



Interne Memo

Datum : 27-2-2014
Aan : college
Kopie aan :
Behandeld door : Wim Ebbes

Onderwerp:

Wet markt en overheid

Inleiding

Per 1 juli 2012 is de Wet markt en overheid in werking getreden. Aanleiding voor deze wet is de constatering dat overheden zelf of via hun overheidsbedrijven steeds meer economische activiteiten zijn gaan verrichten. Deze wet, die is opgenomen in de Mededingingswet (artt. 25g tot en met 25m), heeft tot doel zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen overheden en bedrijven te creëren om zo oneerlijke concurrentie te voorkomen. Dit doet zij door regels te stellen voor het betreden van markten en het gedrag op die markten door overheidsorganisaties of overheidsbedrijven. De wet vervalt in principe na 5 jaar, dus per 1 juli 2017.

Uitgangspunten van de wet

Aan de wet liggen de volgende uitgangspunten ten grondslag:

1. een gelijk speelveld: voor overheden, die als ondernemer actief zijn, moeten zoveel mogelijk dezelfde concurrentievoorwaarden gelden als voor gewone ondernemingen.
2. bestuurlijke autonomie: het staat overheidsorganisaties vrij economische activiteiten te verrichten of deze onder te brengen in ondernemingen. Hierin zijn zij autonoom. Zij dienen zich wel aan de wetgeving te houden.
3. aansluiting bij de bron van ongelijkheid: de gedragsregels grijpen zo direct mogelijk in bij de (beslissings)bron van de ongelijkheid. Dit betekent dat de overheid en niet de onderneming, waarin zij haar economische activiteiten uitoefent, wordt aangesproken op het verstoren van de markt.
4. aansluiting bij bestaande begrippen: er wordt zoveel mogelijk aangesloten bij het Europeesrechtelijke begrippenkader. Dit betekent bijv. dat bij de uitleg van het centrale begrip "economische activiteit" moet worden aangesloten bij de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie.

Economische activiteit

Centraal in de Wet markt en overheid staat het begrip "economische activiteit" van een overheid of overheidsbedrijf. Het begrip "economische activiteit" is in de Mededingingswet niet gedefinieerd. Dit ligt ook voor de hand, omdat er zoveel mogelijk wordt aangesloten bij het Europeesrechtelijke begrippenkader (zie uitgangspunt 4).

Volgens de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie moet onder "economische activiteit" worden verstaan "het aanbieden van goederen of diensten aan derden op een bepaalde markt", d.w.z. in concurrentie met private ondernemingen (iedere entiteit die economische activiteiten verricht, ongeacht de rechtsvorm of de wijze waarop zij wordt gefinancierd).

De wet ziet alleen op economische activiteiten van een overheid(sbedrijf). Typische overheidsactiviteiten (bijv. vergunningverlening) vallen echter niet onder dit begrip. Ook diensten van algemeen belang (bijv. drinkwatervoorziening¹ of inzameling van huishoudelijk afval) vallen buiten de werkingssfeer van de wet. Is de activiteit van de overheid niet aan te merken als een economische activiteit, dan is de Wet markt en overheid niet van toepassing.

In de Handreiking Wet Markt en Overheid van het Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie worden de volgende voorbeelden van activiteiten genoemd, die wel als economische activiteiten van de gemeente zijn aan te merken:

- het exploiteren van parkeergarages of fietsenstallingen door gemeentelijke bedrijven;
- het maken van pasfoto's door de burgerlijke stand;
- het verhuren van ruimten in overheidsvastgoed;
- de verhuur van cd's en dvd's door gemeentelijke bibliotheken;
- het leveren van ICT-diensten voor derden;
- het aanbieden van muzikale of kunstzinnige vorming;
- de exploitatie van een gemeentelijke sportaccommodatie met zwembad en sporthal;
- het inzamelen van bedrijfsafval.

Geen economische activiteiten zijn volgens de eerdergenoemde Handreiking activiteiten ter uitoefening van specifieke bevoegdheden van overheidsgezag, zoals:

- het sluiten van een huwelijk door een ambtenaar van de burgerlijke stand;
- het beheer en onderhoud van de openbare ruimte;
- de uitgifte van identificatiedocumenten;
- het opstellen van een bestemmingsplan;
- het verlenen van vergunningen.

Tenslotte zijn er nog activiteiten, die alleen binnen de eigen overheidsorganisatie worden aangeboden (de zgn. zelfvoorziening). Hierbij kun je denken aan de koffievoorziening aan ambtenaren, ict-werkzaamheden of een drukkerij, die alleen ten behoeve van de eigen organisatie drukwerk verzorgt. Op het moment dat in een drukkerij ook drukwerk t.b.v. derden wordt gedrukt, is echter wel sprake van een economische activiteit en moet de volledige kostprijs aan die derden in rekening worden gebracht (zie hierna).

Aanbestedingen

Een aanbesteding valt niet onder de Wet markt en overheid. Bij een aanbesteding doet de overheid (een aanbestedende dienst) immers juist een beroep op het bedrijfsleven om haar doelstellingen te bereiken. Er is dus geen sprake van "het aanbieden van goederen of diensten aan derden op een bepaalde markt" door de overheid of een overheidsbedrijf.

Overheid of overheidsbedrijf

De wet heeft ten doel concurrentievervalsing door de overheid tegen te gaan. Daarom ziet zij alleen op economische activiteiten van (bestuursorganen van) publiekrechtelijke rechtspersonen: het rijk, een provincie, een gemeente, een waterschap of een zelfstandig bestuursorgaan. Ook een gemeenschappelijke regeling, waarvan één of meer van deze rechtspersonen deel uitmaken, valt onder het begrip "overheid".

Een onderneming is iedere entiteit die een economische activiteit uitoefent, ongeacht rechtsvorm, financiering of winstoogmerk. Van een overheidsbedrijf² is sprake indien een publiekrechtelijke rechtspersoon in staat is in dat bedrijf (rechtspersoon) het beleid te bepalen. Daarvan is sprake indien:

- a. de publiekrechtelijke rechtspersoon alleen of samen met één of meer andere publiekrechtelijke rechtspersonen beschikt over de meerderheid van de stemrechten in de onderneming of;
- b. de publiekrechtelijke rechtspersoon meer dan de helft van de leden van het bestuur of het toezichthoudend orgaan benoemt of al dan niet tezamen met één of meer andere publiekrechtelijke rechtspersonen een bindende voordracht kan doen of kan laten doen voor de benoeming van meer dan de helft van de leden van het bestuur of het toezichthoudend orgaan van de onderneming of;
- c. de onderneming een dochtermaatschappij is van een onderneming als bedoeld onder a. of b..

Uitzonderingen op het begrip overheid(sbedrijf)/economische activiteit

De wet kent een aantal uitzonderingen. De voor de gemeente belangrijkste uitzonderingen (in welk geval de wet geheel niet van toepassing is) zijn:

- a. openbare scholen als bedoeld in de Wet op het primair onderwijs, de Wet op de expertisecentra en de Wet op het voortgezet onderwijs;
- b. openbare instellingen als bedoeld in de Wet educatie en beroepsonderwijs (r.o.c.'s);
- c. het aanbieden van goederen of diensten door bestuursorganen of aan overheidsbedrijven voor zover deze goederen of diensten zijn bestemd voor de uitvoering van een publiekrechtelijke

taak door de overheid waaraan zij worden geleverd of waarvoor ze worden verricht (bijv. de gemeente Losser huurt de gemeente Enschede in om bepaalde beleidsstukken te produceren). Er is sprake van een publiekrechtelijke taak als deze is vastgelegd in wetgeving of een besluit van het bestuursorgaan. Als het bijvoorbeeld gaat om het verrichten van taxaties in het kader van de Wet woz, is geen sprake van een publiekrechtelijke taak. Dit kan namelijk ook gedaan worden door een particuliere onderneming. Het vaststellen van de Woz-beschikking is daarentegen wel een publiekrechtelijke taak, want deze is wettelijk vastgelegd;

- d. als de economische activiteit kan worden aangemerkt als een steunmaatregel als bedoeld in artikel 107 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Als de economische activiteit als een dergelijke steunmaatregel kan worden aangemerkt, gelden namelijk de regels omtrent steunmaatregelen. Bijv. de aankoop door de gemeente Eindhoven van het PSV-stadion. Deze is door de Eur. Commissie aangemerkt als een steunmaatregel. Dan is de Wet markt en overheid niet van toepassing. Op steunmaatregelen, die onder de zgn. de minimis-drempel (gedurende 3 belastingjaren een onderneming tot een bedrag van maximaal € 200.000,-- steunen), is de Wet markt en overheid wel van toepassing;
- e. als de economische activiteit kan worden aangemerkt als een uitzondering van algemeen belang. De raad is voor de gemeente het bevoegde orgaan om uit te spreken dat een economische activiteit als een uitzondering van algemeen belang moet worden aangemerkt. Uiteraard kan niet iedere economische activiteit als een een dergelijke uitzondering worden aangewezen. Ook voor de uitleg van dit begrip moet namelijk aansluiting worden gezocht bij het Europese recht. "De beslissing of een activiteit van algemeen belang wordt geacht ligt bij de (nationale of decentrale) overheid in kwestie. Er is hierbij sprake van een grote discretionaire bevoegdheid. Overheden zijn in beginsel zelf bevoegd te bepalen welke activiteiten zij 'van algemeen belang' achten. Deze bevoegdheid is echter niet onbeperkt: de Europese Commissie (bijvoorbeeld in geval van een staatssteunmelding) en het Europese Hof van justitie (bij een conflict voor het Hof) kunnen achteraf toetsen of de overheid bij het aanwijzen van een uitzondering van algemeen belang geen 'kennelijke fout' heeft gemaakt, en of de toewijzing volgens de procedurele vereisten is verlopen" (pag. 19 Handreiking daeb en staatssteun van het ministerie van BZK). Het parkeerbeheer door een gemeente kan bijv. als een uitzondering van algemeen belang worden aangemerkt, evenals het aanleggen van breedbandnetwerken in het buitengebied. Een besluit tot aanwijzing kan worden aangemerkt als een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht, zodat daartegen bezwaar en/of beroep openstaat.

Gedragsregels

Als sprake is van een economische activiteit, die op grond van bovenstaande niet is uitgezonderd van de regels van de Wet m en o, geldt voor die economische activiteit een viertal gedragsregels. Dit zijn:

- *Doorberekening integrale kosten in de tarieven*

Als een instelling of economische activiteit niet valt onder één van bovengenoemde uitzonderingen geldt de verplichting voor het bestuursorgaan om de afnemers van een product of dienst tenminste de integrale kosten (directe en indirecte) in rekening te brengen.

De verplichting om integrale kosten door te berekenen geldt echter niet (NB de andere gedragsregels kunnen dus wel van toepassing zijn):

- a. indien de economische activiteiten strekken ter uitoefening van een bijzonder of uitsluitend recht en reeds voorschriften gelden omtrent de in rekening te brengen prijzen. In de Memorie van Toelichting bij de Wet markt en overheid wordt het netbeheer in de energiesector als voorbeeld genoemd.
- b. indien de economische activiteiten inhouden het verstrekken van gegevens die het bestuursorgaan heeft verkregen in het kader van de uitoefening van zijn publiekrechtelijke bevoegdheden. Als de overheid een beroep op de Wet openbaarheid van bestuur honoreert, behoeft die overheid de kosten, die gemoeid zijn met het verkrijgen van die gegevens, niet integraal door te berekenen. Sterker nog, op grond van een recent arrest van de Hoge Raad (8 februari 2013, LJN: BZ0693) mag de overheid dat zelfs niet en mogen alleen leges worden geheven voor het verstrekken van informatie; niet voor het doen van naspeuringen;
- c. op economische activiteiten die worden verricht door een onderneming die is belast met de uitvoering van de Wet sociale werkvoorziening en daarbij wordt voldaan aan artikel 5 van die wet. Dit laatste houdt in dat voor de door de werknemers verrichte arbeid dan wel voor ten gevolge van die arbeid geleverde goederen of diensten een

vergoeding wordt bedongen, die de concurrentieverhoudingen niet onverantwoord mag beïnvloeden.

Voor op 1 juli 2012 bestaande economische activiteiten geldt een overgangstermijn van 2 jaar. Als de tarieven dan nog niet in overeenstemming zijn gebracht met deze gedragsregel, zijn zij van rechtswege nietig (art. 3:40, tweede lid BW). Economische activiteiten, die na 1 juli 2012 zijn aangevangen, moeten onmiddellijk aan deze gedragsregel voldoen.

- *Geen bevoordeling overheidsbedrijven ten opzichte van concurrerende bedrijven*

De bevoordeling kan bijvoorbeeld plaatsvinden in de vorm van garanties en leningen tegen niet-marktconforme voorwaarden, door een subsidie te verlenen, waarop andere bedrijven geen aanspraak kunnen maken of door producten of diensten beschikbaar te stellen beneden de integrale kostprijs. Het gaat dus om de toekenning van middelen door de gemeente, waarbij sprake is van een niet marktconform voordeel en van selectiviteit. Van belang is dat de gedragsregels alleen gelden voor de overheden, niet voor overheidsbedrijven. De overheidsbedrijven mogen zelf bijvoorbeeld wel producten beneden de kostprijs aanbieden.

Onder omstandigheden kan een dergelijke bevoordeling door de overheid worden aangemerkt als staatssteun. In dat geval is de Wet markt en overheid niet van toepassing, tenzij de staatssteun valt onder de zgn. de minimis-regeling.

Ook op deze gedragsregel bestaat uitzonderingen (art. 25j, derde lid Mededingingswet), waaronder de eerdergenoemde uitzondering van de Wet sociale werkvoorziening.

Voor op 1 juli 2012 bestaande economische activiteiten geldt een overgangstermijn van 2 jaar. Economische activiteiten van na die datum moeten onmiddellijk aan deze gedragsregel voldoen.

- *Gegevensgebruik.* Gegevens die de gemeente vanuit de publieke taak verkrijgt, mogen alleen worden gebruikt voor economische activiteiten, die niet dienen ter uitvoering van een publieke taak, indien andere bedrijven/organisaties ook van die gegevens gebruik kunnen maken.

Voor op 1 juli 2012 bestaande economische activiteiten geldt een overgangstermijn van 2 jaar. Economische activiteiten van na die datum moeten onmiddellijk aan deze gedragsregel voldoen.

- *Er moet sprake zijn van functiescheiding*

Wanneer de overheid enerzijds publiekrechtelijke bevoegdheden heeft ten aanzien van een economische activiteit en anderzijds ook zelf die economische activiteit verricht, moet er sprake zijn van functiescheiding. Dit ter voorkoming van (de schijn van) belangenverstrengeling. Dubbele betrokkenheid van met name ambtenaren moet worden voorkomen. Als voorbeeld kan worden genoemd het door dezelfde ambtenaar afgeven van een vergunning op grond van de Leegstandwet voor het tijdelijk verhuren van woonruimte, die op de nominatie staat te worden gesloopt, en het aangaan van huurovereenkomsten op basis van die vergunning.

Voor op 1 juli 2012 bestaande economische activiteiten geldt een overgangstermijn van 1 jaar. Economische activiteiten van na die datum moeten onmiddellijk aan deze gedragsregel voldoen.

Wijze van berekening integrale kosten

Er worden geen eisen gesteld volgens welke bedrijfseconomische principes de kostprijs moet worden bepaald. Wel is voorgeschreven (art. 3 Besluit markt en overheid) dat de bedrijfseconomische principes consequent moeten worden toegepast en dat deze principes objectief gezien te rechtvaardigen zijn. Dat betekent bijv. dat dezelfde afschrijvingstermijnen moeten worden toegepast als zijn vastgelegd in artikel 10 van de Financiële Verordening. Op de kostenberekening moet het stelsel van baten en lasten worden toegepast (vgl. artikel 2 Besluit Begroting en Verantwoording provincies en gemeenten).

Eerst moet in kaart worden gebracht op welke goederen of diensten de kostendoorberekening moet worden toegepast. Vervolgens moet bepaald worden welke kosten gemoeid zijn met het leveren van die goederen of het verrichten van die diensten en daarna moeten de kosten worden toegerekend aan die goederen of diensten. In ieder geval moeten de operationele kosten, de afschrijvings- en onderhoudskosten en de vermogenskosten, die met de economische activiteit samenhangen, worden doorberekend.

Specifieke bestuurlijke kosten, die het bedrijfsleven niet maakt (zoals de kosten van toezicht, handhaving, bezwaar), behoeven niet te worden doorberekend (artikel 5 Besluit markt en overheid).

Toezicht

De ACM (Autoriteit Consument & Markt, waarin NMA, OPTA en Consumentenautoriteit zijn opgegaan) houdt toezicht op de naleving van de Mededingingswet en dus ook op de naleving van de Wet markt en overheid. De ACM kan bijvoorbeeld onderzoeken of de kosten van een bepaalde economische activiteit integraal zijn doorberekend. Om haar toezichthoudende taak goed in te kunnen vullen, beschikt de ACM over een aantal instrumenten. De ACM heeft de bevoegdheid plaatsen te betreden, inlichtingen en inzage te vorderen. De ACM kan bij overtreding van een wettelijk voorschrift ook een last onder dwangsom opleggen. Dit heeft als voordeel dat de overheid een begunstigingstermijn krijgt waarbinnen zij de vermeende overtreding nog kan beëindigen. Tegen de last onder dwangsom staat bezwaar en beroep open. De ACM kan geen boete opleggen.

Rechtsvorderingen door benadeelde bedrijven

Naast het eventuele optreden door de ACM is het ook mogelijk dat bedrijven, die menen dat sprake is van oneerlijke concurrentie, een rechtsvordering uit onrechtmatige daad instellen bij de civiele rechter.

¹ De Memorie van Toelichting bij de Drinkwaterwet zegt hierover: "Een bijzondere voorziening in de Drinkwaterwet is vereist omdat de Mededingingswet niet van toepassing is op drinkwaterbedrijven voor zover deze zorgdragen voor de openbare drinkwatervoorziening. De openbare drinkwatervoorziening kwalificeert namelijk ook in EG-rechtelijke zin als een dienst van algemeen (niet-economisch) belang en vormt dus geen economische activiteit. De Mededingingswet heeft namelijk uitsluitend betrekking op ondernemingen die een economische activiteit verrichten. Drinkwaterbedrijven, voor zover deze zorgdragen voor de openbare drinkwatervoorziening, oefenen in dit verband geen economische activiteit uit, en gelden derhalve niet als onderneming in de zin van de Mededingingswet".

² Volgens de programmabegroting 2014 heeft de gemeente Hellendoorn deelnemingen in de volgende bedrijven:

- a. NV Bank Nederlandse Gemeenten. Volgens de statuten is de BNG een bank ten dienste van overheden. De Staat is houder van de helft van de aandelen, de andere helft zit bij elf provincies, de gemeenten en een hoogheemraadschap (gemeente Hellendoorn bezit 0,04% van het aandelenkapitaal). De BNG is geen bank ten dienste van particulieren. Dat neemt niet weg dat de BNG wel concurreert met andere banken. De Wet markt en overheid is van toepassing.
- b. Vitens NV (0,6% van de aandelen). Vitens is aan te merken als dienst van algemeen belang (zie noot 1) en valt daarmee niet onder de Wet markt en overheid.
- c. Wadinko NV (2,7% van de aandelen). Wadinko is een regionaal opererende participatiemaatschappij met als doelstelling het stimuleren van bedrijvigheid en daarmee de werkgelegenheid in het werkgebied van de aandeelhouders. De aandeelhouders zijn publiekrechtelijke instellingen. Daarmee is Wadinko een overheidsbedrijf, zodat de gemeente Hellendoorn moet voldoen aan de gedragsregels van de Wet markt en overheid.
- d. Twence BV (46.795 van de 818.181 gewone aandelen A = 5,72%). De aandelen zijn grotendeels in handen van de gemeenten in Twente, zodat Twence BV een overheidsbedrijf is. De Wet markt en overheid is van toepassing.
- e. Enexis Holding NV (0,022% van de aandelen). De aandelen van Enexis zijn volledig in handen van publiekrechtelijke instellingen, zodat de Wet markt en overheid in beginsel van toepassing is. Het netbeheer in de energiesector wordt in de MvT op de Wet markt en overheid genoemd als voorbeeld van een uitsluitend recht. Hiervoor geldt niet de gedragsregel van de volledige kostendoorberekening.
- f. Attero NV (0,022% van de aandelen; exact gelijk aan Enexis Holding NV). De aandelen van Attero zijn volledig in handen van publiekrechtelijke lichamen, zodat de Wet markt en overheid van toepassing is.
- g. Vordering op Enexis. Is juridisch gezien geen deelneming, maar een vordering. De Wet markt en overheid is niet van toepassing.
- h. Verkoop Vennootschap BV.. Deze BV oefent geen economische activiteiten uit. De Wet markt en overheid is niet van toepassing.
- i. Publiek Belang Elektriciteitsproductie BV. Deze BV oefent geen economische activiteiten uit. De Wet markt en overheid is niet van toepassing.

- j. CBL Vennootschap BV. Deze BV oefent geen economische activiteiten uit. De Wet markt en overheid is niet van toepassing.
- k. Claim Staat Vennootschap BV. Deze BV oefent geen economische activiteiten uit. De Wet markt en overheid is niet van toepassing.
- l. Stichting Essent Sustainability Development. Deze BV oefent geen economische activiteiten uit. De Wet markt en overheid is niet van toepassing.

Daarnaast kunnen de volgende verenigingen/stichtingen worden genoemd waarin de gemeente Helendoorn participeert:

- m. Vereniging van Nederlandse Gemeenten. De economische activiteiten kunnen als zgn. in house activiteiten worden aangemerkt..
- n. Stichting Rekenkamer West Twente. Deze stichting verricht geen economische activiteiten.
- o. Stichting ROOS. Doel van de stichting is het bevorderen en in stand houden van het openbaar onderwijs in de WT4-gemeenten overeenkomstig de beginselen van openbaar onderwijs met inachtneming van het bepaalde in artikel 46 Wet op het primair onderwijs. Openbare scholen zijn uitgezonderd van de Wet markt en overheid.