

Vergaderjaar 2007–2008

31 354

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

Nr. 4

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 7 juni 2006 en het nader rapport d.d. 21 februari 2008, aangeboden aan de Koningin door de minister van Economische Zaken. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 6 maart 2006, no. 06.000744, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de minister van Economische Zaken, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt een voorstel van wet tot wijziging van de Mededingingswet ter invoering van regels inzake ondernemingen die van overheidswege over een bijzondere positie beschikken en inzake ondernemingen die deel uitmaken van een publiekrechtelijke rechtspersoon of die hiermee zijn verbonden (Regels voor ondernemingen met een bijzondere taak, overheidsondernemingen en overheidsbedrijven), met memorie van toelichting.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 6 maart 2006, nr. 06.000744, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 7 juni 2006, nr. W10.06.0065/II, bied ik U hierbij aan.

Het wetsvoorstel introduceert stelt transparantie- en gedragsregels voor overheden die ondernemingsactiviteiten verrichten en ondernemingen die door de overheid met een bijzondere taak zijn belast. Het doel van deze regels is:

- het creëren van gelijke concurrentieverhoudingen tussen overheden die ondernemingsactiviteiten verrichten en ondernemingen die van overheidswege over een bijzondere positie beschikken enerzijds, en (andere) particuliere ondernemingen anderzijds, en*
- het bevorderen van transparantie bij het (gaan) verrichten van ondernemingsactiviteiten door overheden.²*

Al in de jaren negentig van de vorige eeuw is een eerste aanzet gegeven om de problematiek van oneerlijke concurrentie door overheden in kaart te brengen en te ondervangen. In 2001 heeft dit geresulteerd in een eerste wetsvoorstel «Regels omtrent marktactiviteiten van overheidsorganisaties en omtrent ondernemingen die van overheidswege over een bijzondere positie beschikken».³ Dit wetsvoorstel strekte ertoe door derden afdwingbare regels te stellen ten aanzien van het betreden van markten door overheidsorganisaties en ten aanzien van de gedragingen op deze markten door overheidsorganisaties en ondernemingen die van overheidswege over een bijzondere positie beschikken. Op het wetsvoorstel is destijds van diverse kanten kritiek

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

² Zie de eerste alinea van paragraaf 3.1 van de toelichting.

³ Zie Kamerstukken II, 2001/02, 28 050, nrs. 1–3.

geuit op onder meer de reikwijdte en de consequenties van het voorstel voor de bestuurlijke autonomie van overheden.¹ Als gevolg hiervan is het wetsvoorstel in 2004 ingetrokken.

Het huidige wetsvoorstel «Regels voor ondernemingen met een bijzondere taak, overheidsondernemingen en overheidsbedrijven» beoogt via een gewijzigde aanpak een oplossing te bieden voor de problematiek van oneerlijke concurrentie door overheden. Als uitgangspunten gelden daarbij:

- voor overheden die ondernemingsactiviteiten verrichten en ondernemingen die door de overheid met een bijzondere taak zijn belast, moeten zoveel mogelijk dezelfde concurrentievoorwaarden gelden als voor «gewone» ondernemingen;
- overheden moeten over bestuurlijke autonomie beschikken bij de keuze om de markt te betreden;
- gedragsregels voor overheden die ondernemingsactiviteiten verrichten en voor ondernemingen die door de overheid met een bijzondere taak zijn belast, moeten zo direct mogelijk aansluiten bij de (beslissings)bron van de concurrentieongelijkheid;
- gedragsregels voor overheden die ondernemingsactiviteiten verrichten en voor ondernemingen die door de overheid met een bijzondere taak zijn belast, moeten zoveel mogelijk aansluiten bij bestaande en bij betrokkenen bekende begrippen, regelgeving en handhavinginstrumenten op nationaal en Europees niveau.²

De Raad onderschrijft de strekking van het wetsvoorstel, maar maakt opmerkingen over de effectiviteit van het wetsvoorstel, de aansluiting van het voorstel bij het EG-recht en bij de sectorspecifieke wetgeving, de inhoud van de gedragsregels, het toezicht op en de handhaving van de gedragsregels, de administratieve lasten voortvloeiende uit het wetsvoorstel, de buitenlandtoets en de in het wetsvoorstel opgenomen evaluatie- en horizonbepaling. Hij is van oordeel dat in verband daarmee aanpassing van het wetsvoorstel wenselijk is.

Werkingsfeer van het wetsvoorstel

	Werkingsfeer wetsvoorstel				
Overheid als overheid	Overheid die ondernemingsactiviteiten verricht (overheid als onderneming)		Ondernemingen die door de overheid zijn belast met een bijzondere taak		Gewone onderneming
	Overheids-onderneming	Overheidsbedrijf	Onderneming met bijzonder of uitsluitend recht (OUBR)	Onderneming belast met dienst van algemeen economisch belang (DAEB)	
	<i>Voorbeeld:</i> Gemeentelijke sociale dienst die scholingscursussen aanbiedt	<i>Voorbeeld:</i> Schiphol Groep	<i>Voorbeeld:</i> TPG Post	<i>Voorbeeld:</i> Woningbouwcorporatie	

1. Effectiviteit van het wetsvoorstel

Het wetsvoorstel beoogt een oplossing te bieden voor de problematiek van oneerlijke concurrentie door overheden. Het wetsvoorstel introduceert hiertoe een mix van transparantie- en gedragsregels die via het bestuursrecht, respectievelijk het civiele recht worden gehandhaafd. De vraag is of het wetsvoorstel met dit instrumentarium een doeltreffend antwoord biedt op de problematiek van oneerlijke concurrentie door overheden.

De problematiek van oneerlijke concurrentie door overheden ontstaat langs twee lijnen. Enerzijds ontstaat ongelijkheid op de markt door het actief zijn van ondernemingen die de overheid met een bijzondere taak heeft belast. Anderzijds ontstaat ongelijkheid op de markt door optreden van de overheid als onderneming, waarbij de overheid in een concurrentieverhouding komt te staan met «gewone» ondernemingen. Beide vormen van optreden brengen onder meer de risico's met zich van het gebruik van oneigenlijke concurrentievoordelen door de overheid (onder meer door de mogelijkheid van kruis-

¹ Zie ook het advies van de Raad van State bij dit wetsvoorstel, Kamerstukken II, 2001/02, 28 050, A.

² Zie paragraaf 3.1 van de toelichting.

subsidiëring, exclusief gegevensgebruik, functievermenging, toegang tot leningen tegen een lagere rente dan de marktrente en het feit dat de overheid de facto niet failliet kan gaan) en van verminderde transparantie in het openbaar bestuur en een verminderde bestuurlijke «slagkracht» (de ondernemingsactiviteiten leggen mogelijk een onevenredig beslag op de aanwezige middelen en de capaciteit van de betrokken overheid).

Uit de toelichting bij het wetsvoorstel blijkt dat de bestaande instrumenten op het terrein van overheid en mededinging onvoldoende geschikt zijn om de problematiek van oneerlijke concurrentie door overheden op te lossen.

Besloten is daarom tot de invoering van een nieuw instrument in de Mededingingswet, te weten een regime van gedragsregels voor overheden die ondernemingsactiviteiten verrichten en voor ondernemingen die door de overheid met een bijzondere taak zijn belast. Dit regime ziet er in de kern als volgt uit:

- voor ondernemingen die door de overheid met een bijzondere taak zijn belast: een verbod op kruissubsidiëring, een verplichting tot het voeren van een gescheiden boekhouding en een verbod op exclusief gegevensgebruik (hoofdstuk 4a van het wetsvoorstel);*
- voor overheden die ondernemingsactiviteiten (gaan) verrichten: een verplichting tot publicatie van voorgenomen economische activiteiten, tot doorberekening van integrale kosten van een product of dienst en tot het voeren van een gescheiden boekhouding, een verbod op bevoordeling van eigen overheidsbedrijven boven andere ondernemingen, een verbod op exclusief gegevensgebruik en een verbod op functievermenging (hoofdstuk 4b van het wetsvoorstel).*

De Raad onderschrijft het uitgangspunt van het wetsvoorstel om in de Mededingingswet gedragsregels op te nemen voor overheden die ondernemingsactiviteiten verrichten en voor ondernemingen die door de overheid zijn belast met een bijzondere taak. Desalniettemin is hij van oordeel dat de gedragsregels zelf onvoldoende toereikend zijn om de problematiek van oneerlijke concurrentie door overheden op te lossen. Het wetsvoorstel maakt de problematiek van oneerlijke concurrentie zichtbaar via de publicatieverplichting, maar biedt, zoals in de volgende paragrafen zal blijken, slechts in beperkte mate instrumenten om deze oneerlijke concurrentie effectief aan te pakken. Nu in de toelichting een rechtvaardiging hiervoor ontbreekt, adviseert de Raad deze aan te vullen en, zo nodig, het wetsvoorstel aan te passen.

Verder geldt dat het wetsvoorstel een regime van gedragsregels creëert dat slechts ten dele equivalenten kent in andere EU-lidstaten.¹ Het gevolg hiervan is dat overheden die in Nederland ondernemingsactiviteiten verrichten en ondernemingen die in Nederland door de overheid met een bijzondere taak zijn belast, mogelijk in een slechtere concurrentiepositie worden geplaatst dan vergelijkbare ondernemingen in het buitenland.² De Raad is van oordeel dat dit op langere termijn geen wenselijke situatie is. Hij adviseert daarom in de toelichting bij artikel III van het wetsvoorstel op te nemen, dat Nederland ernaar zal streven dat binnen EU-verband een oplossing wordt gevonden voor de problematiek van oneerlijke concurrentie door overheden.

1. Het kabinet is het met de Raad eens dat zich situaties kunnen voordoen waarvoor maatregelen nodig zijn die verder gaan dan de instrumenten die dit wetsvoorstel bevat, om een gelijk speelveld te bereiken en oneerlijke concurrentie door overheden tegen te gaan.

In afwijking van het wetsvoorstel zoals dat aan de Raad is voorgelegd, bevat het wetsvoorstel thans echter geen gedragsregels meer voor de categorie ondernemingen die door de overheid met een bijzondere taak zijn belast. Bij nader overweging is het kabinet van oordeel dat de problematiek van oneerlijke concurrentie door deze ondernemingen reeds afdoende wordt gedekt door sectorspecifieke wetgeving en door subsidievoorwaarden. Zo zijn er voor diverse sectoren regels vastgesteld ter voorkoming van oneigenlijk gebruik van publieke middelen, regels omtrent het hergebruik van gegevens die zijn verkregen uit de publieke taak of regels om het «bijkluken» te beperken. Het toezicht op de naleving van de sectorspecifieke regelgeving is de verantwoordelijkheid van de sectorale toezichthouders. Als voorbeelden

¹ Zie paragraaf 7.3 van de toelichting.

² Zie paragraaf 3.3 van de toelichting.

waarvoor langs sectorspecifieke weg regulering heeft plaatsgevonden kunnen worden genoemd de energiesector, de gezondheidszorg, de publieke omroep, de post, de telecommunicatiesector en de pensioenfondsen. Als voorbeeld van sectoren waar door middel van de subsidievoorwaarden voorzieningen zijn getroffen om oneerlijke concurrentie door ondernemingen met een bijzondere positie tegen te gaan, kunnen worden genoemd de onderwijs- en onderzoeksector. Sindsdien is het aantal klachten over oneerlijke concurrentie uit deze sectoren aanzienlijk verminderd. Er is daarom naar het oordeel van het kabinet niet meer voldoende grond voor het stellen van algemene wettelijke regels voor deze categorie ondernemingen. Hierdoor kan het wetsvoorstel aanzienlijk worden beperkt. Indien in de loop van de tijd als gevolg van oneerlijke concurrentie door ondernemingen met een bijzondere taak problemen zouden ontstaan die niet met een sectorspecifieke aanpak kunnen worden opgelost, kan zodanige regelgeving alsnog overwogen worden. In paragraaf 1.3 van de memorie van toelichting is dit nader toegelicht. Door voor deze categorie ondernemingen te kiezen voor een sectorspecifieke aanpak, kan maatwerk worden verricht. Zo kan ook tegemoet worden gekomen aan de opmerking van de Raad dat zich situaties kunnen voordoen waarvoor maatregelen nodig zijn die verder gaan dan de instrumenten die het voorgelegde wetsvoorstel bevatte om een gelijk speelveld te bereiken en oneerlijke concurrentie door deze ondernemingen tegen te gaan.

Het kabinet beschouwt de gedragsregels die nu voor overheden zijn voorgesteld, vooral als een algemeen kader voor ondernemerschap van overheden. Naar het oordeel van het kabinet vormen deze gedragsregels effectieve instrumenten. Indien bij de evaluatie zou blijken dat de effectiviteit van de gedragsregels te wensen overlaat, zal alsdan worden beoordeeld hoe hierin te voorzien.

Het kabinet deelt het standpunt van de Raad dat het onwenselijk is als door het ontbreken van regelgeving inzake oneerlijke concurrentie in andere EU-lidstaten Nederlandse ondernemingen mogelijk in een slechtere concurrentiepositie worden geplaatst dan vergelijkbare ondernemingen in het buitenland. Het gaat dan echter meestal om grensoverschrijdende mededingingseffecten waarvoor het Europese mededingingsrecht en het communautaire regime van staatssteun randvoorwaarden stelt. Om die reden is het naar het oordeel van het kabinet aangewezen in voorkomende gevallen primair in Europees verband aandacht te vragen voor de naleving van deze regels. Mocht onverhoopt in een incidenteel geval de concurrentieverstoring niet in Europees verband kunnen worden aangepakt, dan kan zonodig bilateraal met de desbetreffende lidstaat overleg worden gevoerd. Om deze zienswijze te expliciteren, is paragraaf 2.3.5 (voorheen paragraaf 3.3) van de toelichting bij het wetsvoorstel aangepast.

2. Aansluiting van het wetsvoorstel bij het EG-recht

Het wetsvoorstel stelt gedragsregels voor overheden die ondernemingsactiviteiten verrichten op nationaal niveau en voor ondernemingen die op nationaal niveau door de overheid zijn belast met een bijzondere taak. Bij de vormgeving van deze gedragsregels is aansluiting gezocht bij het EG-recht om «dubbele» regeling te voorkomen.¹

In deze paragraaf wordt ingegaan op de vraag of het wetsvoorstel op volledige wijze aansluiting heeft gezocht bij het EG-recht. Het is van belang om daarbij een onderscheid te maken tussen de volgende vier regimes van EG-mededingingsrecht:

- mededingingsregels voor overheden die handelen als overheid;*
- mededingingsregels voor overheden die handelen als onderneming;*
- mededingingsregels voor ondernemingen die belast zijn met een dienst van algemeen economisch belang;*
- mededingingsregels voor overheden die mededingingsvervalsende staatssteun verlenen aan bepaalde ondernemingen die tevens de tussenstaatse handel ongunstig beïnvloedt (hierna: staatssteunregels).*

a. Mededingingsregels voor overheden die handelen als overheid
In de situatie dat de overheid publiek gezag uitoefent, bijvoorbeeld als wetgever, handelt zij niet als onderneming in de zin van het mededingingsrecht en is zij op nationaal niveau niet gebonden aan de mededingingsregels. Op EG-niveau ligt dit anders. Het EG-verdrag bevat wel mededingingsregels

¹ Zie de laatste alinea van paragraaf 3.1 van de toelichting.

voor overheden die handelen als overheid. Deze regels zijn te vinden in artikel 86, eerste lid, van het EG-Verdrag, en de artikelen 3, lid 1, onder g, 10, 81 en 82 van het EG-Verdrag (hierna: de nieuwe norm).

Artikel 86, eerste lid, van het EG-Verdrag verbiedt lidstaten maatregelen te nemen of te handhaven met betrekking tot de openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan zij uitsluitende of bijzondere rechten (OUBR) verlenen die in strijd zijn met de regels van het EG-Verdrag.

De nieuwe norm is niet in één verdragsartikel te vinden, maar is gebaseerd op vier artikelen van het EG-Verdrag, te weten de artikelen 3, lid 1, onder g, 10 (beginsel van gemeenschapstrouw), 81 (kartelverbod) en 82 (verbod misbruik machtspositie) van het EG-Verdrag. In de kern komt de nieuwe norm neer op een verbod, gericht tot de overheid, op (i) het stimuleren of versterken van mededingingsbeperkende gedragingen door ondernemingen, of op (ii) het overdragen van overheidsbevoegdheden aan marktdeelnemers.

In het wetsvoorstel zijn geen met artikel 86, eerste lid, van het EG-Verdrag en de nieuwe norm vergelijkbare algemene gedragsverplichtingen opgenomen voor overheden die op nationaal niveau opereren als overheid. Het wetsvoorstel bevat specifieke gedragsverplichtingen die enkel gericht zijn tot overheden die ondernemingsactiviteiten verrichten en tot ondernemingen die door de overheid zijn belast met een bijzondere taak. De reden hiervoor is dat binnen ons staatsrechtelijke regime geen ruimte is om gedrag van de overheid, handelende als overheid, te toetsen aan de Mededingingswet.

De consequentie van dit verschil in benadering tussen het EG-mededingingsrecht en het wetsvoorstel is dat de twee regimes niet volledig op elkaar aansluiten. Dit is op zich verklaarbaar, omdat het wetsvoorstel niet ziet op situaties waarin sprake is van ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel. Toch is de Raad van oordeel dat de toelichting wel een rechtvaardiging dient te geven voor afwijking van het uitgangspunt van aansluiting bij het EG-recht. Nu deze ontbreekt, adviseert de Raad in paragraaf 3 van de toelichting een passage op te nemen over de aansluiting van het wetsvoorstel bij de algemene mededingingsregels.

b. Mededingingsregels voor overheden die handelen als onderneming

In de situatie dat de overheid economische activiteiten uitoefent, bijvoorbeeld als aanbieder van muzikale en kunstzinnige vorming, handelt zij als onderneming in de zin van het mededingingsrecht en is zij op zowel Europees als nationaal niveau gebonden aan het kartelverbod, het verbod op misbruik van machtsposities en de regels inzake concentratietoezicht (hierna: het algemene mededingingsrecht). Het EG-recht bindt de overheden in een dergelijke situatie niet aan specifieke gedragsregels, zoals een verplichting tot doorberekening van kosten.¹

Het wetsvoorstel bevat daarentegen wel specifieke normen voor de overheid, handelende als onderneming (zie hoofdstuk 4b van het wetsvoorstel). Het wetsvoorstel wijkt daarmee af van het uitgangspunt van aansluiting bij het EG-recht. De consequentie hiervan is dat overheden die handelen als onderneming op nationaal niveau, aan andere regels gebonden zijn dan op EG-niveau. Dit is op zich verklaarbaar, omdat het EG-recht alleen van toepassing is op situaties waarin sprake is van ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel. Toch is de Raad van oordeel dat de toelichting de gronden voor afwijking van het uitgangspunt van aansluiting bij het EG-recht zou moeten aangeven. Hij adviseert daarom de toelichting aan te vullen.

¹ Een uitzondering hierop is de Transparantierichtlijn; zie richtlijn 80/723/EEG van de Commissie van 25 juni 1980 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven en de financiële doorzichtigheid binnen bepaalde ondernemingen, zoals laatstelijk gewijzigd bij richtlijn 2005/81/EG van de Commissie van 28 november 2005, PbEU L 312/47. Deze bevat wel een specifieke gedragsverplichting, namelijk een verplichting tot het voeren van een gescheiden boekhouding.

Naast het feit dat het wetsvoorstel afwijkt van het EG-recht, speelt ook het punt dat in de toelichting bij het wetsvoorstel nagenoeg geen aandacht wordt besteed aan de vraag hoe het wetsvoorstel zich verhoudt tot deze algemene mededingingsregels. Het gevolg hiervan is dat onduidelijkheid bestaat over bijvoorbeeld de vraag of een onderneming die door de overheid belast is met een dienst van algemeen economisch belang, per definitie geen misbruik kan maken van zijn machtspositie zolang hij de gedragsregels van hoofdstuk 4a van het wetsvoorstel naleeft.

De Raad adviseert deze onduidelijkheid weg te nemen door in de toelichting een passage op te nemen over de aansluiting van het wetsvoorstel bij de algemene mededingingsregels.

c. Mededingingsregels voor ondernemingen die zijn belast met een dienst van algemeen economisch belang

Ondernemingen die door de overheid zijn belast met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang, vallen op EG-niveau onder de mededingingsregels, voorzover de toepassing van die regels de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde taak niet verhindert (zie artikel 86, tweede lid, van het EG-Verdrag).

De regering heeft aan de Raad gevraagd in zijn advies specifiek aandacht te besteden aan de uitzondering van de dienst van algemeen economisch belang, zoals opgenomen in artikel 86, tweede lid, van het EG-Verdrag. Meer in het bijzonder heeft zij gevraagd of een overheidsonderneming, dat wil zeggen een onderneming die deel uitmaakt van een krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersoon, binnen de werkingssfeer van deze uitzondering kan vallen. Het wetsvoorstel gaat ervan uit dat dit mogelijk is (zie bijvoorbeeld artikel 25dd, van het wetsvoorstel).

De Raad is van oordeel dat het mogelijk is dat overheidsondernemingen worden belast met diensten van algemeen economisch belang. Artikel 86, tweede lid, van het EG-Verdrag stelt dat ondernemingen die door de overheid zijn belast met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang, onder de mededingingsregels vallen, voor zover de toepassing van die regels de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde taak niet verhindert. Onder het begrip ondernemingen in de zin van deze bepaling kunnen zowel particuliere ondernemingen als openbare ondernemingen worden begrepen. Het EG-recht (inclusief de jurisprudentie van het HvJEG) geeft geen aanleiding dit anders te interpreteren.¹

De Raad is daarom van oordeel dat voor de beantwoording van de vraag of een overheidsonderneming binnen de werkingssfeer kan vallen van de uitzondering van de dienst van algemeen economisch belang, als enig criterium dient te gelden dat de overheidsonderneming een economische activiteit uitoefent waarmee een publiek belang gemoeid is in de zin van artikel 86, tweede lid, van het EG-Verdrag. Oefent zij deze activiteit uit, dan is sprake van een onderneming in de zin van het mededingingsrecht die is belast met een dienst van algemeen economisch belang. Oefent zij geen economische activiteit uit, maar handelt zij in haar hoedanigheid van overheid (dat wil zeggen uitoefening van publiek gezag), dan kan zij niet gekwalificeerd worden als onderneming en kan zij in die hoedanigheid ook niet belast worden met een dienst van algemeen economisch belang.²

d. Staatssteunregels

1° Algemeen

De staatssteunregels zijn op EG-niveau neergelegd in de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag en uitgewerkt in verschillende verordeningen, beschikkingen en kaderregelingen. In de kern komen de regels neer op een aan de lidstaten gericht verbod op de toekenning van steun aan ondernemingen die onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. De Europese Commissie is op EG-niveau de instantie die oordeelt over de aanvaardbaarheid van toekenning van staatssteun door de lidstaten. Om de Europese Commissie in staat te stellen deze taak uit te oefenen, zijn de lidstaten verplicht ieder voornemen tot verlening van nieuwe steun aan te melden bij de Europese Commissie, de minimis-steun uitgezonderd, en te wachten met uitvoering van deze steun totdat de Europese Commissie haar goedkeuring hiervoor heeft gegeven (zie artikel 88, derde lid, van het EG-Verdrag).

¹ Zie de Mededeling van de Commissie over Diensten van algemeen belang in Europa, PbEG 2001, C 17/4, randnummers 21 en 27–30. Zie bijvoorbeeld ook zaak C-41/90, Höfner, Jur. 1991, p. I-1979; zaak C-393/92, IJsselmaatschappij, Jur. 1994, p. I-1477.

² De uitzondering van de dienst van algemeen economisch belang kan dan nog wel relevant zijn in relatie tot artikel 86, eerste lid, van het EG-Verdrag, maar dit betreft een andere kwestie dan waarop de adviesaanvraag betrekking heeft.

Het wetsvoorstel voert een ander regime van toezicht op staatssteun in dan op EG-niveau bestaat (zie het hierna opgenomen schema). Het kiest niet voor een algemeen verbod op verlening van mededingingsvervalsende steun, maar voor twee specifieke gedragsregels, te weten een verbod op kruissubsidiëring voor ondernemingen die door de overheid zijn belast met een bijzondere taak (artikel 25c van het wetsvoorstel) en een verplichting tot doorberekening van de integrale kosten voor overheden die ondernemingsactiviteiten verrichten (artikel 25dd van het wetsvoorstel). De in het wetsvoorstel opgenomen gedragsregels zullen alleen van toepassing zijn in de situatie dat artikel 87 van het EG-Verdrag niet van toepassing is, dat wil zeggen in de situatie dat de

tussenstaatse handel niet wordt geraakt, dan wel de de minimis-staatssteunverordening en de kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst niet van toepassing zijn.¹

Het gevolg van de keuze van invoering van bovenstaand systeem van specifieke gedragsregels is, dat het wetsvoorstel niet een zelfde reikwijdte heeft als de EG-regels inzake staatssteun. Het EG-regime heeft betrekking op openbare en particuliere ondernemingen. Het wetsvoorstel heeft geen betrekking op de verlening van staatssteun aan particuliere ondernemingen. Tevens geldt dat de reikwijdte van de in het wetsvoorstel opgenomen gedragsregels (verbod op kruissubsidiëring en verplichting tot doorberekening van integrale kosten) beperkter is dan de reikwijdte van het in artikel 87, eerste lid, van het EG-Verdrag opgenomen verbod (verbod op met de gemeenschappelijke markt onverenigbare staatssteun).

Het wetsvoorstel wijkt hiermee af van het uitgangspunt van aansluiting bij het EG-recht. Dit is op zich verklaarbaar, omdat het wetsvoorstel niet ziet op situaties waarin sprake is van ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel. Het is echter de vraag of afwijking wenselijk is in het licht van de doelstelling van het wetsvoorstel «het tegengaan van oneerlijke concurrentie door overheden». Het feit dat bepaalde vormen van mededingingsvervalsende gedragingen van overheden en van ondernemingen die door de overheid met een bijzondere taak zijn belast, op nationaal niveau buiten de werkingssfeer vallen van het verbod op kruissubsidiëring en de verplichting tot doorberekening van integrale kosten (met name steunverlening aan particuliere ondernemingen), heeft tot gevolg dat op nationaal niveau niet alle vormen van oneerlijke concurrentie door de overheid aangepakt kunnen worden. De Raad is van oordeel dat de toelichting een duidelijker beeld zou moeten geven van deze problematiek. Tevens zou de toelichting een rechtvaardiging moeten geven voor afwijking van het uitgangspunt van aansluiting bij het EG-recht op dit onderdeel. Hij adviseert daarom de toelichting aan te vullen.

¹ Zie Verordening 70/2001 van de Commissie van 12 januari 2001 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op staatssteun voor kleine en middelgrote ondernemingen, PbEG L 10/33; communautaire kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, PbEU C 297/4.

Overzicht werkingssfeer staatssteunregime op Europees en nationaal niveau

Artikelen 87–88 EG	Steun aan overheden die ondernemingsactiviteiten verrichten		Steun aan ondernemingen die door de overheid zijn belast met een bijzondere taak		Steun aan «gewone» ondernemingen	
	Tenzij: dienst van algemeen economisch belang (zie art. 86, lid 2, EG)		Tenzij: dienst van algemeen economisch belang (zie art. 86, lid 2, EG)			
Artikelen 25c en/of 25dd Mw	Steun aan overheden die ondernemingsactiviteiten verrichten		Steun aan ondernemingen die door de overheid zijn belast met een bijzondere taak		Steun aan «gewone» ondernemingen	
	Tenzij: <ul style="list-style-type: none"> • dienst van algemeen economisch belang; • onderneming met bijzonder of uitsluitend recht (zie art. 25dd, lid 2, onder a en b, Mw) 	Tenzij: art. 87 EG van toepassing is (zie art. 25dd, lid 2, onder d, Mw)	Tenzij: <ul style="list-style-type: none"> • onderwijs- of onderzoeksinstelling; • sociale werkplaats; • publieke omroep • openbare bibliotheek • culturele instelling (zie art. 25bb, lid 2, Mw) 	Tenzij: <ul style="list-style-type: none"> • pensioenfondsen; • publieke omroepen • zorgaanbieders en -verzekeraars; • sociale werkplaatsen; • onderwijs- of onderzoeksinstellingen die co-financieringsonderzoek verrichten (zie art. 25b, leden 2–3 en 6) 	Tenzij: overheidsondernemingen (zie art. 25b, lid 1, Mw)	

valt onder de werkingssfeer van artikel 87 van het EG-Verdrag.
 valt onder de werkingssfeer van artikel 25dd Mw (verplicht tot doorberekening van integrale kosten).
 valt onder de werkingssfeer van artikel 25c Mw (verbod op kruissubsidiëring).

2° Steun aan overheidsondernemingen

Het wetsvoorstel gaat uit van de toepasselijkheid van de EG-staatssteunregels op steun die wordt verleend door een bestuursorgaan aan zijn eigen overheidsondernemingen (zie artikel 25dd, tweede lid, onder d). Onder overheidsondernemingen verstaat het wetsvoorstel ondernemingen die deel uitmaken van krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersonen (zie artikel 25aa, eerste lid).

De regering heeft aan de Raad gevraagd om in zijn advies specifiek aandacht te besteden aan de in het wetsvoorstel opgenomen vooronderstelling dat steun die wordt verleend door een bestuursorgaan aan zijn eigen ondernemingen, binnen de werkingssfeer valt van artikel 87, eerste lid, van het EG-Verdrag. Er bestaan verschillende visies hieromtrent. Om te voorkomen dat het wetsvoorstel uitgaat van een verkeerde vooronderstelling, heeft de regering aan de Raad gevraagd nader in te gaan op de werkingssfeer van de EG-staatssteunregels ten aanzien van economische activiteiten door overheden.

De Raad is van oordeel dat niet uitgesloten is dat steun, verleend door een bestuursorgaan van een krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersoon aan diezelfde rechtspersoon, binnen de werkingssfeer valt van artikel 87, eerste lid, van het EG-Verdrag. Van steun in de zin van artikel 87, eerste lid, van het EG-Verdrag is sprake, indien een lidstaat voordelen ter beschikking stelt van ondernemingen die hem direct of indirect geld kosten.¹ Artikel 87, eerste lid, van het EG-Verdrag maakt daarbij geen onderscheid tussen steun die wordt verleend aan particuliere ondernemingen en steun die wordt verleend aan overheidsondernemingen. Het uitgangspunt is dat alle maatregelen die de lasten verlichten die normaliter op het budget van een onderneming drukken, beschouwd moeten worden als voordelen voor de betrokken onderneming. Ook het financiële voordeel dat aan eigen ondernemingen wordt verstrekt, zoals het afzien van een normale vergoeding voor ondernemingsrisico, kan hieronder vallen. Een dergelijk voordeel kost de staat immers geld en wordt verstrekt aan een eenheid die krachtens het mededingingsrecht beschouwd

¹ Zie bijvoorbeeld zaak 61/79, Denkvit Italiana, Jur. 1980, p. 1205.

moet worden als een onderneming. Aangenomen mag daarom worden dat dergelijke steun binnen de werkingssfeer valt van artikel 87, eerste lid, van het EG-Verdrag.¹

2a. Het kabinet onderstreept dat dit wetsvoorstel alleen betrekking heeft op de concrete problematiek van mogelijke concurrentievervalsingen door de overheid. Het wetsvoorstel strekt ertoe hiervoor specifieke gedragsregels te creëren in aanvulling op de bestaande Europese en nationale regels. Het uitgangspunt van aansluiting bij het EG-recht heeft betrekking op de vormgeving van deze gedragsregels en niet op de inhoud ervan. Paragraaf 2.1.2 van de toelichting is op dit punt verduidelijkt.

2b. Het kabinet deelt het standpunt van de Raad dat het EG-recht overheden die economische activiteiten uitoefenen niet als zodanig adresseert. Het kabinet wijst er op dat het Europese recht wel regels kent die een specifieke betekenis hebben voor overheidsondernemingen. Het verbod van staatssteun heeft mede betrekking op de bevoordeling van overheidsondernemingen en de transparantierichtlijn betreft onder meer overheidsondernemingen, voor zover deze diensten van algemeen economisch belang uitvoeren of een bijzonder of uitsluitend recht hebben. In zoverre liggen het beoogde regime en het bestaande EG-recht in elkaars verlengde. Overigens heeft het uitgangspunt van aansluiting bij het EG-recht een beperkte strekking, zoals hiervoor reeds is betoogd. Naar aanleiding van het advies van de Raad is paragraaf 2.1.2 van de toelichting in dit opzicht verduidelijkt. In paragraaf 2.3.4 van de toelichting is een passage opgenomen over de verhouding tussen de verplichting tot doorberekening van de integrale kosten en het verbod van misbruik van een economische machtspositie.

2c. Met het oordeel dat het mogelijk is dat overheidsondernemingen worden belast met diensten van algemeen economisch belang, bevestigt de Raad de in het wetsvoorstel gevolgde zienswijze.

2d-1°. Naar het oordeel van het kabinet concentreert de problematiek zich op concurrentievervalsing door de overheid in die situaties, die buiten de werkingssfeer van het Europese staatssteunregime vallen. De gedragsregels van het wetsvoorstel zijn daarom toegespitst op deze problematiek en in het bijzonder op de aspecten van aanwending van algemene middelen en bij de uitvoering van de publieke taak verkregen gegevens voor economische activiteiten, en van functievermenging. Waar het wetsvoorstel zoals voorgelegd aan de Raad, slechts voor twee van de gedragsregels een uitzondering kende voor zaken die binnen de werkingssfeer van het Europese staatssteunregime vallen, is deze uitzondering in het uiteindelijke wetsvoorstel bepalend voor de reikwijdte van alle gedragsregels. Overeenkomstig het advies van de Raad is de toelichting in dit opzicht verduidelijkt in de nieuwe paragraaf 2.1.3. 2d-2°. Het kabinet stelt met genoegen vast dat de Raad overeenkomstig de in het wetsvoorstel gevolgde zienswijze uitspreekt dat steun, door een bestuursorgaan van een krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersoon verleend aan diezelfde rechtspersoon, binnen de werkingssfeer van artikel 87, eerste lid, van het EG-verdrag valt.

3. Aansluiting van het wetsvoorstel bij de sectorspecifieke wetgeving

a. Uitzondering

In de afgelopen jaren zijn, vooruitlopend op het wetsvoorstel, in diverse wetten gedragsregels opgenomen voor overheden die ondernemingsactiviteiten verrichten en voor ondernemingen die door de overheid zijn belast met een bijzondere taak. Om te voorkomen dat het wetsvoorstel conflicteert met de in deze sectorspecifieke wetgeving opgenomen bepalingen wordt voor een aantal sectoren voorgesteld dat de gedragsregels van het wetsvoorstel niet van toepassing zijn. Zo gelden de in hoofdstuk 4a opgenomen verboden op kruissubsidiëring en exclusief gegevensgebruik niet voor publieke omroepen, zorgaanbieders en verzekeraars, pensioenfondsen en onderwijs- en onderzoeksinstituten die co-financieringsonderzoek verrichten (zie artikel 25b, tweede en zesde lid). Daarnaast geldt het in hoofdstuk 4a opgenomen verbod op kruissubsidiëring niet voor sociale werkplaatsen (zie artikel 25b, derde lid).

¹ Zie in dit verband bijvoorbeeld zaak 78/76, Steinike, Jur. 1977, p. 595; gevoegde zaken C-34/01 tot en met C-38/01, Enirisorce SpA, Jur. 2003, p. I-14 243.

Tot slot gelden de in hoofdstuk 4b opgenomen gedragsregels niet voor publieke omroepen (zie artikel 25bb, tweede lid, onder d).

De Raad is van oordeel dat de toelichting bij het wetsvoorstel onvoldoende overtuigende argumenten bevat om de publieke omroepen, zorgaanbieders en – verzekeraars, pensioenfondsen, sociale werkplaatsen en onderwijs – en onderzoeksinstituten die co-financieringsonderzoek verrichten, uit te zonderen van de werkingssfeer van bepaalde gedragsregels van het wetsvoorstel. De sectorspecifieke wetgeving bevat niet in alle gevallen vergelijkbare bepalingen als opgenomen in het wetsvoorstel. Veelal wordt het aan de toezichthouder in de sector overgelaten om te bepalen of een onderneming die door de overheid is belast met een bijzondere taak in de bewuste sector, wel of niet eerlijk concurreert met «gewone» ondernemingen. Dit biedt niet dezelfde waarborgen als een in de wet opgenomen verbod op kruissubsidiëring of verbod op exclusief gegevensgebruik. Daarnaast geldt dat het wetsvoorstel met deze regeling afwijkt van het uitgangspunt van aansluiting bij het EG-recht. Het is de vraag of dit effectief is. De keuze van een toezichthouder in een specifieke sector wordt in een aantal gevallen beperkt door de werking van het EG-recht. Afhankelijk van de mate van marktwerking in de sector, kunnen gedragingen van overheden in die sector (mede) van invloed zijn op de tussenstaatse handel en dus binnen de werkingssfeer vallen van de EG-mededingings- en staatssteunregels. Nu EG-recht in dergelijke gevallen voorrang heeft op nationaal recht, adviseert de Raad het wetsvoorstel op dit punt aan te laten sluiten bij het EG-recht.

b. Exclusief regime

Naast het feit dat een aantal sectoren wordt uitgezonderd van de werkingssfeer van bepaalde gedragsregels van hoofdstuk 4a van het wetsvoorstel, regelt artikel 25b dat in een aantal specifieke gevallen, omgekeerd, hoofdstuk 4a een exclusief regime vormt voor overheidsondernemingen belast met een bijzondere taak (zie artikel 25b, derde, vierde en zevende lid). Het gaat dan om ondernemingen die deel uitmaken van krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersonen in de socialewerkvoorzieningssector, de onderwijs- en onderzoeksector, de culturele sector en de bibliotheeksector. Er is voor gekozen om de overheidsondernemingen in deze sectoren enkel onder het regime van hoofdstuk 4a te laten vallen, om te voorkomen dat er een onderscheid ontstaat tussen de behandeling van privaatrechtelijke ondernemingen belast met een bijzondere taak (deze vallen niet onder de gedragsregels van hoofdstuk 4b van het wetsvoorstel) en publiekrechtelijke ondernemingen belast met een bijzondere taak (deze vallen wel onder de gedragsregels van hoofdstuk 4b van het wetsvoorstel).

Bijzonder is daarbij dat hoofdstuk 4a van het wetsvoorstel, als het gaat om onderwijs- en onderzoeksinstituten, zelfs van toepassing wordt verklaard op instellingen die diensten van algemeen belang aanbieden (zie artikel 25b, vijfde lid). Dit wijkt af van wat gebruikelijk is in het mededingingsrecht, namelijk dat de mededingingsregels alleen van toepassing zijn op instellingen die economische activiteiten verrichten.

De Raad is van oordeel dat de toelichting bij het wetsvoorstel onvoldoende ingaat op de noodzaak van een afwijkende regeling voor overheidsondernemingen in de socialewerkvoorzieningssector, de onderwijs- en onderzoeksector, de culturele sector en de bibliotheeksector voor de problematiek van oneerlijke concurrentie door overheden. Zo gaat de toelichting bijvoorbeeld niet in op de consequenties van het niet-toepasselijk zijn van de publicatieplicht en het verbod op functievermenging op overheidsondernemingen in de genoemde sectoren. Tevens maakt de toelichting niet duidelijk dat de regeling afwijkt van de mededingings- en staatssteunregels op EG-niveau. De Raad is van oordeel dat dit alles wel aan bod zou moeten komen in de toelichting. Hij adviseert daarom paragraaf 5.1 van de toelichting aan te vullen en, zo nodig, de relevante bepalingen van het wetsvoorstel aan te passen.

3a. Het kabinet kan de Raad volgen in het uitgangspunt dat zo mogelijk eenheid van normstelling en van toezicht de voorkeur verdient, ook in verband met de toepassing van het EG-recht. Onder 1 heeft het kabinet toegelicht dat het wetsvoorstel thans geen gedragsregels meer bevat voor particuliere ondernemingen die door de overheid met een bijzondere taak zijn belast. Het

kabinet kiest ervoor om de problemen die zich kunnen voordoen op het punt van oneerlijke concurrentie in maatwerk sectorspecifiek aan te pakken. Van de gedragsregels voor de overheid zijn alleen die overheidsondernemingen en overheidsbedrijven uitgezonderd, waarvoor sectorspecifieke wetgeving afdoende gedragsregels bevat. Het betreft onderwijs-, onderzoek- en omroepinstellingen. Vanzelfsprekend zal de sectorspecifieke toezichthouder hierbij moeten blijven binnen de grenzen die de Europese mededingingsregels stellen.

3b. Naar aanleiding van het oordeel van de Raad dat de toelichting onvoldoende ingaat op de noodzaak hoofdstuk 4a van het wetsvoorstel als exclusief regime voor bepaalde soorten ondernemingen aan te merken, merkt het kabinet op dat dit hoofdstuk thans in het wetsvoorstel niet meer voorkomt. Verder is in paragraaf 2.1.4 nader uiteengezet, waarom in bepaalde gevallen een uitzondering gemaakt wordt op het beginsel dat het wetsvoorstel geldt voor alle sectoren waarin de overheid optreedt als aanbieder van producten of diensten. Ten aanzien van de veronderstelling van de Raad dat de regeling afwijkt van de mededingingsregels en staatssteunregels op EG-niveau zij opgemerkt dat de regeling kan worden beschouwd als een aanvulling op de EG-regels en dat dwingend EG-recht ook voor de hier bedoelde ondernemingen onverkort blijft gelden.

4. Inhoud van de gedragsregels van het wetsvoorstel

In paragraaf 1 van dit advies is erop gewezen dat het wetsvoorstel twee categorieën gedragsregels invoert, te weten een regime van gedragsregels voor ondernemingen die door de overheid met een bijzondere taak zijn belast (hoofdstuk 4a van het wetsvoorstel) en een regime van gedragsregels voor overheden die ondernemingsactiviteiten verrichten (hoofdstuk 4b van het wetsvoorstel).

Regime wetsvoorstel:

<i>Gedragsregels voor ondernemingen die door de overheid met een bijzondere taak zijn belast (hoofdstuk 4a)</i>	<i>Gedragsregels voor overheden die ondernemingsactiviteiten verrichten (hoofdstuk 4b)</i>
1) <i>Verbod op kruissubsidiëring (25c)</i>	1) <i>Verplichting tot doorberekening van integrale kosten (25dd)</i>
2) <i>Verplichting tot het voeren van een gescheiden boekhouding (25d-25f)</i>	2) <i>Verplichting tot het voeren van een gescheiden boekhouding (25ee)</i>
3) <i>Verbod op exclusief gegevensgebruik (25g)</i>	3) <i>Verbod op exclusief gegevensgebruik (25gg)</i>
	4) <i>Verbod op bevoordeling van eigen overheidsbedrijven boven andere ondernemingen (25ff)</i>
	5) <i>Publicatieplicht (25cc)</i>
	6) <i>Verbod op functievermenging (25hh)</i>

Bij nadere bestudering van de twee regimes van gedragsregels blijkt dat deze in de kern slechts op drie punten verschillen, namelijk de publicatieplicht, het verbod op bevoordeling van eigen overheidsbedrijven boven andere ondernemingen en het verbod op functievermenging. Overheden die ondernemingsactiviteiten verrichten, zijn niet alleen verplicht tot doorberekening van integrale kosten, het voeren van een gescheiden boekhouding en het beschikbaar stellen van gegevens aan derden, maar zijn bovendien gebonden aan deze drie extra verplichtingen. Ondernemingen waaraan de overheid een bijzondere taak heeft toegekend, zijn niet gebonden aan deze drie extra verplichtingen.

Het is de Raad niet duidelijk waarom het wetsvoorstel dit onderscheid maakt. De Raad is van oordeel dat de verplichting tot publicatie van (voorgenomen) economische activiteiten en het verbod op functievermenging ook een nuttige rol kunnen vervullen bij het tegengaan van oneerlijke concurrentie door ondernemingen die belast zijn met een bijzondere taak. Nu de toelichting geen bevredigende motivering geeft voor het gemaakte onderscheid, adviseert de Raad deze aan te vullen en, zo nodig, het wetsvoorstel aan te passen.

4. Naar aanleiding van het advies van de Raad om beter te motiveren waarom onderscheid is gemaakt tussen gedragsregels voor overheidsorganisaties die

ondernemingsactiviteiten verrichten en die voor ondernemingen die door de overheid met een bijzondere taak zijn belast, wordt opmerkt dat voor een nadere motivering geen aanleiding meer is. Het wetsvoorstel is op de laatstgenoemde ondernemingen immers niet meer van toepassing.

5. Toezicht en handhaving

a. Toezicht

1° Vooraf

Bij het toezicht op de naleving van de gedragsregels uit het wetsvoorstel staat voorop dat de klagende onderneming adequaat en voortvarend wordt geholpen, los van de aard en inhoud van diens klacht. Daarvoor dient er een sluitend systeem te zijn dat deze ondernemer bescherming kan bieden tegen oneerlijke concurrentie.

Zoals naar voren komt in het Price Waterhouse Cooper-onderzoek, is het in de praktijk onder de huidige wetgeving moeilijk voor een klager inzicht te krijgen in de financiële betrekkingen tussen overheden en openbare bedrijven.¹ Het wetsvoorstel beoogt dit probleem op te lossen door transparantieregels in te voeren.

Verder komt in het Price Waterhouse Cooper-onderzoek naar voren dat de «weg naar het gelijk» wordt gekenmerkt door allerlei obstakels, waardoor het middel erger lijkt dan de kwaal.¹ Het wetsvoorstel probeert dat probleem op te lossen door voorzieningen te creëren die moeten voorkomen dat klagers met allerlei competentieproblemen te maken krijgen.

Uitgangspunt van het wetsvoorstel is dat particuliere ondernemingen bij de NMa kunnen klagen over oneerlijke concurrentie door overheden. De NMa zal, als zij zelf bevoegd is, deze klacht nader onderzoeken. Als zij niet bevoegd is, zal zij de klagende onderneming doorverwijzen naar:

- de Commissie van de Europese Gemeenschappen, indien sprake is van een mogelijke overtreding van de EG-staatssteunregels;*
- de Kroon (interbestuurlijk toezicht), indien sprake is van een economische activiteit die mogelijk ten onrechte is aangemerkt als een dienst van algemeen economisch belang.²*

2° Staatssteun

Naast bovengenoemde algemene uitgangspunten geldt specifiek voor staatssteun dat het wetsvoorstel parallelle toepassing van de gedragsregels uit het wetsvoorstel enerzijds en de staatssteunregels uit het EG-Verdrag anderzijds uitsluit (zie artikel 25b, eerste lid, en artikel 25dd, tweede lid, onder d). Een gedraging moet of onder nationaal recht worden beoordeeld of onder EG-recht; zij kan niet tegelijkertijd onder beide regimes vallen (vgl. het «one stop shop»-systeem van concentratietoezicht).

Parallelle toepassing van de gedragsregels uit het wetsvoorstel en de staatssteunregels uit het EG-Verdrag wordt niet wenselijk geacht, omdat dit zou betekenen dat de gedragsregels uit het wetsvoorstel op nationaal niveau een zelfde ruime werkingssfeer zouden moeten verkrijgen als de staatssteunregels op EG-niveau (dus bijvoorbeeld inclusief toezicht op staatssteun aan «gewone» ondernemingen). Tevens zou het betekenen dat de NMa staatssteun op een zelfde onafhankelijke wijze zou moeten gaan beoordelen als de Europese Commissie. Dit alles heeft te vergaande consequenties. Gekozen is daarom voor een complementair regime. Dit regime zou in de praktijk een zelfde resultaat moeten hebben als een stelsel van parallelle toepassing.

Het is echter de vraag of met een complementair regime een zelfde resultaat wordt bereikt als met een stelsel van parallelle toepassing. Doordat de werkingssfeer van de gedragsregels van het wetsvoorstel verschilt van de werkingssfeer van artikel 87, eerste lid, van het EG-Verdrag, kunnen in het voorgestelde stelsel niet alle vormen van ongeoorloofde staatssteun door overheden worden aangepakt (zie hetgeen hierover is gezegd in onderdeel 2.d).

Daarnaast speelt het probleem dat een complementair regime, anders dan bij het algemene mededingingsrecht, de werklast voor de Europese Commissie naar verwachting zal doen toenemen. Doordat overheden die besluiten economische activiteiten te gaan verrichten, verplicht worden deze beslissing bekend te maken, gaan «gewone» ondernemingen over meer informatie

¹ Zie PricewaterhouseCoopers Advisory N.V. (in samenwerking met Van Doorne N.V.), Onderzoek naar de problematiek Markt en Overheid, Den Haag, april 2005, p. 57.

² Zie eerste alinea van paragraaf 4 van de memorie van toelichting.

beschikken om een klacht in te dienen. Dit zal resulteren in meer procedures op EG-niveau, omdat al snel sprake is van ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel. Er bestaat met andere woorden een reëel risico dat de druk op de Europese Commissie zal toenemen.

De Raad is van oordeel dat de toelichting meer aandacht dient te besteden aan bovengenoemde problematiek. Hij adviseert deze aan te vullen en daarbij melding te maken van de samenwerking met de Europese Commissie ter zake.

5.2 Handhaving

Het wetsvoorstel maakt, als het gaat om de bestuursrechtelijke handhaving ervan, een onderscheid tussen:

- (i) overtredingen, begaan door bestuursorganen (dat wil zeggen overheden die ondernemingsactiviteiten verrichten);
- (ii) overtredingen van materiële verplichtingen, begaan door ondernemingen die door de overheid belast zijn met een bijzondere taak;
- (iii) overtredingen van boekhoudkundige verplichtingen, begaan door ondernemingen die door de overheid belast zijn met een bijzondere taak.¹

Overtredingen van categorie (i) worden gehandhaafd via een rapport van de NMa, al dan niet gevolgd door een last onder dwangsom (zie artikel 70c en artikel 82b), tenzij sprake is van staatssteun in de zin van artikel 87, eerste lid, van het EG-Verdrag (deze valt onder het toezicht van de Europese Commissie, zie onderdeel 5.a) of een dienst van algemeen economisch belang (deze valt onder het verticaal bestuurlijke toezicht, zie onderdeel 5.a).

Overtredingen van de categorieën (ii) en (iii) worden gehandhaafd via het reguliere NMa-toezicht, dat wil zeggen een rapport, al dan niet gevolgd door een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete (zie de artikelen 70a, 70b en 82b).

Naast bestuursrechtelijke handhaving bestaat de mogelijkheid dat een ondernemer in voorkomend geval een beroep doet op de civiele rechter om onrechtmatig handelen van een overheid te beëindigen dan wel daarvoor schadevergoeding te vragen.

In de toelichting bij het wetsvoorstel wordt gesteld dat voor de handhaving van de gedragsregels voor overheden die ondernemingsactiviteiten verrichten (categorie i), volstaan kan worden met lichtere handhavingsmiddelen dan voor de handhaving van de gedragsregels voor ondernemingen die door de overheid zijn belast met een bijzondere taak (categorieën ii en iii), omdat:

- het opleggen van strafsancities door het ene bestuursorgaan aan het andere bestuursorgaan binnen de bestuurlijke verhoudingen niet goed past;
- de bestuurlijke inbedding en de democratische verantwoording in voorkomende gevallen zullen zorgen voor de nodige bijsturing; en
- de verwachting mag zijn dat overheden de gedragsregels zullen naleven.²

De Raad is van oordeel dat de bovengenoemde argumenten weinig overtuigend zijn. Zij maken niet duidelijk hoe het lichtere handavingsregime voor overheden die ondernemingsactiviteiten verrichten, zich verhoudt tot de problematiek van oneerlijke concurrentie door overheden en de stroom klachten vanuit het bedrijfsleven. De Raad adviseert deze aspecten alsnog te betrekken in de afweging voor een lichter handavingsregime voor overheden die ondernemingsactiviteiten verrichten en, zo nodig, artikel 70c van het wetsvoorstel aan te passen.

5a. Met betrekking tot hetgeen de Raad opmerkt over het niet kunnen aanpakken van alle vormen van ongeoorloofde staatssteun wordt verwezen naar de voorgaande opmerkingen ten aanzien van punt 2, sub d, onder 1°, van het advies van de Raad. Naar aanleiding van de opmerking van de Raad over de mogelijke uitbreiding van de werklast van en de samenwerking met de Europese Commissie is paragraaf 3.2.1 (voorheen: 4.1.1) uitgebreid.

5.2. Naar aanleiding van de opmerking van de Raad over verschillen in handhavingregime merkt het kabinet op dat deze verschillen zich niet langer voordoen omdat het wetsvoorstel geen betrekking meer heeft op ondernemingen die door de overheid met een bijzondere taak zijn belast. Het kabinet is verder van oordeel dat het handhavingregime van het wetsvoorstel adequaat is in relatie tot de gebleken oneerlijke concurrentie door overheden. De

¹ Zie de artikelsgewijze toelichting bij paragraaf 1a (onderdeel c).

² Zie paragraaf 4.1.1 van de toelichting.

dreiging dat bij overtreding de NMa bij beschikking kan verklaren die overtreding te hebben vastgesteld, en een last onder dwangsom kan opleggen, kan worden beschouwd als een effectief middel om de naleving van de gedragsregels te bewerkstelligen. Verder is in dit verband van belang dat voor overheidsorganen de verplichting geldt publieke verantwoording af te leggen aan bijvoorbeeld gemeenteraad of parlement. Dit is een extra stimulans voor overheidsorganen om bij de beslissing om economische activiteiten te gaan verrichten de gevolgen daarvan voor derden te betrekken, en bij het verrichten van die activiteiten de gedragsregels na te leven.

Niet alleen ontbreekt in dit geval de noodzaak, er zijn in dit kader ook bezwaren tegen het opleggen van een boete aan overheden. De gedragsregels uit het wetsvoorstel richten zich maar ten dele tot de overheid als onderneming, namelijk voor zover het betreft de verplichting tot het doorberekenen van alle kosten en het hergebruik van gegevens. De andere verplichtingen, functiescheiding en verbod op bevoordeling, richten zich tot de overheid als bestuurorgaan. Hierbij past een bestuurlijke boete niet. De sanctie van het opleggen van boetes zou dus hoogstens kunnen worden overwogen ten aanzien van de overheid als ondernemer. Het sanctieregime zou hierdoor echter complexer en minder transparant worden.

Alles overziend is het kabinet van mening dat vooralsnog kan worden volstaan met de mogelijkheid voor de NMa om bij beschikking te verklaren een overtreding te hebben vastgesteld of om bij het niet ongedaan maken van de overtreding of bij een risico op herhaling een last onder dwangsom op te leggen. Het kabinet meent dat hiervan een voldoende signaal naar overheden zal uitgaan, waardoor het aantal klachten zal afnemen en er geen noodzaak is voor het kunnen opleggen van een bestuurlijke boete. Naar het oordeel van het kabinet is er dan ook geen reden voor wijziging van het wetsvoorstel op dit punt. Wel ligt het in de rede de effectiviteit van het handhavingregime expliciet mee te nemen in de evaluatie. Deze zienswijze is vertolkt in paragraaf 3.2.2 en de toelichting bij de evaluatiebepaling, artikel III van de memorie van toelichting.

6. Bedrijfseffectentoets en administratieve lasten

De bedrijfseffectentoets heeft alleen betrekking op privaatrechtelijke ondernemingen met een bijzondere taak. In de toelichting wordt op basis van een onderzoek van Atos Consulting geconstateerd dat de additionele administratieve lasten voor deze ondernemingen nihil dan wel niet substantieel zullen zijn, omdat de effecten van de gedragsregels grotendeels via bestaande processen kunnen worden geneutraliseerd.¹ Actal heeft te kennen gegeven op grond van de selectiecriteria geen advies uit te zullen brengen over het wetsvoorstel.²

De Raad merkt op dat met het bovenstaande niet alle uitvoeringskosten van het wetsvoorstel besproken zijn. Het wetsvoorstel heeft niet alleen betrekking op privaatrechtelijke ondernemingen met een bijzondere taak, maar ook op overheden die ondernemingsactiviteiten (gaan) verrichten. Hoewel de uitvoeringskosten voor deze overheden niet als administratieve lasten zijn te kwalificeren, zoals deze door Actal worden opgevat, is de Raad van oordeel dat die kosten desalniettemin wel betrokken dienen te worden in de beoordeling van de gevolgen van het wetsvoorstel. Het voorstel richt zich tot overheden in hun hoedanigheid van onderneming. Dit maakt dat het belangrijk is om ook de uitvoeringskosten voor deze overheden goed te analyseren.

De Raad is van oordeel dat de toelichting in de huidige vorm geen overtuigende argumenten geeft voor de stelling dat de toename van de uitvoeringskosten voor overheden zodanig gering is, dat hieraan geen overwegend negatieve gevolgen zijn verbonden. De Raad adviseert daarom de toelichting op dit punt aan te vullen.

6. De Raad adviseert de toelichting aan te vullen ten aanzien van de uitvoeringskosten van overheden die ondernemingsactiviteiten (gaan) verrichten. In paragraaf 6.2 van de memorie van toelichting wordt ingegaan op de consequenties voor de overheden die ondernemingsactiviteiten gaan verrichten (gemeenten, provincies, waterschappen etc.). In deze paragraaf wordt gerefereerd aan het advies van de Raad voor de financiële verhoudingen (Rfv) van 20 september 2005 over de uitvoeringskosten van de voorgestelde wijziging van de Mededingingswet. De Rfv is bij het opstellen van zijn advies

¹ Atos Consulting, «Onderzoek uitvoeringskosten gedragsregels Verbod op kruis-subsidiëring en bevoordelings-verbod», 20 juli 2005.

² Brief Actal d.d. 17 november 2005, met kenmerk RL/PS/2005/311.

uitgegaan van een eerdere versie van dit wetsvoorstel dat overheden verplichtte een zodanige administratie bij te houden dat zij informatie kunnen verschaffen over de integrale kosten en baten per product of dienst. De Rfv beoordeelde de uitvoeringskosten van die versie van het wetsvoorstel als relatief bescheiden. Omdat dit kabinet grote waarde hecht aan het terugdringen van de lasten voor overheden en het beteugelen van regeldruk, heeft het die administratieve verplichting in deze versie niet opgenomen. Daarmee worden de uitvoeringskosten van dit wetsvoorstel voor overheden die economische activiteiten verrichten, tot een verwaarloosbaar minimum beperkt.

7. Buitenlandtoets

In de toelichting bij het wetsvoorstel wordt in paragraaf 7.3 kort ingegaan op de wijze van aanpak van oneerlijke concurrentie door de overheid in met name de EU-lidstaten. Deze informatie is onder meer gebaseerd op een onderzoek dat het Ministerie van Economische Zaken in 2003 heeft laten uitvoeren in het kader van een overleg met deze andere EU-lidstaten. Van de achttien landen die hebben gereageerd, is door tien landen te kennen gegeven dat zij regelingen hebben die gericht zijn op het voorkomen van marktverstoringen door (commerciële) activiteiten van overheden. In het merendeel van deze landen (onder meer Denemarken, Duitsland en Zweden) is dit gebeurd via een wijziging of aanvulling van de mededingingswetgeving. De toelichting biedt echter geen duidelijkheid over de vraag of de in deze landen geïntroduceerde wetgeving effectief is, zodat te dien aanzien geen conclusies kunnen worden getrokken op basis van deze informatie. De Raad adviseert de toelichting op dit punt aan te vullen.

7. Conform het advies van de Raad over de buitenlandtoets is de desbetreffende paragraaf van de memorie van toelichting aangevuld (thans paragraaf 5).

8. Evaluatie en horizonbepaling

In artikel II, onderdelen A tot en met F, van het wetsvoorstel is een aantal uitzonderingen opgenomen ten aanzien van de inwerkingtreding van bepaalde verplichtingen in het wetsvoorstel, waarbij termijnen worden gehanteerd die variëren van één tot drie jaar na het tijdstip van inwerkingtreding van de wet. Artikel III bepaalt voorts dat aan de Staten-Generaal binnen drie jaar na de inwerkingtreding van het wetsvoorstel een verslag zal worden gezonden over de doeltreffendheid en de effecten van de wet in de praktijk. Op grond van de horizonbepaling in artikel IV, onder 2, van het wetsvoorstel vervalt de wet vijf jaar na het tijdstip van inwerkingtreding, tenzij vóór dat tijdstip bij algemene maatregel van bestuur anders is bepaald.

Het is de vraag hoe de evaluatiebepaling van artikel III zich verhoudt tot de in artikel II opgenomen uitzonderingen, en met name tot die welke zijn opgenomen in onderdeel A, onder 2, en onderdeel F van het wetsvoorstel. Gegeven de termijnen die hierin zijn opgenomen, kunnen deze bepalingen niet worden meegenomen in de evaluatie. De Raad adviseert de toelichting op dit punt aan te vullen en, zo nodig, de relevante artikelen van het wetsvoorstel aan te passen.

Daarnaast blijkt uit de wet niet wat de gevolgen zijn van een eventueel vervallen van de wet voor de bepalingen in de Mededingingswet. Artikel IV, onder 2, van het wetsvoorstel stelt dat de wet vervalt vijf jaar na het tijdstip van inwerkingtreding, tenzij bij algemene maatregel van bestuur verlenging plaatsvindt.

Naar het de Raad voorkomt is het niet alleen de bedoeling de wet te laten vervallen, maar ook de door de wet gewijzigde bepalingen in de Mededingingswet in oude toestand te herstellen. De Raad adviseert dit tot uitdrukking te brengen in artikel IV, onder 2, van het wetsvoorstel. Tevens adviseert hij in de toelichting op te nemen dat de implementatie van de Transparantierichtlijn (het huidige hoofdstuk 4a van de Mededingingswet) niet wordt aangetast.

8. De Raad vraagt aandacht voor de verhouding tussen de overgangsrechtelijke bepalingen en de evaluatieverplichting. Het kabinet onderkent dat

een evaluatie na drie jaar minder zinvol is indien enkele bepalingen van het wetsvoorstel eerst na drie jaar in werking zijn getreden. Om die reden is voorzien dat de evaluatie na vijf jaar zal plaatsvinden. Vanwege het feit dat de evaluatie van belang is om te kunnen beoordelen of de geldigheid van de markt en overheidregels dient te worden verlengd, is de termijn van de zogenoemde horizonbepaling gewijzigd in zeven jaar. In deze bepaling is tevens, overeenkomstig het advies van de Raad, opgenomen dat bij het vervallen van de wet de door de wet gewijzigde bepalingen van de Mededingingswet in de oude toestand worden hersteld, met dien verstande dat tussentijdse wetswijzigingen die ook voor deze bepalingen relevant zijn, bij het herstel in de oude toestand worden betrokken.

9. Redactionele kanttekeningen

Voor redactionele kanttekeningen verwijst de Raad naar de bij het advies behorende bijlage.

9. De redactionele kanttekeningen van de Raad zijn overgenomen, met uitzondering van die aangaande de verplaatsing van de definitiebepaling inzake overheidsonderneming naar artikel 1 van de Mededingingswet. Het begrip «overheidsonderneming» is komen te vervallen omdat toepassing hiervan door een andere formulering van de artikelen 25g en 25h (voorheen artikel 25aa respectievelijk 25bb) niet meer noodzakelijk is. Naar aanleiding van de kanttekening over de citeertitel is de citeertitel in het opschrift van het wetsvoorstel vervangen door een aanduiding van de inhoud van de wijziging, overeenkomstig aanwijzing 108 van de Aanwijzingen voor de regelgeving. Ten slotte is van deze gelegenheid gebruik gemaakt om het wetsvoorstel en de memorie van toelichting op enkele onderdelen aan te passen, daargelaten het reeds genoemde schrappen van de gedragsregels voor ondernemingen die door de overheid met een bijzondere taak zijn belast.

Ten eerste bevat het wetsvoorstel niet langer de verplichting voor overheidsorganisaties om over te gaan tot publicatie van een beslissing economische activiteiten te gaan verrichten of de uitvoering van economische activiteiten voort te zetten. Bij nadere overweging wegen de bestuurlijke lasten die deze verplichting voor overheden kan opleveren, zwaarder dan het met de verplichting beoogde effect – grotere transparantie over economische activiteiten.

Ten tweede bevat het wetsvoorstel, zoals opgemerkt, niet langer de verplichting voor overheden die economische activiteiten verrichten, een zodanige administratie bij te houden dat zij informatie kunnen verschaffen over de integrale kosten en baten per product of dienst. Het is echter noodzakelijk dat de NMa effectief toezicht kan uitoefenen op de naleving door die overheden van de verplichting om ten minste de integrale kosten van een product of dienst in rekening te brengen. Daarom worden die overheden ingevolge artikel 25i, vierde lid (nieuw), van het wetsvoorstel verplicht op verzoek van de NMa aan te tonen dat zij aan die verplichting tot kostendoorberekening hebben voldaan.

Ten derde is in artikel 70c bepaald dat de raad van de Nederlandse Mededingingsautoriteit bij beschikking kan verklaren dat een overtreding is vastgesteld. Het is voor de vaststelling dat een overtreding van de gedragsregels is begaan en voor de publicatie daarvan niet voldoende dat de overtreding in een ambtelijk rapport wordt geconstateerd, zoals was bepaald in het aan de Raad voorgelegde wetsvoorstel.

Ten vierde is de bepaling inzake de uitsluiting van zelfvoorziening (artikel 25h, tweede lid) aangepast. Bij nader inzien verdient het de voorkeur ook economische activiteiten tussen overheden, overheidsbedrijven inbegrepen, uit te zonderen. Men kan spreken van een vorm van zelfvoorziening binnen het totale «overheidsconcern». Dit is van belang voor de samenwerking tussen afzonderlijke overheden.

Ten vijfde zijn de onderdelen C en verder van artikel I zijn gewijzigd en aangevuld in verband met de inwerkingtreding van de Wet van 28 juni 2007 houdende wijziging van de Mededingingswet als gevolg van de evaluatie van die wet (Stb. 2007, 284).

De Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De waarnemend Vice-President van de Raad van State,
P. van Dijk*

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

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

**Bijlage bij het advies van de Raad van State betreffende
no. W10.06.0065/II met redactionele kanttekeningen die de Raad in
overweging geeft.**

- Gelet op de in het opschrift van het wetsvoorstel opgenomen citeertitel, een bepaling tot vaststelling hiervan toevoegen (aanwijzing 185 van de Aanwijzingen voor de regelgeving).
- In het voorgestelde artikel 25b, vierde lid, onder d en e, «zoals bedoeld» vervangen door: genoemd (aanwijzing 82 van de Aanwijzingen voor de regelgeving).
- In het voorgestelde artikel 25cc, vijfde lid, «de minister» twee maal vervangen door: Onze minister (artikel 1, onder a, Mededingingswet).
- De in de voorgestelde artikelen 25a, eerste lid, onder f, en 25aa, eerste lid, opgenomen definitie van het begrip «overheidsonderneming» schrappen. In plaats daarvan aan artikel 1 van de Mededingingswet de volgende begripsbepaling toevoegen: «p. overheidsonderneming: een onderneming die deel uitmaakt van een krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersoon of van een gemeenschappelijke regeling met een gemeenschappelijk orgaan als bedoeld in artikel 8, tweede lid, van de Wet gemeenschappelijke regelingen» (aanwijzing 122 van de Aanwijzingen voor de regelgeving).
- In het voorgestelde artikel IV, onder 3, «De voordracht voor de in het tweede lid bedoelde algemene maatregel van bestuur» vervangen door: De voordracht voor een krachtens het tweede lid vast te stellen algemene maatregel van bestuur (aanwijzing 37, onder a, van de Aanwijzingen voor de regelgeving).