

Vergaderjaar 2015–2016

**34 316**

## **Initiatiefnota van de leden Ziengs en Verhoeven over de Wet Markt en Overheid**

**Nr. 2**

### **INITIATIEFNOTA**

#### **1. Het plan in het kort**

De Wet Markt en Overheid zou moeten voorkomen dat overheden oneerlijk concurreren met ondernemers. Helaas beidt deze wet hen in de praktijk te weinig bescherming. Overheden ontplooiën geregeld activiteiten waarmee zij concurreren met ondernemers. De initiatiefnemers willen graag voorstellen doen om die oneerlijke concurrentie een halt toe te roepen. Dit willen zij doen door de Wet Markt en Overheid aan te passen.

#### **2. Wet Markt en Overheid**

De wet Markt en Overheid is onderdeel van de Mededingingswet. Zij werd in 2012 ingevoerd en moet oneerlijke concurrentie (of concurrentievervalsing) door overheden en overheidsbedrijven op de markt voorkomen en een gelijk speelveld bevorderen.

De wet is van toepassing als een overheid een «economische activiteit» verricht. Hieronder wordt verstaan: het aanbieden van goederen of diensten op een markt, in concurrentie met derden. De overheid mag zo'n economische activiteit volgens deze wet ontplooiën, maar alleen als zij expliciet besluit dat het in het algemeen belang is dat zij deze economische activiteit gaat verzorgen (een zogenaamd «algemeen belangbesluit»).

Als een overheid met een beroep op het algemeen belang besluit tot het ontplooiën van een economische activiteit, dan moet zij zich daarbij aan vier gedragsregels houden, namelijk:

1. Integrale kostendoorberekening
2. Geen bevoordeling van eigen overheidsbedrijven
3. Geen hergebruik van gegevens
4. Functiescheiding bestuurlijke en economische activiteiten

### *Integrale kostendoorberekening*

De gedragsregel van integrale kostendoorberekening houdt in dat de door de overheid aangeboden activiteit tenminste tegen kostprijs moet worden aangeboden. Dat betekent dat de prijs voor die activiteit zodanig moet zijn vastgesteld dat alle directe en indirecte kosten die samenhangen met die activiteit worden meegenomen. Dus als een overheidsorganisatie bijvoorbeeld drukwerk doet voor andere overheden, dan moeten alle kosten van het drukwerk, van papier en inkt tot huisvestings- en personeelskosten in de prijs worden doorberekend.

### *Bevoordelingsverbod*

Verder is er een bevoordelingsverbod. Dit verbod houdt in dat een overheid de eigen overheidsbedrijven niet mag bevoordelen ten opzichte van concurrerende bedrijven, via bijv. een goedkope financiering. Er moeten dus marktconforme kapitaalkosten worden gehanteerd in het geval van financiering.

### *Hergebruik van gegevens*

Hergebruik van gegevens door overheden is alleen toegestaan als anderen ook onder dezelfde voorwaarden over de gegevens kunnen beschikken.

### *Functiescheiding*

Als een overheid voor bepaalde economische activiteiten een bestuurlijke rol heeft en die economische activiteiten ook zelf uitvoert, mogen niet dezelfde personen betrokken zijn bij de bestuurlijke en de economische activiteiten van die organisatie.

Deze vier gedragsregels moeten voorkomen dat een overheidsdienst zijn goederen en diensten onder de marktwaarde op de markt kan aanbieden of eenvoudiger toegang heeft tot de markt dan private marktpartijen. De wet gaf hierbij een overgangstermijn van twee jaar waardoor deze gedragsregels pas vanaf 1 juli 2014 van toepassing waren op bestaande economische activiteiten van overheden.

## **3. Uitzonderingen**

De wet Markt en Overheid is niet altijd van toepassing. Er zijn uitzonderingen wanneer de wet niet van toepassing is:

- Op economische activiteiten die plaatsvinden in het algemeen belang
- In de meeste gevallen van staatssteun
- Wanneer overheidsbedrijven onderling goederen of diensten aan elkaar aanbieden
- Op instellingen in het onderwijs en van de publieke omroep
- Sociale werkplaatsen.

Bovendien is de reikwijdte van de wet beperkt tot «economische activiteiten» en daarmee niet van toepassing op besluiten van de overheid om activiteiten in eigen beheer uit te voeren (inbesteden) in plaats van het uitbesteden aan de markt. Dat geldt ook voor activiteiten die uitgevoerd worden als publieke taak. Tot slot bevat de wet een horizonbepaling, die bepaalt dat de wet komt te vervallen per 1 juli 2017, tenzij de regering via een Amvb een ander besluit neemt.

#### **4. Probleem van oneerlijke concurrentie**

Wanneer overheden economische activiteiten uitvoeren concurreren zij geregeld met ondernemers die deze economische activiteiten ook aanbieden of willen aanbieden. Daarbij is niet altijd sprake van een gelijk speelveld, omdat overheidsinstellingen die een economische activiteit aanbieden vaak bepaalde voordelen hebben ten opzichte van private ondernemers. Dat kan bijvoorbeeld zijn doordat zij de economische activiteit onder of slecht tegen de kostprijs kunnen aanbieden, of doordat zij niet alle feitelijke kosten van de activiteit in de prijs doorberekenen. De indieners zijn vele voorbeelden tegen gekomen van overheden die economische activiteiten aanbieden die oneigenlijk concurreerden met ondernemers. Deze voorbeelden vernamen zij persoonlijk van benadeelde bedrijven, via brancheorganisatie en in diverse media. Het betreft onder meer het verlenen van schoonmaakdiensten, beveiligingsdiensten en re-integratiediensten, gemeentelijke zwemvoorzieningen voor recreatief zwemmen en zwemlessen (gemeente Opmeer), een brandweercorps dat BHV-cursussen aanbiedt, gemeentelijke parkeergarages (gemeente Weert), de verhuur van vastgoed onder meer als kantoorruimte, verhuur van ligplaatsen voor boten in gemeentelijke jachthavens, de verhuur van ruimtes en restaurants in sportkantine, sporthallen, zwembaden (o.a. de gemeente Ten Boer en de gemeente Waalwijk), het aanbieden van fitness voor cliënten van de Sociale Dienst (gemeente Hoorn), het ophalen van bedrijfsafval, de verhuur van grond voor een ecologische moestuin (gemeente Hoorn), de verhuur van DVD's en blue-ray-discs (Bibliotheek van de gemeente Westland).

Door de vele economische activiteiten die overheden ontplooiën en de oneerlijke concurrentie die daardoor ontstaat, lopen ondernemers opdrachten mis en dus omzet. Dat betekent ook dat zij minder gebruik maken van personeel en dus minder werkgelegenheid kunnen bieden. Bovendien wordt hierdoor ondernemerschap onvoldoende ingezet om efficiënt te werken en om innovatieve oplossingen te vinden. Een ondernemer die in concurrentie werkt voelt immers altijd een prikkel om beter uit de bus te komen dan zijn concurrent. Een overheid die iets zelf aanbiedt op de markt en daarbij niet concurreert heeft die prikkel niet. Er is dan immers geen dreiging van een concurrent die de activiteit kan overnemen.

#### **5. Knelpunten**

Zoals hierboven gesteld voldoet de wet Markt en Overheid niet. De initiatiefnemers signaleren de volgende knelpunten.

##### *Reikwijdte wet*

Allereerst blijkt dat veel klachten niet onder de reikwijdte van de wet vallen. Omdat het niet zou gaan om «economische activiteiten» maar om inbesteden, andere overheidstaken, aanbestedingen of subsidies (60%), of omdat een van de wettelijke uitzonderingen van toepassing is (35%). De resterende klachten die wel onder de reikwijdte vallen hebben vooralsnog niet tot overtredingen geleid, vooral als gevolg van de overgangsbepaling voor bestaande economische activiteiten tot 1 juli 2014.

Hieruit blijkt dat klachten van ondernemers bij de toezichthouder de Autoriteit Consument en Markt (ACM) weinig opleveren, waardoor de beperkte bereidheid van ondernemers om procedures te starten nog verder afkalft. Dat komt niet door de ACM, maar door de lage bescherming die de wet biedt aan ondernemers tegen concurrerende overheden en de vergaande rol die van ondernemers wordt gevraagd om het via juridische procedures op te nemen tegen de overheid. Dat is voor het MKB te veel gevraagd.

### *Systeem van klachten achteraf en juridische mogelijkheden werkt niet*

Ondernemers kunnen situaties van oneerlijke concurrentie melden bij de ACM. Sinds de invoering van de wet is maar een beperkt aantal klachten ingediend (ongeveer 200). De belangrijkste redenen die ondernemers aandragen om geen klachten in te dienen zijn dat zij verwachten dat het indienen van een klacht niet tot oplossingen leidt, dat de procedure lang duurt en veel energie kost, en dat men de relatie met de overheid als (mogelijke) klant niet wil schaden. Ook hebben ondernemers meestal de juridische mogelijkheid om bezwaar te maken tegen een besluit van een bestuursorgaan van de overheid om een economische activiteit te gaan verrichten. Maar in de praktijk biedt dit weinig houvast voor een ondernemer die wordt benadeeld door het besluit. Het bestuursorgaan heeft ten eerste zeer ruime beleidsvrijheid, waardoor een juridische procedure weinig kans maakt. Bovendien zal een ondernemer pas geconfronteerd worden met dat besluit wanneer de economische activiteiten (gaan) plaatsvinden. Op dat moment is het eigenlijk al te laat om bezwaar te maken. In alle gevallen ligt het initiatief tot signalering en «bewijslast» bij de ondernemer. De ACM kan hierbij ook niet optreden. Ondernemers hebben een belangrijke signaleringsfunctie ten aanzien van het functioneren van deze wet, maar zij hebben weinig vertrouwen in de wet als oplossing en ervaren het als een hoge drempel om actief bewijs op te voeren.

### *Kostentoerekening*

De praktijk laat zien dat overheden vaak gebouwen of materialen in bezit hebben die mede worden aangewend om in concurrentie met bedrijven economische activiteiten te ontwikkelen. Het is lastig voor ondernemers om te doorgronden in hoeverre de kosten van deze bezittingen ook worden meegenomen in de kostprijs.

### *Algemeen belang*

Overheden kunnen een uitzondering maken, door met een beroep op het algemeen belang de wettelijke spelregels grotendeels buiten werking te stellen. In de praktijk blijkt dat overheden zeer uitgebreid gebruik maken van die mogelijkheid. Zij besluiten zeer geregeld dat economische activiteiten onder het algemeen belang vallen, waardoor de wet en de gedragsregels op die betreffende activiteit niet van toepassing zijn. Uit de evaluatie blijkt dat 90% van de gemeenten dit doet. Daarmee is het toepassingsbereik van de wet grotendeels uitgehold. Overheden besluiten in eerste instantie zelf (bv via de gemeenteraad of provinciale staten) of een economische activiteit vanwege het algemeen belang is toegestaan. De praktijk laat zien dat de motivering bij deze besluiten doorgaans summier is, waarbij mogelijke concurrentievervalsingen een zeer beperkte rol spelen in de overwegingen.

### *Ontbreken wettelijk kader voor inbesteden*

In een groot aantal sectoren worden bedrijven geconfronteerd met besluiten van overheden die ineens marktactiviteiten in eigen beheer gaan uitvoeren: het zogenoemde inbesteden. De Wet markt en overheid lost dit probleem niet op omdat de wet pas van toepassing is als overheidsbedrijven daadwerkelijk de markt opgaan met economische activiteiten. Daar is bij inbesteding geen sprake van omdat de activiteiten niet uitgevoerd worden voor derden in concurrentie met marktpartijen, maar voor de eigen organisatie. Het risico bestaat wel dat deze overheidsbedrijven na de beslissing om in te besteden als volgende stap wel de markt opgaan.

De wet staat overheden toe om activiteiten weg te halen bij het bedrijfsleven, zonder dat zij hoeven aan te tonen dat dit leidt tot (een betere) borging van publieke belangen en een betere prijs-kwaliteitverhouding van producten en diensten. Ondernemers worden zodoende buitenspel gezet, verliezen werkzaamheden en omzet doordat overheden werk niet meer aanbesteden. Zij worden niet in de gelegenheid gesteld betere alternatieven aan te dragen, of wanneer nodig het inbestedingsbesluit aan te vechten.

### *Onderwijs*

Een gelijk speelveld voor publiek en privaat onderwijs ontbreekt in de praktijk. Onderwijsinstellingen zijn nu uitgezonderd van de Wet Markt en Overheid. Een van de argumenten van de wetgever om onderwijs uit te sluiten van de Wet Markt en Overheid was dat er voor onderwijs sectorspecifieke regels gelden die concurrentievervalsing bestrijden. Reeds bij de parlementaire behandeling van de Wet Markt en Overheid is erop gewezen dat bijvoorbeeld universiteiten en hogescholen commerciële activiteiten aanbieden in concurrentie met de vrije markt zonder de integrale kostprijs in rekening te brengen. De problematiek speelt niet bij het reguliere onderwijs, maar bij het contractonderwijs aan werkenden en werkzoekenden.

Er is sprake van sectorspecifieke regelgeving voor (bekostigde) onderwijsinstellingen, via de zogenaamde notities Helderheid. Hoewel de parlementaire geschiedenis bij de Wet Markt en Overheid spreekt van effectief sectorspecifiek toezicht als het om onderwijs gaat, blijkt in de praktijk dat de regels zoals neergelegd in de notities Helderheid niet duidelijk zijn en dat ongelijke concurrentie in het onderwijs niet wordt bestreden. De Inspectie van het Onderwijs constateert dat er een risico bestaat op het weglekken van publieke middelen naar private activiteiten dat onvolgende geborgd is.

Gevolg van het ontbreken van heldere regels is daarnaast dat er in de praktijk geen sprake is van een gelijk speelveld tussen publiek bekostigde instellingen en private aanbieders. Deze problematiek kan enerzijds moeilijk aangepakt worden onder de huidige regelgeving omdat ACM niet bevoegd is op dit gebied. Anderzijds kan oneerlijke concurrentie niet goed worden aangepakt omdat regels zoals neergelegd in de notitie Helderheid niet inzichtelijk genoeg zijn, en de inspectie geen taak heeft in het bevorderen van een gelijk speelveld.

## **6. Oplossingen**

De indieners willen dat de Wet Markt en Overheid een serieuze bescherming biedt voor ondernemers tegen concurrentie door overheden. De huidige wet schiet hierin duidelijk tekort, zoals hierboven beschreven. De indieners willen daarom de evaluatie aangrijpen om de Wet te verbeteren, om oneerlijke concurrentie zo veel mogelijk te voorkomen en tegen te gaan. Zij stellen daarbij het volgende voor:

### *Nee tenzij*

Het vertrekpunt zou moeten zijn dat overheden in beginsel geen economische activiteiten uitvoeren die ook door private partijen kunnen worden aangeboden. Dit vanuit de gedachte dat ondernemers deze efficiënter en beter voor hun rekening kunnen nemen. De initiatiefnemers stellen daarom voor dat het uitgangspunt wordt: «nee, tenzij». Indien overheden publieke belangen willen borgen via het aanbieden van economische activiteiten, bijvoorbeeld op het gebied van recreatie, kunnen zij dat doorgaans prima via andere instrumenten zoals een aanbesteding met daarbinnen specifieke eisen of via een subsidieregeling. Op die manier

blijven ondernemers verantwoordelijk voor de uitvoering en wordt hun creativiteit en ondernemerschap benut.

#### *Noodzakelijkheidsvereiste*

Het uitgangspunt van nee-tenzij kan in de wet worden verankerd door op te nemen dat overheden alleen economische activiteiten mogen uitvoeren indien dat noodzakelijk en proportioneel is. De betreffende overheid moet dan noodzaak en proportionaliteit aantonen van het uitvoeren van die activiteit en onderbouwen. Daarbij moet zij dan onderzoeken of de markt zelf, al dan niet via een aanbesteding, subsidie of ander instrument tot een vergelijkbare dienst of product kan komen (inclusief de na te streven publieke belangen), en dus of voldaan wordt aan dit zogenoemde noodzakelijkheidsvereiste. In dit onderzoek naar minder marktversturende alternatieven kan een marktconsultatie worden verplicht.

Ook moet onderzocht worden of de veronderstelde baten van het in overheidshanden uitvoeren van een economische activiteit in verhouding staan tot de marktverstoring die wordt veroorzaakt, inclusief de mogelijke economische schade voor bedrijven en hun werknemers.

De uitkomst van deze onderzoeken moet worden gepubliceerd bij een ontwerpbesluit om over te gaan tot economische activiteiten.

#### *Vier gedragsregels en uitzondering algemeen belang*

Als een economische activiteit vervolgens is toegestaan, blijven de huidige gedragsregels van de Wet Markt en Overheid van toepassing als waarborg voor een gelijk speelveld. Daarbij zou de mogelijkheid om op basis van het algemeen belang een uitzondering te maken moeten vervallen. Zoals de huidige praktijk laat zien, zou daarmee elke kans op een gelijk speelveld verkeken zijn.

#### *Inbestedingen ook onder de wet*

Ook inbestedingsbeslissingen zouden moeten vallen onder de Wet Markt en Overheid. De wet zou moeten worden uitgebreid met een hoofdstuk over verplichte toepassing bij inbestedingsbesluiten. Ook hierbij geldt dan het uitgangspunt van «nee, tenzij» en zullen overheden vooraf een marktconsultatie moeten uitvoeren om te toetsen of inbesteding wel noodzakelijk en proportioneel is.

#### *Horizonbepaling*

Indien een overheid eenmaal een besluit heeft genomen over het uitvoeren van economische activiteiten, heeft dit besluit een looptijd van niet meer dan 4 jaar. Na deze 4 jaar vervalt het besluit. Voor een nieuw besluit gelden opnieuw bovengenoemde verplichtingen. Dit analoog aan de horizonbepaling voor subsidies. De termijn van 4 jaar vloeit voort uit de mogelijkheid dat marktomstandigheden kunnen veranderen, en dus ook de beoordeling rond noodzaak of proportionaliteit anders kan uitvallen.

#### *Gelijk speelveld onderwijsactiviteiten*

Bij het aanbod van onderwijs moeten publiek bekostigde instellingen en private instellingen op gelijke voet kunnen concurreren. Er mag geen concurrentienadeel bestaan voor private aanbieders, omdat bijvoorbeeld publiek bekostigde instellingen onderwijs onder de kostprijs inclusief redelijk rendement aanbieden. Deze problematiek kan opgelost worden via verschillende routes; via de toepassing van gedragsregels in de Wet Markt en Overheid onder toezicht van de ACM, of door effectieve en

duidelijke sectorspecifieke regels die gehandhaafd worden door een toezichthouder die daarvoor ook de nodige middelen heeft.

#### *Transparantie en monitor.*

Overheden worden verplicht om jaarlijks naar de ACM een overzicht te sturen van alle economische activiteiten die zij uitvoeren en waarbij concurrentie met de markt kan optreden. ACM publiceert een jaarlijkse monitor, duidt trends, en adviseert. Ook ontwerpbesluiten komen op een centrale website van de ACM, zodat het eenvoudiger wordt voor bedrijven om nieuwe besluiten te signaleren.

### **7. Financiële paragraaf**

Dit voorstel heeft geen direct financiële gevolgen voor de rijksoverheid. De ACM houdt momenteel al toezicht op de Wet Markt en Overheid. Door de voorgestelde aanpassingen verwachten wij niet dat het aantal klachten substantieel zal toe- of afnemen. Derhalve leiden de voorstellen van de indieners niet tot een wijziging van apparaatskosten voor de ACM. Overheidsondernemingen die concurreren met particuliere bedrijven gaan vanaf 1 januari 2016 winstbelasting betalen. Dit volgt uit de Wet modernisering Vpb-plicht overheidsondernemingen die dit jaar is aangenomen en die afdracht van vennootschapsbelasting (vpb) verplicht stelt voor overheidsondernemingen. De voorstellen in deze nota hoeven niet in strijd te zijn met die wetwijziging. Waar overheden activiteiten ontplooiën als een bedrijf zullen zij Vpb moeten betalen. Voor zover overheden meer taken aan de markt laten als gevolg van de voorstellen van de indieners, betekent dat dat die marktpartijen Vpb afdragen. De indieners veronderstellen geen verandering in Vpb-opbrengst door hun voorstellen.

Ziengs  
Verhoeven