

I Algemeen

1. Inleiding

Hoofdstuk 4b van de Mededingingswet (hierna ook: 'wet markt en overheid' (zoals dit hoofdstuk in de praktijk is gaan heten) of 'wet') bevat gedragsregels voor overheden die economische activiteiten verrichten (een markt betreden). Het doel van deze regels is het creëren van gelijke concurrentieverhoudingen tussen overheden en particuliere ondernemers. Uit de evaluatie van de wet markt en overheid blijkt dat overheden veel gebruikmaken van de algemeenbelanguitzondering, waardoor de gedragsregels niet meer van toepassing zijn. Daarnaast blijkt uit de evaluatie dat het gebruik van de uitzondering vaak beperkt wordt gemotiveerd en ondernemers slechts beperkt bij de besluitvorming worden betrokken. Met onderhavig wetsvoorstel wordt getracht de werking van de wet markt en overheid te versterken door de besluitvorming wanneer overheden gebruikmaken van de algemeenbelanguitzondering te verbeteren. Hiertoe worden specifieke eisen gesteld aan de motivering van een algemeenbelangbesluit, wordt de uniforme openbare voorbereidingsprocedure uit de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) voorgeschreven bij het nemen van een algemeenbelangbesluit en wordt in een verplichte evaluatie van algemeenbelangbesluiten voorzien. Tevens worden met onderhavig wetsvoorstel wijzigingen van vooral technische aard aangebracht in het concentratietoezicht, dat eveneens in de Mededingingswet is geregeld. Daarnaast voorziet dit wetsvoorstel in de toepassing van de met de Implementatiewet richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht geïmplementeerde Europeesrechtelijke bepalingen over privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht op overtredingen van het nationale mededingingsrecht. Dit gebeurt door middel van een wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek. Vanwege deze laatste wijziging wordt deze memorie van toelichting mede namens de minister van Veiligheid en Justitie aangeboden.

2. Achtergronden van het wetsvoorstel

2.1. Aanleiding

Met de inwerkingtreding van de Wet van 24 maart 2011 tot wijziging van de Mededingingswet ter invoering van regels inzake ondernemingen die deel uitmaken van een publiekrechtelijke rechtspersoon of die hiermee zijn verbonden (aanpassing Mededingingswet ter invoering van gedragsregels voor de overheid) (Stb. 2011, 162) (hierna: wijzigingswet markt en overheid) in 2012 is een hoofdstuk in de Mededingingswet ingevoegd met gedragsregels voor overheden die economische activiteiten verrichten. Het doel van de wet markt en overheid is het creëren van zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen overheden die optreden als aanbieder van goederen of diensten op een markt enerzijds en andere, particuliere ondernemers anderzijds, in situaties waar deze overheden economische activiteiten verrichten.

In 2015 is de wet markt en overheid geëvalueerd. De evaluatie diende om onderzoek te doen naar de mate waarin de wet markt en overheid bijdraagt aan haar doel. De uitkomsten van de evaluatie geven reden tot aanpassing van de bepalingen in hoofdstuk 4b van de Mededingingswet.

Met dit wetsvoorstel worden tevens enkele wijzigingen van vooral technische aard aangebracht in het concentratietoezicht dat is opgenomen in hoofdstuk 5 van de Mededingingswet. Daarnaast voorziet dit wetsvoorstel in een wijziging van het Burgerlijk Wetboek waarmee wordt voorzien in de nationale toepassing van de Europeesrechtelijk geregelde mogelijkheid tot privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Op deze beide wijzigingen wordt in de paragrafen 3.2 en 3.3 nader ingegaan.

2.2. Markt en overheid

2.2.1. Aanleiding en doel van de wet markt en overheid

De overheid treedt van oudsher op als aanbieder van collectieve goederen. De overheid begeeft zich echter ook als aanbieder op een markt (verrichten van economische activiteiten). Vaak worden overheden bij het betreden van een markt gedreven vanuit (aanpalende) publieke taken,

maar soms betreden overheden de markt om (extra) inkomsten te genereren. Het sec betreden van een markt door een overheid als aanbieder van goederen en/of diensten is vanuit concurrentieperspectief geen probleem. Het kan efficiënt zijn als een overheid bepaalde capaciteit die ze bezit vanuit een publieke taak inzet voor andere middelen. Daarbij is dan wel belangrijk dat de overheid de concurrentie niet onnodig verstoort. Het verrichten van economische activiteiten door de overheid kan een prikkel zijn voor marktpartijen om scherp te concurreren, net als ze met andere marktpartijen doen. Wanneer de overheid de activiteit echter onder integrale kostprijs verricht, kan het onmogelijk worden voor ondernemers om met de overheid te concurreren. Overheden hebben in dergelijke gevallen een concurrentievoordeel ten opzichte van ondernemers. Hiermee valt niet alleen de concurrentiedruk weg, maar kunnen ondernemers zelfs door een overheid uit de markt worden gedrukt.

In de periode voor de totstandkoming van de wet markt en overheid ontving de minister van Economische Zaken diverse signalen uit het bedrijfsleven over ongelijke concurrentie tussen overheden en het bedrijfsleven. Daarbij werd aangegeven dat de destijds bestaande wet- en regelgeving (o.a. staatssteunregels, mededingingsrecht, aanbestedingsrecht en de Awb) onvoldoende kon bijdragen aan de oplossing van het probleem van ongelijke concurrentie tussen overheden en ondernemers.

Om deze problematiek aan te pakken is op 1 juli 2012 de wet markt en overheid in werking getreden.

2.2.2. Inhoud van de wet markt en overheid

Hoofdstuk 4b van de Mededingingswet (artikelen 25g tot en met 25ma) bevat gedragsregels voor overheden die economische activiteiten verrichten. Onder overheden worden hier verstaan het Rijk, de provincies, de gemeenten, de waterschappen en zelfstandige bestuursorganen met een publiekrechtelijke status. Onder een economische activiteit wordt verstaan het aanbieden van goederen of diensten op een markt. Dit betreft een breed scala aan activiteiten. Voorbeelden van economische activiteiten verricht door overheden zijn de verkoop en verhuur van vastgoed, de exploitatie van sportaccommodaties, de exploitatie van camperplaatsen of jachthavens, de exploitatie van horecavoorzieningen in overheidsgebouwen en het ophalen van bedrijfsafval. Op activiteiten die worden verricht in het kader van een publieke taak (activiteiten ter uitoefening van specifieke bevoegdheden van overheidsgezag), zoals het ophalen van huishoudelijk afval, is de wet markt en overheid niet van toepassing.

Het uitgangspunt van de wet markt en overheid is dat wanneer overheden economische activiteiten verrichten ze zich aan vier gedragsregels houden, te weten:

1. overheden moeten bij het verrichten van economische activiteiten de integrale kosten van deze activiteiten aan de afnemers doorberekenen (artikel 25i);
2. overheden mogen hun overheidsbedrijf niet bevoordelen boven ondernemingen waarmee dat overheidsbedrijf in concurrentie treedt en mogen hun overheidsbedrijf geen voordelen toekennen die verder gaan dan in het normale handelsverkeer gebruikelijk is (artikel 25j);
3. overheden mogen gegevens die ze hebben verkregen bij de uitvoering van publieke taken alleen gebruiken voor economische activiteiten indien de gegevens ook aan derden beschikbaar kunnen worden gesteld (artikel 25k), en
4. indien overheden economische activiteiten verrichten en ten aanzien van deze economische activiteiten ook een publiekrechtelijke bevoegdheid uitoefenen, mogen niet dezelfde personen betrokken zijn bij beide activiteiten (artikel 25l).

De wet markt en overheid kent verschillende uitzonderingen in welke gevallen de wet markt en overheid niet van toepassing is. Zo gelden de gedragsregels niet voor bepaalde sectoren waar vaak organisaties met een publiekrechtelijke of privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid naast elkaar opereren en waarvoor al een specifiek wettelijk regime geldt waarmee gelijke concurrentieverhoudingen bevorderd worden (artikel 25h, eerste lid). De gedragsregels gelden ook niet voor het aanbieden van goederen of diensten door bestuursorganen aan andere bestuursorganen voor zover deze goederen of diensten zijn bestemd voor de uitvoering van een publiekrechtelijke taak (artikel 25h, tweede lid). Van deze uitzondering is bijvoorbeeld sprake wanneer een gemeente zijn straatveger ter beschikking stelt aan een andere gemeente en deze

andere gemeente de veger gebruikt om de straten te onderhouden. De gedragsregels gelden ook niet als sprake is van staatssteun in de zin van artikel 107, eerste lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (artikel 25h, vierde lid). Ingevolge artikel 25h, vijfde lid, gelden de gedragsregels tot slot ook niet als is vastgesteld dat economische activiteiten plaatsvinden in het algemeen belang (de algemeenbelanguitzondering). Een overheid kan zelf beslissen dat een economische activiteit in het algemeen belang is. Overheden gebruiken deze uitzondering veelal om economische activiteiten beneden de kostprijs te kunnen verrichten. De vaststelling dat een economische activiteit plaatsvindt in het algemeen belang, vindt voor de rijksoverheid plaats door de minister die het aangaat, voor provincies door de provinciale staten, voor gemeenten door de gemeenteraad, voor waterschappen door het algemeen bestuur en voor zelfstandige bestuursorganen door de minister die het aangaat (artikel 25h, zesde lid).

2.3. Evaluatie

In artikel III van de wijzigingswet markt en overheid is een evaluatiebepaling opgenomen, op grond waarvan de wet markt en overheid binnen drie jaar na inwerkingtreding moest worden geëvalueerd. De wet markt en overheid is daarom in 2015 geëvalueerd (Kamerstukken II 2015/16, 34 487, nr. 1). De evaluatie diende om onderzoek te doen naar de mate waarin de wet markt en overheid bijdraagt aan het creëren van zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen overheden en particuliere ondernemers.

Uit de evaluatie blijkt dat er een verschil is in perceptie tussen overheden en ondernemers over situaties waarbij overheden en ondernemers met elkaar concurreren. Ongeveer een derde van de ondernemers geeft aan concurrentie te ondervinden van economische activiteiten die door overheden worden verricht. Van deze ondernemers geeft circa de helft aan deze concurrentie als zeer oneerlijk te zien. Overheden geven echter aan dit beeld niet te herkennen. Zij schatten de mate waarin concurrentie tussen overheden en ondernemers een probleem is, als laag in. Een verklaring hiervoor is het beperkt aantal klachten dat overheden over concurrentievervalsing ontvangen. Van de overheden geeft 88 procent aan geen klachten te hebben ontvangen over ongelijke concurrentie.

Uit een in het kader van de evaluatie gemaakte analyse van de circa 200 signalen en klachten die tussen maart 2012 en december 2014 zijn binnengekomen bij de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) blijkt dat veel van de hinder van concurrerende overheden die ondernemers aangaven te ondervinden buiten de reikwijdte van de wet markt en overheid viel. Van de klachten die wel onder de reikwijdte van de wet markt en overheid vielen, viel ongeveer de helft onder één van de uitzonderingen waardoor de gedragsregels niet van toepassing zijn. Het blijkt daarbij met name om de algemeenbelanguitzondering te gaan.

Verder blijkt uit de evaluatie dat 75 procent van de overheden voor één of meer economische activiteiten gebruik heeft gemaakt van de algemeenbelanguitzondering. Onder gemeenten is dit ruim 90 procent. Overheden gebruiken de uitzondering bijvoorbeeld voor de verhuur van vastgoed (veelal aan verenigingen of maatschappelijke organisaties), de exploitatie van sportaccommodaties, de exploitatie van horecavoorzieningen in overheidsgebouwen, het ophalen van bedrijfsafval en het exploiteren van camperplaatsen of ligplaatsen in jachthavens.

Uit de evaluatie blijkt verder dat algemeenbelangbesluiten vaak beperkt gemotiveerd worden. In de motivering wordt beperkt of niet ingegaan op het doel van de wet, namelijk het tegengaan van ongelijke concurrentie, in relatie tot de te maken uitzondering in het algemeen belang. Ook wordt beperkt of niet ingegaan op de gevolgen van het gebruik van de algemeenbelanguitzondering voor de concurrentie en daarmee op de positie van ondernemers. Tevens worden marktpartijen (onder andere de betrokken ondernemers) slechts beperkt bij algemeenbelangbesluiten betrokken. Van alle algemeenbelangbesluiten wordt in 42 procent van de gevallen het voorgenomen besluit gepubliceerd en een inspraaktermijn in acht genomen. In minder dan 10 procent van de gevallen is een marktconsultatie verricht.

Een conclusie van de evaluatie is dat de wet markt en overheid overheden heeft gedwongen meer rekening te houden met ondernemers. Hiermee is het risico op ongelijke concurrentie verkleind.

Daarnaast wordt geconcludeerd dat de wet markt en overheid een aanvulling is op andere wet- en regelgeving (staatsteunrecht, aanbestedingsrecht, mededingingsrecht). Echter, met name door de wijze waarop overheden in de praktijk gebruikmaken van de algemeenbelanguitzondering wordt de reikwijdte van de wet markt en overheid flink ingeperkt en wordt het beoogde effect ervan deels ondergraven. Knelpunt hierbij is de motivering van een algemeenbelangbesluit, die vaak beperkt is. De evaluatie geeft geen oordeel over de algemeenbelangbesluiten die overheden hebben genomen, maar gaat alleen in op het proces dat overheden hebben gevolgd wanneer ze de uitzondering hebben gebruikt.

2.4. Doelen van het wetsvoorstel

Naar aanleiding van de evaluatie van de wet markt en overheid wordt voorgesteld de bepalingen met het onderhavige wetsvoorstel aan te passen. Deze wijziging heeft twee doelen. Het eerste doel is het creëren van bestendig beleid voor situaties waarin overheden economische activiteiten verrichten. Het tweede doel is het verbeteren van de werking van de wet markt en overheid, door het verbeteren van het proces van gebruikmaking van de algemeenbelanguitzondering.

Uit de evaluatie blijkt dat, ondanks bovengenoemde problemen met het gebruik van de algemeenbelanguitzondering, de wet markt en overheid het risico op ongelijke concurrentie heeft verkleind. Uit cijfers van de ACM blijkt dat in 2015 75 signalen en in 2016 80 signalen over ongelijke concurrentie zijn ontvangen. Ongelijke concurrentie vraagt dus nog steeds de aandacht en het doel van het creëren van gelijke concurrentieverhoudingen is nog steeds belangrijk. Daarom zou een situatie zonder voorschriften over markt en overheid onwenselijk zijn. De huidige wet vervalt echter op 1 juli 2019 (zie paragraaf 3.1.2). Dit wetsvoorstel heeft daarom ten eerste als doel ervoor te zorgen dat de wet een bestendig karakter krijgt en ook na voornoemd tijdstip zal blijven gelden.

Naast deze wijziging is, om de werking van de wet markt en overheid te verbeteren, ook een inhoudelijke wijziging nodig. Knelpunt in de huidige wet is de algemeenbelanguitzondering en de wijze waarop overheden gebruikmaken van de algemeenbelanguitzondering. Uit de evaluatie blijkt immers dat overheden hun algemeenbelangbesluit vaak beperkt motiveren en dat ondernemers beperkt bij de besluitvorming worden betrokken. Doel van het wetsvoorstel is dan ook om het proces dat overheden doorlopen wanneer ze gebruik willen maken van de algemeenbelanguitzondering te verbeteren. Dit moet zorgen voor een zorgvuldige afweging van de verschillende belangen waarbij aandacht wordt besteed aan de effecten van een algemeenbelangbesluit op ondernemers. Hiermee zal het risico op ongelijke concurrentie tussen overheden en ondernemers verkleind worden en zal de wet markt en overheid meer dan nu bijdragen aan het doel van het creëren van zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen overheden en ondernemers. Bovendien zal een zorgvuldige besluitvorming overheden helpen in het maken van een efficiënte keuze om het algemeen belang te dienen. Om het proces dat overheden doorlopen wanneer ze gebruikmaken van de uitzondering te verbeteren, wordt met dit wetsvoorstel de algemeenbelanguitzondering aangescherpt door het instellen van specifieke motiveringsvereisten, het creëren van een inspraakmogelijkheid voor ondernemers en door het invoeren van een evaluatiebepaling voor zowel bestaande als nieuwe algemeenbelangbesluiten. De wijzigingen worden in paragraaf 3.1 nader toegelicht.

2.5. Overwogen alternatieven

Om het doel van de wet markt en overheid, te weten het creëren van gelijke concurrentieverhoudingen, te bereiken en met inachtneming van de uitkomsten uit de evaluatie, zijn verschillende alternatieven overwogen. Deze alternatieven zijn onder te verdelen in vier categorieën: het laten vervallen van de wet, het continueren van de wet in haar huidige vorm, het continueren van de wet in gewijzigde vorm via het aanpassen van de algemeenbelanguitzondering en het verschuiven van het doel van de wet richting bescherming van ondernemers.

2.5.1. Vervallen van de wet markt en overheid

De eerste mogelijkheid is het laten vervallen van de wet. Doordat artikel IV, tweede lid, van de wijzigingswet markt en overheid een horizonbepaling bevat, zou niets doen als resultaat hebben

dat de wet vervalft en de gedragsregels na verloop van tijd niet langer van toepassing zijn. Uit de evaluatie blijkt echter dat de wet voldoende toevoegt aan het bestaande kader van wet- en regelgeving (de wet heeft een strekking die te onderscheiden is van aanpalende rechtsgebieden als het staatsteunrecht, het aanbestedingsrecht en het generieke mededingingsrecht) en overheden heeft gedwongen om meer rekening te houden met marktpartijen bij het verrichten van economische activiteiten. Het kabinet is tevens van mening dat zonder de wet markt en overheid het risico op ongelijke concurrentie tussen overheden en marktpartijen wordt vergroot. Het laten vervallen van de wet is daarom voor het kabinet geen geschikte optie.

2.5.2. Continueren van de wet markt en overheid in haar huidige vorm

De tweede mogelijkheid is het continueren van de wet in de huidige staat. Dit houdt echter in dat er niets verandert in het proces rondom het gebruik van de algemeenbelanguitzondering, terwijl de evaluatie wel aanleiding geeft om de wet op dit punt aan te scherpen. Uit de evaluatie blijkt immers dat ondernemers hinder ondervinden van ongelijke concurrentie van overheden en dat de algemeenbelanguitzondering hierbij een belangrijke factor is. Het continueren van de wet in haar huidige staat zal overheden onvoldoende stimuleren om het proces van het gebruik van de algemeenbelanguitzondering zorgvuldig in te richten, zo is ook gebleken uit de evaluatie. Dit zou betekenen dat de bijdrage van de wet aan het creëren van gelijke concurrentieverhoudingen beperkt blijft. Voor het verbeteren van de effectiviteit acht het kabinet het daarom nodig om de wet inhoudelijk te wijzigen.

2.5.3. Continueren in aangepaste vorm: aanpassen van de algemeenbelanguitzondering

De derde mogelijkheid betreft het continueren van de wet in aangepaste vorm door aanpassing van de algemeenbelanguitzondering in de wet. Hierbij kan een onderscheid worden gemaakt in het aanscherpen van de uitzondering en het deels of volledig schrappen van de uitzondering.

2.5.3.1. Aanscherping algemeenbelanguitzondering

Deze optie bestaat uit een aantal aanscherpingen rondom het proces van het nemen van een algemeenbelangbesluit. Overheden houden hiermee in tegenstelling tot bij het schrappen van de uitzondering (vergelijk paragraaf 2.5.3.2) de mogelijkheid om, mits zorgvuldig gemotiveerd, de uitzondering te gebruiken als dit nodig is om een algemeen belang te dienen. Aangezien blijkens de evaluatie in de praktijk het grote pijnpunt blijkt te zitten in de wijze waarop overheden gebruikmaken van de algemeenbelanguitzondering, wordt bij deze optie aangegrepen. Een en ander wordt in paragraaf 2.5.5 en paragraaf 3 nader toegelicht.

2.5.3.2. Geheel of gedeeltelijk schrappen van de algemeenbelanguitzondering

Verdergaand dan het aanscherpen van de algemeenbelanguitzondering is het volledig schrappen van de uitzondering, waardoor de gedragsregels altijd moeten worden toegepast wanneer overheden economische activiteiten verrichten. Dit grijpt echter meer in op de autonomie van (lokale) overheden. Daarnaast kunnen er legitieme redenen zijn om de algemeenbelanguitzondering te gebruiken, met name in geval van activiteiten die nauw samenhangen met een publieke taak en die niet of tegen ongunstige voorwaarden door particuliere partijen kunnen worden verricht. Een voorbeeld is het verhuren van een voetbalveld aan een voetbalvereniging. Dit gebeurt nu vaak onder de integrale kostprijs, passend in de ambitie van de rijksoverheid dat er, in samenwerking met lokale overheden, voor iedere inwoner die dat wil een passend sport- en beweegaanbod in de buurt aanwezig is, als basis voor een gezonde en actieve leefstijl (Kamerstukken II 2010/11, 30 234, nr. 37). Het te allen tijde verplicht toepassen van de gedragsregels zorgt ervoor dat de overheid meer geld moet vragen voor dergelijke activiteiten of betekent dat overheden een subsidie moeten verlenen aan bijvoorbeeld een sportvereniging om die vereniging tegemoet te komen in de marktconforme huurprijs. Dit heeft als voordeel dat inzichtelijk wordt in welke mate activiteiten gesubsidieerd worden maar zou tegelijkertijd relatief veel lasten opleveren wanneer een overheid deze activiteiten wil blijven ondersteunen.

Een variant op het geheel schrappen van de algemeenbelanguitzondering is het invoeren van een lijst met activiteiten waarvoor de algemeenbelanguitzondering wel of niet mag worden ingeroepen, zoals ook aan de orde is geweest in vragen van de Eerste Kamer (Kamerstukken I 2015/16, 34 487, B). Hoewel met een dergelijke aanpak kan worden aangesloten bij activiteiten waar het

concurrentieprobleem het grootst is, is de bepaling welke activiteiten wel of niet op een dergelijke lijst moeten een zeer lastig proces, te meer omdat economische activiteiten die overheden verrichten niet altijd vooraf te voorzien zijn en bovendien aan verandering onderhevig zijn. Daarnaast kan bij een dergelijke aanpak geen rekening meer worden gehouden met de omstandigheden van het specifieke geval. Vanwege deze bezwaren is in dit voorstel niet voor een lijst gekozen.

2.5.4. Verschuiven van het doel van de wet markt en overheid richting bescherming van ondernemers

De vierde mogelijkheid is het verschuiven van het doel van de wet richting bescherming van ondernemers. Dit kan door het invoeren van een verbodsstelsel (al dan niet met een uitzonderingsmogelijkheid) waardoor overheden überhaupt geen economische activiteiten meer mogen verrichten, ook niet als ze wél zouden voldoen aan gedragsregels. Zoals in paragraaf 2.2 is uitgelegd is het sec betreden van een markt door een overheid als aanbieder van goederen en/of diensten vanuit concurrentieperspectief echter geen probleem. Het kan juist efficiënt zijn als een overheid bijvoorbeeld bepaalde capaciteit die ze bezit vanuit een publieke taak ook inzet voor andere middelen. Het compleet verbieden zou daarnaast veel activiteiten volledig onmogelijk maken. Zo zullen er activiteiten zijn waar geen marktpartij is die de activiteit wil of kan verrichten. De verhuur van een sportaccommodatie aan een sportvereniging zou dan bijvoorbeeld sowieso niet meer plaats kunnen vinden als er geen marktpartij is die dit wil doen. Om deze redenen is dit alternatief afgefallen.

2.5.4.1. Initiatiefnota van de Tweede Kamerleden Ziengs (VVD) en Verhoeven (D66)

Een variant op een verbodsstelsel is een verbodsstelsel met een uitzonderingsmogelijkheid, waardoor overheden enkel onder bepaalde omstandigheden en voorwaarden economische activiteiten mogen verrichten (een 'nee, tenzij'-stelsel). Hier haakt de initiatiefnota van de Tweede Kamerleden Ziengs (VVD) en Verhoeven (D66) uit oktober 2015 op aan (Kamerstukken II 2015/16, 34 487, nr. 1). In de initiatiefnota pleiten de Kamerleden ervoor dat overheden pas economische activiteiten mogen verrichten nadat is aangetoond dat dit noodzakelijk en proportioneel is. In de initiatiefnota wordt voorgesteld dat overheden hierbij eerst dienen te onderzoeken of de markt zelf tot een vergelijkbaar aanbod kan komen, waarbij ook moet worden gekeken of dit via een aanbesteding of een subsidie kan. Daarna moet worden onderzocht of de baten van het in overheidshanden verrichten van een economische activiteit in verhouding staan tot de marktverstoring die wordt veroorzaakt door het overheidsoptreden. Wanneer overheden vervolgens een economische activiteit verrichten, dienen ze daarbij altijd de gedragsregels toe te passen. Het invoeren van de algemeenbelanguitzondering is dus niet meer mogelijk.

Een dergelijk verbodsstelsel kan hoge lasten voor overheden meebrengen vanwege de beoordeling die overheden moeten uitvoeren voordat zij economische activiteiten mogen verrichten. Daarnaast lijkt de initiatiefnota als doel te hebben zo min mogelijk economische activiteiten door de overheden te laten verrichten. Dit is anders dan het doel van de huidige wet: het creëren van zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen overheden ondernemers en daarmee het beschermen van het concurrentieproces. Zoals in de paragrafen 2.2 en 2.5.4 beschreven, kan het ook efficiënt zijn als een overheid de mogelijkheid heeft zelf economische activiteiten te verrichten, bijvoorbeeld als er nauwe samenhang is met de publieke taak. Het kabinet vindt een verbodsstelsel daarom te ver gaan.

De leden Ziengs (VVD) en Verhoeven (D66) noemen een verplichte marktconsultatie als een mogelijkheid voor overheden om te onderzoeken of er alternatieven zijn voor het zelf verrichten van een economische activiteit. Een verplichte marktconsultatie kan zo worden ingericht dat overheden in beeld moeten brengen wat de gevolgen voor ondernemers zijn wanneer die overheid een economische activiteit zou verrichten en daarbij de verschillende alternatieven (markt op gaan, in-/aanbesteden, subsidie etc.) moeten afwegen. Het nadeel van een marktconsultatie is echter dat lastig kan worden bepaald wie geconsulteerd moet(en) worden, of er in alle gevallen wel iemand geconsulteerd kan worden en of het proces daarmee niet veelal inefficiënt wordt, zeker daar waar feitelijk geen marktpartijen aanwezig zijn. Daarnaast is een verplichte consultatie voordat overheden een economische activiteiten mogen verrichten een ingreep in de autonomie

van overheden en kan dit tot hogere lasten leiden. In dit voorstel is daarom niet gekozen voor een verplichte marktconsultatie.

2.5.5. Voorkeursoptie: aanscherping algemeenbelanguitzondering

Het realiseren van een gelijk speelveld tussen overheden en ondernemers en tegelijkertijd recht doen aan specifieke situaties waarbij een algemeen belang kan vergen dat een overheid zelf de een economische activiteit verricht, vergt dat (lokale) overheden na een gedegen belangenafweging besluiten welke partij een activiteit het beste kan verrichten, mede gezien de belangen die men wil borgen. Vandaar dat het kabinet ervoor kiest om met name het proces van gebruikmaking van de algemeenbelanguitzondering te verbeteren, door aan een algemeenbelangbesluit bepaalde motiveringsvereisten te koppelen, door ondernemers de ruimte te geven te reageren op een ontwerp algemeenbelangbesluit via de uniforme openbare voorbereidingsprocedure, en door het invoeren van de verplichting tot evaluatie van algemeenbelangbesluiten. Zo kunnen overheden economische activiteiten blijven verrichten, maar worden zij daarbij gestimuleerd om een gedegen afweging te maken tussen het algemeen belang dat ze daarmee dienen enerzijds en de belangen van (lokale) ondernemers anderzijds. Als ondernemers van mening zijn dat zij zelf beter geschikt zijn om een bepaalde activiteit uit te voeren en daarbij dezelfde belangen kunnen borgen, dan kunnen zij dit tijdig in het proces inbrengen.

3. Hoofdpijnen van het wetsvoorstel

3.1. Markt en overheid

3.1.1. Algemeen

De onderhavige wetswijziging bestaat uit twee onderdelen, te weten: 1) het bestendig maken van de wet markt en overheid door het laten vervallen van de horizonbepaling en 2) het verbeteren van de besluitvorming wanneer overheden gebruikmaken van de algemeenbelanguitzondering. De tweede wijziging is onder te verdelen in verbetering van de procedure van het nemen van het besluit zelf en introductie van een evaluatiebepaling van algemeenbelangbesluiten.

3.1.2. Vervallen horizonbepaling

In artikel IV, tweede lid, van de wijzigingswet markt en overheid is een horizonbepaling opgenomen. De wijzigingswet maakt het echter mogelijk de werking van de wet markt en overheid bij algemene maatregel van bestuur te verlengen. Met het Besluit van 31 januari 2017, houdende verlenging van de werkingsduur van de gedragsregels voor de overheid in de Mededingingswet (Stb. 2017, 34) is de werkingsduur van de wet, vooruitlopend op onderhavig wetsvoorstel, verlengd met een periode van twee jaar. De wet markt en overheid vervalt daarom per 1 juli 2019.

Er is nog onverminderd aanleiding om het gelijke speelveld tussen ondernemers en overheden te borgen. De wet markt en overheid draagt, zoals ook blijkt uit de evaluatie, bij aan het verkleinen van het risico op ongelijke concurrentie tussen overheden en ondernemers. Zoals beschreven in paragraaf 2.4 heeft het wetsvoorstel tot doel dat ook na 1 juli 2019 de gedragsregels voor overheden blijven gelden wanneer zij economische activiteiten verrichten. Zonder deze gedragsregels ontstaat er een kans dat ongelijke concurrentie tussen overheden en ondernemers weer verder zal toenemen. Dit is onwenselijk. Onderhavig wetsvoorstel voorziet erin dat de wet markt en overheid ook na 1 juli 2019, zonder horizonbepaling, van kracht blijft.

3.1.3. Nemen algemeenbelangbesluit

Ook met dit wetsvoorstel blijft het voor overheden mogelijk de algemeenbelanguitzondering te gebruiken. Het gebruik van de uitzondering voor bijvoorbeeld het verrichten van een activiteit beneden de kostprijs kan namelijk onder omstandigheden legitiem zijn, met name wanneer sprake is van marktfalen en wanneer het politiek wenselijk is dat overheden om een publiek belang te dienen een economische activiteit beneden de kostprijs verrichten. Zo zullen er weinig tot geen particuliere aanbieders van voetbalvelden zijn als alle kosten moeten worden terugverdiend en is het voorstelbaar dat overheden hiervoor, mits zorgvuldig gemotiveerd, de

algemeenbelanguitzondering (blijven) gebruiken om het mogelijk te maken dat voor iedere inwoner die dat wil een passend sport- en beweegaanbod in de buurt aanwezig is.

Om de effectiviteit van de wet markt en overheid te verbeteren, wordt de algemeenbelanguitzondering echter wel aangescherpt. Uit de evaluatie blijkt namelijk dat overheden weinig oog hebben voor de gevolgen van het gebruik van de algemeenbelanguitzondering voor ondernemers. Overheden blijken voornamelijk een intern perspectief te hanteren bij de besluitvorming. Zo blijkt uit de evaluatie dat overheden met name aandacht besteden aan de vraag waarom een activiteit in het algemeen belang plaatsvindt en minder aan de gevolgen voor ondernemers. De verschillende belangen die in het geding zijn bij het gebruik van de algemeenbelanguitzondering worden veelal niet voldoende tegen elkaar afgewogen.

Wanneer overheden gebruikmaken van de algemeenbelanguitzondering is het belangrijk dat zij de verschillende belangen zorgvuldig afwegen en hun keuze zorgvuldig motiveren. Dit leidt tot een bewustere keuze voor het toepassen van de algemeenbelanguitzondering, wat zowel in het voordeel van de overheid zelf is als in het voordeel van ondernemers die mogelijk worden geraakt door een algemeenbelangbesluit. Voor de overheid kan het helpen om efficiënt om te gaan met publieke middelen en een bewustere keuze te maken over de beste manier om een algemeen belang te dienen. Wanneer het bijvoorbeeld niet nodig is voor het dienen van het algemeen belang om de activiteit beneden de kostprijs te verrichten, of een ondernemer tijdens het proces aangeeft de activiteit op een dusdanige wijze te kunnen verrichten zonder dat dit ten koste gaat van het realiseren van een algemeen belang, zal dit tijdens het proces duidelijk worden. Een overheid kan dan haar middelen elders besteden om een ander algemeen belang te dienen. Voor ondernemers zal een bewustere keuze leiden tot minder risico op nadelige gevolgen van ongelijke concurrentie met overheden.

Het onderhavige wetsvoorstel beoogt de belangenafweging te verbeteren en transparanter te maken, door het stellen van eisen aan de motivering van een algemeenbelangbesluit en het creëren van een inspraakmogelijkheid voor ondernemers en andere belanghebbenden voordat overheden een algemeenbelangbesluit nemen. Door deze wijzigingen zullen overheden zorgvuldig aandacht moeten besteden aan de gevolgen voor ondernemers van het verrichten van een economische activiteit in afwijking van de gedragsregels en krijgen ondernemers de gelegenheid zich, voordat een overheid een algemeenbelangbesluit neemt, daarover uit te spreken. Dit moet leiden tot besluitvorming waarbij de verschillende belangen grondig tegen elkaar worden afgewogen en op basis van de verschillende belangen een bewuste keuze wordt gemaakt.

3.1.3.1. Motiveringseisen

Met deze wetwijziging worden nadere eisen gesteld aan de motiveringsplicht die overheden hebben indien gebruik wordt gemaakt van de algemeenbelanguitzondering. De Awb vereist dat een bestuursorgaan bij het nemen van een besluit de bij het besluit betrokken belangen afweegt (artikel 3:4, eerste lid). Ook volgt uit de Awb dat een besluit goed moet worden gemotiveerd (artikel 3:46). In recente jurisprudentie (ECLI:NL:RBROT:2016:1075, ECLI:NL:RBROT:2017:631 en ECLI:NL:RBROT:2017:913) is de rechter op basis hiervan ten aanzien van de motivering van algemeenbelangbesluiten nagegaan of overheden in redelijkheid en na afweging van alle betrokken belangen tot het algemeenbelangbesluit konden komen.

De motiveringseisen die met dit wetsvoorstel worden opgenomen, vullen het in de Awb opgenomen motiveringsvereiste nader in en zijn ondersteunend in het op een goede wijze afwegen van de bij het besluit betrokken belangen. Ze zijn daarmee specifiek voor de wet markt en overheid en een aanvulling op de generieke eisen over motivering en belangenafweging die in de Awb zijn opgenomen. De motiveringseisen maken het bovendien voor de rechter beter toetsbaar of aan de motiveringsplicht is voldaan. Overheden worden daarnaast geprikkeld om het besluitvormingsproces om van de algemeenbelanguitzondering gebruik te maken, zorgvuldiger in te richten. Daardoor zullen eventuele concurrentievervalsingen als gevolg van het gebruik van de uitzondering eerder en duidelijker naar voren komen en kunnen overheden beter afgewogen keuzes maken. De motiveringseisen zullen het proces bij overheden voor toepassing van de algemeenbelanguitzondering beter stroomlijnen.

De onderdelen waaruit de motivering van een algemeenbelangbesluit moet bestaan, worden bij algemene maatregel van bestuur vastgesteld. De reden hiervoor is dat sneller kan worden ingespeeld op de praktijk. Het kan bijvoorbeeld wenselijk zijn om de motiveringseisen aan te scherpen of beter aan te laten sluiten bij de praktijk. Hierna wordt vooruitlopend op de totstandkoming van deze algemene maatregel van bestuur nader ingegaan op de motiveringseisen waaraan op dit moment wordt gedacht.

De motiveringseisen zullen er naar verwachting als volgt uitzien:

1. beschrijving van de activiteit waarvoor de algemeenbelanguitzondering wordt ingeroepen;
2. beschrijving van het algemeen belang dat met het besluit wordt gediend;
3. duiding van de noodzaak om de algemeenbelanguitzondering in te roepen;
4. beschrijving van de gevolgen van het gebruik van de algemeenbelanguitzondering op ondernemers;
5. afweging van de noodzaak van afwijking van de gedragsregels op grond van het algemeenbelangbesluit enerzijds, tegenover het effect op het ondernemers anderzijds.

De activiteit waarvoor de algemeenbelanguitzondering wordt ingeroepen

Uit de evaluatie blijkt dat algemeenbelangbesluiten veelal generiek zijn opgesteld. Er zijn bijvoorbeeld algemeenbelangbesluiten waarin de exploitatie van sportaccommodaties of de verhuur van vastgoed door een gemeente generiek van de gedragsregels van de wet markt en overheid worden uitgezonderd. Het is echter van belang dat overheden de algemeenbelanguitzondering per activiteit motiveren, omdat een belangenafweging per activiteit anders uit kan pakken. Zo kan voor bepaalde sportaccommodaties een private ondernemer aanwezig zijn, waardoor de belangenafweging anders kan uitpakken dan voor sportaccommodaties waar geen private ondernemer aanwezig is. Dit vergt dat per activiteit wordt gemotiveerd waarom de uitzondering wordt ingeroepen. Het is van belang dat deze beschrijving concreet en specifiek is, zodat duidelijk is welke economische activiteit(en) het betreft. Voor het gebruik van de uitzondering voor de verhuur van sportaccommodaties betekent dit bijvoorbeeld dat in de motivering een onderscheid wordt gemaakt tussen de verschillende sportaccommodaties. Dit leidt ertoe dat alleen nog een generiek algemeenbelangbesluit voor sportaccommodaties kan worden genomen indien kan worden gemotiveerd dat die uitzondering voor alle verschillende sportaccommodaties (bijvoorbeeld sporthallen, zwembaden, voetbalvelden) moet gelden. Ditzelfde geldt bijvoorbeeld ook voor de verhuur van vastgoed.

Het algemeen belang dat met het besluit wordt gediend

Een volgende stap in de motivering van een algemeen belangbesluit is het beschrijven van het algemeen belang dat met het besluit wordt gediend, en het beschrijven hoe de economische activiteit bijdraagt aan de behartiging van dat belang. Uit de evaluatie blijkt dat overheden de algemeenbelanguitzondering vaak toepassen voor activiteiten die ze voor de inwerkingtreding van de wet markt en overheid al verrichtten, met als motivering dat ze zo kunnen blijven doen wat ze al deden, zonder dat duidelijk wordt ingegaan op het algemeen belang dat met het besluit wordt gediend. Ook komt het voor dat overheden een algemeen belang beschrijven, zonder aan te geven op welke manier de specifieke economische activiteit bijdraagt aan het belang. Dergelijke generieke beschrijvingen helpen niet in het maken van een goede belangenafweging. Met het beschrijven van het algemeen belang en hoe de activiteit bijdraagt aan de behartiging van dat belang wordt het voor overheden eenvoudiger om een betere belangenafweging te maken.

Een voorbeeld is dat de algemeenbelanguitzondering voor de verhuur van voetbalvelden kan worden gebruikt om de sportparticipatie te vergroten voor een passend sport- en beweegaanbod. Een beschrijving van het algemeen belang dat met het besluit wordt gediend bestaat uit een toelichting waarom het van algemeen belang is dat er voor iedere inwoner die dat wil een passend sport- en beweegaanbod in de buurt aanwezig is en dat het vergroten van sportparticipatie een algemeen belang is, en hoe de verhuur van voetbalvelden bijdraagt aan het tot stand brengen van het algemeen belang.

De noodzaak om de uitzondering in te roepen

Nadat het algemeen belang is beschreven is de volgende stap om aan te geven waarom het voor het dienen van het algemeen belang noodzakelijk is om van één of meer van de gedragsregels in de wet markt en overheid af te wijken. Uitgangspunt van de wet is dat overheden zich aan de gedragsregels houden. Het naleven van de gedragsregels (zoals het doorberekenen van de integrale kosten) kan het nog steeds mogelijk maken om het algemeen belang te dienen. In dat geval is gebruik van de algemeenbelanguitzondering niet nodig. De beschrijving van de noodzaak kan bijvoorbeeld door aan te geven wat de negatieve gevolgen van het toepassen van de gedragsregels zijn voor het algemeen belang. Omdat overheden de uitzondering meestal gebruiken om economische activiteiten beneden de kostprijs te verrichten, zal dit er in de praktijk vooral op neerkomen dat overheden motiveren wat er fout gaat als ze de integrale kosten doorberekenen. In het voorbeeld van het bevorderen van een passend sport- en beweegaanbod zal een overheid dan onderbouwen hoe dit wordt geschaad als een overheid de integrale kosten gewoon zou doorberekenen.

De gevolgen van het gebruik van de algemeenbelanguitzondering

Het gebruik van de algemeenbelanguitzondering kan gevolgen hebben voor ondernemers omdat de overheid met ondernemers in concurrentie treedt doordat zij de desbetreffende economische activiteit zelf verricht. Wanneer een overheid deze activiteit vervolgens beneden de kostprijs verricht, kan dit tot gevolg hebben dat ondernemers die wel hun kostprijs moeten doorberekenen klanten verliezen. De overheid concurreert dan onder ongelijke voorwaarden met de ondernemer. Het is daarom van belang dat overheden inzicht hebben in en zich bewust zijn van de gevolgen van het gebruik van de algemeenbelanguitzondering voor ondernemers. Een volgende stap in de afweging is daarom een beschrijving van de gevolgen van het gebruik van de algemene belanguitzondering voor ondernemers en de concurrentie. Waar mogelijk kan een beschrijving van de gevolgen cijfermatig worden onderbouwd. Het zal echter voor overheden vaak niet mogelijk zijn om de gevolgen te kwantificeren. In dergelijke gevallen volstaat een kwalitatieve beschrijving.

Een voorbeeld is een gemeente die de algemeenbelanguitzondering wil gebruiken voor de verhuur van vastgoed aan een buurtvereniging. Om de gevolgen van het gebruik van de uitzondering te bezien, is het nodig om na te gaan of er particuliere verhuurders zijn die vergelijkbaar vastgoed kunnen verhuren en om in kaart te brengen wat de verwachte gevolgen voor deze particuliere verhuurders zijn wanneer de overheid vastgoed onder de kostprijs aan een buurtvereniging zou verhuren. Een ander voorbeeld is een gemeente die een algemeenbelangbesluit wil nemen voor de verhuur van ligplaatsen in een gemeentelijke jachthaven om zo het toerisme te promoten. Indien er in de gemeente ook een particuliere jachthaven is die ligplaatsen verhuurt, betekent een beschrijving van de gevolgen dat de gemeente de effecten voor die jachthaven zorgvuldig in kaart brengt voordat wordt besloten om de algemeenbelanguitzondering te gebruiken.

De afweging tussen de voordelen van het dienen van het algemeen belang en de gevolgen voor ondernemers en concurrentie

Als conform de vorige twee motiveringsvereisten de noodzaak van het invoeren van de algemeenbelanguitzondering en de gevolgen daarvan voor ondernemers in kaart zijn gebracht, kunnen deze belangen vervolgens tegen elkaar worden afgewogen. Het sluitstuk van de motivering is dus het nagaan of de voordelen van het dienen van het algemeen belang opwegen tegen de gevolgen daarvan voor ondernemers. Deze afweging zal uiteindelijk bepalen of een overheid de uitzondering wil gebruiken.

Bij het voorbeeld van de verhuur van een binnensportaccommodatie aan een sportvereniging wil de overheid deze economische activiteit verrichten omdat hiermee een passend sport- en beweegaanbod wordt gerealiseerd. Daarbij wil de overheid afwijken van de gedragsregels uit de wet markt en overheid. De overheid heeft beschreven waarom een passend sport- en beweegaanbod in het algemeen belang is en waarom het noodzakelijk is om van de gedragsregels af te wijken. De overheid heeft ook in kaart gebracht of er particuliere verhuurders van binnensportaccommodaties zijn en wat de gevolgen voor deze verhuurders zijn wanneer de overheid haar binnensportaccommodaties onder kostprijs aan een sportvereniging verhuurt. Om een goed gemotiveerde keuze te maken tussen het wel en niet gebruiken van de algemeenbelanguitzondering, is het nodig deze belangen tegen elkaar af te wegen.

3.1.3.2. Inspraak voor ondernemers

De beschreven motiveringseisen zullen ertoe leiden dat algemeenbelangbesluiten op zorgvuldige wijze tot stand komen en goed worden gemotiveerd. Wanneer een ondernemer vindt dat een overheid niet tot een goed besluit is gekomen, bijvoorbeeld omdat de motiveringseisen niet zorgvuldig zijn toegepast, krijgt hij met dit wetsvoorstel de mogelijkheid zich uit te spreken over een ontwerp algemeenbelangbesluit voordat de overheid een definitief besluit neemt. Daartoe wordt met dit wetsvoorstel geregeld dat de uniforme openbare voorbereidingsprocedure uit afdeling 3.4 van de Awb van toepassing is op het nemen van een algemeenbelangbesluit.

Uit de evaluatie van de wet markt en overheid blijkt dat slechts 42 procent van de overheden het (voorgenomen) besluit heeft gepubliceerd en een inspraaktermijn in acht heeft genomen. In een zeer beperkt aantal gevallen is een marktconsultatie uitgevoerd. Ondernemers zijn dus in het grootste deel van de gevallen waarin een algemeenbelangbesluit is genomen, niet in de gelegenheid gesteld te reageren op het ontwerpbesluit. Wanneer het besluit al genomen is, kunnen zij alleen nog gebruik maken van de mogelijkheid om bezwaar tegen het besluit te maken. Omdat de belangen van ondernemers groot kunnen zijn, is het van belang dat zij al in een eerder stadium bij de besluitvorming worden betrokken.

In bepaalde gevallen zal een overheid direct na het identificeren van potentieel te verrichten economische activiteiten het gesprek met ondernemers aangaan om te bezien welke rol de overheid en welke rol ondernemers kunnen vervullen bij het door de overheid na te streven doel. In andere gevallen zal de overheid echter zelf beoordelen of zij een economische activiteit zelf wil verrichten. Bijvoorbeeld omdat de overheid niet bekend is met ondernemers die de desbetreffende economische activiteit kunnen of willen uitvoeren. Daarom dienen ondernemers in de gelegenheid te worden gesteld zich uit te spreken over elk algemeenbelangbesluit waardoor zij worden geraakt, voordat het wordt genomen. Daartoe wordt in dit wetsvoorstel geregeld dat overheden de uniforme openbare voorbereidingsprocedure uit afdeling 3.4 (artikelen 3:10 tot en met 3:18) van de Awb altijd moeten toepassen op de voorbereiding van een algemeenbelangbesluit. De kern van deze procedure is dat de overheid het voorgenomen algemeenbelangbesluit gedurende zes weken ter inzage legt, zodat belanghebbenden hierop kunnen reageren. Overheden dienen de terinzagelegging kenbaar te maken in één of meer dag-, nieuws- of huis-aan-huisbladen of op een andere geschikte wijze. Voor de Rijksoverheid geldt dat het ontwerpbesluit in de Staatscourant moet worden geplaatst. Overheden moeten hierbij aangeven waar en wanneer de stukken ter inzage liggen, wie een zienswijze naar voren kan brengen en op welke wijze dit mogelijk is. Belanghebbenden kunnen vervolgens schriftelijk of mondeling hun zienswijze over het ontwerpbesluit naar voren brengen.

Met de keuze voor de uniforme openbare voorbereidingsprocedure wordt aangesloten bij een bestaande procedure waar overheden reeds bekend mee zijn omdat deze procedure ook van toepassing is op veel besluiten op andere beleidsterreinen. Daarnaast leidt de keuze voor deze procedure ertoe dat algemeenbelangbesluiten van verschillende overheden via een uniforme procedure tot stand komen. Dit biedt duidelijkheid voor zowel ondernemers als overheden. Het is echter aan de ondernemers zelf om gebruik te maken van de mogelijkheid hun zienswijze in te dienen. Uit de evaluatie blijkt dat ondernemers, wanneer hen de mogelijkheid wordt geboden om in te spreken op een algemeenbelangbesluit, nu nauwelijks gebruikmaken van die mogelijkheid. Dit kan komen doordat ze niet op de hoogte waren van het voornemen. De wetswijziging maakt het voor ondernemers daarom transparanter en gemakkelijker om zich over een voorgenomen besluit uit te spreken.

Als onderdeel van de motiveringseisen wordt bij algemene maatregel van bestuur geregeld dat overheden moeten beschrijven welke inzichten tijdens de uniforme openbare voorbereidingsprocedure naar voren zijn gekomen en wat er met de inzichten is gedaan. Wanneer belanghebbenden het niet eens zijn met het definitieve besluit en/of vinden dat onvoldoende met hun ingebrachte zienswijze is gedaan, kunnen zij hiertegen beroep instellen bij de rechter. Beroep staat in beginsel alleen open voor degenen die een zienswijze hebben ingediend.

3.1.4. Evaluatie algemeenbelangbesluiten

Uit de evaluatie van de wet markt en overheid blijkt dat slechts vijf procent van de overheden een algemeenbelangbesluit heeft genomen voor bepaalde tijd. Tien procent heeft in het algemeenbelangbesluit aangegeven dat er een periodieke heroverweging komt.

Marktomstandigheden kunnen in de loop van de tijd veranderen. Het is mogelijk dat waar er eerst geen ondernemer was die een bepaalde economische activiteit verrichtte, deze ondernemer er na een aantal jaren wel is. Of er kan een ondernemer zijn die na een aantal jaren voornemens is een activiteit te verrichten maar daarbij onmogelijk kan concurreren met een overheid die deze activiteit beneden de kostprijs verricht. Zo kan er op het moment dat een algemeenbelangbesluit wordt genomen om parkeren in een gemeentelijke parkeergarage onder de kostprijs aan te bieden, geen parkeergarage van een (particuliere) ondernemer zijn. Na een aantal jaar kan er echter wel een dergelijke parkeergarage zijn of kan er een ondernemer zijn die van plan is om een parkeergarage te exploiteren. Dit kan ertoe leiden dat de nadelen van het gebruik van de algemeenbelanguitzondering na verloop van tijd zijn toegenomen of dat de noodzaak tot gebruikmaking van de algemeenbelanguitzondering niet meer bestaat, waardoor de belangenafweging om te komen tot een algemeenbelangbesluit anders kan uitpakken.

Om te borgen dat rekening wordt gehouden met dergelijke potentieel veranderende marktomstandigheden, wordt met dit wetsvoorstel geregeld dat algemeenbelangbesluiten iedere vijf jaar worden geëvalueerd. Overheden moeten dan (opnieuw) overwegen of het legitiem is om het beroep op de algemeenbelanguitzondering te continueren. Door te kiezen voor een periode van vijf jaar kan voldoende rekening worden gehouden met veranderende marktomstandigheden. Bovendien is het algemeenbelangbesluit lang genoeg in werking om de effecten ervan te kunnen beoordelen. De evaluatie wordt uitgevoerd door het bestuursorgaan dat het besluit heeft genomen. Dat betekent dat de evaluatie voor gemeenten wordt verricht door de gemeenteraad, voor de provincie door de provinciale staten, voor de waterschappen door het algemeen bestuur en voor en Rijk en voor zelfstandige bestuursorganen als bedoeld in artikel 1, onderdeel a, van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen door de minister die het aangaat.

Bij algemene maatregel van bestuur zullen nadere eisen worden gesteld aan de elementen waaruit de evaluatie van het algemeenbelangbesluit bestaat. Deze eisen hebben tot doel te borgen dat overheden tijdens de evaluatie zorgvuldig aandacht besteden aan de verschillende belangen. Voorzien is in de algemene maatregel van bestuur op te nemen dat overheden in het kader van de evaluatie dezelfde aspecten bezien die zij ook moeten bezien bij het nemen van een algemeenbelangbesluit (zie de beschrijving van de motiveringseisen in paragraaf 3.1.3.1). Dit betekent dat de volgende punten in de evaluatie moeten worden meegenomen:

- nagaan of het verrichten van een bepaalde activiteit door de overheid nog steeds in het algemeen belang is;
- bekijken of het voor het dienen van het algemeen belang nog steeds nodig is om de gedragsregels van de wet markt en overheid niet toe te passen;
- nagaan wat de gevolgen van het gebruik van de algemeenbelanguitzondering op ondernemers zijn geweest;
- bekijken of de marktomstandigheden zijn veranderd: als er bijvoorbeeld eerst geen ondernemers zijn die de activiteit verrichten, dan dienen overheden te kijken of er nu wel ondernemers zijn die de activiteit (kunnen) verrichten;
- bekijken of de afweging tussen het belang van afwijken van de gedragsregels en de gevolgen daarvan voor ondernemers nog steeds hetzelfde is.

Overheden zullen een verslag van de evaluatie openbaar moeten maken. De wijze van openbaarmaking van de evaluatie zal bij algemene maatregel van bestuur worden geregeld. Het ligt voor de hand dat overheden kennisgeven van de evaluatie op dezelfde wijze als ze dit voor een ontwerp algemeenbelangbesluit doen. Dat betekent dat in een of meer dag-, nieuws-, of huis-aan-huisbladen of op een andere geschikte wijze mededeling wordt gedaan dat de evaluatie heeft plaatsgevonden en waar de evaluatie kan worden gevonden. Voor de rijksoverheid geldt dat de kennisgeving in de Staatscourant wordt geplaatst. Het ligt in alle gevallen voor de hand dat de evaluatie via de website van de desbetreffende overheid kan worden gevonden. Openbaarmaking

van de evaluatie geeft ondernemers de mogelijkheid te beoordelen of de evaluatie aan de verschillende (nog te stellen) eisen voldoet en of de afweging op een zorgvuldige manier heeft plaatsgevonden.

Bestaande besluiten

Na inwerkingtreding van de wet markt en overheid hebben overheden veelal geïnventariseerd welke economische activiteiten ze verrichten. Vervolgens hebben ze bepaald voor welke activiteiten ze de algemeenbelanguitzondering wilden invoeren. Dit betekent dat de meeste algemeenbelangbesluiten al zijn genomen en dat er naar verwachting niet veel nieuwe besluiten meer worden genomen. Overheden zullen veelal alleen nog voor nieuwe activiteiten de algemeenbelanguitzondering invoeren.

De evaluatieverplichting zal alleen effectief zijn als deze ook van toepassing is op bestaande besluiten. Daarom wordt bepaald dat overheden bestaande algemeenbelangbesluiten uiterlijk vijf jaar na inwerkingtreding van onderhavige wet moeten evalueren. Ook voor deze besluiten geldt dat de evaluatie iedere vijf jaar moet plaatsvinden en dat dezelfde punten als bij de evaluatie van nieuwe besluiten moeten worden meegenomen.

Alternatief voor de evaluatieplicht

Een alternatief voor de evaluatieplicht is een horizonbepaling. Dit zou betekenen dat ieder algemeenbelangbesluit bijvoorbeeld na vijf jaar vervalt en er een nieuw besluit moet worden genomen. De op het moment van inwerkingtreding van deze wet bestaande besluiten zijn echter in beginsel rechtmatig genomen. Door een horizonbepaling zouden deze besluiten na de daarin genoemde termijn niet langer geldig meer zijn. Bovendien zouden vanaf dat moment de gedragsregels weer van toepassing zijn. De onzekerheid die dan ontstaat voor gemeenten en belanghebbenden wordt onwenselijk gevonden. Om die reden is gekozen voor een evaluatiebepaling in plaats van een horizonbepaling. Bovendien leidt een horizonbepaling tot hoge(re) lasten. Als overheden hun algemeenbelangbesluit goed motiveren zal een evaluatie er voornamelijk uit bestaan dat wordt gekeken of de marktomstandigheden zijn gewijzigd en of de argumenten die bij het besluit zijn gebruikt nog steeds gelden. Een horizonbepaling zou betekenen dat ook als de marktomstandigheden niet zijn veranderd en de argumenten van het oorspronkelijke besluit nog steeds gelden, overheden een nieuw besluit moeten nemen.

3.2 Concentratietoezicht

Hoofdstuk 5 van de Mededingingswet gaat over concentraties. Op grond van de bepalingen in dit hoofdstuk moet een voorgenomen concentratie bij de ACM worden gemeld. Na de melding vindt een eerste onderzoek plaats naar de gevolgen van de concentratie voor de mededinging. Alleen indien er reden is om aan te nemen dat als gevolg van de concentratie een economische machtspositie kan ontstaan of worden versterkt, kan tot een tweede fase onderzoek worden besloten. Deze fase eindigt met het al dan niet verlenen van een vergunning voor de concentratie.

Uitgangspunt van de Mededingingswet is dat zo veel mogelijk aansluiting wordt gezocht bij het Europees mededingingsrecht. Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PbEG 2004, L 24) (hierna: de EG-concentratieverordening) bevat het Europeesrechtelijk kader voor het concentratietoezicht. Bij de inrichting van het Nederlandse concentratietoezicht is aansluiting gezocht bij dit Europeesrechtelijk kader (Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 32). De wijzigingen die thans in de bepalingen over het concentratietoezicht worden aangebracht, hebben deels tot doel nauwer aan te sluiten bij dit Europeesrechtelijk kader. Daarnaast wordt een aantal bepalingen meer in lijn gebracht met de geldende praktijk en worden enkele bepalingen verduidelijkt. Vanwege de technische aard van deze wijzigingen wordt voor een nadere toelichting op de wijzigingen verwezen naar het artikelsgewijs deel van deze memorie van toelichting.

3.3 Privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht

Op 10 februari 2017 is de Implementatiewet richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht in werking getreden (Stb. 2017, 28). Met deze wet wordt richtlijn 2014/104/EU

van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie (PbEU 2014, L 349) (hierna: de richtlijn) geïmplementeerd in Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) en in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna ook: Rv). Met deze richtlijn is beoogd te garanderen dat benadeelden van mededingingsinbreuken daadwerkelijk schadevergoeding kunnen vorderen. Daarnaast bevat de richtlijn maatregelen om te voorkomen dat de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht de publiekrechtelijke handhaving door de Europese Commissie en nationale mededingingsautoriteiten (in Nederland de ACM) doorkruist.

De richtlijn is alleen van toepassing op overtredingen van de artikelen 101 en 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) en op overtredingen van het nationale mededingingsrecht die parallel met de verdragsartikelen worden toegepast. Dit geldt, vanwege het beleid om implementatievoorstellen niet te voorzien van zogenoemde nationale koppen, ook voor het toepassingsbereik van de implementatiewet. In de memorie van toelichting bij de implementatiewet is het voornemen van het kabinet geuit om in een separaat wetsvoorstel de bepalingen ook op zuiver nationale overtredingen van het mededingingsrecht van toepassing te verklaren (Kamerstukken II 2015/16, 34 490, nr. 3, p. 2). Het uitgangspunt van de Mededingingswet is dat deze niet strenger en niet soepeler is dan het Europese mededingingsrecht (Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 10). De Mededingingswet volgt dan ook het Europese mededingingsrecht: nationaal worden dezelfde materiële normen en dezelfde begrippen gehanteerd. Het ligt in de rede om op nationale gevallen dezelfde aansprakelijkheids-, schadevergoedings- en bewijsrechtelijke regels toe te passen als toepasselijk zijn op schadevergoedingsacties naar aanleiding van een overtreding van het Europese mededingingsrecht. Het maakt voor gedupeerden immers niet uit of het een zuiver nationaal geval betreft of niet, in beide gevallen wordt een inbreuk gemaakt op dezelfde mededingingsrechtelijke materiële regels. Het ligt niet in de rede om dan andere regels te hanteren bij schadevergoedingsacties naar aanleiding van een inbreuk op het mededingingsrecht. Dit zou uiteindelijk het ongewenste effect kunnen hebben dat in soortgelijke gevallen de mate waarin de schade wordt vergoed uiteenloopt. Ook voor clementieontvangers verdient het de voorkeur dat dezelfde regels van toepassing zijn. Dat is bijvoorbeeld van belang voor de bescherming die zij in beginsel genieten bij hoofdelijke aansprakelijkheid (zie Kamerstukken II 2015/16, 34 490, nr. 3, p. 5).

De uitleg van de artikelen uit de implementatiewet is voorbehouden aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (artikelen 6:193k tot en met 6:193t BW, 44a, derde lid, 161a, en 844-850 Rv). Met de inwerkingtreding van onderhavig wetsvoorstel wordt deze uitleg ook leidend als deze artikelen van toepassing zijn op zuiver nationale gevallen.

Dezelfde of vergelijkbare begrippen uit de implementatiewet komen overigens ook op andere plaatsen in het Nederlandse recht voor. Te denken valt aan het begrip "onderneming". De interpretatie van deze begrippen buiten de context van Boek 6, titel 3, afdeling 3B, BW inzake de schending van mededingingsrecht, bijvoorbeeld in de context van Boek 2 BW, blijft voorbehouden aan de nationale rechter (vgl. Kamerstukken II 2016/17, 34 490, nr. 6, p. 2).

In geval van een inbreuk op het mededingingsrecht kan eenieder die hierdoor schade heeft geleden schadevergoeding vorderen. Ingevolge het oorspronkelijke onderdeel a van artikel 6:193k BW werd onder een inbreuk op het mededingingsrecht verstaan een inbreuk op artikel 101 of 102 van het VWEU of het mededingingsrecht van een lidstaat van de Europese Unie dat parallel wordt toegepast. Voorgesteld wordt de artikelen 6 en 24 van de Mededingingswet als derde element aan deze opsomming toe te voegen. Hierdoor kwalificeren als een inbreuk op het mededingingsrecht: (a) een inbreuk op de desbetreffende verdragsbepalingen; (b) een inbreuk op het nationale mededingingsrecht in geval van parallelle toepassing; (c) een inbreuk op het nationale mededingingsrecht. Zo kan in al die gevallen onder dezelfde aansprakelijkheids-, schadevergoedings- en bewijsrechtelijke bepalingen vergoeding van geleden schade worden gevorderd. Van de mededingingsrechtelijke besluiten van de Autoriteit Consument en Markt is ongeveer 60 procent gebaseerd op parallelle toepassing van het mededingingsrecht. Ongeveer 40 procent van de besluiten is gebaseerd op alleen het nationale mededingingsrecht.

Volstaan kan worden met deze wijziging van artikel 6:193k, onderdeel a, BW, omdat de geïmplementeerde bepalingen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering verwijzen naar de inbreuk op het mededingingsrecht als bedoeld in dit artikel in het BW (zie artikelen 44a, 161a en 844 Rv).

4. Gevolgen

4.1. Markt en overheid

4.1.1. Gevolgen voor overheden

De lasten van de huidige wet markt en overheid zijn onderzocht (Kamerstukken II 2004/05, 28 050, nr. 11). Daarbij is geconstateerd dat de wet markt en overheid tot beperkte toename van lasten voor overheden zou leiden, en dat de lasten met name eenmalig waren. De eenmalige lasten waren het gevolg van de inventarisatie van de door overheden verrichte economische activiteiten en de benodigde interne aanpassingen om in lijn met de wet markt en overheid te handelen. Overheden hebben deze stappen veelal verricht.

Nadat overheden hebben geïnventariseerd welke economische activiteiten ze verrichtten en of ze voor deze activiteiten aan de wet markt en overheid voldeden, zijn er echter grote verschillen ontstaan in de manier waarop overheden gebruik hebben gemaakt van de algemeenbelanguitzondering. Er zijn grote verschillen in de procedure die overheden hebben gevolgd en de afwegingen die overheden hebben gemaakt op basis waarvan ze gebruik hebben gemaakt van de algemeenbelanguitzondering. Ook zijn er verschillen in de mate waarin algemeenbelangbesluiten worden heroverwogen. De daadwerkelijke lasten van onderhavig wetsvoorstel zullen daarom in de praktijk voor overheden verschillend uitpakken naar de mate waarin de praktijk van overheden reeds aansluit bij het onderhavige wetsvoorstel.

In generieke zin zullen de lasten voor overheden (beperkt) toenemen. Voor de overheden die al wel de verschillende belangen hebben afgewogen en ondernemers bij hun besluitvorming hebben betrokken, zal de toename zeer beperkt zijn. De lasten zullen relatief het meest toenemen voor overheden waar gebruik van de algemeenbelanguitzondering beperkt is gemotiveerd, waar geen inspraakprocedure is toegepast en waar geen evaluatie van algemeenbelangbesluiten plaatsvindt. Deze overheden zullen hun proces voor nieuwe algemeenbelangbesluiten moeten aanscherpen en zullen dus meer werk krijgen dan ze hadden toen ze voor de activiteiten die momenteel zijn uitgezonderd gebruikmaakten van de algemeenbelanguitzondering. Bovendien kan voor dergelijke overheden de keuze om de uitzondering wel of niet te gebruiken anders uitpakken als de verschillende belangen worden afgewogen. Hoewel de lasten voor deze overheden toenemen, is dit vooral het gevolg van onzorgvuldige besluitvorming in het verleden. Een goede motivering en belangenafweging vormen immers onderdeel van de zorgvuldige besluitvorming. Dit is niet anders voor besluitvorming in het kader van de wet markt en overheid.

Bij het berekenen van de lasten van de huidige wet markt en overheid werd echter geconcludeerd dat de lasten als gevolg van het motiveren van gebruik van een uitzondering beperkt zijn (overigens werd daarbij gekeken naar een uitzondering voor diensten van algemeen economisch belang). Voor bestaande besluiten geldt dat wanneer overheden een algemeenbelangbesluit beperkt hebben gemotiveerd, ze tijdens de evaluatie meer werk hebben. Dit omdat bij het oorspronkelijke besluit bepaalde factoren (zoals de effecten op ondernemers) beperkt zijn onderzocht of meegewogen. In de evaluatie zullen deze aspecten echter wel aan de orde moeten komen (zie de eisen in hoofdstuk 3.1.4). Deze aspecten zullen daarom alsnog in beeld moeten worden gebracht.

Ook de verplichting tot gebruikmaking van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure zal leiden tot een toename van de lasten voor overheden. Belanghebbenden krijgen nu de gelegenheid in te spreken op een ontwerpbesluit. Afhankelijk van de mate waarin ondernemers of andere belanghebbenden gebruik zullen maken van de mogelijkheid om een zienswijze in te dienen, zal het langer kunnen duren voordat overheden een definitief besluit kunnen nemen.

4.1.2. Gevolgen voor belanghebbenden

4.1.2.1 Ondernemers

Dit wetsvoorstel biedt ondernemers de mogelijkheid zich uit te spreken wanneer een overheid gebruik wil maken van de algemeenbelanguitzondering. Daarnaast zullen overheden de gevolgen van een algemeenbelangbesluit voor ondernemers in kaart moeten brengen omdat dit onderdeel is van de motiveringseisen en de evaluatie van algemeenbelangbesluiten. Hiervoor is, los van de mogelijkheid voor ondernemers om in te spreken op een conceptbesluit, voorafgaand overleg met betrokken ondernemers zeer aan te bevelen. De gevolgen voor ondernemers en de concurrentie zullen dus een nadrukkelijker rol gaan spelen in het algemeenbelangbesluit. Voor bestaande besluiten zullen overheden bij de evaluatie aandacht moeten besteden aan de gevolgen die het algemeenbelangbesluit heeft gehad voor ondernemers en moeten nagaan of de marktomstandigheden zijn veranderd. Dit kan de vraag oproepen of het gegeven deze gevolgen nog wel legitiem is om de algemeenbelanguitzondering in te roepen.

De wetswijziging zal het risico op oneigenlijk gebruik van de algemeenbelanguitzondering verkleinen, wat het risico verlaagt dat ondernemers door overheden uit de markt worden gedrukt door het gebruik van de algemeenbelanguitzondering. Het vereist echter ook van ondernemers een actieve houding om de mogelijkheden om zich tegen een (ontwerp-) besluit uit te spreken daadwerkelijk te gebruiken.

De huidige wet markt en overheid heeft geen financiële gevolgen voor ondernemers. Dit zal met de onderhavige wetswijziging niet veranderen.

4.1.3.2. Overige belanghebbenden

Overige belanghebbenden krijgen met het wetsvoorstel de mogelijkheid te reageren op een ontwerp algemeenbelangbesluit. Wanneer een besluit bijvoorbeeld wordt genomen om een sporthal beneden de kostprijs aan een sportvereniging te verhuren, kan deze vereniging reageren op het ontwerp algemeenbelangbesluit.

4.2 Concentratietoezicht

De wijzigingen die met dit wetsvoorstel in het concentratietoezicht worden aangebracht zijn voornamelijk van technische aard. Het betreft het in lijn brengen van bepalingen met de EG-concentratieverordening en de geldende praktijk. Daarom zijn de gevolgen voor het bedrijfsleven (regeldruk en nalevingslasten) naar verwachting zeer beperkt. Hetzelfde geldt voor de gevolgen voor de uitvoeringspraktijk van de ACM.

4.3 Privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht

De uitbreiding van de toepassing van de met de Implementatiewet richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht geïntroduceerde bepalingen naar zuiver nationale overtredingen van het mededingingsrecht, heeft geen regeldrukgevolgen voor burgers. De wijziging brengt ook geen nalevingskosten voor het bedrijfsleven met zich, omdat niet wordt voorzien in wettelijke informatieverplichtingen jegens de overheid.

5. Uitvoering en handhaving

De ACM houdt toezicht op de gedragsregels van de wet markt en overheid. Als een overheid zich niet aan de gedragsregels houdt, kan de ACM na een klacht en op eigen initiatief verklaren een overtreding van één of meerdere van de gedragsregels te hebben vastgesteld en tevens een last onder dwangsom opleggen. Onderhavig wetsvoorstel verandert niets aan de bevoegdheid en het instrumentarium van de ACM. De rol van de ACM houdt op wanneer een overheid gebruikmaakt van de algemeenbelanguitzondering. De wet markt en overheid is dan immers niet van toepassing.

Het is niet wenselijk de ACM een rol te geven bij de beoordeling van een algemeenbelangbesluit. Het is niet de taak van een toezichthouder om een oordeel te geven over de inhoudelijke motivering van een algemeenbelangbesluit. De toezichthouder zou dan immers op de stoel van

een overheid gaan zitten. Overigens geldt dat een ondernemer wanneer deze vindt dat de algemeenbelanguitzondering ten onrechte is gebruikt of niet voldoende is gemotiveerd, tegen dit besluit beroep bij de rechter kan instellen.

6. Advies en consultatie

PM

II. ARTIKELSGEWIJZE TOELICHTING

Artikel I

Voor een nadere toelichting op deze wijziging wordt verwezen naar paragraaf 3.3.

Artikel II

Met artikel II wordt de Mededingingswet gewijzigd. De onderdelen A, B en I betreffen wijzigingen van hoofdstuk 4b over markt en overheid. Met de onderdelen C tot en met H worden wijzigingen aangebracht in hoofdstuk 5 over het concentratietoezicht. De verschillende onderdelen worden hieronder nader toegelicht.

Onderdeel A

Er wordt een tweetal wijzigingen aangebracht in artikel 25h. Ten eerste wordt een wijziging aangebracht in artikel 25h, tweede lid. Hierin staat dat hoofdstuk 4b niet van toepassing is op het aanbieden van goederen of diensten door bestuursorganen aan andere bestuursorganen of aan overheidsbedrijven voor zover deze goederen of diensten zijn bestemd voor de uitvoering van een publiekrechtelijke taak. Deze uitzonderingsbepaling maakt het mogelijk goederen en diensten onder de kostprijs aan andere overheden aan te bieden, voor zover deze goederen of diensten zijn bestemd voor de uitoefening van een publiekrechtelijke taak. Voor een nadere toelichting wordt verwezen naar de memorie van toelichting bij de wijzigingswet markt en overheid (Kamerstukken II 2007/08, 31 354, nr. 3, p. 34).

Recentelijk heeft de Rechtbank Rotterdam geoordeeld dat voornoemde uitzonderingsbepaling niet van toepassing is op het aanbieden van goederen of diensten door een bestuursorgaan aan buitenlandse overheden (ECLI:NL:RBROT:2017:4648). Het betrof een zaak waarin de Peruaanse marine twee vliegtuigen, bestemd voor gebruik door de marine, van de Staat der Nederlanden had gekocht. De Defensie Materieel Organisatie (DMO), een organisatieonderdeel van het Ministerie van Defensie, heeft tegen betaling ondersteuning geboden aan de Peruaanse marine bij het overvliegen van de vliegtuigen. Daarbij waren niet ten minste de integrale kosten doorberekend. De rechtbank oordeelde dat de uitzonderingsbepaling niet van toepassing was omdat de Peruaanse marine niet kwalificeert als bestuursorgaan of overheidsbedrijf in de zin van artikel 25h, tweede lid en dat er aldus sprake was van een overtreding vanwege het niet doorberekenen van de integrale kosten. In dergelijke gevallen kan het evenwel, net als voor samenwerking tussen Nederlandse overheden, wenselijk zijn dat de wet markt en overheid niet van toepassing is. Samenwerking met buitenlandse overheden kan anders benadeeld worden. Het is gebruikelijk dat overheden over en weer economische activiteiten onder de kostprijs voor elkaar verrichten. Zo is het in internationaal defensieverband gebruikelijk dat landen elkaar onderling diensten verlenen en hierbij niet alle kosten doorberekenen. Daarom wordt geregeld dat de uitzondering van artikel 25h, tweede lid, ook geldt voor het aanbieden van goederen of diensten door een bestuursorgaan aan buitenlandse overheden. Hierbij geldt, evenals voor het aanbieden van goederen en diensten door een bestuursorgaan aan een (Nederlands) bestuursorgaan of overheidsbedrijf, dat de goederen of diensten bestemd moeten zijn voor de uitvoering van een publiekrechtelijke taak.

Daarnaast komen het vijfde en zesde lid van artikel 25h te vervallen. In deze leden is het algemeenbelangbesluit geregeld. De leden komen te vervallen omdat er met onderdeel B een nieuw artikel 25ha in de Mededingingswet wordt ingevoegd waarin het algemeenbelangbesluit wordt geregeld.

Onderdeel B

Met onderdeel B wordt een nieuw artikel 25ha in de Mededingingswet ingevoegd. Dit artikel bevat de bepalingen over algemeenbelangbesluiten. Het eerste lid van dit artikel was tot op heden opgenomen in artikel 25h, vijfde lid, en bevat de hoofdregel ten aanzien van het algemeen belang: hoofdstuk 4b van de Mededingingswet, en daarmee de gedragsregels, is niet van toepassing op een economische activiteit of een bevoordeling die plaatsvindt in het algemeen belang. In het tweede lid is, zoals dat tot op heden was geregeld in artikel 25h, zesde lid, bepaald door wie kan worden vastgesteld dat een economische activiteit of bevoordeling plaatsvindt in het algemeen belang. Nieuw is dat in dit lid expliciet het karakter van de vaststelling wordt geduid door gebruikmaking van het begrip 'besluit'. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven heeft in een zaak over de verhuur van sportaccommodaties bevestigd dat een algemeenbelangbesluit is geconcretiseerd naar object en plaats, zodat een dergelijk besluit moet worden aangemerkt als een concretiserend besluit van algemene strekking, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift in de zin van artikel 8:3 van de Awb (ECLI:NL:CBB:2016:414). Er is dus sprake van een besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Awb, waartegen bezwaar en beroep open staat.

Het derde tot en met vijfde lid van artikel 25ha zijn nieuw en bevatten voorschriften en grondslagen om bij algemene maatregel van bestuur voorschriften te stellen over het nemen van een algemeenbelangbesluit (procedure en motivering) en de evaluatie ervan. Het derde lid regelt dat op de voorbereiding van een algemeenbelangbesluit de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 van de Awb van toepassing is. Voor een nadere toelichting wordt verwezen naar paragraaf 3.1.3.2. In paragraaf 3.1.3.1 is ingegaan op de motivering van algemeenbelangbesluiten. Uit de artikelen 3:46 en 3:47 van de Awb volgt dat ieder besluit, dus ook een algemeenbelangbesluit, moet berusten op een deugdelijke motivering en dat die motivering bovendien bij de bekendmaking van het besluit wordt vermeld. In het vijfde lid is de basis neergelegd om bij algemene maatregel van bestuur specifieke elementen aan te wijzen die het bestuursorgaan, gezien vanuit de ratio van hoofdstuk 4b van de Mededingingswet, in het afwegingsproces rond een algemeenbelangbesluit en de motivering daarvan in ieder geval aan de orde dient te laten komen. Deze aanwijzing laat de algemene eisen die gelden met betrekking tot de belangenafweging en de motivering van besluiten zoals voortvloeiend uit de Awb onverlet. Het vierde lid bevat de verplichting om algemeenbelangbesluiten te evalueren. Ieder algemeenbelangbesluit dat op grond van artikel 25ha wordt genomen, moet iedere vijf jaar worden geëvalueerd. De evaluatie ziet op de doeltreffendheid van het besluit en de effecten daarvan in de praktijk. Een verslag van de evaluatie moet openbaar worden gemaakt. Op grond van het vijfde lid, onderdeel b, zal bij algemene maatregel van bestuur nader worden geduid welke elementen in de evaluatie aan de orde moeten komen en hoe het verslag van de evaluatie openbaar moet worden gemaakt. De evaluatieverplichting en de bij algemene maatregel van bestuur vast te stellen onderwerpen zijn in paragraaf 3.1.4 toegelicht. Opgemerkt wordt nog dat het voor de hand ligt om de regels die op grond van artikel 25ha, vijfde lid, bij algemene maatregel van bestuur worden gesteld, op te nemen in het Besluit markt en overheid.

Onderdeel C

Met dit onderdeel wordt het eerste lid van artikel 27 gewijzigd. In dit lid is opgenomen wat er onder een concentratie moet worden verstaan. Met de voorgestelde wijziging wordt beoogd beter aan te sluiten bij de definitie van concentratie zoals opgenomen in artikel 3, eerste lid, van de EG-concentratieverordening. Deze verordening bevat het Europeesrechtelijk kader voor het concentratietoezicht. Bij de inrichting van het Nederlandse concentratietoezicht is aansluiting gezocht bij het Europese concentratietoezicht (Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 32).

Onderdeel D

In artikel 28 wordt een abusievelijk weggevalen woord toegevoegd en wordt een onjuiste verwijzing naar de Wet op het financieel toezicht aangepast.

Onderdeel E

In artikel 30, tweede lid, wordt een tweetal wijzigingen aangebracht. Deze wijzigingen houden verband met artikel 5, tweede lid, van de EG-concentratieverordening. Dit lid ziet op concentraties die plaatsvinden via de verwerving van delen van ondernemingen. Daarover bepaalt de

verordening dat wanneer er twee of meer van dergelijke transacties plaatsvinden binnen een periode van twee jaar tussen dezelfde personen of ondernemingen, deze transacties worden aangemerkt als één concentratie die plaats vond op de dag van de laatste transactie. Onder "dezelfde ondernemingen" worden door de ACM in ieder geval verstaan de ondernemingen die deel uitmaken van dezelfde groep van ondernemingen, bedoeld in artikel 2:24b van het BW. Ook wordt hieronder begrepen de situatie dat in een latere transactie de verkopende partij uit de eerste transactie volledig wordt overgenomen door de kopende partij uit de eerste transactie.

De eerste wijziging betreft de periode waarbinnen de transacties plaatsvinden. De wetgever heeft er destijds voor gekozen om voor het nationale concentratietoezicht, zoals opgenomen in de Mededingingswet, niet uit te gaan van voornoemde periode van twee jaar, maar van een door de ACM in aanmerking te nemen periode (Kamerstukken II 2004/05, 30 071, nr. 3, p. 19). Marktpartijen hechten aan een vooraf helder vastgestelde termijn. In de praktijk hanteert de ACM thans al de termijn van twee jaar zoals opgenomen in artikel 5, tweede lid, van de EC-concentratieverordening. Om deze reden is besloten op dit punt aan te sluiten bij de EG-concentratieverordening.

De tweede wijziging ziet op de aard van de verwervingen die eventueel moeten worden beschouwd als één concentratie. Volgens het huidige artikel gaat het hierbij om verwervingen die "afhankelijk van elkaar zijn of op een economische wijze zodanig met elkaar zijn verbonden dat deze verwervingen als één verwerving moeten worden beoordeeld" (zogenoemde "leer van de afhankelijke transacties"). Uit artikel 5, tweede lid, van de EG-concentratieverordening blijkt dat het zou gaan om verwervingen die plaatsvinden tussen dezelfde personen of ondernemingen. In de Geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PbEU 2008, C 95) (hierna: de mededeling) wordt nader op dit onderwerp ingegaan (punten 36 tot en met 50). Uit de mededeling blijkt dat de "leer van de afhankelijke transacties" betrokken moet worden bij de vraag of sprake is van een concentratie en dus een rol speelt bij de definitie van een concentratie. Artikel 5, tweede lid, van de EG-concentratieverordening bevat slechts een specifieke regel op basis waarvan opeenvolgende transacties als één concentratie moeten worden beschouwd met het oog op de berekening van de omzet van een onderneming. Gelet op voornoemde mededeling wordt artikel 30, tweede lid, van de Mededingingswet op dit punt in lijn gebracht met artikel 5, tweede lid, van de EG-concentratieverordening.

Onderdeel F

In artikel 37 is opgenomen hoe de ACM omgaat met een melding van een voorgenomen concentratie. Daarin zijn drie mogelijkheden. De ACM deelt mee dat een vergunning is vereist. In dat geval moet de vergunningprocedure worden doorlopen en mag de concentratie pas tot stand worden gebracht na een positieve uitkomst van deze procedure. De ACM kan ook meedelen dat geen vergunning is vereist. Uit het zesde lid van dit artikel blijkt dat in een dergelijk geval de desbetreffende concentratie direct mag worden voltrokken. Tot slot kan de ACM meedelen dat er geen vergunning is vereist, maar dat er wel aan een aantal voorwaarden moet worden voldaan. In dat geval moet eerst aan de gestelde voorwaarden worden voldaan voordat de concentratie mag worden voltrokken. Deze systematiek volgt eveneens uit het eerder genoemde zesde lid.

Op grond van artikel 37 geldt geen termijn waarbinnen een concentratie tot stand moet worden gebracht. Voorgesteld wordt om op te nemen dat een concentratie tot stand moet worden gebracht binnen een jaar na de mededeling dat er (al dan in niet in combinatie met gestelde voorwaarden) geen vergunning vereist is om de concentratie te voltrekken. Indien de concentratie niet binnen deze periode is voltrokken, dient het voornemen opnieuw te worden gemeld. Met deze wijziging wordt beoogd te voorkomen dat marktpartijen dusdanig lang wachten met het voltrekken van een concentratie dat de marktomstandigheden op grond waarvan de ACM oordeelde dat een vergunning niet vereist was, zodanig gewijzigd zijn dat een nieuwe beoordeling anders zou uitvallen. Dit bemoeilijkt ook het uitvoeren van de toezichtstaak. Omdat het overgrote deel van de gemelde concentraties wel binnen korte tijd wordt geëffectueerd, zal het opnemen van een geldigheidsduur van de goedkeuring zeer beperkte nadelige gevolgen hebben voor de markt.

In het geval dat de ACM voorwaarden verbindt aan het voltrekken van een concentratie zonder dat daarvoor een vergunning is vereist, moet altijd aan de gestelde voorwaarden worden voldaan *voordat* de concentratie tot stand wordt gebracht. Deze situatie sluit niet aan bij de praktijk. Er zijn voorwaarden waarvan het niet noodzakelijk, en in bepaalde gevallen zelfs disproportioneel, is om de uitvoering ervan voorafgaand aan de totstandkoming van de concentratie te eisen. Hierbij valt te denken aan de voorwaarde dat bepaalde bedrijfsactiviteiten moeten worden afgestoten. Het afstoten van een bedrijfsonderdeel binnen een relatief korte periode kan bijvoorbeeld tot gevolg hebben dat de verkoper een onredelijk lage prijs ontvangt voor het af te stoten onderdeel. Daarom kiezen partijen er in een dergelijke situatie vaak voor om de melding te wijzigen. Zij nemen de voorwaarden die de ACM voornemens is te stellen dan op in de beschrijving van de transactie en leggen de (gewijzigde) voorgenomen concentratie ter beoordeling aan de ACM voor. Deze situatie leidt tot extra lasten voor zowel bedrijfsleven als de ACM. Voorgesteld wordt daarom de hoofdregel dat de voorwaarden moeten zijn uitgevoerd alvorens de concentratie tot stand mag worden gebracht, te laten vervallen. Overigens heeft de ACM de mogelijkheid om op grond van artikel 37, vierde lid, de eis te stellen dat op voorhand aan (delen van) de voorwaarden moet zijn voldaan.

Uit het zesde lid volgt ook dat wanneer marktpartijen niet of niet tijdig aan de gestelde voorwaarden voldoen alsnog een vergunning is vereist. Uit een oogpunt van coherentie is deze eis verplaatst naar het vierde lid van artikel 37. Dit vierde lid bevat dan het gehele regime met betrekking tot voorwaarden voor het tot stand brengen van een concentratie zonder vergunning.

Onderdeel G

Artikel 39, eerste lid, van de Mededingingswet is de nationaalrechtelijke evenknie van artikel 7, tweede lid, van de EG-concentratieverordening. Met deze bepalingen is beoogd te regelen dat concentraties die tot stand komen via een openbaar overnamebod of via een reeks van transacties met effecten om daarmee zeggenschap van meerdere verkopers te verkrijgen kan plaatsvinden als deze concentratie direct daarna alsnog aan de ACM wordt gemeld. Voorgesteld wordt om ook hier in de formulering in de Mededingingswet zo dicht mogelijk aan te sluiten bij de formulering in de EG-concentratieverordening. Daarbij is er om wetstechnische redenen voor gekozen voorbeelden die in het artikel van de EG-concentratieverordening zijn opgenomen, niet op te nemen in de Mededingingswet.

Hoewel de Nederlandse wetgever een systeem heeft gekozen waarbij artikel 39 van de Mededingingswet verwijst naar de *stand still* verplichting in artikel 34 van de wet (en niet naar artikel 41, eerste lid) lijkt daarmee destijds niet te zijn beoogd dat de uitzondering op de *stand still* verplichting enkel in de meldingsfase zou gelden. De implementatie van een openbaar bod dat zich uitstrekt gedurende de vergunningsfase zou dan de facto in strijd zijn met de Mededingingswet. Een dergelijke redenering zou daarmee het onwenselijke resultaat hebben dat wanneer een partij in de meldingsfase op basis van een openbaar bod aandelen zou verwerven (onder toepassing van artikel 39), zij deze verwerving ongedaan zou moeten maken in de vergunningsfase op grond van de *stand still* verplichting in artikel 41, eerste lid. Daarnaast zou de door de wetgever beoogde aansluiting bij artikel 7, tweede lid, van de EG-concentratieverordening op die wijze worden doorbroken. Artikel 7, tweede lid, van de EG-concentratieverordening kan immers zowel worden ingeroepen in de eerste fase als in de tweede fase (in Nederland de meldingsfase en de vergunningsfase). Daarom wordt in artikel 39, tweede lid, verduidelijkt dat de uitzondering van artikel 39 zowel in de meldingsfase als in de vergunningsfase geldt.

Onderdeel H

Evenals wordt in het kader van de melding van een voorgenomen concentratie (onderdeel F), ook ten aanzien van een door de ACM verstrekte vergunning op grond waarvan een concentratie mag worden voltrokken, voorgesteld dat de desbetreffende concentratie binnen een periode van een jaar tot stand moet zijn gebracht. Ook hier geldt dat de reden voor dit voorstel is dat de huidige formulering de mogelijkheid biedt dat er dusdanig veel tijd verstrijkt tussen het verkrijgen van een vergunning en het voltrekken van de concentratie dat de marktomstandigheden veranderd kunnen zijn. De situatie kan ontstaan dat de ACM op basis van de nieuwe marktomstandigheden tot een ander oordeel over de voorgenomen concentratie zou komen. De Mededingingswet biedt geen basis om op grond hiervan op te treden.

Onderdeel I

Onderdeel I bevat het overgangsrecht voor de verplichting om algemeenbelangbesluiten te evalueren. Op grond van het nieuwe artikel 25ha, vierde lid, moeten algemeenbelangbesluiten iedere vijf jaar worden geëvalueerd. In paragraaf 3.1.4 is ingegaan op de wenselijkheid om deze verplichting voor nieuwe besluiten ook van toepassing te laten zijn op bestaande algemeenbelangbesluiten. Met onderdeel I wordt geregeld dat deze bestaande algemeenbelangbesluiten ook telkens binnen een periode van vijf jaar moeten worden geëvalueerd. Voor bestaande besluiten vangt deze periode aan op het moment van inwerkingtreding van artikel 25ha waarin de verplichting tot evaluatie van nieuw te nemen algemeenbelangbesluiten is geregeld.

Artikel III

Met artikel I is geregeld dat de met de Implementatiewet richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht geïntroduceerde bepalingen over privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht ook op zuiver nationale overtredingen van het mededingingsrecht van toepassing zijn. Artikel III voorziet in een overgangsrechtelijke bepaling hierbij. Het regelt dat de procesrechtelijke bepalingen die met voornoemde Implementatiewet zijn opgenomen in Boek 6 van het Burgerlijk wetboek (artikel 193r) en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (artikelen 44, derde lid, 161a en 844 tot en met 850) voor wat betreft zuiver nationale inbreuken alleen van toepassing zijn op die zaken die na inwerkingtreding van artikel I aanhangig worden gemaakt bij de rechter. Hiermee wordt voorkomen dat op dergelijke zaken die al aanhangig zijn bij de rechter voor inwerkingtreding van artikel I gedurende het verloop van de zaak een ander regime van toepassing wordt. Deze bepaling wordt opgenomen in de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek, welke wet diverse overgangsrechtelijke bepalingen bevat als gevolg van wijzigingen van het Burgerlijk Wetboek.

Artikel IV

Met de wijzigingswet markt en overheid zijn de bepalingen over markt en overheid in de Mededingingswet opgenomen. In artikel IV, tweede lid, van de wijzigingswet markt en overheid is een horizonbepaling opgenomen. Op grond van het derde lid van dit artikel is het mogelijk de werking van de wet markt en overheid bij algemene maatregel van bestuur te verlengen. Deze horizonbepaling en grondslag om de werking van de wet te verlengen zijn de enige onderdelen van de wijzigingswet die nog werking hebben. In paragraaf 3.1.2 is uiteengezet dat wordt voorgesteld de bepalingen over markt en overheid een bestendig karakter te geven door het laten vervallen van de horizonbepaling. Dit artikel voorziet daarin door de wijzigingswet in te trekken. Daarmee blijven de bepalingen in de Mededingingswet van kracht, terwijl de enige onderdelen in de wijzigingswet die nog werking hebben, hun werking verliezen.

Artikel V

Artikel V betreft de inwerkingtreding van de wet. Deze treedt in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip, waarbij wordt voorzien in de mogelijkheid van gedifferentieerde inwerkingtreding. Hier is voor gekozen omdat dit wetsvoorstel drie onderwerpen van uiteenlopende aard bevat waarvan op voorhand niet kan worden uitgesloten dat gedifferentieerde inwerkingtreding wenselijk of noodzakelijk blijkt.

De Minister van Economische Zaken,