

Commentaar op het voorstel voor een Wet markt en overheid

prof. mr H.J. de Ru

Onder de opmerkelijke citeertitel Wet markt en overheid heeft het kabinet een voorstel naar de Kamer gestuurd. Deze wet regelt echter niet de Nederlandse economische orde, zoals zij lijkt te suggereren, maar geeft 'Regels omtrent marktactiviteiten van overheidsorganisaties en omtrent ondernemingen die van overheidswege over een bijzondere positie beschikken', zoals de volledige titel van het wetsvoorstel luidt.

Het wetsvoorstel heeft een lange voorgeschiedenis. Het vloeit rechtstreeks voort uit het Eindrapport Markt en Overheid dat in het voorjaar in 1997 werd uitgebracht door de werkgroep Markt en Overheid (ook bekend als Werkgroep-Cohen). Deze werkgroep was ingesteld door het kabinet in het kader van de operatie Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit.¹

De werkgroep stelde concurrentievervalsing aan de kaak die zou kunnen ontstaan wanneer (semi-)overheidsinstellingen naast hun publieke taken commerciële nevenactiviteiten zouden verrichten. De werkgroep stelde voor om dergelijke commerciële nevenactiviteiten rigoureus te verbieden, zelfs als zij door dochtermaatschappijen zouden worden uitgevoerd. De werkgroep stelde daartoe voor wettelijk te verplichten tot het afstoten van commerciële nevenactiviteiten. Dit stond bekend als de zogenaamde structuuroplossing.

Het rapport ondervond ondersteuning van de zijde van VNO. In de kring van ondernemers waren immers klachten gehoord over concurrentievervalsing door bijvoorbeeld energiebedrijven jegens die installateurs. De door de werkgroep voorgestelde oplossing ontmoette echter ook kritiek, omdat het maar de vraag was of de voorstellen zich wel zo gemakkelijk lieten operationaliseren door een wet in formele zin, vooral vanwege de onduidelijkheid van begrippen.²

De Rijksoverheid heeft zichzelf inmiddels aan banden gelegd door de Vaststelling aanwijzingen inzake verrichten marktactiviteiten binnen de rijksdienst.³ Het gedachtegoed van de Werkgroep-Cohen is inmiddels ook in een aantal gevallen in sectorale wetgeving neergeslagen, zoals in de postwetgeving en de energiewetgeving. Ten opzichte van het gedachtegoed van de Werkgroep-Cohen was daardoor in grote lijnen nog vooral overgebleven de vraag hoe lagere overheden in het gareel moesten worden gebracht en

hoe in het algemeen moest worden omgegaan met ondernemingen die bij of krachtens de wet een exclusief recht hadden verkregen. Deze twee onderwerpen zijn nu de belangrijkste overgebleven onderwerpen van de Werkgroep-Cohen waarvoor de Wet markt en overheid,⁴ (hierna: 'WMO') een regeling treft.

Nog steeds is voor deze onderwerpen de vraag gerechtvaardigd of algemene wetgeving, wat de WMO beoogt te zijn, wel noodzakelijk is. Het probleem is in belangrijke mate immers een probleem van het functioneren van de overheidsorganisatie en dus een politiek-bestuurlijk probleem. Zo is het ook ontstaan. Immers, als gevolg van bezuinigingen binnen de collectieve sector in het begin van de jaren tachtig, was gepleit voor marktactiviteiten door overheden om zo door het verwerven van inkomsten de noodzaak tot bezuinigen te verminderen.⁵ Inmiddels is het klimaat gewijzigd, onder andere naar aanleiding van de Zuid-Hollandse Ceteco-affaire. Het devies is nu: overheid blijf bij je leest. Hybride organisaties, die publieke taken en nevenactiviteiten combineren zijn daardoor minder vanzelfsprekend geworden. Het terugvinden van dit politiek-bestuurlijke uitgangspunt in concrete besluiten is dan ook eerder een politiek-bestuurlijke kwestie dan dat dit af zal kunnen hangen van wetgeving in formele zin.

De WMO, zoals zij nu luidt, lijkt dit te erkennen. De scherpe kantjes zijn er af. Zij gaat aanmerkelijk minder ver dan de aanvankelijke plannen. De verplichte afstoting is verdwenen. Er is vooral sprake van transparantie en zorgvuldigheid, af te dwingen door administratieve voorschriften. De WMO heeft daarom een hoog symboolgehalte. Transparantie en zorgvuldigheid staan voorop, te realiseren met administratieve lasten. Het motto van de WMO lijkt te zijn dat de overheid zich eerst goed moet bezinnen voordat zij al aan marktactiviteiten zou mogen denken. Sterker nog, die bezinning zou er toe moeten leiden dat er niet eens aan marktactiviteiten begonnen wordt of dat die activiteiten als zij al bestonden na verplichte evaluatie alsnog uit de overheidssfeer verdwijnen.

Prof. mr H.J. de Ru is partner Allen & Overy en hoogleraar Staats- en Bestuursrecht Vrije Universiteit Amsterdam.

- 1 Rapport van een ambtelijke werkgroep onder extern voorzitterschap van prof. mr M.J. Cohen, aangeboden aan de ministerraad op 20 februari 1997. Kabinetstandpunt: van 8 april 1997, Kamerstuk 24 036, nr. 24.
- 2 O.a. H.J. de Ru, Verbieden en afstoten van nevenactiviteiten, De onwettelijke voorstellen van de Werkgroep Cohen, M&M 1991, nr 2, p. 43 e.v.
- 3 Stct. 1998, 95.
- 4 Kamerstuk 28 050, nrs 1-3.
- 5 Zie O.J.C. Cornielje en M. van der Putten, Wet markt en overheid: transparantie en zorgvuldigheid staan voorop, M&M 2002, p. 3 e.v.

Toch meen ik dat de WMO niet zo onschuldig is als het streven naar transparantie en zorgvuldigheid doet vermoeden. Dit heeft vooral te maken met het feit, dat administratieve verplichtingen binnen de overheid extern rechtsgevolg kunnen krijgen als aan die verplichtingen niet wordt voldaan. Mijn belangrijkste punt van kritiek is daarom dat de WMO in de praktijk veel rechtsonzekerheid mee zal brengen omdat zij in tal van gevallen tot nietigheid van privaatrechtelijke besluiten zal kunnen leiden.

Daarnaast zal de WMO in de praktijk een lastig te hanteren wet blijken te zijn. Anders dan beleid, moet een wet in beginsel strikt worden toegepast. Onduidelijkheid van begrippen, in beleid en zeker binnen de sfeer van de rijksoverheid zelf nog mogelijk, is in wetgeving niet toegestaan. Wetgeving in formele zin heeft immers ook buiten de rijksoverheid rechtsgevolgen. Dan leiden onduidelijkheden tot rechtsonzekerheid.

In deze bijdrage zal ik de onduidelijkheid van de kernbegrippen van de WMO aan de orde stellen. Deze onduidelijkheid betekent dat de WMO vaag en conflictopwekkend zal blijken te zijn. Daarbij zal ik aangeven dat de WMO niet zo goed is afgestemd op het EG-recht als de toelichting van de WMO suggereert. Ook hierdoor zullen onduidelijkheden ontstaan. Vervolgens zal ik aangeven dat de verplicht gestelde ex ante besluiten nietigheid kunnen meebrengen waarmee in de WMO geen enkele rekening is gehouden. Ik zal afzonderlijk aandacht besteden aan de administratieve lasten, mede als gevolg van nog weer een nieuwe toezichthouder. Voordat ik afsluit met een algemeen oordeel zal ik nog een voorbeeld uit de praktijk bespreken.

Onduidelijke begrippen

De WMO bevat een aantal onduidelijke begrippen. Deze zullen in de praktijk tot problemen leiden.

Marktactiviteiten

Problemen zullen ontstaan omdat de WMO vooraf een publiekrechtelijke grondslag vereist voor privaatrechtelijk handelen door de overheid in de vorm van het verrichten van marktactiviteiten. Dat zijn activiteiten waarmee de overheid in concurrentie treedt met anderen. Marktactiviteiten zijn gedefinieerd als: het leveren van goederen of diensten aan derden door overheidsorganisaties voorzover daarmee in concurrentie wordt getreden met ondernemingen (anders dan ondernemingen, toebehorend aan krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersonen). Wanneer wordt in concurrentie getreden? Dit hangt af van de vraag of de betreffende afnemers een alternatief hebben (substitutie). Hoe kan dit worden beoordeeld als er sprake is van een nieuw product of een nieuwe dienst? Dan is er in beginsel geen concurrentie. Deze kan later wel ontstaan, maar dan is er, zoals ik hieronder nog zal aangeven, onzekerheid over het tijdstip waarop de norm begint te gelden.

In het Nader Rapport (p. 4) wordt beaamd dat het begrip marktactiviteit 'een zekere discretionaire ruimte'

kent. Dit wordt vergoelijkt met een verwijzing naar het feit dat elementen uit de begripsomschrijving al langer bekend zijn, zoals markt en concurrentie. Ook deze begrippen kennen echter discretionaire ruimte, zodat het probleem daarmee niet wordt opgelost.

Op zichzelf hoeft concurrentie door overheden overigens geen probleem te zijn, als deze maar eerlijk is. Immers, ook het mededingingsrecht acht machtsposities op zichzelf niet uit den boze, maar wel misbruik van machtspositie. Het wetsvoorstel wil echter zelfs eerlijke concurrentie door overheden reeds op voorhand uitbannen. Dit terwijl overheden door dergelijke concurrentie toch geen inbreuk maken op fair play. Integendeel, zij stellen zich kwetsbaar op en zij zijn dat ook juist in dergelijke situaties, omdat zij vaak niet zijn toegerust om concurrentie aan te gaan. Daarom valt niet in te zien waarom overheden op dit punt aan zwaardere normen moeten worden onderworpen dan bedrijven. De markt zorgt immers voor afrekening?

In dit wetsvoorstel zou het onduidelijke begrip marktactiviteiten achterwege kunnen blijven als voorschriften zouden worden gegeven voor de situatie dat overheden als ondernemer concurrentie aangaan. Daarvoor zou de Mededingingswet een plaats kunnen bieden. Voor oneerlijke concurrentie door overheden zou zelfs een verbodsregel kunnen worden gecodificeerd. Maar kennelijk is dat niet de bedoeling omdat de wet een preventief karakter heeft.

Met haar preventieve karakter beoogt de WMO rechtszekerheid te bieden. Nu de wet hiervoor echter te ruime en onduidelijke begrippen gebruikt, wordt het tegendeel bereikt, zodat na het in werking treden van de wet al spoedig het verlangen zal ontstaan naar een piepsysteem, met klachten achteraf.

Bijzonder recht

De definitie van 'bijzonder recht' is beperkter dan die in het EG-recht (artikel 86 EG), omdat gevolgen van privaatrechtelijk of feitelijk overheidshandelen niet zijn begrepen in de eis 'bij wettelijk voorschrift of bij besluit van een bestuursorgaan'.

De verhouding met EG-recht

De toelichting van de WMO suggereert afstemming met het EG-recht. Deze indruk wordt bevestigd door het gebruik van Europeesrechtelijke termen. Bij nadere beschouwing blijkt dit echter eerder voor verwarring te zorgen.

Spontane harmonisatie minder vanzelfsprekend dan de WMO stelt

Een aantal begrippen is ontleend aan het EG-recht en er wordt op gewezen dat dit de interpretatie vergemakkelijkt. Dit is niet juist. Niet is te vermijden, dat de interpretatie van deze begrippen een eigen leven zal gaan leiden, als de rechter groepen wordt te oordelen over deze begrippen, reeds omdat de Nederlandse context van deze begrippen

geheel anders is. Immers, in het EG-recht gaat het om mededingingsbepalingen, terwijl het in de WMO juist gaat om het voorkómen van mededinging door procedurele maatregelen ex ante. Dat vraagt om een geheel andere afweging. Dit zal leiden tot afwijkende jurisprudentievorming op de Nederlandse begrippen en dus tot verwarring.

De in de WMO vermeend vervatte 'spontane' harmonisatie met het EG-recht zal met betrekking tot het begrip 'bijzonder recht' niet plaatsvinden omdat de begrippen al niet gelijk zijn. Dit geldt temeer, daar in het EG-recht vrijwel geen jurisprudentie voorhanden is met betrekking tot het begrip 'bijzonder recht' (in tegenstelling tot 'uitsluitend recht', zie artikel 86 EG). De MvT (p. 43) zegt dat UMTS-vergunningen niet als een bijzonder recht gelden. Niet wordt aangegeven waarom dat niet het geval is. In EG-mededingingsrecht zou dit juist wel verdedigbaar zijn, evenals trouwens onder de WMO.

De WMO moet als gevolg hebben, dat kruissubsidie niet zal plaatsvinden. Dit laatste verbod geldt in het EG-recht slechts bij reeds geconstateerde dominantie, en wel vanuit het monopolie naar de overige activiteiten. In de WMO is voorzien, dat ondernemingen met een bijzonder recht worden behandeld als dominante ondernemingen met een verbod tot kruissubsidie vanuit activiteiten uit hoofde van het bijzondere recht, als de betreffende middelen niet ten minste tegen redelijkerwijs daaraan toe te rekenen lasten beschikbaar worden gesteld (artikel 22 WMO). Dit criterium is aanmerkelijk minder helder dan het dominantie criterium.

Overheidsbedrijven

Het EG-recht is neutraal ten opzichte van het al dan niet oprichten van overheidsbedrijven, het stelt wel de eis dat deze onderworpen zijn aan de regels van het Verdrag, in het bijzonder de mededingingsregels. De Gemeentewet en de Provinciewet zijn in belangrijke mate ook neutraal, omdat aan het criterium 'indien dat bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang' (vergelijk artikel 155 GemW) in beginsel (behalve bij uitsluitend fiscale redenen) reeds voldaan is als de betreffende overheid dat voldoende gemotiveerd verklaart (onvoldoende gemotiveerd is als het uitsluitend gaat om het behalen van fiscale voordelen). In de WMO worden echter nadere formele eisen gesteld en moeten criteria worden afgewogen.

Om Nederland staat geen hek

De gedragsregels dienen in acht genomen te worden door Nederlandse overheidsorganisaties en door ondernemingen waaraan in Nederland een bijzonder of uitsluitend recht is verleend. Zij gelden echter niet voor buitenlandse overheden en ondernemingen, waardoor de buitenlandse concurrenten van de Nederlandse overheden en ondernemingen een voordeliger positie krijgen. Hetzelfde geldt voor Nederlandse overheidsbedrijven die aan meer administratieve lasten worden onderworpen dan buitenlandse

overheidsbedrijven, zonder dat daarvoor een EG-rechtelijke rechtvaardiging is gegeven.

Rechtsgevolgen van de verplicht gestelde ex ante besluiten

Grondslagvereiste

Voor marktactiviteiten door overheidsorganisaties geldt een grondslagvereiste. Dat betekent dat deze marktactiviteiten 'uitsluitend' worden verricht als aan bepaalde vormvereisten is voldaan. Zonder dat voldaan is aan het grondslagvereiste, mogen de activiteiten dus niet plaatsvinden. Daarvan zegt de MvT (p. 13): 'Hoewel er geen algemeen verbod voor marktactiviteiten door overheidsorganisaties is, kent het wetsvoorstel wel voorschriften die voorschrijven *onder welke omstandigheden niet mag worden besloten* tot het verrichten van marktactiviteiten.' (cursief HJdR). Bijvoorbeeld: het belang van het verrichten van marktactiviteiten weegt niet op tegen het belang van derden om tegen zodanige concurrentie te worden beschermd (artikel 6 lid 4 onder a). Er is weliswaar geen algemeen verbod, maar wel een verbod dat afhangt van een belangenafweging. Hierin zit een discretionaire bevoegdheid, die tot veel uiteenlopende toepassingen kan leiden.

Risico van nietigheid bij niet voldoen aan grondslagvereiste

Als de rechter achteraf oordeelt, dat de afweging in strijd met de wet heeft plaatsgevonden, en het besluit blijkt nietig of wordt vernietigd, wat zijn daarvan de gevolgen? Kunnen contractspartners van de overheid dan geen schade meer claimen bij opzegging door de overheid? Kan de overheid zich ook al voorafgaand aan de rechterlijke uitspraak aan haar verplichtingen onttrekken? Kan de wederpartij van de overheid zich aan zijn verplichtingen onttrekken? In beginsel geldt, ingevolge artikel 40 boek 3 BW dat een rechtshandeling in strijd met de wet nietig is.

Indien er bij de aanvang van de marktactiviteiten nog geen concurrentie is, maar deze pas later ontstaat, is het grondslagvereiste van artikel 4 niet van toepassing totdat één jaar is verstreken nadat een belanghebbende een aanvraag tot het nemen van een besluit omtrent het verrichten van marktactiviteiten bij de betreffende overheid heeft ingediend. Daarmee is het vaststaan van marktactiviteiten afhankelijk gesteld van een aanvraag van een verzoeker. Als achteraf blijkt dat er toch vanaf het begin concurrentie geweest is (bijvoorbeeld omdat de relevante markt niet goed is ingeschat door de betreffende overheidsorganisatie) dan zijn de privaatrechtelijke rechtshandelingen van de overheid terzake van deze marktactiviteit over de gehele periode nietig wegens strijd met artikel 40 boek 3 BW. Uitsluitend de civiele rechter kan hierover een bindende uitspraak doen.

Administratieve lasten

Het gehele wetsvoorstel brengt voor tal van beslissingen administratieve lasten mee, waarvan niet is aangetoond dat deze opwegen tegen de belangen die door het wetsvoorstel worden gediend. Dit geldt zowel voor de besluiten met betrekking tot marktactiviteiten (die voor iedere relevante markt afzonderlijk dienen te worden genomen) maar met name ook voor periodieke evaluaties of heroverwegingen, die overigens kenmerkend zijn voor symboolwetgeving (als alternatief voor wat niet haalbaar is gebleken, ter beperking van politiek gezichtsverlies) en die overigens zelden de functie vervullen waarvoor zij zijn bedoeld.

Statuten overheidsbedrijven

In de bepalingen met betrekking tot overheidsbedrijven worden eisen gesteld aan de statuten van privaatrechtelijke rechtspersonen die in strijd zijn met de vrijheid die het BW aan deze rechtspersonen geeft. Dit geldt met betrekking tot bepalingen terzake van de doelstellingen (de WMO eist een relatief beperkte doelstelling met het verbod daarbuiten te treden).

De eisen met betrekking tot overheidsbedrijven treffen bestaande overheidsbedrijven in ieder geval als er sprake is van een wijziging van de doelstelling. In het algemeen gelden bij vennootschappen ruime doelomschrijvingen. De WMO vraagt toespitsing. De vraag is, of dit altijd in het belang van de vennootschap zal zijn, zeker als tevens zal moeten worden bepaald, dat geen werkzaamheden zullen worden verricht die niet rechtstreeks samenhangen met de statutaire taken. Dit betekent ook, dat bij fusies en overnames (ook grensoverschrijdende fusies) een onzekere situatie ontstaat. De vraag is namelijk wanneer een besluit tot het oprichten of mede-oprichten van, of deelnemen in een nieuw overheidsbedrijf, gelet op de materiële eisen, formele rechtskracht verkrijgt. Of zal het onder omstandigheden de voorkeur verdienen om dergelijke fusies aan te gaan met buitenlandse overheidsbedrijven waardoor de zeggenschap van de Nederlandse overheid verwatert en de eisen van de WMO voor overheidsbedrijven niet (meer) gelden?

Ingevolge de formele vereisten worden bestaande overheidsbedrijven in ieder geval op termijn verder belemmerd in de ondernemingsrechtelijke vrijheid die uit boek 2 BW voortvloeit.

De eisen met betrekking tot overheidsbedrijven treffen bestaande overheidsbedrijven in ieder geval als er sprake is van een wijziging van de doelstelling. In het algemeen gelden bij vennootschappen ruime doelomschrijvingen. De WMO vraagt toespitsing. De vraag is, of dit altijd in het belang van de vennootschap zal zijn, zeker als tevens zal moeten worden bepaald, dat geen werkzaamheden zullen worden verricht die niet rechtstreeks samenhangen met de statutaire taken. Dit betekent ook, dat bij fusies en overnames (ook grensoverschrijdende fusies) een onzekere situatie ontstaat. De vraag is namelijk wanneer een

besluit tot het oprichten of mede-oprichten van, of deelnemen in een nieuw overheidsbedrijf, gelet op de materiële eisen, formele rechtskracht verkrijgt. Of zal het onder omstandigheden de voorkeur verdienen om dergelijke fusies aan te gaan met buitenlandse overheidsbedrijven waardoor de zeggenschap van de Nederlandse overheid verwatert en de eisen van de WMO voor overheidsbedrijven niet (meer) gelden?

Ingevolge de formele vereisten worden bestaande overheidsbedrijven in ieder geval op termijn verder belemmerd in de ondernemingsrechtelijke vrijheid die uit boek 2 BW voortvloeit.

Openbare voorbereidingsprocedure overheidsdeelnemingen

Voorts is met betrekking tot de voorbereiding van het besluit tot een overheidsdeelneming in beginsel een openbare voorbereidingsprocedure nodig. De vraag is hoe dit zich verhoudt tot de eisen van de Comptabiliteitswet (artikel 29, voorhangen bij Tweede Kamer) en tot de eisen van de Gemeentewet (artikel 155, materieel criterium en goedkeuring; idem: Provinciewet). In dit verband rijst de vraag, waarom deze bepalingen met betrekking tot overheidsbedrijven niet in de Comptabiliteitswet, respectievelijk de Gemeentewet en de Provinciewet zijn opgenomen.

Bij een rechtspersoon waarin meerdere overheden aandeelhouder zijn, zullen de administratieve lasten voor de rechtspersoon navenant (zo niet exponentieel) groter zijn. Immers, alle overheden zullen afzonderlijk de door de WMO gevraagde besluiten moeten nemen. Dit kan leiden tot aanzienlijke vertragingen. Bovendien rijst de vraag of deze publiekrechtelijke verplichtingen niet een doorkruising zullen kunnen opleveren van de verplichtingen die op aandeelhouders rusten ingevolge boek 2 BW. In ieder geval geeft de WMO er geen blijk van dat met deze problematiek rekening is gehouden.

Bij fusies of overnames van overheidsbedrijven zal de WMO veel onzekerheden meebrengen. Dit zal ook gelden voor transacties van overheidsbedrijven waarbij bijvoorbeeld zekerheden gesteld moeten worden. Dit zal ook gelden voor grote transacties van overheidsbedrijven waarbij bijvoorbeeld zekerheden gesteld moeten worden.

Proliferatie van toezichtorganen

De Commissie markt en overheid zal een nieuwe toezichthoudende instantie worden naast (vele) andere, zoals de NMa, de Europese Commissie, de eventuele sector specifieke toezichthouder (zoals DTe, OPTA, Verzekeringkamer, NMa en de Algemene Rekenkamer). De adviezen van de Commissie markt en overheid hebben rechtsgevolg, omdat daarvan niet zonder motivering van zal kunnen worden afgeweken. Dat geldt in het bijzonder voor de bevoegdheid van de Commissie markt en overheid om advies uit te brengen in de openbare voorbereidingsprocedure (artikel 16, eerste lid).

Een voorbeeld uit de praktijk

Tot wat voor complicaties de WMO reeds in eenvoudige gevallen kan leiden, wil ik illustreren aan de hand van een voorbeeld uit de praktijk. Een gemeente heeft een muziekschool en deze biedt een grote verscheidenheid aan lessen aan. Zolang er geen concurrentie is, kan er ook niet in concurrentie worden getreden en is er volgens de WMO geen marktactiviteit, dus hoeft niet aan de vereisten van de wet te worden voldaan. Als er wel concurrentie is, is er wel een marktactiviteit en moet er wel aan de eisen van de WMO worden voldaan. De verplichting om aan de eisen van de WMO te voldoen, ontstaat echter pas als één jaar is verstreken nadat concurrentie is ontstaan en een belanghebbende een aanvraag tot het nemen van een besluit omtrent het verrichten van een marktactiviteit bij de overheid heeft ingediend (artikel 7 WMO). Dit is niet altijd gemakkelijk vast te stellen. De vraag of er concurrentie is, hangt af van de vraag of afnemers een alternatief hebben, dat wil zeggen dat ze daadwerkelijk bij een ander terecht kunnen voor hun lessen. Dit vergt een analyse van de relevante markt. In de eerste plaats moet deze analyse worden gemaakt voor wat betreft de geografische omvang van de relevante markt, daarbij gaat het over de vraag binnen welk gebied alternatieven aanwezig zijn. Dit hangt mede af van de bereidheid van afnemers om naar muziekles te reizen, die kan anders zijn voor gitaar dan voor fagot. De vraag rijst hierbij overigens of een muziekschool van een naastgelegen gemeente ook als alternatief kan gelden. Tevens is een analyse nodig van de zogenaamde productmarkt. Deze analyse betreft de vraag of de productmarkt muziekles betreft, in het algemeen, of dat er afzonderlijke deelmarkten zijn voor bijvoorbeeld saxofoon, koorzang en hobo. De taak tot het verrichten van deze analyse ligt bij de overheid. Als zij geen concurrentie constateert, dan ligt de bewijslast daarna bij de nieuwkomer/concurrent. Maar als er wel concurrentie was, moest reeds vanaf de aanvang aan het zogenaamde grondslagvereiste zijn voldaan.

Dit eenvoudige voorbeeld illustreert dat het in veel gevallen onduidelijk zal zijn, of de overheid aan haar wettelijke verplichtingen heeft voldaan. De wet legt het risico van de wijziging van de markt bij de overheid in geval van nieuwe concurrentie (artikel 7), en nog in sterkere mate niet als de concurrentie openstond, en zij niet door de overheid was opgemerkt. Als niet aan de wettelijke vereisten van de WMO is voldaan, bijvoorbeeld aan het grondslagvereiste, is het niet ondenkbaar, dat contracten die de gemeentelijke muziekschool sluit, nietig zijn. De rechtsonzekerheid is daardoor groot. Daar komt bij dat iedere muziekdocent die zich vestigt een bedreiging kan zijn voor de muziekschool. Uit een oogpunt van meer markt, minder overheid is dat wellicht wenselijk, maar zoals dit voorbeeld illustreert is het de vraag of de Wet markt en overheid een goede gang van het ene bestel naar het andere bevordert.

Oordeel over het voorstel

Het wetsvoorstel bevat, zoals hierboven aangegeven, tal van formele voorschriften voor overheidsorganisaties van preventieve aard, waarvan de privaatrechtelijke gevolgen ingrijpend kunnen zijn. Uit het wetsvoorstel blijkt niet dat deze gevolgen zijn meegewogen bij de beslissing om over te gaan tot het voorstel voor deze wetgeving in formele zin. Door deze voorschriften, maar ook door onduidelijkheden over begrippen en materiële criteria, is sprake van een rechtsonzekerheid bevorderende en conflictopwekkende regeling. Mede om deze reden, maar ook vanwege het feit dat het merendeel van de betreffende regels een overheidsintern karakter heeft, ligt het meer voor de hand om conform het advies van de Raad van State de voorkeur te geven aan Aanwijzingen die uitsluitend rechtsgevolg hebben binnen de overheid.

Als daarnaast nog wettelijke regelingen op Rijksniveau nodig worden geacht, zou eerst de vraag dienen te worden beantwoord, conform de aanwijzingen voor de regelgeving⁶ (Aanwijzing 49), of het noodzakelijk is om in bijzondere wetgeving af te wijken van algemene wetgeving. Als het dan nog nodig is om aparte regels te stellen, verdient het de voorkeur deze op te nemen in de betreffende algemene wetgeving, zoals de Comptabiliteitswet en voor lagere overheden de Provinciewet en de Gemeentewet. Voor wat betreft oneerlijke concurrentie door overheden zou de norm in de Mededingingswet kunnen worden opgenomen, conform regelingen terzake in het EG-Verdrag.

Het advies van de Raad van State wordt door mij geheel onderschreven voor wat betreft het feit dat de WMO tekortschiet in het aangeven van criteria voor de beantwoording van de vraag wat onder publieke taken dient te worden verstaan. Dat het onmogelijk is dit in wetgeving neer te leggen, is al eerder vastgesteld door de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid.⁷ Het is veeleer de taak van de politiek en het openbaar bestuur om alert te zijn op het voorkomen van concurrentievervalsing door overheden. Dit heeft meer te maken met politiek normbesef en met checks and balances in de politieke besluitvorming. De ervaring leert, dat politieke besluitvorming zich niet laat binden. Zoals ook uit dit wetsvoorstel blijkt: de wetgever kan zichzelf niet aan banden leggen, omdat de wetgever niet aan oudere wetgeving gehouden kan worden als er in nieuwe wetgeving van wordt afgeweken. Het advies van de Raad van State is dan ook terecht zo negatief. In haar reactie is de regering is er niet in geslaagd om dit negatieve oordeel te weerleggen.

Veel problemen zullen ontstaan omdat de WMO in een aantal gevallen een publiekrechtelijke grondslag vereist voor privaatrechtelijk handelen door de overheid. Het

⁶ Zie: Aanwijzingen voor de regelgeving, Den Haag: SDU 1998 (geconsolideerde tekst).

⁷ Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, Het borgen van publiek belang, Rapporten aan de regering, nr. 56, Den Haag: SDU 2000.

wetsvoorstel bevordert de rechtsonzekerheid door het voorschrijven van tal van formele vereisten, die tot nietigheid van privaatrechtelijke rechtshandelingen zullen leiden als niet aan die vereisten is voldaan.

Het gevolg van het wetsvoorstel zal zijn, dat het op zichzelf nobele streven naar een striktere scheiding tussen 'markt' en 'overheid' en naar meer privatisering in de zin van het afstoten van marktactiviteiten door overheden, zal leiden tot een onevenredig groot aantal administratieve lasten, tot onduidelijkheid en rechtsonzekerheid. Goede doelen bereiken met zulke slechte middelen is het laatste wat een wetgever zou moeten willen.