



Ministerie van Economische Zaken,
Landbouw en Innovatie

Handreiking **Wet Markt en Overheid**

Colofon

Deze handreiking is een uitgave van het Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie. De publicatie is opgesteld door Deloitte Consulting B.V. in samenwerking met het Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie.

Hoewel bij deze uitgave de uiterste zorg is nagestreefd, kunnen noch de auteurs noch de rechthebbenden enige aanspelijkheid aanvaarden voor eventuele (druk-)fouten of onvolledigheden.

Deze publicatie is onder meer te downloaden via de volgende website;
<http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/mededinging/markt-en-overheid>

Klankbordgroep

De totstandkoming van de handreiking is begeleid door een klankbordgroep die bestond uit vertegenwoordigers van:

het Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie;
het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties;
het Ministerie van Infrastructuur en Milieu ;
het Ministerie van Financiën;
de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG) en van gemeenten;
het Interprovinciaal Overleg (IPO) en van een provincie;
de Unie van Waterschappen.

De tekst van deze handreiking is vastgesteld door het Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie op 1 juli 2012.

Inhoud

Voorwoord	4	4.2 Gedragsregel 2: Bevoordelingsverbod van overheidsbedrijven	37
1. Inleiding	5	4.2.1 Algemeen kader om vast te stellen of sprake is van niet toegestane bevoordeling	37
2. Stappenplan Wet Markt en Overheid	8	4.2.2 Specifiek verboden gedragingen	38
3. Reikwijdte van de Wet Markt en Overheid	20	4.3 Gedragsregel 3: Gegevensgebruik	39
3.1 Overheden	20	4.3.1 Algemeen kader	39
3.1.1 Begrip 'overheid'	20	4.3.2 Afbakening met Richtlijn hergebruik overheidsinformatie en de Wet Openbaarheid van Bestuur	39
3.1.2 Uitgezonderde bestuursorganen	20	4.4 Gedragsregel 4: Functiescheiding	39
3.1.3 Geheel of gedeeltelijk uitgezonderde sectoren	20	4.4.1 Achtergrond	40
3.2 Begrip 'economische activiteit'	22	4.4.2 Dubbele betrokkenheid	40
3.2.1 Algemeen	22	4.4.3 Functiescheiding	40
3.2.2 Uitgezonderde economische activiteiten	23	5. Toezicht	41
3.3 Overheidsbedrijven	28	6. Rechtsbescherming voor belanghebbenden; bestuursrechtelijke weg en een civielrechtelijke procedure tot schadevergoeding	43
3.3.1 Onderneming met privaatrechtelijke persoonlijkheid	28	7. Overgangsregime	45
3.3.2 Deelneming in een personenvennootschap	30	8. Begrippenlijst	46
4. Inhoud van de Wet Markt en Overheid	31		
4.1 Gedragsregel 1: Integrale kostendoorberekening	31		
4.1.1 Algemeen	31		
4.1.2. Integrale kostendoorberekening	32		
4.1.3. Verhouding met reeds bestaande regelingen zoals de Handreiking leges en tarieven, model kostenonderbouwing, verschil in aanpak	35		
4.1.4 Inzichtelijkheid van administratie (bewijslast)	35		
4.1.5 Uitzonderingen	35		

Voorwoord

Voor u ligt de Handreiking Wet Markt en Overheid. Deze wet bevat gedragsregels voor de centrale overheden, decentrale overheden en publiekrechtelijke zelfstandige bestuursorganen, indien zij ervoor kiezen goederen of diensten zelf of via hun overheidsbedrijven op de markt aan te bieden. Voorbeelden hiervan zijn de verhuur van sportzalen, het verzorgen van groenvoorziening bij particulieren, het aanbieden van reclamediens ten of het verrichten van adviesdiensten aan ondernemingen. Omdat overheden bij het verrichten van dergelijke economische activiteiten oneigenlijk gebruik kunnen maken van publieke middelen, kan dit leiden tot concurrentievervalsing met bedrijven.

De Wet Markt en Overheid heeft het doel deze concurrentievervalsing tegen te gaan en zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen overheden en bedrijven te creëren. De Wet Markt en Overheid bevat hiervoor vier gedragsregels waaraan overheden zich moeten houden, indien zij zelf of via hun overheidsbedrijven economische activiteiten uitvoeren. Het blijft de keuze van overheden zelf om te bepalen of zij wel of geen economische activiteit gaan verrichten. Hiermee wordt recht gedaan aan de autonomie van overheden. Echter, indien overheden actief worden op een markt dan dienen zij aan de gedragsregels te voldoen, enkele uitzonderingen daargelaten. De Nederlandse Mededingingsautoriteit zal toezien op de naleving van deze regels.

Over de reikwijdte en de inhoud van de gedragsregels, en de toepassing ervan zijn inmiddels veel vragen gerezen. Wat wordt bijvoorbeeld precies verstaan onder 'de overheid'? en: wanneer is de wet dan precies wel en niet van toepassing? Wat is de relatie met de Europese staatssteunregels? Ik hecht groot belang aan een goede uitvoering van deze wet in de praktijk. Deze handreiking beoogt dan ook helderheid op deze vragen te geven en handvatten te bieden voor overheden die met de wet te maken krijgen. In een beslisboom, met een toelichtend stappenplan, wordt stap voor stap ingegaan op de vragen die overheden dienen te beantwoorden om te bepalen of, en zo ja hoe, de wet op hen van toepassing is. Een verdiepend kader biedt hierbij extra achtergrondinformatie.

Overheden blijven, zoals aangegeven, in principe vrij om economische activiteiten te verrichten. De diversiteit van gevallen die binnen de reikwijdte van de Wet Markt en Overheid vallen, is groot. Mogelijk biedt deze handreiking niet voor iedere markt-en-overheid-situatie meteen een pasklaar antwoord of model. Door zijn opzet en inhoud, de voorbeelden en verwijzingen naar de jurisprudentie en achtergronddocumenten van de wet biedt deze praktische gids echter de handvatten voor het beantwoorden van al uw vragen over markt en overheidproblematiek.

Wij wensen u veel succes met het 'markt en overheid-proof' maken van uw organisatie en uw economische activiteiten!



drs. M.J.M. Verhagen
Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie

Den Haag, 1 juli 2012

1. Inleiding

Aanleiding voor de Wet Markt en Overheid

Overheden verrichten over het algemeen publiekrechtelijke taken. In de afgelopen jaren zijn overheden zelf of via hun overheidsbedrijven steeds meer economische activiteiten gaan verrichten. Uit onderzoek uit 2002 bleek dat deze activiteiten toen betrekking hadden op een omzet van ongeveer 2,5 miljard euro.² Volgens dit onderzoek heeft de gehele overheid ongeveer 1900 deelnemingen in zogenaamde overheidsbedrijven die in 2002 naar schatting een totale omzet hebben van 25 miljard euro.

Met deze economische activiteiten treedt de overheid in concurrentie met particuliere ondernemingen. Dit kan leiden tot oneerlijke concurrentie, omdat overheden vanuit hun publieke functie concurrentievoordelen kunnen hebben en daarmee in staat zijn goederen of diensten aan te bieden voor een lagere prijs dan concurrerende ondernemingen. Het Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie heeft in de afgelopen jaren veel klachten ontvangen van bedrijven die te maken hebben met oneerlijke concurrentie door de overheid.

Tegen deze achtergrond is de Wet Markt en Overheid (Wet M en O) in het leven geroepen die tot doel heeft zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen overheden en bedrijven te creëren. Dit komt ook het innovatieve vermogen van de Nederlandse economie ten goede. Een gelijk speelveld tussen overheden en ondernemingen draagt bij aan bevordering van de welvaart.³

Om concurrentievervalsing te voorkomen zijn bij de Wet M en O in de Mededingingswet (Mw) vier gedragsregels opgenomen waaraan overheden zich moeten houden wanneer zij zelf of via hun overheidsbedrijven economische activiteiten verrichten. De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) ziet toe op de naleving van deze regels.⁴

Doel van de handreiking Wet Markt en Overheid (handreiking)

Deze handreiking bevat voor overheden, overheidsbedrijven en ondernemers een toelichting op de gedragsregels uit de Wet M en O. Deze handreiking maakt duidelijk wat de gedragsregels inhouden, hoe de gedragsregels moeten worden toegepast en wanneer deze gedragsregels gelden. Daarmee bevat de handreiking een schema dat duidelijk maakt in welke gevallen de gedragsregels van toepassing zijn.

Deze handreiking is tevens een praktische gids die antwoord geeft op vragen als: Wat is een overheid? Wat is een overheidsbedrijf? Wat is een economische activiteit? Wanneer is sprake van een algemeen belang? Aan welke gedragsregels dienen overheden zich te houden? Hoe en door wie wordt de Wet M en O gehandhaafd? Waaruit bestaat de rechtsbescherming voor de ondernemer? Wat is de rechtspositie van overheden in het kader van de handhaving van de Wet M en O?

Een overheid is zelf verantwoordelijk om in overeenstemming met de gedragsregels uit de Wet M en O te handelen. Deze handreiking heeft het karakter van een toelichting. Uit de handreiking vloeien geen verplichtingen voort. Ook kunnen er geen rechten aan worden ontleend. Ook de NMa en de rechter zijn niet aan de handreiking gebonden.

¹ Wet van 24 maart 2011 tot wijziging van de Mededingingswet ter invoering van regels inzake ondernemingen die deel uitmaken van een publiekrechtelijke rechtspersoon of die hiermee zijn verbonden (aanpassing Mededingingswet ter invoering van gedragsregels voor de overheid), Stb. 2011, 162. Die regels worden in deze handreiking kortweg aangeduid met de term 'Wet Markt en Overheid' (Wet M en O). De wet treedt in werking met ingang van 1 juli 2012 (Stb. 2012, 254).

² Atos Consulting, Onderzoek naar de kosten van de aanpassing van de administratie als gevolg van de gedragsregel 'verbod op kruissubsidiëring', juli 2005.

³ CPB, Equal Rules or Equal Opportunities? Demystifying Level Playing Field, Den Haag, 2003). Memorie van Toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 2007-2008, 31 35, nr. 3, p. 2.

⁴ Op 25 maart 2011 heeft het kabinet besloten om de NMa samen te voegen met de Consumentenautoriteit (CA) en de Onafhankelijke Post en Telecom autoriteit (OPTA) tot één autoriteit: de Autoriteit Consument en Markt (ACM). Het voorstel van wet Regels omtrent de instelling van de Autoriteit Consument en Markt (Instellingswet Autoriteit Consument en Markt) is in behandeling bij de Tweede Kamer (Kamerstukken II 2011-2012, 33 186, nrs. 1-7).

Werkingssfeer

De gedragsregels van de Wet M en O gelden voor alle overheden. De volgende instanties kunnen worden aangemerkt als overheid: het Rijk, de provincies, de gemeenten, de waterschappen, gemeenschappelijke regelingen en zelfstandige bestuursorganen (hierna: zbo). Er is sprake van 'economische activiteiten' indien uw overheidsorganisatie zelf of via haar overheidsbedrijf in concurrentie met andere ondernemingen goederen of diensten aanbiedt op een markt. Of hiervan sprake is, is afhankelijk van de karakteristieken van de activiteiten.

Indien sprake is van de uitoefening van typisch overheidsgezag, zoals handhaving van de openbare orde of het verlenen van vergunningen (het zogenaamde overheidsprerogatief) is die activiteit geen economische activiteit. Uw overheidsorganisatie hoeft dan geen rekening te houden met de gedragsregels. Evenmin is er sprake van een economische activiteit, indien uw overheidsorganisatie diensten verricht of goederen levert binnen uw eigen overheidsorganisatie, dat wil zeggen binnen dezelfde rechtspersoon (zelfvoorziening). Zo maken ministeries en zelfstandige bestuursorganen zonder rechtspersoonlijkheid deel uit van de rechtspersoon Staat. In dat geval biedt uw overheidsorganisatie die goederen of diensten in zo verre niet aan op een markt, zodat de overheid niet in concurrentie treedt met derden.

Uitzonderingen

De Wet M en O kent een aantal uitzonderingen. Is één van deze uitzonderingen van toepassing, dan geldt de Wet M en O niet.⁵ Ten eerste is een uitzondering gemaakt voor enkele specifieke organisaties, zoals openbare onderwijsinstellingen en publieke omroepinstellingen (zie hoofdstuk 3). Behalve deze uitzonderingen zijn economische activiteiten in een aantal gevallen uitgezonderd. Het gaat om de volgende situaties.

Indien uw overheidsorganisatie goederen of diensten aan andere overheden of overheidsbedrijven ter uitvoering van hun publiekrechtelijke taak aanbiedt, zijn die economische activiteiten van uw overheidsorganisatie uitgezonderd van de Wet M en O.

De Wet M en O bevat voorts een uitzondering voor economische activiteiten en voor bevoordelingen van overheidsbedrijven die plaatsvinden in het algemeen belang. Voorwaarde is dat de vaststelling dat economische activiteiten en bevoordelingen in het algemeen belang plaatsvinden, geschiedt voor provincies door provinciale staten, voor gemeenten door de gemeenteraad, voor waterschappen door het algemeen bestuur en voor het Rijk en voor zelfstandige bestuursorganen van de centrale overheid door de minister wie het aangaat.

Ten slotte is het mogelijk dat de economische activiteiten van uw overheidsorganisatie of uw overheidsbedrijf zijn uitgezonderd, indien er voor die activiteiten sprake is van staatssteun. Dan gelden immers al de Europese staatssteunregels valt. Als economische activiteiten met publiek geld worden gefinancierd kan sprake zijn van een staatssteunmaatregel. De Wet M en O geldt niet als er sprake is van een dergelijke steunmaatregel.⁶ Als er sprake is van zgn. de-minimissteun, waarbij het steunbedrag minder dan EUR 200.000 bedraagt, gerekend over drie jaar⁷, is de Wet M en O in ieder geval wel van toepassing.

Vier gedragsregels

De Wet M en O bevat vier gedragsregels die het gelijke speelveld tussen overheden en ondernemingen beogen te creëren:

- Integrale kostendoorberekening: overheden moeten ten minste de integrale kosten van hun goederen of diensten in hun tarieven doorberekenen.
- Bevoordelingsverbod: overheden mogen hun eigen overheidsbedrijven niet bevoordelen ten opzichte van concurrerende bedrijven.

⁵ De uitzonderingen die alleen voor bepaalde gedragsregels in de Wet M en O gelden, komen aan de orde in hoofdstuk 4.

⁶ Voor meer informatie over staatssteunmaatregelen en wanneer deze onder het Europese staatssteunregime vallen, zie www.europadecentraal.nl

⁷ Verordening (EG) nr. 1998/2006 van de Commissie van 15 december 2006 betreffende toepassing van de artikelen 87 en 88 van het Verdrag op de-minimissteun (PbEG, L 379) en Verordening (EU) nr. 360/2012 van de Commissie van 25 april 2012 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun verleend aan diensten van algemeen economisch belang verrichtende ondernemingen (PbEU 2012, L 114).

- Gegevensgebruik: overheden mogen de gegevens die ze vanuit hun publieke taak verkrijgen niet gebruiken voor economische activiteiten die niet dienen ter uitvoering van de publieke taak. Dit verbod geldt niet als andere overheidsorganisaties of bedrijven ook over de gegevens kunnen beschikken.
- Functiescheiding: als een overheid op een bepaald terrein een bestuurlijke (bijvoorbeeld toetsende) rol heeft voor bepaalde economische activiteiten en ook zelf die economische activiteiten uitvoert, mogen niet dezelfde personen betrokken zijn bij de uitoefening van de bestuurlijke bevoegdheid en bij het verrichten van de economische activiteiten van de overheidsorganisatie.

Handhaving

Omdat de gedragsregels overwegend mededingingsrechtelijk van aard zijn, zijn de gedragsregels in de Mededingingswet opgenomen en houdt de NMa toezicht op de naleving ervan.⁸

De NMa kan toezicht uitoefenen uit eigen beweging, of naar aanleiding van klachten of signalen over (vermeende) overtredingen. Voor het verrichten van onderzoek beschikt de NMa over verschillende bevoegdheden. De NMa kan informatie opvragen of inzage vorderen in de administratie. U bent verplicht medewerking te verlenen aan een onderzoek van de NMa. Hoofdstuk 5 bevat meer informatie over de rol en bevoegdheden van de NMa.

Leeswijzer

In hoofdstuk 2 is een stappenplan opgenomen. Met dit stappenplan kunt u nagaan of, en zo ja welke, gedragsregels op uw situatie van toepassing zijn.

Hoofdstuk 3 bespreekt de werkingssfeer van de Wet M en O, mede met behulp van voorbeelden uitvoeriger. Naast de vraag voor wie de Wet M en O geldt, wordt dieper in gegaan op de begrippen ‘overheid’, ‘economische activiteiten’, de uitzonderingen daarop en ‘overheidsbedrijf’.

De vier gedragsregels waaraan overheidsorganisaties zich op grond van de Wet M en O moeten houden, worden in Hoofdstuk 4 uitgebreid besproken. Hierdoor zal voor uw overheidsorganisatie duidelijker worden aan welke voorwaarden overheidsorganisaties zich moeten houden.

De handhaving door de NMa en de rechtsmiddelen tegen overtredingen van de overheid zijn beschreven in de hoofdstukken 5 en 6.

In hoofdstuk 7 treft uw overheidsorganisatie een beschrijving van het overgangsregime voor de Wet M en O aan.

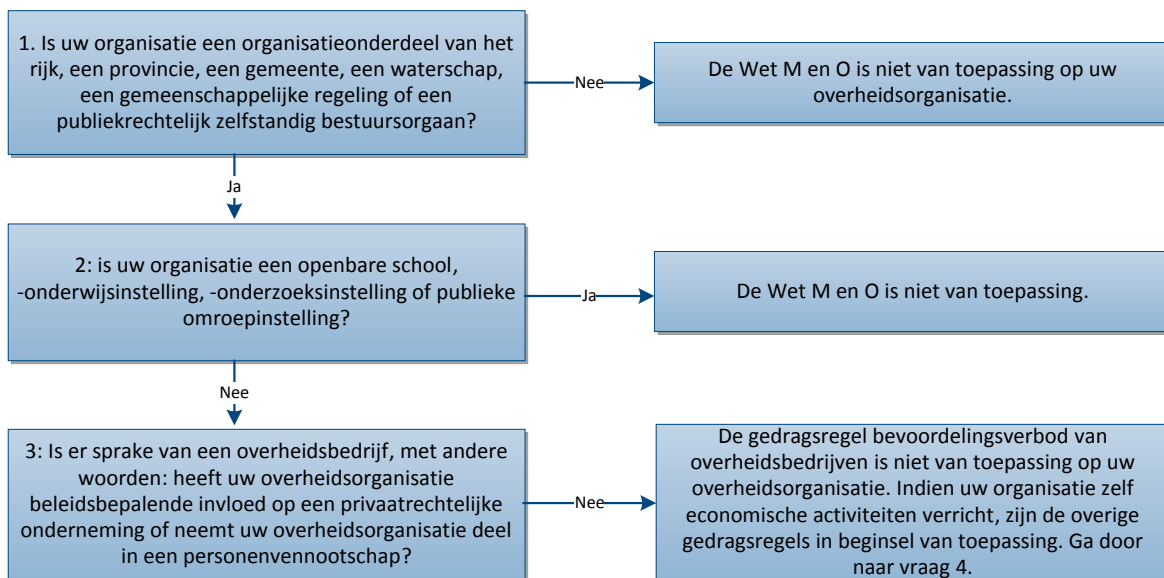
De gedragsregels van de Wet M en O zijn gericht tot bestuursorganen in verband met de bestuursrechtelijke positie van bestuursorganen. In deze handreiking wordt gesproken over (de gedragsregels voor) overheden of overheidsorganisaties, omdat dit de leesbaarheid en toegankelijkheid van deze handreiking ten goede komt.

⁸ Memorie van Toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 2007-2008, 31 35, nr. 3, p. 10-11

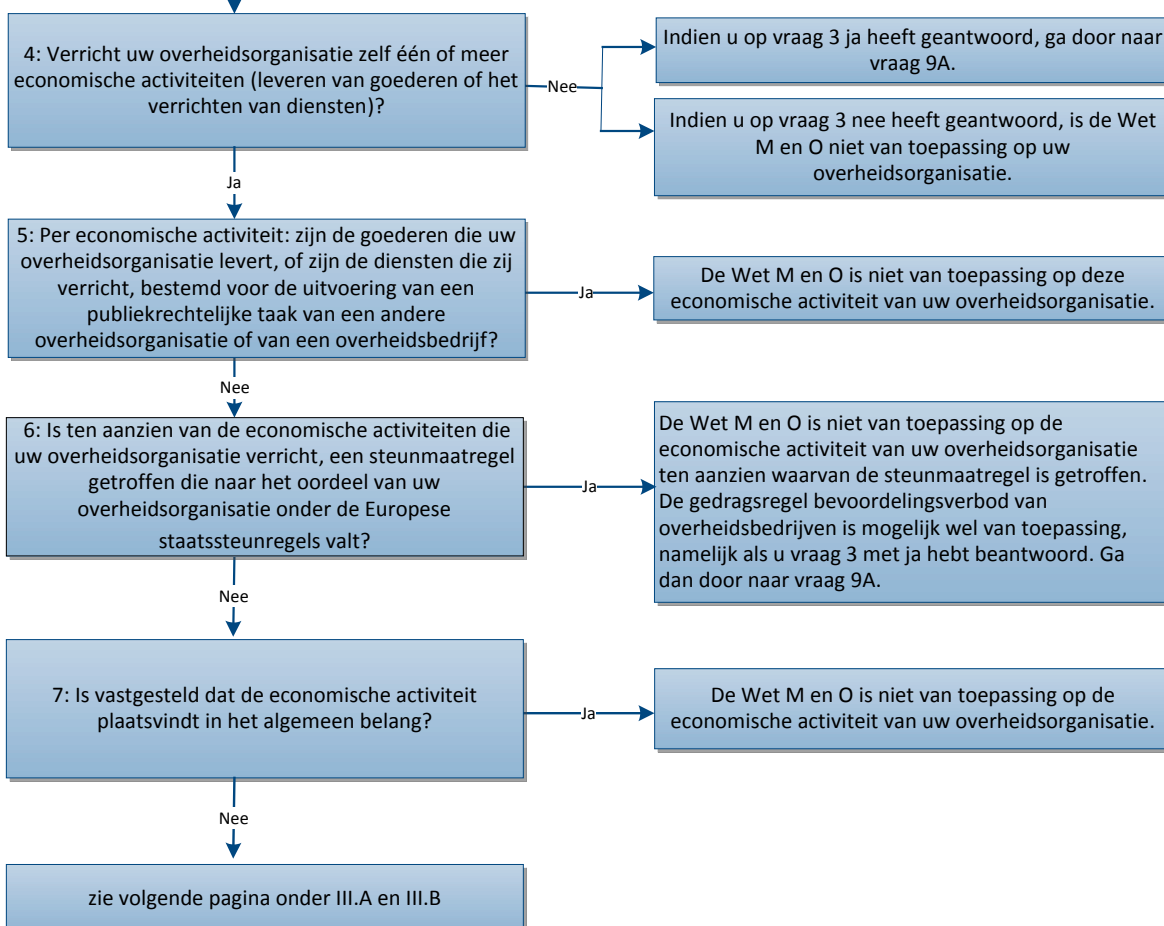
2 Stappenplan Wet Markt en Overheid

In dit hoofdstuk wordt aan de hand van een 'beslisboom' en een negental hoofdvragen nagegaan of de Wet M en O op uw overheidsorganisatie van toepassing is en, zo ja, welke gedragsregels dit betreft.

I. OVERHEIDSORGANISATIES



II. ECONOMISCHE ACTIVITEITEN



IIIA en B. GEDRAGSREGEL FUNCTIESCHEIDING EN GEGEVENSGEBRUIK

De gedragsregel functiescheiding is van toepassing op de economische activiteit van uw overheidsorganisatie. Zie onderdeel IV.A van deze beslissboom voor een nadere toelichting. Mogelijk zijn daarnaast ook andere gedragsregels van toepassing.

De gedragsregel gegevensgebruik is van toepassing op de economische activiteit van uw overheidsorganisatie. Zie onderdeel IV.B van deze beslissboom voor een nadere toelichting. Mogelijk zijn daarnaast ook andere gedragsregels van toepassing.

IIIC. GEDRAGSREGEL INTEGRALE KOSTENDOORBEREKENING

8: Een overheidsorganisatie die economische activiteiten verricht, is op grond van de Wet M en O verplicht daarvoor ten minste de integrale kosten in rekening te brengen aan afnemers. Deze verplichting geldt echter niet, in een drietal uitzonderingsgevallen. Is bij de uitvoering van de economische activiteiten door uw overheidsorganisatie sprake van:

- de uitoefening van een bijzonder of uitsluitend recht en gelden reeds voorschriften omtrent de voor de desbetreffende economische activiteiten in rekening te brengen prijzen? Of
- het verstrekken van gegevens of gegevensbestanden die uw overheidsorganisatie heeft verkregen in het kader van de uitoefening van haar publiekrechtelijke bevoegdheden? Of
- het verrichten van economische activiteiten door een onderneming die is belast met de uitvoering van de Wet sociale werkvoorziening, voor zover artikel 5 van die wet van toepassing is?

Ja

De gedragsregel integrale kostendoorberekening is niet van toepassing op de economische activiteit van uw overheidsorganisatie. De gedragsregel bevoordelingsverbod van overheidsbedrijven is mogelijk wel van toepassing, namelijk als u vraag 3 met ja hebt beantwoord. Ga dan door naar vraag 9A.

Nee

De gedragsregel integrale kostendoorberekening is van toepassing. Zie onderdeel IV.C van deze beslissboom voor een nadere toelichting. De gedragsregel bevoordelingsverbod van overheidsbedrijven is mogelijk ook van toepassing, namelijk als u vraag 3 met ja hebt beantwoord. Ga dan door naar vraag 9A.

IIID. GEDRAGSREGEL BEVOORDELINGSVERBOD VAN OVERHEIDSBEDRIJVEN

9A: Verricht uw overheidsbedrijf economische activiteiten?

Nee

De gedragsregel bevoordelingsverbod van overheidsbedrijven is niet van toepassing op uw overheidsorganisatie

Ja

9 B: Is bij de bevoordeling van uw overheidsbedrijf sprake van:

- een bevoordeling die verband houdt met economische activiteiten ter uitoefening van een bijzonder of uitsluitend recht en gelden reeds voorschriften omtrent de desbetreffende activiteiten in rekening te brengen prijzen? Of
- een bevoordeling, die naar het oordeel van uw overheidsorganisatie kan worden aangemerkt als steunmaatregel die voldoet aan de criteria van de Europese staatssteunregels? Of
- het verrichten van economische activiteiten die door uw overheidsbedrijf worden verricht als een onderneming die is belast met de uitvoering van de Wet sociale werkvoorziening, voor zover artikel 5 van die wet van toepassing is? Of
- een bevoordeling in het algemeen belang?

Ja

De gedragsregel bevoordelingsverbod van overheidsbedrijven is niet van toepassing op uw overheidsorganisatie

Nee

De gedragsregel bevoordelingsverbod van overheidsbedrijven is van toepassing op uw overheidsorganisatie. Zie onderdeel IV.D van deze beslissboom voor een nadere toelichting

IV. KORTE TOELICHTING GEDRAGSREGELS

IV.A GEDRAGSREGEL FUNCTIESCHEIDING

Indien een overheidsorganisatie een bepaalde publiekrechtelijke bevoegdheid uitoefent ten aanzien van economische activiteiten die zij ook zelf verricht, kan de schijn van belangenverstrengeling en het risico van concurrentievervalsing ontstaan. Het is daarom noodzakelijk dat voorkomen wordt dat dezelfde personen betrokken kunnen zijn bij zowel de uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheid als het verrichten van die economische activiteiten. Deze gedragsregel verplicht hiertoe.

IV.B GEDRAGSREGEL GEGEVENSGEBRUIK

Een overheidsorganisatie kan over gegevens beschikken die zij heeft verkregen bij de uitoefening van haar publiekrechtelijke bevoegdheden. Een overheidsorganisatie kan met deze gegevens economische activiteiten gaan verrichten, bijvoorbeeld door deze in verrijkte vorm aan te bieden. Dat levert voor de overheidsorganisatie een oneigenlijk concurrentievoordeel op als deze informatie niet ook door private partijen gebruikt zou kunnen worden. Een overheidsorganisatie mag daarom de in het kader van de uitvoering van de publiekrechtelijke bevoegdheden verkregen gegevens alleen gebruiken voor andere doeleinden dan ter uitvoering van haar publiekrechtelijke bevoegdheden, indien deze gegevens ook aan derden beschikbaar kunnen worden gesteld. Deze gegevens moeten dan onder dezelfde voorwaarden aan derden ter beschikking worden gesteld als de voorwaarden die gelden voor het eigen gebruik.

IV.C GEDRAGSREGEL INTEGRALE KOSTENDOORBEREKENING

Een overheidsorganisatie heeft de mogelijkheid bij het verrichten van haar economische activiteiten gebruik te maken van haar publieke middelen en kan zo goederen of diensten onder de kostprijs aanbieden. Dit leidt dan tot concurrentievervalsing ten opzichte van particuliere ondernemers. Om dit te voorkomen dient een overheidsorganisatie voor haar economische activiteiten ten minste de integrale kosten in rekening te brengen, behalve in drie genoemde uitzonderingsgevallen. Voor het bepalen van de integrale kosten van een goed of dienst dient een overheidsorganisatie een viertal stappen te nemen (zie daarvoor hoofdstuk 4 van de handreiking).

IV.D GEDRAGSREGEL BEVOORDELINGSVERBOD VAN OVERHEIDSBEDRIJVEN

Een overheidsorganisatie kan economische activiteiten laten verrichten door een overheidsbedrijf. Dat wil zeggen een onderneming waarvan zij het beleid kan bepalen (rechtspersoon) of waarin zij deelneemt (personenvennootschap). Als de overheid aan haar overheidsbedrijf voordelen verschafft die andere ondernemingen niet krijgen, is er sprake van concurrentievervalsing. Daarom geldt op grond van de Wet M en O, behalve in enkele uitzonderingsgevallen, voor overheidsorganisaties het verbod hun overheidsbedrijven te bevoordelen ten opzichte van concurrerende ondernemingen.

Werkingsfeer

I. Overheidsorganisaties

De Wet M en O heeft tot doel het voorkomen van concurrentievervalsing door overheden, direct of indirect. In het eerste geval is sprake van economische activiteiten van die overheden zelf, in het tweede geval van economische activiteiten van hun overheidsbedrijven.

Vraag 1: **Is uw organisatie een organisatieonderdeel van het rijk, een provincie, een gemeente, een waterschap, een gemeenschappelijke regeling of een publiekrechtelijk zelfstandig bestuursorgaan?**

- Ja. De Wet M en O is mogelijkterwijs op uw overheidsorganisatie van toepassing. Ga door naar vraag 2.
- Nee. De Wet M en O is niet van toepassing op uw overheidsorganisatie.

Toelichting

De gedragsregels van de Wet M en O zijn gericht op bestuursorganen in verband met de bestuursrechtelijke positie van bestuursorganen. In deze handreiking wordt gesproken over (de gedragsregels voor) overheden of overheidsorganisaties, omdat dit de leesbaarheid en toegankelijkheid van deze handreiking ten goede komt. Onder overheid wordt verstaan: het rijk, de provincies, de gemeenten, de waterschappen en de zelfstandige bestuursorganen die een publiekrechtelijke status hebben. Gemeenschappelijke regelingen⁹ worden eveneens als overheid beschouwd, ook indien zij geen eigen rechtspersoonlijkheid hebben. Wet M en O is niet van toepassing op bestuursorganen als bedoeld in artikel 1.1. lid 1 sub b Algemene wet bestuursrecht. Dit zijn met enig openbaar gezag beklede personen of colleges, die niet krachtens publiekrecht zijn ingesteld. (de zogenoemde b-organen⁹). Evenmin is de Wet M en O van toepassing op bestuursorganen van openbare lichamen die zijn ingesteld op van artikel 134 Grondwet.

Nadere informatie

- Zie hoofdstuk 3 van deze handreiking, Reikwijdte van de wet Markt en Overheid, paragraaf 3.1.1 en 3.1.2, p. 20.
- Zie de Memorie van Toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 2007-2008, 31354, nr. 3, p. 12.
- Zie de Memorie van Antwoord, Eerste Kamer, vergaderjaar 2008-2010, 31 354, C, p. 4.

⁹ Wet van 20 december 1984, houdende nieuwe bepalingen met betrekking tot gemeenschappelijke regelingen (Wet gemeenschappelijke regelingen), 1984, 669.

Vraag 2: Is uw organisatie een openbare school, - onderwijsinstelling, - onderzoeksinstelling, of publieke omroepinstelling?

- Ja. De Wet M en O is niet van toepassing.
- Nee. De Wet M en O is mogelijkterwys op uw overheidsorganisatie van toepassing. Ga door naar vraag 3.

Toelichting

Voor sommige organisaties is in de Wet M en O een uitzondering opgenomen. Indien uw organisatie is aan te merken als een openbare school, een openbare onderwijsinstelling, een openbare onderzoeksinstelling, of een publieke omroepinstelling, is zij uitgezonderd van de Wet M en O. De reden voor deze uitzondering is dat voor deze organisaties een sectorspecifiek regime geldt dat vergelijkbaar is met de gedragsregels uit de Wet M en O.

Wat de scholen en instellingen met een publiekrechtelijke grondslag betreft gaat het om:

- openbare scholen van primair, voortgezet en speciaal onderwijs, instellingen van beroepsonderwijs, zoals regionale opleidingscentra,
- instellingen van hoger onderwijs, met name hogescholen, universiteiten en academische ziekenhuizen.

Daarnaast zijn wetenschappelijke instellingen en organisaties met een publiekrechtelijke grondslag uitgezonderd, te weten de Koninklijke Nederlandse Academie voor Wetenschappen, de Koninklijke Bibliotheek, de Nederlandse Organisatie voor toegepast natuurwetenschappelijk onderzoek TNO en de Nederlandse organisatie voor wetenschappelijk onderzoek.

Wat betreft de publieke omroepinstellingen gaat het om de NOS, de NPS, regionale en lokale publieke omroepinstellingen en de Wereldomroep (en dus niet om private omroepverenigingen).

Nadere informatie

- Zie hoofdstuk 3 van deze handreiking, Reikwijdte van de wet Markt en Overheid, paragraaf 3.1.3, p. 20-21.
- Zie de Memorie van Toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 2007-2008, 31354, nr. 3, p. 12 en 33.
- Zie de Memorie van Antwoord, Eerste Kamer, vergaderjaar 2008-2010, 31 354, C, p. 4.

Vraag 3: Is er sprake van een overheidsbedrijf, met andere woorden: heeft uw overheidsorganisatie beleidsbepalende invloed op een privaatrechtelijke onderneming (inclusief dochtermaatschappij) of neemt uw overheidsorganisatie deel in een personenvennootschap?

- Ja. Ga door naar vraag 4 om te bepalen of uw overheidsorganisatie zelf economische activiteiten verricht (het bevoordelingverbod van overheidsbedrijven komt vervolgens aan de orde in vraag 9A en 9B).
- Nee. De gedragsregel over het bevoordelingverbod is niet van toepassing op uw overheidsorganisatie. Mogelijkerwys zijn de overige gedragsregels wel van toepassing indien uw organisatie zelf economische activiteiten verricht. Ga door naar vraag 4.

Toelichting

Volgens de Wet M en O, en het hierbij horende Besluit Markt en Overheid, is een overheidsbedrijf een onderneming met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid waarin een overheidsorganisatie in staat is het beleid te bepalen of een onderneming in de vorm van een personenvennootschap, waarin een overheidsorganisatie deelneemt. Om de vraag te kunnen beantwoorden of bij uw bestuursorgaan sprake is van een overheidsbedrijf dient u na te gaan of u met een van deze twee entiteiten van doen heeft.

Nadere informatie

- Zie hoofdstuk 3 van deze handreiking, Reikwijdte van de wet Markt en Overheid, paragraaf 3.3, p. 28-30.
- Zie de Memorie van Toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 2007-2008, 31354, nr. 3, p. 15 en 39.

II. Economische activiteiten

Vraag 4: Verricht uw overheidsorganisatie zelf één of meer economische activiteiten (leveren van goederen of het verrichten van diensten)?

- Ja. De Wet M en O is in beginsel op de economische activiteit van uw organisatie van toepassing, namelijk de gedragsregel over gegevensgebruik, functiescheiding en integrale kostendoorberekening (tenzij één van de uitzonderingen aan de orde is). Ga naar vraag 5.
- Nee.
 - Indien u op vraag 3 ja heeft geantwoord (er is sprake van een overheidsbedrijf), ga door naar vraag 9A.
 - Indien u ook op vraag 3 nee heeft geantwoord, is de Wet M en O niet van toepassing op deze economische activiteit van uw overheidsorganisatie.

Toelichting

De Wet M en O heeft alleen betrekking op overheden die zelf of via hun overheidsbedrijven economische activiteiten verrichten. Onder een economische activiteit wordt verstaan iedere activiteit die bestaat uit het aanbieden van goederen en diensten op een markt, dat wil zeggen in concurrentie met ondernemingen. Een 'onderneming' is iedere entiteit die economische activiteiten verricht ongeacht de rechtsvorm of de wijze waarop zij wordt gefinancierd. Het is niet altijd eenvoudig vast te stellen of activiteiten economisch van aard zijn. Deze beoordeling zal vaak afhangen van de specifieke omstandigheden van het geval. Er is een aantal indicatoren dat behulpzaam is bij de beoordeling en die volgen uit jurisprudentie. Enkele sterke indicaties dat de door uw overheidsorganisatie verrichte activiteit van economische aard is, is bijvoorbeeld de aanwezigheid van verschillende aanbieders van dezelfde soort goederen en diensten. Voor zover uw overheidsorganisatie specifiek overheidsgezag uitoefent, zoals het handhaven van de openbare orde, het verlenen van vergunningen of dijkbewaking door een dijkgraaf, is geen sprake van een economische activiteit.

Nadere informatie

- Zie hoofdstuk 3 van deze handreiking, Reikwijdte van de wet Markt en Overheid, paragraaf 3.2.1, p. 22-23.
- Zie de in 2007 verschenen memo 07/475 met de meeste gestelde vragen over de Mededeling van de Commissie betreffende diensten van algemeen belang (vanaf services of general interest) en het Commissie werkdocument SEC 2007/1516 met de meest gestelde vragen over staatssteun en diensten van algemeen economisch belang (2007), paragraaf 2.4.
- Zie de Memorie van Toelichting, vergaderjaar 2007-2008, 31 354, nr. 3, p. 31-32.
- Handreiking DAEB en staatssteun, BZK 2008, pag. 18-22.

Vraag 5: Per economische activiteit: zijn de goederen die uw overheidsorganisatie levert, of zijn de diensten die zij verricht, bestemd voor de uitvoering van een publiekrechtelijke taak van een andere overheidsorganisatie of van een overheidsbedrijf?

- Ja. De Wet M en O is niet van toepassing op deze economische activiteit van uw overheidsorganisatie.
- Nee. Ga naar vraag 6.

Toelichting

Indien uw overheidsorganisatie goederen levert aan of diensten verricht voor een andere overheid of voor een overheidsbedrijf, zijn die economische activiteiten in beginsel uitgezonderd van de Wet M en O. Deze uitzondering is echter uitsluitend van toepassing, indien die goederen of diensten zijn bestemd voor de uitvoering van de publiekrechtelijke taak door de overheid of door het overheidsbedrijf waaraan zij worden geleverd of waarvoor zij worden verricht. Deze voorwaarde is gesteld om te voorkomen, dat die andere overheid of dat overheidsbedrijf met de beneden de kostprijs geleverde goederen of verrichte diensten de markt op gaat en de concurrentie kan vervalsen.

Nadere informatie

- Zie hoofdstuk 3 van deze handreiking, Reikwijdte van de wet Markt en Overheid, paragraaf 3.2.2, p. 23.
- Zie de Memorie van Toelichting, vergaderjaar 2007-2008, 31 354, nr. 3, p. 13 en 34.

Vraag 6: Is ten aanzien van de economische activiteiten die uw overheidsorganisatie verricht, een steunmaatregel getroffen die naar het oordeel van uw overheidsorganisatie onder de Europese staatssteunregels valt?

- Ja. De Wet M en O is niet van toepassing op de economische activiteit van uw overheidsorganisatie, ten aanzien waarvan een steunmaatregel is getroffen. De gedragsregel bevoordelingverbod van overheidsbedrijven is mogelijk wel van toepassing, namelijk als u vraag 3 met ja hebt beantwoord. Ga dan door naar vraag 9A.
- Nee. Ga door naar vraag 7.

Toelichting

In het geval waarin uw overheidsorganisatie economische activiteiten verricht met behulp van publieke middelen, kan sprake zijn van een steunmaatregel in de zin van het Europese recht. Indien naar het oordeel van uw overheidsorganisatie sprake is van een zodanige steunmaatregel, is de Wet M en O niet van toepassing, omdat in dat geval het Europese regime voor staatssteun voorziet in regels om concurrentievervalsing te voorkomen. De minimis-steun echter wordt niet als staatssteun in de zin van de Europese staatssteunregels aangemerkt. Indien ten aanzien van economische activiteiten de minimis-steun wordt verleend, zijn de Europese staatssteunregels niet van toepassing, maar geldt de Wet M en O.

Nadere informatie

- Zie hoofdstuk 3 van deze handreiking, Reikwijdte van de wet Markt en Overheid, paragraaf 3.2.2., p. 23-24.
- Zie de Verordening EG nr. 1998/2006 van de Commissie van 15 december 2006 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het Verdrag op de-minimissteun (PbEG 2006, L 379)
- Zie de Verordening (EU) nr. 360/2012 van de Commissie van 25 april 2012 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun verleend aan diensten van algemeen economisch belang verrichte ondernemingen (PbEU 2012, L 114)
- Zie de Memorie van Toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 2007-2008, 31 354, nr. 3, p. 8

Vraag 7: Is vastgesteld dat de economische activiteit plaatsvindt in het algemeen belang?

- Ja. De Wet M en O is niet van toepassing op de economische activiteiten van uw overheidsorganisatie.
- Nee. Dan zijn in elk geval de gedragsregels over functiescheiding en gegevensgebruik van toepassing op de economische activiteiten van uw overheidsorganisatie. Zie onderdeel IIIA en IIIB van dit stappenplan voor een toelichting daarop. Mogelijk zijn daarnaast ook andere gedragsregels van toepassing. Ga daarvoor naar vraag 8.

Toelichting

De Wet M en O is niet van toepassing op economische activiteiten die plaatsvinden in het algemeen belang. De algemeen belangvaststelling dient voor provincies te geschieden door provinciale staten, voor gemeenten door de gemeenteraad, voor waterschappen door het algemeen bestuur en voor het Rijk en voor zelfstandige bestuursorganen van de centrale overheid als bedoeld in artikel 1, onderdeel a, van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen door de minister wie het aangaat. Het besluit waarin het algemeen belangvaststelling is opgenomen, dient goed onderbouwd te worden. Belanghebbende ondernemers kunnen de reguliere inspraakmogelijkheden benutten en ook anderszins invloed uitoefenen op de door de overheid te maken keuzes door de overheid. Ook kunnen belanghebbende ondernemers in rechte opkomen tegen een bestuursrechtelijk besluit tot vaststelling dat bepaalde economische activiteiten in het algemeen belang worden verricht, tenzij het bestuursrechtelijk besluit als een algemeen verbindend voorschrift is vormgegeven.

Nadere informatie

- Zie hoofdstuk 3 van deze handreiking, Reikwijdte van de wet, paragraaf 3.2.2, p. 24-28.
- Zie Nadere Memorie van Antwoord, Eerste Kamer, vergaderjaar 2009-2010, 31 354, E, p. 6.
- Zie Memorie van Antwoord, Eerste Kamer, vergaderjaar 2009-2010, 31 354, C, p. 8.
- Zie Memorie van Toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 2007-2008, 31 354, nr. 3, p. 35.
- Zie bijvoorbeeld HR 24 december, Gst. 2005/78 m.nt. T.E.P.A. Lam; ABRvS 21 december 2005, AB 2006/252 m.nt. B.P.M. van Ravels; ABRvS 22 april 2009, nr. 200809196/1, LJN BH1842.
- Zie Tweede Kamer, vergaderjaar 2008/2009, 31 354, nr. 32 (Motie-Ten Hoopen en Vos).
- Zie hoofdstuk 6 van deze handreiking, Rechtsbescherming voor niet-overheden, p. xx.
- Zie voor de procedurele aspecten Handreiking DAEB en Staatssteun 2008, BZK 2008, p 22-23, 56.

IIIA. Gedragsregel functiescheiding

Indien uw overheidsorganisatie een publiekrechtelijke bevoegdheid uitoefent ten aanzien van economische activiteiten die zij ook zelf verricht, dient te worden voorkomen dat dezelfde personen betrokken kunnen zijn bij zowel de uitoefening van de bevoegdheid als bij het verrichten van de economische activiteiten.

Toelichting

Indien uw overheidsorganisatie een bepaalde publiekrechtelijke bevoegdheid uitoefent ten aanzien van economische activiteiten die zij ook zelf verricht, kan de schijn van belangenverstrengeling en het risico van concurrentievervalsing ontstaan. Het is daarom noodzakelijk dat voorkomen wordt dat dezelfde personen betrokken kunnen zijn bij zowel de uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheid als het verrichten van die economische activiteiten. Daartoe geldt de gedragsregel van functiescheiding. Een voorbeeld van betrokkenheid bij de uitoefening van een dergelijke publiekrechtelijke bevoegdheid is het beoordelen van vergunningaanvragen voor het verrichten van bepaalde economische activiteiten. Het is dan niet toegestaan dat dezelfde persoon ook betrokken is bij die economische activiteiten, zoals het afsluiten van contracten voor het verrichten van die economische activiteiten of het zich bezighouden met de acquisitie van opdrachten.

Nadere informatie

- Zie hoofdstuk 4 van deze handreiking, Inhoud van de wet Markt en Overheid, paragraaf 4.4, p. 39-40.
- Zie ook SEO, Marktwerking in Mokum, Amsterdam, december 2003.
- Zie het onderzoek van Atos Consulting in 2005, Atos Consulting, Onderzoek naar de kosten van de aanpassing van de administratie als gevolg van de gedragsregel 'verbod op kruissubsidiëring', juli 2005.
- Zie Memorie van Toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 2007-2008, 31 354, nr. 3, p. 15.

IIIB. Gedragsregel gegevensgebruik

Een overheidsorganisatie mag de in het kader van de uitvoering van haar publiekrechtelijke bevoegdheden verkregen gegevens alleen gebruiken voor economische activiteiten die niet dienen ter uitvoering van haar publiekrechtelijke bevoegdheden, indien deze gegevens ook aan derden beschikbaar kunnen worden gesteld.

Toelichting

Uw overheidsorganisatie kan over gegevens beschikken die zij heeft verkregen bij de uitoefening van haar publiekrechtelijke bevoegdheden. Uw overheidsorganisatie kan met deze gegevens economische activiteiten gaan verrichten, bijvoorbeeld door deze in verrijkte vorm op de markt aan te bieden. Indien deze informatie niet ook door private partijen gebruikt kan worden, levert dat voor uw overheidsorganisatie een oneigenlijk concurrentievoordeel op. Daarom mogen op grond van de Wet M en O gegevens die in het kader van de uitvoering van publiekrechtelijke bevoegdheden zijn verkregen, alleen worden hergebruikt voor economische activiteiten – bijvoorbeeld het aanbieden in verrijkte vorm - die niet dienen ter uitvoering van de publiekrechtelijke bevoegdheden, indien die gegevens ook aan derden beschikbaar kunnen worden gesteld. Deze gegevens moeten dan onder dezelfde voorwaarden aan derden ter beschikking worden gesteld als de voorwaarden die gelden voor het eigen gebruik.

Nadere informatie

- Zie hoofdstuk 4 van deze handreiking, Inhoud van de wet Markt en Overheid, paragraaf 4.3, p. 39.
- Zie Commercial exploitation of Europe's public sector information, studie in opdracht van de Commissie van de Europese Gemeenschappen.
- Zie Memorie van Toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 2007-2008, 31 354, nr. 3, p. 14-15.

IIIC. Gedragsregel integrale kostendoorberekening

Vraag 8: Een overheidsorganisatie die economische activiteiten verricht, is op grond van de Wet M en O verplicht daarvoor ten minste de integrale kosten in rekening te brengen aan afnemers. Deze verplichting geldt echter niet, in een drietal uitzonderingsgevallen.

Is bij de uitvoering van de economische activiteiten door uw overheidsorganisatie sprake van:

- de uitoefening van een bijzonder of uitsluitend recht en gelden reeds voorschriften omtrent de voor de desbetreffende economische activiteiten in rekening te brengen prijzen? Of
 - het verstrekken van gegevens of gegevensbestanden die uw overheidsorganisatie heeft verkregen in het kader van de uitoefening van haar publiekrechtelijke bevoegdheden? Of
 - het verrichten van economische activiteiten door een onderneming die is belast met de uitvoering van de Wet sociale werkvoorziening, voor zover artikel 5 van die wet van toepassing is?
-
- Ja. De gedragsregel doorberekening integrale kostprijs is niet van toepassing op de economische activiteit van uw overheidsorganisatie. Het bevoordelingverbod is mogelijk wel van toepassing, namelijk als u vraag 3 met ja hebt beantwoord. Ga door naar vraag 9A.
 - Nee. De gedragsregel doorberekening integrale kostprijs is van toepassing. Het bevoordelingverbod van overheidsbedrijven is mogelijk ook van toepassing, namelijk als u vraag 3 met ja hebt beantwoord. Ga door naar vraag 9A.

Toelichting

Uw overheidsorganisatie heeft de mogelijkheid bij het verrichten van haar economische activiteiten gebruik te maken van haar publieke middelen en daardoor een lagere prijs voor goederen of diensten te vragen dan concurrerende ondernemingen. Dit kan leiden tot concurrentievervalsing ten opzichte van particuliere ondernemers. Om dit te voorkomen dient uw overheidsorganisatie voor haar economische activiteiten ten minste de integrale kosten in rekening te brengen, behalve in de drie bovengenoemde uitzonderingsgevallen.

Voor het bepalen van de integrale kosten van een goed of dienst dient uw overheidsorganisatie achtereenvolgens de volgende stappen te nemen:

- bepaal op welke (soort van) goederen of diensten de kostendoorberekening moet worden toegepast;
- bepaal de kosten die gemoeid zijn met het leveren van die goederen of het verrichten van die diensten;
- reken deze kosten aan die goederen of diensten toe;
- zorg dat de tarieven voor die goederen en diensten niet onder het niveau van die kosten liggen.

De gedragsregel verplicht om ten minste de integrale kosten door te berekenen. De Wet M en O staat er overigens niet aan in de weg dat uw overheidsorganisatie voor goederen of diensten een prijs hoger dan de integrale kosten te vraagt.

Nadere informatie

- Zie hoofdstuk 4 van deze handreiking, Inhoud van de wet Markt en Overheid, paragraaf 4.1, p. 31-36.
- Zie Besluit Markt en Overheid, par. 3.
- Zie Memorie van Toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 2007-2008, 31 354, nr. 3, p. 10-11, 13, en 36.

IIID. Bevoordelingsverbod van overheidsbedrijven

Een overheidsorganisatie kan in plaats van zelf economische activiteiten te verrichten, die laten verrichten door een overheidsbedrijf. Onder vraag 3 heeft u kunnen lezen in welke gevallen er sprake kan zijn van een overheidsbedrijf in de zin van de Wet M en O. Indien het overheidsbedrijf van uw overheidsorganisatie economische activiteiten verricht, mag uw overheidsorganisatie volgens de Wet M en O haar overheidsbedrijf niet bevoordelen. Op dit verbod bestaan echter vier uitzonderingen.

Vraag 9

Vraag 9A: Verricht uw overheidsbedrijf economische activiteiten?

- Ja. Ga door naar vraag 9 B.
- Nee. Het bevoordelingsverbod is voor uw organisatie niet relevant.

Vraag 9B: Is bij de bevoordeling van uw overheidsbedrijf sprake van:

- een bevoordeling die verband houdt met economische activiteiten ter uitoefening van een bijzonder of uitsluitend recht en gelden reeds voorschriften omtrent de voor de desbetreffende activiteiten in rekening te brengen prijzen? Of
 - een bevoordeling, die naar het oordeel van uw overheidsorganisatie kan worden aangemerkt als een steunmaatregel die voldoet aan de criteria van de Europese staatssteunregels? Of
 - het verrichten van economische activiteiten die door uw overheidsbedrijf worden verricht als een onderneming die is belast met de uitvoering van de Wet sociale werkvoorziening, voor zover artikel 5 van die wet van toepassing is? Of
 - van een bevoordeling in het algemeen belang?
- Ja. De gedragsregel bevoordelingsverbod van overheidsbedrijven is niet van toepassing op uw overheidsorganisatie.
 - Nee. De gedragsregel bevoordelingsverbod van overheidsbedrijven is van toepassing op uw overheidsorganisatie.

Toelichting

Het is mogelijk dat uw overheidsorganisatie aan uw overheidsbedrijf bepaalde voordelen verschafft die andere ondernemingen niet (kunnen) krijgen. In dat geval is er sprake van concurrentievervalsing. Het opleggen aan overheidsbedrijven van de verplichting tot kostendoorberekening zou echter hun armslag bij de prijsstelling van hun activiteiten onnodig beperken. Daarom geldt op grond van de Wet M en O, behalve in de vier genoemde uitzonderingsgevallen, voor overheidsorganisaties het verbod hun overheidsbedrijven te bevoordelen ten opzichte van concurrerende ondernemingen. In beginsel is elke vorm van selectieve bevoordeling verboden. Als bevoordeling in de zin van de Wet M en O wordt in ieder geval aangemerkt het verstrekken van gelden zonder een vergoeding te vragen die in het normale handelsverkeer gebruikelijk is. Een andere vorm van bevoordeling is het laten gebruiken van de naam en het beeldmerk van de overheid waardoor verwarring bij het publiek is te duchten over de herkomst van goederen en diensten. Ook kan bevoordeling geschieden door het leveren van goederen, het verrichten van diensten en het ter beschikking stellen van middelen aan het overheidsbedrijf tegen een vergoeding die lager is dan de integrale kosten.

Nadere informatie

- Zie hoofdstuk 3 van deze handreiking, Reikwijdte van de wet, paragraaf 3.3, p. 28-30.
- Zie hoofdstuk 4 van deze handreiking, De gedragsregels, paragraaf 4.2, p. 37-38.

3 Reikwijdte van de Wet Markt en Overheid

3.1 Overheden

3.1.1 Begrip ‘overheid’

Om na te gaan of uw overheidsorganisatie met de Wet M en O te maken krijgt, is het allereerst van belang te weten voor wie de wet geldt. De wet geldt voor overheden die zelf of via hun overheidsbedrijven economische activiteiten verrichten. In de Wet M en O zijn de gedragsregels gericht tot bestuursorganen in verband met de bestuursrechtelijke positie van bestuursorganen. Vervolgens zijn bepaalde bestuursorganen uitgezonderd. In deze handreiking wordt gesproken over (de gedragsregels voor) overheden of overheidsorganisaties, omdat dit de leesbaarheid en toegankelijkheid van deze handreiking ten goede komt. De volgende instanties worden aangemerkt als een overheid:

- het rijk;
- provincies
- de gemeenten;
- de waterschappen;
- gemeenschappelijke regelingen.
- zelfstandige bestuursorganen (krachtens publiekrecht ingesteld);

3.1.2 Uitgezonderde bestuursorganen

Niet elk bestuursorgaan valt onder de Wet M en O. 10 Bestuursorganen die niet krachtens publiekrecht zijn ingesteld (zogenaamde b-organen; artikel 1:1, onder b, Algemene wet bestuursrecht) en bestuursorganen van openbare lichamen die zijn ingesteld op grond van artikel 134 Grondwet, zijn uitgezonderd van de Wet M en O. Het gaat bij deze laatste categorie om de lichamen van (hoofd)productschappen, zoals het productschap voor de zuivel en het productschap voor de tuinbouw, en (hoofd) bedrijfschappen.

3.1.3 Geheel of gedeeltelijk uitgezonderde sectoren

Voorts zijn enkele sectoren uitgezonderd van de gedragsregels. De reden hiervoor is dat voor deze sectoren al een specifiek regime geldt voor markt en overheidvraagstukken. Deze sectoren zijn: openbaar onderwijs, openbare onderzoekinstellingen en de publieke omroepinstellingen. Instellingen in deze sectoren hebben soms het karakter van overheidsinstelling en zijn soms een private instelling. In het laatste geval vallen zij buiten de reikwijdte van de Wet M en O. Met het oog op de gelijke behandeling zijn de instellingen met het karakter van overheidsinstellingen van de Wet M en O uitgezonderd. Daarnaast zijn de economische activiteiten van sociale werkplaatsen gedeeltelijk uitgezonderd van de Wet M en O, namelijk voor zover op deze activiteiten artikel 5 van de Wet sociale werkvoorziening van toepassing is. Dit betekent dat enkele gedragsregels op deze sector niet van toepassing zijn: het gaat hierbij om de verplichting tot het doorberekenen van de integrale kosten en het verbod om overheidsbedrijven te bevoordelen.

Onderwijs of onderzoek

De volgende openbare scholen en instellingen zijn uitgezonderd van de Wet M en O:

- openbare scholen van primair, voortgezet en speciaal onderwijs,¹¹
- openbare instellingen van beroepsonderwijs, zoals regionale opleidingscentra,¹²
- instellingen van hoger onderwijs, met name hogescholen, universiteiten en academische ziekenhuizen,¹³
- wetenschappelijke instellingen en organisaties met een publiekrechtelijke grondslag, te weten de

¹⁰ De wet Markt en Overheid is niet van toepassing op bestuursorganen als bedoeld in artikel 1.1. lid 1 sub b Algemene wet bestuursrecht en op bestuursorganen van openbare lichamen die zijn ingesteld op van artikel 134 Grondwet. Artikel 25h lid 3 Mw.

¹¹ Artikel 25h lid 1 sub a Mw.

¹² Artikel 25h lid 1 sub b Mw.

¹³ Artikel 25h lid 1 sub c Mw.

Koninklijke Nederlandse Academie voor Wetenschappen, de Koninklijke Bibliotheek, de Nederlandse Organisatie voor Toegepast Natuurwetenschappelijk Onderzoek TNO en de Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk onderzoek.¹⁴

Voor deze openbare scholen en instellingen geldt niet de Wet M en O, maar de zogenoemde notitie Helderheid, die overigens het kader biedt voor alle door het rijk gefinancierde scholen en instellingen. Dit zijn jaarlijkse notities van bekostigingsoverleggen tussen het ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (hierna ook: OCW) en alle door het rijk gefinancierde scholen en instellingen met als doel de voorwaarden voor het gebruik van publiek geld voor private activiteiten te verhelderen. Zo bevatten de notities uitgangspunten voor de aanwending van publieke middelen voor instellingen in het hoger onderwijs. Deze uitgangspunten zijn bindend voor deze onderwijsinstellingen. Deze notities bevatten onder meer het algemene beginsel dat het investeren met publieke middelen toegestaan is, zolang deze investering aantoonbaar (mede) ten goede komt aan de publieke taak van de onderwijsinstelling. Voor bovengenoemde instellingen geldt op basis van deze notitie daarom een specifiek regime: instellingen dienen zich zowel bij OCW als bij relevante belangengroepen over de publieke en private geldstromen en activiteiten op transparante wijze te verantwoorden.¹⁵ Daarnaast heeft de staatssecretaris van OCW nog aanvullende maatregelen genomen die zijn gericht op voorkoming van concurrentievervalsing.¹⁶ Voorzien is dat voornoemde uitgangspunten worden vastgelegd in de relevante onderwijswetgeving.

De publieke omroepinstellingen

De publieke omroepinstellingen zijn uitgezonderd van de Wet M en O.¹⁷ Het gaat om de NOS, de NPS, regionale en lokale publieke omroepinstellingen en de Wereldomroep (en dus niet om private) omroepverenigingen). Uit de Mediawet volgt dat de publieke omroep nevenactiviteiten mag verrichten mits deze liggen in het verlengde van de publieke taak, op marktconforme wijze worden verricht en er ten minste kostendekkende tarieven voor in rekening worden gebracht.¹⁸ Voor het toezicht op deze bepalingen heeft het Commissariaat voor de Media in 1999 de Richtlijn neven- en verenigingsactiviteiten publieke omroep vastgesteld.¹⁹ Uit de Mediawet vloeit voort dat voor nevenactiviteiten de integrale kosten in rekening moeten worden gebracht en transparantie moet worden betracht. Inhoudelijk gaat de Mediawet daarmee iets verder dan het regime van de Wet M en O.

Sociale werkplaatsen

In tegenstelling tot de andere twee uitgezonderde sectoren geldt voor sociale werkplaatsen alleen een uitzondering op de verplichting tot het doorberekenen van de integrale kosten van economische activiteiten en op het verbod om overheidsbedrijven te bevoordelen.

In de WSW is opgenomen dat “de gemeente voor de door de werknemer verrichte arbeid of door zijn arbeid geleverde goederen of diensten een vergoeding bedingt die de concurrentieverhoudingen niet onverantwoord mag beïnvloeden”.²⁰ Er is voor gekozen dat deze bepaling onverkort blijft gelden, in plaats van de relevante gedragsregels van de Wet M en O. Daarom is in de Wet M en O opgenomen dat de verplichting tot het doorberekenen van de integrale kosten en het verbod om overheidsbedrijven te bevoordelen niet van toepassing zijn op de economische activiteiten van WSW-bedrijven, voor zover op hun economische activiteiten artikel 5 van de Wet sociale werkplaatsen van toepassing is.²¹ Deze uitzondering is alleen relevant voor gemeentelijke WSW-bedrijven. Andere, privaats georganiseerde WSW-bedrijven worden noch als overheid noch indirect als overheidsbedrijf door de Wet M en O beschouwd.²²

¹⁴ Artikel 25h lid 1 sub d Mw; Memorie van Toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 2007–2008, 31 354, nr. 3, p. 33.

¹⁵ Zie de nu geldende notitie “helderheid in de bekostiging van het hoger onderwijs”, d.d. 5 mei 2010, http://wetten.overheid.nl/BWBR0016272/geldigheidsdatum_05-05-2010/informatie. Zie verder ook Memorie van Toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 2007–2008, 31 354, nr. 3, p. 22. Het gaat om de Mediawet en de richtlijn neven- en verenigingsactiviteiten publieke omroep, Staatscourant 1999, 188.

¹⁶ Onregelmatigheden bekostiging in het (hoger) onderwijs, Kamerstukken II, 2004–2005, 28 248, nr. 84.

¹⁷ Artikel 25h lid e Mw.

¹⁸ Artikel 2.132 e.v. Mediawet 2008.

¹⁹ Stcrt. 1999, nr. 188.

²⁰ Artikel 5 WSW.

²¹ Artikel 25j lid 2 sub c Mw en artikel 25j lid 3 sub c Mw; Memorie van Toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 2007–2008, 31 354, nr. 3, p. 38.

²² Het begrip overheidsbedrijf wordt in paragraaf 3.3. van deze handreiking uitgewerkt.

3.2 Begrip ‘economische activiteit’

3.2.1 Algemeen

Het is van belang na te gaan of de activiteit die uw overheidsorganisatie of haar overheidsbedrijf verricht, is aan te merken als economische activiteit. Alleen in dat geval is de Wet M en O van toepassing.

Een ‘economische activiteit’ wordt hier als volgt gedefinieerd: “*iedere activiteit bestaande uit het aanbieden van goederen en/of diensten op een bepaalde markt*”.²³ Of hiervan sprake is, is afhankelijk van de karakteristieken van de activiteit.

Er is een breed scala aan economische activiteiten die verricht worden door overheden of overheidsbedrijven. Te denken valt bijvoorbeeld aan:

- Het vervaardigen van bestektekeningen door gemeentelijke ingenieursbureaus voor derden;
- Het exploiteren van parkeergarages of fietsenstallingen door gemeentelijke (parkeer-) bedrijven;
- Het maken van pasfoto's door de burgerlijke stand;
- De verhuur van ruimten in overheidsvastgoed;
- Het leveren van taxidiensten door een overheidsvervoersbedrijf;
- De verhuur van cd's en dvd's door gemeentelijke bibliotheken;
- De exploitatie van bioscopen in gemeentelijke culturele centra;
- Het uitvoeren door een waterschap van (water)laboratoriumactiviteiten voor derden;
- Het leveren door een overheid van ICT-diensten voor derden;
- Het zuiveren door een waterschap van afvalwater van bedrijven die niet via de riolering lozen;
- Verwerking door waterschappen van slib uit zee of uit rivieren met installaties (meestal met restcapaciteit) waarmee ook slib van bedrijven wordt behandeld;
- Waterschappen onderhouden voor particulieren hun Installaties voor de Individuele Behandeling van Afvalwater (IBA's)
- In de situatie dat de overheid muzikale en kunstzinnige vorming aanbiedt;
- De exploitatie van een gemeentelijke sportaccommodatie met zwembad en sporthal. In het zwembad is een sauna en zijn zonnebanken te huur;
- Vervaardigen van wegenleggers door de provincie;
- Het geven [door een overheid van BHV cursussen voor particuliere bedrijven;
- Zandwinning door Rijkswaterstaat of door een waterschap.

Activiteiten ter uitoefening van specifieke bevoegdheden van overheidsgezag worden niet als economische activiteit gezien.²⁴ Het moet dan gaan om een taak die tot de kerntaken van de staat behoort of die wegens haar aard, doel en de regels waaraan zij is onderworpen met die taken verband houdt. Het gaat hierbij om ‘typische overheidstaken’ (overheidsprerogatieven). Hierbij kan gedacht worden aan bijvoorbeeld:

- Het handhaven van de openbare orde;
- Het verlenen van (bouw)vergunningen en concessies;
- De controle van het luchtverkeer;
- Het sluiten van een huwelijk door een ambtenaar van de burgerlijke stand;
- Het beheer en onderhoud van de openbare ruimte;
- De uitgifte van identificatiedocumenten;
- Het opstellen van een bestemmingsplan.

²³ Zie bijvoorbeeld Zaak C-475/99; *Ambulanz Glöckner v Landkreis Südwestpfalz* Jur. 2001, I-08089, r.o. 19.

²⁴ -113-07 SELEX; Jur. 2009 I- 02207, r.o 70. Zie ook Besluit NMa d.d. 19 december 2002, gemeente Bergen (zaak 3253-30): Gemeente Bergen schrijft "Hawkeye"-brandmelder (merk Getronics) voor aan lokale horeca. De NMa stelt dat de gemeente binnen haar publiekrechtelijke bevoegdheid om bouw- en gebruiksvergunningen te verlenen handelt en daarom een overheidsprerogatief uitoefent. Zie voor meer info de praktijkvraag Europa decentraal over overheidsprerogatieven en marktactiviteiten.

Of er in andere gevallen sprake is van een economische activiteit (zodat de Wet M en O in beginsel van toepassing is), hangt af van de specifieke omstandigheden van het geval. Neem bijvoorbeeld het ophalen van huishoudelijk afval. Dit is bij artikel 10.2 van de Wet milieubeheer opgedragen aan de gemeenten. Een gemeente kan deze taak zelf verrichten of een instantie aanwijzen om dat te doen. Indien het ophalen van huishoudelijk afval niet onder concurrentie wordt aangeboden, is geen sprake van een economische activiteit, maar van een niet-economische dienst van algemeen belang waarop de Wet M en O niet van toepassing is. De situatie is anders, indien er naast huishoudelijk afval ook bedrijfsafval wordt ingezameld. Het ophalen van bedrijfsafval wordt niet als publieke taak gezien en wordt veelal in concurrentie aangeboden. De Wet M en O is in dat geval in beginsel wel van toepassing. Een sterke indicatie dat de door uw overheidsorganisatie verrichte activiteit van economische aard is, is dus de aanwezigheid van verschillende aanbieders van dezelfde goederen en diensten.

Verrichten van activiteiten binnen uw eigen overheid

De Wet M en O is niet van toepassing op het aanbieden van goederen of diensten binnen uw eigen overheid of binnen dezelfde rechtspersoon, zoals een tot het centrale bestuur behorend orgaan en zelfstandige bestuursorganen die deel uitmaken van de rechtspersoon Staat (zelfvoorziening).²⁵ In dat geval is sprake van activiteiten die te eigen bate worden verricht en niet van het aanbieden van goederen of diensten op een markt. Dit wordt daarom niet als een economische activiteit gezien. Een overheid die bijvoorbeeld een drukkerij heeft die uitsluitend eigen drukwerk verzorgt of een onderhoudsbedrijf dat uitsluitend eigen gebouwen onderhoudt, biedt daarmee geen goederen of diensten aan op een markt. Indien de activiteiten deels te eigen bate en deels voor derden worden verricht, kunnen de voor derden verrichte activiteiten wel een economische activiteit vormen waarop de Wet M en O van toepassing is.

3.2.2 Uitgezonderde economische activiteiten

Verrichten van economische activiteiten voor andere overheden ter uitvoering van de publiekrechtelijke taak

Uw organisatie vraagt zich mogelijk af of het aanbieden van goederen of diensten aan andere overheden of aan overheidsbedrijven wel onder de Wet M en O valt. In een zodanig geval is sprake van het aanbieden van goederen of diensten op een markt en dus van economische activiteiten. In de Wet M en O is echter voor sommige van deze gevallen een uitzondering opgenomen. Indien uw organisatie aan andere overheden of aan overheidsbedrijven goederen of diensten levert voor zover die bestemd zijn voor de uitvoering van een publiekrechtelijke taak is de Wet M en O niet van toepassing.²⁶ Te denken valt aan de drukkerij van een provincie die voorlichtingsbrochures drukt voor gemeenten ten behoeve van de uitvoering van hun publiekrechtelijke taak. Er is sprake van een publiekrechtelijke taak als de taak een publiekrechtelijke basis heeft, dat wil zeggen de taak moet in wetgeving of een besluit van het bestuursorgaan zijn vastgelegd. Soms is bij overheidsoptreden op voorhand duidelijk dat er sprake is van een publiekrechtelijke taak, zoals bij de uitoefening van een overheidsprerogatief. Veelal zal van geval tot geval moeten worden bepaald of het overheidsoptreden dient ter uitoefening van een publiekrechtelijke taak.

Economische activiteiten ten aanzien waarvan een steunmaatregel in de zin van de Europese staatssteunregels is getroffen.

Steunmaatregel: Wet M en O is niet van toepassing

Voor de reikwijdte van deze wet is het bepalend of naar het oordeel van uw organisatie ten aanzien van economische activiteiten van een overheidsorganisatie of van een overheidsbedrijf sprake is van een steunmaatregel die voldoet aan de criteria van artikel 107 lid 1 VWEU.²⁷ In dat geval gelden de Europese staatssteunregels en is de Wet M en O niet van toepassing. Dergelijke steunmaatregelen moeten in beginsel op grond van artikel 108 lid 3 VWEU aan de Europese Commissie worden voorgelegd ter beoordeling.²⁸ Op grond van artikel 107 lid 1 VWEU vormt steun in welke vorm dan ook aan een onderneming staatssteun, indien aan de volgende cumulatieve criteria is voldaan:²⁹

²⁵ Zoals het uitvoeren van drukwerk voor de eigen dienst(onderdelen).

²⁶ Artikel 25h lid 2 Mw.

²⁷ Artikel 25h lid 4 Mw.

²⁸ Mogelijk is er sprake van een steunmaatregel die onder een vrijstelling van aanmelding valt. Zie voor meer informatie www.europadecentraal.nl.

²⁹ Zie voor meer informatie de Handreiking Diensten van algemeen economisch belang en Staatssteun.

- de steun wordt door de overheid verleend of met overheidsmiddelen bekostigd;
- de steun verschaft een economisch voordeel aan onderneming(en) die zij niet langs de normale commerciële weg zouden hebben verkregen;
- dit voordeel is selectief, wat inhoudt dat het ten goede komt aan bepaalde onderneming(en);
- het voordeel vervalst de mededinging of dreigt die te vervalsen en heeft een (potentiële) invloed op de interstatelijke handel.

Steun lager dan de-minimis: Wet M en O is wel van toepassing

Steunmaatregelen van (de)centrale overheden die in omvang onder de zogenaamde de-minimisdrempel blijven, worden geacht de handel tussen EU-lidstaten niet ongunstig en beïnvloeden en de interstatelijke mededinging niet te vervalsen, en voldoen daarom niet aan alle criteria van artikel 107 lid 1 VWEU. Dat heeft de Commissie vastgelegd in Vrijstellingsverordening nr. 1998/2006 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 VWEU op de-minimissteun.³⁰ Volgens deze verordening hoeft steun die onder de de-minimisdrempel blijft niet aan de Commissie te worden gemeld. Wel gelden bepaalde procedurele voorschriften voor deze steunmaatregelen.

Indien de totale steunverlening binnen drie belastingjaren niet meer bedraagt dan in totaal € 200.000,-, is geen sprake van een steunmaatregel die voldoet aan alle criteria van artikel 107 lid 1 VWEU. In dat geval is de Wet M en O van toepassing.

Stel uw organisatie heeft een parkeergarage ondergebracht in een overheidsbedrijf. Dit overheidsbedrijf krijgt jaarlijks in totaal € 30.000,- staatssteun via een subsidie. In drie jaar zal deze steun niet de de-minimisdrempel overtreffen. Wat dat betreft zullen de regels van de Wet M en O van toepassing zijn zodat een toets aan de gedragsregel ex art. 25j Mw plaats moet vinden. Indien de subsidieverlening een selectieve bevoordeling is, is zij niet toegestaan onder de Wet M en O.

Economische activiteiten of bevoordeling van overheidsbedrijven in het algemeen belang

Economische activiteiten en bevoordelingen van overheidsbedrijven die plaatsvinden in het algemeen belang, zijn in artikel 25h, vijfde lid, uitgezonderd van de Wet M en O. In het zesde lid van dat artikel wordt voor de verschillende overheden bepaald welk bestuursorgaan bevoegd is vast te stellen dat een economische activiteit of een bevoordeling van een overheidsbedrijf plaatsvindt in het algemeen belang. De algemeen belangvaststelling voor provincies vindt plaats door provinciale staten, voor gemeenten door de gemeenteraad, voor waterschappen door het algemeen bestuur en voor zelfstandige bestuursorganen in de zin van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen door de minister wie het aangaat. Volgens de Aanwijzingen voor de rijksdienst inzake toepassing van de uitzondering inzake het algemeen belang vindt de algemeen belangvaststelling bij de rijksdienst plaats door de minister wie het aangaat.³¹ In het onderstaande wordt alleen gesproken over economische activiteiten in het algemeen belang, maar een en ander geldt evenzeer voor bevoordelingen in het algemeen belang.

³⁰ Verordening (EG) Nr. 1998/2006 van de Commissie van 15 december 2006 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het Verdrag op de-minimissteun, (PbEG 2006, L 379); zie ook Verordening (EU) Nr. 360/2012 van de Commissie van 25 april 2012 betreffende de toepassing van de artikelen 107n en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun verleend aan diensten van algemeen economisch belang verrichtende ondernemingen (PbEU 2012, L 114).

³¹ Besluit van de Minister-President van 4 juni 2012, Nr. 3112936 'Vaststelling Aanwijzingen voor de rijksdienst inzake toepassing van uitzondering inzake het algemeen belang', Staatscourant 2012 nr. 11736, 14 juni 2012.

Er kunnen voor overheden redenen op grond van het algemeen belang bestaan om economische activiteiten uit te voeren. Hieronder is een aantal (casus-specifieke) voorbeelden gegeven van activiteiten die door overheden als economische activiteiten van algemeen belang kunnen worden aangemerkt.

- De exploitatie van een veerpont op een fietsroute ter stimulering van recreatiemogelijkheden in een gebied.
- De exploitatie van een fietsenstalling om het gebruik van openbaar vervoer te stimuleren.
- De leefbaarheid van een kleine kern kan vergen dat er een goed uitgeruste bibliotheek met een verhuur van cd's en dvd's aanwezig is.

In deze gevallen kan het algemeen belang er bij gebaat zijn dat de gedragsregels uit de Wet M en O niet worden toegepast, in het bijzonder om de genoemde diensten onder de kostprijs aan te kunnen bieden.

De algemeen belangvaststelling is enigszins vergelijkbaar met de aanwijzing van een zogenoemde dienst van algemeen economisch belang (DAEB) op grond van het EU-Verdrag. In beide gevallen gaat het er om dat vanwege het algemeen belang overheden bepaalde economische activiteiten kunnen verrichten zonder toepassing te geven aan de mededingingsregels.³²

Overheidsorganisaties hebben een grote mate van beleidsvrijheid bij het afbakenen van het algemeen belang.³³ De algemeen belangvaststelling heeft het karakter van een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Dit komt omdat de vaststelling rechtsgevolgen heeft: de desbetreffende economische activiteiten of bevoordelingen vallen niet langer onder de Wet M en O. De Awb bevat een reeks van waarborgen voor een zorgvuldige voorbereiding en motivering van besluiten en regels voor bezwaar en beroep tegen besluiten die in het bijzonder ook bij besluiten inzake algemeen belangvaststelling van belang zijn. Deze bestuursrechtelijke waarborgen bieden een goed handvat om een zorgvuldige toepassing van de algemeen belang-uitzondering te bewaken. Drie zaken worden hieronder nader uitgewerkt:

- is sprake van algemeen belang; motivering;
- inspraak;
- bezwaar en beroep.

I. Is sprake van algemeen belang: motivering

Om gebruik te kunnen maken van de algemeen belang-uitzondering is de eerste stap om te bepalen welk specifiek algemeen belang aan de orde is en of de desbetreffende economische activiteiten dat algemeen belang dienen. Vervolgens moet duidelijk zijn welke gevolgen de algemeen belangvaststelling heeft voor derden, in het bijzonder private ondernemers. Ten slotte moet nog worden afgewogen of het met de activiteiten te dienen algemeen belang opweegt tegen de nadelige gevolgen voor belanghebbenden. Het is al met al noodzakelijk dat het vaststellingsbesluit een krachtige motivering bevat waarom sprake is van een algemeen belang, afgewogen tegen de belangen van private ondernemers, reden is de economische activiteiten buiten de reikwijdte van de gedragsregels van de Wet M en O te plaatsen.

³² Zie Handreiking Diensten van Algemeen Economisch Belang en Staatssteun, uitgave van het Ministerie van Binnenlandse Zaken Koninkrijksrelaties van 10 juni 2008, Europa Decentraal.

³³ Zie bijvoorbeeld HR 24 december 2005, Gst. 2005/78 m.nt. T.E.P.A. Lam en ABRvS 21 december 2005, AB 2006/252 m.nt. B.P.M. van Ravens.

- 1) Omschrijf zo concreet mogelijk de economische activiteit en welk algemeen belang daarmee wordt gediend.

Bij het omschrijven van de economische activiteit kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de volgende elementen:

- welke activiteit;
- prijsstelling;
- doelgroep;
- frequentie;
- geografisch bereik.

Bij het benoemen van het relevante algemeen belang kan onder meer aan het volgende worden gedacht:

- beoogde doel en beoogde doelgroep;
- bestaande wettelijke en andere instrumenten ter verwezenlijking van het algemeen belang;
- concrete omschrijving: het algemeen belang dat specifiek met de economische activiteiten moet worden behartigd, dient concreet te worden omschreven. Soms kan daarvoor worden verwezen naar wetgeving en de bijbehorende toelichting. In andere gevallen dient een bestuursorgaan 'ad hoc' te omschrijven welk algemeen belang met de uitvoering van de economische activiteiten wordt gediend. Dat algemeen belang is er niet, indien de markt zelf voorziet in het aanbod van de desbetreffende goederen of diensten (geen sprake van marktfalen). Evenmin wordt als algemeen belang aangemerkt het eigen financieel of economisch belang van de desbetreffende overheid. Er moet dus sprake zijn van een breder belang.

Terreinen waar uw overheidsorganisatie aan zou kunnen denken waar economische activiteiten in het algemeen belang verricht (kunnen) worden:

- Volksgezondheid
- Maatschappelijke zorg en welzijn
- Culturele activiteiten
- Ruimtelijke ordening
- Veiligheid .

- 2) Bepaal de gevolgen van de algemeen belangvaststelling voor derden

Een algemeen belangvaststelling betekent dat de desbetreffende economische activiteiten of bevoordelingen mogen plaatsvinden zonder dat de gedragsregels van de wet M en O hoeven te worden toegepast. Meer concreet betekent dat bijvoorbeeld dat een goed of dienst gratis of tegen een prijs onder de kostprijs kan worden aangeboden of dat een overheidsbedrijf mag worden bevoordeeld. Bij de voorbereiding van de algemeen belangvaststelling dient te worden geïnventariseerd welke belangen van derden geraakt worden door de vaststelling. Het gaat daarbij bijvoorbeeld om de belangen van de private ondernemers die concurreren met een overheidsorganisatie die zich niet aan de verplichting tot kostendoorberekening hoeft te houden of met een overheidsbedrijf dat door een overheid mag worden bevoordeeld.

- 3) Bepaal of het noodzakelijk en proportioneel is om gebruik te maken van de uitzondering van algemeen belang

Om te kunnen komen tot een algemeen belangvaststelling, moeten de voordelen ten aanzien van het algemeen belang opwegen tegen de nadelen ten aanzien van de belangen van derden. Steeds dient in aanmerking te worden genomen of als gevolg van het niet meer van toepassing zijn van de gedragsregels van de Wet M en O op economische activiteiten van een overheid of bevoordelingen van overheidsbedrijven, het risico bestaat van verdringing van de markt van private ondernemingen. Voorkomen moet worden dat derden onevenredig worden getroffen als gevolg van de algemeen belangvaststelling. Dat is in elk geval aan de orde indien de algemeen belangvaststelling niet noodzakelijk is omdat het beoogde doel ook met minder vergaande middelen kan worden bereikt. Indien de algemeen belangvaststelling op zich wel noodzakelijk is moet een belangenafweging plaatsvinden: weegt het algemeen belang dat gemoeid is met de uitvoering van de bedoelde activiteiten zonder toepassing van de gedragsregels zwaarder dan het belang van private ondernemers bij eerlijke concurrentieverhoudingen ?

De belangenafweging dient beperkt te zijn tot de belangen van degenen die de Wet M en O beoogt te beschermen. Dat zijn de private ondernemingen die in concurrentie staan met overheden waarvan zal worden vastgesteld dat hun economische activiteiten plaatsvinden in het algemeen belang.

De voorgaande aspecten dienen te worden betrokken bij de vormgeving en de motivering van een algemeen belangvaststelling betreffende het verrichten van economische activiteiten door een overheid. Een algemeen belangvaststelling dient ten minste de volgende elementen te bevatten:

- de organisatie-eenheid van de overheid waarvan bepaalde economische activiteiten plaatsvinden in het algemeen belang (in het geval van bevoordeling van een overheidsbedrijf: de bevoordelende organisatie-eenheid en de naam van dat overheidsbedrijf;
- de aard en de duur van de desbetreffende economische activiteiten respectievelijk de aard en de duur van de bevoordeling en de aard van de economische activiteiten van het desbetreffende overheidsbedrijf waarop die bevoordeling betrekking heeft;
- het grondgebied waarbinnen de economische activiteiten van de overheid respectievelijk van het overheidsbedrijf worden verricht;
- de motivering waarom de desbetreffende economische activiteiten in het algemeen belang plaatsvinden, met inbegrip van
 - a) een aanduiding van het algemeen belang dat met de economische activiteiten respectievelijk de bevoordeling wordt behartigd,
 - b) de gevolgen van de algemene belangvaststelling voor derden en
 - c) de afweging van het desbetreffende algemene belang tegen de hiervoor bedoelde belangen van derden.

Uit een oogpunt van duidelijkheid en rechtszekerheid is het zowel voor de overheden of overheidsbedrijven als voor belanghebbenden van belang dat het besluit bovengenoemde gegevens bevat.

II. Inspraak

Zoals gezegd is het wenselijk dat ondernemers hun stem kunnen laten horen in de fase van voorbereiding van algemeen belangvaststellingen. Dat biedt ook de overheid de nodige informatie om tot een goede belangenafweging te kunnen komen. Op grond van de Awb en organieke wetgeving is het in sommige gevallen verplicht inspraak te organiseren. Het verdient de voorkeur ook in andere gevallen actief inspraak mogelijk te maken, gelet op de vergaande gevolgen van een besluit dat bepaalde activiteiten worden geacht in het algemeen belang plaats te vinden.

Op grond van de Awb is een vorm van inspraak in elk geval aan de orde indien voor de algemeen belangvaststelling de zogenoemde openbare voorbereidingsprocedure wordt gevolgd. Deze procedure verdient de voorkeur in geval van complexe onderwerpen of een groot aantal belanghebbenden. In de openbare voorbereidingsprocedure gelden bepaalde, in de Awb vastgelegde, regels voor inspraak en besluitvorming. Voor toepassing van deze procedure is nodig dat dit wettelijk of bij besluit is vastgelegd. Ook zonder openbare voorbereidingsprocedure kan inspraak worden georganiseerd, bijvoorbeeld door middel van een consultatie van het ontwerp-besluit via internet of een ander medium. Indien het aantal bij het besluit betrokken belanghebbenden beperkt is en zij ieder afzonderlijk bekend zijn, kan er voor worden gekozen hun het ontwerp-besluit toe te zenden en schriftelijk mee te delen op welke wijze en binnen welke termijn zij hun zienswijzen naar voren kunnen brengen. Verder is van belang dat decentrale overheden een inspraakverordening hebben die een nadere aanduiding bevat in welke gevallen, met wie en op welke wijze inspraak kan plaatsvinden.

III. Bezwaar en beroep

Bezwaar en beroep vormen het sluitstuk van de besluitvorming inzake het algemeen belang. Via deze weg krijgen belanghebbenden de mogelijkheid een beslissing van de overheid aan te vechten en hun belangen te verdedigen.

Niet in alle gevallen staat bezwaar en beroep open tegen de vaststelling van het algemeen belang. Ingevolge het algemene regime van de Awb staat tegen algemeen verbindende voorschriften geen bezwaar en beroep open, maar tegen concrete besluiten wel. Het verdient met het oog op de toetsbaarheid van algemeen belangvaststellingen dan ook de voorkeur dat algemeen belangvaststellingen plaatsvinden in de vorm van een concreet besluit. Dat concrete besluit dient niet verknoopt te zijn met een besluit dat het karakter

van een algemeen verbindend voorschrift heeft en om die reden ook niet vatbaar is voor bezwaar en beroep. Overigens is in het laatste geval wel indirect beroep bij de bestuursrechter mogelijk. Als het algemeen verbindend voorschrift namelijk leidt tot een concreet uitvoeringsbesluit, kan de betrokkene in bezwaar en beroep de rechtmatigheid van dat besluit en van de onderliggende regeling aanvechten. De rechter kan de regeling dan zo nodig niet verbindend verklaren. Overigens kan de ondernemer steeds ook terecht bij de civiele rechter.

3.3 Overheidsbedrijven

Voor de reikwijdte van de Wet M en O is verder van belang of een overheidsorganisatie een overheidsbedrijf heeft³⁴. In dat geval geldt het bevoordelingverbod, de gedragsregel die een bevoordeling door een overheidsorganisatie van het eigen overheidsbedrijf verbiedt.³⁵ Het is daarom van belang om vast te stellen of in uw geval sprake is van een overheidsbedrijf. De Wet M en O onderscheidt overheidsbedrijven in ondernemingen met een privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid (zoals de besloten vennootschap) en de personenvennootschappen (zoals de commanditaire vennootschap).³⁶ Het kan hierbij bijvoorbeeld gaan om een gemeentelijk grondbedrijf, een regionale ontwikkelingsmaatschappij, een gemeentelijk ontwikkelingsbedrijf, gemeentelijk havenbedrijf, maar ook om publiek-private samenwerkingsverbanden.

3.3.1 Onderneming met privaatrechtelijke persoonlijkheid

Bij de privaatrechtelijke rechtspersoon is het doorslaggevend of uw organisatie, al dan niet samen met één of meer andere publiekrechtelijke rechtspersoon, in staat is om het beleid van die privaatrechtelijke rechtspersoon te bepalen.³⁷ De wet geeft een nadere invulling van het begrip beleidsbepalende invloed. Artikel 25g lid 2 Mw bevat een uitputtende opsomming van de gevallen waarin een publiekrechtelijke rechtspersoon in staat is om het beleid te bepalen in een onderneming met een privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid. In dit artikel wordt vervolgens de mogelijkheid geboden andere gevallen waarin een overheidsorganisatie in staat is het beleid te bepalen in een onderneming met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid, bij algemene maatregel van bestuur te bepalen. Alleen bij de in de wet en eventueel bij AMvB bepaalde gevallen wordt aangenomen dat er sprake is van een beleidsbepalende invloed.

Meerderheid stemrechten

Artikel 25g lid 2 sub a Mw: indien hij, al dan niet tezamen met een of meer andere publiekrechtelijke rechtspersonen, beschikt over de meerderheid van de stemrechten, verbonden aan de door de rechtspersoon van de onderneming uitgegeven aandelen

Het gaat hier om een meerderheid van de stemrechten en niet om de meerderheid van aandelen. Via zogenoemde preferente aandelen kan een houder van een minderheid van de aandelen een meerderheid van de stemrechten uitoefenen. Indien uw overheidsorganisatie al dan niet tezamen met een of meer andere overheden, beschikt over de meerderheid van de stemrechten, verbonden aan de door de rechtspersoon van de onderneming uitgegeven aandelen, is uw overheidsorganisatie volgens de Wet M en O in staat het beleid van die onderneming te bepalen. Die onderneming is dan een overheidsbedrijf in de zin van de Wet M en O. Indien twee of meer publiekrechtelijke rechtspersonen gezamenlijk over de meerderheid van de stemrechten beschikken (hoewel ze ieder afzonderlijk dat niet doen), kunnen zij ook een dominerende invloed uitoefenen en is dus ook sprake van een overheidsbedrijf.

Voorbeeld: Gemeente A heeft 20% van de aandelen van een overheidsbedrijf en ook 20% van de stemrechten. Gemeente B heeft 45% van de aandelen en ook 45% van de stemrechten. Zij hebben gezamenlijk 65% van de stemrechten en dus (gezamenlijk) een beleidsbepalende invloed.

³⁴ Nota van toelichting Besluit Markt & Overheid.

³⁵ In paragraaf 4.2. van deze handreiking wordt bevoordeling van overheidsbedrijven door de overheid besproken.

³⁶ Artikel 25g lid 1 Mw.

³⁷ Artikel 25g lid 1 sub a Mw.

Benoeming bestuursleden

Artikel 25g lid 2 sub b Mw: indien meer dan de helft van de leden van het bestuur of het toezicht-houdend orgaan wordt benoemd door een of meer publiekrechtelijke rechtspersonen of door leden of aandeelhouders die een publiekrechtelijke rechtspersoon zijn

Ook de bevoegdheid meer dan de helft van de bestuurders of toezichthouders te benoemen is een vorm van beleidsbepalende invloed die overeenkomt met hetgeen in artikel 24a van boek 2 Burgerlijk Wetboek is bepaald over de dochtermaatschappij. Op grond van die bepaling is relevant wie kan bepalen wie als bestuurder benoemd worden. Indien uw overheidsorganisatie alleen of samen met één of meer andere publiekrechtelijke rechtspersonen of als lid of aandeelhouder meer dan de helft van de leden van het bestuur of het toezichthoudend orgaan van de onderneming benoemt, is uw overheidsorganisatie volgens de Wet M en O in staat het beleid van die onderneming te bepalen. Die onderneming is dan een overheids-bedrijf in de zin van de Wet M en O.

Bindende voordracht

In artikel 2 van het Besluit Markt en Overheid is op grond van artikel 25g, tweede lid, onder d, van de Wet M en O een nadere bepaling over het begrip overheidsbedrijf opgenomen, ter aanvulling van de in artikel 25g Mw genoemde gevallen waarin sprake is van beleidsbepalende invloed (van een publiekrechtelijke rechtspersoon of publiekrechtelijke rechtspersonen in een onderneming). Het gaat om gevallen waarin een overheidsorganisatie een bindende voordracht voor benoeming kan doen:

Een publiekrechtelijke rechtspersoon is in staat in een onderneming het beleid te bepalen in de zin van artikel 25 g, eerste lid, onder a, Mw: *indien hij, al dan niet tezamen met een of meer andere publiekrechtelijke rechtspersonen, een bindende voordracht kan doen of kan laten doen voor de benoeming van meer dan de helft van de leden van het bestuur of het toezichthoudend orgaan van de rechtspersoon van de onderneming.*

Het betreft dus zowel gevallen waarin de overheid, al dan niet samen met een andere overheid, zelf de bindende voordracht doet als gevallen waarin de overheid krachtens overeenkomst met andere partijen de inhoud van de bindende voordracht van die partijen kan bepalen. Op dit punt wordt aangesloten bij de definitie van dochtermaatschappij in het Burgerlijk Wetboek (artikel 24a van Boek 2) die ook de mogelijkheid van een optreden op grond van een overeenkomst omvat.

Voorbeeld: Een waterschap heeft samen met twee gemeenten het recht om een bindende voordracht te doen voor de benoeming van twee van de drie bestuursleden van een stichting.

Dochtermaatschappij

Artikel 25g lid 2 sub c Mw: *indien de onderneming een dochtermaatschappij in de zin van artikel 24a van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek is van een rechtspersoon waarvoor onderdeel a of b van toepassing is.*

In artikel 2 sub b van het Besluit Markt en Overheid is hierop de volgende aanvulling gemaakt:

Een publiekrechtelijke rechtspersoon is in staat in een onderneming het beleid te bepalen in de zin van artikel 25g, eerste lid, onder a, van de wet:

b. indien de onderneming een dochtermaatschappij is in de zin van artikel 24a van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek van een rechtspersoon waarvoor onderdeel a van toepassing is.

(Onderdeel a gaat over de bindende voordracht, zoals hierboven besproken)

Indien de onderneming een dochtermaatschappij is van een overheidsbedrijf van uw overheidsorganisatie, is uw overheidsorganisatie in staat het beleid van die dochtermaatschappij te bepalen. Ook die dochtermaatschappij is dan een overheidsbedrijf in de zin van de Wet M en O.

Er is sprake van een dochtermaatschappij van een overheidsbedrijf: in de zin van artikel 24a van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek indien het gaat om:³⁸

- een rechtspersoon waarin het overheidsbedrijf of één of meer van zijn dochtermaatschappijen, al dan niet krachtens overeenkomst met andere stemgerechtigden alleen of samen meer dan de helft van de stemrechten in de algemene vergadering kunnen uitoefenen;
- een rechtspersoon waarvan het overheidsbedrijf of één of meer van zijn dochtermaatschappijen lid of aandeelhouder zijn al dan niet krachtens overeenkomst met andere stemgerechtigden en alleen of samen meer dan de helft van de bestuurders of van de commissarissen kunnen benoemen of ontslaan, ook indien alle stemgerechtigden stemmen.

Deze criteria komen overeen met de hiervoor beschreven criteria van artikel 25g lid 2 sub a en b Mw. Dit betekent dat indien uw overheidsbedrijf een dochtermaatschappij heeft, deze dochter ook is aan te merken als overheidsbedrijf in de zin van de Wet M en O.

3.3.2 Deelneming in een personenvennootschap

Ook een onderneming in de vorm van een 'personenvennootschap', waarin een publiekrechtelijke persoon deelneemt, kan volgens de Wet M en O worden aangemerkt als overheidsbedrijf.³⁹ Als personenvennootschap kan worden aangemerkt een maatschap, een vennootschap onder firma of een commanditaire vennootschap een overheidsbedrijf.⁴⁰ Indien uw overheidsorganisatie lid is van een maatschap, vennootschap onder firma of commanditaire vennootschap, neemt uw overheidsorganisatie deel in die personenvennootschap. Om te bepalen of sprake is van deelneming kan aansluiting gezocht worden bij de omschrijving van deelneming in artikel 2:24c lid 2 BW.

Uw organisatie neemt op grond van deze bepaling als overheid deel in een personenvennootschap indien uw organisatie:

- als vennoot tegenover schuldeisers aansprakelijk is voor de schulden, of;
- op andere wijze vennoot is om met die vennootschap 'duurzaam verbonden te zijn ten dienste van uw eigen werkzaamheid'.

Hierbij kan uw overheidsorganisatie bijvoorbeeld denken aan:

- De participatie als stille vennoot in het parkmanagement van een bedrijvenpark dat onder gebracht is in een commanditaire vennootschap.
- Een drinkwaterbedrijf in de vorm van een personenvennootschap waarvan uw overheidsorganisatie samen met gemeenten vennoten bent.

³⁸ In de zin van artikel 2:24a BW.

³⁹ Artikel 25g lid 1 sub b Mw.

⁴⁰ In de Wet M en O wordt mede gesproken van personenvennootschap omdat ten tijde van de opstelling van de Wet M en O een nieuw wettelijk regime voor personenvennootschappen was voorzien; het desbetreffende wetsvoorstel is echter later ingetrokken (Kamerstukken 31065).

4 Gedragsregels van de Wet Markt en Overheid

De Wet M en O bevat gedragsregels die zijn bedoeld om concurrentievervalsing tegen te gaan door de door uw overheidsorganisatie zelf of via haar overheidsbedrijf verrichte economische activiteiten. Dit betekent dat uw organisatie:

- de integrale kosten van uw dienst of product in uw tarieven moet doorberekenen.
- uw eigen overheidsbedrijven niet mag bevoordelen ten opzichte van concurrerende bedrijven.
- de gegevens die uw organisatie vanuit de publieke taak verkrijgt alleen mag gebruiken voor economische activiteiten die niet dienen ter uitvoering van de publiekrechtelijke bevoegdheden, indien andere organisaties of bedrijven ook over die gegevens kunnen beschikken.
- wanneer uw overheidsorganisatie op een bepaald terrein een publiekrechtelijke bevoegdheid uitoefent ten aanzien van bepaalde economische activiteiten en ook zelf die economische activiteiten verricht, niet dezelfde personen betrokken mogen zijn bij de publiekrechtelijke en de economische activiteiten van de organisatie.

De gedragsregels zijn opgenomen in de Mededingingswet. De NMa houdt toezicht op de naleving van de gedragsregels.

4.1 Gedragsregel 1: Integrale kostendoorberekening

4.1.1 Algemeen

Artikel 25i eerste lid van de Mw bepaalt dat indien uw organisatie economische activiteiten verricht, aan de afnemers van een goed of dienst ten minste de integrale kosten van dat goed of die dienst in rekening dienen te worden gebracht. Deze verplichting tot doorberekening is nader uitgewerkt in het Besluit markt en overheid.

Besluit markt en overheid

In het Besluit markt en overheid (hierna Besluit M en O) zijn nadere regels gesteld over de gedragsregel voor integrale kostendoorberekening. In de Nota van toelichting bij dit besluit zijn de uitgangspunten voor de berekening van de integrale kostprijs nader toegelicht. In deze handreiking zijn de hoofdpunten uit deze Nota van toelichting samengevat en voorzien van enkele voorbeelden met als doel meer duidelijkheid te geven hoe de integrale kostprijs moet worden berekend.

Van belang is te benadrukken dat het Besluit M en O slechts randvoorwaarden stelt aan de wijze waarop een overheid de kosten berekent en toerekent. Uiteindelijk is bepalend of de aan afnemers gevraagde prijs ten minste de integrale kosten omvat. Desgevraagd moet een overheid kunnen aantonen dat de kosten integraal zijn doorberekend. De bewijslast dat de integrale kosten zijn doorberekend, ligt bij de desbetreffende overheid. Het is aan de overheid de berekening van de integrale kosten zodanig in te richten dat zij dit kan aantonen.

Bedrijfseconomische principes

De Mededingingswet en het Besluit M en O bevatten in beginsel geen eisen aan overheden hoe, met welke bedrijfseconomische principes, zij de integrale kostprijs moeten bepalen. Er is volstaan met de bepaling dat de overheden die bedrijfseconomische principes consequent moeten toepassen en dat het objectief te rechtvaardigen principes betreft. Het gaat in het bijzonder om principes zoals waardebeoordeling en afschrijvingen, ex ante (vooraf) of ex post (achteraf) kostenberekening en methoden voor toerekening van kosten.

Een consequente werkwijze impliceert onder meer dat in vergelijkbare gevallen de kosten voor economische activiteiten op dezelfde wijze worden berekend en daarbij eenzelfde grondslag wordt gebruikt. Dat de gehanteerde principes objectief te rechtvaardigen zijn, betekent dat beargumenteerd moeten worden waarom bepaalde principes voor de berekening zijn gehanteerd.

Een voorbeeld is de manier waarop wordt omgegaan met afschrijvingen. Uw overheidsorganisatie kan als overheid bij de doorberekening van de kosten van de ene economische activiteit op grond van de Mededingingswet voor bepaalde activa niet een andere afschrijvingstermijn hanteren dan dat uw overheidsorganisatie bij diezelfde activa voor andere economische activiteiten doet. De gehanteerde afschrijvingstermijn dient onderbouwd te kunnen worden aan de hand van bijvoorbeeld de economische levensduur van deze activa.

4.1.2 Stappenplan

Nadat is vastgesteld dat het om een economische activiteit gaat, waarvoor de kostendoorberekening verplicht is⁴¹, is het van belang dat uw organisatie voor het bepalen van de integrale kosten van een goed of dienst de volgende stappen zet:

1. eerst moet uw organisatie bepalen op welke (soort van) goederen of diensten de kostendoorberekening moet worden toegepast;
2. vervolgens dient uw organisatie te bepalen welke kosten gemoeid zijn met het leveren van die goederen of het verrichten van die diensten; en
3. en daarna moet uw organisatie deze kosten toe rekenen aan die goederen of diensten.

De gedragsregel verplicht om ‘minimaal’ de integrale kosten door te berekenen. Hiermee wordt aan de overheden ruimte gelaten om voor goederen of diensten een prijs hoger dan de integrale kosten te vragen.

Stap 1: welke soort goederen en diensten

De eerste stap voor de doorberekening van de integrale kosten van een goed of dienst is het bepalen op welke (soort van) goederen of diensten de kostendoorberekening moet worden toegepast. Hierbij is het van belang dat de kostendoorberekening niet per se per goed of dienst moet plaatsvinden.⁴² Kostenberekening en kostentoerekening kunnen plaatsvinden voor een categorie van dezelfde of soortgelijke goederen of diensten voor zover deze op dezelfde markt worden aangeboden. Verschillende goederen en diensten kunnen bij de kostendoorberekening op deze manier worden samengevoegd. Het is voldoende dat er kostendekkendheid is voor het totaal van alle ‘geaggregeerde’ goederen en diensten. Het is aan de toezichthouder bij een klacht te toetsen of de samengevoegde goederen en diensten inderdaad dezelfde markt betreffen.

Zo kunnen alle goederen die worden aangeboden bij een koffiecorner van een overheidsinstelling die voor het algemene publiek toegankelijk is, worden samengevoegd tot een categorie goederen voor één markt – mits deze koffiecorner zich beperkt tot het aanbieden van koffie en aanverwante goederen. Dit betekent dat de verplichting van kostendoorberekening betrekking heeft op het volledige aanbod van de koffiecorner voor derden en dat niet per goed, zoals koffie en thee, afzonderlijke kostendoorberekeningen hoeven plaats te vinden.

Stap 2: kostensoorten

De tweede stap voor de doorberekening van de integrale kosten van een goed of dienst is het bepalen van de kosten die gemoeid zijn met het leveren van goederen of het verrichten van diensten. Hierbij zijn alle kosten relevant die samenhangen met het verrichten van een economische activiteit. Onder deze kosten worden in elk geval gerekend:

- *Operationele kosten.* Dit zijn de meest ‘zichtbare’ kosten die direct of indirect met de uitvoering van de activiteiten te maken hebben. Zij bestaan in elk geval uit personeelskosten, huisvestingskosten, automatiseringskosten, materiële kosten en, al dan niet overlappend met de voorgaande kostensoorten,

⁴¹ Zie de uitzonderingen bedoeld in hoofdstuk 2.

⁴² Artikel 4 Besluit M en O; Memorie van Toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 2007-2008, 31 354, nr. 3, p. 36.

overheadkosten. Ook verzekering- en energiekosten behoren, wanneer hier kosten voor worden gemaakt en verband houden met de economische activiteit tot dit begrip.

- *Afschrijving- en onderhoudskosten* vormen de minder 'zichtbare' kosten van activa die nodig zijn voor de uitvoering van een economische activiteit, die het gevolg zijn van de toerekening van eerdere investeringsuitgaven als lasten aan de jaren waarin deze activa gebruikt (zullen) worden. Bij deze kostencomponent hebben de uitgaven vaak al veel eerder plaatsgevonden en de bepaling van de afschrijvingskosten vergt een bepaalde inschatting van de levensduur en waardevermindering van activa. Afschrijvingskosten houden dan vaak ook een indirect verband met de uitvoering van economische activiteiten, maar kunnen wel een groot effect hebben op de hoogte van de integrale kostprijs. Binnen deze kosten vallen ook de kosten voor onderhoud, deze houden namelijk direct verband met het verlengen van de levensduur van bijvoorbeeld een machine, en daarmee met de afschrijvingen op hetzelfde apparaat, maar hebben een indirect verband met de economische activiteit.
- *Vermogenskosten* betreffen ook minder 'zichtbare' kosten, met name voor wat betreft het eigen vermogen, vanwege bijvoorbeeld het effect op de rentebaten bij het inzetten van reserves (eigen vermogen). Zonder vermogen is het echter niet mogelijk een economische activiteit uit te voeren en kosten hiervoor dienen dan ook te worden meegenomen in de integrale kostenberekening. Voor de bepaling van de vermogenskosten dient te worden uitgegaan van de gewogen gemiddelde kosten van het vermogen. Hierbij kan gebruik worden gemaakt van de omslagrente die bij provincies, gemeenten en waterschappen worden gebruikt als vermogenskostenvoet. Deze vermogenskosten kunnen ook worden bepaald door middel van de zogenoemde WACC-formule (weighted average cost of capital).

Deze opsomming van kostensoorten op hoofdlijnen heeft geen limitatief karakter. Ook kostensoorten die geen deel uitmaken van de genoemde categorieën dienen bij de kostenberekening en –toerekening te worden betrokken, voor zover zij verband houden met de economische activiteit, aangezien ten minste alle kosten die samenhangen met een bepaalde activiteit berekend moeten worden en toegerekend aan het desbetreffende goed of de dienst.

Voor het bepalen van de operationele en afschrijving- en onderhoudskosten van activa kan gebruik worden gemaakt van relevante gegevens uit de jaarstukken. Het betreft in het bijzonder waarderingen, afschrijvingen en voorzieningen voor activa, zoals machines, grond en gebouwen. Deze worden bijvoorbeeld voor provincies en gemeenten bepaald volgens de regels van het Besluit Begroting en Verantwoording provincies en gemeenten (verder: BBV) en de (financiële) regels voor onder andere waardering en afschrijving die overheden zelf vastleggen.⁴³ De jaarstukken zullen niet altijd voldoende informatie bevatten om de afschrijving- en operationele kosten van activa te kunnen bepalen, bijvoorbeeld indien de jaarstukken slechts meer globale gegevens bevatten of indien een overheid het kasstelsel hanteert zodat de jaarstukken slechts beperkt afschrijvingskosten bevatten. In dat geval dienen deze kosten te worden berekend aan de hand van gegevens over bijvoorbeeld de historische aanschafprijs of de vervangingswaarde. Eerder geboekte afschrijvingskosten, zoals in het kasstelsel het geval is, dienen dus wel meegenomen te worden in de integrale kostprijs. Er dient niet per definitie van de historische integrale kosten te worden uitgegaan. In sommige gevallen is namelijk de waarde van een goed, en daarmee de kosten bij verkoop van dat goed, sterk afhankelijk van de marktomstandigheden, en niet zozeer van de oorspronkelijke gemaakte kosten.

⁴³ Bijvoorbeeld op grond van artikel 212 Gemeentewet.

Uitgezonderde kostensoorten

De kosten van bepaalde bestuurlijke werkzaamheden zijn uitgezonderd van de kostenberekening. Dit betreft kosten die specifiek samenhangen met de bestuurlijke taakuitoefening en die zich daarom niet voordoen bij private ondernemingen. Dit betreft de kosten voor:

- Beleidsvoorbereiding en inspraak;
- Toezicht en handhaving;
- Bezwaar en beroep.

Stap 3: toerekenen van kosten

De derde stap voor de doorberekening van de integrale kosten van een goed of dienst is het toerekenen van deze kosten aan die goederen of diensten. Vooral bij indirecte kosten die voor een groot aantal activiteiten van de overheidsorganisatie worden gemaakt, is het de vraag voor welke activiteit welk deel van de kosten is gemaakt. Om de integrale kosten van een goed of dienst te bepalen moeten alle relevante kosten aan dat goed of die dienst worden toegerekend, in het bijzonder de operationele, afschrijving- en vermogenskosten. De kosten van productiemiddelen, zoals personeelskosten, huisvesting, activa en vermogen, dienen te worden toegerekend aan een economische activiteit in overeenstemming met het gebruik van deze activiteit. Dit is het kostenveroorzakingsbeginsel. Daarnaast zijn er ook kosten die deel uitmaken van algemene kostenposten die ook ten laste komen van andere economische of niet-economische activiteiten. Hierbij kan gedacht worden aan kosten van gebruik van kantoorruimte (huur, elektriciteit, verwarming) of van de inzet van personeel van een ondersteunende afdeling (bijvoorbeeld administratie of secretariaat). Veel van deze kosten vallen ook onder de noemer 'overhead'.

Voor de hiervoor beschreven wijze van kostendoorberekening en- toerekening is niet relevant of het directe kosten of indirecte kosten betreft. Bepaald moet worden in welke mate productiemiddelen voor een bepaalde economische activiteit worden aangewend. Soms betreft het een relatief kleine kostencomponent en is het bewerkelijk om te bepalen in welke mate het productiemiddel wordt aangewend voor die activiteit. Dan kan worden overwogen de kosten van dat productiemiddel volledig toe te rekenen om de uitvoeringskosten te beperken.

Er zijn kosten die voor honderd procent toerekenbaar zijn, bijvoorbeeld de materiële kosten die worden gemaakt voor de verkoop door een koffiecorner (bijvoorbeeld kosten van pakken koffie). Maar voor de kosten van de medewerker die als verkoper in die koffiecorner fungeert, hoeft dat niet het geval te zijn. Als hij tevens werkt bij de publieksbalie van de bibliotheek zal moeten worden bekeken welk deel van zijn tijd wordt gespendeerd aan taken in de koffiecorner en welk deel aan taken aan de publieksbalie. De personeelskosten zullen in overeenstemming met deze verhouding aan de activiteiten van de koffiecorner moeten worden toegerekend.

Alle kosten die worden toegerekend aan goederen of diensten, of aan categorieën van soortgelijke goederen of diensten, moeten uiteindelijk volledig worden doorberekend aan de afnemers van deze goederen of diensten. Dat betekent dat de totale toegerekende kosten moeten worden gedekt door de inkomsten uit de levering van de goederen of het verlenen van de diensten.⁴⁴

Toerekening bij uitbesteden van activiteiten

In een situatie waarbij uw organisatie in formeel-juridische zin goederen of diensten aanbiedt, maar de feitelijke levering daarvan uitbesteedt aan een private onderneming, bestaan de kosten uit de prijs die uw organisatie voor het leveren van die goederen of het verrichten van die diensten betaalt aan die private onderneming. Deze kosten dienen volledig te worden doorberekend aan afnemers. Het maakt in deze situatie geen verschil of uw overheidsorganisatie het leveren van goederen of het verrichten van diensten aan die private onderneming wel of niet via aanbesteding heeft gegund en ook niet hoe die onderneming haar prijs heeft bepaald.

⁴⁴ Nota van toelichting Besluit wet Markt & Overheid, par. 3.

Uw overheidsorganisatie heeft het ophalen van bedrijfsafval uitbesteed aan een private onderneming. Uw overheidsorganisatie dient dan de integrale kosten van deze dienst volledig in uw tarieven aan de afnemers door te berekenen. Indien uw overheidsorganisatie voor de afnemers van uw dienst een prijs rekent die onder de kostprijs ligt, handelt uw overheidsorganisatie in strijd met de gedragsregel van de verplichte doorberekening van de integrale kosten.

4.1.3 Verhouding met reeds bestaande regelingen zoals de Handreiking leges en tarieven, model kostenonderbouwing leges, verschil in aanpak

De gedragsregel sluit zoveel mogelijk aan bij de bestaande praktijk van integrale kostenberekening bij overheden. Die praktijk is onder meer ingekaderd door het BBV, de Comptabiliteitsvoorschriften voor waterschappen, de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen en de Comptabiliteitswet 2001. Daarnaast bestaan er onder meer de Handreiking leges en tarieven en, voor gemeenten, modellen van kostenonderbouwingen (van de VNG). Deze laatstgenoemde documenten geven een kader voor kostenberekeningen voor het berekenen van leges en tarieven, zoals een aantal bedrijfseconomische principes, welke kosten dienen te worden berekend en hoe deze dienen te worden toegerekend aan een economische activiteit. Het bovengenoemde stappenplan komt overeen met de stappen die moeten worden genomen bij het bepalen van de kosten voor leges en tarieven.⁴⁵

4.1.4 Inzichtelijkheid van administratie (bewijslast)

Ook al gelden geen specifieke administratieve verplichtingen, het is zinvol en aan te raden dat overheden de economische activiteiten, waarop de Wet M en O van toepassing is, goed registreren. Uw organisatie dient bij de berekening van de integrale kosten objectief te rechtvaardigen bedrijfseconomische principes consequent toe te passen. Daarnaast zal uw organisatie desgevraagd moeten kunnen aantonen dat de kosten integraal zijn doorberekend. Uw organisatie zal de administratie dan ook zodanig moeten inrichten dat desgevraagd kan worden aangetoond dat de integrale kosten zijn doorberekend.⁴⁶ Uw overheidsorganisatie kan hiervoor aansluiting zoeken bij de beginselen van kostprijsadministratie zoals neergelegd in de Mededingingswet en de Transparantierichtlijn.

4.1.5 Uitzonderingen

De Wet M en O bevat een drietal uitzonderingen op de verplichting voor overheden om bij de uitvoering van economische activiteiten de integrale kosten daarvan door te berekenen.

Uitsluitend of bijzonder recht

De gedragsregel over de verplichting tot doorberekening van de integrale kosten is niet van toepassing, indien de economische activiteiten strekken ter uitoefening van een bijzonder of uitsluitend recht en reeds voorschriften gelden omtrent de voor de desbetreffende economische activiteiten in rekening te brengen prijzen.⁴⁷

Het is mogelijk dat een overheid economische activiteiten verricht ter uitoefening van een bijzonder of uitsluitend recht. Een voorbeeld hiervan is een afvalverwerkingsbedrijf X. Dit bedrijf X heeft van zes samenwerkende gemeenten de exclusieve taak gekregen om te zorgen voor de inzameling van verbrandbaar en composteerbaar afval van de inwoners en bedrijven van die gemeenten, en wel tegen een bepaald tarief. Andere bedrijven kunnen dit werk niet doen. Indien bedrijf X is ondergebracht in een gemeenschappelijke regeling is het bedrijf aan te merken als overheid. De door haar verrichte activiteiten kunnen als economische activiteiten ter uitoefening van een uitsluitend recht worden aangemerkt en bovendien gelden er prijsvoorschriften. Daarom is deze activiteit van de Wet M en O uitgezonderd en hoeft bedrijf X de integrale kosten voor deze activiteit niet door te berekenen.

⁴⁵ Toelichting Besluit Markt & Overheid par 3.1

⁴⁶ Toelichting Besluit Markt & Overheid par.3.1.

⁴⁷ Zie artikel 25j lid 2 sub a Mw.

De begrippen ‘uitsluitend of bijzonder recht’ zijn afkomstig uit artikel 106 VWEU zonder dat zij in het Verdrag zijn gedefinieerd. Wel bevat de Transparantierichtlijn een nadere omschrijving die in het huidige artikel 25a Mw is gevolgd. Vaak zal het niet voorkomen dat een uitsluitend of bijzonder recht aan een onderneming binnen de overheidsorganisatie is verleend, want meestal is sprake van een afzonderlijke rechtspersoon die als een zodanige onderneming kan worden aangemerkt. Dat is bijvoorbeeld het geval in de energiesector ten aanzien van het netbeheer. Bij het openbaar vervoer komt het evenwel voor dat er sprake is van een gemeentelijke dienst die het openbaar vervoer in die gemeente verzorgt. Op grond van het eerste lid van 25a Mw zouden de integrale kosten van die activiteiten moeten worden doorberekend. In de regel gelden voor dergelijke activiteiten echter allerlei voorschriften over de tariefstructuur. Deze kunnen bijvoorbeeld zijn vervat in een wettelijk voorschrift of zijn verbonden aan een vergunning tot het verrichten van de activiteit. In dat geval dienen deze regels uiteraard voorrang te hebben op de gedragsregel voor integrale kostendoorberekening.⁴⁸

Een voorbeeld van de toekenning van een alleenrecht voor de uitvoering van een dienst van algemeen economisch belang is te vinden in 1989. Toen kreeg PTT Post (het huidige Post NL) het alleenrecht voor de bezorging en het ophalen van de post. Op deze manier verplichte de overheid PTT Post om in heel Nederland, dus ook in Persingen, het kleinste dorp in Nederland, de post op te halen en te bezorgen. Hierdoor hadden alle burgers in Nederland toegang tot deze dienst voor een redelijke prijs.

Gegevensverstrekking

Van de verplichting tot het doorberekenen van de integrale kosten zijn de economische activiteiten van uw overheidsorganisatie uitgezonderd, indien die inhouden het verstrekken van gegevens die uw organisatie heeft verkregen in het kader van de uitoefening van haar publiekrechtelijke bevoegdheden of het verstrekken van gegevensbestanden die uit de genoemde gegevens zijn samengesteld.

Zonder deze uitzondering zou de verplichting om de integrale kosten in rekening te brengen ook van toepassing zijn indien de economische activiteit bestaat uit de verstrekking van gegevens of gegevensbestanden als hier bedoeld. Dit zou echter niet passen in het overheidsbeleid over de beschikbaarheid van overheidsinformatie. Het streven van het kabinet is er vooral op gericht de beschikbaarheid van overheidsinformatie, ook voor het bedrijfsleven, te bevorderen en exploitatie tegen integrale kostprijs zou dit streven doorkruisen. Deze uitzondering moet bewerkstelligen dat de Wet M en O geen belemmering vormt voor de verdere ontwikkeling van het beleid voor de beschikbaarheid van overheidsinformatie.⁴⁹

Een voorbeeld van een dergelijke economische activiteit die bestaat uit het verstrekken van gegevens of gegevensbestanden door de overheid is het gemeentelijke kadastrale loket. Let op: indien de gegevens worden verstrekt ‘uit hoofde van’ een andere economische activiteit dan de publiekrechtelijke taakuitoefening, geldt de uitzondering niet. Indien een overheidsorgaan bijvoorbeeld de gegevens voorafgaand aan de verstrekking gaat bewerken, zonder dat die bewerking in het kader van de publiekrechtelijke taak noodzakelijk is, is niet langer sprake van beschikbaarstelling voor hergebruik en geldt ook niet langer de hiervoor bedoelde uitzondering van de Mededingingswet. Er is dan in beginsel sprake van een economische activiteit (die ook door een derde kan geschieden), en waarvoor het overheidsorgaan de integrale kosten in rekening moet brengen. In die gevallen is logischerwijs ook de gedragsregel over gegevensgebruik van toepassing (zie onderdeel IIIB).

Sociale werkplaatsen

De verplichting tot doorberekening van ten minste de integrale kosten is niet van toepassing op economische activiteiten van WSW-bedrijven, voor zover artikel 5 van de Wet sociale werkplaatsen van toepassing is. Deze uitzondering is beschreven in hoofdstuk 3.1.3.

⁴⁸ Zie memorie van toelichting, pagina 38. Tweede Kamer, vergaderjaar 2007–2008, 31354, nr. 3.

⁴⁹ Memorie van Toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 2007–2008, 31 354, nr. 3, p. 38.

4.2 Gedragsregel 2: Bevoordelingsverbod van overheidsbedrijven⁵⁰

Deze gedragsregel houdt in dat een overheidsorganisatie een eigen overheidsbedrijf niet mag bevoordelen boven andere ondernemingen waarmee dat overheidsbedrijf in concurrentie treedt.⁵¹ Zie paragraaf 3.3 voor een uitleg van het begrip overheidsbedrijf.

4.2.1 Algemeen kader om vast te stellen of er sprake is van niet toegestane bevoordeling

Het bevoordelingsverbod beoogt op dezelfde wijze als het staatssteunverbod te voorkomen dat de overheid een eigen overheidsbedrijf concurrentievoordelen verschafft bij het verrichten van economische activiteiten. Bij de toepassing kunnen de drie elementen van het staatssteunverbod op overeenkomstige wijze worden toegepast.

1. Er is sprake van een (directe of indirecte) toekenning van staatsmiddelen.
2. Het gaat om een niet marktconform voordeel.
3. Er is selectiviteit in het spel.

Deze drie elementen zijn hieronder nader toegelicht.⁵²

Wanneer uw handelen niet kan worden aangemerkt als het toekennen van staatsmiddelen (maar bijvoorbeeld bestaat uit de verlening van een vergunning) is geen sprake van verboden bevoordeling. Dit is ook niet het geval indien uw handelen niet selectief is. Wanneer uw handelen wel gericht is op bepaalde ondernemingen, met name uw overheidsbedrijf, kan sprake zijn van bevoordeling (zoals in geval van een subsidieverlening waar geen private bedrijven voor in aanmerking komen). Daarnaast is het van belang of sprake is van concurrentievervalsing.

Toekenning van staatsmiddelen

Het beschikbaar stellen van middelen aan een overheidsbedrijf kan in verschillende vormen plaatsvinden, waaronder het verlenen van krediet, leningen en garanties. Wanneer uw overheidsorganisatie middelen in de vorm van garanties en leningen aan overheidsbedrijven beschikbaar stelt bestaan de door te berekenen kosten uit de uitvoeringskosten en de kosten van het kapitaalbeslag, waarbij ook rekening moet worden gehouden met de kredietstatus van de afnemer als factor in de integrale kosten. Dit impliceert dat door het overheidsbedrijven passende premie moet worden betaald, dat wil zeggen een premie die de normale risico's, de beheerskosten en een kapitaalsvergoeding kan dekken.

Indien een overheid aandelen in haar overheidsbedrijf neemt en in dat kader middelen beschikbaar stelt, kan het criterium van integrale kostendoorberekening niet goed worden gebruikt en moet worden teruggevallen op de algemene norm dat de overheid niet het overheidsbedrijf mag bevoordelen boven private bedrijven. Bij deelnemingen van overheden in overheidsbedrijven is sprake van een investering waarmee de overheid aandelen verwerft en daarmee een belang in de rechtspersoon van het overheidsbedrijf. De overheid verkrijgt niet alleen een evenredig aandeel in de winst, maar loopt tegelijkertijd het risico haar investering kwijt te raken. Er is geen sprake van staatssteun en evenmin van een wettelijk verboden bevoordeling indien de overheid hierbij handelt als ware hij een private ondernemer (het zogenoemde market economy investor principle).

Marktconform handelen

In beginsel mag uw overheidsorganisatie middelen voor haar overheidsbedrijf inzetten, mits dit marktconform gebeurt. Het overheidsbedrijf kan dus bijvoorbeeld gebruik maken van door uw overheidsorganisatie geleverde goederen voor zover uw overheidsorganisatie de integrale kosten hiervoor aan het overheidsbedrijf in rekening heeft gebracht. In dit kader is verder van belang dat het bevoordelingsverbod alleen de situatie betreft waarin de door uw overheidsorganisatie gedane bevoordeling ten goede komt of kan komen aan economische activiteiten van het overheidsbedrijf. Het bevoordelingsverbod is immers gericht op het voorkomen van concurrentievervalsing bij economische activiteiten van het overheidsbedrijf.

⁵⁰ Artikel 25j jo 25m Mw.

⁵¹ Het begrip overheidsbedrijf wordt uitgelegd in hoofdstuk 3.1 van deze handreiking

⁵² Zie voor uitgebreide informatie over staatssteun, ook de website van Europa decentraal: <http://www.europadecentraal.nl/menu/113/Voorpagina.html>

Bevoordeling kan bijvoorbeeld ten goede komen aan economische activiteiten van uw overheidsbedrijf in het geval dat uw overheidsorganisatie ruimten beschikbaar stelt aan haar overheidsbedrijf. Er is sprake van bevoordeling, indien het overheidsbedrijf deze ruimten (mogelijk) verhuurt en dan de mogelijkheid heeft daarvoor slechts een lage huurprijs te vragen.

Selectief handelen.

Er is sprake van verboden bevoordeling indien het handelen van de overheidsorganisatie selectief is. Bijvoorbeeld omdat de overheidsorganisatie een overheidsbedrijf begunstigt (bijvoorbeeld door het verlenen een subsidie), terwijl derden hierop geen aanspraak kunnen maken.

4.2.2 Specifiek verboden gedragingen

In de Mededingingswet en het Besluit Markt en Overheid is een drietal specifieke situaties beschreven waarbij het bevoordelingverbod in ieder geval van toepassing is. Deze situaties zijn hieronder nader toegelicht, evenals de situatie van een participatie van een overheid in haar overheidsbedrijf.

Gebruik van uw naam en beeldmerk

Er is niet alleen sprake van bevoordeling bij het verstrekken van geldelijke middelen maar ook als uw overheidsorganisatie uw overheidsbedrijf toestaat haar naam en beeldmerk te gebruiken op een wijze die bij het publiek verwarring kan geven over de herkomst van goederen en diensten.⁵³

Doorberekening integrale kosten

Er is sprake van bevoordeling indien een overheidsorganisatie aan haar overheidsbedrijf diensten of goederen, of middelen beschikbaar stelt tegen een vergoeding die lager is dan de integrale kosten. De integrale kosten dienen op dezelfde wijze berekend te worden zoals is beschreven in hoofdstuk 4.1. De verplichting voor het doorberekenen van de integrale kostprijs geldt alleen voor uw overheidsorganisatie en niet voor het overheidsbedrijf. Het is dus ook denkbaar dat het overheidsbedrijf bij economische activiteiten gebruik maakt van de productiemiddelen die beschikbaar zijn gesteld voor het verrichten van niet-economische activiteiten of economische activiteiten waarvoor de wettelijke gedragsregels niet gelden. Voorwaarde is wel dat de integrale kosten van die productiemiddelen naar rato van het gebruik voor de economische activiteiten door uw overheidsorganisatie aan het overheidsbedrijf zijn doorberekend. Ook dan is dus geen sprake van een bevoordeling.

Subsidieverstrekking

In Artikel 10 van het Besluit M en O is bepaald dat het niet is toegestaan aan een overheidsbedrijf een subsidie te verstrekken waarvoor private partijen niet in aanmerking komen.⁵⁴ Voorwaarde voor subsidieverstrekking aan een overheidsbedrijf is daarom dat het niet een selectieve begunstiging mag zijn van een (aan uw overheidsorganisatie gelieerd) overheidsbedrijf, maar dat ook derden aanspraak moeten kunnen maken op het subsidiegeld. In dat geval is het verlenen van subsidie als begunstiging en niet als bevoordeling aan te merken.

Participatie

Indien een overheid aandelen heeft in haar overheidsbedrijf neemt, is in feite sprake van de beschikbaarstelling van middelen. Er is geen sprake van een wettelijk verboden bevoordeling, indien de overheid hierbij handelt als ware zij een private onderneming (het zogenoemde 'market economy investor principle'). Daarvoor is nodig dat de voor de aandelen betaalde prijs overeenkomt met de waarde ervan.

⁵³ Artikel 25j lid 2 sub a Mw.

⁵⁴ Zie artikel 10 Besluit Wet Markt en Overheid.

4.3 Gedragsregel 3: Gegevensgebruik⁵⁵

4.3.1 Algemeen kader

Dit verbod op exclusief gegevensgebruik houdt in dat gegevens die een overheidsorganisatie heeft verkregen in het kader van de uitvoering van haar publiekrechtelijke bevoegdheden alleen mogen worden hergebruikt voor economische activiteiten, bijvoorbeeld door die gegevens in verrijkte vorm aan te bieden, die niet dienen ter uitvoering van haar publiekrechtelijke bevoegdheden, indien deze gegevens ook aan derden beschikbaar kunnen worden gesteld.

Het is mogelijk dat uw overheidsorganisatie gegevens die in het kader van de publieke taak zijn verkregen, worden gebruikt voor andere, commerciële activiteiten zonder dat deze gegevens openbaar gemaakt kunnen worden. Voor die situatie bevat de Wet M en O een aanvulling op de Wet openbaarheid van bestuur: gegevens die in het kader van de publieke taak zijn verkregen, mogen alleen voor andere activiteiten worden gebruikt indien die gegevens ook aan derden beschikbaar kunnen worden gesteld. Deze gegevens moeten op grond van de Wet openbaarheid van bestuur dan onder dezelfde voorwaarden aan derden ter beschikking worden gesteld als de voorwaarden die gelden voor het eigen gebruik.⁵⁶

De achtergrond van deze gedragsregel is dat het kunnen benutten van informatie waarover anderen niet kunnen beschikken vaak van onschatbare waarde is voor het opereren op een markt. Voor zover deze gegevens zijn verkregen bij marktconform opereren op een open markt is daar niets op tegen. Anders komt het te liggen als het gaat om het gebruik van gegevens die door de overheid zijn verkregen bij de uitoefening van haar publieke taak. De beschikbaarheid van deze gegevens voor economische activiteiten kan voor een overheid die op een markt actief is, gepaard gaan met een vorm van oneigenlijk concurrentievoordeel.

4.3.2 Afbakening met Richtlijn hergebruik overheidsinformatie en de Wet Openbaarheid van Bestuur

Voor het hergebruik van overheidsinformatie geldt sinds 1 januari 2004 de Richtlijn over het hergebruik van overheidsinformatie.⁵⁷ Deze richtlijn biedt een algemeen kader voor het hergebruik van overheidsdocumenten. Indien uw overheidsorganisatie van oordeel is dat documenten mogen worden hergebruikt, dienen deze op eerlijke, evenredige en niet-discriminatoire voorwaarden ter beschikking te worden gesteld voor hergebruik. De implementatie van deze richtlijn heeft plaatsgevonden door een wijziging van de Wet openbaarheid van bestuur.⁵⁸

In artikel 10, tweede lid, van de hiervoor genoemde richtlijn is geregeld dat bij hergebruik door een openbaar lichaam voor een ander doel dan de eigen publieke taak dezelfde vergoeding en dezelfde voorwaarden gelden als voor andere gebruikers. Dit non-discriminatieverbod in de artikelen 11e tot en met 11h in de Wet openbaarheid van bestuur opgenomen. Deze bepaling heeft alleen betrekking op gegevens die openbaar zijn op grond van een wettelijke regeling. Het is op zichzelf denkbaar dat een overheidsorganisatie niet-openbare gegevens die in het kader van de publieke taak zijn verkregen, gebruikt voor andere, commerciële activiteiten (zonder dat deze daarbij openbaar worden). Die werkwijze wordt door de gedragsregel over hergebruik uit de Wet M en O niet toegestaan en dit vormt daarmee een aanvulling op de wet openbaarheid van bestuur.

4.4. Gedragsregel 4: Functiescheiding

De verplichting tot functiescheiding heeft betrekking op de situatie waarin een overheidsorganisatie een publiekrechtelijke bevoegdheid uitoefent ten aanzien van economische activiteiten die ook door diezelfde overheidsorganisatie worden verricht. In een zodanige situatie is die overheidsorganisatie verplicht te voorkomen dat dezelfde personen betrokken kunnen zijn bij zowel de uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheid als bij het verrichten van de economische activiteiten.

⁵⁵ Artikel 25k Mw

⁵⁶ Memorie van Toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 2007–2008, 31 354, nr. 3, p. 14–15

⁵⁷ Richtlijn 2003/98/EG, PbEG L 345/90

⁵⁸ Staatsblad 2006, 25.

4.4.1 Achtergrond

Het feit dat een overheidsorganisatie economische activiteiten verricht ten aanzien waarvan zij tevens publiekrechtelijke bevoegdheden uitoefent, kan bij afnemers de indruk wekken van belangenverstrengeling. Zo zou de indruk kunnen ontstaan dat een overheidsorganisatie, die toezicht houdt op het leveren van bepaalde producten en die producten ook zelf levert, haar eigen producten minder streng beoordeelt dan die van private ondernemingen. Ook zou in een situatie waarin particulieren voor het laten verrichten van bepaalde diensten een vergunning nodig hebben van een overheidsorganisatie die diezelfde diensten ook zelf verricht, de indruk kunnen ontstaan dat zij die vergunning gemakkelijker of sneller krijgen, indien zij die diensten door die overheidsorganisatie laten verrichten. Dit zou voor die overheidsorganisatie een concurrentievoordeel kunnen opleveren ten opzichte van private ondernemingen die diezelfde dienst verrichten. Vanuit een oogpunt van integriteit van het openbaar bestuur is het wenselijk dat zelfs de schijn van belangenverstrengeling wordt vermeden. Het is daarom noodzakelijk dat voorkomen wordt dat dezelfde personen betrokken (kunnen) zijn bij zowel de uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheid als bij het verrichten van de daarmee verband houdende economische activiteit.⁵⁹

4.4.2 Dubbele betrokkenheid

Uw overheidsorganisatie dient te zorgen voor functiescheiding en 'dubbele betrokkenheid' te voorkomen. Er is sprake van betrokkenheid bij de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid als een medewerker van een overheidsorganisatie een (inhoudelijke) bijdrage levert aan de voorbereiding van een besluit ter uitoefening van die publiekrechtelijke bevoegdheid, bijvoorbeeld de vergunningverlening. Betrokkenheid bij economische activiteiten is bijvoorbeeld aan de orde als een medewerker van een overheidsorganisatie bevoegd is contracten af te sluiten voor het verrichten van economische activiteiten of zich bezighoudt met de acquisitie daarvan. Het zal in beide gevallen om de uitoefening van de activiteiten op 'medewerkers'-niveau gaan, en (uitzonderingen daargelaten) niet om de formele besluitvorming door 'hogere' geplaatste personen in de organisatie, zoals leidinggevend, of het bestuursorgaan (bijvoorbeeld de burgemeester). Neem het geval dat een medewerker van een waterschap het voorbereidende werk doet voor de verlening van vergunningen aan ondernemingen voor het verkrijgen waarvan eerst met waterbodemonderzoek moet worden aangetoond dat aan de milieueisen is voldaan. Deze medewerker mag niet ook betrokken zijn bij het verrichten van die waterbodemonderzoeken door het waterschap wanneer die ook door particuliere bedrijven (kunnen) worden verricht.

4.4.3 Functiescheiding

In deze gevallen zal de overheid moeten zorgen voor functiescheiding. Om deze functiescheiding te realiseren verdient het de voorkeur de activiteit onder te brengen in een andere organisatorische eenheid dan de eenheid of eenheden die is, respectievelijk zijn betrokken bij de voorbereiding van het desbetreffende besluit. Afhankelijk van de organisatie kan een organisatorische eenheid een afdeling zijn, een directie, of bijvoorbeeld een tak van dienst. Dat dienstonderdeel mag dan niet betrokken zijn bij de publiekrechtelijke besluitvorming waar die activiteit een rol in speelt en omgekeerd. Soms is deze aanpak feitelijk moeilijk uitvoerbaar vanwege de relatief geringe omvang van een overheid. Dan dient de functiescheiding op het niveau van de individuele betrokkene te worden gerealiseerd, mits deze afdoende is geborgd, bijvoorbeeld via een duidelijke beschrijving van de administratieve organisatie.⁶⁰ Mandaat- en/of volmachtverlening kunnen hier bijvoorbeeld ook een oplossing bieden. Hierbij kan gedacht worden aan het opnemen van een bijlage bij een besluit tot mandaat of volmacht/machtiging. In de bijlage kan vervolgens worden aangegeven welke personen publieke, en welke personen economische activiteiten uitoefenen. Ook verdient het aanbeveling de uitleg over het verbod op functievermenging op te nemen in een communicatieplan.

⁵⁹ Artikel 251 Mw.

⁶⁰ Memorie van Toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 2007–2008, 31 354, nr. 3, p. 40–41.

5 Toezicht

De Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) is belast met het bestuursrechtelijke toezicht op de naleving van de Mededingingswet. De bestuursrechtelijke handhaving van de gedragsregels vindt dus door de NMa plaats.

Onderzoek

De NMa kan op eigen initiatief of naar aanleiding van een klacht een onderzoek instellen naar vermeende overtredingen. Voor het verrichten van onderzoeken naar mogelijke overtredingen beschikt de NMa over de nodige bevoegdheden die zijn opgenomen in hoofdstuk 5 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) en enkele aanvullende bevoegdheden die zijn opgenomen in de Mededingingswet.

Het gaat hierbij onder andere om de volgende bevoegdheden:

- Het betreden van plaatsen, dat wil zeggen, de bevoegdheid tot het betreden van elke plaats (zoals bedrijfsruimtes en vervoermiddelen).⁶¹
- Inlichtingen vorderen, dat wil zeggen, de bevoegdheid inlichtingen in te winnen, zowel in mondelinge als schriftelijke vorm.⁶²
- Inzage vorderen, dat wil zeggen, de bevoegdheid zakelijke gegevens en bescheiden in te zien en te kopiëren (niet alleen schriftelijke stukken, maar ook langs elektronische weg vastgelegde gegevens kunnen worden ingezien en gekopieerd).⁶³

Uw overheidsorganisatie kan als overheid gehouden worden mee te werken aan een onderzoek.⁶⁴ Hoewel overheden moeten meewerken aan onderzoeken van de NMa, kan onder omstandigheden het zwijgrecht van toepassing zijn. Van de bevindingen van het onderzoek wordt een rapport opgemaakt. Dit rapport wordt aan uw overheidsorganisatie verstrekt. Als het rapport strekt tot het opleggen van een last onder dwangsom wordt uw overheidsorganisatie in de gelegenheid gesteld om haar zienswijze naar voren te brengen.⁶⁵

Handhavingsmaatregelen

Ingeval van een overtreding van de gedragsregels kan de NMa verklaren dat zij de overtreding heeft vastgesteld of, indien zij van oordeel is dat dit niet afdoende is, aan uw overheidsorganisatie een last onder dwangsom opleggen om beëindiging van de overtreding af te dwingen. Een dergelijke beschikking is een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (artikel 1:3) en dient gemotiveerd te worden. Zo dient de NMa daarnaast ook met de andere beginselen van behoorlijk bestuur rekening te houden, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel. Vijf dagen na de bekendmaking van de beschikking wordt de beschikking ter inzage gelegd. Daarnaast wordt van de beschikking een mededeling gedaan in de Staatscourant. Gegevens die op grond van artikel 10 Wet openbaarheid van bestuur niet voor verstrekking in aanmerking komen, behoeven niet ter inzage te worden gelegd (artikel 82b Mededingingswet).

Bezwaar en beroep

Uw overheidsorganisatie kan, indien de NMa in haar beschikking heeft vastgesteld dat uw overheidsorganisatie een gedragsregel heeft overtreden of in haar beschikking aan uw overheidsorganisatie een last onder dwangsom heeft opgelegd, bezwaar bij de NMa maken en daarna eventueel beroep instellen bij de Rechtbank in Rotterdam en hoger beroep bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

De NMa kan bij de handhaving van de gedragsregels inzage vorderen in zakelijke gegevens en bescheiden. Hieronder vallen ook de documenten die deel uitmaken van de accountantscontrole. Een belangrijk

⁶¹ Artikel 5:15 Awb.

⁶² Artikel 5:16 Awb.

⁶³ Artikel 5:17 Awb.

⁶⁴ Artikel 5:20 Awb.

⁶⁵ Artikel 77 lid 2 Mw jo artikel 5:53 lid 3 Awb; .

onderdeel hiervan vormt de verantwoording van de verrichte economische activiteiten. Deze verantwoording maakt deel uit van de jaarrekening – die door de accountant wordt gecontroleerd – en bevat een overzicht van de door de overheid verrichte economische activiteiten en de daaraan verbonden baten en lasten. De NMa kan in haar rol als toezichthouder dit overzicht raadplegen in geval van een klacht. Het administratieve toezicht door de accountant kan hierdoor als hulpmiddel voor het toezicht door de NMa dienen.

Begroting en verantwoording provincies en gemeenten

Meer concreet zijn bij provincies en gemeenten de volgende regels van belang. De Provinciewet en Gemeentewet schrijven voor dat provincies en gemeenten een begroting, jaarrekening en jaarverslag maken en geven enkele vereisten waaraan deze bescheiden dienen te voldoen. Het Besluit begroting en verantwoording provincies en gemeenten stelt nadere eisen aan deze bescheiden. Dit is van belang voor provinciale staten en gemeenteraad (onder meer het budgetrecht), transparantie ten behoeve van burgers en maatschappelijke organisaties en tot slot voor toezichthouders, het CBS en Europese organisaties. De gedragsregels worden in beginsel ook meegenomen in het toezicht dat accountants voor gemeenten en provincies, conform het Besluit begroting en verantwoording provincies en gemeenten moeten verrichten. Het toezicht op de naleving van de gedragsregels door gedeputeerde staten en het college van burgemeesters en wethouders ligt in zoverre bij de provinciale staten respectievelijk de gemeenteraad.⁶⁶

⁶⁶ Memorie van Toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 2007–2008, 31 354, nr. 3, p. 19–20.

6 Rechtsbescherming voor belanghebbenden: bestuursrechtelijke weg en een civielrechtelijke procedure tot schadevergoeding

Een ondernemer kan op het terrein van Markt en Overheid verschillende rechtsmiddelen inzetten tegen het optreden van de desbetreffende overheid of tegen het (nalaten van) optreden door de NMa.

NMa

Een ondernemer die van mening is dat een overheid zich niet houdt aan de wetgeving over markt en overheid, kan om te beginnen die overheid daarop aanspreken en ook een klacht bij die overheid indienen. Ook heeft hij de mogelijkheid om zijn klacht aan de NMa voorleggen. In hoofdstuk 5.1. is beschreven welke toezichtbevoegdheden de NMa heeft. De NMa zal overigens niet in alle gevallen naar aanleiding van een klacht daadwerkelijk onderzoek verrichten. De NMa maakt een afweging tussen het belang van handhaving van de norm in het concrete geval enerzijds en de kosten die aan de handhaving zijn verbonden anderzijds.⁶⁷

In principe kan iedereen een klacht bij de NMa indienen, indien hij van mening is dat de gedragsregels zijn overtreden. Alleen belanghebbenden kunnen echter een formele klacht in de vorm van een aanvraag tot het nemen van een besluit indienen. De NMa is verplicht om naar aanleiding van een dergelijke aanvraag een formeel besluit te nemen. Indien de NMa besluit niet over te gaan tot handhaving, kan de klager hiertegen bezwaar maken bij de NMa en daarna eventueel beroep en hoger beroep instellen bij de rechter. Ten aanzien van klachten die niet een aanvraag tot het nemen van een handhavingsbesluit zijn, neemt de NMa geen formele besluiten. Er staan dan geen rechtsmiddelen open, indien de klager het er niet mee eens is dat de NMa niet overgaat tot handhaving.⁶⁸

Doordat de reactie van de NMa aan de belanghebbende over de (formele) klacht is aan te merken als een besluit kan de belanghebbende indien hij het niet met het besluit eens is bezwaar bij de NMa maken en daarna eventueel (hoger) beroep instellen bij de rechter.

Besluit over algemeen belang: Bestuursrechtelijke procedure

Belanghebbende ondernemers kunnen bij de overheid de reguliere inspraakmogelijkheden⁶⁹ benutten om hun oordeel te geven over een voorgenomen vaststelling dat bepaalde economische activiteiten of een bepaalde bevoordeling van een overheidsbedrijf plaatsvinden respectievelijk plaatsvindt in het algemeen belang.

Een ondernemer kan voorts in de regel tegen een besluit van een overheid waarin is vastgesteld dat een economische activiteit of een bevoordeling van een overheidsbedrijf plaatsvindt in het algemeen belang langs bestuursrechtelijke weg opkomen indien dat besluit geen algemeen verbindend voorschrift inhoudt.⁷⁰

⁶⁷ Memorie van Toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 2007-2008, 31 354, nr. 3, p. 19.

⁶⁸ NMa, Brochure klachten, tips en besluitenavragen, oktober 2009, p. 5.

⁶⁹ De inspraakmogelijkheden zoals neergelegd in de op artikel 150 Gemeentewet gebaseerde inspraakverordening.

⁷⁰ Memorie van Antwoord, Eerste Kamer, vergaderjaar 2009-2010, 31 354, C, p. 1.

De bestuursrechtelijke bezwaar en beroepsprocedure bij de overheid die de economische activiteit verricht of het overheidsbedrijf bevoordeelt, kan gepaard gaan met procesrechtelijke moeilijkheden. Zo kan bijvoorbeeld onduidelijkheid bestaan over de vraag of de ondernemer als belanghebbende aangemerkt kan worden of over de vraag welk karakter het besluit heeft tot vaststelling dat een economische activiteit of een bevoordeling van een overheidsbedrijf plaatsvinden, respectievelijk plaatsvindt, in het algemeen belang. Aangenomen mag worden dat een ondernemer die gelijksoortige economische activiteiten verricht als de desbetreffende overheid of het desbetreffende overheidsbedrijf als belanghebbende zal worden aangemerkt.

Over het algemeen zal het bij de vaststelling van het algemeen belang gaan om een concreet besluit: een zogenaamd concretiserend besluit van algemene strekking. De belanghebbende ondernemer kan in een dergelijk geval bezwaar en beroep aantekenen. De algemeen belangvaststelling kan echter deel uitmaken van een algemeen verbindend voorschrift, zoals een wet in formele zin of een gemeentelijke verordening. Tegen een algemeen verbindend voorschrift is geen rechtstreeks beroep mogelijk bij de bestuursrechter. Wel kan dat algemeen verbindende voorschrift indirect worden getoetst in het kader van een beroep tegen besluiten die zijn gebaseerd op dat algemeen verbindend voorschrift.

Civielrechtelijke procedure

De ondernemer kan zich in het geval van schending van de gedragsregels ook bij de burgerlijke rechter een procedure uit onrechtmatige daad aanspannen wegens schending van de gedragsregels. De rechter zal bij zijn beoordeling rekening houden met de in de wet opgenomen gedragsnormen. Het is voor een actie uit onrechtmatige daad niet noodzakelijk dat de NMa zich heeft uitgelaten over de mogelijke schending van de gedragsregels. Wel zal de rechter een eventueel oordeel van de NMa in zijn eigen beoordeling betrekken.

7 Overgangsregime

De Wet M en O bevat een overgangsregime van één dan wel twee jaar voor economische activiteiten waarmee reeds voor het tijdstip van de inwerkingtreding van de Wet M en O is begonnen c.q. gevallen waarin voor dat tijdstip overeenkomsten zijn gesloten die in strijd zijn met de gedragsregels. Een economische activiteit die eerder heeft plaatsgevonden maar die is gestaakt voor het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet M en O en die na dat tijdstip wordt hervat, valt niet onder dit overgangsrecht. De werking van de Wet M en O is beperkt tot 5 jaar na het tijdstip van inwerkingtreding, tenzij die geldingsduur voor dat tijdstip is verlengd.

Integrale kostendoorberekening

Voor de verplichting tot doorberekening van de integrale kosten geldt een overgangstermijn van twee jaar vanaf het tijdstip van de inwerkingtreding van de Wet M en O. Deze gedragsregel is dus niet van toepassing is op economische activiteiten die ook voor dat tijdstip werden verricht (zoals hierboven vermeld, gaat het om verplichtingen die zijn aangegaan voordat de wet M en O in werking trad).⁷¹ Uw overheidsorganisatie heeft als overheid door dit regime twee jaar de tijd om te zorgen dat uw overheidsorganisatie de integrale kosten voor uw economische activiteiten op de juiste wijze doorberekent.

Bevoordelingverbod van overheidsbedrijven

Ook voor het bevoordelingverbod geldt een overgangstermijn van twee jaar, voor zover er contractuele verplichtingen zijn die in strijd zijn met het bevoordelingverbod. Indien uw overheidsorganisatie in overeenkomsten met uw overheidsbedrijf bepalingen heeft opgenomen waardoor uw overheidsorganisatie uw overheidsbedrijf bevoordeelt, heeft uw overheidsorganisatie twee jaar, vanaf het tijdstip van de inwerkingtreding van de Wet M en O, om deze bevoordeling ongedaan te maken.⁷²

Gegevensgebruik

Hetzelfde geldt voor de gedragsregel over gegevensgebruik. De bepalingen over gegevensgebruik in overeenkomsten, die in strijd zijn met de gedragsregel voor gegevensgebruik, die zijn gesloten voor tijdstip van de inwerkingtreding van de Wet M en O en die na dat tijdstip gelden zijn gedurende twee jaar vanaf het tijdstip van de inwerkingtreding van de Wet M en O van deze gedragsregel uitgezonderd.⁷³ Uw overheidsorganisatie heeft als overheid twee jaar om het informatiegebruik aan te passen aan deze gedragsregel.

Functiescheiding

Voor de gedragsregel van functiescheiding geldt een overgangstermijn van één jaar. Uw overheidsorganisatie heeft, in het geval van functievermenging bij economische activiteiten die voor de inwerkingtreding van de Wet M en O werden verricht, één jaar vanaf het tijdstip van de inwerkingtreding van de Wet M en O om een functiescheiding aan te brengen.⁷⁴ Na dit jaar mag 'dubbele betrokkenheid' van uw ambtelijke medewerkers niet meer voor te komen.

⁷¹ Artikel II lid 1 Mw.

⁷² Artikel II lid 2 Mw.

⁷³ Artikel II lid 3 Mw.

⁷⁴ Artikel II lid 4 Mw.

8 Begrippenlijst

Economische activiteit	Het aanbieden van goederen of diensten op de markt, dat wil zeggen in concurrentie met andere ondernemingen.
Overheid	Onder overheid wordt verstaan: het rijk, de provincies, de gemeenten, de waterschappen en de zelfstandige bestuursorganen die een publiekrechtelijke status hebben. Ook gemeenschappelijke regelingen, ongeacht of zij een eigen rechtspersoonlijkheid hebben, worden als overheid beschouwd.
Overheidsbedrijf	Er is sprake van een overheidsbedrijf indien: De overheid een beleidsbepalende invloed heeft op een privaatrechtelijke onderneming met rechtspersoonlijkheid of, De overheid deelneemt in een personenvennootschap.
Typische overheidstaak	Uitoefening van specifieke bevoegdheden van overheidsgezag. Bij dergelijke bevoegdheden moet u denken aan bijvoorbeeld het handhaven van de openbare orde, het verlenen van vergunningen, maar ook aan kwaliteitsbewaking van voedsel en de controle van het luchtverkeer. Let er overigens op dat het begrip 'typische overheidstaken' aan erosie onderhevig is. Zodra de markt de taak 'aankan', wordt deze niet meer als overheidstaak beschouwd.
Staatssteun	Op grond van artikel 107 lid 1 VWEU vormt steun in welke vorm dan ook aan een onderneming, staatssteun indien aan de volgende cumulatieve criteria is voldaan: de steun wordt door de overheid verleend of met overheidsmiddelen bekostigd; de steun verschaft een economisch voordeel aan onderneming(en) die zij niet langs de normale commerciële weg zouden hebben verkregen; dit voordeel is selectief, wat inhoudt dat het ten goede komt aan bepaalde onderneming(en); het voordeel vervalst de mededinging of dreigt die te vervalsen en heeft een (potentiële) invloed op de interstatelijke handel
De-minimissteun	Een steunmaatregel ten behoeve van een bepaalde onderneming die, tezamen met eerdere steunmaatregelen, minder bedraagt dan de de-minimis-grens van € 200.000 over drie belastingjaren.
Beleidsbepalende Invloed	Artikel 25g lid 2 Mw bevat een limitatieve opsomming van de gevallen waarin een publiekrechtelijke rechtspersoon in staat is om het beleid te bepalen bij een onderneming met een privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid, met inbegrip van bij algemene maatregel van bestuur te bepalen gevallen. Alleen bij de in de Wet M en O en het Besluit m en O bepaalde gevallen wordt aangenomen dat er sprake is van een beleidsbepalende invloed.
Dochtermaatschappij	Er is sprake van een dochtermaatschappij wanneer het gaat om, een rechtspersoon waarin het overheidsbedrijf of één of meer van zijn dochtermaatschappijen, al dan niet krachtens overeenkomst met andere stemgerechtigden alleen of samen meer dan de helft van de stemrechten in de algemene vergadering kunnen uitoefenen; een rechtspersoon waarvan het overheidsbedrijf of één of meer van zijn dochtermaatschappijen lid of aandeelhouder zijn al dan niet krachtens overeenkomst met andere stemgerechtigden en alleen of samen meer dan de helft van de bestuurders of van de commissarissen kunnen benoemen of ontslaan, ook indien alle stemgerechtigden stemmen.

