

# Transport van Afval

## Hoe eerlijk handelt de overheid op de private afvalmarkt?

Na een totstandkomingsgeschiedenis van meer dan tien jaar is de Wet markt en overheid op 1 juli 2012 door een aanpassing van de Mededingingswet in werking getreden. Voor bestaande economische activiteiten is een overgangstermijn gehanteerd tot 1 juli 2014. In dit artikel wordt de achtergrond van de wet en de wet zelf besproken en wordt ingegaan op de problematiek van (oneerlijke) concurrentie door overheidsbedrijven. Specifieke aandacht gaat uit naar de afvalmarkt.



Mr. Ron G.J. Laan, advocaat  
bij Van Diepen Van der Kroef  
Advocaten



Louisa Waalkes, advocaat  
bij Van Diepen Van der Kroef  
Advocaten

### 1. Aanleiding voor de Wet markt en overheid

Over het algemeen hebben overheden publiekrechtelijke taken. In de afgelopen jaren zijn overheden zelf of via hun overheidsbedrijven steeds meer economische activiteiten gaan verrichten. (De definitie van economische activiteiten komt in §2 ter sprake) Uit onderzoek uit 2002 bleek dat deze activiteiten toen betrekking hadden op een omzet van ongeveer 2,5 miljard euro.<sup>1</sup> De markt en overheid-problematiek is in potentie groot. Het merendeel van de overheden voert economische activiteiten uit op de markt in concurrentie met private bedrijven (83%). Met name gemeenten, waterschappen en provincies zijn actief op de markt.

Met deze economische activiteiten treedt de overheid in concurrentie met particuliere ondernemingen. Dit kan leiden tot oneerlijke concurrentie, omdat overheden vanuit hun publieke functie concurrentievoordelen kunnen hebben en daarmee in staat zijn goederen of diensten aan te bieden voor een lagere prijs dan concurrerende ondernemingen.

Tegen deze achtergrond is de Wet markt en overheid<sup>2</sup> in het leven geroepen die tot doel heeft zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen overheden en bedrijven te creëren. In het wetsvoorstel dat uiteindelijk op 1 juli 2012 in werking is getreden is er voor gekozen om niet een geheel nieuwe wet te introduceren, maar een hoofdstuk 4B aan de Mededingingswet toe te voegen waarin een aantal gedragsregels voor overheden staat (hierna: de gedragsregels). De Autoriteit Consument en Markt, waar de Nederlandse Mededingingsautoriteit in is opgegaan, ziet toe op de naleving van deze regels.

Ondernemers die vinden dat een overheid zich niet aan de regels houdt kunnen een klacht indienen bij de overheidsorganisatie waar zij problemen mee heeft. Ook kunnen zij met hun klacht terecht bij de Autoriteit Consument en Markt. De Autoriteit Consument en Markt kan dan een onderzoek instellen naar concurrentievervalsing. In geval van overtreding van een gedragsregel door de overheid kan de Autoriteit Consument en Markt bij beschikking verklaren dat zij de overtreding heeft vastgesteld of aan die overheid een last onder dwangsom opleggen.

De Wet markt en overheid geldt in beginsel voor vijf jaar. De wet dient binnen drie jaar, dus voor 1 juli 2015, te worden geëvalueerd. Hierbij wordt dan onder meer gekeken of de wet effectief is om het beoogde doel, namelijk het tegengaan van concurrentievervalsing door de overheid, te bereiken.

### 2. Werkingsgebied WMO en gedragsregels

De gedragsregels van de Wet markt en overheid gelden voor overheden die economische activiteiten verrichten. Zelf, of via hun overheidsbedrijven. In de Wet markt en overheid wordt onder "economische activiteit" verstaan: het aanbieden van goederen of diensten op een markt, dat wil zeggen in concurrentie met derden. Van concurrentie met derden is geen sprake als de rijksoverheid de voorziening in bepaalde goederen of diensten voor zichzelf verzorgt en het aanbieden van die goederen en diensten uitsluitend binnen de rechtsperoon Staat der Nederlanden geschiedt. In een zodanig geval treedt de rijksoverheid niet toe tot de markt waarop diezelfde goederen en diensten door private ondernemingen worden aangeboden en treedt de rijksoverheid dus ook niet in concurrentie met die private ondernemingen. De volgende instanties kunnen worden aangemerkt als overheid: het Rijk, de provincies, de gemeenten, de waterschappen, gemeenschappelijke regelingen en zelfstandige bestuursorganen.

In de artikelen 25i tot en met 25l Mededingingswet zijn vier inhoudelijke gedragsregels opgenomen:

- **Kostendoorberekening**

Overheden moeten in ieder geval alle integrale kosten van een economische activiteit doorberekenen in de verkoopprijs en

<sup>1</sup> Handreiking Wet Markt en Overheid, ministerie van Economische Zaken landbouw en Innovatie, verwijzing naar Atos Consulting, Onderzoek naar de kosten van de aanpassing van de administratie als gevolg van de gedragsregel "verbod op kruissubsidiëring", juli 2005.

<sup>2</sup> Wet van 24 maart 2011 tot wijziging van de Mededingingswet ter uitvoering van regels inzake ondernemingen die deel uitmaken van een publiekrechtelijke rechtspersoon of die hiermee zijn verbonden (aangepassing Mededingingswet ter uitvoering van gedragsregels voor de overheid), Stb 2011, 162.

derhalve in rekening brengen bij de afnemers van dat product of die dienst. Zo moet een gemeentelijke plantsoendienst die ook particuliere tuinen onderhoudt, de kosten van dat particuliere onderhoud volledig in rekening brengen.

- **Bevoordelingsverbod**

Overheden mogen geen overheidsbedrijven bevoordelen (in financiële of andere zin) waar zij alleen of gezamenlijk met andere bestuursorganen een beslissende invloed op kunnen uitoefenen. Bijvoorbeeld door het aanbieden van een gunstige financiering. Een gemeente mag geen lening verstrekken aan een overheidsbedrijf tegen voorwaarden die niet marktconform zijn.

- **Gegevensgebruik**

Overheden mogen de gegevens waar zij over beschikken niet hergebruiken voor andere activiteiten. De overheid heeft vaak informatie die ondernemers niet hebben. Zoals gegevens over burgers uit de gemeentelijke basisregistratie. Dat mag alleen als andere organisaties of bedrijven ook (onder dezelfde voorwaarden) over de gegevens kunnen beschikken.

- **Functiescheiding**

Heeft een overheid bij bepaalde economische activiteiten een bestuurlijke rol, en voert zij de economische activiteiten ook zelf uit, dan mogen niet dezelfde personen betrokken zijn bij de bestuurlijke en de economische activiteiten van die organisatie. Een gemeentebestuurder die aanvragen voor een kapvergunning behandelt mag bijvoorbeeld niet tegelijkertijd betrokken zijn bij het aanbieden van kapwerkzaamheden aan particulieren.

### 3. Beperking toepassingsbereik

Het toepassingsbereik van de gedragsregels wordt echter ook beperkt door de Mededingingswet en de Handreiking Wet markt en overheid. De gedragsregels zijn bijvoorbeeld niet toepasselijk op openbare onderwijsinstellingen en publieke media-instellingen. Daarnaast zijn (een deel van) de gedragsregels niet van toepassing op een aantal categorieën economische activiteiten. Voor de afvalmarkt kan de volgende uitzonderingsbepaling van belang zijn:

*"economische activiteiten die plaatsvinden in het algemeen belang. Het gaat om economische activiteiten dus diensten of producten die wel op een markt worden aangeboden en (potentiële) concurrentie ondervinden, maar waarbij wel een zeker maatschappelijk belang is gemoeid met de uitvoering van die activiteiten [artikel 25h lid 5 Mededingingswet]"*.

Een voorbeeld is de inzameling en verwerking van huishoudelijk afval, een markt waar zowel commerciële als (semi-) publieke partijen actief zijn. Het gaat hier om de uitvoering van een publiekrechtelijke taak met een maatschappelijk belang (in de Wet milieubeheer is geregeld dat gemeenten zorg dragen voor een minimale wekelijkse inzameling van huishoudelijk afval) waardoor beargumenteerd kan worden dat er sprake is van een economische activiteit die niet valt onder de werking van de Wet markt en overheid. Dat lijkt op dit moment de gangbare opvatting. Het is echter de vraag of de scheidslijn hier zo duidelijk is en of enkel als criterium mag worden aangevoerd dat in de wet is geregeld dat gemeenten zorg dragen voor een minimale wekelijkse inzameling van huishoudelijk afval.

### 4. Ontsnappingsmogelijkheid voor overheden

Teneinde aan toepassing van de gedragsregels te ontkomen is het denkbaar dat de betrokken overheidsinstantie betoogt dat de verrichte economische activiteiten in het algemeen belang plaatsvinden. Volgens artikel 25h lid 6 van de Mededingingswet heeft de betrokken overheid de discretionaire bevoegdheid om te bepalen welke activiteiten een algemeen belang dienen. De algemeen belang vaststelling dient voor provincies te geschieden door provinciale staten, voor gemeenten door de gemeenteraad, voor waterschappen door het algemeen bestuur en voor het Rijk en voor zelfstandige bestuursorganen van de centrale overheid als bedoeld in artikel 1, onderdeel a, van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen door de minister die het aangaat. Het besluit waarin de algemeen belang vaststelling is opgenomen, dient goed onderbouwd te worden. Belanghebbende ondernemers kunnen de reguliere inspraakmogelijkheden benutten en ook anderszins invloed uitoefenen op de door de overheid te maken keuzes. Ook kunnen belanghebbende ondernemers in rechte opkomen tegen een bestuursrechtelijk besluit tot vaststelling dat bepaalde economische activiteiten in het algemeen belang worden verricht, tenzij het bestuursrechtelijk besluit als een algemeen verbindend voorschrift is vormgegeven.<sup>3</sup>

Een algemeen belangvaststelling betekent dat de desbetreffende economische activiteiten of bevoordelingen mogen plaatsvinden zonder dat de gedragsregels van de Wet markt en overheid hoeven te worden toegepast. Meer concreet betekent dat bijvoorbeeld dat een goed of dienst gratis of tegen een prijs onder de kostprijs kan worden aangeboden of dat een overheidsbedrijf mag worden bevoordeeld. Bij de voorbereiding van de algemeen belangvaststelling dient te worden

<sup>3</sup> Pagina 16 Handreiking Wet markt en overheid

geïnteriseerd welke belangen van derden geraakt worden door de vaststelling. De Handreiking Wet markt en overheid noemt als voorbeeld de belangen van de private ondernemers die concurreren met een overheidsorganisatie die zich niet aan de verplichting tot kosten doorberekening hoeft te houden of met een overheidsbedrijf dat door een overheid mag worden bevoordeeld. Om te kunnen komen tot een algemeen belangvaststelling, moeten de voordelen ten aanzien van het algemeen belang opwegen tegen de nadelen ten aanzien van de belangen van derden.

De bevoegdheid tot algemeen belangvaststelling zou echter niet absoluut mogen zijn nu de wetgever met deze definitie aansluiting heeft gezocht bij het Europese recht. De Europese Commissie kijkt kritisch naar lidstaten die een te ruime definitie van het algemeen belang hanteren. Welke economische activiteiten een algemeen belang dienen is moeilijk aan te geven. Dit kan zelfs per economische activiteit per lidstaat verschillen. Bij de handhaving van de gedragsregels door de Autoriteit Consument en Markt zou er ons inziens op moeten worden toegezien dat overheden niet te pas en te onpas het algemeen belang inroepen om de werkingssfeer van de gedragsregels te omzeilen.

## 5. Inzameling bedrijfsafval en de Autoriteit Consument & Markt (ACM)

Op 30 juni 2014 verscheen in de media het bericht dat de Autoriteit Consument en Markt heeft aangekondigd de Wet markt en overheid te gaan handhaven en daarbij drie sectoren nader onder de loep zal nemen, waaronder de inzameling van bedrijfsafval. Volgens de lijst van economische activiteiten die de Autoriteit Consument en Markt hanteert wordt de inzameling van bedrijfsafval gekwalificeerd als economische activiteit. Als voorbeeld voor onderzoek kan genoemd worden dat het per 1 juli 2014 niet meer is toegestaan dat gemeenten eigen vrachtwagens kosteloos inzetten voor het inzamelen van bedrijfsafval.

Het risico van oneerlijke concurrentie is bij de inzameling van bedrijfsafval relatief groot. Circa een derde van de gemeenten is actief op de markt van bedrijfsafvalinzameling, met name vanuit efficiencyoverwegingen: het benutten van de overcapaciteit die ontstaat bij de inzameling van huishoudelijk afval. Op dit punt zijn klachten binnengekomen bij de toenmalige Nederlandse Mededingingsautoriteit.

Volgens het eindrapport "Nulmeting wet markt en overheid"<sup>4</sup> bestaat bij de branche de indruk dat de concurrentie door overheden toeneemt en dat sommige overheidsbedrijven

mogelijk onder de kostprijs aanbieden. De markt voor bedrijfsafval is naar schatting voor 90-95% in handen van private aanbieders. Overheden hebben tijdens het onderzoek voor het eindrapport aangegeven dat zij vooral maatschappelijke organisaties zoals scholen en stichtingen bedienen. Veel (grote) bedrijven hebben contracten met landelijk opererende afvalinzamelaars.

In de klachtenadministratie van de Nederlandse Mededingingsautoriteit staat volgens het eindrapport één klacht uit 2011 ten aanzien van de inzameling van bedrijfsafval die betrekking heeft op de Wet markt en overheid. De klacht betreft een gemeente die bedrijven verplicht om voor de inzameling van bedrijfsafval gebruik te maken van de ondergrondse containers van de gemeente (met als gevolg dat de markt voor de private aanbieder kleiner wordt).

Volgens het eindrapport heeft in meer dan de helft van de gemeenten die de inzameling van bedrijfsafval door een overheidsbedrijf laat uitvoeren de gemeenteraad formeel bekrachtigd dat het inzamelen van bedrijfsafval een activiteit van algemeen belang is. Dit is in tegenspraak tot de opvattingen van de Autoriteit Consument en Markt. Het merendeel van die algemeen belang vaststellingen vond vermoedelijk vóór de inwerkingtreding van de Wet markt en overheid plaats. De vraag is dan ook of de algemeen belang vaststellingen voldoende zijn gemotiveerd in het licht van de eisen die hieraan in de Wet markt & overheid worden gesteld.

Zoals hiervoor aangegeven zou door gemeenten betoogd kunnen worden dat ook de inzameling van bedrijfsafval een economische activiteit van algemeen belang is als gevolg waarvan de Wet markt en overheid niet van toepassing is. Het is echter de vraag of, zelfs in geval van oneerlijke concurrentie, bedrijfsafval aan gemeentelijke afvalinzamelaars wordt aangeboden omdat zij goedkoper zouden kunnen aanbieden. Uit sommige hoeken van het bedrijfsleven komt het geluid dat het goed is dat de Wet markt en overheid er is en er op de naleving daarvan toezicht wordt gehouden maar dat gespecialiseerde afvalverwerkers reeds veel goedkoper zijn ondanks de oneerlijke concurrentie. Bedrijven die eerst zaken deden met gemeentelijke afvalinzamelaars, zoals bijvoorbeeld in Rotterdam, Groningen en Den Bosch, kiezen voor een gespecialiseerde afvalverwerker omdat dat goedkoper is.<sup>5</sup> De keuze aan afvalcontainers is ruimer en door expertise kan duurzamer gewerkt worden dan door overheidsbedrijven.

Zo bezien zouden de inzamelaars van bedrijfsafval van hun eigen kracht uit moeten gaan en niet hoeven te vrezen voor

<sup>4</sup> Kwink groep, eindrapport Nulmeting wet markt en overheid, Den Haag, 1 mei 2013

<sup>5</sup> Zie website Milieuservice Nederland B.V.

oneerlijke concurrentie door gemeenten. Vooralsnog gaat de Autoriteit Consument en Markt er echter vanuit dat de inzameling van de bedrijfsafval onder de Wet markt en overheid valt. Met inachtneming van de vier gedragsregels van de Wet markt en overheid kan alsdan gewaarborgd worden dat er een gelijk speelveld voor overheden en ondernemers is waarop zij elkaar beconcurreren.

## 6. Afronding

Alleen indien door bedrijven c.q. ondernemers daadwerkelijk klachten bij de Autoriteit Consument en Markt worden neergelegd met betrekking tot oneerlijke concurrentie en het niet naleven van de vier genoemde gedragsregels kan inzichtelijk worden gemaakt hoe groot het probleem in de praktijk is en kan daar ook tegen worden opgetreden. "The proof of the pudding is in the eating". De branche zal dan ook zelf alert moeten zijn en waar nodig aan de bel moeten trekken indien het vermoeden bestaat dat er sprake is van oneerlijke concurrentie door overheidsbedrijven. Alleen dan kan de Wet markt en overheid goed tot zijn recht komen en er voor zorg dragen dat oneerlijke concurrentie door overheidsbedrijven op de private afvalmarkt wordt voorkomen dan wel wordt aangepakt. Nu de Wet markt en overheid voor 1 juli in 2015 wordt geëvalueerd is het zaak dat de klachten die er zijn ook bij de Autoriteit Consument en Markt bekend worden gemaakt zodat de Wet markt en overheid waar nodig kan worden aangepast of verbeterd.