BarentsKrans

Internetconsultatie - *“Wetsvoorstel wijziging Markt en Overheid, concentratietoezicht en privaatrechtelijke handhaving”*

BarentsKrans N.V.

mr. [redacted]
mr. [redacted]

Korte Voorhout 3
Postbus 30457
2500 GL Den Haag

[redacted]@barentskrans.nl
[redacted]@barentskrans.nl

Leeswijzer

1. Dit betreft een reactie van het advocatenkantoor BarentsKrans N.V. op de internetconsultatie van het Ministerie van Economische Zaken ten aanzien van het Wetsvoorstel wijziging markt en overheid, concentratietoezicht en privaatrechtelijke handhaving. Deze reactie ziet enkel op de voorgestelde wijzigingen van de Wet Markt en Overheid.

2. Het wetsvoorstel voorziet in een aantal wijzigingen. Zo wordt de horizonbepaling uit de wet geschrapt en wordt er een extra uitzondering voor dienstverlening aan buitenlandse overheden ingevoerd. Deze reactie is beperkt tot het voorstel tot aanscherping van de algemeen-belang-uitzondering, dat voorziet in (1) een nadere invulling van de motiveringsvereisten, (2) aanpassing van procedurele regels waarmee inspraak voor ondernemers wordt verbeterd en (3) de evaluatie van algemeen-belang-besluiten.

3. Hierna zullen wij eerst enkele algemene opmerkingen over de werking van de Wet Markt en Overheid maken. Vervolgens zullen wij ingaan op de motiveringsvereisten en tot slot zullen wij ingaan op de procedurele aspecten van het voorstel en de evaluatie van (bestaande) algemeen-belang-besluiten.

Algemene opmerkingen

4. Met de 'wet' Markt en Overheid, neergelegd in hoofdstuk 4b van de Mededingingswet (Mw), heeft de wetgever kaders gesteld aan de wijze waarop overheden hun economische activiteiten moeten vormgeven. Doel daarvan is gelijke concurrentieverhoudingen met bedrijven te realiseren en zodoende oneerlijke concurrentie van overheden tegen te gaan.

5. De wet is, zoals ook uit de toelichting op het wetsvoorstel blijkt, wisselend ontvangen. Het normatieve kader van de gedragsregels blijkt niet in alle gevallen de gewenste bescherming te bieden tegen de door bedrijven gepercipieerde concurrentievervalsing. Een veel genoemd 'manco' van de wet is de aan overheden geboden mogelijkheid om met een beroep op het algemeen belang economische activiteiten van de reikwijdte van de wet uit te zonderen. Deze door de Tweede Kamer bij amendement aan de wet toegevoegde uitzondering was ingegeven door de wens om (vooral decentrale) overheden niet te zeer belemmeren in hun vrijheid om activiteiten te ontplooien. De goeden niet te na gesproken, bood deze uitzondering overheden in veel gevallen een 'escape' om aan toepassing van de gedragsregels te ontkomen.

6. Daarbij verdient opmerking dat ook ondernemers zelf de mogelijkheden van de wet onvoldoende hebben benut. Ondernemers hadden (en hebben) de mogelijkheid om algemeen-belang-besluiten[1] ter toetsing aan de bestuursrechter voor te leggen. De bestuursrechter kan deze besluiten toetsen aan de zorgvuldigheids- en motiveringsvereisten die de Awb aan besluiten en het besluitvormingsproces stelt. Het Ministerie van Economische Zaken heeft in de Handreiking Wet Markt Overheid uit 2012 ook nadrukkelijk opgemerkt dat algemeen-belang-besluiten aan deze bestuursrechtelijke zorgvuldigheidsvereisten moeten voldoen.[2] Recente rechtspraak laat zien dat de bestuursrechter zich in de beoordeling van algemeen-belang-

[1] Rb. Rotterdam, 29 mei 2015, Gebiedsontwikkeling A1 B.V./gemeenteraad Gemeente Barneveld, ECLI:NL:RBROT:2015:4368.

[2] Handreiking markt en overheid. Website van de Rijksoverheid: https://www.rijksoverheid.nl/documenten/richtlijnen/2012/07/05/handreiking-markt-en-overheid.

besluiten niet terughoudend opstelt en bereid is algemeen-belang-besluiten vanwege strijd met de zorgvuldigheidsbeginselen te vernietigen.[3]

7. Slechts zelden, echter, hebben belanghebbende partijen deze beroepsmogelijkheden aangegrepen. Voor een deel laat zich dat verklaren doordat ondernemingen niet geraakt worden door de uitzondering. Ook waarschijnlijk is dat dergelijke besluitvorming 'buiten het zicht' van ondernemingen is omgegaan. In dat licht bezien, is het toe te juichen dat met het voorstel tot wetswijziging gepoogd wordt meer openbaarheid rondom besluitvorming te realiseren.

8. In het licht van het voorgaande, is het naar onze mening van belang dat de nieuwe algemeen-belang-uitzondering van artikel 25ha Mw voorziet in een afgewogen toetsingskader, waarmee de belangen van markt én overheid worden geborgd. Het kader moet dusdanig zijn dat enerzijds overheden nog altijd voldoende ruimte hebben activiteiten met een beroep op het algemeen belang uit te zonderen en dat anderzijds ondernemingen daadwerkelijk instrumenten hebben om ter bescherming van hun concurrentiepositie tegen deze besluiten op te komen. Met het voorstel voor wetswijziging wordt een noodzakelijke stap in deze richting gezet. Daarbij zou naar onze mening ruimte zijn voor een nadere uitwerking van zowel de materieelrechtelijke als de procesrechtelijke aspecten in een algemene maatregel van bestuur. Wij trachten daartoe hierna een aantal suggesties te doen.

9. Eerst zullen wij ingaan op de overwogen alternatieven en op een aantal andere knelpunten in de Markt en Overheid-praktijk, die bij de evaluatie van de wet aandacht verdienen.

Alternatieven bieden geen oplossing

10. In de toelichting wordt een aantal alternatieven besproken. Geen van deze alternatieven is naar onze mening te verkiezen boven het huidige voorstel.

11. Uit de evaluatie van de wet blijkt dat de wet niet optimaal functioneert. Het ongewijzigd laten van de wet (het eerste alternatief) zou daarom geen wenselijke oplossing zijn. Ook het geheel laten vervallen (het tweede alternatief) is niet wenselijk. Uit de analyse van de wet blijkt dat ondernemers in bepaalde gevallen onvoldoende beschermd worden tegen concurrentievervalsing. Het geheel laten vervallen zou beteken dat zij juist een instrument tegen concurrentievervalsing verliezen. Het is juist dat overheden wanneer zij economische activiteiten verrichten ook onder de staatssteunregels kunnen vallen. Toch is er behoefte aan een nationale 'equivalent'. Niet altijd leidt het aanbieden van economische activiteiten tot een bevoordeling in de zin van het staatssteunrecht. Daarnaast hebben veel steunmaatregelen geen interstatelijk effect en vallen derhalve niet onder de reikwijdte van artikel 107 VWEU.

12. Het laten vervallen van de algemeen-belang-uitzondering zou een te grote inperking voor overheden betekenen. Overheden verrichten vaak activiteiten op een markt om daarmee uitvoering te geven aan beleidsdoelstellingen. Het is niet wenselijk dat in al deze gevallen overheden de gedragsregels moeten naleven, als dat tot gevolg heeft deze activiteiten niet meer aangeboden kunnen worden op maatschappelijk en politiek aanvaardbare voorwaarden.

13. De verdergaande stap van het verbodsstelsel achten wij niet alleen onwenselijk, maar ook onuitvoerbaar. Een algeheel verbod zou betekenen dat overheden bij elke overheidstaak moeten nagaan of zij daarmee niet een markt betreden. Niet zelden is het echter zeer ingewikkeld vast te stellen of bepaalde activiteiten een economisch karakter hebben (zie verder

[3] Zie o.a. Rb. Rotterdam, 26 januari 2017, Zeewolde, ECLI:RBROT:2017:631.

hierna). Een algeheel verbod zou beleidsuitvoering te zeer onder druk zetten. Om dezelfde reden stuit ook het voorstel van de Kamerleden Ziengs en Verhoeven – een verbod op marktactiviteiten, tenzij vaststaat dat de markt er niet of onvoldoende in voorziet – op uitvoeringsproblemen. Op zichzelf is de gedachte dat overheden vooraf nagaan of het noodzakelijk is een marktactiviteit te verrichten én wat de gevolgen daarvan zijn voor de markt toe te juichen. Een verplichting een zorgvuldige afweging te maken vloeit feitelijk al voort uit artikel 3:4 Awb, dat ingevolge artikel 3:14 BW ook op privaatrechtelijk handelen van de overheid van toepassing is. Er is naar onze mening geen noodzaak daaraan een verbodssanctie te verbinden.

Mededingingsrechtelijk kader: meer behoefte aan duidelijkheid

14. De wet Markt en Overheid geldt, als onderdeel van het mededingingsrecht, dus enkel als de overheid economisch actief is. Of een activiteit van de overheid een 'economisch' karakter heeft, is niet altijd eenvoudig vast te stellen. De Autoriteit Consument & Markt ('**de ACM**') kijkt bij haar beoordeling vooral naar het bestaan van marktaanbod en of de activiteit voorwerp is van wet- en regelgeving. Daarbij baseert de ACM zich op de rechtspraak van het Hof van Justitie EU. Vanzelfsprekend is de Europese rechtspraak leidend bij de bepaling van het 'ondernemingsbegrip', maar niet altijd biedt deze rechtspraak een adequaat precedent. De situaties waarin het Hof zich over overheidsactiviteiten heeft uitgelaten, laten zich veelal niet vergelijken met het type overheidsactiviteiten dat in het kader van de Wet Markt en Overheid aan de orde is. Daarbij moet ook bedacht worden dat het ondernemingsbegrip dynamisch is en van lidstaat tot lidstaat kan verschillen.

15. Naar onze mening is voor het bepalen van het economisch karakter niet altijd beslissend of een activiteit in wet- of regelgeving is neergelegd en of er marktaanbod bestaat. Overheidstaken die niet met zoveel woorden worden voorgeschreven kunnen wel degelijk tot overheidstaken behoren (zoals veel defensietaken) en andersom kan een taak die wel in wet- en regelgeving is neergelegd naar zijn aard soms toch economisch zijn (men denke aan bepaalde omroepactiviteiten van de NPO).

16. Overheden opereren dus in een weerbarstige juridische omgeving, waarbij niet altijd evident is of zij wel of niet onder de gedragsregels vallen. Dit kan leiden tot onzekerheid. Illustratief is de discussie tussen de Minister van Defensie en de ACM over het economische karakter van het bieden van ondersteuning in het kader van defensiesamenwerking[4]. Andere voorbeelden zijn een recent besluit van de ACM over de aard van parkeeractiviteiten[5] en de publicatie van ACM waarin het in gebruik geven van snippergroen niet in alle gevallen economisch is.[6] Het zou daarom welkom zijn indien er, naast de al bestaande indicatieve lijst met economische activiteiten van de ACM, er meer richting zou worden verschaft welke factoren maken dat concrete en veelvoorkomende overheidsactiviteiten een economisch karakter verkrijgen. Daarbij zou het welkom zijn indien dergelijke richtsnoeren eerst als discussiedocument worden voorgelegd.

17. In de tweede plaats verdient de verplichting van artikel 25i Mw tot het doorrekenen van de integrale kosten enige heroverweging. Uit de wetsgeschiedenis is op te maken dat deze norm is geënt op het marktconformiteitsbeginsel uit het staatssteunrecht, maar dat gekozen is voor de integrale kostprijs, omdat het in de praktijk niet altijd mogelijk is een marktprijs te bepalen. De norm van artikel 25i Mw leidt in de praktijk echter niet altijd tot gewenste uitkomsten. Zo zijn

[4] Rb. Rotterdam 22 juni 2017, *Minister van Defensie/ACM (ferryvluchten)*, ECLI:NL:RBROT:2017:4648.

[5] Besluit van ACM van 26 september 2017, zaaknummer 16/012014.

[6] Publicatie van ACM van 22 maart 2017.

overheden in voorkomende gevallen verplicht de integrale kosten door te berekenen, terwijl marktconforme prijsniveau lager ligt. Zeker bij de verhuur van vastgoed kan dat problematisch zijn, omdat overheden verplicht worden een prijs boven het marktconforme niveau te rekenen, terwijl van de marktprijs geen marktverstoring uit hoeft te gaan. Sterker, ook particuliere vastgoedaanbieders kiezen ervoor vastgoed onder kostprijs aan te bieden, om zo leegstand te voorkomen. In dergelijke gevallen zou het – nu het juist goed mogelijk is om de marktprijs (via taxaties) vast te stellen – dus ook mogelijk moeten zijn aan te sluiten bij een (conform het staatssteunrecht vastgestelde) marktconforme prijs.

Motiveringsvereisten van algemeen-belang-besluiten

Algemeen

18. Met het bij AMvB voorschrijven van motiveringsvereisten worden geen nieuwe normen geïntroduceerd, maar wordt een nadere invulling gegeven van de algemene zorgvuldigheidseisen die reeds uit de Awb voortvloeien. Het voornaamste doel is om deze motiveringsvereisten beter toetsbaar te maken. Naar onze mening zouden de normen van de AMvB dusdanig moeten zijn dat daarmee een adequaat en helder kader wordt geboden dat recht doet aan het spanningsveld van enerzijds de belangen van bedrijven om beschermd te worden tegen concurrentievervalsing en anderzijds de valide beleidsredenen van overheden om marktactiviteiten waarmee een algemeen belang wordt gediend.

Beschrijving van de activiteit

19. Het uitgangspunt zal zijn dat de algemeen-belang-uitzondering per activiteit moet worden gemotiveerd, omdat de motivering van het algemeen belang per activiteit anders kan zijn. Deze verplichting is in uitgangspunt goed, ook omdat het voor belanghebbende ondernemingen duidelijk moet zijn of zij door een algemeen-belang-uitzondering in hun concurrentiepositie worden geraakt.

20. Het is echter niet geheel duidelijk hoe deze verplichting zich verhoudt met het aggregatieniveau waarop de integrale kosten moeten worden berekend. De integrale kosten hoeven niet per se per goed of dienst, maar kunnen ook voor een categorie van dezelfde of soortgelijke goederen of diensten worden berekend, mits deze betrekking hebben op dezelfde markt. Het is dus mogelijk om bij de kostendoorberekening een hoger aggregatieniveau te kiezen. Indien (ook) op dat niveau de gemiddelde prijs onder kostprijs ligt, zou voor die gehele categorie goederen of diensten een algemeen-belang-uitzondering moeten worden geformuleerd. Dat kan echter tot een gebrekkige motivering leiden.

21. Ter illustratie: bij de exploitatie van vastgoed door een gemeente kan de relevante markt de markt voor “maatschappelijk vastgoed” zijn. Een overheid zal de verhuur van ruimte ten behoeve van maatschappelijke ondersteuning om *andere* redenen van algemeen belang uitzonderen dan verhuur aan culturele instellingen. Ook de gevolgen voor ondernemers hoeven, hoewel de verhuur van het vastgoed tot één markt behoort, niet hetzelfde te zijn. Het kan bijvoorbeeld zijn dat bij zorgvastgoed een groter deel van de kosten in rekening wordt gebracht dan bij cultureel vastgoed en dus tot een beperktere markverstoring leidt. Niet alleen is het voorstelbaar dat de motivering per voorziening anders moet luiden, maar het kan ook zijn dat de algemeen-belang-uitzondering voor bepaalde voorzieningen überhaupt niet mogelijk is.

22. Wij nemen derhalve aan dat bedoeld is dat – ongeacht het aggregatieniveau – per concreet goed of dienst de algemeen-belang-uitzondering (en de gevolgen voor de concurrentie) moet worden gemotiveerd. Dus in het bovenstaande voorbeeld zou per vastgoedobject of per vastgoedcategorie (zoals cultuur, zorg, etc.) een motivering moeten worden gegeven. Verduidelijking op dit punt in de AMvB zou naar onze mening welkom zijn.

Beschrijving van (de noodzaak van) het algemeen belang

23. Uit de toelichting op het voorstel blijkt dat de wetgever vooral wenst te bewerkstelligen dat het algemeen belang zo specifiek mogelijk wordt omschreven en dat wordt toegelicht op welke manier de economische activiteit daaraan bijdraagt. Uit de toelichting lijkt ook te volgen dat de wetgever niet voornemens is om een nadere omschrijving te geven van de algemene belangen die voor uitzondering in aanmerking komen. Wij zouden dat uitgangspunt onderschrijven.

24. Bij de vraag wat het beoogde algemeen belang is en of de uitgezonderde activiteit daaraan bijdraagt, behoren overheden naar onze mening een zekere beoordelingsvrijheid te genieten. Bij marktactiviteiten van overheden gaat het dikwijls om dienstverlening waarin de markt niet, onvoldoende of op onbevredigende voorwaarden voorziet. Het is belangrijk dat overheden niet te zeer worden beperkt bij het aanbieden van zaken als sportvoorzieningen, vastgoed ten behoeve van maatschappelijke organisaties of parkeervoorzieningen, waarmee zij uitvoering geven aan beleidsdoelstellingen.

25. De vraag of het beleidsdoel een “algemeen belang” dient – bijvoorbeeld de vraag of het wenselijk is sportvoorzieningen voor lagere inkomenscategorieën te verbeteren of om cultureel aanbod te waarborgen – behoort naar onze mening tot het primaat van de politiek. De rechterlijke controle daarop zou, in lijn met de Europese rechtspraak inzake diensten van algemeen economisch belang (DAEB’s), erop gericht moeten zijn na te gaan of de overheid daarbij niet een ‘kennelijke beoordelingsfout’ heeft begaan. Daarbij gaat het niet om de vraag of de politiek zaken als sport en cultureel belangrijk mag vinden, maar wél of de markt deze diensten niet al tegen vergelijkbare voorwaarden aanbiedt of kan aanbieden. In dat laatste geval zou er, naar analogie van de Europese rechtspraak, sprake kunnen zijn van een kennelijke beoordelingsfout.

26. Hoewel het Europeesrechtelijke DAEB-kader als voorbeeld kan dienen voor de wijze waarop algemeen-belang-besluiten worden onderbouwd, onderscheiden DAEB’s zich van activiteiten die voor een algemeen-belang-uitzondering in aanmerking behoren te komen. Het voorgestelde artikel 25ha spreekt van activiteiten (en bevoordeling) die *“in het algemeen belang”* plaatsvinden. Naar onze mening moet deze omschrijving dusdanig worden uitgelegd dat deze ziet op alle activiteiten die direct of indirect bijdragen aan een algemeen belang. Daarbij zou het niet noodzakelijk moeten zijn dat de activiteit zelf voorziet in een behoefte van algemeen belang. Ter illustratie: het algemene belang van het aanbieden van maatschappelijk vastgoed is bijvoorbeeld gelegen in het zorg- of cultuuraanbod van de instelling die het vastgoed gebruikt en niet in de activiteit van de overheid zelf (de verhuur van het vastgoed).

27. Daarmee houdt ook de marktfalen-toets verband. De toets houdt meer in dan enkel de vraag of de markt reeds in het aanbod voorziet. Bepalend zou moeten zijn *tegen welke voorwaarden* de markt een activiteit verricht. Dat betekent concreet dat in het geval overheden algemeen-belang-activiteiten in concurrentie met marktpartijen verrichten, zij een verzwaarde motiveringsplicht hebben waarom zij zelf in het aanbod (moeten) voorzien en waarom het marktaanbod dus niet volstaat (het marktfalen). Daarbij mag van overheden verlangd worden dat zij kunnen onderbouwen hoe zij tot hun commerciële voorwaarden zijn gekomen en daarbij concreet moeten motiveren waarom een hogere prijs niet mogelijk is en wat de gevolgen

zouden zijn als zij toch een hogere prijs zouden rekenen. Op deze punten zou de AMvB duidelijkheid kunnen bieden.

Meten van de gevolgen en belangenafweging

28. Overwogen wordt om, waar mogelijk, een cijfermatige onderbouwing te verlangen van de gevolgen van de algemeen-belang-uitzondering op de concurrentie. Waar dat niet mogelijk is, zou een kwalitatieve beschrijving ook volstaan. Een kwantitatieve analyse van de gevolgen zou inderdaad de voorkeur verdienen, maar zal, zeker voor decentrale overheden, tot een te grote belasting (kunnen) gaan leiden. Echter zal ook een kwalitatieve beschrijving van de gevolgen van tegen een bepaalde prijs aanbieden van goederen of diensten op de concurrentiepositie van bedrijven in de praktijk geen sinecure zijn. Daarbij is de inbreng van belanghebbende ondernemingen in veel gevallen onontbeerlijk. Overwogen zou kunnen worden de mate waarin overheden hun analyse moeten doen afhankelijk te maken van de mate waarin ondernemingen de overheid met cijfers en andere informatie hebben voorzien.

29. Wat betreft de gevolgen, zou niet alleen gekeken moeten worden naar de gevolgen voor de concurrenten op de markt waarop de overheid actief is. Ook de gevolgen op afgeleide markten zijn relevant. In het voorbeeld in de toelichting zou de overheid bij de verhuur van vastgoed moeten kijken naar de gevolgen voor particuliere verhuurders van vastgoed. Echter kan verhuur onder kostprijs ook gevolgen hebben voor de markt waarop de huurder actief is. Zo kan een lage huurprijs aan een culturele instelling, die (tevens) horeca aanbiedt, ook tot concurrentieverstoring leiden op de horeca-markt. Ook de gevolgen op die markt behoren te worden meegewogen, zeker omdat het algemene belang in dergelijke gevallen in de regel gelegen is in de aard van de activiteiten van de huurder.

30. Bij de afweging tussen het algemene belang enerzijds en de gevolgen van de uitzondering op de markt anderzijds, is het niet altijd goed vast te stellen wanneer de maatschappelijke winst van een algemeen belang voldoende opweegt tegen de economische nadelen om een algemeen-belang-uitzondering te rechtvaardigen. Naar onze mening zou in ieder geval ook gekeken moeten worden naar de (prijs)voorwaarden waartegen de activiteit wordt aangeboden. Een analogie kan worden gemaakt met het DAEB-kader, op grond waarvan een overheid op nauwkeurige wijze het compensatiemechanisme moet omschrijven. In dezelfde zin zou ook een onderbouwing kunnen worden verlangd van de (gewenste) prijs waartegen de activiteit wordt verricht, waarbij het uitgangspunt zou moeten zijn dat een prijs in rekening wordt gebracht die zo dicht als mogelijk tegen de in de markt gangbare prijzen zit. Bij deze afweging zou gekeken kunnen worden naar de duur van de activiteit en de mogelijkheden om deze activiteiten op termijn aan de markt te laten (of in samenwerking met de markt aan te bieden), al dan niet in combinatie met subsidieregelingen. Tot slot, zou ook het bieden van eventuele nadeelcompensatie een factor kunnen zijn die bij deze afweging meegenomen zou kunnen worden.

<u>Procedurele aspecten van de nieuwe algemeen-belang-uitzondering</u>

Inspraak vooraf: de uniforme openbare voorbereidingsprocedure

31. Het wetsvoorstel voorziet in de verplichting voor overheden om bij het nemen van algemeen-belang-besluiten altijd de uniforme openbare voorbereidingsprocedure (uov-procedure) van afdeling 3.4 van de Awb te volgen. Dat betekent dat overheden voorafgaand de besluitvorming het concept-besluit en de daaraan ten grondslag liggende stukken ter inzage moeten leggen,

waarbij belanghebbenden de gelegenheid hebben hun zienswijze op dit ontwerpbesluit in te dienen. Met de invoering van afdeling 3.4 Awb is nadrukkelijk beoogd een procedure te creëren waarmee zorgvuldige besluitvorming en rechtsbescherming van belanghebbenden wordt gewaarborgd. Met de keuze om de besluitvorming conform afdeling 3.4 Awb te laten verlaten, lijkt een antwoord te worden gegeven op het geconstateerde manco dat de belangen van ondernemingen onvoldoende worden meegewogen bij de besluitvorming.

32. Wij onderschrijven de wens voor één uniforme procedure, waarmee duidelijkheid wordt geschapen aan overheden en ondernemingen. Een belangrijk voordeel van de uov-procedure is dat belanghebbenden via een openbare kennisgeving worden 'uitgenodigd' een zienswijze in te dienen en daarbij ook inzage kunnen krijgen in de aan het besluit ten grondslag liggende stukken. Daardoor kunnen hun belangen reeds in een vroegtijdig stadium worden meegewogen en moeten overheden nadrukkelijk motiveren op welke wijze zij de verworven inzichten hebben meegewogen bij de besluitvorming. Dit zal de kwaliteit van de besluitvorming ten goede komen.

33. In de toelichting wordt er ook op gewezen dat ondernemers thans niet vaak gebruik maken van mogelijkheden om in te spreken op ontwerpbesluiten, omdat zij mogelijk niet op de hoogte zijn van een voornemen daartoe. Dit is naar onze mening één van de belangrijkste redenen waarom effectiviteit van de wet niet optimaal is. Afgevraagd moet echter worden of de uov-procedure daarin voldoende verbetering aanbrengt. Het is zeker juist dat doordat overheden via de nieuwsbladen kennis moeten geven van een voorgenomen besluit, ondernemers in een vroegtijdig stadium al mogelijkheid hebben te reageren. Echter moeten ondernemers dan ook binnen zes weken een zienswijze indienen. Doen zij dat niet, dan staat hen (ingevolge artikel 6:13 Awb) in een later stadium geen bezwaar en beroep meer open tegen het besluit. Een onderneming die pas na het verstrijken van de zienswijzetermijn van zes weken (van artikel 3:16 Awb) van het bestaan van het voorgenomen besluit op de hoogte is geraakt, heeft geen mogelijkheid meer om zijn bezwaren kenbaar te maken.

34. Deze uitkomst is naar onze mening niet helemaal bevredigend. Bij de afweging in het kader van een algemeen-belang-besluit moet juist gekeken worden naar de gevolgen van de uitzondering op de concurrentieomstandigheden voor ondernemers van belang. Ondernemers moeten daadwerkelijk in staat zijn de gevolgen van algemeen-belang-besluiten onder de aandacht te brengen in de voorbereiding. Dat geldt te meer nu een algemeen-belang-besluit in uitgangspunt een onbeperkte duur kan hebben (zie daarover verder hierna). Bovendien hebben overheden zelf ook de input van ondernemers nodig om de gevolgen van een algemeen-belang-uitzondering op hun hun bedrijfsvoering en op de concurrentie scherp te krijgen.

35. Vanzelfsprekend hebben ondernemingen een eigen verantwoordelijkheid om tijdig een zienswijze in te dienen, maar vraag is wel wat de uov-procedure in dit opzicht verbetert ten opzichte van de huidige situatie. Immers moeten algemeen-belang-besluiten, als besluiten in de zin van de Awb, ook nu reeds via een overheidsblad, dagblad of huis-aan-huis-blad worden bekendgemaakt (artikel 3:42, lid 2, Awb). Ondernemers kunnen vervolgens ook in een bezwaar- en beroepsprocedure hun argumenten ten aanzien van de effecten van de algemeen-belang-uitzondering op hun bedrijfsactiviteiten en de concurrentie naar voren brengen. Recente rechtspraak toont ook aan dat de bestuursrechter bereid is algemeen-belang-besluiten te vernietigen, omdat de overheid de gevolgen voor de concurrentie onvoldoende zou hebben onderzocht. Met andere woorden, het wetsvoorstel bewerkstelligt dat ondernemers in een vroeg stadium worden betrokken, maar niet per se dat ondernemers *meer* bij de besluitvorming worden betrokken.

36. Naar onze mening verdient het de voorkeur om, in plaats van de uov-procedure voor te schrijven, in de AMvB, naast de specifieke motiveringseisen, ook specifieke procedurele regels te stellen. Deze regels zouden er dan in moeten voorzien dat enerzijds wel vooraf kennisgeving

wordt gedaan van het voornemen van een algemeen-belang-besluit, waarvan ook met stukken een onderbouwing wordt gegeven. Daarbij zou ook de verplichting overwogen kunnen worden individuele ondernemers of ondernemersverenigingen, waarvan haar bekend is dat deze door het voornemen geraakt kunnen worden, afzonderlijk van het voornemen in kennis te stellen. In afwijking van de uov-procedure, zou alle belanghebbenden ook de mogelijkheid moeten worden geboden om na het vaststellen van het besluit in bezwaar en beroep te gaan, ongeacht of zij eerder een zienswijze hebben ingediend.

Evaluatie achteraf:

37. Het voorstel tot wetswijziging voorziet in een verplichting om de genomen algemeen-belang-besluiten iedere vijf jaar te evalueren. Het nut van een dergelijke evaluatieverplichting onderschrijven wij, ook voor de huidige besluiten. Wij constateren evenwel dat wordt afgezien van een horizonbepaling, die zou meebrengen dat de bestaande besluiten na vijf jaar vervallen en opnieuw genomen moeten worden. Wij begrijpen dat het vanwege de hoge lasten niet wenselijk is om overheden te verplichten periodiek opnieuw al hun algemeen-belang-besluiten te nemen. Daarbij tekenen wij echter wel aan dat ook het periodiek evalueren van de besluiten tot hogere lasten zal leiden. De vraag is dan ook of een verplichting na een evaluatie een nieuw algemeen-belang-besluit te nemen tot significant hogere lasten zou leiden, aangezien de uitkomsten van de evaluatie in veel gevallen als basis voor een motivering van een nieuw besluit kunnen dienen. In geval de marktomstandigheden nog niet zijn gewijzigd, hoeft het niet ingewikkeld te zijn een gemotiveerd nieuw besluit te nemen.

38. Bij de voorgestelde evaluatieverplichting is het aan de overheid te bepalen welke consequenties aan de uitkomsten van de evaluatie moeten worden verbonden. Ondernemingen hebben geen mogelijkheid om na een negatieve evaluatie alsnog de rechtmatigheid van de besluiten aan te vechten. De bestaande besluiten zijn namelijk rechtmatig genomen, althans moeten doordat zij formele rechtskracht hebben verkregen worden geacht rechtmatig te zijn. Juist in gevallen waarbij de evaluatie duidt op gewijzigde marktomstandigheden of erop wijst dat de gevolgen voor ondernemers groter zijn geworden, zou het wenselijk zijn ondernemers een mogelijkheid te geven om de rechtmatigheid van het algemeen-belang-besluit alsnog te laten toetsen, indien de overheid het besluit niet eigener beweging aanpast of laat vervallen.

39. Het verdient naar onze mening overweging te onderzoeken of een tussenvariant, waarbij niet alle algemeen-belang-besluiten zonder meer worden herroepen, maar er wel mogelijkheid bestaat die besluiten opnieuw te laten toetsen haalbaar is. Overwogen zou kunnen worden de ACM de bevoegdheid te geven om, naar aanleiding van klachten, te onderzoeken of algemeen-belang-besluiten, gelet op de evaluatie inderdaad kunnen worden geconsolideerd. Ander alternatief zou kunnen zijn wel ten aanzien van de *huidige* algemeen-belang-besluiten overheden te verplichten deze na evaluatie opnieuw te nemen. Dit zou tegemoet komen aan de vaststelling dat juist deze besluiten, zoals in de toelichting zelf ook wordt onderkend, beperkt waren gemotiveerd.

***