

Vergaderjaar 2011–2012

30 220

Publiek ondernemerschap Toezicht en verantwoording bij publiek-private arrangementen

Nr. 4

BRIEF VAN DE ALGEMENE REKENKAMER

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 20 juni 2012

Met deze brief informeert de Algemene Rekenkamer de Tweede Kamer over de belangrijkste bevindingen van haar recente onderzoek naar publiek ondernemerschap. Wij hebben in 2011 onderzoek gedaan bij twee onderwijsinstellingen en drie zbo's die publieke taken en publieke financiering combineren met private activiteiten en private financiering. Onze bevindingen zijn gepubliceerd in de achtergrondstudie *Publieke organisaties en private activiteiten*.¹

Het kabinet-Rutte/Verhagen maar ook voorgaande kabinetten stimuleerden de onderwijssector om zijn private activiteiten uit te breiden. Het financieel belang van publiek ondernemerschap in de onderwijssector bedroeg in 2009 € 1,5 miljard. Voor andere sectoren, bijvoorbeeld de cultuur- en natuursector, is het genereren van extra inkomsten uit private activiteiten inmiddels noodzakelijk geworden.

In de Tweede Kamer wordt regelmatig de vraag gesteld of publieke organisaties op een verantwoorde wijze vorm geven aan het ondernemerschap. Zo zette de Stenden Hogeschool publiek geld in voor het financieren van buitenlandse private activiteiten.² Een ander voorbeeld is de inspanning van ProRail in een publiek-privaat proefproject voor de ontwikkeling van elektrisch rijden.³ We memoreren ook de ongeoorloofde staatssteun aan de publieke omroep en de terugvordering van € 76 miljoen,⁴ en de lopende rechtszaak van de brancheorganisatie AVIH tegen Staatsbosbeheer over de in- en verkoop van hout.⁵

¹ Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

² Tweede Kamer, vergaderjaar 2010–2011, 31 288, nr. 196.

³ Tweede Kamer, vergaderjaar 2010–2011, 31 305, nr. 197.

⁴ Tweede Kamer, vergaderjaar 2007–2008, 21 501-34 en 31 200 VIII, nr. 97.

⁵ Tweede Kamer, 2005–2006, 29 659, nr. 7.

In 2005 concludeerden wij in ons rapport *Publiek Ondernemerschap. Toezicht en verantwoording bij publiek-private arrangementen* dat publieke organisaties ruimte krijgen voor publiek ondernemerschap, maar dat het ontbreekt aan een helder kader dat aangeeft onder welke voorwaarden publiek ondernemerschap is toegestaan en waartoe het

ondernemerschap zou moeten leiden. In ons onderzoek in 2011 constateren wij dat er sinds 2005 positieve ontwikkelingen hebben plaatsgevonden, maar dat belangrijke kwesties nog niet zijn opgelost.

Uit ons huidige onderzoek blijkt dat publiek ondernemerschap stuurmanskunst vergt van het bestuur van de publieke organisaties. Een kritisch betrokken intern toezicht daarop is onontbeerlijk. Probleem is dat de publieke organisaties moeten ondernemen zonder het publieke belang uit het oog te verliezen. Zij moeten privaat geld en het bedrijfsleven opzoeken, maar mogen als overheidsorganisatie de markt niet verstoren. Zij moeten de ruimte die zij hebben creatief benutten zonder de regels te overtreden. Regels die, zo blijkt opnieuw uit ons onderzoek, niet opgenomen zijn in een eenduidig en helder kader. Het vinden van de balans tussen deze twee uitersten in combinatie met een ingewikkeld kader maakt het ondernemen in de publieke sector een complexe en risicovolle onderneming.

Publiek ondernemerschap in de praktijk

Van publieke organisaties verwachten wij dat zij zorgen voor goede publieke dienstverlening tegen redelijke en transparante tarieven. Wanneer deze organisaties daarnaast private activiteiten uitvoeren, mag worden verondersteld dat zij dit doen op een rechtmatige, transparante en integere manier. We verwachten dat zij aantonen op welke wijze deze activiteiten bijdragen aan de publieke dienstverlening. Ons onderzoek laat zien dat publieke organisaties er vaak niet in slagen om overtuigend aan te tonen dat de private activiteiten bijdragen aan een betere uitvoering van de publieke taak. Wij hebben gezien dat dit niet onmogelijk is, maar dat het extra inspanning van de organisaties vereist. De risico's van publiek ondernemerschap manifesteren zich in de praktijk. Wij zien verlies op private

activiteiten, integriteitsvraagstukken, klachten over oneerlijke concurrentie en het niet scheiden van publieke en private geldstromen. Ook zien wij dat organisaties worstelen met de bedrijfsvoering van private activiteiten. Zij hebben vooral problemen met de vraag of een activiteit belastingplichtig is voor de omzet- en vennootschapsbelastingen.

Vermeldenswaardig vinden wij de ontwikkeling die het ROC Midden Nederland sinds 2005 heeft doorgemaakt. Wij hadden destijds stevige kritiek op de bedrijfsvoering van de publiek-private activiteiten. In ons recente onderzoek blijkt dat het ROC de bedrijfsvoering van de private activiteiten heeft geprofessionaliseerd. Opmerkelijk is dat de organisatie nu veel inzicht heeft in de kosten en opbrengsten van de private activiteiten, maar ook beseft dat de bedrijfsvoering van publiek-private activiteiten complex is en om voortdurende aandacht vraagt.

Een andere belangrijke bevinding is dat ministeries en publieke organisaties onvoldoende zicht hebben op klachten van ondernemers over oneerlijke concurrentie door de overheid. Hierdoor ontwikkelt de overheid geen kennis over de aard en de omvang van oneerlijke concurrentie. Van de klachten die bekend zijn, mag worden aangenomen dat deze het topje van de ijsberg zijn.

Tot slot is ons gebleken dat de interne en externe toezichthouders geen prioriteit geven aan het toezicht op en de controle van de uitvoering van private activiteiten. Het toezicht richt zich niet op alle belangrijke risico's en de controle is weinig diepgravend.

Het kader voor publiek ondernemerschap

De wet- en regelgeving voor publiek ondernemerschap bestaat uit een stapeling van abstracte regels en uitzonderingsregels, waarvan de uitwerking vooralsnog wordt doorgeschoven naar de uitvoering.

Lappendeken van regels en uitzonderingsregels

Publieke organisaties op afstand van het Rijk moeten altijd laveren tussen regelgeving uit zowel het publieke als het private domein. Als zij naast hun publieke taken ook private activiteiten ondernemen en private inkomsten genereren, wordt het voor hen nog complexer. Ze krijgen dan te maken met veel verschillende kaders: Europese regelingen over mededinging en staatssteun, de Wet markt en overheid, fiscale regelgeving en sectorspecifieke regels en branchecodes. Deze kennen allemaal een eigen terminologie en afbakening, waardoor het vaak niet duidelijk is of een specifieke activiteit moet worden aangemerkt als publiek of als privaat en welke regels erop van toepassing zijn. In de praktijk blijkt vooral de Europese regelgeving, zoals de bepalingen over ongeoorloofde staatssteun, lastig te interpreteren. Hierdoor worden deze soms (onbedoeld) overtreden, wat kan leiden tot hoge terugvorderingen – zoals bijvoorbeeld in 2010 bij de publieke omroep: € 76 miljoen.

Wet markt en overheid voorbeeld van regels en uitzonderingsregels

De Wet markt en overheid zou structuur moeten bieden om oneerlijke concurrentie door overheden aan te pakken. Maar de totstandkoming – een lang en moeizaam proces – heeft geresulteerd in een wet die vele uitzonderingen kent. Uitgesloten zijn bijvoorbeeld de activiteiten van de onderwijssector. Daarbij geeft de wet ministers ruimte om een private activiteit van een publieke organisatie aan te wijzen als een dienst van algemeen economisch belang, waarmee deze uitgezonderd is van de gedragsregels uit de wet. Dit geeft publieke organisaties een bijzondere positie op de markt. De door het bedrijfsleven ervaren oneerlijke concurrentie zal met de inwerkingtreding van de wet niet worden weggenomen.

Abstracte normen toetsen

De normen uit de Europese wetgeving en de Wet markt en overheid zijn abstract geformuleerd en moeten vaak nog in de praktijk uitgewerkt worden in concrete en toetsbare normen. Deze uitwerking wordt vooralsnog overgelaten aan de interpretatie van de uiteindelijke toetsers, zoals toezichhouders, accountants, de fiscus en de rechtelijke macht. Dit gebeurt pas als ondernemers vermoedelijke overtredingen melden of gerechtelijke procedures tegen de publieke organisaties starten.

We verwijzen in dit verband ook naar onze verkenning «Reikwijdte en implementatie Kaderwet zbo's» die 20 juni jongstleden naar de Tweede Kamer is gestuurd. Daarin komt een met de Wet markt en overheid vergelijkbare problematiek naar voren van het gebruik van abstracte algemene wettelijke kaders met veel uitzonderingen, waarbij de invulling (te) sterk aan de uitvoering wordt overgelaten.

Hoe verder?

Gezien de noodzakelijke bezuinigingen zullen publieke organisaties steeds meer op zoek gaan naar private middelen. Hierdoor neemt ook de kans op risico's toe. De Tweede Kamer kan nu niet vertrouwen op een systeem van toezicht dat zichtbaar maakt of publiek ondernemerschap zorgvuldig

wordt uitgevoerd. De onduidelijke, nog niet uitgekristalliseerde regelgeving draagt hier ook niet aan bij.

Wij zijn ons ervan bewust dat het niet mogelijk is om één kader voor publiek ondernemerschap op te stellen dat zowel ruimte geeft aan ondernemerschap als alle risico's uitsluit. Wij vinden wel dat duidelijk moet zijn wat het kabinet verwacht op het gebied van publiek ondernemerschap. Het gaat daarbij (1). om goede afspraken tussen ministers en de onder hen vallende uitvoeringsinstellingen over ruimte, meerwaarde en verantwoording over publiek ondernemerschap en (2). om goede informatie hierover van de minister aan de Tweede Kamer.

Een andere kwestie is de oneerlijke concurrentie. De overheid moet zicht krijgen op de relatie tussen het bedrijfsleven en de overheidsorganisaties. Klachten zijn een belangrijk signaal van mogelijke zwakke plekken in het systeem en kunnen helpen het systeem te corrigeren. De Wet markt en overheid biedt de NMa de mogelijkheid hieraan een belangrijke bijdrage te leveren. De NMa heeft in de wet de bevoegdheid gekregen om onderzoek te doen naar klachten. Zij kan deze bevoegdheid gebruiken om regelmatig onderzoek uit te voeren naar deze klachten, zodat de overheid, de publieke organisaties en de markt hiervan kunnen leren.

De Tweede Kamer kan vragen stellen of voorstellen doen over publiek ondernemerschap naar aanleiding van de volgende dossiers:

- De aanpassing van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW). De minister van EL&I heeft in de Eerste Kamer de toezegging gedaan om de staatssecretaris van OCW te vragen in de WHW een juridische grondslag op te nemen waardoor met een Algemene Maatregel van Bestuur nadere regels kunnen worden gesteld aan de besteding van de rijksbijdrage en hierbij aandacht te besteden aan concurrentievervalsing door het hoger onderwijs¹.
- Het Ministerie van Financiën heeft aangekondigd de belastingplicht voor overheidsbedrijven onder de loep te nemen. Binnenkort ontvangt de Tweede Kamer van de staatssecretaris van Financiën het onderzoek naar de mogelijke concurrentieverstorende werking van de bestaande belastingregimes voor overheidsorganisaties.²
- De Wet markt en overheid zal drie jaar na inwerkingtreding worden geëvalueerd. De Tweede Kamer kan hierbij expliciet vragen of met de wet het beoogde doel wordt gerealiseerd, namelijk het voorkomen van oneerlijke concurrentie. Er is al toegezegd om gelijk met de evaluatie te onderzoeken of de sectorspecifieke regels in het hoger onderwijs effectief zijn om concurrentievervalsing op dit terrein tegen te gaan.¹

Reactie minister van EL&I en onderzochte instellingen

De ministers van EL&I, OCW en lenM hebben 12 juni 2012 gereageerd op onze achtergrondstudie en conceptbrief. Wij hebben de reactie van de ministers samengevat. De integrale reactie van de ministers is te raadplegen op www.rekenkamer.nl.

De minister van EL&I heeft, mede namens de ministers van OCW en lenM, in reactie op ons onderzoek aangegeven dat hij een positiever beeld heeft over de kaders voor private activiteiten door publieke organisaties dan de Algemene Rekenkamer. De minister vindt de huidige regels concreet genoeg. Hij benadrukt verder de nieuwe rol van de NMa als toezichthouder en aanspreekpunt voor klachten van ondernemers over de overheid op grond van de Wet markt en overheid. De minister is van plan de conclusies van de Algemene Rekenkamer mee te nemen in de evaluatie van deze wet, drie jaar na de inwerkingtreding.

¹ Eerste Kamer, 22 maart 2011, Handelingen I, 2010–2011, Nr. 5, blz. 71.

² Tweede Kamer, vergaderjaar 2011–2012, 31 354, nr. 42, blz. 3.

Voor het OCW-terrein verwijst de minister naar de geplande wettelijke verankering van sectorale regelingen en een implementatieplan voor private activiteiten van de Inspectie van het onderwijs. ROC MN heeft aangegeven te kunnen instemmen met de conclusies van de achtergrondstudie. Wageningen University vindt dat wij in onze conclusies teveel nadruk leggen op de risico's van publiek ondernemerschap. Wel ziet de organisatie aanleiding om in het eerstvolgende jaarverslag een aantal door ons genoemde onderwerpen explicieter toe te lichten.

De minister van lenM kondigt op haar terrein een aangepaste toezichtsvisie en specifieke toezichtarrangementen aan per 1 januari 2013 in samenhang met de implementatie van de Kaderwet zbo's. De minister deelt onze opvatting dat de private activiteiten van publieke organisaties expliciet en transparant verantwoord moeten worden. Het Ministerie van lenM en de RDW zullen afspraken maken over een verduidelijking van het onderscheid tussen publieke en private taken en de verantwoording daarover.

Nawoord Algemene Rekenkamer

We zijn het niet eens met de minister van EL&I dat het kader voor publiek ondernemerschap voldoende concreet is voor de uitvoering. De regels voor publiek ondernemerschap zijn globaal, er zijn veel uitzonderingen en verschillende definities van publiek en privaat door elkaar gebruikt. Hierdoor is de invulling van de regels teveel afhankelijk van de interpretatie van de uitvoerders, hetgeen de RDW casus illustreert. Dat maakt ook toezicht op publiek ondernemerschap lastig. Zowel ministers als het parlement hebben hierdoor slechts beperkt zicht op wat er in de praktijk gebeurt.

In de reactie van de minister missen wij een krachtige ondersteuning van de opvatting dat de toegevoegde waarde van publiek ondernemerschap bij uitvoeringsorganisaties aangetoond moet worden. Juist dat aantonen zou centraal moeten staan in het aangaan, het uitvoeren en controleren van publiek ondernemerschap. Over de grotere rol van de NMA als toezichthouder en centraal punt voor klachten als gevolg van de wet markt en overheid zijn wij net als de minister positief. We gaan ervan uit dat de NMA haar inzichten periodiek gaat delen met onder meer de Tweede Kamer, zodat deze meer zicht krijgt op de klachten over oneerlijke concurrentie door de overheid.

We nemen met instemming kennis van de acties op het terrein van OCW. Volgens ons zijn daarbij vooral de wettelijke verankering van sectorale regelingen en een daadwerkelijke versterking van het toezicht door de Inspectie van het onderwijs van belang. De implementatie daarvan zullen we met belangstelling volgen, evenals de publicatie van het eerstvolgende jaarverslag van de Wageningen University.

Het ontwikkelen van een toezichtsvisie en specifieke toezichtarrangementen in samenhang met de implementatie van de Kaderwet zbo's bij lenM zien wij als een positieve ontwikkeling. Ook onderschrijven wij het belang van nadere afspraken tussen het Ministerie van lenM en de RDW

over de scheiding tussen publieke en private taken en de verantwoording hierover. Ook bij het Kadaster moet daar blijvend op worden ingezet.

Algemene Rekenkamer,
wnd. President,
Gerrit de Jong

Secretaris,
Ellen M.A. van Schoten RA