

De overheid als ondernemer: inwerkingtreding Wet Markt en Overheid *Bijeenkomst 11 februari 2014 in Den Haag*

mr. P.A.E.M. Hogenhuis en mr. P. Jonkers*

De bijeenkomst is georganiseerd en gepresenteerd door Autoriteit Consument & Markt (ACM), Europa Decentraal en de Vereniging Nederlandse Gemeenten (VNG).

Eerste spreker: Anita Vegter (ACM)

Op 1 juli 2014 treedt de Wet MenO volledig in werking, in die zin dat bestaande economische activiteiten, het gebruik van gegevens en rechtsverhoudingen met overheidsbedrijven, zullen moeten voldoen aan de gedragsregels MenO. ACM zal waar nodig handhavend gaan optreden. In eerste instantie bij economische activiteiten, die grote schade opleveren en leiden tot verdringing van particulier initiatief. De inwerkingtreding en handhaving moeten ervoor zorgen dat er een gelijk speelveld wordt gecreëerd tussen overheidsorganisaties en ondernemers.

De Wet MenO vergt een belangenafweging door overheidsorganisaties, enerzijds tussen private en publieke belangen en anderzijds tussen de keuze voor bepaalde uitgaven met belastinggeld en het stimuleren van ondernemerschap.

Uit een steekproef, gehouden door ACM onder 35 Nederlandse gemeenten en specifiek met betrekking tot gemeentelijke sportfaciliteiten, is gebleken dat de meeste gemeenten op dit moment nog niet voldoen aan de Wet MenO. Circa 75% van de gemeenten deed daarbij niet aan een integrale kosten-doorberekening. Pas één gemeente had een algemeen belang besluit genomen. Veel gemeenten bevoordelen nog overheidsbedrijven en handelen nog niet op basis van een algemeen belang-vaststellingsbesluit (zie art. 25 h lid 5 en lid 6 Mw). Een algemeen belang-vaststellingsbesluit moet goed onderbouwd worden met een zorgvuldige afweging tussen publieke en economische belangen. Aan het besluit dient ook een inspraakprocedure vooraf te gaan, zodat belanghebbenden hun visie kunnen geven.

Gemeenten moeten activiteiten in het algemeen belang ondersteunen. Dat kan ook met de Wet MenO. Bij sporthallen kunnen sommige huurders een essentiële bijdrage leveren aan maatschappelijke vorming van kinderen. Bij sportvelden kan een relevante marktpartij ontbreken, die de velden wil exploiteren. Sport is ontegenzeggelijk een belangrijke sociaal maatschappelijke activiteit. Dat sport altijd in het algemeen belang is en dat dus alles in dat kader is toegestaan, gaat echter niet zonder meer op. Vanuit de Wet MenO moet de vraag worden beantwoord of het voor de burger de beste oplossing is als de overheid met belastinggeld al die sportvoorzieningen exploiteert. Geeft dit de beste garantie voor een efficiënte, innovatieve en kwalitatieve dienstverlening? Krijgt de belastingbetaler waar voor zijn geld? Ontstaat er zo een goede match

tussen vraag en aanbod? De markt is niet altijd zaligmakend, maar het financieren van economische activiteiten met publiek geld is evenmin altijd de beste oplossing.

ACM wil, gezien de korte tijd die resteert tot 1 juli (einde van het overgangsrecht), overheden ondersteunen bij de implementatie van de wet. Mede daarom is een stappenplan ('de markt en overheid test') gepubliceerd aan de hand waarvan gemeenten kunnen controleren of zij voldoen aan de regelgeving op grond van de MenO. De test is te raadplegen via <https://www.acm.nl/nl/onderwerpen/concurrentie-en-marktwerking/oneerlijke-concurrentie-door-de-overheid/de-markt-en-overheid-test/>.

Tweede spreker: Kees Jan de Vet (VNG)

Bijna geen enkele gemeente heeft haar economische activiteiten op dit moment al in kaart gebracht, zo is gebleken uit het onderzoek dat is uitgevoerd door ACM. Het bewustzijn onder gemeenten is nog laag. Dit blijkt uit de steekproef sportaccommodaties en de vorig jaar gehouden 0-meting van bureau Kwink. Per 1 juli 2014 gaat het niet meer alleen om nieuwe economische activiteiten, maar ook om bestaande economische activiteiten die moeten voldoen aan de gedragsregels op grond van de Wet MenO. Het is dus zaak voor de gemeenten om al hun activiteiten door te lichten en waar nodig de gemeenteraad een algemeen belang besluit te laten nemen. Deze inventarisaties zijn ook nuttig voor de gemeentelijke belastingaangifte. De VNG vertrouwt erop dat de achterstand zal worden ingelopen en zal dit proces ondersteunen met informatie op haar website (model besluit algemeen belang vaststelling) en op de website van Europa Decentraal.

Derde en vierde sprekers: Ann-Marie Kühler en Lianne Vis – Boer (Europa Decentraal)

De derde en vierde spreker behandelen het Europees mededingingsrecht. Het Europees mededingingsrecht is van toepassing op ondernemingen en op de overheid, indien en voor zover zij als onderneming zelf economische activiteiten uitvoert. Art. 3, 101, 102, 106 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (hierna: VWEU), DAEB en het concentratietoezicht zijn met name

* Mr. Hogenhuis is werkzaam als jurist bij de Provincie Noord-Brabant en mr. Jonkers is werkzaam als advocaat bij Loyens & Loeff N.V.

gericht op de particuliere onderneming. Als de overheid echter ook een ondernemer wordt, dan zijn deze regels ook op deze overheid van toepassing. De markt kan in dit kader worden gedefinieerd als een plaats waar vraag en aanbod samen komen.

De mededingingsregels zijn echter niet van toepassing op pure overheidstaken (zoals het afgeven van paspoorten of het uitvoeren van politietaken). Hierbij bestaat er vaak een link naar algemene belangen, maar dit is niet zonder meer voldoende (denk aan onderwijs, cultuur en zorg, die niet worden gekwalificeerd als overheidsprerogatieven). Mededinging is pas uitgesloten wanneer de activiteit bij wettelijk voorschrift is voorbehouden aan de overheid.

Daarnaast wordt door de sprekers aandacht besteed aan de nuttig effect norm. Deze norm brengt mee dat de overheid marktpartijen niet mag stimuleren of faciliteren om EU regels te overtreden (bijv. door de algemeen verbindend verklaring van een tariefafpraak of vergunningverlening op basis van marktverdelingsafspraken). In die gevallen is de overheid, ook wanneer zij handelt als overheid, gebonden aan de regels die voortvloeien uit het mededingingsrecht, zoals bijvoorbeeld het kartelverbod.

Bij gedragingen van overheden moet voor de bepaling van het toepasselijke recht worden vastgesteld welk van de volgende drie petten de overheid draagt:

- opdrachtgever; de aanbestedingsregels, staatssteunregels en nuttig effect norm zijn van toepassing;
- financiële steunverlener; de staatssteunregels en mededingingsregels zijn van toepassing;
- ondernemer; de Europese en Nederlandse mededingingsregels zijn van toepassing.

Als praktijkvoorbeeld wordt genoemd de verlening door een gemeente van een alleenrecht aan een sociale werkplaats. Dit wordt geregeld door de aanbestedingswetgeving. In geval van een publieke samenwerking zijn de aanbestedingsrichtlijnen in beginsel niet van toepassing. Met andere woorden: wanneer de overheid als onderneming optreedt dan gelden de mededingingsregels. Wanneer de overheid optreedt als overheid dan geldt de nuttig effect norm. Het is dus voor overheidsorganisaties van belang om te controleren of zij in verschillende situaties handelen in hun hoedanigheid van ondernemer of in hun hoedanigheid van overheid, waarmee zij mogelijk concurrentieverstorend handelen van marktdeelnemers bevorderen. Exclusieve rechten (zoals een alleenrecht, concessie, DAEB) kunnen worden verleend, maar wel indien dit gebeurt in overeenstemming met het VWEU.

Uit de zaal komt de vraag hoe een overheidsorganisatie moet omgaan met de Wet MenO indien zij handelt in de hoedanigheid van verhuurder. Huurovereenkomsten zijn vaak voor een langere periode gesloten, bijvoorbeeld voor de duur van 10 jaar. Indien de met de huurder overeengekomen huurprijs niet conform art. 25i Mw is (integrale kostendoorberekening), dan zou kunnen worden gesteld dat dit overheidslichaam hiermee concurrerende verhuurders van commercieel vastgoed benadeelt. Deze verhuurders moeten immers eerder een markconforme huurprijs vragen.

Hoe kan met een dergelijke situatie praktisch worden omgegaan? De spreker geeft een – althans in ieder geval in de ogen van de vragensteller – weinig bevredigend antwoord: dat het overheidslichaam voldoende tijd heeft gekregen (namelijk vanaf de inwerkingtreding van de wet op 1 juli 2012) om hiervoor een oplossing te vinden. Het ruime overgangsrecht

van 2 jaar was bedoeld om bestaande verhoudingen de tijd te geven aan de wet te wennen.

Hieraan kan toegevoegd worden dat de wetgever ook een aanknopingspunt geeft voor beantwoording van de vraag, hoe te handelen bij voortdurende (huur)relaties. De Memorie van Toelichting, overgangsbepaling art. II¹ stelt dat niet-integrale kostprijs bepalingen in nog lopende overeenkomsten gedurende de looptijd van de overeenkomst, maar ten hoogste drie jaar, geldig zijn. Na de overgangstermijn van drie jaar worden dergelijke bepalingen nietig op grond van art. 40, tweede lid, van Boek 3 BW.

Deze nietigheid en de zorgvuldigheid, die in het maatschappelijk verkeer geldt voor een goed verhuurder, maken dat het in de rede ligt voor de gemeente om de huurder uit te nodigen een nieuw huurcontract aan te gaan. Daarin zal een ‘integrale kosten’ huurprijs vastgelegd dienen te worden. Ingeval een huurder niet akkoord wil gaan zal beëindiging van de huurrelatie en ontruiming voor de hand liggen. Zijn vordering op huurbescherming zal afstuiten op het huurcontract met nietige prijsbepaling. Prijs is immers een essentieel onderdeel van een huurovereenkomst. Concurrerende verhuurders kunnen zich jegens eenieder beroepen op de nietigheid van het huurcontract.

Vijfde, zesde en zevende sprekers: Ronald Timmerman, Marieke Roelofsen en Hélène de Krom (ACM)

Het Nederlands mededingingsrecht is van toepassing wanneer overheden zelf economische activiteiten uitvoeren of via overheidsbedrijven op een markt actief zijn. Er zijn uitzonderingen op deze regel. Als er sprake is van staatssteun in de zin van art. 107(1) VWEU, dan is de Wet MenO bijvoorbeeld niet van toepassing. ACM kan steunmaatregelen niet aanmelden. Bij twijfel zal ACM klagers adviseren contact op te nemen met de Europese Commissie.

De vier gedragsregels voor overheden en het toezicht op de naleving door ACM helpen om een gelijk speelveld voor marktdeelnemers te bevorderen.

Gedragsregel integrale kosten art. 25i Mw

In verband met deze gedragsregel heeft ACM anderhalf jaar lang praktijkgericht onderzoek verricht. Het onderzoek betrof o.a. een steekproef bij 35 gemeenten (zie hiervoor) en vrijwillige audits bij gemeenten, provincies en ZBO's. Daarbij kwamen veel vragen op over het begrip economische activiteit en de doorberekening van integrale kosten:

- Over de uitleg van het begrip economische activiteit geeft het Spoorboekje van ACM (met de MenO test) meer duidelijkheid. Een analyse, die is verricht voor de RDW zal op de website van ACM komen. Ook komt er een lijst met voorbeelden van economische activiteiten.
- Voor het doorberekenen van integrale kosten geldt het Besluit MenO.² Er zijn daarin geen bijzondere boekhoudverplichtingen opgelegd. Er is aansluiting gezocht bij bestaande methoden van kostprijsberekening en waardering van activa, zoals neergelegd het Besluit begroting en verantwoording gemeenten en provincies

1. *Kamerstukken II*, 2007/08, 31 354, nr. 3, p. 43.
2. Besluit MenO, *Stb.* 2012, 255.

(BBV). Het gaat niet om de marktprijs maar om de integrale kostprijs. Als de integrale kostprijs hoger is dan de marktprijs, dan kan dit door overheden als oneerlijk ervaren worden. Het Besluit MenO gaat echter uit van een minimaal te rekenen prijs.

De volgende stappen moeten dan worden genomen bij het bepalen van de integrale kosten:

- a. Betreft het hier economische activiteiten?
- b. Op welke goederen en diensten de berekening toepassen? Met andere woorden: wat is het aggregatieniveau (product, assortiment)?
- c. Bepaal welke kosten daarmee gemoeid zijn. Een gemeente moet dit zo nodig inzichtelijk kunnen maken door het overleggen van een boekhouding.

Aandachtspunten:

- Alleen zichtbare kosten meenemen (niet alle integrale): je moet ook marginale kosten meenemen. Er moeten uren worden geschreven en naar rato worden toegerekend aan economische activiteiten.
- Hoeveelheden en diensten fluctueren door de jaren heen. Moet je kosten meteen nemen of er een voorziening voor treffen (egalisatie), zie daarvoor het Besluit MenO en het BBV.
- Historische tarieven en een jaarlijkse indexering passen niet in het systeem van de wet. De gemeente dient zelf de kosten vast te stellen en door te berekenen.

Gedragsregel bevoordelingsverbod art. 25j Mw versus staatssteun

Art. 25j lid 3 sub b. Mw: als de bevoordeling volgens een bestuursorgaan kan worden aangemerkt als een steunmaatregel, dan geldt het bevoordelingsverbod niet en kan de Europese Commissie optreden. ACM zal in een dergelijke situatie een klager doorverwijzen naar de Europese Commissie. De Wet MenO is wel van toepassing als een steunmaatregel

onder de de minimis-regeling valt of als er geen invloed is op de handel tussen lidstaten. In die gevallen gelden de EU staatssteunregels niet.

Uitzondering van activiteiten en bevoordelingen in het algemeen belang

Art. 25h lid 5 Mw zondert economische activiteiten en bevoordelingen, die plaatsvinden in het in het algemeen belang, uit van de wet.

Aandachtspunten:

- de uitzondering moet bij besluit van de gemeenteraad of provinciale staten zijn vastgesteld (art. 25h lid 6 Mw). Dit besluit kan niet gedelegeerd of gemandateerd worden;
- het besluit dient voldoende concreet te zijn, vergelijkbaar, maar niet gelijk aan de aanwijzing als DAEB, bedoeld in de Vrijstellingsverordening DAEB;
- de Awb bevat eisen/waarborgen (schriftelijk, bekendmaking, zorgvuldige voorbereiding, belangenafweging en inspraak, motivering, bezwaar en beroep moet mogelijk zijn);
- bij de motivering moet worden aangegeven waarom het algemeen belang in dit geval prevaleert boven het belang van de concurrent en waarom er geen minder schadelijke oplossing voor handen is;
- het verdient aanbeveling om de inspraakprocedure van Afdeling 3.4 Awb voor deze besluiten van toepassing te verklaren in de Inspraakverordening;
- toetsing vindt plaats door de bestuursrechter te Rotterdam.

De bijeenkomst werd afgesloten met het verzoek om vragen en praktijkvoorbeelden te mailen aan Europa Decentraal via info@europadecentraal.nl. Vragen kunnen via www.acm.nl ook altijd gesteld worden aan ACM.