

De Wet Markt en Overheid: door (spontane) naleving of (beginsel-plicht tot) handhaving naar een gelijk speelveld?

MR. D.W.L.A SCHRIJVERSHOF

Op 1 juli 2012 is de Wet Markt en Overheid (WM&O) in werking getreden.¹ Doelstelling van de WM&O is zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen te creëren tussen overheden en particuliere ondernemingen, rekening houdend met de specifieke publieke taak van de overheid.² De (de)centrale overheid die commerciële activiteiten verricht, kan een gunstigere positie op de markt verkrijgen dan het bedrijfsleven. Bij het verrichten van die activiteiten kunnen overheden oneigenlijk gebruikmaken van publieke middelen en dat leidt tot concurrentievervalsing met bedrijven. Sinds jaar en dag zijn overheden die commerciële activiteiten ontplooiën, waarbij sprake is van een grensoverschrijdend effect gehouden aan de Europese mededingingsregels. Ontbreekt een grensoverschrijdend effect, dan zijn nu op grond van de WM&O de nationale gedragsregels uit deze wet van toepassing.

Er zijn veel voorbeelden van commerciële activiteiten die overheden ontplooiën.³ Veelvoorkomende situaties zijn de verhuur van ruimten in overheidsvastgoed, het aanbieden van reclamediensdiensten, het verrichten van adviesdiensten aan ondernemingen en het verzorgen van groenvoorziening bij particulieren.⁴ De WM&O verbiedt het verrichten van deze en andere commerciële activiteiten door overheden niet. Wel zijn de overheden daarbij op grond van de WM&O gehouden aan vier gedragsregels. Ten eerste geldt dat een bestuursorgaan dat economische activiteiten verricht de afnemers van de betrokken producten of diensten de integrale kosten daarvan in rekening brengt. Ten tweede geldt dat overheden hun overheidsbedrijven niet

mogen bevoordelen, bijvoorbeeld door verstrekking van niet-marktconforme financiering. Dit moet verhinderen dat private ondernemers door 'ondernemende overheden' van de markt worden gedrukt. Ten derde stelt de WM&O eisen aan de manier waarop overheden informatie verkregen in de uitoefening van hun publieke taak (bijvoorbeeld de gemeentelijke basisadministratie) op commerciële manier aanwenden. Private ondernemers moeten in dat geval ook over die informatie kunnen beschikken. Ten vierde verbiedt de WM&O functievermenging bij ondernemende overheden. Dat kan aan de orde zijn als de overheid economische activiteiten verricht op een terrein waar zij tevens publiekrechtelijke bevoegdheden heeft, terwijl ook de bevoegdheid bestaat tot het afgeven van vergunningen (bijvoorbeeld grondexploitatie). In dat geval is het niet toegestaan dat dezelfde personen betrokken zijn bij de economische activiteiten als bij de uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheden. Dit moet (de schijn) voorkomen dat overheidsorganen voor economische doeleinden misbruik van hun publiekrechtelijke bevoegdheden maken.

De gedragsregels uit de WM&O gelden niet onverkort. Zo zijn het lager en hoger onderwijs en de publieke omroep uitgezonderd van de WM&O. Ook als sprake is van het verrichten van economische activiteiten in het algemeen

¹ Wet van 24 maart 2011 tot wijziging van de Mw ter invoering van regels inzake ondernemingen die deel uitmaken van een publiekrechtelijke rechtspersoon of die hiermee zijn verbonden (aanpassing Mw ter invoering van gedragsregels voor de overheid), *Stb.* 2011, 162.

² Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II* 2007/08, 31 354, nr. 3, p. 10, 11.

³ Zie ook ministerie van EL&I, 'Handreiking Wet Markt en Overheid', 1 juli 2012, p. 22, waar onder andere wordt genoemd: het leveren van taxidiensdiensten door een overheidsvervoersbedrijf, het exploiteren van parkeergarages door gemeentelijke (parkeer-) bedrijven en zandwinning door Rijkswaterstaat of door een waterschap.

⁴ Voor meer voorbeelden zie PwC, 'Onderzoek naar de problematiek Markt en overheid', Den Haag, april 2005.

belang of van staatssteun is de WM&O niet onverkort van toepassing. Hoewel aangeduid als aparte wet, is met inwerkingtreding van de WM&O alleen een beperkt aantal artikelen toegevoegd aan de Mededingingswet (Mw).⁵ De NMa is exclusief bevoegd om onderzoek te doen naar overtreding van de WM&O. In geval van overtreding van deze wet kan de NMa bij beschikking verklaren dat een

Het aanwijzen van een economische activiteit als activiteit in het algemeen belang: de slager die zijn eigen vlees keurt?

overtreding is begaan. Ook kan de NMa een dwangsom opleggen die ertoe strekt de overtreding ongedaan te maken of verdere overtreding dan wel herhaling te voorkomen.

Op de inwerkingtreding van de MW&O reageren het MKB-Nederland en VNO-NCW positief. Zij geven aan:

“Met deze wet is een lang bestaand manco in het mededingingsrecht eindelijk voor een belangrijk deel opgelost.”⁶

De Vereniging van Nederlandse Gemeenten (de VNG) denkt er anders over. De VNG spreekt van:

“overbodige symboolwetgeving: De Markt en overheidproblematiek wordt nagenoeg geheel geregeld door de Europese staatssteunregels en regels voor diensten van algemeen economisch belang. Dat wat niet door Europese regels wordt bestreken is verwaarloosbaar.”⁷

Geconfronteerd met de opvatting van de VNG geeft de bestuurdersvoorzitter van de NMa, Chris Fonteijn, aan:

“Het eerste is flauwekul. Dit is in aanvulling op de Europese regels. Bij de Europese regels over staatssteun moet er een interstatelijke effect zijn en zijn de bedragen boven de twee ton. Natuurlijk is het een politieke zaak of overheden op een gelijk speelveld moeten concurreren met het bedrijfsleven. Maar dit speelt al heel lang en er zijn al veel klachten geweest. Als de overheid iets doet op het speelveld van de markt, dan moet dat speelveld ook gelijk zijn. Ik onderschrijf die gedachte wel.”⁸

Duidelijk is dat de NMa, over enkele maanden de Autoriteit Consument en Markt (ACM) er een taak bij heeft.⁹ Een taak die de toezichthouder zich aan lijkt te trekken. Chris Fonteijn geeft aan:

“Er zijn over de afgelopen tien jaar 400 à 500 klachten bekend die rijp en groen zijn en waar we niks mee konden omdat die wet er niet was. [...] Bij nieuwe activiteiten waar veel klachten over zijn van ondernemers en het echt een overtreding is kunnen we al heel snel handhaven.”¹⁰

Zoals met veel nieuwe wetgeving staat of valt het succes ervan met een aantal vragen. Is de WM&O voldoende duidelijk, is de WM&O goed uit te voeren en (hoe effectief) wordt de WM&O gehandhaafd? Die zaken hangen met elkaar samen en de vraag is dan ook hoe dit alles uit gaat pakken. Hoe zal het gelijke speelveld worden bereikt: door (spontane) naleving, of gaat daarbij de (beginselplicht tot) handhaving een grote rol spelen? Nu de WM&O slechts een paar maanden van kracht is, is een sluitend antwoord op deze vraag nog niet te geven. Dat neemt niet weg dat het, tegen de achtergrond van deze vraag, wel tijd is om een aantal zaken op een rij te zetten en een blik vooruit te werpen. Daarbij is gekozen voor de volgende opbouw. In de eerste paragraaf wordt ingegaan op de achtergronden en totstandkoming van de WM&O. In de tweede paragraaf wordt op hoofdlijnen het pakket van de WM&O, het besluit Markt & Overheid en de Handreiking Markt en Overheid toegelicht. In de derde paragraaf wordt nader ingegaan op de verschillende uitzonderingen op de WM&O. In de vierde paragraaf worden de gevolgen voor de (de)centrale overheid aangestipt. De (rechts)positie van de ondernemers bij de WM&O staat centraal in de vijfde paragraaf. In de zesde paragraaf wordt ingegaan op aanpak en de positie van de NMa en de ACM. Er wordt afgesloten met een vooruitblik.

1. Achtergronden en wetsgeschiedenis

De WM&O kent een dermate lange totstandkominggeschiedenis dat er in de memorie van toelichting (MvT) bijna anderhalve pagina aan wordt gewijd.¹¹ Voor de aanleiding van de WM&O wordt in de MvT teruggeblikt naar de vorige eeuw. De overheid kampt in de jaren tachtig met een hoog financieringstekort. Om de daarmee gepaarde gaande terugval in inkomsten te compenseren, gaan veel organisaties binnen de overheid activiteiten op de markt verrichten. Dat brengt, aldus de MvT, enerzijds voor een aantal organisaties positieve effecten teweeg, zoals betere bewustwording van de kosten en soms wordt een bepaalde synergie bereikt met de publieke taak.¹² Anderzijds geldt dat publieke organisaties op de markt oneigenlijke voordelen kunnen hebben ten opzichte van particuliere ondernemingen. Dat leidt tot een toenemend aantal klachten over marktverstoring gedrag door overheden. In 1995 wordt om de ‘markt en overheid problematiek’ te onderzoeken en oplossingen hiervoor aan te dragen in het kader van de operatie Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit een werkgroep ingesteld. Deze

5 Die vooral te vinden in hoofdstuk 4B Mw, de artikelen 25g t/m 25m Mw.

6 ‘De wet markt en overheid zet rem om oneerlijke concurrentie door overheden’, 4 juli 2012, zie www.mkb.nl en ‘Eindelijk rem op oneerlijke concurrentie’, 19 juli 2012, zie www.vno-ncw.nl.

7 ‘Aangepast wetsvoorstel markt en overheid alsnog naar de Tweede Kamer’, zie www.vng.nl.

8 ‘Als het moet pakken we door’, 7 juli 2012, zie www.binnenlandsbestuur.nl.

9 Op 25 maart 2011 heeft het kabinet besloten om de NMa samen te voegen met de Consumentenautoriteit en de OPTA tot één autoriteit: de Autoriteit Consument en Markt.

10 *Financieele Dagblad*, ‘NMa pakt bijklussende overheid aan’, 2 juli 2012, p. 3.

11 MvT, p. 2 e.v.

12 *Ibid.*, p. 2.

werkgroep draagt in 1997 een kader aan voor de aanpak van deze problematiek. Dit kader heeft het karakter van een verbodstelsel. Het toenmalige kabinet geeft in zijn standpunt bij dit rapport aan de aanbevelingen te onderschrijven en te streven naar een wettelijk eindperspectief.¹³ Het voornemen om te komen tot een wettelijke regeling wordt vervolgens in het regeerakkoord van augustus 1998 bevestigd.¹⁴ Vooruitlopend op de wettelijke regeling worden de aanwijzingen inzake het verrichten van marktactiviteiten door organisaties binnen de rijksdienst vastgesteld.¹⁵ In september 1999 onderschrijft de SER in een unaniem advies de noodzaak voor een wettelijke regeling.¹⁶ In oktober 2001 dient het kabinet het eerste wetsvoorstel markt en overheid in.¹⁷ Dit wetsvoorstel voorziet in toetredingsregels én in gedragsregels voor overheden. De toetredingsregels maken dat steeds een formele grondslag aanwezig moet zijn, voordat overheidsorganisaties commerciële activiteiten kunnen gaan ontplooiën. Op dit wetsvoorstel wordt van diverse kanten kritiek geuit.¹⁸ Daarbij speelt de beperking van de autonomie van de overheid om zelf invulling te kunnen blijven geven aan de manier waarop zij het algemeen belang wenst te waarborgen en de lasten die voortvloeien uit de toetredingsregels een grote rol. Dat brengt het kabinet er in augustus 2002 toe de Tweede Kamer te verzoeken de behandeling van het wetsvoorstel aan te houden.¹⁹ Mede naar aanleiding van de nog steeds bestaande klachten dringt de SER in 2003 opnieuw aan op de opstelling van regels voor de ‘markt en overheid problematiek’.²⁰ Dit heeft succes. Terwijl het eerder ingediende wetsvoorstel in februari 2004 wordt ingetrokken, stelt het tweede kabinet Balkenende een alternatieve aanpak van de ‘markt en overheid problematiek’ voor.²¹ Deze aanpak is gericht op het in de Mw opnemen van gedragsregels voor overheden die zich op de markt begeven.²² De toetredingsregels als voorzien in het eerdere wetsvoorstel ontbreken bij deze aanpak. In september 2004 stemt de Tweede Kamer in met de hoofdlijnen van deze aanpak. Het duurt vervolgens nog

bijna drieënhalve jaar voordat het wetsvoorstel WM&O, op 25 februari 2008, wordt ingediend bij de Tweede Kamer. De Tweede Kamer stemt op 24 maart 2009 in met de WM&O en op 22 maart 2011 gaat ook de Eerste Kamer akkoord. Het duurt daarna nog ruim vijftien maanden voordat de WM&O, op 1 juli 2012, in werking treedt.

Zoals uit de wetsgeschiedenis van de WM&O volgt, is de mate van autonomie die de overheden binnen de kaders van deze wet hebben een belangrijk thema. Bij de parlementaire behandeling van de wet is geregeld gediscussieerd over het instellen van toetredingsregels voor overheden die de markt op wens te gaan. Daarvoor was in het parlement geen meerderheid. Bij de WM&O lijkt sprake zijn van een compromis. De WM&O is aangenomen, maar wel verschoond gebleven van harde toetredingsregels voor ‘ondernemende overheden’. De WM&O biedt, zoals in paragraaf 3.4 wordt toegelicht, overheden de ruimte om binnen bepaalde kaders zelf te bepalen wanneer zij bepaalde activiteiten van de werking van de WM&O uitzonderen.

Nu de WM&O in werking is getreden, lijkt het debat over de wenselijkheid van harde toetredingsregels voor ‘ondernemende overheden’ te verstommen. Dat betekent niet dat daarmee dit onderwerp voorgoed van de agenda is verdwenen. Zo is niet uit te sluiten dat dit onderwerp in het kader de evaluatie van de WM&O, die nader wordt toegelicht in paragraaf 2.3, de komende jaren opnieuw aan de orde komt.²³ Zowel bij de komst als de evaluatie van de WM&O speelt de vraag wat precies de omvang is van de problematiek die de WM&O het hoofd moet bieden een grote rol. Dit onderwerp wordt hierna kort uitgelicht.

Wat is de omvang van de ‘markt en overheid problematiek’?

Uit de MvT doemt het beeld op dat overheden zelf, of via hun overheidsbedrijven, steeds meer economische activiteiten zijn gaan verrichten. Uit onderzoek volgt dat in 2000 de jaarlijkse omvang van de economische activiteiten van provincies, gemeenten en waterschappen ongeveer € 2,5 miljard bedraagt.²⁴ Chris Fonteijn geeft op dat punt aan:

“Een rapport uit 2002 zegt dat de totale omvang van de economische activiteiten van de overheid enkele miljarden bedraagt. Echter, daar gaat nog heel veel van af, want er moet bepaald worden welke activiteiten met algemeen belang mogen en welke volgens de gedragsregels zijn. En misschien ook nog wat met staatssteun wordt gedaan. De komende jaren zullen we het beter weten.”²⁵

Dat de exacte omvang van de ‘markt en overheid

13 *Kamerstukken II* 1996/1997, 24 036, nr. 45.

14 *Kamerstukken II* 1997/1998, 26 024, nr. 10.

15 Besluit Vaststelling aanwijzingen inzake verrichten marktactiviteiten door organisaties binnen de rijksdienst, zie *Strct.* 1998, nr. 95, p. 8. Dit voorzag in het een systeem van het geven van aanwijzingen binnen de overheid, derden konden daar in beginsel geen rechten aan ontleen.

16 Markt en Overheid, advies SER, 1999/12.

17 Voluit: het wetsvoorstel Regels omtrent marktactiviteiten van overheidsorganisaties en omtrent ondernemingen die van overheidswege over een bijzondere positie beschikken. Zie *Kamerstukken II* 2001/02, 28 050, nr. 1-3. Dit wetsvoorstel strekte ertoe door derden afdwingbare regels te stellen voor het betreden van markten door overheidsorganisaties en voor het gedrag op de markt van overheidsorganisaties en van ondernemingen die van overheidswege over een bijzondere positie beschikken.

18 MvT, p. 3, ‘Zo zou de reikwijdte onduidelijk zijn gelet op de gehanteerde begrippen, zou de autonomie van overheden te veel worden beperkt, er bestond een risico op juridisering van het openbaar bestuur en andere instrumenten zouden al een voldoende oplossing bieden.’

19 Brief van 30 augustus 2002, 02M437 766.

20 Evaluatie en aanpassing Mededingingswet, advies SER, 2003.

21 *Kamerstukken II* 2003/04, 28 050, nr. 7.

22 *Kamerstukken II* 2004/05, 28 050, nr. 9.

23 Zie ook de brief minister van EL&I, ‘Reactie op concept achtergrondstudie “Publieke organisaties en private activiteiten”’, 18 juni 2012, p. 5.

24 MvT, p. 6., volgens dit onderzoek uit 2002 heeft de gehele overheid in 2000 ongeveer 1900 deelnemingen in zogenaamde overheidsbedrijven die naar schatting een totale omzet hebben van € 25 miljard.

25 www.binnenlandsbestuur.nl, supra noot 8.

problematiek' zich (nog) lastig laat bepalen, wordt ook duidelijk wanneer wordt gekeken naar het aantal klachten over deze problematiek.

Het aantal klachten

Uit de MvT volgt dat in de periode 1992-2004 ten aanzien van de 'markt en overheid problematiek' ongeveer 400 klachten zijn geregistreerd.²⁶ In de MvT wordt niet toegelicht of het daarbij steeds formele klachten betreft of dat het om een optelsom gaat van formele klachten, signalen en tips. Bijna 80% van de 400 klachten is ingediend bij het toenmalige ministerie van Economische Zaken. Vanaf juli 1998 is bij dit ministerie een loket ingesteld voor klachten over marktactiviteiten van het Rijk.²⁷ Bij 400 geregistreerde klachten in een periode van twaalf jaar, is sprake van een gemiddeld aantal van 33 geregistreerde klachten per jaar. Stel nu dat ieder van de 400 klachten over de 'markt en overheid problematiek' gericht zou zijn geweest op een formele besluitaanvraag bij de NMa. Is er in dat geval sprake van een hoog aantal klachten? Eén manier om deze vraag te beantwoorden, is door een vergelijking te maken met het aantal klachten ten aanzien van de Mw dat de NMa registreert. Een overzicht van het aantal klachten (formele besluitaanvragen) dat de afgelopen tien jaar door de NMa ten aanzien van mogelijke overtreding van de Mw is geregistreerd, is opgenomen in de volgende tabel.²⁸

Jaar	2002	2003	2004	2005	2006	2007 ²⁹	2008	2009	2010	2011
Klachten	187	219	199	174	112	65	29	24	17	18

Wanneer wordt uitgegaan van het aantal formele klachten dat de afgelopen vier jaar door de NMa jaarlijks wordt geregistreerd, is een gemiddelde van 33 klachten over de 'markt en overheid problematiek' per jaar niet gering. Tegelijk kan het volgende worden geconstateerd. De samenvoeging van de 33 klachten over de 'markt en overheid problematiek' met het geregistreerde aantal klachten (2011) over de Mw levert een totaal van 51 klachten per jaar op. Uitgaande van deze cijfers zou gemiddeld genomen ruim één formele klacht per week bij de NMa worden geregistreerd. Dat lijkt te overzien. Een totaal van ongeveer 51 geregistreerde formele klachten per jaar is nog steeds aanzienlijk lager dan het aantal formele klachten dat de NMa in de periode 2002 tot en met 2006

jaarlijks registreerde.

Maar is hier niet sprake van een vertekend beeld? Er wordt om tot een vergelijking te komen, aangenomen dat alle 400 geregistreerde klachten over de 'markt en overheid problematiek' formele besluitaanvragen betreffen. Dat zou (aanzienlijk) lager kunnen zijn geweest. Tegelijk geldt dat bij de 400 geregistreerde klachten in de MvT wordt aangetekend dat onderzoek uitwijst dat het aantal ingediende klachten het topje van de ijsberg betreft.³⁰ Hierbij wordt aangegeven dat door ondernemers niet snel wordt geklaagd over de 'markt en overheid problematiek':

*"Voor ondernemers bestaat dikwijls een hoge drempel om tegen de overheid een klacht in te dienen. Ondernemers zijn immers veelal op een andere wijze weer afhankelijk van diezelfde overheid. Daarnaast is het voor ondernemers moeilijk inzicht te krijgen in de financiële betrekkingen tussen de overheid en openbare bedrijven. Ook blijkt de weg naar het gelijk een moeizame weg te zijn met allerlei obstakels, bijvoorbeeld de onbekendheid met Europese regelgeving en het feit dat procedures langdurig en ingewikkeld zijn, aldus het PwC-onderzoek."*³¹

De komst van de WM&O zal allicht niet direct de drempel verlagen om een klacht tegen de overheid in te dienen. Wel zou met de NMa/ACM als toezichthouder waar het gaat om de duur en complexiteit van de procedures direct een omslag plaats kunnen vinden. Niet is uit te sluiten dat van succesvol optreden door de NMa/ACM ook een (sterk) aanzuigende werking uit kan gaan, waardoor meer nieuwe klachten worden ingediend. Kortom, het is lastig om op basis van cijfers over klachten uit de periode voor de inwerkingtreding van de WM&O nauwkeurig te voorspellen hoeveel klachten in het kader van de WM&O de NMa/ACM zal gaan bereiken. Daarnaast moet worden vastgesteld dat (ook) bij inwerkingtreding van de WM&O geen openbare nulmeting beschikbaar is die de actuele omvang van de 'markt en overheid problematiek' weergeeft.³²

Waar spelen de klachten?

Volgens de MvT is sprake van een breed scala aan klachten. Het meest wordt geklaagd over economische activiteiten van gemeenten (41%), ministeries (21%) en Rechtspersonen met een Wettelijke Taak (18%).³³ Bij de herkomst van de klachten geldt dat de meeste klachten afkomstig zijn van

26 MvT, p. 6., het gaat om klachten geregistreerd bij de ministeries van EL&I en Binnenlandse Zaken en bij de NMa.

27 Dit loket is tot stand gekomen in het kader van het Besluit Vaststelling aanwijzingen inzake verrichten marktactiviteiten door organisaties binnen de rijksdienst, zie *Strct.* 1998, nr. 95, p. 8.

28 De cijfers volgen uit de NMa-jaarverslagen, te raadplegen via www.nma.nl. De NMa meldt daarbij slechts dat het gaat om klachten over overtreding van de Mw en aangenomen wordt dat het bij deze cijfers om formele besluitaanvragen gaat.

29 In het NMa jaarverslag 2007, p. 1, tekent de NMa aan dat de daling van het aantal klachten 'mede het gevolg is van een nieuwe klachtenprocedure'. Een nadere toelichting bij het gegeven dat het aantal klachten ten opzichte van voorgaande jaren zo significant is gedaald, ontbreekt in dit jaarverslag.

30 MvT, p. 7 en twee weken voor inwerkingtreding van de WM&O geeft de Algemene Rekenkamer, 'Publieke organisaties en private activiteiten', Achtergrondstudie, 2012, p. 7. aan: 'Van de klachten die bekend zijn, mag worden aangenomen dat deze het topje van de ijsberg zijn'.

31 MvT, p. 7.

32 Brief minister van EL&I, 'Reactie op concept achtergrondstudie "Publieke organisaties en private activiteiten"', 18 juni 2012, p. 2, 'Ondernemers kunnen met hun klachten over concurrentievervalsing door overheden bij de NMa terecht. Dit helpt bij het overzicht op de klachten die bij het bedrijfsleven bestaan over oneerlijke concurrentie door de overheid. Beide zaken zie ik als winstpunten en meerwaarde ten opzichte van de huidige situatie'.

33 MvT, p. 7.

de sectoren advies & commerciële dienstverlening (18%), horeca/vrije tijd & vermaak (14%), bouw & onroerend goed (11%) en onderwijs (10%).³⁴ Naast traditionele voorbeelden over oneerlijke concurrentie bij de groenvoorziening, afvalverwerking en horeca zijn ook nieuwe voorbeelden te noemen. In juli 2012 geeft Chris Fontein aan:

“Recent zijn er ook veel klachten over de verhuur van onroerend goed door de leegstand van kantoren. Als overheden gemeente- of provinciehuizen gaan onderverhuren, is dat dan in concurrentie met commerciële verhuurders?”³⁵

2. De WM&O, het besluit Markt & Overheid en de Handreiking Markt & Overheid

De inwerkingtreding van de WM&O staat niet op zich. Op 1 juli 2012 is ook het Besluit Markt & Overheid in werking getreden. Daarnaast publiceert het ministerie van Economische Zaken Landbouw en Innovatie (EL&I) op die dag de Handreiking Wet Markt en Overheid.³⁶ Dit geheel wordt hierna kort toegelicht. Ook wordt kort ingegaan op de geplande evaluatie van de WM&O.

2.1 De WM&O

De WM&O is van toepassing op overheidsorganisaties. Hieronder worden verstaan (i) het Rijk, provincies, gemeenten en waterschappen, (ii) zelfstandige bestuursorganen met een publiekrechtelijke status, (iii) gemeenschappelijke regelingen die geen eigen rechtspersoonlijkheid hebben en (iv) overheidsbedrijven.

Niet elk bestuursorgaan valt onder de WM&O. Uitgezonderd zijn bestuursorganen die niet krachtens publiekrecht zijn ingesteld.³⁷ Ook zijn bestuursorganen van openbare lichamen die zijn ingesteld op grond van art. 134 Grondwet uitgezonderd. Het gaat daarbij om de lichamen van (hoofd)productschappen, zoals het Productschap Zuivel, als ook om (hoofd)bedrijfschappen. Aan de WM&O liggen de volgende vier uitgangspunten ten grondslag. Als eerste uitgangspunt geldt dat voor overheden die als ondernemer actief zijn, dezelfde concurrentievoorwaarden als voor ‘gewone’ ondernemingen gelden. De WM&O is alleen op de (de)centrale overheid van toepassing wanneer deze een economische activiteit verricht of laat verrichten door een gerelateerd overheidsbedrijf. Is er geen sprake van het verrichten van een economische activiteit (het aanbieden van goederen of diensten aan derden op de markt), dan is de WM&O dus niet van toepassing.³⁸ Als tweede uitgangspunt geldt dat

overheidsorganisaties binnen de grenzen van de bestaande wetgeving economische activiteiten mogen verrichten of ondernemingen belasten met de uitvoering van taken van algemeen economisch belang. Het derde uitgangspunt is dat bij schending van de gedragsregels door een overheidsorganisatie, de overheid zelf het aangrijppingspunt is. Als vierde uitgangspunt geldt dat zoveel mogelijk wordt aangesloten bij bestaande, bekende begrippen en regelgeving op nationaal en Europees niveau en bij het handhavinginstru-

NMa/ACM: ‘We zitten met schaarse middelen. We gaan ons richten op de echte pijn.’

mentarium van de Mw. Tegen de achtergrond van deze vier uitgangspunten zijn met de WM&O vier gedragsregels in de artikelen 25i t/m 25l Mw opgenomen. Ieder daarvan wordt hierna kort toegelicht.

Kostendoorberekening door overheden

Wanneer de overheid op de markt actief is, schrijft art. 25i Mw voor dat een bestuursorgaan daarbij de afnemers van een product of dienst ten minste de integrale kosten van dat product of dienst in rekening brengt. Wanneer een gemeentelijke plantsoendienst ook particuliere tuinen onderhoudt, dienen de kosten van dat particuliere onderhoud volledig in rekening te worden gebracht. De vraag hoe de kosten precies moeten worden bepaald, wordt niet in art. 25i Mw toegelicht. Die vraag zou moeten worden beantwoord aan de hand van het Besluit Markt & Overheid.³⁹ Daarin wordt nadere invulling gegeven aan de manier waarop kostendoorberekening dient plaats te vinden. Door te berekenen integrale kosten zijn in ieder geval operationele kosten, afschrijvings- en onderhoudskosten en vermogenskosten. Kosten van beleidsvoorbereiding en inspraak, toezicht en handhaving en bezwaar en beroep hoeven niet te worden doorberekend. Weliswaar wordt in het Besluit beschreven hoe de berekening en toerekening van kosten zou moeten geschieden, er worden geen kant en klare formules geboden. De uitvoering van deze gedragsregel zal in de praktijk naar alle verwachting, ondanks de toelichting in het Besluit, de nodige vragen op kunnen roepen.

Bevoordelingsverbod voor overheden

Art. 25j Mw voorziet in een verbod voor overheden om hun eigen overheidsbedrijven te bevoordelen ten opzichte van concurrerende private bedrijven. Zo mogen overheden hun overheidsbedrijven niet door middel van een gunstige (niet marktconforme) financiering of kruissubsidiëring

34 MvT, p. 7

35 www.binnenlandsbestuur.nl, supra noot 8.

36 Te raadplegen via www.rijksoverheid.nl.

37 Het betreft zogenaamde b-organen, zie art. 1:1, b, Awb.

38 Zie in dit kader bijvoorbeeld het Arrest HvJ 12 juli 2012 *Compass-Datenbank/Oostenrijk*. Het Hof oordeelde dat een overheidsinstantie geen economische activiteit verricht en daarom niet onder de toepassing van het mededingingsrecht valt wanneer zij de gegevens die ondernemingen op grond van een wettelijke verplichting hebben meegedeeld, in een databank opslaat en derden daarin inzage verleent of voor hen een uitdraai laat vervaardigen tegen een wettelijk vastgestelde vergoeding. Zij mag dan ook ieder verdergaand gebruik van beschikbaar gestelde documenten door derden verbieden, zonder dat daarmee in overtreding te komen met de mededingingsregels.

39 Besluit van 6 juni 2012, houdende regels voor overheden over de doorberekening van kosten en de toepassing van het bevoordelingsverbod.

voortrekken.⁴⁰ Een andere vorm van bevoordeling is het door een overheidsbedrijf 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. Bevoordeling van een overheidsbedrijf kan ook 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. Bij de reikwijdte van het bevoordelingsverbod speelt de vraag wanneer sprake is van een overheidsbedrijf. Dat is het geval, wanneer een overheid het beleid van een bedrijf kan bepalen. Uit het Besluit Markt & Overheid volgt dat hier ook sprake van is als de overheid een bindende voordracht kan doen voor de meerderheid van de bestuurders of toezichthouders van de onderneming.

Gegevenshergebruik door overheden

Bij de uitoefening van hun publieke taak verzamelen overheden vaak grote hoeveelheid gegevens. De totale waarde daarvan is niet gering. In een studie uit 2000, uitgevoerd in opdracht van de Commissie, wordt de waarde van de overheidsinformatie in de toenmalige lidstaten van de Europese Unie geschat op ongeveer € 68 miljard.⁴¹ Overheden kunnen gegevens die zij in de uitoefening van hun publieke taak verkrijgen ook aanwenden voor commerciële activiteiten zonder dat de gegevens openbaar zijn of openbaar worden. Als overheidsorganisaties op een markt actief zijn met gegevens die zij in hun taakuitoefening hebben verzameld, kan sprake zijn van oneigenlijke concurrentie. Om ook op dit punt een waarborg voor een gelijk speelveld te creëren, voorziet de WM&O in een aanvulling op de Wet openbaarheid van bestuur. In art. 25k Mw is bepaald dat overheden hun gegevens alleen mogen hergebruiken voor andere producten en diensten als andere organisaties of bedrijven ook (onder dezelfde voorwaarden) deze gegevens kunnen gebruiken. Zo mag een gemeente de gemeentelijke basisregistratie alleen gebruiken voor het versturen van een commerciële mailing als zij die gegevens onder dezelfde voorwaarden aan derden beschikbaar stelt.

Functiescheiding bij overheden

Wanneer een overheidsorganisatie een economische activiteiten ontplooit, is deze organisatie op grond van art. 25l Mw gehouden daarbij een functiescheiding in acht te nemen. Zodra een overheidsorganisatie voor bepaalde producten of diensten een bestuurlijke rol vervult en die activiteiten ook zelf uitvoert, mogen bij die processen niet dezelfde personen betrokken zijn. Zo wordt bijvoorbeeld voorkomen dat de gemeenteburgemeester die de aanvragen

voor een kapvergunning behandelt, tegelijkertijd ook betrokken is bij het particulier aanbieden van kapwerkzaamheden.

2.2 De Handreiking

De Handreiking die het ministerie van EL&I op 1 juli 2012 heeft gepubliceerd, beslaat 46 pagina's. Het document is opgesteld om voor overheden, overheidsbedrijven en ondernemers een toelichting te geven op de gedragsregels uit de WM&O.⁴² De Handreiking bevat een stappenschema, waarbij aan de hand van veel voorkomende vragen wordt toegelicht wat binnen het kader van de MW&O wel en niet mogelijk is. Daarbij wordt ook ingegaan op de vraag hoe bepaald kan worden of sprake is van het verrichten van activiteiten in het algemeen belang. Dat wordt in paragraaf 3.4. van deze bijdrage nader toegelicht. Over de status van de Handreiking geeft de minister aan:

"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".⁴³

2.3 Evaluatie WM&O

De werking van de WM&O is beperkt tot 1 juli 2017, tenzij voor dat tijdstip wordt besloten te komen tot verlenging van de WM&O. Bij de vraag of verlening plaats zal hebben, zal de uitkomst van de geplande evaluatie van de WM&O naar verwachting een grote rol spelen. Uit de WM&O volgt dat de minister van EL&I voor 1 juli 2015 aan de Staten Generaal verslag uit zal brengen over de doeltreffendheid en de effecten van de WM&O in de praktijk. Dat lijkt op voorhand geen eenvoudige opgave. Zo is als toegelicht bij inwerkingtreding van de WM&O geen openbare nulmeting beschikbaar die de actuele omvang van de 'markt en overheid problematiek' weergeeft. Ook lijkt nog niet duidelijk in welke mate de overheden gebruik zullen maken van de uitzonderingen die de WM&O biedt.

3. Uitzonderingen WM&O

De WM&O kent een aantal uitzonderingen. Er is daarbij een tweedeling te maken. Ten eerste zijn er de uitzonderingen die direct voortvloeien uit de WM&O. Daarnaast laat de WM&O de (de)centrale overheden de ruimte de WM&O buiten toepassing te verklaren door vast te stellen dat sprake is van een economische activiteit van algemeen belang. Deze uitzonderingen worden hierna puntsgewijs toegelicht.

⁴⁰ Voor een voorbeeld van een succesvolle klacht over (kruissubsidiëring ter financiering van) prijsonderbieding door een nationale meteorologische dienst, zie Conseil de La Concurrence, Décision nr. 12-D-04, 23 januari 2012, zie www.autoritedelaconurrence.fr.

⁴¹ Commercial exploitation of Europe's public sector information, onderzoek in opdracht van de Europese Commissie, Pira international, september 2000.

⁴² Handreiking, p. 5.

⁴³ Ibid.

3.1 Uitgezonderde sectoren

In art. 25h Mw worden uitzonderingen gemaakt voor drie sectoren: onderwijs en onderzoek, de publieke omroep en tot op zekere hoogte de sociale werkplaatsen. 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 ROC's) en instellingen van hoger onderwijs (met name hogescholen, universiteiten en academische ziekenhuizen). Daarnaast zijn wetenschappelijke instellingen en organisaties met een publiekrechtelijke grondslag uitgezonderd, zoals de KNAW, de KB, TNO en NWO.⁴⁴ Wat betreft de publieke omroep zijn uitgezonderd de NOS, de NPS, regionale en lokale publieke omroepinstellingen en de Wereldomroep (en dus niet private omroepverenigingen). Deze uitzonderingen zijn het gevolg van het feit dat voor deze organisaties een sectorspecifiek regime geldt dat vergelijkbaar is met de gedragsregels uit de WM&O.⁴⁵

3.2 Werkzaamheden voor andere overheden

De WM&O voorziet in een uitzondering voor quasi-inbestedingen (art. 25h, lid 2, Mw). Indien een overheidsorganisatie goederen of diensten aan andere overheden of overheidsbedrijven ter uitvoering van hun publiekrechtelijke taak aanbiedt, zijn die economische activiteiten van de overheidsorganisatie die deze levert, uitgezonderd van de WM&O.

3.3 Staatssteun

Als economische activiteiten met publiek geld worden gefinancierd, kan sprake zijn van staatssteun. De gedragsregels uit de WM&O gelden niet als sprake is van staatssteun in de zin van art. 107, lid 1, VWEU. Daarmee is niet gezegd dat zodra sprake is van enige vorm van staatssteun de WM&O niet van toepassing is. De staatssteunregels bieden uitzonderingen, waardoor steun niet als staatssteun in de zin van art. 107, lid 1, VWEU kwalificeert. Voorbeelden hiervan zijn vormen van de-minimissteun, of steun die niet met staatsmiddelen wordt gefinancierd.⁴⁶ Is sprake van de-minimissteun, waarbij de totale steunverlening binnen drie belastingjaren niet meer bedraagt dan € 200.000, dan is de WM&O wel van toepassing.

44 Handreiking, p. 13

45 Waarbij geldt dat ook op dit vlak ontwikkelingen gaande zijn. Zo zegt de minister van EL&I in maart 2011 toe in het kader van de wijziging van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek in samenspraak met de staatssecretaris van Onderwijs een juridische grondslag te bieden om concurrentievervalsing door hoger onderwijsinstellingen tegen te gaan, zie *Kamerstukken I*, 22 maart 2011, handelingen I 2010/11, nr. 5, p. 71.

46 Verordening nr. 1998/2006 betreffende de toepassing van de art. 107 en 108 VWEU op de-minimissteun.

3.4 Economische activiteiten of bevoordeling van overheidsbedrijven in het algemeen belang

Economische activiteiten en bevoordelingen van overheidsbedrijven die plaatsvinden in het algemeen belang, zijn uitgezonderd van de WM&O.⁴⁷ Overheden krijgen binnen

Wordt het Autoriteit Consument en Markt of Autoriteit Consument en Markt & Overheid?

het kader van de WM&O zelf de ruimte om te bepalen of dat het geval is. De WM&O schrijft voor welk bestuursorgaan bevoegd is vast te stellen dat een economische activiteit of een bevoordeling van een overheidsbedrijf plaatsvindt in het algemeen belang.⁴⁸ De algemeen belangvaststelling heeft het karakter van een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). MKB-Nederland en VNO-NCW merken over deze mogelijkheid op:

"Een overheid die zelf mag bepalen of een activiteit geschaard moet worden onder algemeen belang en zodoende zich niet hoeft te houden aan de wet, is als een slager die zijn eigen vlees keurt."⁴⁹

De NMa geeft, bij monde van Chris Fonteijn aan:

"Dat is inderdaad een moeilijkheid. Gemeenten bepalen zelf of een activiteit van algemeen belang is, maar ze moeten dat wel democratisch doen. Dus als een bedrijf zich benadeeld voelt, dan kan het de zaak aankaarten bij de gemeenteraad. Persoonlijk vind ik dat een overheid terughoudend moet zijn taken uit te voeren die een onderneming ook kan doen."⁵⁰

In de Handreiking wordt erkend dat overheidsorganisaties een grote mate van beleidsvrijheid genieten bij het afbakenen van het algemeen belang.⁵¹ Tegelijk wordt in de Handreiking aangetekend:

"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."⁵²

47 Zie art. 25h, lid 5, Mw.

48 Uit art. 25h, lid 6, Mw volgt dat de algemeen belangvaststelling voor provincies plaatsvindt 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.

49 'Wet Markt en Overheid zet rem op oneerlijke concurrentie door overheden', 4 juli 2012, zie www.mkb.nl en 'Eindelijk rem op oneerlijke concurrentie', 19 juli 2012, zie www.vno-ncw.nl.

50 *Financieele Dagblad*, supra noot 10.]

51 Handreiking, p. 25.

52 *Ibid.*, p. 25.

Daar blijft het niet bij. In de Handreiking wordt vervolgens nader ingegaan op de volgende drie punten: hoe te bepalen of sprake is van een economische activiteit die plaatsvindt in het algemeen belang (EAIAB) en welke motiveringseisen gelden, de inspraakmogelijkheden en de mogelijkheden voor bezwaar en beroep. Hierna wordt kort toegelicht welke aanpak volgens de Handreiking gevolgd dient te worden.

De Handreiking maakt onderscheid in de volgende drie stappen. De eerste stap heeft tot doel te bepalen welk specifiek algemeen belang aan de orde is en of de desbetreffende economische activiteiten dat algemeen belang dienen. De Handreiking geeft op dat punt aan:

“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.”⁵³

De tweede stap is te bepalen welke gevolgen de algemeen belangvaststelling heeft voor derden, in het bijzonder private ondernemers. De Handreiking vermeldt allereerst dat op grond van de Awb en organieke wetgeving het in sommige gevallen verplicht is inspraak te organiseren. Voor die gevallen waar dat niet aan de orde is wordt in de Handreiking aangegeven:

“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.”⁵⁴

De Handreiking licht toe dat het ook voor de (de)centrale overheden wenselijk is 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.⁵⁵

De derde stap betreft de afweging of het met de activiteiten te dienen algemeen belang opweegt tegen de nadelige gevolgen voor belanghebbenden. De vraag daarbij is of het noodzakelijk en proportioneel is om gebruik te maken van de uitzondering van algemeen belang. De Handreiking schrijft voor:

“Steeds dient in aanmerking te worden genomen of als gevolg van het niet meer van toepassing zijn van de gedragsregels van de WM&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.”

Na de toelichting op de drie stappen staan de mogelijkheden om belanghebbenden op te laten komen tegen de vaststelling van een EAIAB centraal in de handreiking. Eerst wordt terecht vastgesteld dat niet in alle gevallen bezwaar en beroep openstaan tegen de vaststelling van het algemeen belang. Zo staan binnen het algemene regime van de Awb tegen algemeen verbindende voorschriften (AVV) geen bezwaar en beroep open, maar tegen concrete besluiten wel. De Handreiking geeft op dit punt aan:

“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 dan niet verknoot 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.”⁵⁶

Kortom, terwijl het bestuursrechtelijk kader ruimte laat voor verschillende aanvliegroutes om te komen tot vaststelling van een EAIAB, beveelt de Handreiking op dit punt duidelijk een ideale lijn aan die in dat kader gevolgd dient te worden. De vraag dringt zich op hoe dwingend die lijn voor de overheden is. De minister van EL&I stelt dat uit de Handreiking geen verplichtingen voortvloeien. Of in de praktijk met een beroep op deze *disclaimer* de aanbevelingen uit de Handreiking ook genegeerd kunnen worden, valt te bezien. De Handreiking wekt toch op zijn minst bepaalde verwachtingen; al is het omdat de totstandkoming ervan actief is begeleid door een klankbordgroep met vertegenwoordigers van vier ministeries, de VNG, het Interprovinciaal Overleg en de Unie van Waterschappen.⁵⁷

4. Gevolgen voor de (de)centrale overheid

De (de)centrale overheid krijgt als gevolg van de WM&O te maken met toezicht door de NMa (en binnenkort de ACM). Daarbij geldt dat sprake is van een overgangsperiode. Dit wordt hierna op hoofdlijnen toegelicht.

4.1 Overgangsrecht: één tot twee jaar

Bij toepassing van de WM&O wordt onderscheid gemaakt tussen bestaande en nieuwe activiteiten van de (de)centrale overheid. Voor bestaande activiteiten (dat zijn economische

53 Handreiking, p. 25

54 Ibid., p. 27.

55 Ibid., p. 27.

56 Ibid., p. 27.

57 Ibid., p. 2. Zie bijvoorbeeld ook de brief van het IPO aan het ministerie van EL&I van 12 december 2011, p. 2, 'Zoals hiervoor aangegeven verwacht het IPO veel van de handreiking die momenteel wordt ontwikkeld. De provincies en de IPO zullen actief meewerken aan de totstandkoming daarvan via de klankbordgroep Markt en Overheid'; zie www.ipo.nl en het bericht, 'De Wet Markt en Overheid', 10 mei 2012 op www.ipo.nl, 'Het IPO verwacht dat provincies met de combinatie van wet, algemene maatregel van bestuur en handreiking goed uit de voeten kunnen om zich aan de (nieuwe) gedragsregels te houden.'

activiteiten die al plaatsvonden vóór 1 juli 2012) geldt een overgangsregime. Voor de gedragsregels ten aanzien van kostendoorberekening, het bevoordelingverbod en gegevensgebruik geldt een overgangstermijn van twee jaar. Voor de gedragsregels ten aanzien van de functiescheiding geldt een overgangstermijn van één jaar. Dat betekent binnen deze periode van één tot twee jaar voor gevallen die onder het overgangsrecht vallen dat de NMa/ACM geen overtreding kan vaststellen, of dwangsommen op kan leggen. Wel geeft Chris Fonteijn aan:

“Overheden die echt de fout in gaan, zullen we natuurlijk wel waarschuwen. En bij nieuwe gevallen kunnen we meteen handhaven.”⁵⁸

De NMa deelt geregeld waarschuwingen uit in tal van sectoren van de economie.⁵⁹ Tot het ter perse gaan van deze bijdrage heeft de NMa publiekelijk nog geen waarschuwing gegeven in het kader van de handhaving van de WM&O.

4.2 Toezicht en handhaving door de NMa en de ACM

De NMa/ACM kan uit eigen beweging of naar aanleiding van signalen of klachten een onderzoek naar overtreding van de WM&O starten. Voor het verrichten van dit onderzoek beschikt de NMa/ACM over de nodige bevoegdheden opgenomen in hoofdstuk 5 Awb en in de Mw. Het gaat hierbij onder andere om het mondeling en schriftelijk vorderen van inlichtingen en het inzage vorderen in zakelijke gegevens en bescheiden.⁶⁰ De overheidsorganisatie is gehouden mee te werken aan een onderzoek en aan verzoeken van de NMa/ACM om informatie te geven of inzage in de administratie te verschaffen. De NMa is ook bevoegdheid tot het betreden van bedrijfsruimtes en vervoermiddelen. Het ligt niet voor de hand dat deze laatste bevoegdheid door de NMa/ACM in het kader van de WM&O ook wordt ingezet. Zo geeft Chris Fonteijn aan:

“Formeel kan het wel. Als we iets constateren, zullen we het gedurende de overgangstermijn ook zeggen. Als er daarna niets gebeurt, zullen we doorpakken. Of we daarvoor een inval nodig hebben is de vraag. Als het nodig is zullen we een last onder dwangsom opleggen. Het is aan die overheid of ze het zo ver laten komen. Ik verwacht niet dat we zo'n paardenmiddel snel zullen gebruiken.”⁶¹

Bij overtreding van de gedragsregels biedt de WM&O de

NMa/ACM twee manieren om handhavend op te treden.⁶² Allereerst kan de NMa bij beschikking verklaren dat een overtreding is vastgesteld. Ten tweede kan de NMa de overheidsorganisatie een last onder dwangsom opleggen om beëindiging van de overtreding af te dwingen. Aan de last kunnen voorschriften worden verbonden inzake het verstrekken van gegevens aan de NMa. Voor de mogelijkheid om boetes op te leggen bij overtreding van de WM&O is niet gekozen. Daarvoor wordt in de MvT als verklaring gegeven dat het opleggen van boetes door het ene bestuursorgaan aan het andere bestuursorgaan niet goed past in de bestuurlijke verhoudingen.⁶³

5. Positie van en rechtsbescherming voor ondernemers

Waar het de rechtspositie van de ondernemers betreft, worden in de MvT en Handreiking drie mogelijkheden onderscheiden. De ondernemers kunnen inspraakmogelijkheden benutten bij besluiten over algemeen belang, de stap naar de civiele rechter zetten en een klacht indienen bij de NMa. Ieder van deze mogelijkheden wordt hierna op hoofdlijnen toegelicht.

5.1 Besluit over algemeen belang

Als toegelicht in paragraaf 4 van deze bijdrage kunnen ondernemers gebruikmaken van de inspraakmogelijkheden die de overheid biedt. Dit om hun oordeel te geven over een voorgenomen vaststelling dat bepaalde economische activiteiten of een bepaalde bevoordeling van een overheidsbedrijf plaatsvindt in het algemeen belang.⁶⁴ Een ondernemer kan daarnaast 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 opkomen indien dat besluit geen AVV inhoudt.⁶⁵ De belanghebbende ondernemer kan in dat geval bezwaar en beroep aantekenen. Tegen een AVV is geen rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter mogelijk. Dat betekent niet dat de ondernemer daarbij steeds met lege handen achterblijft. Wanneer het AVV leidt tot een concreet uitvoeringsbesluit, bestaat de mogelijkheid om de rechtmatigheid van dat besluit en van de onderliggende regeling in bezwaar en beroep aan te vechten. Dat kan tot gevolg hebben dat de rechter de regeling niet verbindend verklaart.

58 *Financieele Dagblad*, supra noot 10.

59 Bijvoorbeeld: NMa wijst KNGF op gevaar van collectief optreden richting zorgverzekeraars, 30 december 2011, 'NMa waarschuwt: Mededingingswet geldt voor iedereen, ook voor binnenvaart', 15 oktober 2009, 'NMa waarschuwt: banken lopen risico bij gezamenlijke afspraken over afschaffen PIN', 29 mei 2008 en 'NMa extra alert op zorgsector', 10 januari 2008, 'NMa waarschuwt makelaarsvereniging LMV', 7 februari 2003, zie www.nma.nl.

60 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).

61 www.binnenlandsbestuur.nl, supra noot 8.

62 Art. 70c, lid 1, Mw.

63 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 3154, nr. 3, p. 20. Eerder heeft de NMa de Staat der Nederlanden wel een boete opgelegd voor het niet melden van een concentratie, zie NMa besluit van 3 mei 2010 in zaak 6843 (*Amlin*). De Staat kreeg bijna € 800.000 boete, omdat hij in 2009 niet tijdig had gemeld dat hij zijn aandelen in Fortis Corporate Insurance had overgedragen aan verzekeraar Amlin. Omdat het CBB eerder dit jaar heeft bepaald dat een verkopende partij niet kan worden beboet voor het niet bij de NMa melden van een overname int de NMa de boete voor de Staat niet.

64 De inspraakmogelijkheden zoals neergelegd in de op art. 150 Gemeentewet gebaseerde inspraakverordening.

65 Memorie van antwoord, *Kamerstukken I* 2009/10, 31 354, C, p. 1.

5.2 Civielrechtelijke procedures

Ondernemers kunnen in het geval van schending van de gedragsregels uit de WM&O bij de civiele rechter een procedure uit onrechtmatige daad aanspannen wegens schending van de gedragsregels. Ook kunnen ondernemers naar de civiele rechter stappen indien zij menen dat een overheidsorganisatie ten onrechte een beroep doet op de uitzondering voor een EAIAB of de uitzondering voor staatssteun. Terecht wordt in de MvT gesignaleerd dat het voor een actie uit onrechtmatige daad niet noodzakelijk is dat de NMa zich heeft uitgelaten over de mogelijke schending van de gedragsregels. Wel kan de rechter een eventueel oordeel van de NMa in zijn eigen beoordeling betrekken. Dat de NMa door de partijen of de rechter wordt verzocht op te treden als *amicus curiae* is in beginsel bij geschillen die alleen betrekking hebben op de WM&O niet aan de orde. Het optreden als *amicus curiae* is voorbehouden aan zaken waarin (ook) de toepassing van het kartelverbod ex. art. 101 VWEU of het verbod op misbruik van een machtspositie ex art. 102 VWEU centraal staat.⁶⁶ Bij geschillen waar alleen de toepassing van art. 6 Mw, art 24 Mw of de WM&O aan de orde is, behoort dit niet tot de mogelijkheden.

Een andere civielrechtelijke actie die ondernemers ter beschikking staat, is de schadevergoedingsprocedure.⁶⁷ Deze procedure kan worden gevolgd om wanneer sprake is van een overtreding van de WM&O eventuele schade te verhalen op de overheid. Het spreekt voor zich dat de benadeelde ondernemer bij deze procedure sterk staat, wanneer de NMa al in een beschikking heeft vastgesteld dat sprake is (geweest) van een overtreding van de WM&O. Daarmee komt het aanzoeken van de NMa (en binnenkort ACM) als eerste stap bij een overtreding van de WM&O in het vizier.

5.3 Klacht indienen bij de NMa en de ACM

Een ondernemer die meent dat een overheid zich niet houdt aan de WM&O kan een klacht bij de NMa (en binnenkort ACM) indienen.⁶⁸ De positie van de klager wordt beheerst door de regels van de Awb voor zover de klacht een verzoek aan de NMa betreft om handhavend op te treden tegen gestelde inbreuk(en).⁶⁹ De klager moet bij dit verzoek

zodanige gegevens aanreiken dat de NMa daarmee gericht onderzoek kan verrichten. Daarbij wordt in ieder geval aangeduid en zo mogelijk gedocumenteerd wie de partij(en) zijn, wat de gestelde inbreuk(en) zijn en wat het belang van de klager is.⁷⁰ Doet de klager dat, dan moet de NMa de klacht in behandeling nemen en is de NMa verplicht om ook een formeel besluit te nemen.⁷¹ Wat de Awb niet voorschrijft, is of een besluit moet worden genomen om wel of niet op te treden naar aanleiding van de klacht. Uit het feit dat art. 70c Mw bepaalt dat de NMa de daarin genoemde besluiten kan nemen, is een discretionaire ruimte voor de NMa af te leiden waarbinnen zij kan besluiten van optreden af te zien.⁷² De NMa is op grond van art. 3:4 Awb in het uitoefenen van haar bevoegdheid gehouden beleidsmatig te handelen en de betrokken belangen af te wegen. Op de ruimte die de NMa (en binnenkort de ACM) heeft om deze afweging te maken, wordt in de volgende paragraaf van deze bijdrage nader ingegaan. De gevolgen die het prioriteringsbeleid dat de NMa daarbij hanteert voor een klacht over schending van de WM&O kan hebben, komt daarbij ook aan bod. Indien de NMa besluit niet tot handhaving over te gaan, kan de klager hiertegen bij de NMa bezwaar maken en daarna eventueel beroep en hoger beroep instellen bij de bestuursrechter.

6. Positie van de NMa en de ACM

In deze paragraaf wordt eerst ingegaan op de aanpak die de NMa aangeeft te willen volgen en daarna wordt kort ingegaan op de vraag of en in hoeverre de NMa gehouden is tot handhaving van de WM&O over te gaan.

6.1 De route naar (spontane) naleving

Duidelijk is dat de NMa en binnenkort de ACM door middel van voorlichting en de dialoog inzetten op (spontane) naleving van de WM&O door de (de)centrale overheid. Zo geeft de NMa, bij monde van Henk Don, op 24 mei 2012 aan:

“Wij willen deze overgangperiode benutten om in dialoog met de verschillende overheden tot een eenduidige uitleg en toepassing van de gedragsregels te komen. Die dialoog kan vele vormen aannemen; informele gesprekken, rondetafels, of meer stevige gesprekken in het kader van een formeel onderzoek naar een nieuw geval, dat niet onder het overgangsrecht valt. Dit alles met het doel zoveel mogelijk spontane naleving te stimuleren; het is vooral de eigen verantwoordelijkheid van de overheden zelf ervoor te zorgen dat zij aan de regels voldoen. Hoewel de NMa beschikt over de mogelijkheid een last

66 Zie ook de NMa Richtsnoeren *Amicus Curiae*, 2004 te raadplegen via www.nma.nl.

67 MvT, p. 19 e.v.

68 In beginsel kan iedereen een klacht bij de NMa indienen, indien hij van mening is dat de gedragsregels zijn overtreden. Alleen belanghebbenden kunnen een formele klacht in de vorm van een aanvraag tot het nemen van een besluit indienen. Van dat laatste is bij een ondernemer die concurreert met de overheid al snel sprake. Zie in dit kader ook CBB 21 maart 2006, AWB 05/68.

69 Hoewel het in art. 70c Mw evenals in art. 56 Mw niet staat vermeld, geldt (aan)vragen staat vrij en voor zover de verzoeker als belanghebbende in de zin van art. 1:2, lid 1, Awb bij het gevraagde besluit van de NMa kwalificeert, geldt de klacht als een tot de NMa gerichte aanvraag in de zin van art. 1:3, lid 3, Awb zodat de NMa gehouden is daarop een besluit te nemen.

70 Zie in dit kader ook CBB 24 november 2009, LJN BK5722.

71 Uit de Brochure klachten, tips en besluitaanvragen, oktober 2009, p. 5 volgt dat de NMa bij klachten die niet een aanvraag tot het nemen van een handhavingsbesluit behelzen de NMa geen formeel besluit neemt. Er staan dan geen rechtsmiddelen open, indien de klager het er niet mee eens is dat de NMa niet overgaat tot handhaving.

72 Dit wordt waar het om de handhaving van art. 6 en art. 24 Mw gaat in het kader art. 56 Mw ook aangenomen.

onder dwangsom op te leggen, zou je mogen verwachten dat een overheid het daar niet op laat aankomen. Idealiter geeft de dialoog die aan een dergelijke last onder dwangsom voorafgaat, al voldoende aanleiding tot aanpassing van ongewenst gedrag.⁷³

Chris Fonteijn voegt hier in juli 2012 aan toe:

“Voorlichting zal dan ook in veel gevallen genoeg zijn om overheden een duwtje in de goede richting te geven. Er staat onder meer een roadshow gepland. We gaan ook specifiek uitleggen hoe wij de regels invullen.”⁷⁴

Deze stijl past bij de benadering die de NMa (en binnenkort de ACM) ook op andere terreinen lijkt te willen volgen.⁷⁵ Zo geeft Chris Fonteijn eind 2011 aan:

“Ik zou ook vaker de informele weg willen bewandelen; meer met de bedrijven om tafel gaan zitten. Het handhaven is geen doel op zich, maar een middel om markten te laten werken.”⁷⁶

Deze aanpak draagt de NMa, bij monde van Henk Don, medio mei 2012 opnieuw uit.⁷⁷

Voor de gevallen die onder het overgangsrecht uit de WM&O vallen, zijn de mogelijkheden van de NMa beperkt. Direct handhavend optreden, is daarbij niet mogelijk. Het geven van voorlichting zal bijdragen aan de ontwikkeling om spontane naleving binnen de termijn van het overgangsrecht te stimuleren. Daarnaast kan de NMa wel handhavend optreden bij gevallen die niet onder het overgangsrecht vallen. Dat neemt niet weg dat deze constellatie niet verschoond blijft van kritiek.⁷⁸ Daarbij wordt ook gewezen op de kritische bevindingen die de Algemene Rekenkamer kort voor de inwerkingtreding van de WM&O in juni 2012 wereldkundig maakt.⁷⁹ Ten eerste concludeert de Rekenkamer dat bij verzelfstandigde overheidsorganisaties de verantwoording van hun private activiteiten tekortschiet.⁸⁰ Ten tweede stelt de Rekenkamer vast:

73 Henk Don, ‘Lezing voor de 11e Markt & Mededingingsconferentie’, Den Haag, 24 mei 2012, zie www.nma.nl.

74 *Financieele Dagblad*, supra noot 10.

75 En inmiddels ook lijkt te volgen: zie bijvoorbeeld, ‘NMa praat met brouwers en cafés’, 29 augustus 2012, www.nos.nl.

76 P. Amador Sanchez, W.W. Geursen & B.A. Nijs, ‘Zin in de fusie! Over keuzes en kansen’, *AM* nr. 7, november 2011.

77 Zie bijvoorbeeld *Financieele Dagblad*, ‘NMa wil meer in overleg en minder vaak beboeten’, 29 mei 2012, p. 3.

78 Zie bijvoorbeeld, ‘Tandeloze waakhond’, 2 juli 2012, www.fd.nl.

79 Algemene Rekenkamer, ‘Publieke organisaties en private activiteiten’, aanbiedingsbrief Achtergrondstudie, 2012, p. 7.

80 *Ibid.*, ‘We zijn het oneens met de minister dat het kader voor publiek ondernemerschap voldoende concreet is voor de uitvoering. De regels voor publiek ondernemerschap zijn globaal, er zijn veel uitzonderingen en verschillende definities van publiek en privaat worden door elkaar gebruikt. Hierdoor is de invulling van de regels teveel afhankelijk van de interpretatie van de uitvoerders, hetgeen de rdw-casus illustreert. Dat maakt ook toezicht op publiek ondernemerschap lastig.’

“Gezien de noodzakelijke bezuinigingen zullen publieke organisaties steeds meer op zoek gaan naar private middelen. Hierdoor neemt ook de kans op risico’s toe.”⁸¹

Kortom, bij inwerkingtreding van de WM&O lijkt de cirkel rond. Net als in jaren tachtig van de vorige eeuw, toen bezuinigingen overheden bewogen activiteiten op de markt te verrichten, lijkt die prikkel ook nu aanwezig. Wordt dit gecombineerd met het beeld uit de eerste paragraaf van deze bijdrage, dan is een aanzienlijke stijging van het aantal te behandelen klachten niet uit te sluiten.

6.2 Lakmoesproef voor het prioriteringsbeleid van de NMa en de ACM?

Op de vraag hoeveel klachten de NMa verwacht, geeft Chris Fonteijn aan:

“De komende twee jaar zullen we vooral voorlichten en inventariseren, maar we zien nu al dagelijks klachten binnenkomen. [...] De omvang van het aantal gevallen is moeilijk in te schatten. Het zou best kunnen dat er veel nieuwe gevallen zijn en dan trekt de ACM ten strijde.”⁸²

Tegelijk tempert hij de verwachtingen over het ingrijpen door de NMa/ACM. Zo geeft hij aan:

“Bijverdiensten van overheden die formeel niet helemaal in de haak zijn, maar waar ondernemers nauwelijks last van hebben, zijn geen prioriteit. ‘We zitten met schaarse middelen. We gaan ons richten op de echte pijn.’⁸³

De NMa sorteert daarmee, voor het geval er veel klachten komen, voor op de inzet van haar prioriteringsbeleid. Tegelijkertijd geeft Chris Fonteijn ook duidelijk aan wat de NMa/ACM wil bereiken:

“Het gaat erom dat er een gedragsverandering komt bij overheden. Als we een aantal grote zaken aanpakken werkt dat ook alarmerend voor de rest.”⁸⁴

Het is zo’n drie maanden na inwerkingtreding van de WM&O te vroeg om een onderbouwd antwoord te geven op de vraag in welke mate dit vliegwieleffect op zal treden.⁸⁵

81 *Ibid.*

82 www.binnenlandsbestuur.nl, supra noot 8.

83 *Financieele Dagblad*, supra noot 10.

84 *Ibid.*

85 De NMa heeft onderzoek laten doen naar het anticipatie-effect op haar toezicht, zie *SEO* ‘Anticipatie op kartel- en concentratietoezicht’, januari 2011. Daarin wordt gesteld dat tegenover elk sanctiebesluit van de NMa bijna vijf bij de NMa onbekende gevallen staan, waarin een verboden gedraging is stopgezet of aangepast op grond van van mededingingsrechtelijk advies. Bij deze resultaten geldt dat het onderzoek alleen ziet op kartel- en concentratietoezicht en niet op de ‘markt en overheid problematiek’. Dat maakt verschil. Zo deelt de NMa, anders dan mogelijk is bij de WM&O, bij kartels geregeld hoge (persoonlijke) boetes uit en worden kartels met behulp van het clementiebeleid opgerold.

Dat ligt anders voor de vraag, die zich gezien de benadering van de toezichthouder opdringt, wat als de NMa/ACM aan een klacht die een verzoek tot handhaving behelst geen vervolg geeft? Mag de NMa/ACM dat onder alle omstandigheden doen en bestaat er een onderzoeksplicht en beginselplicht tot handhaving voor de NMa/ACM?

6.3 Onderzoeksplicht en beginselplicht tot handhaving voor de NMa en de ACM?

Waar het gaat om de behandeling van klachten hanteert de NMa een prioriteringsbeleid.⁸⁶ De meest recente versie van dit beleid is in februari 2012 gepubliceerd.⁸⁷ Daarmee vervangt de NMa haar prioriteringsbeleid uit 2009. Over deze ontwikkeling geeft de NMa aan:

“De voorheen gehanteerde prioriteringscriteria zijn niet veranderd, maar wel nader uitgewerkt en aangescherpt.”⁸⁸

Aanleiding hiervoor is volgens de NMa de CBB-uitspraak in de zaak van de Vereniging van Reizigers.⁸⁹ In die uitspraak stelt het CBB vast dat de door de NMa gehanteerde prioriteringscriteria als zodanig niet in strijd met de wet en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn.⁹⁰ Het voeren van een beleid gericht op het stellen van prioriteiten door de NMa/ACM loopt dus geen averij op. Wel zet het CBB de juridische kaders voor het prioriteringsbeleid in deze uitspraak scherp uiteen. Daarbij wordt in deze uitspraak met een aantal principiële overwegingen de lat voor de NMa/ACM voor het ‘wegprioriteren’ van klachten hoger gelegd.⁹¹ Zo wijst het CBB als volgt op het belang dat de toezichthouder optreedt bij gebleken inbreuken op de Mw:

“Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving zal, in geval van geconstateerde overtreding van een of meer van deze regels, NMa ook gebruik moeten maken van zijn bevoegdheden in de Mw om deze regels te handhaven. Slechts in bijzondere omstandigheden kan hij weigeren dit te doen.”⁹²

Eerder is gesignaleerd dat uit de uitspraak van het CBB voor de NMa een onderzoeksplicht en de beginselplicht

tot handhaving is af te leiden.⁹³ Weliswaar ziet de uitspraak van het CBB niet op een klacht ten aanzien van overtreding van de WM&O (maar op art. 24 Mw), de lijn die het CBB in deze uitspraak uitzet, lijkt niettemin voor de WM&O relevant te zijn.⁹⁴ Wanneer de lijn die uit deze CBB-uitspraak volgt, wordt toegepast op klachten ten aanzien van de WM&O dan levert dat, kort samengevat, het volgende beeld op. Alleen als een eerste of globaal onderzoek uitwijst dat de klacht hoe dan ook niet kan leiden tot handhaving behoeft de NMa geen nader onderzoek in te stellen. In alle andere gevallen vergt dat in ieder geval steeds een deugdelijke motivering en doorgaans ook enige inhoudelijke beoordeling en onderzoek. Bij dit proces maakt de NMa gebruik van haar prioriteringsbeleid.

6.4 Prioriteringsbeleid en WM&O

Bijna een jaar nadat de WM&O in maart 2011 door de Eerste Kamer wordt aangenomen, publiceert de NMa in februari 2012 haar huidige prioriteringsbeleid. De NMa heeft om tot dit prioriteringsbeleid te komen de prioriteringscriteria uit haar beleid uit 2009 niet veranderd, maar wel uitgewerkt en aangescherpt. Is het huidige prioriteringsbeleid daarmee ook (voldoende) toegerust op de inwerking-treding van de WM&O? Om toe te lichten welke vragen daarbij een rol spelen, wordt hierna een aantal punten kort uitgelicht.

Wanneer aan de hand van haar prioriteringsbeleid wordt beoordeeld of een klacht over overtreding van de WM&O vervolg krijgt, stelt de NMa (en binnenkort de ACM) de volgende vragen. Ten eerste, wat is het economische belang van de mogelijke overtreding? Ten tweede, wat is het consumentenbelang van de mogelijke overtreding? Ten derde, hoe ernstig is de mogelijke overtreding? Ten vierde, kan de NMa efficiënt en effectief optreden tegen de mogelijke overtreding? Naast deze criteria houdt de NMa ook rekening met het individuele belang van de klager en eventuele maatschappelijke belangen. Als het antwoord op één of meer van deze punten negatief is, kan de NMa besluiten geen onderzoek te starten wegens gebrek aan prioriteit.⁹⁵ Eerder is de vrees geuit dat klachten over overtreding van de WM&O worden afgewezen, omdat de kosten van het onderzoek niet opwegen tegen het belang van handhaving.⁹⁶ Het is de vraag of deze redenering steeds hout zal snijden. In veel gevallen zullen die kosten niet (heel) hoog zijn. Dit punt lijkt de toezichthouder zelf niet als hindernis te beschouwen. Zo geeft Chris Fonteijn over

86 In 2009 volgt dat uit de NMa brochure ‘Klachten, tips, signalen en besluitaanvragen’. Daarin meldt de NMa dat zij gelet op haar capaciteit keuzes moet maken uit de stroom van klachten en meldingen, waarbij zij kijkt naar het economisch belang, het consumentenbelang, de ernst van de overtreding en de vraag of optreden van de NMa doelmatig en doeltreffend is. In eerdere brochures en jaarverslagen van de NMa zijn vergelijkbare criteria te vinden.

87 Prioritering van handhavingsonderzoeken door de NMa, 14 februari 2012, *Stcrt.* 16 februari, nr. 2151.

88 ‘Nieuwe regels voor ingrijpen NMa’, 14 februari 2012, zie www.nma.nl. Dat beleid is van toepassing op alle wetten, waaronder de Mw, waar de NMa toezicht op houdt.

89 *Ibid.*

90 CBB, 24 november 2009, LJN BK5722, r.o. 7.4.3.

91 P. Kreijger, ‘Van Europese en Nederlandse prioriteiten (GvEA 15 december 2010, zaak T-427/08, Confederation europeenne des associations d’horlogers-reparateurs, n.n.g; CBB 20 augustus 2010, Vereniging van Reizigers/NMa II, LJN BN4700); *M&M* maart 2011, p. 114.

92 CBB, supra noot 90, r.o. 7.2.1.

93 P. Kreijger, supra noot 91, p. 116.

94 Zo geeft de NZa in het kader van de handhaving van de Wet marktordening gezondheidszorg op 31 juli 2012 in zaak *NZa/Stichting OZIS Drechtsteden* op p. 4, aan: ‘In het bestuursrecht geldt de beginselplicht tot handhaving. Slechts in bijzondere gevallen zou een bestuursorgaan kunnen afzien van handhaving als het constateert dat sprake is van een overtreding’. Zie www.nza.nl.

95 NMa prioriteringsbeleid, supra noot 87.

96 R.W. de Vlam, ‘Het Wetsvoorstel Markt & Overheid’, *V&O*, 2009 nr. 10, p. 215.

de handhaving van de WM&O aan:

“De insteek van een onderzoek is heel anders dan bij kartels, we willen dat een overheid haar gedrag verandert. De onderzoeken bij de overheden zullen ook veel sneller gaan. Er zijn veel minder juridische eisen dan bij kartels.”⁹⁷

Ook lijkt het bij de vraag naar het economisch belang niet een gelopen race als het belang van één klagende ondernemer op zichzelf genomen niet bepaald groot is. Het is op voorhand niet uit te sluiten dat geklaagd wordt over een in het land wijdverbreide praktijk. De NMa geeft in haar prioriteringsbeleid aan:

“Als de beweerdelijke overtreding betrekking heeft op veel verschillende en/of omvangrijke markten, zal dat voor de NMa een aanwijzing zijn om tot nader onderzoek te gaan.”⁹⁸

Het is denkbaar dat, juist bij bepaalde ‘markt en overheid problematiek’, sprake kan zijn van het feit dat een klacht representatief is voor een wijdverbreide praktijk. Dat neemt niet weg dat het de vraag is, of dat ook zal passen binnen de focus op ‘de echte pijn’ die Chris Fontein eerder heeft genoemd. Eerder, in 2011, greep de NMa in bij een kartel van tien glazenwassers. Het feit dat glazenwassers door een kartel volledig worden uitgesloten van (toetreding tot) een bepaalde wijk weegt, ondanks het geringe economische belang, voor de NMa zwaar.⁹⁹ Denkbaar is dat de NMa/ACM deze benadering ook bij klachten over de WM&O volgt. Of dat het geval is, is drie maanden na inwerkingtreding van de WM&O niet met zekerheid te zeggen.

Ook kunnen er overtredingen van de WM&O zijn, waarbij niet meteen ook sprake is van het van de markt (dreigen te) verdwijnen van concurrerende private ondernemingen. Bij klachten over deze overtredingen lijkt de beantwoording van de vraag naar het consumentenbelang een knelpunt te vormen. Wanneer als gevolg van het gedrag van de overheid de prijs van producten of diensten laag is, lijkt ingrijpen in ieder geval op de korte termijn niet direct in het belang van de consument. Hoewel het lastig is te demonstreren dat dit soort overtredingen van de WM&O op korte termijn grote schade voor de consument teweeg brengt, hoeft ook dit niet tot afwijzing van een klacht te leiden. In haar prioriteringsbeleid geeft de NMa ook aan:

“Dit betekent niet dat de NMa alleen maar optreedt tegen mogelijke overtredingen die de belangen van consumenten direct of indirect raken. De NMa kan het ook belangrijk vinden om op te treden tegen mogelijke overtredingen die gevolgen hebben voor de structuur van de markt.”¹⁰⁰ (vetgedrukt auteur).

Ook hier is nog niet duidelijk of en hoe de NMa deze benadering in het kader van de WM&O toe zal passen. Bovendien dient bij de beoordeling van een klacht ook de vraag naar de ernst van de overtreding te worden geadresseerd. Hier wordt meest duidelijk dat het huidige prioriteringsbeleid niet is toegesneden op de WM&O. Zo geeft de NMa daarin aan:

“Voor het antwoord op de vraag hoe ernstig een mogelijke overtreding is, kijkt de NMa naar de beleidsregels voor het opleggen van boetes. Daarin is een indeling van overtredingen in verschillende ‘ernst-categorieën’ opgenomen.”¹⁰¹

Deze beleidsregel ziet op boetes voor met name kartels en misbruik van een economische machtspositie. Niet valt in te zien hoe deze beleidsregel voor de handhaving van de WM&O, waarbij geldt dat de NMa/ACM geen boetes op kan leggen, direct toepasbaar is.

Dat een ongewijzigd prioriteringsbeleid van de NMa een struikelblok voor handhaving van de WM&O kan zijn, is bij de totstandkoming van de WM&O niet onopgemerkt gebleven.¹⁰² Ook is eind maart 2009 in de Tweede Kamer een motie aangenomen die ertoe strekt de NMa te verzoeken prioriteit te verlenen aan het tegengaan van benadeling van het midden- en kleinbedrijf.¹⁰³ Nadien heeft de NMa tweemaal haar agenda met aandachtspunten vastgesteld.¹⁰⁴ In beide gevallen is dit punt niet op die agenda verschenen.¹⁰⁵ De huidige agenda is nog minder dan drie maanden, tot de komst van de ACM, van kracht.¹⁰⁶ Daarmee is een actuele vraag: verschijnt dit onderwerp wel op de eerste agenda van de ACM? In haar huidige prioriteringsbeleid geeft de NMa aan:

“Bij het afwegen van belangen staat het belang van de consument

97 *Financieele Dagblad*, supra noot 10.

98 NMa prioriteringsbeleid, supra noot 87.

99 De NMa geeft in haar samenvatting van het besluit in zaak 6425 (Glazenwassers), 20 december 2011 aan: ‘En ook al betreft het een verhoudingsgewijs kleine zaak, de NMa achtte het van belang om op te treden, omdat zij veel signalen ontvangt van klanten die moeilijkheden ondervinden bij het zoeken van een (andere) glazenwasser’. Zie www.nma.nl.

100 NMa prioriteringsbeleid, supra noot 87. De NMa haakt daarbij aan bij Europese rechtspraak zoals Gerecht zaak T-340/03 France Télécom/Commissie 2007 4 CMLR 21, r.o. 266.

101 Ibid.

102 Zie bijvoorbeeld voor opmerkingen van de SER, MvT, p. 27.

103 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 354, nr. 30, deze motie is ingediend op 17 maart 2009 en aangenomen op 24 maart 2009.

104 Het betreft de NMa agenda 2010-2011, waarbij in december 2011 is gemeld dat de agenda 2010-2011 ook voor 2012 van toepassing is, zie Chris Fontein, ‘Kansen, keuzes en de consument’, 13 december 2011, Kerstbijeenkomst Vereniging voor Mededingingsrecht, Den Haag, p. 7. Zie www.nma.nl.

105 De Algemene Rekenkamer signaleert in 2007 in haar rapport Toezicht op mededinging door de NMa, p. 62, ‘Ongeveer 20% van de bedrijven onderschrijft de stelling: De NMa is zeer actief in onze markt. Zoals werd verwacht, zijn bedrijven uit de (prioritaire) sectoren van de NMa-Agenda het vaker met deze stelling eens.’

106 Chris Fontein, ‘Kansen, keuzes en de consument’, supra noot 104, p. 7.

in het algemeen centraal. Ook houdt de NMa rekening met de aandachtsgebieden en sectoren uit de NMa-Agenda.¹⁰⁷

Zeker wanneer de WM&O niet op de agenda van ACM verschijnt, dringt zich de vraag op wanneer het prioriteeringsbeleid aan wordt gepast om rekening te houden met de WM&O.

Vooruitblik

De WM&O is, bijna elf jaar nadat het eerste wetsvoorstel het licht zag, nu ruim drie maanden in werking. Het succes van de WM&O ligt voor een aanzienlijk deel in handen van de NMa/ACM. De WM&O geldt in beginsel voor vijf jaar, tot 1 juli 2017. De verdere toekomst van de WM&O wordt mede bepaald aan de hand van de evaluatie van de WM&O die voor 1 juli 2015 gereed dient te zijn. De WM&O voorziet in overgangsrecht, waardoor in bepaalde gevallen tot twee jaar na inwerkingtreding van de WM&O (1 juli 2014), niet handhavend kan worden opgetreden. Het ligt dan ook voor de hand dat bij de evaluatie de aandacht niet alleen uitgaat naar de effecten van handhavend optreden door de NMa/ACM, maar ook (vooral) naar het anderszins optreden van de NMa/ACM in de periode van het overgangsrecht.

De toezichthouder geeft aan in de periode van het overgangsrecht vooral in te zetten op voorlichting, onder andere met de inzet van een roadshow. Dat valt toe te juichen. De toepassing van de WM&O is nog niet op alle punten helder en zowel ondernemers als overheden zijn gediend met *hard(er)* en *fast(er) rules*. Waar het de handhaving van de WM&O betreft, lijkt de NMa/ACM aan te haken bij de toezichtstijl die eerder is aangekondigd om meer met marktpartijen om de tafel te zitten en informeel af te doen. Daarbij is op voorhand niet te zeggen dat deze aanpak minder effectief zal zijn dan enig andere benadering. Wel geldt bij die aanpak dat traditioneel gezien de processen zich vaak goeddeels aan de openbaarheid onttrekken. In het kader van de WM&O moet daar een kanttekening bij worden geplaatst. Er lijkt, juist in het kader van de WM&O, behoefte te zijn aan maximale transparantie. Ten eerste, omdat overheden en ondernemers gebaat zijn bij het op zo kort mogelijke termijn verkrijgen van zicht op de invulling die door de NMa/ACM wordt gegeven aan (de open normen van) de WM&O. Ten tweede, omdat transparantie eraan bij kan dragen dat de NMa/ACM niet de schijn tegen krijgt haar toezicht op 'de markt' scherper in te steken dan haar toezicht op de 'ondernemende overheid'. Daarbij geldt dat de Algemene Rekenkamer in juni 2012 signaleert dat de door de bezuinigen de prikkels voor overheden om te gaan ondernemen toenemen. Voor de komst van de WM&O waarschuwt de NMa de markt meermaals dat de NMa niet vanwege de economische crisis de teugels bij haar toezicht op de markt zal vieren.¹⁰⁸ De NMa tekent daarbij aan dat

om uit de crisis te komen juist ingezet moet worden op (het behouden van) gezonde concurrentie.¹⁰⁹ Deze dynamiek pleit voor het creëren van maximale transparantie bij het toezicht en de handhaving door de NMa/ACM, (juist) ook in het kader van de WM&O.¹¹⁰

Om de transparantie te vergroten, zijn tal van middelen voorhanden die zonder hoge kosten direct kunnen worden benut. De NMa is daar ook mee bekend. Zo geeft Chris Fonteijn eind december 2011 aan:

"Ook zie ik een grote rol weggelegd voor nieuwe communicatiemiddelen zoals social media, die de ACM in staat stellen de consument beter te bereiken en te bedienen. Door met een blik van buiten naar binnen te werken. In het kader van Consuwijzer zijn door de drie toezichthouders op dat punt ook al belangrijke stappen gezet. Zo maakt Consuwijzer actief gebruik van haar eigen Twitteraccount en Facebookpagina om haar doelgroep te bereiken."¹¹¹

Niets lijkt eraan in de weg te staan deze middelen ook in te zetten bij het proces om te komen tot (spontane) naleving van de WM&O. Naast ondernemers zijn ook talloze overheden van groot tot klein volop actief op social media.¹¹² Ook het ministerie van EL&I, de AFM, de NZa en de CA werken al geruime tijd met een eigen Twitteraccount. Zou de NMa/ACM achter kunnen blijven?¹¹³ De toekomst zal moeten uitwijzen hoe transparant de NMa/ACM wenst te zijn. Ik hoop in ieder geval via Twitter te kunnen volgen welke route de WM&O roadshow door ons land aflegt. Ook ben ik benieuwd op welke manier de eerste agenda van de ACM zal worden verspreid, maar bovenal of de WM&O op die agenda zal staan.

Over de auteur

Diederik Schrijvershof is advocaat bij Van Doorne N.V. Diederik is vaste medewerker van Tijdschrift Mededingingsrecht in de Praktijk. Dit artikel is geschreven op persoonlijke titel.

109 'Interview RTL Z: toezicht in tijden van crisis', 22 april 2010, zie www.nma.nl.

110 [NOOT: Zie ook Algemene Rekenkamer, supra noot 79, p. 7, 'We gaan ervan uit dat de NMa haar inzichten periodiek gaat delen met de Tweede Kamer, zodat deze meer zicht krijgt op de klachten over oneerlijke concurrentie door de overheid.']

111 Chris Fonteijn, 'Kansen, keuzes en de consument', supra noot 104, p. 3.

112 Zie bijvoorbeeld <http://gemeente.twittergids.nl/> en 'Vooral raadsleden actief op social media', 17 juli 2011, www.vng.nl waaruit volgt dat in 2011 zo'n 75% van de raadsleden actief is op social media. Ook de provincies en het IPO zijn actief met een eigen Twitter account, zie http://twitter.com/IPO_Provincies.

113 TU Delft & Kwink Groep geven in, 'Eindrapport Evaluatie van de Raad van Bestuur van de NMa', 30 augustus 2010, p. 13 als, 'Aandachtspunt 2: Benutting van de mogelijkheden om de anticipatie-effecten en spontane naleving te vergroten: We zien ruimte voor het vergroten van de anticipatie-effecten en spontane naleving door maatwerk aan te brengen in de communicatie naar bedrijven en brancheorganisaties. [...] Tegelijkertijd kunnen we ons voorstellen dat het anticipatie-effect verder te vergroten is door communicatiestrategieën te ontwikkelen die specifiek zijn voor de verschillende sectoren en voor de verschillende typen bedrijven die daarin actief zijn.'

107 NMa prioriteeringsbeleid, supra noot 87.

108 D.W.L.A. Schrijvershof, 'Mededingingsrecht in economisch zware tijden: de (on)mogelijkheden voor crisiskartels', *MP*, 2012, nr. 1, p. 9.