



Advies Raad van State inzake het voorstel van wet tot wijziging van de Mededingingswet in verband met aanpassing van de bepalingen over markt en overheid

Nader Rapport

's-Gravenhage, 3 december 2021
Nr. WJZ / 21263518

Aan de Koning

Nader rapport inzake het voorstel van wet tot wijziging van de Mededingingswet in verband met aanpassing van de bepalingen over markt en overheid

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 19 maart 2021, nr. 2021000511, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 16 juni 2021, nr. W18.21.0085/IV, bied ik U hierbij aan.

Het voorstel geeft de Afdeling advisering van de Raad van State geen aanleiding tot het maken van inhoudelijke opmerkingen. Naar aanleiding van een redactionele opmerking van de Raad van State betreffende de opname van recente jurisprudentie over de toepassing van het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel bij algemeen-belangbesluiten is de paragraaf waarin dit kader uiteen wordt gezet, aangevuld. Tevens is de financiële paragraaf in de memorie van toelichting aangepast om inzichtelijker te maken wat de financiële gevolgen van dit wetsvoorstel zijn.

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

*De Minister van Economische Zaken en Klimaat,
S.A. Blok.*



Advies Raad van State

No. W18.21.0085/IV
's-Gravenhage, 16 juni 2021

Aan de Koning

Bij Kabinetsmissive van 19 maart 2021, no.2021000511, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet houdende wijziging van de Mededingingswet in verband met aanpassing van de bepalingen over markt en overheid, met memorie van toelichting.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft geen inhoudelijke opmerkingen bij het voorstel.

De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

De Afdeling adviseert het voorstel bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal in te dienen.

Gelet op artikel 26, zesde lid jo vijfde lid, van de Wet op de Raad van State, adviseert de Afdeling dit advies openbaar te maken.

*De vice-president van de Raad van State,
Th.C. de Graaf.*



**Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State
betreffende no.W18.21.0085/IV**

- In de toelichting, bij de bespreking van de motiverings- en zorgvuldigheidseisen, ook ingaan op de meer recente rechtspraak van de rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven over de toepassing van het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel bij algemeen-belangbesluiten. Vgl. o.a. CbB 18 december 2018 (ECLI:NL:CBB:2018:660 en 661), CbB 23 juli 2019 (ECLI:NL:CBB:2019:294) en CbB 6 april 2021 (ECLI:NL:CBB:2021:373).



Ontwerptekst zoals aangeboden aan de afdeling advisering van de Raad van State: Wijziging van de Mededingingswet in verband met aanpassing van de bepalingen over markt en overheid

Wij Willem-Alexander, bij de gratie Gods, Koning der Nederlanden, Prins van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Allen, die deze zullen zien of horen lezen, saluut! doen te weten:

Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat het wenselijk is naar aanleiding van de evaluatie van de bepalingen in de Mededingingswet over markt en overheid hierin wijzigingen aan te brengen;

Zo is het, dat Wij, de Afdeling advisering van de Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze:

ARTIKEL I

De Mededingingswet wordt als volgt gewijzigd:

A

Artikel 25h wordt als volgt gewijzigd:

1. In het tweede lid wordt 'aan andere bestuursorganen of aan overheidsbedrijven' vervangen door 'aan andere bestuursorganen, aan overheidsbedrijven of aan overheden van de Caribische delen van het Koninkrijk of van andere staten'.
2. Het vijfde en zesde lid vervallen.

B

Na artikel 25h wordt een artikel ingevoegd, luidende:

Artikel 25ha

1. Dit hoofdstuk is niet van toepassing op economische activiteiten en op een bevoordeling als bedoeld in artikel 25j, welke plaatsvinden respectievelijk plaatsvindt in het algemeen belang.
2. Het besluit dat economische activiteiten of een bevoordeling plaatsvinden respectievelijk plaatsvindt in het algemeen belang geschiedt voor provincies, gemeenten en waterschappen door provinciale staten, de gemeenteraad respectievelijk het algemeen bestuur en voor het Rijk en voor zelfstandige bestuursorganen als bedoeld in artikel 1, onderdeel a, van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen door de minister die het aangaat.
3. Het bestuursorgaan dat een besluit als bedoeld in het tweede lid heeft genomen, beoordeelt dit besluit telkens binnen een periode van vijf jaar op de doeltreffendheid en de effecten daarvan in de praktijk.
4. Naar aanleiding van de beoordeling, bedoeld in het derde lid, besluit het bestuursorgaan het besluit te handhaven, aan te passen of in te trekken.
5. Voordat een bestuursorgaan overgaat tot de voorbereiding van een besluit overeenkomstig het tweede lid, en als onderdeel van de beoordeling, bedoeld in het derde lid, wordt een consultatie georganiseerd.
6. Het bestuursorgaan geeft uiterlijk twee weken voor de consultatie kennis van de organisatie daarvan en vermeldt daarbij hoe aanmelding kan plaatsvinden. Artikel 3:12, eerste en tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht is van overeenkomstige toepassing.
7. De consultatie wordt op een zodanige manier ingericht dat eenieder die zich heeft aangemeld voldoende gelegenheid krijgt zich uit te spreken.
8. Bij algemene maatregel van bestuur worden regels gesteld over:
 - a. de elementen die bij de motivering van een besluit als bedoeld in het tweede en vierde lid in ieder geval aan de orde komen;



- b. de elementen die bij de beoordeling, bedoeld in het derde lid, van het besluit worden betrokken.

C

Aan artikel 25i, tweede lid, wordt een onderdeel toegevoegd, luidende:

- d. indien de economische activiteiten inhouden het kosteloos en non-discriminatoir vrijgeven van de broncode van software ten behoeve van gebruik, wijziging of distributie daarvan, over welke broncode en software het bestuursorgaan beschikt in het kader van de uitoefening van zijn publiekrechtelijke bevoegdheden.

D

Aan hoofdstuk 14 wordt een artikel toegevoegd, luidende:

Artikel 106a

Het bepaalde bij of krachtens artikel 25ha, derde tot en met achtste lid, is van overeenkomstige toepassing op besluiten die voor de inwerkingtreding van artikel 25ha zijn genomen op grond van het destijds geldende artikel 25h, vijfde en zesde lid, met dien verstande dat deze besluiten voor de eerste keer worden beoordeeld binnen vijf jaar na de inwerkingtreding van artikel 25ha.

ARTIKEL II

De Wet van 24 maart 2011 tot wijziging van de Mededingingswet ter invoering van regels inzake ondernemingen die deel uitmaken van een publiekrechtelijke rechtspersoon of die hiermee zijn verbonden (aanpassing Mededingingswet ter invoering van gedragsregels voor de overheid) (Stb. 2011, 162) wordt ingetrokken.

ARTIKEL III

Deze wet treedt in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip.

Lasten en bevelen dat deze in het Staatsblad zal worden geplaatst en dat alle ministeries, autoriteiten, colleges en ambtenaren die zulks aangaat, aan de nauwkeurige uitvoering de hand zullen houden.

De Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat,



MEMORIE VAN TOELICHTING

Algemeen

1. Inleiding

Hoofdstuk 4b van de Mededingingswet (hierna ook 'wet markt en overheid' of 'wet') bevat gedragsregels voor bestuursorganen die economische activiteiten verrichten. Met andere woorden, gedragsregels voor wanneer bestuursorganen goederen en/of diensten aanbieden op de markt. Het doel van deze regels is het creëren van gelijke concurrentieverhoudingen tussen bestuursorganen en ondernemers.

Uit de evaluatie van de wet markt en overheid (Kamerstukken II 2015/16, 34 487, nr. 1) blijkt dat bestuursorganen veel gebruikmaken van de algemeenbelanguitzondering, waardoor de gedragsregels niet meer van toepassing zijn. Daarnaast blijkt uit de evaluatie dat het gebruik van de uitzondering door bestuursorganen vaak beperkt wordt gemotiveerd en dat ondernemers slechts beperkt bij de besluitvorming worden betrokken. Met onderhavig wetsvoorstel komt het tijdelijk karakter van de wet markt en overheid te vervallen door de horizonbepaling in de huidige wet te schrappen, worden de voorwaarden voor het gebruik van de algemeenbelanguitzondering aangescherpt en wordt het aanbieden van open source software uitgezonderd van de gedragsregel integrale kostendoorberekening.

2. Achtergronden van het wetsvoorstel

2.1. Aanleiding

Met de inwerkingtreding van de Wet van 24 maart 2011 tot wijziging van de Mededingingswet ter invoering van regels inzake ondernemingen die deel uitmaken van een publiekrechtelijke rechtspersoon of die hiermee zijn verbonden (aanpassing Mededingingswet ter invoering van gedragsregels voor de overheid) (Stb. 2011, 162) (hierna: wijzigingswet markt en overheid) in 2012 is een hoofdstuk in de Mededingingswet ingevoegd met gedragsregels voor bestuursorganen die economische activiteiten verrichten. Het doel van de wet markt en overheid is het creëren van zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen bestuursorganen enerzijds en ondernemers anderzijds, in situaties waar deze bestuursorganen economische activiteiten verrichten (goederen of diensten op de markt aanbieden).

In 2016 is de wijzigingswet markt en overheid geëvalueerd. De evaluatie diende om onderzoek te doen naar de mate waarin de wet markt en overheid bijdraagt aan haar doel. De uitkomsten van de evaluatie geven reden tot aanpassing van de bepalingen in hoofdstuk 4b van de Mededingingswet.

2.2. Markt en overheid

2.2.1. Aanleiding en doel van de wet markt en overheid

Een bestuursorgaan treedt van oudsher op als aanbieder van collectieve goederen. Een bestuursorgaan kan zich echter ook als aanbieder op een markt begeven (verrichten van economische activiteiten). Vaak worden bestuursorganen bij het betreden van een markt gedreven vanuit (aanpalende) publieke taken. In sommige gevallen betreden bestuursorganen de markt om (extra) inkomsten te genereren. Het sec betreden van een markt door een overheid als aanbieder van goederen en/of diensten is vanuit concurrentieperspectief niet per se een probleem. Het kan efficiënt zijn als een overheid bepaalde capaciteit die ze bezit vanuit een publieke taak inzet voor andere middelen. Daarbij is dan wel belangrijk dat het bestuursorgaan de concurrentie niet verstoort. Het verrichten van economische activiteiten door een bestuursorgaan kan een prikkel zijn voor marktpartijen om scherp te concurreren, net als ze met andere marktpartijen doen. Wanneer een bestuursorgaan de activiteit echter onder integrale kostprijs verricht, kan het onmogelijk worden voor ondernemers om met de overheid te concurreren. Daarnaast zijn er andere manieren dan alleen de prijs waardoor bestuursorganen oneerlijk voordeel kunnen genieten. Zo kan de overheid gegevens die zij heeft verkregen via publiekrechtelijke bevoegdheden onder voorwaarden gebruiken voor een economische activiteit. Daarmee verkrijgt de overheid een concurrentievoordeel die de markt zelf nooit kan verkrijgen, die niet zomaar toegang tot deze gegevens heeft.

Bestuursorganen hebben in dergelijke gevallen een concurrentievoordeel ten opzichte van ondernemers. Hiermee valt niet alleen de concurrentiedruk weg, maar kunnen ondernemers zelfs door een overheid uit de markt worden gedrukt. Daarom bestaan er gedragsregels voor bestuursorganen wanneer zij economische activiteiten verrichten.

In de periode vóór de totstandkoming van de wet markt en overheid ontving de Minister van Economische Zaken diverse signalen uit het bedrijfsleven over ongelijke concurrentie tussen



bestuursorganen en het bedrijfsleven. Daarbij werd aangegeven dat de destijds bestaande wet- en regelgeving (onder andere staatssteunregels, mededingingsrecht, aanbestedingsrecht en bestuursrecht) onvoldoende kon bijdragen aan de oplossing van het probleem van ongelijke concurrentie tussen bestuursorganen en ondernemers.

Om deze problematiek aan te pakken is op 1 juli 2012 de wet markt en overheid in werking getreden met een tijdelijk karakter.

2.2.2. Inhoud van de wet markt en overheid

Hoofdstuk 4b van de Mededingingswet (artikelen 25g tot en met 25ma) bevat gedragsregels voor bepaalde bestuursorganen die economische activiteiten verrichten. Onder bestuursorganen worden hier verstaan het Rijk, de provincies, de gemeenten, de waterschappen en zelfstandige bestuursorganen die krachtens publiekrecht zijn ingesteld. Onder een economische activiteit wordt verstaan het aanbieden van goederen of diensten op een markt. Dit betreft een breed scala aan activiteiten. Voorbeelden van economische activiteiten verricht door bestuursorganen zijn de verkoop en verhuur van vastgoed, de exploitatie van sportaccommodaties, de exploitatie van camperplaatsen of jachthavens, de exploitatie van horecavoorzieningen in overheidsgebouwen en het ophalen van bedrijfsafval. Op activiteiten die worden verricht in het kader van een publieke taak (activiteiten ter uitoefening van specifieke bevoegdheden van overheidsgezag) is de wet markt en overheid niet van toepassing.

Het uitgangspunt van de wet markt en overheid is dat bestuursorganen zich bij het verrichten van economische activiteiten aan vier gedragsregels houden, te weten:

1. bestuursorganen moeten bij het verrichten van economische activiteiten de integrale kosten van deze activiteiten aan de afnemers doorberekenen (artikel 25i);
2. bestuursorganen mogen hun overheidsbedrijf niet bevoordelen boven ondernemingen waarmee dat overheidsbedrijf in concurrentie treedt en mogen hun overheidsbedrijf geen voordelen toekennen die verder gaan dan in het normale handelsverkeer gebruikelijk is (artikel 25j);
3. bestuursorganen mogen gegevens die ze hebben verkregen bij de uitvoering van publieke taken alleen gebruiken voor economische activiteiten indien de gegevens ook aan derden beschikbaar kunnen worden gesteld (artikel 25k), en
4. indien bestuursorganen economische activiteiten verrichten en ten aanzien van deze economische activiteiten ook een publiekrechtelijke bevoegdheid uitoefenen, mogen niet dezelfde personen betrokken zijn bij beide activiteiten (artikel 25l).

De wet markt en overheid kent verschillende uitzonderingen in welke gevallen de wet markt en overheid niet van toepassing is. Zo gelden de gedragsregels niet voor bepaalde sectoren waar vaak organisaties met een publiekrechtelijke of privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid naast elkaar opereren en waarvoor al een specifiek wettelijk regime geldt waarmee gelijke concurrentieverhoudingen bevorderd worden (artikel 25h, eerste lid). De gedragsregels gelden ook niet voor het aanbieden van goederen of diensten door bestuursorganen aan andere bestuursorganen voor zover deze goederen of diensten zijn bestemd voor de uitvoering van een publiekrechtelijke taak (artikel 25h, tweede lid). Van deze uitzondering is bijvoorbeeld sprake wanneer een gemeente zijn straatveger ter beschikking stelt aan een andere gemeente en deze andere gemeente de veger gebruikt om de straten te onderhouden. Op bestuursorganen als bedoeld in artikel 1.1, eerste lid, onder b, van de Algemene wet bestuursrecht (de zogenaamde b-organen) en op bestuursorganen van openbare lichamen van beroep en bedrijf die zijn ingesteld op grond van artikel 134 van de Grondwet zijn de gedragsregels evenmin van toepassing. De gedragsregels gelden ook niet als sprake is van staatssteun in de zin van artikel 107, eerste lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (artikel 25h, vierde lid), omdat er in dit geval geen sprake kan zijn van vervalste concurrentie door bestuursorganen. Ingevolge artikel 25h, vijfde lid, gelden de gedragsregels tot slot ook niet als is vastgesteld dat economische activiteiten plaatsvinden in het algemeen belang (de algemeenbelanguitzondering). Een bestuursorgaan kan zelf beslissen dat een economische activiteit in het algemeen belang plaatsvindt. De vaststelling dat een economische activiteit plaatsvindt in het algemeen belang, vindt voor de Rijksoverheid plaats door de minister die het aangaat, voor provincies door de provinciale staten, voor gemeenten door de gemeenteraad, voor waterschappen door het algemeen bestuur en voor zelfstandige bestuursorganen door de minister die het aangaat (artikel 25h, zesde lid).

2.2.3. Zelfstandige bestuursorganen

De gedragsregels van de wet markt en overheid gelden in beginsel voor alle overheden die goederen of diensten op de markt aanbieden, en daarmee ook voor zelfstandige bestuursorganen (hierna: zbo's). In sommige gevallen kunnen zbo's (mede) economische activiteiten verrichten. Op deze economische activiteiten is de wet markt en overheid van toepassing wat betekent dat ook zbo's zich dienen te houden aan de gedragsregels. Wel kan ten aanzien van deze economische activiteiten een algemeenbelangbesluit worden genomen. Het is op grond van artikel 25h, zesde lid, van de Mededingingswet



aan de minister die het aangaat om een algemeenbelangbesluit te nemen en daarmee de economische activiteiten van een zbo uit te zonderen van de gedragsregels van de wet markt en overheid. Deze activiteiten worden daarom niet aangemerkt als economische activiteiten waarop de gedragsregels uit de wet markt en overheid van toepassing zijn.

De wet markt en overheid ziet alleen op economische activiteiten, niet op publiekrechtelijke activiteiten. De wet markt en overheid geeft daarnaast geen uitsluitel over de vraag welke (economische) activiteiten een zbo mag uitvoeren: dat hangt in het geval van een zbo af van de relevante regelgeving, bevoegdheden en taken van het bestuursorgaan.

2.3. Evaluatie

In artikel III van de wijzigingswet markt en overheid was een evaluatiebepaling opgenomen, op grond waarvan de wet markt en overheid binnen drie jaar na inwerkingtreding moest worden geëvalueerd. De wet markt en overheid is daarom in 2016 geëvalueerd (Kamerstukken II 2015/16, 34 487, nr. 1). De evaluatie diende om onderzoek te doen naar de mate waarin de wet markt en overheid bijdraagt aan het creëren van zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen bestuursorganen en particuliere ondernemers.

Uit de evaluatie blijkt dat er een verschil is in perceptie tussen bestuursorganen en ondernemers over situaties waarbij bestuursorganen en ondernemers met elkaar concurreren. Ongeveer een derde van de ondernemers geeft aan concurrentie te ondervinden van economische activiteiten die door bestuursorganen worden verricht. Van deze ondernemers geeft circa de helft aan deze concurrentie als zeer oneerlijk te zien. Bestuursorganen geven echter aan dit beeld niet te herkennen. Zij schatten de mate waarin concurrentie tussen bestuursorganen en ondernemers een probleem is, als laag in. Een verklaring hiervoor is het beperkt aantal klachten dat bestuursorganen over concurrentievervalsing ontvangen. Van de bestuursorganen geeft 88 procent aan geen klachten te hebben ontvangen over oneerlijke concurrentie.

Uit een in het kader van de evaluatie gemaakte analyse van de circa 200 signalen en klachten die tussen maart 2012 en december 2014 zijn binnengekomen bij de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) blijkt dat veel van de hinder van concurrerende bestuursorganen die ondernemers aangaven te ondervinden buiten de reikwijdte van de wet markt en overheid viel. Van de klachten die wel onder de reikwijdte van de wet markt en overheid vielen, viel ongeveer de helft onder één van de uitzonderingen, waardoor de gedragsregels niet van toepassing zijn. Het gaat daarbij met name om de algemeenbelanguitzondering. Uit recente cijfers van de ACM blijkt dat in 2015 75 signalen, in 2016 80 signalen en in 2017 70 signalen over ongelijke concurrentie zijn ontvangen.

Verder blijkt uit de evaluatie dat 75 procent van de bestuursorganen voor één of meer economische activiteiten gebruik heeft gemaakt van de algemeenbelanguitzondering. Onder gemeenten is dit ruim 90 procent. Bestuursorganen gebruiken de uitzondering bijvoorbeeld voor de verhuur van vastgoed (veelal aan verenigingen of maatschappelijke organisaties), de exploitatie van sportaccommodaties, de exploitatie van horecavoorzieningen in overheidsgebouwen, het ophalen van bedrijfsafval en het exploiteren van camperplaatsen of ligplaatsen in jachthavens.

Uit de evaluatie blijkt verder dat algemeenbelangbesluiten vaak beperkt gemotiveerd worden. In de motivering wordt vaak beperkt of niet ingegaan op het doel van de wet, namelijk het tegengaan van ongelijke concurrentie, in relatie tot de te maken uitzondering in het algemeen belang. Ook wordt beperkt of niet ingegaan op de op de positie van ondernemers en daarmee de gevolgen van het gebruik van de algemeenbelanguitzondering voor de concurrentie. Tevens worden marktpartijen (onder andere de betrokken ondernemers) slechts beperkt bij algemeenbelangbesluiten betrokken. Van alle algemeenbelangbesluiten wordt in 42 procent van de gevallen het voorgenomen besluit gepubliceerd en een inspraaktermijn in acht genomen. In minder dan 10 procent van de gevallen is een ondernemersconsultatie verricht.

Een conclusie van de evaluatie is dat de wet markt en overheid bestuursorganen heeft gedwongen meer rekening te houden met ondernemers. Hiermee is het risico op ongelijke concurrentie verkleind. Daarnaast wordt geconcludeerd dat de wet markt en overheid een aanvulling is op andere wet- en regelgeving (staatsteunrecht, aanbestedingsrecht, mededingingsrecht). Echter, met name door de wijze waarop bestuursorganen in de praktijk gebruikmaken van de algemeenbelanguitzondering wordt de reikwijdte van de wet markt en overheid flink ingeperkt en wordt het beoogde effect ervan deels ondergraven. De evaluatie geeft geen oordeel over de algemeenbelangbesluiten die bestuursorganen hebben genomen, maar gaat alleen in op het proces dat bestuursorganen hebben gevolgd wanneer ze de uitzondering hebben gebruikt.

In de kabinetsreactie op de evaluatie is gesteld dat de wet markt en overheid de risico's op oneerlijke



concurrentie heeft verlaagd, maar dat dit effect nog suboptimaal is. Om die reden heeft de Minister van Economische Zaken besloten om de horizonbepaling uit de wet markt en overheid te halen, specifieke motiveringsvereisten voor een algemeenbelanguitzondering op te nemen en meer inspraak vooraf voor ondernemers te regelen.

2.4. Doelen van het wetsvoorstel

Naar aanleiding van de evaluatie van de wet markt en overheid wordt voorgesteld de bepalingen met het onderhavige wetsvoorstel aan te passen. De wetwijziging geeft bovendien uitvoering aan het voornemen in het regeerakkoord 'Vertrouwen in de toekomst' om de algemeenbelangbepaling in de wet markt en overheid aan te scherpen om oneigenlijke en ongewenste concurrentie tussen bestuursorganen en private partijen te voorkomen.

De wijziging heeft drie componenten. De eerste component is het schrappen van de horizonbepaling van de wet markt en overheid, waarmee het tijdelijk karakter van de wet komt te vervallen. De tweede component is het verbeteren van de werking van de wet markt en overheid, door het verbeteren van het proces van gebruikmaking van de algemeenbelanguitzondering. Tot slot wordt het vrijgeven van de broncode van open source software uitgezonderd van de gedragsregel voor integrale kostenberekening

Uit de evaluatie blijkt dat, ondanks bovengenoemde problemen met het gebruik van de algemeenbelanguitzondering, de wet markt en overheid het risico op ongelijke concurrentie heeft verkleind. Niettemin vraagt ongelijke concurrentie nog steeds de aandacht en is het doel van het creëren van gelijke concurrentieverhoudingen nog steeds belangrijk. Daarom zou een situatie zonder voorschriften over markt en overheid onwenselijk zijn. De huidige wet vervalt op 1 juli 2023 (zie paragraaf 3.1.2). Omdat het nut van de wet op het verminderen van ongelijke concurrentie is aangetoond, zal dit wetsvoorstel daarom de huidige horizonbepaling in de wet markt en overheid schrappen.

Naast deze wijziging is, om de werking van de wet markt en overheid te verbeteren, ook een inhoudelijke wijziging nodig. Uit de evaluatie blijkt immers dat bestuursorganen hun algemeenbelangbesluit vaak beperkt motiveren en dat ondernemers beperkt bij de besluitvorming worden betrokken. Doel van het wetsvoorstel is dan ook om het proces dat bestuursorganen doorlopen wanneer ze gebruik willen maken van de algemeenbelanguitzondering te verbeteren. Dit moet zorgen voor een zorgvuldige afweging van de verschillende belangen waarbij aandacht wordt besteed aan de effecten van een algemeenbelangbesluit op ondernemers. Hiermee zal het risico op ongelijke concurrentie tussen bestuursorganen en ondernemers verkleind worden en zal de wet markt en overheid meer dan nu bijdragen aan het doel van het creëren van zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen bestuursorganen en ondernemers. Om het proces dat bestuursorganen doorlopen wanneer ze gebruikmaken van de uitzondering te verbeteren, wordt met dit wetsvoorstel de algemeenbelanguitzondering aangescherpt door het codificeren van geldende motiveringsvereisten, het creëren van een inspraakmogelijkheid voor ondernemers en door het invoeren van een evaluatiebepaling voor zowel bestaande als nieuwe algemeenbelangbesluiten. De wijzigingen worden in paragraaf 3 nader toegelicht.

Tot slot voorziet dit wetsvoorstel in een uitzondering voor het vrijgeven van de broncode van open source software die bestuursorganen (laten) ontwikkelen, voor de gedragsregel van integrale kostenberekening, als bedoeld in artikel 25i van de Mededingingswet. Dit heeft als doel dat overheden gemakkelijker de broncode van open software kunnen publiceren waarmee maatschappelijke voordelen gerealiseerd worden. Het belang van deze uitzondering wordt beschreven in de brief van de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties op 17 april 2020 (Kamerstukken II 26 643, nr. 676). Het vrijgeven van de broncode komt ten goede aan de transparantie van de software en achterliggende algoritmen en rekenmodellen. Daarnaast stimuleert het innovatie en bedrijvigheid omdat bedrijven zonder restricties kunnen voortbouwen op oplossingen die er al zijn. Hergebruik voorkomt daarmee ook deeloplossingen en gaat verspilling van belastinggeld tegen. En ten slotte creëert openheid van de broncode ruimte voor externe ontwikkelaars om allerlei kwaliteitsverbeteringen voor te stellen. Vanwege deze voordelen kiest de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties namens het kabinet voor een 'open, tenzij' voor het vrijgeven van de broncode van open source. Een 'open, tenzij' is lastig in de praktijk te brengen als vrijgave van de broncode niet gemakkelijker kan. Van belang is om vast te stellen dat artikel 25i – doorberekenen van de integrale kostprijs – indruist tegen het principe dat de broncode gratis en aan iedereen beschikbaar wordt gesteld. Het aanbieden van de broncode van open source software gaat bovendien om een specifieke digitale dienstverlening, die niet vergelijkbaar is met veel andere activiteiten die onder de reikwijdte van de wet markt en overheid vallen, zoals het aanbieden van ligplaatsen in jachthavens, of verhuurlocaties waar de overheid in veel gevallen geld mee wil verdienen. Het vrijgeven van eigen software stelt namelijk iedereen in staat het gratis te gebruiken (en door te ontwikkelen).



3. Hoofdpijnen van het wetsvoorstel

De onderhavige wetswijziging bestaat uit drie onderdelen, te weten: 1) het bestendig maken van de wet markt en overheid door het laten vervallen van de horizonbepaling, 2) het verbeteren van de besluitvormingsproces wanneer bestuursorganen gebruikmaken van de algemeenbelanguitzondering en 3) een uitzondering van de gedragsregel integrale kostendoorberekening voor het aanbieden van open source software.

3.1. Vervallen horizonbepaling

In artikel IV, tweede lid, van de wijzigingswet markt en overheid was een horizonbepaling opgenomen. De wijzigingswet maakte het mogelijk de werking van de wet markt en overheid bij algemene maatregel van bestuur te verlengen. Met het Besluit van PM tot wijziging van het Besluit van 31 januari 2017, houdende verlenging van de werkingsduur van de gedragsregels voor de overheid in de Mededingingswet (Stb. PM) is de werkingsduur van de wet, vooruitlopend op onderhavig wetsvoorstel, voor de tweede maal verlengd met een periode van twee jaar. De wet markt en overheid vervalt daarom per 1 juli 2023.

Er is onverminderd aanleiding om het gelijke speelveld tussen ondernemers en bestuursorganen te borgen. De wet markt en overheid draagt, zoals ook blijkt uit de evaluatie, bij aan het verkleinen van het risico op ongelijke concurrentie tussen bestuursorganen en ondernemers. Zoals beschreven in paragraaf 2.4 heeft het wetsvoorstel tot doel dat ook na 1 juli 2023 de gedragsregels voor bestuursorganen blijven gelden wanneer zij economische activiteiten verrichten. Zonder deze gedragsregels ontstaat er een kans dat ongelijke concurrentie tussen bestuursorganen en ondernemers verder zal toenemen. Dit is onwenselijk. Onderhavige wetsvoorstel voorziet erin dat de wet markt en overheid ook na 1 juli 2023, zonder horizonbepaling, van kracht blijft.

3.2. Het nemen van een algemeenbelangbesluit

Met dit wetsvoorstel blijft het voor bestuursorganen mogelijk een algemeenbelangbesluit te nemen en daarmee gebruik te maken van de algemeenbelanguitzondering, bijvoorbeeld wanneer sprake is van marktfalen of wanneer het wenselijk is dat bestuursorganen een economische activiteit beneden de kostprijs verrichten om een publiek belang te dienen. Zo zullen er weinig tot geen particuliere aanbieders van voetbalvelden zijn als alle kosten moeten worden terugverdiend en is het voorstelbaar dat bestuursorganen hiervoor, mits zorgvuldig gemotiveerd, de algemeenbelanguitzondering (blijven) gebruiken om het mogelijk te maken dat iedere inwoner toegang heeft tot sport- en beweegmogelijkheden in de buurt.

Om de effectiviteit van de wet markt en overheid te verbeteren, worden de motiveringsvereisten en het proces van besluitvorming voor een algemeenbelanguitzondering aangescherpt. Uit de evaluatie van de wet markt en overheid blijkt namelijk dat bestuursorganen onvoldoende oog hebben voor de gevolgen van het gebruik van de algemeenbelanguitzondering voor ondernemers en dat zij voornamelijk een intern perspectief hanteren bij de besluitvorming. Zo blijkt dat bestuursorganen met name aandacht besteden aan de vraag waarom een activiteit in het algemeen belang plaatsvindt en minder aan de gevolgen voor ondernemers. De verschillende belangen die in het geding zijn bij het gebruik van de algemeenbelanguitzondering worden in gevallen niet voldoende tegen elkaar afgewogen.

Het onderhavige wetsvoorstel beoogt deze belangenafweging te verbeteren en transparanter te maken door het stellen van eisen aan de motivering van een algemeenbelangbesluit en het creëren van een inspraakmogelijkheid voor ondernemers en andere belanghebbenden voordat bestuursorganen overgaan tot het voorbereiden van een algemeenbelangbesluit. Door deze wijzigingen zullen bestuursorganen zorgvuldig aandacht moeten besteden aan de gevolgen voor ondernemers van het verrichten van een economische activiteit in afwijking van de gedragsregels en krijgen ondernemers de gelegenheid zich in een zo vroeg mogelijk stadium uit te spreken. Dit moet leiden tot besluitvorming waarbij de verschillende belangen grondig tegen elkaar worden afgewogen en op basis van de verschillende belangen een bewuste keuze wordt gemaakt.

3.2.1. Motiveringseisen

Met deze wetswijziging worden nadere eisen gesteld aan de motiveringsplicht die bestuursorganen hebben indien gebruik wordt gemaakt van de algemeenbelanguitzondering, waaronder eisen die zijn neergelegd in recente jurisprudentie. De Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) vereist dat een bestuursorgaan bij het nemen van een besluit de bij het besluit betrokken belangen afweegt (artikel 3:4, eerste lid). Ook volgt uit de Awb dat een besluit goed moet worden gemotiveerd (artikel 3:46). In vaste jurisprudentie heeft de rechter aangegeven dat de totstandkoming van een algemeenbelangbesluit moet geschieden met inachtneming van de zorgvuldigheidseisen die de Awb hieraan stelt. De rechter noemt hierbij dat een afweging plaats moet vinden tussen het belang dat met de vaststelling



van een algemeenbelangbesluit wordt nagestreefd en de belangen van eventuele derden, met name (reeds op de markt actieve) ondernemers, die door de vaststelling worden getroffen (zie onder andere ECLI:NL:CBB:2016:414, ECLI:NL:RBROT:2018:2123, ECLI:NL:RBROT:2017:631, ECLI:NL:RBROT:2018:2244 en ECLI:NL:RBROT:2018:5147).

De motiveringseisen die met dit wetsvoorstel worden opgenomen, vullen het in de Awb opgenomen motiveringsvereiste nader in en zijn ondersteunend in het op een goede wijze afwegen van de bij het besluit betrokken belangen. Ze zijn daarmee specifiek voor de wet markt en overheid en een aanvulling op de generieke eisen over motivering en belangenafweging die in de Awb zijn opgenomen. De onderdelen waaruit de motivering van een algemeenbelangbesluit moet bestaan, worden bij algemene maatregel van bestuur vastgesteld. Op die manier kan sneller worden ingespeeld op de praktijk. Het kan bijvoorbeeld wenselijk zijn om de motiveringseisen aan te scherpen of beter aan te laten sluiten bij de praktijk. Hierna wordt vooruitlopend op de totstandkoming van deze algemene maatregel van bestuur nader ingegaan op de motiveringseisen waaraan op dit moment wordt gedacht.

De motiveringseisen zullen er als volgt uitzien:

1. beschrijving van de activiteit waarvoor de algemeenbelanguitzondering wordt ingeroepen;
2. beschrijving van het algemeen belang dat met het besluit wordt gediend;
3. duiding van de noodzaak om de algemeenbelanguitzondering in te roepen;
4. beschrijving van de gevolgen van het gebruik van de algemeenbelanguitzondering op ondernemers;
5. afweging van de noodzaak van afwijking van de gedragsregels op grond van het algemeenbelangbesluit enerzijds, tegenover het effect op het ondernemers anderzijds.

De activiteit waarvoor de algemeenbelanguitzondering wordt ingeroepen

Uit de evaluatie blijkt dat algemeenbelangbesluiten veelal generiek zijn opgesteld. Er zijn bijvoorbeeld algemeenbelangbesluiten waarin de exploitatie van sportaccommodaties of de verhuur van vastgoed door een gemeente generiek van de gedragsregels van de wet markt en overheid worden uitgezonderd. Het is echter van belang dat bestuursorganen de algemeen belanguitzondering per activiteit motiveren, omdat een belangenafweging per activiteit anders uit kan pakken. Zo kan voor bepaalde sportaccommodaties een private ondernemer aanwezig zijn, waardoor de belangenafweging anders kan uitpakken dan voor sportaccommodaties waarvoor geen private ondernemer aanwezig is. Dit vergt dat per activiteit wordt gemotiveerd waarom de uitzondering wordt ingeroepen. Het is van belang dat deze beschrijving concreet en specifiek is, zodat duidelijk is welke economische activiteit(en) het betreft. Voor het gebruik van de uitzondering voor de verhuur van sportaccommodaties betekent dit bijvoorbeeld dat in de motivering een onderscheid wordt gemaakt tussen de verschillende sportaccommodaties. Dit leidt ertoe dat alleen nog een generiek algemeenbelangbesluit voor sportaccommodaties kan worden genomen indien kan worden gemotiveerd dat die uitzondering voor alle verschillende sportaccommodaties (bijvoorbeeld sporthallen, zwembaden, voetbalvelden) moet gelden. Ditzelfde geldt bijvoorbeeld ook voor de verhuur van vastgoed.

Het algemeen belang dat met het besluit wordt gediend

Een volgende stap in de motivering van een algemeenbelangbesluit is het beschrijven van het algemeen belang dat met het besluit wordt gediend, en het beschrijven hoe de economische activiteit bijdraagt aan de behartiging van dat belang. Uit de evaluatie blijkt dat bestuursorganen de algemeenbelanguitzondering vaak toepassen voor activiteiten die ze voor de inwerkingtreding van de wet markt en overheid al verrichtten, met als motivering dat ze zo kunnen blijven doen wat ze al deden, zonder dat duidelijk wordt ingegaan op het algemeen belang dat met het besluit wordt gediend. Ook komt het voor dat bestuursorganen een algemeen belang beschrijven, zonder aan te geven op welke manier de specifieke economische activiteit bijdraagt aan het belang. Dergelijke generieke beschrijvingen helpen niet in het maken van een goede belangenafweging. Met het beschrijven van het algemeen belang en hoe de activiteit bijdraagt aan de behartiging van dat belang wordt het voor bestuursorganen eenvoudiger om een goede belangenafweging te maken.

Een voorbeeld is dat de algemeenbelanguitzondering voor de verhuur van voetbalvelden kan worden gebruikt om de sportparticipatie te verhogen door vergrote sport- en beweegmogelijkheden. Een beschrijving van het algemeen belang dat met het besluit wordt gediend bestaat uit een toelichting waarom het van algemeen belang is dat voor iedere inwoner die dat wil de sport- en beweegmogelijkheden in de buurt vergroot worden, en hoe de verhuur van voetbalvelden bijdraagt aan het tot stand brengen van het algemeen belang.



De noodzaak om de uitzondering in te roepen

Nadat het algemeen belang is beschreven is de volgende stap om aan te geven waarom het voor het dienen van het algemeen belang noodzakelijk is om van één of meer van de gedragsregels in de wet markt en overheid af te wijken. Uitgangspunt van de wet is dat bestuursorganen zich aan de gedragsregels houden. Het naleven van de gedragsregels (zoals het doorberekenen van de integrale kosten) kan het nog steeds mogelijk maken om het algemeen belang te dienen. In dat geval is gebruik van de algemeenbelanguitzondering niet nodig. Het beschrijven van de noodzaak kan bijvoorbeeld door aan te geven wat de negatieve gevolgen van het toepassen van de gedragsregels zijn voor het algemeen belang. Omdat bestuursorganen de uitzondering meestal gebruiken om economische activiteiten beneden de kostprijs te verrichten, zal dit er in de praktijk vooral op neerkomen dat bestuursorganen motiveren wat er fout gaat als ze de integrale kosten doorberekenen. In het voorbeeld van het vergroten van de sport- en beweegmogelijkheden zal een bestuursorgaan dan onderbouwen hoe dit wordt geschaad als een bestuursorgaan de integrale kosten gewoon zou doorberekenen. Hierbij dient een bestuursorgaan ook te kijken of er ondernemers zijn die de activiteit (kunnen) aanbieden onder de door de overheid gewenste voorwaarden waarmee het algemeen belang ook wordt gediend. Zo kan het zijn dat een ondernemer de desbetreffende activiteit tegen het gewenste tarief aanbiedt of kan aanbieden. Op deze manier wordt het algemeen belang geborgd en is het voor het bestuursorgaan niet noodzakelijk de algemeenbelanguitzondering in te roepen.

De gevolgen van het gebruik van de algemeenbelanguitzondering

Het gebruik van de algemeenbelanguitzondering kan gevolgen hebben voor ondernemers omdat het bestuursorgaan met ondernemers in concurrentie treedt doordat zij de desbetreffende economische activiteit zelf verricht. Wanneer een bestuursorgaan deze activiteit vervolgens beneden de kostprijs verricht, kan dit tot gevolg hebben dat ondernemers die wel hun kostprijs moeten doorberekenen klanten verliezen. Het bestuursorgaan concurreert dan onder oneerlijke voorwaarden met de ondernemer. Het is daarom van belang dat bestuursorganen inzicht hebben in en zich bewust zijn van de gevolgen van het gebruik van de algemeenbelanguitzondering voor ondernemers. Een volgende stap in de afweging is daarom een beschrijving van de gevolgen van het gebruik van de algemene belanguitzondering voor ondernemers en de concurrentie. Waar mogelijk kan een beschrijving van de gevolgen cijfermatig worden onderbouwd. Het zal echter voor bestuursorganen vaak niet mogelijk zijn om de gevolgen te kwantificeren. In dergelijke gevallen volstaat een kwalitatieve beschrijving.

Een voorbeeld is een gemeente die de algemeenbelanguitzondering wil gebruiken voor de verhuur van vastgoed aan een buurtvereniging. Om de gevolgen van het gebruik van de uitzondering te bezien, is het nodig om na te gaan of er particuliere verhuurders zijn die vergelijkbaar vastgoed kunnen verhuren en om in kaart te brengen wat de verwachte gevolgen voor deze particuliere verhuurders zijn wanneer het bestuursorgaan vastgoed onder de kostprijs aan een buurtvereniging zou verhuren. Een ander voorbeeld is een gemeente die een algemeenbelangbesluit wil nemen voor de verhuur van ligplaatsen in een gemeentelijke jachthaven om zo het toerisme te stimuleren. Indien er in de gemeente ook een particuliere jachthaven is die ligplaatsen verhuurt, betekent een beschrijving van de gevolgen dat de gemeente de effecten voor die jachthaven zorgvuldig in kaart brengt voordat al dan niet wordt besloten om de algemeenbelanguitzondering te gebruiken.

De afweging tussen de voordelen van het dienen van het algemeen belang en de gevolgen voor ondernemers en concurrentie

Als conform de vorige twee motiveringsvereisten de noodzaak van het inroepen van de algemeenbelanguitzondering en de gevolgen daarvan voor ondernemers in kaart zijn gebracht, kunnen deze belangen vervolgens tegen elkaar worden afgewogen. Het sluitstuk van de motivering is dus het nagaan of de voordelen van het dienen van het algemeen belang opwegen tegen de gevolgen daarvan voor ondernemers. Deze afweging zal uiteindelijk bepalen of een bestuursorgaan de uitzondering wil gebruiken.

Bij het voorbeeld van de verhuur van een binnensportaccommodatie aan een sportvereniging wil het bestuursorgaan deze economische activiteit verrichten omdat hiermee de sport- en beweegmogelijkheden worden vergroot. Daarbij wil het bestuursorgaan afwijken van de gedragsregels uit de wet markt en overheid. Het bestuursorgaan heeft beschreven dat het vergroten van de sport- en beweegmogelijkheden in het algemeen belang is en waarom het noodzakelijk is om van de gedragsregels af te wijken. Het bestuursorgaan heeft ook in kaart gebracht of er particuliere verhuurders van binnensportaccommodaties zijn en wat de gevolgen voor deze verhuurders zijn wanneer het bestuursorgaan haar binnensportaccommodaties onder kostprijs aan een sportvereniging verhuurt. Om een goed gemotiveerde keuze te maken tussen het wel en niet gebruiken van de algemeenbelanguitzondering, is het nodig deze belangen tegen elkaar af te wegen.



3.2.2. *Inspraak voor ondernemers en andere geïnteresseerden*

Onderdeel van een zorgvuldige besluitvorming bij een algemeenbelanguitzondering is dat ondernemers hierin actief worden betrokken. Door het organiseren van een consultatie krijgen ondernemers de mogelijkheid zich uit te spreken wanneer een bestuursorgaan overweegt de algemeenbelanguitzondering te gebruiken.

Uit de evaluatie van de wet markt en overheid blijkt dat slechts 42 procent van de bestuursorganen het (voorgenomen) besluit vooraf heeft gepubliceerd en een inspraaktermijn in acht heeft genomen. In een beperkt aantal gevallen is een consultatie uitgevoerd. Ondernemers zijn dus in het grootste deel van de gevallen waarin een algemeenbelangbesluit is genomen, niet vooraf betrokken geweest bij de besluitvorming van een bestuursorgaan. Wanneer het besluit al genomen is, kunnen zij alleen nog gebruik maken van de mogelijkheid om bezwaar tegen het besluit te maken. In de praktijk blijkt dat dit onvoldoende bescherming biedt voor de belangen van ondernemers, zoals besproken is in paragraaf 2.3. Omdat de belangen van ondernemers groot kunnen zijn, is het van belang dat zij al in een eerder stadium bij de besluitvorming worden betrokken dan nu het geval is.

Consultatie

Een consultatie zorgt er voor dat ondernemers in een zo vroeg mogelijk stadium betrokken worden en helpt bestuursorganen bovendien om in een vroeg stadium na te gaan of een bepaald belang dat een bestuursorgaan kan dienen, door een ondernemer gerealiseerd kan worden. Er wordt in dit wetsvoorstel daarom gekozen voor een verplichte consultatie. Een consultatie is een informatie-uitwisseling met eenieder die geïnteresseerd is, georganiseerd door een bestuursorgaan dat voornemens is een algemeenbelangbesluit te nemen. De consultatie staat open voor iedereen. Dit is dus niet beperkt tot alleen belanghebbenden in de zin van de Awb. Het gaat hierbij niet alleen om ondernemers, maar ook om andere partijen met belangen of inzichten waarvan het nuttig is dat het bestuursorgaan deze meeneemt. De consultatie dient plaats te vinden voordat begonnen wordt met de voorbereiding van een algemeenbelangbesluit.

De wijze van consulteren

Het bestuursorgaan geeft uiterlijk twee weken voor de consultatie kennis van de organisatie daarvan, en vermeldt daarbij hoe aanmelding kan plaatsvinden. Voor het overige is de wijze van consulteren vormvrij. Dat houdt in dat bestuursorganen zelf beslissen in welke vorm zij een consultatie houden: bijvoorbeeld door middel van een consultatiebijeenkomst, via een online bijeenkomst of middels een schriftelijke ronde.

Hoewel de consultatie vormvrij is, dienen bestuursorganen de consultatie zo vorm te geven dat eenieder die zich heeft aangemeld voldoende gelegenheid krijgt zich uit te spreken. Artikel 25ha, zevende lid, van dit wetsvoorstel stelt een doeltreffendheidsvereiste aan de consultatie. Dit betekent dat de consultatie op een zodanige manier moet worden ingericht dat eenieder die zich heeft aangemeld voldoende gelegenheid krijgt om zich uit te spreken.

Het ligt voor de hand dat de wijze waarop de consultatie wordt vormgegeven verschilt per activiteit en afhankelijk is van het aantal geïnteresseerden dat zich voor een consultatie heeft aangemeld. Het kan zijn dat een grote groep geïnteresseerden zich meldt bij een bestuursorgaan. Om al deze geïnteresseerden de mogelijkheid tot inspraak te geven, kan het bestuursorgaan een algemene consultatiebijeenkomst organiseren. Afhankelijk van de omstandigheden en mits de toegang tot de bijeenkomst voldoende gewaarborgd is, kan een dergelijke bijeenkomst ook digitaal plaatsvinden. Tijdens de consultatiebijeenkomst kunnen bestuursorganen hun overwegingen ten aanzien van een eventueel algemeenbelangbesluit presenteren en in dialoog gaan met ondernemers en andere geïnteresseerden. Het uiteindelijke doel van de consultatie is dat iedere geïnteresseerde die zich heeft aangemeld of is benaderd, voldoende gelegenheid krijgt om zich uit te spreken over het voornemen van het bestuursorgaan.

Uitnodiging tot consultatie

Bestuursorganen dienen zich bij de uitnodiging tot consultatie aan minimale termijnen te houden, om ervoor te zorgen dat ondernemers tijdig kunnen worden betrokken. Bestuursorganen geven op grond van artikel 25ha, zesde lid, van dit wetsvoorstel minimaal twee weken voorafgaand aan de consultatie kennis van de organisatie van een consultatie en vermelden daarbij hoe aanmelding plaats kan vinden. Voor kennisgeving zijn de bepalingen in artikel 3:12, eerste en tweede lid, van de Awb van toepassing. Dat betekent dat het bestuursorgaan voorafgaand aan de consultatie in één of meer dag-, nieuws- of huis-aan-huisbladen of op een andere geschikte wijze aan moet kondigen dat het een consultatie gaat houden. Hierbij geeft het bestuursorgaan ook aan hoe geïnteresseerde partijen zich kunnen aanmelden om aan de consultatie deel te nemen. Voor de Rijksoverheid geldt dat het voornemen om een consultatie te houden in de Staatscourant moet worden geplaatst. Wanneer een



bestuursorgaan weet heeft van een specifieke geïnteresseerde (bijvoorbeeld een ondernemer die dezelfde activiteit verricht), is het aan te raden dat het bestuursorgaan deze geïnteresseerde actief op de consultatie wijst. Uit het doeltreffendheidsvereiste volgt dat het bestuursorgaan ook voldoende mogelijkheden moet bieden aan geïnteresseerden om zich aan te melden.

Het algemeenbelangbesluit

Als onderdeel van de motiveringsvereisten wordt bij algemene maatregel van bestuur geregeld dat bestuursorganen de resultaten van de consultatie en de wijze waarop hiermee rekening is gehouden bij de vormgeving van het besluit, beschrijven in het algemeenbelangbesluit. Een verslag van de consultatie kan uiteraard ook worden gepubliceerd en worden opgenomen als toelichting bij het algemeenbelangbesluit, zolang wordt voldaan aan de eisen van de bescherming van persoonsgegevens en bedrijfsgegevens.

Bezwaar en beroep

Dit wetsvoorstel grijpt niet in op de bezwaar- en beroepsmogelijkheden van een belanghebbende tegen een algemeenbelangbesluit, dat een besluit is als bedoeld in de Awb. Die blijven bestaan voor alle belanghebbenden.

Voor bezwaar en beroep is het in beginsel niet relevant of belanghebbenden eerder betrokken waren bij de consultatie. Ook indien belanghebbenden bij de consultatie geen of andersluidende reacties kenbaar hebben gemaakt staan de procedures van bezwaar en beroep in volle omvang voor belanghebbenden open.

3.2.3. Evaluatie algemeenbelangbesluiten

Uit de evaluatie van de wet markt en overheid blijkt dat slechts vijf procent van de bestuursorganen een algemeenbelangbesluit heeft genomen voor bepaalde tijd. Tien procent heeft in het algemeenbelangbesluit aangegeven dat er een periodieke heroverweging komt.

Marktomstandigheden kunnen in de loop van de tijd veranderen. Het is mogelijk dat waar er eerst geen ondernemer was die een bepaalde economische activiteit verrichtte, deze ondernemer er na een aantal jaren wel is. Of er kan een ondernemer zijn die na een aantal jaren voornemens is een activiteit te verrichten maar daarbij onmogelijk kan concurreren met een bestuursorgaan dat deze activiteit beneden de kostprijs verricht. Dit kan ertoe leiden dat de nadelen van het gebruik van de algemeenbelanguitzondering na verloop van tijd zijn toegenomen of dat de noodzaak tot gebruikmaking van de algemeenbelanguitzondering niet meer bestaat, waardoor de belangenafweging om te komen tot een algemeenbelangbesluit anders kan uitpakken.

Om te borgen dat rekening wordt gehouden met dergelijke potentieel veranderende marktomstandigheden, wordt met dit wetsvoorstel geregeld dat algemeenbelangbesluiten iedere vijf jaar dienen te worden geëvalueerd. Naar aanleiding van deze evaluatie dient het bestuursorgaan een besluit te nemen om het algemeenbelangbesluit te handhaven, aan te passen of in te trekken.

Inhoud van de evaluatie

Op grond van artikel 25ha, vijfde lid, dient een bestuursorgaan voor elke evaluatie een consultatie uit te voeren. Deze consultatie moet voldoen aan alle vereisten zoals bedoeld in artikel 25ha, zesde en zevende lid, van dit wetsvoorstel en zoals beschreven is in paragraaf 3.2.2 van de toelichting bij dit wetsvoorstel.

Bij algemene maatregel van bestuur zullen nadere eisen worden gesteld over de elementen waaruit de evaluatie van het algemeenbelangbesluit bestaat. Deze eisen hebben tot doel te borgen dat bestuursorganen tijdens de evaluatie zorgvuldig aandacht besteden aan de verschillende belangen. Voorzien is in de algemene maatregel van bestuur op te nemen dat bestuursorganen in het kader van de evaluatie dezelfde aspecten bezien die zij ook moeten bezien bij het nemen van een algemeenbelangbesluit (zie de beschrijving van de motiveringseisen in paragraaf 3.1.3.1). Dit betekent dat de volgende punten in de evaluatie moeten worden meegenomen:

1. nagaan of het verrichten van een bepaalde economische activiteit door het bestuursorgaan nog steeds in het algemeen belang is;
2. bekijken of het voor het dienen van het algemeen belang nog steeds nodig is om de gedragsregels van de wet markt en overheid niet toe te passen;
3. nagaan wat de gevolgen van het gebruik van de algemeenbelanguitzondering op ondernemers zijn geweest;
4. bekijken of de marktomstandigheden zijn veranderd: als er bijvoorbeeld eerst geen ondernemers waren die de activiteit verrichtten, dan dienen bestuursorganen te kijken of er nu wel ondernemers zijn die de activiteit (kunnen) verrichten;
5. de reactie van ondernemers afkomstig uit de ondernemersconsultatie



6. bekijken of de afweging tussen het belang van afwijken van de gedagsregels en de gevolgen daarvan voor ondernemers nog steeds noodzakelijk is.

Hoewel de evaluatie tot doel heeft dat bestuursorganen periodiek de belangen van ondernemers overwegen, zijn de belangen van het bestuursorgaan bij het uitvoeren van de economische activiteit eveneens van belang. Door de evaluatieverplichting kan een situatie ontstaan dat een bestuursorgaan door veranderende omstandigheden zijn eerder genomen algemeenbelangbesluit aanpast of intrekt, terwijl dat eerder genomen algemeenbelangbesluit voldoende gemotiveerd door het bestuursorgaan is gemaakt. Dit bestuursorgaan mocht er toentertijd vanuit gaan dat de economische activiteit in het algemeen belang was en dat hij daar de bijbehorende investeringen voor kon doen. In de evaluatie kan een bestuursorgaan deze achtergrond meewegen in het oordeel of het een algemeenbelangbesluit handhaaft, aanpast of intrekt.

Termijn van evaluatie

Bestuursorganen moeten op grond van artikel 25ha, derde lid, van dit wetsvoorstel elke vijf jaar evalueren of het te motiveren is om het beroep op de algemeenbelanguitzondering te continueren. Door te kiezen voor een periode van vijf jaar kan voldoende rekening worden gehouden met veranderende marktomstandigheden. Bovendien is het algemeenbelangbesluit lang genoeg in werking om de effecten ervan te kunnen beoordelen. Aan de andere kant biedt vijf jaar voldoende rechtszekerheid voor bestuursorganen indien zij een algemeenbelangbesluit nemen.

Dit wetsvoorstel belet bestuursorganen niet om eerder dan na vijf jaar een evaluatie uit te voeren als de omstandigheden daarom vragen. Bestuursorganen mogen strengere procedures volgen, zolang er minimaal eens per vijf jaar geëvalueerd wordt en deze evaluatie uitmondt in een besluit. Zo kent bijvoorbeeld de Kamer van Koophandel een strengere wettelijk regime dan dit wetsvoorstel voorschrijft voor het verrichten van economische activiteiten en evaluatieverplichtingen.

Het bestuursorgaan beslist op basis van de evaluatie

Naar aanleiding van de evaluatie besluit het bestuursorgaan tot het handhaven, aanpassen of intrekken van het algemeenbelangbesluit op grond van artikel 25ha, vierde lid, van dit wetsvoorstel. Dat wil zeggen dat een algemeenbelangbesluit vijf jaren geldig is en alleen verlengd kan worden als een evaluatie is uitgevoerd. De evaluatie wordt uitgevoerd door of namens het bestuursorgaan dat het besluit heeft genomen. Dat betekent dat de evaluatie voor gemeenten wordt verricht door of namens de gemeenteraad, voor de provincie door de provinciale staten, voor de waterschappen door het algemeen bestuur en voor het Rijk en voor zelfstandige bestuursorganen als bedoeld in artikel 1, onderdeel a, van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen door de minister die het aangaat. Bestuursorganen zullen op basis van de uitkomsten van de evaluatie een besluit moeten nemen over het al dan niet in stand laten van het algemeenbelangbesluit. Indien de evaluatie geen aanleiding geeft tot wijziging, kan het bestuursorgaan het algemeenbelangbesluit (ongewijzigd) in stand laten, waarbij deze keuze uitmondt in een besluit. Een bestuursorgaan kan op grond van de evaluatie ook een besluit nemen tot aanpassing of intrekking van het algemeenbelangbesluit.

Bezwaar en beroep

Het besluit dat een bestuursorgaan maakt op basis van de evaluatie is een besluit in de zin van de Awb en daar staat bezwaar en beroep tegen open. In de motiveringsvereisten die bij algemene maatregel van bestuur worden gesteld, wordt opgenomen dat de uitkomsten van de evaluatie moeten worden meegenomen in de motivering van het besluit dat op basis van de evaluatie wordt genomen. Dit geeft ondernemers de mogelijkheid te beoordelen of de afweging van het bestuursorgaan op een zorgvuldige manier heeft plaatsgevonden. Dit geeft belanghebbenden – in dit geval ondernemers die een soortgelijke economische activiteit (zouden willen) ondernemen – de mogelijkheid om kennis te nemen van de afweging die een bestuursorgaan maakt bij het besluit om het algemeenbelangbesluit te handhaven, aan te passen of in te trekken. Mede op basis van hiervan zou een ondernemer uiteindelijk kunnen besluiten om al dan niet in bezwaar te gaan tegen het besluit van het bestuursorgaan.

3.3. Uitzondering op artikel 25i voor vrijgeven broncode van open source software

Om de vrije beschikbaarheid van software die bestuursorganen (laten) ontwikkelen te stimuleren, is het wenselijk dat bestuursorganen de broncode van deze software kosteloos vrij kunnen geven zodat deze vrij kan worden gedistribueerd, aangepast en hergebruikt.

Het gaat hier om een uitzondering in de wet markt en overheid voor het ter beschikking stellen van de broncode (inclusief documentatie) van software die een bestuursorgaan heeft (laten) ontwikkelen en



waarvan de rechtspersoon waar het bestuursorgaan toe behoort auteursrechthebbende is. Het gaat niet om het vrijgeven van de software zelf, maar om een belangrijk bestanddeel van de software, te weten de broncode. Dat is een leesbare tekst met programma-instructies die door de programmeur in een programmeertaal is geschreven. De broncode bevat geen data. De documentatie bevat functionele en technische documenten die nodig (kunnen) zijn om de broncode te begrijpen. De broncode wordt gratis beschikbaar gesteld en is voor iedereen beschikbaar; er wordt geen onderscheid gemaakt. Er kunnen gegronde redenen zijn om niet vrij te geven, bijvoorbeeld als de belangen van nationale of openbare veiligheid zich daartegen verzetten of de benodigde vertrouwelijke werkwijze van de overheid, denk aan opsporing en toezicht, worden geschaad.

Dit voorstel zondert, anders dan voor de genoemde instellingen als bedoeld in artikel 25h, eerste lid, van de Mededingingswet, bestuursorganen die open source software aanbieden niet uit van de gehele werking van de wet markt en overheid. De uitzondering geldt alleen voor de in artikel 25i omvatte gedragsregel dat een bestuursorgaan de integrale kosten van een product of dienst doorberekent. De reden hiervoor is dat open source software per definitie gratis is en dat daarom deze gedragsregel een belemmering kan vormen voor een bestuursorgaan. Dit is met name relevant in gevallen waarin een bestuursorgaan niet tot een voldoende gemotiveerd algemeenbelangbesluit kan komen om deze economische activiteit uit te zonderen van de gedragsregels, en dit belemmerend werkt voor het verder open source maken van de broncode, hetgeen ongewenst is op grond van bovengenoemde redenen. Maar dit wil niet zeggen dat de andere drie gedragsregels niet gelden. Zo moeten bestuursorganen, die geen algemeenbelangbesluit hebben genomen, alsnog voldoen aan de gedragsregels als bedoeld in artikel 25j, 25k en 25l van de Mededingingswet. Als bestuursorganen vanwege de gelding van de andere drie gedragsregels toch een algemeenbelangbesluit zouden willen nemen, dienen zij te voldoen aan de vereisten die in dit wetsvoorstel zijn opgenomen en in de rest van deze toelichting zijn beschreven.

3.4. Overwogen alternatieven

Om het doel van de wet markt en overheid, te weten het creëren van gelijke concurrentieverhoudingen, te bereiken en met inachtneming van de uitkomsten uit de evaluatie, zijn verschillende alternatieven overwogen. Deze alternatieven zijn onder te verdelen in drie categorieën: het laten vervallen van de wet, het continueren van de wet in haar huidige vorm of het verschuiven van het doel van de wet richting bescherming van ondernemers. Hieronder wordt besproken waarom deze alternatieven zijn afgefallen.

3.4.1. Vervallen van de wet markt en overheid

De eerste mogelijkheid is het laten vervallen van de wet. Doordat artikel IV, tweede lid, van de wijzigingswet markt en overheid een horizonbepaling bevat, zou niets doen als resultaat hebben dat de wet vervalt en de gedragsregels dan niet langer van toepassing zijn. Uit de evaluatie blijkt echter dat de wet voldoende toevoegt aan het bestaande kader van wet- en regelgeving (de wet heeft een strekking die te onderscheiden is van aanpalende rechtsgebieden als het staatsteunrecht, het aanbestedingsrecht en het generieke mededingingsrecht) en bestuursorganen heeft gedwongen dan wel geprikkeld om meer rekening te houden met marktpartijen bij het verrichten van economische activiteiten. De regering is tevens van mening dat zonder de wet markt en overheid het risico op ongelijke concurrentie tussen bestuursorganen en marktpartijen wordt vergroot. Het laten vervallen van de wet is daarom geen geschikte optie.

3.4.2. Continueren van de wet markt en overheid in haar huidige vorm

De tweede mogelijkheid is het continueren van de wet in de huidige staat. Dit houdt echter in dat er niets verandert in het proces rondom het gebruik van de algemeenbelanguitzondering, terwijl de evaluatie wel aanleiding geeft om de wet op dit punt aan te scherpen.

3.4.3. Geheel of gedeeltelijk schrappen van de algemeenbelanguitzondering

Een alternatief is het volledig schrappen van de uitzondering, waardoor de gedragsregels altijd moeten worden toegepast wanneer bestuursorganen economische activiteiten verrichten. Dit grijpt echter meer in op de autonomie van (lokale) bestuursorganen. Daarnaast kunnen er legitieme redenen zijn om de algemeenbelanguitzondering te gebruiken, met name in geval van activiteiten die nauw samenhangen met een publieke taak en die niet of tegen ongunstige voorwaarden door particuliere partijen kunnen worden verricht. Een voorbeeld is het verhuren van een voetbalveld aan een voetbalvereniging. Dit gebeurt nu vaak onder de integrale kostprijs, passend in de ambitie van de Rijksoverheid dat, in samenwerking met lokale bestuursorganen, voor iedere inwoner de sport- en beweegmogelijkheden vergroot worden, als basis voor een gezonde en actieve leefstijl (Kamerstukken II 2010/11, 30 234, nr. 37). Het te allen tijde verplicht toepassen van de gedragsregels zorgt ervoor dat het bestuursorgaan meer geld moet vragen voor dergelijke activiteiten of betekent dat bestuursorga-



nen een subsidie moeten verlenen aan bijvoorbeeld een sportvereniging om die vereniging tegemoet te komen in de marktconforme huurprijs. Dit heeft als voordeel dat inzichtelijk wordt in welke mate activiteiten gesubsidieerd worden, maar het zou tegelijkertijd relatief veel lasten opleveren wanneer een bestuursorgaan deze activiteiten wil blijven ondersteunen. De lasten voor bestuursorganen als gevolg van het onderhavige wetsvoorstel zijn door een onderzoeksbureau onderzocht. Hierbij is ook gekeken naar een aantal alternatieven, waaronder het schrappen van de algemeenbelanguitzondering. De conclusie is dat subsidiëring tot uitvoeringslasten leidt die vermoedelijk een veelvoud zijn van de lasten van het onderhavige wetsvoorstel.

Een variant op het geheel schrappen van de algemeenbelanguitzondering is het invoeren van een lijst met activiteiten waarvoor de algemeenbelanguitzondering wel of niet mag worden ingeroepen, zoals ook aan de orde is geweest in vragen van de Eerste Kamer (Kamerstukken I 2015/16, 34 487, B). Hoewel met een dergelijke aanpak kan worden aangesloten bij activiteiten waar het concurrentieprobleem het grootst is, is de bepaling welke activiteiten wel of niet op een dergelijke lijst moeten een lastig proces, te meer omdat economische activiteiten die bestuursorganen verrichten niet altijd vooraf te voorzien zijn, niet altijd duidelijk te definiëren zijn en bovendien aan verandering onderhevig zijn. Daarnaast kan bij een dergelijke aanpak geen rekening meer worden gehouden met de omstandigheden van het specifieke geval. Vanwege deze bezwaren is in dit voorstel niet voor een lijst gekozen.

3.4.4. Verbod op het verrichten van economische activiteiten

De vierde mogelijkheid is het invoeren van een verbodsstelsel waardoor bestuursorganen überhaupt geen economische activiteiten meer mogen verrichten, ook niet als ze wél zouden voldoen aan gedragsregels. Zoals in paragraaf 2.2 is uitgelegd hoeft het betreden van een markt door een bestuursorgaan als aanbieder van goederen en/of diensten vanuit concurrentieperspectief geen probleem te zijn. Het kan juist efficiënt zijn als een bestuursorgaan bijvoorbeeld bepaalde capaciteit die ze bezit vanuit een publieke taak ook inzet voor andere middelen. Het compleet verbieden zou daarnaast veel activiteiten volledig onmogelijk maken. Zo zullen er activiteiten zijn waar geen marktpartij is die de activiteit wil of kan verrichten. De verhuur van een sportaccommodatie aan een sportvereniging zou dan bijvoorbeeld sowieso niet meer plaats kunnen vinden als er geen marktpartij is die dit wil doen. Om deze redenen is dit alternatief afgevalen.

3.4.5. Initiatiefnota van de Tweede Kamerleden Ziengs (VVD) en Verhoeven (D66)

Een variant op een verbodsstelsel is een verbodsstelsel met een uitzonderingsmogelijkheid, waardoor bestuursorganen enkel onder bepaalde omstandigheden en voorwaarden economische activiteiten mogen verrichten (een 'nee, tenzij'-stelsel). Hier haakt de initiatiefnota van de Tweede Kamerleden Ziengs (VVD) en Verhoeven (D66) uit oktober 2015 op aan (Kamerstukken II 2015/16, 34 487, nr. 2. In de initiatiefnota pleiten de Kamerleden ervoor dat bestuursorganen pas economische activiteiten mogen verrichten nadat is aangetoond dat dit noodzakelijk en proportioneel is. In de initiatiefnota wordt voorgesteld dat bestuursorganen hierbij eerst dienen te onderzoeken of de markt zelf tot een vergelijkbaar aanbod kan komen, waarbij ook moet worden gekeken of dit via een aanbesteding of een subsidie kan. De leden Ziengs (VVD) en Verhoeven (D66) noemen een verplichte ondernemersconsultatie als een mogelijkheid om te onderzoeken of er alternatieven zijn voor het zelf verrichten van een economische activiteit. Daarna moet worden onderzocht of de baten van het in overheidshanden verrichten van een economische activiteit in verhouding staan tot de marktverstoring die wordt veroorzaakt door het overheidsoptreden. Wanneer bestuursorganen vervolgens een economische activiteit verrichten, dienen ze daarbij altijd de gedragsregels toe te passen. Het inroepen van de algemeenbelanguitzondering is dus niet meer mogelijk.

Tot slot lijkt de initiatiefnota als doel te hebben zo min mogelijk economische activiteiten door de bestuursorganen te laten verrichten. Dit is anders dat het doel van de huidige wet: het creëren van zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen bestuursorganen ondernemers en daarmee het beschermen van het concurrentieproces. Zoals in de paragrafen 2.2 en 2.5.4 beschreven, kan het ook efficiënt zijn als een bestuursorgaan de mogelijkheid heeft zelf economische activiteiten te verrichten, bijvoorbeeld als er nauwe samenhang is met de publieke taak. Een verbodsstelsel past hier niet bij.

4. Gevolgen

Dit wetsvoorstel heeft gevolgen voor bestuursorganen en ondernemers. Hierna wordt per onderwerp ingegaan op de gevolgen van de voorgestelde wijzigingen. Opgemerkt wordt dat voor alle onderdelen van het wetsvoorstel geldt dat deze gepaard gaan met kennisnemingslasten.



4.1. Gevolgen voor bestuursorganen

4.1.1. Gevolgen voor de praktijk

De lasten van de huidige wet markt en overheid zijn onderzocht (Kamerstukken II 2004/05, 28 050, nr. 11). Daarbij is geconstateerd dat de wet markt en overheid tot beperkte toename van lasten voor bestuursorganen zou leiden, en dat de lasten met name eenmalig waren. De eenmalige lasten waren het gevolg van de inventarisatie van de door bestuursorganen verrichte economische activiteiten en de benodigde interne aanpassingen om in lijn met de wet markt en overheid te handelen. Het afschaffen van de horizonbepaling heeft daarom geen extra (financiële) gevolgen voor bestuursorganen.

Er zijn grote verschillen in de procedure die bestuursorganen hebben gevolgd en de afwegingen die bestuursorganen hebben gemaakt op basis waarvan ze gebruik hebben gemaakt van de algemeenbelanguitzondering. Ook zijn er verschillen in de mate waarin algemeenbelangbesluiten worden heroverwogen. De gevolgen van onderhavig wetsvoorstel zullen daarom voor bestuursorganen die gebruik willen maken van de algemeenbelanguitzondering verschillend uitpakken naar de mate waarin de praktijk van bestuursorganen reeds aansluit bij het onderhavige wetsvoorstel.

Voor de bestuursorganen die al wel de verschillende belangen hebben afgewogen en ondernemers bij hun besluitvorming hebben betrokken, zal het wetsvoorstel beperkte gevolgen hebben. De gevolgen zullen het grootst zijn voor bestuursorganen die het gebruik van de algemeenbelanguitzondering beperkt hebben gemotiveerd, geen inspraakprocedure hebben toegepast en geen evaluatie van algemeenbelangbesluiten uitvoeren. Deze bestuursorganen zullen hun proces voor nieuwe algemeenbelangbesluiten moeten aanscherpen en zullen dus meer werk krijgen dan ze hadden toen ze een algemeenbelangbesluit namen voor de activiteiten die momenteel zijn uitgezonderd.

Voor bestaande besluiten geldt dat wanneer bestuursorganen een algemeenbelangbesluit beperkt hebben gemotiveerd, ze tijdens de evaluatie mogelijk het besluit dienen aan te passen. Dit omdat bij het oorspronkelijke besluit bepaalde factoren (zoals de effecten op ondernemers) beperkt zijn onderzocht of meegewogen. In de evaluatie zullen deze aspecten echter wel aan de orde moeten komen (zie de eisen in paragraaf 3.1.4). Deze aspecten zullen daarom alsnog in beeld moeten worden gebracht.

Ook de verplichting om een consultatie te organiseren voorafgaand aan het nemen van een algemeenbelangbesluit, zal gevolgen hebben voor bestuursorganen. Belanghebbenden krijgen met dit voorstel de gelegenheid om zich in een vroeg stadium uit te spreken over een voorgenomen besluit. Afhankelijk van de opkomst bij de consultatie, bijvoorbeeld in de vorm van een consultatiebijeenkomst, en de informatie die hierin wordt opgehaald, zal het langer kunnen duren voordat een bestuursorgaan een algemeenbelangbesluit kan nemen. Ook hier geldt dat een consultatie bijdraagt aan de zorgvuldige besluitvorming. De gevolgen van de verplichte consultatie voor bestuursorganen zijn opnieuw afhankelijk van de mate waarin bestuursorganen momenteel al de verschillende belangen afwegen en ondernemers bij hun besluitvorming betrekken.

4.1.2. Financiële gevolgen

Er is extern onderzoek verricht naar de kwantitatieve gevolgen van het wetsvoorstel. De scope van dit onderzoek is slechts beperkt tot de uitvoeringslasten voor gemeenten. Echter, omdat gemeenten verantwoordelijk zijn voor het merendeel van het aantal economische activiteiten en het aantal algemeenbelangbesluiten, geeft dit onderzoek wel een representatief beeld van de orde van grootte van de verwachte lasten. Hierbij is aandacht besteed aan de verschillende onderdelen van de aanpassingen met betrekking tot markt en overheid.

De lasten als gevolg van de motiveringseisen zijn volgens dit onderzoek gemiddeld € 900,- per economische activiteit. Op landelijke schaal zou dat uitvoeringslasten met zich meebrengen tussen de 1,3 en 2,2 mln euro voor alle algemeenbelangbesluiten die gemeenten hebben gepubliceerd. Goed hierbij om op te merken is dat het dus niet jaarlijkse kosten betreft, maar om kosten voor alle algemeenbelangbesluiten. Dit zijn dus de eenmalige kosten voor alle bestaande en verwachte algemeenbelangbesluiten. Daarom is het relevanter om hier te kijken naar de gemiddelde kosten per economische activiteit.

De lasten als gevolg van een consultatie voordat een algemeenbelangbesluit wordt genomen wordt geschat op gemiddeld € 2.200,- per economische activiteit. Voor grotere gemeenten of activiteiten waar meer ondernemers ook actief op zijn zullen deze kosten hoger uitvallen. Landelijk worden de kosten voor gemeenten geschat tussen de 3,1 en 5,2 mln euro voor alle algemeenbelanguitzonderin-



gen. Ook hier zijn de gemiddelde kosten per economische activiteit relevanter om in ogenschouw te nemen.

Tot slot worden de kosten voor de evaluatie van algemeenbelangbesluiten, die vervolgens uitmondt in een nieuw besluit, inclusief de motiveringsvereisten en een marktconsultatie, geschat op gemiddeld € 2.800,- per economische activiteit, met een landelijke schatting voor alle gemeenten tussen de 3,9 en 6,5 mln euro per 5 jaar. Per jaar betreft dit dan een bedrag tussen 0,78 en 1,3 mln euro. Deze schatting voor gemeenten is naar verwachting ietwat te hoog, omdat in deze schatting ook is opgenomen dat een gemeente een marktanalyse moet doen, terwijl dit wetsvoorstel alleen kiest voor een consultatie.

Kortom, de jaarlijkse kosten worden geschat op 0,78 mln tot 1,3 mln euro voor gemeenten. De inschatting is dat de jaarlijkse kosten voor alle bestuursorganen, inclusief gemeenten, daarom hoger en tussen de 1 en 2 mln euro per jaar zullen liggen. Daarnaast kennen nieuwe algemeenbelangbesluiten voor gemeenten gemiddelde kosten van ca. € 3.100,- per besluit (€ 900+€ 2.200). Omdat gemeenten niet representatief zijn voor andere bestuursorganen en veel andere bestuursorganen groter zijn dan wel grotere economische activiteiten verricht, is deze gemiddelde schatting voor alle bestuursorganen laag. De inschatting is dat de gemiddelde kosten voor alle bestuursorganen daarom hoger zijn dan € 3.100,- per besluit, hoewel de kosten niet concreet te schatten zijn. De kosten zullen echter wel in dezelfde orde van grootte blijven.

De financiële gevolgen zullen harder neerslaan bij die bestuursorganen die nog geen consultatie uitvoeren voor een algemeenbelangbesluit, beperkter besluiten motiveren dan dit voorstel voorschrijft en geen horizon- of evaluatiebepaling in hun algemeenbelangbesluiten kennen.

4.2. Gevolgen voor belanghebbenden

4.2.1. Rol ondernemers tijdens besluitvorming

Dit wetsvoorstel biedt ondernemers meer mogelijkheden zich uit te spreken wanneer een bestuursorgaan gebruik wil maken van de algemeenbelanguitzondering.

De wetswijziging zal het risico op oneigenlijk gebruik van de algemeenbelanguitzondering verkleinen, wat het risico verlaagt dat ondernemers door bestuursorganen uit de markt worden gedrukt door het gebruik van de algemeenbelanguitzondering. Het vereist echter ook van ondernemers een actieve houding om de mogelijkheden om zich tegen een (ontwerp-)besluit uit te spreken daadwerkelijk te gebruiken.

4.2.2. Regeldrukgevolgen

Zoals aangegeven in de memorie van toelichting bij de wijzigingswet markt en overheid (Kamerstukken II 2007/08, 31 354, nr. 3, p. 34), heeft de huidige wet markt en overheid geen financiële gevolgen voor ondernemers. Dit zal met de onderhavige wetswijziging niet significant veranderen. Ondernemers zullen de gevolgen van het wetsvoorstel merken wanneer ze te maken hebben, of te maken krijgen met een algemeenbelangbesluit. Voor zowel bestaande als voor nieuwe besluiten geldt dat er sprake zal zijn van kennisnamekosten. Deze zijn echter te verwaarlozen. De inschatting is dat een individuele ondernemer hier slechts 5 tot 10 minuten aan kwijt is. Met de introductie van de verplichte consultatie, krijgen ondernemers de mogelijkheid in te spreken op een besluit voordat het besluit wordt genomen. Het gewijzigde moment van inspraak heeft verder geen extra regeldrukgevolgen voor ondernemers ten opzichte van het voorstel dat in 2017 via internet is geconsulteerd.

4.2.2.3. Gevolgen voor overige geïnteresseerden

Overige geïnteresseerden krijgen met het wetsvoorstel de mogelijkheid zich uit te spreken tijdens de consultatie van het voorgenomen algemeenbelangbesluit. Dit heeft verder geen regeldrukgevolgen voor overige geïnteresseerden.

5. Uitvoering en handhaving

Bij brief van 14 november 2017 heeft de ACM als toezichthouder op de wet markt en overheid en het concentratietoezicht aangegeven dat het wetsvoorstel uitvoerbaar en handhaafbaar is. Wel heeft de ACM opgemerkt dat de effectiviteit van de evaluatieverplichting kan worden vergroot door te bepalen dat de evaluatie moet resulteren in een besluit, zodat ondernemers in beroep kunnen gaan bij de rechter als ze het niet eens zijn met de uitkomsten van de evaluatie. Daarnaast is voor het gewijzigde wetsvoorstel met de ACM besproken of de wijzigingen leiden tot een ander oordeel op de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van het voorstel. De ACM heeft bevestigd dat de wijzigingen niet leiden tot een ander oordeel.



6. Advies en consultatie

Het wetsvoorstel is in de periode van 1 september tot en met 29 oktober 2017 via internet geconsulteerd. Deze consultatie heeft 29 reacties opgeleverd, waarvan 25 openbaar. Daarnaast is het wetsvoorstel voorgelegd aan de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (hierna: VNG), het Interprovinciaal Overleg (hierna: IPO), de Unie van Waterschappen (hierna: UvW), de Raad voor de Rechtspraak en het Adviescollege toetsing regeldruk (hierna: ATR). Het wetsvoorstel is ten behoeve van een uitvoerings- en handhavingstoets voorgelegd aan de ACM.

De reacties hebben aanleiding gegeven om het wetsvoorstel op een aantal punten te wijzigen, met name op de verplichting tot het houden van een UOV, de evaluatie en een uitzondering op artikel 25i voor *open source* software. Deze wijzigingen zijn ook met belangrijke stakeholders besproken.

Dit wetsvoorstel bevatte tijdens de internetconsultatie tevens bepalingen die de Mededingingswet en het Burgerlijk Wetboek zouden wijzigen in het kader van fusietoezicht en nationale privaatrechtelijke handhaving van mededingingsovertredingen. Deze zijn geen onderdeel meer van dit wetsvoorstel en zijn nu ondergebracht onder het wetsvoorstel dat de Mededingingswet wijzigt om samenwerkingsmogelijkheden van primaire producenten in de voedselketen te verduidelijken (Kamerstukken II 2020/21, 35 642, nr. 2). Het overhevelen van de bepalingen in het kader van fusietoezicht en nationale privaatrechtelijke handhaving van mededingingsovertredingen naar dit wetsvoorstel is gedaan vanwege het feit dat dit wetsvoorstel tevens strekt tot wijziging van de Mededingingswet en eerder ter advisering aan de Raad van State en vervolgens ter behandeling aan de Tweede Kamer kon worden voorgelegd dan onderliggend wetsvoorstel.

6.1.1. Reactie belangenorganisaties

6.1.1.1. Vereniging Nederlandse Gemeente

De VNG geeft op basis van het gewijzigde voorstel aan dat uit de evaluatie van de wet markt en overheid niet blijkt of er daadwerkelijk sprake is van een probleem. De voorgestelde aanscherping mist volgens de VNG daarom een grondslag. Aanscherping van de wet gaat volgens de VNG daarnaast in tegen het principe van een wendbare en autonome gemeente. De VNG heeft een voorkeur dat de wet vervalt en vindt schrappen van de horizonbepaling geen goed idee. De wet heeft volgens de VNG haar noodzaak niet bewezen, verlenging is daarom niet wenselijk. Anders dan de VNG meent de regering dat verlenging van de wet weldegelijk wenselijk is. Zoals in paragraaf 2.3 aangegeven, vraagt ongelijke concurrentie tussen bestuursorganen en ondernemers nog steeds de aandacht. Het niet schrappen van de horizonbepaling, waardoor de wet afloopt, levert een groter risico op ongelijke concurrentie op. Daarom is bestendinging van de wet noodzakelijk. Daarnaast vindt de regering dat de algemeenbelanguitzondering aanscherping behoeft. De regering meent dat de in paragraaf 2.3 beschreven uitkomsten van de evaluatie weldegelijk aantonen dat de huidige wet onvoldoende werkt. Ook de reacties op de internetconsultatie tonen aan dat in verschillende sectoren hinder wordt ondervonden van ongelijke concurrentie met bestuursorganen. Met het wetsvoorstel blijft de autonomie voor gemeenten over het gebruik van de algemeenbelanguitzondering in stand. Gemeenten dienen het gebruik alleen zorgvuldig te motiveren.

De VNG is ook ingegaan op de specifieke onderdelen van het wetsvoorstel.

- Motiveringseisen zijn volgens de VNG niet nodig, omdat gemeenten reeds voldoende hun besluiten motiveren, de rechter al aan de generieke eisen van de Awb toetst en jurisprudentie reeds geldend recht is en daarom niet gecodificeerd dient te worden.
- Verplichting van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure of marktconsultatie is volgens de VNG inefficiënt, omdat een algemeenbelangbesluit slechts voor een aantal ondernemers relevant is. Gemeenten hebben hier al een inspraakverordening voor. De VNG geeft tevens aan dat als er een verplichte marktconsultatie komt, deze vormvrij dient te zijn.
- De vijfjaarlijkse evaluatie, die uitmondt in een besluit, is volgens de VNG niet proportioneel. Een bij wet verplichte evaluatie is volgens de VNG een vergaande ingreep in de bestuurlijke autonomie, hoewel de VNG wel aangeeft in beginsel niets tegen evalueren te hebben.
- Met name is de VNG bezorgd over de vijfjaarlijkse termijn van de evaluatie en dat uit die evaluatie een besluit moet komen. Een algemeenbelangbesluit mist door een vijfjaarlijkse termijn formele rechtskracht, gemeenten kunnen er niet van uitgaan dat hun besluit vijf jaar later nog geldig zal zijn, terwijl dat voor bijna alle andere besluiten die een gemeente neemt niet aan de orde is. Daarnaast leidt dit voorstel tot onnodig veel administratieve lasten, omdat in veel gevallen er geen sprake zal zijn van een andere afweging of situatie vijf jaren later. Dit voorstel zou daarom in veel gevallen niet leiden tot een betere situatie voor ondernemers. VNG pleit in beginsel tegen een termijn en subsidiair pleit zij dat als er een termijn komt, vijf jaren veel te kort is.

De regering erkent dat dit wetsvoorstel meer bescherming biedt aan ondernemers en dientengevolge



(nadelige) gevolgen kan hebben voor gemeenten en andere bestuursorganen die zonder dit wetsvoorstel niet zouden bestaan. Ook erkent de regering de argumenten van de VNG dat bepaalde onderdelen van dit wetsvoorstel voor bepaalde gemeenten meer lasten zullen veroorzaken zonder dat dit een noemenswaardig positief effect heeft op marktsituaties van dat bestuursorgaan en betrokken ondernemers.

De regering ziet echter niet in waarom de bepalingen en de belangenafweging in dit wetsvoorstel niet proportioneel zouden zijn. Daarvoor is de vraag of de voordelen die dit voorstel creëert voor betrokken partijen redelijkerwijs opwegen tegen de nadelen voor betrokken partijen. Bovendien is het doel van dit voorstel ook dat het leidt tot een betere praktijk tussen markt en overheid, waarbij ook een gemeente van kan profiteren.

De extra administratieve lasten voor gemeenten worden op basis van extern onderzoek geschat op maximaal 1,3 mln euro per jaar voor alle gemeenten tezamen. Ook zijn de extra kosten door dit voorstel per nieuw te nemen algemeenbelangbesluit beperkt tot gemiddeld € 3.100,-. Dat is in het geheel van de uitgaven van gemeenten een beperkte uitgave. Daar staan de voordelen voor ondernemers én bestuursorganen doordat het besluitvormingsproces wordt verbeterd en de rol voor belanghebbenden wordt versterkt tegenover. Ook in andere rechtsvelden ziet de regering, net als andere bestuursorganen, dat meer betrokkenheid van belanghebbenden juist kan leiden tot betere besluiten die ook meer gedragen worden.

Daarnaast concludeert de regering uit de evaluatie en de signalen van de ACM dat het originele doel van de wet markt en overheid, het tegengaan van oneerlijke concurrentie tussen markt en overheid, niet volledig wordt behaald omdat ondernemers onvoldoende gehoord worden in het besluitvormingsproces, niet alle algemeenbelangbesluiten voldoende worden gemotiveerd en dat er onvoldoende ruimte is voor ondernemers om bij veranderende omstandigheden een stand besluit aan te vechten. Dit wetsvoorstel is nodig om dat doel, tegengaan van oneerlijke concurrentie, te halen. Daarvoor is van belang dat ondernemers middels de consultatie tijdig worden betrokken bij besluitvorming, dat er motiveringsvereisten worden opgenomen via een algemene maatregel van bestuur en dat er een vijfjaarlijkse evaluatie door bestuursorganen wordt verplicht om zo rekening te houden met veranderende omstandigheden.

6.1.1.2. Interprovinciaal Overleg

Het Interprovinciaal Overleg geeft in haar reactie aan dat ze geen aanleiding ziet tot het maken van opmerkingen.

6.1.1.3. Unie van Waterschappen

De Unie van Waterschappen heeft aangegeven zich te kunnen vinden in het wetsvoorstel omdat dit leidt tot een betere werking van de wet markt en overheid.

6.1.1.4. Adviescollege toetsing regeldruk

Het ATR constateert dat nut en noodzaak van de wijziging zijn onderbouwd en dat is nagedacht over minder belastende alternatieven. Wel stelt het ATR voor de memorie van toelichting op een aantal punten aan te passen. Ten eerste adviseert het ATR te verduidelijken hoe ondernemers bezwaar kunnen maken tegen de resultaten van de evaluatie. Dit is in paragraaf 3.2.3 verduidelijkt. Het ATR adviseert ten tweede om de regeldrukberekening volledig te maken en deze in een aparte regeldrukparagraaf te vermelden. In het hoofdstuk over de gevolgen van de wijzigingen van de wet markt en overheid is een aparte paragraaf opgenomen met een beschrijving van de regeldrukgevolgen. Om de verschillende onderdelen van het wetsvoorstel gescheiden te houden, is ervoor gekozen de gevolgen van de andere onderdelen van het wetsvoorstel in aparte paragrafen te benoemen. Vanwege de geringe effecten van de wijzigingen, is hier geen aparte regeldrukparagraaf opgenomen, maar zijn de regeldrukgevolgen in de bredere beschrijving van de gevolgen meegenomen.

6.1.1.5. Raad voor de Rechtspraak

De Raad voor de Rechtspraak kan zich op hoofdlijnen vinden in de wijzigingen die ten aanzien van het algemeenbelangbesluit worden voorgesteld, omdat deze wijzigingen de rechtspositie van belanghebbenden bij algemeenbelangbesluiten versterken. De Raad geeft wel aan dat belanghebbenden geen rechtsmiddelen lijken te hebben als ze op basis van de evaluatie willen dat een algemeenbelangbesluit wordt aangepast. Hieraan voegt de Raad toe dat een belanghebbende naar aanleiding van de evaluatie aan het bevoegd gezag een verzoek kan doen tot wijziging of intrekking van het algemeenbelangbesluit en in beroep kan gaan tegen een weigering van het bevoegd gezag het besluit in te trekken of te wijzigen. De Raad adviseert dit in de memorie van toelichting te verhelderen. Naar aanleiding van onder andere deze reactie, is het wetsvoorstel aangepast, zodat er altijd een besluit moet volgen



na een evaluatie. Tegen dit besluit staan bezwaar en beroep open. Zie de toelichting in paragraaf 3.2.3.

De Raad voor de Rechtspraak gaat ook in op de wijziging van artikel 25h, tweede lid, van de Mededingingswet waaruit voortvloeit dat de gedragsregels niet van toepassing zijn op het aanbieden van goederen of diensten door bestuursorganen aan andere bestuursorganen of aan overheidsbedrijven voor zover deze goederen of diensten zijn bestemd voor de uitvoering van een publiekrechtelijke taak. Voorgesteld was om deze uitzondering uit te breiden tot het aanbieden van goederen of diensten aan bestuursorganen, overheidsbedrijven of buitenlandse bestuursorganen. De Raad adviseert om de verhouding van deze uitbreiding tot andere bestuursorganen binnen het Koninkrijk, te verduidelijken. Naar aanleiding van dit advies is de formulering van de uitzondering aangepast waardoor de uitzondering niet alleen van toepassing is op bestuursorganen en overheidsbedrijven, maar ook op bestuursorganen van de Caribische delen van het Koninkrijk en bestuursorganen van andere staten.

6.1.2. Internetconsultatie

6.1.2.1. Regelgeving over markt en overheid

Uit de reacties op de consultatie blijkt dat de meningen tussen de verschillende respondenten over regelgeving over markt en overheid verdeeld zijn. Net als de VNG ziet de Vereniging Sport en Gemeenten liever geen regelgeving. NOC*NSF, Spectrum (vereniging dorpshuizen), Federatie Cultuur en de Koninklijke Nederlandse Voetbalbond wijzen op het belang van de algemeenbelanguitzondering. Deze partijen geven aan dat als deze uitzondering wordt geschrapt bepaalde activiteiten zoals sport en cultuur te duur worden. Organisatie voor Vitaliteit, Activering en Loopbaan (hierna: OVAL) en Goede Doelen Nederland willen juist dat de uitzondering wordt geschrapt. RECRON, Koninklijke Horeca Nederland, en Ondernemend Nederland geven de voorkeur aan (een vorm van) een verbodsstelsel.

Aanscherping van de algemeenbelanguitzondering vormt een middenweg tussen de verschillende standpunten en belangen. De regering vindt het wenselijk dat in de toekomst regels blijven bestaan voor bestuursorganen die economische activiteiten verrichten. Hierbij vindt de regering het ook wenselijk dat het mogelijk blijft de algemeenbelanguitzondering te gebruiken wanneer een bestuursorgaan een activiteit wil verrichten en daarbij in het algemeen belang wil afwijken van de gedragsregels. Wel zal een bestuursorgaan gebruik van de uitzondering goed moeten motiveren en ondernemers bij de besluitvorming moeten betrekken. Een verbodsstelsel vindt de regering te veel ingrijpen op de autonomie van decentrale bestuursorganen, zoals ook aangegeven in paragraaf 3.4.3. Bovendien leidt een verbodsstelsel tot een grotere toename aan lasten voor bestuursorganen. Een lijst is minder vergaand dan een verbodsstelsel. Zoals in paragraaf 3.4.3 aangegeven levert een lijst echter uitvoeringsproblemen op. Er zal discussie ontstaan wat op een lijst moet en wat er precies onder een begrip valt, en er zal onvoldoende rekening kunnen worden gehouden met de omstandigheden van het geval. Zo geeft NOC*NSF in haar reactie al aan dat door een gebrek aan een heldere afbakening van het begrip sport een uitzondering voor sport een bijzonder lastige opgave is.

6.1.2.2. Motiveringseisen

De Nederlandse Orde van Advocaten heeft een voorkeur dat de motiveringseisen in de wet worden opgenomen in plaats van in een algemene maatregel van bestuur. De regering is van mening dat een algemene maatregel van bestuur een geschikter instrument is. Dit maakt het namelijk beter mogelijk om in te spelen op veranderingen in de praktijk. Om duidelijk te maken aan welke eisen op dit moment wordt gedacht, zijn deze al wel in deze memorie van toelichting beschreven.

Pot Jonker doet de suggestie om marktfaalen onderdeel te maken van de duiding van de noodzaak om de algemeenbelanguitzondering te gebruiken. In de memorie van toelichting is verduidelijkt dat bij de noodzaak moet worden gekeken of marktpartijen de activiteit ook tegen de door het bestuursorgaan gewenste voorwaarden (kunnen) verrichten. In de algemene maatregel van bestuur zal dit verder worden verduidelijkt.

CMS doet de suggestie om bestuursorganen per economische activiteit te verplichten de uitzondering te motiveren. Zoals aangegeven is één van de motiveringseisen een beschrijving van de activiteit die in het algemeen belang moet plaatsvinden. Bestuursorganen zullen hierbij zo concreet mogelijk moeten zijn omdat de afweging van geval tot geval kan verschillen. Zo is het denkbaar dat het niet mogelijk is één generieke uitzondering te maken voor alle sportaccommodaties in een gemeente. Het kan namelijk zo zijn dat voor bepaalde accommodaties een private ondernemer aanwezig is die de desbetreffende activiteit ook kan verrichten, waar dit voor andere activiteiten niet zo is.

6.1.2.3. Marktconsultatie en de Uniforme Openbare Voorbereidingsprocedure

In het via internet geconsulteerde wetsvoorstel werd voorgesteld om de Uniforme Openbare



Vorbereidingsprocedure (UOV) verplicht te stellen voor algemeenbelangbesluiten. Een groot deel van de respondenten, waaronder BarentsKrans, CMS, Nauta Dutilh, PotJonker, heeft aangegeven deze wijziging te waarderen, maar dat dit niet voldoende oplossing biedt voor de problemen die in de evaluatie van de wet markt en overheid naar voren komen en die respondenten zelf herkennen. Uit de reacties van de respondenten zijn over het algemeen twee kritiekpunten te onderscheiden:

UOV volgt pas na interne besluitvorming van bestuursorganen

Een UOV voorkomt niet dat een bestuursorgaan reeds intern een besluit heeft genomen om een algemeenbelanguitzondering te maken. Ondernemers kunnen weliswaar eerder in het proces bezwaar maken, maar de vraag is of dat bij de UOV wel vroeg genoeg in het proces van besluitvorming is.

Ondernemers hebben een te korte periode om zienswijze over te brengen ten aanzien van een algemeenbelangbesluit

De UOV geeft ondernemers de kans om binnen zes weken na het overleggen van het ontwerp van een besluit zienswijze over te brengen. Indien ondernemers dit niet tijdig doen, vervallen de mogelijkheden voor beroep. Volgens veel respondenten is dit ongewenst, omdat zes weken vaak te kort is voor ondernemers om hun zienswijzen over te brengen. Daarnaast blijkt in de praktijk dat ondernemers pas laat of zelfs na de bezwaarperiode kennis nemen van een (ontwerp van een) algemeenbelangbesluit. Deels is dat toe te schrijven aan de betrokkenheid van een ondernemer, maar deels blijkt ook dat bestuursorganen ondernemers te weinig betrekken of informeren over een algemeenbelangbesluit. Hierdoor is de rechtsbescherming van ondernemers onvoldoende in de praktijk geborgd.

Aanpassing van wetsvoorstel

De problemen die respondenten aanvoeren worden herkend. Er is om bovenstaande redenen gekozen het wetsvoorstel aan te passen en in plaats van een UOV een marktconsultatie te verplichten. Hierdoor zullen ondernemers a) eerder betrokken worden in besluitvorming van bestuursorganen en b) meer kans hebben om hun standpunt over te brengen. Omdat een algemeenbelangbesluit een besluit is in de zin van de Awb, zal de ondernemer na marktconsultatie de volledige mogelijkheden hebben om in bezwaar en beroep te gaan wanneer een bestuursorgaan een algemeenbelangbesluit maakt. Zie de toelichting in paragraaf 3.2.2.

6.1.2.4. Evaluatiebepaling

Meerdere partijen (Nauta Dutilh, het ATR, de Raad voor de Rechtspraak, BarentsKrans, PotJonker, KHN, CMS en Energie NL) wijzen op de onduidelijkheid over de gevolgen van de evaluatie. Het gaat dan met name om wat ondernemers kunnen doen als ze het niet eens zijn met de resultaten en wat er moet gebeuren wanneer uit de evaluatie blijkt dat ondernemers hinder hebben ondervonden van een algemeenbelangbesluit. CMS noemt als alternatief om aan de evaluatie een beslistmoment te koppelen, waarbij een overheid een verlengings- of intrekingsbesluit neemt. Pot Jonker heeft de voorkeur voor een horizonbepaling. Daarnaast suggereren enkele respondenten (Oval, Pot Jonker) om de termijn waarbinnen een evaluatie moet plaatsvinden, te verkorten tot één of drie jaar. De regering heeft op basis van de uitkomsten van de consultatie het wetsvoorstel aangepast. Het wetsvoorstel voorziet nu in de verplichting dat een overheid in alle gevallen opnieuw een consultatie en daaropvolgend een besluit moet nemen na het afronden van de evaluatie. Dit is een besluit in de zin van de Awb. Daar staan bezwaar- en beroepmogelijkheden voor open. Zie de toelichting in paragraaf 3.2.3.

6.1.2.5. Toezicht

Verscheidene partijen hebben opmerkingen gemaakt over het toezicht op de wet. Vereniging Nederlandse Cateringorganisaties/ Nederlandse Veiligheidsbranche/ Ondernemersorganisatie Schoonmaak- en Bedrijfsdiensten doen in hun gezamenlijke reactie de suggestie voor een geschillencommissie waarbij beroep tegen een algemeenbelangbesluit kan worden ingediend. Met dit wetsvoorstel wordt het voor ondernemers mogelijk te reageren voordat een definitief besluit tot stand komt. Hiermee beoogt de regering te borgen dat de discussie aan de voorkant plaatsvindt en niet pas nadat een besluit tot stand is gekomen. Daarnaast zorgt de verplichte vijfjaarlijkse evaluatie van algemeenbelangbesluiten, waaruit altijd een besluit voortvloeit waar bezwaar en beroep voor open staat, ervoor dat ondernemers meer mogelijkheden hebben om algemeenbelangbesluiten aan te vechten. Tot slot ziet de ACM toe op de wet markt en overheid en is het voor ondernemers mogelijk om klachten en handhavingsverzoeken in te dienen jegens bestuursorganen. In dit kader acht de regering een geschillencommissie dan ook niet noodzakelijk.

Vereniging Nederlandse Cateringorganisaties/ Nederlandse Veiligheidsbranche/ Ondernemersorganisatie Schoonmaak- en Bedrijfsdiensten stellen ook voor een toezichtstaak voor de ACM toe te voegen



bij algemeenbelangbesluiten, waarbij de ACM toetst op een evenwichtige belangenafweging. De regering acht het onwenselijk dat de ACM een rol krijgt bij de belangenafweging. De belangenafweging zal van de lokale omstandigheden afhangen en kan daarom het beste door het bestuursorgaan zelf gemaakt worden. Om te toetsen of sprake is van een evenwichtige belangenafweging zal de ACM op de stoel van een bestuursorgaan moeten gaan zitten. Dit is geen taak van de ACM en druist bovendien in tegen de autonomie van bestuursorganen.

ONL stelt voor dat bestuursorganen naar de ACM een overzicht sturen met de economische activiteiten die ze verrichten. Een dergelijke lijst heeft volgens de regering geen meerwaarde. Het opstellen ervan leidt tot extra lasten voor bestuursorganen. Ondernemers kunnen een klacht bij de ACM indienen of een handavingsverzoek doen wanneer ze vinden dat een bestuursorgaan de wet markt en overheid overtreedt. Het kan niet van de ACM verwacht worden dat de ze ten aanzien van alle activiteiten op de lijst controleert of aan de wet markt en overheid wordt voldaan.

6.1.2.6. Inbesteden

VNO-NCW, OVAL, Vereniging Nederlandse Cateringorganisaties/ Nederlandse Veiligheidsbranche/ Ondernemersorganisatie Schoonmaak- en Bedrijfsdiensten, en Nederland ICT vragen om regels voor inbesteden. Bij inbesteden kiest een bestuursorgaan ervoor een bepaalde activiteit zelf te verrichten, in plaats van deze (via een aanbesteding) aan een private partij te gunnen. Een voorbeeld is dat een bestuursorgaan kantinepersoneel zelf in dienst neemt. Omdat een bestuursorgaan bij inbesteden geen goederen of diensten op de markt aanbiedt, valt dit buiten het kader van de wet markt en overheid. In de consultatie wordt de suggestie genoemd om een inbestedingskader vast te stellen. Bestuursorganen moeten hierbij kijken in welke mate marktpartijen in staat zijn om de activiteit te verrichten, zodat meer aandacht wordt besteed aan de effecten op ondernemers.

De regering acht het niet wenselijk om met dit wetsvoorstel regelgeving over inbesteding op te stellen. Dit zou een fundamentele aanpassing van de reikwijdte van de wet markt en overheid betekenen, omdat de wet markt en overheid nu alleen geldt wanneer bestuursorganen goederen of diensten aan derden aanbieden. De regering heeft op het vlak van inbesteden en de bredere aanbestedingspraktijk meerdere trajecten lopen die de praktijk tussen aanbestedende diensten en ondernemers moet verbeteren, zoals het vervolg Beter Aanbesteden.

6.1.2.7. Broncode van open source

In het via internet geconsulteerde wetsvoorstel stonden geen bepalingen over *open source* software. In de internetconsultatie heeft NLnet aangegeven dat er een uitzondering op het vrijgeven van de broncode van *open source* software in de wet markt en overheid dient te komen. Daarnaast heeft de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties op 17 april 2020 een brief (Kamerstukken II 26 643, nr. 676) aan de Tweede Kamer verzonden over het belang van de mogelijkheid voor overheden om software die met publieke middelen is ontwikkeld, zoveel mogelijk aan de samenleving terug te geven middels het openbaar en gratis publiceren van broncode. In deze brief bespreekt de staatssecretaris dat de wet markt en overheid een beperking is in het vrijgeven van broncode, omdat dit als economische activiteit kan worden gezien.

De belemmering van de wet markt en overheid voor het gratis vrijgeven van broncode is artikel 25i, dat vereist dat een overheid bij een economische activiteit de integrale kostprijs door te berekenen. Dit is in alle gevallen in strijd met de definitie van *open source* software, waarbij broncode gratis dient te worden vrijgegeven. Bovendien gaat het aanbieden van de broncode van open source software om een specifieke digitale dienstverlening, die niet vergelijkbaar is met veel andere activiteiten die onder de reikwijdte van de wet markt en overheid vallen, zoals het aanbieden van ligplaatsen in jachthavens, of verhuurlocaties waar de overheid geld mee wil verdienen. Het vrijgeven van eigen software stelt namelijk iedereen in staat het gratis te gebruiken (en door te ontwikkelen). Daarom wordt er een uitzondering gemaakt op één van de gedragsregels van de wet markt en overheid, de integrale kostenberekening, als bedoeld in artikel 25i van de Mededingingswet.

De regering heeft deze wijziging niet opnieuw via internetconsultatie geconsulteerd. Wel hebben het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, de Vereniging Nederlandse Gemeenten en branchevereniging NLdigital een (digitale) sessie gewijd aan de uitzondering op de gedragsregel van integrale kostendoorberekening voor de broncode van open source software. Tijdens deze interactieve sessie bleek dat het merendeel van de aanwezige ondernemingen positief staat tegenover een uitzondering voor open source software. Daarnaast heeft de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties in bovengenoemde brief expliciet de uitzonderingen in de wet markt en overheid benoemd en daar een aantal reacties op gekregen. Er zijn veel bedrijven die het vrijgeven van de broncode een goede ontwikkeling vinden omdat deze bedrijven gratis kunnen voortbouwen op bestaande (deel)oplossingen. Het bedrijfsleven schakelt in toenemende mate (deels) op open source



en verwachten van de overheid hetzelfde omdat ze hier ook een belang bij hebben.

Artikelsgewijs

Artikel I

Met artikel I worden wijzigingen aangebracht in hoofdstuk 4b, betreffende markt en overheid, van de Mededingingswet. De verschillende onderdelen worden hieronder nader toegelicht.

Onderdeel A

Er wordt een tweetal wijzigingen aangebracht in artikel 25h. Ten eerste wordt een wijziging aangebracht in artikel 25h, tweede lid. Hierin staat dat hoofdstuk 4b niet van toepassing is op het aanbieden van goederen of diensten door bestuursorganen aan andere bestuursorganen of aan overheidsbedrijven voor zover deze goederen of diensten zijn bestemd voor de uitvoering van een publiekrechtelijke taak. Deze uitzonderingsbepaling maakt het mogelijk goederen en diensten onder de kostprijs aan andere bestuursorganen aan te bieden, voor zover deze goederen of diensten zijn bestemd voor de uitoefening van een publiekrechtelijke taak. Voor een nadere toelichting wordt verwezen naar de memorie van toelichting bij de wet markt en overheid (Kamerstukken II 2007/08, 31 354, nr. 3, p. 34).

Recentelijk heeft de Rechtbank Rotterdam geoordeeld dat voornoemde uitzonderingsbepaling niet van toepassing is op het aanbieden van goederen of diensten door een bestuursorgaan aan buitenlandse bestuursorganen (ECLI:NL:RBROT:2017:4648). Het betrof een zaak waarin de Peruaanse marine twee vliegtuigen, bestemd voor gebruik door de marine, van de Staat der Nederlanden had gekocht. De Defensie Materieel Organisatie (DMO), een organisatieonderdeel van het Ministerie van Defensie, heeft tegen betaling ondersteuning geboden aan de Peruaanse marine bij het overvliegen van de vliegtuigen. Daarbij waren niet ten minste de integrale kosten doorberekend. De rechtbank oordeelde dat de uitzonderingsbepaling niet van toepassing was omdat de Peruaanse marine niet kwalificeert als bestuursorgaan of overheidsbedrijf in de zin van artikel 25h, tweede lid, en dat er aldus sprake was van een overtreding vanwege het niet doorberekenen van de integrale kosten. In dergelijke gevallen kan het evenwel, net als voor samenwerking tussen Nederlandse bestuursorganen, wenselijk zijn dat de wet markt en overheid niet van toepassing is. Samenwerking met buitenlandse bestuursorganen kan anders benadeeld worden. Het is gebruikelijk dat bestuursorganen over en weer economische activiteiten onder de kostprijs voor elkaar verrichten. Zo is het in internationaal defensieverband gebruikelijk dat landen elkaar onderling diensten verlenen en hierbij niet alle kosten doorberekenen. Daarom wordt geregeld dat de uitzondering van artikel 25h, tweede lid, ook geldt voor het aanbieden van goederen of diensten door een bestuursorgaan aan buitenlandse bestuursorganen. Er is voor gekozen om de bestaande uitzondering uit te breiden tot bestuursorganen van de Caribische delen van het Koninkrijk. Dit betreft zowel bestuursorganen van de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba, als bestuursorganen van de andere landen binnen het Koninkrijk (Aruba, Curaçao en Sint Maarten). De uitzondering geldt daarnaast ook voor bestuursorganen van andere staten. Hiermee wordt erin voorzien dat de bestaande uitzondering van toepassing is op alle bestuursorganen buiten het Europees deel van Nederland. Overigens geldt, evenals voor het aanbieden van goederen en diensten door een bestuursorgaan aan een (Nederlands) bestuursorgaan of overheidsbedrijf, dat de goederen of diensten bestemd moeten zijn voor de uitvoering van een publiekrechtelijke taak.

Daarnaast komen het vijfde en zesde lid van artikel 25h te vervallen. In deze leden is het algemeenbelangbesluit geregeld. De leden komen te vervallen omdat er met onderdeel B een nieuw artikel 25ha in de Mededingingswet wordt ingevoegd waarin het algemeenbelangbesluit wordt geregeld.

Onderdeel B

Met onderdeel B wordt een nieuw artikel 25ha in de Mededingingswet ingevoegd. Dit artikel bevat de bepalingen over algemeenbelangbesluiten. Het eerste lid van dit artikel was tot op heden opgenomen in artikel 25h, vijfde lid, en bevat de hoofdregel ten aanzien van het algemeen belang: hoofdstuk 4b van de Mededingingswet, en daarmee de gedragsregels, is niet van toepassing op een economische activiteit of een bevoordeling die plaatsvindt in het algemeen belang. In het tweede lid is, zoals dat tot op heden was geregeld in artikel 25h, zesde lid, bepaald door wie kan worden vastgesteld dat een economische activiteit of bevoordeling plaatsvindt in het algemeen belang. Nieuw is dat in dit lid expliciet het karakter van de vaststelling wordt geduid door gebruikmaking van het begrip 'besluit'. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven heeft in een zaak over de verhuur van sportaccommodaties bevestigd dat een algemeenbelangbesluit is geconcretiseerd naar object en plaats, zodat een dergelijk besluit moet worden aangemerkt als een concreterend besluit van algemene strekking, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift in de zin van artikel 8:3 van de Awb (ECLI:NL:CBB:2016:414). Er is dus sprake van een besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Awb, waartegen bezwaar en beroep open staat.

Het derde tot en met achtste lid van artikel 25ha zijn nieuw en bevatten voorschriften en grondslagen om bij algemene maatregel van bestuur voorschriften te stellen over het nemen van een algemeenbelangbesluit (procedure en motivering) en de evaluatie ervan. Het derde lid bevat de verplichting om algemeenbelangbesluiten binnen een periode van vijf jaar opnieuw te beoordelen, ofwel te evalueren. De reden voor deze evaluatieverplichting is dat marktomstandigheden in de loop van de tijd kunnen veranderen, waardoor de nadelen van het gebruik van de algemeenbelanguitzondering na verloop van tijd kunnen zijn toegenomen of de noodzaak tot gebruikmaking van de algemeenbelanguitzondering niet meer bestaat. Een nieuwe belangenafweging om te komen tot een algemeenbelangbesluit kan daardoor anders uitpakken. De evaluatie ziet op de doeltreffendheid van het besluit en de effecten daarvan in de praktijk. Een verslag van de evaluatie moet openbaar worden gemaakt. Voor een nadere toelichting wordt verwezen naar paragraaf 3.2.3 van het algemeen deel van de toelichting. Op basis van het vierde lid dient het bestuursorgaan naar aanleiding van deze evaluatie het algemeenbelangbesluit te handhaven, aan te passen of in te trekken. Het handhaven, aanpassen of intrekken van een algemeenbelangbesluit kwalificeert tevens als besluit in de zin van artikel 1:3 van de Awb, waardoor bezwaar en beroep tegen een dergelijk besluit mogelijk is. Uit de artikelen 3:46 en 3:47 van de Awb volgt dat dergelijke besluiten moeten berusten op een deugdelijke motivering en dat die motivering bovendien bij de bekendmaking van het besluit wordt vermeld. Op de motivering van algemeenbelangbesluiten is ingegaan in paragraaf 3.2.1 van het algemeen deel van de toelichting.

Op grond van het vijfde lid dient het bestuursorgaan voordat zij een besluit tot handhaving, aanpassing of intrekking van het algemeenbelangbesluit neemt, een consultatie te organiseren. Op deze manier wordt ondernemers de mogelijkheid geboden zich uit te spreken over nieuw te nemen algemeenbelangbesluiten of algemeenbelangbesluiten die worden geëvalueerd. Het zesde lid bepaalt dat het bestuursorgaan uiterlijk twee weken voor de consultatie kennis geeft van de organisatie daarvan en daarbij vermeldt hoe aanmelding kan plaatsvinden. Deze kennisgeving dient plaats te vinden overeenkomstig de eisen die worden gesteld in artikel 3:12, eerste en tweede lid, van de Awb. Het zevende lid bepaalt dat de consultatie op een zodanige manier wordt ingericht dat eenieder die zich heeft aangemeld, voldoende gelegenheid krijgt zich uit te spreken. Zie paragraaf 3.2.2 van het algemeen deel van de toelichting voor meer informatie over de redenen voor het instellen van een verplichte consultatie en de wijze waarop deze consultatie is vormgegeven.

In het achtste lid, onderdeel a, is de basis neergelegd om bij algemene maatregel van bestuur specifieke elementen aan te wijzen die het bestuursorgaan, gezien vanuit de ratio van hoofdstuk 4b van de Mededingingswet, in het afwegingsproces rond een algemeenbelangbesluit en de motivering daarvan in ieder geval aan de orde dient te laten komen. Deze aanwijzing laat de algemene eisen die gelden met betrekking tot de belangenafweging en de motivering van besluiten zoals voortvloeiend uit de Awb onverlet. Op grond van het achtste lid, onderdeel b, zal bij algemene maatregel van bestuur (specifiek: in het Besluit markt en overheid) nader worden geduïd welke elementen in de evaluatie aan de orde moeten komen en hoe het verslag van de evaluatie openbaar moet worden gemaakt. De evaluatieverplichting en de bij algemene maatregel van bestuur vast te stellen onderwerpen zijn in paragraaf 3.2.1. van het algemeen deel van de toelichting toegelicht.

Onderdeel C

Onderdeel C voegt een onderdeel toe aan artikel 25i, tweede lid. Hiermee wordt een uitzondering gemaakt op de eis van het eerste lid dat een bestuursorgaan dat economische activiteiten verricht, de afnemers van een product of dienst ten minste de integrale kosten van dat product of die dienst in rekening brengt. Deze uitzondering ziet op economische activiteiten die inhouden het kosteloos en non-discriminatoir vrijgeven van de broncode van software ten behoeve van gebruik, wijziging of distributie daarvan, over welke broncode en software het bestuursorgaan beschikt in het kader van de uitoefening van zijn publiekrechtelijke bevoegdheden. De uitzondering op de regel dat een bestuursorgaan bij het verrichten van economische activiteiten de integrale kosten dient door te berekenen wordt gemaakt omdat het wenselijk is dat bestuursorganen de broncode (inclusief documentatie) van software die zij heeft (laten) ontwikkelen, kosteloos vrij kunnen geven, zodat deze vrij kan worden gedistribueerd, aangepast en hergebruikt. Zie voor een uitgebreide toelichting op de uitzondering voor open source software paragraaf 3.3 van het algemeen deel van de toelichting.

Onderdeel D

Onderdeel D bevat het overgangsrecht voor de verplichting om algemeenbelangbesluiten te evalueren. Op grond van het nieuwe artikel 25ha, vierde lid, moeten algemeenbelangbesluiten iedere vijf jaar worden geëvalueerd. In paragraaf 3.2.3. is ingegaan op de wenselijkheid om deze verplichting voor nieuwe besluiten ook van toepassing te laten zijn op bestaande algemeenbelangbesluiten. Met onderdeel D wordt geregeld dat deze bestaande algemeenbelangbesluiten ook telkens binnen een periode van vijf jaar moeten worden geëvalueerd. Voor bestaande besluiten vangt deze periode aan



op het moment van inwerkingtreding van artikel 25ha waarin de verplichting tot evaluatie van nieuw te nemen algemeenbelangbesluiten is geregeld.

Artikel II

Met de wijzigingswet markt en overheid zijn de bepalingen over markt en overheid in de Mededingingswet opgenomen. In artikel IV, tweede lid, van de wijzigingswet markt en overheid is een horizonbepaling opgenomen. Op grond van het derde lid van dit artikel is het mogelijk de werking van de wet markt en overheid bij algemene maatregel van bestuur te verlengen. Deze horizonbepaling en grondslag om de werking van de wet te verlengen zijn de enige onderdelen van de wijzigingswet die nog werking hebben. In paragraaf 3.1. is uiteengezet dat wordt voorgesteld de bepalingen over markt en overheid een bestendig karakter te geven door het laten vervallen van de horizonbepaling. Dit artikel voorziet daarin door de wijzigingswet in te trekken. Daarmee blijven de bepalingen in de Mededingingswet van kracht, terwijl de enige onderdelen in de wijzigingswet markt en overheid die nog werking hadden, hun werking verliezen.

Artikel III

Artikel III betreft de inwerkingtreding van de wet. Deze treedt in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip.

De Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat,