

Wet markt en overheid gaat op de schop: van misser naar voltreffer?

mr. drs. M.W.J. Jongmans¹

In 2011, kort voor inwerkingtreding van de Wet Markt en Overheid², schreef ik een kort opinieartikel in het Financieele Dagblad met de titel 'Wet Markt en Overheid misser'.³ Mijn kritiek richtte zich onder meer op de 'algemeenbelanguitzondering' in de wet (art. 25h lid 5 en 6 Mw). Doordat overheden zelf mogen bepalen welke activiteiten plaats vinden in het algemeen belang, was mijn inschatting dat de Wet Markt en Overheid geen zoden aan de dijk zou zetten om de doelstelling van zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen overheden en bedrijven te verwezenlijken. Op 7 december 2021 heeft de regering een wetsvoorstel tot wijziging van de Wet Markt en Overheid⁴ ingediend bij de Tweede Kamer. In dit artikel bespreek ik de aanleiding en inhoud van dit wetsvoorstel en bezie ik of met de voorgestelde wijzigingen mijn kritiekpunten uit 2011 van tafel zijn.

1. Wet Markt en Overheid in vogelvlucht

1.1. Doel van de wet

Overheden kunnen bij het verrichten van economische activiteiten oneigenlijk gebruik maken van publieke middelen. Dit kan leiden tot concurrentievervalsing met particuliere ondernemingen.⁵ Om hier paal en perk aan te stellen is op 1 juli 2012 de Wet Markt en Overheid in werking getreden als onderdeel van de Mededingingswet ('Mw').

Het doel van de wet is "zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen te creëren tussen overheden en (andere) particuliere ondernemingen, rekening houdend met de specifieke publieke taak van de overheid".⁶ Volgens de wetgever bevordert een gelijk speelveld tussen overheden⁷ en ondernemingen de welvaart, doordat de

mogelijkheden voor het private bedrijfsleven om te ondernemen worden verruimd. Ook zou het een positieve bijdrage leveren aan het innovatieve vermogen van de Nederlandse economie.⁸

Het uitgangspunt van de Wet Markt en Overheid is dat overheden vrij zijn om economische activiteiten⁹ te verrichten in concurrentie met particuliere ondernemingen (geen verbodsstelsel), maar dat zij zich daarbij wel aan bepaalde gedragsregels moeten houden om ervoor te zorgen dat de concurrentie zoveel mogelijk onder gelijke voorwaarden plaatsvindt.

1.2. Vier gedragsregels

De Wet Markt en Overheid bevat vier gedragsregels waaraan bestuursorganen zich moeten houden bij het verrichten van economische activiteiten. Het gaat om de volgende vier gedragsregels:

- *Integrale kostendoorberekening*: overheden moeten ten minste de integrale kosten van hun goederen of diensten in hun tarieven doorberekenen (art. 25i Mw).
- *Bevoordelingverbod*: overheden mogen hun eigen overheidsbedrijven niet bevoordelen ten opzichte van concurrerende bedrijven (art. 25j Mw).
- *Gegevensgebruik*: overheden mogen de gegevens die ze vanuit hun publieke taak verkrijgen niet gebruiken voor economische activiteiten die niet

1. Martijn Jongmans is advocaat bij Banning N.V. te 's-Hertogenbosch.
2. 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), Staatsblad 2011, 162.
3. FD, 30 maart 2011.
4. Wetsvoorstel tot wijziging van de Mededingingswet in verband met de aanpassing van de bepalingen over markt en overheid, TK, 2021-2022, 35985, nr. 2.
5. Voor een heldere beschrijving van de wijze waarop economische activiteiten van overheden marktverstoring kunnen werken, zie: J. Sluijs, Ongehinderd ondernemen. Hoe commerciële initiatieven van ZBO's buiten het mededingingsrecht opereren, NJB 2021/2157, pag. 2399.
6. TK, 2007-2008, 31354, nr. 3 (MvT), pag. 10.
7. De gedragsregels van de Wet Markt en Overheid gelden voor bestuursorganen. De volgende instanties zijn bij het uitoefenen van economische activiteiten in beginsel gebonden aan de gedragsregels: het Rijk, de provincies, de gemeenten, de waterschappen, gemeenschappelijke regelingen en zelfstandige bestuursorganen.

8. Ibidem, pag. 2.
9. Er is sprake van economische activiteiten indien een overheidsorganisatie zelf of via haar overheidsbedrijf in concurrentie met andere ondernemingen goederen of diensten aanbiedt op een markt.

dienen ter uitvoering van de publieke taak, tenzij andere overheidsorganisaties of bedrijven ook over de gegevens kunnen beschikken (art. 25k Mw).

- *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 (art. 25l Mw).

Wanneer een bestuursorgaan goederen of diensten op de markt aanbiedt, moet het zich aan deze vier gedragsregels houden, tenzij een beroep kan worden gedaan op één van de wettelijke uitzonderingen.

De Autoriteit Consument en Markt ('ACM') houdt toezicht op de naleving van de gedragsregels.¹⁰ De ACM kan toezicht uitoefenen uit eigen beweging of naar aanleiding van klachten of signalen over (vermeende) overtredingen.

1.3. Algemeenbelanguitzondering

Een belangrijke uitzondering is dat de Wet Markt en Overheid niet van toepassing is op economische activiteiten en bevoordeling, voor zover die plaatsvinden in het algemeen belang (art. 25h lid 5 Mw).¹¹

De algemeen belang vaststelling 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 die het aangaat (art. 25h lid 6 Mw).

2. Evaluatie van de Wet Markt en Overheid

De Wet Markt en Overheid is in 2015 in opdracht van het ministerie van Economische Zaken¹² geëvalueerd ('de Evaluatie').¹³ De Evaluatie diende ertoe inzichtelijk te maken in hoeverre de wet bijdraagt aan

het creëren van zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen bestuursorganen en particuliere ondernemers.

Uit de Evaluatie kwam naar voren dat bestuursorganen en ondernemers de problematiek van markt en overheid anders ervaren. Waar het merendeel van de ondervraagde ondernemers (67%) aangaf concurrentie van overheidswege onder niet gelijke voorwaarden als een groot potentieel probleem te zien¹⁴, gaf maar liefst 83% van de overheidsrespondenten aan zich te kunnen vinden in de stelling dat "*de concurrentie van hun organisatie op ondernemers beperkt is*". Een verklaring hiervoor is mogelijk het beperkte aantal klachten dat overheden over concurrentievervalsing ontvangen. Van de bevraagde overheden gaf 88% aan sinds de inwerking van de Wet Markt en Overheid nog nooit klachten te hebben ontvangen over concurrentievervalsing.¹⁵

Uit de Evaluatie blijkt verder dat 75% van de bestuursorganen voor één of meer economische activiteiten de Wet Markt en Overheid buiten toepassing heeft verklaard door gebruik te maken van de algemeenbelanguitzondering. Onder gemeenten is dit zelfs ruim 90%.¹⁶ De algemeenbelanguitzondering wordt onder meer gebruikt voor de verhuur van vastgoed (veelal aan verenigingen of maatschappelijke organisaties), de exploitatie van sportaccommodaties, de exploitatie van horecavoorzieningen in overheidsgebouwen, het ophalen van bedrijfsafval en het exploiteren van camperplaatsen of ligplaatsen in jachthavens.¹⁷

Mijn (niet zo gewaagde) voorspelling uit 2011 dat overheden massaal gebruik zouden maken van de algemeenbelanguitzondering om bestaande en nieuwe economische activiteiten buiten het toepassingsbereik van de Wet Markt en Overheid te plaatsen, is aldus bewaarheid geworden.

Met betrekking tot algemeenbelangbesluiten komt in de Evaluatie verder naar voren dat deze vaak beperkt worden gemotiveerd. Het doel van de wet (het tegengaan van ongelijke concurrentie) in relatie tot de te maken uitzondering in het algemeen belang en de gevolgen van het gebruik van de algemeenbelanguitzondering voor de concurrentie komen in de motivering niet of zeer beperkt aan de orde. Verder blijkt uit de Evaluatie dat marktpartijen slechts mondjesmaat bij algemeenbelangbesluiten worden betrokken, dat nagenoeg alle algemeenbelangbesluiten voor onbepaalde tijd gelden (95%) en slechts in 10% van de gevallen sprake is van een periodieke heroverweging.¹⁸

Mede op grond van bovengenoemde bevindingen concluderen de opstellers van het Evaluatierapport

10. Zie: TK, 2007-2008, 31354, nr. 3 (MvT), p. 11 en de met de Stroomlijningswet 2014 (Staatsblad 2014, 247) ingevoegde schakelbepaling art. 25ma Mw.

11. De algemeenbelanguitzondering is in de Wet Markt en Overheid opgenomen na een aangenomen amendement van Ten Hoopen (CDA) en Vos (PvdA), TK 2008-2009, 31354, nr. 22.

12. In artikel III van de Wijzigingswet Markt en Overheid is een evaluatiebepaling opgenomen, op grond waarvan de wet binnen drie jaar na inwerkingtreding moest worden geëvalueerd.

13. Ecorys, Bird & Bird, *Evaluatie Wet Markt en Overheid 2012-2015*, Eindrapport 6 augustus 2015. Bijlage bij kamerbrief 3 juni 2016 (TK, 2015-16, 34 487, nr. 1).

14. Ibidem, pag. 20 en 27.

15. Ibidem, pag. 84.

16. Ibidem, pag. 4 en 5.

17. Ibidem, pag. 40.

18. Ibidem, pag. 47-48.

dat de Wet Markt en Overheid heeft bijgedragen aan het doel van gelijke(re) concurrentieverhoudingen en daarmee aan het bredere doel van het verbeteren van het functioneren van markten en de marktdynamiek, maar dat de bijdrage van de wet aan deze doelstellingen, met name vanwege de algemeenbelanguitzondering, suboptimaal is.¹⁹

3. Ontwikkelingen na de Evaluatie

3.1. Wetgever komt in actie

Naar aanleiding van de Evaluatie schreef de Minister van Economische Zaken op 7 juni 2016 aan de Tweede Kamer dat ongelijke concurrentie tussen overheden en ondernemers nog steeds aandacht vraagt. Als concrete maatregel om concurrentievervalsing door overheden effectiever te bestrijden, werd in dezelfde kamerbrief een wetsvoorstel toegezegd waarmee onder meer de algemeenbelanguitzondering zou worden aangescherpt.²⁰

Het betreffende wetsvoorstel is op 1 september 2017 voor internetconsultatie gepubliceerd.²¹ Naast de aangekondigde aanscherping van de algemeenbelanguitzondering middels motiveringseisen voorzag de consultatieversie van het wetsvoorstel in meer inspraak voor ondernemers en een verplichte periodieke evaluatie van algemeenbelangbesluiten.²²

3.2. Bestuursrechter schept kader voor motivering algemeenbelangbesluiten

Terwijl het wetgevingsproces voortkabbelde, zat de bestuursrechter niet stil. Op 18 december 2018 wees het College van Beroep voor het bedrijfsleven ('Cbb') twee nagenoeg gelijke arresten waarin het juridisch kader dat van toepassing is op algemeenbelangbesluiten wordt verduidelijkt.²³ Samengevat volgt uit deze jurisprudentie dat een bestuursorgaan:

- voorafgaand aan het nemen van het algemeenbelangbesluit de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen moet vergaren (zorgvuldigheidsbeginsel);

- moet motiveren dat sprake is van een algemeenbelangbesluit dat door de desbetreffende economische activiteit wordt gediend. Daarvan is geen sprake als het aanbieden van de economische activiteit beneden de kostprijs niet nodig is om het nagestreefde algemeen belang te dienen;
- moet aantonen dat hij, gelet op de betrokken belangen, in redelijkheid heeft kunnen besluiten om gebruik te maken van zijn bevoegdheid tot het nemen van een algemeenbelangbesluit. Daarbij is onder meer van betekenis (i) of het bestuursorgaan in het besluit een prijsstelling heeft opgenomen die ertoe leidt dat enerzijds het beoogde effect daadwerkelijk wordt bereikt en anderzijds het nadeel voor de betrokken onderneming(en) zoveel mogelijk wordt beperkt, (ii) of het een termijn aan het besluit heeft verbonden en (iii) of het compensatie heeft aangeboden voor het nadeel dat redelijkerwijs niet ten laste van de betrokken onderneming(en) behoort te blijven.²⁴

Het door het Cbb ontwikkelde beoordelings- en toetsingskader wordt inmiddels standaard toegepast in zaken waarin de bestuursrechter zich moet buigen over de rechtmatigheid van een algemeenbelangbesluit. Voor bestuursorganen loopt dit tot nu toe in de meeste gevallen niet goed af, in de zin dat het algemeenbelangbesluit door de bestuursrechter wordt vernietigd. Met name de noodzaak om de gedragsregels buiten werking te stellen en de gevolgen voor concurrerende ondernemers worden door bestuursorganen onvoldoende in kaart gebracht.²⁵

Het door het Cbb ontwikkelde beoordelings- en toetsingskader heeft in principe geen gevolgen voor algemeenbelangbesluiten die reeds formele rechtskracht hebben verkregen en voor onbepaalde tijd gelden. Zoals uit de Evaluatie blijkt, is er in de eerste jaren van de Wet Markt en Overheid een stuwmeer aan dit soort algemeenbelangbesluiten ontstaan, die nagenoeg allemaal voor onbepaalde tijd gelden. De effectieve toepassing van de gedragsregels uit de Wet Markt en Overheid wordt hierdoor aanzienlijk beperkt.

19. Ibidem, pag. 85.

20. TK, 2015-16, 34 487, nr. 1, pag. 5-6.

21. www.internetconsultatie.nl/wijzigingmarktenoverheid

22. N.B. het ter consultatie voorgelegde wetsvoorstel bevat ook technische wijzigingen in het concentratietoezicht en een wijziging in het Burgerlijk Wetboek om de bepalingen over privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht op nationale overtredingen toe te passen. Het markt en overheid deel is later losgekoppeld en als afzonderlijk wetsvoorstel voorgelegd aan de Tweede Kamer.

23. Cbb 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:660 (*Parkeergarage gemeente Hengelo*) en Cbb 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:661 (*Jachthaven Zeewolde*).

24. Voor een uitvoerige bespreking van de jurisprudentie over algemeenbelangbesluiten in het kader van de Wet Markt en Overheid, zie: Adriaanse, P.C. & Mohammad, A.H.A. (2021), *Wet markt en overheid: economische activiteiten in het algemeen belang*. In L.W. Verboeket, J.E. van den Brink, A. Drahmman, M.J. Jacobs & R. Ortlep (Eds.), *Bestuursrecht in het echt: Vriendenbundel voor prof. Mr. drs. Willemien den Ouden*, pag. 193-214 en A.M. Serra, *De Wet Markt en Overheid en de uitzondering van het algemeenbelangbesluit: de stand van zaken*, Gst. 2019/163, pag. 829-836.

25. Voor een bespreking van de jurisprudentie na de arresten van het Cbb van 18 december 2018, zie: E.W.F. Schotanus, *Nieuwe ontwikkelingen algemeenbelangbesluiten, Mededingingsrecht in de Praktijk* (2022), nr. 3, pag. 10-11.

4. Wetsvoorstel tot wijziging van de Wet markt en overheid

Geheel in de traditie dat de wetgever lang kauwt op wetgeving om oneerlijke concurrentie door ondernemende overheden tegen te gaan²⁶, duurde het na de internetconsultatie ruim vier jaar voordat het wetsvoorstel tot Wijziging van de Mededingingswet in verband met aanpassing van de bepalingen over markt en overheid²⁷ (hierna: "het Wetsvoorstel") werd voorgelegd aan de Tweede Kamer. Het op 7 december 2021 ingediende Wetsvoorstel bevat vier wijzigingen, die hierna worden besproken.

4.1. Aanscherping regels voor algemeenbelangbesluiten

Het Wetsvoorstel²⁸ introduceert in de eerste plaats een nieuw artikel 25ha Mw specifiek voor algemeenbelangbesluiten. Het nieuwe artikel treedt in de plaats van de huidige art. 25h lid 5 en 6 Mw die komen te vervallen.

De eerste twee leden van art. 25ha lid 1 Mw bevatten niets nieuws onder de zon. Het eerste lid is identiek aan het huidige art. 25h lid 5 Mw en regelt dat de Wet Markt en Overheid niet van toepassing is op economische activiteiten en een bevoordeling als bedoeld in art. 25j Mw, welke plaatsvinden in het algemeen belang. Art. 25 ha lid 2 Mw regelt op dezelfde wijze als het huidige art. 25h lid 6 Mw welk orgaan van een bestuursorgaan bevoegd is tot het nemen van een algemeenbelangbesluit.

Verplichte (markt)consultatie

Nieuw is dat een bestuursorgaan voordat het de voorbereiding van een algemeenbelangbesluit start verplicht is een consultatie te organiseren (art. 25ha lid 5 Mw).²⁹ De consultatie staat open voor iedereen en is dus niet beperkt tot belanghebbenden in de zin van de Awb.³⁰ Het bestuursorgaan geeft uiterlijk twee weken voor de consultatie kennis van de organisatie daarvan en vermeldt daarbij hoe aanmelding kan plaatsvinden (art. 25ha lid 6 Mw). Voor het overige is de wijze van consulteren vormvrij³¹, met dien verstande dat eenieder die zich heeft aangemeld voldoende tijd moet krijgen om zich uit te spreken (art. 25ha lid 7 Mw).

Voor bezwaar en beroep tegen het uiteindelijke algemeenbelangbesluit is het in beginsel niet relevant of belanghebbenden eerder betrokken waren bij de consultatie. Ook indien belanghebbenden bij de consultatie geen of andersluidende reacties kenbaar hebben gemaakt, staan de procedures van bezwaar en beroep in volle omvang voor belanghebbenden open.³²

Verplichte evaluatie

Omdat marktomstandigheden in de loop van de tijd kunnen veranderen, verplicht art. 25ha lid 3 Mw bestuursorganen om uiterlijk iedere 5 jaar de doeltreffendheid en de effecten van algemeenbelangbesluit(en) te evalueren. Voor elke evaluatie moet het bestuursorgaan een (nieuwe) consultatie uitvoeren (art. 25ha lid 5 Mw), die eveneens moet voldoen aan de vereisten van art. 25ha lid 6 en 7 Mw.

Na iedere evaluatieronde moet het bestuursorgaan een besluit nemen tot handhaving, aanpassing of intrekking van het algemeenbelangbesluit (art. 25ha lid 4 Mw). Dit betekent dat een algemeenbelangbesluit maximaal vijf jaar geldig is en alleen verlengd kan worden nadat een evaluatie is uitgevoerd. De evaluatie moet worden uitgevoerd door of namens het bestuursorgaan dat het algemeenbelangbesluit heeft genomen.³³

Voor bestaande algemeenbelangbesluiten bevat Artikel I, onderdeel D van het Wetsvoorstel belangrijk overgangsrecht. Middels een nieuw in te voeren art. 106a Mw wordt geregeld dat bestaande algemeenbelangbesluiten binnen een periode van vijf jaar moeten worden geëvalueerd. Deze periode vangt aan op het moment van inwerkingtreding van artikel 25ha Mw. Het besluit dat een bestuursorgaan maakt op basis van de evaluatie (handhaven, aanpassen of intrekken) is een besluit in de zin van de Awb waar bezwaar en beroep tegen open staat.³⁴

Motiveringseisen

Naast de introductie van een consultatie- en vijfjaarlijkse evaluatieverplichting worden met het Wetsvoorstel nadere eisen gesteld aan de motiveringplicht die bestuursorganen hebben, indien gebruik wordt gemaakt van de algemeenbelanguitzondering. Art. 25ha lid 8 Mw bevat een grondslag om bij algemene maatregel van bestuur ('AMvB') regels te stellen over:

- de elementen die de motivering van een algemeenbelangbesluit in de zin van art. 25ha lid 2 Mw in ieder geval moet bevatten;
- de elementen die bij de verplichte evaluatie van algemeenbelangbesluit in de zin van art. 25ha lid 3 Mw moeten worden betrokken;

26. Aan de huidige Wet Markt en Overheid ging 15 jaar politiek getouwtrek vooraf.

27. TK, 2021-2022, 35985, nr. 2.

28. Artikel I, onderdeel B.

29. In het via internet geconsulteerde wetsvoorstel werd voorgesteld om de uniforme openbare voorbereidingsprocedure verplicht te stellen voor algemeenbelangbesluiten. Uiteindelijk is gekozen voor een verplichte marktconsultatie, omdat ondernemers daarbij (i) eerder in de besluitvorming worden betrokken en (ii) meer kans hebben om hun standpunt over te brengen (MvT, TK 2021-2022, 35985, nr. 3, pag. 27-28).

30. MvT, TK 2021-2022, 35985, nr. 3, pag. 12.

31. Idem.

32. Ibidem, pag. 13.

33. Ibidem, pag. 14-15.

34. Ibidem, pag. 15.

- de eisen die worden gesteld aan de motivering van een besluit in de zin van art. 25ha lid 4 Mw om een algemeenbelangbesluit te handhaven, aan te passen of in te trekken.

De nadere regels voor de motivering en evaluatie van algemeenbelangbesluiten krijgen een plek in het Besluit markt en overheid.³⁵ De concept AMvB³⁶ met bijbehorende Nota van Toelichting ('het Wijzigingsbesluit') is op 25 oktober 2022 voor internet consultatie gepubliceerd.³⁷ In de Nota van Toelichting geeft de wetgever aan dat voor wat betreft de eisen die worden gesteld aan de motivering van algemeenbelangbesluiten sprake is van codificatie van bestaand recht.³⁸

Specifiek voor de Wet Markt en Overheid en in aanvulling op de generieke eisen over motivering en belangenafweging die in de Awb zijn opgenomen, wordt in het Besluit markt en overheid een nieuw artikel 2a ingevoegd. Dit artikel bepaalt dat de motivering van een algemeenbelangbesluit in ieder geval:

- a. een beschrijving geeft van de concrete en specifieke economische activiteit die in het algemeen belang plaatsvindt;³⁹
- b. het algemeen belang beschrijft dat met het besluit wordt gediend;
- c. beschrijft hoe de economische activiteit bijdraagt aan de behartiging van het algemeen belang;
- d. duidt waarom het voor het dienen van het algemeen belang noodzakelijk is om een uitzondering te maken op de markt en overheid gedragsregels;⁴⁰

- e. de gevolgen beschrijft van het algemeenbelangbesluit voor ondernemers en voor mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan;⁴¹
- f. de afweging bevat waarom de voordelen van het besluit opwegen tegen de gevolgen daarvan voor ondernemers en mededinging; en
- g. ingaat op de resultaten van de verplichte consultatie als bedoeld in artikel 25ha lid 5 Mw en op de wijze waarop met die resultaten rekening is gehouden bij het nemen van het besluit.

Met het Wijzigingsbesluit worden in het Besluit markt en overheid tevens nadere regels opgenomen voor de verplichte vijfjaarlijkse beoordeling (evaluatie) van algemeenbelangbesluiten ex art. 25ha lid 3 Mw. Teneinde te borgen dat bestuursorganen tijdens de evaluatie zorgvuldig aandacht besteden aan de verschillende belangen, moeten in het kader van de evaluatie grosso modo dezelfde aspecten worden gezien als bij het nemen van een algemeenbelangbesluit. Concreet betekent dit dat in het kader van de evaluatie moet worden beoordeeld:

- a. of het verrichten van de concrete en specifieke economische activiteit door het bestuursorgaan waarvoor het algemeenbelangbesluit is genomen nog steeds in het algemeen belang is;
- b. hoe de economische activiteit nog bijdraagt aan het behartigen van dat algemeen belang;
- c. wat de gevolgen van het gebruik van de algemeenbelanguitzondering voor ondernemers zijn geweest;
- d. of de marktomstandigheden zijn veranderd: als er bijvoorbeeld eerst geen ondernemers waren die de activiteit verrichten, dan dienen bestuursorganen te kijken of er nu wel ondernemers zijn die de activiteit (kunnen) verrichten;
- e. de reactie van ondernemers afkomstig uit de ondernemersconsultatie;
- f. of de voordelen van het algemeenbelangbesluit nog altijd opwegen tegen de gevolgen daarvan voor ondernemers en mededinging.⁴²

Op basis van de uitkomsten van de hiervoor beschreven evaluatie en de verplichte consultatie ex art. 25ha lid 5 Mw dient het bestuursorgaan vervolgens een besluit te nemen over het al dan niet in stand laten van het algemeenbelangbesluit. In dat besluit moet aan de hand van de hierboven opgesomde evaluatiecriteria, worden gemotiveerd waarom het algemeenbelangbesluit wordt gehandhaafd, aangepast of ingetrokken.⁴³ Tevens moet worden gemotiveerd hoe met de resultaten van de verplichte consultatie rekening is gehouden.⁴⁴

35. Besluit van 6 juni 2012, houdende regels voor overheden over de doorberekening van kosten en de toepassing van het bevoordelingsverbod (Besluit markt en overheid), Staatsblad 2012, 255.

36. Het Besluit tot wijziging van het Besluit markt en overheid in verband met eisen aan de motivering van algemeenbelangbesluiten.

37. www.internetconsultatie.nl/motiveringalgemeenbelangbesluit/b1

38. In de Nota van Toelichting (pag. 1) wordt in dit verband verwezen naar de volgende uitspraken: ECLI:NL:CBB:2016:414, ECLI:NL:RBROT:2017:631, ECLI:NL:RBROT:2018:2123, ECLI:NL:RBROT:2018:2244, ECLI:NL:RBROT:2018:5147, ECLI:NL:CBB:2018:660, ECLI:NL:CBB:2018:661, ECLI:NL:CBB:2019:294 en ECLI:NL:CBB:2021:373.

39. De algemeen belanguitzondering moet per activiteit worden gemotiveerd. Generieke besluiten waarbij bijvoorbeeld de exploitatie van sportaccommodaties of verhuur van gemeentelijk vastgoed van de gedragsregels van de Wet Markt en Overheid worden uitgezonderd zijn niet toegestaan (Nota van Toelichting, pag. 2).

40. De noodzaak kan bijvoorbeeld worden aangetoond door inzichtelijk te maken wat de negatieve gevolgen voor het nagestreefde algemeen belang zijn als de gedragsregels zouden worden toegepast (Nota van Toelichting, pag. 3).

41. De beschrijving van de gevolgen van het gebruik van de algemeenbelanguitzondering moet waar mogelijk cijfermatig moet worden onderbouwd. Wanneer dat niet mogelijk is, volstaat een kwalitatieve beschrijving (Nota van Toelichting, pag. 3).

42. Besluit markt en overheid, art. 2b lid 1.

43. Ibidem, art. 2b lid 2 sub a.

44. Ibidem, art. 2b lid 2 sub b.

4.2. Verruiming "inhouse" uitzondering

Een tweede wijziging die de wetgever met het Wetsvoorstel beoogt door te voeren, ziet op de uitzondering van art. 25h lid 2 Mw. Op grond van dit artikel zijn de markt en overheid gedragsregels niet van toepassing op het aanbieden van goederen en diensten door bestuursorganen aan andere bestuursorganen of overheidsbedrijven voor zover deze goederen bestemd zijn voor de uitvoering van een publiekrechtelijke taak.

In de *Peruaanse Vliegtuigenzaak*⁴⁵ oordeelde de rechtbank Rotterdam dat de uitzondering van art. 25h lid 2 Mw niet van toepassing is op het aanbieden van goederen of diensten door een bestuursorgaan aan een buitenlands bestuursorgaan. De wetgever is ongelukkig met dit vonnis, omdat de samenwerking met buitenlandse bestuursorganen, onder andere op defensie terrein, er door kan worden benadeeld.⁴⁶ Om dergelijke samenwerkingen in de toekomst weer mogelijk te maken zonder acht te hoeven slaan op de markt en overheid gedragsregels, regelt het Wetsvoorstel dat de uitzondering van art. 25h lid 2 Mw ook van toepassing wordt op bestuursorganen van de Caribische delen van het Koninkrijk en bestuursorganen van andere staten.⁴⁷

4.3. Nieuwe uitzondering voor vrijgeven broncode open source software

Geheel nieuw, want nog niet opgenomen in het via internet geconsulteerde wetsvoorstel, is artikel I, onderdeel C van het Wetsvoorstel. Hiermee wordt aan artikel 25i lid 2 Mw een onderdeel toegevoegd, waardoor de verplichting om de integrale kosten in rekening te brengen niet van toepassing is op het non-discriminatoire vrijgeven van de broncode van open source software door bestuursorganen. Bestuursorganen kunnen hierdoor de broncode (inclusief documentatie) van software die zij hebben of hebben laten ontwikkelen, kosteloos vrijgeven, zodat deze vrij kan worden gedistribueerd, aangepast en hergebruikt.

De aanleiding voor deze nieuwe uitzondering is blijkens de Memorie van Toelichting tweeledig.⁴⁸ Tijdens de internetconsultatie is door NLnet aangedrongen op een uitzondering op het vrijgeven van de broncode voor open source software. Daarnaast heeft de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties op 17 april 2020 een brief aan de Tweede Kamer verzonden over het belang van de mogelijkheid voor overheden om software die met publieke middelen is ontwikkeld, zoveel mogelijk aan de samenleving terug te geven middels het openbaar en gratis publiceren van broncode. In de brief geeft

de Staatssecretaris aan dat de Wet Markt en Overheid een beperking opwerpt voor het om niet vrijgeven van broncodes door de overheid, omdat dit als economische activiteit kan worden gezien.⁴⁹

4.4. Vervallen horizonbepaling

De vierde en laatste wijziging waarin het Wetsvoorstel voorziet, betreft de ongedaanmaking van het tijdelijke karakter van de Wet Markt en Overheid. In artikel IV, tweede lid is nu nog bepaald dat de Wet Markt & Overheid vijf jaar na inwerkingtreding vervalt, tenzij de werking van de wet voor dit tijdstip bij algemene maatregel van bestuur wordt verlengd. Dit laatste is twee keer gebeurd⁵⁰, laatstelijk tot 1 juli 2023.

Omdat uit de Evaluatie van de Wet Markt en Overheid naar voren is gekomen dat zonder de gedragsregels de ongelijke concurrentie tussen bestuursorganen en ondernemers mogelijk verder zal toenemen, wenst de wetgever de wet een permanent karakter te geven.⁵¹ Ten gevolge van het Wetsvoorstel⁵² komt de horizonbepaling te vervallen en blijft de Wet Markt en Overheid voor onbepaalde tijd van kracht.

4.5. Inwerkingtreding

Op het moment van schrijven van dit artikel is nog niet bekend wanneer de gewijzigde Wet Markt en Overheid inwerking zal treden. Met Braeken en Elzas⁵³ ben ik van mening dat 1 juli 2023 een logisch moment zou zijn, omdat zonder nieuwe verlenging de huidige Wet Markt en Overheid per die datum vervalt. Mocht het niet lukken om voor die tijd de benodigde parlementaire goedkeuring te verkrijgen dan ligt het voor de hand dat een nieuw verlengingsbesluit zal worden genomen.

5. Van misser naar voltreffer?

In haar artikel in de Gemeentestem signaleert Serra met juistheid dat in het verleden niet vaak bezwaar is gemaakt tegen algemeenbelangbesluiten en dat daardoor, zowel bij marktpartijen als bij overheden, lang de indruk heeft bestaan dat middels het nemen van een algemeenbelangbesluit op eenvoudige wijze aan de werking van de gedragsregels kan worden

45. Rb. Rotterdam, 22 juni 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:4648.

46. MvT, TK 2021-2022, 35985, nr. 3, pag. 31.

47. Artikel I, onderdeel A.

48. MvT, TK 2021-2022, 35985, nr. 3, pag. 30.

49. TK 26 643, nr. 676.

50. Besluit van 31 januari 2017 houdende verlenging van de werkingsduur van de gedragsregels voor de overheid in de Mededingingswet (Stb 2017, 34) en het Besluit van 4 februari 2019 tot wijziging van het Besluit van 31 januari 2017 (Stb 2019, 58).

51. MvT, TK 2021-2022, 35985, nr. 3, pag. 7.

52. Artikel II.

53. www.bureaubrandeis.com/recente-ontwikkelingen-van-de-wet-markt-overheid-in-vogelvlucht-deel-1/

ontsnapt.⁵⁴ Met het door het CBb eind 2018 ontwikkelde toetsings- en beoordelingskader voor algemeenbelangbesluiten is duidelijk geworden dat bestuursorganen die een beroep willen doen op de algemeenbelanguitzondering niet over één nacht ijs kunnen gaan. Generieke, summier gemotiveerde algemeenbelangbesluiten waarmee een waaier aan economische activiteiten voor onbepaalde tijd buiten het toepassingsbereik van de Wet Markt en Overheid worden geplaatst, vinden bij de bestuursrechter geen genade. Hetzelfde geldt voor algemeenbelangbesluiten waarvan de noodzaak niet is aangetoond en/of onvoldoende rekening is gehouden met de gevolgen voor concurrerende ondernemers.

Mijn indruk is dat bestuursorganen bij het maken van nieuwe algemeenbelangbesluiten inmiddels rekening proberen te houden met het door het CBb ontwikkelde beoordelings- en toetsingskader. De algemeenbelangbesluiten die ik vanaf 2019 voorbij heb zien komen, lijken althans door de bank genomen zorgvuldiger voorbereid en beter gemotiveerd. Dit roept de vraag op of het nog wel nodig is om middels een wijziging van de Wet Markt en Overheid de motiveringsvereisten en het proces van besluitvorming voor algemeenbelangbesluiten aan te scherpen.

Met Schotanus⁵⁵ ben ik van mening dat het Wetsvoorstel ondanks de ontwikkelingen in de jurisprudentie wel degelijk meerwaarde heeft. In het kader van de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid valt het toe te juichen dat de wetgever kiest voor codificatie van het in de rechtspraak ontwikkelde toetsings- en beoordelingskader voor algemeenbelangbesluiten. Het Besluit markt en overheid bevat na de wetswijziging concrete voorschriften en toelichting voor overheden om op zorgvuldige wijze gebruik te maken van de algemeenbelanguitzondering. Dit is een positieve ontwikkeling.

Positief ben ik ook over de verplichting tot periodieke evaluatie van algemeenbelangbesluiten. Concurrentieomstandigheden zijn niet statisch, vandaar dat het goed is om een houdbaarheidsdatum aan algemeenbelangbesluiten te verbinden en na ommekeer van die termijn aan de hand van de in het Besluit markt en overheid (art. 2b lid 1) op te nemen criteria te onderzoeken of het algemeenbelangbesluit gehandhaafd, aangepast of ingetrokken moet worden. De door de wetgever gekozen termijn van vijf jaar lijkt mij voldoende lang om de werking van het algemeenbelangbesluit te kunnen beoordelen. Tegelijkertijd biedt het voldoende flexibiliteit om tijdig bij te sturen, indien veranderende marktomstandigheden daartoe aanleiding geven.

Een voor de praktijk zeer welkome ontwikkeling is dat bestaande algemeenbelangbesluiten niet ongemoeid worden gelaten. Het in de eerste jaren van

de Wet Markt en Overheid ontstane stuwmeer aan summier gemotiveerde algemeenbelangbesluiten is geen rustig bezit meer. Uiterlijk vijf jaar na inwerkingtreding van het Wetsvoorstel zullen overheden hun bestaande algemeenbelangbesluiten opnieuw tegen het licht moeten houden, met inachtneming van de nieuwe motiveringsvereisten en het gewijzigde proces van besluitvorming. In het verleden te lichtvaardig genomen algemeenbelangbesluiten zullen moeten worden aangepast of worden ingetrokken.

Deze correctie is mijns inziens noodzakelijk om de met de Wet Markt en Overheid beoogde gelijke(re) concurrentieverhoudingen tot stand te brengen. De keuze om overheden voor hun bestaande algemeenbelangbesluiten nog vijf jaar respijt te geven, kan ik minder goed volgen. Een overgangperiode van één, maximaal twee jaar zou wat mij betreft beter te rechtvaardigen zijn. Aan ondernemers die concurrentienadeel ondervinden ten gevolge van een in het verleden ondeugdelijk genomen algemeenbelangbesluit, valt moeilijk uit te leggen dat zij na de wetswijziging nog vijf jaar moeten wachten alvorens de betreffende overheid in actie hoeft te komen.

Waar het Wetsvoorstel geen oplossing voor biedt, zijn concurrentieverstorende effecten van overheidsactiviteiten die buiten het mededingingsrecht vallen. Op grond van Europese jurisprudentie vallen concurrerende activiteiten van overheden niet onder het mededingingsrecht (inclusief de Wet Markt en Overheid), wanneer deze activiteiten, kort gezegd, verband houden met of niet losgekoppeld kunnen worden van het openbaar gezag.⁵⁶

Een goed voorbeeld hiervan betreffen de procedures die zijn gevoerd naar aanleiding van gratis software van het Kadaster om de ligging van ondergrondse kabels en leidingen in een graafgebied vast te stellen (Klic-viewer).⁵⁷ In deze procedures is steeds geoordeeld dat het Kadaster met het kosteloos aanbieden van de Klic-viewer uitvoering geeft aan haar publieke taak, zodat geen sprake is van een economische activiteit waarop de Wet Markt en Overheid van toepassing is. De omstandigheid dat er private aanbieders zijn die vergelijkbare diensten aanbieden tegen betaling en dit al eerder deden dan het Kadaster leidde niet tot een ander oordeel.

Sluijs vraagt in zijn artikel in het Nederlands Juristenblad⁵⁸ terecht aandacht voor deze problematiek. Zijn conclusie dat voor een oplossing naar de Europese rechter moet worden gekeken, lijkt mij juist.

54. Gst. 2019/163, pag. 829.

55. E.W.F. Schotanus, Nieuwe ontwikkelingen algemeenbelangbesluiten, Mededingingsrecht in de Praktijk (2022), nr. 3, pag. 12.

56. HvJ EU, 12 juli 2012, zaak C-138/11 (*Compass-Datenbank*), HvJ EU, 7 november 2019, zaak C-687/17 (*TenderNed*).

57. Rb. Rotterdam, 10 november 2022, ECLI:NL:RBRO:2022:9563 en CbB 14 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:204.

58. J. Sluijs, Ongehinderd ondernemen. Hoe commerciële initiatieven van ZBO's buiten het mededingingsrecht opereren, NJB 2021/2157, pag. 2398-2405.

Dat brengt mij tot beantwoording van de in de titel van dit artikel gestelde vraag. Zoals aangegeven, ben ik overwegend positief over het Wetsvoorstel. Na ruim tien jaar aanmodderen met de huidige Wet Markt en Overheid is er eindelijk zicht op een wetswijziging waardoor de wet op effectievere wijze kan bijdragen aan doelstelling van zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen overheden bedrijven.

De meerwaarde van het Wetsvoorstel zit wat mij betreft niet zo zeer in de nadere eisen die worden gesteld aan de motivering van nieuwe algemeenbelangbesluiten. Zoals de wetgever zelf aangeeft, betreft het (grotendeels) een codificatie van vaste rechtspraak en in die zin dus niet veel nieuws. Ook de wijzigingen ten aanzien van de 'inhouse' uitzondering, de broncode van open source software en de permanente inbedding van de Wet Markt en Overheid in de Mededingingswet zijn in mijn optiek geen 'game changers'.

De verplichte evaluatie van bestaande algemeenbelangbesluiten binnen vijf jaar na inwerkingtreding van het Wetsvoorstel is dat naar mijn mening wel. Het biedt ondernemers die concurrentienaadeel ondervinden van een door een onaantastbaar geworden algemeenbelangbesluit gedekte economische activiteit van een bestuursorgaan een kans op een (meer) gelijk speelveld. Via de verplichte consultatie die als onderdeel van de evaluatie moet plaatsvinden, kunnen ondernemers de gevolgen voor hun positie onder de aandacht brengen. Ondernemers die zich vervolgens onvoldoende gehoord voelen en menen dat het besluit tot handhaving of aanpassing van het oorspronkelijke algemeenbelangbesluit onzorgvuldig tot stand is gekomen en/of niet deugdelijk is gemotiveerd, kunnen via bezwaar en beroep rechtsbescherming zoeken. Helaas moeten ondernemers door de lange respijtperiode voor bestaande algemeenbelangbesluiten nog wel jarenlang wachten voordat zij van deze kans gebruik kunnen maken.

Of sprake is van een voltreffer, in de zin dat de gewijzigde Wet Markt en Overheid effectiever gaat bijdragen aan het verwezenlijken van de doelstelling van zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen overheden en bedrijven, zullen we pas zeker weten na een volgende evaluatie. Vooralsnog ben ik optimistisch gestemd. Daarbij ga ik ervan uit dat bestuursorganen de aangescherpte regels getrouw zullen naleven en dat ondernemingen bij de les zijn en waar nodig daadwerkelijk gebruik te maken van de door de wetgever geboden kans om tot aanpassing of intrekking van bestaande algemeenbelangbesluiten te komen.

Dit artikel is afgesloten op 23 maart 2023.