

Vergaderjaar 2001–2002

**28 050**

## **Regels omtrent marktactiviteiten van overheidsorganisaties en omtrent ondernemingen die van overheidswege over een bijzondere positie beschikken (Wet markt en overheid)**

**A**

### **ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT<sup>1</sup>**

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 8 juni 2001 en het nader rapport d.d. 12 oktober 2001, aangeboden aan de Koningin door de minister van Economische Zaken, mede namens de minister van Justitie. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

*Bij Kabinetsmissive van 9 maart 2001, no.01 001192, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Economische Zaken, mede namens de Minister van Justitie, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet met memorie van toelichting, houdende regels omtrent marktactiviteiten van overheidsorganisaties en omtrent ondernemingen die van overheidswege over een bijzondere positie beschikken (Wet markt en overheid).*

*Het voorstel van wet bevat regels voor marktactiviteiten van overheidsorganisaties en ondernemingen die van overheidswege over een bijzondere positie beschikken. Het wetsvoorstel geeft invulling aan het voornemen in het regeerakkoord van 1998 om spelregels voor het marktoptreden van de overheid wettelijk te verankeren en deze regels afdwingbaar te maken voor belanghebbenden. Voor marktactiviteiten van overheidsorganisaties zijn toetredingsregels van toepassing en gelden gedragsregels. Deze gedragsregels betreffen voorschriften ten aanzien van de administratie van marktactiviteiten en integrale kostendoorberekening. De gedragsregels gelden voor overheidsorganisaties en voor ondernemingen met bijzondere of uitsluitende rechten. Voor laatstgenoemde doelgroep gelden geen toetredingsregels. Het voorstel introduceert een Commissie Markt en Overheid (hierna: Commissie) om in de eerste jaren na de inwerkingtreding van de wet de toepassing van de toetredingsregels te ondersteunen. Handhaving van de gedragsregels wordt opgedragen aan de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa). De Raad van State onderschrijft het streven naar een procedureel kader om de besluitvorming inzake marktactiviteiten door de overheid zichtbaar te maken en te structureren. Hij meent echter dat het wetsvoorstel onvoldoende houvast biedt. In de wet een algemeen aanvaarde, inhoudelijke norm formuleren voor marktoptreden door de overheid is naar de mening van de Raad een onmogelijke opgave. De visies op de taak van de overheid wisselen naar tijd en omstandigheden. Wellicht zal het op den duur wel mogelijk zijn wettelijke procedures vast te leggen om een behoorlijke afweging te waarborgen als de overheid marktactiviteiten overweegt en om bedrijven tegen te ver gaande marktactiviteiten van de overheid te beschermen. Het college meent dat vooralsnog echter moet worden volstaan met de Aanwijzingen inzake het*

<sup>1</sup> De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

*verrichten van marktactiviteiten door organisaties binnen de rijksdienst (hierna: de Aanwijzingen). Het college adviseert het wetsvoorstel niet in te dienen.*

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 9 maart 2001, nr. WJZ 01.011 109, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 8 juni 2001, nr. W10.01 0128/II, bied ik U hierbij aan.

#### *Algemeen*

*1. Het wetsvoorstel heeft een betrekkelijk lange voorgeschiedenis. Klachten van ondernemers over oneerlijke concurrentie door overheden en organisaties met een band met de overheid vormden de aanleiding. In het kader van de operatie Marktwerving, deregulering en wetgevingskwaliteit is eind 1995 een werkgroep ingesteld om deze problematiek te onderzoeken en oplossingen voor te stellen.*

*Deze werkgroep heeft in haar eindrapport van begin 1997 een kader aangedragen voor de aanpak van deze problematiek. Het toenmalige kabinet heeft in zijn standpunt bij dit rapport aangegeven de aanbevelingen te onderschrijven en te streven naar een wettelijk eindperspectief.<sup>1</sup> De Tweede Kamer der Staten-Generaal heeft vervolgens een motie aangenomen, waarin wordt aangedrongen op een voortvarende voorbereiding van een wetsvoorstel.<sup>2</sup> Vooruitlopende op een wettelijke voorziening zijn de Aanwijzingen vastgesteld.<sup>3</sup> Vervolgens is in het regeerakkoord van augustus 1998 het voornemen om te komen tot een wettelijke regeling bevestigd. Met het oog hierop is de Sociaal-Economische Raad (SER) begin 1999 advies gevraagd over drie modaliteiten van een wettelijke regeling. In september 1999 heeft de SER geadviseerd dat een wettelijke regeling wenselijk is en heeft hij tevens een voorstel gedaan over de invulling van een dergelijke regeling. Er bestaat, zoals ook tot uitdrukking komt in het algemene deel van de toelichting, brede overeenstemming over het nut van het voeren van deze discussie en over het ontwikkelen van regels of richtsnoeren met betrekking tot de gevolgen voor markten van overheidsoptreden.*

*Het wetsvoorstel beoogt het sluitstuk te vormen van die discussie door een procedureel kader te bieden voor de besluitvorming omtrent het verrichten van marktactiviteiten door – onder andere – overheidslichamen, en door een aantal gedragsregels in te voeren. Daarom begrijpt de Raad dat (thans) niet tevens wordt getracht te komen tot een regeling voor overheidsactiviteiten in eventuele concurrentie met zogenaamde non-profit-organisaties.*

*Naar het oordeel van de Raad is het streven naar een procedureel kader om de besluitvorming inzake marktactiviteiten door de overheid zichtbaar te maken en te structureren, begrijpelijk en kan daarom de totstandkoming van de Aanwijzingen worden toegejuicht. Het is evenwel de vraag of de verdere juridisering door de vastlegging in formele wetgeving de beoogde transparantie tot gevolg zal hebben. De reikwijdte van de onderhavige materie – markt en overheid – is zeer ruim. De kernbegrippen van het wetsvoorstel, zoals het begrip marktactiviteit, die de reikwijdte van het toepassingsbereik van het beoogde stelsel bepalen zijn onvoldoende ondubbelzinnig, zodat het enerzijds zeer moeilijk is het toepassingsbereik van het voorliggende wetsvoorstel te overzien en dit wetsvoorstel dus op onvermoede plaatsen een rol kan gaan spelen, terwijl anderzijds de aangrijpingspunten in het wetsvoorstel ook door hun vaagheid te beperkt kunnen zijn waardoor het eenvoudig is de toepassing van de uit het stelsel voortvloeiende procedureregels te ontlopen. Daardoor is het ook een conflictopwekkende regeling. Daarnaast wordt de reikwijdte van het wetsvoorstel beperkt tot marktactiviteiten die een bepaald minimumbelang te boven gaan. Gezien de aard van de materie is het ook niet goed mogelijk een duidelijk en adequaat inhoudelijk kader te bieden. Ook de SER wijst in zijn advies (hoofdstukken 3 en 4) op de moeilijkheid om een goede object-afbakening te vinden. Het thans bestaande instrument, dat van de Aanwijzingen, is naar zijn aard geschikter en biedt bovendien meer flexibiliteit voor de aanpak van de onderhavige problematiek.*

<sup>1</sup> Kamerstukken II 1996/97, 24 036, nr. 45.

<sup>2</sup> Kamerstukken II 1996/97, 24 036, nr. 51.

<sup>3</sup> Staatscourant 1998, 95.

*Wat de in het wetsvoorstel opgenomen gedragsregels betreft merkt de Raad op dat voor deugdelijke wetgeving duidelijkheid moet bestaan over een aantal fundamentele uitgangspunten, in het bijzonder met betrekking tot de wenselijkheid dat de overheid zich op de markt begeeft. Die duidelijkheid is slechts zelden op voorhand te geven. Bovendien gaat een benadering van harde, juridisch afdwingbare gedragsregels ervan uit dat generiek toepasbare regels zijn te formuleren voor het verrichten van marktactiviteiten door de overheid die – om ook effectief te kunnen zijn voldoende verbetering aanbrengen in de positie van particuliere ondernemingen. Daarmee zou – zoals de SER het in paragraaf 4.3 van zijn advies formuleert – een te zwaar beroep op de kwaliteit van de (nieuwe) gedragsregels en de handhaafbaarheid daarvan worden gedaan.*

*Verder wijst de Raad – in aansluiting op het advies van de SER (paragraaf 7.2) – op het belang van een grondige analyse van de mogelijkheden om met de bestaande regelgeving de beoogde doelen te bereiken. De Europese regels inzake mededinging (kartelrecht, misbruik machtspositie, overheidsbedrijven en staatssteun) en aanbesteding geven reeds een vrij volledig kader voor de concurrentieaspecten van het overheidsoptreden. In de Nederlandse verhoudingen is vooral de Mededingingswet, die is geënt op het Europese mededingingsrecht, van belang. Het valt evenwel op dat in de Nederlandse verhoudingen het kader beperkter is. In het bijzonder ontbreken op nationaal niveau regels inzake staatssteun. De vraag komt op of het niet eenvoudiger zou zijn zo nodig de regels van de Mededingingswet aan te vullen, in plaats van een geheel afzonderlijk van het Europese en Nederlandse mededingingsrecht functionerend systeem in te voeren. De Raad concludeert dan ook dat het wetsvoorstel zowel procedureel als inhoudelijk onvoldoende meerwaarde heeft ten opzichte van het reeds bestaande instrumentarium. Tegen deze achtergrond moeten ook de proportionaliteit en de uitvoerbaarheid van het wetsvoorstel worden gezien, de twee andere criteria die de SER in zijn advies heeft gehanteerd (paragraaf 6.3) en waaraan ook de Raad het wetsvoorstel heeft getoetst.*

*De Raad komt tot de conclusie dat het onderhavige wetsvoorstel, hoewel de daarmee beoogde doelen gerechtvaardigd zijn, onvoldoende houvast biedt – en kan bieden – en dat het beter is om de Aanwijzingen, zoals deze thans functioneren, vooralsnog te handhaven. Eventueel zou kunnen worden overwogen de Mededingingswet op een aantal punten aan te vullen. In de punten 2 tot en met 6 wordt het voorgaande nader uitgewerkt.*

1. Op zich verheugt het ons dat de Raad van State het belang onderschrijft van het streven naar een procedureel kader om de besluitvorming over marktactiviteiten van overheden zichtbaar te maken en te structureren. Wij moeten echter constateren dat de Raad meent dat het voorliggende voorstel, hoewel hij expliciet zegt de daarmee beoogde doelen zonder meer gerechtvaardigd te vinden, onvoldoende houvast biedt en kan bieden. Zijns inziens zou het daarom beter zijn de Aanwijzingen inzake verrichten van marktactiviteiten door organisaties binnen de rijksdienst (hierna: de Aanwijzingen) zoals die thans functioneren, te handhaven en eventueel de Mededingingswet op een aantal punten aan te vullen.

Allereerst gaan wij in dit verband in op de opmerking van de Raad dat het, gezien de aard van de te regelen materie, niet goed mogelijk is een duidelijk en adequaat inhoudelijk kader te bieden. Wij kunnen de Raad volgen in zijn conclusie dat een strak, algemeen toepasbaar en min of meer uitputtend geformuleerd stelsel van normen voor het toestaan van marktactiviteiten van overheden nagenoeg ondoenlijk is, gelet op de vele beleidsvelden waarvoor de overheid verantwoordelijk is. Factoren zoals toegenomen individualisering en technologische, internationale en demografische ontwikkelingen hebben een grote invloed op de beantwoording van de vraag wat de rol en het takenpakket van de overheid zijn. Soms nemen de taken van de overheid toe, zoals bijvoorbeeld op het gebied van milieu; soms nemen deze ook af, zoals bij de normering van vestigingseisen of door het afstoten van taken naar de marktsector. In het kabinetsstandpunt naar aanleiding van het rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) «Het borgen van publiek belang» (Kamerstukken II 2000/01, 27 771, nr. 1) is hier uitgebreider op ingegaan. Na de vaststelling van het publiek belang (de wat-vraag in de terminologie van de WRR) komt de vraag aan de orde op welke wijze (de hoe-vraag) het publieke belang kan worden geborgd. Hier is naar ons oordeel

inderdaad geen uniforme norm voor te geven. De overheid kan ervoor kiezen een publiek belang via regelgeving te behartigen, via uitvoering door private marktpartijen of door zelf de markt te betreden. Ook zijn allerlei tussenvormen mogelijk.

In plaats van het geven van een uniforme norm, zijn in dit wetsvoorstel toetredingsregels gesteld. Deze betreffen in de eerste plaats een procedureel kader om de besluitvorming inzake marktactiviteiten zichtbaar te maken (artikel 4, oud artikel 5). In de tweede plaats wordt aangegeven welke afweging moet worden verricht bij een besluit omtrent het verrichten van marktactiviteiten (artikel 6 (oud artikel 7), eerste tot en met derde lid). Tot slot is aangegeven in welke gevallen het evident onwenselijk is dat marktactiviteiten door een overheidsorganisatie worden verricht (artikel 6 (oud artikel 7), vierde lid). Dit stelsel is ook overeenkomstig het advies van de Sociaal-Economische Raad (hierna: SER). Naar ons oordeel wordt door middel van de toetredingsregels een juiste balans gevonden tussen enerzijds het primaat van de politiek om in elk voorkomend geval te kunnen vaststellen wat de aangewezen weg is om een bepaald openbaar belang te behartigen, en anderzijds het streven naar een uniform kader waardoor besluitvorming van overheidsorganisaties inzichtelijk is en waardoor bedrijven worden beschermd tegen te vergaande concurrentie van de overheid.

Wat de gedragsregels betreft, merkt de Raad op dat voor een deugdelijke wetgeving duidelijkheid moet bestaan over een aantal fundamentele uitgangspunten, in het bijzonder met betrekking tot de wenselijkheid dat de overheid zich op de markt begeeft. Uiteraard moet voor goede wetgeving duidelijkheid bestaan over de uitgangspunten daarvan.

De gedragsregels zien op de situatie dat een overheidsorganisatie al heeft besloten tot het verrichten van marktactiviteiten. De vraag naar de wenselijkheid van de marktactiviteiten door overheidsorganisaties is dan al (namelijk in het kader van de toetredingsregels) beantwoord. De gedragsregels, zoals vastgelegd in de hoofdstukken 5, 6 en 7, zijn naar ons oordeel voldoende duidelijk en geven harde, juridisch afdwingbare normen. De NMa is belast met het toezicht op de naleving van de gedragsregels. De gedragsregels scheppen een meer gelijk speelveld tussen overheidsorganisaties, overheidsbedrijven en ondernemingen met uitsluitende of bijzondere rechten enerzijds en «gewone» ondernemingen anderzijds.

Het stelsel van toetredings- en gedragsregels achten wij, hoewel de reikwijdte van de hier aan de orde zijnde materie zeer ruim is, voldoende transparant. Wij menen dan ook dat vastlegging van de aan de orde zijnde problematiek in een wet in formele zin, zeer wel mogelijk is.

De Raad van State stelt dat het toepassingsbereik van de toetredingsregels vaag is, en dat hierdoor sprake is van een conflictopwekkende regeling.

Kernbegrippen bij de toetredingsregels zijn overheidsorganisatie, overheidsbedrijf en marktactiviteit. Wij zijn van mening dat het begrip overheidsorganisatie voldoende duidelijk is. Een overheidsorganisatie wordt gedefinieerd als een krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersoon, welke definitie ook wordt gebezigd in bij voorbeeld de Algemene wet bestuursrecht. De definitie van overheidsbedrijf is, zoals nader uiteengezet in punt 8a, naar aanleiding van het advies van de Raad van State verduidelijkt. Met deze aanpassing is ook het begrip overheidsbedrijf naar onze mening eveneens voldoende duidelijk. In punt 5 wordt nader ingegaan op het begrip marktactiviteiten. Hier merken wij alvast op dat voor het nieuwe begrip marktactiviteiten is gekozen omdat er, zoals uiteengezet in de toelichting bij artikel 1, geen bestaande begrippen zijn die aansluiten bij de beoogde reikwijdte van het wetsvoorstel. In de begripsomschrijving van marktactiviteiten zit een zekere discretionaire ruimte. Echter, elementen uit de begripsomschrijving, zoals markt en concurrentie zijn al bekend uit onder meer de Mededingingswet. Omdat deze begrippen al langer toegepast worden, zal de toepassing van de definitie van marktactiviteiten in de praktijk naar verwachting niet tot problemen leiden. Gelet op het bovenstaande en de daarbij aangegeven aanpassingen zijn wij van mening dat het toepassingsbereik van de toetredingsregels voldoende is verduidelijkt en dat mocht er al sprake zijn van een conflictopwekkend karakter van deze regeling als gevolg van het toepassingsbereik, deze voldoende is ondervangen.

De Raad wijst, in aansluiting op het advies van de SER, op het belang van een grondige analyse van mogelijkheden om met de bestaande regelgeving de beoogde doelen te bereiken. De Raad van State acht in dit kader het thans bestaande instrument aanwijzingen naar zijn aard geschikter en meer flexibel

voor de aanpak van de problematiek dan wetgeving. De huidige en (ten tijde van de werkgroep Cohen) in ontwikkeling zijnde instrumenten zijn, volgens de werkgroep Cohen, niet toereikend om vooraf een gelijk speelveld te creëren, waardoor geen recht kan worden gedaan aan het principe «gelijke monniken, gelijke kappen». De SER stelt vast dat de bestaande regelgeving, al dan niet aangevuld met nieuwe gedragsregels, de uiteindelijke oorzaak van concurrentievervalsing niet kan wegnemen en ondersteunt het voornemen van het kabinet om de marktactiviteiten van overheden en het oprichten van of deelnemen in aan de overheid gelieerde ondernemingen, aan regels te binden. Op dit punt stelt de SER nadrukkelijk dat hij toepassing en aanvulling van het bestaande instrumentarium onvoldoende acht.

Wij achten, anders dan de Raad van State, het instrument aanwijzingen niet geschikt. In dit verband wijzen wij op de nota naar aanleiding van het verslag met betrekking tot de kaderwet ZBO's (Kamerstukken II 2000/01, 27 426, nr. 5, blz. 4-5). Hierin is aangegeven dat aanwijzingen een geheel andere doelstelling hebben dan wetgeving. Aanwijzingen zijn interne regels voor de rijksoverheid. Door middel van aanwijzingen kan uitsluitend het marktoptreden van de rijksoverheid aan regels worden gebonden. Juist ook op regionaal en lokaal niveau kunnen ondernemers te maken krijgen met overheden die marktactiviteiten ontwikkelen en daarbij voordelen genieten die de ondernemers niet hebben. Aanwijzingen kunnen deze problematiek per definitie niet oplossen. Het wetsvoorstel strekt zich uit tot organisaties binnen en buiten de rijksoverheid. Het heeft hierdoor een grotere reikwijdte en meer gewicht dan aanwijzingen voor de rijksoverheid kunnen hebben. Bovendien is het van belang dat spelregels voor het marktoptreden door de overheid voor belanghebbenden via wetgeving afdwingbaar zijn. Anders dan in het geval volstaan wordt met aanwijzingen, biedt dit wetsvoorstel een stelsel van rechtsbescherming voor belanghebbenden. Het wetsvoorstel biedt bescherming door het stellen van toetredingsregels. Er wordt een expliciet besluit van een overheidsorganisatie verlangd voordat marktactiviteiten kunnen worden verricht of voordat besloten kan worden tot het oprichten van of deelnemen in een overheidsbedrijf. Door een expliciet besluit te verlangen, dat wordt genomen volgens het in artikel 6 (oud artikel 7) neergelegde afwegingskader, wordt een duidelijk moment gecreëerd waarop een belanghebbende in discussie kan gaan met een overheidsorganisatie over het verrichten van marktactiviteiten. Een belanghebbende kan in het kader van de openbare voorbereidingsprocedure invloed uitoefenen op de totstandkoming van een besluit en, indien nodig, bezwaar en beroep aantekenen na totstandkoming van dit besluit. Bovendien zal het besluit moeten worden genomen voordat de overheidsorganisatie begint met het verrichten van marktactiviteiten en er dus nog geen sprake is van ongelijke concurrentievoorwaarden. Dit uniforme kader is een duidelijk winstpunt ten opzichte van de huidige situatie, waarin een overheidsorganisatie zonder formele besluitvorming vooraf kan starten met een marktactiviteit.

De Raad van State adviseert, in plaats van het voorliggende wetsvoorstel, eventueel te overwegen de Mededingingswet op een aantal punten aan te vullen.

Een aanvulling van de Mededingingswet is echter niet toereikend om de beoogde doelstellingen van dit wetsvoorstel te realiseren. De Mededingingswet heeft betrekking op gedragingen van ondernemers op de markt en biedt daarmee geen kader om bestuurlijke verplichtingen (toetredingsregels) op te leggen aan bestuursorganen, bijvoorbeeld bij de oprichting van een overheidsbedrijf. Een aanvulling zou derhalve alleen betrekking kunnen hebben op marktgedrag van overheidsorganisaties, met andere woorden op gedragsregels. Hiervoor is al aangegeven dat zowel de werkgroep Cohen als de SER met ons van mening zijn dat gedragsregels alleen onvoldoende zijn om oneerlijke concurrentie door overheidsorganisaties tegen te gaan. Door te volstaan met het stellen van gedragsregels zou bovendien niet worden gekomen tot heldere besluitvorming over het verrichten van marktactiviteiten door overheidsorganisaties.

De Raad van State stelt dat, in combinatie met de Mededingingswet, de Europese regels inzake staatssteun en aanbesteding een vrij volledig kader geven voor concurrentieaspecten van overheidsoptreden. Wij zijn het hiermee niet eens.

De genoemde Europese regels hebben in het algemeen betrekking op situaties met interstatelijke effecten en zijn primair gericht op effecten op de interne

markt. Dit geldt eveneens voor de Europese regels met betrekking tot steunmaatregelen. Deze regels zijn niet geschikt om concurrentievervalsingen op nationale of regionale markten aan te pakken. Bovendien zal, indien een overheidsorganisatie zich op de markt begeeft, lang niet altijd sprake zijn van steun. Zo zal een gemeente die diensten verleent aan particulieren in concurrentie met private ondernemingen, geen rekening hoeven te houden met steunaspecten, terwijl het wetsvoorstel wel op deze situatie ziet. De Raad van State merkt op dat op nationaal niveau regels ontbreken voor staatssteun. Daargelaten of het wenselijk zou zijn een dergelijke regeling te treffen, achten wij dit wetsvoorstel hiervoor niet het juiste kader. Zoals hierboven is uiteengezet, hebben de regels voor staatssteun betrekking op een andere problematiek dan die waarvoor het wetsvoorstel een oplossing beoogt te bieden.

Met betrekking tot de regels op het gebied van overheidsaanbestedingen merken wij het volgende op. Indien een overheidsorganisatie besluit bepaalde activiteiten niet zelf te verrichten, maar door anderen te laten verrichten, komt de vraag naar voren of rekening moet worden gehouden met de aanbestedingsregels. In deze situatie is het wetsvoorstel markt en overheid niet aan de orde omdat er geen sprake is van marktactiviteiten in de zin van het wetsvoorstel. Immers, de overheid betreedt niet zelf de markt, maar besluit dit aan anderen over te laten.

Samenvattend komen wij tot de conclusie dat het wetsvoorstel, in aanvulling op zowel de Mededingingswet als de regels op het gebied van staatssteun en aanbestedingen, noodzakelijk is om de eerder genoemde doelstellingen te verwezenlijken.

*2. Het wetsvoorstel maakt geen keuze betreffende de centrale vraag omtrent de wenselijkheid of onwenselijkheid van het zich begeven op de markt door de overheid, maar leidt er slechts toe dat de besluitvorming daaromtrent beter zichtbaar gemaakt moet worden en dat de keuze in een individueel geval van een motivering moet worden voorzien. Om een stelsel te creëren dat daadwerkelijk richtinggevend is met betrekking tot deze materie, zou eerst een standpunt ingenomen moeten worden over de vraag welke criteria gehanteerd dienen te worden om te bepalen wat een publieke taak is en in welke gevallen de uitvoering daarvan door de overheid zelf en/of door de markt moet geschieden. De wet bepaalt daarover terecht niets; de verantwoordelijkheid van de overheid zoals die bijvoorbeeld in de klassieke en sociale grondrechten is verwoord is zeer ruim en zal steeds opnieuw afhankelijk van de visie op de overheid en de maatschappelijke noden haar invulling te krijgen. De toelichting bevat terzake dan ook evenmin een standpunt. Volgens de regering is de overheid vrij zelf te bepalen wat het door haar te behartigen publiek belang is. Bij de besluitvorming tot het verrichten van marktactiviteiten behoeven zaken als doelmatigheid en doeltreffendheid van het overheids-optreden en alternatieve manieren om het publiek belang te dienen dan ook niet aan de orde te komen. Deze uitgebreide afweging is in veel gevallen moeilijk of slechts tegen hoge kosten uitvoerbaar, aldus de toelichting (paragraaf 2.2.2, Toetredingsregels voor overheidsorganisaties). Het wetsvoorstel is op dit onderdeel overigens innerlijk tegenstrijdig. Zo voorziet op grond van artikel 7, eerste lid – één van de kernartikelen een wet of besluit slechts in het verrichten van marktactiviteiten door de desbetreffende overheidsorganisatie indien dat naar het oordeel van de wetgever of van degene die het besluit neemt de aangewezen weg is voor de behartiging van het desbetreffende openbaar belang. Toepassing van dit artikellid brengt een uitgebreide belangenafweging als vorenbedoeld met zich. Artikel 7, eerste lid, vormt het beoordelingskader voor de wetgever en het bestuur. Weliswaar moet, zoals de SER in paragraaf 3.3.4 van zijn advies opmerkt, de definitie van de publieke taak tot het primaat van de betrokken overheid worden gerekend, een zinvolle toepassing van dit artikel lijkt alleen maar mogelijk, wanneer de wetgever in het kader van de thans voorgestelde wet een (begin van een) visie ontwikkelt over de vraag welke taken publieke taken zijn en in welke gevallen de uitvoering daarvan door de overheid zelf en/of door de markt moet geschieden. Eenzelfde opmerking geldt voor het met artikel 7 vergelijkbare artikel 13. Op grond van het eerste lid van dit artikel besluit een overheidsorganisatie slechts tot het oprichten of medeoprichten van dan wel deelnemen in een overheids-bedrijf, indien dat de aangewezen weg is voor de behartiging van het*

*openbaar belang. Tegelijkertijd moet worden onderkend dat het, zoals gezegd, niet haalbaar is om in dezen tot een eenduidige en generiek toepasbare normstelling te komen. Voorts dient in aanmerking te worden genomen dat het bij overheidsactiviteiten waaraan marktaspecten zijn verbonden, gaat om een zeer breed spectrum van activiteiten, variërend van deelnemingen in bedrijven, het verrichten van activiteiten op een markt door overheidsorganisaties zelf, staatsmonopolies tot het verrichten van activiteiten uitsluitend ten behoeve van de eigen overheidsorganisatie (en daarmee samenhangend de problematiek «inbesteden-uitbesteden»). Dit alles maakt dat het niet eenvoudig is om een eenduidig generiek toepasbaar (rechts)kader te vormen voor zeer uiteenlopende situaties en activiteiten. De Raad is van oordeel dat het wetsvoorstel op dit punt tekortschiet en ook wel tekort moet schieten.*

2. In de visie van de Raad zou, alvorens een stelsel te creëren dat daadwerkelijk richtinggevend is, eerst een standpunt moeten worden bepaald over de vraag wat publieke taken zijn en in welke gevallen de uitvoering daarvan door de overheid zelf en/of door de markt moet geschieden. Tegelijkertijd erkent de Raad, naar onze mening terecht, dat het wetsvoorstel hierover niets kan zeggen.

Zoals reeds is opgemerkt onder punt 1 van het nader rapport, beogen wij met dit wetsvoorstel niet een alomvattende visie te geven op de rol van de overheid in verhouding tot de markt. Gezien de economische en bestuurlijke effecten, beschreven in paragraaf 1.3 van het algemeen deel van de memorie van toelichting, achten wij het evenwel noodzakelijk dat er een zorgvuldige belangenafweging plaatsvindt voordat overheidsorganisaties marktactiviteiten gaan verrichten. In artikel 6 (oud artikel 7) van het wetsvoorstel wordt aangegeven welke elementen door een overheidsorganisatie meegewogen moeten worden om vast te stellen of het verrichten van een marktactiviteit de aangewezen weg is voor de behartiging van een openbaar belang. Wij kunnen de stelling van de Raad dat aspecten als doelmatigheid en doeltreffendheid niet aan de orde behoeven te komen bij de besluitvorming over marktactiviteiten dan ook niet onderschrijven. De beoordeling van de doelmatigheid en doeltreffendheid, naast andere relevante aspecten, is echter, zoals de Raad zelf ook opmerkt, voorbehouden aan de overheid die tot besluitvorming bevoegd is. Het wetsvoorstel beperkt zich dan ook tot het aangeven van evident onwenselijke situaties, namelijk een verbod op marktactiviteiten die uitsluitend gericht zijn op het verwerven van inkomsten en op marktactiviteiten waarvan het belang niet opweegt tegen het belang van derden tegen een zodanige concurrentie te worden beschermd (artikel 6, vierde lid). In artikel 12 (oud artikel 13) wordt een soortgelijke afweging gevraagd indien een overheidsorganisatie voornemens is een overheidsbedrijf op te richten of hierin deel te nemen.

De toetredingsregels geven daarmee geen absolute normering voor de invulling van de publieke taak. Naar onze mening wordt echter met dit wetsvoorstel – op basis van een minder verreichende ambitie dan de Raad kennelijk voor ogen staat – wel degelijk richting gegeven aan de besluitvorming over marktactiviteiten door overheidsorganisaties.

De Raad wijst er op dat toepassing van artikel 6 (oud artikel 7) een uitgebreide belangenafweging zou betekenen, die in strijd is met de uitspraak in de paragraaf 2.2.2 van het algemeen deel van de memorie van toelichting dat een uitgebreide afweging vaak moeilijk of slechts tegen hoge meerkosten uitvoerbaar is en dus onwenselijk is. Het betreft hier echter een misvatting. In het deel van de toelichting waarnaar de Raad verwijst, wordt ingegaan op het verschil tussen de welvaartsanalyse, zoals die in het SER-advies is opgenomen, en de belangenafweging die voortvloeit uit artikel 6. Aangegeven is dat de bestuurlijke lasten van de kosten-baten analyse die de SER voor ogen heeft, te hoog zullen zijn. In vergelijking met de in het SER-advies beschreven afweging, is de in artikel 6 gevraagde onderbouwing van besluiten over het verrichten van marktactiviteiten beperkter en daarmee ook minder belastend. Naar aanleiding van de opmerking van de Raad van State is dit verschil in paragraaf 2.2.2 van het algemeen deel van de memorie van toelichting pregnanter tot uitdrukking gebracht.

Zoals ook in punt 1 van het nader rapport en het kabinetsstandpunt naar aanleiding van het eerdergenoemde rapport van de WRR naar voren is gebracht, zijn wij met de Raad van mening dat het niet haalbaar is door middel

van een eenduidige en generiek toepasbare normstelling de vraag te beantwoorden wat de aangewezen weg is voor de behartiging van het openbaar belang. Dit geldt des te meer indien een dergelijke normstelling van toepassing zou zijn op de zeer uiteenlopende situaties en activiteiten waar de Raad van State op wijst. Wij benadrukken daarom dat wij met dit wetsvoorstel geen kader willen bieden voor alle overheidsactiviteiten waaraan marktaspecten zijn verbonden. Bewust is de reikwijdte van het wetsvoorstel beperkt gehouden tot marktactiviteiten, zoals gedefinieerd in artikel 1 van het wetsvoorstel.

Het vraagstuk van in- of uitbesteden valt hiermee buiten de reikwijdte van het wetsvoorstel. In- of uitbesteden betreft de keuze van de overheid om de uitvoering van beleid zelf ter hand te nemen of door marktpartijen te laten verrichten. Indien een overheidsorganisatie kiest voor uitbesteden, betreedt deze niet zelf als concurrerende partij de markt. Hoewel het besluit van een overheidsorganisatie tot uitbesteden invloed zal hebben op de markt, betreft het ons inziens hier een geheel andere problematiek dan de problematiek die het wetsvoorstel beoogt te regelen. Het gaat er in het wetsvoorstel niet om regels te stellen voor elk handelen van de overheid dat op enigerlei wijze economische gevolgen heeft. Het wetsvoorstel beoogt te bevorderen dat overheidsorganisaties zorgvuldig besluiten over het verrichten van marktactiviteiten, waardoor duidelijk wordt op welke wijze de overheid het openbaar belang behartigt. Ook worden voorschriften gegeven voor die gevallen waarin de overheid op de markt een concurrent is voor private ondernemingen. Zoals eerder is uiteengezet, is het niet de bedoeling van het wetsvoorstel het handelen van de overheid volledig te normeren. Wel worden randvoorwaarden gesteld voor het optreden van de overheid op de markt en wordt een procedureel kader geschapen.

*3. Met betrekking tot overheidsactiviteiten bestaan reeds verschillende (rechts)kaders die betrekking hebben op het voorkomen en tegengaan van verstoringen van de concurrentieverhoudingen op de markt. Zo is in voorkomende gevallen het Europese, dan wel het nationale mededingingsrecht van toepassing. Verder kan worden gewezen op de Europese en nationale aanbestedingsregels. Ook de Europese regels inzake staatssteun kunnen in dit verband van belang zijn. Voorts zijn er thans reeds de eerdergenoemde Aanwijzingen, waarvan het wetsvoorstel in grote lijnen de codificatie vormt. Tevens kan het algemene kader van de onrechtmatige overheidsdaad onder omstandigheden een rol spelen.*

*Vooropstaat dat het wetsvoorstel geen beperking kan inhouden van de toepassing van het Europese mededingingsrecht, evenmin van de Europese regels inzake staatssteun of aanbesteding. Het ligt voor de hand eenzelfde benadering te kiezen wat de Mededingingswet betreft, die immers volledig is geënt op het Europese mededingingsrecht.*

*De toelichting stelt niet dat het reeds bestaande instrumentarium ontoereikend is dan wel niet goed zou functioneren. Ook wordt niet duidelijk waarom aanvulling van het bestaande instrumentarium – in het bijzonder de Aanwijzingen -, indien dit al ontoereikend zou zijn, geen begaanbare weg is en een en ander per se via een wet geregeld moet worden. Zo wetgeving nodig wordt geacht, ligt – zoals ook de SER in zijn advies (paragraaf 7.2) opmerkt – aansluiting bij reeds bestaande wetgeving, in het bijzonder de Mededingingswet en de Europese regelgeving terzake, in de rede.*

*Wel kan gezegd worden dat er wat de basisfinanciering van overheidsactiviteiten op een markt betreft een belangrijk aandachtspunt is. Juist de basisfinanciering heeft een sterke invloed op de concurrentiepositie van de desbetreffende instantie. In het Europese mededingingsrecht wordt dit grotendeels bestreken door het staatssteuntoezicht. Een nationale pendant daarvan, bijvoorbeeld in de Mededingingswet, ontbreekt echter. Ook het wetsvoorstel voorziet hierin niet. Een en ander wordt in de toelichting heel kort aangestipt (paragraaf 2.2.5, voorlaatste alinea) en er wordt aangekondigd dat het in de bedoeling ligt dat er aanwijzingen voor de rijksdienst inzake het verlenen van basisfinanciering worden opgesteld. Deze voorzichtige benadering lijkt niet te sporen met de in het wetsvoorstel gekozen algemene benadering. Overigens kan in het voornemen de basisfinanciering in de vorm van aanwijzingen te reguleren een bevestiging worden gezien van het inzicht dat aanwijzingen een meer geëigend instrument zijn dan wetgeving om het vraagstuk van markt en overheid in aanvulling op bestaande wetgeving aan te*



*pakken. Anders gezegd: aanwijzingen zijn in dit geval een geschikt instrument om binnen het kader van bestaande wetgeving het overheidsbeleid te sturen. De Raad komt tot de conclusie dat het onderhavige wetsvoorstel niet het aangewezen instrument is om de beoogde doelen te bereiken.*

3. Met de Raad van State zijn wij van mening dat het wetsvoorstel geen beperkingen kan inhouden van de toepassing van het Europese mededingingsrecht of regels op het gebied van staatssteun of aanbesteding. Anders dan de Raad van State menen wij dat het bestaande instrumentarium, zoals de Aanwijzingen, het Europese mededingingsrecht en de Mededingingswet, de Europese regels inzake staatssteun en aanbesteding, ontoereikend zijn om ongelijke concurrentieverhoudingen tussen overheidsorganisaties en ondernemingen weg te nemen. In punt 1 van het nader rapport is hier reeds op ingegaan.

De Raad wijst er op dat het algemene kader van de onrechtmatige overheidsdaad onder omstandigheden een rol kan spelen bij overheidsactiviteiten op de markt. In paragraaf 1.5 van het algemeen deel van de memorie van toelichting is kort uiteengezet waarom het instellen van een actie uit onrechtmatige daad onvoldoende mogelijkheden biedt voor een belanghebbende om op te komen tegen oneerlijke concurrentie van overheidsorganisaties. In aanvulling daarop merken wij het volgende op. Uit het Vecta-arrest (HR 8-3-1974, NJ 1974, 264) blijkt dat het de Staat vrij staat diensten te verlenen die niet vallen binnen een wettelijke taakomschrijving. Dit geldt ook als de Staat zich als overheidsorgaan aan het publiek presenteert en als zij met die dienstverlening aan het vrije rechtsverkeer deelneemt. Het is mogelijk voor ondernemers die menen oneerlijke concurrentie van deze activiteiten te ondervinden, zich tot de burgerlijke rechter te wenden op grond van artikel 162 van boek 6 van het Burgerlijk Wetboek. In het hierboven genoemde Vecta-arrest heeft de rechter onderzocht of het belang van een bepaalde vorm van dienstverlening opweegt tegen het belang van particuliere dienstverleners tegen een zodanige concurrentie door de overheid te worden beschermd. Deze afweging biedt ondernemers veel minder mogelijkheden zich te verzetten tegen oneerlijke concurrentie dan die van het wetsvoorstel. Verschil is met name dat ingevolge de toets van het Vecta-arrest, uitsluitend een belangenafweging plaats zal vinden tussen de belangen van de overheidsorganisatie en de belangen van particuliere ondernemers, terwijl ingevolge artikel 6 (oud artikel 7) van het wetsvoorstel ook vragen aan de orde komen over het openbare belang dat wordt gediend met het uitvoeren van de marktactiviteit en de geldmiddelen die een overheidsorganisatie beschikbaar stelt voor het verrichten van een marktactiviteit. Bovendien zal een onrechtmatige daadsactie pas aan de orde kunnen komen wanneer de overheidsorganisatie al marktactiviteiten verricht en schade aantoonbaar is. Het wetsvoorstel heeft echter betrekking op een eerdere fase, waarin nog een besluit moet worden genomen over het verrichten van marktactiviteiten. Bovendien hebben belanghebbenden inspraak bij de voorbereiding van dit besluit.

Daarnaast is het starten van een civiele procedure een hogere drempel voor belanghebbenden dan het starten van een bezwaar- en beroepsprocedure naar aanleiding van een besluit van een overheidsorganisatie.

Gelet op het bovenstaande, achten wij het wetsvoorstel een noodzakelijke aanvulling op bestaande (rechts)kaders om te realiseren dat de spelregels voor het marktoptreden door de overheid zelf voor belanghebbenden afdwingbaar moeten zijn. De paragrafen 1.5 en 4.1 van het algemeen deel van de memorie van toelichting zijn nader verduidelijkt en aangevuld om bovenstaande tot uitdrukking te brengen.

De Raad stelt terecht dat basisfinanciering van overheidsactiviteiten op een markt een belangrijk aandachtspunt is. Dit wetsvoorstel stelt dan ook voorschriften voor het inzetten van overheidsmiddelen voor marktactiviteiten. Hierdoor wordt de transparantie bevorderd van de besteding van overheidsmiddelen en wordt inzichtelijk hoe de prijs tot stand komt die de overheid voor marktactiviteiten in rekening brengt.

Het verschijnsel basisfinanciering door overheidsorganisaties aan ondernemingen wordt, zoals de Raad van State ook stelt, voor een belangrijk deel bestreken door Europese regels op het gebied van staatssteun. Bovendien kunnen ingevolge artikel 4:37, eerste lid, onderdeel g, van de Algemene wet bestuursrecht bij subsidieverlening verplichtingen worden opgelegd om de

nadelige gevolgen van de subsidie voor derden te beperken of weg te nemen. Het stellen van voorwaarden bij de verlening van subsidie ingevolge de Algemene wet bestuursrecht is een voor de hand liggend sturingsinstrument, wat de mogelijkheid biedt voor elke specifieke situatie de juiste regels op te stellen.

*4. Het wetsvoorstel biedt belanghebbenden de mogelijkheid actie te ondernemen tegen oneerlijke concurrentie als gevolg van marktactiviteiten door overheidsbedrijven of aan de overheid gelieerde bedrijven. In het uiterste geval kan een beroep worden gedaan op de rechter. Ook thans bestaan reeds mogelijkheden om tegen concurrentievervalsingen door overheidsop treden op te komen. Korthedshalve wordt verwezen naar de hiervoor in punt 3 genoemde instrumenten. Om te kunnen vaststellen of sprake is van oneerlijke concurrentie in het kader van het wetsvoorstel gaat het, zoals in punt 2 reeds is aangegeven, in feite voornamelijk om de beantwoording van de vraag of een bepaalde publieke taak het beste langs zuiver publiekrechtelijke weg of via de markt – direct of indirect – kan worden verwezenlijkt. Zoals eerder aangegeven bevat het wetsvoorstel op dat punt echter geen inhoudelijke normen, maar slechts een motiveringsplicht. Voorts bevat het wetsvoorstel verschillende mogelijkheden om een uitzondering op het algemeen geïntroduceerde stelsel te maken. Een en ander doet de vraag rijzen naar wat een belanghebbende met de geïntroduceerde instrumenten in de praktijk meer kan bereiken dan nu.*

4. Zoals ook de Raad van State constateert, biedt het wetsvoorstel belanghebbenden de mogelijkheid actie te ondernemen tegen marktactiviteiten door overheidsorganisaties indien belanghebbenden door deze marktactiviteiten in hun belang worden geschaad. In tegenstelling tot de Raad zijn wij van mening dat het bij het vaststellen of sprake is van oneerlijke concurrentie, niet in hoofdzaak gaat over de vraag of een publieke taak het beste langs zuiver publiekrechtelijke weg of via de markt kan worden verwezenlijkt. Een en ander is uitgewerkt onder punt 1 van het nader rapport.

De Raad werpt de vraag op of de Mededingingswet en de regels omtrent aanbesteding en steun thans niet voldoende mogelijkheden bieden aan belanghebbenden om op te komen tegen concurrentievervalsingen door overheidsop treden. In punt 1 van het nader rapport is reeds ingegaan op de ontoereikendheid van bestaande regelgeving voor de doeleinden van het wetsvoorstel. Specifiek met betrekking tot de mogelijkheden voor belanghebbenden actie te ondernemen op grond van het wetsvoorstel in vergelijking met de mogelijkheden ingevolge de bestaande instrumenten, merken wij het volgende op.

Het wetsvoorstel biedt belanghebbenden op twee manieren bescherming tegen oneerlijke concurrentie van overheidsorganisaties, overheidsbedrijven en ondernemingen waaraan een bijzonder of uitsluitend recht is verleend. Het wetsvoorstel stelt toetredingsregels voor overheidsorganisaties die voornemens zijn een marktactiviteit te verrichten of een overheidsbedrijf op te richten of hierin deel te nemen. In een aantal gevallen zal een overheidsorganisatie geen marktactiviteiten mogen verrichten en zal het niet zijn toegestaan een overheidsbedrijf op te richten of hierin deel te nemen (artikel 6 (oud artikel 7), vierde lid, en artikel 12 (oud artikel 13), vierde lid). Indien van deze gevallen geen sprake is, schrijft het wetsvoorstel een afweging voor die moet worden doorlopen alvorens marktactiviteiten kunnen worden verricht of een overheidsbedrijf kan worden opgericht. Zoals uiteengezet onder punt 3 van het nader rapport, is dit voor belanghebbenden een duidelijk winstpunt ten opzichte van de huidige situatie. In de tweede plaats gelden voor overheidsorganisaties en ondernemingen waaraan een bijzonder of uitsluitend recht is verleend, gedragsregels, die beogen zo veel mogelijk gelijke concurrentieverhoudingen op de markt te scheppen. De NMa ziet toe op de naleving van de gedragsregels. Indien ondernemers menen dat een overheidsorganisatie of een onderneming waaraan een bijzonder of uitsluitend recht is verleend handelt in strijd met de gedragsregels, is het mogelijk hierover een klacht in te dienen bij de NMa. In de huidige situatie ontbreken deze gedragsregels en derhalve ook het toezicht hierop.

*5. Voor de vraag waar een wet inzake markt en overheid betrekking op heeft, is van belang welk begrip marktactiviteit wordt gehanteerd. Naar het oordeel van*

*de Raad heeft de in artikel 1, eerste lid, onder a, opgenomen definitie onvoldoende onderscheidend vermogen. Dit begrip kan worden ingevuld aan de hand van de vraag welke activiteiten de overheid kan uitbesteden (c.q. aanbesteden). Immers, alles wat kan worden uitbestede kan door een commerciële marktpartij worden gedaan. Het antwoord op die vraag in de praktijk is enigszins plaats- en tijdgebonden, maar gezegd kan worden dat in beginsel vrijwel alle activiteiten van de overheid kunnen worden uitbestede, tot aan bijvoorbeeld het beheer van gevangenissen of het opstellen van wetsvoorstellen toe. Teneinde zoveel mogelijk recht te doen aan de strekking van het wetsvoorstel, het voorkómen van oneerlijke concurrentie, is het van belang dat ook rekenschap wordt gegeven van de verschillende vormen waarin de overheid aan de markt kan deelnemen en dat de overheid niet zelden zelf de enige dan wel de belangrijkste klant is. Een evenwichtig stelsel zou met zich brengen dat de reikwijdte ervan zoveel mogelijk overeenkomt met de verschillende vormen. Daarbij zou de wetgever zich evenwel rekenschap moeten geven van alle mogelijke concurrentieaspecten, ook die welke zich onverwachts kunnen aandienen. Voorbeelden kunnen zijn het Nederlands Inkoopcentrum, het door de Belastingdienst om niet beschikbaar stellen van diskettes voor het doen van belastingaangifte, het ophalen van vuilnis in het kader van de Wet gemeenschappelijke regelingen of juist buiten dat kader, en dergelijke. Een en ander zou ook direct zijn weerslag vinden in samenhangende bestuurlijke lasten en lasten voor het rechterlijk apparaat. Anderzijds brengt een beperkter werkingssfeer, zoals wordt voorgesteld, onlosmakelijk met zich dat slechts een deel van de problematiek wordt bestreken en dat de normstelling in het stelsel gemakkelijk kan worden ontlopen door een andere vorm te kiezen.*

*Overigens zal het creëren van een adequate afbakening die minder onduidelijkheden en conflicten met zich brengt bepaald niet eenvoudig zijn. Een scherpe afbakening zou echter wel nodig zijn om het stelsel te kunnen laten functioneren. Bij dit alles moet er ook rekening mee worden gehouden dat concurrentieaspecten op nationaal niveau een andere dimensie hebben dan op lokaal niveau.*

*De Raad komt tot de conclusie dat het wetsvoorstel op dit punt tekortschiet.*

5. De reikwijdte van het wetsvoorstel wordt onder meer bepaald door het begrip marktactiviteit. De Raad van State adviseert het begrip marktactiviteit in te vullen aan de hand van de vraag welke activiteiten de overheid kan uitbesteden (c.q. aanbesteden). De Raad komt terecht tot de conclusie dat hiermee het wetsvoorstel betrekking zou hebben op vrijwel alle activiteiten van de overheid. In punt 2 van het nader rapport is reeds aangegeven dat een dergelijke brede benadering niet overeen stemt met hetgeen het wetsvoorstel beoogt. Het gaat er niet om regels te stellen voor elk handelen van de overheid dat op enigerlei wijze economische gevolgen heeft, maar om voorschriften te geven voor die gevallen waarin de overheid, in het kader van de behartiging van het openbaar belang, op de markt een concurrent is voor private ondernemingen. In de paragrafen 1.3.1 en 1.3.2 van het algemeen deel van de memorie van toelichting is een analyse gegeven van de economische en bestuurlijke effecten van optreden van de overheid in concurrentie met private ondernemers. Gezien het daar gestelde, zijn wij het niet eens met de stelling van de Raad dat met het wetsvoorstel slechts een deel van de problematiek wordt bestreken en dat de normstelling in het stelsel gemakkelijk kan worden ontlopen door een andere vorm te kiezen. Integendeel, het wetsvoorstel heeft betrekking op alle situaties waarin de overheid de markt betreedt en dit tevens leidt tot ongelijke concurrentieverhoudingen. Dit betekent echter niet dat het wetsvoorstel betrekking moet hebben op elk handelen van de overheid dat economische gevolgen heeft.

Het begrip marktactiviteiten wordt in het wetsvoorstel omschreven als het leveren van goederen of diensten aan derden voor zover daarbij in concurrentie wordt getreden met (private) ondernemingen. In het tweede deel van deze omschrijving zit een zekere discretionaire ruimte. Voor een antwoord op de vraag of sprake is van concurrentie zal onder meer beoordeeld moeten worden of de activiteiten van een overheidsorganisatie verricht zullen worden op dezelfde markt als die waarop private ondernemingen werkzaam zijn. In het merendeel van de gevallen zal zonder meer duidelijk zijn dat sprake is van een marktactiviteit. In gevallen waarin twijfel bestaat kan de voorgestelde Commissie markt en overheid (hierna: de commissie) goede diensten

bewijzen. Niet uitgesloten is dat uiteindelijk de rechter een geschil zal moeten beslechten. De bevoegde rechter (op grond van artikel 51 (oud artikel 53) van het wetsvoorstel de rechtbank Rotterdam en in hoger beroep het College van Beroep voor het bedrijfsleven) heeft ook thans al te maken met begrippen als concurrentie en markt, onder meer bij de toepassing van de Mededingingswet. Al met al zijn wij het niet eens met het oordeel van de Raad van State dat de werkingssfeer van het wetsvoorstel te beperkt is en dan ook maar een deel van de aan de orde zijnde problematiek zou bestrijken. Integendeel, wij menen juist dat met het voorgestelde begrip marktactiviteit een afbakening wordt gegeven die in overeenstemming is met het doel van het wetsvoorstel, zowel op nationaal niveau als op lokaal niveau.

*6. Artikel 11 bevat een zogenaamde bagatelbepaling, welke inhoudt dat marktactiviteiten die een bepaald belang niet te boven gaan, niet onder het stelsel van de wet worden gebracht. De Raad merkt hierover het volgende op. De mate waarin concurrentienadelen als gevolg van overheidsoptreden op een markt door particuliere concurrenten worden gevoeld, is niet alleen afhankelijk van de absolute omvang van de daarmee gemoeide bedragen. Ook moet worden gekeken naar de relevante markt. In het Europese mededingings- en aanbestedingsrecht, waar ook dergelijke bagatelregelingen voorkomen (zoals de de minimis-regel bij het staatssteuntoezicht), zijn deze gerelateerd aan de gevolgen voor de (grensoverschrijdende) gemeenschappelijke markt, hetgeen een dergelijke benadering onder omstandigheden kan rechtvaardigen. Het gaat in het voorgestelde stelsel evenwel in het bijzonder om lokale markten. Op dergelijke markten kunnen kleinere belangen van overwegende invloed zijn. Kleine verstoringen kunnen bovendien een cumulatief effect hebben op specifieke markten. Om volledig effectief te zijn, zou het wetsvoorstel zich daarom niet dienen te beperken tot de naar verhouding grotere markt-activiteiten van de overheid, zoals in artikel 11, eerste lid, (bagatelbepaling) gebeurt, maar zich in beginsel moeten uitstrekken tot alle marktactiviteiten. Ook de SER (paragraaf 7.3.3) wijst een bagatelbepaling af.*

6. Het wetsvoorstel voorziet in artikel 10 (oud artikel 11) in een bagatelbepaling, op grond waarvan activiteiten van geringe omvang vrijgesteld worden van het grondslagvereiste en de materiële norm. Dat neemt niet weg dat wij menen dat, zoals in paragraaf 2.2.2 van het algemeen deel van de memorie van toelichting is aangegeven, gelet op de doelstelling van de wet de toetredingsregels eigenlijk op alle marktactiviteiten van toepassing zouden moeten zijn. Ook de Raad van State is de mening toegedaan dat, om volledig effectief te zijn, de wet zich zou moeten uitstrekken tot alle marktactiviteiten. De SER was al om principiële redenen geen voorstander van het opnemen van een bagatelbepaling. De SER is bovendien de mening toegedaan dat het bepalen van een grens vanuit praktisch oogpunt lastig is. Met de SER zijn wij echter wel van mening dat het voorschrijven van een procedure en een motiveringsplicht bij incidentele of tijdelijke marktactiviteiten van zeer beperkte omvang niet noodzakelijk is. De mate van concurrentieverstoring door eenmalige dan wel tijdelijke marktactiviteiten van geringe omvang is dan niet zodanig dat het de lasten van de afwegingsprocedure rechtvaardigt. Door het opnemen van een bagatelbepaling in artikel 10 hebben wij inhoud gegeven aan dit uitgangspunt.

Wij delen de mening van de Raad van State dat idealiter een bagatel gerelateerd zou moeten worden aan de mate van concurrentieverstoring op de relevante markt. Een dergelijk criterium in de vorm van getallen of percentages is, zoals uiteengezet in paragraaf 2.2.2. van het algemeen deel van de memorie van toelichting, in de praktijk moeilijk werkbaar. Dit criterium zou immers betekenen dat bij elke marktactiviteit, ook van geringe omvang, de relevante markt bepaald zou moeten worden. Dit betekent ons inziens een te zware bestuurlijke belasting. In het wetsvoorstel hebben wij er daarom voor gekozen uit te gaan van de vaste grens van 75 000 euro. Deze grens is zodanig dat de mate van concurrentieverstoring door marktactiviteiten zeer gering zal zijn en daarmee niet opweegt tegen de bestuurlijke belasting van het nemen van een besluit. Naar aanleiding van het advies van de Raad van State is paragraaf 2.2.2 van het algemeen deel van de memorie van toelichting en de toelichting bij artikel 10 verduidelijkt.

7. Met betrekking tot de regeling van de advisering over de toetreding tot de markt en het toezicht op de naleving van de gedragsregels heeft de Raad de volgende opmerkingen. Zou het wetsvoorstel al worden ingediend, dan adviseert het college dit op de hierna genoemde punten aan te passen.

a. Op grond van artikel 19, tweede en derde lid, benoemt en ontslaat de Minister van Economische Zaken de voorzitter en de leden van de Commissie. Artikel 21, tweede lid, bepaalt dat de minister personeel ter beschikking stelt van de Commissie voor de uitvoering van haar taken. Deze artikelen doen de vraag rijzen of de Commissie wel voldoende onafhankelijk van Economische Zaken kan functioneren en adviseren. De strekking van hoofdstuk 4 lijkt toch vooral te zijn dat de Commissie adviseert op grond van haar deskundigheid van de markt c.a.

b. In het voorstel wordt de NMa belast met het toezicht op de naleving van de wet. Daarbij wordt (impliciet) uitgegaan van een onafhankelijke NMa als door de regering voorgesteld in het voorstel van wet houdende wijziging van de Mededingingswet in verband met het omvormen van de Nederlandse mededingingsautoriteit tot zelfstandig bestuursorgaan (Kamerstukken II 2000/01, 27 639). Daartegen verzet zich echter de ministeriële verantwoordelijkheid die ook in dit geval niet kan worden afgeschoven of overgedragen. De Raad verwijst naar zijn advies inzake genoemd wetsvoorstel. Een onafhankelijke NMa met betrekking tot deze materie is eigenlijk alleen goed denkbaar bij toezicht op de naleving van regels die geen discretionaire bevoegdheid bevatten, hetgeen in dit wetsvoorstel bij uitstek niet het geval is. Een NMa ten aanzien waarvan de Minister van Economische Zaken aanwijzingen kan geven doet gelijk de vraag opkomen wat de functie van het toezicht door de NMa op – in dit geval uitsluitend! collega-bestuursorganen zal zijn en hoe dat in de praktijk dan zal verlopen.

c. Zoals hiervoor is opgemerkt, is de advisering van de Commissie beperkt tot de toepassing van de toetredingsregels en heeft deze geen betrekking op de gedragsregels die gelden nadat een overheidsorganisatie is toegetreden tot de markt. Op grond van het wetsvoorstel is de NMa belast met het toezicht op de naleving van de gedragsregels. Er is met andere woorden een scheiding aangebracht tussen de taken van de Commissie en de NMa. Artikel 16, derde lid, lijkt deze scheiding weer ongedaan te maken. Op verzoek van de Commissie kan de directeur-generaal van de NMa haar immers adviseren over de gevolgen van het voorgenomen besluit voor ondernemers die op de desbetreffende markt werkzaam zijn of zullen zijn. In theorie is het denkbaar dat de NMa adviseert dat een bepaalde marktactiviteit wel kan tegen de achtergrond van de gedragsregels, doch later in een eventuele procedure moet constateren dat de gedragsregels onvoldoende soelaas bieden als bescherming van derden tegen oneerlijke concurrentie. Bovendien rijst meer in het algemeen de vraag naar de verhouding tussen de Commissie en de NMa. Op dit punt dient de toelichting en zo nodig het wetsvoorstel aangevuld te worden.

7a. Met de Raad van State achten wij het van belang dat de Commissie markt en overheid in de eerste plaats adviseert op basis van haar kennis over de markt. Voorwaarde daarvoor is dat de commissie voldoende onafhankelijk van de Minister van Economische Zaken kan functioneren en adviseren. Hierbij moet echter wel worden bedacht dat de commissie geen toezichthouder is. Om de onafhankelijkheid van de commissie te benadrukken, is naar aanleiding van de opmerking van de Raad van State artikel 18 (oud artikel 19) zodanig aangepast dat ingevolge dit artikel de benoeming van de leden van de commissie geschiedt door de Kroon op voordracht van de Ministers van Economische Zaken en van Justitie. Paragraaf 2.2.3 van het algemeen deel van de memorie van toelichting is aangepast en bij artikel 18 is een toelichting opgenomen. Hierin is ook tot uitdrukking gebracht dat bij de samenstelling van de commissie aandacht zal worden besteed aan de representativiteit van de commissie. Wij zijn van mening dat met de hierboven genoemde aanpassingen de onafhankelijkheid van de commissie, gelet op de rol van de commissie, voldoende is gewaarborgd.

b. De Raad van State stelt dat in het wetsvoorstel de NMa wordt belast met het toezicht op de naleving. Met betrekking tot dat toezicht moet echter een onderscheid worden gemaakt tussen de toetredingsregels en de gedragsregels. Als het gaat om de afweging of het verrichten van marktactiviteiten de aangewezen weg is voor het behartigen van het desbetreffende openbaar belang, houdt de NMa geen toezicht. Voor zover deze afweging wordt gemaakt door de voor dat belang verantwoordelijke minister geldt hiervoor uiteraard de ministeriële verantwoordelijkheid. Besluitvorming met betrekking tot marktactiviteiten door provincies, gemeenten en waterschappen vindt krachtens het wetsvoorstel plaats door provinciale staten, de gemeenteraad onderscheidenlijk het algemeen bestuur. Besluitvorming omtrent marktactiviteiten door andere overheidsorganisaties vindt plaats op de wijze die is voorgeschreven voor het instellen van de overheidsorganisatie of bij besluit van het bestuursorgaan dat bevoegd is de taken te bepalen van de desbetreffende overheidsorganisatie. Voor deze besluiten is de ministeriële verantwoordelijkheid beperkt tot die bevoegdheden die de minister heeft krachtens de Provinciewet, de Gemeentewet, de Waterschapswet dan wel de relevante instellingswetgeving. Dit betreft dus niet de verantwoordelijkheid voor concrete besluiten. Op grond van de Algemene wet bestuursrecht kan een besluit tot het verrichten van marktactiviteiten door de rechter in een beroepsprocedure aan de voorschriften van het wetsvoorstel worden getoetst. Het punt van de ministeriële verantwoordelijkheid met betrekking tot een onafhankelijke NMa is derhalve voor de toetredingsregels niet aan de orde. Gaat het om het toezicht op de naleving van de gedragsregels, dan merken wij op dat daarbij juist bij uitstek een NMa als zelfstandig bestuursorgaan past. De gedragsregels staan in de wet en zijn deels ontleend aan de Transparantierichtlijn. Wij wijzen hierbij op het rapport «Vertrouwen in onafhankelijkheid» van de Ambtelijke Commissie Toezicht (Commissie Borghouts) en op het kabinetsstandpunt daarop (Kamerstukken II 2000/01, 27 831, nr. 1). Ingevolge dit kabinetsstandpunt is extern toezicht mogelijk indien de normen in voldoende mate geëxpliciteerd zijn. Dit is ruimer dan het criterium van de Raad van State, namelijk dat de regels waar de NMa op toeziet geen discretionaire bevoegdheid zouden moeten bevatten. Anders dan de Raad van State zijn wij dan ook van mening dat de gedragsregels in het wetsvoorstel in voldoende mate geëxpliciteerd zijn om toezicht door de NMa mogelijk te maken. Wij voegen hier aan toe dat de NMa toezicht moet houden op gedragingen van overheidsorganisaties op de markt (de overheid als ondernemer en niet – zoals de Raad van State stelt- als bestuursorgaan) en daarmee op de werking van markten. Wij wijzen hierbij op het hierboven genoemde kabinetsstandpunt, waarin het kabinet concludeert dat bij toezicht op de werking van markten externe verzelfstandiging van de toezichthouder in beginsel wenselijk is. Reden hiervoor is dat de toezichthouder zonder beïnvloeding van de onder toezicht staande partij, de verantwoordelijke bestuurder of anderen, objectief feitenonderzoek moet kunnen uitvoeren en op basis daarvan tot een oordeel moet kunnen komen. Voor dit wetsvoorstel is de noodzaak tot onafhankelijkheid met betrekking tot het toezicht op de naleving groot. De NMa moet immers toezicht houden op marktgedragingen van overheidsorganisaties en ondernemingen die gelieerd zijn aan overheden. Teneinde zelfs maar de schijn van beïnvloeding te vermijden bij het toezicht op aan de overheid gelieerde organisaties dient de mogelijkheid van (het dreigen met) een aanwijzing in een individuele zaak niet meer aanwezig te zijn. Met betrekking tot de rol van de Minister van Economische Zaken merken wij op dat deze, na verzelfstandiging van de NMa, beperkt zal zijn tot het geven van algemene aanwijzingen, juist om de schijn van belangenverstengeling tegen te gaan. De vraag van de Raad van State aan het einde van punt 7b, die kennelijk ziet op het geven van individuele aanwijzingen aan de NMa, is in het licht van het hiervoor besprokene niet aan de orde. Naar aanleiding van het advies van de Raad van State is paragraaf 3.2.1. van het algemeen deel van de memorie van toelichting aangevuld.

c. Met de Raad van State zijn wij van mening dat in het wetsvoorstel een duidelijke scheiding is aangebracht tussen de taken van de commissie en de NMa. De advisering van de commissie is beperkt tot de toepassing van de toetredingsregels, terwijl de NMa is belast met het toezicht op de naleving van de gedragsregels. De Raad van State merkt op dat artikel 15 (oud artikel 16), derde lid, deze scheiding ongedaan lijkt te maken.

De NMa kan als specifiek deskundig worden beschouwd op het gebied van markten en marktafbakening. Het ligt voor de hand dat de commissie desgewenst een beroep op deze kennis kan doen. Het advies van de NMa zal zich vooral richten op de gevolgen van een voorgenomen besluit voor ondernemers op de desbetreffende markt. Dit laat echter onverlet de eigen verantwoordelijkheden van de commissie bij haar adviesrol over de toetreding van overheidsorganisaties tot de markt. De scheiding tussen commissie en NMa wordt derhalve met artikel 15, derde lid, niet ongedaan gemaakt en moet, zoals de Raad terecht constateert, een punt van aandacht zijn bij de samenwerking tussen de twee organen.

Naar aanleiding van het advies van de Raad is, naast paragraaf 2.2.3 van het algemeen deel van de memorie van toelichting, ook de toelichting bij artikel 15 aangepast in de zin zoals hiervoor uiteengezet.

#### *Bepalingen, procedures en begrippen*

*8. Doordat is gekozen voor een regeling bij wet hebben verschillende in het wetsvoorstel opgenomen bepalingen een grotere rigiditeit en noodzaken deze tot een grotere gebondenheid bij de toepassing dan het geval zou zijn wanneer zij de status zouden hebben van aanwijzingen. Voorzover in het wetsvoorstel nauwkeurigheid ontbreekt, is het bovendien conflictopwekkend. Naast hetgeen hiervoor reeds aan de orde is geweest (bijvoorbeeld het begrip marktactiviteit) wijst de Raad op onder andere de volgende punten:*

*a. Artikel 2 bevat regels om te bepalen of sprake is van een overheidsbedrijf. In de eerste plaats gaat het om een beleidsbepalende invloed in een privaatrechtelijke rechtspersoon. De opgenomen regeling is niet duidelijk. Weliswaar geeft het tweede lid verduidelijking in een aantal situaties, maar daarmee worden de onduidelijkheid en conflictgevoeligheid in de niet door het tweede lid bestreken situaties niet weggenomen.*

*b. Bij de in artikel 2, eerste lid, onder b, genoemde samenwerkingsvormen zonder rechtspersoonlijkheid geldt als voorwaarde dat de overheidsorganisatie deelneemt. Hier lijkt de voorwaarde dat de overheidsorganisatie een beleidsbepalende stem heeft te ontbreken (de artikelsgewijze toelichting lijkt echter wel van een dergelijke toets uit te gaan). De tekst geeft geen enkele aanleiding tot het aanleggen van een dergelijke toets. Wil de toets van beleidsbepalende invloed aangelegd kunnen worden, dan dient daarvoor een aanknopingspunt in de wet te worden gecreëerd.*

*c. De betekenis van de verbodsbepaling in artikel 4, eerste lid, dat een overheidsorganisatie geen marktactiviteiten mag verrichten, indien daarmee uitsluitend het verwerven van inkomsten wordt beoogd, is niet duidelijk, zodat daarmee in de praktijk niet te werken valt. Bovendien staat geen sanctie op de overtreding daarvan. In feite gaat het veeleer om de clausulering van een bevoegdheid. In dat verband lijkt het meer voor de hand te liggen om dit artikelonderdeel te integreren in artikel 7, ook gelet op de eventueel te verrichten toetsing door de rechter.*

*d. Ingevolge artikel 6, tweede lid, is op het besluit in het kader van artikel 5, eerste lid, afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) van toepassing. Niet duidelijk is hoe zich dat verhoudt tot de procedure bedoeld in artikel 5, tweede en derde lid.*

*e. Artikel 8 bevat een uitzondering op artikel 5 (grondslagvereiste voor verrichten van marktactiviteiten). Deze regeling komt neer op een overgangsregeling van een jaar voor het geval een activiteit van een overheidsorganisatie bij de aanvang vanwege het ontbreken van concurrentie niet als marktactiviteit wordt aangemerkt, doch nadien alsnog concurrentie is ontstaan.*

*Niet duidelijk is op welk moment deze termijn ingaat. Evenmin is duidelijk of dit artikel, daar waar het gaat om de passage «doch nadien concurrentie is ontstaan», betrekking heeft op inmiddels gebleken concurrentie of ook op potentiële concurrentie (een bedrijf dat overweegt de desbetreffende markt te betreden).*

f. De artikelen 8 en 9 hebben tot gevolg dat in feite sprake is van een permanent toezicht. Gezien de doelstellingen van het wetsvoorstel en de ontwikkeling van markten is dat een op zich begrijpelijke benadering. Eén van de kenmerken van de onderhavige problematiek is, dat de discussie in sterke golfbewegingen plaatsvindt. De opvattingen over de mate waarin de overheid zich op de markt begeeft, verschillen van tijd tot tijd. Gewezen kan worden op de uitvoering van de sociale zekerheid, de energiesector en het openbaar vervoer. Het gevolg is dat er nogal wat «jojo»-effecten optreden. De vraag rijst of de artikelen 8 en 9 deze effecten niet mede zullen faciliteren.

g. Artikel 10 geeft enkele uitzonderingen op het grondslagvereiste. In de toelichting wordt ingegaan op de achtergronden. Bij onderdeel a gaat het om marktactiviteiten die een rechtstreekse samenhang vertonen met de uitvoering van bepaalde publieke taken. De Raad wijst erop dat deze bepaling bijzonder conflictgevoelig is (wanneer is er wel/niet zo'n verband?).

h. In artikel 23 wordt het op zich te prijzen beginsel neergelegd dat voor de voor marktactiviteiten in rekening te brengen prijzen de lasten moeten dekken. Omdat echter geen voorziening is getroffen voor de basisfinanciering komt deze bepaling enigszins in de lucht te hangen. Dat geldt temeer gezien de in het algemeen deel van de toelichting vermelde vrijstelling van de heffing van vennootschapsbelasting die in dergelijke situaties veelal van toepassing zal zijn. Verder speelt een rol dat ook bij sommige marktactiviteiten van commerciële partijen de in rekening te brengen prijzen niet altijd op een reële wijze totstandkomen, bijvoorbeeld als gevolg van exploitatie- of prijssubsidies, steunmaatregelen en dergelijke. Het is daardoor zeer de vraag wat nu eigenlijk de maatstaf dient te zijn om eerlijke concurrentieverhoudingen te scheppen.

Zo het wetsvoorstel al zou worden ingediend, adviseert de Raad dit op de onder a tot en met h genoemde punten aan te passen. Hetzelfde geldt ten aanzien van de hierna vermelde punten.

8a. Artikel 2 definieert het begrip overheidsbedrijf. Er is onder meer sprake van een overheidsbedrijf indien een overheidsorganisatie op grond van vennootschapsrechtelijke betrekkingen in staat is het beleid van een privaatrechtelijke rechtspersoon te bepalen. In het tweede lid van artikel 2 wordt aangegeven wanneer van deze situaties in ieder geval sprake is. De Raad van State merkt op dat het gekozen criterium niet duidelijk is. Naar aanleiding van deze opmerking is artikel 2 van het wetsvoorstel aangepast. Deze aanpassing houdt in dat het tweede lid van artikel 2 limitatief in plaats van enuntiatief is geformuleerd en dat de mogelijkheid is opgenomen om bij algemene maatregel van bestuur andere situaties aan te wijzen waarin er sprake is van een overheidsbedrijf. Met deze wijzigingen wordt bewerkstelligd dat de definitie van overheidsbedrijf duidelijker en daarmee minder conflict-opwekkend is geformuleerd. Ook de toelichting bij artikel 2 is naar aanleiding van het advies van de Raad aangepast.

b. In artikel 2, eerste lid, van het wetsvoorstel wordt voor de definitie van overheidsbedrijf een onderscheid gemaakt tussen privaatrechtelijke rechtspersonen enerzijds en niet-rechtspersoonlijkheid bezittende samenwerkingsvormen anderzijds. Voor de privaatrechtelijke rechtspersonen is het voor de vraag of er sprake is van een overheidsbedrijf van belang of één of meer overheidsorganisaties op grond van vennootschapsrechtelijke betrekkingen in staat zijn het beleid van het overheidsbedrijf te bepalen. De Raad van State merkt terecht op dat ingevolge de tekst van het wetsvoorstel dit niet geldt voor niet-rechtspersoonlijkheid bezittende samenwerkingsvormen, terwijl uit enkele passages in het algemeen deel van de memorie van toelichting een andere conclusie getrokken zou kunnen worden. De toelichting geeft inderdaad ruimte voor zo'n op zich zelf onjuiste conclusie. Daarom zijn naar aanleiding van de opmerking van de Raad paragraaf 2.2.5 van het algemeen deel van de memorie van toelichting en de toelichting bij artikel 2 alsnog in lijn gebracht met artikel 2, eerste lid.

c. De Raad van State wijst er op dat de in artikel 4 (oud) opgenomen verbodsbepaling in feite een clausulering is van een bevoegdheid tot het verrichten van marktactiviteiten. Naar aanleiding van het advies van de Raad is de inhoud



van artikel 4 (oud) daarom geïntegreerd in artikel 6 (oud artikel 7). Hiermee is het duidelijk dat een overheidsorganisatie bij het nemen van een besluit moet nagaan of met het verrichten van deze marktactiviteit uitsluitend het verwerven van inkomsten wordt beoogd. Indien van deze situatie sprake is, en er toch wordt besloten tot het verrichten van marktactiviteiten, zal een belanghebbende tegen het besluit tot het verrichten van marktactiviteiten bezwaar en beroep in kunnen stellen. Met de hierboven beschreven wijziging is het mogelijk dat de rechter ook dit onderdeel toetst. Het opnemen van de inhoud van artikel 4 (oud) in artikel 6 heeft ook gevolgen voor artikel 10 (oud artikel 11). Immers, zonder aanpassingen zou deze wijziging betekenen dat marktactiviteiten die onder de bagatelbepaling vallen, wel zouden mogen worden verricht indien hiermee uitsluitend het verwerven van inkomsten wordt beoogd. Dit is een onwenselijke situatie en zou een afzwakking van het wetsvoorstel betekenen. Door in artikel 10 te bepalen dat, ook onder de bagatelbepaling, marktactiviteiten niet mogen worden verricht indien er uitsluitend het verwerven van inkomsten wordt beoogd, is dit ondervangen. Paragraaf 2.2.2, paragraaf 3.1.1 en hoofdstuk 5 van het algemeen deel van de memorie van toelichting zijn in lijn gebracht met het schrappen van artikel 4 en met de wijziging van artikel 6. Voorts zijn de artikelen 9 (oud artikel 10), onderdeel c, artikel 12 (oud artikel 13) en artikel 54 (oud artikel 56) aangepast naar aanleiding van het schrappen van artikel 4. Ook de toelichtingen bij de artikelen 4 (oud), 6, 10, 12 en 54 zijn aangepast.

d. Artikel 5, eerste en tweede lid (oud artikel 5, tweede en derde lid), schrijft voor dat een besluit van een minister pas mag worden genomen nadat het voornemen daartoe aan de beide kamers van de Staten-Generaal is medegedeeld en deze de gelegenheid hebben gehad hierop te reageren, bij voorbeeld met het verzoek om nadere inlichtingen. Daarnaast zal, ingevolge artikel 4, derde lid (oud artikel 6, tweede lid), de voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht moeten worden gevolgd. Dit zijn twee verschillende procedures, die elk een ander doel dienen. Terecht merkt de Raad op dat niet duidelijk is hoe deze procedures zich met elkaar verhouden. Het ligt, gelet op het verschillende karakter van beide procedures, voor de hand dat eerst de voorbereidingsprocedure wordt gevolgd. Daarna zal aan het parlement worden meegedeeld dat het voornemen bestaat een besluit te nemen omtrent het verrichten van marktactiviteiten. Naar aanleiding van het advies van de Raad zijn de artikelen 4 en 5 en de hierbij behorende toelichtingen aangepast om de volgorde van beide procedures vast te leggen.

e. Van een overheidsorganisatie kan, zoals ook uiteen is gezet in de toelichting bij artikel 7 (oud artikel 8), niet worden verwacht dat onmiddellijk aan alle verplichtingen van hoofdstuk 2 van het wetsvoorstel wordt voldaan indien een activiteit van een overheidsorganisatie bij de aanvang vanwege het ontbreken van concurrentie niet als marktactiviteit wordt aangemerkt, doch nadien alsnog concurrentie is ontstaan. Anders dan de Raad van State veronderstelt, geeft artikel 7 een duidelijk moment aan waarop een overheidsorganisatie wel aan alle verplichtingen van hoofdstuk 2 moet voldoen. Immers, in dat artikel is bepaald dat een overheidsorganisatie een jaar nadat een belanghebbende een aanvraag tot het nemen van een besluit omtrent het verrichten van marktactiviteiten heeft ingediend, aan de verplichtingen van het wetsvoorstel moet voldoen. Uit artikel 7 blijkt tevens dat er, evenals in de situatie dat de overheidsorganisatie een besluit neemt voordat marktactiviteiten worden verricht, sprake moet zijn van inmiddels gebleken (in tegenstelling tot potentiële) concurrentie. Op de reikwijdte van het begrip concurrentie wordt nader ingegaan bij de toelichting op het begrip «marktactiviteiten» in artikel 1. De toelichting bij artikel 7 is aangescherpt naar aanleiding van het advies van de Raad van State.

f. Dat met de voorzieningen die worden getroffen in artikel 7 (oud artikel 8) en artikel 8 (oud artikel 9), zoals de Raad stelt, in feite sprake is van een permanent toezicht, is naar onze mening niet juist. Overheidsorganisaties moeten, ook ná het nemen van een besluit omtrent het verrichten van marktactiviteiten, alert blijven op de marktomstandigheden en de maatschappelijke omgeving waaronder zij op de markt opereren, enerzijds om bij gewijzigde marktomstandigheden alsnog een besluit te nemen indien dit

aanvankelijk niet nodig was (artikel 7), anderzijds om regelmatig te toetsen of de marktactiviteiten nog moeten worden voortgezet (artikel 8).

Bij de toetredingsregels is, zoals reeds is uiteengezet in punt 7b van het nader rapport, geen sprake van toezicht in die zin dat er een controlerende instantie is die toeziet op de naleving van de toetredingsregels. Zowel vanwege het feit dat belanghebbenden bij gewijzigde omstandigheden de mogelijkheid moeten hebben om tegen het verrichten van marktactiviteiten op te komen, als vanwege de wenselijkheid dat overheidsorganisaties vanwege veranderende politieke en marktomstandigheden een besluit moeten heroverwegen, achten wij het prudent te voorzien in een moment van evaluatie waarin het veranderende tijdsbeeld wordt meegenomen. Dit zal ertoe bijdragen dat overheidsorganisaties permanent alert zijn op de omgeving waarin zij functioneren en de marktactiviteiten die zij verrichten.

Wat er ook zij van de door de Raad genoemde voorbeelden, ons inziens worden de door de Raad genoemde effecten niet gefaciliteerd door de artikelen 7 en 8. Hoewel wij de mening van de Raad dat de opvattingen over de mate waarin de overheid zich op de markt dient te begeven, van tijd tot tijd verschillen, is dit, zoals eerder uiteengezet onder punt 1 van het nader rapport, geen materie waarover het wetsvoorstel uitspraak doet, tenzij er sprake is van evidente gevallen waarin het onwenselijk is dat marktactiviteiten worden verricht.

g. Zowel door de werkgroep Cohen als in de Aanwijzingen wordt een uitzondering voorgesteld voor marktactiviteiten die onlosmakelijk verbonden zijn met de uitoefening van de publieke taak. Artikel 9 (oud artikel 10) bevat een uitzondering van het grondslagvereiste voor marktactiviteiten die rechtstreeks voortvloeien uit een krachtens wettelijk voorschrift of bij besluit van een bestuursorgaan aan de overheidsorganisatie opgedragen taak. In de toelichting bij artikel 9 wordt uiteengezet dat de in dit wetsvoorstel gekozen formulering beter geschikt is dan het begrip «onlosmakelijk verbonden». Het begrip «rechtstreeks voortvloeien» dient daarbij in enge zin geïnterpreteerd te worden. De productie en levering van goederen en diensten, al dan niet in concurrentie met derden, moet als zodanig direct uit de taakopdracht te herleiden zijn.

Wij zijn van mening dat er bij het vaststellen van het antwoord op de vraag of een activiteit rechtstreeks voortvloeit uit de taakopdracht enige ruimte tot interpretatie bestaat. Een dergelijke discretionaire ruimte is echter niet ongebruikelijk. Wij zijn het dan ook niet eens met de stelling van de Raad van State dat artikel 9 conflictgevoelig is.

Naar aanleiding van het advies van de Raad is paragraaf 2.2.2 van het algemeen deel van de memorie van toelichting aangepast. Hiermee wordt beoogd meer duidelijkheid te scheppen over de reikwijdte van artikel 9, onderdeel a.

Ook de toelichting bij artikel 9 is hiertoe aangevuld.

h. Met de Raad van State menen wij dat het van belang is voor de marktactiviteiten prijzen in rekening te brengen die de lasten dekken. In artikel 22 (oud artikel 23), eerste lid, van het wetsvoorstel wordt dan ook geregeld dat overheidsorganisaties prijzen in rekening moeten brengen waarbij ten minste alle directe en indirecte aan de marktactiviteiten toe te rekenen lasten door de verwachte baten worden gedekt. Ingevolge artikel 6 (oud artikel 7), tweede lid, onderdeel c, moet de overheidsorganisatie bij het besluit omtrent het verrichten van marktactiviteiten aangeven welke geldmiddelen voor zulke activiteiten ter beschikking worden gesteld. Omdat dit een onderdeel is van de besluitvorming over het verrichten van marktactiviteiten, zal bij het ter beschikking stellen van geldmiddelen rekening worden gehouden met de gevolgen voor derden. Ingevolge artikel 22, derde lid, betekent het ter beschikking stellen van geldmiddelen immers dat voor deze marktactiviteiten een niet-marktconforme prijs kan worden berekend. Anders dan de Raad van State zijn wij niet van mening dat artikel 22 zonder een regeling voor basisfinanciering in de lucht komt te hangen. Ook zonder een aparte regeling voor de vennootschapsbelasting en basisfinanciering is artikel 22 nuttig in combinatie met artikel 6. Artikel 22 waarborgt dat prijzen van marktactiviteiten op een heldere manier tot stand komen en dat alle lasten door te verwachten baten (inclusief de middelen die een overheidsorganisatie hiervoor ter beschikking stelt) worden gedekt. Overigens is het wel wenselijk dat er een

oplossing komt voor de vrijstelling van de heffing van vennootschapsverplichting. Aan de oplossing van dit probleem wordt binnen de fiscale wetgeving thans gewerkt.

Uiteraard zullen, zoals ook de Raad constateert, bij commerciële partijen prijzen niet altijd op een reële wijze tot stand komen. Echter, het wetsvoorstel, inclusief artikel 22, beoogt geen regels te stellen voor de prijsvorming van alle commerciële ondernemingen.

#### *Overige opmerkingen*

*9. Artikel 5 stelt voor het verrichten van marktactiviteiten door overheidsorganisaties de eis dat dit uitsluitend mag op grond van de wet of een besluit. Hier lijkt sprake van een oneigenlijk gebruik van het wetgevingsinstrument. Het gaat immers slechts om de (procedurele) toetreding tot de markt en niet om het stellen van inhoudelijke regels. Uit een oogpunt van rechtsbescherming is de keuze voor de wet of een besluit van het bestuur niet erg consistent. Anders dan bij een wet staat tegen een besluit wel bezwaar en beroep open.*

9. De Raad van State stelt terecht dat artikel 4 (oud artikel 5) van het wetsvoorstel procedurele regels stelt voor de toetreding tot de markt. Dit artikel moet echter in samenhang met artikel 6 (oud artikel 7) worden gezien, dat een materiële norm bevat. Er is dus, naast procedurele regels voor toetreding tot de markt, ook sprake van een materiële norm. Het is inderdaad juist dat tegen een wet geen bezwaar en beroep openstaat en tegen een besluit wel. Echter, bij de totstandkoming van een wet in formele zin zijn er voor belanghebbenden ook mogelijkheden om hun belangen onder de aandacht van de wetgever te brengen. Een bepaling dat de Staat uitsluitend marktactiviteiten mag verrichten indien daaraan een besluit ten grondslag ligt, zou weinig betekenen. Het staat de wetgever immers altijd vrij om bij of krachtens een wet in formele zin regels te stellen omtrent het verrichten van bepaalde marktactiviteiten.

Gelet hierop, menen wij dan ook dat er geen sprake is van een oneigenlijk gebruik van het wetgevingsinstrument. Immers, een besluit over het verrichten van marktactiviteiten kan, voor zover het de Staat betreft, op verschillende manieren vorm gegeven worden. Ongeacht de vorm, is het van belang dat de afweging, zoals voorgeschreven in artikel 6 van het wetsvoorstel, plaatsvindt. Het is daarom van belang dat het instrument van wet in formele zin uitdrukkelijk in artikel 4 wordt genoemd.

*10. Artikel 7 geeft een opdracht om bij het nemen van een besluit of het opstellen van een wet als bedoeld in artikel 5, eerste lid, een afweging te maken of het verrichten van marktactiviteiten de aangewezen weg is om het desbetreffende publieke belang te dienen. Voorzover het gaat om besluiten is duidelijk dat daarmee een toetsingskader voor handen is in geval van beroep tegen dergelijke besluiten. Onduidelijk is echter wat de betekenis is voor wetten als bedoeld in artikel 5, eerste lid. Een formele wet kan door de rechter niet aan deze bepaling worden getoetst. Veel meer lijkt het te gaan om een bepaling die een instructienorm geeft aan de bijzondere wetgever of moet worden gezien als een intentieverklaring van de formele wetgever. In zoverre rijst dan de vraag waarom deze bepaling in een formele wet wordt opgenomen en niet met het instrument van de aanwijzing zou kunnen worden volstaan.*

10. Met de Raad van State menen wij dat de betekenis van artikel 6 (oud artikel 7), voor zover het wetten in formele zin betreft, het karakter heeft van een instructienorm. Zoals reeds is uiteengezet onder punt 9 van het nader rapport, achten wij het van belang in artikel 4 (oud artikel 5) het instrument van wet in formele zin uitdrukkelijk te noemen. Wij beogen met het wetsvoorstel voor alle overheidsorganisaties een uniforme regeling te treffen waarin de normen voor het verrichten van marktactiviteiten zijn opgenomen. Het opnemen van deze norm in aanwijzingen, zoals de Raad adviseert, zou afbreuk doen aan het streven naar uniformiteit.

Het gezag van de Wet markt en overheid ten opzichte van latere wetten, is het gezag van een algemene wet ten opzichte van een bijzondere wet. Dit houdt in dat, zoals beschreven staat in aanwijzing 49 van de Aanwijzingen voor de regelgeving, bij bijzondere wetten alleen van de algemene wet wordt

afgeweken indien dit noodzakelijk is. Een afwijking moet dan in de memorie van toelichting bij de bijzondere wet worden gemotiveerd. Gelet op het belang van één uniforme regeling voor besluiten over het verrichten van marktactiviteiten door overheidsorganisaties, achten wij het niet wenselijk, zoals de Raad adviseert, te volstaan met het instrument van aanwijzingen voor wetten die regels stellen over het verrichten van marktactiviteiten.

*11. De Commissie heeft tot taak overheidsorganisaties die voornemens zijn marktactiviteiten te verrichten of een overheidsbedrijf op te richten dan wel deel te nemen in een dergelijk bedrijf te adviseren. Gelet hierop wekt het bevreemding dat artikel 17, derde lid, wel een wachttermijn bevat voor het nemen van een besluit tot het verrichten van marktactiviteiten, doch niet voor het nemen van een besluit tot het oprichten, medeoprichten van of deelnemen in een overheidsbedrijf.*

11. Met de Raad van State menen wij dat de wachttermijn van artikel 16 (oud artikel 17), derde lid, van het wetsvoorstel van toepassing moet zijn indien een overheidsorganisatie voornemens is marktactiviteiten te verrichten én indien een overheidsorganisatie voornemens is een overheidsbedrijf op te richten of hierin deel te nemen. Indien in een bedrijf wordt deelgenomen om het voortbestaan te verzekeren, geldt ingevolge het nieuwe artikel 16, vierde lid, de wachttermijn niet.

Naar aanleiding van het advies van de raad is artikel 16 en de hierbij behorende toelichting aangepast.

*12. Paragraaf 2 van hoofdstuk 4 bevat artikelen over de samenstelling en de werkwijze van de Commissie. De vraag rijst of er ook niet een regeling zou moeten worden getroffen voor de materiële voorzieningen, zoals het beschikbaar stellen van een budget.*

12. Terecht merkt de Raad van State op dat paragraaf 2 van hoofdstuk 4 van het wetsvoorstel, dat gaat over de samenstelling en de werkwijze van de commissie, geen regeling kent voor de materiële voorzieningen van de commissie, zoals het beschikbaar stellen van een budget. In artikel 20 (oud artikel 21), tweede lid, is wel geregeld dat de Minister van Economische Zaken personeel, waaronder een secretaris, ter beschikking van de commissie stelt voor de uitvoering van de taken. De loonkosten van de secretaris en het andere personeel zullen door het Ministerie van Economische Zaken gedragen worden. Hiermee is een voorziening getroffen voor een belangrijk deel van de kosten van de commissie. Uiteraard zijn er ook nog andere kosten. Te denken valt hierbij bijvoorbeeld aan kosten van huisvesting, automatisering en andere kantoorvoorzieningen. Naar aanleiding van het advies van de Raad is aan artikel 20 een derde lid toegevoegd, waarin wordt bepaald dat de commissie de taken vervult met de middelen die hiervoor in de EZ-begroting zijn opgenomen. Ook is de toelichting bij artikel 20 naar aanleiding van het advies van de Raad aangevuld.

*13. Op grond van de gedragsregel van (het eerste lid van) artikel 26 mag een overheidsorganisatie een overheidsbedrijf, waarbij zij is betrokken, niet bevoordelen boven andere ondernemingen waarmee dat overheidsbedrijf in concurrentie treedt. Nog afgezien van het feit dat niet duidelijk is wat precies onder «niet bevoordelen» wordt verstaan, klemt hier temeer dat het wetsvoorstel het verstrekken van basisfinanciering aan een overheidsbedrijf niet als een vorm van bevoordeling beschouwt. Zoals hiervoor reeds is opgemerkt, wordt het vraagstuk van de basisfinanciering thans niet geregeld, doch vooruitgeschoven.*

13. Het voorschrift dat een overheidsorganisatie een overheidsbedrijf waarbij zij is betrokken niet mag bevoordelen, zoals in artikel 25 (oud artikel 26) van het wetsvoorstel is opgenomen heeft betrekking op elke vorm van bevoordeling. In artikel 25, tweede en derde lid, van het wetsvoorstel wordt een aantal voorbeelden gegeven van een dergelijke bevoordeling. Bovendien komt, zoals beschreven in de toelichting bij artikel 25, deze norm ook al elders voor. Naar aanleiding van het advies van de Raad van State is artikel 25, derde

lid, aangevuld. Daarmee is naar onze mening voldoende duidelijk omschreven wat «niet bevoordelen» inhoudt.

Met betrekking tot het punt van de Raad van State over de basisfinanciering verwijzen wij naar hetgeen hierover is opgemerkt onder punt 3 van het nader rapport.

*14. In artikel 32, aanhef en onder a, worden hogescholen van de werking van hoofdstuk 7 uitgezonderd. Dit behoeft nadere toelichting in verband met de omstandigheid dat hogescholen in toenemende mate ook (op toepassing gericht) onderzoek verrichten.*

14. Terecht merkt de Raad van State op dat hogescholen in toenemende mate op toepassing gericht onderzoek verrichten. Wij hebben er echter voor gekozen hogescholen niet als onderzoeksinstellingen in de zin van artikel 31 (oud artikel 32) aan te merken. Reden hiervoor is dat de bijzondere regels in hoofdstuk 7 betrekking hebben op instellingen waarvan de kerntaak (mede) gericht is op onderzoek en niet op instellingen die (alleen) onderwijs als hoofdtak kennen, zoals hogescholen. Overeenkomstig het advies van de Raad van State is paragraaf 2.3.2 van het algemeen deel van de memorie van toelichting gewijzigd om deze redenen beter tot uitdrukking te brengen.

*15. Hoofdstuk 7 bevat – binnen de context van het wetsvoorstel terecht – een speciale (eenvoudiger) regeling voor onderzoeksinstellingen. Artikel 34 is, naar het de Raad voorkomt, echter te onbepaald.*

15. Hoewel de Raad van State een bijzondere regeling voor onderzoeksinstellingen binnen het wetsvoorstel onderschrijft, is hij van mening dat artikel 33 (oud artikel 34) te onbepaald is. In artikel 33 is geregeld dat een marktactiviteit uitsluitend wordt uitgevoerd indien het belang van het uitvoeren van de desbetreffende activiteit opweegt tegen het belang van derden tegen een zodanige concurrentie te worden beschermd. Deze norm sluit aan bij de norm voor overheidsorganisaties, zoals opgenomen in artikel 6 (oud artikel 7), vierde lid, onderdeel a. Dit houdt in dat voor onderzoeksinstellingen geen toetredingsregels gelden. Ook van onderzoeksinstellingen mag echter gevraagd worden dat zij zich vooraf afvragen of het gepast is om marktactiviteiten gericht op kennisontwikkeling en overdracht uit te voeren. Daarbij dienen de mogelijk nadelige effecten voor de desbetreffende markt en de individuele ondernemers in het oog gehouden te worden. Naar aanleiding van het advies van de Raad van State hebben wij geconstateerd dat het wenselijk is duidelijk neer te leggen wanneer artikel 33 toegepast moet worden. Artikel 33 en de hierbij behorende toelichting, alsmede paragraaf 2.3.2. van het algemeen deel van de memorie van toelichting, zijn derhalve aangevuld teneinde duidelijk tot uitdrukking te brengen dat vóórdat een marktactiviteit door een onderzoeksinstelling wordt uitgevoerd, rekening moet worden gehouden met deze norm.

*16. Ingevolge artikel 35 is op de behandeling van een klacht bij een onderzoeksinstelling over de toepassing van artikel 34 de in hoofdstuk 9 Awb geregelde procedure van toepassing. Dit veronderstelt dat die onderzoeksinstellingen altijd bestuursorgaan zijn. Niet duidelijk is of dat in de praktijk ook zo is. In de toelichting dient hieraan alsnog aandacht te worden besteed en zo nodig dient het wetsvoorstel te worden aangevuld.*

16. Onderzoeksinstellingen zijn niet per definitie bestuursorganen; er zijn ook privaatrechtelijke onderzoeksinstellingen die geen bestuursorgaan zijn. Deze zullen met name te vinden zijn bij de ingevolge artikel 31 (oud artikel 32), onderdeel e, bij algemene maatregel van bestuur aangewezen wetenschappelijke of technologische onderzoeksinstellingen. Hoofdstuk 9 van de Algemene wet bestuursrecht geldt thans niet voor alle bestuursorganen. Het is bij voorbeeld nog niet in werking getreden voor beleidsterreinen die worden bestreken door de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek, voor zover het onderwijsinstellingen betreft.

Om deze twee redenen is in artikel 34 (oud artikel 35) van het wetsvoorstel uitdrukkelijk bepaald dat op behandeling van klachten over het verrichten van marktactiviteiten bij een onderzoeksinstelling, de in hoofdstuk 9 van de Algemene wet bestuursrecht beschreven procedure van toepassing is.

Hiermee wordt gewaarborgd dat alle onderzoeksinstellingen, ongeacht de vraag of het bestuursorganen zijn en ongeacht de vraag of, indien het bestuursorganen zijn, hoofdstuk 9 van de Algemene wet bestuursrecht van toepassing is, klachten over marktactiviteiten op een zorgvuldige en uniforme wijze zullen behandelen. Naar aanleiding van de opmerking van de Raad van State zijn artikel 34 en de toelichting bij dit artikel aangevuld.

*17. De gehanteerde grens in euro in artikel 36, tweede lid, lijkt de Raad lastig hanteerbaar, nu de bepaling lijkt uit te gaan van universiteiten etc. als geheel, maar universiteiten in feite een veelheid van al dan niet in speciale rechtspersonen ondergebrachte instituten omvatten.*

17. Ingevolge artikel 31 (oud artikel 32), onderdeel a, van het wetsvoorstel zijn universiteiten aangewezen als onderzoeksinstelling. Voor zover een universiteit al uit meerdere rechtspersonen zou bestaan, wordt deze in de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek als één entiteit benaderd, bijvoorbeeld wat de planvorming of bekostiging betreft. De (financiële) verantwoording over de activiteiten moet op grond van artikel 2.9 van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek ook op het niveau van de gehele universiteit geaggregeerd worden. Op basis van resultaten uit voorgaande jaren is vast te stellen of de bagatelgrens overschreden zal worden of niet. Anders dan de Raad achten wij gelet op het bovenstaande de in artikel 31 genoemde grens dus goed hanteerbaar.

*18. Artikel 64 bevat een overgangsregeling voor nutsbedrijven. De vraag rijst hoe dit artikel, en in het bijzonder de daarin opgenomen termijn, zich verhoudt tot artikel 16 van het EG-Verdrag.*

18. Artikel 16 van het EG-Verdrag heeft betrekking op diensten van algemeen economisch belang. Zoals uiteengezet in de memorie van toelichting bij de Goedkeuringswet van het Verdrag van Amsterdam (Kamerstukken II 1997/98, 25 922 nr. 3, blz. 43), benadrukt artikel 16 van het EG-Verdrag het belang van openbare dienstverlening voor de Unie. De bepaling verplicht de Gemeenschap en de lidstaten binnen hun respectieve bevoegdheden zorg te dragen voor het goed functioneren van de openbare dienstverlening. Het artikel laat de bestaande bepalingen van het EG-Verdrag onverlet. Er wordt met artikel 16 van het EG-Verdrag geen rechtsbasis voor maatregelen ter ondersteuning van de openbare dienstverlening geschapen.

In artikel 62 (oud artikel 64) van het wetsvoorstel worden ondernemingen waaraan op grond van de Elektriciteitswet 1998 of de Gaswet een uitsluitend of bijzonder recht is verleend, tot 1 januari 2004 uitgezonderd van de werking van hoofdstuk 6 van het wetsvoorstel, voor zover het de uitoefening van dat recht betreft. Reden voor deze uitzondering is, zoals uiteengezet in paragraaf 2.3.1 van het algemeen deel van de memorie van toelichting, dat deze ondernemingen zich in een overgangperiode naar een zo vrij mogelijke markt bevinden. Op dit moment gelden ingevolge de Europese regelgeving voor de liberalisering van de markt van gas (artikel 13 van de richtlijn nr. 98/30/EG, PbEG L 204) en de liberalisering van de markt van elektriciteit (artikel 14 van richtlijn nr. 96/92/EG, PbEG 1997, L27) al voorschriften die gedeeltelijk op een zelfde gebied liggen als de in hoofdstuk 6 van het wetsvoorstel opgenomen voorschriften. Het zou tot onnodige administratieve belasting leiden als, gedurende het proces van liberalisering, de voorschriften van hoofdstuk 6 van het wetsvoorstel zouden gelden naast de reeds geldende voorschriften op basis van de Gaswet en de Elektriciteitswet 1998.

Voor de periode na 1 januari 2004 zal de verhouding tussen het wetsvoorstel enerzijds en de Gaswet en de Elektriciteitswet 1998 anderzijds worden geregeld in de in paragraaf 4.4 van het algemeen deel van de memorie van toelichting aangekondigde Invoeringswet markt en overheid.

Naar onze mening is artikel 62 van het wetsvoorstel niet in strijd met artikel 16 van het EG-Verdrag. De Europese regels voor de liberalisering van de markt van gas en elektriciteit blijven onverkort van kracht en het goed functioneren van de openbare dienstverlening wordt niet geraakt door artikel 62 van het wetsvoorstel.

*19. Voor redactionele kanttekeningen verwijst het college naar de bij het advies behorende bijlage.*

19. De redactionele opmerkingen van de Raad van State zijn in het wetsvoorstel verwerkt, met dien verstande dat aan de eerste opmerking van de Raad geen gevolg is gegeven aangezien artikel 9 (oud artikel 10) slechts één lid kent. Aan de opmerking met betrekking tot artikel 45 (oud artikel 46), eerste lid, is geen gevolg gegeven aangezien met de zinsnede «na afloop van het onderzoek» is aangesloten bij de terminologie van de Mededingingswet.

20. Van de gelegenheid is gebruik gemaakt ambtshalve nog enkele wijzigingen in de wettekst en de memorie van toelichting aan te brengen.

In de eerste plaats zijn artikel 25 (oud artikel 26), vierde lid, en artikel 28 (oud artikel 29), derde lid, van het wetsvoorstel geschrapt. In artikel 25, vierde lid, van het wetsvoorstel was bepaald dat een overheidsorganisatie bij zijn jaarrekening een verklaring moest voegen waaruit zou blijken dat de financiële verhouding tussen de overheidsorganisatie en het overheidsbedrijf voldoet aan de in het eerste lid gestelde eisen. Deze verklaring zou voor een ieder ter inzage liggen. Op grond van artikel 28, derde lid, van het wetsvoorstel was een onderneming verplicht bij zijn jaarrekening een verklaring te voegen dat aan de administratieve eisen, genoemd in artikel 28, eerste lid, was voldaan. Ook deze verklaring zou voor een ieder ter inzage liggen. Bij nadere beschouwing hebben wij afgezien van deze twee bepalingen. De toegevoegde waarde van beide bepalingen uit een oogpunt van handhaving is niet zodanig groot dat deze opweegt tegen de bestuurlijke en administratieve lasten. De bedoelde verklaringen worden niet opgesteld in het kader van een deskundigenonderzoek zoals bedoeld in artikel 393 van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (jaarrekening onderzoek door een registeraccountant of een bevoegde Accountant-Administratieconsulent) en bieden daarmee onvoldoende zekerheid voor de toezichthouder om zijn toezicht op te kunnen baseren. De NMa zal derhalve nog steeds zelf een onderzoek naar de naleving moeten instellen. Om deze reden is ook al van een «eigen verklaring» afgezien bij het wetsvoorstel tot Wijziging van de Mededingingswet in verband met de implementatie van een wijziging van de EG-transparantierichtlijn (Kamerstukken II 2000/01, 27 870 nr. 2). De paragrafen 3.2.2. en 6.4 van het algemeen deel van de memorie van toelichting alsmede de toelichting bij de artikelen 25 en 28 zijn naar aanleiding van deze wijziging aangepast.

In de tweede plaats is het wetsvoorstel aangevuld op het punt van de besluitvorming over het oprichten van of deelnemen in overheidsbedrijven. Bij de wijziging van het doel of de taken van een bestaand overheidsbedrijf, bijvoorbeeld door statutenwijzigingen, zijn de artikelen 11 (oud artikel 12) en 12 (oud artikel 13) niet van toepassing. Deze zogenaamde «omvorming» van een overheidsbedrijf, waarbij mogelijk nieuwe taken worden toegekend, valt niet onder de begrippen «oprichting van» of «deelname in». Een gevolg hiervan is dat er bij de goedkeuring van een dergelijke statutenwijziging geen afweging en besluitvorming conform artikel 12 van het wetsvoorstel hoeft plaats te vinden. Een oordeel over de gewijzigde statuten (en daarmee over deelname in het overheidsbedrijf) is dan pas bij de heroverweging weer aan de orde zijn. Het voorgaande verhoudt zich slecht met het beoogde doel van artikel 12, waarin een zorgvuldige – en dus actuele – afweging wordt gevraagd over taken en doelen van een overheidsbedrijf. Aan artikel 12 is daarom een zesde lid toegevoegd, dat regelt dat indien ingevolge een wijziging van de statuten nieuwe doelstellingen of nieuwe taken aan een overheidsbedrijf worden toegekend, op het besluit van de betrokken minister omtrent goedkeuring van deze wijziging, de eerste drie leden van artikel 12 van overeenkomstige toepassing zijn. Ook is de toelichting bij artikel 12 naar aanleiding hiervan aangepast.

In de derde plaats zijn in het wetsvoorstel enkele technische verbeteringen doorgevoerd.

In artikel 7 (oud artikel 8) is uitdrukkelijk aangegeven waar een belanghebbende een aanvraag tot het nemen van een besluit moet indienen door het invoegen van de woorden «bij de desbetreffende overheidsorganisatie». In artikel 25, vierde lid (oud artikel 26, vijfde lid), zijn de woorden «op basis van een begrotingspost» geschrapt omdat dit geen juiste weergave is van de huidige praktijk.

De reikwijdte van artikel 29 is beperkt door te bepalen dat middelen die ten dienste staan van of verkregen zijn uit een bijzonder of uitsluitend recht, in Nederland uitsluitend onder bepaalde voorwaarden voor andere activiteiten mogen worden benut. Hiermee wordt voorkomen dat bedrijven die een

bijzonder of uitsluitend recht in Nederland hebben en daarnaast ook in andere landen actief zijn, in hun vrijheid van handelen in die andere landen zouden worden beperkt ingevolge deze bepaling.

Artikel 49 (oud) verwees abusievelijk naar artikel 40 (oud) van het wetsvoorstel. Om dit te herstellen is aan artikel 46 een vierde lid toegevoegd, waarin wordt bepaald dat ten aanzien van intrekking en wijziging van een last onder dwangsom, artikel 66 van de Mededingingswet van toepassing is. Artikel 49 (oud) is daarom komen te vervallen. De toelichting bij artikel 46 en artikel 49 (oud) is aan deze wijziging aangepast.

In artikel 62 (oud artikel 64) is de datum van 1 januari 2004 geschrapt en is bepaald dat tot een bij koninklijk besluit te bepalen datum hoofdstuk 6 niet van toepassing op ondernemingen aan welke op grond van de Elektriciteitswet 1998 of de Gaswet een bijzonder of uitsluitend recht is verleend. Reden hiervoor is dat thans nog niet duidelijk is op welk moment de liberalisering van de energiemarkt voltooid zal zijn.

Tot slot is een aantal ondergeschikte redactionele wijzigingen aangebracht in de wettekst en de memorie van toelichting.

*De Raad van State heeft mitsdien blijkens het vorenstaande bezwaar tegen zowel de vorm als de inhoud van het voorstel van wet en geeft U in overweging dit niet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal.*

*De Vice-President van de Raad van State,  
H. D. Tjeenk Willink*

Ik moge U verzoeken, mede namens de Minister van Justitie, het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Economische Zaken,  
A. Jorritsma-Lebbink



**Bijlage bij het advies van de Raad van State van 8 juni 2001, no. W10.01.0128/II, met redactionele kanttekeningen die de Raad in overweging geeft.**

- Indien het tweede lid van artikel 10 een afwijking van het eerste lid betekent, dan dient dit (beter) tot uitdrukking te worden gebracht.
- Aan het slot van artikel 14, eerste lid, toevoegen: van die overheidsorganisatie.
- Artikel 45, vierde lid, schrappen. In verband met de verwijzing in artikel 47, tweede lid, naar artikel 64 van de Mededingingswet is dit artikelonderdeel overbodig.
- In artikel 46, eerste lid, «na afloop van het onderzoek» vervangen door: op grond van het onderzoek. De memorie van toelichting nader bezien op de begrippen nietig en vernietigbaar (overeenkomsten). Deze begrippen worden door elkaar gebruikt.