



Door

Dr. Jasper P. Sluijs
Afdeling Internationaal en Europees Recht
Departement Rechtsgeleerdheid
Universiteit Utrecht

Aan

Tweede Kamer der Staten-
Generaal
Vaste Kamercommissie voor
Economische Zaken en Klimaat
Postbus 20018
2500 EA 's-Gravenhage

E-mail

j.sluijs@uu.nl

Website

<https://www.uu.nl/medewerkers/JSluijs>

Datum

2 september 2022

Onderwerp

**Position paper rondetafelgesprek Wet Markt en Overheid
d.d. 8 september 2022**

Samenvatting

Op dit moment kan niet goed gehandhaafd worden tegen ZBO's die met hun marktactiviteiten concurrentie verstoren. De voorliggende herziening van de Wet markt en overheid kan daar weinig aan veranderen. De Tweede Kamer kan echter wel in evaluaties en wijzigingen van instellingswetten marktactiviteiten door ZBO's kritisch monitoren en begrenzen.

Achtergrond

Sinds de jaren 2000 zijn overheden in toenemende mate actief geraakt op markten, en genereren inkomsten door het aanbieden van goederen of diensten. Overheden genieten echter voordelen ten opzichte van private concurrenten (lagere kapitaallasten, bescherming tegen faillissement, kruissubsidies, etc.), waardoor zij risicovoller kunnen concurreren en genoeg kunnen nemen met kleinere marges. Hierom legt de Wet markt en overheid (Wm&o) gedragsregels vast voor overheden die economische activiteiten ontplooiën, ten behoeve van een gelijk speelveld met private concurrenten. Deze gedragsregels gelden aanvullend op de verplichtingen uit de Mededingingswet, zoals het kartelverbod en het verbod op misbruik van een economische machtspositie.

De herziening van de Wm&o die op dit moment voorligt in uw Kamer scherpt de voorwaarden aan waaronder overheden zichzelf in het algemeen belang kunnen uitzonderen van de wet. Het wetsvoorstel verandert echter niets aan de beperkte handhaving die mogelijk is bij concurrentievervalsing door zelfstandige bestuursorganen (ZBO's). Uit mijn onderzoek blijkt dat:¹

1. Nederlandse ZBO's op aanzienlijke schaal marktactiviteiten uitvoeren die voortvloeien uit hun wettelijke taken. Dit is in het verleden aangemoedigd door kabinet en Tweede Kamer;
2. de toezichthouder Autoriteit Consument en Markt (ACM) vaak niet kan ingrijpen wanneer private concurrenten van ondernemende ZBO's handhavingsverzoeken indienen. Dit volgt uit de toepassing van Europese jurisprudentie.
3. het uitvoeren van marktactiviteiten door ZBO's door rechter of wetgever nooit is voorzien in de huidige aard en omvang. Het voorkomen van concurrentievervalsing door ZBO's is echter een omvangrijke opgave.

Ad 1: de marktactiviteiten van ZBO's

Door heel Europa concurreren overheden op zogenaamde *mixed markets* met private bedrijven. In Nederland lijkt er echter bovengemiddeld veel ondernemerschap vanuit overheden plaats te vinden, waarbij vooral marktactiviteiten van ZBO's opvallen. Denk hierbij aan handel in hout en biomassa door Staatsbosbeheer, en dataverrijking of adviesdiensten door het CBS, het Kadaster, de RDW, het NFI en het KNMI.

Het ondernemerschap onder ZBO's is sterk toegenomen na de financiële crisis van de jaren

¹ 'Commercial Divisions of Public Entities and the Limits of EU Competition Law' *European Competition and Regulatory Law Review* 2019, afl. 3; 'Ongehinderd ondernemen: hoe commerciële initiatieven van ZBO's buiten het mededingingsrecht opereren' *Nederlands Juristenblad - NJB* 2021, afl. 29; 'Recalibrate Compass: Towards Effective Competition Law Enforcement on Mixed Markets' *Review Concurrences* 2022, afl. 4



2007-2012. De crisis ging gepaard met bezuinigingsopgaven van de overheid, waarbij ZBO's door verantwoordelijke ministers én Tweede Kamer werden aangespoord zelfstandig inkomsten te genereren bij een teruglopende Rijksbijdrage. Commerciële activiteiten werden ontwikkeld gerelateerd aan bestaande wettelijke taken.

Ad 2: beperkte mogelijkheid tot handhaving

Dikwijls concurreert de ZBO met bedrijven die tegelijkertijd afhankelijk van de ZBO zijn, waardoor prikkels voor anticompetitief gedrag kunnen ontstaan. Wanneer bedrijven actief zijn in het verrijken van (bijvoorbeeld) handelsregisterdata of bedrijfsstatistieken, kan de ZBO die deze data beheert concurrerende diensten op de markt brengen en tegelijkertijd toegang tot brondata beperken of beprijken.

Een aantal private concurrenten van ZBO's heeft handhavingsverzoeken ingediend bij de ACM, vanwege vermeende schending van de Wm&o of de Mededingingswet. Hierbij heeft de ACM aangegeven de verzoeken niet inhoudelijk te kunnen behandelen, omdat de marktactiviteiten van de ZBO's verbonden zijn met "het uitoefenen van openbaar gezag".² De Europese jurisprudentie schrijft namelijk voor dat activiteiten van openbaar gezag niet onder het mededingingsrecht vallen.³ Aldus is (bijvoorbeeld) het aanbieden van geo-informatiesoftware door het Kadaster verbonden met haar wettelijke taak van het "bevorderen van de kenbaarheid van de ligging van ondergrondse kabels en leidingen," en zijn Mededingingswet en Wm&o niet van toepassing. De rechter bevestigde deze redenering.⁴

Ad 3: onvoorzien, onwenselijk, en niet eenvoudig op te lossen

Het lijkt er echter op dat de Europese rechter nooit voorzien heeft dat ondernemerschap door ZBO's zo'n vlucht zou nemen. Wat ooit bedoeld is als een 'schild' om publieke taakuitvoering buiten het mededingingsrecht te houden, kan nu strategisch ingezet worden als een 'zwaard' om straffeloos anticompetitief gedrag te vertonen. Hierdoor ontstaat de onwenselijke situatie dat de Wm&o beperkt in staat is om een gelijk speelveld op *mixed markets* te kunnen garanderen.

Voor deze onvoorzien en onwenselijke situatie is geen eenvoudige oplossing voor handen. Enerzijds is het mogelijk dat de lopende beroepsprocedure⁵ (inzake het aanbieden van geo-informatiesoftware door het Kadaster) in een prejudiciële procedure wordt voorgelegd aan Europese Hof van justitie. Deze procedure zou het Hof dan gelegenheid geven eerdere uitspraken te heroverwegen in het licht van veranderende omstandigheden. Procedures voor het Hof van justitie zijn echter omvangrijk en langdurig.

Anderzijds kan de Nederlandse wetgever zelf ZBO's kritisch monitoren via evaluatie en wijziging van instellingswetten zoals de Kadasterwet, de Wet op het CBS of de Wet op de Kamer van Koophandel. De ervaring leert echter dat het vaak niet in het belang van verantwoordelijke ministers is om de inverdiencapaciteit van hun ZBO's te beperken. Hier ligt een controlerende taak voor de Tweede Kamer, zowel bij het evalueren als het herzien van instellingswetten. In iedere vijfjaarlijkse evaluatie van een ZBO kan aandacht besteed worden aan (de grenzen van) marktactiviteiten. De uitkomsten van deze evaluaties kunnen vervolgens aanleiding geven voor het begrenzen of aan voorwaarden verbinden van marktactiviteiten in de instellingswetten.

² Zie Analyse ACM, 12.0266.01 (Analyse RDW); Besluit ACM, 16.0570.29 (Besluit KLIC-viewer I); Besluit ACM, ACM/18/032642 (Besluit SVB); Besluit ACM, ACM/20/038656 (Besluit KLIC-viewer II)

³ Zie, met name: HvJ EG 26 maart 2009, ECLI:EU:C:2009:191 (SELEX); HvJ EU 12 juli 2012, ECLI:EU:C:2012:449 (Compass-Datenbank); Gerecht 28 september 2017, ECLI:EU:T:2017:675 (TenderNed);

⁴ Zie Rb. Rotterdam 17 mei 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:3827 (Beroep KLIC-viewer I); CBB 14 mei 2019 ECLI:NL:CBB:2019:204 (Hoger beroep KLIC-viewer I).

⁵ Zie beroepsprocedure bij Besluit KLIC-viewer II, noot 3