**Wijziging Wet markt en overheid – reactie VNO-NCW & MKB-Nederland**

Kort gezegd beoogt de Wet markt en overheid de concurrentieverhouding tussen ondernemers en (lokale) overheden te regelen; het moet ervoor zorgen dat ondernemers beschermd worden tegen oneerlijke concurrentie door overheden. Echter functioneert de wet sinds haar invoering in 2012 al niet goed. Het is dan ook een langgekoesterde wens van ondernemers dat de Wet markt en overheid wordt aangepast. De evaluatie van de wet in 2015 maakte duidelijk dat die aanpassing hard nodig is.[[1]](#footnote-1) Veel ondernemers ondervinden hinder van oneerlijke concurrentie met overheden doordat die overheden de concurrentiespelregels van de wet veelvuldig omzeilen d.m.v. een zogenaamd algemeenbelangbesluit.

Hoe gaat dat in zijn werk? Het staat overheden in beginsel vrij om economische activiteiten te ontplooien; daarop zijn dan de spelregels van de Wet markt en overheid van toepassing. Die spelregels schrijven o.m. voor dat de overheid die een economische activiteit uitvoert, daarvoor ten minste de integrale kosten in rekening brengt aan de afnemer. Er zijn echter enkele uitzonderingen, indien een overheid besluit dat een economische activiteit in het algemeen belang is, dan gelden die spelregels niet en kunnen overheden, in concurrentie met ondernemers, economische activiteiten ontplooien onder de kostprijs.

En daarin zit de kern van het probleem. Uit het evaluatieonderzoek in 2015 blijkt dat overheden veelvuldig gebruik maken van de algemeenbelanguitzondering en economische activiteiten uitvoeren onder de kostprijs (gefinancierd met publieke middelen). Ondernemers ervaren dat als oneerlijk omdat zij daar logischerwijs niet tegenop kunnen concurreren.

VNO-NCW en MKB-Nederland zijn daarom in de eerste plaats blij met het initiatief van de minister van Economische Zaken om de Wet markt en overheid nu aan te scherpen. Die aanscherping moet ervoor zorgen dat ondernemers beter bij besluitvorming worden betrokken en dat overheden meer rekening moeten houden met hun belangen. Tegelijkertijd zijn enkele verbeteringen in het wetsvoorstel mogelijk om ervoor te zorgen dat de situatie in de praktijk voor ondernemers echt verbetert.

VNO-NCW en MKB-Nederland doen daarom hieronder enkele aanbevelingen ter verbetering van de Wet markt en overheid.

**Jurisprudentie CBb nog onvolledig overgenomen in het wetsvoorstel**

Een belangrijke verbetering is het voorstel van de minister om wettelijk de motiveringsvereisten aan algemeenbelangbesluiten vast te leggen. De huidige wet vereist dat aan een algemeenbelangbesluit een gedegen (“deugdelijke en daadkrachtige”) motivering ten grondslag moet liggen. Het gaat erom dat het bestuur handelt in overeenstemming met de (zorgvuldigheids-) vereisten die de Algemene wet bestuursrecht (Awb) aan een besluitvormingsprocedure stelt. In de praktijk is gebleken dat dit vaak niet het geval is. Het CBb heeft daarom aanleiding gezien om de motiveringsvereisten verder uit te leggen in haar jurisprudentie. Door deze motiveringsvereisten uit de jurisprudentie nu te codificeren in wetgeving wordt een goede stap genomen om ervoor te zorgen dat de vereisten goed kenbaar zijn voor ambtenaren die ze moeten toepassen. Daarmee zullen de belangen van ondernemers beter moeten worden meegewogen, maar de motiveringsvereisten dienen bovendien als handvatten voor ambtenaren om hun besluit goed te onderbouwen. In de Memorie van Toelichting (MvT) bij het wetsvoorstel wordt een opsomming gegeven van die vereisten (zie bovenaan p. 9 MvT) die vervolgens in een AMvB vastgelegd moeten worden (zie nieuw artikel 25ha lid 8 Mededingingswet).

Die opsomming van motiveringsvereisten lijkt echter nog niet volledig in lijn met de laatste jurisprudentie van het CBb; dat terwijl de Raad van Staat de minister juist adviseerde om daar wel voor te zorgen.[[2]](#footnote-2) Het CBb heeft in 2021 voor ondernemers belangrijke uitspraak gedaan. Die uitspraak in een geschil tussen de gemeente ‘s-Hertogenbosch en parkeerbedrijf Q-park illustreert dat bestuursorganen bij de vaststelling van een AB-besluit zorgvuldig het nadeel van derden in kaart moeten brengen, en dat nadeel zo nodig moeten compenseren.[[3]](#footnote-3) Dit is in lijn met eerdere CBb-uitspraken uit 2018.[[4]](#footnote-4)

Het gaat er dus om dat overheden steeds het algemeen belang afwegen tegen de nadelige effecten die het besluit om onder de kostprijs te gaan concurreren kan hebben op ondernemers. Het CBb zegt dat in die afweging onder meer moet worden meegenomen of dat nadeel kan worden verkleind, bijvoorbeeld door middel van compensatie aan de ondernemer. In lijn met het advies van de Raad van State vragen we de minister daarom om de MvT en de toekomstige AMvB in lijn te brengen met de meest recente jurisprudentie van het CBb.

**Haal het beste uit de markt met een centraal register voor algemeenbelangbesluiten**

Om ervoor te zorgen dat overheden die overwegen om een economische activiteit zelf uit te voeren éérst op de hoogte zijn van het beste dat de markt op dat gebied te bieden heeft, is het van belang dat die overheden in staat worden gesteld om daar ook kennis van te nemen. VNO-NCW en MKB-Nederland zijn daarom verheugd te zien dat overheden voortaan verplicht worden een marktconsultatie te organiseren voorafgaand aan een mogelijk algemeenbelangbesluit.

Om ervoor te zorgen dat die consultatie ook echt het beste aanbod uit de markt naar voren brengt, zou het goed zijn als de aankondiging van consultaties door die overheden in een centraal register raadpleegbaar is (vergelijkbaar met TenderNed). Het aanbod van de markt houdt immers niet op bij de gemeentegrenzen en het is voor ondernemers en bedrijven ondoenlijk om zelf in heel Nederland de websites van gemeenten in de gaten te houden. Een simpel register waar een consultatieaankondiging kan worden geüpload, hoeft bovendien niet voor extra werklasten bij ambtenaren te zorgen. Een bijkomend voordeel is dat een dergelijk register een goed inzicht kan geven in de frequentie en omvang van algemeenbelangbesluiten en daarmee behulpzaam kan zijn van toekomstige evaluatie van de wet.

**Verkort de evaluatietermijn voor bestaande algemeenbelangbesluiten**

Het voorstel bevat bovendien een evaluatietermijn van vijf jaar voor ieder algemeenbelangbesluit. Dat is een goed voorstel omdat bepaalde zaken over tijd in belang kunnen afnemen en daarom op een ander moment wellicht juist wel goed aan de markt overgelaten kunnen worden.

De evaluatietermijn geldt ook voor in het verleden genomen algemeenbelangbesluiten met geldend effect. Voor die besluiten gaat gelden dat ze uiterlijk vijf jaar na inwerkingtreding van deze wetswijziging moeten geëvalueerd. Voor veel ondernemers is dat echter erg lang, zij hebben nu al te maken met oneerlijke concurrentie door overheden als gevolg van niet goed onderbouwde algemeenbelang besluiten en willen daar zo snel mogelijk vanaf. We vragen de minister daarom om de evaluatietermijn voor bestaande algemeenbelangbesluiten terug te brengen tot uiterlijk drie jaar na inwerkingtreding van deze wetswijziging.

1. Ecorys en Bird&Bird, Eindrapport Evaluatie Wet Markt en Overheid 2012-2015, 6 augustus 2015 (hierna ‘Ecorys 2015’ [↑](#footnote-ref-1)
2. Advies Afdeling advisering Raad van State en Nader rapport (35985-4). [↑](#footnote-ref-2)
3. CBb 6 april 2021 (ECLI:NL:CBB:2021:373). [↑](#footnote-ref-3)
4. CBb 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:660, CBb 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:661. [↑](#footnote-ref-4)