

Vergaderjaar 2003–2004

28 050

Regels omtrent marktactiviteiten van overheidsorganisaties en omtrent ondernemingen die van overheidswege over een bijzondere positie beschikken (Wet markt en overheid)

Nr. 7

BRIEF VAN DE MINISTERS VAN ECONOMISCHE ZAKEN, VAN JUSTITIE EN VOOR BESTUURLIJKE VERNIEUWING EN KONINKRIJKSRELATIES

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

's-Gravenhage, 12 februari 2004

Hierbij doen wij u onze heroverweging toekomen met betrekking tot het wetsvoorstel «Regels omtrent marktactiviteiten van overheidsorganisaties en ondernemingen die van overheidswege over een bijzondere positie beschikken» (hierna: wetsvoorstel markt en overheid, Kamerstukken II, 2001/02, 28 050, nrs. 1–3). Deze heroverweging vloeit voort uit de brief van de minister-president waarin is aangegeven dat de behandeling van het wetsvoorstel «markt en overheid» niet of pas na wijziging zal worden voortgezet (30 augustus 2002, 02M437766).

De heroverweging resulteert in het intrekken van het wetsvoorstel markt en overheid en een voorstel voor een alternatieve aanpak van de problematiek van «markt en overheid».

In dit standpunt bespreken wij achtereenvolgens (I) de problematiek van «markt en overheid», (II) het wetsvoorstel markt en overheid en (III) de alternatieve aanpak.

I. De problematiek van «markt en overheid»

Overheidsorganisaties bieden regelmatig direct of indirect goederen en diensten aan waarbij zij als ondernemer optreden. Met dit optreden van de overheid op de open markt kunnen grote bedragen zijn gemoeid¹ In veel gevallen roept dat optreden geen bezwaar op en vloeit dit bijvoorbeeld voort uit de wettelijke taak. Toch zijn hieraan twee belangrijke risico's verbonden. Deze zijn samen te vatten als de «markt en overheid»-problematiek. Ten eerste speelt het risico van oneerlijke concurrentie in de zin dat overheden in hun handelen op de markt over oneigenlijke voordelen kunnen beschikken ten opzichte van hun concurrenten², waardoor ongelijke concurrentieverhoudingen kunnen ontstaan. Klachten van ondernemers over oneerlijke concurrentie door overheden en aan de overheid gelieerde organisaties spelen al lang. Nog altijd komen klachten

¹ Overheidsorganisaties verrichten circa 16 000 activiteiten op de markt (Andersen, *Onderzoek naar de administratieve lasten veroorzaakt door het wetsvoorstel markt en overheid*, Rotterdam, april 2002). Het totaal van de economische activiteiten voor de gemeenten, provincies en waterschappen bedraagt ongeveer € 2,5 miljard. Sommige van deze activiteiten vloeien voort uit een wettelijke taak. (KPMG, *Onderzoek naar risico's op kruissubsidiëring en functievermenging bij gemeenten, provincies en waterschappen*, Den Haag, oktober 2003). In dit onderzoek wordt tevens ingegaan op de omvang van de risico's op kruissubsidiëring en functievermenging. Ook opereren overheidsorganisaties indirect op de markt via (financiële) deelnemingen in overheidsbedrijven. Zo hebben de rijksoverheid, provincies, gemeenten en waterschappen in totaal zo'n 1900 deelnemingen in overheidsbedrijven. De totale omzet van al deze overheidsbedrijven wordt geschat op zo'n € 25 miljard in 2000 (Atos KPMG Consulting, *Overheidsbedrijven in Nederland, onderzoek naar aantal en omvang*, Den Haag, december 2002).

² Het betreft hier voordelen die direct samenhangen met het «overheid-zijn». Overheidsorganisaties kunnen ook nadelen ondervinden van hun status. Deze nadelen kunnen de overheid ertoe doen besluiten de markt niet zelf te betreden en op andere wijze in het geding zijnde publieke belangen te borgen.

uit het bedrijfsleven binnen bij het ministerie van Economische Zaken. Ook bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit komen geregeld klachten binnen over ervaren oneerlijke concurrentie door de overheid en aan de overheid gelieerde ondernemingen.

Ten tweede zijn aan het optreden op de markt door de overheid risico's verbonden die betrekking hebben op de bestuurlijke continuïteit en betrouwbaarheid. De mogelijkheid bestaat dat door overheden niet-voorzienbare ondernemersrisico's worden gelopen. Bovendien kan onduidelijkheid ontstaan over waar publieke belangen ophouden en commerciële belangen beginnen. De uitvoering van publieke taken kan daarmee onder druk komen te staan.

Om de problematiek te onderzoeken is in het kader van de MDW-operatie de werkgroep Markt en Overheid onder leiding van de heer M.J. Cohen ingesteld. De werkgroep heeft begin 1997 een oplossingskader aangeschreef de aanbevelingen van de werkgroep en gaf aan te streven naar een wettelijk eindperspectief (Kamerstukken II 1996/97, 24 036, nr. 45). Door de Tweede Kamer werd destijds een motie aangenomen, waarin werd aangedrongen op een voortvarende voorbereiding van een wetsvoorstel (Kamerstukken II 1996/97, 24 036, nr. 51). Ook daarna is zorg uitgesproken over oneerlijke concurrentie door de overheid (Kamerstukken II, 1997/98, 24 036, nr. 63). Vooruitlopend op een wettelijke regeling zijn Aanwijzingen inzake het verrichten van marktactiviteiten door organisaties binnen de rijksdienst vastgesteld (Stcrt.1998, 95) en per 1 juli 1998 in werking getreden. De SER heeft in september 1999 een unaniem advies uitgebracht over de noodzaak en de invulling van een wettelijke regeling. Onlangs heeft de SER nogmaals aangedrongen op totstandkoming van regels die een oplossing bieden voor de problematiek van markt en overheid.¹

Naar onze mening is de (tweeledige) problematiek van «markt en overheid» blijvend aan de orde. Er dient een oplossing te worden gevonden die recht doet aan alle betrokken belangen: burgers, bedrijven en overheid.

II. Het wetsvoorstel markt en overheid

In oktober 2001 is het wetsvoorstel markt en overheid aan de Tweede Kamer aangeboden (Kamerstukken II 2001/02, 28 050, nr. 1–3). Hoewel er altijd brede erkenning is geweest voor de noodzaak om maatregelen te treffen met betrekking tot de «markt en overheid»-problematiek, is op het wetsvoorstel markt en overheid als oplossing van diverse zijden kritiek uitgeoefend. In hoofdlijnen zijn de volgende punten van kritiek naar voren gebracht:

- Er bestaat onduidelijkheid over de reikwijdte van het wetsvoorstel, onder meer door onduidelijkheid over het geïntroduceerde begrip marktactiviteiten.
- Er bestaat onvrede over de beoogde verplichting dat een overheidsorganisatie in een formeel besluit duidelijk zou moeten maken dat de marktactiviteit de aangewezen weg is voor de behartiging van het door de overheid gedefinieerde openbaar belang. Deze onvrede vloeit vooral voort uit de beperking van de autonomie van overheden om zelf invulling te geven aan de wijze waarop zij het openbaar belang wensen te borgen en de administratieve en bestuurlijke lasten die met name uit de zogenaamde toetredingsregels zouden voortvloeien.
- Er bestaat het risico van juridisering van het openbaar bestuur. Enerzijds door de mogelijkheid om bezwaar en beroep aan te tekenen bij (voorgenomen) besluiten van overheidsorganisaties tot het verrichten

¹ Advies *Evaluatie en aanpassing Mededingingswet*, 2003, pagina 74.

- van marktactiviteiten en anderzijds door – de al eerder genoemde – onduidelijkheid over het begrip marktactiviteiten.
- De noodzaak van een aparte wet voor het oplossen van de problematiek van «markt en overheid» wordt bestreden. Er bestaan ook andere instrumenten die een oplossing kunnen bieden. Zo wordt onder meer gewezen op de mogelijkheid tot aanpassen of aanvullen van de Mededingingswet, de aanbestedingsregelgeving, het Europees recht, sectorspecifieke wetgeving, de Gemeentewet, de Provinciewet of het opstellen van convenanten.

Conclusie naar aanleiding van het onder I en II gestelde

Wij zijn tot de slotsom gekomen dat de noodzaak voor het stellen van regels met betrekking tot de problematiek van «markt en overheid» onverminderd groot is. Het staat al lang op de politieke agenda en er dient nu snel een adequate oplossing voor te worden gevonden. Op basis van de kritiekpunten concluderen wij echter dat het wetsvoorstel markt en overheid niet het geschikte instrumentarium is voor het oplossen van deze problematiek. Wij zullen daarom bevorderen dat het ingediende wetsvoorstel markt en overheid wordt ingetrokken.

Voor de aanpak van de problematiek van «markt en overheid» slaan wij een nieuwe weg in. Hierbij willen wij bevorderen dat er een gelijk speelveld ontstaat bij ondernemingsactiviteiten van de overheid. Daartoe worden voorzieningen getroffen waarbij het bedrijfsleven beschermd wordt tegen het oneigenlijk gebruik van overheidsvoordelen. Daarnaast zullen wij onderzoeken of de Algemene wet bestuursrecht een basis kan bieden voor betere besluitvorming en rechtsbescherming kan bieden bij het optreden van de overheid als onderneming. Deze alternatieve aanpak van «markt en overheid» werken wij, onder het respecteren van ieders bestuurlijke verantwoordelijkheid, hieronder uit. Daarbij is nadrukkelijk rekening gehouden met de hiervoor genoemde kritiekpunten en sluiten wij aan bij reeds geldende regelgeving en procedures.

Over deze alternatieve aanpak van de problematiek van «markt en overheid» is overleg geweest met de meest betrokken organisaties. Het Interprovinciaal Overleg, de Vereniging van Nederlandse Gemeenten, de Unie van Waterschappen en de Vereniging van Samenwerkende Nederlandse Universiteiten onderschreven alle het principe van spelregels voor eerlijke concurrentie door de overheid als ondernemer en konden zich vinden in de voorgestelde aanpak. De Vereniging van Nederlandse Gemeenten vroeg in aanvulling hierop aandacht voor de onderbouwing van de noodzaak en de relatie met het bestaand instrumentarium. Op de noodzaak van een regeling voor de problematiek van «markt en overheid» zijn wij onder I ingegaan; op de relatie met het bestaand instrumentarium zullen wij dieper ingegaan in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel. De werkgeversorganisaties VNO-NCW en MKB-NL konden zich eveneens vinden in de voorgestelde aanpak. Zij benadrukten dat de problematiek van markt en overheid nog steeds substantieel is en dat de in te voeren gedragsregels geen «vluchtwegen voor oneerlijke concurrentie mogen toelaten». Verder achtten zij het noodzakelijk dat ondernemers op de hoogte gesteld worden van besluiten van de overheid om de markt op te gaan. De Nederlandse Mededingingsautoriteit ten slotte zag geen problemen in de uitvoering en handhaving van de gedragsregels. Naar haar mening wordt een en ander gemakkelijker in vergelijking met het huidige wetsvoorstel omdat met bekende begrippen wordt gewerkt.

III. De alternatieve aanpak van de problematiek van «markt en overheid»

De kern van de alternatieve aanpak is gericht op het voorkomen van oneerlijke concurrentie door het optreden van overheden die als onderneming economische activiteiten verrichten, bestaande uit het op een markt leveren van goederen of diensten aan derden. Hiertoe zullen gedragsregels worden opgenomen in de Mededingingswet. Voor het begrip onderneming wordt hierbij zoveel mogelijk aangesloten bij de definitie die in het Europese en Nederlandse mededingingsrecht wordt gehanteerd, d.w.z. een entiteit die een economische activiteit uitoefent, ongeacht rechtsvorm, financiering of winstoogmerk. Over de uitleg van het begrip onderneming is inmiddels een uitgebreide jurisprudentie ontwikkeld. Naast de gedragsregels voor de overheid als ondernemer zullen in het licht van de Transparantierichtlijn¹ en in aanvulling op de reeds in hoofdstuk 4A van de Mededingingswet ingevoerde bepalingen, gedragsregels gelden voor ondernemingen die van overheidswege over een bijzondere positie beschikken. Het betreft de zogeheten ondernemingen met uitsluitende of bijzondere rechten (OUBR's).

Al deze ondernemingen kunnen op een open markt voordeel hebben van:

- het imago van de overheid;
- het feit dat de overheid de facto niet failliet kan gaan;
- de mogelijkheid van kruissubsidiëring tussen enerzijds goederen en diensten die de organisatie als onderneming aan derden levert en anderzijds de collectieve middelen die in het kader van de publieke taak (c.q. bijzonder recht) zijn verkregen;
- de mogelijkheid om als overheid selectief informatie te verstrekken over aan haar gelieerde marktpartijen;
- de mogelijkheid om bij het opereren als onderneming gebruik te maken van gegevens die voor de publieke taak zijn verkregen;
- functievermenging.²

De gedragsregels hebben tot doel de bovengenoemde voordelen weg te nemen, voor zover dit zich verdraagt met hun specifieke publieke taak, opdat aan overheidsorganisaties gelieerde ondernemingen niet op een oneigenlijke manier gebruik kunnen maken van hun bijzondere positie op de open markt. De regels (die vergelijkbaar zijn met de gedragsregels uit het wetsvoorstel markt en overheid) hebben in ieder geval betrekking op de prijsberekening bij ondernemersactiviteiten, het gebruik van gegevens die voor de uitvoering van de publieke taak zijn verkregen en een verplichting tot organisatorische scheiding ter voorkoming van functievermenging. Overheidsorganisaties die deelnemen in een overheidsbedrijf mogen dat bedrijf ten slotte niet onevenredig bevoordelen door hun voordelen toe te kennen die verder gaan dan in het normale handelsverkeer gebruikelijk zijn, voor zover de toepassing van dit verbod de uitvoering van de aan dat bedrijf toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. Boekhoudkundige voorschriften ondersteunen de gedragsregels. Deze voorschriften zijn van belang om de NMa effectief toezicht te kunnen laten houden op de naleving daarvan. Naast het voorkomen van oneerlijke concurrentie hebben de gedragsregels als bijkomend effect dat transparantie en inzicht in verschillende activiteiten van overheidsorganisaties worden bevorderd. Voor de rijksoverheid kunnen de «Aanwijzingen voor het verrichten van marktactiviteiten door organisaties binnen de rijksoverheid» gehandhaafd blijven. Door de normering die hier heeft plaatsgevonden en de reeds geldende procedures bij besluiten om ondernemingsactiviteiten te gaan verrichten, is voldoende transparantie en controleerbaarheid verzekerd. Uit een eerdere evaluatie van de Aanwijzingen in 2001 is gebleken dat de Aanwijzingen voldoen voor de rijksoverheid, met uitzondering van de afdwingbaarheid voor derden³. Wel zal een

¹ Richtlijn nr. 2000/52/EG van de Commissie van 26 juli 2000 (PbEG L 193) tot wijziging van Richtlijn 80/723/EEG betreffende de transparantie tussen lidstaten en openbare bedrijven.

² Met functievermenging wordt in dit verband bedoeld op de situatie dat taken en bevoegdheden met betrekking tot het opereren van de overheidsorganisatie als onderneming enerzijds en de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden die daar op één of andere manier een relatie mee hebben anderzijds, binnen een zelfde onderdeel van de organisatie plaatsvinden.

³ Zie het Algemeen overleg van 14 februari 2002 (kamerstukken II 2001–2002, 28 000 XIII, nr. 42).

aanpassing van de Aanwijzingen nodig zijn in verband met de beoogde wettelijke regeling van gedragsregels voor het optreden op de markt zoals boven vermeld.

Bij de uitwerking zal de toepassing van de begrippen uit het Mededingingsrecht nader aan de orde komen. In het bijzonder zal worden bekeken op welke wijze de gedragsregels een invulling kunnen krijgen voor instellingen met wettelijke taken op het terrein van kennisontwikkeling en -overdracht, zoals dit ook het geval was in het wetsvoorstel markt en overheid. De nieuwe aanpak is minder verstrekkend dan het wetsvoorstel markt en overheid. Een aparte invoeringswet zoals bij dat wetsvoorstel werd voorzien, is daarom niet meer noodzakelijk. Wel zullen bij de uitwerking de noodzakelijk geachte aanpassings- en overgangstermijnen worden ingebouwd. Het wetsvoorstel voor de wijziging van de Mededingingswet zal in de eerste helft van 2004 naar de Raad van State voor advies worden gestuurd. Wij streven naar inwerkingtreding van dit voorstel per 1 januari 2006. Nog nadere afstemming zal plaatsvinden met het Besluit begroting en verantwoording gemeenten en provincies, zoals dit met ingang van januari 2004 reeds is gewijzigd met het oog op de vergroting van de transparantie. Bezien zal worden in hoeverre de gedragsregels in de Mededingingswet kunnen worden ondersteund door deze bepalingen. Aandachtspunt zal zijn het voorkomen van onnodige administratieve lasten.

De voorbereiding door de minister van Financiën van een wetsvoorstel inzake een verruiming van de Vpb-plicht voor overheidsbedrijven zal in samenhang worden gezien met de voortgang van deze alternatieve aanpak.

In aanvulling op de bovengenoemde gedragsregels zal de Minister van Justitie nagaan in hoeverre het wenselijk en mogelijk is de bestuursrechtelijke kwaliteit te verbeteren van het besluitvormingsproces met betrekking tot het door de overheid als onderneming aanbieden van goederen en diensten. De kwaliteit van besluitvorming en de rechtsbescherming voor derden zijn steeds onderdeel geweest van de discussie over markt en overheid. Onderzocht zal worden of het wenselijk is wettelijk te expliciteren dat de beslissing over het starten van economische activiteiten gemarkeerd kan worden als een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht, en daarmee als aanknopingspunt kan dienen voor belanghebbenden om zich tegen het besluit te verweren. Daarbij moet tevens in beschouwing worden genomen of de gewone toetsingsgronden voor zo'n besluit volstaan dan wel of aanvullende kwaliteitseisen moeten worden gesteld. Een advies over de wenselijkheid en mogelijkheden van de Algemene wet bestuursrecht zal in het voorjaar van 2004 worden gevraagd.

Ten slotte kunnen wij vermelden dat op 2 februari 2004 de SER advies is gevraagd over «Ondernemerschap in Publieke Dienstverlening». In deze adviesaanvraag wordt aan de SER gevraagd wat de gevolgen zijn van meer ruimte voor maatschappelijk ondernemerschap en wanneer meer ruimte voor maatschappelijk ondernemerschap wenselijk is. Het advies van de SER zal waarschijnlijk in de tweede helft van dit jaar worden uitgebracht. De uitkomsten van het advies zullen zo mogelijk bij de alternatieve aanpak van «markt en overheid» worden betrokken.

Deze alternatieve aanpak komt tegemoet aan de eerder opgesomde kritiekpunten op het wetsvoorstel markt en overheid:

- De reikwijdte van de regels wordt duidelijker, doordat bijvoorbeeld het begrip «marktactiviteiten» niet meer wordt gehanteerd. In de alternatieve aanpak wordt aansluiting gezocht bij bestaande begrippen uit de Mededingingswet, zoals bij voorbeeld het begrip «onderneming».

- De voorgenomen verplichting dat overheidsorganisaties moeten kunnen aangeven dat het verrichten van marktactiviteiten de aangewezen weg is voor de behartiging van het openbaar belang vervalt (de materiële norm in het wetsvoorstel markt en overheid). Hierdoor worden de administratieve en bestuurlijke lasten voor overheden sterk verminderd.
- Het risico van juridisering van het openbaar bestuur als gevolg van de beoogde eisen met betrekking tot de besluitvorming wordt weggenomen. De toetredingsregels in het wetsvoorstel komen te vervallen. Hierdoor vervalt de mogelijkheid om bezwaar en beroep aan te tekenen bij (voorgenomen) besluiten van overheidsorganisaties tot het verrichten van marktactiviteiten. Wel zal nader onderzoek naar kwaliteitseisen inzake de besluitvorming en mogelijke rechtsbescherming plaatsvinden.

Tot slot

Wij zijn van mening dat deze voorgestelde aanpak recht doet aan de bezwaren tegen het huidige wetsvoorstel «markt en overheid». De doelen van het beleid blijven tegelijkertijd overeind: het voorkomen van oneerlijke concurrentie voor het bedrijfsleven door het creëren van een gelijk speelveld en door het zo nodig verbeteren van de kwaliteit van de besluitvorming met betrekking tot besluiten waaraan ondernemersrisico's verbonden zijn.

De Minister van Economische Zaken,
L. J. Brinkhorst

De Minister van Justitie,
J. P. H. Donner

De Minister voor Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties,
Th. C. de Graaf