

Naar een nieuwe balans tussen markt en overheid

Willem Janssen & Ali Mohammad¹

Na de inwerkingtreding van de Wet Markt en Overheid klagen mkb'ers nog altijd over vermeende oneerlijke concurrentie door overheden. Marktactiviteiten van gemeenten worden per besluit aangemerkt als activiteiten die 'plaatsvinden in het kader van het algemeen belang'. Maar het zou niet vanzelfsprekend moeten zijn dat overheden marktactiviteiten verrichten. Auteurs pleiten voor een 'nee-tenzij'-principe dat overheden verplicht een voorafgaande marktconsultatie uit te voeren om te toetsen of inmenging in de markt of een investering wel noodzakelijk en proportioneel is.

Onlangs publiceerden VNO-NCW en MKB-Nederland het 'Zwartboek: naar een nieuwe Wet markt en overheid'.² Na de inwerkingtreding van de Wet Markt en Overheid in 2012 klagen mkb'ers nog altijd over vermeende oneerlijke concurrentie door overheden.³ De wet lijkt de private concurrentiebelangen van ondernemers niet effectief te kunnen beschermen tegen oneerlijke concurrentie door overheden. Daarom zal deze wet moeten worden herzien en aangescherpt.

De klachten gaan vaak over marktactiviteiten van gemeenten die per besluit worden aangemerkt als activiteiten die 'plaatsvinden in het kader van het algemeen belang'.⁴ Deze activiteiten zijn uitgezonderd van wettelijke verplichtingen, zoals het doorberekenen van de integrale kostprijs aan de afnemers van de producten of diensten. Het doorberekenen van de integrale kostprijs strekt ertoe dat een overheid geen publieke middelen 'verbruikt' voor marktactiviteiten. Het kunnen ontwijken van deze verplichting is via een amendement mogelijk gemaakt ten behoeve van de autonomie van decentrale overheden.⁵

Nu blijkt dat gemeenten op grote schaal gebruik maken van deze uitzonderingsgrond.⁶ De balans tussen autonomie en concurrentiebelangen is daarom ver te zoeken. De concurrerende mkb'er kan weliswaar formeel opkomen tegen een dergelijk 'algemeenbelangbesluit', maar hij zal hier weinig mee opschieten aangezien overheden een ruime beoordelingsvrijheid hebben bij de besluitvorming. Op deze manier zou een gemeentelijk camping haar diensten onder de kostprijs kunnen aanbieden door het verlies te compenseren met publieke middelen.

Naast deze vorm van concurrentie worden mkb'ers ook nog eens geconfronteerd met overheden die, na lang van hen diensten te hebben afgenomen, besluiten die zelf-

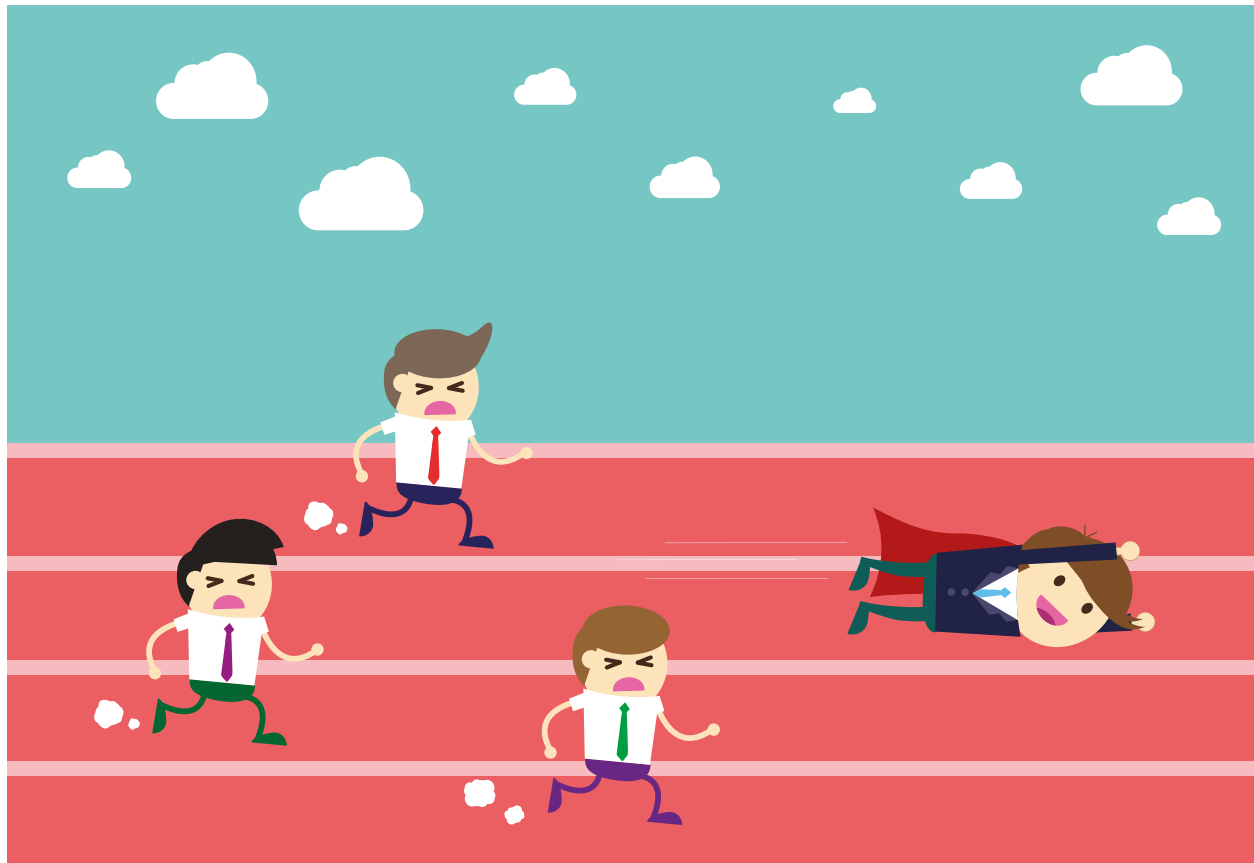
de diensten in eigen beheer uit te voeren. De wet kent geen regeling voor dit soort investeringen.

De huidige Wet Markt en Overheid laat dit soort marktbeslissingen in politieke handen. Dit is onvoldoende transparant voor de betrokken partijen en kan tot ondoelmatige uitvoering van diensten leiden.

Wij pleiten daarom voor de afschaffing van de algemeen-belanguitzonderingsgrond. We gaan daarbij een stap verder en pleiten ook voor de invoering van een wettelijke principe van 'nee, tenzij'. Het zou niet vanzelfsprekend moeten zijn dat overheden marktactiviteiten verrichten. Dit 'nee-tenzij'-principe houdt in dat overheden een voorafgaande marktconsultatie zouden moeten uitvoeren om te toetsen of inmenging in de markt of een investering wel noodzakelijk en proportioneel is.⁷ Dit principe lag ook oorspronkelijk ten grondslag aan het eerste wetsvoorstel Markt en Overheid en wordt nu weer voorgesteld door Kamerleden Ziengs en Verhoeven.⁸ Met de verplichting voor een marktconsultatie kan geregeld worden dat het voornemen, om bijvoorbeeld als gemeente marktactiviteiten te verrichten, vooraf wordt bekendgemaakt. Belanghebbenden zouden dan hun zienswijzen kunnen indienen waarin ze zich kunnen beroepen op het noodzakelijkheidsvereiste.

Tegenstanders van het invoeren van het principe 'nee, tenzij' zullen vooral wijzen op de financiële lasten. De kosten voor een marktconsultatie zullen in sommige gevallen niet opwegen tegen de baten. Hierdoor worden ondernemende initiatieven ontmoedigd, die wellicht niet marktverstoring zijn of niet op maatschappelijke weerstand zouden rekenen.

Dit probleem kan worden ondervangen door voor de verplichting om een marktconsultatie uit te voeren een bagatelbepaling in te voeren. Zo zou de marktconsultatie



niet nodig zijn voor initiatieven met een verwachte lage netto-omzet, van bijvoorbeeld € 75 000.⁹ Ook deze initiatieven zouden dan nog wel moeten vallen onder de gedragsregels van de Wet Markt en Overheid, zoals de eerder genoemde verplichting van kostendoorberekening.

Tegenstanders zullen ook wijzen op het gevaar dat ook hier symboolwetgeving op de loer ligt. Menig overheid zal gemakkelijk ‘tenzij’ inroepen, gevolgd door een standaardverklaring aan de markt. De wetgever zal daarom het noodzakelijkheidvereiste verder moeten inkleden. Anders dan VNO-NCW betoogt, ligt de oplossing niet in een vaste lijst met toegestane overheidsdiensten. Juist bij dit soort vraagstukken is er ruimte nodig voor maatwerk in de besluitvorming.

De wetgever kan zich laten inspireren door ervaringen vanaf de andere kant van de Atlantische oceaan. Daar werd eerder het ‘nee, tenzij’ principe ingevoerd. Zo gaf het Amerikaanse Congres de federale overheid een besliskader mee.¹⁰ Hoepels waar doorheen gesprongen moest worden. Staat er al materiaal waardoor een investering

goedkoper is of kan de markt innovatievere en duurzamere oplossingen aandragen? Moet een overheid zelf de boer op of faalt de markt niet? Na de bekendmaking van deze motivering wordt in Amerika ook aan de markt een formele rol gegeven. Partijen kunnen aangeven wanneer zij denken het beter te kunnen dan de overheid. Eerst een degelijke belangenafweging, dan een ‘check’ vanuit de markt dus.

Binnenkort zal de Minister van Economische Zaken reageren op de evaluatie van de Wet markt en Overheid.¹¹ De parlementaire behandeling hiervan is een goed moment om de wet aan te scherpen. Het principe ‘nee, tenzij’ zou de doorgeslagen balans tussen decentrale autonomie en particuliere concurrentiebelangen kunnen herstellen. Om coherentie tussen economische wetgeving te waarborgen is het aanbevelingswaardig om daaraan ook aandacht te besteden in de Aanbestedingswet 2012.¹² Voor de invulling van dit principe kan gebruik worden gemaakt van ervaringen uit de Verenigde Staten. Dus op naar een betere verhouding tussen markt en overheid. ●

Auteurs

1. Mr. W.A. Janssen is promovendus Internationaal en Europees Aanbestedingsrecht, Universiteit Utrecht, A.H.A. Mohammad LL.M. is promovendus Staats- en bestuursrecht, Universiteit Leiden.

Noten

2. VNO-NCW en MKB Nederland, ‘Zwartboek, naar een nieuwe wet markt en over-

heid’, te downloaden via: www.vnoncw.nl/system/files_force/151209_zwartboekmarkt_en_overheid.pdf?download=1 (laatst geraadpleegd: 20 januari 2016).

3. Mededingingswet, *Stb.* 1997, 430 en Besluit markt en overheid, *Stb.* 2012, 254.

4. Art. 25h lid 5 Mededingingswet.

5. *Kamerstukken II* 2008/09, 129150, 32 (Ten Hoopen & Vos).

6. *Kamerstukken II* 2015/16, 34316, 2.

Hierin wordt verwezen naar een percentage van 90% dat volgt uit de – nog niet openbare – evaluatie van de Wet Markt en Overheid.

7. Een soortgelijke verplichting is ook recentelijk ingevoerd voor woningcorporaties in art. 44c Woningwet, *Stb.* 1991, 736.

8. *Supra* noot 5 en *Kamerstukken II* 2001/02, 28050, 2.

9. Vergelijk *Kamerstukken II* 2001/02,

28050, 2 (art. 10).

10. US Fair Act, Public Law 105-270 of 105th Congress en OMB Circular A-76, beschikbaar via: www.whitehouse.gov/omb/ (laatst geraadpleegd: 20 januari 2016).

11. *Kamerstukken II* 2015/16, 32637, 205.

12. De Aanbestedingswet 2012 (*Stb.* 2013, 57) wordt binnenkort ook herzien wegens de implementatie van Richtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU.