleen bedrijven in eigendom van overheden actief waren op deze markten, zijn nu ook private ondernemingen actief. Deze verschuivingen van een publieke naar een (meer) private productie worden vaak ingegeven door de behoefte van de overheid om zich op haar kerntaken terug te trekken en door het streven naar beperking van de overheidsuitgaven en een doelmatiger dienstverlening.

Deze ontwikkeling naar meer private voortbrenging van publieke goederen en diensten heeft recent tot de vraag geleid hoe het publiek belang het best kan worden geborgd. De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (hierna: WRR), bepleit in zijn rapport «Het borgen van publiek belang» (Sdu, Den Haag, mei 2000) om de wat-vraag (wat is het publiek belang) te scheiden van de hoe-vraag (hoe kan deze het beste worden geborgd). Volgens de WRR zijn er verschillende borgingsmechanismen met ieder zijn voor- en nadelen. Het inschakelen van de markt wordt door de WRR daarbij als een van de mogelijkheden gezien, die echter moet worden afgewogen tegen andere mechanismen. Het overheidsorgaan dient zich dus, nadat het publiek belang is vastgesteld, de vraag te stellen wat de meest aangewezen weg is om dat publiek belang te dienen.

Anderzijds houden overheidsorganisaties zich, rechtstreeks of via overheidsbedrijven, in toenemende mate bezig met het leveren van goederen of het verrichten van diensten in concurrentie met het derde. Dit doen zij (vaak) ten dele of uitsluitend om inkomsten te verwerven. Deze tendens hangt enerzijds samen met de sanering van de overheidsfinanciën, die overheidsorganisaties ertoe heeft genoopt – al dan niet op eigen initiatief – via de markt (extra) financiële middelen te verwerven. Anderzijds wordt deze tendens gestimuleerd door de opvatting dat het in concurrentie treden met particuliere ondernemers leidt tot een doelmatiger en klantgerichtere publieke dienstverlening («de ondernemende overheid»). Mede hierdoor is een meer «marktgerichte» wijze van overheidshandelen ontstaan. De resulterende cultuuromslag heeft onder andere bij de zojuist genoemde WRR de twijfel opgeroepen of de normen en waarden die behoren bij het overheidshandelen in zo'n organisatie niet te sterk onder druk komen te staan.

Een gevolg van beide ontwikkelingen is dat de grens tussen het publieke en private domein aan verandering onderhevig is. Het leveren van goederen en diensten die als overheidstaak werden of nog worden beschouwd vindt meer dan voorheen in het private domein plaats. Ook steeds meer overheidsorganisaties hebben zelf de markt betreden. Bij deze ontwikkeling is er te weinig oog geweest voor het feit dat het verrichten van marktactiviteiten door overheidsorganisaties en aan de overheid gerelateerde ondernemingen onder vaak ongelijke concurrentievoorwaarden gebeurt ten opzichte van (andere) private ondernemingen op de desbetreffende markt. Gevolg is dat markten bedoeld dan wel onbedoeld verstoord worden en ongewenste effecten kunnen optreden.

1.3.1 Economische effecten

Marktoptreden door overheidsorganisaties kan leiden tot knelpunten van economische aard. De concurrentievoordelen die de overheidsorganisaties genieten ten opzichte van (andere) particuliere ondernemingen kunnen leiden tot welvaartsverlies wanneer door het benutten van deze voordelen efficiëntere producenten uit de markt worden gedrukt. Daardoor komt mogelijk ook het innovatieve vermogen van de desbetreffende markt onder druk te staan.

Voor een oordeel over de vraag naar de economische effecten van het marktoptreden van overheidsorganisaties, is in de eerste plaats van belang dat deze organisaties, als gevolg van hun overheid-zijn, wezenlijk verschillen van particuliere ondernemingen. Dit geldt zowel voor hun doelstellingen als wat betreft hun middelen bij het opereren op de markt. Bij overheidsorganisaties staan publieke doelstellingen voorop. Het realiseren daarvan is in veel gevallen naar bedrijfseconomische maatstaven verliesgevend en niet doelmatig. Overheidsorganisaties hebben vanwege hun publieke taakopdracht in het algemeen niet de mogelijkheid om deze activiteiten af te stoten. Evenmin kunnen zij gemakkelijk inspelen op bijzondere wensen van burgers en hun aanbod om die reden differentiëren. Overheidsorganisaties die de markt betreden zullen vaak door hun afnemers, ook als het niet om publieke bevoegdheden gaat, op vergelijkbare aspecten worden afgerekend, zoals billijke prijzen en leveringszekerheid. Particuliere ondernemingen kunnen zich gemakkelijker aanpassen aan verander(en)de marktsituaties. Het gevolg is dat overheidsorganisaties daarom vaak minder efficiënt kunnen optreden dan particuliere ondernemingen. Dit geldt ook als de overheidsorganisatie haar marktactiviteiten onderbrengt in een aparte rechtspersoon (het overheidsbedrijf).

Belangrijker nog is dat veel overheidsorganisaties naast de inkomsten uit marktactiviteiten over een belangrijke andere inkomstenbron beschikken, namelijk inkomsten uit belastingen en heffingen. Door die inkomsten kan een overheidsorganisatie onrendabele marktactiviteiten voortzetten, terwijl een private onderneming deze zou stopzetten. Immers, als de feitelijke kostprijs hoger is dan de kostprijs van de concurrenten, kan een overheidsorganisatie door een gedeeltelijke bekostiging uit de publieke middelen toch een concurrerende prijs vragen. Door deze bekostigingsmogelijkheid is een overheidshuishouding in tegenstelling tot een bedrijfshuishouding minder gevoelig voor «de tucht van de markt» en ontbeert de desbetreffende overheid de krachtige stimulans tot een zo efficiënt en vraaggericht mogelijk presteren. Dit wordt nog versterkt doordat het streven naar winst voor een overheidsorganisatie nooit de primaire doelstelling zal zijn van haar handelen. Voor een bedrijfshuishouding daarentegen betekent de tucht van de markt dat zij producten of diensten moet aanbieden die niet alleen overeenstemmen met de eisen van de afnemers, maar die ook tegen zo gering mogelijke kosten zijn geproduceerd. Hoewel bedrijven de ruimte hebben om tijdelijk opbrengsten uit de ene marktactiviteit te benutten voor het veroveren van nieuwe markten, zijn zij bij voldoende concurrentie niet in staat dat tot in het oneindige voort te zetten. Dit is in essentie het verschil met overheden. Particuliere ondernemingen kennen ook de tucht van de kapitaalmarkt. Financiers zullen van het management een bepaald rendement eisen en daarom scherp op effectiviteit en doelmatigheid letten. Een vergelijkbare situatie als deze tucht van de kapitaalmarkt is bij overheidsorganisaties in het algemeen in veel mindere mate aanwezig, daar publieke doelen zullen worden afgewogen tegen het streven naar efficiency.

Overheidsorganisaties kunnen ook andere concurrentievoordelen hebben als de afwezigheid van de plicht tot het betalen van vennootschapsbelasting en omzetbelasting, lagere kosten van vermogen, arbeid en productiemiddelen, voordeliger afzetcondities zoals afzetgaranties, continuïteit, imago, bestaande klantenkring, prijsvoordelen voor afnemers, afhankelijkheid en gebondenheid van afnemers en eventuele publiekrechtelijke bevoegdheden ten aanzien van marktactiviteiten die de betrokken overheid zelf ook verricht. Sommige van deze voordelen zijn altijd aanwezig, zoals de lagere vermogenskosten. Andere kunnen zich van geval tot geval voordoen. De concurrentienadelen liggen meer op het institutionele en bestuurlijke vlak, zoals het moeten voldoen aan maatstaven die voortvloeien uit de beginselen van behoorlijk bestuur. De hier beschreven effecten treden ook op bij ondernemingen die van overheidswege over uitsluitende of bijzondere rechten beschikken. Al beschikken ze niet over de mogelijkheid belastingen te heffen als inkomstenbron, door hun uitsluitende of bijzondere rechten zijn zij net als overheidsorganisaties minder gevoelig voor de tucht van de markt. Voorbeelden zijn ondernemingen die een voor hen gereserveerde kring van (gebonden) klanten bedienen, zoals bijvoorbeeld het geval is bij de kabelbedrijven. Uit deze bijzondere positie kunnen concurrentievoordelen voortvloeien die een onderneming met een uitsluitend of bijzonder recht kan aanwenden voor *andere* activiteiten dan die waarvoor uitsluitende of bijzondere rechten zijn verleend. Bijvoorbeeld door het aanwenden van overwinsten uit een monopolie dat samenhangt met een uitsluitend recht, kan een onderneming gemakkelijker de concurrentie aangaan op andere markten. Het kan echter ook om minder zichtbare voordelen gaan, zoals het bezit van informatie over de gebonden klanten. De prikkels voor overheidsorganisaties, overheidsbedrijven en ondernemingen met uitsluitende of bijzondere rechten om zoveel mogelijk te voldoen aan de wensen van de afnemers en zo efficiënt mogelijk te produceren zijn dus in het algemeen minder scherp dan voor particuliere ondernemingen. Op zich kan dit ook doelbewust beleid zijn wanneer de goederen of diensten worden aangeboden met het oog op een publiek belang. Hoewel particuliere ondernemingen direct kunnen worden geraakt doordat zij als gevolg van de beschreven concurrentievoordelen op achterstand blijken te staan en daardoor afzet verliezen, zijn uiteindelijk de afnemers de dupe van ongelijke concurrentieverhoudingen. De afnemer betaalt in meer of mindere mate de kosten van de inefficiëntie, waardoor een welvaartsverlies optreedt. Daarnaast kan, wanneer marktactiviteiten van een overheidsorganisatie gedeeltelijk bekostigd worden uit de publieke middelen, de lastendruk hoger zijn dan noodzakelijk is. Bij ondernemingen met een uitsluitend of bijzonder recht bestaat het risico dat de kosten van de overige activiteiten verhaald worden op de gebonden klanten.

Iedere toetreding tot een markt – ongeacht of dit gebeurt door een overheidsorganisatie of door een particuliere onderneming – heeft gevolgen voor de ruimte die zittende ondernemingen op deze markt hebben. Dit is op zich niet erg en vormt een prikkel voor zittende ondernemers om scherp te blijven. Problematisch is dat bij toetreding door overheidsorganisaties of ondernemingen met uitsluitende of bijzondere rechten, partijen op een open markt komen die over voordelen beschikken waarover de andere marktpartijen niet beschikken. Als gevolg daarvan kan welvaartsverlies optreden. Hoe nadelig de optredende concurrentievoordelen zijn voor de welvaart is afhankelijk van de verstoring van de markt waarop deze voordelen worden aangewend.

1.3.2 Bestuurlijke effecten

Naast economische effecten brengt het verschijnsel dat overheidsorganisaties in toenemende mate activiteiten op open markten verrichten

ook uit bestuurlijk oogpunt risico's met zich. Er kan onduidelijkheid ontstaan over de inhoud van de overheidstaak, wanneer een overheidsorganisatie producten of diensten levert die ook door particuliere aanbieders op de markt worden gebracht. In veel gevallen wordt bovendien overgegaan tot het verrichten van marktactiviteiten zonder dat daaraan een doorzichtige besluitvormingsprocedure is voorafgegaan. De legitimering van het verrichten van deze activiteiten ontbreekt dan of is op zijn minst niet helder. Zo kan een overheidsorganisatie steeds meer marktactiviteiten gaan verrichten, zonder dat voldoende duidelijk is dat deze marktactiviteiten de aangewezen weg vormen voor het behartigen van het publiek belang. Het risico bestaat daardoor dat marktactiviteiten een onevenredig groot beslag leggen op de middelen en aandacht van de desbetreffende overheidsorganisatie. Dit kan tot gevolg hebben dat die overheidsorganisatie haar kerntaken ter behartiging van het publieke belang minder goed of tegen hogere kosten gaat verrichten. Door het verrichten van marktactiviteiten neemt ook de financiële kwetsbaarheid van een overheidsorganisatie toe. De opbrengst van marktactiviteiten kan tegenvallen, waardoor kosten onvoldoende worden gedekt. Gelden die voor een (andere) publieke taak gereserveerd waren, moeten daardoor wellicht worden ingezet voor deze marktactiviteiten. Ook het omgekeerde kan het geval zijn, namelijk dat opbrengsten die verkregen zijn op een open markt, ingezet worden voor de publieke taak. De financiële afhankelijkheid van deze afzet neemt toe, en daarmee ook de financiële kwetsbaarheid van de organisatie. Ten slotte houdt het verrichten van marktactiviteiten in bepaalde gevallen een risico in voor de integriteit van de overheidsorganisatie. Een overheidsorganisatie die is belast met het verlenen van vergunningen voor het verrichten of laten verrichten van activiteiten door particuliere ondernemingen, laadt op zijn minst de schijn van partijdigheid op zich, als zij ook zelf die activiteiten in concurrentie met die ondernemingen verricht. Ook zal het op steeds grotere schaal verrichten van marktactiviteiten door een overheidsorganisatie ertoe kunnen leiden dat bij haar bestuurlijke afwegingen commerciële belangen gaan prevaleren boven publieke belangen. Zo kan de uitvoering van de overheidstaak waar marktactiviteiten uit voortvloeien op den duur op gespannen voet komen te staan met het in acht nemen van de regels van behoorlijk bestuur.

1.3.3 Conclusie

In het voorgaande zijn ongewenste economische effecten en bestuurlijke risico's besproken van het verrichten van marktactiviteiten door overheidsorganisaties op markten. Ook is aandacht besteed aan ondernemingen met een uitsluitend of bijzonder recht die een andere markt betreden. Deze economische effecten en bestuurlijke risico's vragen om een fundamentele aanpak. De aanpak dient in de eerste plaats gericht te zijn op het reguleren van de toetreding van overheidsorganisaties tot markten en op de afbakening van hun werkzaamheden. De problemen zijn immers primair terug te voeren op het feit dat overheidsorganisaties tot open markten toetreden en dat zij door het verrichten van marktactiviteiten altijd bedoelde én onbedoelde effecten op de markt hebben. In tweede instantie dient een aanpak zich te richten op het gedrag van eenmaal tot de markt toegetreden overheidsorganisaties en van ondernemingen met uitsluitende of bijzondere rechten.

Door het betreden van de markt door overheidsorganisaties te reguleren wordt de mogelijkheid geschapen dat andere marktpartijen op deze regels een beroep kunnen doen indien zij zich in hun belangen geschaad achten. Algemene regels brengen uniformiteit voor allerlei soorten overheidsorganisaties en in de mogelijkheden voor rechtsbescherming. Het kabinet is voornemens aanpalend aan dit wetsvoorstel bestaande regels ter voorkoming van de markt en overheid-problematiek te heroverwegen. Met het

opstellen van dit wetsvoorstel wordt derhalve bereikt dat in de sectorale wetgeving geen voorzieningen hoeven worden getroffen. Daarmee wordt tegemoet gekomen aan het streven om terughoudend te zijn met het opstellen van nieuwe regelgeving.

§ 1.4 Adviezen over de problematiek van ongelijke concurrentieverhoudingen

1.4.1 MDW-werkgroep Markt en Overheid

In de aanloop naar dit wetsvoorstel zijn twee richtinggevende adviezen beschikbaar gekomen. In de eerste plaats heeft, in het kader van de operatie MDW, de werkgroep Markt en Overheid in februari 1997 haar eindrapport uitgebracht. De werkgroep nam als uitgangspunt dat overheidsinstellingen zich in dezelfde concurrentiepositie dienen te bevinden als private ondernemingen wanneer overheidsinstellingen bij of naast hun taak in concurrentie treden met deze ondernemingen. De voorgrond die overheidsinstellingen bij hun marktoptreden kunnen hebben, is door het stellen van gedragsregels niet volledig teniet te doen. De werkgroep beval daarom onder meer aan om een uniform en preventief werkend normenstelsel tot stand te brengen voor de gehele overheid, van centraal tot lokaal, voor publiekrechtelijke en privaatrechtelijke organisaties, gericht op het voorkomen van betreden van de markt door overheidsinstellingen. Dit normenstelsel droeg het karakter van een verbodstelsel. Uiteindelijk werd aanbevolen om door middel van wetgeving een voldoende bindende regeling van gelijke concurrentiecondities tot stand te brengen en een voldoende onafhankelijk toezicht te bewerkstelligen waarop derden een beroep kunnen doen.

In zijn reactie (Kamerstukken II 1996/97, 24 036, nr. 45) op het rapport van de werkgroep Markt en Overheid heeft het toenmalige kabinet te kennen gegeven de aanbevelingen als een goed beoordelingskader te beschouwen en deze langs vier lijnen te implementeren. In de eerste lijn zijn organisaties binnen de rijksoverheid doorgelicht. Dit heeft geresulteerd in de Aanwijzingen. In de tweede lijn is een aantal clusters van organisaties geanalyseerd, wat heeft geleid tot specifieke aanbevelingen (Kamerstukken II 1998/99, 24 036, nr. 112). Naar aanleiding hiervan is gesuggereerd om tot generieke wetgeving te komen. In de derde lijn is in samenwerking met mede-overheden de toepassing van de aanbevelingen op decentraal niveau onderzocht. De vierde lijn behelst de uitwerking en vormgeving van een toezichtsstructuur. Deze lijn is uiteindelijk uitgewerkt bij de totstandkoming van dit wetsvoorstel.

1.4.2 SER

Het tweede belangrijke advies is opgesteld door de SER. De ministers van Economische Zaken en van Justitie hebben op 24 februari 1999, namens het kabinet, de SER gevraagd om te adviseren over het in het regeerakkoord vastgelegde voornemen spelregels voor het marktoptreden van de overheid wettelijk te verankeren en deze regels afdwingbaar te maken voor belanghebbenden. De SER heeft zijn advies «Markt & Overheid» op 17 september 1999 uitgebracht. Hieronder worden de hoofdpunten uit het advies beschreven.

De SER juicht het toe dat het kabinet met concrete voorstellen tot wetgeving komt die erop zijn gericht oneerlijke concurrentieverhoudingen tussen marktpartijen zoveel mogelijk te elimineren. Ook onderschrijft de SER het streven van het kabinet om te komen tot een integrale regeling; de SER acht het uit een oogpunt van rechtsgelijkheid ongewenst dat per sector uiteenlopende regelgeving zou ontstaan.

De SER acht een algeheel verbod op het verrichten van marktactiviteiten door overheden en ondernemingen met een band met de overheid (obo's)

te knellend. Hij kiest daarom voor een «ja, mits» variant. Marktactiviteiten mogen worden verricht, mits hiervoor een wettelijke basis bestaat. Ook acht de SER het noodzakelijk dat een afweging plaatsvindt van de concreet in het geding zijnde belangen van de desbetreffende overheid of obo en die van betrokken particuliere ondernemingen op de markt waarop de marktactiviteit van de overheid of obo zich richt. Om tot een zorgvuldige en doelmatige afweging te komen, dienen zowel juridische als sociaal-economische aspecten in beschouwing te worden genomen. De SER acht een aanvulling op de regels die uit de Mededingingswet voortvloeien zinvol. De SER wenst gedragsregels ten behoeve van een evenredige toerekening van kosten, een doorzichtige administratie en inzake het gebruik van overheidsgegevens. Situaties van evidente functievermenging moeten worden voorkomen. De SER stelt voor de NMa te belasten met het toezicht op de naleving van de gedragsregels. Het kabinet heeft in zijn reactie op het SER-advies (Kamerstukken II 1999/2000, 24 036, nr. 152 blz. 6–8) aangegeven dit advies te beschouwen als een ondersteuning voor het voorgenomen beleid. Indien een overheid tot een markt wil toetreden dan is er gedegen besluitvorming nodig, naast spelregels voor het marktoptreden zelf. Daarbij heeft het kabinet toegezegd in de memorie van toelichting bij een wettelijke regeling nader in te gaan op de wijze waarop met meer specifieke onderdelen van het SER-advies rekening wordt gehouden. Hieraan wordt in deze toelichting gehoor gegeven, door op die plaatsen waar afgeweken wordt van het SER-advies, op de redenen van die afwijking uitdrukkelijk in te gaan.

1.4.3 Conclusie

In de adviezen is naar voren gebracht dat het wenselijk is eisen te stellen aan het gedrag op markten van overheidsorganisaties en ondernemingen met een uitsluitend of bijzonder recht. Dit moet bevorderen dat in situaties waarin marktactiviteiten door overheidsorganisaties worden verricht of ondernemingen met een uitsluitend of bijzonder recht andere activiteiten verrichten op de markt dan die welke voortvloeien uit het verkregen recht, de concurrentie met (andere) particuliere ondernemingen zoveel mogelijk onder gelijke concurrentievoorwaarden plaatsvindt. Daarnaast gaan beide adviezen in op de vraag of toetreding tot markten door overheidsorganisaties mogelijk moet zijn en onder welke voorwaarden. Beide adviezen concluderen dat naast gedragsregels toetredingsregels noodzakelijk zijn.

In twee opzichten wijkt het SER-advies af van het eindrapport van de werkgroep Markt en Overheid. In de eerste plaats deed dat eindrapport alleen aanbevelingen met betrekking tot de activiteiten die naast de publieke taak worden verricht. De SER is echter van mening dat ondernemers de ongelijke concurrentiepositie bij alle activiteiten kunnen voelen, en dat de nadelige effecten van inefficiëntie en onduidelijkheid omtrent de afbakening en legitimatie van die overheidstaak zich altijd kunnen voordoen, ongeacht of sprake is van een hoofd- of nevenactiviteit. Deze constatering wordt bevestigd door de hiervoor beschreven economische en bestuurlijke effecten. In de tweede plaats beval de werkgroep Markt en Overheid aan het verrichten van activiteiten naast de publieke taak te verbieden, behalve in een limitatief aantal gevallen. De SER acht een verbod van marktactiviteiten, ook als dat zich zou beperken tot activiteiten naast de publieke taak, niet in overeenstemming met de eigen keuzevrijheid van overheidsorganisaties om binnen de grenzen van de wet de inhoud van hun werkzaamheden te bepalen. Op beide punten is er reden aan te sluiten bij het advies van de SER. Regels voor het betreden van markten door overheidsorganisaties (toetredingsregels) zijn noodzakelijk om te voorzien in een zorgvuldige afweging alvorens de markt te betreden. In deze afweging dient het openbaar belang dat gediend is met

het betreden van de markt te worden afgewogen tegen de mogelijke nadelige gevolgen voor andere partijen op die markt.

De SER pleit ook voor toetredingsregels voor ondernemingen met uitsluitende of bijzondere rechten. Het advies gaat in dit opzicht verder dan wij wenselijk achten. Het generiek beperken van de mogelijkheid andere activiteiten te ontplooiën dan die waarvoor een uitsluitend of bijzonder recht is verleend, door het stellen van toetredingsregels, zou een disproportioneel middel zijn om de ongelijkheid in concurrentievoorwaarden tussen ondernemingen met uitsluitende of bijzondere rechten en andere ondernemingen te voorkomen. Immers, ondernemingen met uitsluitende of bijzondere rechten behoren niettegenstaande die rechten niet tot het publieke domein, althans voor zover het geen ondernemingen zijn die behoren een overheidsorganisatie. Aan private ondernemingen met uitsluitende of bijzondere rechten, voor zover het geen overheidsbedrijven zijn, dient niet de mogelijkheid te worden ontzegd datgene te doen wat bij uitstek een ondernemingsactiviteit is: het ontplooiën van nieuwe activiteiten. In plaats van hieraan in het algemeen beperkingen op te leggen, kan beter van geval tot geval bij de toekenning van het uitsluitende of bijzondere recht worden bezien, of inperking van deze vrijheid wenselijk is. Bovendien gaan de bestuurlijke overwegingen die er onder meer voor pleiten de toetreding tot markten door overheidsorganisaties te reguleren, vanzelfsprekend niet op voor private ondernemingen met uitsluitende of bijzondere rechten.

§ 1.5 Overwegingen voor een wettelijke regeling

Vanuit een oogpunt van consistentie van beleid en van rechtsgelijkheid is het van belang dat er algemeen geldende en toepasbare toetredings- en gedragsregels worden gecreëerd. Er is weliswaar sprake van verschillende typen overheidsorganisaties en ondernemingen met uitsluitende of bijzondere rechten en uiteenlopende marktactiviteiten, maar dat neemt niet weg dat het in alle gevallen op dezelfde problematiek neerkomt: oneerlijke concurrentie doordat overheidsorganisaties en ondernemingen die van overheidswege beschikken over uitsluitende of bijzondere rechten door hun positie bijzondere concurrentievoordelen hebben. Daarnaast is het voor ondernemers die concurrentie ondervinden van groot belang dat er een goed toegankelijke manier is om naleving van de regels af te dwingen.

Een en ander betekent dat zelfbinding in de vorm van interne aanwijzingen binnen of convenanten tussen overheidsorganisaties, evenals sectorwetgeving, onvoldoende waarborgen bieden voor de noodzakelijke uniformiteit van de toe te passen normen en voor een uniforme rechtsgang. Zelfbinding is in beginsel niet afdwingbaar.

Over de thans bestaande mogelijkheden voor ondernemers om juridische middelen aan te wenden tegen marktoptreden van overheidsorganisaties merken wij het volgende op. In de huidige situatie is er voor overheidsorganisaties geen verplichting om tot een expliciete besluitvorming te komen over het verrichten van marktactiviteiten. Als wel een besluit wordt genomen, dan moet dat worden aangemerkt als een besluit tot het verrichten van een privaatrechtelijke rechtshandeling. In beide gevallen is dan geen beroep mogelijk bij de bestuursrechter (artikelen 8.1, eerste lid, en 8.3 van de Awb). Wel bestaat de mogelijkheid tegen het marktoptreden van een overheidsorganisatie een actie uit onrechtmatige daad in te stellen (zie het Vecta-arrest, HR 8-3-1974, NJ 1974, 264). Dat is een mogelijkheid achteraf voor een individuele gedupeerde, waarbij deze aannemelijk moet maken dat het publieke belang dat wordt gediend met de marktactiviteit niet opweegt tegen de schade die aan hem wordt berokkend. Uit het Vecta-arrest blijkt dat het de Staat vrij staat diensten te verlenen die niet vallen binnen de wettelijke taakomschrijving, ook als de Staat zich als overheidsorgaan aan het publiek presenteert en als zij met die dienstverle-

ning aan het vrije rechtsverkeer deelneemt. Het is mogelijk voor ondernemers die menen oneerlijke concurrentie van deze activiteiten te ondervinden, zich tot de burgerlijke rechter te wenden op grond van artikel 162 van boek 6 van het Burgerlijk Wetboek. Dit biedt ondernemers veel minder mogelijkheden op te komen tegen oneerlijke concurrentie dan die van het voorliggende wetsvoorstel. Verschil is met name dat ingevolge de toets van het Vecta-arrest, uitsluitend een belangenafweging plaats zal vinden tussen de belangen van de overheidsorganisatie en de belangen van particuliere ondernemers, terwijl ingevolge artikel 6 van het wetsvoorstel ook vragen aan de orde komen over het openbare belang dat wordt gediend met het uitvoeren van de marktactiviteit en de geldmiddelen die een overheidsorganisatie beschikbaar stelt voor het verrichten van een marktactiviteit. Bovendien zal een onrechtmatige daadsactie pas aan de orde kunnen komen wanneer de overheidsorganisatie al marktactiviteiten verricht en schade aantoonbaar is. Het wetsvoorstel heeft echter betrekking op een eerdere fase, waarin nog een besluit moet worden genomen over het verrichten van marktactiviteiten. Bovendien hebben belanghebbenden inspraak bij de voorbereiding van dit besluit. Daarnaast is het starten van een civiele procedure een hogere drempel voor belanghebbenden dan het starten van een bezwaar- en beroepsprocedure naar aanleiding van een besluit van een overheidsorganisatie.

Ook de Mededingingswet is, ondanks het verbod op misbruik van economische machtspositie dat daarin is opgenomen, niet toereikend om de markt en overheid-problematiek aan te pakken (zie nadere toelichting paragraaf 4.1). De werkgroep Markt en Overheid achtte het mede daarom in haar eindrapport wenselijk een normenstelsel te creëren waarop de gedupeerde zich zo nodig kan beroepen. Alleen een algemene wettelijke regeling biedt de mogelijkheid om voor alle sectoren in de economie een gelijk speelveld te creëren en de gewenste rechtsgelijkheid te waarborgen. Met een zodanige wettelijke regeling kan bovendien uitvoering worden gegeven aan het regeerakkoord en kunnen aanbevelingen uit het eindrapport van de werkgroep Markt en Overheid en die uit het advies van de SER worden opgevolgd.

HOOFDSTUK 2. INHOUD WETSVOORSTEL MARKT EN OVERHEID

§ 2.1 Uitgangspunten van het wetsvoorstel

In het wetsvoorstel wordt ervoor gekozen, conform het advies van de SER, enerzijds regels te stellen aan de toetreding tot de markt en anderzijds regels te stellen ten aanzien van het gedrag op de markt. De regels tezamen dienen oneigenlijke concurrentievoordelen zoveel als mogelijk te voorkomen.

Er is, in navolging van het SER-advies, niet gekozen voor een algemeen verbod op marktactiviteiten voor overheidsorganisaties. Een verbod op het verrichten van marktactiviteiten biedt wel een fundamentele oplossing voor het vraagstuk van ongelijke concurrentieverhoudingen maar veronachtzaamt dat marktactiviteiten noodzakelijk kunnen zijn om publieke belangen te realiseren. Daarom zou een dergelijk verbod gepaard moeten gaan met een keur van uitzonderingen voor die situaties waarin het betreden van de markt welvaartsverhogend kan worden geacht. Tevens leidt een algemeen verbod tot een aantasting van de fundamentele vrijheid van overheden met een open huishouding datgene te doen wat zij hun taak achten. Dit wordt immers mede door politieke besluitvorming bepaald.

Een verschil tussen overheidsorganisaties en ondernemingen kan voortkomen uit de plicht tot het betalen van vennootschapsbelasting. Deze ongelijkheid wordt niet geredresseerd door dit wetsvoorstel. Het Minis-

terie van Financiën onderzoekt in een separaat traject de mogelijkheden op dit terrein.

Het wetsvoorstel is op de volgende uitgangspunten gebaseerd.

Het *eerste* uitgangspunt is dat het produceren en leveren van goederen en het verrichten van diensten op een open markt in een gemengde economie als de Nederlandse slechts bij uitzondering, dat wil zeggen om bijzondere redenen, door overheidsorganisaties ter hand kan worden genomen, maar in het algemeen aan private ondernemers dient te worden overgelaten. In die bijzondere omstandigheden draagt het overheidsoptreden bij aan de welvaart in meest ruime zin van het woord. Het is daarom niet onredelijk van overheidsorganisaties te eisen dat zij aangeven welk openbaar belang zij met een marktactiviteit willen behartigen. Evenmin is het onredelijk om te eisen dat zij afzien van marktactiviteiten als het openbaar belang dat wordt gediend met dergelijke activiteiten niet opweegt tegen de eventuele nadelen voor private concurrenten.

Het *tweede* uitgangspunt is dat de regels zo direct mogelijk aangrijpen bij de bron van ongelijkheid en zo min mogelijk de ruimte aantasten om bedrijfsmatig te kunnen optreden. Dit uitgangspunt leidt er in bepaalde gevallen toe dat niet de onderneming wordt aangesproken, maar de achterliggende overheid, die de onderneming in een ongelijke positie kan brengen waardoor de werking van de markt (mogelijk) wordt geschaad. Deze constructie is vergelijkbaar met artikel 86, eerste lid, van het EG-verdrag. Dit artikel houdt een verbod in op staatssteun in nigerlei vorm in zolang dit onverenigbaar is met een goede mededinging. Ook in dit artikel wordt de (achterliggende) overheidsorganisatie aangesproken en niet de onderneming die de steun ontvangt. Daarnaast leidt dit uitgangspunt ertoe dat voor ondernemingen met uitsluitende of bijzondere rechten niet de activiteiten van de onderneming als aangrijpingspunt dienen, maar de ongelijkheid die kan ontstaan als gevolg van mogelijke interferentie tussen activiteiten voortvloeiend uit de verkregen rechten en de andere activiteiten die de onderneming verricht.

Het *derde* uitgangspunt is dat tussen overheidsorganisaties die in overeenstemming met de toetredingsregels op een markt actief zijn, en andere aanbieders op die markt zoveel mogelijk gelijke concurrentievoorwaarden moeten gelden. Die wenselijkheid van gelijke concurrentievoorwaarden geldt ook voor de verhouding tussen ondernemingen die vanwege een besluit van de overheid tot toekenning van bijzondere of uitsluitende rechten over een bijzondere positie beschikken, en andere aanbieders op de markt. Daarom is het van belang gedragsregels vast te stellen voor het opereren op de markt door deze organisaties.

Het *vierde* uitgangspunt is dat de bestuurlijke lasten die de naleving van de regels van dit wetsvoorstel veroorzaakt, zoveel mogelijk dienen te worden beperkt. Enerzijds dienen de regels daarom toereikend te zijn om de economische nadelen en bestuurlijke risico's van het marktoptreden door overheidsorganisaties zoveel mogelijk te voorkomen. Anderzijds dienen er niet meer eisen te worden gesteld dan die welke nodig zijn om deze nadelen en ongelijkheden tegen te gaan.

Het *vijfde* uitgangspunt is dat belanghebbenden voldoende (beroeps-) mogelijkheden hebben om hun belangen kenbaar te maken en deze mogelijkheden zo uniform mogelijk zijn ten aanzien van verschillende categorieën organisaties.

2.2.1 Reikwijdte

In het wetsvoorstel wordt een onderscheid gemaakt tussen overheidsorganisaties die zelf de markt betreden en overheidsorganisaties die via een overheidsbedrijf de markt betreden enerzijds en ondernemingen met uitsluitende of bijzondere rechten anderzijds. Voor onderzoeksinstellingen worden bijzondere regels gesteld (zie paragraaf 2.3.2). In tabel 1 in paragraaf 1.1 van deze toelichting is een overzicht opgenomen van de organisaties waar dit wetsvoorstel betrekking op heeft en van de toetredings- of gedragsregels die van toepassing zijn.

In lijn met het eerste en tweede uitgangspunt van dit wetsvoorstel worden de economische en bestuurlijke problemen aangepakt door het reguleren van de toetreding door overheidsorganisaties tot open markten. Gereserveerde markten, dat wil zeggen markten waarop een overheid zich activiteiten voorbehoudt of toetreding anderszins blokkeert, vallen niet onder de reikwijdte van dit wetsvoorstel. Van het toetreden tot open markten is sprake wanneer overheidsorganisaties marktactiviteiten gaan verrichten. Onder marktactiviteiten wordt in dit wetsvoorstel verstaan het leveren van goederen of diensten aan derden in concurrentie met private ondernemers. De in paragraaf 1.3 besproken economische nadelen en bestuurlijke risico's van optreden door overheidsorganisaties op een open markt treden immers alleen op als er sprake is van concurrentie met private marktpartijen. Voorbeeld hiervan is het door het Landelijk Selectie en Opleidingsinstituut voor Politie aanbieden van opleidingen voor uniformberoepen aan derden in concurrentie met particuliere ondernemers. Het is, gelet op de in paragraaf 1.3 beschreven effecten, wenselijk dat een overheidsorganisatie niet zonder meer kan overgaan tot het verrichten van marktactiviteiten. Hiertoe voorziet dit wetsvoorstel in toetredingsregels voor overheidsorganisaties. Tevens voorziet het wetsvoorstel in regels voor het oprichten van of deelnemen in een overheidsbedrijf. Voorts voorziet dit wetsvoorstel in gedragsregels. Er zijn gedragsregels voor overheidsorganisaties die direct of indirect via een overheidsbedrijf de markt betreden en voor onderzoeksinstellingen. Daarnaast zijn er gedragsregels die van toepassing zijn op ondernemingen met uitsluitende of bijzondere rechten die andere activiteiten verrichten dan die waarvoor deze rechten zijn verleend. Beide categorieën van gedragsregels zijn erop toegesneden ongelijkheden in concurrentievoorwaarden tussen deze organisaties en overige marktpartijen te voorkomen. De gedragsregels hebben betrekking op enkele onderscheiden concurrentievoordelen. Ter ondersteuning van de gedragsregels worden boekhoudkundige voorschriften gesteld. Deze voorschriften vormen tevens een waarborg voor een transparante verantwoording van de gebruikte publieke middelen. Het toezicht op de naleving van de gedragsregels draagt dit wetsvoorstel op aan de directeur-generaal van de NMa.

2.2.2 Toetredingsregels voor overheidsorganisaties

Overheidsorganisaties zijn in dit wetsvoorstel alle krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersonen, zoals onder andere de rijksoverheid, provincies, gemeenten, waterschappen en zelfstandige bestuursorganen (bijvoorbeeld Staatsbosbeheer). Hoewel er geen algemeen verbod voor marktactiviteiten door overheidsorganisaties is, kent het wetsvoorstel wel voorschriften die voorschrijven onder welke omstandigheden niet mag worden besloten tot het verrichten van marktactiviteiten. Niet toegestaan is bij voorbeeld het verrichten van marktactiviteiten welke uitsluitend zijn gericht op het verwerven van inkomsten. Dit is de keerzijde van één van de uitgangspunten van dit wetsvoorstel, namelijk dat bij het verrichten van marktactiviteiten sprake dient te zijn van de behartiging van een

bepaald publiek belang. Het verrichten van marktactiviteiten gericht op het verwerven van inkomsten ten behoeve van andere publieke taken kan niet als zodanig worden aangemerkt. Uitgangspunt bij bekostiging van de publieke taak is dat overheidsorganisaties hun inkomsten primair verwerven door middel van de voor dat doel gebruikelijke middelen, zoals belastingen, heffingen en retributies.

De toetredingsregels stellen voorwaarden aan overheidsorganisaties wanneer zij marktactiviteiten willen gaan verrichten. De toetredingsregels bestaan uit een grondslagvereiste, een materiële norm, een verplichting tot periodieke heroverweging, een drietal uitzonderingsregels en een bagatelbepaling. Zie hiervoor de toelichting bij hoofdstuk 2. Ter ondersteuning van de toepassing van de materiële norm voorziet het wetsvoorstel in de instelling van een Commissie markt en overheid.

Volgens de toetredingsregels mogen overheidsorganisaties alleen een marktactiviteit verrichten als dat is gebaseerd op een wet of besluit. Een zorgvuldige afweging van de betrokken belangen en de effecten op de desbetreffende markt dient hieraan ten grondslag te liggen. Het ter zake bevoegde bestuursorgaan dient in deze afweging aan te geven welk publiek belang gemoeid is met de marktactiviteit. Aannemelijk dient te worden gemaakt dat het verrichten van de marktactiviteit, ofwel het toetreden tot een markt, de aangewezen weg is voor het behartigen van dit publiek belang. Het effect op de markt dient expliciet in de afweging te worden meegenomen. Uit de afweging moet blijken dat het voordeel voor het publiek belang opweegt tegen de eventuele negatieve gevolgen voor derden op de desbetreffende markt. Dit is de materiële norm van het wetsvoorstel.

De effecten op de desbetreffende markt zijn mede afhankelijk van het eventuele bedrag dat de overheid met het oog op het geformuleerde publiek belang uit eigen middelen wil aanwenden om de verkoopprijs van het goed of de dienst te verlagen ten opzichte van de kostprijs. Dit bedrag moet daarom worden meegenomen in de afweging en worden geëxpliciteerd in het besluit.

De vraag wat tot een publieke taak van een organisatie moet worden gerekend kent geen eenduidig antwoord. Bovendien blijkt uit de geschiedenis dat daarover in verschillende perioden en door verschillende groeperingen verschillend wordt geoordeeld. De toetredingsregels doen daarover dan ook geen uitspraak. Wel wordt bepaald op welke wijze daarover voor de verschillende categorieën van overheidsorganisaties moet worden besloten. De Staat, provincies en gemeenten hebben een open huishouding, zelfstandige bestuursorganen, openbare lichamen van beroep en bedrijf, een gesloten huishouding. Een bijzondere vorm hebben de waterschappen, die gedecentraliseerd functioneel bestuur zijn, met een democratisch gekozen bestuur. De toetredingsregels laten de Staat, provincies, gemeenten en waterschappen vrij om zelf te beslissen wat zij tot hun publieke taak rekenen. Voor de andere categorieën wordt dat bepaald door degene die bevoegd is de desbetreffende overheidsorganisatie in te stellen of de taken te bepalen. Op een en ander wordt meer in detail ingegaan in de toelichting op artikel 4.

De overheidsorganisatie c.q. het bevoegde orgaan weegt af of het wenselijk is dat de overheidsorganisatie in kwestie de markt gaat betreden, mede gelet op de diverse alternatieven voor behartiging van het openbaar belang. Wanneer uit de gemaakte analyse op geen enkele wijze blijkt dat het verrichten van de marktactiviteit door de overheidsorganisatie de aangewezen weg is voor behartiging van het publiek belang, dan zal daartoe niet besloten kunnen worden. Een desbetreffend besluit zou in beroep ook geen stand kunnen houden.

Het grondslagvereiste heeft tot gevolg enerzijds dat inzichtelijkheid omtrent de besluitvorming wordt bereikt en anderzijds dat er een bewuste afweging wordt gemaakt. De eis van een wet of een formeel besluit leidt tevens tot een duidelijker afbakening van de overheidstaak en tot legitime-

ring van de concurrentie voor particuliere ondernemingen ten gevolge van marktactiviteiten door overheidsorganisaties. Een formele basis wordt wenselijk geacht, omdat het verrichten van marktactiviteiten door overheidsorganisaties de ruimte voor particulieren om door middel van ondernemen in hun bestaan te voorzien feitelijk kan inperken. Belanghebbenden kunnen door de kenbaarheid van besluiten en daaraan ten grondslag liggende afweging, veel gemakkelijker hun bezwaar kenbaar maken en eventueel beroep instellen dan in het geval van marktactiviteiten waaraan geen formeel besluit ten grondslag ligt. Bij wetgeving in formele zin kunnen belanghebbenden bij de voorgeschreven voorhangprocedure hun belangen naar voren brengen. Door het stellen van het vereiste van een wet of formeel besluit voor het betreden van markten worden de in paragraaf 1.3 genoemde bestuurlijke risico's weliswaar niet geheel weggenomen, maar worden zij wel zichtbaar gemaakt en wordt de democratische controle daarop vergemakkelijkt.

Er wordt in dit wetsvoorstel geen onderscheid gemaakt tussen de situatie dat een overheidsorganisatie het optreden als aanbieder op de markt beschouwt als een hoofdactiviteit en de situatie dat de overheidsorganisatie deze activiteit beschouwt als nevenactiviteit. Een dergelijk onderscheid is immers niet relevant voor het mogelijke effect op de markt. Met deze benadering sluit het wetsvoorstel aan bij de Aanwijzingen en het advies van de SER.

Wel wordt in vergelijking tot het SER-advies een minder brede belangenafweging geëist. De SER gaat in zijn advies uit van een analyse van kosten en baten van de voorgenomen marktactiviteit, waarbij rekening wordt gehouden met de gevolgen voor de marktpositie van de verschillende belanghebbenden. Deze zo veel mogelijk cijfermatige inventarisatie van de verschillende economische effecten zou betrekking hebben op het totale welvaartseffect, inclusief publieke doelen met betrekking tot milieu, veiligheid, kwaliteit van arbeidsvoorwaarden en dergelijke. Deze uitgebreide welvaartsafweging achten wij in veel gevallen moeilijk of slechts tegen hoge kosten uitvoerbaar. Het staat de overheid vrij zelf te bepalen wat haar publiek belang is. De beoordeling van de door de SER genoemde aspecten kan hieronder worden geschaard. De in artikel 6 gevraagde onderbouwing van besluiten over marktactiviteiten is evenwel minder veelomvattend en daarmee minder belastend.

Dit wetsvoorstel schrijft daarnaast een periodieke heroverweging voor van besluiten om marktactiviteiten te verrichten. Bij deze heroverweging is de situatie op dat moment uitgangspunt. Helder is immers dat de afweging van een overheidsorganisatie over het al dan niet verrichten van marktactiviteiten tijdgebonden is. Zo kunnen marktomstandigheden veranderen. Ook kan er een ander gewicht aan een bepaald openbaar belang worden toegekend of kan een andere uitvoeringsmodaliteit de voorkeur krijgen. Hierdoor zou op een later moment een ander besluit kunnen vallen. Gezien de beschreven bestuurlijke risico's en effecten op de markt is het van groot belang dat besluiten over het verrichten van marktactiviteiten regelmatig geconfronteerd worden met de dynamiek van de markt.

Het wetsvoorstel voorziet in drie uitzonderingen op de toetredingsregels en in een bagatelbepaling. In deze situaties mogen marktactiviteiten wel worden uitgevoerd, maar hoeft niet voldaan te worden aan het grondslagvereiste en daarmee aan de toepassing van de materiële norm.

Er geldt een uitzondering wanneer marktactiviteiten rechtstreeks voortvloeien uit de uitvoering van in een wet of besluit opgedragen publieke taak. De werkgroep Markt en Overheid gaf in haar eindrapport al aan dat «soms publieke taken onontkoombaar met zich meebrengen dat marktactiviteiten op open markten in concurrentie met derden moeten worden verricht. Anders gezegd: de publieke taak kan niet vervuld worden zonder naast en in concurrentie met derden marktactiviteiten te verrichten». In de Aanwijzingen is hiervoor eveneens een uitzondering opgenomen.

Wanneer marktactiviteiten rechtstreeks voortvloeien uit een bij wet of besluit opgedragen publieke taak, is een afzonderlijke afweging en besluitvorming niet zinvol. Het grondslagvereiste is dan niet van toepassing. Bij een gemeentelijke sociale werkvoorziening bij voorbeeld zullen goederen worden geproduceerd. De verkoop van die goederen, uiteraard tegen marktconforme prijzen, vloeit daar rechtstreeks uit voort. Het niet op de markt afzetten van deze goederen zou zonder meer kapitaalvernietiging betekenen. Een soortgelijk voorbeeld betreft de productie van goederen binnen justitiële instellingen, in het kader van resocialisatie van gedetineerden. Ook voorlichting door overheidsorganisaties aan burgers (bij voorbeeld een toelichting op het invullen van formulieren) kan – zo er al sprake is van een dienstverlening die in concurrentie met derden geschiedt – worden opgevat als rechtstreeks voortvloeiend uit die taak. Het betreft hier de zogeheten «eerste lijns voorlichting». Deze is beperkt tot het informeren over en feitelijk uitleggen van regelgeving en besluiten. Advisering over bijvoorbeeld de wijze van invullen van het belastingformulier vloeit niet direct voort uit die taak en valt dus niet onder de uitzonderingsgrond.

In de tweede plaats wordt een uitzondering gemaakt voor marktactiviteiten die rechtstreeks het gevolg zijn van internationale verplichtingen. Het is niet zinvol het grondslagvereiste van dit wetsvoorstel en de materiële norm op dergelijke verplichtingen van toepassing te doen zijn. De derde uitzondering betreft het gebruik van zogenaamde restcapaciteit. Voor het uitvoeren van een overheidstaak kan het noodzakelijk zijn om bepaalde kapitaalgoederen aan te houden. Als niet alle capaciteit van deze kapitaalgoederen voortdurend wordt gebruikt, mag de overheidsorganisatie deze restcapaciteit benutten voor het verrichten van marktactiviteiten. De economische voordelen van het volledig benutten van deze investeringen zijn zodanig dat mag worden aangenomen dat eventuele effecten voor de markt daarbij vrijwel altijd zullen wegvallen. Het niet mogen aanwenden van restcapaciteit, zou het onbenut laten van een economische potentieel betekenen, wat welvaartsverlies tot gevolg heeft. Vandaar ook dat in het geval van inzet van restcapaciteit marktactiviteiten die uitsluitend gericht zijn op het verwerven van inkomsten wel zijn toegestaan. In al deze gevallen waarin niet hoeft te worden voldaan aan de toetredingsregels moet wel worden voldaan aan de gedragsregels (paragraaf 2.2.4), tenzij expliciet anders bepaald.

Het wetsvoorstel bevat een bepaling om marktactiviteiten die een netto-omzet van € 75 000 per jaar niet te boven gaan en waarvoor de overheidsorganisatie geen geldmiddelen ter beschikking stelt, vrij te stellen van het grondslagvereiste en de daarbij behorende materiële norm.

Gelet op de doelstelling dat een ongelijk speelveld zo veel mogelijk voorkomen moet worden, zou gesteld kunnen worden dat het grondslagvereiste en de materiële norm op alle marktactiviteiten, ongeacht de omvang, van toepassing dient te zijn. Met de SER zijn wij van mening dat het volgen van een procedure en de motivering bij incidentele of tijdelijke marktactiviteiten van geringe omvang niet noodzakelijk is. De mate van concurrentieverstoring door een eenmalige dan wel tijdelijke marktactiviteit van geringe omvang is dan niet zodanig dat het de lasten van de afwegingsprocedure rechtvaardigt. Met de bagatelbepaling hebben wij aan dit uitgangspunt invulling gegeven. De mate van concurrentieverstoring wordt bepaald door de verhouding tussen de jaarlijkse netto-omzet en de totale omvang van de markt. Zo'n criterium in de vorm van getallen of percentages zou echter in de praktijk niet werkbaar zijn. Daarom is gekozen voor een eenvoudige grens die zekerheid biedt. Er is gekozen voor een vast bedrag, waarvan de toepasbaarheid geëvalueerd zal worden. De gekozen grens is gebaseerd op een schatting van de omvang van marktactiviteiten door gemeenten. Bij deze grens hoeft voor gemiddeld een vijfde van de marktactiviteiten door gemeenten geen formele grondslag gecreëerd te worden. Indien geldmiddelen ter beschik-

king worden gesteld is er veel meer kans op marktverstoring en wordt derhalve een besluit geëist.

Door de bagatelbepaling wordt rekening gehouden met de bestuurlijke belasting voor onder meer (kleine) gemeenten. Dit komt de uitvoerbaarheid van het wetsvoorstel ten goede. Bij de evaluatie van het wetsvoorstel zal bijzondere aandacht worden geschonken aan de hoogte van de bagatel.

2.2.3 Commissie Markt en Overheid

De toepassing van de toetredingsregels stelt nieuwe eisen aan overheidsorganisaties. Daarom voorziet dit wetsvoorstel in de instelling van een Commissie markt en overheid. Het is de bedoeling dat een kleine commissie wordt gevormd met een beperkt ondersteunend apparaat. De commissie kan op zaken worden gewezen door ondernemers wier belangen in het geding zijn, of om advies worden verzocht door het bestuursorgaan dat bevoegd is het besluit te nemen. Er is van afgezien overheidsorganisaties te verplichten vooraf te melden dat zij voornemens zijn een besluit omtrent het verrichten van marktactiviteiten of het oprichten van een overheidsbedrijf te nemen. Dat zou een grote bureaucratische rompslomp met zich meebrengen voor zowel overheidsorganisaties als de commissie. De commissie zou alle gevallen slechts vluchtig kunnen beoordelen.

Evenmin is voorzien in een verplichting voor de commissie om desgevraagd de overheidsorganisatie te adviseren. Ook dit zou een te grote belasting voor de commissie kunnen betekenen, en tot ongewild effect kunnen hebben dat de overheidsorganisatie gemakshalve om advies vraagt in plaats van zelf de nodige analyses en afwegingen te verrichten. Het ligt in de bedoeling dat de commissie zal worden gevormd uit personen die ter zake deskundig zijn. Hierbij kan gedacht worden aan kennis van de inrichting van het openbaar bestuur, bekendheid met beleidsvoorbereiding (waaronder ex ante evaluatie-methodieken) en kennis van marktstructuren en -verhoudingen. Ook zal bij de samenstelling van de commissie gestreefd worden naar een evenwichtige samenstelling van personen met kennis van de overheid enerzijds en personen met kennis van het bedrijfsleven anderzijds.

Met de commissie wordt beoogd een consistente toepassing van de bovengeschetste afwegingen en een soepele implementatie van de regels uit dit wetsvoorstel te bevorderen. De commissie kan de opgedane ervaring en kennis bundelen en dienen als een steunpunt voor zowel overheidsorganisaties als betrokken marktpartijen. Desgewenst kan de commissie beroep doen op de expertise van de NMa met betrekking tot markten en marktafbakening. Dit laat onverlet de eigen verantwoordelijkheid van de commissie bij haar adviesrol over de toetreding van overheden tot de markt. Voorwaarde voor een goed functioneren van de commissie is dat de commissie onafhankelijk is en dat zij uitsluitend uit eigen beweging adviseert. Het advies van de commissie kent geen bindend karakter. De drempel om advies te vragen ligt daarmee niet hoog. Aangenomen wordt dat de behoefte aan advies over toepassing van de toetredingsregels zich vooral in het begin na inwerkingtreding van de wet zal voordoen. Daarom zal de commissie na vijf jaar worden geëvalueerd. De overheidsorganisatie beslist uiteindelijk gehoord het advies over het verrichten van marktactiviteiten. Met het instellen van de Commissie markt en overheid wordt in dit wetsvoorstel niet getreden in de bestuurlijke autonomie van bestuursorganen. De wijze van uitvoering van de taken waarvoor een overheidsorganisatie verantwoordelijkheid draagt, blijft immers voorbehouden aan de overheid zelf.

2.2.4 Gedragsregels voor overheidsorganisaties die marktactiviteiten verrichten

Het wetsvoorstel bevat een drietal gedragsregels voor overheidsorganisaties die marktactiviteiten verrichten. Deze hebben betrekking op de prijsberekening bij marktactiviteiten, het gebruik van gegevens die voor de uitvoering van de publieke taak zijn verkregen en een verplichting tot organisatorische scheiding ter voorkoming van functievermenging. Met deze gedragsregels worden de belangrijkste elementen van oneerlijke concurrentie voorkomen.

Overheidsorganisaties dienen op grond van artikel 22 zodanige prijzen voor marktactiviteiten vast te stellen dat alle marktactiviteiten tezamen ten minste kostendekkend zijn. Dat betekent dat alle kosten worden doorberekend. Bij volledige doorberekening van kosten in de prijs is het onmogelijk middelen in te zetten voor marktactiviteiten, zonder deze in de prijs tot uitdrukking te brengen. Afwenteling van kosten op andere activiteiten wordt daarmee voorkomen. Het is niet nodig dat iedere marktactiviteit afzonderlijk tegen kostendekkende tarieven wordt verricht. Binnen het totaal van de marktactiviteiten kan met kosten worden geschoven. Private ondernemers hebben immers ook de mogelijkheid om de baten en lasten van de verschillende activiteiten met elkaar te compenseren. Er is geen reden in dit opzicht overheidsorganisaties te beperken.

Overwogen is het stellen van marktconforme prijzen verplicht te stellen. Het vaststellen van deze prijzen zou evenwel tot onduidelijkheid aanleiding hebben kunnen geven. Het onder de kostprijs aanbieden van marktactiviteiten kan bovendien een motief voor overheidsoptreden op de markt zijn. Hierdoor kan bijvoorbeeld een ruime verspreiding van het goed of dienst worden bewerkstelligd, wat zou kunnen passen binnen de publieke doelstelling. Voorbeeld hiervan is de casus van de gemeentelijke muziekschool in Roosendaal (zie SER-advies, pagina 44). De overheidsorganisatie kan in dat geval de bijdrage uit de eigen middelen die zij voor die activiteit ter beschikking heeft gesteld in mindering brengen op de kosten. De hoogte van dit bedrag is een onderdeel van de afweging of tot het verrichten van marktactiviteiten moet worden overgegaan. Een hoger bedrag dan toen is overwogen, is niet toegestaan.

Ter ondersteuning van deze gedragsregel tot kostendoorberekening (artikel 22), worden boekhoudkundige voorschriften voorgesteld. De boekhoudkundige voorschriften zijn van belang om effectief toezicht te kunnen houden op de naleving van het in artikel 22 vervatte voorschrift dat overheidsorganisaties in beginsel alle aan marktactiviteiten toe te rekenen kosten doorberekenen in hun prijzen. De voorschriften met betrekking tot de administratie van marktactiviteiten brengen evenwel ook administratieve lasten voor de overheidsorganisatie met zich mee. Daarom zijn deze voorschriften niet van toepassing indien de totale omzet aan marktactiviteiten niet meer bedraagt dan € 75 000. De geringe omvang van de marktactiviteiten rechtvaardigt in zo'n geval niet de extra kosten die gemaakt moeten worden voor het voeren van een administratie waarin de doorberekening in de prijzen inzichtelijk wordt gemaakt. Bij de evaluatie van de wet te zijner tijd zullen ook de effecten van deze bagatelbepaling worden meegenomen. De boekhoudkundige voorschriften laten ruimte voor nadere sectorgewijze invulling. Er kunnen aanvullende gedragsregels worden gesteld of meer specifieke voorschriften omtrent de wijze van administratie.

Een tweede gedragsregel heeft betrekking op gegevensgebruik en -verstrekking. Het kunnen benutten van informatie waarover anderen niet kunnen beschikken is vaak van onschatbare waarde voor het opereren op een markt. Een veel voorkomende vorm van oneigenlijk concurrentievoordeel in deze zin is het gebruik van gegevens door overheidsorganisaties. Deze organisaties verzamelen immers voor de uitvoering van hun publieke taak gegevens, die niet voor derden in een dergelijke

vorm beschikbaar (mogen) zijn. Dergelijke bestanden kunnen persoonsbestanden zijn. Het kunnen ook meer feitelijke bestanden zijn, zoals informatie over wat zich allemaal in de bodem van ons land bevindt.

Op dit moment biedt de wetgeving over de toegankelijkheid van informatie in Nederland geen mogelijkheden om marktverstoring bij gebruik van overheidsinformatie te ondervangen. In de beleidslijn «Naar optimale beschikbaarheid van overheidsinformatie» is reeds aangekondigd dat in dit wetsvoorstel een aantal bepalingen wordt opgenomen die moeten verzekeren dat het gebruik van publieke gegevensbestanden door overheidsorganisaties voor marktactiviteiten niet tot ongelijke concurrentieverhoudingen leiden (Kamerstukken II 1999/2000, 26 387, nr. 7).

In artikel 26 van dit wetsvoorstel wordt geregeld dat gegevens waarvoor een verplichting tot geheimhouding geldt niet gebruikt worden voor het verrichten van marktactiviteiten. Geldt die verplichting niet, dan mag een overheidsorganisatie gegevens, die in het kader van bestuursbevoegdheden zijn verkregen, alleen aanwenden voor marktactiviteiten indien de gegevens (of bewerkingen daarvan) onder gelijke voorwaarden voor derden beschikbaar zijn. Dit sluit aan bij het streven van het kabinet, zoals ook neergelegd in bovengenoemde beleidslijn, om de beschikbaarheid van overheidsinformatie juist ook voor het bedrijfsleven te vergroten. In de beleidslijn is opgenomen dat de overheid gegevens tegen maximaal de meerkosten mag leveren om zo een optimale gebruik van deze gegevens door particulieren te bevorderen en om de exploitatie door (uitsluitend) overheidsinstanties zelf te voorkomen.

Een derde gedragsregels heeft betrekking op functievermenging (artikel 27). Met functievermenging wordt bedoeld op de situatie dat taken en bevoegdheden met betrekking tot marktactiviteiten enerzijds en de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden die daar op een bepaalde wijze een relatie mee hebben anderzijds binnen een zelfde onderdeel van een organisatie plaatsvinden. Dit wetsvoorstel schrijft voor dat een overheidsorganisatie, indien sprake is van functievermenging, op zijn minst een scheiding binnen de organisatie aanbrengt. Reden voor een organisatorische scheiding is dat functievermenging bij overheidsorganisaties altijd de schijn kan opwekken van belangenverstremgeling, ook al hoeft in deze situaties niet per definitie sprake te zijn van niet-objectief of niet integere wijze van overheidshandelen. Vanuit een oogpunt van integriteit van het openbaar bestuur wordt het wenselijk geacht dat van overheidswege zelf iedere schijn van belangenverstremgeling wordt vermeden.

Een andere reden voor deze verplichting zijn klachten van het bedrijfsleven, waarin naar voren komt dat de overheid door functievermenging een versturende invloed heeft op de marktwerking. Het feit dat een overheidsorganisatie marktactiviteiten verricht waarvoor het tevens toestemming moet verlenen, kan immers bij de afnemers een indruk van bijzondere betrouwbaarheid en kwaliteit wekken. Een voorbeeld van (ogenschijnlijke) functievermenging zou de situatie zijn dat een plantsoendienst betrokken is bij het verlenen van een kapvergunning en tegelijkertijd ook aan particulieren aanbiedt bomen te kappen. Tegen een zodanig concurrentievoordeel voor de overheidsorganisatie hebben andere marktpartijen, hoe betrouwbaar zij ook zijn of hoe goed hun product ook is, geen verweer. Vaak hebben gemeenten al een organisatorische scheiding aangebracht. Zo is het grondbedrijf van gemeenten in de meeste gevallen gescheiden van de eenheden die verantwoordelijk zijn voor beleid omtrent het gebruik van de grond. Het grondbedrijf kan dan in ongewijzigde vorm worden voortgezet.

De hier voorgestelde gedragsregel komt tegemoet aan het advies van de SER om *evidente* gevallen van functievermenging te voorkomen.

2.2.5 Regels voor het oprichten van een overheidsbedrijf

In plaats van bepaalde marktactiviteiten zelf te verrichten kan een overheidsorganisatie dat ook overlaten aan een overheidsbedrijf. In hoofdstuk 1 van het wetsvoorstel wordt omschreven wat onder overheidsbedrijf moet worden verstaan. Een overheidsbedrijf is een zelfstandige juridische entiteit en maakt geen deel uit van een overheidsorganisatie. Het gaat hierbij in hoofdzaak om privaatrechtelijke rechtspersonen. Van een overheidsbedrijf is, voor zover het overheidsbedrijven met rechtspersoonlijkheid betreft, sprake als een overheidsorganisatie, al dan niet tezamen met andere overheidsorganisaties in staat is het beleid van de rechtspersoon te bepalen. Voorbeelden zijn bedrijven als Schiphol Group of Holland Casino.

Bij niet-rechtspersoonlijkheid bezittende samenwerkingsvormen is er sprake van een overheidsbedrijf indien een overheidsorganisatie deelneemt.

Het is veelal regel dat een privaatrechtelijke rechtspersoon marktactiviteiten verricht. Overheidsorganisaties kunnen evenwel een privaatrechtelijke rechtspersoon oprichten of daarin deelnemen met een ander doel dan het verrichten van marktactiviteiten door die rechtspersoon. Het kan bijvoorbeeld gaan om de uitvoering van een overheidstaak als het uitoefenen van toezicht op de naleving. Een voorbeeld daarvan is de Stichting Toezicht Effectenverkeer. Dergelijke rechtspersonen vallen niet onder de reikwijdte van het begrip overheidsbedrijf.

Naar analogie van de regels voor de besluitvorming met betrekking tot het verrichten van marktactiviteiten door overheidsorganisaties, worden in het wetsvoorstel regels voorgesteld voor het oprichten van of deelnemen in een overheidsbedrijf en gedragsregels voor de overheidsorganisatie met betrekking tot het overheidsbedrijf.

Een overheidsorganisatie dient een expliciet besluit te nemen omtrent het oprichten van of deelnemen in een overheidsbedrijf (grondslagvereiste). De afweging om deel te nemen in een overheidsbedrijf moet aan dezelfde materiële norm voldoen als die welke geldt bij de besluitvorming over het verrichten van marktactiviteiten door de overheidsorganisatie zelf. Daarnaast wordt eisen gesteld aan de inhoud van de statuten van de privaatrechtelijke rechtspersoon. Deze beogen te voorkomen dat zo'n rechtspersoon na de oprichting geheel andere activiteiten gaat verrichten dan die welke bij de besluitvorming van de overheidsorganisatie omtrent de oprichting of deelneming zijn afgewogen. Het kan voorkomen dat de overheidsorganisatie het wenselijk acht om de structuur of organisatie van een overheidsbedrijf te herzien, zonder dat daarbij de taken van het overheidsbedrijf veranderen. Het oprichten van of deelnemen in overheidsbedrijven die het gevolg zijn van een dergelijke juridische herstructurering is uitgezonderd van het grondslagvereiste.

Ook voor het deelnemen in een (opgericht) overheidsbedrijf wordt een periodieke heroverweging eens in de vijf jaar voorgeschreven. Hierbij geldt immers eveneens dat marktomstandigheden kunnen wijzigen waardoor de afweging anders kan uitvallen. In het geval dat ook private partijen deelnemen in het overheidsbedrijf, zoals bijvoorbeeld bij PPS-projecten veelvuldig voorkomt, kan deze periode worden verlengd tot ten hoogste vijftien jaar. De reden hiervoor is dat bij langdurige projecten met substantiële investeringen in bijvoorbeeld infrastructuur of gebouwen de terugverdientijd de vijf jaar ruim overschrijdt. Private partijen zullen in deze samenwerkingsverbanden derhalve meer zekerheid moeten hebben over een langduriger betrokkenheid van de overheidsorganisatie(s).

Overheidsorganisaties die deelnemen in een overheidsbedrijf mogen dat bedrijf niet onevenredig bevoordelen. Door het verbod wordt de mogelijke concurrentievervalsing door het overheidsbedrijf beperkt. Het overheidsbedrijf beschikt dan immers over geen andere band dan dat zij door de overheidsorganisatie gedomineerd wordt en dat mogelijk haar

aandelen in handen zijn van die overheidsorganisatie. Het gaat bij het bevoordelingsverbod om elke vorm van bevoordeling. In het bijzonder wordt het een overheidsbedrijf verboden gebruik te maken van naam en beeldmerk van de overheidsorganisatie, om verwarring over de herkomst van goederen en diensten te voorkomen. Het verstrekken van basisfinanciering aan een overheidsbedrijf wordt in dit wetsvoorstel niet beschouwd als een vorm van bevoordeling. De problematiek van het voorkomen van mogelijke concurrentievervalsing bij basisfinanciering zal nog nader worden onderzocht. Het ligt in de bedoeling dat er aanwijzingen voor de rijksdienst inzake het verlenen van basisfinanciering worden opgesteld.

Separate gedragsregels voor overheidsbedrijven zelf zijn door het bevoordelingsverbod minder opportuun. Het bevoordelingsverbod, waarmee mogelijke concurrentievoordelen vanuit de «moederorganisatie» worden ondervangen, is behoudens het effect van eventuele basisfinanciering afdoende om concurrentievervalsing tegen te gaan. Het verbod is in lijn met het uitgangspunt dat ongelijkheid zoveel mogelijk bij de bron moet worden aangepakt. Aan de betrokken overheidsbedrijven worden geen additionele eisen gesteld, waardoor extra (administratieve) belasting van deze bedrijven wordt voorkomen.

2.2.6 Gedragsregels voor ondernemingen met een uitsluitend of een bijzonder recht

Er gelden geen toetredingsregels voor ondernemingen met uitsluitende of bijzondere rechten die besluiten andere activiteiten te gaan verrichten dan die waarvoor uitsluitende of bijzondere rechten zijn verleend. Alleen als een onderneming met een uitsluitend of bijzonder recht tevens een overheidsorganisatie of een overheidsbedrijf is, zijn de toetredingsregels vanwege die hoedanigheid van toepassing op respectievelijk de desbetreffende of de achterliggende overheidsorganisatie (voorbeeld: de Staat en Holland Casino). De vraag wanneer een uitsluitend of bijzonder recht wordt toegekend maakt uiteraard geen deel uit van dit wetsvoorstel.

Ondernemingen die beschikken over een uitsluitend of een bijzonder recht zijn, wanneer zij andere activiteiten verrichten, gehouden aan een aantal gedragsregels. Omdat deze regels zich richten op ondernemingen is het niet zinvol een onderscheid te maken tussen marktactiviteiten en niet-marktactiviteiten, zoals bij overheidsorganisaties aan de orde is. In plaats daarvan worden voor ondernemingen met een uitsluitend of een bijzonder recht regels gesteld met betrekking tot de activiteiten die worden verricht naast de activiteiten die verricht worden uit hoofde van de verleende rechten, de zogenaamde «andere activiteiten».

Met een verbod op kruissubsidiëring wordt voorkomen dat middelen bestemd voor (inzet bij) activiteiten voortvloeiend uit het uitsluitende of bijzondere recht onder de kostprijs worden ingezet voor andere activiteiten dan die welke voortvloeien uit het uitsluitende of bijzondere recht. Dit verbod op kruissubsidiëring wordt om de volgende reden wenselijk geacht. Het gaat in het algemeen om rechten welke niet op open, niet-discriminerende wijze, in concurrentie met derden en tegen een prijs die de waarde vertegenwoordigt, verkregen zijn. Zonder het verbod ontstaat de oneerlijke situatie dat het mogelijk voordeel dat uit het recht voortvloeit op andere markten kan worden benut zonder dat andere ondernemingen een gelijke kans hebben gehad dit voordeel te verwerven.

Het verbod op kruissubsidiëring verschilt van de verplichting voor overheidsorganisaties om kosten door te berekenen. Een verbod op kruissubsidiëring laat ruimte om gebruik te maken van eenmaal opgebouwde vermogens uit de andere activiteiten zelf om de prijzen tijdelijk onder het kostenniveau te brengen. Bij kostendoorberekening is binnen de begrotingsperiode verevening mogelijk, maar mogen in beginsel de prijzen niet verlaagd worden in de ene periode door overschotten uit een

andere periode daarvoor aan te wenden. Wel kunnen aanloopverliezen worden geactiveerd, mits dit op een objectief te rechtvaardigen wijze wordt gedaan. Slechts te regelen dat voordelen uit het uitsluitende en het bijzondere recht niet kunnen worden aangewend voor andere activiteiten is voldoende. Op deze wijze wordt eveneens een gelijk speelveld voor deze andere activiteiten gecreëerd. Daarmee behoudt de onderneming ten aanzien van de andere activiteiten volledige vrijheid van prijsstelling, zonder dat hij het voordeel, voortvloeiend uit het uitsluitende of bijzondere recht, kan benutten om de prijzen van de andere activiteiten op oneigenlijke wijze te verlagen. Omdat een onderneming waaraan bijzondere of uitsluitende rechten zijn verleend altijd optreedt als marktpartij is het van belang de inbreuk op de vrijheid van de bedrijfsstrategie van deze ondernemingen ten aanzien van andere activiteiten die niet voortvloeien uit het verkregen recht zoveel mogelijk te beperken.

Om het verbod op kruissubsidiëring controleerbaar te maken worden boekhoudkundige voorschriften voorgesteld, die de transparantie van de inzet van middelen vergroten. Het is echter mogelijk dat de andere activiteiten van een onderneming met een uitsluitend of een bijzonder recht een beperkte omvang hebben. De lasten als gevolg van het naleven van die voorschriften (bijvoorbeeld computeraanpassingen) staan dan niet in verhouding tot de mogelijke negatieve effecten van de activiteiten op de andere markten dan die waarvoor het bijzondere of uitsluitende recht geldt. In het wetsvoorstel is daarom een algemene vrijstelling op de boekhoudkundige voorschriften opgenomen voor ondernemingen die van overheidswege een uitsluitend of een bijzonder recht hebben verkregen waarvan de activiteiten een totale marktomsat hebben van maximaal € 6 250 000. Dit bedrag heeft betrekking op de omzet van de gehele onderneming, dus zowel op de activiteiten waarvoor het bijzondere of uitsluitend recht is verleend als op de andere activiteiten. Dit bedrag komt overeen met de in artikel 396 van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek opgenomen grens voor vrijstelling van jaarrekeningverplichtingen.

Het wetsvoorstel bevat een verbod op het exclusief gebruik van gegevens die uit hoofde van het uitsluitende of bijzondere recht zijn verkregen. Dit voorschrift is vrijwel identiek aan de gedragsregel voor publieke gegevensbestanden bij overheidsorganisaties.

De gedragsregels in dit wetsvoorstel zijn ook van toepassing op ondernemingen die zijn opgericht naar buitenlands recht en waaraan een Nederlandse overheidsorganisatie een uitsluitend of bijzonder recht heeft verleend. In die zin wordt geen onderscheid gemaakt tussen «Nederlandse» en «buitenlandse» ondernemingen die een uitsluitend of bijzonder recht verkrijgen van een Nederlandse overheidsorganisatie. De desbetreffende gedragsregels zijn gericht op de activiteiten behorend bij het Nederlandse uitsluitende of bijzondere recht en stellen regels ten aanzien van voordelen die kunnen voortkomen vanuit dit recht voor andere activiteiten.

§ 2.3 Enkele specifieke situaties

2.3.1 Markten in transitie

In het kader van het Europees liberaliseringsbeleid is voor een aantal sectoren waarin sprake is van ondernemingen met uitsluitende of bijzondere rechten sprake van een transitie naar een zo vrij mogelijke markt. Als gevolg van Europese richtlijnen dienen deze ondernemingen reeds aan bepaalde gedragsregels te voldoen. De transitieperiode voor deze sectoren is in het algemeen vastgelegd. Het zou tot onnodige administratieve belasting leiden om de desbetreffende gedragsregels die al in sector-specifieke regelgeving zijn vastgelegd, voor de veelal beperkte periode dat het liberaliseringsproces nog gaande is, te vervangen door de algemene regels uit dit wetsvoorstel. Om deze reden wordt in het wetsvoorstel een

overgangsregeling voorgesteld voor de post- en energiesector. De overgangperiode is gekoppeld aan de einddatum van het liberaliseringproces in de desbetreffende sector. Deze overgangsregeling houdt in dat tot een bepaalde datum de bepalingen in dit wetsvoorstel voor ondernemingen met uitsluitende of bijzondere rechten niet op die sector van toepassing zijn. Het gaat hierbij om ondernemingen die op basis van de Elektriciteitswet 1998, de Gaswet of artikel 2a van de Postwet over een uitsluitend of bijzonder recht beschikken.

Voor toepassing van de overgangperiode zijn de volgende twee punten van belang.

Ten eerste dient bij de uitwerking rekening te worden gehouden met de van toepassing zijnde Europese regelgeving. Per 1 januari 2002 zal bijvoorbeeld de gewijzigde Transparantierichtlijn (2000/52/EG) van kracht zijn (zie paragraaf 4.2). Ten tweede is in dit wetsvoorstel een algemene overgangperiode opgenomen voor ten tijde van de inwerkingtreding van het wetsvoorstel reeds bestaande activiteiten. Indien deze overgangperiode langer is dan de overgangperiode voor de voltooiing van het liberaliseringproces, geldt voor bestaande activiteiten van ondernemingen waaraan krachtens artikel 2a van de Postwet, op grond van de Elektriciteitswet 1998, of de Gaswet uitsluitende of bijzondere rechten zijn verleend deze langere overgangperiode. In sectoren waar het liberaliseringsproces reeds is voltooid zijn, voor zover van toepassing, de algemene overgangsbepalingen van toepassing. Zo is de liberalisering van de telecommarkt op grond van Europees beleid per 1 juli 1997 voltooid.

Het is tenslotte denkbaar dat ook in andere sectoren als gevolg van Europese regelgeving een transitieproces naar een markt met meer concurrentie op gang zal komen. In de desbetreffende liberaliseringwet kunnen voorschriften worden opgenomen die enerzijds recht doen aan de uitgangspunten van het wetsvoorstel markt en overheid en anderzijds op de transitie van de sector zijn toegespitst. De geldigheid van deze specifieke voorschriften moet in duur wel begrensd zijn door een duidelijke einddatum voor het transitieproces.

2.3.2 Bijzondere regels voor de onderzoeksinstellingen

Kennis, onderzoek en technologie zijn sleutelfactoren voor economische groei. De concurrentiekracht van Nederland hangt sterk samen met innovatievermogen. Dit vermogen is afhankelijk van het succes waarmee kennis gebruikt wordt voor maatschappelijke toepassingen. Breed aanvaard is dat om tot een optimale verspreiding van kennis te komen de aansluiting tussen publiek en privaat domein moet worden bevorderd. Dit geldt in het bijzonder voor wetenschappelijk onderzoek en daarbinnen voor toegepast technologisch onderzoek. Het uitvoeren van opdrachten voor derden kan de verbinding tussen een onderzoeksinstelling en de maatschappij versterken. Hierdoor wordt kennis, die elders niet (in die kwaliteit) beschikbaar is, benut en overgedragen. Daarnaast geeft werken in opdracht van derden aanleiding tot nieuwe thema's voor wetenschappelijk en technologisch onderzoek. Vanwege het grote maatschappelijke belang van kennisontwikkeling en de overdracht van nieuwe kennis mag het wetsvoorstel markt en overheid in zijn toepassing niet leiden tot onnodige praktische belemmeringen. Reeds door de werkgroep Markt en Overheid en ook in het SER advies Markt en Overheid is aandacht gevraagd voor de bijzondere positie van de kennisinfrastructuur. Een toepassing van de regels van het onderhavige wetsvoorstel op de onderzoeksinstellingen, zou leiden tot een situatie waarin de ontwikkeling van nieuwe kennis niet meer op een slagvaardige wijze plaats kan vinden. Bij kennisontwikkeling of -overdracht kunnen marktactiviteiten wenselijk zijn, ook als de markt met andere technologie in staat is dezelfde goederen te leveren of diensten te verrichten. Om deze reden achten wij het wenselijk

dat in het wetsvoorstel een bijzondere regeling wordt opgenomen voor de kennisinfrastructuur.

De kennisinfrastructuur is geen duidelijk afgebakend begrip. In het wetsvoorstel is de regeling voor kennisinfrastructuur zo vormgegeven dat er regels worden gesteld voor onderzoekinstellingen. Dit zijn instellingen waarvan één van de hoofdtaken het verrichten van onderzoek is. Het betreft onder meer de universiteiten, TNO, RIVM en andere grote technologische instituten. In artikel 31 wordt exact aangegeven welke instellingen het betreft. Onderwijsinstellingen, zoals basis- en voortgezet onderwijs, hoger beroepsonderwijs en beroeps- en volwasseneneducatie (BVE) vallen dus niet onder het begrip onderzoekinstelling.

De beperking tot onderzoekinstellingen komt voort uit zowel inhoudelijke als pragmatische overwegingen.

De noodzaak tot verbinding met de markt is bij de onderzoekinstellingen het grootst. Onderzoekinstellingen zullen veel activiteiten uitvoeren voor of in samenwerking met marktpartijen. Marktactiviteiten, gericht op de overdracht en ontwikkeling van nieuwe kennis zijn bij deze instellingen dan ook omvangrijk. Bij kennisontwikkeling of -overdracht aan marktpartijen kunnen deze marktactiviteiten zelfs wenselijk zijn, ook als de markt met andere technologie in staat is dezelfde goederen of diensten te leveren. Scholen voor basis en voortgezet onderwijs kennen in het algemeen een geringere omvang van activiteiten die in samenwerking met marktpartijen worden uitgevoerd en gericht zijn op de ontwikkeling en overdracht van nieuwe kennis. De activiteiten die door deze onderwijsinstellingen in samenwerking met marktpartijen worden uitgevoerd zijn meer gericht op het realiseren van een betere aansluiting van opleiding op de praktijk. Bij deze activiteiten zal er echter minder sprake zijn van ontwikkeling van nieuwe kennis. Een uitzondering als voor onderzoekinstellingen is dus niet noodzakelijk.

Een pragmatische overweging om onderwijsinstellingen niet onder hoofdstuk 7 van het wetsvoorstel te laten vallen, is de volgende. Hogescholen en instellingen voor BVE zijn grotendeels privaatrechtelijk georganiseerd en vallen daardoor niet onder de reikwijdte van dit wetsvoorstel. Dit betekent dat, indien deze instellingen in samenwerking met de markt activiteiten willen verrichten, het wetsvoorstel hier geen regels voor stelt. Door alle (publiek- en privaatrechtelijke) onderwijsinstellingen onder hoofdstuk 7 te brengen, zou de reikwijdte van dit wetsvoorstel in omvang aanzienlijk toenemen. Immers, zonder deze regeling vallen privaatrechtelijk georganiseerde onderwijsinstellingen niet onder het wetsvoorstel. Dit is ook niet nodig, omdat de onderwijsinstellingen niet als één van de hoofdtaken de ontwikkeling en overdracht van nieuwe kennis hebben. Bovendien worden de private onderwijsinstellingen, omdat zij niet onder de reikwijdte van het wetsvoorstel vallen, ook niet beperkt in de mogelijkheden met samen met marktpartijen activiteiten te ontwikkelen.

De bijzondere regels beperken zich derhalve tot de onderzoekinstellingen die door volledige toepassing van het onderhavige wetsvoorstel belemmerd zouden worden bij de kennisontwikkeling en kennisoverdracht aan marktpartijen.

De toetredingsregels uit hoofdstuk 2 van dit wetsvoorstel zijn op de onderzoekinstellingen niet van toepassing. Het vereisen van een besluit zou de instellingen te zeer kunnen belemmeren in hun slagvaardigheid. Aan de materiële norm wordt feitelijk voldaan, wanneer de bijdrage aan het openbaar belang gelegen is in de kennisontwikkeling en -overdracht. Van onderzoekinstellingen mag verwacht worden dat zij zich met hun marktactiviteiten daartoe beperken. De bijzondere regels hebben vanwege die premisse betrekking op die marktactiviteiten die gericht zijn op kennisontwikkeling en overdracht van (nieuwe) kennis. Onderzoekinstellingen maken zelf de afweging of een marktactiviteit bijdraagt aan kennisontwikkeling. Marktactiviteiten waarbij een directe relatie met kennisontwikkeling of -overdracht aan marktpartijen ontbreekt, bijvoorbeeld bij

zaalverhuur of arbeidsbemiddeling vallen, voorzover de betreffende instelling behoort tot de normadressanten van deze wet, onder de algemene regels van markt en overheid.

Om dezelfde redenen en onder dezelfde voorwaarden zijn ook de regels voor het oprichten van of deelnemen in een overheidsbedrijf uit hoofdstuk 3 van dit wetsvoorstel op de onderzoekinstellingen niet van toepassing. De onderzoekinstellingen dienen voor het verrichten van marktactiviteiten zich ervan te verzekeren dat ondernemers niet onevenredig benadeeld zullen worden. Ondernemers worden in staat gesteld hierover een klacht in te dienen.

Een klacht kan het gevolg zijn van feitelijke concurrentie die zij ondervinden van marktactiviteiten van onderzoekinstellingen, maar ook naar aanleiding van de werkof onderzoeksprogramma's van de onderzoekinstellingen waarin deze activiteiten worden vermeld. Over de verrichte marktactiviteiten wordt achteraf door de onderzoekinstelling een verantwoording afgelegd aan de bekostigende overheidsorganisaties. Zonodig zullen bekostigingsvoorwaarden daartoe worden aangepast.

Concurrentievervalsing als gevolg van het verrichten van marktactiviteiten is ook binnen de onderzoeksinfrastructuur onwenselijk. Om dit zoveel mogelijk te voorkomen zijn op de onderzoekinstellingen wel gedragsregels van toepassing. Het betreft de regels met betrekking tot kostendoorberekening en gegevensgebruik, evenals boekhoudkundige voorschriften. Om gelijke behandeling te verzekeren geldt voor de handhaving van de gedragsregels voor alle onderzoekinstellingen hetzelfde regime. Omdat het deels om publiekrechtelijke organisaties gaat, is het handhavingsregime voor overheidsorganisaties van toepassing. Voor een nadere toelichting op deze regels verwijzen wij naar de toelichting bij hoofdstuk 3, paragraaf 2.

2.3.3 Publiek-private samenwerking en publiek-publieke samenwerking

Publiek-private samenwerking (PPS) is een belangrijk instrument bij het realiseren van (vaak infrastructurele) projecten. Vaak zal die samenwerking tot stand komen doordat de overheidsorganisatie een project in de vorm van een «design, build, finance en maintenance» contract aanbesteedt. Marktpartijen hebben dan een relatief grote vrijheid in de wijze waarop een project wordt gerealiseerd. Deze vorm van PPS valt niet onder het wetsvoorstel daar de overheid geen marktactiviteiten gaat verrichten noch een overheidsbedrijf opricht of erin gaat deelnemen. Een andere vorm van PPS is een joint-venture tussen een overheidsorganisatie en marktpartijen, een samenwerking in de vorm van een privaatrechtelijke rechtspersoon. In dit geval kan sprake zijn van het oprichten van een overheidsbedrijf, als de overheid in staat is het beleid van de joint-venture te bepalen en zijn de regels daaromtrent (zie paragraaf 2.2.4) van toepassing.

In de Aanwijzingen wordt het deelnemen in een publiek-privaat samenwerkingsproject bij voorbaat uitgesloten van de toepassing ervan. In het voorliggende wetsvoorstel is deze inperking afwezig. Het motief hiervoor is dat in het wetsvoorstel deelname in overheidsbedrijven altijd mogelijk is als voldaan wordt aan de materiële norm. Het argument dat de levering of deelname plaats vindt in het kader van PPS is vanuit het perspectief van de doelstelling van dit wetsvoorstel geen overtuigend argument om geen eisen aan de besluitvorming te stellen of om geen gedragsregels toe te passen.

Overheid en bedrijfsleven dienen in een PPS-project samen te werken op basis van een heldere taak- en risicoverdeling. De regels die ten aanzien van het oprichten van een PPS-joint-venture voortvloeien uit het wetsvoorstel markt en overheid kunnen als een ondersteuning hiervan worden gezien. Immers, deze regels zijn er mede op gericht een duidelijke afweging te krijgen over de wijze waarop een publiek doel het beste bereikt

kan worden. Tevens blijft door de toepassing van gedragsregels in de relatie overheidsorganisatie-overheidsbedrijf het speelveld zoveel mogelijk gelijk.

Vergelijkbaar met PPS is publiek-publieke samenwerking. Deze kan de vorm aannemen van een samenwerkingsverband maar ook van onderlinge leveranties tussen overheidsorganisaties. Het is afhankelijk van de wijze waarop deze samenwerking gestalte krijgt, of en zo ja, welke regels van dit wetsvoorstel van toepassing zijn. Indien bijvoorbeeld gekozen wordt voor samenwerking in de vorm van een bij gemeenschappelijke regeling opgerichte publiekrechtelijke rechtspersoon, dan valt die rechtspersoon als zodanig onder de regels voor overheidsorganisaties. Voor het oprichten of deelnemen in een gezamenlijk overheidsbedrijf geldt uiteraard het in paragraaf 2.2.4 beschreven grondslagvereiste. Het kan zijn dat dit bedrijf overgaat tot leveringen aan de betrokken overheidsorganisaties in concurrentie met private ondernemers. In beginsel is het dan geen bezwaar dat de regels omtrent besluiten tot het oprichten van of deelnemen in een overheidsbedrijf van toepassing zijn. Bij de besluitvorming over de oprichting van het gezamenlijk overheidsbedrijf dienen de overheden zich ervan te vergewissen dat het oprichten van het overheidsbedrijf de meest aangewezen weg is voor het realiseren van het openbare belang.

Het samenwerken op basis van privaatrechtelijke contracten of andere vormen van overeenkomsten is niet gebonden aan de regels van dit wetsvoorstel, behalve indien daaruit voortvloeit dat een overheidsorganisatie marktactiviteiten gaat verrichten. Dan zijn de regels als beschreven in hoofdstuk 2 van toepassing. Dit in tegenstelling tot de Aanwijzingen, waarin marktactiviteiten in het kader van PPS werden uitgesloten van het toepassingsbereik van die Aanwijzingen. Deze afwijking is in lijn met de doelstelling van het wetsvoorstel. Als er immers ook private ondernemers zijn die dezelfde diensten of goederen aanbieden dan is het niet a priori zo dat het leveren van goederen of diensten van de ene overheid aan de andere de meest aangewezen weg is om het (gezamenlijke) openbare belang te dienen. Ook de gedragsregels horen van toepassing te zijn omdat het vanuit welvaartspectief ongewenst is dat een overheid goederen of diensten betreft van een andere overheid die schijnbaar efficiënter opereert dan de markt omdat een gelijk speelveld ontbreekt. Om deze redenen worden onderlinge leveranties tussen overheden niet op voorhand uitgesloten van de werking van dit wetsvoorstel.

2.3.4 Ondernemingen met uitsluitende of bijzondere rechten in andere Europese lidstaten

Dit wetsvoorstel stelt geen regels voor ondernemingen die in het buitenland over een bijzonder of uitsluitend recht beschikken maar ook activiteiten verrichten in Nederland. Het is uiteraard niet goed denkbaar dat in dit wetsvoorstel regels zouden worden gesteld die verplichtingen opleggen welke verband houden met een door een buitenlandse overheid toegekend bijzonder of uitsluitend recht. Voor zover dergelijke ondernemingen onder de reikwijdte van de wijziging van de eerdergenoemde Transparantierichtlijn vallen, zullen met ingang van de implementatiedatum van de wijzigingsrichtlijn (1 januari 2002) wel de bepalingen in die richtlijn omtrent een gescheiden boekhouding van toepassing zijn. Een verbod op kruissubsidie of een bepaling omtrent het gebruik van gegevens bevat de richtlijn echter niet. Dat betekent dat ondernemingen die in een ander land een uitsluitend of bijzonder recht hebben, opbrengsten daarvan of gegevens, die daarbij zijn verkregen, voor andere activiteiten mogen gebruiken. Andere ondernemingen die in Nederland actief zijn, en Nederlandse ondernemingen die activiteiten ontplooiën op een buitenlandse markt, kunnen daarvan nadelige concurrentie ondervinden, die niet door dit wetsvoorstel kan worden bestreken. Wel is op dergelijke onderne-

mingen het Europese mededingingsrecht van toepassing. Hierbij kan met name worden gedacht aan misbruik van een economische machtspositie (artikel 82 van het EG-Verdrag), aan artikel 86 van het Verdrag dat tot de lidstaten gerichte bepalingen voor ondernemingen als hier bedoeld bevat, en het in artikel 87 van het Verdrag vervatte verbod van staatssteun.

HOOFDSTUK 3. DE ONDERNEMER EN ZIJN RECHT (TOEZICHT, INSPIRAAK EN HANDHAVING)

§ 3.1 Handhaving van de toetredingsregels

Een belangrijke aanleiding voor dit wetsvoorstel zijn klachten van ondernemers die concurrentie ondervinden van marktactiviteiten door overheidsorganisaties. Een uitermate belangrijk winstpunt voor die ondernemers is het vereiste dat er voortaan sprake moet zijn van een grondslag in een wet of besluit. Aan het besluit tot het verrichten van marktactiviteiten dient een grondige afweging vooraf te gaan. De afweging geeft ondernemers de gelegenheid hun belangen mee te laten wegen voordat over het verrichten van marktactiviteiten wordt besloten. Bij het nemen van besluiten wordt het volgen van de openbare voorbereidingsprocedure van de Awb voorgeschreven. Deze procedure verplicht tot ter inzage legging van het ontwerpbesluit en biedt belanghebbenden de gelegenheid hun zienswijze naar voren te brengen. Op het niveau van de formele wet bestaan tijdens de wetgevingsprocedure mogelijkheden voor belanghebbenden om hun belangen te bepleiten, al dan niet via hun vertegenwoordigende organisaties, en de besluitvorming te beïnvloeden. Een afgewogen besluitvorming kan er toe leiden dat een overheidsorganisatie afziet van het verrichten van marktactiviteiten waardoor ondernemers en andere belanghebbenden geen concurrentie van deze overheidsorganisatie (meer) ondervinden.

3.1.1 Bestuursrechtelijke rechtsbescherming

Belanghebbenden die menen dat geen goede afweging heeft plaatsgevonden, staan diverse rechtsmiddelen ten dienste. Tegen besluiten omtrent het verrichten van marktactiviteiten staat voor belanghebbenden het «gewone» bezwaar en beroep van de Awb open. De rechter zal toetsen of de diverse onderdelen van artikel 6 bij de besluitvorming zijn betrokken en in de toelichting voldoende tot uitdrukking zijn gebracht. Ook zal hij toetsen of de betrokken belangen voldoende zijn afgewogen, en of de overheidsorganisatie redelijkerwijs tot de genomen beslissing had kunnen komen. Desgewenst kan de rechter de Commissie markt en overheid als deskundige raadplegen. Ook eerdere adviezen van de Commissie kunnen de rechter helpen bij zijn beslissing. Op grond van artikel 1:2 van de Awb kunnen ook belangenbehartigingsorganisaties in beroep gaan tegen besluiten. Bij het instellen van beroep kan gebruik worden gemaakt van door de Commissie markt en overheid uitgebrachte adviezen. Deze zijn immers openbaar. De SER stelde voor een aparte toezichthouder in het leven te roepen, die bindende uitspraken zou kunnen doen over besluiten van bestuursorganen omtrent het verrichten van marktactiviteiten. Ook zou deze toezichthouder die besluiten (behalve wetgeving in formele zin) kunnen vernietigen. In ons staatsbestel is het bij uitstek de taak van de onafhankelijke rechter om besluiten van overheidsorganisaties te toetsen en eventueel te vernietigen. Het voorstel van de SER om een toezichthoudend orgaan hiermee te belasten wordt daarom dan ook niet gevolgd.

3.1.2 Civielrechtelijke rechtsbescherming

In bepaalde gevallen kan ook de civiele rechter een rol spelen bij de handhaving van de toetredingsregels. Indien een overheidsorganisatie marktactiviteiten verricht waarvoor een grondslag is vereist en die ontbreekt, kan degene die daardoor in zijn belangen is getroffen met een actie op grond van onrechtmatige daad (artikel 162 van boek 6 van het Burgerlijk Wetboek) bij de civiele rechter terecht. Bij civiele rechtszaken kan de Commissie markt en overheid eveneens worden ingeschakeld als deskundige. Een soortgelijke situatie doet zich voor wanneer een overheidsbedrijf marktactiviteiten verricht waartoe tijdens de oprichting van het overheidsbedrijf geen voorziening is getroffen in de statuten. Handelingen in strijd met de statutaire doelstelling zijn aantastbaar. Ondernemingen zullen zich daarvoor hoeden. In dat geval kan een beroep worden gedaan op statutaire doeloverschrijding.

§ 3.2 Handhaving van de gedragsregels

3.2.1 Handhaving door de NMa

In het SER-advies wordt aanbevolen de NMa te belasten met handhaving van de gedragsregels. Dit advies van de SER wordt opgevolgd. De gedragsregels hebben immers betrekking op het reguleren van onderlinge marktverhoudingen. De gedragsregels zien toe op die activiteiten van overheidsorganisaties en onderzoeksinstellingen die een ondernemingskarakter hebben en bevatten voorts regels die specifiek gericht zijn op ondernemingen. De desbetreffende regels staan in de wet en laten weinig tot geen ruimte voor discretionaire toepassing. Omdat overheidsorganisaties zelf ook marktgedragingen verrichten die aan de regels van het wetsvoorstel moeten voldoen, past bij deze handhaving bij uitstek een onafhankelijk toezicht ter waarborging van de belangen van derden ten opzichte van directe politieke bemoeienis, zie ook het kabinetsstandpunt bij het rapport van de Commissie Borghouts «Vertrouwen in onafhankelijkheid» over de positionering van het toezicht (Kamerstukken II 2000/2001, 27 831, nr. 1). De NMa als uitvoerder van de Mededingingswet is de aangewezen instantie om dergelijke regels te handhaven.

De NMa komt in actie uit eigen beweging of op basis van klachten of signalen over gedragingen van een overheidsorganisatie, onderzoeksinstelling of onderneming met een uitsluitend of bijzonder recht, die in strijd zijn met dit wetsvoorstel. Procedure en afhandeling van klachten en signalen komen, voor zover deze betrekking hebben op ondernemingen met bijzondere of uitsluitende rechten, overeen met de bepalingen hierover in de Mededingingswet. Voor zover het een overheidsorganisatie of onderzoeksinstelling betreft is voorzien in een procedure waarbij de organisatie wordt gehoord voordat de NMa zich een definitief oordeel vormt. Op de sancties die hierbij kunnen worden opgelegd wordt hieronder nader ingegaan. De NMa kan zich bij het uitoefenen van het toezicht baseren op gegevens uit de boekhouding bij de desbetreffende overheidsorganisatie, onderzoeksinstelling of onderneming met uitsluitende of bijzondere rechten. Daarnaast zal de NMa eigen onderzoek kunnen verrichten, bijvoorbeeld om vast te stellen of gegevensbestanden op non-discriminatoire condities aan derden ter beschikking wordt gesteld of om te bezien of het bevoordelingsverbod tussen overheidsorganisaties en overheidsbedrijven is neergelegd.

Over de wijze van handhaving van de gedragsregels voor overheidsorganisaties (die ook zal gelden voor onderzoeksinstellingen) merken wij het volgende op. Er is gekozen voor een systeem dat rekening houdt met de aard van de normen en normadressaten en met hetgeen passend is binnen de Nederlandse bestuurlijke verhoudingen. De gedragsregels voor overheidsorganisaties zijn specifieke normen die een organisatie in acht

dienen te nemen bij bepaalde activiteiten die zij verrichten in het kader van het openbaar belang. Binnen de Nederlandse verhoudingen past het niet dat bij niet-naleving van dergelijke normen een andere overheidsorganisatie (in casu de NMa) daarvoor sancties gaat opleggen. Aan de andere kant is het niet wenselijk uitsluitend te volstaan met civielrechtelijke handhaving uit hoofde van een actie op grond van onrechtmatige daad. Overtreding van bijvoorbeeld het voorschrift om alle kosten door te berekenen zal voor gedupeerde ondernemers niet eenvoudig zijn te bewijzen. Het is daarom wenselijk dat de NMa onderzoek kan doen en in voorkomende gevallen kan vaststellen dat sprake is van een overtreding van een gedragsregel door een overheidsorganisatie. In de Nederlandse bestuurlijke verhoudingen mag ervan worden uitgegaan dat een overheidsorganisatie zich een dergelijk oordeel aantrekt en er zorg voor draagt dat de overtreding wordt beëindigd. Indien een overheidsorganisatie het niet eens is met een oordeel van de NMa, kan zij dit door de bestuursrechter laten toetsen. Is eenmaal onherroepelijk vastgesteld dat sprake is van een overtreding, dan kan een benadeelde ondernemer eventueel dat oordeel, dat dan formele rechtskracht heeft, inbrengen in een procedure bij de burgerlijke rechter met het oog op het verkrijgen van schadevergoeding.

De SER laat zich niet uit over de aard van de sanctiebevoegdheden van de NMa.

3.2.2 Handhaving van de boekhoudkundige voorschriften

De handhaving van de boekhoudkundige regels die dienen ter ondersteuning van de gedragsregels, vindt in de eerste instantie plaats door middel van het eigen administratieve toezicht. Een belangrijk aspect hiervan vormt de verantwoording van de verrichte marktactiviteiten door een overheidsorganisatie. Deze verantwoording maakt onderdeel uit van de jaarrekening en bevat een overzicht van de door de overheidsorganisatie verrichte marktactiviteiten en de daaraan verbonden baten en lasten. Door uit te gaan van de in de eigen administratie vastgelegde gegevens worden de administratieve lasten tot een minimum beperkt. De NMa kan in haar rol als toezichthouder dit overzicht raadplegen in geval van een klacht. Het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties bereidt regelgeving voor ten aanzien van de reikwijdte van de rechtmatigheidscontrole van de gemeentelijke en provinciale accountants. Bij invoering daarvan zal het toezicht op de naleving kunnen worden gefaciliteerd. Bij ondernemingen met een uitsluitend of bijzonder recht zal veelal sprake zijn van een (aparte) financiële verantwoording ten aanzien van het uitsluitende of bijzondere recht ten behoeve van de overheidsorganisatie die dat recht heeft verleend. Voor de activiteiten van de onderneming die niet voortvloeien uit het verkregen recht, gelden geen specifieke voorschriften. Dit betreft immers reguliere ondernemingsactiviteiten. De NMa kan in dat geval rechtstreeks toezicht houden.

3.2.3 Relatie tussen toezichthouders

De keuze voor de NMa als toezichthouder sluit goed aan bij de terughoudendheid die wordt betracht bij het instellen van nieuwe toezichthouders, met name om versnippering van toezichtfuncties tegen te gaan. Toch is het onvermijdelijk dat toezichthouders in de uitvoering van het toezicht elkaar «tegenkomen». Sectorale toezichthouders en de NMa zullen bij de uitoefening van hun bevoegdheden bijvoorbeeld beide de financiële verantwoording van een organisatie willen inzien, respectievelijk om de rechtmatigheid van de besteding van overheidsmiddelen te toetsen dan wel om aanwijzingen te vinden voor marktverstoring gedrag. Een overlapping in werkterrein van toezichthouders is overigens niet ongebruikelijk. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan de financiële wereld, waar

onder meer de Nederlandsche Bank, de Stichting Toezicht Effectenverkeer, de NMa en de Pensioen- & Verzekeringskamer actief zijn. Uitgangspunt is dat er sprake moet zijn van aanvullende toezichtsactiviteiten. De NMa zal daarom bij het uitoefenen van toezicht zoveel mogelijk gebruik maken van gegevens die uit de reguliere (interne) verantwoordingscyclus van overheidsorganisaties en ondernemingen voortkomen.

HOOFDSTUK 4. RELATIE MET ANDERE WETGEVING

§ 4.1 De Mededingingswet

Evenals de Mededingingswet gaat dit wetsvoorstel uit van het Europees-rechtelijke ondernemingsbegrip. Ingevolge artikel 1, eerste lid, onder e, van dit wetsvoorstel wordt voor de uitleg van het begrip «onderneming» aangesloten bij artikel 81, eerste lid, van het EG-Verdrag. Dit betekent dat net als in het EG-recht ook in dit wetsvoorstel onder «onderneming» wordt verstaan iedere entiteit die zelfstandig aan het economisch verkeer deelneemt. In de artikelsgewijze toelichting wordt nader ingegaan op de betekenis van het begrip onderneming. In dit wetsvoorstel worden uitsluitend regels gesteld voor bepaalde ondernemingen, namelijk ondernemingen die beschikken over bijzondere of uitsluitende rechten.

In de Mededingingswet is in artikel 24 het verbod op misbruik van economische machtspositie geregeld. Dit verbod is ook van toepassing op overheidsorganisaties, indien zij zijn aan te merken als onderneming in de zin van het EG-verdrag, en op ondernemingen met een uitsluitend of bijzonder recht. Oneerlijke concurrentie die voortkomt uit misbruik van een economische machtspositie wordt door de Mededingingswet dus al tegengegaan. Om oneerlijke concurrentie als gevolg van «overheidsmacht» te voorkomen is de Mededingingswet echter niet toereikend. Allereerst is de toepassing beperkt tot gevallen waarin sprake is van misbruik van een economische machtspositie door een onderneming. Daarnaast is de toepassing van artikel 24 van de Mededingingswet niet mogelijk bij gedragingen die worden opgelegd op basis van, dan wel direct het gevolg zijn van de uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheden. Verder kan op basis van artikel 24 wel tegen bepaalde gedragingen worden opgetreden die uit kruissubsidiëring voortvloeien, namelijk het berekenen van excessief hoge prijzen en predatory pricing, maar is het niet mogelijk tegen kruissubsidiëring op zich op te treden. Het artikel biedt tenslotte niet de mogelijkheid om te dienen als basis voor preventieve ondersteunende maatregelen, zoals boekhoudkundige voorschriften en voorwaarden aan gegevensgebruik.

Ook door aanvulling van de Mededingingswet kunnen de beoogde doelstellingen van dit wetsvoorstel niet worden gerealiseerd. De Mededingingswet richt zich op gedragingen van ondernemers op de markt en biedt daarmee geen kader om bestuurlijke verplichtingen (toetredingsregels) op te leggen aan bestuursorganen, bijvoorbeeld bij de oprichting van een overheidsbedrijf. Een aanvulling zou derhalve alleen betrekking kunnen hebben op marktgedrag van overheidsorganisaties, met ander woorden op gedragsregels. Zowel de werkgroep Markt en Overheid als de SER zijn van mening dat gedragsregels alleen onvolgende zijn om te komen tot een optimale behartiging van het openbare belang en om oneerlijke concurrentie door overheidsorganisaties tegen te gaan.

Vanuit een oogpunt van handhaving van de regels voor ondernemingen met uitsluitende of bijzondere rechten is het van belang ervoor te zorgen dat de NMa ingeval een bepaalde gedraging zowel onder artikel 24 van de Mededingingswet valt als onder dit wetsvoorstel, over soortgelijke bevoegdheden beschikt als zij heeft bij de handhaving van artikel 24 van

de Mededingingswet. Het gaat hierbij zowel om de regels met betrekking tot toezicht op de naleving, als om sanctiebevoegdheden.

§ 4.2 De wijziging van de Transparantierichtlijn

Onlangs heeft de Europese Commissie een richtlijn vastgesteld tot wijziging van de zogenaamde Transparantierichtlijn (richtlijn 2000/52/EG van de Commissie van de Europese Gemeenschappen van 26 juli 2000 tot wijziging van richtlijn 80/723/EEG betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven, PbEG L 193/75). De wijzigingen zijn een aanvulling op de reeds bestaande bepalingen op grond waarvan lidstaten inzicht dienen te geven in de financiële betrekkingen tussen overheden en openbare bedrijven. De wijziging van de Transparantierichtlijn heeft tot doel financiële doorzichtigheid te bewerkstelligen van ondernemingen met bijzondere of uitsluitende rechten en ondernemingen belast met een dienst van algemeen belang waarvoor ze overheidssteun ontvangen. Aan deze ondernemingen worden boekhoudkundige voorschriften opgelegd. Deze komen overeen met de regels in artikel 28 van dit wetsvoorstel. Met de wijziging van de Transparantierichtlijn wordt beoogd de naleving van de mededingingsregels van het EG-Verdrag (de artikelen 81 tot en met 85, alsmede 87) te verzekeren en tevens non-discriminatoire en doeltreffende toepassing van de mededingingsregels van het EG-verdrag te bevorderen.

Het voorliggende wetsvoorstel heeft een andere optiek dan de wijziging van de Transparantierichtlijn. Het wetsvoorstel stelt gedragsregels voor ondernemingen met uitsluitende of bijzondere rechten ter voorkoming van oneigenlijke concurrentievoordelen en stelt ter ondersteuning dáárvan regels met betrekking tot financiële doorzichtigheid.

Een tweede verschil is dat de wijzigingsrichtlijn uitsluitend regels stelt ten aanzien van de financiële doorzichtigheid van ondernemingen met bijzondere of uitsluitende rechten en ondernemingen belast met een dienst van algemeen belang waarvoor ze overheidssteun ontvangen en niet van toepassing is op overheidsorganisaties.

De wijzigingsrichtlijn bevat een ondergrens van € 40 miljoen netto jaaromzet. Als die grens gedurende twee boekjaren wordt overschreden, zijn de bepalingen van de richtlijn van toepassing. Deze ondergrens houdt verband met het feit dat de richtlijn die gevallen wil regelen waarin sprake kan zijn van mogelijke interstatelijke marktverstoring. Het wetsvoorstel markt en overheid beoogt regels te stellen om oneerlijke concurrentieverhoudingen binnen Nederland te voorkomen. De reikwijdte van de boekhoudkundige voorschriften is dan ook veel groter (€ 6,25 miljoen).

Een vierde verschil is dat ondernemingen belast met diensten van algemeen economisch belang waarvoor zij van de overheid een compensatie ontvangen, onder de reikwijdte van de wijzigingsrichtlijn vallen. Hieronder vallen ook ondernemingen met basisfinanciering. Elders in deze memorie van toelichting is opgenomen dat de vraag of voor deze categorie nadere regels moeten worden gesteld, nog een nadere analyse vergt. Implementatie van de wijziging van de Transparantierichtlijn (Kamerstukken II 2000/01, 27 870, nr. 1–2) zal in eerste instantie geschieden door een wetsvoorstel tot wijziging van de Mededingingswet. Deze wet moet met ingang van 1 januari 2002 in werking treden. Uiteindelijk zullen alle regels voor ondernemingen met uitsluitende en bijzondere rechten in de Wet markt en overheid worden opgenomen. De boekhoudkundige voorschriften in de Mededingingswet zullen voor deze categorie dan komen te vervallen.

§ 4.3 Het voorstel voor een Kaderwet zelfstandige bestuursorganen

In het voorstel voor een Kaderwet zelfstandige bestuursorganen (Kamerstukken II 2000/01, 27 426 nr. 2) worden kaderregels vastgesteld voor zbo's

op het niveau van de centrale overheid. De doelstellingen die ten grondslag liggen aan de Kaderwet kunnen worden samengevat onder de noemers harmonisatie van het organisatierecht voor zbo's en regeling van het primaat van de politiek. De publiekrechtelijke zbo's vallen onder de regels die het wetsvoorstel markt en overheid voorschrijft voor overheidsorganisaties. Daarbij wordt op het punt van oprichting van overheidsbedrijven in de zin van het wetsvoorstel markt en overheid in artikel 25 van de Kaderwet zbo's iets vergelijkbaars geregeld.

De regels in dit wetsvoorstel zijn in dit specifieke geval strikter dan de voorschriften uit het voorstel voor een Kaderwet zbo. Artikel 25 van de Kaderwet zbo geeft een minister *de mogelijkheid* om vooraf, bij het instellen van een zbo, te bepalen dat het zbo toestemming moet vragen voor de oprichting van of deelneming in een rechtspersoon. Uit artikel 11 van dit wetsvoorstel vloeit voort dat, wanneer het zbo marktactiviteiten zal gaan verrichten, het zbo uitsluitend tot oprichting of deelneming kan overgaan, indien het daartoe formeel de bevoegdheid heeft gekregen van de minister. In een dergelijk geval *moet* derhalve altijd door de minister toestemming zijn dan wel worden verleend.

In hoofdstuk 4 «Bepalingen betreffende financieel toezicht» van het voorstel voor een Kaderwet zbo wordt gesproken van «andere activiteiten» (artikel 20) en «andere baten of inkomsten» (artikel 21) dan die voortkomen uit de uitoefening van de bij of krachtens de wet aan een zelfstandig bestuursorgaan opgedragen taken. In de toelichting wordt aangegeven dat dit soort activiteiten slechts sporadisch aan de orde zullen zijn. Met het wetsvoorstel markt en overheid wordt gepoogd te realiseren dat activiteiten, indien marktactiviteiten, *altijd* een verband moeten hebben met de aan zbo's opgedragen taken. Het principe van de «gesloten huishouding» wordt bij zbo's door zowel het voorstel voor een Kaderwet zbo als in dit wetsvoorstel als uitgangspunt genomen (artikel 4, eerste lid, onderdeel c). De artikelen 20 e.v. van het voorstel voor een Kaderwet zbo's hebben mede de strekking de boekhouding van een zbo inzichtelijk te maken. Het is niet zo dat op basis van het voorstel voor een Kaderwet zbo activiteiten worden toegestaan, die door het wetsvoorstel markt en overheid worden verboden. De boekhoudkundige voorschriften uit het voorstel voor een Kaderwet zbo voor deze «andere activiteiten» sluiten goed aan op de voorschriften uit het wetsvoorstel markt en overheid.

§ 4.4 Wetten met bepalingen die eveneens beogen concurrentievervalsing tegen te gaan

In een aantal wetten, zoals de Mediawet, de Wet Personenvervoer 2000, de Concessiewet personenvervoer per trein, en de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000, zijn reeds regels opgenomen om ongelijke concurrentieverhoudingen te voorkomen. Ook in het voorstel van wet op het Koninklijk Nederlands Meteorologisch Instituut (Kamerstukken II 2000/01, 27 623 nr. 2) zijn soortgelijke regels opgenomen. Diverse sectorale toezichthouders (zoals het Commissariaat voor de Media, de Pensioen- & Verzekeringskamer) zijn belast met het toezicht op deze bepalingen. De vraag is hoe dergelijke regels in sectorale wetten zich verhouden tot de regels van dit wetsvoorstel. Indien er aanleiding zou zijn om sectorspecifieke regels te handhaven, dient vervolgens de verhouding te worden bezien tussen de sectorale toezichthouder en de NMa als toezichthouder op grond van dit wetsvoorstel.

In een aantal gevallen, namelijk waarin sprake is van markten in transitie als gevolg van Europese regelgeving, zullen de voorzieningen gelden zoals aangegeven in het overgangsrecht. Het betreft hier de postsector en de energiesector. In andere gevallen, zoals de hierboven genoemde, zal nog moeten worden bezien of het wenselijk is dat de specifieke regels zullen wijken voor de regels zoals neergelegd in dit wetsvoorstel. In de Invoeringswet van de Wet markt en overheid zal de verhouding tussen

sectorale wetgeving en dit wetsvoorstel worden vastgelegd. In dit traject zal per wet waarin bepalingen ter voorkoming van ongelijke concurrentieverhoudingen voorkomen, moeten worden vastgesteld of er aanleiding is de bijzondere regels te handhaven, of dat de algemene regels van dit wetsvoorstel van toepassing zullen worden. Voorop dient te staan dat de regels in dit wetsvoorstel het uitgangspunt vormen en dat afwijkingen een bijzondere argumentering behoeven. Dit met het oog op het belang van transparante en eenvoudige regelgeving en ook zo min mogelijk regelgeving. Voor de beantwoording van de vraag of bestaande of bijzondere regels moeten worden gehandhaafd worden drie uitgangspunten gehanteerd.

Ten eerste zullen de bijzondere regels moeten worden beoordeeld op hun effect ten aanzien van het voorkomen van oneerlijke concurrentie. Indien sprake is van minder strenge regels dan in dit wetsvoorstel, zal het uitgangspunt zijn dat deze minder strenge regels vervallen en dat de regels van dit wetsvoorstel gelden. Indien sprake is van soortgelijke regels (in de zin dat effecten vrijwel gelijk zijn), dan kunnen de regels uit het onderhavige wetsvoorstel van toepassing worden. Ook in dit geval zullen de soortgelijke regels in de sectorspecifieke wetgeving vervallen. Indien de bijzondere wet strengere regels heeft, dan moet bezien worden of in de bijzondere wet met alleen een aanvulling op de regels van dit wetsvoorstel kan worden volstaan om hetzelfde effect te bereiken als dat van de strengere regels. Met name daar waar het wetsvoorstel markt en overheid geen toetredingsregels stelt, maar de andere wet wel (zoals bijvoorbeeld in het geval van de Mediawet en bij de pensioenfondsen), is te overwegen deze toetredingsregels te handhaven. Voor zover de gedragsregels in de andere wet onlosmakelijk verbonden zijn met deze toetredingsregels, ligt het niet voor de hand om voor die gedragsregels wel aan te sluiten bij het wetsvoorstel markt en overheid.

Ten tweede moet worden voorkomen dat sectoren waarbij sprake is van recente invoering van sectorspecifieke regels ter voorkoming van oneerlijke concurrentie, op korte termijn worden geconfronteerd met regels die in hun uitvoering beduidend anders zijn. Dit kan onwenselijk zijn indien een verandering van regels in deze sectoren zou leiden tot een majeure administratieve belasting. Bovendien hebben deze sectoren recht op een zekere mate van continuïteit in de toepasselijke regelgeving. Een mogelijkheid is dan om te bepalen dat in het kader van een (in de desbetreffende regelgeving vastgelegde) evaluatie, expliciet de vraag beantwoord wordt in hoeverre sectorspecifieke regels ter voorkoming van oneerlijke concurrentie nog nodig en wenselijk zijn, dan wel of volstaan kan worden met de regels zoals neergelegd in dit wetsvoorstel.

Ten slotte moet worden overwogen in hoeverre sprake is van bijzondere regels in het kader van een liberaliseringstraject anders dan ingegeven door Europese richtlijnen. Eindperspectief zal daarbij altijd zijn dat zodra het liberaliseringstraject is afgerond het normale regime van het wetsvoorstel markt en overheid regime van toepassing zal zijn (voor zover nog sprake is van overheidsorganisaties, overheidsbedrijven of ondernemingen met uitsluitende of bijzondere rechten). In de tussenliggende periode kan echter afwijkende regelgeving nodig zijn om organisaties die zich voorbereiden op privatisering of liberalisering, een gelijke startpositie te geven als andere ondernemingen. De termijn waarbinnen het transitieproces voltrokken moet zijn, dient duidelijk vast te staan. Uitstel voor onbepaalde tijd wordt niet wenselijk geacht.

Om recht te doen aan de doelstelling van dit wetsvoorstel (uniformiteit van normen en mogelijkheden van bezwaar en beroep) zal op basis van bovenstaande uitgangspunten zeer terughoudend worden omgegaan met het laten voortbestaan van bijzondere regels. Het is echter zeer aannemelijk, gelet op het tweede uitgangspunt, dat voor de bovengenoemde sectorale voorbeelden (Mediawet, Wet Personenvervoer 2000, Concessiewet personenvervoer per trein en de Wet Bedrijfstakpensioenfondsen 2000)

vooral nog continuering van bijzondere regels de uitkomst zal zijn van dit afwegingsproces. Dit met name omdat sprake is van zeer recent in werking getreden wetgeving of van recente voorstellen daartoe. Indien besloten wordt de bijzondere regels te handhaven, moet de vraag worden beantwoord hoe het toezicht door de sectorale toezichthouder en dat door de NMa in het kader van het wetsvoorstel markt en overheid kan worden afgestemd en hoe zo uniform mogelijke procedures voor belanghebbenden kunnen worden bewerkstelligd. Het kabinetsstandpunt bij het MDW-rapport «Zicht op Toezicht» biedt voor de onderlinge afstemming van de werkzaamheden van toezichthouders een goed beoordelingskader. Met betrekking tot de vier sectorale voorbeelden zal uiteraard terdege rekening worden gehouden met de recente besluitvorming terzake.

HOOFDSTUK 5. OVERGANGSRECHT

In het wetsontwerp markt en overheid worden algemene overgangsbepalingen voorgesteld voor bestaande marktactiviteiten, lopende overeenkomsten, of bestaande deelname in overheidsbedrijven. Deze algemene overgangsbepalingen gelden voor verplichtingen die zijn aangegaan voor de inwerkingtreding van dit wetsvoorstel. Deze overgangsbepalingen beogen een geleidelijke overgang naar toepassing van het wetsvoorstel. Dit is wenselijk omdat het wetsvoorstel een nieuw en algemeen stelsel van toetredings- en gedragsregels tot stand brengt. Bij het aangaan van genoemde verplichtingen kon daar vanzelfsprekend nog geen rekening mee worden gehouden. Vanwege de nakoming van verplichtingen die voortvloeien uit lopende overeenkomsten, bestaande marktactiviteiten of bestaande deelname in overheidsbedrijven, is het wenselijk een redelijke overgangstermijn stellen. In het geval van artikel 6, vierde lid, onderdeel b, op grond waarvan het verrichten van marktactiviteiten uitsluitend om inkomsten te verwerven niet is toegestaan en voor wat betreft de gedragsregel die zich richt op het voorkomen van functievermenging wordt een overgangstermijn van één jaar voorgesteld. Een dergelijke termijn wordt ook voorgesteld voor het verbod op kruissubsidiëring voor ondernemingen met bijzondere of uitsluitende rechten. In alle andere gevallen wordt uitgegaan van een overgangstermijn van vijf jaar na inwerkingtreding van dit wetsvoorstel.

Zoals in paragraaf 2.3.1 is vermeld is voor markten in transitie zoals de post- en energiesector voorzien in een afwijkende overgangsperiode.

HOOFDSTUK 6. HET WETSVORSTEL IN DE PRAKTIJK

§ 6.1 Winst van dit wetsvoorstel

Uit onderzoek dat het Economisch Instituut voor het Midden- en Kleinbedrijf in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken heeft uitgevoerd (Economische effecten van concurrentievervalsing door organisaties met exclusieve marktrechten, Onderzoeksreeks directie Marktwerking, 1998, blz. 93) komt naar voren langs welke mechanismen het terugdringen van ongelijke concurrentieverhoudingen tot welvaartswinst kan leiden. Het rapport bevat ook een ruwe indicatie van de maximaal te bereiken welvaartswinst. Dit wetsvoorstel beoogt, zoals aangegeven in paragraaf 1.1, gelijke concurrentieverhoudingen tussen enerzijds overheidsorganisaties en ondernemingen met een van overheidswege verleende bijzondere positie en anderzijds (andere) particuliere ondernemingen te bevorderen. Bij welke individuele bedrijven de welvaartswinst die uit eerlijke concurrentiecondities voortvloeit terechtkomt hangt af van het feit of het bedrijf normadressaat van dit wetsvoorstel is of juist een concurrent van deze normadressaat. In het hiernavolgende worden eerst de

effecten voor de hele maatschappij beschreven. Dit betreffen de effecten voor de marktwerking en sociaal-economische effecten. In paragraaf 6.2 worden de doelgroep en de omvang van de doelgroep van het wetsvoorstel in kaart gebracht om vervolgens de effecten op het niveau van de individuele bedrijven te beschrijven. Tot slot wordt in paragraaf 6.3 uiteengezet welke effecten van het wetsvoorstel verwacht kunnen worden voor de betrokken bedrijven in het buitenland.

Goed functionerende markten zijn een voorwaarde voor een bestendige economische ontwikkeling. Goed functioneren betekent een optimale verhouding tussen enerzijds de maximaal te bereiken welvaart op dit moment en de mogelijke welvaartstoename door innovatie in de toekomst. Een te beperkte concurrentie leidt tot verstarring die vernieuwing in de weg staat. Dit op zijn beurt ondergraaft de algemene doelstelling tot het vergroten van de welvaart en werkgelegenheid in Nederland. In hoofdstuk 1 is uitgebreid ingegaan op de negatieve effecten van ongelijke concurrentieverhoudingen. Het wegnemen van ongelijkheden op markten vermindert de kans dat particuliere ondernemingen van de markt worden gedreven, waardoor het innovatieve vermogen van de markt zou afnemen. Eerder zullen de toetredingsmogelijkheden voor andere ondernemingen worden vergroot, wat de marktwerking positief zal beïnvloeden.

Als gevolg van de toegenomen marktwerking zal het sociaal-economische effect van dit wetsvoorstel positief uitvallen. Wellicht zal zich bij een aantal overheidsbedrijven en ondernemingen met een uitsluitend of bijzonder recht enig verlies van productie en werkgelegenheid kunnen voordoen. Verondersteld mag worden dat de productie en werkgelegenheid bij andere particuliere ondernemers zal toenemen doordat deze de afgestoten activiteiten zullen oppikken. De toegenomen concurrentie betekent voorts een betere vervulling van behoeften en meer innovatie en productiviteitsgroei. Door de mogelijke verschuiving van productie kan enige arbeidsmobiliteit optreden.

In het onderzoek van het EIM is, onder iets andere veronderstellingen, berekend dat in 1996 met het verrichten van activiteiten door overheidsbedrijven of ondernemingen met een uitsluitend of bijzonder recht onder ongelijke concurrentieverhoudingen een bedrag van 25 miljard gulden aan omzet werd gerealiseerd. De nadelige gevolgen van deze ongelijkheid in concurrentieverhoudingen voor de welvaart worden in hetzelfde onderzoek geschat op maximaal 3,5 à 6,1 miljard gulden in 1996. Het wetsvoorstel heeft ten doel deze nadelige effecten te beperken.

§ 6.2 Gevolgen voor individuele bedrijven

De doelgroep van de bedrijfseffecten (verder: BET)-toets bevat circa 250 ondernemingen met uitsluitende of bijzondere rechten, zo is gebleken uit een inventarisatie van de departementen. De BET-toets is alleen voor deze doelgroep relevant, omdat de toets zich niet richt op de overheid. Veel van deze ondernemingen met uitsluitende of bijzondere rechten blijken volgens deze inventarisatie voor te komen in de sectoren vervoer, voorlichting en advisering, sociale zekerheid en onderwijs.

De (administratieve) lasten voor deze 250 bedrijven vallen uiteen in eenmalige en structurele kosten. De eenmalige kosten betreffen het aanpassen van de administratie. Aanpassing kan noodzakelijk zijn, omdat een zodanige administratie moet worden bijgehouden dat de registratie van de lasten en baten van activiteiten die verband houden met het uitsluitend of bijzonder recht gescheiden is van de andere activiteiten. Soms zal bij de toekenning van het desbetreffende uitsluitende of bijzondere recht al zijn vastgesteld dat een afzonderlijke financiële verantwoording is vereist.

Het naleven van de boekhoudkundige voorschriften leidt ook tot structurele kosten. Deze kosten hoeven niet omvangrijk te zijn. Het bijhouden van

een gescheiden boekhouding vergt niet wezenlijk meer inspanning dan het bijhouden van een geïntegreerde boekhouding.

In een onderzoek dat Arthur Andersen in opdracht van het ministerie van Economische Zaken heeft uitgevoerd (Onderzoek naar de administratieve belasting van het wetsvoorstel markt en overheid, Arthur Andersen, januari 2001) wordt geconcludeerd dat de omvang van benodigde inspanningen die verricht moeten worden om te voldoen aan de administratieve regels van het wetsvoorstel markt en overheid in het algemeen relatief gering zal zijn. De meeste onderzochte organisaties voldoen in de praktijk reeds aan de administratieve voorschriften. De initiële administratieve belasting kan voor bepaalde organisaties meer zijn dan voor anderen.¹ De structurele administratieve belasting is echter voor de meeste organisaties laag. Daar waar enige inspanningen verricht moeten worden gaat het om situaties of organisaties waar markt- en niet-marktactiviteiten nauw met elkaar verbonden zijn dan wel in elkaar overlopen. Hoewel dit rapport is toegesneden op overheidsorganisaties gelden de uitkomsten ervan mutatis mutandis ook voor ondernemingen met een uitsluitend of bijzonder recht.

Het Adviescollege toetsing administratieve lasten (hierna: Actal) heeft advies uitgebracht over een concept-wetsvoorstel. In het advies wordt gesproken van onduidelijkheid over de gemaakte keuzes in het wetsvoorstel in relatie tot de omvang van de administratieve belasting. In het onderstaande wordt nader ingegaan op de keuzes die gemaakt zijn om een te forse extra administratieve belasting te voorkomen.

Ten eerste zijn bij de voorbereiding van het wetsvoorstel voor het inrichten van de administratieve organisatie verschillende opties in ogen-schouw genomen. Uiteindelijk is steeds gekozen voor zo min mogelijk belasting met de doelstellingen van het wetsvoorstel als randvoorwaarde. In het eindrapport van de werkgroep Markt en Overheid werd nog voorgesteld ondernemingen met uitsluitende of bijzondere rechten voor te schrijven om de overige activiteiten geheel te scheiden van die welke voortvloeien uit het uitsluitende of bijzonder recht. Met andere woorden, de werkgroep stelde voor niet alleen de administratieve organisatie aan te passen, maar de overige activiteiten geheel af te stoten en onder te brengen in een aparte juridische eenheid. In het wetsvoorstel markt en overheid is niet gekozen voor deze optie. Afgezien van de eerder aangehaalde principiële overwegingen, was een van de overwegingen hierbij de omvang van de uitvoeringskosten die hiermee gemoeid zijn. De verwachte welvaartswinst als gevolg van dergelijke gedragsregels zou naar alle waarschijnlijkheid niet opwegen tegen de kosten als gevolg van de voorgeschreven juridische scheiding van activiteiten. Gekozen is voor een optie waarbij in het bestaande administratieve systeem met beperkte aanpassingen inzicht wordt gegeven in de kosten en baten van de overige activiteiten.

Bij de keuze voor deze systematiek is gebruik gemaakt van een onderzoek dat PriceWaterhouseCoopers (PWC, Rapportage onderzoek ten behoeve van gedragsregels markt en overheid, juni 1999, blz. 5) in het kader van dit wetsvoorstel heeft uitgevoerd en waarin wordt gesteld dat een gescheiden boekhouding een minimum vereiste is om een adequate kostentoerekening te waarborgen. Het doorvoeren van een organisatorische of een juridische scheiding wordt, rekening houdend met de praktijk-situatie van instellingen, als moeilijk uitvoerbaar betiteld terwijl het vanuit het wetsvoorstel nauwelijks meerwaarde oplevert. Dit vloeit voort uit het feit dat een organisatorische of juridische scheiding de mogelijke schaalvoordelen vermindert.

Een tweede keuze om ongewenste extra belasting te voorkomen betreft de toetredingsregels van het wetsvoorstel. Deze hebben alleen betrekking op overheidsinstanties. Van ondernemingen wordt geen materiële afweging verlangd. Een afweging wel of niet een bepaalde markt te betreden met activiteiten die niet voortvloeien uit het verkregen recht wordt dan

¹ Dit betreft organisaties die veranderingen moeten aanbrengen in hun administratieve systeem, omdat zij in hun huidige systeem bijvoorbeeld nog geen gebruik maken van gescheiden kostendragers. Als deze veranderingen eenmaal zijn aangebracht leveren de structurele werkzaamheden een lage belasting op.

ook in het wetsvoorstel overgelaten aan de ondernemers zelf. Hiermee worden niet alleen de lasten voor bedrijven tot een minimum beperkt, maar wordt ook rekening gehouden met de hoofddoelstelling van ondernemingen: ondernemen, zoals reeds in paragraaf 1.4.3 betoogd is. Het wetsvoorstel bewerkstelligt dat door gedragsregels het «ondernemen» van nieuwe activiteiten op nieuwe markten onder zo veel mogelijk gelijke concurrentieverhoudingen geschiedt.

Tenslotte is gedurende het wetgevingstraject de bagatel voor ondernemingen met uitsluitende of bijzondere rechten verhoogd van aanvankelijk ongeveer € 76 500 naar € 6 250 000. Voor ondernemingen met een netto jaaromzet van minder dan € 6 250 000 geldt dat deze niet zijn gehouden aan de boekhoudkundige voorschriften van het wetsvoorstel. Hiermee wordt voorkomen dat ondernemingen van geringe omvang onevenredig worden belast door de boekhoudkundige voorschriften van het wetsvoorstel markt en overheid.

Overigens wordt in Europese regelgeving de systematiek van gescheiden boekhouding ook voorgeschreven voor ondernemingen met een uitsluitend of bijzonder recht met een jaaromzet van € 40 miljoen of meer. De voorschriften en het begrippenkader van (de wijziging van) de Transparantierichtlijn (zie paragraaf 4.2) zijn overgenomen in dit wetsvoorstel, ook om verwarring en onduidelijkheid te voorkomen. Ook dit komt de administratieve belasting ten goede.

Voor ondernemingen kunnen lasten voortkomen uit het verbod op kruis-subsidiëring. Dit verbod kan tot gevolg hebben dat ondernemingen met uitsluitende of bijzondere rechten minder inkomsten verwerven op de markt waarop de voordelen van het uitsluitende of bijzondere recht werden ingezet. Dit kan ertoe leiden dat, zonder aanpassingen in bijvoorbeeld de kostenstructuur, bestaande omzet wegvalt. Aangezien het doel van dit wetsvoorstel juist is het scheppen van een gelijk speelveld door het wegnemen van oneigenlijke voordelen, is zulks echter onvermijdelijk. Hiertegenover staat dat door deze bepaling bij de overige ondernemingen positieve effecten kunnen ontstaan doordat een marktaandeel vrijvalt en concurrentie onder gelijke condities kan plaatsvinden. De omvang van deze effecten zal afhangen van de structuur van de desbetreffende markt en de mate waarin ondernemingen met een uitsluitend of bijzonder recht erin slagen zich aan te passen aan de nieuwe situatie. Deze effecten zijn meegenomen in het eerder aangehaalde EIM-onderzoek en naar verwachting per saldo positief.

Soortgelijke effecten vloeien ook voort uit de bepalingen met betrekking tot gegevensverstrekking. Deze bepalingen strekken tot een non-discriminatoire verstrekking van die gegevens. Door verlies van exclusiviteit kan omzetverlies optreden. Daarentegen kunnen positieve effecten ontstaan doordat andere ondernemingen tegen dezelfde voorwaarden over deze gegevens kunnen beschikken.

§ 6.3 Buitenlandtoets

Ook in andere westerse landen is de markt en overheid-problematiek op de politieke agenda geplaatst («Markt en Overheid, (wat) kunnen we leren van het buitenland?», Instituut voor overheidsuitgaven (IOO), november 1999). De gekozen oplossingsrichtingen voor het geconstateerde probleem zijn afhankelijk van de omvang van het probleem en de wijze waarop in het desbetreffende land tegen de rol van de collectieve sector wordt aangekeken. Afgemeten aan het aantal klachten dat door gedupeerden wordt geuit, speelt de problematiek in het Verenigd Koninkrijk minder sterk dan in landen als Frankrijk, Zweden en Duitsland. In Zweden is evenals in Nederland een Markt en Overheid project opgezet. Dit project heeft geleid tot voorstellen voor oplossingen gebaseerd op gedragsregels. In Duitsland is door ondernemersorganisaties getracht de aandacht van de politiek op de markt en overheid problematiek te vestigen. Dit is op

lokaal niveau redelijk gelukt, mede omdat de gemeentewet voorwaarden stelt aan commerciële activiteiten van gemeenten. In Frankrijk is de verwevenheid tussen de markt en overheid van oudsher groot. Een aantal markten wordt gedomineerd door overheidsbedrijven. Er is een sterk geloof in de positieve effecten van het combineren van de publieke taak met het uitvoeren van marktactiviteiten. Ook in Frankrijk is evenwel voorzichtig, mede onder invloed van Europa, het besef doorgedrongen dat concurrentievervalsingen de economie kunnen schaden en is voorzichtig een aanvang gemaakt met deregulerings- en privatiseringstrajecten. Ondernemingen waaraan door een Nederlandse overheidsorganisatie bijzondere of uitsluitende rechten zijn toegekend ondervinden mogelijk gevolgen van de opgestelde regels wanneer in het buitenland marktactiviteiten worden ondernomen. Het optreden van dergelijke ondernemingen in het buitenland betreft met name sectoren waar sprake is (geweest) van een Europees transitieproces: elektriciteit, gas, post, spoorwegen en telecom. Voor deze sectoren is bij de opstelling van de gedragsregels afgewogen of een overgangperiode wenselijk is (zie paragraaf 2.3.1). Na deze overgangperiode zullen de meeste bijzondere en uitsluitende rechten vervallen. Daarnaast is bij de totstandkoming van specifieke wetgeving voor genoemde sectoren, onder andere als gevolg van implementatie van Europese richtlijnen, afgewogen op welke wijze een gelijk speelveld tussen Nederlandse en buitenlandse actoren kan worden bevorderd. Voor een Europees gelijk speelveld tussen ondernemingen met bijzondere of uitsluitende rechten is het Europese mededingingsrecht (zie paragraaf 2.3.4) evenals de implementatie van de wijziging van de Transparantierichtlijn van belang (zie paragraaf 4.2).

§ 6.4 Uitvoerbaarheidstoets en handhaving

Om de gevolgen van dit wetsvoorstel voor de handhaving te kunnen beoordelen is een drietal aspecten van belang. Het gaat daarbij om de mate van spontane naleving, de mate van controle en de aanwezige sancties.

Verwacht mag worden dat de mate van spontane naleving van de regels voor overheidsorganisaties groot zal zijn. Wat betreft ondernemingen met uitsluitende of bijzondere rechten wijzen wij erop dat deze, zoals eerder is opgemerkt, in een aantal gevallen al zijn gebonden aan soortgelijke boekhoudkundige voorschriften, zodat het wetsvoorstel in dat opzicht geen verandering voor deze organisaties met zich meebrengt.

Daarnaast zijn vertegenwoordigers van de geadresseerden van het wetsvoorstel betrokken geweest bij de voorbereiding van het wetsvoorstel, met het oogmerk het wetsvoorstel zo goed mogelijk aan te laten sluiten op de praktijk. Zo is er uitgebreid overleg geweest met de decentrale overheden over onder meer de uitvoerbaarheid van het wetsvoorstel. De eenduidigheid, de uitvoerbaarheid en de handhaving van de boekhoudkundige voorschriften in het wetsvoorstel zijn verder door Arthur Andersen onderzocht. Dit onderzoek heeft in samenspraak met de vertegenwoordigende organisaties van de decentrale overheden plaatsgevonden. Uit dit onderzoek zijn verschillende suggesties voortgekomen om de toepasbaarheid van het wetsvoorstel te verbeteren. Deze suggesties hebben tot aanpassingen in het wetsvoorstel geleid, waardoor met betrekking tot de uitvoerbaarheid en handhaving van het wetsvoorstel geen onoverkomelijke knelpunten meer worden gezien. Het wetsvoorstel kent een bepaalde administratieve belasting, maar is goed uitvoerbaar. Om de bekendheid van het wetsvoorstel te vergroten, wordt voorafgaand aan de inwerkingtreding van het wetsvoorstel voorlichting gegeven aan alle belanghebbenden en geïnteresseerden. Om de doelgroepen te ondersteunen bij de toepassing van de toetredingsregels wordt de Commissie markt en overheid in het leven geroepen. Ook dit komt de spontane naleving ten goede.

Ondernemers kunnen via de openbare voorbereidingsprocedure of via het parlement hun belangen kenbaar maken. Handhaving van deze regels via de bestuursrechter en civiele rechter is pas het laatste instrument in deze controle-keten. Op voorhand kan niets over de belasting van de bestuursrechter en civiele rechter gezegd worden. Ondernemers hebben echter tijdens de besluitvorming de mogelijkheid om invloed uit te oefenen op de besluitvoering over het verrichten van marktactiviteiten. Aangenomen mag worden dat dit in ieder geval zal leiden tot een geringer aantal beroepen op de rechter.

Het toezicht op de gedragsregels van het wetsvoorstel markt en overheid wordt ondergebracht bij de NMa. Ook hiermee wordt een gang naar de rechterlijke macht beperkt. De boekhoudkundige voorschriften worden in eerste instantie in de eigen administratie van de organisatie doorgevoerd. De NMa is in het voorbereidingstraject van dit wetsvoorstel gevraagd advies uit te brengen over de handhaafbaarheid en uitvoerbaarheid van de gedragsregels.

De NMa acht het in haar advies van groot belang dat er zorgvuldige afstemming plaatsvindt tussen de activiteiten van de Commissie markt en overheid en de NMa. Een voorziening hiervoor is diensgevolge in het wetsvoorstel opgenomen. Voorts vroeg de NMa aandacht voor de omschrijving en de reikwijdte van begrippen en definities. In de toelichting bij het wetsvoorstel zijn hiertoe nog verduidelijkingen aangebracht. Daarnaast is het handhavingsinstrumentarium voor overtredingen van de regels voor ondernemingen met uitsluitende of bijzondere rechten gelijk aan het instrumentarium in de Mededingingswet, hetgeen de toepassing vergemakkelijkt. De claim die de NMa in haar advies heeft opgenomen ten behoeve van uitbreiding van haar capaciteit voor de uitvoering van haar taken in het kader van dit wetsvoorstel, wordt nog nader onderzocht.

Het wetsvoorstel bouwt voort op bestaande controlemechanismen, zoals de openbare voorbereidingsprocedure, democratische besluitvormingsprocedures en de bezwaarschriftprocedure van de Awb. Daarnaast zal de Commissie markt en overheid richtinggevende adviezen afgeven over toepassing van de toetredingsregels.

II. ARTIKELSGEWIJZE TOELICHTING

Hoofdstuk 1. Begripsbepalingen

Artikel 1

Marktactiviteit

Eerste lid, onderdeel a. Het begrip «marktactiviteiten» is een kernbegrip in het wetsvoorstel. Het is van belang voor hoofdstuk 2, dat betrekking heeft op het grondslagvereiste voor het verrichten van marktactiviteiten van overheidsorganisaties, en voor de bepalingen in hoofdstuk 5 met betrekking tot gedragsregels voor overheidsorganisaties die marktactiviteiten verrichten.

Het wetsvoorstel heeft tot doel zoveel mogelijk gelijke concurrentieverhoudingen te scheppen tussen overheidsorganisaties en «gewone» ondernemingen. In de omschrijving van het begrip marktactiviteiten staat dan ook centraal dat het moet gaan om activiteiten in concurrentie met ondernemingen, anders dan ondernemingen die toebehoren aan krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersonen. Het gaat hierbij om ondernemingen die als zodanig deel uitmaken van de krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersoon en dus niet om ondernemingen die toebehoren aan een privaatrechtelijke rechtspersoon, ongeacht wie de aandelen van die rechtspersoon in zijn bezit heeft. Het reguleren van concurrentie tussen overheidsorganisaties onderling, zo dit al wenselijk zou zijn, valt buiten de

doelstelling van dit wetsvoorstel. Daar al deze organisaties over dezelfde uitgangspositie beschikken, is er geen sprake van een ongelijk speelveld. Voor het antwoord op de vraag of sprake is van marktactiviteiten dient in de eerste plaats te worden bezien of sprake is van de levering van goederen aan derden of van het verrichten van diensten voor derden. In het algemeen worden dergelijke afspraken in de vorm van privaatrechtelijke overeenkomsten vastgelegd en is er sprake van prestatie en tegenprestatie. Beide elementen zijn echter geen voorwaarde voor het van toepassing zijn van het begrip marktactiviteiten. Denkbaar is dat een publiekrechtelijke basis wordt geschapen voor het verrichten van bepaalde diensten (bijvoorbeeld het geven van advies op een gebied als automatisering of het verstrekken van geldleningen) in de vorm van een algemeen verbindend voorschrift (ingeval van het verstrekken van geldleningen een subsidieregeling) op basis waarvan concrete besluiten (beschikkingen) worden genomen tot het verrichten van een bepaalde dienst voor een specifieke afnemer. Indien dergelijke activiteiten, die in wezen neerkomen op het aanbieden van gewone commerciële activiteiten in een publiekrechtelijke verpakking, in concurrentie met private ondernemingen worden aangeboden, is sprake van marktactiviteiten in de zin van dit wetsvoorstel en dient bij het scheppen van de basis voor die activiteiten de voorgeschreven besluitvorming te worden gevolgd. Het spreekt vanzelf dat bij de uitoefening van zogenaamde overheidsprerogatieven, zoals het verstrekken van vergunningen, niet sprake is van marktactiviteiten. Hetzelfde geldt voor handelingen die worden verricht in het kader van de beoordeling van een aanvraag om een beschikking, ook al zouden dergelijke handelingen in een ander kader als het verrichten van een dienst kunnen worden aangemerkt. Een voorbeeld hiervan is het onderzoek naar de toestand van een auto in het kader van een APK-keuring. Het verstrekken van uitkeringen (bijvoorbeeld op grond van de Algemene bijstandswet) is geen marktactiviteit alleen al vanwege het feit dat uiteraard bij dit soort activiteiten geen sprake is van concurrentie met private ondernemingen. Dat ligt anders indien bijvoorbeeld een gemeente diensten aanbiedt ter bevordering van de reïntegratie van werklozen of arbeidsongeschikten. Dergelijke diensten (sollicitatietrainingen, cursussen en dergelijke) worden ook door private ondernemingen aangeboden en moeten daarom als marktactiviteiten worden aangemerkt. Van concurrentie is sprake indien er voor het product of de dienst die de overheid levert een vergelijkbaar alternatief wordt geboden. Het gaat er in wezen om of sprake is van het aanbieden van goederen of diensten door een overheidsorganisatie op dezelfde markt. Wat de «relevante markt» is, moet van geval tot geval worden bekeken. De Commissie markt en overheid kan goede diensten bewijzen bij de uitleg van die vraag. Ook jurisprudentie op het terrein van het mededingingsrecht, waar het begrip relevante markt een grote rol speelt, kan hierbij worden benut. Bij het starten van nieuwe activiteiten door een overheidsorganisatie zal er in de regel enige tijd verlopen tussen de voorbereidingen daarvoor en het moment dat de activiteiten daadwerkelijk plaatsvinden. Ten tijde van de besluitvorming van de overheidsorganisatie over de te verrichten activiteit zal deze zich moeten beraden over de vraag of er sprake zal zijn van een marktactiviteit. Hierbij speelt het begrip concurrentie een centrale rol. In het merendeel van de gevallen zal duidelijk zijn of sprake is van een marktactiviteit. Van een marktactiviteit is bijvoorbeeld zonder meer sprake indien het voornemen is diensten op het gebied van de groenvoorziening aan te bieden. Er zijn echter situaties denkbaar dat er ten tijde van de voorbereiding voor het starten van de activiteiten nog geen concurrenten zijn op de desbetreffende markt. In zo'n situatie kunnen concrete investeringen van ondernemers of het feit dat een vergunning is aangevraagd aanwijzingen zijn dat bij het daadwerkelijk starten van de desbetreffende activiteit sprake zal zijn van concurrentie en dus van een marktactiviteit. Uiteraard kan niet meer van een overheidsorganisatie worden gevergd

dan dat zij zich van een en ander voor zover mogelijk vergewist. Voor het geval redelijkerwijs kon worden geoordeeld dat geen sprake zal zijn van een marktactiviteit, maar naderhand toch concurrentie blijkt te ontstaan, biedt artikel 7 een voorziening. Met deze constructie wordt een beter hanteerbare oplossing geboden voor het begrip potentiële concurrentie, zoals dat was vervat in de toelichting op Aanwijzing 1 van de Aanwijzingen. Deze passage bleek veel onduidelijkheid te bevatten, omdat het begrip potentieel vaak werd geïnterpreteerd als denkbaar of in theorie mogelijk.

Zelfvoorziening – het produceren van goederen binnen een rechtspersoon om te gebruiken binnen die rechtspersoon – valt niet onder het begrip marktactiviteit. Er is dan immers geen sprake van levering aan een derde. Indien bijvoorbeeld een drukkerij van een gemeente drukwerk verzorgt voor andere afdelingen van die gemeente, of een provinciaal ingenieursbureau ontwerpt voor andere afdelingen van die provincie, dan is niet sprake van een marktactiviteit. Een ander voorbeeld van zelfvoorziening is een agentschap zoals Senter dat opdrachten uitvoert voor andere onderdelen van het Ministerie van Economische Zaken of voor andere ministeries. Het gaat hier immers steeds om activiteiten binnen de rechtspersoon Staat.

Wij hebben overwogen of in plaats van het begrip marktactiviteiten, gekozen zou kunnen worden voor het ondernemingsbegrip uit het EG-Verdrag, of een element daarvan, te weten economische activiteiten. Voor de uitleg daarvan zouden overheidsorganisaties dan te rade moeten gaan bij jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG. Deze in het kader van het mededingingsrecht toegepaste begrippen sluiten echter niet aan bij de beoogde reikwijdte van het wetsvoorstel. Een gevolg van toepassing van het begrip economische activiteiten zou bijvoorbeeld zijn dat ook de hiervoor geschetste interne «leveringen» onder het wetsvoorstel zouden vallen, hetgeen niet de bedoeling is. Het verdient dan ook de voorkeur een op de materie toegesneden omschrijving in het wetsvoorstel op te nemen.

Tweede lid. Onder het begrip marktactiviteit valt de verkoop van overtollige of verouderde computers, overtollige grondstoffen, meubilair en dergelijke. Het eisen van een wettelijke grondslag hiervoor is naar onze mening echter niet nodig en dus niet wenselijk. Evenmin kunnen hiervoor de gedragsregels omtrent verkoopprijzen gelden. Daarom wordt deze activiteit in het tweede lid van de reikwijdte van de wet uitgezonderd.

Overheidsorganisatie

Eerste lid, onderdeel b. De normen van hoofdstuk 2 van het wetsvoorstel zijn gericht op krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersonen. Om de leesbaarheid van die teksten te bevorderen wordt in de begripsbepaling hiervan een handzamer omschrijving gegeven. Het begrip «krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersonen» komt ook voor in de Awb (artikel 1:1, eerste lid, onderdeel a). Hieronder vallen allereerst de openbare lichamen waarvan artikel 1, eerste lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat zij rechtspersoonlijkheid bezitten: de Staat, provincies, gemeenten, waterschappen en andere openbare lichamen waaraan krachtens de Grondwet verordenende bevoegdheid is toegekend (lichamen ingesteld in het kader van de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie). Daarnaast vallen hieronder de lichamen waarvan de burgerrechtelijke rechtspersoonlijkheid voortvloeit uit een bijzondere wet. Voorbeelden hiervan zijn de openbare lichamen van beroep als advocaten, accountants en dergelijke en de zelfstandige bestuursorganen met rechtspersoonlijkheid. Ook de samenwerkingsregelingen op grond van de Wet gemeenschappelijke regelingen die de vorm van een openbaar lichaam hebben zijn krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersonen.

Onderneming

Eerste lid, onderdeel e. Voor de uitleg van het begrip onderneming wordt aangesloten bij het EG-recht. Dit betekent dat «onderneming» in dit wetsvoorstel hetzelfde betekent als in de Mededingingswet. Dit is van belang met het oog op de toepassing van hoofdstuk 6, dat regels bevat voor ondernemingen die beschikken over uitsluitende of bijzondere rechten. Het daarin vervatte verbod op kruissubsidiëring en artikel 24 van de Mededingingswet kunnen elkaar overlappen. Daarnaast wordt de uitvoering van een wijziging van de Transparantierichtlijn uiteindelijk in dit wetsvoorstel verwerkt. In het algemeen deel van de memorie van toelichting (paragraaf 4.2) is aangegeven dat de wijziging van de Transparantierichtlijn, die snel moet worden geïmplementeerd, eerst zal worden opgenomen in de Mededingingswet. Uiteindelijk zullen alle voorschriften voor ondernemingen die beschikken over uitsluitende of bijzondere rechten, ook voorzover het de uitvoering van de genoemde wijzigingsrichtlijn betreft, in de Wet markt en overheid worden vervat. De terminologie van de richtlijn en die van dit wetsvoorstel moeten dan ook met elkaar overeenstemmen.

Onder « onderneming » moet volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG worden verstaan iedere entiteit die aan het economisch verkeer deelneemt (arresten Mannesmann, HvJEG zaak 19/61, jur. 1962, blz. 709, Hydrotherm, HvJEG zaak 170/83, jur. 1984, blz. 2999). De aanwezigheid van een winstooi merk is niet noodzakelijk. Evenmin doet ter zake of de onderneming toebehoort aan een privaatrechtelijke rechtspersoon of aan een krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersoon. De aard van de activiteiten is bepalend. Zo heeft het Hof van Justitie in het zogenaamd Hoeffner-arrest (Hoeffner en Elser/Macrotron, HvJEG zaak C-41-90, jur. 1991, blz. 1-2010) beslist dat arbeidsbemiddeling een economische activiteit is. De omstandigheid dat de arbeidsbemiddeling gewoonlijk is toevertrouwd aan publiekrechtelijke organen doet niet af aan het economische karakter van de activiteit. Van belang voor een antwoord op de vraag of er sprake is van een onderneming is in dit soort situaties vooral de mate waarin de activiteiten met commerciële speelruimte kunnen worden uitgeoefend (arresten SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol, HvJEG, zaak C-364/92, jur. 1994, en Poucet/Pistre HvJEG, gevoegde zaken C-159/91 en C-160/91, jur. 1993, blz. I-637).

Onderwijsinstellingen zijn geen ondernemingen in de zin van het EG-Verdrag, voor zover het betreft onderwijs dat in het kader van het nationale onderwijsstelsel wordt gegeven (arresten Humbel, HvJ EG, zaak 263/86, jur. 1988, blz. 5365 en Wirth, HvJ EG, zaak C-109/92, jur. 1993, blz. I-6447). Onderwijsinstellingen zoals (vooral) universiteiten en hogescholen kunnen echter ook opleidingen verzorgen en cursussen aanbieden die niet behoren tot dat kader, zoals postacademisch onderwijs, seminars en dergelijke. Voor dat deel van hun activiteiten moeten zij wel als onderneming worden aangemerkt. «Onderneming» is dus een economisch begrip, dat niet noodzakelijkerwijs hoeft samen te vallen met de juridische begrippen rechtspersoon en natuurlijke persoon. Indien sprake is van meerdere in een groep met elkaar verbonden privaatrechtelijke rechtspersonen (vaak in de vorm van een holding met daaronder «dochter») dient van geval tot geval te worden bezien of sprake is van één of meerdere ondernemingen. Bepalend is wie feitelijk het beleid bepaalt (arrest Bodson/Pompes Funebres, HvJ EG, zaak 30/87, jur. 1988, blz. 2479,).

Bijzondere en uitsluitende rechten

De omschrijving van de begrippen bijzondere en uitsluitende rechten (onderdelen f en g) is ontleend aan de eerdergenoemde wijziging van de Transparantierichtlijn. In de memorie van toelichting op het wetsvoorstel ter uitvoering van die wijziging (Kamerstukken II 2000/01, 27 870, nr. 3, blz.

7–8) wordt nader ingegaan op de betekenis van die begrippen. Voor een goed begrip van de in dit wetsvoorstel opgenomen bepalingen worden deze begrippen ook hier nog eens toegelicht.

Een algemeen element in beide begrippen is dat het moet gaan om bij wettelijk voorschrift of bij besluit van een bestuursorgaan verleend recht. Hierin zijn alle wijzen waarop van overheidswege bijzondere of uitsluitende rechten kunnen worden toegekend, variërend van de wet in formele zin tot een vergunning van burgemeester en wethouders, vervat.

De inhoud van het begrip uitsluitend recht blijkt voldoende duidelijk uit de gegeven omschrijving. Indien een onderneming bij uitsluiting van alle andere bevoegd is om bepaalde goederen te leveren of activiteiten uit te oefenen binnen een bepaald geografisch gebied, is sprake van een uitsluitend recht. Dat geografische gebied kan een bepaalde regio zijn, maar ook bijvoorbeeld geheel Nederland. Voorbeelden van uitsluitende rechten zijn vergunningen of concessies op het gebied van openbaar vervoer, de exclusieve bevoegdheid van de netwerkbeheerder van het elektriciteitsnet, een exclusieve bevoegdheid tot postbezorging en dergelijke. Van een bijzonder recht is sprake als een recht aan een beperkt aantal ondernemingen wordt gegeven en bovendien sprake is van een van de drie in de definitie genoemde situaties. In die zin wijkt het begrip bijzonder recht af van een «gewoon» recht. De groep rechthebbenden is dan niet bij voorbaat door de overheid beperkt, maar in beginsel onbeperkt, en een ieder die aan de eisen voldoet komt voor dat recht in aanmerking. Een voorbeeld daarvan is de vestigingswetgeving.

De drie situaties waarin (in combinatie met het feit dat bij voorbaat het aantal rechthebbende ondernemingen is beperkt) sprake is van een bijzonder recht hebben betrekking op de wijze waarop dat beperkte aantal ondernemingen wordt bepaald. Het komt erop neer dat de keuze geschiedt op basis van niet-objectieve criteria. Zie bij voorbeeld Ahmed Saeed, HvJ EG zaak C-66/86, jur. 1989, 803, waarbij het recht van een luchtvaartmaatschappij om alleen of samen met twee andere ondernemingen een route te bedienen werd aangemerkt als een bijzonder of uitsluitend recht. In de zaak FFAD, HvJ EG zaak C 209-/98, n.g.g., ging het om een gemeentelijke regeling ingevolge welke een beperkt aantal specifiek geselecteerde ondernemingen- met uitsluiting van andere, eveneens gekwalificeerde ondernemingen- in een bepaald gebied geproduceerd ongevaarlijk bouw- en wegenafval mocht verwerken. Van een bijzonder recht is geen sprake indien het recht is verkregen na een openbare aanbesteding of een voor een ieder toegankelijke veiling. Een UMTS-frequentie, die na veiling is verkregen, is derhalve geen bijzonder recht.

Verschillende activiteiten

Ook dit begrip is in onderdeel h omschreven overeenkomstig de wijziging van de Transparantierichtlijn. Het onderscheid dat wordt gemaakt tussen activiteiten ter uitvoering van het bijzondere of uitsluitende recht enerzijds en de andere activiteiten van de onderneming anderzijds houdt verband met boekhoudkundige voorschriften in de richtlijn en in dit wetsvoorstel, die een afzonderlijke administratie van de verschillende activiteiten voorschrijven.

De bepaling maakt een onderscheid tussen de producten of diensten met betrekking tot welke aan de onderneming een uitsluitend of een bijzonder recht is toegekend, en de overige activiteiten die de onderneming verricht. Zijn de activiteiten van de onderneming beperkt tot die met betrekking tot welke het bijzondere of uitsluitende recht is verleend, dan hebben de voorschriften in dit wetsvoorstel omtrent een afzonderlijke administratie en het verbod op kruissubsidiëring (de artikelen 28 en 29) geen betekenis. Wij wijzen in dit verband nog eens op hetgeen hierboven is toegelicht omtrent het begrip onderneming. Indien aan een privaatrechtelijke rechtspersoon een uitsluitend of bijzonder recht is gegeven, en voor deze

rechtspersoon geldt een verbod tot het verrichten van andere activiteiten (bij voorbeeld bedrijfspensioenfondsen, openbaar vervoerbedrijven als bedoeld in artikel 69 van de Wet personenvervoer 2000), dan is vervolgens de vraag of rechtspersoon en onderneming in dat geval samenvallen. Is dat het geval, dan is inderdaad niet sprake van verschillende activiteiten van een onderneming en geldt hetgeen hiervoor is opgemerkt over de artikelen 28 en 29.

Artikel 2

Dit artikel geeft een omschrijving van overheidsbedrijven. Het eerste lid, onderdeel a, heeft betrekking op privaatrechtelijke rechtspersonen. Van een overheidsbedrijf in de vorm van een privaatrechtelijke rechtspersoon is sprake als een of meer overheden al dan niet tezamen op enigerlei wijze via vennootschapsrechtelijke constructies in staat zijn het beleid van de rechtspersoon te bepalen. Hieronder valt dus niet de situatie dat via het toekennen van subsidie invloed op het beleid van de rechtspersoon wordt uitgeoefend. In het tweede lid worden de gevallen genoemd, waarbij sprake is van een overheidsbedrijf. Onderdeel a heeft betrekking op zeggenschap via stemrechten op aandelen. Daarvan kan sprake zijn omdat de meerderheid van de aandelen in handen van overheidsorganisaties is, maar ook indien de stemrechten zijn verbonden aan preferente aandelen in handen van die organisaties. Onderdeel b heeft betrekking op rechtstreekse benoeming door bestuurders of leden van het toezichthoudend orgaan bij stichtingen (eerste zinsdeel) en op benoeming door leden (bij verenigingen) of aandeelhouders (nv's en bv's). Het kan zijn dat in de praktijk blijkt dat er meer situaties zijn waarin de overheid op grond van vennootschapsrechtelijke betrekkingen in staat is het beleid van een bedrijf te bepalen. In het derde lid is daarom de mogelijkheid opgenomen om de situaties, genoemd in het tweede lid, bij algemene maatregel van bestuur aan te vullen. Hiermee wordt enerzijds tegemoet gekomen aan de wens de discussie wanneer er al dan niet sprake is van een overheidsbedrijf tot een minimum te beperken, terwijl anderzijds de nodige flexibiliteit aanwezig blijft, waardoor het mogelijk blijft op actuele ontwikkelingen met betrekking tot vennootschapsrechtelijke constructies in te spelen. Het eerste lid, onderdeel b, heeft betrekking op contractuele samenwerkingsvormen. In de praktijk maken overheden hier niet veel gebruik van. Ook om eventueel «vluchtgedrag» in deze samenwerkingsvormen te vermijden, worden deze wel genoemd bij de definitie van overheidsbedrijf. Anders dan bij rechtspersonen wordt hier niet gesproken van de mogelijkheid het beleid te bepalen. Bij contractuele relaties is namelijk niet sprake van bepaalde organen met een specifieke besluitvormingsstructuur. Overigens mag worden aangenomen dat bij deze samenwerkingsvormen sprake zal zijn van sterke invloed van de betrokken overheidsorganisatie, alleen al vanwege de aansprakelijkheidsregeling in deze gevallen. Naast de commanditaire vennootschap en de vennootschap onder firma wordt ook «een andere niet rechtspersoonlijkheid bezittende samenwerkingsvorm» genoemd. Hierbij kan worden gedacht aan maatschappen of rechtsvormen naar buitenlands recht. Het vierde lid zondert privaatrechtelijke rechtspersonen die uitsluitend bij of krachtens de wet aan de rechtspersoon opgedragen taken en daaruit rechtstreeks voortvloeiende werkzaamheden verrichten uit van het begrip overheidsbedrijf. Het kan hierbij zowel gaan om het opdragen van feitelijke werkzaamheden als om het toekennen van de bevoegdheid openbaar gezag uit te oefenen of om een combinatie van beide. Indien de bevoegdheid wordt gegeven om openbaar gezag uit te oefenen is sprake van een privaatrechtelijk vormgegeven zelfstandig bestuursorgaan. Voorbeelden hiervan zijn de Pensioen- & Verzekeringskamer, de Stichting Toezicht Effectenverkeer en de Nederlandsche Bank N.V. Artikel 12 van dit wetsvoorstel schrijft voor dat bij een besluit tot oprich-

ting van of deelneming in een overheidsbedrijf een bepaalde afweging moet geschieden. Een onderzoek naar de gevolgen voor de markt van een besluit tot oprichting van of deelneming in een privaatrechtelijke rechtspersoon waarvan de werkzaamheden op een dergelijke wijze zijn beperkt is uiteraard niet zinvol. De uitzondering heeft uitsluitend betrekking op rechtspersonen die geen andere activiteiten mogen verrichten dan de hun opgedragen taken en daaruit voortvloeiende werkzaamheden. Het vierde lid heeft geen betrekking op niet rechtspersoonlijkheid bezittende rechtsvormen als de commanditaire vennootschap of de vennootschap onder firma omdat deze in de praktijk niet plegen te worden belast met bij of krachtens de wet opgedragen taken.

Artikel 3

In dit artikel wordt een aantal begrippen omschreven die verband houden met de handhaving van gedragsregels door de NMa. In paragraaf 3.2.1 van het algemeen deel wordt nader ingegaan op de gekozen opzet voor handhaving.

De onderdelen c, d en f zijn ontleend aan het voorontwerp voor een wetsvoorstel tot aanvulling van de Awb met algemene bepalingen inzake bestuurlijke handhaving, alsmede met bepalingen over de bestuurlijke boete (Bestuurlijke handhaving). Ter toelichting van onderdeel c zij opgemerkt dat het begrip gedraging ruim moet worden opgevat. Dit omvat niet alleen een handelen maar ook een nalaten, bij voorbeeld het nalaten van een voorgeschreven afzonderlijke financiële verantwoording.

Hoofdstuk 2. Marktactiviteiten door overheidsorganisaties

§ 1. Grondslagvereiste

Artikel 4

In dit artikel wordt per «soort» overheidsorganisatie aangegeven welke formele grondslag voor het verrichten van marktactiviteiten wordt vereist (het zogenaamde grondslagvereiste). Dit grondslagvereiste heeft de vorm van een wet of een besluit. Het besluit om toe te treden tot een markt wordt genomen door het daartoe bevoegde bestuursorgaan. Hierbij valt een tweetal categorieën te onderscheiden, te weten overheden met een open huishouding of een bestuur dat het karakter heeft van een via algemene verkiezingen gekozen volksvertegenwoordiging (rijk, provincies, gemeenten en waterschappen) en andere overheden (zbo's en pbo's). Door middel van een democratisch gekozen bestuur zullen belanghebbenden invloed uit kunnen oefenen op de vraag of al dan niet marktactiviteiten worden verricht. Een ander onderscheid is dat bij provincies, gemeenten en waterschappen sprake is van gedecentraliseerd bestuur, terwijl er bij zbo's en pbo's uitsluitend sprake is van functioneel bestuur. Deze laatste worden ingesteld met het oog op het verrichten van een of meer specifieke taken. Indien daartoe (mede) behoort het verrichten van marktactiviteiten, moet dat worden bepaald bij de instelling van het overheidslichaam of in een besluit van een bestuursorgaan dat beslist over de taken van dat overheidslichaam. Voor het rijk, de provincies, de gemeenten en de waterschappen ligt dit anders. Provincies en gemeenten bepalen in beginsel zelf de reikwijdte van hun taken. Voor waterschappen geldt dit niet, aangezien de taken van een waterschap in een reglement van provinciale staten worden vastgelegd. Ter uitvoering van deze taken beschikken de waterschappen over de nodige speelruimte, welke door het bestuur kan worden ingevuld. Derhalve achten wij het redelijk dat ook de waterschappen zelf kunnen beslissen over het al dan niet verrichten van marktactiviteiten binnen de aan hen gegeven taakomschrijving. In dit opzicht is er geen principieel verschil tussen het algemeen bestuur van

een waterschap en het college van burgemeester en wethouders of gedeputeerde staten.

Een beslissing tot het verrichten van marktactiviteiten van provincies, gemeenten en waterschappen moet aan bepaalde formele vereisten voldoen. Voor alle categorieën van overheidsorganisaties geldt daarnaast dat bij de beslissing omtrent het al dan niet verrichten van marktactiviteiten een materiële afweging wordt voorgeschreven (artikel 6). Voor het verrichten van marktactiviteiten door de Staat (eerste lid, onderdeel a) geldt dat er een grondslag voor moet zijn in een wet in formele zin of dat de marktactiviteiten hun basis vinden in een besluit van de bevoegde minister. Er mag van worden uitgegaan dat bij marktactiviteiten van substantiële omvang gekozen wordt voor een wettelijke basis. Zo nodig kan de concrete omschrijving van de toegestane marktactiviteiten worden gedelegeerd. Ook zonder deze bepaling zou het uiteraard mogelijk zijn marktactiviteiten bij (bijzondere) wet te regelen. Door dat in dit wetsvoorstel uitdrukkelijk te bepalen wordt echter vastgelegd dat ook in deze gevallen de materiële norm van artikel 6 geldt. Er moet sprake zijn van een specifieke wettelijke basis. Een begrotingswet waarin voor een bepaalde marktactiviteit gelden worden gereserveerd kan niet als zodanig worden aangemerkt.

Een zelfstandig bestuursorgaan zonder rechtspersoonlijkheid is een onderdeel van de rechtspersoon Staat. Artikel 4, eerste lid, onderdeel a, geldt dan ook voor dergelijke zbo's. Hierbij dient te worden aangetekend dat, zoals ook is uiteengezet in de memorie van toelichting bij het voorstel voor een Kaderwet zelfstandige bestuursorganen (Kamerstukken II 2000/01, 27 426, nr. 3), een zelfstandig bestuursorgaan bij of krachtens de wet wordt ingesteld en een gesloten huishouding heeft. Indien het de bedoeling is dat een zbo marktactiviteiten gaat verrichten, zal daarvoor een basis moeten worden geschapen in de wet op grond waarvan het zbo wordt ingesteld.

Provincies, gemeenten en waterschappen beslissen zelf of zij bepaalde marktactiviteiten gaan verrichten. Daarnaast is het uiteraard altijd mogelijk dat bij of krachtens de wet bepaalde taken worden opgedragen. Als een provincie, een gemeente of een waterschap zelf voornemens is marktactiviteiten te gaan verrichten, moet daartoe worden besloten door gedeputeerde staten, het college van burgemeester en wethouders onderscheidenlijk het algemeen bestuur (eerste lid, onderdeel b). Bij de toedeling van bevoegdheden op provinciaal en gemeentelijk niveau is rekening gehouden met het kabinetsstandpunt naar aanleiding van de aanbevelingen van de Staatscommissie dualisme in het openbaar bestuur (Commissie-Elzinga) (Kamerstukken II 1999/2000, 26 800 VII, nr. 42). Het eerste lid, onderdeel c, heeft betrekking op andere overheidslichamen dan de Staat, provincies, gemeenten en waterschappen. Deze zijn ingesteld met het oog op het verrichten van specifiek omschreven taken. Deze lichamen worden op uiteenlopende wijze ingesteld. Voor openbare lichamen van bedrijf (op grond van de Wet op de bedrijfsorganisatie) geschiedt dit bij algemene maatregel van bestuur. Zelfstandige bestuursorganen worden bij of krachtens de wet ingesteld (artikel 1 van het voorstel voor een Kaderwet zelfstandige bestuursorganen). Openbare lichamen van beroep worden bij wet ingesteld, samenwerkingsverbanden met rechtspersoonlijkheid waarbij mede-overheden zijn betrokken bij besluit van de desbetreffende bestuursorganen op grond van de Wet gemeenschappelijke regelingen. Naar onze mening ligt het in de rede dat de bevoegdheid om te bepalen of een overheidslichaam van functioneel bestuur marktactiviteiten mag verrichten wordt gelegd op het niveau c.q. de wijze waarop dat lichaam wordt ingesteld of bij besluit van het bestuursorgaan dat bevoegd is de taken van de desbetreffende overheidsorganisatie te regelen. Een en ander sluit aan bij het karakter van dergelijke organen die immers met het oog op specifieke taken worden ingesteld. Bij de formulering van de bepaling is rekening gehouden met de

verschillende wijzen van instelling en van taaktoebedeling. Is bij voorbeeld instelling bij algemene maatregel van bestuur voorgeschreven, dan kunnen bij algemene maatregel van bestuur marktactiviteiten worden opgedragen. Voorziet een regeling tot instelling van een overheidsorganisatie in de aanwijzing van een bevoegd bestuursorgaan dat de taken bepaalt, dan kan dat bestuursorgaan marktactiviteiten opdragen. Beide vormen kunnen ten aanzien van eenzelfde overheidsorganisatie ook naast elkaar voorkomen.

Ingevolge het tweede lid zal in alle gevallen zo nauwkeurig mogelijk worden omschreven welke goederen zullen worden geleverd of welke diensten zullen worden verricht. Dat betekent niet dat een omschrijving per transactie wordt vereist. Het gaat om een omschrijving van de soort of aard van de goederen of diensten. De mate van detaillering van de omschrijving zal verschillen al naar gelang de aard van de activiteit. Een element van de omschrijving kan ook zijn een aanduiding van de doelgroep voor welke de activiteiten zijn bestemd (bijvoorbeeld het bemiddelen van langdurig werklozen bij het verkrijgen van reguliere arbeidsplaatsen).

Bij de voorbereiding van een besluit dient ingevolge het derde lid de procedure van afdeling 3.4 van de Awb te worden gevolgd. Deze openbare voorbereidingsprocedure voorziet in ter inzagelegging van het ontwerp van het besluit en biedt de gelegenheid aan belanghebbenden hun zienswijze naar voren te brengen. Dit biedt onder meer ondernemers die vrezen in hun belangen te worden geschaad door concurrentie van een overheidsorganisatie, de gelegenheid hun argumenten naar voren te brengen.

Artikel 5

Een besluit van een minister tot het verrichten van marktactiviteiten dient in overeenstemming met het gevoelen van de ministerraad te worden genomen (eerste lid). Hierdoor wordt een zorgvuldige besluitvorming nog eens extra gewaarborgd. Met een dergelijke procedure is ervaring opgedaan bij de toepassing van aanwijzing 24 van de Aanwijzingen. Naast de ministerraad dient ook het parlement de gelegenheid te hebben zijn mening te geven over de voorgenomen marktactiviteit. Daarom wordt bepaald dat het voornemen tot een dergelijk besluit aan het parlement moet worden gemeld. De beide Kamers kunnen inlichtingen vragen of een wettelijke basis eisen (tweede lid). De voorgestelde procedure is ontleend aan die welke in de Comptabiliteitswet is opgenomen voor besluiten tot het door de Staat oprichten van of deelnemen in een privaatrechtelijke rechtspersoon. De melding van een dergelijk besluit aan het parlement staat los van het in artikel 4, derde lid, opgenomen voorschrift om bij de voorbereiding van een besluit de in afdeling 3.4 van de Awb geregelde procedure te volgen. Deze twee procedures hebben een verschillend doel en zullen beide doorlopen moeten worden. De mededeling aan het parlement van het voorgenomen besluit tot het verrichten van marktactiviteiten veronderstelt een afgeronde besluitvorming hierover. Voordat het voornemen om marktactiviteiten te gaan verrichten aan het parlement wordt meegedeeld, zal de procedure van afdeling 3.4 van de Awb dan ook moeten zijn afgerond.

Artikel 6

Het eerste lid van dit artikel bepaalt dat de wetgever of degene die daarover op grond van artikel 4 mag besluiten, slechts kan besluiten tot het verrichten van marktactiviteiten door een overheidsorganisatie, indien dat naar diens oordeel de aangewezen weg is voor behartiging van het desbetreffende openbaar belang. Op de keuzes die hieraan ten grondslag liggen is in paragraaf 2.2.2 van het algemeen deel ingegaan.

Het tweede lid geeft een opsomming van aspecten die in ieder geval moeten worden betrokken bij de voorbereiding van een wet of besluit welke voorziet in het verrichten van marktactiviteiten door een overheidsorganisatie. Daarbij moet worden opgemerkt dat dit geen limitatieve opsomming is. Verwacht wordt dat in de afweging wordt meegenomen ter behartiging van welk openbaar belang marktactiviteiten verricht zullen worden. Een ander aspect is de eis dat in kaart wordt gebracht welke gevolgen het verrichten van de marktactiviteit kan hebben voor burgers en voor ondernemers die op dezelfde markt actief zijn of zullen zijn. Uiteraard kan alleen maar rekening worden gehouden met de gevolgen voor ondernemers die in de toekomst op dezelfde markt actief zullen zijn, als ten tijde van de voorbereiding van het besluit voor de overheidsorganisatie voor die organisatie waarneembare, concrete voorbereidingen worden getroffen. Men vergelijkte de passages ter toelichting op het begrip marktactiviteit over in concurrentie treden.

De gevolgen voor de (individuele) ondernemers kunnen soms dermate groot zijn, dat het behartigen van een openbaar belang via het verrichten een marktactiviteit hier niet tegenop weegt. In artikel 6, vierde lid, onderdeel a, wordt daarom geregeld dat een marktactiviteit niet mag worden verricht als daarvan sprake is. Dit is in lijn met eerdere jurisprudentie op dit terrein (zie Vecta-arrest HR 8-3-1974, NJ 1974, 264). Het gaat bij dit artikelonderdeel om de gevolgen voor individuele ondernemers. Het kan heel goed zijn dat de gevolgen van de desbetreffende marktactiviteiten voor de relevante markt als zodanig gering zijn, maar dat een individuele ondernemer die een op zichzelf geringe marktpositie heeft en in hoofdzaak hetzelfde product levert of dezelfde dienst verricht als de overheidsorganisatie op het oog heeft, zwaar zal worden getroffen in zijn positie. De overheidsorganisatie zal bij de voorbereiding van de besluitvorming omtrent het verrichten van marktactiviteiten ook aan de eis van het vierde lid, onderdeel a, aandacht moeten besteden en het besluit op dit punt moeten motiveren. De rechter kan dit dan, evenals de andere punten van artikel 6, in een eventuele beroepsprocedure toetsen. De rechter zal beoordelen of de overheidsorganisatie in redelijkheid tot de beslissing heeft kunnen komen en of met alle door de wetgever daarbij relevant geachte aspecten of belangen rekening is gehouden. De weging van elk afzonderlijk belang behoort de rechter echter niet te doen.

Het van overheidswege ter beschikking stellen van geldmiddelen voor het verrichten van marktactiviteiten is de meest directe oorzaak voor de ongelijkheid in concurrentievoorwaarden én uiting van de minder gevoelde tucht van de markt. Het verstrekken van die middelen dient daarom terdege te worden beargumenteerd in de afweging (tweede lid, onderdeel c). Ook hier dient de relatie met het openbaar belang duidelijk te zijn. Door in de overweging deze middelen mee te nemen, kunnen belanghebbenden het effect van de marktactiviteit op hun positie beter wegen. Zie over het beschikbaar stellen van geldmiddelen ook artikel 22, vierde lid. Een en ander moet uitdrukkelijk uit de memorie van toelichting op een wetsvoorstel dan wel uit de motivering van een besluit blijken (derde lid). Het is, zoals uiteengezet in paragraaf 2.2.2 van het algemeen deel van deze toelichting, niet de taak van overheden om goederen te leveren of diensten te verrichten uitsluitend met het oog op het verwerven van inkomsten. Het vierde lid, onderdeel b van dit artikel verbiedt dit dan ook. Deze norm vloeit voort uit de beginselen die aan dit wetsvoorstel ten grondslag liggen. Een van deze beginselen is dat er sprake dient te zijn van behartiging van een bepaald publiek belang bij het verrichten van marktactiviteiten door overheidsorganisaties. Dat geldt evenwel niet voor het benutten van restcapaciteit van duurzame kapitaalgoederen. Het kan noodzakelijk zijn dat voor de uitvoering van een overheidstaak bepaalde kapitaalgoederen moeten worden aangehouden. Indien de desbetreffende taak het aanhouden van een bepaalde capaciteit nodig maakt, maar deze capaciteit niet voortdurend wordt gebruikt, mag een gedeelte van die

capaciteit worden benut voor het verwerven van inkomsten. De aldus te benutten capaciteit dient wel alleen te zijn bepaald door louter technische of operationele factoren die het volg zijn van een besluit omtrent de taak van die overheidsorganisatie, en niet door commerciële overwegingen. Het kan bij het benutten van restcapaciteit gaan om een gedeelte van de totale capaciteit maar ook om het tijdelijk beschikbaar zijn van de totale capaciteit. Zie voor een uitzondering op het grondslagvereiste met betrekking tot het gebruik van restcapaciteit artikel 9, onderdeel c. Een bijzondere voorziening voor duurzame kapitaalgoederen was ook reeds opgenomen in aanwijzing 6 van de Aanwijzingen.

Artikel 7

Het is goed denkbaar dat een overheidsorganisatie overgaat tot het leveren van goederen of het verrichten van diensten zonder dat sprake is van concurrentie op het desbetreffende terrein. Juist het feit dat de markt er niet in voorziet kan een goede reden zijn voor de overheid om bepaalde activiteiten te gaan ondernemen. Na verloop van tijd kan evenwel alsnog concurrentie ontstaan. Het zou niet redelijk zijn de overheidsorganisatie dan te verplichten terstond te voldoen aan de door dit wetsvoorstel vereiste verplichtingen namelijk het grondslagvereiste (artikel 4), de verplichting alle kosten door te berekenen (artikel 22) en de boekhoudkundige verplichtingen (artikel 23). Dat zou immers betekenen dat de overheidsorganisatie bij voortdurend moet onderzoeken of zich inmiddels concurrentie voordoet. Het is derhalve nodig een eenvoudig vast te stellen tijdstip te kiezen vanaf welke de verplichting ontstaat om tot besluitvorming in de zin van hoofdstuk 2 van dit wetsvoorstel te komen en vanaf welke de genoemde gedragsregels van toepassing zijn. Voorgesteld wordt als zodanig de aanvraag van een belanghebbende om tot een besluit te komen aan te wijzen. Naast eenvoud biedt dit criterium het voordeel dat verondersteld mag worden dat als belanghebbenden zich melden, het om een activiteit van enige betekenis gaat. Als belanghebbende zal in ieder geval kunnen worden aangemerkt de ondernemer die op dezelfde of een aanverwante markt werkzaam is. Evenals in de situatie waarin een besluit wordt genomen ingevolge artikel 4 van het wetsvoorstel, is het van belang om vast te stellen of er sprake is van marktactiviteiten. De reikwijdte van dit begrip is nader toegelicht in de toelichting bij artikel 1. Bij het besluit omtrent het (blijven) verrichten van marktactiviteiten zullen ingevolge artikel 6, tweede lid, onderdeel b, ook de gevolgen van het verrichten van marktactiviteiten voor ondernemers die op de desbetreffende markt werkzaam zullen zijn, afgewogen moeten worden. Indien een belanghebbende een verzoek indient, kan er ook in de regel van worden uitgegaan dat er sprake is van een marktactiviteit in de zin van dit wetsvoorstel. De belanghebbende die een aanvraag indient om een besluit te nemen behoeft overigens niet aan te tonen dat er sprake is van concurrentie en dus van een marktactiviteit. Voldoende is dat dit wordt gesteld. Indien de overheidsorganisatie daaromtrent twijfels heeft – bij voorbeeld omdat niet duidelijk is wat de relevante markt is – kan zij desgewenst de Commissie markt en overheid om advies vragen. De overheidsorganisatie krijgt een jaar om in een grondslag te voorzien. Ook denkbaar is dat de overheidsorganisatie – wellicht juist omdat zich concurrentie heeft ontwikkeld – besluit tot het staken van de activiteiten. Het grondslagvereiste voor de Staat laat de keuze tussen een wettelijke basis en een besluit van de verantwoordelijke minister. In het algemeen is een jaar te kort om een wettelijke grondslag te scheppen. Zonodig kan, daarop vooruitlopend, een tijdelijk besluit worden genomen.

Artikel 8

Markten ontwikkelen zich voortdurend. Het is dan ook denkbaar dat markt-

activiteiten van een overheidsorganisatie aanvankelijk niet of nauwelijks concurrentieverstorend werkten, maar na een aantal jaren wel. De marktontwikkeling kan ook van invloed zijn op de vraag of er nog wel aanleiding is voor de overheid om die activiteiten zelf te verrichten. Het is dan ook wenselijk dat een overheidsorganisatie zich van tijd tot tijd nog eens kritisch afvraagt of de marktactiviteiten wel moeten worden voortgezet. Dit artikel verplicht daarom tot een regelmatige bezinning op de vraag of wettelijke bepalingen tot het verrichten van marktactiviteiten (eerste en tweede lid) of een desbetreffend besluit (derde lid) moeten worden gehandhaafd. Uiteraard bestaat er vanuit het perspectief van dit wetsvoorstel geen enkel bezwaar tegen als een overheidsorganisatie op enig moment het verrichten van bepaalde marktactiviteiten staakt. Dat kan een feitelijke handeling zijn of geschieden ter uitvoering van een expliciet besluit. Dat besluit is dan een «gewoon» besluit tot het (niet meer) verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen en dus niet vatbaar voor beroep.

Wil de overheidsorganisatie de marktactiviteiten voortzetten, dan kan dat alleen als iedere vijf jaar daarover expliciet wordt besloten. De vorm van een dergelijke beslissing is uiteraard dezelfde als die van de oorspronkelijke grondslag op grond van artikel 4. Bij voortzetting moet ook aan dezelfde elementen worden getoetst als indertijd bij de voorbereiding van de oorspronkelijke beslissing. Het is niet uitgesloten dat bij een heroverweging de uiteindelijke uitkomst is dat de marktactiviteit zal worden beëindigd. Het nut van die heroverweging is daarmee dan juist als het ware bewezen. Het wetsvoorstel laat de overheidsorganisatie de ruimte om zelf te bepalen op welke wijze en op welke termijn de marktactiviteiten dan moeten worden beëindigd.

§ 2. Uitzonderingen grondslagvereiste

Artikel 9

Dit artikel bevat een drietal uitzonderingen op het grondslagvereiste van hoofdstuk 2, paragraaf 1 van het wetsvoorstel.

Op grond van onderdeel a is geen grondslag vereist voor marktactiviteiten die rechtstreeks voortvloeien uit de uitvoering van een publieke taak. Een soortgelijke uitzondering komt ook voor in aanwijzing 5 van de Aanwijzingen. Daarin is vastgelegd dat bij besluit van de minister wie het aangaat, kan worden bepaald dat marktactiviteiten mogen worden verricht welke onlosmakelijk zijn verbonden met het uitvoeren van een overheidstaak. Het begrip «onlosmakelijk verbonden» in de Aanwijzingen beoogt hetzelfde als het in het wetsvoorstel gekozen criterium «rechtstreeks voortvloeien uit». Er wordt met de formulering «rechtstreeks voortvloeien» geen verruiming van toepassing van de uitzondering beoogd. Aan internationale verplichtingen die leiden tot het verrichten van marktactiviteiten moet uiteraard worden voldaan. De in onderdeel b voorgestelde uitzondering maakt dat mogelijk. Ook deze uitzondering was al opgenomen in de genoemde aanwijzingen. Bij verplichtingen tot het verrichten van marktactiviteiten die voortvloeien uit besluiten van volkenrechtelijke organisaties moet vooral worden gedacht aan EG-verordeningen.

Onderdeel c heeft betrekking op het gebruik van restcapaciteit. Evenals in de Aanwijzingen geldt voor het benutten van restcapaciteit niet het vereiste van een wettelijke grondslag. De Aanwijzingen eisen dan nog wel een besluit van de verantwoordelijke minister. De praktijk leert evenwel dat gedragsregels in dergelijke gevallen voldoende zijn. Daarmee wordt in dit wetsvoorstel dan ook volstaan.

Artikel 10

Dit artikel bevat een zogenaamde bagatelbepaling. Met de keuze voor een dergelijke bepaling wordt gevolg gegeven aan het advies van de SER. De Raad is om principiële redenen tegen het opnemen van een bagatelbepaling. De Raad vond het daarentegen niet noodzakelijk dat de door hem gestelde eisen voor formele besluitvorming ook zouden gelden bij incidentele marktactiviteiten of bij tijdelijke activiteiten van een geringe omvang. De vrees was dat in omvang toenemende marktactiviteiten door zo'n bepaling als het ware de belangenafweging zouden kunnen ontlopen. Naar onze mening is met het derde lid van dit artikel daarvoor een goede oplossing gevonden. Wij menen dan ook dat om de reeds in het algemeen deel uiteengezette redenen een bagatelvoorziening wenselijk is.

De bagatelbepaling bevat twee elementen, een financiële ondergrens van € 75 000 en het niet beschikbaar stellen van overheidsmiddelen voor de desbetreffende activiteit. Wij menen dat als de overheidsorganisatie geldmiddelen beschikbaar stelt voor de marktactiviteit in ieder geval een expliciet besluit wenselijk is. In dat geval zal namelijk als gevolg van lagere prijzen door de beschikbaarstelling van die middelen eerder sprake zijn van concurrentievervalsing.

Op de ondergrens van € 75 000 is in het algemeen deel reeds ingegaan (paragraaf 2.2.2). Ook indien er sprake is van marktactiviteiten die onder de bagatelgrens vallen, is het onwenselijk dat deze worden verricht indien uitsluitend het verwerven van inkomsten wordt beoogd. Teneinde te voorkomen dat deze situatie zich voordoet, is in het tweede lid een bepaling opgenomen die vergelijkbaar is met artikel 6, vierde lid, onderdeel b. Ieder jaar moet weer worden bezien of de grens van € 75 000 naar verwachting in het komende jaar wordt overschreden. Is dat het geval, dan moet alsnog een besluit worden genomen. Hierbij is de omzet in het afgelopen jaar een indicatie voor de verwachtingen in het volgende jaar. Is het evenwel zo dat al twee jaren achtereen de omzet boven de grens van € 75 000 is gekomen, dan dient op grond van het derde lid in ieder geval een besluit te worden genomen, ongeacht de verwachtingen. Meestal zal overigens dan ook in het derde jaar (en de daarop volgende) de grens wel worden overschreden. Deze bepaling voorkomt tevens dat een overheidsorganisatie voortdurend een beroep kan doen op laaggestemde verwachtingen en daardoor het besluitvereiste kan vermijden.

Hoofdstuk 3. Overheidsbedrijven

Artikel 11

Uit deze bepaling vloeit voort dat overheidsorganisaties, anders dan de Staat, provincies, gemeenten en waterschappen, alleen een overheidsbedrijf kunnen oprichten of daarin kunnen deelnemen indien hun de bevoegdheid daartoe uitdrukkelijk is verleend in de regeling waarbij zij zijn ingesteld of het bestuursorgaan dat bevoegd is de taken van de overheidsorganisatie te bepalen, dat uitdrukkelijk heeft bepaald. Deze bepaling is vergelijkbaar met artikel 4, eerste lid, onderdeel c, dat zo'n grondslag eist voor marktactiviteiten die een dergelijke overheidsorganisatie zelf wil verrichten. In het algemeen is in de instellingsregeling niets bepaald over de oprichting van en deelneming aan privaatrechtelijke rechtspersonen. Hieruit wordt in de praktijk afgeleid dat oprichting en deelneming is toegestaan. In een aantal gevallen zijn ook inderdaad overheidsbedrijven opgericht. Deze zullen – als de voorgeschreven afweging positief uitvalt – een grondslag moeten krijgen.

In de regeling of het besluit waarbij de desbetreffende overheidsorganisatie wordt toegestaan overheidsbedrijven op te richten of daarin deel te nemen, dienen ook de voorwaarden te worden vastgesteld waaronder dat mag. Er zouden bij voorbeeld voorwaarden kunnen worden

gesteld omtrent de taakomschrijving van het overheidsbedrijf of procedureregels zoals instemming van een bepaald bestuursorgaan.

Artikel 12

Uit het eerste lid vloeit voort dat een overheid alleen een overheidsbedrijf kan oprichten of daarin kan deelnemen als dat naar het oordeel van die overheidsorganisatie de aangewezen weg is voor behartiging van het openbaar belang. Deze norm is dezelfde als die welke geldt voor het verrichten van marktactiviteiten door overheidsorganisaties (artikel 6, eerste lid). Het derde lid geeft aan welke elementen moeten worden afgewogen. Deze elementen zijn dezelfde als die welke zijn vervat in artikel 6, tweede lid, onderdelen a en b. Onderdeel c van dat artikel is hier niet overgenomen. Dat heeft betrekking op het beschikbaar stellen van overheidsmiddelen. Bij een overheidsbedrijf, een aparte rechtspersoon, voorkomt het bevoordelingsverbod van artikel 25 dat dat bedrijf middelen beschikbaar worden gesteld waardoor oneerlijke concurrentie kan ontstaan.

Het eerste lid geldt ook indien een overheidsbedrijf wordt opgericht in het kader van een voorgenomen privatisering. In de regel zal het dan de bedoeling zijn dat de overheidsbetrokkenheid tijdelijk is. Dit element dient uiteraard betrokken te worden bij de analyse en kan als zodanig een positieve factor vormen bij het besluit omtrent oprichting van het overheidsbedrijf.

Bij de voorbereiding van een besluit omtrent oprichting of deelneming dient eveneens de openbare voorbereidingsprocedure van de Awb te worden gevolgd (tweede lid). De openbare voorbereidingsprocedure zou teveel tijd kosten bij reddingsoperaties van ondernemingen die op de rand van een faillissement staan. Daarom wordt bepaald dat die procedure niet hoeft te worden gevolgd als het gaat om een deelneming die beoogt het voortbestaan van het bedrijf te waarborgen.

Bij een overheidsbedrijf kunnen meerdere overheidsorganisaties zijn betrokken. Zij zullen ieder afzonderlijk een besluit tot oprichting of deelneming moeten nemen. Dat is overigens geen gevolg van dit wetsvoorstel, maar het is de huidige situatie. Voor provincies en gemeenten geldt daarnaast nog een specifieke bepaling (artikel 151, eerste lid, Provinciewet en artikel 155, eerste lid, Gemeentewet) die inhoudt dat slechts tot het oprichten en deelnemen in privaatrechtelijke rechtspersonen en samenwerkingsvormen als een vennootschap onder firma en dergelijke kan worden besloten indien dat bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang. Deze bepaling geldt voor iedere oprichting of deelneming, ongeacht de omvang van de deelneming en de overheidsinvloed in de rechtspersoon. De norm van het hier voorgestelde artikel 12 voor de oprichting van een overheidsbedrijf is strikter en dient om die reden in de gevallen waar dit wetsvoorstel op ziet, de voorkeur te krijgen. De artikelen 49 en 50 voorzien dan ook in een wijziging van de Provinciewet en van de Gemeentewet die dat bepaalt.

Voor het rijk zijn voorschriften vervat in de Comptabiliteitswet. Dit zijn procedurele voorschriften over de wijze waarop de Staten-Generaal wordt betrokken bij besluitvorming omtrent een oprichting of deelneming. In de toelichting die aan de Staten-Generaal wordt gegeven omtrent de wenselijkheid van het oprichten van of deelnemen in een overheidsbedrijf zullen de uitkomsten van de toetsing aan de criteria van artikel 12 moeten worden uiteengezet.

Het wetsvoorstel voorziet niet in specifieke regels die zich richten tot overheidsbedrijven als zodanig. Wel dienen de oprichters er zorg voor te dragen dat het doel en de taken van het overheidsbedrijf zo nauwkeurig mogelijk in de statuten worden vermeld (vijfde lid, onderdeel a) en dat daarin tevens wordt bepaald dat het overheidsbedrijf geen werkzaam-

heden verricht die niet rechtstreeks samenhangen met de in de statuten omschreven taken (vijfde lid, onderdeel b). Hiermee wordt beoogd te voorkomen dat een bedrijf na oprichting geheel andere werkzaamheden gaat verrichten dan de werkzaamheden die in de afweging van het eerste lid zijn betrokken. Overigens is in dit verband ook de verplichte heroverweging van artikel 14 relevant.

Onderdeel c van het vijfde lid verplicht de betrokken overheidsorganisaties ertoe bewust te beslissen of het overheidsbedrijf zelf privaatrechtelijke rechtspersonen (of samenwerkingsvormen als een vennootschap onder firma) mag oprichten of daarin deelnemen. Een algemene lijn valt hierin niet te trekken. Bij regionale ontwikkelingsmaatschappijen bijvoorbeeld ligt het in de aard van de taken dat deelgenomen wordt in andere rechtspersonen. In andere gevallen kan er juist behoefte bestaan aan het strikt in de hand houden van betrokkenheid bij andere rechtspersonen. De betrokken overheidsorganisaties zouden dan kunnen bepalen dat besluiten omtrent het oprichten of deelnemen door het overheidsbedrijf toestemming van de aandeelhouders behoeven, of alleen zijn toegestaan als het om een bepaalde soort werkzaamheid gaat. Ook een verbod voor bepaalde activiteiten is denkbaar. Onderdeel c heeft – om de regeling eenvoudig te houden – betrekking op alle oprichtingen en deelnemingen, ongeacht de omvang van de deelneming of de mate van zeggenschap. Dat is ook niet bezwaarlijk omdat het hier gaat om een verplichting tot het overwegen van een en ander. Wel kunnen ten aanzien van de mate van zeggenschap van het overheidsbedrijf en de voorwaarden waaronder dit een rechtspersoon mag oprichten of daarin mag deelnemen uiteraard nuanceringen in de statuten worden aangebracht met betrekking tot vereisten als toestemming en dergelijke.

Indien de statuten van een overheidsbedrijf zodanig wijzigen dat er sprake is van nieuwe doelen of nieuwe taken van het overheidsbedrijf, zijn ingevolge het zesde lid, de eerste drie leden van artikel 12 van overeenkomstige toepassing. Ook in deze situatie is het wenselijk dat een afweging plaats vindt of ook met de gewijzigde statuten het deelnemen in het overheidsbedrijf de aangewezen weg is voor de behartiging van het publieke belang. Indien een overheidsorganisatie, anders dan als aandeelhouder, een besluit moet nemen over de goedkeuring van de statuten, zal deze afweging plaats vinden in het kader van dit besluit. Aangezien het hier om een besluit gaat dat betrekking heeft op de statuten is het vijfde lid van overeenkomstige toepassing verklaard. In dit artikellid is onder meer de verplichting opgenomen om in de statuten zo nauwkeurig mogelijk het doel en de taken van het overheidsbedrijf te omschrijven. Indien de statuten van een overheidsbedrijf niet voorzien in de goedkeuring van een statutenwijziging door de betrokken overheidsorganisatie, is deze betrokkenheid bij de oprichting van het overheidsbedrijf niet wenselijk geacht. In dit geval zal de overheidsorganisatie dan ook geen besluit hoeven te nemen over de statutenwijziging. Uiteraard heeft de overheidsorganisatie ook in deze situatie de mogelijkheid om naar aanleiding van de wijziging van de statuten deelneming in het overheidsbedrijf te heroverwegen ingevolge artikel 8.

Artikel 13

Dit artikel treft een voorziening voor zogenaamde herstructureringsgevallen. Het gaat hierbij om de situatie dat een overheidsorganisatie een overheidsbedrijf opricht of daarin deelneemt, maar dat niet sprake is van een overheidsbedrijf met een nieuwe doelstelling of met nieuwe taken, doch van een hervervorming van bestaande doelstellingen en taken over andere vennootschappen. Over de doelstelling en taken van het nieuwe overheidsbedrijf is al in een eerdere fase, bijvoorbeeld toen het overheidsbedrijf dat nu onder een holding wordt geplaatst werd opgericht, beslist. Het is dan ook niet zinvol dat de betrokken overheidsorganisaties opnieuw

een besluit in de zin van artikel 12 nemen over het oprichten van of deelnemen in dat nieuwe overheidsbedrijf. Artikel 13 houdt dan ook een uitzondering van het grondslagvereiste in voor dit geval. Met deze uitzondering wordt voorkomen dat overheidsorganisaties onnodig worden belast en dat de herstructurering van overheidsbedrijven onnodig wordt vertraagd.

Ook indien geen besluit in de zin van artikel 12 behoeft te worden genomen, is het van belang dat de statuten van het nieuwe overheidsbedrijf wel aan de eisen van artikel 12, vijfde lid, voldoen. Het tweede lid strekt daartoe.

Artikel 14

Voortzetting van een deelneming aan een overheidsbedrijf dient ten minste eens in de vijf jaar te worden heroverwogen (eerste lid). Deze bepaling loopt parallel aan artikel 8. Ook bij deelnemingen kunnen de marktomstandigheden na verloop van tijd zodanig wijzigen dat de deelneming in ieder geval moet worden heroverwogen. Uiteraard is het altijd mogelijk een deelneming tussentijds te beëindigen. Een desbetreffend besluit daartoe is uiteraard ook niet vatbaar voor beroep. Zie hierover ook de toelichting bij artikel 8.

Op grond van het tweede lid moet een overheidsorganisatie ook opnieuw overwegen of zij een deelneming voortzet in een rechtspersoon waarvoor op het moment van het besluit tot oprichting of deelneming artikel 2, derde lid van toepassing was, indien de rechtspersoon niet meer aan de in dat artikellid gestelde eisen voldoet.

De heroverwegingstermijn van vijf jaar kan, zoals in paragraaf 2.2.5 van het algemeen deel is uiteengezet, voor private marktpartijen een belemmering zijn om in samenwerking met overheidsorganisaties een overheidsbedrijf op te richten of hierin deel te nemen met name indien er sprake is van langdurige infrastructurele projecten waarvan de terugverdientermijn de vijf jaar ruim overschrijdt. Hierbij valt te denken aan de aanleg van wegen, woonwijken, gebouwen of vliegvelden. Om deze vormen van samenwerking doorgang te laten vinden, wordt in het derde lid de betrokken overheidsorganisaties de mogelijkheid geboden om bij het besluit omtrent oprichting van of deelneming in een overheidsbedrijf een langere heroverwegingstermijn vast te stellen. Van deze mogelijkheid kan alleen gebruik worden gemaakt indien er sprake is van een samenwerking tussen overheidsorganisaties en private rechtspersonen. Indien bij een overheidsbedrijf meerdere overheidsorganisaties zijn betrokken, is het mogelijk dat er verschillende heroverwegingstermijnen worden gehanteerd. Elke overheidsorganisatie zal immers individueel een afweging moeten maken over een eventuele verlenging van de heroverwegingstermijn. Omwille van de duidelijkheid voor de betrokken private partijen, is het in deze situatie echter wel wenselijk te streven naar een uniforme heroverwegingstermijn.

Hoofdstuk 4. De commissie markt en overheid

Artikel 15

Dit artikel regelt de instelling van een commissie die adviseert over de toepassing van de materiële norm.

In paragraaf 2.2.3 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting is uiteengezet waarom het wenselijk is een commissie in te stellen die een overheidsorganisatie die voornemens is marktactiviteiten te verrichten of een overheidsbedrijf op te richten of daarin deel te nemen kan adviseren over de elementen die bij de voorbereiding van zo'n besluit moeten worden betrokken. Ook bij de voorgeschreven heroverweging van dergelijke besluiten kan de commissie adviseren. De overheidsorganisatie

beslist of de marktactiviteit of het oprichten van of deelnemen in een overheidsbedrijf de aangewezen weg is voor de behartiging van het desbetreffende openbaar belang. Het advies van de commissie kan echter een belangrijke ondersteuning vormen voor een verantwoorde afweging. De commissie richt zich bij haar advisering op de diverse aspecten die bij de afweging in het kader van het grondslagvereiste een rol spelen. Het kan hierbij gaan om vragen als wat is de relevante markt bij de voorgenomen marktactiviteiten, hoe zijn de marktverhoudingen (is er bijvoorbeeld veel concurrentie) en wat zijn de gevolgen voor de burgers of ondernemers en hoe verhouden die gevolgen zich tot het publieke belang. De commissie kan, indien zij dat wenselijk acht, ook aandacht besteden aan de positie van individuele ondernemers, die in het bijzonder door de marktactiviteiten zouden worden geraakt.

De commissie adviseert, zoals in paragraaf 2.2.3 is uiteengezet, uitsluitend uit eigen beweging (tweede lid). Het is de bedoeling dat een kleine commissie wordt gevormd met een klein ondersteunend apparaat. Omdat sprake is van advisering over voorgenomen besluiten van overheidsorganisaties c.q. bestuursorganen gelden de bepalingen van afdeling 3.3 van de Awb. Artikel 3:7 bepaalt dat het bestuursorgaan waaraan advies wordt uitgebracht de nodige gegevens aan de adviseur ter beschikking moet stellen. Uit artikel 3:9 van de Awb vloeit voort dat in of bij het besluit van het bestuursorgaan wordt vermeld dat de commissie advies heeft uitgebracht. Het bestuursorgaan dient zich er voorts van te vergewissen dat een onderzoek van de commissie naar feiten en gedragingen op zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden. Indien wordt afgeweken van het advies van de commissie, dient dit met de redenen voor de afwijking in de motivering van het besluit te worden vermeld (artikel 3:50 Awb).

Op grond van het derde lid heeft de commissie de mogelijkheid de directeur-generaal van de NMa om advies te vragen over de gevolgen van het voorgenomen besluit voor ondernemers op de desbetreffende markt. De NMa heeft veel kennis in huis over marktafbakening en over mogelijke gevolgen van gedragingen van ondernemers voor andere marktpartijen. De commissie kan desgewenst die kennis benutten. Dit laat echter onverlet de eigen verantwoordelijkheden van de commissie bij haar adviesrol over de toetreding.

De directeur-generaal kan zelf bepalen of hij de mogelijkheid heeft snel een advies uit te brengen. Een en ander mag er niet toe leiden dat de in artikel 16 gestelde termijnen niet worden gehaald. Het ligt voor de hand dat de commissie en de directeur-generaal werkafspraken zullen maken over de inschakeling van de NMa.

Artikel 16

Indien de commissie, op een voorgenomen besluit geattendeerd door een ondernemer of om advies gevraagd door de overheidsorganisatie, besluit advies te gaan uitbrengen, dient de overheid daarvan terstond op de hoogte te worden gebracht. Omdat de commissie niet systematisch van alle voorgenomen besluiten op de hoogte wordt gesteld, kan zij tot een advies besluiten terwijl de procedure ter voorbereiding van het besluit al loopt. Het is echter niet wenselijk dat de commissie pas in een zeer laat stadium van voorbereiding van het besluit, beslist om te gaan adviseren. Derhalve is bepaald dat de commissie dat moet doen binnen vier weken nadat het ontwerp-besluit in het kader van de openbare voorbereidingsprocedure ter inzage is gelegd. Ook is hierbij van belang, dat de commissie snel adviseert. Daartoe is een termijn van acht weken gesteld. Voordien mag de overheidsorganisatie niet besluiten over het verrichten van marktactiviteiten of het oprichten van of deelnemen in een overheidsbedrijf (derde lid). Deze wachttermijn geldt niet indien het gaat om een deelneming die beoogt het voortbestaan van het bedrijf te waarborgen

(vierde lid). De termijn is gesteld op negen weken, acht weken voor vaststelling van het advies, en een week speling in verband met toezending van het advies. Uit artikel 3:6, tweede lid, van de Awb vloeit voort dat als het advies niet tijdig is uitgebracht, dit er niet aan in de weg staat dat dan zonder dat advies wordt besloten.

De commissie zorgt ervoor, dat haar adviezen algemeen verkrijgbaar zijn (vijfde lid). Dit bevordert de algemene verspreiding van kennis omtrent de toepassing van de materiële norm. Daarnaast kunnen individuele ondernemers en ondernemersorganisaties de daarin vervatte gegevens met betrekking tot de algemene analyse maar ook over specifieke gevolgen voor individuele ondernemers benutten om te beoordelen of zij bezwaar of beroep willen aantekenen tegen een bepaald besluit. Hierdoor wordt de positie van ondernemers in de besluitvorming rond marktactiviteiten versterkt.

Artikel 17

De ervaringen en deskundigheid van de commissie kunnen een nuttige rol spelen bij het beoordelen van effecten van wettelijke regels met betrekking tot marktactiviteiten van overheden voor concurrerende ondernemers. Dit artikel maakt het mogelijk de kennis van de commissie ook hierbij te benutten.

Artikel 18

In artikel 18 wordt de samenstelling en de wijze van benoeming en ontslag van de commissie geregeld. Uitgangspunt hierbij is dat de commissie een onafhankelijk van de Minister van Economische Zaken opererende instantie is. In de eerste plaats waarborgen bepalingen met betrekking tot benoeming en ontslag de onafhankelijkheid van de commissie. Benoeming en ontslag vinden plaats bij koninklijk besluit op voordracht van de Minister van Economische zaken en de Minister van Justitie, tenzij er sprake is van ontslag op eigen aanvraag. In dit geval is het niet noodzakelijk dat ontslag bij koninklijk besluit plaats vindt, en kunnen de Minister van Economische Zaken en van Justitie het desbetreffende lid van de commissie ontslaan. Daarnaast is een regeling opgenomen voor de onverenigbaarheid van bepaalde functies en het lidmaatschap van de commissie. Het betreft hier met name ambtenaren die werkzaam zijn bij een overheidsorganisatie en personen die betrokken zijn bij een overheidsbedrijf.

Artikel 20

De commissie kan haar eigen werkwijze regelen. Denkbaar zijn bij voorbeeld afspraken over de voorbereiding van adviezen en over de besluitvorming. Zij kan desgewenst hoorzittingen organiseren of om schriftelijke reacties vragen. De Minister van Economische Zaken stelt voldoende personeel beschikbaar. De kosten voor dit personeel zullen door de Minister van Economische Zaken worden gedragen. Daarnaast zal de commissie nog andere middelen nodig hebben. Te denken valt bij voorbeeld aan kosten in verband met huisvesting, automatisering en andere kantoorvoorzieningen. Ingevolge artikel 20, derde lid, zullen voor de commissie in de EZ-begroting middelen worden vrijgemaakt. De commissie moet haar taken met deze middelen uitvoeren.

Artikel 21

Het verslag van de commissie biedt haar de mogelijkheid verantwoording af te leggen over haar werkzaamheden in het afgelopen jaar en stelt geïnteresseerden in kennis van de diverse adviezen. Dat is onder meer van

belang voor overheidsorganisaties die voornemens zijn bepaalde marktactiviteiten te ondernemen, en voor ondernemers die belangen hebben bij zo'n voorgenomen besluit.

Hoofdstuk 5. Gedragsregels voor overheidsorganisaties

Artikel 22

Op grond van het eerste lid moet een overheidsorganisatie zodanige prijzen voor het leveren van goederen of het verrichten van diensten vaststellen, dat de marktactiviteiten als totaliteit ten minste kostendekkend zijn. Deze verplichting geldt voor alle marktactiviteiten, ook als daarvoor geen grondslag is vereist. Doordat volledige doorberekening van kosten wordt voorgeschreven ontstaat op de markten waarop een overheidsorganisatie in concurrentie treedt met private ondernemers een meer gelijk speelveld. Het gaat hierbij om doorberekening van alle directe en indirecte kosten, bijvoorbeeld de kosten van de ter beschikking gestelde financiële middelen, de kosten van de inzet van productiemiddelen en loon- en andere personeelskosten. Hierbij dienen uiteraard de gekozen verdeelsleutels voor de toerekening van de indirecte kosten consistent te worden toegepast.

De verplichting om de kosten door te berekenen in de prijzen geldt voor alle marktactiviteiten tezamen per boekjaar. Hierdoor blijft er ruimte voor onderlinge vereffening tussen marktactiviteiten. Ook biedt de bepaling daardoor de ruimte om een marktactiviteit onder de integrale kostprijs aan te bieden, zoals ook bij private ondernemingen gebeurt. Prijsstelling geschiedt op basis van de begrote lasten en te verwachten afzet. Dat zou bijvoorbeeld kunnen aan de hand van een meerjaren-productplan of ondernemingsplan. Uiteraard vallen beide factoren tevoren niet nauwkeurig te bepalen. Dit artikelonderdeel schrijft dan ook voor dat op grond van redelijke aannames een prijs moet worden vastgesteld.

Het tweede lid verduidelijkt dat onder de kosten van ter beschikking gestelde financiële middelen de kosten zowel van vreemd vermogen als van eigen vermogen moet worden verstaan. Er worden geen regels gesteld ten aanzien van de verdeling van de diverse vermogenscomponenten van de overheidsorganisatie over marktactiviteiten en andere activiteiten. Artikel 23 vereist dat de toerekening consequent en volgens objectieve normen geschiedt. In ieder geval zal de verdeling van de diverse vermogenscomponenten proportioneel, naar rato van gebruik en verbruik, moeten zijn.

Overheidsorganisaties zijn gehouden een minimaal rendement van vijf procent voor het gebruik van eigen vermogen op te nemen in hun prijzen. Deze opslag dient als compensatie voor de afwezigheid van marktrisico. Private ondernemingen die op een markt opereren lopen het risico van een faillissement: het marktrisico. Een faillissement kan het uiteindelijke gevolg zijn van de « tucht van de markt», die het gedrag van aanbieders beïnvloedt. De kapitaalverschaffers van private ondernemingen zullen vanwege dit marktrisico een bepaald minimaal rendement eisen op hun beleggingen. De onderneming zal dit rendement in zijn prijzen moeten doorberekenen. De hoogte van het verlangde rendement is afhankelijk van de inschatting van de ondernemer en de kapitaalverschaffer van het risico op die markt. Overheidsorganisaties lopen niet het risico van een faillissement. Zij zullen dan ook in de regel door hun kapitaalverschaffers dan ook niet worden verplicht om een minimaal rendement te behalen. Om deze ongelijkheid tussen overheidsorganisaties en private ondernemingen te compenseren wordt voorgeschreven dat de overheidsorganisatie bij de berekening van haar prijzen voor marktactiviteiten een vergoeding voor het marktrisico in de vorm van een vergoeding voor het gebruik van eigen vermogen in rekening moet brengen. Deze vergoeding wordt gesteld op ten minste vijf procent. Dit percentage is ontleend aan

het effectief rendement op staatsleningen, als de minst risicovolle vorm van belegging. Dit rendement varieert blijkens de statistieken van de Nederlandsche Bank tussen de 4,5 en 5,5 procent voor obligaties in de Eurozone met een looptijd van tien jaar. Met het voorgestelde percentage worden nog niet alle mogelijke voordelen weggenomen. Een private onderneming kan in kredietwaardigheid dalen indien zij risicovol geachte activiteiten gaat ondernemen. Deze daling in kredietwaardigheid vertaalt zich dan in hogere rendementseisen van kapitaalverschaffers. Gezien de veelal relatief beperkte omvang van de marktactiviteiten in relatie tot de totale omvang van de overheidsorganisatie en de besluitvorming omtrent het verrichten van marktactiviteiten wordt een rendementseis die ten minste gelijk is aan het effectieve rendement op staatsobligaties niettemin verantwoord geacht. Een vaste koppeling aan het rendementspercentage voor staatsleningen zou betekenen dat de opslag veelvuldig zou wijzigen. Uit een oogpunt van uitvoerbaarheid is daarom gekozen voor een uniform percentage van vijf. Dit betekent dat bij de berekening van de tarieven die een overheidsorganisatie minimaal in rekening moet brengen bij de kosten voor kapitaalvergoeding, een rendementseis geldt van minimaal vijf procent over dat deel van het eigen vermogen dat kan worden toegerekend aan de marktactiviteiten. Ingeval van een negatief eigen vermogen kan ervan worden uitgegaan dat 100% financiering met vreemd vermogen plaatsvindt, waarover rente wordt berekend.

Indien de betrokken overheidsorganisatie voor die activiteit uit eigen middelen een bijdrage heeft begroot, mag die op de prijs in mindering worden gebracht (derde lid). Het kan immers zo zijn dat het de bedoeling is goederen of diensten tegen een prijs beneden kostprijs beschikbaar te stellen, om bepaalde publieke doelstellingen te kunnen realiseren. Het derde lid laat onverlet dat onder omstandigheden sprake kan zijn van steun in de zin van artikel 87 van het EG-Verdrag. In dat geval dient de overheidsorganisatie uiteraard de daaromtrent geldende voorschriften in acht te nemen.

Het bedrag dat beschikbaar mag worden gesteld, mag op grond van het vierde lid niet hoger zijn dan het bedrag waarvan bij de voorbereiding van het besluit is uitgegaan. Dat bedrag was immers een belangrijk onderdeel van de belangenafweging en dient dan ook niet naderhand verhoogd te kunnen worden.

Het vijfde lid bevat een tweetal uitzonderingen op het vereiste van het eerste lid, dat de kosten voor alle marktactiviteiten tezamen door de opbrengsten moeten worden gedekt.

Onderdeel a. Een overheidsorganisatie die een bepaalde marktactiviteit verricht kan tegelijkertijd een onderneming zijn met een uitsluitend of bijzonder recht. Vaak zal dat niet voorkomen, want meestal is sprake van een afzonderlijke rechtspersoon die als een zodanige onderneming kan worden aangemerkt. Dat is bijvoorbeeld het geval in de energiesector ten aanzien van het netbeheer. Bij het openbaar vervoer komt het evenwel voor dat er sprake is van een gemeentelijke dienst die het openbaar vervoer in die gemeente verzorgt. Op grond van het eerste lid van dit artikel moeten die activiteiten in de op grond van het eerste lid te maken berekeningen worden betrokken. In de regel gelden voor dergelijke activiteiten echter allerlei voorschriften omtrent tarieven. Deze kunnen bijvoorbeeld zijn vervat in een wettelijk voorschrift of zijn verbonden aan een vergunning tot het verrichten van de activiteit. In dat geval dienen deze regels uiteraard voorrang te hebben op het bepaalde in het eerste lid. Het vijfde lid zorgt ervoor dat de kosten en opbrengsten van dergelijke marktactiviteiten niet hoeven te worden meegerekend.

Onderdeel b bevat een uitzondering voor gegevens die de overheidsorganisatie heeft verkregen in het kader van de uitoefening van haar bestuursbevoegdheden. Het voorschrift om de integrale kostprijs in rekening te brengen ook ingeval de marktactiviteit de verstrekking van gegevens of gegevensbestanden betreft als hier bedoeld, past niet binnen de

beleidslijn «Naar een optimale beschikbaarheid van overheidsinformatie» (Kamerstukken II 1999/2000, 26 387, nr. 7, blz. 15). Het streven van het kabinet is er juist op gericht om exploitatie van overheidsinformatie tegen integrale kostprijs zoveel mogelijk te voorkomen. Hierdoor wordt de beschikbaarheid van overheidsinformatie juist ook voor het bedrijfsleven vergroot. Onderdeel b van het vijfde lid strekt ertoe te bewerkstelligen dat het wetsvoorstel markt en overheid geen belemmering vormt voor de verdere ontwikkeling van het beleid met betrekking tot de beschikbaarheid van overheidsinformatie.

Het zesde lid maakt aanpassing van het in het tweede lid voorgeschreven percentage van vijf procent mogelijk, indien de ontwikkelingen met betrekking tot het effectief rendement van staatsleningen daartoe aanleiding geven. De bepaling geeft de bevoegdheid daartoe. Het is niet zo dat alle wijzigingen in het effectief rendement van staatsleningen meteen tot wijzigingen zullen leiden. Wanneer echter sprake is van een bestendige wijziging van enige betekenis (wij denken aan een wijziging van ten minste 1%), kan het thans voorgeschreven percentage worden aangepast.

Artikel 23

Het is wenselijk dat de administratie van een overheidsorganisatie die marktactiviteiten verricht, inzicht biedt omtrent de toerekening van lasten aan die activiteiten en aan interne verrekenprijzen. Transparantie van de administratie betekent dat het ter beschikking stellen van financiële middelen, productiemiddelen en personeel en de opbrengsten zodanig worden geregistreerd dat een duidelijk en nauwkeurig beeld ontstaat van de aan verschillende activiteiten toe te rekenen lasten, de interne middelenstromen tussen de diverse activiteiten en de afzonderlijke en gemeenschappelijke inzet van middelen voor verschillende activiteiten. In een transparante administratie horen ook de juiste voorzieningen ter afdekking van risico's te worden getroffen, zodat geen sprake is van een geflatteerd beeld van lasten en baten.

Door de voorgeschreven transparantie kan kruissubsidiëring vanuit de publieke middelen naar die activiteiten eenvoudiger worden vastgesteld en gemakkelijker worden voorkomen. De bepaling is dan ook in die zin een ondersteunende verplichting. Het gaat erom dat intern een en ander goed wordt geadmistreerd. In het kader van zijn bevoegdheden toe te zien op de naleving van de artikelen 22 en 25 kan de NMa zo nodig inzage in de boekhouding verlangen. De afzonderlijke registratie kan gerealiseerd worden binnen één fysieke boekhouding, waarbinnen de nodige maatregelen zijn getroffen om een aparte registratie van marktactiviteiten te waarborgen. Deze maatregelen hangen sterk af van onder meer de aard en de omvang van de door de desbetreffende rechtspersoon verrichte activiteiten en de organisatie daarvan en kunnen bijvoorbeeld variëren van een of meer afzonderlijke grootboekrekeningen tot een afzonderlijke boekhouding van een tak van dienst of agentschap. Ook kan gekozen worden voor gescheiden kostenplaatsen en kostendragers of een daartoe adequaat ingerichte projectorganisatie, zoals bij voorbeeld in gebruik is bij TNO.

De formulering van de diverse onderdelen van het eerste lid is ontleend aan die van de eerder genoemde wijziging van de Transparantierichtlijn. In onderdeel b wordt niet voorgeschreven op welke wijze moet worden toegerekend. Wel moet op grond van onderdeel c aangegeven worden welke beginselen (bij voorbeeld welke kostenverdeelsleutel is gehanteerd) worden toegepast, en moet het toerekenen van lasten proportioneel zijn, dat wil zeggen in overeenstemming met het gebruik of verbruik van de desbetreffende middelen. De beginselen die op grond van onderdeel c moeten worden vastgelegd zijn de toegepaste waarderingsgrondslagen, te vinden in de relevante comptabele regels, en de allocatiebeginselen. Deze laatste beginselen zijn intern werkende uitgangspunten met betrek-

king tot lastentoerekening voor de administratie, vastgelegd in bijvoorbeeld een handboek administratieve organisatie.

Op grond van het tweede lid geldt de verplichting tot het bijhouden van een afzonderlijke administratie, zoals uiteengezet in paragraaf 2.2.4 van het algemeen deel, niet indien de totale omzet aan marktactiviteiten in de twee voorafgaande boekjaren niet meer bedroeg dan € 75 000. Gekozen is voor een termijn van twee jaar om al te grote schommelingen in het al dan niet van toepassing zijn van de boekhoudkundige voorschriften te voorkomen. Eenzelfde termijn is opgenomen in artikel 28, tweede lid, onderdeel b. Voor de Staat heeft deze bepaling in de praktijk geen betekenis. Aangenomen mag worden dat het totaal van marktactiviteiten van de Staat zonder meer boven die grens uitkomt. De rijksoverheid zal derhalve altijd een afzonderlijke administratie moeten bijhouden. Omdat ieder departement zijn eigen administratie voert, ligt het overigens voor de hand dat ieder departement zijn eigen administratie van marktactiviteiten bijhoudt.

Het derde lid schrijft een specifieke verantwoording voor met betrekking tot verrichte marktactiviteiten. Door middel van deze verantwoording wordt het voor derden eenvoudiger om zicht te krijgen op de marktactiviteiten van een overheidsorganisatie en op de daarvoor toegerekende baten en lasten. Ondernemers die concurrentie ondervinden van marktactiviteiten van een overheidsorganisatie en vermoeden dat deze daarvoor geen kostendekkende prijzen in rekening brengt, kunnen in eerste instantie de verantwoording raadplegen. Ook de NMa kan, indien zij een klacht krijgt over mogelijke overtreding van artikel 22, de verantwoording benutten. Zij ziet voorts toe op de handhaving van de verplichting een verantwoording op te stellen. De inhoud van de verantwoording komt voor rekening van de overheidsorganisatie. Er mag op vertrouwd worden dat deze overeenstemt met de in de administratie vastgelegde gegevens. Indien de organisatie is onderworpen aan een brede rechtmatigheidstoets van een accountant (en dat zal in de toekomst voor steeds meer overheidsorganisaties het geval zijn), kan deze daarop mede toezien. Wat de Staat betreft zal het erop neerkomen dat ieder departement een eigen verantwoording opstelt en ter inzage legt.

Artikel 24

Voor een toelichting op dit artikel wordt verwezen naar de toelichting op artikel 7.

Artikel 25

Dit artikel beoogt te voorkomen dat overheidsbedrijven andere ondernemingen oneerlijke concurrentie kunnen aandoen doordat de overheden waarmee zij een band hebben, aan hen bepaalde voordelen verschaffen. Een bevoordelingsverbod tussen «moeders en dochters» komt, in een op de materie toegesneden vorm, ook voor in artikel 12 van de Wet energiedistributie, artikel 18 van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 69 van de Wet personenvervoer 2000. Artikel 25 bevat een algemene regel voor de verhouding tussen overheidsorganisaties en overheidsbedrijven als in dit wetsvoorstel omschreven. Deze norm geldt op grond van het algemene beginsel dat de bijzondere regeling boven de algemene gaat, in het geval dat niet sprake is van een bijzondere regeling, zoals de hiervoor genoemde. De norm, niet bevoordelen boven anderen en geen voordelen toekennen die verdergaan dan in het normale handelsverkeer gebruikelijk is, komt ook in de genoemde andere regelingen voor. Het gaat hierbij om elke vorm van bevoordeling. Ondernemers die benadeeld worden door een dergelijke bevoordeling kunnen een vordering wegens onrechtmatige daad instellen, waarbij onder meer kan worden gevraagd om een verbod om in strijd met dit artikel te handelen. Om de bewijslast voor benadeelde

ondernemers te vereenvoudigen noemen het tweede en derde lid enkele gevallen waarin in ieder geval sprake is van bevoordeling. Het tweede lid heeft betrekking op het gebruik van naam en beeldmerk van een overheidsorganisatie door het overheidsbedrijf waarmee die organisatie is verbonden. Als die naam en dat beeldmerk door het overheidsbedrijf worden gebruikt op een wijze die suggereert dan men van doen heeft met een overheidsorganisatie, zou dit bepaalde concurrentievoordelen kunnen opleveren, zoals de suggestie van een hoge kredietwaardigheid of van een dienstverlening waarop de overheidsorganisatie kan worden aangesproken.

Onder het verrichten van diensten tegen een vergoeding die lager is dan de redelijkerwijs daaraan toe te rekenen lasten (derde lid) valt bij voorbeeld het verstrekken van garanties, goedkope leningen, leveringen en dergelijke tegen voorwaarden die voordeliger zijn dan in normaal handelsverkeer gebruikelijk is. Niet genoemd wordt het verstrekken van gegevens. Hiervoor is een algemene regeling opgenomen in artikel 26. Het vierde lid bevat een specifieke uitzondering op het bevoordelingsverbod voor ondernemingen met een zogenaamde basisfinanciering. In het algemeen worden subsidies toegekend op basis van een wettelijk voorschrift. Artikel 4.23 van de Awb gaat daar ook van uit. Indien een onderneming op basis van zo'n voorschrift een subsidie krijgt is geen sprake van bevoordeling boven andere ondernemingen in de zin van dit artikel. Immers, alle ondernemingen die aan de criteria van de subsidie-regeling voldoen, komen in beginsel in aanmerking voor die subsidie. Dat ligt anders ingeval sprake is van een subsidie op basis van een begrotingspost. In dat geval vermeldt de begroting op grond van artikel 4:23, derde lid, onderdeel c, van de Awb de subsidie-ontvanger en het bedrag waarop de subsidie ten hoogste kan worden verstrekt. In zo'n geval is dus sprake van een exclusieve subsidie voor een bepaalde onderneming. In de praktijk gaat het hierbij om zogenaamde exploitatie-subsidies, die voor de algemene bedrijfsvoering worden verstrekt. Een voorbeeld van een onderneming die jaarlijks een dergelijke subsidie ontvangt is ECN. Het is niet de bedoeling van het wetsvoorstel dergelijke vormen van subsidiering onmogelijk te maken. Uiteraard dient wel te worden afgewogen of een dergelijke subsidie wenselijk is en welke voorwaarden daaraan dienen te worden gesteld. Dat gebeurt echter momenteel in het kader van de vaststelling van de begroting en de formulering van de subsidievoorwaarden.

Overeenkomstig het systeem van de Wet energiedistributie en dat van de Elektriciteitswet 1998 dient de overheidsorganisatie bij zijn jaarrekening een verklaring omtrent de naleving van de genoemde voorschriften te voegen, die voor een ieder ter inzage ligt.

Artikel 26

In paragraaf 2.2.4 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting is uiteengezet dat het wenselijk is concurrentievoordelen door het gebruik van overheidsgegevens weg te nemen. Veelal gaat het hierbij om gegevensbestanden die benut worden om op grond van bepaalde criteria geselecteerde bedrijven of personen goederen of diensten aan te bieden. De voorgestelde regeling heeft betrekking op gegevens die door de overheidsorganisatie zijn verkregen in het kader van de uitoefening van haar bestuursbevoegdheden. Veelal zal voor dergelijke gegevens geheimhouding zijn voorgeschreven. Artikel 2:5 van de Awb schrijft voor dat gegevens met een vertrouwelijk karakter geheim gehouden moeten worden. Voor persoonsgegevens geldt thans de Wet op de persoonsregistraties (en in de toekomst de Wet bescherming persoonsgegevens). Ook in specifieke regelingen komen nogal eens geheimhoudingsbepalingen voor. Deze bepalingen vormen in de regel geen beletsel om de verkregen gegevens binnen de eigen organisatie te gebruiken voor markt-

activiteiten. Gegevens uit enquêtes of adresgegevens die zijn verkregen voor de uitvoering van een overheidstaak, kunnen bijvoorbeeld worden benut om bedrijven of personen te selecteren om goederen of diensten aan te bieden. Ook koppeling van diverse (publieke) bestanden kan commercieel relevante informatie opleveren (het zogenaamde « data-mining»). De exclusieve beschikking over en het gebruik van (delen van) gegevensbestanden kan derhalve een belangrijk concurrentievoordeel opleveren. Dit artikel stelt regels om oneigenlijke concurrentievoordelen door het (her)gebruik van dergelijke bestanden te voorkomen. De voorgestelde gedragsregels liggen in de lijn van de aanzet tot een algemene kaderstelling voor het gebruik van publieke gegevensbestanden (Kamerstukken II 1997/98, 24 036, nr. 98).

Het eerste lid van artikel 26 verbiedt dat gegevens die niet aan derden mogen worden verstrekt wel door de overheidsorganisatie zelf worden gebruikt voor het verrichten van marktactiviteiten.

Het tweede lid bepaalt dat gegevens die niet geheim behoeven te worden gehouden, alleen voor eigen marktactiviteiten mogen worden benut als ook derden daarover kunnen beschikken. Voorts bepaalt dit artikellid dat, als de gegevens niet voor marktactiviteiten worden gebruikt, maar de overheidsorganisatie ze wel beschikbaar stelt aan bepaalde derden (bij voorbeeld een overheidsbedrijf waarmee de desbetreffende overheidsorganisatie banden heeft), ook anderen over die gegevens moeten kunnen beschikken. In alle gevallen moeten dezelfde voorwaarden gelden, zowel voor intern gebruik als bij verstrekking aan derden. Het kan hierbij om allerlei voorwaarden gaan, bijvoorbeeld voorwaarden met betrekking tot het gebruik van de gegevens, of ten aanzien van de vergoeding die voor het verkrijgen van gegevens is verschuldigd. Dat betekent dat de overheidsorganisatie alleen een vergoeding aan derden kan vragen, als dezelfde vergoeding in de doorberekende kosten van de marktactiviteit van de overheidsorganisatie tot uitdrukking komt.

Soms worden gegevens die een overheidsorganisatie in het kader van de uitvoering van haar taken heeft verkregen bewerkt om die gegevens op die manier ook voor andere doeleinden te kunnen benutten. Een bewerking kan bijvoorbeeld noodzakelijk zijn om de privacy van de geregistreerden te waarborgen. Deze bewerkte gegevens vallen niet onder de omschrijving van het tweede lid. Uit een oogpunt van het voorkomen van oneerlijke concurrentie achten wij het evenwel gewenst dat ook in dergelijke gevallen die gegevens alleen door de overheidsorganisatie voor marktactiviteiten worden gebruikt, als ook derden daarover kunnen beschikken. Ook hier geldt dat de voorwaarden voor verstrekking gelijk moeten zijn voor alle verkrijgers.

Het vierde lid maakt het mogelijk om – als daaraan in de praktijk behoefte zou bestaan – nadere regels te stellen over kostenberekening en andere voorwaarden, zoals het gebruik van verstrekte gegevens (bijvoorbeeld een fysieke of juridische beperking van de gebruiksmogelijkheden). Hierbij zal rekening worden gehouden met het kabinetsstandpunt inzake de «Beleidslijn optimalisatie beschikbaarheid van overheidsinformatie (Kamerstukken II 1999/2000, 26 387, nr. 7) en met het kabinetsstandpunt inzake «Grondrechten in het digitale tijdperk (Kamerstukken II 2000/01, 27 460, nr. 1) waarin is gesteld dat de verstrekking van gegevens door overheidsorganisaties tegen ten hoogste de meerkosten van de verstrekking dient te geschieden.

Artikel 27

Dit artikel bevat een verplichting tot organisatorische scheiding in verband met functievermenging. De redenen hiervoor zijn toegelicht in paragraaf 2.2.4 van het algemeen deel. Voorgeschreven wordt een organisatorische scheiding van taken en bevoegdheden met betrekking tot marktactiviteiten enerzijds en de uitoefening van publiekrechtelijke

bevoegdheden die daar op een bepaalde wijze een relatie mee hebben anderzijds. Onder taken en bevoegdheden met betrekking tot marktactiviteiten vallen zowel de feitelijke werkzaamheden als bijvoorbeeld de bevoegdheid om contracten af te sluiten voor het verrichten van marktactiviteiten.

De bepaling omvat een tweetal gevallen. In onderdeel a gaat het om de situatie dat de resultaten van het verrichten van de desbetreffende marktactiviteit een rol spelen bij de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid. Het kan zijn dat bijvoorbeeld de resultaten van een verrichte dienst bepalend zijn voor het publiekrechtelijke besluit, bij voorbeeld het opstellen van een bedrijfshulpverleningsplan dat als zodanig de goedkeuring behoeft. De resultaten van een dienstverrichting kunnen echter ook een onderdeel zijn van een bredere besluitvorming. Een voorbeeld hiervan is het opstellen van een rapport omtrent de resultaten van een bodemonderzoek, dat een onderdeel vormt van de besluitvorming omtrent het verlenen van een bouwvergunning. Onderdeel b heeft betrekking op het verrichten of doen verrichten van marktactiviteiten waarvoor de overheidsorganisatie toestemming moet geven. Een voorbeeld van mogelijke functievermenging op dit terrein is het kappen van bomen als dienstverrichting en het verlenen van een kapvergunning daarvoor. Het materiële begrip toestemming in dit artikelonderdeel omvat de diverse in de wetgeving voorkomende vormen van toestemming zoals vergunningverlening, ontheffing, goedkeuring en dergelijke. De tekst maakt duidelijk dat het moet gaan om een publiekrechtelijke toestemming. Instemming of toestemming op grond van privaatrechtelijke overeenkomsten valt niet onder dit onderdeel.

In de hiervoor omschreven gevallen zal de overheidsorganisatie de desbetreffende marktactiviteit moeten onderbrengen in een andere organisatorische eenheid dan de eenheid of eenheden die is of zijn betrokken bij de voorbereiding van het desbetreffende besluit. Afhankelijk van de organisatie kan een organisatorische eenheid een afdeling zijn, een directie, of bijvoorbeeld een tak van dienst. Dat dienstonderdeel mag dan niet betrokken zijn bij de publiekrechtelijke besluitvorming waar die marktactiviteit een rol in speelt en omgekeerd.

Hoofdstuk 6. Ondernemingen waaraan een bijzonder of uitsluitend recht is verleend

Artikel 28

Ondernemingen die over bijzondere of uitsluitende rechten beschikken dienen, zoals uiteengezet in paragraaf 2.2.6 van het algemeen deel van deze toelichting, op grond van het eerste lid van dit artikel in hun administratie een afzonderlijke registratie aan te houden voor hun verschillende activiteiten. Het begrip verschillende activiteiten is omschreven in artikel 1. In de definitie van verschillende activiteiten wordt onderscheiden tussen het uitsluitende of bijzondere recht en «elk ander afzonderlijk product met betrekking tot hetwelk of elke andere afzonderlijke dienst met betrekking tot welke de onderneming werkzaam is». Dit betekent niet dat elke andere activiteit altijd moet worden uitgesplitst in de administratie. De wijziging van de Transparantierichtlijn heeft tot doel de Commissie met behulp van de gegevens uit de administratie in staat te stellen inzicht te krijgen in de werking van de mededinging in de verschillende concurrerende markten. Voor zover de overige activiteiten betrekking hebben op dezelfde markt, behoeven zij dus niet elk afzonderlijk te worden geadminiistreerd. Ook vanuit het perspectief van een specifieke doelstelling van dit wetsvoorstel, handhaving van artikel 29 (verbod op kruissubsidiëring) is het niet nodig een verdergaande splitsing voor te schrijven dan uit de Transparantierichtlijn voortvloeit. Wij tekenen overigens aan dat in de praktijk bij veel ondernemingen uit een oogpunt van management-

informatie veelal een afzonderlijke administratie per product wordt bijgehouden. Als dat het geval is, wordt uiteraard zonder meer voldaan aan artikel 28, eerste lid, onder a.

Ten slotte wijzen wij erop dat artikel 28 ook een nuttige functie kan vervullen bij een onderzoek naar misbruik van een economische machtspositie, dat in artikel 24 van de Mededingingswet wordt verboden. De formulering van artikel 28 stemt overeen met die van de Transparantierichtlijn (en met die van artikel 23). De diverse in de onderdelen a, b en c, genoemde begrippen zijn reeds toegelicht bij artikel 23. Wij verwijzen dan ook daarnaar.

Het tweede lid bevat een tweetal uitzonderingen op de verplichting tot afzonderlijke boekhouding. In onderdeel a wordt de uitzondering uit de Transparantierichtlijn overgenomen. Onderdeel b stelt ondernemingen met een geringe omzet vrij van de boekhoudkundige voorschriften. Het naleven van deze voorschriften brengt administratieve lasten met zich mee. Het gaat hierbij vooral om de kosten van het aanpassen van de administratie (veelal in de vorm van aanpassing van computerprogramma's). Ook het apart bijhouden van verschillende gegevens zal enige lasten veroorzaken. Bij activiteiten van een geringe omvang wegen de negatieve gevolgen van de activiteiten op andere markten dan die waarvoor het bijzondere of uitsluitende recht geldt, niet op tegen de lasten van de boekhoudkundige voorschriften. De gekozen grens van € 6 250 000 is ontleend aan artikel 396 van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. Ondernemingen met een geringere omzet dan € 6 250 000 behoeven (mits zij aan nog enkele andere eisen voldoen) niet te voldoen aan een aantal verplichtingen in boek 2 met betrekking tot de jaarrekening en het jaarverslag. Zo kunnen deze ondernemingen bij het opstellen van de balans een aantal posten samenvoegen. Ook hoeven zij geen winst- en verliesrekening openbaar te maken. De vrijstelling voor boekhoudkundige voorschriften sluit hierbij aan.

Artikel 29

Dit artikel heeft, evenals artikel 30, tot doel het voorkomen van concurrentievervalsing van ondernemingen die over bijzondere of uitsluitende rechten beschikken op andere markten dan die waarvoor hun bijzondere of uitsluitende recht geldt. Artikel 29 bepaalt daarom dat die ondernemingen middelen die ten dienste staan van of zijn verkregen uit het bijzondere of uitsluitende recht, in Nederland alleen mogen inzetten op andere markten als dat geschiedt tegen redelijkerwijs daaraan toe te rekenen lasten. De bepaling heeft betrekking op alle op geld herleidbare middelen, zoals het beschikbaar stellen van financiële middelen tegen niet-marktconforme voorwaarden, het inzetten van arbeid en andere productiemiddelen tegen niet markt-conforme tarieven en dergelijke.

Artikel 30

Artikel 30 bevat een aantal voorschriften voor het gebruik van gegevens die een onderneming in het kader van de uitoefening van een bijzonder of uitsluitend recht heeft verkregen. De bepaling is vergelijkbaar met artikel 26, dat voorschriften geeft voor het gebruik van gegevens door overheidsorganisaties.

Het eerste lid bepaalt dat gegevens die geheim moeten worden gehouden, niet voor andere activiteiten mogen worden gebruikt. Geheimhouding kan bijvoorbeeld zijn voorgeschreven in de specifieke regeling op grond waarvan het bijzondere of uitsluitende recht is verleend, of voortvloeien uit algemene geheimhoudingsbepalingen zoals vervat in de Wet persoonsregistraties. Door de bepaling van het eerste lid wordt het concurrentievoordeel dat de desbetreffende onderneming zou kunnen behalen, weggenomen.

Het tweede lid bepaalt dat als de onderneming gegevens die zij heeft verkregen in het kader van de uitoefening van het bijzondere of uitsluitende recht gebruikt voor het verrichten van andere activiteiten of aan een of meer derden verstrekt, zij die gegevens ook aan anderen en wel tegen dezelfde voorwaarden moet verstrekken. Deze regeling is vergelijkbaar met artikel 26, tweede lid. Zoals in de toelichting op dat artikel is uiteengezet, kunnen de voorwaarden waaronder gegevens worden verstrekt betrekking hebben op de vergoeding die wordt gevraagd, op voorwaarden omtrent het gebruik van de gegevens en dergelijke. De voorwaarden voor intern gebruik en voor externe verstrekking moeten gelijk zijn. De bepaling heeft uitsluitend betrekking op gegevens die zijn verkregen in het kader van de uitoefening van het desbetreffende recht, zoals gegevens over gebruikers van bijvoorbeeld exclusief geleverde diensten of gegevens die specifiek door de onderneming worden verzameld. Financiële gegevens over de opbrengsten van het uitsluitende of bijzondere recht vallen niet onder de bepaling.

Het derde en vierde lid stemmen overeen met artikel 26, derde en vierde lid. Wij verwijzen naar de toelichting op die artikelen.

Hoofdstuk 7. Bijzondere regels voor onderzoekinstellingen

§ 1. Algemene bepalingen

Artikel 31

In dit artikel wordt geregeld wat onder een onderzoekinstelling wordt verstaan. Bij het begrip onderzoekinstelling gaat het in de eerste plaats om de in artikel 2 van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek genoemde instellingen met uitzondering van de hogescholen. Dit zijn de universiteiten, de academische ziekenhuizen, De Koninklijke Nederlandse Academie voor Wetenschappen en de Koninklijke Bibliotheek.

De onderdelen b, c en d noemen drie bij wet ingestelde onderzoekinstellingen. Voor het overige kunnen onderzoekinstellingen worden aangewezen bij algemene maatregel van bestuur. Voor niet bij wet ingestelde instellingen is dat een praktischere oplossing, waarbij soepel kan worden ingespeeld op het ontstaan van nieuwe instellingen of het wijzigen van benamingen van instellingen. Het is de bedoeling dat bij de inwerkingtreding van dit wetsvoorstel de zogenaamde grote technologische instituten worden aangewezen, die als primaire activiteit het doen van onderzoek hebben. Bij deze grote technologische instituten (GTI's) valt te denken aan de instituten genoemd in de Subsidieregeling innovatiegerichte onderzoeksprogramma's, zoals bij voorbeeld de Stichting Energieonderzoek Centrum Nederland, de Stichting Grondmechanica Delft, de stichting Dienst Landbouwkundig Onderzoek, de Stichting Waterloopkundig Laboratorium, de Stichting Dutch Polymer Institute en de Stichting Top-Instituut Voedselwetenschappen.

Artikel 32

In paragraaf 2.3.2 van het algemeen deel is uiteengezet dat de bijzondere regeling voor onderzoekinstellingen uitsluitend betrekking heeft op activiteiten met betrekking tot de ontwikkeling en de overdracht van nieuwe kennis. Andere activiteiten, zoals bijvoorbeeld de verhuur van zalen of het beschikbaar stellen van andere faciliteiten vallen onder de gewone regels van dit wetsvoorstel. De bijzondere regels hebben betrekking op marktactiviteiten die worden uitgevoerd door een onderzoekinstelling. Opzettelijk wordt hier niet gesproken van het verrichten van marktactiviteiten. Ingeval van een openbare onderzoekinstelling zonder eigen rechtsper-

soonlijkheid worden de marktactiviteiten juridisch gezien verricht door de achterliggende rechtspersoon.

Het tweede lid bepaalt dat de hoofdstukken 2 en 5, waarin regels worden gesteld voor het verrichten van marktactiviteiten door overheidsorganisaties en waarin gedragsregels worden vastgelegd voor overheidsorganisaties, niet van toepassing zijn. In plaats daarvan worden in dit hoofdstuk specifieke regels voor onderzoeksinstellingen geformuleerd. Op grond van het derde lid is hoofdstuk 3 niet van toepassing op het oprichten van overheidsbedrijven die uitsluitend werkzaamheden verrichten ten behoeve van kennisontwikkeling en -overdracht.

§ 2. Verrichten van marktactiviteiten

Artikel 33

Voor onderzoeksinstellingen gelden geen toetredingsregels voorzover het marktactiviteiten betreft met betrekking tot de ontwikkeling en de overdracht van nieuwe kennis. Reden hiervoor is dat het onwenselijk is voor de verschillende onderzoeksinstellingen verschillende regels te stellen. Een aantal onderzoeksinstellingen is onderdeel van een overheidsorganisatie of zelfstandig bestuursorgaan. Andere onderzoeksinstellingen hebben de vorm van een privaatrechtelijke rechtspersoon. De eis om vooraf een besluit te nemen over het verrichten van marktactiviteiten, sluit niet aan bij de door een aantal onderzoeksinstellingen gehanteerde systematiek van verantwoording achteraf over de verrichte activiteiten. Toch mag ook van onderzoeksinstellingen gevraagd worden dat zij rekening houden met de gevolgen van marktactiviteiten voor andere marktpartijen. Voorafgaand aan de marktactiviteit gericht op kennisontwikkeling en -overdracht dienen de mogelijk nadelige effecten voor de desbetreffende markt en de individuele ondernemers in ogenschouw genomen te worden. In dit artikel is daarom vastgelegd dat onderzoeksinstellingen geen marktactiviteiten verrichten in de situatie dat het belang van deze marktactiviteiten niet opweegt tegen de belangen van derden tegen een dergelijke concurrentie te worden beschermd. Deze norm stemt overeen met die van artikel 7, vierde lid, onderdeel a, van dit wetsvoorstel. In de toelichting op artikel 7, vierde lid, is uiteengezet dat de gevolgen van een marktactiviteit voor een (individuele) ondernemer soms dermate groot kunnen zijn, dat het behartigen van een openbaar belang – in dit geval kennisontwikkeling – via het verrichten een marktactiviteit hier niet tegenop weegt. Onderzoeksinstellingen zullen deze norm in acht dienen te nemen vóórdat tot uitvoering van een marktactiviteit wordt overgegaan.

Artikel 34

Aangezien geen besluit vooraf wordt vereist over het verrichten van marktactiviteiten door onderzoeksinstellingen met betrekking tot kennisontwikkeling en kennisoverdracht, is het van belang dat een belanghebbende een mogelijkheid heeft om, indien hij van mening is dat artikel 33 wordt overtreden, dit bij deze instelling aan de orde te stellen. In dit artikel is er voor gekozen de klachtenprocedure van hoofdstuk 9 van de Awb van overeenkomstige toepassing te verklaren. Immers, niet alle onderzoeksinstellingen zijn bestuursorganen en niet voor alle bestuursorganen geldt deze klachtenprocedure. De klachtenprocedure van de Awb geldt thans bij voorbeeld niet voor universiteiten en privaatrechtelijke onderzoeksinstellingen zoals bij voorbeeld de Stichting Energieonderzoek Centrum Nederland. Met de bepaling van artikel 34 wordt beoogd dat alle onderzoeksinstellingen klachten over door hen verrichte marktactiviteiten op een uniforme en zorgvuldige manier afhandelen. Ook wordt gewaarborgd dat de klacht door alle onderzoeksinstellingen, ongeacht de vraag of deze wel of geen bestuursorgaan zijn, naar behoren wordt behandeld.

Daarnaast heeft een belanghebbende de mogelijkheid om een civiele procedure te starten teneinde een schadevergoeding te krijgen voor de schade die hij lijdt indien een onderzoeksinstelling artikel 33 overtreedt. De uitkomst van een klachtenprocedure kan bij deze civiele procedure van belang zijn.

§ 3. Gedragsregels

Artikel 35

Met dit artikel worden de gedragsregels voor overheidsorganisaties van overeenkomstige toepassing verklaard voor onderzoeksinstellingen. Voor de toelichting op deze gedragsregels verwijzen wij naar de toelichting bij de artikelen 22, 23, 26 en 27. In aanvulling daarop merken wij op dat de onderzoeksinstellingen in het algemeen over weinig bestuursbevoegdheden beschikken. De gedragsregels van de artikelen 26 en 27 zullen daarom in de praktijk van beperkte betekenis zijn. Ten aanzien van artikel 27 wordt bovendien opgemerkt dat, indien er sprake is van het verrichten van marktactiviteiten, bij voorbeeld door studenten in het kader van de opleiding, de eis van organisatorische scheiding niet zal leiden tot belemmeringen bij het verrichten van deze marktactiviteiten. Het is echter wel wenselijk de gedragsregels van de artikelen 26 en 27 van toepassing te verklaren, aangezien sommige onderzoeksinstellingen, bij voorbeeld het RIVM, wel over bestuursbevoegdheden beschikken.

Aangezien onderzoeksinstellingen geen besluit nemen over het verrichten van marktactiviteiten, is artikel 24 niet van toepassing verklaard. Ook artikel 25, waarin het bevoordelingsverbod is opgenomen, is niet van toepassing verklaard omdat dit artikel in de praktijk geen betekenis heeft voor kennisinstellingen.

Voor onderzoeksinstellingen is in het tweede lid een bagatel opgenomen in verband met de boekhoudkundige voorschriften. Dit bagatel geldt voor elke onderzoeksinstelling afzonderlijk en geldt voor alle marktactiviteiten die een onderzoeksinstelling verricht.

Hoofdstuk 8. Handhaving

Algemeen

In paragraaf 3.2 is uiteengezet dat de gedragsregels voor overheidsorganisaties en voor onderzoeksinstellingen zullen worden gehandhaafd door middel van het toekennen van een bevoegdheid aan de NMa om overtreding van dergelijke regels vast te stellen. De regels voor ondernemingen die beschikken over uitsluitende of bijzondere rechten zullen worden gehandhaafd op dezelfde wijze als artikel 24 van de Mededingingswet, namelijk door middel van de bestuurlijke boete en de last onder dwangsom. Een verklaring van de NMa dat een overtreding is geconstateerd is geen sanctie. De in paragraaf 1 (Handhaving gedragsregels voor overheidsorganisaties en voor onderzoeksinstellingen) van dit hoofdstuk daarvoor opgenomen procedureregels kunnen dan ook eenvoudig zijn. In paragraaf 2 (Handhaving gedragsregels voor ondernemingen waaraan een bijzonder of uitsluitend recht is verleend) zijn uitgebreidere procedureregels opgenomen, omdat het daar gaat om het kunnen opleggen van een bestuurlijke boete, die een punitieve sanctie is. Bij de uitwerking van een punitieve sanctie als is opgenomen in paragraaf 2 moet rekening worden gehouden met de vereisten van het Europese Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM) en het Internationale Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR). De toelichting op de artikelen van paragraaf 2 van dit hoofdstuk besteedt daaraan aandacht. De procedure voor het opleggen van sancties voor overtreding van artikel 24 van

de Mededingingswet voldoet aan de vereisten van de genoemde verdragen. Daarnaast zijn in de Mededingingswet enkele bijzondere procedurele voorzieningen getroffen in verband met de afstemming van die regels op het EG-mededingingsrecht. Omdat er – zoals reeds eerder is vermeld – sprake kan zijn van samenloop van overtreding van de gedragsregels voor ondernemingen die beschikken over uitsluitende of bijzondere rechten in dit wetsvoorstel met artikel 24 van de Mededingingswet, zijn de procedureregels in dit wetsvoorstel dezelfde als die voor overtreding van artikel 24 van de Mededingingswet.

Indien een bepaalde gedraging zowel onder artikel 24 van de Mededingingswet als onder artikel 29 van dit wetsvoorstel valt, staat het ter keuze van de NMa op welke bepaling zij een sanctie wil baseren. Dat kan ook op beide zijn, maar dan zal de NMa ook overtreding van beide normen moeten aantonen. In de praktijk zal de NMa in deze gevallen waarschijnlijk kiezen voor sanctie-oplegging op grond van artikel 29, omdat overtreding daarvan eenvoudiger kan worden aangetoond. Het is uiteraard niet zo dat een onderneming achtereenvolgens een sanctie kan worden opgelegd voor overtreding van artikel 29 en daarna voor dezelfde gedraging voor artikel 24 van de Mededingingswet. Het ne bis in idem beginsel (niemand mag tweemaal voor hetzelfde worden gestraft) verhindert dat.

§ 1. Handhaving gedragsregels voor overheidsorganisaties en voor onderzoeksinstellingen

Artikel 36

In paragraaf 3.2 van het algemeen deel is uiteengezet dat de NMa zal worden belast met de handhaving van gedragsregels voor overheidsorganisaties en voor onderzoeksinstellingen. Met het oog daarop dienen ambtenaren van de NMa te worden aangewezen als toezichthouder. Deze bepaling strekt daartoe. Afdeling 5.2, Toezicht op de naleving, van de Awb bevat regels omtrent de wijze van uitoefening van het toezicht op de naleving en omtrent de bevoegdheden waarover toezichthouders beschikken. Het gaat hierbij om bevoegdheden tot het betreden van plaatsen, het verlangen van inlichtingen, het verkrijgen van inzage in gegevens en bescheiden en dergelijke. Deze bevoegdheden kan de toezichthouder uitoefenen voor zover dat voor de uitoefening van zijn taak redelijkerwijs noodzakelijk is. De bevoegdheden kunnen zowel ten behoeve van het uitoefenen van toezicht in het algemeen worden gebruikt, als ingeval er sprake is van een vermoeden van een overtreding. Een en ander stemt overeen met het voorontwerp Bestuurlijke handhaving (voorstel van wet tot aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht met algemene bepalingen inzake bestuurlijke handhaving, alsmede met bepalingen over de bestuurlijke boete).

Artikel 37

In het eerste lid van dit artikel wordt bepaald dat de directeur-generaal van de NMa bij beschikking kan verklaren dat hij een overtreding van een of meer gedragsregels door een overheidsorganisatie of een onderzoeksinstelling heeft vastgesteld. Een beschikking is op grond van de Awb een schriftelijk besluit. Een mondelinge verklaring is derhalve geen verklaring in de zin van dit artikel. De vaststelling van een verklaring dat een overtreding is begaan heeft als rechtsgevolg dat de overtreding door de directeur-generaal rechtens wordt vastgesteld. Tegen een dergelijk besluit staat uiteraard op grond van de Awb bezwaar en beroep open (in dit geval op grond van artikel 48 van dit wetsvoorstel bij de rechtbank te Rotterdam). Een verklaring die hetzij door het verstrijken van de beroepstermijn, hetzij doordat een ingesteld beroep ongegrond is verklaard, onherroep-

lijk is geworden, kan als bewijs dat er sprake is van een onrechtmatige daad in een civiele procedure worden aangevoerd. De civiele rechter zal op grond van de leer van de formele rechtskracht die onrechtmatigheid dan als gegeven beschouwen. Hierdoor wordt een aanzienlijke vereenvoudiging van de processuele positie van een benadeelde ondernemer die een actie tot schadevergoeding wil instellen, bewerkstelligd. Op grond van het tweede lid wordt de bevoegdheid van de directeur-generaal om een overtreding vast te stellen beperkt in de tijd. Deze termijn is dezelfde als die welke is opgenomen in paragraaf 2 van dit hoofdstuk.

Artikel 38

Op grond van deze bepaling dienen belanghebbenden (de betrokken overheidsorganisatie of onderzoekinstelling, ondernemingen die op dezelfde markt werkzaam zijn) te voren te worden gehoord, voordat een uitspraak wordt gedaan omtrent het al dan niet vaststellen van een overtreding.

Artikel 39

In dit artikel wordt bepaald dat een verklaring van de NMa waarin een overtreding van de gedragsregels voor overheidsorganisaties en voor onderzoekinstellingen wordt vastgesteld, ter inzage wordt gelegd bij de NMa en dat daarvan mededeling wordt gedaan in de Staatscourant. Hierdoor wordt openbaarheid van de verklaring en daarmee de kenbaarheid daarvan voor derden gewaarborgd. Dit laatste kan weer bijdragen aan bevordering van de naleving van de gedragsregels.

§ 2. Handhaving gedragsregels voor ondernemingen waaraan een bijzonder of uitsluitend recht is verleend

Artikel 40

Het eerste lid voorziet in het aanwijzen van zogenaamde toezichthouders. Zie hiervoor de toelichting op artikel 36. Het tweede lid stemt overeen met artikel 51 van de Mededingingswet. Wij verwijzen ook naar de toelichting op dat artikel. Het gaat hier om een specifieke, uit het EG-mededingingsrecht voortvloeiende mogelijkheid om bepaalde geschriften geheim te mogen houden. Op grond van artikel 5:20 van de Awb geldt de geheimhoudingsplicht voor tussen advocaten en hun cliënten gewisselde stukken alleen voor documenten die zich bij de advocaat bevinden. Als gevolg van deze bepaling mogen deze stukken ook geheim worden gehouden als zij zich bij de desbetreffende onderneming bevinden.

Artikel 41

Overeenkomstig de opzet van de Mededingingswet wordt bij de handhaving van de verplichtingen voor ondernemingen, waaraan bijzondere of uitsluitende rechten zijn verleend, het begrip onderzoek gebruikt. Dit begrip is omschreven in artikel 3. De bevoegdheden waarover de toezichthouders hierbij beschikken zijn dezelfde als die welke gelden voor de uitoefening van toezicht op de naleving, alsmede de bevoegdheid om bedrijfsruimten en voorwerpen te verzegelen (artikel 54 van de Mededingingswet) en de bevoegdheid om de inzage van zakelijke gegevens en bescheiden met behulp van de sterke arm af te dwingen (artikel 55 van de Mededingingswet). Het derde lid verklaart het belangrijke artikel 53 van de Mededingingswet van overeenkomstige toepassing. Het gaat hierbij om het zwijgrecht en de

cautieplicht. Het zwijgrecht houdt in het recht om geen belastende verklaring tegen zichzelf af te hoeven leggen ter zake van een in onderzoek zijnde overtreding. Hiermee wordt voldaan aan artikel 14, derde lid, van het IVBPR en aan artikel 6, eerste lid, van het EVRM. De cautieplicht houdt in dat betrokkenen, voordat hen mondeling om informatie wordt gevraagd, ervan in kennis worden gesteld dat zij niet verplicht zijn een verklaring af te leggen.

Artikel 42

Dit artikel geeft de directeur-generaal van de NMa de bevoegdheid een bestuurlijke boete en een last onder dwangsom op te leggen voor overtreding van de gedragsregels voor ondernemingen die beschikken over bijzondere of uitsluitende rechten. De boete wordt opgelegd aan de natuurlijke persoon of rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend. De normen waar het hier om gaat richten zich tot ondernemingen. Dit is een economisch begrip. Boetes en last onder dwangsom kunnen alleen worden opgelegd aan natuurlijke personen of rechtspersonen. Van geval tot geval zal moeten worden bezien aan welke rechtspersoon (daarvan zal meestal sprake zijn) de boete of last moet worden opgelegd. Een en ander stemt geheel overeen met artikel 24 van de Mededingingswet en de sanctionering daarvan. Ook artikel 24 is gericht tot ondernemingen, en de sanctiebepalingen zijn gelijklopend als hier wordt voorgesteld.

Uit het derde lid vloeit voort dat geen boete kan worden opgelegd indien de natuurlijke persoon of rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend aannemelijk maakt dat hem van de overtreding geen verwijt kan worden gemaakt (artikel 56, derde lid, Mededingingswet). Het eveneens van toepassing verklaarde artikel 56, vierde lid, van de Mededingingswet bepaalt dat een bestuurder van een rechtspersoon niet wordt beschouwd als een natuurlijke persoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend. Dat betekent dat bestuurders van rechtspersonen niet persoonlijk aansprakelijk gesteld kunnen worden voor overtreding van de gedragsregels door «hun» onderneming.

Artikel 43

De maximale hoogte van de op te leggen boete is dezelfde als die welke kan worden opgelegd voor overtreding van artikel 24 van de Mededingingswet, namelijk € 450 000. Bij het opleggen van een concrete boete moet in ieder geval rekening worden gehouden met de ernst van de overtreding (artikel 57, tweede lid, van de Mededingingswet). Indien de boete wordt gebaseerd op de omzet (tweede lid), wordt de omzet berekend overeenkomstig hetgeen artikel 57, derde lid, van de Mededingingswet bepaalt.

Artikel 44

Dit artikel bevat enige regels omtrent de last onder dwangsom, die grotendeels gelijklopend zijn aan artikel 58 van de Mededingingswet. Bepaald is wat een last kan inhouden (eerste lid) en hoe lang een last mag duren (tweede lid). Het hangt van de aard van de overtreding af wat de inhoud van een last kan zijn. Bij overtreding van het verbod op kruis-subsidiëring bijvoorbeeld zou een last kunnen worden gegeven waarin voorschriften worden gegeven over de in rekening te brengen prijzen voor activiteiten die niet onder het bijzondere of uitsluitende recht vallen. Ingeval van een overtreding van het voorschrift om gegevens beschikbaar te stellen, kan een last worden gegeven tot verstrekking van de gegevens over te gaan.

Een aantal regels van afdeling 5.3 van de Awb omtrent de last onder

dwangsom (die daar gekoppeld is aan de bevoegdheid tot uitoefening van bestuursdwang) wordt van toepassing verklaard. Het gaat hierbij bijvoorbeeld over de wijze van vaststelling van de dwangsom (een bedrag ineens of een bedrag per tijdseenheid of per overtreding), te stellen termijnen voor het verbeuren van de dwangsom en de mogelijkheid de last op te heffen ingeval van overmacht.

Artikel 45

De procedure die voorafgaat aan een sanctiebeschikking voor overtreding van de gedragsregels voor ondernemingen die beschikken over bijzondere of uitsluitende rechten is identiek aan de procedure voor overtreding van artikel 24 van de Mededingingswet. Het tweede lid verklaart dan ook een aantal bepalingen van die wet van toepassing. Het gaat om de inhoud van het rapport (artikel 59, tweede lid, Mededingingswet), het toezenden van een afschrift van het rapport (artikel 59, derde lid) het eventueel zorgdragen voor een vertaling van het rapport (artikel 59, vierde lid), het verplicht horen van belanghebbenden (artikel 60) en de mogelijkheid van reactie op de gegeven zienswijzen (artikel 61).

Artikel 46

Evenals in de Mededingingswet moet ook hier bij beschikking worden beslist omtrent het opleggen van een boete of een last onder dwangsom. Zo'n beschikking kan ook inhouden dat uiteindelijk wordt afgezien van het opleggen van een boete of last. De bepalingen omtrent de beschikking inzake overtreding van artikel 24 van de Mededingingswet worden van overeenkomstige toepassing verklaard. Door artikel 63 van de Mededingingswet van overeenkomstige toepassing te verklaren wordt bewerkstelligd dat de werking van een sanctiebeschikking wordt opgeschort totdat op bezwaar en eventueel beroep is beslist. De directeur-generaal kan bepalen dat een last onder dwangsom wel meteen van toepassing is (artikel 63, tweede lid, Mededingingswet). Hij kan daartoe overgaan indien het voor degene te wiens behoeve de last wordt opgelegd, bijzonder nadelig zou zijn indien de last door het bezwaar en beroep voorlopig niet ten uitvoer zou hoeven te worden gelegd. Het derde lid regelt de invordering van de boete door de desbetreffende artikelen van de Mededingingswet van toepassing te verklaren. Het gaat hier om zaken als de termijn van betaling en de invordering. Het vierde lid verklaart voor de intrekking of wijziging van een last onder dwangsom artikel 66 van de Mededingingswet van toepassing. Hierin is onder meer geregeld dat de directeur-generaal, alvorens de dwangsom in te trekken of te wijzigen, belanghebbenden in de gelegenheid stelt schriftelijk of mondeling hun zienswijze kenbaar te maken.

Artikel 47

De beslissing omtrent het opleggen van een bestuurlijke boete dient – binnen het systeem van bestuursrechtelijke sanctionering – zo objectief mogelijk plaats te vinden. Daarom voorziet deze bepaling erin dat de ambtenaren van de NMa die bij het feitelijke onderzoek naar de overtreding waren betrokken, geen rol meer spelen in de verdere procedure die voorafgaat aan een boetebeschikking (met name het horen van belanghebbenden en het concipiëren van de beschikking). Eenzelfde voorziening is opgenomen in artikel 3, tweede lid, van de Mededingingswet.

Hoofdstuk 9. Beroep

Artikel 48

De beoordeling van besluiten omtrent het verrichten van marktactiviteiten vergt vanwege de kosten/batenanalyse economische expertise, bij voorbeeld over begrippen als relevante markt, concurrentievervalsing en dergelijke. De rechter zal moeten beoordelen of de aan het besluit ten grondslag liggende motivering het besluit kan dragen. De rechter zal ook moeten oordelen over door de NMa opgelegde sanctiebeschikkingen op grond van overtreding van de gedragsregels, zoals het verbod van kruis-subsidiëring voor ondernemingen met uitsluitende of bijzondere rechten. Zowel de toetredingsregels als de gedragsregels bevatten elementen die verwantschap, of, in het geval van kruissubsidiëring, overlapping vertonen met bepalingen in de Mededingingswet. Wij achten het dan ook wenselijk dat de rechter die oordeelt over besluiten op grond van de Mededingingswet ook bevoegd is te oordelen over besluiten op grond van dit wetsvoorstel. Derhalve wordt de rechtbank Rotterdam in dit artikel dan ook als bevoegde rechter aangewezen. Als hoger beroepsinstantie fungeert, evenals bij de Mededingingswet, het College van Beroep voor het bedrijfsleven (zie artikel 51). De belasting die uit dit wetsvoorstel voortvloeit voor de rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven valt moeilijk in te schatten. Er zijn geen harde gegevens over de mate waarin overheidsorganisaties marktactiviteiten verrichten en dus ook niet over het te verwachten aantal besluiten. Wij nemen evenwel aan dat de zorgvuldige overweging voor het starten van marktactiviteiten door overheidsorganisaties die het wetsvoorstel eist, er in een aantal gevallen toe zal leiden dat wordt afgezien van het verrichten daarvan. Daarnaast hebben wij er alle vertrouwen in dat overheidsorganisaties zorgvuldig de voorgeschreven voorbereidingsprocedure en belangenafweging zullen toepassen en de gedragsregels zullen naleven. Dat zal ertoe bijdragen dat door belanghebbenden wordt afgezien van het instellen van beroep. Wij gaan er dan ook van uit dat het aantal sanctiebeschikkingen van de NMa vanwege overtreding van de gedragsregels beperkt zal zijn. Ook voor ondernemingen met uitsluitende en bijzondere rechten (op zich zelf al beperkt in aantal) zullen, gelet op de ervaringen met de Mededingingswet, geen grote aantallen sanctiebeschikkingen worden opgelegd. Al met al menen wij dat ook ten aanzien van het aantal beroepen tegen sanctiebeschikkingen van de NMa op dit terrein de werklast beperkt zal blijven.

Voor alle duidelijkheid wijzen wij erop dat artikel 8.3 van de Awb, dat bepaalt dat geen beroep openstaat tegen besluiten ter voorbereiding van een privaatrechtelijke rechtshandeling, hier geen betekenis heeft. Uiteindelijk leiden besluiten van overheidsorganisaties om marktactiviteiten te gaan verrichten of een overheidsbedrijf op te richten of daarin deel te nemen wel tot het verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen, maar dat laat onverlet dat als gevolg van dit wetsvoorstel daaraan een uitdrukkelijk besluit van die overheidsorganisatie moet voorafgaan, dat aan allerlei publiekrechtelijke eisen moet voldoen. Hierdoor heeft zo'n besluit een specifiek publiekrechtelijk karakter en is derhalve vatbaar voor beroep.

Hoofdstuk 10. Wijzigingen in andere wetten

Artikelen 49 en 50

In de toelichting op artikel 12 is aangegeven dat ingeval van een besluit tot oprichting van of deelneming in een overheidsbedrijf de norm van artikel 12 van de Wet markt en overheid de voorkeur verdient boven de algemenere bepalingen van de Provinciewet en de Gemeentewet. De in

de artikelen 49 en 50, onder A, eerste lid, voorgestelde wijziging voorziet daarin. Een besluit van provinciale staten als bedoeld in artikel 151 van de Provinciewet behoeft de goedkeuring van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksaangelegenheden, een besluit van de gemeenteraad als bedoeld in artikel 155, eerste lid, van de Gemeentewet de goedkeuring van gedeputeerde staten. Dit algemene goedkeuringsvereiste blijft gehandhaafd en geldt dus ook voor besluiten tot het oprichten van en deelnemen in overheidsbedrijven. Indien de daarvoor geldende criteria van de Wet markt en overheid niet worden nageleefd, kan goedkeuring worden onthouden (artikelen 49 en 50, onder A, tweede lid). In dit verband wijzen wij er op dat in vervolg op het kabinetsstandpunt naar aanleiding van de aanbevelingen van de Staatscommissie dualisme in het openbaar bestuur (Commissie-Elzinga) (Kamerstukken II 1999/2000, 26 800 VII, nr. 42) een wetswijziging wordt voorbereid. Het is denkbaar dat dit traject gevolgen heeft voor de artikelen 49 en 50. Ontwikkelingen op dit gebied zullen uiteraard verwerkt worden in het onderhavige wetsvoorstel.

Artikel 51

Evenals bij de Mededingingswet het geval is, wordt ook hier het College van Beroep voor het bedrijfsleven aangewezen als hoger beroepsinstantie voor besluiten van de rechtbank Rotterdam.

Artikel 52

Artikel 90 van de Mededingingswet bevat een bijzondere bepaling met betrekking tot het gebruik van gegevens die de directeur-generaal van de NMa heeft verkregen in verband met de uitvoering van die wet. Bepaald is dat deze uitsluitend mogen worden gebruikt voor de toepassing van die wet. Tussen artikel 29 van dit wetsvoorstel en artikel 24 van de Mededingingswet bestaat, zoals elders in deze memorie van toelichting is uiteengezet, een zekere overlapping. Dit wetsvoorstel bevat geen beperkingen met betrekking tot het gebruik van gegevens die de directeur-generaal bij de uitoefening van toezicht heeft verkregen voor de handhaving van de Mededingingswet. De voorgestelde wijziging van artikel 90 zorgt ervoor dat het omgekeerde ook mogelijk wordt.

Hoofdstuk 11. Evaluatie

Artikel 53

Wij achten het van belang de Wet markt en overheid na verloop van tijd te evalueren. Hierbij kan onder meer gekeken worden naar de effectiviteit van het grondslagvereiste en van de materiële eisen die daarbij worden gesteld. Een belangrijke taak bij de ontwikkeling en toepassing van deze eisen is weggelegd voor de Commissie markt en overheid. Daarom wordt bepaald dat in het bijzonder aandacht moet worden besteed aan het functioneren van de commissie. Hierbij zal ook bezien kunnen worden of zich inmiddels een zodanige praktijk heeft ontwikkeld met betrekking tot de toepassing van het grondslagvereiste, dat er geen behoefte meer bestaat aan advisering hierover.

Hoofdstuk 12. Overgangsbepalingen

§ 1. Algemeen

Het wetsvoorstel Markt en overheid bevat nieuwe regels voor besluitvorming omtrent het verrichten van marktactiviteiten door overheidsorganisaties en voor besluitvorming omtrent het oprichten van overheidsbedrijven. Daarnaast bevat het gedragsregels voor overheidsorganisaties

en voor ondernemingen die beschikken over uitsluitende of bijzondere rechten. In beginsel is een nieuwe regeling niet alleen van toepassing op hetgeen na haar inwerkingtreding voorvalt, maar ook op bestaande situaties (onmiddellijke werking; zie Aanwijzingen voor de regelgeving nr. 166). De inwerkingtreding van de diverse onderdelen van dit wetsvoorstel geschiedt bij koninklijk besluit. In de toelichting op artikel 65 wordt ingegaan op de voornemens omtrent inwerkingtreding. Bestaande rechtstoelstanden zullen slechts zelden voldoen aan de in dit wetsvoorstel gestelde eisen. Op termijn dient dat wel te geschieden. In dit hoofdstuk wordt daarin voorzien. De termijn waarop bestaande situaties in overeenstemming dienen te worden gebracht met de desbetreffende bepalingen varieert naar gelang de inhoud van die bepalingen en de aard van de handelingen die moeten worden verricht om een en ander aan te passen. Hierbij is het uitgangspunt geweest dat een ruimhartige vaststelling van termijnen een soepele invoering van de wet in aanzienlijke mate kan bevorderen.

Artikel 54

Ingevolge artikel 6, vierde lid, onderdeel b, mag niet worden besloten tot het verrichten van marktactiviteiten ingeval met die activiteiten uitsluitend het verwerven van inkomsten wordt beoogd. Ten aanzien van activiteiten die werden verricht voordat deze verbodsbepaling in werking treedt zal moeten worden bezien of deze van zodanige aard zijn, dat zij wellicht onder het verbod vallen. Is dat het geval, dan moet de activiteit worden beëindigd. Het gaat hierbij om het beëindigen van de activiteit als zodanig, dat wil zeggen de levering van bepaalde categorieën van goederen of het verrichten van bepaalde soorten diensten. Soms zal dat aanpassingen in de organisatie vergen en het afstoten van productiemiddelen betekenen. Voor een en ander wordt een termijn van één jaar gegeven. Gedurende die termijn mogen nog marktactiviteiten, uitsluitend gericht op het verwerven van inkomsten worden verricht, hetgeen betekent dat ook na inwerkingtreding van deze bepalingen nog nieuwe overeenkomsten mogen worden afgesloten. Hierbij moet uiteraard wel in het oog worden gehouden dat bij inwerkingtreding van de verboden dan nog lopende overeenkomsten nietig worden (artikel 40, eerste lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek). Hiermee kan echter rekening worden gehouden bij het sluiten van die overeenkomsten.

Artikel 55

Marktactiviteiten waarmee is begonnen voor de inwerkingtreding van de bepalingen met betrekking tot het grondslagvereiste (artikel 4 en volgende) zullen in de regel niet aan de eisen van het wetsvoorstel Markt en overheid voldoen. De aard van de vereiste grondslag kan variëren (bij voorbeeld een besluit van het college van burgemeester en wethouders, een wet in formele zin, een algemene maatregel van bestuur of een besluit van een minister) en daarmee ook het tijdsbeslag bij het scheppen van zo'n grondslag. Daarnaast vergen de voorbereiding van een besluit en eventueel de uitvoering van een besluit tot stopzetting van de activiteiten ook de nodige tijd. Bij voortzetting van de marktactiviteit met een grondslag conform dit wetsvoorstel moet aan boekhoudkundige voorschriften en andere gedragsregels worden voldaan. Een en ander leidt ertoe dat naar onze mening een overgangstermijn van vijf jaar wenselijk is. Gedurende deze termijn mogen de activiteiten als zodanig worden voortgezet, hetgeen betekent dat het de overheidsorganisatie vrij staat overeenkomsten te sluiten over het leveren van de desbetreffende goederen of het verrichten van de desbetreffende diensten. Hierdoor wordt de tijd gegeven om aan de wettelijke eisen te voldoen. De ruime termijn biedt voorts de mogelijkheid de bestuurslasten die uit een en ander voort-

vloeien in de tijd te spreiden, waardoor deze minder zwaar zullen wegen. Voor overeenkomsten die nog lopen op het moment dat de overgangstermijn is verstreken en er niet voorzien is in een grondslag geldt ook hier dat deze nietig zijn.

Artikel 56

Dit artikel bevat enige regels van overgangsrecht voor hoofdstuk 3, overheidsbedrijven. De artikelen 11 en 12 van dit hoofdstuk stellen regels voor rechtsfeiten, te weten het oprichten van of deelnemen in een overheidsbedrijf. Naar hun aard kunnen die bepalingen alleen betrekking hebben op toekomstige gebeurtenissen. Het is evenwel wenselijk dat ook bestaande deelnemingen van overheidsorganisaties worden getoetst aan de nieuwe normen van dit wetsvoorstel, en dat zo nodig de statuten van zo'n overheidsbedrijf worden aangepast aan de eisen. Daarom verplicht artikel 56 tot een heroverweging van deze bestaande deelnemingen overeenkomstig artikel 12.

Ook hier is gekozen voor een termijn van vijf jaar waarbinnen de heroverweging plaats moet vinden. Aan de overheidsorganisatie die besluit haar deelneming te beëindigen wordt overgelaten op welke wijze en op welke termijn dat het beste kan plaatsvinden.

Artikel 57

Artikel 25 verbiedt overheidsorganisaties overheidsbedrijven waarbij zij zijn betrokken, te bevoordelen boven anderen. Artikel 57 biedt een overgangsvoorziening voor overeenkomsten die voor de inwerkingtreding van artikel 25 zijn gesloten en die bepalingen bevatten die voortaan zijn verboden. Deze bepalingen blijven gedurende de looptijd van de overeenkomst, maar ten hoogste vijf jaar, geldig. Deze termijn is ruim. In het algemeen worden niet zulke langlopende verplichtingen aangegaan. Juist bij een in artikel 25, tweede lid, genoemd geval, namelijk het gebruik van naam en beeldmerk van een overheidsorganisatie, kan daarvan echter wel sprake zijn. Na de overgangstermijn van vijf jaar worden dergelijke bepalingen in dan nog lopende overeenkomsten nietig op grond van artikel 40, eerste lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek.

Artikel 58

Artikel 26, tweede en derde lid, verplicht overheidsorganisaties onder meer om gegevens die zij aan bepaalde derden verstrekt, tegen gelijke voorwaarden ook voor anderen beschikbaar te stellen. Het is denkbaar dat in voor de inwerkingtreding van deze bepaling gesloten overeenkomsten over het verstrekken van gegevens aan derden, voorschriften voorkomen die een belemmering vormen voor het voldoen aan de vereisten van artikel 26, tweede en derde lid. Dat is bijvoorbeeld het geval als tegen een bepaalde prijs een exclusieve licentie is verleend. Dergelijke overeenkomsten plegen een tamelijk lange looptijd te hebben. Hiermee is rekening gehouden bij het bepalen van de overgangstermijn van vijf jaar. Eenzelfde termijn is ook voorzien in artikel 61 dat betrekking heeft op gegevensverstrekking door ondernemingen die over uitsluitende of bijzondere rechten beschikken.

Artikel 59

Dit artikel geeft een jaar respijt ingeval van lopende marktactiviteiten die als gevolg van de in artikel 27 voorgeschreven functiescheiding in een andere organisatorische eenheid moeten worden ondergebracht.

Artikel 60

Het is denkbaar dat tussen onderdelen van een onderneming, die ieder een zelfstandige rechtspersoon zijn, overeenkomsten zijn gesloten die bepalingen bevatten die in strijd zijn met artikel 29. Dit artikel geeft de onderneming nog een jaar de tijd om dergelijke overeenkomsten te beëindigen.

Artikel 61

Artikel 30, eerste lid, bevat normen voor het gebruik van bepaalde gegevens door een onderneming die beschikt over bijzondere of uitsluitende rechten en inzake de verstrekking van de desbetreffende gegevens aan derden. De regels voor het gebruik van gegevens door de onderneming zelf behoeven geen overgangsvoorziening. Wel wordt een voorziening getroffen voor bestaande overeenkomsten, die niet voldoen aan de bepalingen omtrent het verstrekken van gegevens als in artikel 30, eerste lid, bedoeld tegen ten hoogste de kostprijs. Wij achten het redelijk ondernemingen een termijn van vijf jaar te geven om dergelijke overeenkomsten af te wikkelen.

§ 2. Overgangsbepalingen speciale sectoren

Artikelen 62 en 63

De artikelen 62 en 63 treffen een overgangsvoorziening voor ondernemingen die in een overgangsfase zitten van een afgeschermd markt naar een geliberaliseerde markt. Totdat de desbetreffende markt is geliberaliseerd gelden de bepalingen van hoofdstuk 6 (boekhoudkundige voorschriften, verbod op kruissubsidiering en bepalingen omtrent het gebruik van gegevens) niet. De vrijstelling is beperkt tot die activiteiten die strekken ter uitoefening van het bijzondere of uitsluitende recht. Indien de onderneming over nog andere bijzondere of uitsluitende rechten beschikt, geldt hoofdstuk 6 wel voor de daarmee verband houdende activiteiten. Beschikt de onderneming bijvoorbeeld over een uitsluitend recht op grond van de Elektriciteitswet 1998 en over een uitsluitend recht op grond van de Waterleidingwet, dan zullen vanwege dat laatstgenoemde recht ook gedurende de overgangperiode de boekhoudkundige voorschriften gelden die een gescheiden boekhouding voorschrijven voor activiteiten die verband houden met dat recht en andere activiteiten. Artikel 29 geldt gedurende die periode voor de middelen die verband houden met het uitsluitende recht op grond van de Waterleidingwet, evenals artikel 30. In artikel 62 en artikel 63 worden geen concrete data genoemd omdat op dit moment het tijdstip van liberalisering van deze markten nog niet vaststaat. Omdat een en ander mede afhangt van ontwikkelingen binnen de EG en dit tijdstip thans nog niet vastligt, wordt bepaald dat die datum bij koninklijk besluit wordt vastgesteld.

Artikel 64

Artikel 55 treft een overgangsvoorziening voor zover het de toepassing van de artikelen 22 en 23 betreft voor bestaande marktactiviteiten. Dit artikel bevat een speciale overgangsvoorziening voor onderzoeksinstellingen zowel voor bestaande als voor nieuwe marktactiviteiten. Het gaat hierbij om alle marktactiviteiten, ook die welke geen verband houden met kennisontwikkeling en kennisoverdracht. Reden hiervoor is dat een aantal onderzoeksinstellingen thans niet of alleen na ingrijpende wijzigingen in de administratie kan voldoen aan de in de artikelen 22 en 23 opgenomen verplichtingen. Om deze onderzoeksinstellingen de mogelijkheid te bieden zich voor te bereiden op deze verplichtingen, en om het niet onmogelijk te

maken bepaalde belangrijke marktactiviteiten te verrichten, wordt ook voor reeds bestaande marktactiviteiten een overgangperiode geboden. Het is de bedoeling deze overgangperiode zo kort mogelijk te houden. Gedacht wordt aan een periode, gelijk aan de in artikel 55 gegeven overgangperiode voor nieuwe marktactiviteiten van vijf jaar. Echter, omdat thans niet duidelijk is of de onderzoeksinstellingen op dit tijdstip aan de verplichtingen zullen kunnen voldoen, is gekozen voor een bij koninklijk besluit vast te stellen datum.

Hoofdstuk 13. Slotbepalingen

Artikel 65

Dit artikel biedt de mogelijkheid verschillende onderdelen van de wet op verschillende tijdstippen in werking te laten treden. De algemene lijn die wij op het oog hebben houdt in dat het overgrote deel van de bepalingen van dit wetsvoorstel 3 maanden na publicatie van de wet in het Staatsblad in werking zal treden. In een enkel geval zal meer tijd nodig zijn. Dat is bijvoorbeeld het geval voor de invoering van de boekhoudkundige voorschriften in hoofdstuk 6, waarvoor bestaande administraties moeten worden aangepast. Hiervoor denken wij aan een termijn van 18 maanden. Ook de bepalingen omtrent het vereiste van een grondslag voor de oprichting van privaatrechtelijke rechtspersonen door overheidsorganisaties vergen meer tijd. Wij denken voor deze bepaling aan een termijn van een jaar.

De Minister van Economische Zaken,
A. Jorritsma-Lebbink

De Minister van Justitie,
A. H. Korthals