Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2024–2025

36 671

Uitvoering van verordening (EU) 2022/2560 van het Europees Parlement en de Raad van 14 december 2022 betreffende buitenlandse subsidies die de interne markt verstoren (Uitvoeringswet verordening buitenlandse subsidies)

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

I. ALGEMEEN DEEL

1. Inleiding

Met dit wetsvoorstel wordt uitvoering gegeven aan Verordening (EU) 2022/2560 over buitenlandse subsidies die de interne markt verstoren (de verordening buitenlandse subsidies, hierna: de verordening)[1]. De verordening bevat regels om verstoringen, veroorzaakt door subsidies van niet-EU-landen aan bedrijven die actief zijn op de interne markt van de EU aan te pakken. De verordening bevat onder meer procedureregels zodat deze buitenlandse subsidies bij de totstandkoming van concentraties en bij inschrijvingen in aanbestedingsprocedures kunnen worden onderzocht. Hierdoor moet een gelijk speelveld worden gegarandeerd. Nationale autoriteiten hebben geen rol bij de handhaving van de verordening, maar vervullen een ondersteunende functie bij het toezicht door de Europese Commissie (hierna: de Commissie) op de naleving van de verordening.

Met dit wetsvoorstel wordt de Autoriteit Consument en Markt (hierna: de ACM) belast met de verplichting de Commissie bij te staan bij inspecties en het op verzoek van de Commissie zelfstandig verrichten van inspecties of andere feitenonderzoeken.

Daarnaast bevat dit wetsvoorstel enkele wijzigingen van de Aanbestedingswet 2012. Aanleiding voor deze wijzigingsvoorstellen is niet de verordening buitenlandse subsidies, maar een inbreukprocedure die de Commissie tegen Nederland heeft aangespannen.

In de bijlage bij deze memorie van toelichting zijn transponeringstabellen opgenomen.

[1] Verordening (EU) 2022/2560 van het Europees Parlement en de Raad van 14 december 2022 betreffende buitenlandse subsidies die de interne markt verstoren, (PbEU 2022, L 330/1).

kst-36671-3
ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage 2024

2. Achtergrond bij de verordening

2.1. Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de achtergrond bij de verordening geschetst. Achtereenvolgens wordt hieronder ingegaan op de aanleiding voor de verordening (paragraaf 2.2), de kern van het Nederlandse beleid (paragraaf 2.3) en de totstandkoming van de verordening (paragraaf 2.4).

2.2. Aanleiding

De Europese interne markt beoogt handel op een zo eerlijk en gelijk mogelijk speelveld plaats te laten vinden. Om dit zo goed mogelijk te regelen gelden er allerlei Europese regels: anti-dumping regels, import- en exportregels en natuurlijk het Europese mededingingsbeleid, waaronder de staatssteunregels. Desondanks bleven lange tijd subsidies die aan ondernemingen worden verleend door derde landen en die de concurrentie op de interne markt van de EU kunnen beïnvloeden grotendeels ongecontroleerd. Tegelijkertijd zijn subsidies die door de lidstaten van de Europese Unie (hierna: EU) worden verleend onderworpen aan de Europese staatssteunregels. De oneerlijke concurrentie en de verstoring van het gelijke speelveld op de interne markt die hierdoor kon ontstaan, kon door de lacune in wet- en regelgeving niet aangepakt worden.

Bestaande internationale en Europese instrumenten boden niet genoeg aangrijpingspunten om verstoringen van de concurrentie en het gelijke speelveld op de interne markt aan te pakken. Ondernemingen die subsidies van derde landen ontvingen konden daarmee betere biedingen doen op andere ondernemingen in een fusie- of overnameproces of lagere inschrijvingen doen bij aanbestedingen. Ook konden zij op andere manieren de concurrentie op een oneerlijke manier verstoren. Hierdoor hadden deze ondernemingen een oneerlijk voordeel, wat tot een verstoring van de interne markt leidde. De verordening is bedoeld om de beschreven lacune in de regelgeving van de interne markt te dichten en het mogelijk te maken het gelijke speelveld op de Europese interne markt beter te beschermen tegen oneerlijke concurrentie.

2.4. Kern van het Nederlandse beleid

Nederland maakte zich al in een vroegtijdig stadium sterk voor een Europese aanpak van subsidies die door derde landen worden verstrekt en die het gelijke speelveld op de interne markt verstoorden. Zo heeft het Kabinet dit ook aangegeven via een kabinetsvoorstel[2] en heeft Nederland in 2019 een non-paper gepubliceerd waarin werd opgeroepen tot het instellen van een *level playing field instrument*[3] . Dit paste in de bredere Nederlandse inzet rondom Europese concurrentiekracht, waarbij het uitgangspunt een goede balans tussen zo vrij mogelijke handel (zowel internationaal als Europees) en het beschermen tegen oneerlijke concurrentie van buitenaf is.[4] Mede naar aanleiding van de Nederlandse inzet heeft de Commissie op 17 juni 2020 een witboek gepubliceerd met daarin voorstellen voor een Europese aanpak van buitenlandse subsidies

[2] Kabinetsinzet voor het realiseren van een gelijk speelveld op de Europese interne markt voor alle ondernemingen (level playing field instrument) TK II 2019/20, 21 501-30 nr. 470.

[3] Zie Nederlandse non-paper – Strengthening the level playing field on the internal market van 9 december 2019, te raadplegen via https://archief27.sitearchief.nl/archives/sitearchief/20230918105204/https:/www.permanentrepresentations.nl/permanent-representations/pr-eu-brussels/documents/publications/2019/12/09/non-paper-on-level-playing-field.

[4] Kabinetspositie Europese concurrentiekracht, Kst 30 821, nr. 73.

uit derde landen.[5] Nederland heeft zich na publicatie van het witboek door de Commissie ingezet voor een ambitieus voorstel en heeft tijdens de onderhandelingen met de andere EU lidstaten zoveel mogelijk geprobeerd om de ideeën uit het kabinetsvoorstel erin verwerkt te krijgen. Tijdens de onderhandelingen voor de verordening is het uitgangspunt geweest dat de verordening voldoende effectief moet zijn, waarbij er tegelijkertijd rekening moet worden gehouden met de administratieve lasten bij ondernemingen en overheden.

Sinds de start van de onderhandelingen voor de verordening is het belang van een dergelijk instrument toegenomen. Zo is er vanuit de politiek meer aandacht gekomen voor het vestigingsklimaat in Nederland. In dat kader wordt zowel gekeken naar het beschermen als het faciliteren van het bedrijfsleven. In aanvulling daarop geven geopolitieke ontwikkelingen aanleiding de interne markt van de EU en het gelijke speelveld daarop te beschermen. Denk hierbij bijvoorbeeld aan de Russische inval in Oekraïne, een andere kijk op afhankelijkheid van derde landen en grootschalige investeringen in de industrie door bijvoorbeeld China en door de *Inflation Reduction Act* van de Verenigde Staten van Amerika. Om het concurrentievermogen van de EU als geheel te beschermen en te stimuleren is de verordening dan ook een welkome aanvulling op de al bestaande wet- en regelgeving.

2.5. De totstandkoming van de verordening

Zoals in de vorige paragraaf al aangegeven publiceerde de Commissie op 17 juni 2020 het Witboek over buitenlandse subsidies op de interne markt.[6] Hier konden belanghebbenden vervolgens hun mening over geven. Dit heeft ertoe geleid dat de Commissie op 5 mei 2021 een voorstel voor de verordening heeft gepubliceerd, waarna er tot juli 2021 door belanghebbenden feedback kon worden gegeven. Vervolgens zijn de onderhandelingen tussen de EU lidstaten begonnen. Na een kort en intensief onderhandelingsproces is er op 4 mei 2022 door de EU lidstaten overeenstemming bereikt over een compromistekst als basis voor de onderhandelingen met het Europees Parlement en de Commissie. Dit zijn de zogeheten trilogen. Uiteindelijk is er met de trilogen op 30 juni 2022 een definitieve tekst voor de verordening bereikt.

De verordening is op 23 december 2022 in het Publicatieblad van de EU gepubliceerd en deze is op 12 januari 2023 in werking getreden. Vanaf 12 juli 2023 kan de Commissie op eigen initiatief onderzoek starten naar ondernemingen die marktverstorend gedrag vertonen. Vanaf 12 oktober 2023 gelden de bepalingen op basis waarvan fusies en overnames en aanbestedingen boven bepaalde drempels bij de Commissie moeten worden gemeld.

3. De verordening op hoofdlijnen

3.1. Inleiding

De verordening buitenlandse subsidies geeft de Commissie een nieuw instrument om door buitenlandse subsidies op de interne markt veroorzaakte verstoringen aan te pakken. Hiermee wordt een gelijk speelveld gewaarborgd. Het instrument is een aanvulling op de bestaande Europese staatssteunregels die bepalingen bevatten ten behoeve van het

[5] Zie «Commissie neemt witboek aan over buitenlandse subsidies op de eengemaakte markt», te raadplegen via: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/nl/ip_20_1070.
[6] Idem.

voorkomen van verstoringen op de interne markt veroorzaakt door subsidies van lidstaten.

In dit hoofdstuk wordt de verordening op hoofdlijnen inhoudelijk behandeld. In paragraaf 3.2 wordt het doel en de werkingssfeer van de verordening besproken. In paragraaf 3.3 wordt ambtshalve toetsing van buitenlandse subsidies door de Commissie besproken. In paragraaf 3.4 worden concentraties en aanbestedingsprocedures besproken die bij de Commissie gemeld moeten worden.

3.2. Doel en werkingssfeer van de verordening

De verordening heeft tot doel bij te dragen aan de goede werking van de interne markt van de EU door middel van geharmoniseerde regels om verstoringen van de interne markt te adresseren die direct of indirect worden veroorzaakt door buitenlandse subsidies (artikel 1, eerste lid, van de verordening). Hierdoor moet een gelijk speelveld op de interne markt worden gegarandeerd. De toepassing en handhaving van deze verordening moet ertoe bijdragen dat de interne markt beter bestand is tegen door buitenlandse subsidies veroorzaakte verstoringen en op die manier bijdragen aan de open strategische autonomie van de Unie (overweging 7 van de preambule bij de verordening).

De verordening is van toepassing op buitenlandse subsidies aan ondernemingen, inclusief aan openbare ondernemingen waarover de staat direct of indirect zeggenschap uitoefent en die een economische activiteit op de interne markt uitoefenen (artikel 1, tweede lid, van de verordening). Volgens overweging 4 van de preambule bij de verordening kan er met name sprake zijn van een verstoring van de interne markt bij concentraties die een verschuiving in de zeggenschap over ondernemingen in de EU meebrengen, indien dergelijke concentraties volledig of ten dele worden bekostigd uit buitenlandse subsidies, of wanneer ondernemers die voordeel halen uit buitenlandse subsidies opdrachten gegund worden in de EU. Daarom bevat de verordening een specifiek kader voor concentraties en aanbestedingsprocedures (zie uitgebreider paragraaf 3.4 van deze toelichting). De Commissie kan daarnaast ook ingrijpen bij andere verstoringen die het gevolg zijn van buitenlandse subsidies (zie nader paragraaf 3.3 van deze toelichting).

Hieronder worden de kenmerken van een buitenlandse subsidie die de interne markt verstoort, nader toegelicht.

Buitenlandse subsidie

Onder buitenlandse subsidie wordt in deze verordening verstaan een financiële bijdrage die direct of indirect wordt verschaft door een derde land, waarmee een voordeel wordt verleend dat beperkt is tot één of meer ondernemingen of bedrijfstakken. Dit zijn cumulatieve voorwaarden. Het kan hierbij gaan om onder meer subsidies, leningen en belastingvrijstellingen verstrekt door overheidsinstanties van een derde land of entiteiten waarvan het doen en laten aan een derde land kan worden toegerekend (artikel 3 van de verordening). Dit kunnen zowel overheidsentiteiten als private entiteiten zijn indien de acties van de betreffende private entiteit aan het derde land zijn toe te rekenen, gelet op alle relevante omstandigheden. De vraag of er sprake is van een financiële bijdrage van een derde land, wordt beoordeeld aan de hand van onder meer de kenmerken van de betrokken entiteit en de juridische en economische omgeving in het derde land waarin de entiteit opereert, met inbegrip van de rol van de overheid in de economie van dat derde land.

Een financiële bijdrage moet worden geacht een onderneming een voordeel te verlenen indien die onder normale marktvoorwaarden niet had kunnen worden verkregen. Dit kan bijvoorbeeld beoordeeld worden door een vergelijking te maken met de investeringspraktijk van private investeerders, de op de markt beschikbare financieringstarieven en of er sprake is van een vergelijkbare fiscale behandeling of een passende vergoeding voor een bepaald goed of een bepaalde dienst (zie verder overweging 13 van de preambule bij de verordening).

Het moet voorts gaan om een financiële bijdrage aan een onderneming die een economische activiteit uitoefent op de interne markt. Als een onderneming in de zin van artikel 101, eerste lid, van het VWEU wordt gezien elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd (HvJ 23 april 1991, C-41/90, punt 21, Höfner en Elser). Een economische activiteit bestaat uit het leveren van goederen of diensten op een bepaalde markt (HvJ 16 juni 1987, C-118/85, punt 7, Commissie v. Italië).

Een financiële bijdrage die uitsluitend wordt verleend voor de niet-economische activiteiten van een onderneming, is geen buitenlandse subsidie. Indien een financiële bijdrage voor een niet-economische activiteit echter wordt gebruikt als kruissubsidiëring voor de economische activiteiten van de onderneming, dan kan er sprake zijn van een buitenlandse subsidie die onder het toepassingsgebied van de verordening valt. Het kan zijn dat een onderneming gebruikmaakt van financiële bijdragen, bijvoorbeeld in de vorm van bijzondere of uitsluitende rechten, of van financiële bijdragen die werden ontvangen om een door de overheid opgelegde last te compenseren, om andere activiteiten te kruis subsidiëren. In dit geval kan die kruissubsidiëring erop wijzen dat de bijzondere of uitsluitende rechten worden verleend zonder behoorlijke vergoeding, of dat de last overgecompenseerd wordt en er dus sprake is van een buitenlandse subsidie (overweging 16 van de preambule bij de verordening).

Verstoring van de interne markt

Zodra het bestaan van een buitenlandse subsidie is vastgesteld, moet de Commissie per geval nagaan of deze de interne markt verstoort. Bij de beoordeling van de vraag in hoeverre een buitenlandse subsidie de concurrentiepositie van een onderneming op de interne markt van de EU kan verbeteren en hoe die buitenlandse subsidie in dat verband de mededinging op de interne markt daadwerkelijk of potentieel ongunstig beïnvloedt, houdt de Commissie rekening met in het bijzonder de volgende indicatoren, opgenomen in artikel 4, eerste lid, van de verordening:

– het bedrag en de aard van de buitenlandse subsidie. Hierbij kan bijvoorbeeld gekeken worden naar hoe de hoogte van de buitenlandse subsidie zich verhoudt tot de totale omvang van de markt, of ten opzichte van de geraamde waarde van een via een aanbestedingsprocedure te gunnen opdracht.
– de situatie van de onderneming. Hierbij kan bijvoorbeeld gekeken worden naar de omvang van de onderneming. De kans dat buitenlandse subsidies aan kleine en middelgrote ondernemingen verstoringen veroorzaken, is minder groot dan de kans dat buitenlandse subsidies aan grote ondernemingen verstoringen veroorzaken. Ook kan gekeken worden naar de betrokken markten of sectoren. Zo zullen buitenlandse subsidies op door overcapaciteit gekenmerkte markten of op markten die tot overcapaciteit leiden doordat economisch niet rendabele activa in stand worden gehouden of doordat investeringen

worden gestimuleerd in capaciteitsuitbreidingen die anders niet hadden plaatsgevonden, waarschijnlijk verstoringen veroorzaken.
– de mate waarin de onderneming actief is op de interne markt. Een buitenlandse subsidie aan een begunstigde die in beperkte mate actief is op de interne markt zal minder waarschijnlijk verstoringen veroorzaken dan een buitenlandse subsidie aan een begunstigde die in aanzienlijkere mate op de interne markt actief is.
– het doel van en de voorwaarden verbonden aan de buitenlandse subsidie, alsmede het gebruik ervan op de interne markt (zie verder overweging 19 van de preambule bij de verordening).

In artikel 5 van de verordening is een aantal categorieën subsidies opgenomen die de interne markt zeer waarschijnlijk verstoren. Het gaat hierbij om subsidies aan een noodlijdende onderneming en subsidies in de vorm van onbeperkte garanties. Dit zijn garanties zonder enige beperking van het bedrag of de looptijd. Het gaat hierbij ook om exportkredieten, tenzij zij zijn verstrekt in overeenstemming met de OESO-regeling inzake door de overheid gesteunde exportkredieten.[7] Hiernaast gaat het om subsidies die rechtstreeks een concentratie vergemakkelijken of een onderneming in staat stellen een onrechtmatig voordelige inschrijving in te dienen waarvan de voordelige aard, zoals de prijs, niet door andere factoren kan worden gerechtvaardigd. In deze gevallen hoeft de Commissie geen nadere beoordeling op basis van indicatoren uit te voeren. Een onderneming mag uiteraard ook in deze gevallen wel steeds aantonen dat de buitenlandse subsidie in kwestie de interne markt in de specifieke omstandigheden van de zaak niet verstoort.

3.3. Ambtshalve toetsing door de Commissie

3.3.1. Inleiding

De Commissie is de enige autoriteit die kan bepalen of er sprake is van een verstoring van de interne markt door een buitenlandse subsidie.

Bij de uitvoering van de verordening werkt de Commissie op sommige onderdelen samen met nationale instanties. In Nederland wordt hiervoor de ACM aangewezen (zie hoofdstuk 4 van de toelichting), die uit hoofde van de Mededingingswet reeds belast is met het toezicht op en de handhaving van het Europese en nationale mededingingsrecht.

Artikel 9 van de verordening geeft de Commissie de bevoegdheid om op eigen initiatief informatie over buitenlandse subsidies te onderzoeken. Om mogelijke buitenlandse subsidies te onderzoeken, na te gaan of deze de interne markt verstoren en eventuele verstoringen vervolgens te herstellen, voorziet de verordening in een procedure in twee stappen: een voorlopige toetsing en een diepgaand onderzoek.

---

[7] De OESO-regeling is een gentlemen's agreement tussen de EU en de acht andere deelnemers (Australië, Canada, Japan, Korea, Nieuw-Zeeland, Noorwegen, de Verenigde Staten en Zwitserland). De regeling met de bijbehorende bijlagen en de opeenvolgende wijzigingen daarvan is in de EU-wetgeving opgenomen uit hoofde van de artikelen 1 en 2 van Verordening (EU) nr. 1233/2011 van het Europees Parlement en de Raad van 16 november 2011 betreffende de toepassing van bepaalde richtsnoeren op het gebied van door de overheid gesteunde exportkredieten en tot intrekking van de Beschikkingen 2001/76/EG en 2001/77/EG van de Raad. De regeling met de bijbehorende bijlagen en de wijzigingen daarvan heeft dus rechtsgevolgen in de zin van artikel 218, lid 9, VWEU (zie het arrest van het Hof van 7 oktober 2014 in zaak C-399/12, Bondsrepubliek Duitsland tegen Raad van de Europese Unie (OIV), punt 63). Volgens hoofdstuk I heeft de regeling voornamelijk tot doel een kader te creëren voor het ordelijke gebruik van door de overheid gesteunde exportkredieten en aldus op mondiaal niveau gelijke voorwaarden en eerlijke concurrentie tussen exporteurs te ontwikkelen, dus om het internationale handelsverkeer, met name het exportbeleid, te bevorderen en te reguleren in de zin van artikel 207 VWEU.

Hierna zal worden ingegaan op de voorlopige toetsing en het diepgaand onderzoek.

3.3.2. Voorlopige toetsing

Wanneer de Commissie oordeelt dat de in artikel 9 bedoelde informatie erop wijst dat er sprake zou kunnen zijn van een buitenlandse subsidie die de interne markt verstoort, vergaart zij alle informatie die zij nodig acht om zich een voorlopig oordeel te vormen over de vraag of de financiële bijdrage een buitenlandse subsidie vormt en of deze de interne markt verstoort (artikel 10 van de verordening). Daartoe kan de Commissie in het bijzonder om informatie verzoeken overeenkomstig artikel 13 van de verordening, en inspecties verrichten binnen en buiten de Unie overeenkomstig de artikelen 14 en 15 van de verordening (zie paragraaf 3.3.4 van deze toelichting). Dit is een zogenaamde voorlopige toetsing.

Wanneer een lidstaat de Commissie ervan op de hoogte heeft gebracht dat een relevante nationale procedure wordt overwogen of reeds is ingeleid, stelt de Commissie die lidstaat in kennis van de start van de voorlopige toetsing. De Commissie brengt met name de lidstaten die haar krachtens Verordening (EU) 2019/452 in kennis hebben gesteld van een nationale procedure, op de hoogte van de start van de voorlopige toetsing.[8] In Verordening (EU) 2019/452 is namelijk bepaald dat de lidstaten de Commissie en de andere lidstaten in kennis moeten stellen van een buitenlandse directe investering op hun grondgebied die aan een screening wordt onderworpen om redenen van veiligheid of openbare orde op hun grondgebied. Dezelfde investering kan namelijk onderworpen zijn aan een voorlopige toetsing van de Commissie in het kader van deze verordening. Wanneer de voorlopige toetsing betrekking heeft op een aanbestedingsprocedure, stelt de Commissie ook de aanbestedende dienst of aanbestedende instantie hiervan in kennis.

Indien de Commissie na een voorlopige beoordeling tot de conclusie komt dat er onvoldoende aanwijzingen zijn om een diepgaand onderzoek in te leiden – ofwel omdat er geen buitenlandse subsidie is verstrekt, ofwel omdat er onvoldoende aanwijzingen zijn voor een daadwerkelijke of potentiële verstoring van de interne markt – sluit zij de voorlopige toetsing af (artikel 10, vierde lid, van de verordening). De Commissie doet hiervan kennis aan de onderzochte onderneming en aan de lidstaat, indien deze vanwege een nationale procedure als hierboven beschreven op de hoogte is gesteld, alsook aan de aanbestedende dienst of aanbestedende instantie wanneer de voorlopige toetsing betrekking had op een aanbestedingsprocedure.

3.3.3. Diepgaand onderzoek

Indien de Commissie op basis van een voorlopige toetsing voldoende aanwijzingen heeft dat aan een onderneming een buitenlandse subsidie is verstrekt die de interne markt verstoort, besluit zij tot de inleiding van een diepgaand onderzoek (artikel 11 van de verordening). Dit besluit tot de inleiding van een diepgaand onderzoek noemt de feitelijke en juridische aspecten en bevat een voorlopige beoordeling van de vraag of een buitenlandse subsidie bestaat en van daadwerkelijke of potentiële verstoring in de interne markt. De Commissie stelt de onderzochte onderneming hiervan in kennis. Tevens stelt de Commissie de lidstaten en, wanneer een diepgaand onderzoek naar een aanbestedingsprocedure

[8] Verordening (EU) 2019/452 van het Europees Parlement en de Raad van 19 maart 2019 tot vaststelling van een kader voor de screening van buitenlandse directe investeringen in de Unie (PbEU 2019, L 79).

wordt ingeleid, de aanbestedende dienst of aanbestedende instantie hiervan in kennis. Daarnaast maakt de Commissie een bericht bekend in het Publicatieblad van de EU waarin aan eenieder de mogelijkheid wordt geboden om binnen een door de Commissie voorgeschreven termijn schriftelijk een standpunt kenbaar te maken (artikel 10, derde lid, en artikel 40, eerste lid, van de verordening).

De Commissie kan voorlopige maatregelen opleggen om de mededinging op de interne markt in stand te houden en onherstelbare schade te voorkomen (artikel 12 van de verordening).

De Commissie moet het diepgaande onderzoek beëindigen met de vaststelling van een besluit. In artikel 11, vijfde lid, van de verordening staat dat de Commissie ernaar streeft om zo mogelijk het diepgaande onderzoek binnen 18 maanden af te sluiten. Een diepgaand onderzoek kan alsnog leiden tot een besluit van geen bezwaar, indien de conclusies uit het besluit tot inleiding van een diepgaand onderzoek niet zijn bevestigd, of indien de verstoring van de interne markt minder erg is dan de positieve effecten in de zin van artikel 6 van de verordening (de afwegingstoets). Als de Commissie tot de conclusie komt dat een buitenlandse subsidie de interne markt verstoort, dan kan zij een besluit tot oplegging van herstelmaatregelen opleggen of een besluit met verbintenissen. Op de afwegingstoets, herstelmaatregelen en verbintenissen wordt verder ingegaan in paragraaf 3.3.5 van deze toelichting.

3.3.4. Onderzoeksbevoegdheden Commissie

In de artikelen 13 tot en met 15 van de verordening zijn de bevoegdheden van de Commissie bij de uitvoering van een voorlopige toetsing en een diepgaand onderzoek opgenomen. Artikel 13 ziet op verzoeken om informatie. In artikel 13, tweede lid, van de verordening wordt bepaald dat de Commissie een onderzochte onderneming kan verplichten informatie te verstrekken. Hieronder valt ook informatie over de inschrijving in het kader van een aanbestedingsprocedure. Daarnaast kan de Commissie op grond van het derde lid ook andere ondernemingen of ondernemingsverenigingen verplichten om informatie te verstrekken. Tevens kan de Commissie een lidstaat (artikel 13, vijfde lid, van de verordening) of een derde land (artikel 13, zesde lid, van de verordening) verzoeken om informatie te verstrekken.

Artikel 14 ziet op inspecties binnen de EU. Op grond van artikel 14, eerste lid, van de verordening kan de Commissie in het kader van een voorlopige toetsing of een diepgaand onderzoek inspecties verrichten bij ondernemingen en ondernemingsverenigingen.

Op grond van artikel 14, tweede lid, van de verordening hebben de tot het verrichten van een inspectie gemachtigde functionarissen de bevoegdheid om:

a) alle lokalen, terreinen en vervoersmiddelen van de onderneming of ondernemingsvereniging te betreden;
b) de boeken en andere zakelijke bescheiden te onderzoeken, ongeacht de drager waarop zij zijn opgeslagen, zich toegang te verschaffen tot alle informatie die toegankelijk is voor de entiteit waarop de inspectie betrekking heeft, en kopieën of uittreksels van die boeken of zakelijke bescheiden te maken of erom te verzoeken;
c) om het even welke vertegenwoordiger en om het even welk personeelslid van de onderneming of ondernemingsvereniging te verzoeken om toelichting bij feiten of documenten die verband houden met het voorwerp en doel van de inspectie, en hun antwoorden op te tekenen;

d) bedrijfslokalen en boeken of bescheiden te verzegelen gedurende de periode van, en voor zover nodig voor, de inspectie.

De nationale bevoegde autoriteiten moeten (op verzoek) van de Commissie op basis van artikel 14, vijfde lid, van de verordening actief bijstand verlenen bij inspecties. Indien een onderneming medewerking aan een inspectie weigert, moet daarbij ook de politie of een gelijkwaardige handhavingsautoriteit kunnen worden ingeschakeld (artikel 14, zesde lid, van de verordening).

Op verzoek van de Commissie voeren de nationale autoriteiten ook zelfstandig een inspectie of ander feitenonderzoek uit om uit te maken of er sprake is van een buitenlandse subsidie die de interne markt verstoort (artikel 14, zevende lid, van de verordening). In dit wetsvoorstel wordt de ACM aangewezen om aan deze verplichting te kunnen voldoen (zie daarvoor verder hoofdstuk 4 van deze toelichting). Het gaat om het uitvoeren van inspecties of ander feitenonderzoek. De rol van de nationale autoriteiten eindigt nadat zij verslag hebben uitgebracht aan de Commissie over de bevindingen van het onderzoek.

De Commissie kan op basis van artikel 15 van de verordening ook inspecties in derde landen uitvoeren. De regering van het derde land dient hier wel in kennis van gesteld te worden en geen bezwaar te hebben tegen de inspectie.

Voor de bevoegdheden van de Commissie uit hoofde van de artikelen 10 en 11 van de verordening met betrekking tot de voorlopige toetsing en het diepgaand onderzoek geldt een verjaringstermijn van tien jaar, die ingaat op de dag waarop een buitenlandse subsidie aan een onderneming wordt toegekend. De verjaringstermijn wordt gestuit door elke door de Commissie op grond van artikel 10, 13, 14 of 15 van de verordening ten aanzien van een buitenlandse subsidie gestelde handeling. Na iedere stuiting begint een nieuwe verjaringstermijn van tien jaar te lopen (artikel 38, eerste lid, van de verordening).

Artikel 36 van de verordening bepaalt dat de Commissie een marktonderzoek kan starten, indien de informatie waarover de Commissie beschikt een redelijk vermoeden staaft dat buitenlandse subsidies in een specifieke bedrijfstak, voor een specifiek type economische activiteit of op basis van een specifiek subsidie-instrument de interne markt kunnen verstoren. Ook hier dienen de nationale bevoegde autoriteiten actief bijstand te verlenen bij inspecties.

Ingeval een onderneming of derde land onvolledige, onjuiste of misleidende informatie verstrekt, de informatie niet op tijd verstrekt, weigert medewerking te verlenen aan een inspectie, of de voorlopige toetsing of het diepgaande onderzoek tegenwerkt (artikel 16, eerste lid, onderdelen a tot en met d, van de verordening) kan de Commissie toch tot het oordeel komen dat een buitenlandse subsidie de interne markt verstoort op basis van de wel beschikbare feiten. In dit geval kan de uitkomst van de procedure voor de onderneming minder gunstig uitvallen dan wanneer zij medewerking had verleend.

Op grond van artikel 17 van de verordening kan de Commissie boetes en dwangsommen opleggen aan een onderneming of ondernemingsvereniging voor het niet tijdig verstrekken van de verlangde informatie of voor het verstrekken van onvolledige, onjuiste of misleidende informatie in het kader van het verzoeken om informatie of inspecties. Deze boetes kunnen oplopen van 1% tot 10% van de totale omzet van de betrokken onderneming in het voorafgaande boekjaar.

3.3.5. Afwegingstoets, herstelmaatregelen en verbintenissen

Indien de Commissie naar aanleiding van het diepgaand onderzoek (zie paragraaf 3.3.3 van deze toelichting) tot de conclusie is gekomen dat er sprake is van een buitenlandse subsidie die de interne markt verstoort (artikelen 4 en 5 van de verordening, zie ook paragraaf 3.2 van deze toelichting onder *verstoring van de interne markt)*, dan kan zij op grond van artikel 6 van de verordening de negatieve effecten afwegen tegen de positieve effecten van de buitenlandse subsidie op de ontwikkeling van de relevante economische activiteit op de interne markt. Ook kan de Commissie andere positieve effecten van de buitenlandse subsidie in aanmerking nemen, zoals effecten die zich uitstrekken tot relevante beleidsdoelstellingen, met name die van de EU. Dit is de zogenaamde afwegingstoets. De Commissie neemt deze beoordeling in aanmerking wanneer zij besluit over het al dan niet opleggen van herstelmaatregelen of het accepteren van verbintenissen, alsook over de aard en omvang van de herstelmaatregelen of verbintenissen. In artikel 7, vierde lid van de verordening is een niet limitatieve lijst opgenomen van mogelijke herstelmaatregelen of verbintenissen, onder andere het op billijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden bieden van toegang tot infrastructuur of verlenen van licenties, het afzien van bepaalde investeringen of het ontbinden van een concentratie. De Commissie kan herstelmaatregelen opleggen om de verstoring van de interne markt te verhelpen in de vorm van een uitvoeringshandeling, dit wordt een besluit met herstelmaatregelen genoemd (artikel 11, tweede lid, van de verordening). Daarnaast kan de Commissie, indien de onderzochte onderneming verbintenissen aanbiedt die de Commissie passend en voldoende acht om de verstoring volledig en daadwerkelijk te verhelpen, besluiten die verbintenissen bij uitvoeringshandeling bindend te maken voor de onderneming, dit wordt een besluit met verbintenissen genoemd (artikel 11, derde lid, van de verordening).

Verbintenissen en herstelmaatregelen worden ingekaderd door artikel 7 van de verordening. Zij dienen evenredig te zijn en volledig en effectief de daadwerkelijke verstoring te verhelpen die door de buitenlandse subsidie in de interne markt is veroorzaakt, dan wel de potentiële verstoring die in de toekomst zal worden veroorzaakt te voorkomen.

3.4. Aanmeldingsplichtige concentraties en aanbestedingsprocedures

3.4.1. Inleiding

Buitenlandse subsidies kunnen de interne markt verstoren en voor diverse economische activiteiten in de EU het gelijke speelveld ondergraven. Dit kan met name het geval zijn in het kader van concentraties die een verschuiving in de zeggenschap over ondernemingen in de EU meebrengen, indien dergelijke concentraties volledig of ten dele worden bekostigd met buitenlandse subsidies, of wanneer ondernemers die voordeel halen uit buitenlandse subsidies, opdrachten gegund worden in de Unie.

De verordening stelt, naast het algemene kader bij ambtshalve toetsing dat in paragraaf 3.3 van deze toelichting is besproken, in het bijzonder regels met betrekking tot het onderzoek van de Commissie naar buitenlandse subsidies in het kader van de totstandkoming van concentraties en bij aanbestedingsprocedures. In deze paragraaf wordt hier verder op ingegaan.

3.4.2. Concentraties

3.4.2.1. Inleiding

Op grond van artikel 9 van de verordening heeft de Commissie de bevoegdheid om ambtshalve een toetsing uit te voeren op financiële bijdragen van derde landen. Daarnaast geeft de verordening de Commissie de bevoegdheid om onderzoek te doen naar buitenlandse subsidies in het kader van een voorgenomen concentratie boven de aanmeldingsdrempel.

Indien er sprake is van een aanmeldingsplichtige concentratie, dan mogen ondernemingen de concentratie niet tot stand brengen voordat het onderzoek door de Commissie is afgerond. Het onderzoek door de Commissie verloopt volgens dezelfde procedure als het onderzoek door de Commissie van een buitenlandse subsidie op eigen initiatief (zoals beschreven in paragraaf 3.3 van deze toelichting), met de nodige aanpassingen om rekening te houden met de specifieke kenmerken van concentraties. Hoofdstuk 3 van de verordening bevat specifieke voorschriften voor de toetsing van concentraties. Met name legt het de voorwaarden vast waaronder een buitenlandse subsidie bij een concentratie geacht wordt de interne markt te verstoren, omschrijft het wat een concentratie is en bepaalt het wanneer een concentratie moet worden aangemeld. Het werkt de aanmeldingsverplichting nader uit door het begrip «zeggenschap» te omschrijven en door toe te lichten hoe de omzet en de hoogte van de financiële bijdrage moeten worden berekend. In dit hoofdstuk van de verordening wordt verder beschreven wanneer een concentratie moet worden opgeschort en wat de ter zake geldende termijnen zijn. Het bepaalt welke procedurevoorschriften van hoofdstuk 2 op aangemelde concentraties van toepassing zijn tijdens de voorlopige beoordeling en het diepgaand onderzoek, aangepast aan de specifieke aspecten van een aanmeldingsstelsel. Ten slotte worden specifieke regels vastgesteld ten aanzien van geldboeten en dwangsommen.

In de volgende paragrafen wordt nader ingegaan op de aanmelding en aanmelddrempels bij concentraties (paragraaf 3.4.2.2.), de opschorting van concentraties en termijnen (paragraaf 3.4.2.3), de mogelijke uitkomsten van het onderzoek van de Commissie (pararaaf 3.4.2.4) en boetes en dwangsommen (paragraaf 3.4.2.5).

3.4.2.2. Aanmelding en aanmelddrempels

Artikel 21, eerste lid, van de verordening bepaalt dat concentraties bij de Commissie dienen te worden aangemeld voor de totstandkoming ervan en na de sluiting van de overeenkomst, na de aankondiging van het openbare overnamebod of na de verwerving van een zeggenschapsbelang.

In artikel 20, derde lid, van de verordening is bepaald dat er sprake is van een aan te melden concentratie, indien ten minste één van de bij de concentratie betrokken ondernemingen, de verworven onderneming of de gemeenschappelijke onderneming in de EU is gevestigd en in de EU een totale omzet van ten minste 500 miljoen EUR behaalt, en de betrokken ondernemingen opgeteld meer dan 50 miljoen EUR aan financiële bijdragen uit derde landen hebben ontvangen in de drie jaren voorafgaand aan de sluiting van de overeenkomst, de aankondiging van het openbare overnamebod of de verwerving van een zeggenschapsbelang.

In artikel 22 van de verordening is bepaald hoe de omzet berekend moet worden.

3.4.2.3. opschorting en termijnen

In artikel 24 van de verordening wordt bepaald wat voor invloed een voorlopige beoordeling en een diepgaand onderzoek door de Commissie hebben op een totstandkoming van een concentratie. Het eerste lid vermeldt dat een aanmeldingsplichtige concentratie niet tot stand mag worden gebracht als deze niet is aangemeld bij de Commissie.

Daarnaast geldt dat een aanmeldingsplichtige concentratie niet tot stand wordt gebracht gedurende een periode van 25 werkdagen na ontvangst van de aanmelding door de Commissie. Tevens bepaalt artikel 24, eerste lid, onderdeel b, van de verordening dat een aan te melden concentratie niet tot stand wordt gebracht gedurende een periode van 90 werkdagen na inleiding van het diepgaande onderzoek. Deze termijn kan worden verlengd. Het vierde lid bepaalt dat een verlenging niet meer dan 20 werkdagen kan bedragen. Ten slotte bepaalt artikel, 24, eerste lid, onderdeel c, van de verordening dat een concentratie tot stand mag komen op het moment dat de Commissie een besluit met verbintenissen of een besluit van geen bezwaar heeft genomen.

In het tweede lid zijn de voorwaarden opgenomen waaronder de tenuitvoerlegging van een openbaar overnamebod of een reeks van transacties met effecten wel mag plaatsvinden. Daarnaast kan de Commissie ontheffing verlenen van het verbod in het eerste lid (artikel 24, derde lid, van de verordening). Aan de ontheffing kunnen voorwaarden worden verbonden.

3.4.2.4. Mogelijke uitkomsten onderzoek Commissie

Zoals hierboven aangegeven verloopt het onderzoek door de Commissie bij een aangemelde concentratie zoveel mogelijk op dezelfde wijze als bij onderzoeken die de Commissie ambtshalve doet. Dit betekent onder meer dat de Commissie in het kader van een onderzoek naar concentraties ook een voorlopige toetsing en een diepgaand onderzoek kan instellen (zie artikel 25, eerste lid, van de verordening en paragrafen 3.3.2 en 3.3.3 van deze toelichting). Het diepgaand onderzoek kan vervolgens resulteren in een besluit met verbintenissen die verstoringen op de interne markt volledig en effectief verhelpen als bedoeld in artikel 11, derde lid, van de verordening (artikel 25, derde lid, onderdeel a, van de verordening). Ook kan het diepgaand onderzoek resulteren in een besluit om geen bezwaar aan te tekenen als bedoeld in artikel 11, vierde lid, van de verordening (artikel 25, derde lid, onderdeel b, van de verordening). Ten slotte kan een concentratie verboden worden (artikel 25, derde lid, onderdeel c, van de verordening).

Gezien het karakter van het mechanisme voor voorafgaande toetsing van concentraties en gelet op de behoefte aan rechtszekerheid ten aanzien van die specifieke transacties, mag de Commissie concentraties niet opnieuw op eigen initiatief toetsen.

3.4.2.5. Boetes en dwangsommen

In artikel 26 van de verordening zijn in aanvulling op artikel 17 van de verordening de gevallen opgenomen waarin de Commissie kan overgaan tot het opleggen van boetes en dwangsommen in het kader van de totstandbrenging van concentraties. Naast de bevoegdheid tot het opleggen van boetes zoals besproken in paragraaf 3.3.4 van deze toelichting kan de Commissie ook boetes en dwangsommen opleggen ingeval bij een aanmelding onjuiste of misleidende informatie is verstrekt (ten hoogste 1 procent van de in het voorafgaande boekjaar behaalde

omzet), of bij niet-aanmelding of niet-nakoming van de opschortingsverplichting of een verbodsbesluit voor een concentratie (ten hoogste 10 procent van de in het voorafgaande boekjaar behaalde omzet.

3.4.3. Aanbestedingsprocedures

3.4.3.1. Inleiding

De Commissie heeft op grond van deze verordening de bevoegdheid om onderzoek te doen naar financiële bijdragen bij alle aanbestedingen met een geraamde waarde boven de drempelwaarde. Daarnaast kan de Commissie bij specifieke aanbestedingen met een lagere geraamde waarde, voorafgaand aan de gunning expliciet verzoeken om alle financiële bijdragen te melden. Ook voor aanbestedingen die reeds gegund zijn heeft de Commissie de bevoegdheid tot ambtshalve toetsing. Hoofdstuk 4 van de verordening bevat specifieke voorschriften met betrekking tot financiële bijdragen in het kader van aanbestedingsprocedures. Met name volgt uit dit hoofdstuk wanneer een aanmelding in het kader van een dergelijke procedure verplicht is. Het legt vast welke procedurevoorschriften van hoofdstuk 2 van toepassing zijn op aangemelde financiële bijdragen bij aanbestedingsprocedures, alsmede de termijnen voor het inleiden en beëindigen van een voorlopig beoordeling en diepgaand onderzoek en wanneer deze plaatsvinden tijdens de aanbesteding. Ook beschrijft dit hoofdstuk de soorten besluiten die de Commissie kan vaststellen en wanneer de gunning van een overheidsopdracht aan potentieel gesubsidieerde inschrijvers bij openbare aanbestedingsprocedures wordt opgeschort. Ook worden er specifieke regels vastgesteld ten aanzien van geldboeten en dwangsommen. Daarnaast zal de Commissie een inschrijving onregelmatig verklaren en de aanbestedende dienst gebieden de ondernemer uit te sluiten van de aanbesteding indien er een onjuiste of misleidende aanmelding of verklaring wordt gedaan of wanneer deze zelfs volledig ontbreekt.

In de volgende paragrafen wordt nader ingegaan op de aanmeldingsdrempels in de aanbestedingsprocedures (paragraaf 3.4.3.2), de wijze waarop aanmelding of verklaring wordt gecontroleerd (paragraaf 3.4.3.3), de mogelijke uitkomsten van het onderzoek van de Commissie (paragraaf 3.4.3.4), het effect van het onderzoek op de aanbestedingsprocedures (paragraaf 3.4.3.5) en de boetes en dwangsommen (paragraaf 3.4.3.6).

3.4.3.2. Aanmeldingsdrempels in de aanbestedingsprocedures

De aanmeldingsverplichting in het kader van een aanbestedingsprocedure houdt in dat buitenlandse financiële bijdragen dienen te worden aangemeld, indien:

1) de geraamde waarde van een overheidsopdracht of raamovereenkomst exclusief BTW, ten minste 250 miljoen euro bedraagt of indien er sprake is van splitsing van een opdracht in percelen, de waarde van een perceel of de totale waarde van alle percelen waarvoor een onderneming zich inschrijft ten minste 125 miljoen euro bedraagt; en

2) in de drie jaren voorafgaand aan de aanmelding buitenlandse financiële bijdragen aan een onderneming[9] zijn toegekend waarvan de totale waarde ten minste 4 miljoen euro per derde land bedraagt.[10]

Wanneer aan bovenstaande criteria wordt voldaan meldt een onderneming die deelneemt aan een aanbestedingsprocedure alle buitenlandse financiële bijdragen aan bij de aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven. De financiële bijdragen die in de drie jaren voorafgaand aan de aanmelding zijn toegekend waarvan de totale waarde ten minste 4 miljoen euro per derde land bedraagt, dienen te worden aangemeld.

In alle andere gevallen, wanneer een onderneming enkel bijdragen ontvangt met een totale waarde van minder dan 4 miljoen euro per derde land of zelfs geen bijdragen uit derde landen ontvangt, neemt een onderneming, indien aanwezig, alle ontvangen buitenlandse financiële bijdragen op in een verklaring. Tevens bevestigen de ondernemingen in deze verklaring dat de buitenlandse financiële bijdragen niet aangemeld hoeven te worden. De verklaring wordt gevoegd bij het verzoek tot deelname aan de aanbestedingsprocedures dan wel aan de (definitieve) inschrijving.

Daarnaast kan de Commissie bij een vermoeden dat een onderneming in de drie jaar voorafgaand aan de inschrijving of het verzoek tot deelname aan de aanbestedingsprocedure voordeel heeft gehad van buitenlandse financiële bijdragen, aanmelding van de door derde landen aan die onderneming toegekende financiële bijdragen eisen (artikel 29, achtste lid, van de verordening).

Artikel 28, zesde lid, van de verordening verlangt van de aanbestedende diensten en speciale-sector bedrijven dat in de aankondiging van een opdracht, of in geval van een procedure zonder voorafgaande bekendmaking in de aanbestedingsstukken, wordt vermeld dat een onderneming onderworpen is aan de in artikel 29 van de verordening bedoelde verplichte aanmelding of verklaring.

3.4.3.3. Aanmelding of verklaring controleren

Zodra een hierboven bedoelde aanmelding of verklaring door de onderneming is ingediend, dienen aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven deze onverwijld door te zetten naar de Commissie. Indien een aanmelding of verklaring uitblijft, verklaren de aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven een inschrijving of verzoek tot deelname onregelmatig en wijzen deze af. Een inschrijving of verzoek tot deelname kan ook onregelmatig worden verklaard en worden afgewezen omdat de aanmelding of verklaring naar het oordeel van de Commissie onvolledig is.

Tot slot bevat artikel 29, zevende lid, van de verordening de verplichting voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven om indien zij bij de bestudering van inschrijvingen vermoeden dat sprake is van aan te melden buitenlandse financiële bijdragen, hoewel er een verklaring is

---

[9] Het betreft hier de onderneming, met inbegrip van zijn dochterondernemingen onder commerciële autonomie, zijn participatieondernemingen en, in voorkomend geval, zijn hoofdaannemers en -leveranciers die betrokken zijn bij dezelfde inschrijving voor een aanbestedingsprocedure.

[10] In artikel 28, derde en vierde lid zijn enkele procedures uitgezonderd (procedures voor de gunning van opdrachten die onder het toepassingsgebied van de defensie- en veiligheidsrichtlijn vallen en de in artikel 32, tweede lid, onder c, van de aanbestedingsrichtlijn en artikel 50, onder d, van de speciale-sectorrichtlijn bedoelde procedures voor de gunning van opdrachten).

ingediend, de Commissie van dergelijke vermoedens onverwijld op te hoogte brengen. De Commissie doet vervolgens onderzoek. Het is uitdrukkelijk niet de bedoeling dat aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven zelf onderzoek doen of een inschrijving abnormaal laag is, indien het vermoeden dat er mogelijk sprake is van aan te melden buitenlandse financiële bijdragen de enige aanleiding zou zijn voor dit onderzoek.

3.4.3.4. Mogelijke uitkomsten onderzoek Commissie

Zoals hierboven aangegeven verloopt het onderzoek door de Commissie bij een aanbesteding met een geraamde waarde gelijk aan of hoger dan de drempelwaarden zoveel mogelijk op dezelfde wijze als bij onderzoeken die de Commissie ambtshalve (artikel 9 van de verordening) doet. Dit betekent onder meer dat de Commissie in het kader van een onderzoek naar aanbestedingen ook een voorlopige toetsing en een diepgaand onderzoek kan instellen (zie artikel 30, eerste lid, van de verordening en paragrafen 3.3.2 en 3.3.3 van deze toelichting). Het diepgaand onderzoek kan vervolgens resulteren in een besluit met verbintenissen die verstoringen op de interne markt volledig en effectief verhelpen (artikel 31, eerste lid, van de verordening). Ook kan het diepgaand onderzoek resulteren in een besluit om geen bezwaar aan te tekenen als bedoeld in artikel 11, vierde lid, van de verordening (artikel 31, derde lid, van de verordening). Ten slotte kan de gunning van de opdracht worden verboden.

3.4.3.5. Effect onderzoek op de aanbestedingsprocedure

In artikel 32, eerste en tweede lid, van de verordening wordt bepaald wat voor invloed een voorlopige toetsing en een diepgaand onderzoek door de Commissie hebben op een aanbestedingsprocedure. Met uitzondering van de gunning van de opdracht kunnen alle stappen van de aanbestedingsprocedure worden doorlopen tijdens de voorlopige toetsing en het diepgaand onderzoek (artikel 32, eerste lid, van de verordening). Indien de Commissie besluit tot inleiding van een diepgaand onderzoek, mag pas op het moment dat de Commissie in een besluit heeft vastgesteld dat dit onderzoek niet tot de bevinding heeft geleid dat een onderneming voordeel haalt uit een buitenlandse subsidie die de interne markt verstoort, worden gegund aan deze onderneming (artikel 32, tweede lid, van de verordening).

Artikel 32, derde lid, bepaalt dat als de onderneming met naar het oordeel van de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf meest voordelige inschrijving geen onderwerp van een voorlopige toetsing of een diepgaand onderzoek is, een opdracht gewoon gegund mag worden, ook indien er andere inschrijvers wel onderwerp van onderzoek zijn. Er hoeft niet te worden gewacht tot de Commissie een besluit (met betrekking tot de betreffende onderneming of met betrekking tot andere in onderzoek zijnde ondernemingen) heeft vastgesteld of tot de termijnen hiervoor zijn verstreken.

Het vierde lid beschrijft de situatie wanneer de Commissie de gunning van de opdracht aan de onderneming met naar het oordeel van de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf meest voordelige inschrijving, heeft verboden. In een dergelijk geval mag worden gegund aan de onderneming met de op één na meest voordelige inschrijving, indien hiertegen geen besluit is genomen waarin gunning wordt verboden. Het vijfde lid vermeldt dat een besluit met verbintenissen of een besluit van geen bezwaar, niet aan gunning in de weg staat.

Tot slot bepaalt het zesde lid dat een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf de Commissie onverwijld in kennis stelt van het annuleren van een aanbestedingsprocedure, het afwijzen van een inschrijving of verzoek tot deelname door de onderneming, het indienen van een nieuwe inschrijving door een onderneming of het gunnen van een opdracht.

De Commissie mag op inschrijvingen voor een overheidsopdracht die overeenkomstig hoofdstuk 4 van de verordening zijn aangemeld en beoordeeld, geen ambtshalve toetsing meer uitvoeren overeenkomstig hoofdstuk 2 van de verordening.

3.4.3.6. Boetes en dwangsommen

In artikel 33 van de verordening zijn in aanvulling op artikel 17 van de verordening de gevallen opgenomen waarin de Commissie kan overgaan tot het opleggen van boetes en dwangsommen in het kader van aanbestedingsprocedures. Naast de bevoegdheid tot het opleggen van boetes zoals besproken in paragraaf 3.3.4 van de toelichting kan de Commissie ook boetes en dwangsommen opleggen aan een onderneming, die opzettelijk of uit onachtzaamheid onjuiste of misleidende informatie verstrekt (ten hoogste 1 procent van de in het voorafgaande boekjaar behaalde omzet), niet voldaan heeft aan de meldingsprocedure van buitenlandse financiële bijdragen overeenkomstig artikel 29 van de verordening, of de aanmeldingsvereisten niet nakomt (beiden ten hoogste 10 procent van de in het voorafgaande boekjaar behaalde omzet).

4. Inhoud wetsvoorstel

4.1. Inleiding

Een EU-verordening werkt rechtstreeks door in de rechtsorde van de lidstaten en lidstaten van de EU zijn verplicht om alle maatregelen te nemen die nodig zijn voor de volledige verwezenlijking van een verordening. Gelet op het rechtstreekse karakter maakt een verordening automatisch deel uit van de nationale rechtsorde en is het verboden om bepalingen ervan in het nationale recht over te nemen (het zogenaamde overschrijfverbod). Wel kan het voor de operationalisering van een verordening nodig zijn om bepalingen met betrekking tot procedures, toezicht en handhaving, rechtsbescherming en aanwijzing van uitvoeringsorganen op te nemen in nationale regelgeving. De uitvoering van de verordening buitenlandse subsidies vergt beperkt nationale regelgeving, omdat de Commissie grotendeels is belast met de uitvoering van de verordening. Zo is de Commissie als enige bevoegd tot handhaving van de verordening en het opleggen van sancties. De grote rol van de Commissie neemt niet weg dat enkele onderdelen van de verordening nationale regelgeving vereisen. Daarin voorziet dit wetsvoorstel, waarbij het uitgangspunt van de rechtstreekse werking van de verordening en minimumomzetting wordt gerespecteerd.

Voor de actieve bijstand bij inspecties door de Commissie op Nederlands grondgebied en inspecties en ander feitenonderzoek op verzoek van de Commissie zijn bepalingen in nationale wetgeving vereist. Dit wetsvoorstel bevat de nodige bepalingen daartoe. Deze onderdelen van het wetsvoorstel worden nader toegelicht in paragraaf 4.2 en 4.3

4.2. Bijstand bij inspecties van de Commissie door de ACM

Artikel 14, vijfde lid, van de verordening eist dat de lidstaat functionarissen machtigt om bijstand te verlenen bij inspecties door de Commissie, indien de Commissie oordeelt dat er sprake zou kunnen zijn van een

buitenlandse subsidie die de interne markt verstoort. Deze functionarissen handelen in dit geval onder de verantwoordelijkheid en het gezag van de Commissie en beschikken over dezelfde bevoegdheden als ambtenaren van de Commissie. Artikel 2, eerste lid, van het wetsvoorstel bepaalt dat de toezichthoudende ambtenaren van de ACM belast zijn met het verlenen van deze bijstand.

Artikel 14, zesde lid, van de verordening schrijft voor dat deze functionarissen de nodige bijstand moeten verlenen om de Commissie in staat te stellen haar inspectie te verrichten, in het geval dat een onderneming of ondernemingsvereniging zich tegen een inspectie door de Commissie verzet. Daarbij moet zo nodig een beroep gedaan kunnen worden op de politie of een andere handhavingsautoriteit. Dit is vastgelegd in artikel 2, tweede lid, van het wetsvoorstel.

De relevante inspectiebevoegdheden zijn in dit verband dezelfde als de bevoegdheden die de Commissie heeft bij een inspectie (zie paragraaf 3.3.4 van deze toelichting). De uitoefening van deze bevoegdheden wordt in het Unierecht beperkt door de eis van noodzakelijkheid en evenredigheid.

4.3. Inspectie of ander feitenonderzoek op verzoek van de Commissie door de ACM

Artikel 14, zevende lid, van de verordening bepaalt dat de Commissie lidstaten kan verzoeken zelfstandig een inspectie of ander feitenonderzoek uit te voeren om vast te stellen of er sprake is van een buitenlandse subsidie die de interne markt verstoort. In artikel 3, eerste lid, van het wetsvoorstel is bepaald dat de ACM uitvoering zal geven aan een dergelijk verzoek van de Commissie. Hiertoe worden in artikel 3, tweede lid, dezelfde ambtenaren van de ACM aangewezen als de ambtenaren die bijstand verlenen bij een inspectie van de ACM. De ACM voert een inspectie of ander feitenonderzoek uit overeenkomstig het nationale recht. In de verordening wordt niet bepaald welke bevoegdheden de functionarissen die de inspectie uitvoeren in ieder geval dienen te hebben, al dienen ze in elk geval niet verder te strekken dan noodzakelijk voor het verrichten van een inspectie of feitenonderzoek. De Commissie heeft immers de rol van «enige handhaver» en kan dus als enige vaststellen dat er sprake is van een buitenlandse subsidie die de interne markt verstoort en om die reden verbintenissen accepteren of herstelmaatregelen opleggen. Verder is het aan de nationale wetgever om te bepalen over welke onderzoeksbevoegdheden de nationale bevoegde autoriteit beschikt. In dit wetsvoorstel is er voor gekozen aan te sluiten bij de bevoegdheden van artikel 14, tweede lid, van de verordening, zoals besproken in paragraaf 3.3.4. Hiernaast is in het vierde lid bepaald dat de ambtenaren van de ACM ook bij een zelfstandige inspectie of feitenonderzoek zo nodig de hulp kunnen inschakelen van de politie. Hiermee zijn de bevoegdheden voor de ambtenaren van de ACM voor bijstand bij inspecties en het zelfstandig uitvoeren van inspecties en ander feitenonderzoek op verzoek van de Commissie op grond van de verordening hetzelfde. De ACM is in dit geval geen toezichthouder, waardoor de algemene toezichtsbevoegdheden van de Awb en de Instellingswet ACM niet van toepassing zijn bij het uitvoeren van inspecties of ander feitenonderzoek op verzoek van de Commissie op grond van de verordening.

4.4. Relatie met andere taken ACM

Artikel 7, eerste lid, van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt maakt het mogelijk dat door de ACM verkregen gegevens en inlichtingen binnen de gehele organisatie voor alle taken van de ACM kunnen worden

gebruikt, dus niet alleen voor de taak waarvoor de gegevens en inlichtingen zijn verkregen. Dit betekent dat de ACM de gegevens en inlichtingen die zij verkrijgt bij de uitvoering van dit wetsvoorstel, eenmaal tot wet verheven, ook kan gebruiken bij haar andere wettelijke taken. Hetzelfde geldt andersom. Deze interne informatie-uitwisseling draagt bij aan een effectieve en efficiënte uitoefening van de taken van de ACM.

5. Wijziging van de Aanbestedingswet 2012

5.1. Inbreukprocedure

Verder bevat dit wetsvoorstel enkele wijzigingen van de Aanbestedingswet 2012. Aanleiding voor deze wijzigingsvoorstellen is niet de verordening buitenlandse subsidies, maar een inbreukprocedure die de Commissie tegen Nederland heeft aangespannen. De Commissie heeft op 15 juli 2022 Nederland in gebreke gesteld, gevolgd door een met redenen omkleed advies op 14 juli 2023, vanwege het volgens de Commissie onvolledig implementeren van een aantal bepalingen van richtlijn 2014/25/EU betreffende overheidsopdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (hierna: speciale-sectorrichtlijn)[11] en richtlijn 2014/23/EU betreffende concessieovereenkomsten (hierna: concessierichtlijn)[12]. Deze richtlijnen zijn in de Aanbestedingswet 2012 geïmplementeerd. Het met redenen omkleed advies ziet materieel op de volgende twee punten.

5.2. Bijzondere en exclusieve rechten

Ten eerste stelt de Commissie dat artikel 1.1 van de Aanbestedingswet 2012 wat betreft de definitie van bijzondere en uitsluitende rechten, geen juiste omzetting is van artikel 4, derde lid, van de speciale-sectorrichtlijn en artikel 7, tweede lid, van de concessierichtlijn. De Nederlandse regering heeft in de inbreukprocedure het standpunt ingenomen dat artikel 4, derde lid, van de speciale-sectorrichtlijn wel degelijk correct in artikel 1.1 van de Aanbestedingswet 2012 is geïmplementeerd vanwege de zoveel mogelijke uniforme en samenhangende uitleg van de definitie van «bijzondere en uitsluitende rechten» in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en (de nationale implementatie van) secundaire EU-regelgeving, waaronder richtlijnen op het gebied van telecommunicatie[13], transparantie[14] en aanbesteden[15]. Het een-op-een overnemen van artikel 4, derde lid, van de speciale-sectorrichtlijn zou afbreuk doen aan deze uniforme en samenhangende uitleg.

---

[11] Richtlijn (EU) 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2004/17/EG (PbEU 2014, L 94).

[12] Richtlijn (EU) 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten (PbEU 2014, L 94).

[13] Onder meer richtlijn 94/46/EG van de Commissie van 13 oktober 1994 tot wijziging van Richtlijn 88/301/EEG en Richtlijn 90/388/EEG met name met betrekking tot satellietcommunicatie (PbEG L 268, 1994) en richtlijn 2002/77/EG van de Commissie van 16 september 2002 betreffende de mededinging op de markten voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (PbEG L 249, 2002).

[14] Met name richtlijn 2000/52/EG van de Commissie van 26 juli 2000 tot wijziging van Richtlijn 80/723/EEG betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven (PbEG L 193, 2000) en richtlijn 2006/111/EG van de Commissie van 16 november 2006 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven en de financiële doorzichtigheid binnen bepaalde ondernemingen (PbEG L 318, 2006).

[15] Europese Commissie, «Explanatory note – utilities directive: definition of exclusive or special rights» (document CC/2004/33).

Het is echter wel mogelijk om de vrijstelling van de toepassing van de aanbestedingsregels, die uit artikel 4, derde lid juncto eerste lid, van de speciale-sectorrichtlijn volgt, te effectueren door de definitie van «speciale-sectorbedrijf» in artikel 1.1 van de Aanbestedingswet 2012 aan te passen. Die vormgeving is ook in lijn met de inrichting van artikel 7, tweede lid, van de concessierichtlijn. Met een dergelijke aanpassing kan aan de bezwaren van de Commissie worden tegemoetgekomen zonder dat dit noopt tot wijziging van de definities van «bijzonder recht» of «uitsluitende recht» in de Aanbestedingswet 2012. In de reactie op het met redenen omkleed advies heeft de Nederlandse regering daarom toegezegd een wetswijziging voor te bereiden om in de begripsbepaling van «speciale-sectorbedrijf» in de Aanbestedingswet 2012 te expliciteren dat geen sprake is van een speciale-sectorbedrijf indien aan een bedrijf of instelling een bijzonder of uitsluitend recht is verleend door middel van een procedure waaraan toereikende bekendheid is gegeven en waarin de verlening van dat recht gebaseerd was op objectieve criteria. Hiermee wordt materieel dezelfde kenbaarheid van de vrijstelling van toepassing van de aanbestedingsregels bereikt, zonder afbreuk te doen aan de gewenste samenhangende uitleg van het begrip «bijzondere en uitsluitende rechten». Artikel 4, onderdeel A, onder 1, van dit wetsvoorstel strekt ertoe de definitie van «speciale-sectorbedrijf» in artikel 1.1 van de Aanbestedingswet 2012 aan te passen en daarmee de toezegging na te komen.

5.3. Postdiensten

Ten tweede wijst de Commissie erop dat postdiensten niet expliciet in de Nederlandse regelgeving zijn omgezet als activiteiten die binnen het toepassingsgebied van de speciale-sectorrichtlijn en concessierichtlijn vallen. Volgens de Commissie lijkt dit in strijd te zijn met artikel 13 van de speciale-sectorrichtlijn en artikel 7, eerste lid, en bijlage II, onderdeel 5, van de concessierichtlijn.

In de Postwet 2009 is ervoor gekozen niet alleen richtlijn 97/67/EG[16] en de latere wijzigingen van die richtlijn (hierna: postrichtlijn) te implementeren, maar ook het verdere postvervoer te liberaliseren. Dientengevolge is de Nederlandse regering ervan uitgegaan dat het verlenen of handhaven van bijzondere of uitsluitende rechten voor het vestigen en het aanbieden van postdiensten niet aan de orde kan zijn.

Artikel 13 van de speciale-sectorrichtlijn omvat echter meer dan postdiensten in de zin van de postrichtlijn en ook meer dan postvervoer in de zin van de Postwet 2009. Daardoor is het theoretisch mogelijk dat een entiteit bijzondere of uitsluitende rechten verkrijgt met betrekking tot postdiensten of andere diensten dan postdiensten die niet onder de postrichtlijn en de Postwet 2009, maar wel binnen het bereik van de speciale-sectorrichtlijn vallen. Voor een volledige implementatie van artikel 13 van de speciale-sectorrichtlijn en artikel 7, eerste lid, en bijlage II, onderdeel 5, van de concessierichtlijn heeft de Nederlandse regering naar aanleiding van het met redenen omkleed advies dan ook toegezegd een wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in procedure te brengen. Met artikel 4, onderdeel A, onder 2, en onderdeel B, van dit wetsvoorstel wordt deze toezegging gestand gedaan.

[16] Richtlijn 97/67/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 1997 betreffende gemeenschappelijke regels voor de ontwikkeling van de interne markt voor postdiensten in de Gemeenschap en de verbetering van de kwaliteit van de dienst (PbEG 1998, L 15).

Het bepaalde bij of krachtens deel 3 van de Aanbestedingswet 2012 is tevens van toepassing op beheer van postdiensten of diensten die betrekking hebben op zendingen van stukken die niet kunnen worden aangemerkt als postzendingen, indien dit beheer of deze diensten worden aangeboden door een speciale-sectorbedrijf dat postdiensten aanbiedt.

6. Uitvoering

Het wetsvoorstel is – voor zover het betreft de verordening – op uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid getoetst door de ACM, die in dit wetsvoorstel wordt belast met bijstand bij inspecties of feitenonderzoek of zelfstandige inspectie of feitenonderzoek.

Bij brief van 9 april 2024 heeft de ACM aangegeven het wetsvoorstel uitvoerbaar en handhaafbaar te achten[17].

De ACM heeft in haar uitvoeringstoets opgemerkt dat de wijziging afgaande op een inschatting door de Commissie van het verwachte aantal inspecties geen gevolgen heeft voor de ACM in termen van personeel, organisatie en financiën.

7. Administratieve lasten

7.1 Verordening buitenlandse subsidies

Naar verwachting heeft het wetsvoorstel geen regeldrukeffecten voor ondernemingen. Ondernemingen moeten zich aan de verplichtingen houden die vanuit de Verordening op hen rusten. Er is geen sprake van extra inhoudelijke nalevingskosten als gevolg van dit wetsvoorstel. Het wetsvoorstel introduceert namelijk geen nieuwe, additionele maatregelen waar ondernemingen zich aan moeten houden. De Commissie houdt toezicht op de verplichtingen in de verordening.

Bij het uitbrengen van het voorstel voor de Verordening heeft de Commissie ook een Impact Assessment uitgebracht. Hierin schetste de Commissie verschillende opties voor het toetsen van subsidies vanuit derde landen. Ook gaat de Commissie hierin in op de te verwachten lastendruk voor de Commissie zelf, maar ook voor ondernemingen.

Gevolgen voor ondernemingen op basis van de concentratiemodule

Aangezien de Verordening een nieuw instrument is, is het lastig om een precieze inschatting te maken ten aanzien van de kosten voor ondernemingen. Het is om diezelfde reden ook nog onduidelijk hoe dit in de praktijk precies zal uitpakken nadat er een melding aan de Commissie is gedaan en is mede afhankelijk van de specifieke zaak en betreffende factoren.

De Commissie is al toezichthouder voor concentraties die de drempelwaarden van de Europese Concentratiecontrole verordening halen en houdt daarnaast ook toezicht op het toekennen van staatssteun door EU lidstaten. Mede op basis van het reeds geldende Europese concentratietoezicht en de staatssteunregels heeft de Commissie een inschatting geprobeerd te maken van de kosten voor het doen van een melding op basis van de Verordening. De inschatting en verwachting van de Commissie loopt van EUR 50.000–75.000 voor meldingen die zien op eenvoudigere zaken tot aan EUR 500.000 voor meldingen die zien op ingewikkeldere zaken waar veel onderzoek en informatie nodig is.

[17] Tevens ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

Tegelijkertijd is het aannemelijk dat er overlap in de meldingen zitten voor het concentratietoezicht en het toezicht op buitenlandse directe investeringen (FDI). Hierdoor zullen er synergievoordelen ontstaan die leiden tot een efficiënt proces van het doen van melding aan de zijde van ondernemingen.[18]

Gezien de geldende drempelwaarden zijn alleen ondernemingen met hoge omzetten betrokken bij concentraties en de daarvoor geldende meldingen. Voor het mkb zorgen de drempelwaarden ervoor dat het onwaarschijnlijk is dat zij als gevolg van de Verordening een melding bij de Commissie moeten doen.

In het geval de Commissie besluit ambtshalve een onderzoek te starten op grond van haar bevoegdheid daartoe, bestaat de kans dat ondernemingen in dat kader om informatie wordt gevraagd of anderszins aan de betreffende verzoeken voor het onderzoek opvolging moeten geven. Het is echter de verwachting dat het uiteindelijke resultaat van een dergelijk onderzoek positieve gevolgen heeft voor ondernemingen. Het gelijke speelveld wordt immers op deze manier beschermd.

Verwachte aantal meldingen

Bij het uitbrengen van het voorstel van de verordening heeft de Commissie een inschatting gemaakt van het aantal meldingen dat zij denkt te ontvangen. De Commissie schatte in dat zij voor de concentratiemodule per jaar ca. 30 meldingen van ondernemingen zou ontvangen. Voor aanbestedingen schatte zij het aantal meldingen in op ca. 45. Overigens zullen aanbestedende diensten de aanbestedingen boven de drempelwaarden bij de Commissie moeten melden. Als inschrijvers melding maken van aan te melden financiële bijdragen, worden deze door de aanbestedende diensten ook aan de Commissie worden gestuurd. Verder schatte de Commissie in dat zij per jaar tussen de 30 en 45 onderzoeken op basis van haar ambtshalve toetsingsbevoegdheid zou uitvoeren.

Gevolgen voor ACM bij nationale onderzoeken

Zoals reeds beschreven is de Commissie exclusief bevoegd om toezicht te houden op de Verordening. Dit betekent ook dat de ACM alleen assisteert bij het uitvoeren van onderzoeken als die zien op ondernemingen in Nederland. Het is de voorlopige verwachting dat dit beperkt het geval zal zijn. Als het al het geval is, zal de omvang van een dergelijk onderzoek per geval verschillen. Dit kan zich bijvoorbeeld uiten in de vorm van het verstrekken van informatie die de ACM al heeft of het uitvoeren van een bedrijfsbezoek. Afhankelijk van de verschillende stappen, de bijbehorende fasen en variërende aard van de assistentie die de ACM verleent tijdens een onderzoek van de Commissie, zorgt dit ook voor variërende belasting van de ACM. Daar is op dit moment nog geen goed beeld van, hoewel het niet de verwachting is dat dit tot significante verzwaring van de belasting van de ACM leidt. Dit komt mede doordat de Verordening een nieuw instrument is. Hierbij dient opgemerkt te worden dat er geen reeds bestaand instrument is waarmee dit te vergelijken is qua lastendruk voor de ACM.

[18] Zie «Commission proposal for a Regulation» en «Impact Assessment Report» daarbij van 5 mei 2021, te raadplegen via: https://competition-policy.ec.europa.eu/foreign-subsidies-regulation/legislation_en.

7.2 Wijzigingen aanbestedingswet 2012

Naar verwachting heeft het wetsvoorstel geen regeldrukeffecten voor ondernemingen. Ondernemingen moeten zich aan de verplichtingen houden die vanuit de speciale-sectorrichtlijn en de concessierichtlijn op hen rusten. Er is geen sprake van extra inhoudelijke nalevingskosten als gevolg van dit wetsvoorstel. Het wetsvoorstel introduceert namelijk geen nieuwe, additionele maatregelen waar ondernemingen zich aan moeten houden.

II ARTIKELSGEWIJZE TOELICHTING

Artikel 1

Dit voorgestelde artikel bevat de begripsbepalingen van de «Autoriteit Consument en Markt» en «verordening buitenlandse subsidies». Deze begrippen spreken voor zich en behoeven geen nadere toelichting.

Artikel 2

Eerste lid

In het voorgestelde eerste lid van artikel 2 worden de ambtenaren van de ACM belast met de bijstand bij inspecties bij ondernemingen en ondernemersverenigingen door de Commissie. Deze bepaling is toegelicht in paragraaf 4.2 van deze memorie van toelichting.

Tweede lid

In het voorgestelde tweede lid van artikel 2 worden de ambtenaren van de ACM belast met de bijstand bij inspecties door de Commissie, in het geval de onderneming in kwestie zich tegen de inspectie verzet. De verleende bijstand moet de Commissie in staat stellen om alsnog de inspectie uit te voeren. De ambtenaren van de ACM zijn daarbij bevoegd om zo nodig de hulp van de sterke arm in te roepen. Het begrip «sterke arm» omvat de ambtenaren van politie die zijn aangesteld voor de uitvoering van de politietaak (zie artikel 2, onderdelen a, c en d, van de Politiewet 2012), alsmede militairen van de Koninklijke marechaussee voor zover deze politietaken uitvoeren (zie artikel 4, eerste lid, van de Politiewet 2012). Het gebruik van dit begrip wordt voorgeschreven bij het regelen van de mogelijkheid om bij de uitoefening van een bevoegdheid de assistentie van de politie in te roepen.[19]

Derde lid

De functionarissen van de Commissie hebben op grond van interne regels van de Commissie een legitimatieplicht. Er is echter niet voorzien in een legitimatieplicht voor de nationale ambtenaren die bijstand verlenen. In artikel 5:12 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) is bepaald dat toezichthouders bij de uitoefening van hun taak een legitimatiebewijs bij zich dienen te dragen, dat is uitgegeven door het desbetreffende bestuursorgaan. Omdat de bepalingen inzake het toezicht op de naleving van de Awb niet van toepassing zijn in het geval de ambtenaren van de ACM bijstand verlenen aan de Commissie, wordt artikel 5:12 van de Awb van overeenkomstige toepassing verklaard in onderhavig tweede lid.

[19] Zie aanwijzing 5.39 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

Artikel 3

Eerste lid tot met derde lid

In deze artikelleden is bepaald dat de ambtenaren van de ACM belast zijn met het op verzoek van de Commissie (zelfstandig) uitvoeren van inspecties en ander feitenonderzoek en dat zij hierbij de bevoegdheden hebben die staan opgesomd in artikel 14, tweede lid, van de verordening. Deze bepalingen zijn nader toegelicht in paragraaf 4.3 van deze memorie van toelichting.

Vierde lid

In het voorgestelde tweede lid van artikel 3 worden de ambtenaren van de ACM belast met de uitvoering van een inspectie of ander feitenonderzoek door de Commissie. In het geval de onderneming in kwestie zich tegen de inspectie verzet, zijn de ambtenaren van de ACM bevoegd om zo nodig de hulp van de sterke arm in te roepen. Het begrip «sterke arm» omvat de ambtenaren van politie die zijn aangesteld voor de uitvoering van de politietaak (zie artikel 2, onderdelen a, c en d, van de Politiewet 2012), alsmede militairen van de Koninklijke marechaussee voor zover deze politietaken uitvoeren (zie artikel 4, eerste lid, van de Politiewet 2012). Het gebruik van dit begrip wordt voorgeschreven bij het regelen van de mogelijkheid om bij de uitoefening van een bevoegdheid de assistentie van de politie in te roepen.[20]

Vijfde lid

De functionarissen van de Commissie hebben op grond van interne regels van de Commissie een legitimatieplicht. Er is echter niet voorzien in een legitimatieplicht voor de nationale ambtenaren die bijstand verlenen. In artikel 5:12 van de Awb is bepaald dat toezichthouders bij de uitoefening van hun taak een legitimatiebewijs bij zich dienen te dragen, dat is uitgegeven door het desbetreffende bestuursorgaan. Omdat de bepalingen inzake het toezicht op de naleving van de Awb niet van toepassing zijn in het geval de ambtenaren van de ACM inspecties of ander feitenonderzoek op verzoek van de Commissie uitvoeren, wordt artikel 5:12 van de Awb van overeenkomstige toepassing verklaard in onderhavig tweede lid.

Artikel 4

Artikel 4, onderdeel A, onder 1 (begripsbepaling speciale-sectorbedrijf)

Ingevolge artikel 4, onderdeel A, onder 1, van dit wetsvoorstel wordt de begripsbepaling van «speciale-sectorbedrijf» aangepast met het oog op artikel 4, derde lid juncto eerste lid, van de speciale-sectorrichtlijn en artikel 7, tweede lid, van de concessierichtlijn. De aanleiding voor dit aanpassingsvoorstel wordt beschreven in hoofdstuk 5 van het algemeen deel van deze toelichting.

Voorgesteld wordt om in de definitie van «speciale-sectorbedrijf» te expliciteren dat geen sprake is van een aanbestedende dienst indien aan een bedrijf of instelling een bijzonder of uitsluitend recht is verleend door middel van een procedure waaraan toereikende bekendheid is gegeven en waarin de verlening van dat recht gebaseerd was op objectieve criteria. Voorbeelden van een dergelijke procedure zijn aanbestedingsprocedures met een voorafgaande oproep tot mededinging overeenkomstig de

[20] Zie aanwijzing 5.39 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

algemene aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU[21], de aanbestedingsrichtlijn op defensie- en veiligheidsgebied 2009/81/EG[22], de speciale-sectorrichtlijn of concessierichtlijn of procedures uit hoofde van andere rechtshandelingen van de Europese Unie, genoemd in bijlage II van de speciale-sectorrichtlijn of bijlage III van de concessierichtlijn.

De in artikel 4, onderdeel A, onder 1, van dit wetsvoorstel voorgestelde wijziging van artikel 1.1 van de Aanbestedingswet 2012 heeft uitdrukkelijk niet tot doel materiële gevolgen te bewerkstelligen voor de uitleg of de toepassing van de begrippen «bijzonder recht» of «uitsluitend recht».

Artikel 4, onderdeel A, onder 2 (begripsbepalingen postdiensten en postzendingen)

Met artikel 4, onderdeel A, onder 2, van dit wetsvoorstel worden twee begripsbepalingen aan de Aanbestedingswet 2012 toegevoegd ter implementatie van artikel 13 van de speciale-sectorrichtlijn en artikel 7, eerste lid, en bijlage II, onderdeel 5, van de concessierichtlijn. Deze begripsbepalingen hangen samen met het voorstel een nieuw artikel 3.5 in de Aanbestedingswet 2012 in te voegen.

Wat betreft het begrip «postdiensten» wordt erop gewezen dat dit ingevolge artikel 13, tweede lid, onderdeel b, van de speciale-sectorrichtlijn en artikel 7, eerste lid, en bijlage II, onderdeel 5, onder ii, van de concessierichtlijn zowel diensten omvat die onder de overeenkomstig de postrichtlijn ingestelde universele postdienst vallen als die diensten die daar niet onder vallen.

Het begrip «postzendingen» omvat op grond van artikel 13, tweede lid, onderdeel a, van de speciale-sectorrichtlijn en artikel 7, eerste lid, en bijlage II, onderdeel 5, onder i, van de concessierichtlijn onder meer brievenpost, boeken, catalogi, kranten, tijdschriften en postpakketen die producten met of zonder handelswaarde bevatten, ongeacht het gewicht.

Artikel 4, onderdeel B (nieuw artikel 3.5 in de Aanbestedingswet 2012)

Voorgesteld wordt om in de Aanbestedingswet 2012 een nieuw artikel 3.5 in te voegen met betrekking tot postdiensten ter implementatie van artikel 13 van de speciale-sectorrichtlijn en artikel 7, eerste lid, en bijlage II, onderdeel 5, van de concessierichtlijn. De achtergrond van deze wijziging wordt beschreven in hoofdstuk 5 van het algemeen deel van deze toelichting. Opgemerkt zij dat het laatste deel van artikel 13, eerste lid, onderdeel b, van de speciale-sectorrichtlijn en artikel 7, eerste lid, en bijlage II, onderdeel 5, onder b, reeds is geïmplementeerd door artikel 3.21, eerste lid, van de Aanbestedingswet 2012.

---

[21] Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG (PbEU 2014, L 94).

[22] Richtlijn 2009/81/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen door aanbestedende diensten van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, en tot wijziging van Richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG (PbEG 2009, L 216).

Eerder bevatte artikel 3.5 van de Aanbestedingswet 2012 een bepaling betreffende postdiensten ter implementatie van artikel 6 van richtlijn 2004/17/EG[23], maar dit artikel is bij de implementatie van de speciale-sectorrichtlijn komen te vervallen[24].

Samenhangend met het nieuwe artikel 3.5 wordt voorgesteld twee nieuwe definities aan artikel 1.1 van de Aanbestedingswet 2012 toe te voegen, namelijk postdiensten en postzendingen.

Onder «beheer van postdiensten» wordt ingevolge artikel 13, tweede lid, onderdeel c, onder i, van de speciale-sectorrichtlijn en artikel 7, eerste lid, en bijlage II, onderdeel 5, onder iii, eerste koppelteken, van de concessie-richtlijn verstaan diensten die zowel voor als na de zending worden verricht, inclusief „mailroom management services». Als voorbeeld van een dienst die betrekking heeft op zendingen van stukken die niet kunnen worden aangemerkt als postzendingen wordt in artikel 13, tweede lid, onderdeel c, onder ii, van de speciale-sectorrichtlijn en artikel 7, eerste lid, en bijlage II, onderdeel 5, onder iii, tweede koppelteken, van de concessie-richtlijn genoemd de verzending van niet-geadresseerde direct mail.

De Minister van Economische Zaken,
D.S. Beljaarts

[23] Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (PbEG 2004, L 134).
[24] Kamerstukken II 2015/16, 34 329, nr. 3, p. 106.

Bijlage. **Transponeringstabellen**

Transponeringstabel voor
– verordening (EU) 2022/2560van het Europees Parlement en de Raad van 14 december 2022 betreffende buitenlandse subsidies die de interne markt verstoren (verordening buitenlandse subsidies), (PbEU 2022, L 330/1).

Bepaling verordening	*Bepaling in wetsvoorstel of bestaande regeling Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft*	*Omschrijving beleidsruimte*	*Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleidsruimte*
Artikel 1 (Onderwerp en toepassingsgebied)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 2 (Definities)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 3 (Het bestaan van een buitenlandse subsidie)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 4 (Verstoringen in de interne markt)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 5 (Categorieën buitenlandse subsidies die de interne markt zeer waarschijnlijk zullen verstoren)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 6 (Afwegingstoets)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 7 (Verbintenissen en herstelmaatregelen)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 8 (Informatie over toekomstige concentraties en aanbestedingsprocedures)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 9 (Ambtshalve toetsing van buitenlandse subsidies)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 10 (Voorlopige toetsing)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 11 (Het diepgaand onderzoek)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 12 (Voorlopige maatregelen)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 13 (Verzoek om informatie)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 14 (Inspecties binnen de Unie)	Artikelen 2 en 3 van het wetsvoorstel; zie § 4.2 en §4.3 van deze MvT		

Bepaling verordening	*Bepaling in wetsvoorstel of bestaande regeling Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft*	*Omschrijving beleidsruimte*	*Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleidsruimte*
Artikel 15 (Inspecties buiten de Unie)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 16 (Niet-medewerking)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 17 (Geldboeten en dwangsommen)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 18 (Herroeping)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 19 (Verstoringen op de interne markt als gevolg van buitenlandse subsidies bij concentraties)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 20 (Concentraties en aanmeldingsdrempels)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 21 (Voorafgaande aanmelding van concentraties)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 22 (Berekening van de omzet)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 23 (Optelling van financiële bijdragen)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 24 (Opschorting van concentraties en termijnen)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 25 (Procedurevoorschriften voor de voorlopige toetsing en het diepgaande onderzoek van aangemelde concentraties)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 26 (Geldboeten en dwangsommen in concentratiezaken)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 27 (Buitenlandse subsidies die de interne markt verstoren in het kader van aanbestedingsprocedures)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 28 (Aanmeldingsdrempel in aanbestedingsprocedures)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 29 (Voorafgaande aanmelding of verklaring van buitenlandse financiële bijdragen in het kader van aanbestedingsprocedures)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	

Bepaling verordening	*Bepaling in wetsvoorstel of bestaande regeling* *Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft*	*Omschrijving beleidsruimte*	*Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleidsruimte*
Artikel 30 (Procedure voorschriften voor de voorlopige toetsing en het diepgaande onderzoek van aangemelde financiële bijdragen in aanbestedingsprocedures)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 31 (Besluiten van de Commissie)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 32 (Evaluaties in aanbestedingsprocedures met een aanmelding en opschorting van de gunning)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 33 (Geldboeten en dwangsommen voor financiële bijdragen in het kader van aanbestedingsprocedures)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 34 (Verband tussen procedures)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 35 (Informatieverstrekking)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 36 (Marktonderzoek)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 37 (Dialoog met derden landen)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 38 (Verjaringstermijnen)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 39 (Bestrijding van de ontduiking)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 40 (Bekendmaking van besluiten	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 41 (Adressaten van besluiten)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 42 (Openbaarmaking en recht van verweer)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 43 (Beroepsgeheim en vertrouwelijkheid)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 44 (Verhouding tot andere instrumenten)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 45 (Toetsing door het Hof van Justitie)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	

Bepaling verordening	*Bepaling in wetsvoorstel of bestaande regeling Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft*	*Omschrijving beleidsruimte*	*Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleidsruimte*
Artikel 46 (Richtsnoeren	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 47 (Uitvoeringshandelingen)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 48 (Comité)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 49 (Gedelegeerde handelingen)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 50 (Uitoefening van de bevoegdheidsdelegatie)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikelen 51 (Afzonderlijke gedelegeerde handelingen voor verschillende gedelegeerde bevoegdheden)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 52 (Rapportage en evaluatie)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 53 (Overgangsbepalingen)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 54 (Inwerkingtreding en datum van toepassing)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	

Transponeringstabel voor
- richtlijn (EU) 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2004/17/EG (PbEU 2014, L 94), en
- richtlijn (EU) 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten
- in aanvulling op de transponeringstabellen voor deze richtlijnen, zoals opgenomen in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU (Kamerstukken II 2015/16, 34 329, nr. 3).

Bepaling richtlijn	*Bepaling in wetsvoorstel of bestaande regeling* *Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft*	*Omschrijving beleidsruimte*	*Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleidsruimte*
Artikel 4, derde lid (juncto eerste lid), van richtlijn 2014/25/EU	Artikel 4, onderdeel A, onder 1 (wijziging begripsbepaling «speciale-sectorbedrijf» in artikel 1.1. van de Aanbestedingswet 2012)	Geen	
Artikel 13 van richtlijn 2014/25/EU	Artikel 4, onderdeel A, onder 2, en onderdeel B (invoeging nieuwe begripsbepalingen «postdiensten» en «postzendingen» in artikel 1.1 van de Aanbestedingswet 2012 en nieuw artikel 3.5 in de Aanbestedingswet 2012)	Geen	
Artikel 7, eerste lid, (juncto bijlage II, onderdeel 5,) van richtlijn 2014/23/EU	Artikel 4, onderdeel A, onder 2, en onderdeel B (invoeging nieuwe begripsbepalingen «postdiensten» en «postzendingen» in artikel 1.1 van de Aanbestedingswet 2012 en nieuw artikel 3.5 in de Aanbestedingswet 2012)	Geen	
Artikel 7, tweede lid, van richtlijn 2014/23/EU	Artikel 4, onderdeel A, onder 1 (wijziging begripsbepaling «speciale-sectorbedrijf» in artikel 1.1. van de Aanbestedingswet 2012)	Geen	