



Ministerie van Economische Zaken

■■■■■

Postbus 20401

2500 EK 'S-GRAVENHAGE

**Datum**

10 november 2017

**Ons kenmerk**

VERZ/U201700766

**Uw kenmerk**

DGETM-MC/16131786

**Telefoon**

(070) 373 8393

**Onderwerp**

Wetsvoorstel wijziging wet markt en overheid

Geachte mevrouw ■■■■■,

Op 1 september 2017 heeft u het voorstel tot wijziging wet markt en overheid (hoofdstuk 4b Mededingingswet) voor internetconsultatie gepubliceerd. U heeft ons bij brief van 13 september 2017 om een reactie gevraagd op het wetsvoorstel. We geven graag gehoor aan uw verzoek.

Wet markt en overheid: oplossing zoekt probleem

De VNG concludeert:

1. Hoofdstuk 4b van de Mededingingswet moet vervallen. De wet markt en overheid heeft haar (blijvende) nut en noodzaak niet bewezen, en leidt slechts tot extra administratieve lasten.
2. De voorgestelde wijziging van hoofdstuk 4b Mededingingswet belemmert gemeenten flexibel in te spelen op veranderingen in de maatschappij, en tast hun bestuurlijke autonomie aan.

Ad 1

Het doel van de wet markt en overheid is het creëren van zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen overheden die optreden als aanbieder van goederen of diensten op een markt enerzijds en andere, particuliere ondernemers anderzijds. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel schrijft u dat u vóór de totstandkoming van de wet 'diverse signalen uit het bedrijfsleven [ontving] over ongelijke concurrentie tussen overheden en het bedrijfsleven'. Om 'deze problematiek' aan te pakken is de wet markt en overheid in het leven geroepen.

**Vereniging van Nederlandse Gemeenten**

Nassaulaan 12 Den Haag | Postbus 30435 | 2500 GK Den Haag

070 - 373 83 93 | [info@vng.nl](mailto:info@vng.nl)

vng.nl

Zoals door ons opgemerkt bij de consultatie van de huidige wet, is 'deze problematiek' niet objectief aangetoond. Hoe groot de omvang van het door het bedrijfsleven ervaren probleem van ongelijke concurrentie door overheden is, was en is onduidelijk. De nulmeting wet markt en overheid (2013) geeft geen uitsluitsel over de omvang en ernst van de problematiek. Ook uit de evaluatie wet markt en overheid (2015) blijkt niet hoe groot het probleem is en of er überhaupt sprake is van een probleem. Daardoor is het niet mogelijk vast te stellen of de huidige wet werkt.

Alles wat gemeenten doen, doen ze voor het algemeen belang. Dat het daarbij voorkomt dat gemeenten economische activiteiten verrichten, is onvermijdelijk. De definitie van 'economische activiteit' is erg ruim. Waar gemeenten dat nodig vinden, bieden ze vastgoed aan onder de integrale kostprijs, zoals bij sportverenigingen en maatschappelijke organisaties. Een samenleving gedijt immers niet zonder sport en cultuur.

Door de groeiende rol van gemeenten op tal van maatschappelijke terreinen maar tegelijkertijd een krimpend budget zijn gemeenten verwickeld in een continue kerntakendiscussie. In deze omstandigheden kunnen gemeenten het zich niet veroorloven economische activiteiten nodeloos uit te voeren onder de kostprijs. Alleen die activiteiten die daadwerkelijk nodig zijn in het algemeen belang worden gehandhaafd. Alleen al om die reden is het bestaansrecht van de wet nihil.

Intussen leidt de wet markt en overheid tot extra administratieve lasten. Met name de gedragsregel dat de integrale kostprijs van een economische activiteit moet worden doorbelast vergt veel extra werk en leidt tot discussie met de Autoriteit Consument en Markt (ACM).

Bij de invoering van de wet markt en overheid hebt u aangegeven, dat de inrichting van de begroting geen extra administratieve lasten met zich mee zou brengen. De wet zou aansluiten bij bestaande kaders. Het Besluit Begroting en Verantwoording (BBV) is onlangs gewijzigd. Daarnaast is de Wet op de Vennootschapsbelasting (Vpb) gewijzigd. Deze regelgeving stelt, samen met de wet markt en overheid, eisen aan gemeenten voor de inrichting van de begroting. Deze eisen zijn niet op elkaar afgestemd. Om aan de verschillende kaders te voldoen, moet maatwerk worden geleverd. Dat betekent administratieve lastenverzwaring voor gemeenten.

Ad 2

Gemeenten spelen een centrale rol in veel maatschappelijke ontwikkelingen. Die ontwikkelingen volgen elkaar in een rap tempo op. Dat vraagt een wendbare gemeente. Een gemeente die niet gehinderd wordt door overbodige wet- en regelgeving. Dat vraagt ook een autonome gemeente. Een gemeente die zelf kan bepalen hoe in een bepaalde situatie te handelen.

Het dwingend opleggen van procedurele voorschriften, zoals u voorstelt, verdraagt zich niet met deze wendbare en autonome gemeente. Het is bovendien een teken van gebrek aan vertrouwen in het vermogen van gemeenten te bepalen welke mate van inspraak in welke situatie aangewezen is. En dat rijmt weer niet met de groeiende bestuurlijke verantwoordelijkheid van gemeenten.

#### Evaluatie wet markt en overheid

Het wetsvoorstel komt voort uit de evaluatie van de wet markt en overheid. We gaan daarom eerst in op de evaluatie, en daarna op de door u voorgestelde wijzigingen.

U schrijft dat de uitkomsten van de evaluatie reden geven tot aanpassing van hoofdstuk 4b van de Mededingingswet. Wij zijn het daar niet mee eens.

U stelt dat uit de evaluatie blijkt dat overheden veel gebruikmaken van de algemeen belang uitzondering. Dit klopt niet, althans niet voor gemeenten. Het is waar dat veel gemeenten een algemeen belang besluit hebben genomen. Maar dat is niet hetzelfde als veelvuldig gebruik. Het aantal activiteiten dat onder de algemeen belang uitzondering valt is beperkt. Het gaat vooral om sportfaciliteiten en maatschappelijk vastgoed. Los daarvan, gemeenten dienen het publieke belang, dus het spreekt voor zich dat zij activiteiten verrichten in het algemeen belang.

De onderzoekers constateren dat de mate waarin de wet heeft bijgedragen aan gelijke concurrentieverhoudingen niet in kwantitatieve zin is te duiden. Toch concluderen ze dat de bijdrage van de wet aan de hiervoor genoemde doelstelling 'suboptimaal' is. Als belangrijkste oorzaak hiervan noemen zij de algemeen belang uitzondering. Het 'veelvuldig gebruik' ervan door met name gemeenten zou het effect van de wet ondergraven.

Gemeenten hebben echter nauwelijks klachten ontvangen van ondernemers over oneerlijke concurrentie, aldus de evaluatie. Ondernemers maken zelden bezwaar tegen een algemeen belang besluit, ook al zijn deze op de voorgeschreven wijze gepubliceerd. Het merendeel van de klachten die de ACM heeft ontvangen valt buiten de reikwijdte van de wet markt en overheid. Met andere woorden, de uitkomsten van het onderzoek staven de conclusies in de evaluatie niet.

De voorgestelde aanscherping van de regels over de algemeen belang uitzondering mist dus een grondslag.

Op basis van de evaluatie constateren we dat de wet markt en overheid een oplossing biedt voor een probleem dat er niet is, althans waarvoor in de evaluatie geen onderbouwing kan worden gevonden.

#### Voorstel tot wijziging wet markt en overheid

Om te beginnen stelt u voor de uniforme openbare voorbereidingsprocedure (uov) (afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht) verplicht te stellen wanneer een overheid een algemeen belang besluit wil nemen.

De uov is in het leven geroepen voor beleidsvoornemens waarbij de kans groot is dat een grote groep burgers erdoor wordt geraakt of bij complexe onderwerpen. Daarvan is bij algemeen belang besluiten geen sprake is. Het is gewoonlijk een zeer beperkt aantal ondernemers voor wie een algemeen belang besluit relevant is en de materie is altijd overzichtelijk. Het is inefficiënt de uov verplicht te stellen voor ieder algemeen belang besluit, ongeacht het onderwerp en de impact.

Alle gemeenten hebben een inspraakverordening die regelt in welke gevallen, met wie en op welke wijze inspraak kan plaatsvinden. We zien geen objectieve reden waarom dit systeem niet voldoet. Te meer omdat ondernemers daarnaast de mogelijkheid hebben van bezwaar en beroep tegen een algemeen belang besluit.

Ondernemers maken zelden gebruik van de mogelijkheid tot inspraak als die hen wordt geboden, blijkt uit de evaluatie. Wat rechtvaardigt de verwachting dat ondernemers na de beoogde

wetswijziging wél van deze mogelijkheid gebruik gaan maken? In beide gevallen vindt kennisgeving van het (ontwerp)besluit op dezelfde wijze plaats.

Ook wilt u bij algemene maatregel van bestuur nader te formuleren motiveringseisen verplicht stellen. Hiermee gaat u voorbij aan het feit dat de Algemene wet bestuursrecht (Awb) voorschrijft dat een besluit deugdelijk moet zijn gemotiveerd. Het is aan de rechter te beoordelen of dat in een concrete zaak het geval is. Daarbij heeft de rechter geen hulp nodig van de wetgever; hij doet het al decennia zonder en dat gaat prima.

Het opnemen van een toetsingskader in de wet brengt bovendien niet met zich mee dat de rechter het besluit inhoudelijk gaat toetsen. Het blijft een marginale toets en daarvoor bieden de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals vastgelegd in de Awb, voldoende houvast.

Voor zover de motivering van algemeen belang besluiten verbetering behoeft, kunnen ondernemers dat bij uitstek zelf bewerkstelligen. Door het (stelselmatig) aanwenden van de beschikbare rechtsmiddelen stimuleren zij overheden tot kwalitatief goede besluitvorming.

Verder stelt u een verplichte vijfjaarlijkse evaluatie van algemeen belang besluiten voor. De elementen die bij de evaluatie aan de orde moeten komen, zullen worden opgenomen in een algemene maatregel van bestuur.

Dit voorstel is een vergaande ingreep in de bestuurlijke autonomie van gemeenten. Het is de gemeenteraad die een algemeen belang besluit vaststelt, en het is aan de gemeenteraad te beslissen of een besluit moet worden herzien, en zo ja, op welke gronden. Het gaat niet aan om bij wet op te dragen dat een algemeen belang besluit iedere vijf jaar moet worden geëvalueerd, ongeacht of er een noodzaak tot evaluatie bestaat.

Het verplicht stellen van elementen die bij de verplichte evaluatie moeten worden betrokken, is een nog verdergaande ingreep in de autonomie van gemeenten. Dit leidt ook tot een toename van administratieve lasten voor gemeenten.

Het verbaast ons dat u voorstellen doet tot verstrekkende inperking van de zelfstandigheid van decentrale overheden. Dit druist in tegen de tendens van meer autonomie voor decentrale overheden. En dat terwijl de noodzaak van deze inperking niet objectief is onderbouwd.

Tot slot, u bent voornemens, door intrekking van de wijzigingswet markt en overheid, de horizonbepaling te schrappen. We vinden dit geen goed idee. De noodzaak van de wet markt en overheid heeft zich niet bewezen, verdere verlenging, laat staan permanente duur is dan ook niet wenselijk. Ons voorstel is de wet per 1 juli 2019 te laten aflopen. Tegen die tijd is de wet, voor zover hij dat nu al niet is, uitgewerkt.

#### Autoriteit Consument en Markt

Hoofdstuk 4b van de Mededingingswet wijst de ACM aan als toezichthouder op de bepalingen in dit hoofdstuk. De afgelopen twee jaren heeft de ACM met enige regelmaat onderzoek gedaan naar klachten van ondernemers over vermeende schending van de wet markt en overheid. Daarbij valt op dat de ACM weinig begrip aan de dag legt voor de publieke taken van gemeenten en de wijze waarop gemeenten zijn georganiseerd. De ACM houdt geen rekening met het feit dat sommige

kosten, zoals van de publieke infrastructuur, niet toerekenbaar zijn aan specifieke economische activiteiten, maar voortvloeien uit een overheidstaak. De ACM benadert gemeenten als ondernemingen, terwijl ze dat niet zijn. Dat leidt tot onevenwichtige besluiten.

#### Praktijkverbetering

Om de klachten van ondernemers over ongelijke concurrentie door overheden te verminderen zien we meer heil in gesprekken tussen ondernemers en overheden. Onzes inziens zit het probleem vooral in een verschil van perceptie. Ondernemers ervaren concurrentie terwijl overheden zich daar niet van bewust zijn. Gemeenten willen een bloeiend bedrijfsleven, en zijn zeker bereid samen met ondernemers te onderzoeken hoe de praktijk beter kan.

Tot zover onze reactie op het wetsvoorstel markt en overheid. Uiteraard geven we desgewenst graag een nadere toelichting op ons standpunt.

Met vriendelijke groet,

Vereniging van Nederlandse Gemeenten



Directeur Beleid Lokale Democratie