

Vergaderjaar 2010–2011

**31 354**

## **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)**

**G**

### **TWEEDE NADERE MEMORIE VAN ANTWOORD**

Ontvangen 21 december 2010

#### **Inleiding**

Met belangstelling heb ik kennis genomen van het tweede nader voorlopig verslag van de vaste commissie voor economische zaken. Dit verslag bevat enkele vragen van de leden van de PvdA-fractie, waarbij de leden van de fracties van ChristenUnie en SGP zich aansloten. Hieronder zal ik op deze vragen ingaan. Bij de beantwoording is de volgorde van de vragen uit het verslag gevolgd.

#### **Voorstel VNG**

De leden van de PvdA-fractie verwezen naar het voorstel dat de Vereniging Nederlandse Gemeenten (VNG) bij brief van 17 december 2008 heeft gedaan om een gedragsregel in de Gemeentewet op te nemen. Die oplossingsrichting kent geen juridische haken en ogen en ook geen afbakeningsproblemen met het Europese recht, aldus deze leden. Wat zijn voor de regering de overwegingen geweest om niet die weg te bewandelen, zo vroegen de leden van de PvdA-fractie.

Het VNG-voorstel was om in de Gemeentewet een extra artikel op te nemen waarin wordt bepaald dat het College van Burgemeester en Wethouders een redelijke prijs zal vaststellen voor het leveren van een goed of een dienst door die gemeente aan een derde. Hierbij was voorzien in vier uitzonderingen op deze gedragsregel. Een redelijke prijs hoeft niet vastgesteld te worden voor de levering van een goed of een dienst ten behoeve van de publieke taak, voor de levering van een goed of een dienst aan een ander overheidslichaam, voor het gebruik door derden van gemeentelijke eigendommen in de openbare ruimte of in het geval van een verenigbare steunmaatregel overeenkomstig artikel 87 EG-Verdrag.

Het voorstel van de VNG is destijds niet overgenomen door de regering omdat het naar het oordeel van de regering op een aantal punten te kort schiet.

Dit betreft ten eerste het begrip «redelijke prijs». Dit begrip is rekbaar en laat bijvoorbeeld in het midden voor wie de prijs dan redelijk moet zijn, voor de desbetreffende overheid, voor de afnemer of voor de concurrent. In de toelichting bij het VNG-voorstel wordt betoogd dat bij de toepassing van de gedragsregel inzake de redelijke prijs moet worden uitgegaan van de «marktconforme prijs». Het vaststellen van de marktconforme prijs is in de praktijk niet eenvoudig en leidt veelal niet tot een bepaalde prijs, maar tot een bandbreedte waarbinnen de prijs marktconform is. Dat zorgt in de context van dit wetsvoorstel voor rechtsonzekerheid, nog daargelaten problemen bij de uitvoering en de handhaving. Bovendien wordt bij toepassing van het criterium marktconforme prijs het doel van eerlijke concurrentie slechts ten dele bereikt. Als een overheid, die ondoelmatig opereert bij het aanbieden van producten of diensten en dus een bovengemiddeld kostenniveau heeft, slechts een marktconforme prijs in rekening hoeft te brengen, ondervinden private ondernemingen nog steeds oneerlijke concurrentie. De overheid kan immers tekorten in de bedrijfsvoering bijpassen vanuit de algemene middelen. Om die reden is het belangrijk dat alle onderliggende kosten in de tarieven van economische activiteiten worden doorberekend. Daarom gaat het wetsvoorstel uit van doorberekening van de integrale kosten.

Ten tweede is er in het voorstel van de VNG niet een onafhankelijke instelling waar ondernemers met hun klachten terecht kunnen en evenmin bevat het voorstel een regeling voor specifiek toezicht. Kennelijk kan volgens de VNG worden volstaan met het reguliere toezicht binnen de gemeente of van provincie of kroon. Naar het oordeel van de regering is dit niet voldoende, gelet op de aard van de problematiek van oneerlijke concurrentie en de positie hierbij van gemeenten die economische activiteiten verrichten. Daarom kiest de regering er voor het toezicht neer te leggen bij een onafhankelijke instantie die ter zake een specifieke deskundigheid heeft en beschikt over effectieve toezichtsinstrumenten. Om die reden wordt in het voorliggende wetsvoorstel de NMa aangegeven als toezichthouder terwijl de NMa tevens gaat fungeren als een eenduidig klachtenpunt voor (in het bijzonder MKB-)ondernemers.

In het VNG-voorstel ontbreken verder de drie overige gedragsregels (het verbod van het bevoordelen van overheidsbedrijven, het verbod van functievermenging en het verbod van exclusief gebruik van gegevens) die wel zijn opgenomen in het wetsvoorstel zoals dat is aanvaard door de Tweede Kamer. Die gedragsregels zijn van belang omdat oneerlijke overheidsconcurrentie zich niet alleen manifesteert door het werken onder de kostprijs maar ook in de bevoordeling van eigen overheidsbedrijven, bij functievermenging en bij commercieel hergebruik van overheidsinformatie.

Tot slot speelt het probleem van oneerlijke concurrentie niet alleen bij gemeenten maar bij alle overheden. Om ook voor andere overheden tot wettelijke gedragsregels te komen, zou een meer omvattend wetsvoorstel vereist zijn dan het voorstel van de VNG.

### **Onderscheid winst en kosten**

De leden van de PvdA-fractie vroegen voorts hoe de overheid moet omgaan met de situatie waarin de integrale kostprijs van grond hoger is dan de marktwaarde als de verkoop niet in het algemeen belang plaats vindt, nu de regels van prijsbepaling afwijken van wat gebruikelijk is in het economisch verkeer en ook afwijken van de Mededeling betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van grond en gebouwen door openbare instanties (PbEG1997, C209/3) van de Europese Commissie.

Vooraf wil ik graag benadrukken dat bij grondverkoop de gedragsregels van dit wetsvoorstel lang niet altijd van toepassing zijn. Ten eerste geldt de verplichting tot het doorberekenen van de integrale kosten alleen indien de verkoop van grond als economische activiteit moet worden aangemerkt. Onder economische activiteit wordt in het mededingingsrecht verstaan het aanbieden van goederen of diensten op een markt. Indien een overheid grond verkoopt in het kader van het ruimtelijk ordeningsbeleid, is die verkoop in beginsel niet te beschouwen als een economische activiteit en gelden de gedragsregels van het wetsvoorstel om die reden niet. Evenmin gelden die gedragsregels indien de verkoop een economische activiteit is die in het algemeen belang plaatsvindt. Zoals deze leden terecht opmerken is dit laatste niet altijd het geval.

Als de grondverkoop onder de reikwijdte van de gedragsregels valt, kan zich de situatie voordoen dat na elkaar de norm van de Commissie op basis van de marktwaarde en de verplichting tot het doorberekenen van de integrale kosten moeten worden toegepast. Anders dan de vragenstellers kennelijk veronderstellen leidt de toepassing van de gedragsregel inzake de integrale kostprijs niet tot een andere waarde voor de verkoop dan de marktwaarde. Dit hangt samen met de wijze waarop grond in de jaarstukken van overheden wordt gewaardeerd, c.q. met de wijze waarop de verkoopprijs wordt bepaald. Voor de waardering van grond door provincies en gemeenten stelt het Besluit begroting en verantwoording provincies en gemeenten regels (Stb. 2003, 27). In artikel 63, eerste lid, van het besluit wordt bepaald dat activa worden gewaardeerd op de verkrijgingsprijs. Volgens het tweede lid van dat artikel omvat de verkrijgingsprijs de inkoopprijs en de bijkomende kosten. Provincies en gemeenten zijn op grond van artikel 65, eerste lid, van het besluit verplicht de naar verwachting duurzame waardeverminderingen van vaste activa onafhankelijk van het resultaat van het boekjaar in aanmerking te nemen. Indien sprake is van duurzame waardeverminderingen moet daarom bij de verkoop van een stuk grond niet de verkrijgingsprijs als kostenpost wordt aangemerkt maar de boekwaarde van die grond volgens de jaarstukken. In de algemene maatregel van bestuur over de toepassing van de kostendoorberekening en het bevoordelingsverbod zal dit tot uitdrukking worden gebracht.

Bij de Rijksoverheid geldt het kasstelsel en is er geen sprake van activering en dus ook niet van waardering en afschrijving van activa. Kosten van aankoop, ook van grond, worden als uitgaven geboekt. Grond staat dus niet voor een bepaalde waarde in de boeken. Verkoop van grond geschiedt tegen een prijs gelijk aan de marktprijs. De diensten van de ministeries passen daarentegen het baten- en lastenstelsel toe, overeenkomstig de Regeling baten- en lastendiensten 2007 (Stcrt. 28 februari 2007, nr. 42), wat impliceert dat in de jaarstukken activa worden opgenomen, met een bepaalde waardering. Op grond van artikel 17 van die regeling geschiedt de waardering van de vaste activa tegen verkrijgings- of vervaardigingsprijs, onder aftrek van cumulatieve afschrijvingen en eventuele opgetreden waardeverminderingen. Deze bepaling geldt ook voor grond, met dien verstande echter dat op grond niet wordt afgeschreven.

Het bovenstaande betekent dat conform de geldende regels de rijksoverheid bij verkoop zonder meer uitgaat van de marktwaarde terwijl provincies, gemeenten en baten- en lastendiensten van ministeries vaste activa in voorkomende gevallen afwaarderen tot de actuele marktwaarde van die vaste activa. Bij de berekening van de minimale verkoopprijs van grond of van gebouwen op basis van de integrale kostprijs moeten deze overheden uitgaan van de boekwaarde en daarmee van de actuele marktwaarde. Dit betekent dat in de door deze leden bedoelde situatie bij

de toepassing van artikel 25i, eerste lid, van het wetsvoorstel uiteindelijk dezelfde maatstaf wordt gebruikt als bij de toepassing van de door deze leden bedoelde mededeling van de Europese Commissie: de marktwaarde. Er is dus geen materieel verschil tussen verkoopprijsberekening van grond op basis van de integrale kostprijs en die op basis van de marktwaarde.

De leden van de PvdA-fractie misten in de nadere memorie van antwoord een antwoord op de vraag hoe overheden de integrale kostprijs van garanties en uitzettingen dienen vast te stellen.

De in de vraag bedoelde kostprijs moet worden vastgesteld aan de hand van de kosten voor die garanties en uitzettingen, bestaande uit de uitvoeringskosten en de kosten van het kapitaalbeslag, waarbij ook rekening wordt gehouden met de kredietstatus van de afnemer als factor in de kostprijs. Het betreft in wezen dezelfde kostencomponenten als die gehanteerd moeten worden bij toepassing van de mededeling van de Commissie over garanties<sup>1</sup>. Ingevolge deze mededeling wordt een garantie of een garantieregeling niet als staatssteun aangemerkt indien sprake is van marktconforme prijzen. Er is sprake van een marktconforme prijs indien een passende premie wordt betaald, d.w.z. een premie die de normale risico's, de beheerskosten en een kapitaalsvergoeding kan dekken. Het voorgaande betekent dat er geen licht zit tussen de maatstaven van de Commissie en verplichting tot kostendoorberekening van dit wetsvoorstel.

Aanvullend stelden de leden van de PvdA-fractie de vraag wat de integrale kostprijs is van door de gemeente afgedankte goederen die worden afgestoten, zoals de verkoop van een oude brandweerauto of gebruikt kantoormeubilair. Daarbij vroegen zij of voor die prijs ook de kosten voor de inzet van vreemd vermogen en de kosten van aankoop moeten worden meegenomen, respectievelijk of in dit geval sprake is van een activiteit die onafscheidelijk samenhangt met de uitoefening van de publieke taak, zodat de gedragsregels van het wetsvoorstel niet van toepassing zijn.

Alvorens in te gaan op de kostprijs van afgedankte goederen, merk ik eerst op dat het wegdoen van bijvoorbeeld een oude brandweerauto of het afdanken van computers in het algemeen niet onder de reikwijdte van dit wetsvoorstel zal vallen omdat het geen economische activiteit is. Dit betekent dat ook de gedragsregels van dit wetsvoorstel hierop in het algemeen niet van toepassing zijn. Dit standpunt vindt steun in jurisprudentie van het Hof van Justitie waarin het Hof uitsprak dat de aan- en verkoop van effecten geen economische activiteit is als het louter gaat om de uitoefening van het eigendomsrecht, zonder commercieel oogmerk<sup>2</sup>.

Mocht in een specifiek geval wel sprake zijn van een economische activiteit, dan is ook in deze situatie van belang hoe goederen worden gewaardeerd in begroting en jaarstukken. Artikel 65 Besluit begroting en verantwoording provincies en gemeenten voorziet er in dat bij buiten gebruikstelling een actief wordt afgewaardeerd indien de restwaarde lager is dan de boekwaarde. Derhalve moet in dat geval niet worden uitgegaan van de boekwaarde, maar van de restwaarde bij de toepassing van de verplichting tot kostendoorberekening, naast eventuele verkoopkosten.

<sup>1</sup> Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van garanties (2008/C155/02).

<sup>2</sup> Het Hof sprak in de zaak Wellcome Trust Ltd tegen Commissioners of Customs and Excise (zaak C 155/94) uit dat de aan- en verkoop van effecten geen economische activiteit is als het louter gaat om de uitoefening van het eigendomsrecht, zonder commercieel oogmerk.

Wat betreft de kosten van de inzet van vreemd vermogen geldt dat het aantrekken van deze middelen voor het verrichten van een economische activiteit moeten worden meegenomen in de integrale kostenberekening. Dit kan door de interest op het geleende bedrag als kostenpost voor vreemd vermogen op te nemen in de integrale kostprijs. De inzet van

vreemd vermogen is vooral van belang bij het doen van investeringen, de aankoop van activa, wat in het geval van verkoop van bijvoorbeeld een oude brandweerauto niet relevant is.

De kosten van aankoop kunnen indirect van belang zijn voor de integrale kostprijs. De aanschafprijs bepaalt samen met bijkomende kosten de initiële waardering van een goed. Deze waarde biedt logischerwijze het uitgangspunt bij de toepassing van de gedragsregel van integrale kostendoorberekening. Als gevolg van afschrijvingen daalt vervolgens de boekwaarde. Zoals hiervoor reeds aan de orde was, dient bij het afdanken van goederen te worden uitgegaan van de boekwaarde of van de restwaarde, als die lager is. Naast deze waarde zijn voor de bepaling van de integrale kostprijs ook nog de kosten relevant die te maken hebben met de activiteiten rond de verkoop zelf.

Het wetsvoorstel kent geen uitzondering voor activiteiten die onafscheidelijk samenhangen met de uitoefening van de publieke taak. Derhalve kan in het midden blijven of het afdanken van goederen als zodanig moet worden aangemerkt.

De leden van de PvdA-fractie merkten op dat gemeenten, volgens de statistieken van het CBS, tegenover hun bezittingen een schuld hebben staan van ruim 47 miljard euro, zodat de opportunity costs voor de inzet van eigen vermogen voor overheden in de regel negatief zijn. De leden van genoemde fractie vroegen zich af of de opportunity costs van het eigen vermogen in mindering mogen worden gebracht op de integrale kostprijs of dat het verschil tussen de kosten exclusief de opportunity costs en de prijs als winst moet worden aangemerkt.

Het gaat er bij de berekening van de kostprijs niet om hoe de totale balans van een overheid eruit ziet en wat het totaal van het eigen vermogen is, maar om welke middelen een overheid inzet voor het verrichten van een economische activiteit. Ondanks een negatief eigen vermogen kunnen overheden beschikken over bijvoorbeeld spaartegoeden of andere reserves. Zij kunnen deze spaartegoeden en reserves gebruiken voor het verrichten van een economische activiteit. Indien dat gebeurt dienen de kosten hiervan, oftewel de opportunity costs, te worden meegenomen in de integrale kostprijs van deze activiteit. Er is dus geen sprake van negatieve opportunity costs van het eigen vermogen die betrokken moeten worden bij de bepaling van de integrale kostprijs. Alle kosten en inzet van middelen, inclusief eventuele opportunity costs voor eigen vermogen, worden dus opgeteld en bepalen zo de integrale kostprijs van de economische activiteit.

### **Staatssteun**

De leden van de PvdA-fractie merkten op dat zij een bevoegdheid van de Raad om bepaalde steunmaatregelen als geen steun aan te wijzen niet hebben kunnen ontdekken. Zij vroegen daarom of de Raad kan bepalen dat steun die een bepaald bedrag niet overschrijdt, daarom niet voldoet aan alle criteria van artikel 107 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

De Raad kan alle verordeningen vaststellen, dienstig voor de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (verder: VWEU), zo is bepaald in het eerste deel van artikel 109 VWEU. Volgens het tweede deel van artikel 109 kan de Raad met name de voorwaarden voor de toepassing van artikel 108, derde lid, van het VWEU bepalen alsmede de van die procedure vrijgestelde soorten van steunmaatregelen. Dit tweede deel is een verbijzondering van het

eerste deel van dat artikel, maar beperkt de bevoegdheid van de Raad niet tot het aanwijzen van bepaalde typen staatssteun die verenigbaar zijn met de interne markt. De Raad is ook bevoegd te bepalen dat de Europese Commissie bij verordening kan vaststellen dat bepaalde overheidssteun geen staatssteun is. De Raad heeft van deze bevoegdheid gebruik gemaakt bij de vaststelling van Verordening (EG) Nr. 994/98<sup>1</sup>. Op grond van artikel 2 van deze verordening kan de Europese Commissie bij verordening vaststellen dat bepaalde overheidssteun niet voldoet aan alle criteria van artikel 107, eerste lid, VWEU en daarom wordt vrijgesteld van de aanmeldingsprocedure bedoeld in artikel 108, derde lid, VWEU, op voorwaarde dat de aan eenzelfde onderneming over een zekere periode toegekende steun een bepaald vastgesteld bedrag niet overschrijdt. De Raad achtte dit aangewezen met het oog op een doelmatige controle en een vereenvoudigde administratie. Door drempels of andere passende voorwaarden toe te passen voor de aanmelding van individuele gevallen van toekenning van steun kan de Europese Commissie meer capaciteit vrijmaken voor het onderzoeken van steun (die wel gemeld wordt) op haar gevolgen voor de mededinging en de interstatelijke handel en op haar verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt.

De Europese Commissie heeft van de haar verleende bevoegdheid gebruik gemaakt door het vaststellen van de zogenaamde De-minimisverordening<sup>2</sup>. In het licht van haar ervaring kan volgens de Europese Commissie worden vastgesteld dat steun waarvan het bedrag over een periode van drie jaar een plafond van € 100 000,- niet overschrijdt, de interstatelijke handel niet ongunstig beïnvloedt en de mededinging niet vervalst, zodat deze steun niet onder artikel 107, eerste lid, VWEU valt. Het genoemde drempelbedrag is nadien verhoogd tot € 200 000,-<sup>3</sup>.

De leden van de PvdA-fractie wezen erop dat volgens overweging 81 van het arrest Altmark van het Europese Hof van Justitie er geen drempel of percentage is waar beneden geen sprake is van beïnvloeding van de interstatelijke handel. Zij vroegen of de De-minimis-verordening die wel een zodanige drempel bevat, niet in strijd is met het VWEU en de uitleg daarvan door de Europese rechter, zodat ook de-minimissteun verenigbare staatssteun is en daarom niet binnen de reikwijdte van het wetsvoorstel valt.

De hiervoor genoemde verordeningen, in het bijzonder Verordening 994/98 en de De-minimisverordening (Vo 1998/2006), zijn geldende verordeningen. Een lidstaat kan die niet buiten toepassing laten. Alleen de Europese rechter kan hiertoe dwingen. Zoals hieronder aan de orde zal komen, betekent het Altmark-arrest niet dat deze verordeningen buiten toepassing moeten worden gelaten.

---

<sup>1</sup> Verordening (EG) Nr. 994/98 van de Raad van 7 mei 1998 betreffende de toepassing van de artikelen 92 (nieuw: artikel 107 van het VWEU) en 93 (nieuw: artikel 108 van het VWEU) van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap op bepaalde soorten van horizontale steunmaatregelen (Pb EG L 142 van 14 mei 1998, blz. 1–4).

<sup>2</sup> Verordening (EG) Nr. 69/2001 van de Commissie van 12 januari 2001 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het Verdrag op de-minimis-steun (Pb EG L 10/30 van 13 januari 2001, blz. 30–32).

<sup>3</sup> ingevolge artikel 2, eerste en tweede lid, van de Verordening (EG) Nr. 1998/2006 van de Commissie van 15 december 2006 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het Verdrag (nieuw: artikelen 107 en 109 van het VWEU) op de-minimissteun (Pb EG L 379 van 28 december 2006, blz. 5–10).

De rechtsvraag in het Altmark-arrest is een andere dan die van de geldigheid van de Verordeningen 994/98 en 1998/2006. Het Altmark-arrest heeft betrekking op de vraag wanneer een steunmaatregel de handel tussen EU-lidstaten ongunstig beïnvloedt. Het is ter beantwoording van die vraag dat het Hof van Justitie van de EG heeft overwogen dat er geen drempel of percentage is waaronder het handelsverkeer kan worden geacht niet ongunstig te worden beïnvloed. Het geringe bedrag van de steun sluit niet a priori uit dat sprake kan zijn van interstatelijke werking. Dit staat los van de vraag of de Raad aan de Europese Commissie de bevoegdheid kan geven bij verordening vast te stellen dat bepaalde steunmaatregelen beneden een bepaalde drempel niet voldoen aan alle criteria van artikel 107, eerste lid, van het VWEU, en of de Europese Commissie van die bevoegdheid gebruik mag maken. Het Hof van Justitie van de EG heeft deze vraag bevestigend beantwoord in zijn arrest in de



zaak Italiaanse Republiek t. Commissie van de Europese Gemeenschappen van 7 maart 2002, C-310/99. Onder overweging 94 herinnert het Hof van Justitie van de EG eraan dat de de-minimis-regel (dat wil zeggen de De-minimisverordening) beantwoordt aan eisen van administratieve vereenvoudiging, zowel voor de lidstaten als voor de diensten van de Europese Commissie, die de aanwending van haar middelen moet kunnen toespitsen op gevallen die van werkelijk belang zijn op gemeenschapsniveau. Indien voor toepassing van de de-minimis-regel telkens zou moeten worden nagegaan of de steun al dan niet verenigbaar is, zou de arbeidslast voor de lidstaten – die verplicht zijn de steunvoornemens aan te melden – en de Europese Commissie – die verplicht is deze te onderzoeken – geenszins worden verlicht. Uit deze uitspraak kan voorshands worden afgeleid dat het Hof Verordeningen 994/98 en 1998/2006 in overeenstemming acht met het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Volgens de De-minimisverordening moeten steunmaatregelen aan een bepaalde onderneming die tezamen gedurende drie jaren het bedrag van € 200 000,- niet overschrijden, geacht worden niet te voldoen aan alle criteria van artikel 107, eerste lid, VWEU. Ingevolge artikel 25h van het wetsvoorstel zijn de gedragsregels van het wetsvoorstel van toepassing op de economische activiteiten waarop die de-minimissteun betrekking heeft.

De leden van de PvdA-fractie vroegen of de regering kan aangeven welke bedragen van de in de nadere memorie van antwoord genoemde € 2,5 miljard aan economische activiteiten van gemeenten, provincies en waterschappen en € 25 miljard aan economische activiteiten van overheidsbedrijven in beginsel wel of niet binnen de reikwijdte van de Europese staatssteunregels vallen.

Zoals in de nadere memorie van antwoord is vermeld (Kamerstukken I, 2009–2010, 31 354, E, blz. 5) is het bedrag van € 2,5 miljard uit het onderzoek van Atos KPMG Consulting uit 2003 een schatting van de inkomsten uit economische activiteiten van provincies, gemeenten en waterschappen. Het bedrag van € 25 miljard uit hetzelfde onderzoek is de totale omzet aan economische activiteiten van overheidsbedrijven. Dit onderzoek was bedoeld om een indruk te krijgen van de omvang van de economische activiteiten die door mede-overheden en door overheidsbedrijven worden verricht. Voor de beoordeling of de Europese staatssteunregels van toepassing zijn op die activiteiten, zijn echter niet de totale inkomsten uit economische activiteiten bepalend, maar de vraag of er bij elk van die economische activiteiten sprake is van een steunmaatregel die voldoet aan alle criteria van artikel 107, eerste lid, VWEU. Atos KPMG Consulting heeft niet een dergelijk onderzoek van geval tot geval verricht en ook uit andere bron zijn hierover geen gegevens beschikbaar. Overigens beklemtoont de regering dat het belang van dit wetsvoorstel niet alleen is gelegen in de omvang van de problematiek van de concurrentievervalsing door overheden, maar ook in de principiële overweging dat economische activiteiten van overheden niet tot concurrentievervalsing mogen leiden.

### **Decentrale aspecten**

De leden van de PvdA-fractie stelden tenslotte enkele vragen over decentrale aspecten. Ten eerste vroegen zij waarom de gedragsregels uit het wetsvoorstel zouden moeten worden aangemerkt als medebewind, terwijl naar hun oordeel soortgelijke bepalingen, te weten artikel 229b Gemeentewet en de gedragsregels uit de wet Fido, als autonoom bestuur in de zin van artikel 124 Grondwet gelden. De aan het woord zijnde leden brachten vervolgens naar voren, doelend op artikel 132, vijfde lid, van de Grondwet, dat ten aanzien van autonome taakuitoefening alleen bij grove

taakverwaarlozing kan worden opgetreden met voorzieningen in afwijking van de artikelen 125 en 127 van de Grondwet. Daarvoor is een specifieke wet vereist. Zij vroegen of, als in dit geval geen sprake is van medebewind, de in het wetsvoorstel aan de NMa toegedeelde bevoegdheden niet in strijd zijn met de Grondwet.

Kennelijk menen de vragenstellers dat bij het niet naleven van de onderhavige gedragsregels door een gemeente sprake is van taakverwaarlozing als bedoeld in artikel 132, vijfde lid, van de Grondwet. Bij taakverwaarlozing staat voorop dat de gemeente een concrete wettelijke verplichting om iets te doen, zoals het nemen van een besluit, niet nakomt. Daarvan is echter geen sprake bij de gedragsregels van dit wetsvoorstel: zij verplichten de gemeente niet tot handelen, zij stellen randvoorwaarden voor het geval de gemeente economische activiteiten wil verrichten. Een besluit tot het verrichten van marktactiviteiten waarbij deze gedragsregels niet in acht worden genomen levert geen taakverwaarlozing op maar een voor schorsing en vernietiging vatbaar besluit, omdat de gemeente in dat geval een besluit neemt dat in strijd is met de wet. Op een dergelijk onrechtmatig handelen ziet derhalve niet artikel 132, vijfde lid. Hetzelfde geldt mutatis mutandis voor de gedragsregels van artikel 229b Gemeentewet ten aanzien van het in rekening van kosten bij het heffen van rechten en voor de gedragsregels van de Wet Fido waarmee gemeenten beperkingen worden opgelegd in het kader van het financieel beheer. In al deze gevallen kan er bij gebrek aan een «taak» ook geen taakverwaarlozing zijn. Artikel 132, vijfde lid, Grondwet is dus niet relevant voor overtredingen van deze regels.

Zoals naar voren gebracht in de nadere memorie van antwoord beschouwt de regering de gedragsregels als een vorm van medebewind omdat sprake is van een wettelijke verplichting. Gelet op het voorgaande is deze karakterisering niet bepalend voor de conclusie dat er geen frictie is met artikel 132, vijfde lid, Grondwet. De aan de NMa toegekende bevoegdheden dienen immers niet te worden gezien als een taakverwaarlozingsregime en zijn dan ook niet in strijd zijn met de Grondwet.

De minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie,  
M. J. M. Verhagen