

Vergaderjaar 2008–2009

**31 354**

## **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)**

**B**

### **VOORLOPIG VERSLAG VAN DE VASTE COMMISSIE VOOR ECONOMISCHE ZAKEN<sup>1</sup>**

Vastgesteld 2 juni 2009

Het voorbereidend onderzoek heeft de commissie aanleiding gegeven tot het maken van de volgende opmerkingen en het stellen van de volgende vragen.

#### **Algemeen**

De leden van de **CDA**-fractie hebben met belangstelling kennis genomen van dit wetsvoorstel. Zij zijn verheugd dat na zoveel jaren er nu eindelijk perspectief ontstaat op enige vooruitgang op dit terrein, maar hebben nog diverse essentiële vragen die zij graag beantwoord willen zien vooraleer zij tot een finale afweging kunnen komen.

De leden van de fractie van de **VVD** hebben kennis genomen van het wetsvoorstel. Zij hebben nog de nodige vragen en zien de beantwoording daarvan met gemengde gevoelens tegemoet.

De leden van de fractie van de **PvdA** hebben met bijzondere belangstelling kennis genomen van dit voorstel tot wijziging van de Mededingingswet ter invoering van gedragsregels voor de overheid. Ook zij hebben nog een aantal vragen en zien de beantwoording daarvan graag tegemoet.

De leden van de **SP**-fractie hebben kennis genomen van het wetsvoorstel. Zij kunnen om diverse redenen voorlopig niet meer dan vagelijk sympathie voor het wetsvoorstel opbrengen: omdat het oogmerk ervan onvoldoende precies is omschreven, omdat de reikwijdte ervan onduidelijk is en omdat het taxonomisch een aantal dubieuze elementen bevat. Deze leden hebben een aantal vragen die, onder andere, beogen duidelijkheid op deze punten te scheppen.

<sup>1</sup> Samenstelling:

Schuurman (CU), Van den Berg (SGP), Meindertsma (PvdA), Broekers-Knol (VVD), Terpstra (CDA), Kneppers-Heynert (VVD) (voorzitter), Kox (SP), Essers (CDA), Noten (PvdA), Sylvester (PvdA), Schouw (D66), Van Driel (PvdA), Doek (CDA), Franken (CDA), Böhler (GL), Willems (CDA), Reuten (SP) (vicevoorzitter), Hofstra (VVD), Asscher (VVD), Laurier (GL), Koffeman (PvdD), Elzinga (SP), Vliegthart (SP), Kuiper (CU) en Yildirim (Fractie-Yildirim).

Met belangstelling hebben de leden van de fracties van **SGP** en **ChristenUnie** kennis genomen van het wetsvoorstel tot aanpassing van de Mededingingswet. Het wetsvoorstel is niet wat werd beoogd, vanwege een groot aantal amendementen. Naar de mening van deze leden een pover resultaat van vijftien jaar onderhandelen en doorschuiven. Niettemin wachten de leden van deze fracties de beantwoording van hun vragen met belangstelling af.

## **Inbreng van de CDA-fractie**

De leden van de CDA-fractie hebben de indruk dat in vergelijking tot het oorspronkelijke wetsvoorstel Markt en overheid in het onderhavige wetsvoorstel de nadruk veel sterker is komen te liggen op de bestuurlijke autonomie van overheidsorganisaties. Daarmee dreigt spanning te ontstaan met de mate waarin er rechtsmiddelen openstaan voor particuliere ondernemers om tegen oneigenlijke overheidsconcurrentie op te treden. De overheidsorganisatie kan immers zelf bepalen of sprake is van een publiek belang. Als het besluit daartoe de vorm heeft van een algemene regeling, zoals een verordening van de gemeenteraad, is geen rechtsgang mogelijk. Graag verkrijgen de leden van de CDA-fractie een uitgebreid overzicht van de rechtsmiddelen die een particuliere ondernemer na aanvaarding van dit wetsvoorstel via de NMa, de bestuursrechter en de civiele rechter ter beschikking staan in het geval naar zijn mening een overheidsorganisatie oneerlijk concurreert. Welke rechtsmiddelen heeft een ondernemer als de NMa geen reden ziet om op grond van de onderhavige wet in actie te komen tegen een overheidsorganisatie?

Verder vragen de leden van de CDA-fractie de regering om een uitgebreide toelichting op de wijze waarop overheidsorganisaties de integrale kostprijs moeten berekenen. Aangezien deze verplichting een dermate belangrijk onderdeel is van dit wetsvoorstel vinden zij dat hier heldere richtlijnen voor moeten worden verstrekt en dat deze voorhanden moeten zijn voordat het onderhavige wetsvoorstel wordt ingevoerd. Kan de regering aan deze wens tegemoet komen, zo vragen deze leden? In dit verband zijn deze leden zeer benieuwd hoe het rendement op eigen vermogen moet worden bepaald. Wat geldt in deze als referentiekader?

De leden van de CDA-fractie vinden het opmerkelijk dat in de toelichting op het wetsvoorstel niet of nauwelijks wordt gesproken over de kwestie van de vennootschapsbelastingplicht van overheidsbedrijven. In de memorie van toelichting (blz. 23) wordt slechts verwezen naar de notitie «Belastingplicht overheidsbedrijven» van de Staatssecretaris van Financiën. In veel gevallen hoeven overheidsorganisaties thans geen vennootschapsbelasting te betalen. Dat doet zich bijvoorbeeld voor als zij diensten verlenen. Dit doet uiteraard afbreuk aan het gelijk speelveld dat wordt beoogd met particuliere ondernemingen die veelal wel vennootschapsbelasting moeten betalen. Naar de mening van de leden van de CDA-fractie dient dan ook de component vennootschapsbelasting te worden meegenomen in de bepaling van de integrale kostprijs, ongeacht of deze wel of niet daadwerkelijk is verschuldigd. De betrokken overheidsorganisatie treedt immers in concurrentie met particuliere ondernemingen en dient dan ook zoveel mogelijk dezelfde elementen in haar kostprijs door te berekenen als die welke particuliere ondernemingen hanteren. Gaarne vernemen deze leden de mening van de regering hieromtrent. Verder vernemen zij graag van de regering wanneer concrete voorstellen kunnen worden verwacht op het terrein van de belastingheffing van overheidsbedrijven. Dit is immers voor de totstandbrenging van het beoogde gelijke speelveld van groot belang.

De leden van de CDA-fractie hebben zich verwonderd over het feit dat in het wetsvoorstel een onderscheid wordt gemaakt tussen direct door overheidsorganisaties geëxploiteerde overheidsbedrijven en indirecte overheidsbedrijven, dat wil zeggen de ondernemingen met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid waarin een publiekrechtelijk rechtspersoon in staat is het beleid te bepalen dan wel de ondernemingen in de vorm van een personenvennootschap, waarin een publiekrechtelijk rechtspersoon deelneemt. Voor de indirecte overheidsbedrijven is slechts de gedragsregel opgenomen dat overheidsorganisaties dergelijke bedrijven niet

mogen bevoordelen. Deze bedrijven zijn echter niet verplicht om de integrale kostprijs door te berekenen aan derden. Zij zijn vrij om hun eigen ondernemingsstrategie te bepalen (vergelijk de nota naar aanleiding van het verslag, 31 354, nr. 6, blz. 10). Dit levert een naar de mening van de leden van de CDA-fractie onverklaarbaar onderscheid op tussen directe en indirecte overheidsbedrijven. Het gemaakte onderscheid lijkt ook in strijd te zijn met het uitgangspunt een gelijk speelveld te creëren. Bovendien biedt dit de mogelijkheid voor directe overheidsbedrijven om vrij eenvoudig de verplichting inzake de doorberekening van de integrale kostprijs te ontgaan door bijvoorbeeld de onderneming in te brengen in een BV of in een personenvennootschap. Gaarne vernemen deze leden de mening van de regering hierover.

De regering heeft ervoor gekozen om de aanvankelijk voorziene verplichting voor overheidsorganisaties om de baten en lasten ten aanzien van economische activiteiten apart te registreren, te laten vervallen uit een oogpunt van vermindering van de administratieve lasten voor die overheden. Daarvoor in de plaats komt er een bepaling die voorziet in een omkering van de bewijslast: desgevraagd is de betrokken overheid gehouden om aan te tonen dat alle kosten zijn doorberekend. De leden van de CDA-fractie vragen de regering echter hoe dit laatste mogelijk is als de overheid niet verplicht is om de baten en lasten apart te registreren. Of wordt de integrale kostprijsberekening dermate vaag en globaal gehouden dat daarmee weer tekort wordt gedaan aan het streven naar een gelijk speelveld? Ook hieromtrent vernemen deze leden graag de visie van de regering.

Ten slotte vragen de leden van de CDA-fractie de regering een antwoord te geven op de door de commissie voor Economische Zaken ontvangen vraag van een beleidsmedewerker van de afdeling medezeggenschap en juridische zaken van de SER waarom in het voorgestelde art. 25h, derde lid de bestuursorganen van de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie zijn uitgezonderd.

### **Inbreng van de VVD-fractie**

De leden van de fractie van de **VVD** hebben nog de nodige vragen over het wetsvoorstel. Kan de regering aangeven of zij het wenselijk acht dat alle publiekrechtelijke organen met commerciële activiteiten nauwkeurige financiële verantwoording afleggen ten einde kruissubsidiëring inzichtelijk te maken? Zo ja, welke middelen staan de regering ter beschikking dit te realiseren? Is de regering voornemens om, al dan niet onder (mede-)verantwoordelijkheid van de minister van Binnenlandse Zaken, met aanvullende maatregelen op het onderhavige wetsvoorstel te komen? Zo ja, welke en wanneer verwacht de regering uitkomst? Zo nee, waarom niet?

Wil en zo ja, kan de regering garanderen dat de NMa – zelf een publiekrechtelijk orgaan – voldoende prioriteit geeft aan het controleren van andere overheidsinstellingen die concurreren op de markt?

Voorziet de regering toekomstige uitbreiding van de wet tot bijvoorbeeld universiteiten die tal van commerciële activiteiten hebben? Is in tegenstelling tot de (volgens de leden van de fractie van de VVD) te beperkte doorwerking van de wet mogelijk de reikwijdte van de wet uit te breiden? Kan de regering bevorderen dat instellingen waarop de wet nu niet van toepassing is, in de toekomst onder de werking worden gebracht? Hierbij denken deze leden met name aan genoemde universiteiten en de Publieke Omroep.

Wat wordt de rol van de klachteninstelling voor ondernemers? Krijgt deze

een functie van monitoren en inventariseren van klachten en geschillen, of is de regering bereid haar aanvullende bevoegdheden te verlenen teneinde (gemeentelijke) overheden tot de orde te roepen indien nodig? Is de regering het eens met de leden van de VVD-fractie dat de NMA ook zou moeten kunnen gebiedten dat overheden compenseren aan benadeelden? Zo nee, waarom niet? Staat ondernemers de weg vrij om anders via een actie uit onrechtmatige daad jegens de oneerlijk concurrerende overheidsinstelling op te komen en schade te verhalen? Is in het kader van een eventueel juridisch advies- en doorverwijstraject ter ondersteuning van ondernemers hier een rol weggelegd voor de NMA? Waarom is ervoor gekozen dat de NMA geen boetes kan opleggen bij overtreding van deze bepalingen van de Mededingingswet? Is de regering bereid objectief bepaalde criteria uit te (doen) werken ten aanzien van de vraag wat onder het algemeen belang valt en wat niet, ten einde gemeenten en ondernemingen handvaten te bieden en hiermee rechtsonzekerheid te voorkomen?

Waarom is ervoor gekozen de overheidslichamen zelf te laten vaststellen of een activiteit van algemeen belang is? Lijkt dit niet teveel op de slager die zijn eigen vlees keurt? Het komt veel voor dat gemeenten en andere overheidslichamen commerciële activiteiten ontplooiën ter dekking van de begroting. Ligt het niet voor de hand dat de gemeenteraad en vergelijkbare organen diensten te gemakkelijk als economische activiteit in het algemeen belang aanwijzen?

Waarom is er voor gekozen de dienst van algemeen belang te laten vaststellen door de gemeenteraad, provinciale staten en de minister? Waarom niet door het college van B&W, de gedeputeerden en de minister die vervolgens de besluiten voor moeten leggen aan de democratisch gekozen volksvertegenwoordigers?

Deze wet werpt geen enkele belemmering op tegen het oprichten van nog meer commerciële activiteiten door overheden. Waarom is daar niet een beperking voor opgenomen in de wet, zo vragen de leden van de VVD-fractie.

De wet kent twee algemene maatregelen van bestuur (amvb's). De looptijd van de wet kan worden verlengd door een amvb met voorhangprocedure. Bij of krachtens amvb worden nadere regels gesteld voor kostendoorberekening en de toepassing van het bevoordelingsverbod. Is de regering bereid ook deze voor het bedrijfsleven belangrijke amvb voor te hangen?

### **Inbreng van de PvdA-fractie**

In de Tweede Kamer heeft een uitgebreide behandeling van dit wetsvoorstel plaatsgevonden en in aansluiting daarop is bij de leden van de **PvdA**-fractie een aantal vragen gerezen.

1. Wat voegt deze wet toe aan bestaande Europese regels? Wat regelen aanvullende nationale regels nu concreet gezien de direct werkende Europese regels over staatssteun? Is de wet vanuit deze invalshoek gezien niet overbodig?
2. Welke resterende activiteiten vallen onder deze wet? Kan de regering deze opsommen? Om welk bedrag gaat het geschat aan omzet per jaar?
3. Als het wetsvoorstel zich richt op van overheidswege gesubsidieerde bibliotheken, musea en sportaccommodaties, hoe werken de artikelen 25i lid 2 sub a en 25j lid 3 sub a in de praktijk uit? Kan dit worden geïllustreerd aan de hand van realistische voorbeelden uit de praktijk?

4. Waar ligt de scheiding tussen de problematiek waarvoor Europese regels gelden en het restant van de problematiek? Zijn regels uit het wetsvoorstel onbedoeld ook van toepassing op bepaalde publieke taken die Europees worden aangemerkt als diensten van publiek belang?
5. Hoe verhoudt zich de toezichthoudende rol van de NMa en de sanctie die deze instantie kan treffen om de naleving van de regels af te dwingen tot het autonomiebeginsel voor gemeenten, provincies en waterschappen? Is er sprake van autonomie of van medebewind? Als er sprake is van autonomie kan de NMa dan wel een sanctie opleggen?
6. Het toepassen van een integrale kostprijs inclusief winstopslag voor de gehele problematiek levert onduidelijkheid op. Neem nu als voorbeeld de kleine marktactiviteiten zoals de verkoop van ansichtkaarten, koffie en kopiëren. Hoe dient in deze gevallen de integrale kostprijs inclusief winstopslag te worden berekend?

### Inbreng van de SP-fractie

Bij de leden van de fractie van de **SP** leven op een aantal punten nog onduidelijkheden. Zij hebben ten aanzien van die punten de volgende vragen.

*Oogmerk van het wetsvoorstel: «gelijke concurrentieverhoudingen» – considerans en artikel 25j, lid 1*

De leden van de **SP**-fractie worden graag nader geïnformeerd over de term «gelijke concurrentieverhoudingen». In de considerans van het wetsvoorstel staat «dat het wenselijk is regels te stellen omtrent economische activiteiten van publiekrechtelijke rechtspersonen en van overheidsbedrijven teneinde zoveel mogelijk *gelijke concurrentieverhoudingen* te scheppen tussen enerzijds deze organisaties en ondernemingen en anderzijds andere aanbieders van goederen of diensten» (cursivering toegevoegd). Doch afgezien van de considerans komt de term «concurrentieverhouding» in het wetsvoorstel zelf niet voor (wél staat in één der artikelen, 25j lid 1, de verwante term «in concurrentie [treden]»). Ook in de huidige Mededingingswet komt de term «gelijke concurrentieverhoudingen» niet voor. Evenmin komt daar de term (gelijke) «mededingingsverhouding» of «mededingingsomstandigheid» of «mededingingsvoorwaarde» voor.<sup>1</sup> Eventuele ontstentenis van duidelijkheid over de term «gelijke concurrentieverhoudingen» roept uiteraard de vraag op wat nu de precieze bedoeling van het wetsvoorstel is.

Het komt deze leden voor dat de huidige Mededingingswet eveneens geen uitsluitend geeft over de precieze betekenis van de term «mededinging» of «concurrente», maar zij laten zich op dit punt graag corrigeren door de regering. De vraag is dus: hoe definieert of omschrijft de wet, of bij ontstentenis daarvan de regering, de term «concurrentie»? En voorts: hoe definieert of omschrijft de wet, of bij ontstentenis daarvan de regering, «gelijke concurrentieverhoudingen»?

De memorie van toelichting maakt de kwestie alleen maar lastiger omdat daar een reeks (alternatieve?) termen zijn gebruikt die evenmin worden omschreven. In het verlengde van de considerans stelt de memorie van toelichting (blz. 2): «Dit wetsvoorstel heeft tot doel het creëren van zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen overheden die als aanbieder van goederen of diensten aan derden optreden (ondernemer) enerzijds en andere, particuliere ondernemingen anderzijds.» Vervolgens worden de volgende niet-omschreven termen gebruikt:

- «gelijk speelveld» – is dit een metafoor? (blz.11);

<sup>1</sup> Wel is in artikel 25a, lid c, 3o, sprake van het uitoefenen van activiteiten «onder in wezen gelijkwaardige voorwaarden». Overigens hanteert de huidige Mededingingswet de term «concurrentie» niet, doch wel twee maal de term «concurrentiegedrag» (artikel 37-3 en 41-2) en drie maal de term «concurrenten» of «concurrerende onderneming» (artikel 1-i, 7-2 en 25-a).

- «dezelfde [gelijke] concurrentievoorwaarden» (blz. 11);
- «werking van de markt [... verstoord]» (blz. 11);
- «eerlijke concurrentieverhoudingen» (blz. 13);
- «marktconform opereren op een open markt» (blz. 14);
- «eerlijke, evenredige en niet-discriminatoire voorwaarden» (blz. 14);
- «gezonde concurrentieverhoudingen» (blz. 27).

Voorts worden de volgende antoniemen gebruikt:

- «concurrentieongelijkheid» (blz. 11);
- «oneigenlijk concurrentievoordeel» (blz. 14);
- «oneerlijke concurrentie» (blz. 15).

Tenzij het bij deze termen om een wezenlijk verschillende begripsinhoud gaat (zo ja, voor welke geldt dit, en wat zijn de verschillen?) vragen de leden van de SP-fractie de regering de toezegging om in het vervolg – dat wil zeggen bij de verdere behandeling van dit wetsvoorstel en bij toekomstige wetsvoorstellen op dit en aanverwante terreinen – tenminste een eensluidende, consistente terminologie aan te houden. De term «gelijke concurrentievoorwaarden» heeft wellicht de voorkeur.<sup>1</sup> Eensluidende terminologie is wellicht niet prozaïsch, maar het komt de duidelijkheid van wetteksten en wetgerelateerde teksten, c.q. voorstellen daartoe, ten goede. Deelt de regering deze opvatting?

De term «oneerlijke concurrentie» verdient wellicht nog toelichting, met name omdat de Raad van State deze term heeft gehanteerd en omdat de minister in de nota naar aanleiding van het verslag van de Tweede Kamer en in het plenaire debat in die Kamer over het onderhavige voorstel, vrijwel uitsluitend deze term is gaan hanteren.<sup>2</sup> De Raad van State parafraseert het oogmerk van het wetsvoorstel met «een oplossing ... bieden voor de problematiek van oneerlijke concurrentie door overheden» (31 354, nr. 4, blz. 2).<sup>3</sup> De vraag is dan wat de wettelijke en/of morele gronden zijn van de kwalificatie «oneerlijk». En vervolgens, gaat het om een kwalificatie die (tevens) analytisch en empirisch te duiden is? In de Mededingingswet komt de term «(on)eerlijke concurrentie of mededinging» niet voor. Bij zogenoemde «oneerlijke handelspraktijken» lijkt het primair te gaan om «misleiding» (vergelijk 30 928, Implementatie Richtlijn oneerlijke handelspraktijken). Bij het onderhavige wetsvoorstel gaat het om het voorkomen van wellicht onwenselijke situaties doch in het algemeen niet om «misleiding». Deelt de regering de opvatting van de SP-leden dat de term «oneerlijke concurrentie» problematisch is en daarom beter vermeden kan worden – zeker in het onderhavige verband?

Teneinde vervolgvragen (onderstaand) niet onmogelijk te maken, hanteren de leden van de SP-fractie de veronderstelling dat er voldoende duidelijkheid komt over de term «gelijke concurrentieverhoudingen» (c.q. «gelijke concurrentievoorwaarden») en dat de opvatting van de regering voldoende aansluit bij de, thans, «duiding» van deze leden.

#### *Reikwijdte en kwantitatief beslag van het wetsvoorstel*

De SP-fractie deelt op hoofdlijnen de beginselen van het wetsvoorstel met betrekking tot de reikwijdte ervan. De inhoud van het wetsvoorstel is echter in zoverre problematisch dat het nogal wat tijd vergt om een uitspraak zoals die uit de vorige zin te kunnen doen. De reikwijdte van het wetsvoorstel is door de gekozen opzet van de artikelen – eerst uitzonderingen (artikel 25h), dan bepalingen met uitzonderingen (artikel 25i) en vervolgens opnieuw bepalingen met uitzonderingen (artikel 25j) – moeilijk te doorgronden. Het is de vraag of de gemiddelde burger (o.a. ondernemers) voor wie het wetsvoorstel relevant is, hier wijs uit kan worden. Ook de memorie van toelichting geeft niet beknopt en helder aan waarop het wetsvoorstel per saldo wél betrekking heeft. (De opmerking van de VNG in een brief aan de Tweede Kamer dat het uiteindelijk gaat om zoiets

<sup>1</sup> En vervolgens «gelijke concurrentieverhoudingen». Het nadeel van «gelijke concurrentieverhoudingen» is dat dit zweemt naar de analytische en niet-realistische «perfecte concurrentie» (VVM) met o.a. uitsluitend aanbieders van gelijke omvang (tenzij dit expliciet de bedoeling zou zijn). «Gelijke concurrentievoorwaarden» ziet meer op de condities (waarbinnen dan bijvoorbeeld marktaandeelverschillen mogelijk zijn) en lijkt bij uitstek geschikt voor marktregulering door de overheid. De uit het Engels overgewaarde metafoor «gelijk speelveld» is een keer aardig maar is onvoldoende scherp, en roept te veel vragen op. Hegel, meester in de taxonomie, merkte al op dat je (levende) metaforen beter kunt vermijden in precies taalgebruik.

<sup>2</sup> In de 27 bladzijden van de nota gebruikte de minister slechts één maal de term «gelijke concurrentieverhoudingen» (31 354, nr. 6).

<sup>3</sup> De Raad gebruikt slechts één maal de term «gelijke concurrentieverhoudingen» doch veelvuldig «oneerlijke concurrentie».

als de prijs van een kop koffie geschonken in de pauze van een toneelvoorstelling is al te badinerend, maar deze indiceert wel het soort vragen dat opkomt bij iemand die zich verdiept heeft in het voorstel.) In paragraaf 1.4 van de memorie van toelichting wordt een aantal onderzoeken aangehaald. Tenslotte, zo is de indruk, zijn de cijfers die de memorie van toelichting daar geeft slechts ten dele relevant voor het kwantitatieve beslag van het wetsvoorstel zoals dit thans bij de Eerste Kamer voorligt. De leden van de SP-fractie vragen de regering daarom om de volgende informatie:

1. Een opsomming (zoveel mogelijk systematisch) van het uitsluitend positieve potentiële beslag van het wetsvoorstel in economische zin – afgezien van de kwestie of deze opsomming vervolgens juridisch sluitend te maken is. (Positief: waarop heeft het voorstel wél betrekking. Potentieel: ongeacht of de concurrentieverhoudingen in feite ongelijk zijn – dus ongeacht het feitelijke gedrag van overheden.)
2. Voor ieder van de categorieën sub 1, een kwantitatieve schatting van de omvang ervan in procenten van het BBP. Indien er geen BBP-relevante cijfers beschikbaar zijn (omzet is niet BBP-relevant) dan volstaan percentages van de bruto productiewaarde (4e kwadrant input-output-tabel), graag onder vermelding van het niveau (€) van de bruto productiewaarde.<sup>1</sup>

De leden van de SP-fractie zijn van mening dat indien een dergelijke opsomming en schatting (sub 1 en 2) niet in redelijk korte tijd te geven is, er iets mis is met de gekozen systematiek (de ordening van de categorieën) uit het voorstel. Er wordt niet gevraagd om een schatting van de feitelijk ongelijke concurrentieverhoudingen (een of andere factor van de percentages sub 2) maar mocht deze voorhanden zijn dan is ook die informatie zeer welkom. De leden van de SP-fractie vragen niet specifiek naar de laatst genoemde informatie omdat zij het kennelijke uitgangspunt van het wetsvoorstel delen dat – binnen al de kwalificaties van het voorstel zoals die met betrekking tot het «algemeen belang» – overheidsinstellingen, zo nodig, in voorkomend geval op gelijke voet moeten concurreren met private bedrijven. Binnen de verhoudingen van een kapitalistische markteconomie is iedere private ondernemer die in deze geschaad wordt, er een te veel. Maar uiteraard maakt het wat uit of dit in feite sporadisch gebeurt of op grote schaal.

Het is opmerkelijk dat de Raad van State in zijn poging tot duiding van de reikwijdte van het voorstel («werkingsfeer») niet het uitgangspunt kiest van «economische activiteit» uit het wetsvoorstel, doch die van instellingen («ondernemingen» en «bedrijven») – 31 354, nr. 2, blz. 2. Is de repliek van de regering hierop dat deze duiding geen onderscheid maakt tussen hoofdactiviteiten en eventuele nevenactiviteiten?

*Economische activiteit: art. 25h e.v.*

Het primaire aangrijpingspunt van het wetsvoorstel is niet een publieke instelling doch de activiteiten van instellingen, en met name, zoals het voorstel aangeeft, de «economische activiteiten».

De leden van de SP-fractie hebben grote bezwaren tegen de omschrijving van de term «economische activiteit» uit het wetsvoorstel die de memorie van toelichting hanteert. Volgens de memorie van toelichting is een economische activiteit «het aanbieden van goederen of diensten aan derden op een bepaalde markt» (blz. 12). Op bladzijde 34 staat, zeer fors: voor «activiteiten die ten eigen bate worden verricht» die «niet aan derden, op een markt, worden aangeboden *kan* niet worden gesproken van economische activiteiten» (cursivering toegevoegd). Hier staat impliciet dat er in de wereld van vóór 1800 vrijwel geen economische activiteiten werden verricht. Hier staat impliciet dat zelfvoorzienende activiteiten in bijvoorbeeld het huidige Azië (inclusief China) en Afrika geen economische activiteiten zijn. Hier staat impliciet dat huishoudelijke

<sup>1</sup> De passages op blz. 4, 6 en 15 van de nota naar aanleiding van het verslag van de Tweede Kamer (31 354 nr. 6) zijn bekend. Het is onduidelijk (om het voorzichtig te zeggen) waarom bijvoorbeeld steeds weer het bedrag van € 25 mld. (uit 2000) werd genoemd omdat privaatrechtelijke bedrijven in de zin van artikel 25g immers niet onder het beslag van het wetsvoorstel vallen; dus is hun omzet irrelevant. (De toelevering aan deze bedrijven in de zin van artikel 25j is wel relevant.) Voor alle duidelijkheid, het heeft dus geen zin om de irrelevante cijfers opnieuw te verstrekken.

arbeid geen economische activiteit is.<sup>1</sup> Hier staat impliciet dat alle niet-markteconomieën uit de geschiedenis economische activiteit ontbeerden. Markteconomieën zijn historisch gezien een zeer recent fenomeen (ook in het Engeland, Schotland en Frankrijk van rond 1800 speelden markten relatief gezien nog een minieme rol, en in Nederland al helemaal). De leden van de SP-fractie vragen de regering met nadruk om dit a-historische en contemporain uiterst betwistbare standpunt te herroepen. De regering had dit betwistbare standpunt eenvoudig kunnen ontwijken door de term «marktactiviteit» te kiezen. Deze leden vragen de regering om de toezegging dat bij een volgende herziening van de Mededingingswet de term «economische activiteit» vervangen wordt door «marktactiviteit».

Gelukkig kan de regering thans volstaan met het uitdrukkelijk herroepen van de genoemde passages uit de memorie van toelichting omdat de interpretatie van het wetsvoorstel zelf de gewraakte omschrijving van «economische activiteit» niet lijkt te vereisen. Immers, in positieve zin, is vooral artikel 25i, lid 1, relevant: «Een bestuursorgaan dat economische activiteiten verricht, brengt de afnemers van een product of dienst ten minste de integrale kosten van dat product of die dienst in rekening.» Hier staat dat het gaat om economische activiteiten die «afgenomen», d.w.z. verkocht, worden.

Opmerkelijk is overigens dat artikel 25h, lid 2, zich moet bedienen van «aanbieden van goederen of diensten» in plaats van «economische activiteiten».

#### *Overheidsonderneming en overheidsbedrijf*

Artikel 25g poneert de categorie «onderneming» (overheidsonderneming) als genus en «bedrijf» (overheidsbedrijf) als verbijzondering. De leden van de SP-fractie hebben bezwaren tegen het gekunstelde specifieke onderscheid tussen «overheidsondernemingen» en «overheidsbedrijven» dat het wetsvoorstel introduceert. Dit sluit niet aan bij de Nederlandse verhoudingen en het Nederlandse taalgebruik. Deze kwestie lijkt verband te houden met de EU-Transparantierichtlijn:

«Waar de definitie van de Transparantierichtlijn blijkens de rechtspraak wordt geacht ook betrekking te hebben op overheidsondernemingen die deel uitmaken van de overheidsorganisatie (uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak Commissie/Italië, C-118/85), is in dit wetsvoorstel onderscheiden tussen overheidsondernemingen (ondernemingen binnen de overheidsorganisatie) en overheidsbedrijven in de zin van ondernemingen buiten de overheidsorganisatie.» (memorie van toelichting, blz. 32)

Er is kennelijk de keuze gemaakt om «enterprise» te vertalen met «onderneming». Deze vertaling verdient een klein filologisch uitstapje – dit is nodig omdat deze de architectuur van het wetsvoorstel aangaat, mede in verband met het centraal stellen van «economische activiteit» c.q. «marktactiviteit». In het algemeen is de genoemde vertaling correct, ware het niet dat het Engels geen rechtstreeks equivalent heeft voor de term «bedrijf» in brede zin. Wanneer thans in het Engels dus de term «enterprise» gebruikt wordt, kan ook «bedrijf» bedoeld zijn. Waar in het Nederlands en in de Nederlandse verhoudingen «onderneming» primair verbonden wordt met «ondernemer» en een op winst gerichte *private* instelling, is de vertaling van «government enterprise» door «overheidsbedrijf» adequaat. Dit klemmt temeer omdat in de Nederlandse verhoudingen «publieke werken» en «publieke bedrijven» vloeiend zijn (gemeentelijk waterbedrijf, gemeentelijk trambedrijf). Het ligt dan in de lijn van de Nederlandse verhoudingen en het Nederlands taalgebruik om instellingen binnen de overheidsorganisatie eventueel als «bedrijf» te benoemen, doch «op de markt opererende ondernemingen» die om de een of andere

---

<sup>1</sup> Een geheel andere kwestie is dat een en ander in de gebruikelijke metingen van het BBP niet tot uitdrukking komt. Om die reden hebben veel economen ook kritiek op die meting.



reden overheidseigendom zijn (zoals thans ABN-AMRO) – maar die in andere omstandigheden bij wijze van spreken ook lid van het VNO hadden kunnen zijn – als «overheidsonderneming». Het wetsvoorstel kiest voor het omgekeerde. De leden van de SP-fractie verzoeken de regering toe te zeggen om – mocht het wetsvoorstel worden aangenomen – een en ander bij een toekomstige wijziging van de Mededingingswet te herzien, dat wil zeggen om te keren.

#### *Algemeen belang: artikel 25h lid 5 en 6*

In de memorie van toelichting wordt regelmatig de term «publiek belang» gebruikt. In het wetsvoorstel komt deze term niet voor, doch wel de term «algemeen belang» (artikel 25h, lid 5 en 6). Is er een begripsmatig verschil tussen beide termen? Zo ja, wat is het verschil? Zo nee, heeft het dan toch niet de voorkeur om in de toekomst in wetteksten en wetgerelateerde teksten, c.q. voorstellen daartoe, een eensluidende consistente terminologie aan te houden?

#### *Relevante markt*

In de memorie van toelichting bij artikel 25i (blz. 36) wordt gesproken over «relevante markt». Is dit een mededingingsrechtelijk begrip in de zin van de Mededingingswet? Zo ja, op grond waarvan? Zo nee, welke is dan de «relevantie» van «relevante markt»?

#### *Nogmaals reikwijdte: leemte aanbesteding bij commerciële activiteiten*

Er lijkt een leemte te zitten in het wetsvoorstel met betrekking tot (gedeeltelijk) aanbestede en gegunde (dus uitbestede) marktactiviteiten van overheden. Het is duidelijk dat aanbestedingen, binnen grenzen, onder aanbestedingsregelingen vallen – daar gaat het niet om. Het is echter de vraag of marktactiviteiten door overheden waarin een uitbestede activiteit vervat is, onder artikel 25i lid 1 vallen. De wettekst sluit dit niet uit. Maar daardoor zouden aanbestedingsprocedures wel eens heel gecompliceerd kunnen worden – én niet efficiënt.

Laten we een eenvoudig geval nemen. Een gemeente heeft als overheidsdienst een stadsdrukkerij die tevens op de markt opereert. Voor dit marktdeel valt deze dus onder artikel 25i lid 1: doorberekening van integrale kosten. Maar stel nu dat de machines en het onderhoud ervan via aanbesteding gehuurd zijn; stel ook dat de partij aan wie dit gegund is, dit om de een of andere bedrijfseconomische reden tegen marginale kosten of marginale kosten «plus» deed, en dat dit mede de basis is van de prijszetting door de drukkerij op de markt. Wat zijn dan integrale kosten in de zin van artikel 25i?

Aandacht verdient ook het geval waarin het geheel van een *overheidsmarktactiviteit* uitbesteed is.

Deze kwesties kunnen nader geregeld worden bij of krachtens algemene maatregel van bestuur (artikel 25m). Anderzijds, omdat dit de architectonische samenhang van belangrijke wetten betreft, lijkt deze kwestie toch deel van de formele wet zelf te moeten zijn. Wat is de opvatting van de regering hierover?

In dit verband is de stelling niet houdbaar – zoals die in de memorie van toelichting en in de nota naar aanleiding van het verslag van de Tweede Kamer herhaaldelijk geponeerd werd – dat het wetsvoorstel géén betrekking heeft op aanbestedingen (zie m.n. 31 354, nr. 6, blz. 18).

#### *Resultaten van het wetsvoorstel*

De memorie van toelichting stelt (paragraaf 2.1.5, blz. 13) dat de resultaten van het wetsvoorstel «voor een belangrijk deel pas na verloop van jaren

zichtbaar [zullen] zijn». De leden van de SP-fractie hebben hierover zes vragen:

1. Betekent deze passage dat er pas na verloop van jaren resultaten zullen zijn (eerder niet of nauwelijks) of dat ze pas na verloop van jaren substantieel zullen zijn?
2. Wat is de indicatie voor «verloop van jaren»?
3. Wat is de reden van deze vertraging – zijn er andere redenen dan die samenhangende met in inwerkingtredingstermijnen uit Artikel II?
4. Hoe worden de resultaten gemeten? Dat wil zeggen zijn er kwantificeerbare doelstellingen en hoe verhouden die zich tot de uitgangssituatie? Hoe wordt met name «vermindering» van «ongelijke concurrentieverhoudingen» gemeten? – dit is immers het oogmerk van het wetsvoorstel. (Minder klachten is ook fijn, maar minder klachtenmelding kan andere oorzaken hebben, zoals ontmoediging.)
5. Welke kwantitatieve vermindering van de ongelijkheid wordt er in welk tijdsbestek verwacht?
6. In welke verhouding staat deze vermindering tot de toezichtkosten?

#### *Onevenredigheid van art 25h, lid 6*

Lid 6 van artikel 25h is, evenals lid 5, het resultaat van een amendement. Het stelt:

«De vaststelling of 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 zelfstandige bestuursorganen in de zin van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen door de minister die het aangaat.»

Opvallend hier is de onevenredigheid dat de vaststelling bij de lagere overheden toebedeeld is aan de vertegenwoordigende organen doch bij de centrale overheid niet. De indieners van het amendement zullen daar hen moverende redenen voor hebben gehad. Bij de plenaire behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer had «dit» amendement stuk nr. 22; het werd later, via nr. 31, gewijzigd in stuk nr. 32. Deze wijzigingen betroffen niet de voorgestelde wettekst doch de toelichting erop. De minister gaf in de Tweede Kamer aan dat ze bezwaar had tegen de toelichting maar dat ze de voorgestelde wettekst zag als «verduidelijking van wat het wetsvoorstel beoogt». «Ik heb hier geen probleem mee», zo zei de minister. De vraag van de leden van de SP-fractie aan de regering is dan waarom de minister niet reageerde op de genoemde onevenredigheid van het amendement.

#### *Delegatie: beleidsbepaling*

Artikel 25g, lid 2, a-c, geeft aan wanneer een publiekrechtelijke rechtspersoon in staat wordt geacht in een onderneming het beleid te bepalen. Vervolgens stelt onderdeel d van dit lid dat andere gevallen van beleidsbepaling bepaald kunnen worden bij algemene maatregel van bestuur. Om welke gevallen gaat het eventueel – uitsluitend dan wel niet-uitsluitend? Kan de regering hier voorbeelden van geven?

#### *Delegatie: werkingsduur van de wet*

De leden van de SP-fractie hebben bezwaar tegen de constructie dat de werkingsduur van een formele wet – in dit geval de continuering – geregeld kan worden bij algemene maatregel van bestuur; dit bezwaar geldt ook in het geval van een voorhangbepaling (Artikel IV). Deze constructie is volgens deze leden in strijd met de motie Jurgens c.s. (21 109 D) die door

de Eerste Kamer met algemene stemmen werd aanvaard. Wat is de reactie van de regering hierop? Zijn er wat betreft de genoemde constructie precedenten sedert 22 mei 2007 (de datum waarop deze motie Jurgens werd aanvaard), en zo ja welke?

### **Inbreng van de fracties van SGP en ChristenUnie**

De leden van de fracties van **SGP** en **ChristenUnie** verzoeken de regering om aan te geven of het wetsvoorstel voldoende handvatten biedt om oneerlijke concurrentie door de overheid te voorkomen.

1. In het voorliggende voorstel worden Diensten van Algemeen Economisch Belang (DEAB) nadrukkelijk uitgezonderd. Als sprake is van een DEAB is de wet niet van toepassing. Artikel 25h lid 6 stelt dat overheden zelf bepalen wanneer sprake is van een DEAB. Verwacht de regering dat deze vrijheid zal leiden tot grote verschillen tussen gemeentes? Zo ja, wat zou dat voor de praktijk betekenen? (deze leden denken bijvoorbeeld aan aanbestedingen waarbij een als DEAB aangemerkte dienst toch onder kostprijs bij een aanpalende gemeente kan worden aangeboden als die aanpalende gemeente diezelfde dienst niet heeft gekwalificeerd als DEAB).
2. Is de vaststelling door overheden ex artikel 25h lid 6 over een DEAB vormvrij, of gaat het om een besluit, danwel algemeen verbindend voorschrift in de zin van de Algemene Wet Bestuursrecht?
3. Als het niet (per definitie) gaat om een bestuursrechtelijk besluit, wat zijn dan de inspraak- en bezwaar- en beroepsmogelijkheden voor ondernemers? Hierbij graag ook referte aan de positie van een ondernemer uit gemeente A die de gemeentegrens overschrijdende zaken doet. Deze leden verkregen voorts graag een uiteenzetting over de positie van de ondernemer uit gemeente A die, ondanks dat in gemeente A een dienst niet is aangemerkt als DEAB, toch wordt geconfronteerd met concurrentie en wel vanwege (ondernemingen van) gemeente B die diezelfde dienst wel als DEAB heeft aangemerkt.
4. De memorie van toelichting bij het voorliggende voorstel stelt op blz. 17 (paragraaf 2.3.3) dat de NMa een zelfstandige grondslag heeft om op te treden tegen misbruik van een economische machtspositie. Is de regering een geval bekend waarin de NMa van deze bevoegdheid gebruik heeft gemaakt? Met andere woorden: heeft de NMa überhaupt ooit een prioriteringsonderzoek gedaan naar als ondernemingen optredende overheden die misbruik maken van hun positie? Zo ja, kan de regering daar meer informatie over verstrekken, zo nee, waarom niet?
5. Heeft de NMa aanvullende instructies nodig van de minister om ten aanzien van haar nieuwe bevoegdheden voortvarend op te treden? Zo ja, welke?
6. Zijn de afwegingen die de NMa maakt ten aanzien van prioriteiten, besluiten over te gaan tot het instellen van onderzoek, etc. onder parlementaire controle te brengen door bijvoorbeeld het opstellen van beleidsregels door de minister?
7. Een aantal sectoren is nadrukkelijk uitgezonderd van de wet. Is de regering voornemens deze sectoren op termijn ook onder de werking van de wet te brengen of blijven deze sectoren in principe altijd uitgezonderd?

8. Onderwijs is een van de sectoren die worden uitgezonderd. Refereert «onderwijs» aan kerntaken van onderwijs of gaat het ook om bijvoorbeeld sportfaciliteiten van universiteiten, mensa, etc.?
9. Kan de regering ook aangeven dat het wetsontwerp een betere rechtsbescherming biedt voor ondernemers dan nu het geval is?

De leden van de commissie zien de beantwoording van voorgaande vragen met belangstelling tegemoet.

De voorzitter van de vaste commissie voor Economische Zaken,  
Kneppers-Heynert

De griffier van de vaste commissie voor Economische Zaken,  
Warmolt de Boer