POT ▲ JONKER advocaten

Postbus 280
2000 AG Haarlem

Nieuwe Gracht 124
2011 NM Haarlem

T +31 (0)23 553 02 30
F +31 (0)23 553 02 60

www.potjonker.nl

Ministerie van Economische Zaken
Bezuidenhoutseweg 73
2594 AC DEN HAAG

Datum	: 20 oktober 2017
Van	: [redacted], advocaten
Onze ref	: D103493
Betreft	: **INTERNETCONSULTATIE WETSVOORSTEL WIJZIGING WET MARKT EN OVERHEID**
Telefoon	: +31(0)23 5530230
E-mail	: [redacted]

Geachte dames en heren,

We hebben kennis genomen van de internetconsultatie inzake het wetsvoorstel "wijziging van de Mededingingswet in verband met wijziging van de bepalingen over markt en overheid en wijzigingen in het concentratietoezicht en wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek en de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek in verband met de nationale toepassing van de mogelijkheid tot privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht".

Door middel van dit schrijven maken wij gebruik van de mogelijkheid om onze zienswijze te geven op voornoemd wetsvoorstel. Deze reactie ziet enkel op de voorgenomen wijziging in de Wet Markt en Overheid (hierna: de "**Wet M en O**"), die is verankerd in hoofdstuk 4b van de Mededingingswet.

Met de voorgenomen wijziging van de Wet M en O vindt hoofdzakelijk een drietal wijzigingen plaats ten aanzien van de zogenoemde algemeenbelanguitzondering:

- het besluit waarmee een bepaalde economische activiteit aangewezen kan worden als een economische activiteit van algemeen belang dient verplicht door middel van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure voorbereid te worden;
- er worden motiveringseisen gesteld aan een besluit tot aanwijzing van een economische activiteit van algemeen belang;
- iedere vijf jaar wordt een evaluatie verplicht gesteld van een algemeenbelangbesluit.

Alhoewel de Wijzigingswet een stap in de goede richting is ten opzichte van de huidige Wet Markt en Overheid, zijn wij van mening dat sommige punten nog verbetering of aanscherping behoeven.

In dat verband zal hieronder eerst stilgestaan worden bij de huidige Wet M en O en de problematiek die wij sinds de inwerkingtreding van de Wet in de praktijk hebben geconstateerd op basis van concrete kwesties die aan ons zijn voorgelegd. Vervolgens zullen zeven punten uiteengezet worden die naar onze mening verbetering of aanscherping behoeven. Ten slotte zal op de open vragen bij de internetconsultatie worden ingegaan.

Pot Jonker Advocaten N.V. is gevestigd te Haarlem en ingeschreven in het handelsregister onder nr. 34272986. Alle diensten en (andere) werkzaamheden worden verricht uit hoofde van een overeenkomst van opdracht met Pot Jonker Advocaten N.V. Op de overeenkomst zijn de algemene voorwaarden van toepassing die zijn afgedrukt op de achterzijde van deze brief en staan vermeld op www.potjonker.nl.

IBAN-rekeningnummer derdengelden NL06RABO 0109 1323 19, BIC RABONL2U t.n.v. Stichting Derdengelden Pot Jonker Advocaten.

netlaw

I. De huidige Wet Markt en Overheid

I.1 Inleiding

1. De Wet M en O is ingevoerd in 2011 ten einde "zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen overheden die als aanbieder van goederen of diensten aan derden optreden (ondernemer) enerzijds, en andere, particuliere ondernemingen anderzijds"[1] te creëren. Hiermee zou uiteindelijk "de ruimte om te ondernemen voor het bedrijfsleven [toenemen]."[2]

2. Op basis van de Wet M en O is een viertal gedragsregels ingevoerd, waaraan overheden die economische activiteiten ontplooien zich moeten houden. Deze gedragsregels luiden als volgt:

   - de kosten van de economische activiteit moeten integraal doorberekend worden. Dit houdt in dat de overheid zodanige prijzen voor de economische activiteiten die zij ontplooit moet vaststellen, dat deze activiteiten tenminste kostendekkend zijn;
   - verbod op exclusief gegevensgebruik. Hiermee moet voorkomen worden dat de overheid van gegevens gebruik maakt waar zij exclusief de beschikking over heeft en waar anderen (de marktpartijen) niet over kunnen beschikken;
   - verbod op functievermenging. Deze gedragsregel moet de situatie voorkomen dat taken en bevoegdheden met betrekking tot economische activiteiten enerzijds en de uitoefening van bestuurstaken die daar op een bepaalde wijze een relatie mee hebben anderzijds bij dezelfde persoon berusten;
   - bevoordelingsverbod van overheidsbedrijven. Deze regel strekt ertoe om te voorkomen dat bedrijven waarvan het beleid door de overheid bepaald kan worden, worden bevoordeeld.

3. De Wet M en O bevat echter ook een uitzondering. Indien een overheid vaststelt dat een bepaalde economische activiteit van algemeen belang is, dan zijn (kort gezegd) de vier gedragsregels niet meer van toepassing op die betreffende economische activiteit.

4. Uit de evaluatie van de Wet Markt en Overheid is naar voren gekomen dat met name gemeenten veel gebruik maken van de algemeenbelanguitzondering.

5. In de praktijk bestaat er een aantal problemen waar marktpartijen tegenaan lopen:

   - de besluiten worden niet tot nauwelijks gemotiveerd, waardoor het voor marktpartijen veelal volstrekt niet kenbaar is wat de gevolgen zijn van dergelijk besluiten.
   - voor zover de besluiten wel een motivering bevatten, geldt dat de motivering veelal ontoereikend is om de beslissing om de gedragsregels in de Wet M en O opzij te kunnen te zetten, te kunnen dragen;
   - de belangen van marktpartijen worden niet dan wel onvoldoende meegenomen in de afweging;
   - de rechtsbescherming tegen algemeenbelangbesluiten biedt marktpartijen onvoldoende soelaas.

6. Hieronder worden deze punten toegelicht.

---

[1] *Kamerstukken II* 2007/08, 31 354, nr. 3 (MvT), p. 2.
[2] Idem.

I.2 *De besluiten zijn in veel gevallen in het geheel niet gemotiveerd en voor zover dat wel het geval is, is de motivering veelal ontoereikend*

7. Sinds de inwerkingtreding van de Wet M en O hebben veel gemeenten algemeenbelangbesluiten genomen voor economische activiteiten die door de desbetreffende gemeenten (blijkbaar) niet kostendekkend worden aangeboden. De besluiten worden genomen als 'redmiddel' om te voorkomen dat in strijd met de Wet M en O wordt gehandeld. Voorafgaand aan het nemen van de besluiten werd echter niet getoetst:

   - óf met het aanbieden van de economische activiteit in kwestie een algemeen belang wordt gediend;
   - óf het noodzakelijk is voor het dienen van het algemeen belang om de activiteit niet (langer) kostendekkend aan te bieden;
   - óf de activiteit wellicht in de nabije omgeving op toereikende wijze ook door marktpartijen wordt aangeboden én of deze marktpartijen de economische activiteit wellicht wél kunnen aanbieden op een kostendekkende wijze;
   - wat de gevolgen van het besluit zijn voor marktpartijen die in de nabijheid dezelfde activiteit aanbieden.

8. Het gaat in veel gevallen, zoals ook uit de Memorie van Toelichting van de beoogde wijziging van de Wet Markt en Overheid naar voren komt, om generieke, ongemotiveerde besluiten.

9. Ter illustratie kan op de volgende algemeenbelangbesluiten gewezen worden:

   - de gemeente Westland die de "verkoop van houtsnippers" als economische activiteit van algemeen belang heeft aangewezen;
   - de gemeente Rotterdam die de "exploitatie van recreatieterreinen" als economische activiteit van algemeen belang heeft aangewezen;
   - de gemeente Dinkelland die verhuur van "maatschappelijk vastgoed" als economische activiteit van algemeen belang heeft aangewezen.

10. Uit géén van deze besluiten wordt duidelijk wat de praktische (materiële) gevolgen van het besluit zullen zijn en waarom het noodzakelijk is dat het besluit wordt genomen.

11. Zal de gemeente Westland de verkoop van houtsnippers weliswaar verlieslatend, maar tegen marktconforme prijzen aanbieden? Of vindt er na enige tijd een aanzienlijke verlaging van de verkoopprijs plaats? Ziet het algemeenbelangbesluit van de gemeente Dinkelland op de gedragsregel die de integrale kostendoorberekening verplicht stelt, of wordt het betreffende besluit enkel genomen vanwege het verbod op functievermenging? Ook is het denkbaar dat een algemeenbelangbesluit in eerste instantie wordt genomen om de betreffende economische activiteit uit te zonderen van het bevoordelingsverbod voor overheidsbedrijven, maar dat het besluit later alsnog wordt gebruikt om de activiteit verlieslatend te kunnen aanbieden.

12. Kortom, het doel en de praktische strekking van de algemeenbelangbesluiten zijn vaak op voorhand voor marktpartijen niet kenbaar. Dit heeft er in veel gevallen toe geleid dat de overheden betrekkelijk geruisloos een algemeenbelangbesluit hebben kunnen nemen. Daar komt nog bij dat de overheden doorgaans de betrokken of getroffen marktpartijen vooraf niet consulteren, waardoor de belangen van die marktpartijen niet worden meegewogen én meegenomen in een dergelijk besluit.

13. Door deze gang van zaken raken marktpartijen in veel gevallen pas bekend met (de voor hen nadelige) gevolgen van algemeenbelangbesluiten, nádat de bezwaartermijn van zes weken al geruime tijd is verstreken. Het besluit heeft dan inmiddels formele rechtskracht en kan niet meer worden aangetast. Omdat er in de algemeenbelangbesluiten geen horizonbepaling wordt opgenomen, kunnen deze besluiten tot in lengte der dagen blijven gelden.

14. Dit laatste klemt te meer daar het opzij zetten van de gedragsregels, in het bijzonder de regel dat overheden die economische activiteiten exploiteren daarvoor kostendekkende tarieven in rekening moeten brengen, tot gevolg heeft dat de overheid in feite voor onbepaalde tijd dan dus volledige vrijheid heeft om bijvoorbeeld de desbetreffende activiteit op enig moment zelfs gratis aan te bieden. Voor marktpartijen die in de nabije omgeving dezelfde activiteit aanbieden is dit – vanzelfsprekend – funest.

15. Zoals hiervoor al is opgemerkt, constateren wij dat marktpartijen zelden tot nooit voorafgaand aan het besluit worden geconsulteerd over de noodzaak én de gevolgen van een algemeenbelangbesluit. In verreweg de meeste gevallen vindt er in het geheel geen afweging plaats tussen de (beoogde) effecten van het algemeenbelangbesluit én de gevolgen hiervan voor (de belangen van) marktpartijen. Naar onze mening zou wel in de motivering die ten grondslag ligt aan het algemeenbelangbesluit tot uitdrukking moeten worden gebracht dat er een belangenafweging heeft plaatsgevonden en wat daarvan het resultaat is.

I.3 *De rechtsbeschermingmogelijkheden bieden ondernemers te weinig soelaas*

16. Indien een ondernemer het niet eens is met een algemeenbelangbesluit kan bezwaar worden gemaakt bij het orgaan dat het besluit heeft genomen en vervolgens kan – indien het bezwaar wordt afgewezen – eventueel ook nog beroep worden ingesteld bij de Mededingingskamer van de rechtbank Rotterdam. Voor ondernemers is deze route om twee redenen vaak niet opportuun. In de praktijk wordt er daardoor dan ook nauwelijks gebruik van gemaakt.

17. In de eerste plaats neemt een procedure tegen een algemeenbelangbesluit zeer veel tijd in beslag en is het een zeer kostbare aangelegenheid.

18. De bezwaarprocedure zal doorgaans al aanzienlijke tijd in beslag nemen. Daarbij is door ons geconstateerd in de (in totaal vijf) zaken waarin wij namens een marktpartij bezwaar hebben aangetekend, dat adviezen van bezwaarschriftencommissies die strekken tot herroeping van het algemeenbelangbesluit door de gemeenten in kwestie worden genegeerd. Deze adviezen worden eenvoudigweg terzijde geschoven. Dit heeft veelal te maken met het feit dat (op gemeentelijk niveau) de besluitvorming door de gemeenteraad plaatsvindt. In veel gevallen is het negatieve advies van de bezwaarschriftencommissie om – met name – politieke redenen terzijde gesteld; in enkele gevallen is zelfs een advies, waarin de bezwaarschriftencommissie oordeelde dat sprake was van een *onmiskenbaar onrechtmatig* besluit, wegens politieke redenen terzijde gesteld.

19. Ook het beroep bij de Mededingingskamer neemt doorgaans veel tijd in beslag. En indien de ondernemer uiteindelijk blijkt succesvol te zijn, zal hij zijn aangewezen op een separate procedure (bij de civiele rechter) om de geleden (omzet)schade te kunnen verhalen. Het is bovendien een zeer lastige exercitie om exact in kaart te brengen hoe hoog deze schade is.

20. Alleen al de kosten die deze langdurige bezwaar- en beroepsprocedures met zich brengen, maken dat marktpartijen niet snel geneigd zijn een naar hun mening onrechtmatig genomen algemeenbelangbesluit aan te vechten.

    Nb. Voor sommige marktpartijen geldt dat zij hun omzet als gevolg van een algemeenbelangbesluit, dat het mogelijk maakt dat een gemeente in de directe nabijheid dezelfde economische activiteit tegen een verlieslatend tarief gaat uitvoeren, zódanig zien teruglopen, dat zij moeite hebben het hoofd boven water te houden. Toereikende middelen om lang slepende juridische procedures te gaan voeren, zijn er dan simpelweg niet.

21. In de tweede plaats heeft een algemeenbelangbesluit – zoals hiervoor onder I.2 is uiteengezet geen beperkingen in de duur daarvan (er mist een horizon horizonbepaling). Aangezien de gevolgen van een algemeenbelangbesluit vaak pas enige tijd na de inwerkingtreding daarvan merkbaar zijn voor marktpartijen, wordt doorgaans niet tijdig tegen een algemeenbelangbesluit opgekomen.

22. Ondernemers die na de inwerkingtreding van een algemeenbelangbesluit starten met het ontplooien van hun economische activiteiten (die concurreren met de economische activiteiten van de overheid die worden gedekt door een algemeenbelangbesluit) zullen veelal überhaupt niet in staat zijn geweest om hier tegenop te komen. Zij zijn dan dus volledig overgeleverd aan de (politieke) grillen van de overheid.

II. Het wetsvoorstel van wijziging van de Wet M en O

II.1 Inleiding

23. De beoogde wijzigingen in de Wet M en O zijn een stap in de goede richting. Echter, vanwege de verstrekkende gevolgen die (kunnen) kleven aan een algemeenbelangbesluit, achten wij de beoogde wijzigingen nog onvoldoende toereikend.

24. In dat verband stellen wij een zevental aanscherpingen c.q. wijzigingen voor op het huidige voorstel van wet:

    1) het begrip "economische activiteit van algemeen belang" moet (nader) afgebakend worden;

    2) de definitie "marktfalen" dient als zelfstandige motiveringseis opgenomen en bovendien nader afgebakend te worden;

    3) verplicht stellen om – voor zover het betreffende overheidsorgaan voornemens is om de dienst of goederen verlieslatend aan te bieden – in het algemeenbelangbesluit op te nemen voor welk tarief de economische activiteit verricht zal worden, óf (tenminste) op welke wijze het tarief (gelet op het gestelde algemeen belang) in de toekomst vastgesteld zal worden;

    4) in het kader van de "noodzaak" van de algemeenbelanguitzondering dient het bestuursorgaan gedwongen te worden om eerst (minder verstrekkende) alternatieven te onderzoeken;

5) in plaats van een vijfjaarlijkse evaluatie stellen wij voor om een horizonbepaling in de wet op te nemen;

6) het overgangsrecht voor bestaande besluiten schiet tekort, er moet binnen twee jaar na inwerkingtreding van de herziene Wet M en O een nieuw algemeenbelangbesluit genomen worden dat voldoet aan de nieuwe motiveringseisen (dit betekent dus dat ook voor deze besluiten een horizonbepaling moet worden opgenomen);

7) wij stellen een beperking voor op de mogelijkheid om een algemeenbelangbesluit indien de overheid zélf debet is aan de noodzaak voor toepassing van de algemeenbelanguitzondering.

25. Hieronder zal elk van deze punten worden toegelicht.

II.2 Nadere afbakening van het begrip "economische activiteit van algemeen belang"

26. Wij hebben geconstateerd dat (met name) gemeenten het begrip "economische activiteit van algemeen belang" aanzienlijk verschillend uitleggen. De oorzaak hiervan ligt (deels) besloten in de wetgeschiedenis van de huidige Wet M en O.

27. In eerste instantie luidde het wetsvoorstel inzake de algemeenbelanguitzondering als volgt (artikel 25i lid 2 aanhef en onder a):

> *"Het eerste lid [dat integrale kostendoorberekening verplicht stelt] is niet van toepassing:*
>
> *voor zover naar het oordeel van het bestuursorgaan sprake is van de vervulling van het beheer van een dienst van algemeen economisch belang waarmee het bestuursorgaan is belast en de economische activiteiten en de bekostiging daarvan uit de algemene middelen daarvoor noodzakelijk zijn."*[3]

28. De Memorie van Toelichting hierbij luidde (voor zover hier van belang) als volgt:

> *"Krachtens het tweede lid gelden enkele uitzonderingen op deze gedragsregel. Blijkens onderdeel a geldt de verplichting van kostendekkendheid niet voor zover sprake is van activiteiten ter uitvoering van een dienst van algemeen economisch belang die aan de overheidsorganisatie is opgedragen. Diensten van algemeen economisch belang zijn diensten die voor de samenleving van algemeen belang worden geacht. Deze diensten onderscheiden zich van »gewone diensten» door de aanwezigheid van publieke belangen met betrekking tot bijvoorbeeld kwaliteit, toegankelijkheid of leveringszekerheid. De term «diensten van algemeen economisch belang» is afkomstig van het EG-Verdrag (artikelen 16 en 86), zij het dat de term hierin niet is gedefinieerd. In de jurisprudentie en Commissie-documenten wordt het begrip verder toegepast. Diensten van algemeen economisch belang (verder DAEB) worden door de overheid aan ondernemingen opgedragen ter uitvoering waarvan door deze ondernemingen economische activiteiten op de markt worden verricht. Hieraan kunnen bepaalde vereisten worden gesteld om het publieke belang te waarborgen. Voorbeelden van DAEB's zijn post, omroep, arbeidsbemiddeling, energie, telecommunicatie, bepaalde vormen van hoger onderwijs, audiovisuele diensten, sociale woningbouw en bepaalde zorgdiensten. Daarnaast*

[3] *Kamerstukken II* 2007/08, 31 354, nr. 2.

kunnen uiteraard economische activiteiten die voortvloeien uit internationale verplichtingen worden gezien als noodzakelijk voor de uitvoering van een DAEB."[4]

29. Nadien heeft een amendement van het wetsvoorstel plaatsgevonden (*Kamerstukken II* 2008/09, 31 354, nr. 31) naar het huidige artikel 25h lid 5 Mw. De toelichting bij die amendement luidde als volgt:

> *"Dit amendement zorgt ervoor dat de autonomie van decentrale overheden bij de behartiging van het algemeen belang volledig gerespecteerd wordt. Decentrale overheden, zoals provinciale staten en gemeenteraden krijgen zelf onverkort de ruimte om te bepalen of er sprake is van een economische activiteit in het algemeen belang. Indien decentrale overheden een economische activiteit als algemeen belang beschouwen is de wet in het geheel niet van toepassing."*[5]

30. Dit amendement – in combinatie met de daaraan verbonden toelichting – heeft er in feite toe geleid dat diverse decentrale overheden (en dan met name gemeenten) de Wet M en O als een facultatieve wet hebben benaderd. In feite hebben de decentrale gemeenten hieruit afgeleid dat zij de volledige (onverkorte) vrijheid hebben om te bepalen wat een economische activiteit is die in het algemeen belang plaatsvindt.

31. In dat verband zouden wij in algemene zin ervoor willen pleiten om het begrip "economische activiteit algemeen belang" nader af te bakenen. Dit zou als volgt mogelijk kunnen zijn.

32. In de eerste plaats zou in de Memorie van Toelichting (alsnog c.q. opnieuw) opgenomen kunnen worden dat economische activiteiten van algemeen belang, economische activiteiten zijn *die voor de samenleving van algemeen belang worden geacht*. Deze economische activiteiten onderscheiden zich dus van "gewone economische activiteiten" door de aanwezigheid van publieke belangen met betrekking tot bijvoorbeeld kwaliteit, toegankelijkheid of leveringszekerheid. Voor de uitleg van het begrip economische activiteit zou aansluiting gezocht kunnen worden bij de Europese jurisprudentie inzake de diensten van algemeen economisch belang (zie het citaat bij alinea 41 hierna).

33. In de tweede plaats kan in de motiveringseisen, zoals deze in een algemene maatregel van bestuur zullen worden opgenomen, de eis opgenomen worden dat wordt gemotiveerd *waarom* de economische activiteit voor de samenleving van algemeen belang wordt geacht én waarom die economische activiteit zich onderscheidt van "gewone economische activiteiten" (én waarom het noodzakelijk is een tarief beneden kostprijs in rekening te brengen om het algemeen belang te kunnen dienen).

34. Het kan niet zo zijn dat de overheid zomaar iedere economische activiteit als economische activiteit van algemeen belang kan aanwijzen; er moet een breder maatschappelijk belang betrokken zijn bij de uitoefening van de economische activiteit door de overheid. Ook zou het algemeenbelangbesluit gericht moeten zijn op een grote maatschappelijke groep; het moet dus niet louter gaan om een specifieke (kleine) groep die aan het algemeenbelangbesluit voordelen ontleent. Dan gaat het immers niet om een *algemeen* belang maar om een *specifiek* belang.

---

[4] *Kamerstukken II* 2007/08, 31354, nr. 3, p. 36 – 37, onderstreping toegevoegd.
[5] *Kamerstukken II* 2008/09, 31 354, nr. 31

Nb. Ter illustratie kan worden gewezen op algemeenbelangbesluiten die worden genomen om gemeentelijke parkeergarages tegen verlieslatende tarieven te kunnen exploiteren in de hoop dat op die manier de omzetten van de plaatselijke middenstand zullen stijgen. In een dergelijke situatie is geen sprake van een algemeen belang, maar van een (vermeend) specifiek belang. Dat is niet voldoende om een algemeenbelangbesluit te kunnen nemen. In de twee zaken die hierover tot op heden zijn voorgelegd aan de Mededingingskamer van de rechtbank Rotterdam, heeft de rechtbank geoordeeld dat het primaire besluit moet worden vernietigd.[6]

II.3 Marktfalen

35. In de Handreiking bij de Wet M en O is ten aanzien van het vereiste van marktfalen het volgende opgenomen:

> *"Dat algemeen belang is er niet, indien de markt zelf voorziet in het aanbod van de desbetreffende goederen of diensten (geen sprake van marktfalen)."*[7]

36. In de praktijk hebben wij geconstateerd dat een (voorgenomen) algemeenbelangbesluit zelden tot nooit aan dit vereiste wordt getoetst. Voor zover dit wél gebeurt, constateren wij dat de uitleg van het begrip van marktfalen zeer verschillend wordt toegepast.

37. Een motivering die wij in dat verband (in ongeveer dezelfde woorden) in de praktijk zijn tegengekomen, is dat er sprake is van marktfalen indien de marktpartijen een tarief hanteren voor een bepaalde dienst of goed, waarmee de beleidsdoelstellingen van een overheidsorgaan niet zouden kunnen worden behaald. Dat zou dan een rechtvaardiging opleveren voor overheidsingrijpen (tegen verlieslatende tarieven).

In een procedure waarover de Mededingingskamer van de rechtbank Rotterdam te oordelen kreeg [8], betoogde de desbetreffende gemeente dat er sprake was van marktfalen omdat de marktpartijen niet bereid waren om het parkeren (bij wijze van een proef) gratis aan te bieden.

38. Naar onze mening is dat geen marktfalen. Immers, op deze wijze kan een bestuursorgaan zelf het bestaan van marktfalen in het leven roepen. Dat zou wat ons betreft niet aan de orde moeten zijn. Als de markt een bepaald goed of dienst aanbiedt op een wijze waardoor er op grote schaal gebruik van kan worden gemaakt, is geen sprake van marktfalen en is er in beginsel geen noodzaak tot overheidsingrijpen. Het nemen van een algemeenbelangbesluit voor de desbetreffende economische activiteit zou dan niet mogelijk moeten zijn.

39. Het feit dat de verschillende overheden een algemeen belangbesluit ofwel in het geheel niet toetsen aan het vereiste van marktfalen ofwel dit begrip zeer verschillend toepassen, pleit ervoor om enerzijds – in de nog op te stellen algemene maatregel van bestuur – als harde motiveringseis op te nemen dat sprake moet zijn van marktfalen, en anderzijds om het begrip marktfalen nader af te bakenen in de Memorie van Toelichting.

40. Concreet zou dit ons inziens gestalte kunnen krijgen door het element "marktfalen" een wezenlijk onderdeel uit te laten maken van de "*duiding van de noodzaak om de*

---

[6] ECLI:NL:RBROT:2017:6538 en ECLI:NL:RBROT:2017:7170.
[7] Handreiking bij de Wet Markt en Overheid van het Ministerie van Economische Zaken, p. 26.
[8] ECLI:NL:RBROT:2017:6538.

algemeenbelanguitzondering in te roepen", zoals genoemd in de Memorie van Toelichting van het voorstel van wijziging van de Wet M en O (pagina 9) .

41. Voor de uitleg van het begrip marktfalen zou (net als voor het begrip economische activiteit van algemeen belang) bij het Europese begrip van marktfalen aangesloten kunnen worden. Relevant is in dat verband de 'Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie':[9]

> *" (45) (...) Het Hof van Justitie heeft bevestigd dat diensten van algemeen economisch belang diensten zijn die zich door hun specifieke kenmerken onderscheiden van die van andere economische activiteiten.*
>
> *(47) Volgens het eerste Altmark-criterium dient een taak van algemeen economisch belang te worden omschreven. Dit vereiste valt samen met het vereiste van artikel 106, lid 2, van het Verdrag. Uit artikel 106, lid 2, van het Verdrag volgt dat ondernemingen die met het beheer van diensten van algemeen economisch belang worden belast, ondernemingen zijn waaraan "een bijzondere taak" is toevertrouwd. Algemeen genomen, dient onder "bijzondere taak van openbare dienstverlening" te worden verstaan het verrichten van diensten die een onderneming, <u>indien zij zich door haar eigen commerciële belangen zou laten leiden, zonder compensatie niet, of niet in dezelfde mate onder dezelfde voorwaarden, zou leveren</u>. De lidstaten of de Unie kunnen, uit hoofde van een criterium "algemeen belang" aan deze diensten specifieke verplichtingen verbinden.*
>
> *(48) De Commissie is dus van oordeel dat het <u>niet passend</u> zou zijn om specifieke openbare dienstverplichtingen te verbinden aan een activiteit die al wordt verricht of die op bevredigende wijze kan worden verricht en op voorwaarden (zoals prijs van, objectieve kwaliteitskenmerken van, continuïteit van en toegang tot de dienst) die stroken met het algemeen belang, zoals dat door de staat is omschreven, <u>door ondernemingen die onder normale marktomstandigheden actief zijn</u>. (...)."* (onderstrepingen toegevoegd)

42. Kort en goed betekent dit dat *eerst* moet worden vastgesteld of er sprake is van een "economische activiteit van algemeen belang". Is daar sprake van, dan moet vastgesteld worden of er marktpartijen zijn die de betreffende economische activiteit verrichten op een wijze die overeenstemt met het algemeen belang. Als dat het geval is, dan is er dus geen sprake van marktfalen en bestaat er geen rechtvaardiging voor de overheid om dezelfde activiteit te gaan uitoefenen maar dan beneden de kostprijs.

<u>II.4</u> <u>Op voorhand vaststellen van een tarief of een wijze waarop het tarief zal worden vastgesteld</u>

43. Als er eenmaal een algemeenbelangbesluit voor een bepaalde economische activiteit is genomen, is de desbetreffende overheid vervolgens volledig vrij om het tarief zo ver te laten dalen als haar goeddunkt. De activiteit kan dus ook op enig moment geheel gratis worden aangeboden. Dat gaat naar onze mening veel te ver.

44. In de motiveringseisen die in de Memorie van Toelichting bij de beoogde wijziging van de Wet M en O worden genoemd is onder 4 en 5 opgenomen dat een "*beschrijving van de gevolgen van het gebruik van de algemeenbelanguitzondering op ondernemers*" moet worden gegeven en dat het besluit voorts blijk moet geven van een "*afweging van de noodzaak van*

[9] 2012/C 8/02.

afwijking van de gedragsregels op grond van het algemeenbelangbesluit enerzijds, tegenover het effect op ondernemers anderzijds".[10]

45. In lijn met deze vereisten zou onzes inziens – voor zover een algemeenbelangbesluit ertoe strekt om een dienst of goed (kort gezegd) verlieslatend aan te bieden – op voorhand vastgesteld moeten worden voor welk tarief, gelet op het algemeen belang, de overheid de dienst of het goed zal aanbieden, of (indien zulks niet mogelijk is) op welke wijze het tarief in de toekomst zal worden vastgesteld (bijvoorbeeld aan de hand van een vooraf vastgestelde bandbreedte). Vooraf zal dus inzichtelijk moeten worden gemaakt met welk (minimum)tarief het algemeen belang wel nog kan worden gediend. Dit om te voorkomen dat de tarifering op enig moment onnodig laag zal zijn, waardoor marktpartijen onevenredig veel nadeel ondervinden van het algemeenbelangbesluit.

II.5 Onderzoeken van alternatieven

46. In de Memorie van Toelichting zou onzes inziens beter benadrukt moeten worden dat een algemeenbelangbesluit een *last resort* is. Het betreffende overheidsorgaan moet eerst onderzocht hebben dat er echt geen alternatieve oplossingen zijn om het gestelde algemeen belang te behartigen, die wellicht minder concurrentieverstorend werken. Pas als die toets verricht is, zou aangenomen moeten worden dat de vereiste noodzakelijkheid voor het algemeenbelangbesluit aanwezig is.

47. In de praktijk is door ons geconstateerd dat die toets zelden wordt toegepast en dat er in dat kader zelden deugdelijk onderzoek naar alternatieven wordt verricht. Gelet op het doel en de strekking van de Wet M en O – waaronder het tegengaan van oneerlijke concurrentie van de overheid – zou een dergelijk onderzoek te allen tijde plaats moeten vinden voordat de algemeenbelanguitzondering wordt toegepast.

48. Om iedere onduidelijkheid op dit punt weg te nemen, zou naar onze mening in de Memorie van Toelichting opgenomen moeten worden dat in het kader van de vraag of een algemeenbelangbesluit noodzakelijk is, ook onderzocht moet zijn of er niet (minder verstrekkende) alternatieven bestaan voor een algemeenbelangbesluit. Dit alternatief moet er dan op gericht zijn om (nagenoeg) hetzelfde doel te bereiken als het doel dat met een algemeenbelangbesluit zou worden beoogd en bovendien zo min mogelijk (negatieve) gevolgen moeten hebben voor marktpartijen.

> Ter illustratie kan opnieuw worden gewezen op een zaak waarover de Mededingingskamer van de rechtbank Rotterdam te oordelen kreeg.[11] In het kader van een algemeen belang besluit dat was genomen voor de exploitatie van een gemeentelijke parkeergarage werd toegelicht dat lagere tarieven (onder kostprijsniveau) in de garage nodig waren om het straatparkeren terug te dringen. Er was echter geheel niet onderzocht of datzelfde doel niet ook zou kunnen worden bereikt door, bijvoorbeeld, het straatparkeren duurder te maken.

II.6 Horizonbepaling in plaats van evaluatie

49. In onze perceptie is een evaluatie van een algemeenbelangbesluit een stap in de goede richting, maar zal dit in de praktijk marktpartijen te weinig soelaas bieden.

---

[10] Zie pagina 9 van de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel.
[11] ECLI:NL:RBROT:2017:7170.

50. In lijn met het doel van de Wet M en O – het verminderen van oneerlijke concurrentie door de overheid en het vergroten van de ruimte voor het bedrijfsleven om te ondernemen – past het onzes inziens dat een houdbaarheidsdatum aan een algemeenbelangbesluit wordt verbonden.

51. In het voorstel van wet is nu opgenomen dat een algemeenbelangbesluit iedere vijf jaar zal worden geëvalueerd. Vervolgens zal het evaluatieverslag openbaar gemaakt worden. Indien een marktpartij het echter niet eens met het in stand laten van een algemeenbelangbesluit, dan kan die marktpartij daar betrekkelijk weinig tegen doen. Er bestaat immers geen mogelijkheid om het verslag van de evaluatie aan te vechten.

52. Het lijkt er zelfs op dat de introductie van een vijfjaarlijkse evaluatie een verslechtering van de rechtsbeschermingsmogelijkheden van marktpartijen oplevert ten opzichte van de huidige Wet M en O.

53. In theorie zou het onder de huidige Wet M en O immers mogelijk zijn om na een aantal jaren te verzoeken om herziening van een algemeenbelangbesluit wegens gewijzigde omstandigheden. Indien het bestuursorgaan dit weigert, dan is dat een appellabel besluit.

54. De evaluatie is daarentegen niet appellabel. Er wordt slechts een verslag openbaar gemaakt. Als gevolg van de evaluatie wordt het echter lastiger om een verzoek om herziening te doen. Voor een dergelijk verzoek zal men moeten aantonen dat sprake is van gewijzigde omstandigheden. Als het betreffende bestuursorgaan dan nog recent het algemeenbelangbesluit positief heeft geëvalueerd, dan wordt het lastig(er) voor een marktpartij om die gewijzigde omstandigheden aan te tonen. Dit geldt mogelijk zelfs indien de evaluatie enigszins kort door de bocht, of onvolledig is.

55. Ook dit pleit dus voor een horizonbepaling in plaats van een vijfjaarlijkse evaluatie.

56. Ten slotte merken wij op dat de termijn van vijf jaar vanuit (bedrijfs)economisch perspectief erg lang is. Een genomen algemeenbelangbesluit kan verhinderen dat nieuwe marktpartijen de markt betreden of dat de bestaande marktpartijen onder druk komen te staan. Dit geldt met name indien de overheid haar economische activiteiten in de directe nabijheid van marktpartijen, die dezelfde activiteiten tegen (minimaal) kostendekkende tarieven aanbieden, verlieslatend aanbiedt.

57. Verder sluit een termijn van vijf jaar ook niet goed aan bij een veranderende markt. Het is onwenselijk om de markt te bevriezen – door de overheid een termijn van vijf jaar te gunnen waarin de kosten niet hoeven worden doorberekend – omdat dit onder meer kan afdoen aan de innovatieve kracht van een bepaald marktsegment (ondernemers zijn immers minder geneigd en in staat om te investeren in innovaties indien zij geconfronteerd worden met een overheid die dezelfde dienst onder de kostprijs aanbiedt). In zoverre menen wij dan ook dat een kortere termijn van drie jaar de voorkeur verdient.

II.7 *Geen evaluatie van bestaande besluiten maar horizonbepaling*

58. Zoals hiervóór uiteengezet pleiten wij in algemene zin voor een horizonbepaling voor algemeenbelangbesluiten. Echter, voor de bestaande algemeenbelangbesluiten geldt dit in nóg belangrijkere mate. Voor deze besluiten moet hoe dan ook een vervaldatum in het overgangsrecht opgenomen worden, omdat juist van deze besluiten is vastgesteld dat deze niet voldoen aan de daarvoor geldende eisen.

59. In de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel is namelijk het volgende opgenomen:

> *"Na inwerkingtreding van de [huidige] wet markt en overheid hebben overheden veelal geïnventariseerd welke economische activiteiten ze verrichten. Vervolgens hebben ze bepaald voor welke activiteiten ze de algemeenbelanguitzondering wilden inroepen. Dit betekent dat de meeste algemeenbelangbesluiten al zijn genomen en dat er naar verwachting niet veel nieuwe besluiten meer worden genomen."* (p. 13).

60. Verder is in de Memorie van Toelichting opgenomen:

> *"Uit de evaluatie blijkt verder dat algemeenbelangbesluiten vaak beperkt gemotiveerd worden. In de motivering wordt beperkt of niet ingegaan op het doel van de wet, namelijk het tegengaan van ongelijke concurrentie, in relatie tot de te maken uitzondering in het algemeen belang. Ook wordt beperkt of niet ingegaan op de gevolgen van het gebruik van de algemeenbelanguitzondering voor de concurrentie en daarmee op de positie van ondernemers. Tevens worden marktpartijen (...) slechts beperkt bij de algemeenbelangbesluiten betrokken."* (p. 3).

61. Kortom, het speelveld is nu zodanig dat het overgrote deel van de decentrale overheden (en met name gemeenten) reeds algemeenbelangbesluiten hebben genomen die ondeugdelijk zijn gemotiveerd en niet voldoen aan de eisen die de wet daaraan stelt. De vraag is dan welke rol de evaluatie hierin gaat spelen.

62. Volgens de Memorie van Toelichting zal de evaluatie zien op de volgende punten:

> *"Bij algemene maatregel van bestuur zullen nadere eisen worden gesteld aan de elementen waaruit de evaluatie van het algemeenbelangbesluit bestaat. Deze eisen hebben tot doel te borgen dat overheden tijdens de evaluatie zorgvuldig aandacht besteden aan de verschillende belangen. Voorzien is in de algemene maatregel van bestuur op te nemen <u>dat overheden in het kader van de evaluatie dezelfde aspecten moeten bezien bij het nemen van een algemeenbelangbesluit</u> (...)."* (p. 12, onderstreping toegevoegd).

63. Hieruit zou afgeleid kunnen worden dat getoetst moet worden of de motivering afdoende is. Maar vervolgens is de Memorie van Toelichting het volgende opgenomen:

> *"<u>Dit betekent</u> dat de volgende punten in de evaluatie moeten worden meegenomen:*
>
> - *nagaan of het verrichten van een bepaalde activiteit door de overheid nog steeds in het algemeen belang is;*
> - *bekijken of het voor het dienen van het algemeen belang nog steeds nodig is om de gedragsregels van de wet markt en overheid niet toe te passen;*
> - *nagaan wat de gevolgen van het gebruik van de algemeenbelanguitzondering op ondernemers is geweest;*
> - *bekijken of de marktomstandigheden zijn veranderd: als er bijvoorbeeld eerst geen ondernemers zijn die de activiteit verrichten, dan dienen overheden te kijken of er nu wel ondernemers zijn die de activiteit (kunnen) verrichten;*
> - *bekijken of de afweging tussen het belang van afwijken van de gedragsregels en de gevolgen daarvan voor ondernemers nog steeds hetzelfde is."* (p.12, onderstreping toegevoegd).

64. Problematisch hieraan is dat niet getoetst wordt of er <u>initieel</u> een deugdelijke motivering aan het algemeenbelangbesluit ten grondslag is gelegd. Want de vraag rijst hoe je voornoemde

punten goed kan evalueren als initieel niet goed is vastgelegd *waarvoor* het algemeenbelangbesluit werd genomen.

65. Dit geldt zeker voor de generieke algemeenbelangbesluiten die iedere motivering ten aanzien van de specifieke economische activiteiten ontberen. In theorie zou een algemeenbelangbesluit dan zelfs van kleur kunnen verschieten. In eerste instantie zou het algemeenbelangbesluit dan voor algemeen belang X genomen kunnen zijn, maar doordat het besluit niet gemotiveerd was, zou nu in de evaluatie algemeen belang Y aangevoerd kunnen worden. Dit, terwijl er dan geen rechtsmiddelen tegen dit (in feite) nieuwe besluit openstaan voor marktpartijen.

66. Kort en goed pleiten wij er dus voor dat (ook) voor de bestaande besluiten (in het overgangsrecht) in een horizonbepaling wordt voorzien.

67. In dat kader moet ook opgemerkt worden dat voor de bestaande algemeenbelangbesluiten nu wordt voorzien in een evaluatietermijn voor vijf jaar vanaf de intreding van de gewijzigde Wet M en O. Dit betekent dat – uitgegaan van een inwerkingtreding in 2019 – de besluiten pas in 2024 worden geëvalueerd. Dat is te lang, gelet ook op het feit dat juist is geconstateerd dat bestaande algemeenbelangbesluiten voor een groot niet voldoen aan de (eisen voortvloeiende uit) de Wet M en O.

68. Voor de bestaande besluiten pleiten wij er dus voor dat deze binnen een aanzienlijke kortere termijn komen te vervallen. In dat verband zou aangesloten kunnen worden bij de overgangstermijn die gold voor de huidige Wet M en O (te weten: twee jaar).

II.8 Beperking voor het geval dat de overheidsinstelling zélf debet is aan de noodzaak voor toepassing van de algemeenbelanguitzondering

69. Bij een aantal algemeenbelangbesluiten hebben wij geconstateerd dat de overheid zelf debet is aan de noodzaak voor het nemen van een dergelijk besluit.

70. In dat verband kan opnieuw gewezen worden op een van de zaken waarover de Mededingingskamer van de rechtbank Rotterdam te oordelen kreeg.[12] De (omvangrijke) gemeentelijke parkeergarage die in die zaak centraal staat, was in het verleden in opdracht van de gemeente gerealiseerd omdat de gemeente meende (zonder dat dit op deugdelijke wijze was onderzocht) dat dit noodzakelijk was om te kunnen voldoen aan de parkeerdruk c.q. parkeervraag.

71. Al snel na de bouw bleek dat een winstgevende of kostendekkende exploitatie van de parkeergarage volstrekt onhaalbaar was. De tarieven zouden dan veel te hoog worden. De gemeente nam een algemeenbelangbesluit om de tarieven beneden de kostprijs te kunnen rekenen. In de directe nabijheid van de gemeentelijke garage is echter ook een commerciële garage gelegen die uiteraard wel altijd kostendekkende (en zelfs enigszins) winstgevende tarieven zal moeten rekenen.

72. Wij achten dergelijke besluiten in strijd met het doel en de strekking van de Wet M en O (de Mededingingskamer, gelet op de in voetnoot 12 aangehaalde uitspraak, overigens ook) en het zou op voorhand duidelijk moeten worden gemaakt dat een overheid niet een algemeenbelangbesluit mag nemen om tarieven beneden de kostprijs te kunnen rekenen

[12] ECLI:NL:RBROT:2017:7170.

indien de noodzaak hiervoor i s ingegeven door een verkeerde (investeringsbeslissing) die diezelfde gemeente in het verleden heeft genomen.

73. Het betreffende overheidslichaam zou dan moeten onderzoeken of privatisering mogelijk is, of anders de economische activiteit moeten beëindigen. Als namelijk aanvaard zou worden dat een bestuursorgaan in dat soort gevallen een algemeenbelangbesluit zou kunnen nemen, dan treedt de overheid twee keer mededingingsverstorend op: eerst door een economische activiteit te verrichten waar onvoldoende of geen vraag naar is en vervolgens door een algemeenbelangbesluit te nemen waarmee het mogelijk wordt om de betreffende economische activiteit verlieslatend aan te bieden, terwijl concurrerende marktpartijen daardoor direct worden benadeeld.

74. Gelet hierop pleiten wij voor een motiveringseis waaruit blijkt dat de overheid heeft onderzocht of het toepassen van een algemeenbelanguitzondering *daadwerkelijk* noodzakelijk is in het kader van het gestelde algemeen belang, en dat het besluit er dus toe dient om de gevolgen van een verkeerde (investerings)beslissing op te vangen.

III. Open vragen bij consultatie

III.1 *Vraag 1*

- *Wat vindt u van de voorgestelde motiveringseisen*

75. De voorgestelde motiveringseisen zijn een (aanzienlijke) stap in de goede richting. Alhoewel de motiveringseisen niet wezenlijk verschillen van de motiveringseisen die nu reeds uit de toelichting bij de huidige Wet M en O volgen (en de daarbij behorende *Handreiking*), voldoet het gros van de reeds genomen algemeenbelangbesluiten niet aan die eisen. Wél verzoeken wij de hierboven (in paragraaf II) genoemde aanvullingen aan de motiveringseisen toe te voegen.

- *Wat vindt u van het verplichten van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure*

76. Zoals uiteengezet onder I.4 schiet onder de huidige Wet M en O de rechtsbescherming tekort en duurt een procedure te lang. In dat verband wordt door ons het verplicht stellen van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure toegejuicht, omdat vervolgens (indien nodig) na inwerkingtreding van een algemeenbelangbesluit de bezwaarprocedure niet eerst hoeft worden doorlopen.

- *Wat vindt u van de evaluatiebepaling*

77. Zoals hierboven onder II.6 en II.7 uiteengezet pleiten wij voor een horizonbepaling in plaats van een evaluatie.

III.2 *Vraag 2*

78. De tweede vraag luidt als volgt:

> *"Staat u achter de aanscherping van de algemeenbelanguitzondering in het wetsvoorstel of vindt u (en zo ja, waarom):*
> - *dat de wet markt en overheid moet vervallen?*

- *dat de wet in haar huidige vorm moet worden gecontinueerd?*
- *dat de algemeenbelanguitzondering moet worden geschrapt?*
- *dat een lijst met activiteiten moet worden opgesteld waarvoor overheden de algemeenbelanguitzondering mogen gebruiken?*
- *dat er een verbodsstelsel moet komen waarin in principe geen economische activiteiten mogen worden verricht tenzij noodzakelijk en proportioneel?*
- *dat een marktconsultatie moet worden gehouden voordat overheden de algemeenbelanguitzondering mogen gebruiken?"*

79. Zoals hierboven toegelicht staan wij achter de aanscherping van de algemeenbelanguitzondering. Wel zijn wij van mening dat de algemeenbelanguitzondering nog verder moet worden aangescherpt. Door de wijze waarop de algemeenbelanguitzondering onder de huidige Wet M en O is geformuleerd, is de Wet M en O door veel gemeenten als een soort facultatieve wet beschouwd.

80. In algemene zin is het ondenkbaar dat de overheid geen economische activiteiten zou verrichten. Wel zijn wij van mening dat er dan te alle tijden (behoudens uitzonderingen) sprake moet zijn van een *level-playing-field*. De algemeenbelanguitzondering zou dan slechts (in tegenstelling tot wat in de huidige praktijk gebeurd) in zeer uitzonderlijke gevallen toegepast mogen worden.

81. In zoverre zou het, indien haalbaar, toe te juichen zijn indien een limitatieve lijst met economische activiteiten zou worden opgesteld waarvoor de overheden een algemeenbelanguitzondering zou mogen gebruiken. Een tussenvariant zou zijn om een (in omvang) zeer beperkte lijst met economische activiteiten op te stellen (bijvoorbeeld voor gezondheidszorg, onderwijs etc.) waarvoor lagere motiveringseisen gelden, terwijl voor andere economische activiteiten hoge(re) motiveringseisen gelden.

82. Mocht een overheid toch voornemens zijn om een algemeenbelangbesluit te nemen, dan zou deze overheid gedwongen moeten worden om inderdaad eerst de relevante markt in kaart te brengen en met name de gevolgen voor de concurrerende marktpartijen af te wegen.

IV. Tot slot

83. Uiteraard zijn wij bereid om onze reactie op het voorstel van wet nader toe te lichten, of (zo nodig) mee te denken over alternatieven voor de door ons voorgestelde aanscherpingen en toevoegingen.

84. Wij zullen onze reactie op het wetsvoorstel op de website van ons kantoor publiceren. Wij hebben dan ook geen bezwaar tegen het openbaar maken van onze reactie op het wetsvoorstel.

Hoogachtend,