

## Inbreng van LSA c.s. in de internetconsultatie 'Eisen aan motivering algemeenbelangbesluit'

Utrecht, 21 november 2022

### *Inleiding*

We staan als samenleving voor grote transitievraagstukken; van energie tot zorg, van de circulaire economie tot polarisatie in de samenleving. Slechts een greep uit de maatschappelijke thema's waarin de samenleving zelf een steeds grotere en significante rol wil en kan spelen. Gemeenschapsinitiatieven zijn het laatste decennia dan ook flink in opkomst. Initiatieven die op ieder een eigen manier uitkomst bieden voor deze maatschappelijke vraagstukken. Zij spelen in op een behoefte vanuit de samenleving, daar waar enkel de markt noch de overheid oplossingen kan bieden. Veelal zonder financieel winstbelang, maar met een hoog maatschappelijk rendement. Steeds vaker ook in ondernemende vormen om zelf in de benodigde inkomsten te kunnen voorzien.

Nog te vaak wordt van deze initiatieven verwacht dat zij een eerlijke concurrentiepositie met de markt aannemen. Daarbij is de wet markt en overheid een van de obstakels, waarop bijvoorbeeld gemeenten zich door gebrek aan kennis en mogelijkheden beroepen. In de praktijk zien wij veel situaties waarbij de gemeenschapskracht tenietgedaan wordt door de obstakels die deze wet opwerpt. Dat belemmert initiatieven die vanuit de gemeenschap ontstaan in een poging om onze samenleving en leefomgeving een stukje mooier, rechtvaardiger of beter te maken.

LSA c.s. zijn van mening dat de Wet Markt en Overheid zich te veel beperkt tot de relatie tussen commerciële marktpartijen en overheden. De wetgever heeft altijd al erkend dat ook niet commerciële partijen actief zijn op de markt, denk aan partijen binnen het Poldermodel, zoals vakbonden. Acht jaar geleden heeft de wetgever voor het eerst erkend in de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo) dat tot deze niet-commerciële partijen gemeenschappen behoren van actieve afnemers van welzijn. Sinds kort horen daarbij ook actieve afnemers van energie. Nu deze deur open staat kunnen meer gemeenschappen volgen, bijvoorbeeld rond zorg of wonen.

LSA c.s. pleiten voor een plek voor gemeenschappen bij toepassing van het algemeenbelangbesluit uit de Wet Markt en Overheid. Dit pleidooi begint met eerst een economische en dan een juridische onderbouwing van de redenering dat de gemeenschap een plaats verdient in deze toepassing. Daarna volgt een manier waarop de gemeenschap deze plaats kan krijgen.

### *Economie*

De Consumentenbond, werkgeversverenigingen en vakbonden zijn voorbeelden van niet-commerciële marktpartijen. Zij organiseren alle drie kennis om leden te informeren over hun rechtspositie. Ook creëren zij een zo groot mogelijk collectief om zo sterk mogelijk te staan. Daarmee organiseren de werkgeversverenigingen en vakbonden bijvoorbeeld geld om pensioenen te kunnen betalen. Dit alles om arbeid beter te laten functioneren op de markt. In dit plaatje passen veel meer organisaties, waaronder gemeenschappen zoals energievoöperaties, zorgcoöperaties, voedselcollectieven, wooncollectieven en nog veel meer groepen actieve afnemers.

De gemeenschap heeft twee rollen als marktpartij, om te beginnen die van producent. Vaak zijn gemeenschappen als enige bereid en in staat om een project voor elkaar te krijgen. Denk aan het behoud van een bijzonder natuurgebied, het overeind houden van een buurthuis, het waarborgen van de kwaliteit van welzijn en zorg in een dorp, het exploiteren van een buslijn in een krimpgebied, de aanleg van een warmtenet en nog veel meer. Het mededingingsrecht geeft ruimte om unieke projecten buiten mededinging te realiseren, maar dat is een route met valkuilen die veel moeite kost. Het algemeenbelangbesluit bij De Wet Markt en Overheid kan dit vereenvoudigen en een ander argument daarvoor is de tweede rol als marktpartij van gemeenschappen.

Gemeenschappen zijn niet alleen producent, waar anderen niet willen of kunnen produceren, zij zijn ook organisator van de markt, zoals bij het organiseren van een collectieve inkoopactie van zonnepanelen, of van zorg. In plaats van te produceren is deze gemeenschap dan bezig met het alloceren van productiemiddelen. Hierbij gaat een warmtebedrijf, dat mede in handen is van bewoners, niet zelf het warmtenetwerk aanleggen, maar selecteert daarvoor de beste partij. Net zoals een zorgcoöperatie de beste zorgverlener selecteert. Dit is een vaste lijn in het feitelijk gedrag van de meeste vergelijkbare gemeenschappen. Zij organiseren competitie in de vorm van aanbestedingen van kleinere en grotere opdrachten. Daarenboven verrijken zij de aan te besteden opdrachten met klanten, geld en kennis:

- a) *Klanten*: een zorgcoöperatie of voedselcollectief bouwt een bestand op van bewoners die klant willen worden. Inbreng van een klantenbestand scheelt veel geld aan commerciële marktpartijen die de producten leveren. Zij moeten daarvoor anders kosten maken.
- b) *Geld*: Onder de toekomstige klanten verzamelt het warmtebedrijf eigen vermogen dat zij willen investeren in het warmtenet. Dit eigen vermogen is voor commerciële marktpartijen een essentieel bestanddeel om een warmtenetwerk te kunnen aanleggen en exploiteren. Vergelijkbaar verzamelen andersoortige gemeenschappen eigen vermogen om bijvoorbeeld een eigen wooncorporatie te starten, of een buurthuis over te nemen.
- c) *Kennis*: Indien goed georganiseerd, zoals in geval van veel gemeenschappen, brengen de toekomstige gebruikers heel veel kennis in. Een stadslandbouwcollectief mobiliseert onder bewoners kennis over biologische, technische, economische, financiële en andere aspecten van een aan te leggen voedseltuin.

De gemeenschap maakt de markt beter. Klanten, geld en kennis worden gemobiliseerd om bij commerciële marktpartijen in te kopen. De gemeenschap zorgt voor aanbestedingen waarvan vele anders door de overheid georganiseerd zouden worden, en de gemeenschap vult de overheid daarin aan. De overheid is waarschijnlijk het beste voorbeeld van een niet-commerciële marktpartij die probeert de markt beter te laten functioneren. Overheid en gemeenschap vinden elkaar hierin op een wijze die gunstig is voor iedereen binnen bijvoorbeeld een gemeente. Dit is een argument om in het algemeenbelangbesluit bij de Wet Markt en Overheid rekening te houden met de gemeenschap.

### *Recht*

In januari 2021 introduceerde de Europese Unie de energiegemeenschap van burgers.<sup>1</sup> De aankomende Energiewet implementeert dit in Nederland en op haar website schrijft de overheid: “Daarnaast biedt de

---

<sup>1</sup> EU 2018/2001, EU 2019/944

nieuwe Energiewet afnemers van elektriciteit de ruimte om, zelfstandig of in groepsverband, actief deel te gaan nemen aan de energiemarkt. Dat kan bijvoorbeeld door deelname aan een energiegemeenschap (zoals een energiecoöperatie) die zelf geproduceerde elektriciteit verkoopt en levert”.<sup>2</sup> De Energiewet implementeert een nieuw *market design* waarin energiegemeenschappen een eigen plek krijgen binnen de markt. Tegelijk krijgt de gemeenschap hiermee een nieuwe plek in het recht.

In december 2021 vulde Europese wetgever zijn mening over de energiegemeenschap verder aan.<sup>3</sup> De wetgever spreekt van de unieke marktpositie en uitdagingen van deze gemeenschap als niet-commerciële marktpartij. Daarmee staft de wetgever de stelling hierboven dat zich naast partijen als vakbonden en werkgeversverenigingen een nieuwe partij voegt, de gemeenschap. In dezelfde stap geeft de Europese wetgever aan dat energiegemeenschappen kleinere projecten mogen realiseren zonder mededinging. Hiermee effent de wetgever de weg voor de unieke projecten van deze gemeenschappen en ontslaat ze van het volgen van de route met valkuilen.

De gemeenschap groeit uit tot een juridisch fenomeen en dat is al eerder begonnen dan in 2021. In 2014 kreeg de gemeenschap een plek in de Wmo met ‘the Right to Challenge’. Dit jaar krijgt dit Uitdaagrecht een meer algemene plek in het recht, wanneer de ‘Wet versterking participatie op decentraal niveau’ van kracht wordt. Het Uitdaagrecht is aan gemeenschappen en hun activiteiten voorbehouden. Het algemeenbelangbesluit bij de Wet Markt en Overheid kan niet om de gemeenschap heen. Welke plaats kan deze krijgen bij toepassing van dit besluit?

#### *De plaats van de gemeenschap in toepassing van het algemeenbelangbesluit*

De Europese wetgever geeft de energiegemeenschap een geëffend pad door het mededingingsrecht heen. De Nederlandse wetgever sluit hierbij aan bij het opstellen van de Energiewet en sluit aan bij de opstelling van de ACM en AFM in een aantal casus van de afgelopen jaren. LSA c.s. zijn van mening dat dit geëffende pad zich niet moet beperken tot energiegemeenschappen en ook voor deze laatste nog meer geëffend kan worden. Zeker nu het Uitdaagrecht generiek wordt, en de gemeenschap niet meer is weg te denken, kan ook de Wet Markt en Overheid hieraan ruimte bieden door middel van toepassing van het algemeenbelangbesluit die ruimte geeft aan de gemeenschap. LSA c.s. laten zich hierbij inspireren door een oplossing uit Italië die daar in twintig jaar tijd heeft geleid tot nieuwe praktijken in meer dan 300 gemeenten en tientallen regio’s en provincies.

Het Verdrag van Maastricht heeft het subsidiariteitsbeginsel geïntroduceerd in het EU-Verdrag. Het regelt dat de EU niets doet wat de lidstaten zelf beter kunnen. Dit heeft de Italiaanse overheid geïnspireerd om dit beginsel op te nemen in de Italiaanse Grondwet en dat heeft weer tot een bijzondere volgende inspiratie geleid: Italiaanse overheden kunnen aan het begin van een project een keuze maken, doen we dit werk via de markt, of via de samenwerking tussen diverse partijen binnen de lokale gemeenschap, waaronder commerciële marktpartijen. Een voorbeeld is ofwel de aanbesteding van zorg, ofwel met de gemeente, uiteenlopende maatschappelijke partners én deze marktpartijen tot

---

<sup>2</sup> <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2022/07/01/nieuwe-energiewet-wordt-fundament-van-de-energietransitie> op 15 nov.’22.

<sup>3</sup> Climate, Environment and Aid Guidelines (CEEAG) 21.12.2021 C(2021) 9817 final.

het beste arrangement komen. Indien in Nederland, zou een prima deelnemer een zorgcoöperatie zijn; intussen zijn er 1.500 zorgzame gemeenschappen of zorgcollectieven.

Subsidiariteit betekent volgens artikel 118 van de Italiaanse Grondwet niet alleen de keuze voor de juiste overheidslaag, maar ook voor de markt, of het juiste maatschappelijke arrangement.<sup>4</sup> In het Nederlandse recht speelt subsidiariteit niet een dergelijke rol. Binnen de beginselen van behoorlijk bestuur is het geen beginsel dat wordt meegewogen, enerzijds. Anderzijds, als de Italiaanse overheid deze ruimte heeft binnen het Europese recht, dan heeft de Nederlandse overheid deze ook. Hoe zou een Nederlandse overheid kunnen komen tot de keuze voor de markt, of voor een maatschappelijk arrangement? Het Nederlandse recht kent het geschiktheidsbeginsel, dat toeziet op de keuze voor het juiste middel. Is een erkende grote zorgaanbieder het beste middel om te voorzien in zorg, of is dat een arrangement tussen diverse partijen binnen een lokale gemeenschap, waaronder misschien ook die zorgaanbieder, of een andere, of meerdere?

Toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur betekent toepassing van het ene beginsel in het licht van het andere. Het ene beginsel kleurt het andere in en dus moet een overheidsorgaan bij de toepassing van bijvoorbeeld het motiveringsbeginsel rekening houden met beginselen als redelijk en billijkheid. In dit licht kan het geschiktheidsbeginsel een rol spelen bij de afweging van beginselen bij de toepassing van het algemeenbelangbesluit. LSA c.s. pleiten ervoor om bij de toepassing van dit besluit steeds af te wegen wat het meest geschikte middel is, de markt of een maatschappelijk arrangement. Tot deze afweging hoort, naar de mening van LSA c.s., de overweging dat bij een verkeerde keuze partijen schade kunnen ondervinden door verdringing. Dan staat altijd de weg naar de burgerlijke rechter open, maar beter is om schade door verdringing eerst mee te wegen bij toepassing van het algemeenbelangbesluit.

LSA bewoners

Namens deze: Thijs van Mierlo, directeur

NLZVE, Nederland Zorgt voor Elkaar

Namens deze: Jan Smelik, algemeen coördinator

Energie Samen

Namens deze: Siward Zomer, coöperatief directeur

Landelijke Vereniging van Kleine Kernen

Klaske Piebenga, bestuurssecretaris

---

<sup>4</sup> BRIGHT, Rethinking horizontal subsidiarity in the European Union, New instruments for community welfare in the Italian experience: the collaboration pacts, Labsus, Laboratorio per la sussidiarietà, 2021.