# Evaluatie Wet Markt en Overheid 2012-2015

## Eindrapport

Rotterdam / Den Haag, 6 augustus 2015

# Evaluatie Wet Markt en Overheid 2012-2015

Eindrapport

Opdrachtgever: Ministerie van Economische Zaken

Lars Meindert (Ecorys, projectleider)
Reinout van Brakel (Ecorys)
Veronika Brantova (Ecorys)
Pierrette Gaasbeek (Bird & Bird)
Robert Haffner (Ecorys)
Janneke Kohlen (Bird & Bird)
Elvira Meurs (Ecorys)
Oskar de Roos (Ecorys)
Mariska van de Sanden (Bird & Bird)

Rotterdam / Den Haag, 6 augustus 2015

## Over Ecorys

Met ons werk willen we een zinvolle bijdrage leveren aan maatschappelijke thema's. Wij bieden wereldwijd onderzoek, advies en projectmanagement en zijn gespecialiseerd in economische, maatschappelijke en ruimtelijke ontwikkeling. We richten ons met name op complexe markt-, beleids- en managementvraagstukken en bieden opdrachtgevers in de publieke, private en not-for-profitsectoren een uniek perspectief en hoogwaardige oplossingen. We zijn trots op onze 85-jarige bedrijfsgeschiedenis. Onze belangrijkste werkgebieden zijn: economie en concurrentiekracht; regio's, steden en vastgoed; energie en water; transport en mobiliteit; sociaal beleid, bestuur, onderwijs, en gezondheidszorg. Wij hechten grote waarde aan onze onafhankelijkheid, integriteit en samenwerkingspartners. Ecorys-medewerkers zijn betrokken experts met ruime ervaring in de academische wereld en adviespraktijk, die hun kennis en best practices binnen het bedrijf en met internationale samenwerkingspartners delen.

Ecorys Nederland voert een actief MVO-beleid en heeft een ISO14001-certificaat, de internationale standaard voor milieumanagementsystemen. Onze doelen op het gebied van duurzame bedrijfsvoering zijn vertaald in ons bedrijfsbeleid en in praktische maatregelen gericht op mensen, milieu en opbrengst. Zo gebruiken we 100% groene stroom, kopen we onze $CO_2$-uitstoot af, stimuleren we het ov-gebruik onder onze medewerkers, en printen we onze documenten op FSC- of PEFC-gecertificeerd papier. Door deze acties is onze $CO_2$-voetafdruk sinds 2007 met ca. 80% afgenomen.


ECORYS Nederland B.V.
Watermanweg 44
3067 GG Rotterdam

Postbus 4175
3006 AD Rotterdam

T 010 453 88 00
F 010 453 07 68
E netherlands@ecorys.com
K.v.K. nr. 24316726

**W www.ecorys.nl**


## Over Bird & Bird LLP

Bird & Bird LLP is een internationaal advocatenkantoor met een uniek en onovertroffen inzicht in strategische commerciële issues. Wij combineren excellente juridische expertise met diepgaande sectorkennis en verfrissend creatieve ideeën om onze cliënten te helpen hun commerciële doelen te bereiken. Een sterke focus ligt op high-tech en gereguleerde sectoren, zoals Communications, Electronics & IT, Energy & Utilities, Life Sciences en Media. Wij hebben meer dan 1100 juristen in 27 kantoren in Europa, het Midden-Oosten, Azië, en Australië, en hechte relaties met kantoren in andere delen van de wereld. Het team van Bird & Bird NL bestaat uit ca. 80 advocaten, fiscalisten en notarissen. Voor meer informatie ga naar twobirds.com of bezoek BirdBuzz, de juridische kennisportal van Bird & Bird NL (birdbuzz.nl).


Bird & Bird LLP Nederland
Zuid-Hollandplein 22
2596 AW Den Haag

Postbus 30311
2500 GH Den Haag

T 070 353 88 00
F 070 353 88 92
E janneke.kohlen@twobirds.com
mariska.van.de.sanden@twobirds.com

**W www.twobirds.com**

# Inhoudsopgave


Management samenvatting 3

1 Inleiding 9
1.1 Aanleiding voor het onderzoek 9
1.2 Methodologie 9
1.2.1 Doelstelling en onderzoeksvragen 9
1.2.2 Onderzoeksaanpak en beperkingen 11
1.3 Leeswijzer 12

2 Achtergrond Wet Markt en Overheid 13
2.1 Inleiding 13
2.2 Totstandkoming van de Wet Markt en Overheid 13
2.3 Opzet en vormgeving van de Wet Markt en Overheid 14

3 Identificatie van het probleem 19
3.1 Inleiding 19
3.2 Belangrijkste conclusies ten aanzien van omvang en ernst van de problematiek 20
3.3 Waar concurreren overheid en markt? 22
3.3.1 Type uitgevoerde economische activiteiten door overheden 22
3.3.2 Economische waarde van de door overheden uitgevoerde activiteiten 24
3.3.3 Waar en in welke mate ervaren ondernemers concurrentie? 26
3.4 Mate van ervaren ongelijke concurrentie en de ervaren impact 27
3.4.1 Mate van ervaren ongelijke concurrentie 28
3.4.2 Impact van de ervaren ongelijke concurrentie 31
3.5 Omvang van de problematiek en de reikwijdte van de wet 32
3.5.1 Duiding van de problematiek aan de hand van klachten (enquête Ecorys) 32
3.5.2 Belangrijkste inzichten vanuit de klachtenregistratie van ACM 33
3.5.3 Inzichten vanuit de interviews en verdiepende analyses 35
3.6 Rechtsbescherming 36

4 Toepassing van de uitzonderingen: algemeen belangbesluit en de onderwijssector 39
4.1 Introductie 39
4.2 Belangrijkste conclusies ten aanzien van de toepassing van de uitzonderingen 39
4.2.1 Uitzondering rondom het algemeen belang 39
4.2.2 De onderwijssector als uitzondering 41
4.3 De algemeen belang uitzondering 43
4.3.1 Toelichting op de algemeen belang uitzondering 43
4.3.2 Toepassing van de algemeen belang uitzondering 44
4.3.3 Economische activiteiten aangemerkt als algemeen belang 45
4.3.4 Procedures rondom de vaststelling van het algemeen belang 46
4.3.5 Verdiepende analyses 48
4.4 De uitzondering rondom het onderwijs 51
4.4.1 Toelichting op de uitzondering voor onderwijs 51
4.4.2 Activiteiten die onder de sectorspecifieke regelgeving vallen en vergelijking met Wet MenO 53

4.4.3 Zorgen de specifieke regels in het onderwijs voor gelijke voorwaarden tussen overheden en bedrijfsleven waar zij met elkaar concurreren? 58
4.4.4 Zijn de sectorspecifieke regels effectief om concurrentievervalsing tegen te gaan? 61
4.4.5 Hoe worden de sectorspecifieke regels gehandhaafd? 63

5 Verhouding met andere regelgeving 65
5.1 Introductie 65
5.2 Belangrijkste conclusies ten aanzien van de verhouding met andere regelgeving 65
5.3 Verhouding Wet Markt en Overheid met andere wet- en regelgeving 66
5.4 Rechtszekerheid 69

6 Toepassing van de Wet MenO in de praktijk 73
6.1 Introductie 73
6.2 Belangrijkste conclusies ten aanzien van de toepassing van de Wet MenO 74
6.3 Betrokkenheid van de toezichthouder ACM 75
6.4 Dimensies van spontane naleving 77
6.4.1 Bekendheid van de Wet MenO bij overheden 78
6.4.2 Bekendheid van de Wet MenO bij het bedrijfsleven 80
6.4.3 Naleving van de Wet MenO door overheden 81
6.5 Handhavingsdimensies 84

7 Beoordeling van de effectiviteit van de wet 85

Bijlage A: Onderzoeksaanpak en bronnen 87

Bijlage B: Enquêtes 95

Bijlage C: Uitwerkingen bij hoofdstuk 3 105

Bijlage D: Nadere analyse van de ervaren knelpunten 115

Bijlage E: Jurisprudentie rondom Wet MenO 121

Bijlage F: Algemeen belangbesluiten 127

Bijlage G: Onderwijs 129

Bijlage H: Achtergrondinformatie toezicht door ACM 135

# Management samenvatting

## Aanleiding, doelstelling en aanpak

**Aanleiding –** Een van de kerntaken van de overheid is het aanbieden van (publieke) goederen en diensten waarvoor een markt ontbreekt. Nederlandse overheden leveren daarnaast echter ook goederen of diensten die door particuliere marktpartijen (kunnen) worden geleverd. In dat geval concurreert de overheid als ondernemer met bedrijven. Overheidsorganisaties genieten allerlei voordelen ten opzichte van particuliere marktpartijen, zoals bekostiging uit publieke middelen. Daarom zit aan een overheid die concurreert als ondernemer het nadeel verbonden dat concurrentie onder ongelijke voorwaarden kan ontstaan tussen overheden en bedrijven. De Wet Markt en Overheid (hierna: Wet MenO) beoogt dit te voorkomen. De Wet MenO is op 1 juli 2012 in werking getreden, als onderdeel van de Mededingingswet. Het doel van de wet is "*het creëren van zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen enerzijds overheden die als aanbieder van goederen of diensten aan derden optreden en anderzijds particuliere ondernemingen*".

Het uitgangspunt van de wet is dat overheden de vrijheid hebben om economische activiteiten te verrichten (en daarbij mogelijk met particuliere ondernemingen concurreren), maar dat zij zich daarbij wel aan een aantal gedragsregels moeten houden. De gedragsregels beogen de concurrentie tussen overheden en particuliere ondernemingen zoveel mogelijk onder gelijke voorwaarden te laten plaatsvinden en zien onder meer op de doorberekening van de integrale kosten en het voorkomen van bevoordeling van 'overheidsbedrijven'.

**Doelstelling en aanpak** - Het ministerie van Economische Zaken heeft Ecorys gevraagd om de Wet MenO te evalueren. De kernvragen die deze evaluatie beantwoordt, zijn:

- In welke mate draagt de wet bij aan het creëren van zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen particuliere ondernemingen en overheden die als aanbieder van goederen of diensten aan derden optreden?
- In welke mate zijn de gekozen instrumenten adequaat voor het te bereiken doel?

Om deze vragen te beantwoorden is onderzoek gedaan naar (i) de omvang en ernst van de problematiek, (ii) de effecten van de uitzonderingsbepalingen die de Wet MenO bevat, (iii) eventuele overlap die bestaat tussen de Wet MenO en andere regelgeving en (iv) de toepassing van de wet in de praktijk. Voor de beantwoording heeft Ecorys interviews gehouden en web-enquêtes uitgevoerd met overheden en marktpartijen om inzicht te krijgen in het functioneren van de wet in de praktijk. Respondenten van de enquêtes zijn zowel (ad random) per brief zijn benaderd als via verschillende brancheorganisaties. Tevens is de beschikbare literatuur en jurisprudentie bestudeerd en is kennisgenomen van informatie en ervaringen van de toezichthouder: de Autoriteit Consument en Markt (hierna: de ACM).

## Omvang en ernst van de problematiek

**Concurrentie tussen overheid en markt** - Overheidsorganisaties voeren veel verschillende activiteiten uit, waarvan een deel onder de definitie valt van 'economische activiteiten' en daarom kunnen raken aan de activiteiten van particuliere ondernemers. Veel voorkomende activiteiten zijn het 'verkopen en/of verhuren van vastgoed of grond aan derden', maar ook de 'exploitatie van sportaccommodaties' of de 'exploitatie van restcapaciteit' (bijvoorbeeld het uitlenen van ongebruikte bedrijfsmiddelen of faciliteiten). Tussen de verschillende overheden bestaan duidelijke verschillen: waar ministeries en zelfstandige bestuursorganen geen of slechts in beperkte mate economische activiteiten uit te voeren, gebeurt dit bij gemeenten wel relatief vaak. Circa de helft van de respondenten vanuit het bedrijfsleven ervaart (enige) concurrentie door overheden op een of

meerdere producten, waarbij circa dertig procent van de (totale groep van) respondenten de concurrentie als ‘sterk’ of ‘zeer sterk’ ervaart. Hierbij bestaat een duidelijk verschil tussen de twee type respondenten: onder de respondenten die op de brief reageerden is de mate van ervaren concurrentie duidelijk veel lager (ruim 30% ervaart beperkte of sterke concurrentie). De meest genoemde concurrerende economische activiteiten zijn het aanbieden van trainingen en-opleidingen, de exploitatie van ligplaatsen in jachthavens, het doen van markt- en beleidsonderzoek en de levering van adviesdiensten.

**Ernst van de problematiek** - Ongelijke concurrentie wordt door het merendeel van de ondervraagde ondernemers als een groot (potentieel) probleem gezien. Ten aanzien van de ongelijkheid van het “speelveld” tussen overheden en bedrijven geldt dat grote verschillen bestaan in de perceptie van ondernemers: sommige ervaren geen of slechts beperkte problemen, terwijl anderen dit wel als een groot probleem ervaren. De meest genoemde sectoren waar (sterke) ongelijkheid wordt ervaren zijn (1) het private aanbod van trainingen en opleidingen, (2) de verhuur van en handel in onroerend goed, (3) de zakelijke dienstverlening, (4) de advisering en (5) het afvalbeheer. De belangrijkste vormen van gepercipieerde ongelijke concurrentie zijn (1) tarieven die onder de kostprijs van de ondernemer liggen, (2) bevoordeling van het overheidsbedrijf en (3) verschillen in de fiscale behandeling van overheden en bedrijven (BTW-plicht).

Deze door bedrijven ervaren problemen worden niet direct herkend door overheden: de meeste overheden schatten in dat de uitvoering van hun economische activiteiten geen of beperkte invloed heeft op ondernemers en schatten ook de mate van (ervaren) ongelijke concurrentie laag in. Een van de verklaringen voor dit verschil in perceptie is dat een belangrijk deel van de ervaren knelpunten buiten de reikwijdte van de Wet MenO valt, zo blijkt mede uit een analyse van de door ACM ontvangen signalen. Het betreft hierbij onder andere subsidieverlening en de zogenaamde “inbesteding” (waarbij de overheid zelf activiteiten uit gaat voeren die voorheen werden uitgevoerd door particuliere partijen). Daarnaast kan een rol spelen dat sommige overheidsactiviteiten wel binnen de reikwijdte van de Wet MenO vallen, maar dat een van de uitzonderingsgronden van toepassing is (zie hieronder). Het aantal door de ACM ontvangen klachten over ongelijke concurrentie is, ten opzichte van de omvang van de uitgevoerde economische activiteiten, relatief beperkt: circa 200 in ruim 2 jaar, waarbij voor circa 30 klachten de wet daadwerkelijk van toepassing was. Dit lage aantal klachten kan mede te wijten zijn aan onbekendheid met de wet of (zoals bleek uit de uitgevoerde enquête) een geringe bereidheid bij het bedrijfsleven om een formele klacht in te dienen. De ernst van de problematiek is verder lastig te duiden vanuit de toezichtspraktijk of jurisprudentie. Tot juli 2014 heeft de ACM vooral ingezet op voorlichting en niet actief gehandhaafd (de “overgangsperiode”). Zeer recent (mei 2015) is een eerste overtreding van de wet formeel door de ACM vastgesteld. Door de rechter zijn nog geen overtredingen vastgesteld.

We concluderen dat ongelijke concurrentie door het bedrijfsleven als een groot (potentieel) probleem wordt ervaren, maar dat tegelijkertijd een belangrijk deel van de gesignaleerde (of ervaren) problemen buiten de reikwijdte van de Wet MenO vallen of onder de uitzonderingsgronden. Als MenO-problemen zich voordoen dan kunnen deze desalniettemin een grote impact hebben op individuele (potentiële) ondernemers in een bepaalde gemeente of regio.

## Toepassing van de wettelijke uitzonderingen

De Wet MenO bevat een aantal uitzonderingen, waaronder de uitzondering voor economische activiteiten in het algemeen belang en de uitzondering voor de onderwijssector. Als deze uitzonderingen van toepassing zijn, gelden de gedragsregels niet.

**De toepassing van algemeen belangbesluiten -** Overheden hebben de mogelijkheid te besluiten dat bepaalde economische activiteiten in het algemeen belang worden uitgevoerd waardoor de

gedragsregels uit de wet niet toegepast hoeven te worden. Met name gemeenten maken gebruik van deze uitzondering (90% van de bevraagde gemeenten). Bij provincies (55%) en waterschappen (15%) worden dergelijke besluiten minder vaak genomen, terwijl de bevraagde ZBO's en onderdelen van de Rijksoverheid stellen geen algemeen belangbesluit genomen te hebben. In lijn met de economische activiteiten die vooral door gemeenten worden uitgevoerd, zijn het 'verkopen en/of verhuren van (maatschappelijk) vastgoed of grond aan derden' en de 'exploitatie van gemeentelijke sportaccommodaties' de activiteiten die veelvuldig onder het algemeen belangbesluit zijn gebracht. Gemeenten hebben deze twee activiteiten opgenomen in respectievelijk 90% en 70% van de besluiten. Tussen individuele gemeenten bestaan wel grote verschillen ten aanzien van de economische activiteiten die in het algemeen belang worden uitgevoerd, wat deels gerelateerd is aan de omvang van gemeenten. Een kleine plattelandsgemeente voert andere economische activiteiten uit en maakt daarin andere keuzes dan een gemeente met een duidelijke regiofunctie of een grotere stad.

**Gevolgde procedure algemeen belangbesluiten -** Hoewel we dit niet in detail hebben kunnen vaststellen, is onze indruk op basis van (met name) de verdiepende interviews dat overheden vooral hebben gekozen voor een algemeen belangbesluit vanuit de eigen uitvoeringsoptiek (wat doen wij of wat willen wij doen?) en de risico's die toepassing van de Wet MenO hierop heeft. Een analyse van individuele besluiten laat zien dat dergelijke besluiten soms beperkt gemotiveerd worden. Naleving van de wet en het "*op safe spelen*" staat hierbij voorop, niet de bredere doelstelling van de wet. Eventuele concurrentieverstoringen als gevolg van een algemeen belangbesluit lijken slechts een beperkte rol te spelen in de gemaakte afwegingen. Een knelpunt voor marktpartijen is hierbij dat het vaststellen van het algemeen belang vaak vooral een interne aangelegenheid blijkt te zijn, waarbij huidige en nieuwe marktpartijen niet of slechts in beperkte mate worden geconsulteerd. Dit maakt het voor marktpartijen moeilijk om hun zienswijze naar voren te brengen voordat een algemeen belang besluit wordt genomen. Een ander knelpunt is dat overheden slechts in beperkte mate een maximale werkingsduur of een periodieke heroverweging in hun besluiten hebben opgenomen, waardoor deze naar verwachting relatief statisch zijn en ondernemers eventuele aanpassingen zelf moeten agenderen.

Circa 20% van alle besluiten betrof een algemeen verbindend voorschrift waartegen, in tegenstelling tot een 'gewoon' besluit, geen bezwaar mogelijk was. Van de mogelijkheid om bezwaar te maken wordt slechts sporadisch gebruik gemaakt. Ondernemers maken vaak geen bezwaar tegen een besluit omdat zij van mening zijn dat het geen nut heeft, te lang duurt of omdat de relatie met de overheid te belangrijk is.

**De onderwijsuitzondering** - In de wet zijn de (openbare) onderwijsinstellingen uitgezonderd, waardoor ook alle activiteiten die zij uitvoeren (zowel onderwijs als onderzoek) uitgezonderd zijn. Door middel van sectorale afspraken zijn gedragsregels afgesproken. De huidige sectorspecifieke regels zijn ontstaan vanuit de wens om te voorkomen dat private activiteiten met publieke middelen worden bekostigd. De verplichting tot het doorberekenen van de integrale kostprijs is een onderdeel van de sectorspecifieke regels en is vergelijkbaar met de gedragsregel uit de Wet MenO. De overige drie gedragsregels uit de Wet MenO zijn niet direct terug te vinden in de diverse notities, gedragscodes en handreikingen die voor de onderwijssector gelden. Van belang is ook dat de definitie van de marktactiviteiten die, in de context van de Wet MenO, als economische activiteiten kunnen worden beschouwd, in genoemde documenten niet eenduidig is vastgesteld. Dat maakt het moeilijk vast te stellen in welke mate er sprake is van mogelijk concurrentieverstorende activiteiten.

Uit het voorgaande blijkt dat de sectorspecifieke regels voor de onderwijssector een andere focus hebben dan de wet MenO – de sectorspecifieke regels zijn gericht op het voorkomen van het weglekken van publieke middelen en niet op het voorkomen van ongelijke

concurrentievoorwaarden. Dit leidt ertoe dat er minder aandacht is voor de effecten op de markt van activiteiten van onderwijsinstellingen. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat in de allereerste gedragscode van de onderwijssector was voorzien in een klachtenprocedure voor ondernemers – thans bestaat een dergelijke procedure niet meer. Ondanks deze meer interne focus kunnen de sectorspecifieke regels wel een belangrijke bijdrage leveren aan het voorkomen van ongelijke concurrentie. Uit gesprekken die wij gevoerd hebben met toezichthoudende instanties ontstaat het beeld dat het bewustzijn binnen de sector over de risico's van weglek van publieke middelen groot is. Er is een stevig controlesysteem opgezet waarbij bestuurders, financiële administraties, interne auditdiensten en accountants toezien op een goede verantwoording. Een controleprotocol voor de onderwijssector stelt regels rondom publiek/ private arrangementen. Op basis van een recent door de Inspectie uitgevoerd veldonderzoek lijkt de naleving hiervan op orde, al kan de transparantie beter.

Ondanks deze hoge mate van bewustzijn en naleving van de gedragsregel ten aanzien van integrale kostprijs, ervaren verschillende private spelers op zowel op het terrein van onderwijs / trainingen als onderzoek ongelijke concurrentie. In onze enquête springt deze groep er uit als een groep die veel klachten ervaart. In hoeverre er ook daadwerkelijk sprake is van ongelijke concurrentie, hebben we niet in detail kunnen vaststellen omdat hiervoor 'het bewijs' ontbreekt. Er ontbreekt een betrouwbaar overzicht van signalen en klachten en ook de Inspectie voor het Onderwijs heeft hier als toezichthouder geen onderzoek naar gedaan en/of besluiten over genomen. Een transparant inzicht in wat daadwerkelijk als economische activiteiten kan worden beschouwd, is in de onderwijssector moeilijk te krijgen door de eerdergenoemde definitiekwestie. Dit leidt ertoe dat in de onderwijssector publiek-private mengvormen relatief vaak voorkomen; op basis van de sectorregels is dit toegestaan.

We concluderen dat er ruimte is om de bescherming tegen concurrentieverstoring in de onderwijssector te verbeteren. Redenen hiervoor zijn de focus van de sectorspecifieke regels op de risico's van het weglekken van publieke middelen (en niet op gelijke concurrentievoorwaarden), het ontbreken van een aantal gedragsregels in de sectorregels die wel in de Wet MenO zijn opgenomen en de klachten die ondernemers hebben over onderwijs- en onderzoeksactiviteiten. Bij deze conclusie zijn echter wel een aantal nuanceringen van belang. Allereerst is een 'kale' vergelijking van de sectorspecifieke regels met de Wet MenO, zonder begrip van de bredere context en regelgeving, te beperkt om vast te kunnen stellen in hoeverre sprake is van een ongelijk speelveld. Publiek bekostigde instellingen en private aanbieders hebben beide met verschillende regels te maken, waardoor conclusies over de gelijkheid van de concurrentievoorwaarden pas getrokken kunnen worden als naar alle relevante regels wordt gekeken. Ten tweede hebben de sectorspecifieke regels het belangrijke voordeel van een brede reikwijdte. Strikt genomen zou, vanwege de vorm van rechtspersoonlijkheid, een groot deel van de onderwijsinstellingen buiten de Wet MenO kunnen vallen als de uitzondering op onderwijs in de Wet MenO zou worden geschrapt, wat een belangrijk pluspunt is van de huidige sectorspecifieke regeling. Een ander pluspunt is dat in de sectorspecifieke regels geen beroep kan worden gedaan op de algemeen belang uitzondering zoals onder de Wet MenO mogelijk is, waardoor deze scopebeperking niet op de onderwijssector van toepassing is. Aanscherping van de sectorspecifieke regels ligt dan ook eerder voor de hand dan het schrappen van de huidige uitzondering in de Wet MenO indien de wens zou bestaan om in de onderwijssector een meer gelijk speelveld tot stand te brengen.

## Verhouding met andere regelgeving

**Aanvullende werking op Wet MenO** - Voor drie typen regelgeving (staatssteun, mededinging en aanbesteding) is de verhouding met de Wet MenO nagegaan, waarbij geconcludeerd kan worden dat weinig tot geen overlap met die andere regelgeving bestaat. De Wet MenO, het

aanbestedingsrecht en het staatssteunrecht vullen elkaar vooral aan, waarbij voor de Wet MenO geldt dat deze een zelfstandige betekenis heeft voor die gevallen wanneer de aangrenzende regelgeving niet van toepassing is. Ook de mededingingsregels werken vooral aanvullend op de Wet MenO, bijvoorbeeld omdat het verbod van misbruik van een machtspositie op meer situaties ziet dan enkel het niet doorberekenen van integrale kosten of het bevoordelen van een overheidsbedrijf. Bovendien is de toepasselijkheid van het verbod van misbruik van een economische machtspositie afhankelijk van de marktpositie van de overheid, hetgeen onder de Wet MenO niet van belang is.

**Rechtszekerheid -** Doordat er weinig tot geen onnodige overlap is tussen de Wet MenO en de aangrenzende regelgeving kan geconcludeerd worden dat de Wet MenO meer rechtsbeschermingsmogelijkheden biedt voor ondernemers. Bovendien zijn de bepalingen van de Wet MenO duidelijk en stellen zij partijen in staat om aan de hand van de wet te voorspellen hoe dient te worden gehandeld, hetgeen ten goede komt aan de rechtszekerheid. Gebleken is echter dat, hoewel de bepalingen op zichzelf duidelijk zijn, de Wet MenO in de markt als complex wordt ervaren. Dit komt met name door het aantal uitzonderingen en kwalificatievragen zoals de vraag of al dan niet sprake is van een economische activiteit. Uit de interviews blijkt dat deze uitzonderingen en kwalificatievragen de duidelijkheid van de Wet MenO in het algemeen niet ten goede komt en het gevoel van rechtszekerheid onder ondernemers vermindert. Voorts is duidelijk dat in relatie tot de rechtszekerheid de bewijslast binnen de Wet MenO een belangrijk knelpunt is. Hierbij gaat het er met name om dat het voor ondernemers lastig is om een overtreding van de Wet MenO aan te tonen, bijvoorbeeld wanneer men vermoedt dat overheden niet de integrale kosten doorberekenen. Dit bewijsprobleem speelt overigens niet indien ACM handhavend optreedt (bijvoorbeeld n.a.v. een klacht).

## Toepassing van de Wet MenO in de praktijk

**Bekendheid met de wet -** De bekendheid met het doel, de inhoud en de consequenties van de wet zijn ten opzichte van de nulmeting voor overheidsorganisaties duidelijk toegenomen. In het algemeen geldt dat de wet voldoende duidelijk is voor overheden. De ACM heeft actief ingezet op diverse vormen van voorlichting om de bekendheid en spontane naleving van de Wet MenO te stimuleren. Overheden hebben veelvuldig gebruik gemaakt van de toelichting op de wet, van de handreiking en van de informatie op de ACM-website, of hebben voorlichtingsbijeenkomsten bijgewoond, waarmee de voorlichting van de ACM richting de overheden behoorlijk effectief lijkt te zijn geweest. Onder de groep ondernemers die op de brief hebben gereageerd is de bekendheid met de wet vrij laag (14%) en vergelijkbaar met de nulmeting. Brancheorganisaties zijn vaak wel goed bekend met de wet en de toezichthoudende rol van de ACM.

**Naleving -** Het merendeel van de bevraagde overheidsinstellingen is positief over de houding van de eigen overheid richting de Wet MenO. De actieve (voorlichtende) rol van ACM heeft daar een belangrijke rol in gespeeld. Circa 80% van de respondenten stelt dat hun organisatie de wet naleeft (18% is hierover ‘neutraal’). In hoeverre overheden de wet ook daadwerkelijk naleven is echter nog niet vaak getoetst. Op het vlak van handhaving is, mede door de overgangsperiode die tot 1 juli 2014 gold, recent een eerste formele overtreding vastgesteld. Het aantal klachten dat is ingediend bij de ACM is beperkt gebleven, alsmede het aantal bezwaar en/of beroepsprocedures.

## Beoordeling van de effectiviteit van de wet

**Effectiviteit -** Op basis van alle onderzoeksresultaten concluderen we dat de Wet MenO heeft bijgedragen aan het doel van de wet, te weten het creëren van gelijke(re) concurrentieverhoudingen. Hierbij zijn een drietal constateringen relevant. Ten eerste heeft de invoering van de wet overheden gedwongen om meer rekening te houden met de markt en de gevolgen die concurrentie van de overheid kan hebben voor particuliere marktpartijen. De risico’s

op ongelijke concurrentie zijn daarmee verlaagd. Dit effect wordt echter ondergraven door het feit dat met name gemeenten veelvuldig gebruik gemaakt hebben van de algemeen belang uitzondering, waarmee de reikwijdte van de wet (sterk) is ingeperkt. Omdat de gedragsregels van de Wet MenO niet gelden bij een algemeen belang besluit, wordt het risico op ongelijke concurrentieverhoudingen in deze gevallen niet weggenomen. Ten tweede en in aanvulling daarop kan geconstateerd worden dat er vanuit de toezichts- en handhavingspraktijk van de ACM weinig concrete aanwijzingen zijn dat overheden de wet overtreden. Ten derde biedt de wet extra mogelijkheden voor situaties waarin de overige aanpalende wet- en regelgeving niet van toepassing is. Van belang hierbij is wel dat veel van de irritaties en hinder die marktpartijen en brancheorganisatie ervaren buiten de reikwijdte van de Wet MenO vallen. De wet draagt dus wel bij aan gelijke(re) concurrentieverhoudingen, maar laat vanuit de optiek van de markt ook veel problemen bestaan.

De mate waarin de wet heeft bijgedragen aan gelijke concurrentieverhoudingen is niet in kwantitatieve zin te duiden. Wel merken wij op dat de bijdrage van de wet aan deze doelstelling suboptimaal is. De belangrijkste reden hiervoor is de mogelijkheid van het nemen van algemeen belang besluiten waarmee de belangrijkste waarborgen voor gelijke concurrentieverhoudingen (de vier gedragsregels) niet van toepassing zijn. Achterliggend probleem is dat de bredere doelstelling van gelijke(re) concurrentieverhoudingen niet sterk leeft onder overheden, en marktpartijen niet of nauwelijks in de gelegenheid worden gesteld om hun zienswijze te geven over een voorgenomen algemeen belangbesluit. Voor partijen die ten tijde van het algemeen belangbesluit niet op de markt actief zijn geweest is het moeilijk om aanpassingen te bewerkstelligen.

De opgelegde vier gedragsregels zijn, in combinatie met het toezicht door de ACM, de belangrijkste instrumenten die zijn ingezet voor het bereiken van de doelstelling. Op basis van de analyse kan geconcludeerd worden dat deze instrumenten in beginsel adequaat zijn, er zijn tenminste geen sterke aanwijzingen dat dit niet het geval is en overheden stellen relatief weinig problemen te ervaren. Hierbij moet aangetekend worden dat door de uitzonderingen in de wet de vier gedragsregels in veel gevallen niet van toepassing zijn. Samen met de overgangsperiode heeft dit ervoor gezorgd dat er nog weinig ervaring bestaat met de gedragsregels in de praktijk. Recent (eind mei 2015) heeft de ACM een eerste overtreding vastgesteld. Vanuit de jurisprudentie concluderen wij dat ondernemers vooralsnog weinig tegenwicht kunnen bieden aan overheden. Een beroep op de Wet MenO is nog niet geslaagd en bedrijven kiezen er vaak voor geen bezwaar en beroep in te stellen tegen een besluit.[1]

[1] Daarbij is rekening gehouden met de jurisprudentie en besluiten tot begin maart 2015.

# 1 Inleiding

## 1.1 Aanleiding voor het onderzoek

### Achtergrond van de wet

De overheid treedt op als aanbieder van collectieve goederen (bijvoorbeeld ten aanzien van dijken of defensie). Daarnaast levert de overheid echter ook goederen of diensten die door particuliere marktpartijen (kunnen) worden geleverd. Aan een dergelijk optreden van de overheid als ondernemer zit het risico verbonden dat concurrentie onder ongelijke voorwaarden kan ontstaan tussen overheden en bedrijfsleven, bijvoorbeeld door bekostiging van deze activiteiten uit publieke middelen. Op basis van klachten van het bedrijfsleven en de omvang van de problematiek werd eind jaren negentig van de vorige eeuw besloten regelgeving te maken.

De Wet Markt en Overheid (hierna ook: Wet MenO) is op 1 juli 2012 in werking getreden, als onderdeel van de Mededingingswet.[2] Het doel van de wet is "*het creëren van zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen enerzijds overheden die als aanbieder van goederen of diensten aan derden optreden en anderzijds particuliere ondernemingen*".[3] Het uitgangspunt van de wet is dat overheden de vrijheid hebben om "*economische activiteiten*" te verrichten (en daarbij mogelijk met particuliere ondernemingen concurreren), maar dat zij zich daarbij wel aan een aantal gedragsregels moeten houden. Met de gedragsregels wordt geprobeerd om de concurrentie tussen overheid en markt zoveel mogelijk onder gelijke voorwaarden te laten plaatsvinden.

### Evaluatie van de Wet MenO

Onderdeel van de wet is een evaluatiebepaling die bepaalt dat de Wet Markt en Overheid voor 1 juli 2015 moet zijn geëvalueerd. In opdracht van het Ministerie van Economische Zaken heeft Ecorys in samenwerking met Bird & Bird deze evaluatie uitgevoerd in de periode december 2014 – juni 2015. Ecorys was de hoofdaannemer en Bird & Bird heeft daarbij de verhouding met andere regelgeving en de rechtszaken in kaart gebracht. De formele evaluatieperiode bestrijkt de periode 1 juli 2012 tot eind maart 2015, maar waar mogelijk zijn ook latere ontwikkelingen meegenomen.

## 1.2 Methodologie

### *1.2.1 Doelstelling en onderzoeksvragen*

### Doelstelling van deze wetsevaluatie

Deze evaluatie richt zich primair op de vraag "in hoeverre met de Wet MenO wordt voldaan aan het hierboven beschreven doel, namelijk het creëren van zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen particuliere ondernemingen en overheden die als aanbieder van goederen of diensten aan derden optreden". De geformuleerde hoofdonderzoeksvragen zijn:

- In welke mate draagt de wet bij aan de doelen van de wet?
- In welke mate zijn de gekozen instrumenten adequaat voor het te bereiken doel?

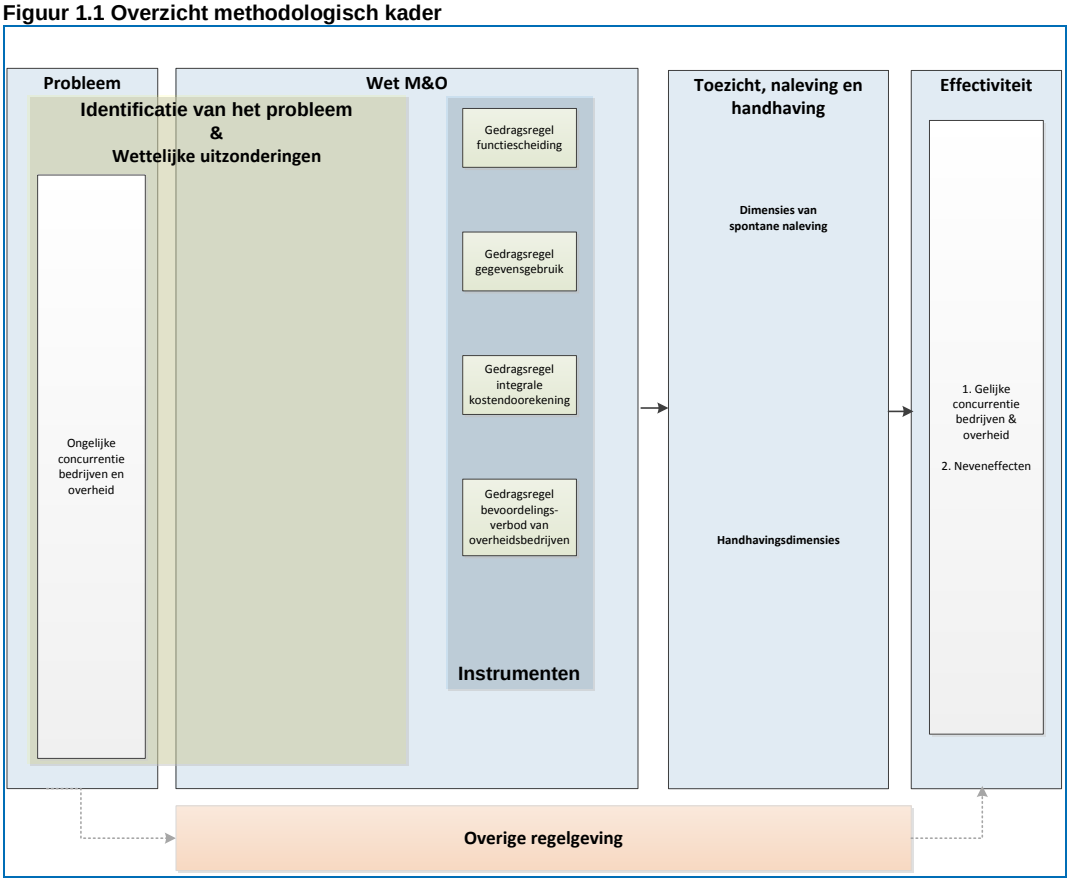
[2] Mededingingswet, hoofdstuk 4B, artikelen 25g tot en met 25m.

[3] Tweede Kamer, vergaderjaar 2007–2008, 31 354, nr. 3 (Memorie van toelichting, onder paragraaf 1.1).

## Methodologische inkadering van de onderzoeksvragen

Bovenstaande hoofdvragen zijn onderverdeeld in diverse sub-vragen en onderwerpen, welke door het onderzoeksteam ingedeeld zijn in vijf thema's en ingekaderd in een breder methodologisch raamwerk. De verschillende thema's worden onder het figuur nader toegelicht en worden in de betreffende hoofdstukken in meer detail besproken.

**Figuur 1.1 Overzicht methodologisch kader**




Bron: Ecorys 2015.

Aan de hand van bovenstaand raamwerk zijn een vijftal thema's geïdentificeerd waar deze evaluatie dieper op in gaat. Het raamwerk valt te lezen van links naar rechts en begint bij de identificatie van 'het probleem':

- **Identificatie van het probleem (exclusief uitzonderingen)** *(Hoofdstuk 3)* - De aanleiding voor deze wet betrof de ervaren ongelijke concurrentieverhoudingen tussen overheden en particuliere ondernemingen. Een belangrijke eerste stap voor deze evaluatie is om de omvang en ernst van de problematiek te duiden: Waar wordt ongelijke concurrentie ervaren? Wat is de omvang van de problematiek in de praktijk? Wat zijn de huidige pijnpunten en hoe kijken de markt en de overheid tegen het probleem aan?
- **Effecten van de wettelijke uitzonderingen** *(Hoofdstuk 4)* **-** In de wet zijn ook een aantal uitzonderingen opgenomen. Deze evaluatie dient inzicht te geven in de gevolgen van deze uitzonderingen, met name voor de reikwijdte van de wet. Hierbij wordt, in lijn met de startnotitie, vooral gekeken naar de uitzonderingen voor het onderwijs en het 'algemeen belang';
- **Verhouding met andere regelgeving** *(Hoofdstuk 5)* – De Wet MenO is niet de enige wet die ingrijpt op eventuele ongelijke concurrentie. Er zijn ook Europese en nationale richtlijnen en regelgeving die zich hierop richten en wij brengen deze verhouding in kaart;
- **Instrumentarium (gedragsregels) / toezicht, handhaving en naleving** *(Hoofdstuk 6)* - Door middel van gedragsregels wordt getracht de ongelijkheid tussen het bedrijfsleven en de overheid weg te nemen wanneer overheden de markt betreden. Er zal worden nagegaan in welke mate de gekozen instrumenten adequaat zijn voor het te bereiken doel. Om de

hoofdvraag te kunnen beantwoorden (*hoe effectief is de wet?*) is het ook van belang te kijken naar het toezicht op en de naleving van de wet. De werking van deze instrumenten hangt namelijk sterk af van de naleving en handhaving hiervan. Wordt de wet nageleefd door overheden? Welke rol speelt ACM hierin?

- **Effectiviteit** *(Hoofdstuk 7)*- Dit vijfde thema vormt feitelijk de kern van deze evaluatie, namelijk de vraag in welke mate de verwachte uitkomsten/resultaten gerealiseerd zijn en de gestelde doelstellingen (effecten) behaald zijn. Hierbij is het tevens van belang na te gaan in hoeverre er een causale relatie is tussen het gevoerde beleid (wet in combinatie met gedragsregels en toezicht) en het bereiken van deze beoogde doelen. Ook eventuele (niet beoogde) neveneffecten komen hierbij aan bod.

### *1.2.2 Onderzoeksaanpak en beperkingen*

#### Onderzoeksaanpak

In het onderzoek hebben we gebruik gemaakt van verschillende bronnen van informatie, namelijk (i) literatuurstudie, (ii) interviews en een expertbijeenkomst, (iii) enkele verdiepende analyses en (iv) twee verschillende enquêtes. Om een zo breed mogelijk beeld te krijgen hoe de wet in de praktijk functioneert, hebben wij twee web-enquêtes opgesteld en afgenomen, namelijk onder ondernemers en onder overheden. Ondernemers zijn onder meer per brief en via diverse brancheorganisaties uitgenodigd om aan deze enquête deel te nemen. Waar relevant worden deze resultaten ook apart weergegeven. Voor de web-enquête onder overheden zijn telefonisch departementen (10), provincies (12), waterschappen (23), een selectie van zelfstandige bestuursorganen (ZBO, 34)[4] en een selectie van gemeenten (298) benaderd. In bijlage A en B is in meer detail weergegeven welke bronnen er zijn gebruikt en wordt er een nadere toelichting gegeven op het proces van dataverzameling. Ontwikkelingen en (nieuwe) feiten zijn tot eind mei 2015 meegenomen en in dit rapport verwerkt.

#### Beperkingen in het onderzoek

Deze evaluatie kent een aantal beperkingen waarmee rekening gehouden dient te worden in de interpretatie en duiding van het rapport. In de specifieke hoofdstukken wordt ook regelmatig op deze beperkingen gewezen:

- **Beperkingen in de omvang van het onderzoek** – De activiteiten die overheden verrichten en waarop de Wet MenO van toepassing is, zijn zeer divers. Gezien de beperkingen in de omvang en doorlooptijd van het onderzoek zijn er praktische keuzes gemaakt waardoor mogelijk niet alle sectoren zijn bereikt en betrokken in dit onderzoek;
- **Bestaan van een selectiebias in de enquête onder ondernemers** – Deze praktische keuzes uiten zich met name in de manier waarop private marktpartijen zijn benaderd om de omvang en de ernst van de problematiek in kaart is brengen. In de steekproef onder bedrijven (voor de verzending van de 3.000 brieven) is er bijvoorbeeld voor gekozen om rekening te houden met inzichten en ervaringen rondom mogelijke knelpunten uit het verleden. Hierdoor is bijvoorbeeld de landbouw geheel buiten de steekproef gelaten. Omdat de steekproef, ondanks deze voorselectie, toch een groot aantal verschillende sectoren omvat, schatten we de eventuele verstorende invloed hiervan als beperkt in;
- **Mogelijke oververtegenwoordiging van sectoren met 'problemen'** - Daarnaast is de web-enquête ook verspreid via een aantal brancheorganisaties, wat met name geregeld is via het secretariaat van VNO-NCW / MKB-Nederland. Binnen VNO-NCW / MKB-Nederland bestond voor de start van deze evaluatie een werkgroep 'Wet Markt en Overheid'. Deelnemers aan deze werkgroep zijn deels brancheorganisaties waar de achterban veel ongelijke concurrentie met de

[4] Hierbij is gebruik gemaakt van een door ACM gemaakte selectie van circa 40 ZBO's, welke ook bij de nulmeting in 2012 is gebruikt.

overheid ervaart. Het beeld is dat met name deze laatste groep van brancheorganisaties hun leden actief hebben opgeroepen om deel te nemen aan de web-enquête, waardoor in dit deel van de enquête mogelijk een oververtegenwoordiging is van bedrijven (sectoren) die problemen ervaren met ongelijke concurrentie. In bijlage A is de respons per sector weergegeven (in absolute termen), waarbij opvalt dat met name voor het onderwijs, advisering/onderzoek en handel in onroerend goed het aantal reacties via de brancheverenigingen hoog is in verhouding tot de respondenten die per brief zijn benaderd. In de verschillende hoofdstukken wordt hier zoveel als mogelijk rekening mee gehouden en wordt dit ook benoemd.

- **Ervaren problemen verhoogt de reactiebereidheid –** In aanvulling op de hierboven genoemde elementen geldt voor de enquêtes onder ondernemers in den brede dat ondernemers eerder geneigd zijn om de enquête in te vullen wanneer zij problemen/ongelijke concurrentie ervaren;
- **Bestaan van een selectiebias in de enquête onder overheden** – Om de respons onder overheden te vergroten is er door het onderzoeksteam binnen de verschillende typen overheden actief gezocht naar individuele contactpersonen voor de Wet MenO. Dit leidt er enerzijds toe dat de respondenten inhoudelijk op de hoogte zijn, maar anderzijds dat 'de bekendheid' met de wet veel groter is bij deze ambtenaren dan wanneer men dit andere ambtenaren zou vragen. In aanvulling daarop kan ook worden opgemerkt dat overheidsbedrijven niet direct zijn benaderd;
- **Slechte respons sommige typen overheden** - Met name de respons onder ZBO's is erg laag. Ook bij het (telefonisch) benaderen van deze partijen bleek dat veel medewerkers niet op de hoogte waren van de Wet MenO en dat, ook bij navraag, de bereidheid om deel te nemen aan deze evaluatie erg laag was.

Bij de start van het evaluatieonderzoek was bekend dat de Inspectie van het Onderwijs een onderzoek doet naar publiek/private activiteiten van onderwijsinstellingen dat ongeveer gelijktijdig met deze evaluatie kan worden verwacht. Na overleg met het ministerie van EZ en OCW is besloten om in het kader van deze evaluatie, niet opnieuw een uitvraag te doen bij de onderwijsinstellingen. Het onderzoeksteam baseert zich daarom met name op desk research, vergelijking van regelgeving en gesprekken met vertegenwoordigers van private aanbieders van opleidingen en onderzoek. Ook zijn diverse betrokkenen geïnterviewd binnen de ministeries en de Inspectie.

## 1.3 Leeswijzer

Na dit inleidende hoofdstuk volgt in **hoofdstuk 2** de achtergrond van de Wet Markt en Overheid. Vervolgens wordt in **hoofdstuk 3** ingegaan op de identificatie van het probleem (exclusief uitzonderingen), in **hoofdstuk 4** wordt gekeken naar de effecten van de wettelijke uitzonderingen en in **hoofdstuk 5** komt de verhouding met andere regelgeving aan bod. Het ingezet instrumentarium (gedragsregels) en toezicht, handhaving en naleving wordt gepresenteerd in **hoofdstuk 6** en in **hoofdstuk 7** worden conclusies gepresenteerd over de effectiviteit van de wet. Aan het begin van ieder hoofdstuk (met uitzondering van hoofdstuk 2) worden na een korte inleiding eerst de belangrijkste conclusies beschreven.

# 2 Achtergrond Wet Markt en Overheid

## 2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de achtergrond van de Wet MenO beschreven. Allereerst wordt ingegaan op de totstandkoming van de wet. In het tweede deel wordt de opzet en vormgeving van de wet besproken, waarbij vooral aandacht wordt besteed aan de reikwijdte van de wet en het begrip 'economische activiteit'. In het laatste deel worden de gedragsregels uit de wet toegelicht en de rol en bevoegdheden van de toezichthouder: Autoriteit Consument & Markt (ACM).

## 2.2 Totstandkoming van de Wet Markt en Overheid

De belangrijkste aanleiding voor de totstandkoming van de Wet MenO is de, als zodanig door de markt ervaren, ongelijke concurrentie tussen private partijen en overheden die economische activiteiten uitvoeren. De overheid concurreert op veel terreinen met het bedrijfsleven, waarbij ongelijke concurrentieverhoudingen zich kunnen voordoen. In 1997 is de problematiek omtrent de concurrentieverhoudingen tussen overheden en private bedrijven op de politieke agenda geplaatst. In het kader van de operatie Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit (MDW) heeft het toenmalige kabinet een werkgroep 'Markt en Overheid' ingesteld, met als hoofdtaak een analyse te maken van marktoptreden van (semi-) overheidsinstellingen in concurrentie met derden.[5] De volgende box geeft hierop een korte toelichting.

**Box 1 Werkgroep 'Markt en Overheid'**

De werkgroep Markt en Overheid, onder leiding van dhr. Cohen, publiceerde in februari 1997 een rapport met een analyse van het marktoptreden van overheidsorganisaties. Specifieker gedefinieerd gaat het om organisaties met exclusieve of bijzondere marktrechten (OEM's). Dit zijn organisaties die een publieke taak uitvoeren en middels een overheidsbesluit exclusieve rechten hebben in termen van marktoegang of financiële middelen. De werkgroep Cohen concludeerde dat er oneigenlijke concurrentievoordelen zijn voor deze OEM's ten opzichte van private partijen. Allereerst omdat private partijen niet dezelfde rechten hebben m.b.t. toegang tot de markt en daarnaast omdat zij niet beschikken over dezelfde financiële middelen. Het toenmalige instrumentarium voorzag niet in het creëren van een gelijk speelveld, daarom adviseerde de commissie Cohen tot de afscheiding en afstoting van marktactiviteiten van OEM's. In een aantal uitzonderingsgevallen waren de activiteiten van OEM's wel te rechtvaardigen, maar dan moesten de OEM's wel voldoen een aan viertal gedragsregels. Deze door de commissie Cohen geformuleerde gedragsregels die gelijke concurrentievoorwaarden moeten garanderen zijn min of meer van gelijke strekking als die gedragsregels die zijn opgenomen in de huidige Wet MenO, namelijk; gelijke (fiscale) behandeling ten opzichte van private aanbieders; integrale kosten doorberekening, een verbod om informatie die de OEM ter beschikking heeft exclusief voor de eigen marktactiviteiten aan te wenden en een verbod om bevoegdheden van openbaar gezag te vermengen met marktactiviteiten.[6]

Naast het rapport van de commissie Cohen is de Sociaal - Economische Raad (SER) begin 1999 om advies gevraagd door de ministers van Economische Zaken en Justitie inzake Markt en Overheid-wetgeving. De adviesaanvraag bouwt voort op het regeerakkoord van het eerste kabinet Kok (Paars I), waarin staat dat de spelregels voor het marktoptreden van de overheid wettelijk zou moeten worden verankerd.[7] Dit SER advies, samen met de implementatie van MDW, zou

5 Kamerstukken 1996-1997, 24036 nr. 45.
6 Rapport van de Commissie Cohen, Kamerstukken II 1996–1997, 24 036, nr. 45.
7 Sociaal-Economische Raad: *Markt en overheid Advies Markt en Overheid.* Publicatienummer 12, 17 september 1999.

uiteindelijk de basis vormen van het eerste wetsvoorstel dat werd gepresenteerd aan de Tweede Kamer in 2001.[8] Echter, door een gebrek aan politieke steun, verdween dit wetsvoorstel weer van de politieke agenda.

Het kabinet Balkenende 2 heeft vervolgens in februari 2004 een alternatieve aanpak van de markt en overheid-problematiek voorgesteld, rekening houdend met de geuite kritiek op het oude wetsvoorstel markt en overheid.[9] Middels dit kabinetsstandpunt van februari 2004 werd de problematiek omtrent de concurrentieverhoudingen weer op de voorgrond geplaatst. Het duurde tot 2007 voordat er een nieuw wetsvoorstel werd ingediend. Dit wetsvoorstel leidde tot veel discussie in de Tweede Kamer, waarna het wetsvoorstel werd geamendeerd. Het amendement van leden Vos en Ten Hoopen zorgt ervoor dat de autonomie van decentrale overheden bij de behartiging van het algemeen belang volledig gerespecteerd wordt. Decentrale overheden, zoals de provincies en de gemeenten, krijgen hierdoor zelf onverkort de ruimte om te bepalen of er sprake is van een economische activiteit in het algemeen belang. Indien decentrale overheden of bestuursorganen van het Rijk een economische activiteit als algemeen belang beschouwen is de wet in het geheel niet van toepassing.[10] In juli 2012 is de Wet Markt en Overheid uiteindelijk in werking getreden.

## 2.3 Opzet en vormgeving van de Wet Markt en Overheid

De Wet MenO stelt regels voor het betreden van markten door overheidsorganisaties en voor het gedrag op de markt van overheidsorganisaties en van ondernemingen die van overheidswege over een bijzondere positie beschikken. Binnen de laatste categorie vallen bijvoorbeeld zelfstandige bestuursorganen en overheidsbedrijven. De wet legt specifieke spelregels vast voor het marktoptreden door de overheid zelf. Daarnaast regelt de wet het toezicht op en de handhaving van deze spelregels. Het uiteindelijke doel van de wet is "*zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen enerzijds overheidsorganisaties en overheidsbedrijven en anderzijds particuliere ondernemingen tot stand te brengen*".[11] De Wet Markt en Overheid vervalt per 1 juli 2017.[12]

### Toepassingsbereik van de wet

Voor het toepassingsbereik zijn twee elementen van belang, namelijk (i) er moet sprake zijn van een overheid en (ii) er dienen economische activiteiten te worden uitgevoerd.

**Overheden** - De Wet MenO geldt voor overheden die zelf of via hun overheidsbedrijven concurreren met marktpartijen. De volgende instanties worden aangemerkt als een overheid: (i) het Rijk, (ii) de provincies, (iii) de gemeenten, (iv) de waterschappen, (v) gemeenschappelijke regelingen en (iv) zelfstandige bestuursorganen (krachtens publiek recht ingesteld). Voor de reikwijdte van de Wet MenO is het verder van belang of een overheidsorganisatie een overheidsbedrijf heeft.[13] In dat geval geldt namelijk het bevoordelingverbod, de gedragsregel die een bevoordeling door een overheidsorganisatie van het eigen overheidsbedrijf verbiedt.[14]

---

8 Kamerstuk 2000-2001 24036 nr. 219.
9 Kamerstukken II 2003/2004, 28 050, nr. 7.
10 Kamerstuk 2008-2009, 31354 nr. 32.
11 Zie voor meer informatie de 'Handreiking Wet Markt en Overheid'.
12 Zie voor aanvullende informatie over de inhoud van de wijzigingen en toevoegingen aan de mededingingswet: http://wetten.overheid.nl/BWBR0031654/geldigheidsdatum_20-02-2015 en http://wetten.overheid.nl/BWBR0029818/geldigheidsdatum_20-02-2015.
13 Nota van toelichting Besluit Markt en Overheid (Stb. 2012, 255).
14 De definitie van overheidsbedrijven uit de Mededingingswet (artikel 25g, lid 1, a en b) luidt als volgt: een onderneming met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid, niet zijnde een personenvennootschap met rechtspersoonlijkheid, waarin een publiekrechtelijke rechtspersoon, al dan niet tezamen met een of meer andere publiekrechtelijke rechtspersonen, in staat is het beleid te bepalen; en/of een onderneming in de vorm van een personenvennootschap, waarin een publiekrechtelijke rechtspersoon deelneemt. Daarnaast wordt er een onderscheid gemaakt tussen overheidsbedrijven in ondernemingen met

**Economische activiteiten** - Een gedeelte van de activiteiten van overheden zijn wettelijk geregeld en dienen het publiek belang. Overheden bieden daarnaast ook goederen en diensten aan in concurrentie met ondernemingen op de markt, dit zijn economische activiteiten. De Wet MenO reguleert dan ook alleen deze economische activiteiten die overheden zelf of via hun overheidsbedrijven verrichten. De definitie van het begrip 'economische activiteit' volgt uit jurisprudentie en wordt onder andere in de Handreiking Markt en Overheid als volgt omschreven: "iedere activiteit bestaande uit het aanbieden van goederen en/of diensten op een bepaalde markt".[15] Of hiervan sprake is, is afhankelijk van de specifieke karakteristieken van de activiteit. De jurisprudentie biedt ook handvatten voor deze afweging. In hoofdstuk 3 wordt hier in meer detail op ingegaan.

### Instrumentarium: gedragsregels

Zodra sprake is van het uitoefenen van een economische activiteit moeten overheden voldoen aan een aantal gedragsregels. De Wet MenO bevat vier gedragsregels die het gelijke speelveld tussen overheden en ondernemingen beogen te creëren en concurrentievervalsing beogen tegen te gaan. De gedragsregels zijn gericht tot bestuursorganen gezien hun bestuursrechtelijke positie. Bij de gedragsregel bevoordelingsverbod is het begrip overheidsbedrijf van belang, omdat die gedragsregel de relatie tussen beiden reguleert. De vier gedragsregels luiden als volgt:

1. Allereerst moeten overheden ten minste de **integrale kosten doorberekenen** in hun tarieven. De goederen of diensten die worden aangeboden door de overheid mogen niet onder de integrale kostprijs worden geleverd; dit resulteert in marktconforme prijzen;
2. Ten tweede geldt er een **bevoordelingverbod:** overheden mogen hun eigen overheidsbedrijven niet bevoordelen ten opzichte van concurrerende bedrijven;
3. Ten derde zijn er restricties gesteld aan **gegevensgebruik**: overheden mogen de gegevens die ze vanuit hun publieke taak verkrijgen niet gebruiken voor economische activiteiten die niet dienen ter uitvoering van de publieke taak. Dit verbod geldt niet als derden ook over de gegevens kunnen beschikken;
4. Als laatste is een **functiescheiding** verplicht: als een overheid een publiekrechtelijke bevoegdheid uitoefent ten aanzien van economische activiteit die door hetzelfde of een ander bestuursorgaan van de overheidsinstelling worden verricht, dan mogen niet dezelfde personen betrokken zijn bij de uitoefening van de bestuurlijke bevoegdheid en bij het verrichten van de economische activiteiten van de overheidsorganisatie.[16]

### Uitgezonderde economische activiteiten: Wet MenO niet van toepassing

Een aantal economische activiteiten zijn uitgezonderd van de Wet MenO. Daarnaast is de wet niet van toepassing in het geval dat er sprake is van activiteiten die te eigen bate worden verricht door overheidsorganisaties en de wet is ook niet van toepassing als de economische activiteit wordt uitgevoerd voor zover het bestemd is voor de uitvoering van een publieke taak. Het aanbieden van goederen of diensten binnen de eigen overheid of binnen dezelfde rechtspersoon die zijn bestemd voor de uitvoering van een publiekrechtelijke taak vallen onder de uitzondering van artikel 25h lid 2 Mw, en is beter bekend als 'inbesteden'.[17] Inbesteden is niet expliciet geregeld en wordt momenteel voornamelijk via jurisprudentie gereguleerd. Inbesteden is mogelijk wanneer er geen sprake is van een (aanbestedingsplichtige) opdracht van een overheidsopdrachtgever aan een aannemer, leverancier of dienstverlener. In drie gevallen zijn economische activiteiten door overheidsorganisaties uitgezonderd van de reikwijdte van de Wet MenO.

---

een privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid (zoals de besloten vennootschap) en de personenvennootschappen (zoals de commanditaire vennootschap).

15 'Handreiking Wet Markt en Overheid' p. 23, 2012.

16 Mededingingswet Artikel 25 I tot en met L.

17 Artikel 25h lid 2 Mw.

*1. Economische activiteiten of bevoordeling van overheidsbedrijven in het algemeen belang*

Economische activiteiten en bevoordelingen van overheidsorganisaties die plaatsvinden in het algemeen belang, zijn uitgezonderd van de Wet MenO. Deze algemeen belangbepaling is middels een amendement toegevoegd aan de Mededingingswet.[18] Overheidsorganisaties hebben een grote mate van beleidsvrijheid bij het afbakenen van het algemeen belang.[19] De Algemene wet bestuursrecht (Awb) bevat een reeks van waarborgen voor een zorgvuldige voorbereiding en motivering van een algemeen belangvaststelling en regels voor bezwaar en beroep tegen deze besluiten. In hoofdstuk 4 wordt hier verder op ingegaan.

*2. Verrichten van economische activiteiten voor andere overheden*

In de Wet MenO is een uitzondering opgenomen voor het aanbieden van goederen of diensten door overheden aan andere overheden of overheidsbedrijven ter uitvoering van de publiekrechtelijke taak. Het aanbieden van goederen of diensten binnen de eigen overheid of binnen dezelfde rechtspersoon wordt niet als een economische activiteit gezien, en is beter bekend als 'inbesteden'. Het leerstuk van inbesteden heeft vorm gekregen via jurisprudentie. Inbesteden is niet mogelijk wanneer er sprake is van een (aanbestedingsplichtige) opdracht van een overheidsopdrachtgever aan een aannemer, leverancier of dienstverlener.[20]

*3. Economische activiteiten die tevens een steunmaatregel zijn*

Wanneer een bestuursorgaan van oordeel is dat er sprake is van een steunmaatregel die voldoet aan de criteria van artikel 107 lid 1 VWEU[21] ten aanzien van economische activiteiten van een overheidsorganisatie, gelden de Europese staatssteunregels en is de Wet MenO niet van toepassing. In de gevallen dat het bestuursorgaan niet van oordeel is dat sprake is van staatssteun, is de Wet MenO wel van toepassing. Overigens geldt bij deze zogeheten de-minimisverordening dat decentrale overheden ondernemingen tot 200.000 euro aan steun kunnen verlenen, in drie belastingjaren, zonder dat er sprake is van staatssteun. In dat geval is er geen sprake van een steunmaatregel die voldoet aan alle criteria van artikel 107 lid 1 VWEU en is de Wet MenO wel van toepassing.

### Overige uitzonderingen op de Wet MenO

De Wet MenO kent enkele uitzonderingen, met name omdat hier al een specifiek regime voor geldt.

**Uitgezonderde sectoren -** Openbaar onderwijs, openbare onderzoekinstellingen en publieke omroepinstellingen zijn uitgezonderd van de Wet MenO. De Wet MenO is niet van toepassing voor alle door het rijk gefinancierde scholen en kennisinstelling omdat hiervoor eigen regelgeving geldt, waaronder de notities Helderheid.[22] (zie hoofdstuk 4) Voor de publieke omroepinstellingen geldt de Wet MenO niet omdat de Mediawet al voorziet in de regulering van nevenactiviteiten die de publieke omroep mag verrichten. Deze moeten namelijk liggen in het verlengde van de publieke taak, op marktconforme wijze worden verricht en ten minste kostendekkende tarieven voor in rekening worden gebracht.[23]

---

18 Zie: http://wetten.overheid.nl/BWBR0031649/geldigheidsdatum_20-02-2015.

19 De algemeen belangvaststelling bij de rijksdienst vindt plaats door de minister die het aangaat, voor provincies vindt deze vaststelling plaats 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, lid 6, Mededingingswet).

20 http://www.europadecentraal.nl/onderwerpen/aanbestedingen/inbesteden/.

21 Artikel 25h, lid 4, Mededingingswet.

22 Zie de notitie "helderheid in de bekostiging van het hoger onderwijs", d.d. 5 mei 2010, http://wetten.overheid.nl/BWBR0016272/geldigheidsdatum_05-05-2010/informatie. Zie verder ook Memorie van Toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 2007-2008, 31 354, nr. 3, p. 22. Het gaat om de Mediawet en de richtlijn neven- en verenigingsactiviteiten publiek omroep, Staatscourant 1999, 188.

23 Artikel 2.132 e.v. Mediawet 2008.

**Sociale werkplaatsen -** Naast bovenstaande sectoren zijn de economische activiteiten van sociale werkplaatsen gedeeltelijk uitgezonderd van de Wet MenO, namelijk voor zover op deze activiteiten artikel 5 van de Wet sociale werkvoorziening van toepassing is.

**Uitgezonderde bestuursorganen -** Bestuursorganen die zijn aangemerkt als b-organen en niet krachtens publiekrecht zijn ingesteld (artikel 1:1, onder b, Algemene Wet Bestuursrecht) en bestuursorganen van openbare lichamen van beroep en bedrijf die zijn ingesteld op grond van artikel 134 van de Grondwet zijn uitgezonderd van de Wet MenO. Dit zijn bijvoorbeeld beroepsorganisaties, zoals die van gerechtsdeurwaarders, notarissen en accountants.

### Toezicht Autoriteit Consument & Markt (ACM)

De gedragsregels zijn in de Mededingingswet opgenomen (artikelen 25i, 25j, 25k en 25l) en op de naleving ervan wordt toegezien door de ACM. Nadat de Wet MenO in werking trad in juli 2012 is een overgangsperiode aangevangen die gold voor bestaande economische activiteiten van overheden; overheden moesten deze periode gebruiken om aan de Wet MenO te voldoen. Deze periode is verstreken per 1 juli 2014 en sindsdien moeten de gedragsregels ook voor bestaande activiteiten worden nageleefd. Wanneer ondernemers van mening zijn dat de overheid zich niet aan de gedragsregels houdt, dan kunnen zij allereerst een klacht indienen bij de overheid die zich volgens de onderneming niet aan de gedragsregels houdt. Een vervolgstap die ondernemers kunnen nemen is een klacht indienen bij de ACM.

In de Instellingswet van de ACM zijn voorschriften opgenomen over hoe de ACM haar generieke bevoegdheden inzet.[24] Een aantal bevoegdheden die niet generiek zijn, bevinden zich in de specifieke wetgeving, zoals de Wet MenO. Bij overtreding van de gedragsregels van de Wet MenO heeft de ACM op grond van artikel 70c Mw de bevoegdheid om (i) te verklaren dat zij de overtreding heeft vastgesteld (verklaring voor recht) en (ii) een last onder dwangsom op te leggen.

[24] Wet van 28 februari 2013, houdende regels omtrent de instelling van de Autoriteit Consument en Markt (Instellingswet Autoriteit Consument en Markt).

# 3 Identificatie van het probleem

## 3.1 Inleiding

### Context

De uitvoering van economische activiteiten door overheden kan leiden tot ongelijke concurrentie, met verdringing van het particulier initiatief tot gevolg. In de nulmeting is aangetoond dat dit probleem zich op meerdere manieren kan manifesteren, namelijk (i) vanwege de prijsstelling van overheden is geen toetreding mogelijk c.q. vindt er geen toetreding plaats; (ii) er is sprake van omzetderving bij bedrijven die soortgelijke producten of diensten aanbieden; en (iii) er is sprake van uittreding van bedrijven die soortgelijke producten of diensten aanbieden.[25] De eerste stap voor deze evaluatie is het analyseren van de omvang en ernst van de problematiek van ongelijke concurrentie op dit moment. Hiervoor is het belangrijk na te gaan in welke sectoren dit probleem speelt, om welke problemen het gaat en hoe markt en overheid deze problemen ervaren.

**Box 2 Gebruik van termen oneerlijke en ongelijke concurrentie**

Bij het uitvoeren van deze evaluatie is gebleken dat het gebruik van de termen 'ongelijke concurrentie' en 'oneerlijke concurrentie' vaak door elkaar en als synoniemen worden gebruikt. Ook in de memorie van toelichting op de wet worden beide termen door elkaar heen gebruikt. Vanuit de doelstelling van de wet is duidelijk dat het in de wet primair gaat om het creëren van zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen. De gedragsregels uit de wet zijn er ook op gericht om concurrentie onder ongelijke voorwaarden tegen te gaan. Daarom richten we ons in deze evaluatie expliciet op het probleem van 'ongelijke concurrentie'. Dat neemt niet weg dat diverse bronnen (de memorie van toelichting, de nulmeting, ACM-persberichten, artikelen, etc.) en veel overheden en marktpartijen vanuit hun ervaring over 'oneerlijke concurrentie' spreken (als synoniem). Ook in dit hoofdstuk gebruiken wij, ondanks het feit dat de wet zich richt op het tegengaan van ongelijke concurrentie, de termen geregeld als synoniem. Dit betreft met name de resultaten vanuit de enquêtes, waarin mede vanwege de consistentie met de nulmeting gevraagd is naar ervaren 'oneerlijke concurrentie'.

### Te beantwoorden onderzoeksvragen

Dit hoofdstuk gaat in op diverse onderzoeksvragen die samenhangen met de omvang en ernst van het probleem. De onderzoeksvragen zijn in de volgende box weergegeven.

**Box 3 Onderzoeksvragen hoofdstuk 3**

1. **Waar concurreren markt en overheid?**

2. **Waar wordt ongelijke concurrentie ervaren?**
   - Waar zitten eventuele pijnpunten?
   - Bestaan er problemen rondom de overheidsbedrijven of rondom de fiscale positie van overheidsbedrijven ten opzichte van marktpartijen?
   - Hebben overheden, ondanks de gedragsregels, extra voordelen ten opzichte van het bedrijfsleven?
   - Hoe kijken bedrijfsleven en overheden aan tegen de wet?

3. **Wat is de omvang van de problematiek in de praktijk en welke van die problemen vallen binnen de reikwijdte van de Wet MenO en welke daarbuiten?**

4. **Bestaan er problemen rondom de rechtsbescherming van private ondernemers?**

[25] Kwink Groep (2013), Nulmeting Wet Mark en Overheid.

## 3.2 Belangrijkste conclusies ten aanzien van omvang en ernst van de problematiek

### 1. Waar concurreren markt en overheid?

**Uitgevoerde economische activiteiten -** Overheidsorganisaties voeren veel verschillende activiteiten uit, waarvan een deel onder de definitie valt van 'economische activiteiten' en daarom kunnen raken aan de activiteiten van particuliere ondernemers. De door (alle) overheden meest genoemde uitgevoerde economische activiteit is het 'verkopen en/of verhuren van vastgoed of grond aan derden'. Tussen de verschillende overheden bestaan verder wel duidelijke verschillen. Gemeenten houden zich relatief vaak bezig met de exploitatie van gemeentelijke sportaccommodaties, terwijl waterschappen met name diensten aanbieden die dicht tegen hun kerntaken aanliggen (zuiveren afvalwater, onderhoud van installaties, verwerking reststoffen). Provincies exploiteren, naast de verkoop en verhuur van grond en vastgoed, vooral restcapaciteit zoals personeel en middelen. De departementen en ZBO's stellen geen of in zeer beperkte mate economische activiteiten aan te bieden. De economische waarde van de uitgevoerde activiteiten is, niet goed vast te stellen.

**Ervaren concurrentie** - De door ondernemers meest genoemde concurrerende economische activiteiten zijn het aanbieden van trainingen en- opleidingen, de exploitatie van ligplaatsen in jachthavens, het doen van markt- en beleidsonderzoek en de levering van adviesdiensten. Ondernemers geven aan vooral concurrentie te ervaren van gemeenten. Circa de helft van de respondenten vanuit het bedrijfsleven ervaart (enige) concurrentie door overheden op een of meerdere producten, waarbij circa dertig procent van de (totale groep van) respondenten de concurrentie als 'sterk' of 'zeer sterk' ervaart. Hierbij bestaat een duidelijk verschil tussen de twee type respondenten: onder de respondenten die op de brief reageerden is de mate van ervaren concurrentie duidelijk veel lager dan onder ondernemers die via de branches zijn benaderd (respectievelijk 30% en 85% ervaart beperkte of sterke concurrentie).

### 2. Waar wordt ongelijke concurrentie ervaren?

**Ervaren ongelijke concurrentie** – Concurrentie onder niet gelijke voorwaarden wordt door het merendeel van de ondervraagde ondernemers (67%) als een groot potentieel probleem gezien. Ten aanzien van de ongelijkheid van het "speelveld" tussen overheden en bedrijven geldt dat er grote verschillen bestaan in de perceptie van ondernemers: sommige ervaren geen of slechts beperkte problemen, terwijl anderen dit wel als een groot probleem ervaren. Hierbij zijn ook grote verschillen zichtbaar tussen ondernemers benaderd per brief of via de branches, waarbij de laatste groep duidelijk aangeeft veel meer ongelijkheid te ervaren. De meest genoemde sectoren waar (sterke) ongelijkheid wordt ervaren zijn (1) het private aanbod van trainingen en opleidingen, (2) de verhuur van en handel in onroerend goed, (3) de zakelijke dienstverlening, (4) de advisering en (5) het afvalbeheer, waarbij rekening gehouden moet worden met de grotere respons van sommige sectoren. Ook de perceptie van de impact van de ongelijke concurrentie loopt sterk uiteen: van een zeer beperkte impact tot zeer ernstige impact die de voortzetting van de organisatie bedreigt.

**Vormen van ongelijke concurrentie -** De belangrijkste vormen van ervaren ongelijke concurrentie zijn (i) het hanteren van tarieven die onder de kostprijs van de ondernemer liggen en (ii) bevoordeling van het eigen (overheids-)bedrijf ten koste van de onderneming van de bevraagde. Ook de verschillen in fiscale wet- en regelgeving (bijvoorbeeld de BTW-plicht) worden genoemd als een bron van ongelijke concurrentie. Recent heeft de Eerste Kamer een wetsvoorstel aangenomen die ziet op het voorkomen en/of beperken van concurrentieverstoringen als gevolg van fiscale verschillen.

### 3. Wat is de omvang van de problematiek in de praktijk en wat valt binnen de reikwijdte?

Deze door bedrijven ervaren problemen worden niet direct herkend door overheden: de meeste overheden schatten in dat de uitvoering van hun economische activiteiten geen of beperkte invloed heeft op ondernemers en schatten ook de mate van (ervaren) ongelijke concurrentie laag in. Een van de verklaringen voor dit verschil in perceptie is dat een belangrijk deel van de ervaren knelpunten buiten de reikwijdte van de Wet MenO valt, zo blijkt mede uit een analyse van de door ACM ontvangen signalen. Het betreft hierbij onder andere subsidieverlening en de zogenaamde “inbesteding” (waarbij de overheid zelf activiteiten uit gaat voeren die voorheen werden uitgevoerd door particuliere partijen). Daarnaast kan een rol spelen dat sommige overheidsactiviteiten wel binnen de reikwijdte van de Wet MenO vallen, maar dat een van de uitzonderingsgronden van toepassing is (zie hieronder). Het aantal door de ACM ontvangen klachten over ongelijke concurrentie is, ten opzichte van de omvang van de uitgevoerde economische activiteiten, relatief beperkt: circa 200 in ruim 2 jaar, waarbij voor circa 30 klachten de wet daadwerkelijk van toepassing was. Dit lage aantal klachten kan mede te wijten zijn aan onbekendheid met de wet of (zoals bleek uit de uitgevoerde enquête) een geringe bereidheid bij het bedrijfsleven om een formele klacht in te dienen. De ernst van de problematiek is verder lastig te duiden vanuit de toezichtspraktijk of jurisprudentie. Tot juli 2014 heeft de ACM vooral ingezet op voorlichting en niet actief gehandhaafd (de “overgangsperiode”). Zeer recent (eind mei 2015) is een eerste overtreding van de wet formeel door de ACM vastgesteld. Door de rechter zijn nog geen overtredingen vastgesteld.

We concluderen dat ongelijke concurrentie door het bedrijfsleven als een groot (potentieel) probleem wordt ervaren, maar dat tegelijkertijd een belangrijk deel van de gesignaleerde (of ervaren) problemen buiten de reikwijdte van de Wet MenO vallen of onder de uitzonderingsgronden. Als MenO-problemen zich voordoen, dan kunnen deze desalniettemin een grote impact hebben op individuele (potentiële) ondernemers in een bepaalde gemeente of regio.

### 4. Bestaan er problemen rondom de rechtsbescherming van private ondernemers?

Er wordt door marktpartijen slechts in beperkte mate actie ondernomen tegen ervaren ongelijke concurrentie (nauwelijks ingediende klachten, sporadisch een formeel bezwaar tegen een besluit). Voor zover al de gang naar de rechter al is gemaakt, is een beroep op de Wet MenO (voor zover bekend) overigens nog nooit geslaagd. Er zijn meerdere mogelijke verklaringen te geven voor het beperkte aantal zaken. Een eerste verklaring is dat de wet pas relatief kort van toepassing is, met name gezien de overgangstermijn voor bestaande activiteiten. Mede gezien de (lange) doorlooptermijn van rechtszaken is het beperkte aantal zaken wellicht niet verwonderlijk. Een tweede verklaring is dat voor ondernemers dikwijls een (hoge) drempel bestaat om tegen de overheid een procedure te beginnen. Enerzijds omdat zij veelal op een andere wijze weer afhankelijk zijn van diezelfde overheid, anderzijds omdat ondernemers bijvoorbeeld onbekend zijn met de (Europese) regelgeving en het feit dat procedures als langdurig en ingewikkeld worden ervaren. Daar komt bij dat een procedure ook kostbaar is. Een derde verklaring zou kunnen zijn dat de Wet MenO in de praktijk goed werkt en er geen geschillen zijn, althans dat die geschillen zien op situaties die buiten de reikwijdte van de Wet MenO vallen.

Wanneer wordt gekeken naar de redenen voor afwijzing van een beroep op de Wet MenO in gerechtelijke procedures, kan geconstateerd worden dat dit enerzijds een bewijsprobleem is voor de ondernemer (die moet bewijzen dat bijvoorbeeld de integrale kosten zijn doorberekend) en anderzijds wordt veroorzaakt door uitzonderingen die in de wet zijn opgenomen waardoor de wet uiteindelijk niet van toepassing is. Tot slot lijkt uit de jurisprudentie te volgen dat wanneer een beroep op de Wet MenO niet slaagt, een beroep op aangrenzende regelgeving (zoals het aanbestedingsrecht, het staatssteunverbod en misbruik van machtspositie) veelal ook niet slaagt,

omdat wordt uitgegaan van dezelfde uitgangspunten (zoals dat sprake moet zijn van een economische activiteit).

## 3.3 Waar concurreren overheid en markt?

Deze paragraaf richt zich op de vraag waar overheid en markt concurreren en gaat in op welke typen economische activiteiten door overheidsorganisaties worden uitgevoerd en wat de geschatte economische waarde van deze activiteiten is. Daarnaast wordt duidelijk voor welke economische activiteiten bedrijven concurrentie ervaren met de overheid.

### *3.3.1 Type uitgevoerde economische activiteiten door overheden*

**Inzichten vanuit de nulmeting**[26]

Vanuit de nulmeting blijkt dat een groot deel van de 132 bevraagde overheidsorganisaties (volgens eigen opgave) economische activiteiten uitvoert (83%). Vooral gemeenten zijn actief op de markt (93% van de gemeenten geeft aan economische activiteiten uit te voren), maar ook andere overheidsorganisaties geven aan economische activiteiten op de markt uit te voeren.[27] Uit de nulmeting blijkt verder dat overheidsorganisaties met name actief zijn op de economische activiteiten 'commerciële dienstverlening'[28] (60% van de bevraagde overheidsorganisaties) en 'verkopen en/of verhuren van vastgoed of grond ' (55% van de bevraagde overheidsorganisaties). Maar ook het 'exploiteren van restcapaciteit' (22% van de bevraagde overheidsorganisaties) werd relatief vaak genoemd, in het bijzonder door provincies). In de meeste gevallen ging het daarbij om de detachering van (boventallig) personeel aan andere overheden of organisaties.

**Resultaten enquête Ecorys**

Aan overheidsorganisaties is in de enquête gevraagd welke economische activiteiten zij verrichten. Volgens eigen opgave voert 89% van de bevraagde overheidsorganisaties een of meerdere economische activiteiten uit, terwijl ongeveer een tiende (11%) van de overheidsorganisaties aangeeft geen enkele economische activiteit te verrichten.[29] Deze cijfers komen min of meer overeen met de nulmeting.

De onderstaande figuur geeft een overzicht van de economische activiteiten die vier verschillende typen overheden uitvoeren. In de tabel zijn de resultaten voor de rijksoverheid en de ZBO's weggelaten. De respondenten vanuit de **Rijksoverheid** (n=4) stelden allemaal geen enkele economische activiteit uit te voeren, wat duidelijk afwijkt van de nulmeting toen departementen wel aangeven economische activiteiten te verrichten (n=8).[30] Van de respondenten onder de **ZBO's** (n=6) gaven vier respondenten aan geen economische activiteiten uit te voeren. De andere twee respondenten gaven aan economische activiteiten uit te voeren rondom (i) opleiden, trainen, adviseren van derden, (ii) exploiteren van ICT-producten en (iii) exploiteren van overheidsdata. Dit

[26] Zie bijlage C voor meer details over de nulmeting (met name onderdeel C1 en C2).

[27] Kwink Groep (2013), Nulmeting Wet Markt en Overheid.

[28] Hieronder valt ondermeer het inzamelen van bedrijfsafval, het exploiteren van gemeentelijke sportaccommodaties, het verrichten van bewakingsdiensten, het exploiteren van horecavoorzieningen (in overheidsgebouwen), groenvoorziening door derden en het aanbieden van transportdiensten.

[29] Enquête Ecorys (2015) vraag 25. Hieronder volgt een lijst met voorbeelden van economische activiteiten. Kunt u aanvinken welke economische activiteiten door uw organisatie worden verricht?

[30] In de nulmeting gaven de respondenten vanuit de departementen onder meer aan economische activiteiten te verrichten rondom de commerciële dienstverlening, verkopen en verhuren van vastgoed en opleiden en trainen. Er is geen duidelijk verklaring waarom dit nu zo sterk verschilt, maar heeft mogelijk te maken in het verschil in respons van bepaalde departementen.

sluit min of meer aan op de nulmeting, al was daar meer spreiding in de genoemde activiteiten (n=16).

**Tabel 3.1 Uitvoering economische activiteiten door overheden (% als aandeel van het type overheid)** [31]

| Vraag 25: Economische activiteit | Gemeente (n=103) | Gem. rege-ling (n=5) | Provincie (n=9) | Waterschap (n = 14) |
|---|---|---|---|---|
| Verkopen en/of verhuren vastgoed/ grond derden | 89% | 80% | 89% | 93% |
| Opleiden, trainen, adviseren van derden | 2% | 0% | 22% | 14% |
| Expl. restcapaciteit (personeel, faciliteiten, middelen) | 17% | 0% | 67% | 14% |
| Exploiteren ICT-producten (software en/of hardware) | 10% | 0% | 11% | 0% |
| Inzamelen bedrijfsafval | 21% | 20% | 0% | 0% |
| Groenvoorziening voor derden | 15% | 20% | 11% | 7% |
| Bewakingsdiensten / beveiliging particuliere objecten | 1% | 0% | 0% | 0% |
| Aanbieden van transportdiensten | 1% | 0% | 0% | 0% |
| Uitvoeren keuringen, metingen onderzoek derden | 4% | 0% | 22% | 36% |
| Exploiteren van gemeentelijke sportaccommodaties | 81% | 40% | 0% | 7% |
| Expl. horecavoorzieningen (in overheidsgebouwen) | 19% | 20% | 11% | 7% |
| Expl. overheidsdata (met publieke taak verkregen) | 3% | 0% | 11% | 0% |
| Exploiteren restproducten* | 7% | 0% | 11% | 29% |
| Zuiveren afvalwater bedrijven (lozing buiten riolering) | 0% | 0% | 0% | 57% |
| Afvalstoffen (met name slib) verwerken/verbranden bedrijven (niet op riolering / zelfzuivering) | 1% | 0% | 0% | 36% |
| Onderh. particuliere install. behandeling afvalwater | 0% | 0% | 0% | 50% |

Bron: Ecorys, 2015. Noot: de kleuren sluiten aan bij de hoogte van de percentages: > 40% (groen), 20-40% (geel), 10-20% (oranje) en 0% (rood); * Dit betreffen restproducten die verkregen zijn vanuit een bepaalde publieke taakuitvoering zijn verkregen).

Ten aanzien van de tabel zijn een aantal observaties te maken:

- Het verkopen en/of verhuren van vastgoed of grond aan derden wordt door alle vier de typen overheden gedaan. Dit sluit ook aan op de nulmeting en op de gevoerde interviews;
- **Gemeenten** zijn op vrijwel alle vlakken actief, maar met name de verkoop en verhuur van grond en vastgoed en de exploitatie van de gemeentelijke sportaccommodaties springen er duidelijk uit. Andere activiteiten richten zich onder meer op het inzamelen van bedrijfsafval, exploitatie van horeca en restcapaciteit en de groenvoorziening. De activiteiten die de **gemeenschappelijke regelingen**[32] uitvoeren sluiten logischerwijs aan op de activiteiten van de gemeenten, waarbij duidelijk wordt op welke vlakken gemeenten samenwerken (vastgoed, grond, sportaccommodaties, afval, horeca en groenvoorziening). Er zijn geen grote verschillen zichtbaar ten opzichte van de nulmeting;
- **Provincies** zijn, naast de verkoop en verhuur van grond en vastgoed, veel bezig met de exploitatie van restcapaciteit. Ook in de nulmeting scoorde dit relatief hoog (40% van respondenten). Er is geen duidelijke verklaring waarom dit hoger ligt dan bijvoorbeeld

[31] Zie voetnoot 29.

[32] Een gemeenschappelijke regeling is een publiekrechtelijk samenwerkingsverband tussen bestuursorganen van (in dit geval) gemeenten. Kort gezegd is een gemeenschappelijke regeling: een publiekrechtelijke overeenkomst tussen bepaalde bestuursorganen van verschillende gemeenten waarbij bepaald wordt dat bepaalde taken en bevoegdheden centraal uitgevoerd worden.

gemeenten. Daarnaast scoren provincies hoger met het opleiden/trainen van derden en het uitvoeren van keuringen;

- Voor de **waterschappen** geldt dat de uitgevoerde economische activiteiten zich duidelijk richten op hun 'kernexpertise', namelijk het zuiveren van afvalwater van bedrijven dat niet via de riolering wordt afgevoerd, onderhoud van particuliere afvalwaterinstallaties en de verwerking van afvalstoffen en restproducten, alsmede het uitvoeren van keuringen en metingen.

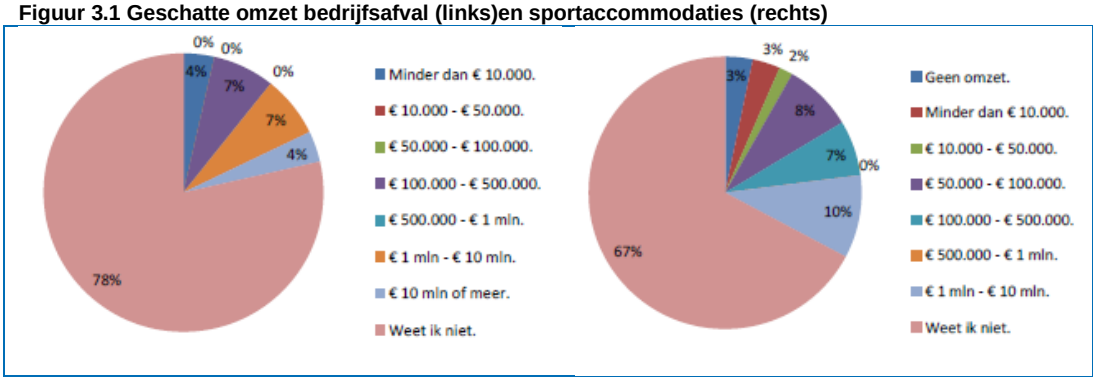
De verantwoordelijkheid voor de uitvoering van de verschillende economische activiteiten verschilt. Het verkopen en/of verhuren van vastgoed of grond aan derden wordt vooral door de eigen overheidsorganisatie gedaan. De exploitatie van de gemeentelijke sportaccommodaties ligt vooral bij gelierde overheidsbedrijven.

### *3.3.2 Economische waarde van de door overheden uitgevoerde activiteiten*

**Inzichten uit eerder onderzoek en resultaten nulmeting ten aanzien van de omzet**

Uit de nulmeting bleek al dat overheidsorganisaties vaak slecht zicht hebben op de economische waarde van hun economische activiteiten. Minder dan een kwart van de respondenten kon bijvoorbeeld aangeven hoeveel de economische waarde was van het inzamelen van **bedrijfsafval**. De antwoorden die gegeven werden liepen sterk uiteen van minder dan 10.000 euro tot meer dan 10 miljoen euro.[33] Wat betreft de **sportaccommodaties** (beheerd door gemeenten) kon een derde van de respondenten aangeven wat de economische waarde van de activiteiten was. Echter ook hier liep het beeld sterk uiteen, van geen omzet tot een omzet tussen de 1 en 10 miljoen euro.[34] De resultaten zijn weergeven in de volgende figuur. Ook bij de verkoop en/of verhuur van **vastgoed** en het exploiteren van **restcapaciteit** kon circa een derde van de respondenten aangeven wat de economische waarde van deze activiteit was en was er een zeer divers beeld te zien van over de omzet die een overheid hiermee behaalt.[35]

**Figuur 3.1 Geschatte omzet bedrijfsafval (links)en sportaccommodaties (rechts)**




Bron: Kwink Groep, 2013.

Ten aanzien van de uitgevoerde drie sectorstudies concludeerde ACM (2015) dat voor de inzameling van bedrijfsafval in verhouding tot de totale omzetten van de inzameling van afval door deze drie gemeentelijke diensten, de omzetten vrij klein zijn; tussen de 7,5 en 23%[36]. Voor parkeergarages geldt (vaak) dat zij verlieslatend zijn. Voor een kostendekkende exploitatie zou het tarief van een parkeerplek verhoogd moeten worden. Ook wordt aangegeven dat de private exploitanten van parkeergarages de gemeente vrijwel niet als concurrerend zien[37]. Bij

[33] Kwink Groep (2013) Nulmeting Wet Markt en Overheid, p. 28-33 en p. 22-27 bijlage.
[34] Idem.
[35] De gerapporteerde omzet varieerde voor het verkopen/verhuren van vastgoed van nihil tot € 10 miljoen, en voor het exploiteren van restcapaciteit (personeel, faciliteiten en/of middelen) van nihil tot € 1 miljoen.
[36] ACM, 'Sectorstudies', 2015. P. 37.
[37] ACM, 'Sectorstudies', 2015. P. 23.

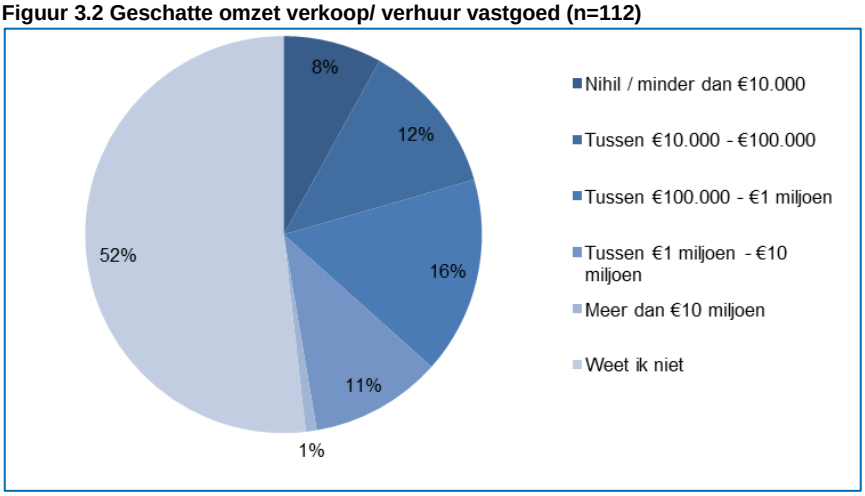
sportaccommodaties geldt over het algemeen dat er geen private exploitant is en dat er zonder gemeentelijke inzet geen voorzieningen zouden zijn. Al zijn er sporten (bijv. tennis, squash, fitness etc.) waar dit wel het geval is.[38]

### Resultaten enquête Ecorys en interviews ten aanzien van de omzet

Uit de enquête blijkt opnieuw dat respondenten over het algemeen moeilijk kunnen inschatten hoeveel omzet er behaald wordt met het uitvoeren van bepaalde economische activiteiten. Het beeld dat zich verder ten toon spreidt is heel divers en is niet eenduidig. Bij de analyse van de resultaten bleek dat enkel voor twee vaak genoemde economische activiteiten nut heeft op de resultaten te presenteren (zie hierna). Voor de overige economische activiteiten is het aantal waarnemingen erg laag, waardoor het weinig nuttig is deze hier in meer detail te presenteren.

Voor het verkopen en/of verhuren van **vastgoed of grond** aan derden, een economische activiteit die relatief vaak door overheidsorganisaties wordt uitgevoerd (n=112), weet ongeveer de helft (52%) van de respondenten niet wat de omzet (op jaarbasis) is. Er is een zeer divers beeld te zien over de omzet op jaarbasis die een overheidsorganisatie met de verkoop en/of verhuur van vastgoed of grond aan derden behaalt.

**Figuur 3.2 Geschatte omzet verkoop/ verhuur vastgoed (n=112)**



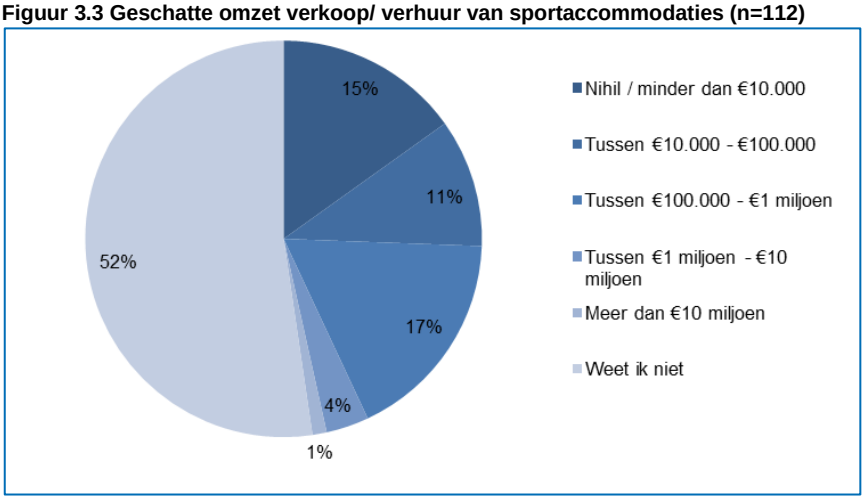

Bron: Ecorys, 2015.

Voor het exploiteren van gemeentelijke **sportaccommodaties** (n=86) kan ruim de helft van de respondenten (52%) niet aangeven hoeveel omzet er op jaarbasis wordt behaald. Ook hier is een zeer divers beeld te zien wat de omzet op jaarbasis is per overheidsorganisatie. Ongeveer een kwart (24%) geeft aan dat de jaarlijkse omzet onder de 100.000 euro ligt, terwijl ook ongeveer een kwart (23%) aangeeft dat dit meer dan 100.000 euro per jaar is.[39]

[38] ACM, 'Sectorstudies', 2015. P. 12.

[39] Enquête Ecorys (2015) vraag 29. Hoeveel omzet (op jaarbasis) behaalt uw organisatie/het overheidsbedrijf ongeveer met onderstaande economische activiteiten?

**Figuur 3.3 Geschatte omzet verkoop/ verhuur van sportaccommodaties (n=112)**




Bron: Ecorys, 2015.

Vanuit de gevoerde interviews (met name met gemeenten) blijkt overigens dat overheidsorganisaties op zich wel een beeld hebben van de omvang van hun activiteiten. Veelal is in het kader van de voorbereiding van het algemeen belangbesluit (hoofdstuk 4) een inventarisatie gemaakt van alle activiteiten die worden uitgevoerd, waarbij ook de financiële administratie en/of begroting zijn meegenomen. Klaarblijkelijk was het lastig voor respondenten om dit ook in de enquête mee te nemen.

### *3.3.3 Waar en in welke mate ervaren ondernemers concurrentie?*

Vanuit de nulmeting bleek dat, wanneer gevraagd werd naar de eigen ervaringen van bedrijven, iets meer dan de helft (51%) van de respondenten beperkte (44%) of in sterke (7%) mate concurrentie ondervonden van overheden die actief zijn op hun markt. Een derde (33%) van de ondernemers gaf aan geen concurrentie te ondervinden van overheden[40]. In de nulmeting waren door het beperkte aantal respondenten die (sterke) concurrentie ervoeren geen uitspraken mogelijk over: (i) mogelijke verschillen tussen sectoren, (ii) de producten/diensten waarop ondernemers met name concurrentie ervaren, (iii) de impact van concurrentie op hun omzet[41].

#### Resultaten enquête Ecorys

Voor deze evaluatie is ondernemers, net als in de nulmeting, gevraagd in welke mate zij concurrentie van de overheid ervaren en op welke vlakken dit vooral speelt.

##### *De mate van ervaren concurrentie*

Het oordeel over de mate van concurrentie laat een wisselend beeld zien en is weergegeven in de volgende tabel[42]. Ruim een kwart van de ondernemers (28%) geeft aan geen concurrentie met de overheid te ervaren. Een gelijk deel (29%) geeft aan beperkte concurrentie te ervaren. Bijna een derde (30%) geeft aan sterke (21%) of zeer sterke (9%) concurrentie te ervaren. Bij deze vraag zijn sterke verschillen zichtbaar tussen ondernemers die per brief benaderd zijn en ondernemers die via een brancheverenigingen benaderd zijn. Ondernemers die via de branche zijn benaderd geven vaker aan sterke (36%) of zeer sterke (15%) concurrentie te ervaren dan ondernemers die per brief benaderd zijn (7% sterke concurrentie en 3% zeer sterke concurrentie).

---

40 Kwink groep (2013), Nulmeting Wet Markt en Overheid eindrapport p. 24-26.

41 Kwink groep (2013), Bijlagerapport Nulmeting Wet Markt en Overheid, p. 14-16.

42 Enquête Ecorys (2015) vraag 13. In welke mate ervaart uw eigen onderneming concurrentie van overheden/ overheidsbedrijven/ onderwijsinstellingen?

**Tabel 3.2 Stelling: In welke mate ervaart uw onderneming concurrentie van overheden/ overheidsbedrijven/onderwijsinstellingen? (n=540)**

| | Totaal (n=540) | Brief (n=279) | Branche (n=261) |
|---|---|---|---|
| Geen | 28% | 45% | 9% |
| Zeer sterk | 9% | 3% | 15% |
| Sterk | 21% | 7% | 36% |
| Beperkt | 29% | 23% | 35% |
| Geen zicht op | 14% | 22% | 5% |

Bron: Ecorys, 2015.

Opvallend hierbij is dat overheden de mate van concurrentie van de eigen overheidsorganisatie op ondernemers veel beperkter inschat. Circa 83% van de respondenten is het eens met de stelling dat “de concurrentie van hun organisatie op ondernemers beperkt is”. Slechts 3% van de bevraagden geeft aan het oneens te zijn met de stelling.[43]

*Producten en/of diensten waarmee geconcurreerd wordt met de overheid*

Aan de 288 ondernemers die daadwerkelijk concurrentie met overheden ervaren is gevraagd voor welke producten en/of diensten die zij aanbieden er concurrentie ervaren wordt[44]. Er konden 3 producten per ondernemer opgegeven worden.[45] Het meest genoemd is het aanbieden van trainingen- en opleidingen (34% van de producten en/of diensten), de exploitatie van ligplaatsen in jachthavens (26% van de genoemde producten en/of diensten), en het doen van markt- en beleidsonderzoek (17%) de levering van consulting en adviesdiensten (12%). Hierbij is van belang dat deze respondenten voor een belangrijk deel (circa 70%) benaderd zijn via de brancheorganisaties en dat er dus sprake is van een bepaalde mate van oververtegenwoordiging van enkele sectoren. Zie bijlage C (onderdeel C1) voor een grafische weergave.

*De meeste concurrentie wordt door ondernemers ervaren vanuit de gemeenten*

Aan de ondernemers die concurrentie ervaren op een van hun activiteiten of diensten is gevraagd met wie zij concurreren voor het bepaalde product en/of dienst. De grootste concurrentie wordt ervaren met een of meerdere gemeente(n). Daarnaast worden ook de onderwijsinstellingen (met name HBO) vaak genoemd als concurrent. Zie bijlage C (onderdeel C1) voor een grafische weergave.

## 3.4 Mate van ervaren ongelijke concurrentie en de ervaren impact

Uit voorgaande paragraaf blijkt dat overheden diverse vormen van economische activiteiten aanbieden en dat ondernemers ook concurrentie ervaren. Deze paragraaf richt zich op de vraag in hoeverre dit ook als ongelijke concurrentie wordt ervaren en wat de ervaren impact hiervan is. Zoals uiteengezet aan het begin van dit hoofdstuk dient er rekening mee te worden gehouden dat de termen ‘oneerlijke concurrentie’ en ‘ongelijke concurrentie’ dicht tegen elkaar aanliggen. In de enquête onder overheden en ondernemers is telkens gevraagd naar (ervaren) oneerlijke concurrentie, als synoniem voor ongelijke concurrentie. Dit neemt niet weg dat de wet zich door het stellen van gedragsregels richt op het creëren van ‘zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen’.

[43] Enquête Ecorys (2015) vraag 17. In welke mate bent u het eens met de volgende stelling: De concurrentie van onze organisatie op ondernemers is beperkt.

[44] Enquête Ecorys (2015) vraag 14, 15, 16. Voor welke producten en/of diensten die u aanbiedt ervaart u concurrentie van overheden/overheidsbedrijven en/of onderwijsinstellingen?

[45] Enquête Ecorys (2015): het veld was een open antwoord die door de onderzoekers geclusterd is naar productgroep.

### 3.4.1 *Mate van ervaren ongelijke concurrentie*

#### Belangrijkste inzichten vanuit de literatuur en eerder onderzoek

De belangrijkste inzichten vanuit eerder onderzoek naar de ernst en omvang van de problematiek zijn weergegeven in de onderstaande box. Zie ook bijlage C (onderdeel C2) voor een uitgebreidere beschrijving van deze onderzoeken.

**Box 4 Inzichten uit eerder onderzoek**

PWC richtte zich vooral op de verstoring in de markt. In het kort concludeerde PWC dat "de ernst van de verstoring niet zozeer afhankelijk is van de omvang, maar veel meer afhankelijk is van de aard van de activiteit, de sector waarin deze plaatsvindt en wijze waarop de sector of de markt gestructureerd is". In aanvulling daarop concludeerde PWC ook dat "de kans op en de mate van verstoring door de overheid, met name hoog is in markten waar veelal vrije marktwerking en veel concurrentie is (veel aanbieders en homogene producten) en in markten waar concurrentie om de markt plaatsvindt".[46]

Kwink Groep constateerde dat ongelijke concurrentie in potentie veel voor kan komen, omdat 83% van de overheden economische activiteiten uitvoert. Een aantal sectoren worden in de nulmeting uitgelicht. Uit de nulmeting blijkt dat meer dan de helft (58%) van de ondernemingen het eens (44%), of zeer eens (12%) is met de stelling dat oneerlijke concurrentie door overheden een groot probleem is voor ondernemingen[47]. In de nulmeting waren echter door het beperkte aantal respondenten die (sterke) concurrentie ervoeren geen uitspraken mogelijk over: (i) mogelijke verschillen tussen sectoren; (ii) de producten/diensten waarop ondernemers met name concurrentie ervaren; en (iii) de impact van concurrentie op hun omzet[48].

De sectorstudies van ACM (2015) gaan niet direct in op de eventuele omvang en ernst van ongelijke concurrentie. Wel komt duidelijk naar voren dat in de sectoren waar ongelijke concurrentie wordt ervaren dit veelal of buiten de reikwijdte van de Wet MenO valt of waarvoor een algemeen belangbesluit genomen is. Zie ook paragraaf 3.5.

#### Resultaten enquête Ecorys

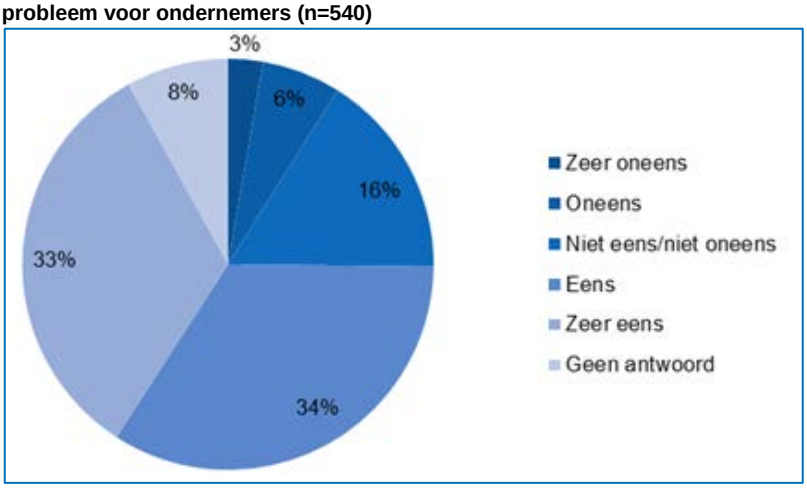
Ondernemers is in de web-enquête ook gevraagd naar de mate van ervaren ongelijke concurrentie en welke vorm deze concurrentie vooral heeft.

*Uitgangspunt: ongelijke concurrentie is een belangrijk potentieel probleem*

De enquête laat duidelijk zien dat, naar de ervaring van ondernemers, ongelijke (oneerlijke) concurrentie door overheden en/of onderwijsinstellingen in beginsel een groot probleem kan vormen. Ruim twee derde (67%) van de bevraagde ondernemers is het eens (34%) of zeer eens (33%) met de stelling dat oneerlijke concurrentie door overheden en/of onderwijsinstellingen een groot probleem is voor ondernemingen.

[46] PWC, 'Onderzoek naar de problematiek Markt en Overheid', april 2005.
[47] Kwink Groep (2013), Nulmeting Wet Markt en Overheid eindrapport p. 24-26.
[48] Kwink Groep (2013), Bijlagerapport Nulmeting Wet Markt en Overheid, p. 14-16.

**Figuur 3.4 Stelling: Oneerlijke concurrentie door overheden en/of onderwijsinstellingen is een groot probleem voor ondernemers (n=540)**




Bron: Ecorys 2015[49].

Ondernemers die via de brancheverenigingen zijn benaderd zijn het vaker eens of zeer eens met deze stelling (85%) dan ondernemers die via de brief zijn benaderd (52%).

### *Grote verschillen in de mate van ervaren hinder*

Gevraagd naar hun ervaringen blijkt dat er onder ondernemers grote verschillen bestaan in de mate van ervaren hinder van concurrentie. Circa de helft van de ondernemers is het eens (24%) of zeer eens (25%) met de stelling dat de eigen onderneming hinder ervaart van concurrentie door overheden en/of onderwijsinstellingen. Circa een derde van de ondernemers (31%) ervaart niet direct hinder. De resultaten zijn weergegeven in de onderstaande tabel.

**Tabel 3.3 Stelling: Mijn onderneming ervaart hinder van concurrentie door overheden en/of onderwijsinstellingen**

| | Totaal (n=540) | Brief (n=279) | Branche (n=261) |
|---|---|---|---|
| Zeer eens | 25% | 8% | 43% |
| Eens | 24% | 16% | 32% |
| Niet eens/niet oneens | 16% | 20% | 11% |
| Oneens | 19% | 30% | 7% |
| Zeer oneens | 12% | 18% | 5% |
| Geen antwoord | 5% | 9% | 1% |

Bron: Ecorys, 2015[50]

Ook hier zijn grote verschillen zichtbaar tussen ondernemers benaderd per brief en ondernemers die via de branches zijn benaderd. Bij ondernemers benaderd per brief is 48% het zeer oneens (18%) of oneens (30%) met deze stelling en de ondernemers benaderd per brancheorganisatie is 12% het zeer oneens (5%) of oneens (7%) met deze stelling.

**Box 5 Controlevragen - hinder**

De gegeven antwoorden op bovenstaande stelling “mijn onderneming ervaart hinder van concurrentie door overheden en/of onderwijsinstellingen” komen vrijwel overeen met de antwoorden gegeven op de controlestelling: “mijn onderneming heeft geen last van marktactiviteiten van de overheid en/of

[49] Enquête Ecorys (2015) vraag 12.1 Stelling: Oneerlijke concurrentie door overheden en/of onderwijsinstellingen is een groot probleem voor ondernemers.

[50] Enquête Ecorys (2015) vraag 12.2 Stelling: Mijn onderneming ervaart hinder van concurrentie door overheden en/of onderwijsinstellingen.

onderwijsinstellingen"[51] waarop 49% van de ondernemers aangeeft het zeer oneens (23%) of oneens te zijn (26%). Terwijl ruim een derde (34%) aangeeft het eens (23%) of zeer eens (11%) te zijn met deze stelling. Net als bij de eerste stelling is op de controle stelling een vergelijkbaar beeld te zien voor ondernemers die per brief zijn benaderd en ondernemers die per brancheorganisatie zijn benaderd.[52]

Ondernemers is ook gevraagd of ze weleens signalen ontvangen dat concurrenten in hun branche last hebben van oneerlijke concurrentie van overheden[53]. Op deze vraag antwoord bijna ruim een kwart ontkennend (28%), een gelijk deel (28%) geeft aan deze signalen zelden te krijgen. Tegelijkertijd geven veel ondernemers aan deze signalen regelmatig (32%) of vaak (13%) te horen. Ook hier zijn grote verschillen zichtbaar tussen ondernemers die per brief benaderd zijn en de ondernemers die via de branches zijn benaderd.[54]

### *Ervaren ernst en vormen van ongelijke concurrentie*

Ondernemers geven aan dat, wanneer zij concurrentie ondervinden van de overheid, deze in een belangrijk deel van de gevallen als zeer ongelijk (of oneerlijk) wordt ervaren (48%).[55] Van de respondenten geeft 41% aan dat er sprake is van beperkt ongelijke (of oneerlijke) concurrentie, terwijl 8% van de bevraagde ondernemers aangeeft dat de concurrentie geen probleem is.

Wanneer er ongelijke concurrentie wordt ervaren en dit als een probleem wordt ervaren, is gevraagd welke vorm deze concurrentie heeft.[56] Ruim driekwart (76%) van de ondernemers die ongelijke (of oneerlijke) concurrentie ervaren geeft aan dat de overheid waarmee hun onderneming concurreert tarieven hanteert die onder de kostprijs van de ondernemer liggen. Iets meer dan de helft (52%) van de ondernemers geeft aan dat de overheid haar eigen (overheids-)bedrijf bevoordeelt ten koste van de onderneming van de bevraagde. Een derde (33%) geeft aan dat de overheid gebruik maakt van gegevens waarover de eigen onderneming niet kan beschikken. In de categorie anders (15%) wordt bijvoorbeeld detachering van overheidsambtenaren, het verstrekken van subsidies (valt buiten de reikwijdte van de wet) en het beschikbaar stellen van ruimte genoemd.

In aanvulling hierop wordt ook de **fiscale wet- en regelgeving** genoemd als een vorm en bron van ongelijke concurrentie. Hoewel de fiscale regelgeving[57] niet binnen de reikwijdte van de Wet MenO valt, zijn veel ondernemers wel van mening dat de overheid hiermee een ongelijke concurrentiepositie verwerft. Wat ondernemers met name stoort is de mate waarin gemeenten al dan niet moeten afdragen aan vennootschapsbelasting. Zeer recent is een wetsvoorstel door de Eerste Kamer aangenomen die ziet op de eventueel fiscale bevoordeling, zie bijlage C (onderdeel C3) voor meer informatie.

### *De ervaren hinder verschilt per sector*

Het verschilt per onderneming en per sector of ondernemers (sterke) hinder ervaren. Het blijkt dat onder meer ondernemers in (i) het onderwijs, (ii) de verhuur van en handel in onroerend goed, (iii) de zakelijke dienstverlening, (iv) advisering en (v) afvalbeheer hinder ervaren van concurrentie door overheden en/of onderwijsinstellingen. Dit is weergegeven in de volgende figuur.

---

51 Enquête Ecorys (2015) vraag 12.4 Stelling: Mijn onderneming heeft geen last van marktactiviteiten van de overheid en/of onderwijsinstellingen.

52 Circa 17% van de ondernemers benaderd per brancheorganisatie geeft aan het eens (11%) of zeer eens (6%) te zijn met de stelling dat de eigen onderneming geen last heeft van marktactiviteiten van de overheid, tegenover bijna de helft (48%) van de ondernemers benaderd per brief.

53 Enquête Ecorys (2015) vraag 38. Heeft u weleens signalen ontvangen dat collega-ondernemingen in uw branche last hebben van oneerlijke concurrentie met overheden?

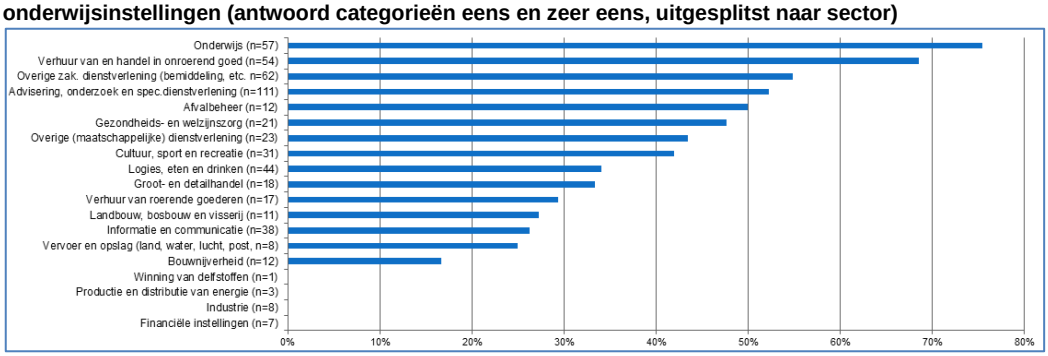
54 Bij de ondernemers die per brief zijn uitgenodigd geeft ruim drie kwart (79%) aan nooit (45%) of zelden (34%) zulke signalen te ontvangen, terwijl bij de ondernemers uitgenodigd via de branches respectievelijk 9% en 20% nooit of zelden deze signalen te ontvangen.

55 Enquête Ecorys (2015) vraag 18, 25, 32. Hoe beoordeelt u deze concurrentie? (n=248).

56 Enquête Ecorys (2015) vraag 19, 26, 33. Kunt u aangeven welke vorm de oneerlijke concurrentie heeft? (n=248).

57 Wet op de vennootschapsbelasting 1969, zie ook het Onderzoek belastingplicht overheidsbedrijven, Kamerstuk 12-01-2010.

**Figuur 3.5 Stelling: Mijn onderneming ervaart hinder van concurrentie door overheden en/of onderwijsinstellingen (antwoord categorieën eens en zeer eens, uitgesplitst naar sector)**




Bron: Ecorys 2015[58]. Noot: dit betreft zowel ondernemers die per brief als via de branches zijn benaderd, alsook de (beperkte groep) ondernemers die via een ander kanaal de enquête hebben ingevuld.

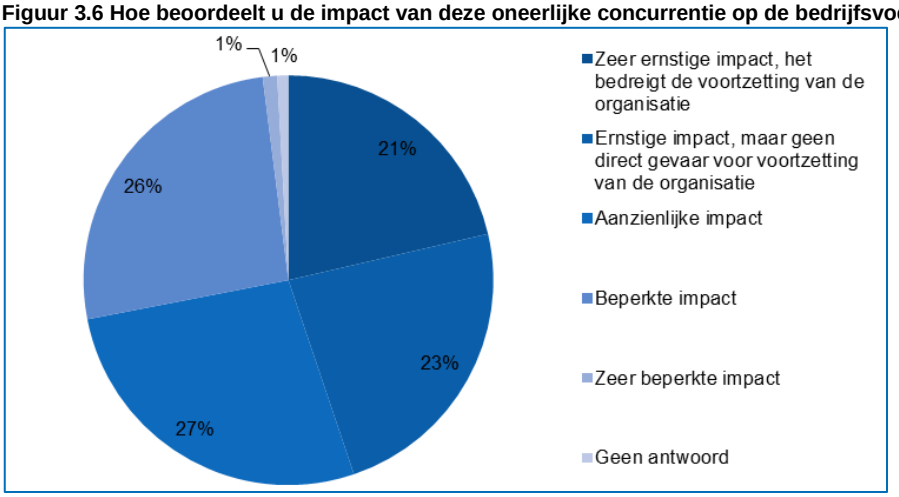
### *3.4.2 Impact van de ervaren ongelijke concurrentie*

Naast de ervaren mate en vormen van ongelijke concurrentie is in de web-enquête ook gevraagd naar de impact van de ervaren ongelijke (of oneerlijke) concurrentie. Hierbij is een duidelijk verschil in de beoordeling van de impact tussen enerzijds het bedrijfsleven en anderzijds de overheden te zien.

#### Inschatting ondernemers - resultaten enquête Ecorys

De beoordeling van de impact van de ongelijke concurrentie loopt uiteen van zeer beperkte impact tot zeer ernstige impact die zelfs de voortzetting van de organisatie bedreigt. In ruim een kwart van de gevallen gaat het om beperkte (26%) of zeer beperkte (1%) impact. In ruim een kwart (27%) gaat het om aanzienlijke impact en in iets minder dan de helft van de gevallen (44%) gaat het om zeer ernstige (21%) of ernstige (23%) impact.

**Figuur 3.6 Hoe beoordeelt u de impact van deze oneerlijke concurrentie op de bedrijfsvoering (n=248)**




Bron: Ecorys 2015[59].

Hoewel de Wet MenO in beginsel een oplossing zou moeten vormen voor verminderen en/of voorkomen van de gevolgen van ongelijke concurrentie, zien niet alle ondernemers dat zo. Ruim 20% van de ondernemers geeft aan te denken dat de wet ongelijke concurrentie in het geheel niet tegengaat. Ook ten aanzien van de opstelling van overheden/onderwijsinstellingen om ongelijke

[58] Enquête Ecorys (2015) vraag 12.2 Stelling: Mijn onderneming ervaart hinder van concurrentie door overheden en/of onderwijsinstellingen.

[59] Enquête Ecorys (2015) vragen 21, 28, 35. Hoe beoordeelt u de impact van deze oneerlijke concurrentie op de bedrijfsvoering?

concurrentie te voorkomen, is het vertrouwen onder ondernemers beperkt. Zie bijlage C (onderdeel C4) voor een nadere uitwerking van deze enquêteresultaten.

**Inschatting overheden**

Vanuit de nulmeting bleek reeds dat overheidsorganisaties de mate waarin (ongelijke) concurrentie voorkwam en de mate waarin het een probleem is voor ondernemers laag inschatten. Deze inschatting is in de huidige enquête niet sterk veranderd. De meeste overheden schatten in dat de uitvoering van hun economische activiteiten geen of beperkte invloed heeft op ondernemers, ook voor veelvuldig uitgevoerde activiteiten zoals het 'verkopen en/of verhuren van vastgoed of grond aan derden' of de 'exploitatie van gemeentelijke sportaccommodaties'. Hiernaast wordt ook de mate waarin ondernemers ongelijke concurrentie van overheden ervaren als beperkt of afwezig ingeschat. In bijlage C (onderdeel C5) wordt in meer detail ingegaan op deze inschattingen per economische activiteit.

Dit beeld van een 'beperkte problematiek' wordt bevestigd in de verschillende interviews met diverse overheidsorganisaties. Overheden zijn zich, mede naar aanleiding van de inwerkingtreding van de wet, in beginsel bewust dat ze mogelijk concurreren met private partijen. Hierbij geldt echter wel dat er grote verschillen binnen overheidsorganisaties bestaan: bij een deel van het personeel en diensten is dit bewustzijn (veel) lager. Met name voor de groep die niet direct op de hoogte is van de "MenO-problematiek" geldt dat men ervan overtuigd is dat verreweg de meeste activiteiten in beginsel uitgevoerd worden ten diensten van de lokale bevolking en/of bedrijven en deze daarmee in zekere zin het maatschappelijk belang dienen. Dat deze dienstverlening en activiteiten door marktpartijen ook als ongelijk (of oneerlijk) ervaren kunnen worden is zeker niet duidelijk in alle geledingen van de verschillende overheidsorganisaties. Vanuit de interviews wordt ook duidelijk dat men in den brede de impact van concurrentie met de overheid als (zeer) beperkt inschat of inherent aan het te dienen publieke belang. Dit laatste speelt met name bij activiteiten waarvoor ook een algemeen belangbesluit genomen is (zie ook hoofdstuk 4).

## 3.5 Omvang van de problematiek en de reikwijdte van de wet

In de vorige paragraaf is vooral ingegaan op de vraag waar ongelijke concurrentie wordt ervaren, zonder dat dit direct aan de Wet MenO is gekoppeld. Deze paragraaf richt zich vooral op het analyseren en duiden van de problematiek: wat is nu de omvang van de problematiek in de praktijk? Direct hieraan gerelateerd is de vraag welke van de ervaren problemen binnen de reikwijdte van de Wet MenO vallen en welke daarbuiten. Binnen deze evaluatie is het niet mogelijk om alle klachten en problemen individueel te analyseren en te beoordelen. Om toch de ernst en omvang van de problematiek te duiden zijn drie typen bronnen gebruikt. We gaan allereerst nader in op de klachten die ondernemers naar voren brengen, waarbij zowel de resultaten van de Ecorys enquête (paragraaf 3.5.1) als de klachtenregistratie van ACM (paragraaf 3.5.2) worden meegenomen. Vervolgens presenteren we in meer detail de inzichten die vanuit de interviews en de verdiepende analyses naar voren komen.

Hierbij is het belangrijk op te merken dat de reikwijdte van de wet samenhangt met de uitzonderingen die in de wet zijn opgenomen. Twee van deze uitzonderingen worden in meer detail besproken in hoofdstuk 4.

### *3.5.1 Duiding van de problematiek aan de hand van klachten (enquête Ecorys)*

Een ruime meerderheid (88%) van de bevraagde overheidsorganisaties geeft aan geen klachten te hebben ontvangen van het bedrijfsleven over 'concurrentievervalsing' sinds de inwerkingtreding

van de Wet MenO. Circa 6% van de bevraagde overheidsorganisaties heeft wel één of meerdere klachten ontvangen.[60] Deze klachten bij overheidsorganisaties hadden onder meer betrekking op jachthavens, fotoservice in gemeentehuizen en drukkerij-activiteiten.[61] Een klein percentage (2%) van de respondenten geeft aan wel eens contact te hebben gehad met ACM omtrent klachten die zijn binnengekomen door ondernemers over economische activiteiten die de overheidsorganisatie uitvoerde.[62] Gevraagd naar de oplossingen is aangegeven dat er inmiddels een algemeen belangbesluit is genomen (zie hoofdstuk vier) of dat de integrale kostprijs doorberekening heeft plaatsgevonden. Ook wordt er soms aangegeven dat de procedure nog loopt.

Ondanks dat een aanzienlijk aantal ondernemers stellen hinder te ervaren van concurrentie door de overheid (zie eerder), dient bijna twee derde (63%) van de respondenten geen klacht of bezwaar in. In 29% van de gevallen is er wel een klacht of bezwaar ingediend.[63] Aan de ruim 70 ondernemers die één of meerdere keren 'ja' antwoordden op deze vraag (voor één of meerdere producten) is gevraagd naar de wijze waarop zij actie hebben ondernomen. Een groot deel van de ondernemers geeft aan dit gedaan te hebben bij de betreffende overheidsinstantie (44%). 10 procent geeft aan dat de klacht bij de ACM werd ingediend. Meer details hierover worden gegeven in bijlage C (onderdeel C6).

### *3.5.2 Belangrijkste inzichten vanuit de klachtenregistratie van ACM*

Om een beeld te krijgen van het aantal klachten dat binnen de reikwijdte van de wet valt, is gekeken naar de klachtenregistratie van ACM. In de periode maart 2012 tot en met december 2014 heeft ACM circa tweehonderd signalen ontvangen over mogelijke overtredingen van de Wet MenO. Die signalen zijn ten behoeve van deze evaluatie in hoofdlijnen geanalyseerd door de ACM en dit is gedeeld met het onderzoeksteam van Ecorys. De details van deze analyse zijn gepresenteerd in bijlage C (onderdeel C6). De belangrijkste conclusie die getrokken kan worden is dat er duidelijk problemen spelen rondom (ervaren) ongelijke concurrentie, maar dat tegelijkertijd veel van de ervaren knelpunten en irritaties over de rol van de overheid buiten de reikwijdte van de Wet MenO vallen.

**Niet-economische activiteiten** - In de periode maart 2012 tot en met december 2014 heeft ACM 196 signalen ontvangen over mogelijke overtredingen van de wet. Uit de analyse van de door ACM ontvangen klachten blijkt dat het bij ruim de helft van de signalen (107) ging om activiteiten in het kader van de uitvoering van publieke taken die buiten de reikwijdte van de wet lagen. Hierbij ging het vooral om subsidieverlening, aanbestedingen, aan de overheid voorbehouden activiteiten, et cetera. Dit beeld wordt ook bevestigd in de recente sectorstudies van ACM: veel gedragingen die marktpartijen ervaren als ongelijke (of oneerlijke) concurrentie, vallen buiten de reikwijdte van de Wet MenO.

**Economische activiteiten** - Bij 70 van deze signalen ging het om de uitvoering van een economische activiteit, maar bleek tevens dat een groot deel van de signalen (39) toch niet van toepassing was vanwege een van de uitzonderingen in de wet (algemeen belang, inbesteding, onderwijs, etc.). Dit is ook weergegeven in de volgende figuur.

---

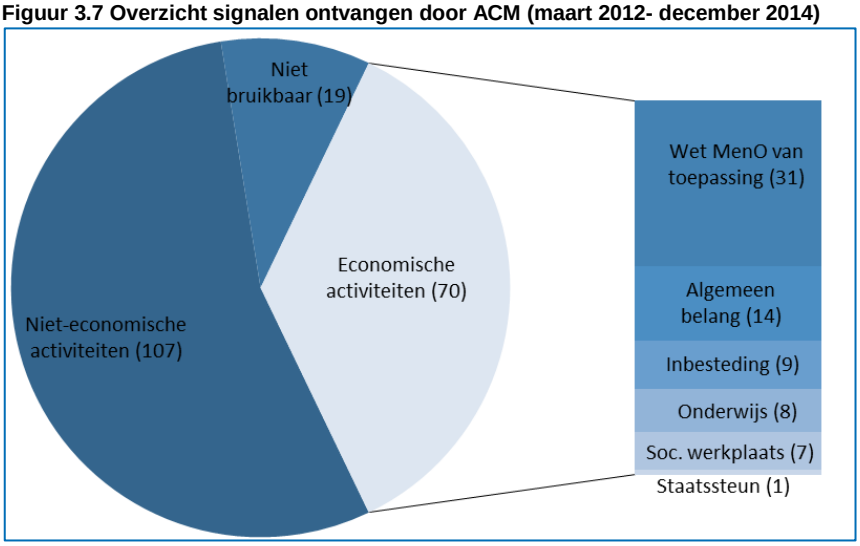
60 Enquête Ecorys (2015) vraag 19. Zijn er klachten van het bedrijfsleven over concurrentievervalsing binnengekomen bij uw organisatie sinds de inwerkingtreding van de Wet MenO? (n=141).

61 Enquête Ecorys (2015) vraag 20. Kunt u aangeven wat voor klachten dit (met name) waren en hoe hiermee is omgegaan (n=8).

62 Enquête Ecorys (2015) vraag 22. Heeft u ooit contact gehad met de ACM omtrent klachten die zijn binnengekomen door ondernemers over economische activiteiten die u uitvoerde? (n=141).

63 Enquête Ecorys (2015) vraag 22,29, 32: Heeft uw organisatie stappen ondernomen tegen de oneerlijke concurrentie? Is er bijvoorbeeld een klacht of bezwaar ingediend? (n-248).

**Figuur 3.7 Overzicht signalen ontvangen door ACM (maart 2012- december 2014)**




Bron: ACM, 2015.

ACM heeft in de genoemde periode 31 signalen ontvangen over economische activiteiten die worden verricht door bestuursorganen of door een overheidsbedrijf, waarvoor geen uitzondering geldt en die dus binnen de reikwijdte van de wet vallen. Dit betekent dat ongeveer 1 op de 6 klachten die wordt ingediend bij ACM onder de reikwijdte van de wet valt, waarna ACM nog moet vaststellen of er daadwerkelijk sprake is van een overtreding van de wet.

In totaal is er vijf keer geklaagd over de inzameling van bedrijfsafval door gemeenten of overheidsbedrijven. Mede naar aanleiding van deze signalen is besloten om een sectorstudie uit te voeren naar bedrijfsafval. Daarnaast zijn er drie signalen ingediend over ongelijke concurrentie bij de verhuur/verkoop van zwembaden. Deze signalen zijn meegenomen in de vervolg sectorstudie die is uitgevoerd naar de exploitatie van sportaccommodaties. Andere economische activiteiten waarover ACM signalen heeft ontvangen, zijn onder meer: de verhuur van vastgoed, de exploitatie van jachthavens en van camperplaatsen en het bieden van toeristische activiteiten zoals stadstours. Deze activiteiten zijn door ACM nader geanalyseerd. Mede vanwege de overgangsperiode heeft ACM pas recent de eerste overtreding van de wet vastgesteld (zie box hierna en ook hoofdstuk 6). Vanuit de analyse wordt duidelijk dat de signalen (tot nu toe) relatief beperkt van omvang zijn en vooral lokale gevallen betreffen.

**Box 6 Besluit ACM inzake de passantenhaven van Zeewolde**

Eind juni 2015 heeft de ACM een besluit gepubliceerd inzake de 'Aanloophaven Zeewolde', welke wordt geëxploiteerd door de gemeente Zeewolde.[64] De gemeente rekende hierbij een passantentarief van € 1,05 per strekkende meter, welke hoofdzakelijk was gebaseerd op de passantentarieven van omliggende jachthavens. De ACM heeft geconstateerd dat, hoewel er sprake is van de uitvoering van een economische activiteit, de gemeente de verplichting tot doorberekening van ten minste de integrale kosten niet heeft nageleefd en daarmee de Wet MenO overtreedt. Voor deze overtreding heeft ACM een zogenaamde 'Verklaring Voor Recht' afgegeven, waarmee de benadeelde partijen een procedure bij de rechter kunnen starten voor een schadevergoeding.

Opvallend in deze zaak is dat de gemeente op 28 mei 2015 besloten heeft dat de exploitatie van de deze passantenhaven een algemeen belang betreft en daarmee niet (meer) onder de wet valt. De gemeente was hierbij van mening dat dit besluit ook terugwerkende kracht had (en er dus geen sprake was van een overtreding), maar de ACM ging hierin niet mee.

[64] Zie: https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/14415/Zeewolde-overtrad-wet-Markt-en-Overheid-bij-exploitatie-haven/.

### 3.5.3 *Inzichten vanuit de interviews en verdiepende analyses*

Naast de hiervoor gepresenteerde resultaten uit de enquêtes en de analyse van het klachtenbestand van ACM, is de omvang van de problematiek en de relatie tot de reikwijdte van de wet ook in diverse interviews en (mate name) in de expertbijeenkomst ter sprake gekomen. Hoewel duidelijk is dat het hier om de perceptie van marktpartijen gaat (niet expliciet getoetst), geven ook deze gesprekken belangrijke inzichten over de omvang en ernst van de problematiek. In bijlage D worden deze inzichten in meer detail gepresenteerd.

**Wettelijke uitzonderingen** - De wettelijke uitzonderingen, met name de algemeen belang uitzondering, werd hierbij veelvuldig genoemd als belangrijk knelpunt: overheden perken hiermee de reikwijdte van de wet in en onttrekken zich daarmee aan de gedragsregels die zijn opgesteld om zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen te creëren. Diverse brancheorganisaties zijn van mening dat met name gemeenten niet zorgvuldig met de gegeven afwegingsruimte omgaan en vooral hun eigen belangen en eventuele risico's afdekken. De gesprekken en de verdiepende analyses bevestigen verder het beeld dat, terwijl de Wet MenO zich richt op ongelijke concurrentie, de markt ook heel andere problemen ervaart.

**Taakafbakening en knelpunten** - Hoewel dit per sector/markt verschilt, bestaat er met name veel irritatie over de manier waarop overheden hun publieke taken afbakenen en de uiteindelijke taakopvatting hanteren met het oog op dit publieke belang. Veelvuldig wordt vanuit de markt de fundamentele vraag gesteld of bepaalde activiteiten nu wel echt door de overheid uitgevoerd moeten worden en/of dit niet juist (ook) door de markt kan worden uitgevoerd. Dit raakt deels aan de Wet MenO (met name rondom de afbakening van publieke belangen, zie hoofdstuk 4), maar raakt vaak ook aan de rol van de overheid in andere brede maatschappelijke thema's, zoals de decentralisatie in de zorg, decentralisatie van het stimuleren van de arbeidsparticipatie, het stimuleren van ruimtelijke ontwikkeling, het stimuleren van bedrijvigheid, etc. In deze context is door geïnterviewden ook regelmatig het fenomeen 'inbesteden' genoemd waarbij geïnterviewden zich afvragen waarom de overheid doet wat tot dan toe door de markt werd gedaan.

Naar aanleiding van de gevoerde gesprekken zijn er door Ecorys een aantal verdiepende analyses uitgevoerd. De belangrijkste boodschap die uit deze verdieping naar voren komt is dat de ervaren problematiek complex kan zijn: de knelpunten omvatten deels de Wet MenO, maar een deel van de ervaren irritaties en knelpunten liggen ook buiten de reikwijdte van de Wet MenO. De belangrijkste inzichten zijn hieronder opgenomen, de details worden gepresenteerd in bijlage D.

**Box 7 Verdiepende analyses**

Op basis van de gesprekken zijn er een aantal verdiepende sectorale analyses / interviews uitgevoerd, waarbij ook rekening is gehouden met reeds ingediende klachten bij ACM, eerder sectoronderzoek door ACM en de verdiepende analyses in de nulmeting. De uitkomsten van deze verdiepende sectorale analyses / interviews zijn vooral illustratief. *N.B. tenzij expliciet aangegeven, betreffen de verschillende boxen een weergave van de standpunten, signalen en observaties van marktpartijen zelf en niet van het onderzoeksteam.*

**Jachthavens** - Vanuit de Hiswa is aangegeven dat diverse jachthavens ongelijke (of oneerlijke) concurrentie ervaren met gemeenten. Hierbij gaat het met name om door de gemeente beschikbaar gestelde aanlegsteigers, vluchthavens of passantenhavens. De kern van de ervaren problemen ligt bij de motivering van de verschillende algemeen belangbesluiten en de (al dan niet) toegepaste integrale kostendoorberekening. Omdat het doorberekenen van de integrale kostprijs door gemeenten als ingewikkeld wordt ervaren, kiezen gemeenten ervoor elkaars prijs over te nemen, met als argumentatie, dat dat dan 'marktconform' is. Een tweede belangrijk probleem betreft de gemeentelijke passantenhavens, welke veelvuldig gebruikt worden als ligplaats voor een langere periode of zelfs als vaste ligplaats. Drie concrete

voorbeelden zijn opgenomen in bijlage D. In deze voorbeelden gaat het hoofdzakelijk (maar niet uitsluitend) om problemen die onder de reikwijdte van de Wet MenO vallen.

**Zorg** – Door Actiz is aangegeven dat veel zorgaanbieders problemen ervaren met een ongelijk speelveld naar aanleiding van de transitie naar de nieuwe Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo), de Participatiewet en de nieuwe Jeugdwet. De kern van het probleem is de opvatting van gemeenten over de (ruimere) zorgtaken van de gemeente: zorgtaken die voorheen openbaar werden aanbesteed worden nu 'van de markt' gehaald en bijvoorbeeld door sociale wijkteams uitgevoerd. Er bestaat nu overlap van dienstverlening en zorgondernemers ervaren nu dat zij moeten concurreren met gemeentelijke zorgverlening. Meer details zijn opgenomen in bijlage D. Hierbij gaat het hoofdzakelijk om knelpunten die weliswaar raken aan de doelstelling van de wet, maar in feite buiten de reikwijdte van de wet vallen.

**Re-integratie en mobiliteit** – Ook OVAL wijst er op dat er knelpunten bestaan in de opvatting over de taakuitvoering van de gemeenten: gemeenten voeren meer taken en activiteiten zelf of via een gelieerd overheidsbedrijf uit, terwijl dit voorheen werd aanbesteed en door marktpartijen werd uitgevoerd. Naar de mening van OVAL strookt dit niet met de doelstellingen van de Wet MenO. Een specifiek probleem betreft de SW-bedrijven (sociale werkvoorziening) die de komende jaren langzaam worden uitgefaseerd. Marktpartijen hebben nu verschillende aanwijzingen dat gemeenten de (publiek gefinancierde) overcapaciteit in de SW-bedrijven inzetten voor re-integratie en begeleiding. Ook de rol van het UWV wordt als marktverstorend ervaren, bijvoorbeeld rondom het geven van arbeids-medisch advies en het gebruik van loonwaardemethodieken. Meer details zijn opgenomen in bijlage D. In deze voorbeelden gaat het deels om problemen die onder de reikwijdte van de Wet MenO vallen, maar deels ook om knelpunten die raken aan de doelstelling van de wet maar in feite buiten de reikwijdte van de wet vallen.

**Horeca** - Koninklijke Horeca Nederland (KHN) is van mening dat gemeenten de algemeen belang uitzondering veel te veel oprekt (waaronder de exploitatie van sportkantines en zwembaden). Bij het ter beschikking stellen van accommodaties bestaat bij de KHN vaak twijfel over de integrale kostendoorberekening en de functiescheiding vanuit de gemeente. Hierbij gaat het vooral om problemen die onder de reikwijdte van de Wet MenO vallen. De KHN wijst ook op het opzetten van schijnconstructies (ontwijken wettelijk regiem van het 'para-commercialisme' in de Drank- en Horecawet) en het regelmatig gebrekkige toezicht op en handhaving van de Drank- en Horecawet, wat buiten de reikwijdte van de Wet MenO valt. Zie ook bijlage D.

## 3.6 Rechtsbescherming

Ondernemers kunnen in het geval van schending van de gedragsregels uit de Wet MenO – naast het indienen van een klacht bij ACM - bij de rechter een civielrechtelijke procedure starten wegens schending van de gedragsregels. De bestuursrechtelijke weg staat open indien er een besluit van een bestuursorgaan (zoals een Gemeente) aan ten grondslag ligt waartegen bezwaar en/of beroep openstaat. De Wet MenO is enkele malen onderwerp geweest van gerechtelijke procedures.[65] Er zijn zeven zaken waarin een beroep werd gedaan op de Wet MenO.[66] Op basis daarvan is het mogelijk om te bekijken in welke situaties een beroep op de Wet MenO wordt gedaan, meer specifiek op welke gedragsregels en hoe een rechter een beroep op de Wet MenO beoordeelt. De uitkomsten moeten wel met enige voorzichtigheid worden geïnterpreteerd, gezien het relatief kleine aantal (gepubliceerde) rechtszaken. In Bijlage E (onderdeel E1) worden de verschillende zaken in meer detail gepresenteerd. Ook is een overzicht van alle rechtszaken opgenomen (bijlage E, onderdeel E2).

[65] Tot begin maart 2015 zijn er in totaal zeven situaties onderwerp geweest van gerechtelijke procedures. Het aantal uitspraken ligt hoger dan het aantal zaken omdat in soms hoger beroep en cassatie is ingesteld.

[66] Daarnaast is er een drietal zaken waarin een beroep op de Wet Markt en Overheid is gedaan vóór de inwerkingtreding van de Wet Markt en Overheid. In deze zaken werd het slaagde een beroep op de Wet Markt en Overheid niet. Daar deze zaken dateren van vóór de inwerkingtreding behandelen wij ze hier verder niet.

### Belangrijkste inzichten

Welk inzicht geeft de (gepubliceerde) rechtspraak? In het algemeen kan gesteld worden dat tot op heden in slechts een beperkt aantal zaken een beroep is gedaan op de Wet MenO. Voorts is een beroep op de Wet MenO nog nooit geslaagd. De invloed van de Wet MenO is in zoverre dan ook beperkt gebleven. Er zijn meerdere mogelijke verklaringen te geven voor het beperkte aantal zaken. Een eerste verklaring is dat de Wet MenO pas relatief kort van toepassing is, met name gezien de overgangstermijn voor bestaande activiteiten die pas op 1 juli 2014 is verstreken. Mede gezien de (lange) doorlooptermijn van rechtszaken is het beperkte aantal zaken wellicht niet verwonderlijk. Een tweede verklaring is dat voor ondernemers dikwijls een (hoge) drempel bestaat om tegen de overheid een procedure te beginnen. Enerzijds omdat zij veelal op een andere wijze weer afhankelijk zijn van diezelfde overheid, anderzijds omdat ondernemers bijvoorbeeld onbekend zijn met de (Europese) regelgeving en het feit dat procedures langdurig en ingewikkeld zijn. Daar komt bij dat een procedure ook kostbaar is. Een derde verklaring zou kunnen zijn dat de Wet MenO in de praktijk goed werkt en er geen geschillen zijn, althans dat die geschillen zien op situaties die buiten de reikwijdte van de Wet MenO vallen. Dit laatste ligt het meest voor de hand gezien hetgeen eerder in dit hoofdstuk naar voren is gekomen.

Samengevat komt het volgende uit de jurisprudentie naar voren met betrekking tot de gedragsregels:

- **Integrale kostendoorberekening -** In totaal is in drie zaken een beroep gedaan op de gedragsregel integrale kostendoorberekening. In twee zaken werd het beroep op de integrale kostendoorberekening afgewezen omdat niet bewezen was dat de integrale kosten niet werden doorberekend. Daarbij wees het bewijs in één zaak in de tegenovergestelde richting, terwijl in een tweede zaak geen documenten aan eiser werden verstrekt waardoor zij in bewijsnood kwam. In de andere zaak werd een beroep op de gedragsregel afgewezen omdat geen sprake was van een economische activiteit;
- **Bevoordelingsverbod -** In totaal is in vier zaken een beroep gedaan op de gedragsregel bevoordelingsverbod. In drie van de zaken werd het beroep op het bevoordelingsverbod afgewezen omdat niet bewezen was dat een overheidsbedrijf werd bevoordeeld. In een vierde zaak was de Wet MenO niet van toepassing omdat de situatie buiten de reikwijdte viel (privaat eigendom);
- **Functiescheiding -** Er is eenmaal (impliciet) een beroep gedaan op de gedragsregel functiescheiding. Aan dit beroep is de betreffende rechter echter voorbij gegaan;
- **Gegevenshergebruik -** Er is geen beroep gedaan op de gedragsregel gegevenshergebruik.

Wanneer wordt gekeken naar de achterliggende redenen voor afwijzing van een beroep op de Wet MenO, kan geconstateerd worden dat dit enerzijds een bewijsprobleem is en anderzijds het gevolg is van de uitzonderingen die in de wet zijn opgenomen waardoor de wet uiteindelijk niet van toepassing is.

### Bewijslast

De onderneming die nadeel ondervindt van schending van een gedragsregel door een overheidsorgaan, moet in een gerechtelijke procedure ook daadwerkelijk aantonen dat sprake is van een schending van de gedragsregel. Dit volgt uit de grondregel "wie stelt moet bewijzen". Indien de ACM heeft vastgesteld dat sprake is van een schending van een gedragsregel, zal dit minder lastig te bewijzen zijn dan wanneer er geen besluit van de ACM voorhanden is. Indien geen besluit van de ACM voorhanden is, dient de ondernemer zelf bewijs te verzamelen van de schending van een gedragsregel. Daarbij zit zij in een lastigere situatie dan bijvoorbeeld ACM, die in het geval van schending van de integrale kostenberekeningsregel van het overheidsorgaan kan verlangen dat hij bewijst dat is voldaan aan de integrale kostendoorberekeningsregel (artikel 25i lid

4 Mw). De ACM hoeft aldus niet aan te tonen dat sprake is van een schending van de gedragsregel; de bewijslast wordt bij het overheidsorgaan gelegd. Het overheidsorgaan kan daarbij niet volstaan met het verduidelijken welke kosten in de prijs zijn verdisconteerd, maar dient tevens te onderbouwen dat deze kosten ook alle kosten zijn die voor het desbetreffende product of dienst zijn gemaakt. Uit de in bijlage E beschreven jurisprudentie komt naar voren dat een ondernemer vaak alleen een vermoeden heeft dat handelingen van een overheidsorgaan in strijd zijn met de Wet MenO, maar de ondernemer dit zeer lastig kan bewijzen omdat er geen (bewijs)stukken voor handen zijn. Een ondernemer zou stukken kunnen opvragen, maar zoals in de Vliegbasis Twente-zaak is gebleken, is de kans dat dit wordt geweigerd aanwezig.[67] Zo kan op grond van het recht op inzage, afschrift of een uittreksel op grond van art. 843a Rv een verzoek om de benodigde stukken worden gedaan (de exhibitieplicht). Alvorens op grond van de exhibitieplicht (artikel 843a Rv) inzage kan worden verkregen dient echter te worden voldaan aan een aantal voorwaarden, waar eveneens een aantal (bewijsrechtelijke) haken en ogen aan zitten. Uiteraard staat het partijen ook vrij om een beroep op de Wet openbaarheid van bestuur te doen. Er zijn ons geen uitspraken bekend waarin is getracht via deze weg bewijs te verkrijgen teneinde een schending van de gedragsregels aan te tonen.

Opgemerkt dient voorts te worden dat een aantal van de rechtszaken een kort geding-procedure betreft. Het kort geding is gericht op het verkrijgen van een voorlopige beslissing en dan is er in beginsel geen ruimte voor diepgaand onderzoek: er wordt beoordeeld of er *op het eerste gezicht* sprake is van een schending van de gedragsregels. Het opleggen van bijvoorbeeld een verbod op het handelen van de overheid is echter een vergaande maatregel, waardoor voor de hand ligt dat een voorzieningenrechter daarmee terughoudend omgaat.

### Samenhang Wet Markt en Overheid en andere regelgeving

Uit de jurisprudentie lijkt te volgen dat een beroep op de Wet MenO niet slaagt, wanneer een beroep op een andere regelgeving (zoals het aanbestedingsrecht, het staatssteunverbod, kartelverbod en misbruik van machtspositie) ook niet slaagt. Een verklaring hiervoor is dat de regelgeving zodanig verbonden is dat indien een schending onder bijvoorbeeld de Wet MenO niet kan worden aangenomen, een schending onder andere regelgeving eveneens niet voor de hand ligt. Zo wordt bijvoorbeeld bij de uitwerking van het bevoordelingsverbod aangesloten bij de staatssteunregels. Hetzelfde geldt voor de kwalificatie van een activiteit als economische activiteit: indien een activiteit niet als economische activiteit wordt aangemerkt, is de kans groot dat ook de aangrenzende regelgeving niet van toepassing is, omdat daarvoor het bestaan van een economische activiteit vereist is (bijvoorbeeld bij de toepassing van het mededingingsrecht). In hoofdstuk 5 wordt verder ingegaan op de samenhang tussen de Wet MenO en andere regelgeving.

[67] Rechtbank Overijssel, 2 december 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:6363. Voorts zou op grond van de exhibitieplicht van art. 843a Rv inzage kunnen worden verkregen.

# 4 Toepassing van de uitzonderingen: algemeen belangbesluit en de onderwijssector

## 4.1 Introductie

Dit hoofdstuk gaat in op de twee uitzonderingen die in de wet gemaakt worden voor economische activiteiten in het algemeen belang en in het onderwijs. Wanneer economische activiteiten uitgezonderd zijn, vallen zij niet meer onder de reikwijdte van de wet (zie ook de eerdere beschrijving in hoofdstuk 2). Dit hoofdstuk gaat in op deze uitzonderingen.

**Box 8 Onderzoeksvragen hoofdstuk 4**

*Uitzondering algemeen belang:*

1. **Hoe vaak wordt gebruik gemaakt van de algemeen belang uitzondering?**
   - Kiezen overheden in de praktijk vaak voor de vorm van een 'algemeen verbindend voorschrift'?
2. **Voor welke (soort) activiteiten wordt gebruikt gemaakt van deze uitzondering?**
3. **Welke procedure wordt daarbij gevolgd?**
   - Wordt er een zorgvuldige afweging gemaakt tussen de publieke belangen en de belangen van private ondernemers?

*Uitzondering onderwijs:*

4. **Welke activiteiten vallen onder de sectorspecifieke regelgeving, en is dat te vergelijken met activiteiten die onder de Wet Markt en Overheid zouden vallen?**
5. **Zijn de huidige en toekomstige sectorspecifieke regels effectief om concurrentievervalsing tegen te gaan?**
6. **Hoe wordt hierop gehandhaafd?**
7. **Zorgen de specifieke regels in het onderwijs voor gelijke voorwaarden tussen overheden en bedrijfsleven waar zij met elkaar concurreren?**

## 4.2 Belangrijkste conclusies ten aanzien van de toepassing van de uitzonderingen

### *4.2.1 Uitzondering rondom het algemeen belang*

**1. Hoe vaak wordt gebruikgemaakt van de algemeen belanguitzondering?**

Overheden, en dan met name gemeenten, maken veelvuldig gebruik van de algemeen belang uitzondering. Ongeveer 75% van de respondenten (overheden) heeft één of meerdere economische activiteiten vastgesteld in het algemeen belang, waarbij er sterke verschillen bestaan tussen de overheidsorganisaties. Ruim 90% van de bevraagde (106) gemeenten voert economische activiteiten uit in het kader van het algemeen belang, terwijl dit voor provincies (55%) en waterschappen (15%) veel lager ligt. Geen van de bevraagde ZBO's en onderdelen van de Rijksoverheid voeren economische activiteiten uit in het algemeen belang. Ruim drie kwart van de bevraagde overheidsinstellingen geeft aan dat het algemeen belangbesluit een concreet besluit

was waartegen bezwaar mogelijk was. Ongeveer een vijfde geeft aan dat het algemeen belangbesluit de vorm had van een algemeen verbindend voorschrift waartegen geen bezwaar mogelijk was.

### 2. Voor welke (soort) activiteiten geldt deze uitzondering?

In hoofdstuk 3 is geconstateerd dat het 'verkopen en/of verhuren van (maatschappelijk) vastgoed of grond aan derden', en de 'exploitatie van gemeentelijke sportaccommodaties' de economische activiteiten zijn die het meeste door gemeenten worden uitgevoerd. Deze activiteiten zijn door gemeenten ook veelvuldig onder het algemeen belangbesluit gebracht, respectievelijk in circa 90% en 70% van de gevallen. Overige economische activiteiten worden minder vaak uitgevoerd en ook minder vaak onder het algemeen belangbesluit gebracht. Tussen individuele gemeenten bestaan wel verschillen tussen de economische activiteiten die in het algemeen belang worden uitgevoerd. Dit varieert van de exploitatie van de lokale veerpont en de weekmarkt in kleine kernen, tot dans- en muziekles en het beheer van de begraafplaats. Hierbij is de omvang en rol van de gemeenten relevant: een kleine plattelandsgemeente voert andere economische activiteiten uit en maakt daarin andere keuzes dan een gemeente met een duidelijk regiofunctie of grotere stad.

### 3. Welke procedure wordt door overheden gevolgd bij algemeen belangbesluit?

De procedure rondom het vaststellen van de economische activiteiten die in het algemeen belang worden uitgevoerd is niet vast omlijnd, maar de meeste overheden doorlopen min of meer dezelfde procedurele stappen. Er zijn een aantal belangrijke conclusies te trekken:

- **Lage betrokkenheid markt –** Slechts in zeer beperkte mate betrekken overheden marktpartijen in de procedure, wat betekent dat het voor marktpartijen in de praktijk moeilijk is om hun zienswijze onder de aandacht te brengen. Vanuit de gevoerde interviews en de enquête blijkt dat de procedure rondom het vaststellen van het algemeen belang vooral als een interne aangelegenheid is beschouwd. Op het niveau van individuele besluiten is opvallend dat de belangen van derde partijen wel worden benoemd, maar vaak summier en weinig concreet. Ondanks het nagenoeg niet betrekken van marktpartijen, gaan overheden intern weloverwogen met de procedure om. Binnen de overheidsorganisaties wordt er breed geïnventariseerd welke economische activiteiten worden uitgevoerd en of deze onder de reikwijdte van de wet vallen, waarna er een afweging wordt gemaakt. Hierbij gaat men echter vooral uit van de eigen reeds bestaande praktijk. In de besluiten wordt vaak per specifieke activiteit onderbouwd dat er sprake is van een economische activiteit in het algemeen belang;
- **Gericht op risicobeheersing** - Gemeenten zijn er vooral op gericht om de wet na te leven en te voldoen aan de eisen die de wet stelt. Hierbij wordt vooral gedacht vanuit de optiek van de gemeente (wat doen wij of wat willen wij doen?) en de risico's die de Wet MenO hiervoor meebrengt, en niet direct vanuit de optiek van mogelijke concurrentieverstoring en marktdynamiek. De bredere doelstelling van de wet leeft niet sterk en veelal wordt ook de noodzaak van de wet niet direct onderkend, zo blijkt met name uit de gevoerde interviews. De opstelling van de gemeenteraad van Zeewolde inzake de ACM-uitspraak over de passantenhaven van Zeewolde is hiervoor ook illustratief;
- **Statische besluiten** - Overheden hebben slechts in beperkte mate een maximale werkingsduur (5%) of een periodieke heroverweging (10%) in het AB-besluit opgenomen. Hoewel de meeste geïnterviewde gemeenten aangeven open te staan voor heroverweging van het besluit als daar aanleiding voor is, dient een ondernemer dit zelf te agenderen.

### 4.2.2 De onderwijssector als uitzondering

**4. Welke activiteiten vallen onder de sectorspecifieke regelgeving, en is dat te vergelijken met activiteiten die onder de Wet MenO zouden vallen?**

In de regelgeving worden met name onderwijsactiviteiten die gericht zijn op het post-initiële traject gezien als diensten van algemeen economisch belang, of als puur economische activiteit (bijvoorbeeld contractonderwijs, avondscholing, cursussen). Trajecten die gericht zijn op de initiële opleiding (basisonderwijs, voortgezet onderwijs, bekostigd hoger onderwijs tot aan bachelor/ master) worden gekwalificeerd als diensten van algemeen belang. Onderwijsinstellingen zijn van de reikwijdte van de Wet MenO uitgezonderd, waardoor ook alle activiteiten die zij uitvoeren (zowel onderwijs als onderzoek) uitgezonderd zijn. Dat betekent ook dat activiteiten die zij uitvoeren voor post-initiële opleidingen, die als economische activiteit aangemerkt kunnen worden, niet onder de Wet MenO vallen. Door middel van sectorale afspraken en gedragscodes, vastgelegd in diverse notities, handreikingen en codes zijn gedragsregels afgesproken. In de sectorregelgeving wordt onderkend dat onderwijsinstellingen economische activiteiten ontplooien. Deze kunnen op onderwijskundige gronden gerechtvaardigd zijn, bijvoorbeeld teneinde studenten praktijkervaring op te laten doen.

In de sectorspecifieke regelgeving is geen sprake van uniforme definities van ‘activiteiten’, zo wordt er bijvoorbeeld gesproken over “marktactiviteiten”, maar ook over “contractactiviteiten” en “publiek-private arrangementen”. Hoewel de instellingen in hun jaarverslagen de omvang van de private activiteiten opgeven, is vanwege deze afwijkende definities niet op voorhand duidelijk welk deel van de activiteiten onder de Wet MenO zouden vallen. De instellingen zelf rekenen het grootste deel van de activiteiten tot de ‘wettelijke taken’. In een begeleidend schrijven bij de eerste gedragscode, geven universiteiten zelf aan dat slechts 2% van de activiteiten zouden (in potentie) ook onder de Wet MenO vallen. In de praktijk kunnen echter ook economische activiteiten die op onderwijskundige gronden worden ontplooid, als marktverstorend worden ervaren.

De huidige sectorspecifieke regels zijn ontstaan vanuit een sterk bewustzijn over de risico’s van publieke bekostiging van private activiteiten: de overheid wil ‘weglek’ van publieke bekostiging voorkomen. Veel aandacht gaat dan ook uit naar controle op de naleving van de bekostigingsregels. Het doorberekenen van de integrale kostprijs is daarvan een component. Een belangrijk uitgangspunt in de Wet MenO wordt op deze manier (wat indirect) geborgd in de sectorspecifieke regels. Tegelijkertijd geven de huidige sectorspecifieke regels minder blijk van bewustzijn voor de marktverstorende effecten die private activiteiten kunnen hebben. Waar de eerste gedragscode VSNU nog sprak over de plicht om signalen van marktverstoring door ondernemers te registreren en daarop te reageren, is dit element in de Notities Helderheid niet terug te vinden. Alleen de integrale kostprijs is direct vergelijkbaar met de gedragsregels uit de Wet MenO, de overige drie zijn niet terug te vinden in de sectorspecifieke regels.

**5. Zijn de huidige en toekomstige sectorspecifieke regels effectief om concurrentie-vervalsing tegen te gaan?**

Hoewel de sectorspecifieke regels voor het onderwijs dus niet alle elementen bevatten van de Wet MenO, kan in de praktijk wel een vergelijkbare werking optreden. Er zijn indicaties dat de sectorspecifieke regels effect hebben op het gedrag van instellingen. Allereerst worden de sectorbrede richtlijnen breed gedeeld binnen de sector. Het bewustzijn over de risico’s van publiek-private arrangementen is bovendien groot, mede door de eerdere crisis in de onderwijssector en de vrees voor sancties, terugvordering van bekostiging en reputatieschade. Omdat de sectorregels bovendien voor alle instellingen gelden, kan er geen beroep worden gedaan op uitzonderingen. Bij de Wet MenO is dat wel het geval. Tegelijkertijd zijn er elementen die de regelgeving minder effectief maken: de mogelijkheid om economische activiteiten te ontplooien ten behoeve van het

onderwijs en het gebruik van verschillende terminologie waardoor de marktactiviteiten die, in de context van de Wet MenO, als economische activiteiten kunnen worden beschouwd, niet eenduidig is vast te stellen.

De nadruk in sectorspecifieke regelgeving ligt op de onderwijsactiviteiten; aan vormen van contractonderzoek die mogelijk marktverstorend werken, wordt in de regels geen expliciete aandacht besteed.

Uit het voorgaande blijkt dat de sectorspecifieke regels voor de onderwijssector een andere focus hebben dan de wet MenO – de sectorspecifieke regels zijn gericht op het voorkomen van het weglekken van publieke middelen en niet op het voorkomen van ongelijke concurrentievoorwaarden. Dit leidt ertoe dat er minder aandacht is voor de effecten op de markt van activiteiten van onderwijsinstellingen. Ondanks deze meer interne focus kunnen de sectorspecifieke regels wel een belangrijke bijdrage leveren aan het voorkomen van ongelijke concurrentie.  Vanuit het perspectief van de doelstelling van de Wet MenO, kent de sectorregulering echter hiaten en is daarmee in beginsel niet (volledig) effectief is om concurrentievervalsing tegen te gaan.

### 6. Zorgen de specifieke regels in het onderwijs voor gelijke voorwaarden tussen overheden en bedrijfsleven waar zij met elkaar concurreren?

Een aanzienlijk deel van de in onze enquête ondervraagde (private) aanbieders van opleidingen en trainingen ervaart (sterke) concurrentie van overheden (circa 60%), waarvan een groot deel ook stelt hinder te ervaren (84%). Hierbij bestaat een zeer duidelijk verschil tussen ondernemers die per brief hebben gereageerd of via de branches (respectievelijk 33% en 92% ervaart hinder). Belangrijke vormen van ervaren ongelijke concurrentie zijn het hanteren van tarieven onder de kostprijs van de ondernemer en de verschillen in fiscale wet- en regelgeving. In hoeverre er ook daadwerkelijk sprake is van ongelijke concurrentie, hebben we niet in detail kunnen vaststellen omdat hiervoor ‘het bewijs’ ontbreekt. Er ontbreekt een betrouwbaar overzicht van signalen en klachten en ook de Inspectie voor het Onderwijs heeft hier als toezichthouder geen onderzoek naar heeft gedaan en/of besluiten over genomen heeft. Bij de Inspectie voor het Onderwijs zijn geen klachten binnengekomen, terwijl de ACM deze niet registreert (vanwege de uitzondering op de wet). Of ondernemers zich rechtstreeks met klachten wenden tot het bestuur van onderwijsinstellingen (en of de instellingen daar vervolgens over rapporteren) is niet bekend, maar dit lijkt zeer weinig voor te komen. Daarbij dient tevens opgemerkt ter worden dat, zelfs als de onderwijsuitzondering uit de Wet MenO geschrapt zou worden, een deel van de door private partijen gesignaleerde problemen buiten de reikwijdte van de Wet MenO zouden vallen omdat het vaak om ‘inbesteden’ gaat.

### 7. Hoe worden de sectorregels gehandhaafd?

De sectorspecifieke regels zijn ingebed in het controleprotocol van accountants. De Inspectie van het Onderwijs controleert de instellingen en de accountants en kan sancties laten opleggen door de minister. De controle op naleving van de criteria is vrij algemeen, getuige de richtlijnen voor verslaglegging. De eisen die worden gesteld aan kostencalculaties zijn zodanig dat niet goed is vast te stellen of er sprake is van mogelijke concurrentievervalsing. De instellingen moeten zich zowel richting OCW als richting relevante stakeholders op transparante wijze verantwoorden over de publieke en private geldstromen, activiteiten en risico’s. Deze openbare verantwoording laat volgens een recente analyse van de Inspectie nog te wensen over. Een aankomend onderzoek van de Inspectie zal binnenkort meer duidelijkheid geven over de eventuele weglek van publieke middelen, maar richt zich niet op de vraag of er ook sprake is van ongelijke concurrentie

## 4.3 De algemeen belang uitzondering

### *4.3.1 Toelichting op de algemeen belang uitzondering*

De Wet MenO kent een aantal uitzonderingen zoals in hoofdstuk 2 uiteengezet. Is een van deze uitzonderingen van toepassing, dan geldt de wet niet. Een van de uitzonderingen is een economische activiteit in het algemeen belang. De Wet MenO zegt hierover het volgende:

**Box 9 Uitzondering algemeen belang**

Dit hoofdstuk (*red. Wet Markt en Overheid*) is niet van toepassing op economische activiteiten en op een bevoordeling als bedoeld in artikel 25j, welke plaatsvinden respectievelijk plaatsvindt in het algemeen belang. 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 het Rijk en voor zelfstandige bestuursorganen als bedoeld in artikel 1, onderdeel a, van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen door de minister die het aangaat.

#### Economische activiteiten

De term 'economische activiteit', is niet gedefinieerd in de wet zelf. In de memorie van toelichting wordt expliciet verwezen naar de in Europa gebruikte begrippen (zie box hierna). In de Handreiking is de term gedefinieerd als "*iedere activiteit die bestaat uit het aanbieden van goederen en diensten op een markt, dat wil zeggen in concurrentie met ondernemingen*". Of er daadwerkelijk sprake is van een economische activiteit dient per specifieke situatie te worden bepaald, waarbij de jurisprudentie handvatten biedt.

**Box 10 Economische activiteiten**

In de handreiking wordt ter toelichting verwezen naar twee documenten van de Europese Commissie. Hierin wordt niet gedefinieerd wat een economische activiteit of het algemeen belang precies inhoudt. Er worden in dit document wel voorbeelden gegeven van economische activiteiten in het algemeen belang, zoals activiteiten die uitgevoerd worden door de politie of het leger, onderhoud en verbetering van luchtvaart veiligheid, beveiliging, luchtverkeersleiding, maritieme verkeersleiding en veiligheid. De gegeven voorbeelden volgen voornamelijk uit jurisprudentie.

In het in 2007 verschenen memo met de meeste gestelde vragen over diensten van algemeen belang ('services of general interest') overweegt de Commissie dat "Services of general economic interest" covers in particular certain services provided by the big network industries such as transport, postal services, energy and communications. However, the term also extends to any other economic activity subject to public service obligations. It is used in Articles 16 and 86(2) of the current Treaty. It is not defined in the Treaty or in secondary legislation".[68] Het tweede document gaat in op niet-economische activiteiten die verband houden met de uitoefening van het openbaar prerogatieven en activiteiten met een zuiver sociaal karakter. De Commissie onderscheidt hierbij:[69]

**1. Non economic activities related to the exercise of State prerogatives** - Activities linked to the exercise of State prerogatives by the State itself or by authorities functioning within the limits of their public authority, do not constitute economic activities for the purposes of competition rules;

**2. Certain activities of a purely social nature -** The case law has established a set of criteria under which certain activities with a purely social function can be considered as non economic.

Activiteiten ter uitoefening van specifieke bevoegdheden van overheidsgezag worden dus niet als economische activiteit gezien. Voorbeelden hiervan zijn het verlenen van (bouw)vergunningen en concessies, het beheer en onderhoud van de openbare ruimte en de inzameling van huishoudelijke

[68] EC, memo 07/475 (2007).

[69] Commissie werkdocument SEC 2007/1516.

afvalstoffen. Onder de definitie ‘economische activiteiten’ kunnen verder een groot aantal producten en diensten woorden verstaan, bij voorbeeld het verkopen en/of verhuren van vastgoed of grond aan derden; het opleiden, trainen, adviseren van derden; het inzamelen bedrijfsafval, etc.

### *4.3.2 Toepassing van de algemeen belang uitzondering*

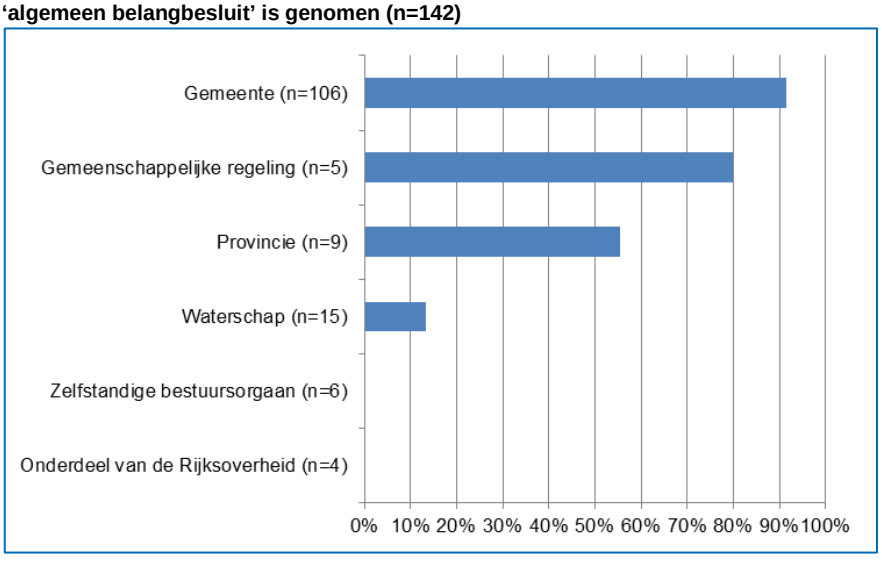
Wanneer sprake is van een algemeen belang is niet gedefinieerd in de wet zelf, wat overheden in het maken van die afweging veel beslisruimte geeft. In de nulmeting is geconstateerd dat in een aantal sectoren relatief vaak is vastgesteld dat de economische activiteit in het algemeen belang wordt uitgevoerd. Een groot deel hiervan was al in het algemeen belang vastgesteld voor de aanwijzing van de wet. Dit riep bij de onderzoekers de vraag op of deze vaststellingen voldoende zijn gemotiveerd in het licht van de eisen die hieraan worden gesteld in de vigerende wetgeving. Als dat niet het geval is dan is de facto de Wet MenO van toepassing op de betreffende economische activiteit, en is sprake van ongelijke concurrentie als de overheid zich niet houdt aan de gedragsregels uit de wet.[70]

#### Inzichten enquête Ecorys

Ongeveer drie kwart (75%) van de overheidsorganisaties heeft één of meerdere economische activiteiten vastgesteld in het algemeen belang. Per overheidsorganisatie verschilt het sterk of de organisatie economische activiteiten uitvoert waarvoor een ‘algemeen belangbesluit ’ is genomen.

Ruim 90 procent van de bevraagde gemeenten voert economische activiteiten uit in het kader van het algemeen belang, terwijl geen van de bevraagde ZBO’s en onderdelen van de Rijksoverheid economische activiteiten uitvoeren in het algemeen belang.[71]

**Figuur 4.1 Percentage overheidsinstellingen dat economische activiteiten uitvoert waarvoor een ‘algemeen belangbesluit’ is genomen (n=142)**




Bron: Ecorys, 2015.

Dertig respondenten van overheidsorganisaties hebben aangegeven dat zij geen algemeen belangbesluit hebben genomen. Deze respondenten is gevraagd naar de reden waarom er geen ‘algemeen belangbesluit ’ is genomen. Een ruime meerderheid (53%) gaf hierbij aan dat er geen economische activiteiten worden uitgevoerd waarvoor een dergelijk besluit relevant is. Ongeveer een achtste (13%) gaf aan dat er nooit een algemeen belangbesluit is overwogen. 7% van de

[70] Kwink Groep (2013), Nulmeting Wet Markt en Overheid, p. 9.

[71] Enquête Ecorys (2015) vraag 9: Voert uw organisatie economische activiteiten uit waarvoor een ‘algemeen belangbesluit ’ is genomen?

bevraagde respondenten geeft aan dat de organisatie niet op de hoogte was van de mogelijkheid van het nemen van een dergelijk besluit.[72]

### 4.3.3 *Economische activiteiten aangemerkt als algemeen belang*

In de nulmeting gaf twee derde van de gemeenten die sportaccommodaties exploiteerde aan dat de gemeenteraad formeel heeft bekrachtigd dat deze activiteit in het algemeen belang plaatsvindt.[73] Ook voor de activiteiten 'inzamelen bedrijfsafval', 'verkopen en/of verhuren van vastgoed of grond aan derden', en 'exploiteren van restcapaciteit (personeel, faciliteiten en/of middelen)' bij gemeenten geven zij relatief vaak aan dat dit gebeurt in het kader van het algemeen belang.[74] Ook ACM heeft in hun sectorstudies aangegeven dat voor de exploitatie van sportaccommodaties en parkeergarages in de meeste gemeenten een algemeen belangbesluit is genomen. Dit heeft als consequentie dat de gedragsregels uit de Wet MenO niet langer van toepassing zijn.[75]

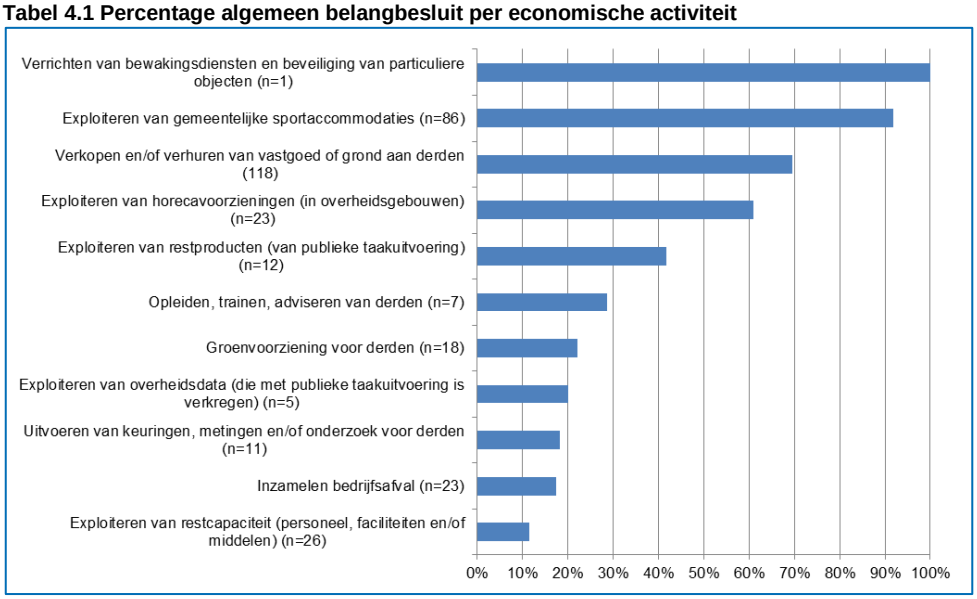
#### Inzichten enquête Ecorys

Ook voor deze evaluatie is aan overheden gevraagd voor welke economische activiteiten een algemeen belangbesluit is genomen, waarbij over een aantal elementen ook een oordeel is gevraagd.

#### *Variëteit in de economische activiteiten aangemerkt als algemeen belang*

Algemeen belang uitzonderingen zijn volgens de uitgevoerde enquête onder overheidsorganisaties het meest gemaakt voor het verkopen en/of verhuren van vastgoed of grond aan derden, exploitatie van gemeentelijke sportaccommodaties en het exploiteren van horeca voorzieningen.[76] Dit komt overeen met de nulmeting. Ook het verrichten van bewakingsdiensten scoort heel hoog, maar hiervan heeft slechts één overheidsorganisatie aangegeven dit uit te voeren. In onderstaande tabel is het percentage weergegeven tussen het aantal genoemde uitgevoerde economische activiteiten en het aantal genomen algemeen belangbesluiten. Activiteiten waarvan niet is aangegeven dat zij uitgevoerd worden in het algemeen belang zijn niet in de tabel opgenomen.

**Tabel 4.1 Percentage algemeen belangbesluit per economische activiteit**



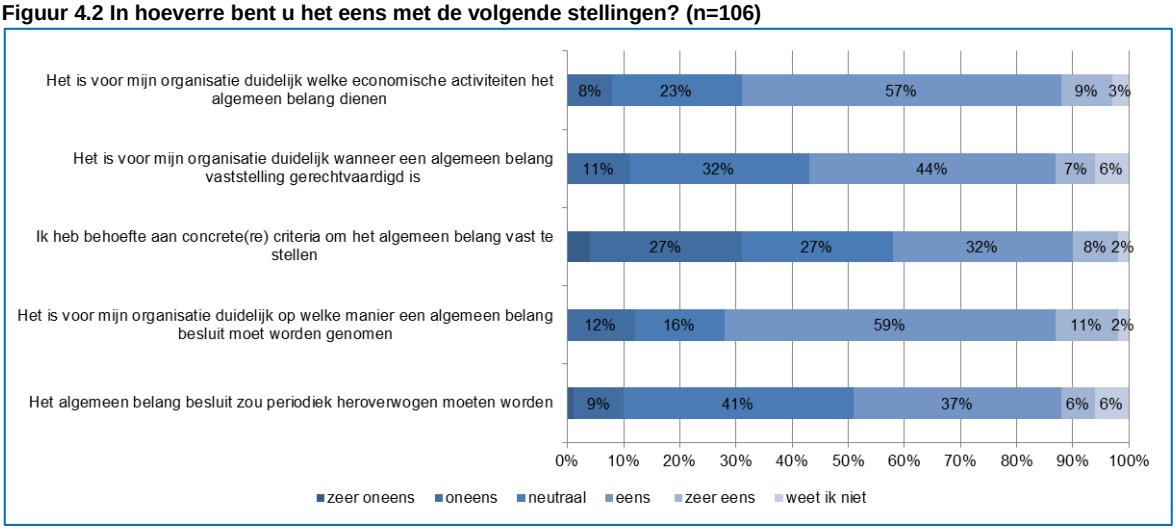

Bron: Ecorys, 2015.

[72] 23% van de respondenten gaf een 'andere reden'.
[73] Kwink Groep (2013), Nulmeting Wet Markt en Overheid, p. 24.
[74] Idem.
[75] ACM (2015). Sectorstudies. p. 4.
[76] Enquête Ecorys (2015) vraag 27. Voor welke van de volgende activiteiten is een algemeen belangbesluit genomen?

*Het nemen van het algemeen belangbesluit gaf relatief weinig problemen*

De bevraagde overheidsorganisaties is ook gevraagd in hoeverre zij het eens waren met een vijftal stellingen, die hieronder zijn weergegeven.

**Figuur 4.2 In hoeverre bent u het eens met de volgende stellingen? (n=106)**




Bron: Ecorys, 2015.

**Bepaling algemeen belang** - Uit het figuur blijkt dat het voor ruim twee derde van de overheidsorganisaties duidelijk is welke economische activiteiten het algemeen belang dienen, terwijl dit voor ongeveer een tiende (8%) van de respondenten onduidelijk was.[77] Meer dan de helft (51%) van de respondenten geeft ook aan dat het duidelijk is wanneer een algemeen belang vaststelling gerechtvaardigd is, terwijl dit voor ongeveer een tiende (11%) niet duidelijk was. Desalniettemin geeft ruim een derde (40%) van de respondenten aan dat zij behoefte hebben aan concrete(re) criteria om het algemeen belang vast te stellen.[78]

**Procedure** - Het merendeel van de respondenten (70%) geeft aan dat het duidelijk is op welke manier een algemeen belangbesluit moet worden genomen. Ongeveer een tiende (12%) geeft aan dat het voor hun organisatie onduidelijk is op welke manier een algemeen belangbesluit moet worden genomen. Overigens kan het ook zijn dat deze organisaties geen economische activiteiten uitvoeren in het algemeen belang.[79]

**Periodieke evaluatie -** Het merendeel van de respondenten is het eens (37%) of zeer eens (6%) met de stelling dat een algemeen belangbesluit periodiek heroverwogen zou moeten worden. Een tiende van de respondenten geeft aan hier niets voor te voelen.[80] Verderop wordt ook beschreven dat een dergelijke bepaling in de praktijk ook nauwelijks is opgenomen in besluiten.

### 4.3.4 *Procedures rondom de vaststelling van het algemeen belang*

Wanneer overheidsorganisaties gebruik willen maken van de algemeen belang uitzondering moet er een algemeen belangvaststelling plaatsvinden. Deze heeft het karakter van een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).[81] Dit komt omdat de vaststelling rechtsgevolgen heeft:

---

77 Enquête Ecorys (2015) Stelling: Het is voor mijn organisatie duidelijk welke economische activiteiten het algemeen belang dienen.

78 Enquête Ecorys (2015) Stelling: Ik heb behoefte aan concrete(re) criteria om het algemeen belang vast te stellen.

79 Enquête Ecorys (2015) Stelling Het is voor mijn organisatie duidelijk op welke manier een algemeen belangbesluit moet worden genomen.

80 Enquête Ecorys (2015) Stelling: Het algemeen belangbesluit zou periodiek heroverwogen moeten worden.

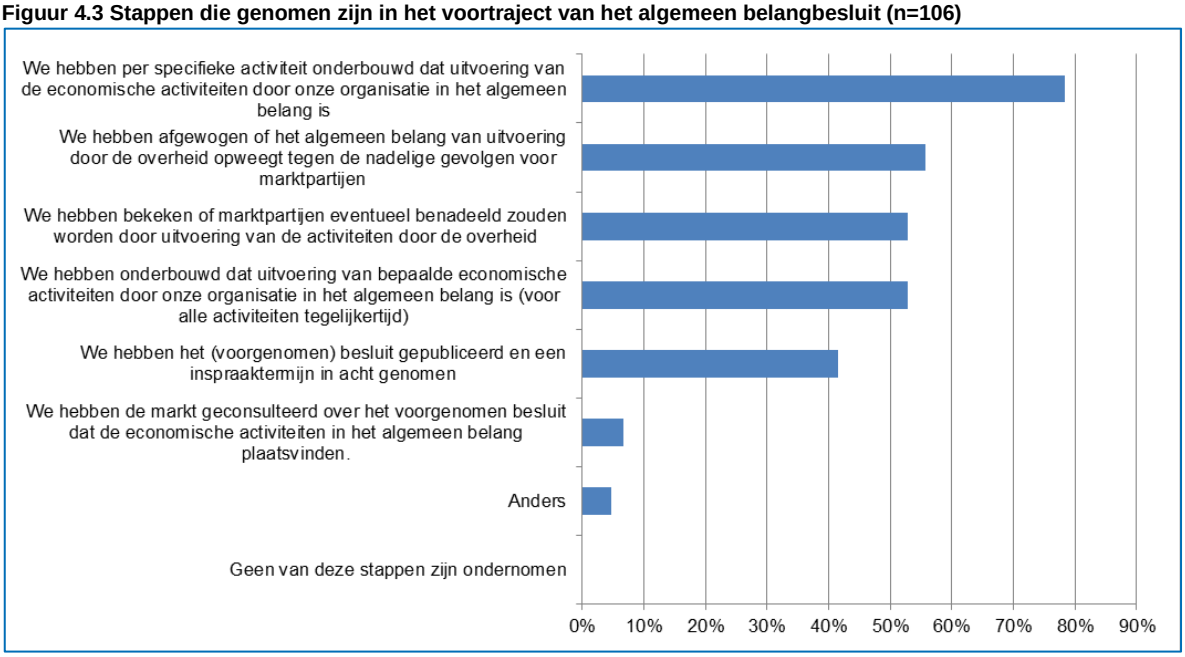
81 Dit betekent overigens niet dat een ondernemer altijd langs de bestuursrechtelijke weg kan opkomen tegen dat besluit, bijvoorbeeld indien het besluit een algemeen verbindend voorschrift inhoudt. Dan bestaat er wel de mogelijkheid van de

de desbetreffende economische activiteiten of bevoordelingen vallen niet langer onder de Wet MenO. Overheidsorganisaties hebben een grote mate van beleidsvrijheid bij het afbakenen van het algemeen belang (zie ook eerder). In den brede volgen de verschillende overheden dezelfde processtappen. Zie bijlage F (onderdeel F1) voor een meer gedetailleerde beschrijving.

### De gevolgde procedure bij algemeen belangbesluiten

Wanneer er een algemeen belangbesluit genomen is door een overheidsorganisatie, is gevraagd naar welke procedure zij hierbij hebben gevolgd[82]. Opvallend is dat niet alle 'standaard' stappen doorlopen worden bij alle overheidsorganisaties. Ruim driekwart (78%) van de overheidsorganisaties heeft per specifieke activiteit onderbouwd dat uitvoering van de economische activiteit in het algemeen belang is. Iets meer dan de helft (56%) heeft afgewogen of het algemeen belang van uitvoering door de overheid opweegt tegen de nadelige gevolgen voor marktpartijen. Slechts 42% heeft het (voorgenomen) besluit gepubliceerd en een inspraaktermijn in acht genomen. In een zeer beperkt aantal gevallen is er een marktconsultatie uitgevoerd. Toch heeft een overheid in 96% van de besluiten geen bezwaar ontvangen tegen het algemeen belangbesluit.[83] De ingediende bezwaren zijn conform de eisen van de Awb afgehandeld en voor zover bekend wordt nu één zaak aan de rechter voorgelegd (zie hoofdstuk 6).

**Figuur 4.3 Stappen die genomen zijn in het voortraject van het algemeen belangbesluit (n=106)**




Bron: Ecorys, 2015.

### Elementen opgenomen in het algemeen belangbesluit

Er is aan de respondenten van overheidsorganisaties gevraagd welke elementen in hun algemeen belangbesluit verwerkt is. De motivering waarom de desbetreffende economische activiteiten in het algemeen belang plaatsvinden is door 91% van de bevraagde overheidsinstellingen opgenomen in het algemeen belangbesluit. De exacte aard van de economische activiteiten is in 82% van de algemeen belangbesluiten opgenomen. Overige elementen (zie figuur 4.4) zijn door minder dan een derde van de overheidsorganisaties opgenomen in de algemeen belangbesluiten. Een maximale werkingsduur (5%) of een periodieke heroverweging (10%) zijn slechts in een zeer

---

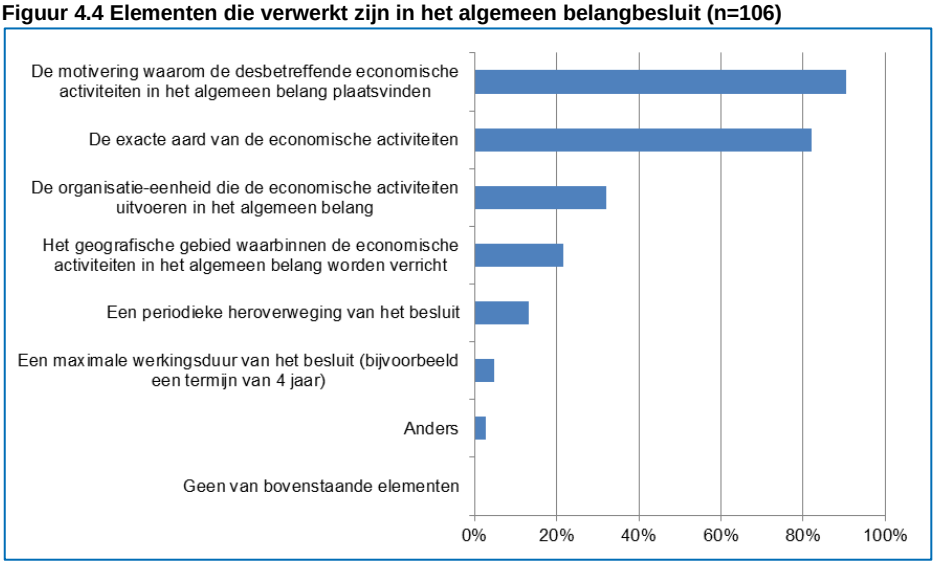
exceptieve toetsing van een algemeen verbindend voorschrift wanneer er besluiten worden genomen op grond van het algemeen verbindend voorschrift.

82 Enquête Ecorys (2015) vraag 11. Welke van de volgende stappen zijn er ondernomen in het voortraject van het vaststellen van 'economische activiteiten in het algemeen belang'?

83 Enquête Ecorys (2015) vraag 14. Is er bezwaar ingediend tegen de vaststelling van de economische activiteiten in het algemeen belang?

beperkt aantal gevallen opgenomen. In de enquête is niet nader ingegaan op kwalitatieve aspecten, zoals de kwaliteit van de motiveringen.

**Figuur 4.4 Elementen die verwerkt zijn in het algemeen belangbesluit (n=106)**




Bron: Ecorys, 2015.

### Vorm van het algemeen belangbesluit

Ruim twee derde (71%) van de bevraagde overheidsinstellingen geeft aan dat de vorm van het algemeen belangbesluit een concreet besluit was waartegen bezwaar mogelijk was. Ongeveer een vijfde (19%) geeft aan dat het algemeen belangbesluit de vorm had van een algemeen verbindend voorschrift waartegen geen bezwaar mogelijk was. Ongeveer 10 procent van de respondenten geeft als antwoord ‘anders’. Zij geven bijvoorbeeld aan dat de procedure voor vaststelling nog loopt.[84]

## 4.3.5 *Verdiepende analyses*

Ten aanzien van de algemeen belangbesluiten zijn twee verdiepende analyses uitgevoerd, namelijk (a) door middel van een analyse van een achttal feitelijke besluiten en (b) door verdiepende gesprekken met een aantal gemeenten (die gereageerd hadden op de enquête). De resultaten worden hieronder kort gepresenteerd.

### A. Inzichten vanuit de analyse van de algemeen belangbesluiten

In het kader van de analyse zijn de algemeen belangbesluiten van acht gemeenten geanalyseerd. Er is gekeken naar welke activiteiten in het algemeen belang zijn vastgesteld en welke procedure hierbij is gevolgd. De gemeenten zijn willekeurig gekozen, waarbij enigszins rekening gehouden is met geografische spreiding en grootte. Er is enkel gekeken naar informatie die op de gemeentelijke (en/of openbare) websites beschikbaar was. Zie bijlage F voor een overzicht van gemeenten.

#### *Economische activiteiten in het algemeen belang*

Een van de gemeenten geeft nog geen algemeen belangbesluit genomen. Deze is wel in voorbereiding. De overige zeven gemeenten hebben gezamenlijk 51 activiteiten vastgesteld in het economisch belang. Dit betekent dat er gemiddeld ruim zeven activiteiten per gemeente in het algemeen belang plaatsvinden. Het meest in het algemeen belang vastgesteld is verhuur van maatschappelijk vastgoed en de exploitatie en/of verhuur van sportaccommodaties. Andere activiteiten vastgesteld in het algemeen belang verschillen sterk per gemeente en zijn terug te

[84] Enquête Ecorys (2015) vraag 13. Was er de mogelijkheid tot bezwaar bij de vaststelling van het besluit van economische activiteit in het algemeen belang?

vinden in bijlage F (onderdeel F2). Alle gemeenten hebben aangegeven wat de aard van de uit te voeren economische activiteiten is. Ook verwijzen zij naar de geografische locatie waar de economische activiteiten plaatsvinden. In enkele gevallen wordt aangegeven welke organisatorische eenheid de economische activiteiten uitvoert.

### *Ondernomen stappen in het voortraject*

Bij de zeven gemeenten die een besluit hebben genomen, is gekeken of het duidelijk is vanuit de online beschikbare informatie wat de ondernomen stappen zijn geweest om te komen tot het algemeen belangbesluit. In vier van de zeven gemeenten is duidelijk dat er een inventarisatie gemaakt is van alle economische activiteiten die de gemeente uitvoert. In drie gevallen blijkt dit niet uit het raadsvoorstel, het uiteindelijke besluit of de achterliggende (beschikbare) documentatie. Bij alle gemeenten is een lijst gepresenteerd van economische activiteiten die zij in het algemeen belang achten. Deze lijst is ook bij alle gemeenten op een kwalitatieve wijze onderbouwd. Geen van de gemeenten heeft de gepresenteerde lijst op een kwantitatieve wijze onderbouwd. De impact op marktpartijen wordt in de meeste gevallen niet, en in andere gevallen op een zeer summiere wijze beschreven. Een voorbeeld hiervan is: *"Daarnaast zijn wij van mening, dat door het onder de kostprijs aanbieden van deze activiteiten de belangen van particuliere ondernemers niet worden geschaad."* Vanuit de analyse van de documenten blijkt dat zeker twee gemeenten ondernemers en belanghebbenden wel de mogelijkheid hebben geboden inspraak te geven in het concept-raadsvoorstel. Bij andere gemeenten is dit niet beschreven of wordt er gesteld dat ondernemers achteraf tijdens de bezwaartermijn van zes weken kunnen reageren.

### *Besluitvorming*

De besluiten zijn genomen in de periode van januari 2014 tot en met november 2014. De gemeente Ridderkerk verwacht een raadsbesluit te nemen in het eerste kwartaal van 2015. De meeste gemeenten hebben zowel het voorgenomen besluit als het uiteindelijke besluit op hun website geplaatst. Van de zeven gemeenten waar een besluit genomen is door de raad, is bij zes gemeenten duidelijk dat het gaat om een besluit op basis van de Awb. Bij één gemeente is dit niet duidelijk, omdat dit niet is opgenomen in het raadsbesluit. In vijf van de zeven raadsvoorstellen werd verwezen naar de wettelijke bezwaartermijn van 6 weken, waarbij ook duidelijk werd aangegeven hoe en voor welke datum bezwaar aangetekend kon worden. Geen van de gemeenten heeft een periodieke heroverweging of een maximale werkingsduur van het besluit opgenomen.

### *Opvallende zaken*

Documentatie over algemeen belangbesluit is in veel gemeenten schaars. Voordat de selectie van bovenstaande gemeenten heeft plaatsgevonden zijn zeker een dubbel aantal gemeenten geselecteerd. De gemeenten waarvan geen informatie beschikbaar was zijn buiten deze beschouwing gevallen. Ook als er wel informatie beschikbaar is, komt het veelvuldig voor dat er alleen een concept raadsbesluit vindbaar is en geen definitief besluit, of dat achterliggende stukken ontbreken. Oftewel, de informatievoorziening richting belanghebbenden lijkt te wensen over laten. Als ondernemer is het hierdoor mogelijk niet duidelijk hoe, of, en op welke wijze er inspraak mogelijk is. Het lijkt er verder op dat gemeenten weinig onderzoek doen naar de impact van de uitvoering van hun economische activiteiten in het algemeen belang op de marktactiviteiten van ondernemers. In geen van de bekeken algemeen belangbesluiten is op een kwantitatieve wijze onderbouwd welke omzetten er met de activiteiten gemoeid waren, welke ondernemers er actief zijn in het veld en welke impact dit zou kunnen hebben op ondernemers in de markt. Daarbij hebben we slechts enkele gemeenten gezien die een marktconsultatie hebben uitgevoerd in het voorbereidende proces richting raadsbesluit.

### B. Inzichten vanuit de additionele gesprekken met gemeenten

Naast de analyse van een aantal feitelijke besluiten zijn er over de procedure rondom het algemeen belangbesluit ook verdiepende gesprekken gevoerd met negen gemeenten (zie bijlage A voor een overzicht). Na het afsluiten van de enquête onder overheden zijn er willekeurig 16 gemeenten geselecteerd, waarbij enigszins rekening gehouden is met geografische spreiding en grootte. Deze gemeenten zijn per e-mail benaderd voor een vervolggesprek. Met de negen gemeenten die direct reageerden zijn daarna telefonisch vervolggesprekken gevoerd. Hierbij is onder meer besproken welke procedure men heeft doorlopen en tegen welke problemen men eventueel aanliep. Vanuit deze gesprekken zijn een aantal belangrijke observaties te maken.

#### *Gemeenten zetten in op zorgvuldige besluitvorming*

Een van de belangrijkste constateringen is dat alle gesproken gemeenten serieus en weloverwogen met de procedure rondom het algemeen belangbesluit zijn omgegaan. Hoewel diverse gemeenten niet direct het nut en de noodzaak van de Wet MenO zien (zie hierna), wil men wel dat er een zorgvuldig besluit wordt genomen. De meeste gemeenten zijn relatief laat met de voorbereidingen van het besluit begonnen (veelal in het voorjaar van 2014) en hebben min of meer dezelfde stappen doorlopen. In alle gevallen is gestart met het maken van een inventarisatie van de economische activiteiten die werden uitgevoerd, veelal op basis van de begroting, bestaande werkplannen, afdelingslijstjes met activiteiten, etc. Op basis van deze inventarisatie is vervolgens een analyse en afweging gemaakt van welke activiteiten men onder het algemeen belangbesluit wilde brengen. De argumentatie voor deze afweging verschilt sterk: in drie van de negen gevallen paste deze afweging in een bredere discussie over de taakstelling van de gemeente (welke taken moeten we uitvoeren, welke taken kunnen worden afgestoten?), maar in de overige gemeenten is vooral aangesloten op de bestaande praktijk (wat willen we blijven doen?). Men stelt de belangen van derde partijen ook in deze afwegingen te hebben meegenomen, maar bevestigt ook dat marktpartijen vrijwel niet betrokken zijn (zie hierna).

#### *Naleving van de wet staat voorop, niet direct het doel van de wet*

In aansluiting op het voorgaande punt kan geconstateerd worden dat de procedure in beginsel ‘naar eer en geweten’ wordt uitgevoerd en dat de gemeenten trachten te voldoen aan de eisen die de Wet MenO stelt. Echter, het is vanuit de gesprekken ook duidelijk geworden dat men de noodzaak van de wet veelal niet ziet en dat ook de doelstelling van de wet niet sterk leeft. In de benadering van de Wet MenO zijn de gemeenten er sterk op gericht om de wet na te leven en dat uit zich ook in de algemeen belangbesluiten. Diverse malen is aangegeven dat men een bepaalde activiteit “voor de zekerheid” onder het algemeen belangbesluit heeft gebracht. Hierbij wordt vooral gedacht vanuit de optiek van de gemeente (wat doen wij of wat willen wij doen?) en de risico’s die de Wet MenO voor hen meebrengt, en niet direct vanuit de optiek van mogelijke concurrentieverstoring en marktdynamiek. De opstelling van de gemeenteraad van Zeewolde inzake de ACM-uitspraak over de passantenhaven van Zeewolde is hiervoor illustratief (er wordt direct een algemeen belang besluit genomen, waarbij men het besluit ook terugwerkende kracht wilde verlenen, zie paragraaf 3.5). Overigens ziet men ook weinig marktproblemen en is men vooral van mening dat de uitgevoerde activiteiten de burger dienen.

#### *Besluitvorming is sterk een interne aangelegenheid*

Zoals hierboven al kort opgemerkt, is de besluitvormingsprocedure vooral een interne aangelegenheid geweest waarbij ambtenaren de verschillende belangen afwegen zonder daar derden bij te betrekken. In één geval is er een extern bureau in de arm genomen om de inventarisatie uit te voeren, maar ook deze inventarisatie was vooral gebaseerd op de kennis en kunde van de betrokken ambtenaren. Verder is de betrokkenheid van derde partijen heel gering geweest. In de meeste gevallen zag de gemeente geen aanleiding voor het betrekken van derde partijen of was er in de procedure geen tijd meer voor. In één geval heeft de gemeente

ondernemers actief over het principebesluit van de raad geïnformeerd (waar overigens geen enkele reactie op kwam). De principebesluiten die door de ambtenaren werden voorbereid gaven soms wat discussie in de voorbereidende raadcommissie, maar vrijwel nooit in de raad zelf. Overigens heeft geen enkele gemeente klachten, signalen of bezwaren ontvangen nadat het besluit was genomen.

*Duidelijke verschillen in de afwegingen die gemaakt worden*

Tussen de gemeenten bestaan duidelijke verschillen in de afwegingen die worden gemaakt ten aanzien van het algemeen belang. Economische activiteiten zoals de verhuur van 'maatschappelijk vastgoed' (dorpshuis, wijkcentra, etc.) en de exploitatie van sportaccommodaties komen bij alle gemeenten voor. Kleinere gemeenten voeren niet heel veel meer economische activiteiten uit, of de activiteiten zijn sterk met de lokale gemeenschap verweven (de weekmarkt in verschillende kleine kernen, de veerpont, de begraafplaats, etc.). Voor grotere gemeenten geldt dat men veelmeer een stad- of streekfunctie vervult en dat ook in de uitvoering van economische activiteiten veel meer keuzes gemaakt kunnen worden (bijvoorbeeld ten aanzien van een parkeergarage, fietsenstalling, stadsmarketing, etc.). Opvallend is hierbij dat sommige gemeenten echt een minimale invulling kiezen (wat vinden we nu echt een publieke taak?), terwijl anderen een veel bredere taakopvatting hebben (bijvoorbeeld het garanderen van muziek- en dansonderwijs). In sommige gevallen is aangesloten op eerdere of andere besluitvormingsprocedures (bijvoorbeeld ten aanzien van de privatisering van bepaalde activiteiten).

*Besluiten zijn relatief 'statisch', maar bewustzijn is wel hoog*

Opvallend is dat geen enkele van de geïnterviewde gemeenten een einddatum in het besluit heeft opgenomen en/of een concrete datum voor heroverweging van het besluit. Sommige gemeenten geven wel aan voornemens te zijn om het besluit te actualiseren naar aanleiding van het eerdere genoemde wetsvoorstel rondom de fiscale ongelijkheid. De meeste gemeenten geven aan open te staan voor heroverweging van het besluit als daar aanleiding voor is. Een ondernemer zal dit dan wel zelf op de agenda moeten krijgen. Een gemeente gaf aan niet direct open te staan voor aanpassing, daar een (eventuele nieuwe) marktspeler nu rekening kon houden met het raadsbesluit. Gemeenten geven daarbij ook aan dat naar hun idee het bewustzijn over de eisen die de Wet MenO stelt in de interne organisatie wel hoog is.

*Geen grote aanpassingen nodig om wet na te leven, weinig onduidelijkheden*

Vrijwel alle gemeenten gaven aan dat er geen grote 'reparaties' nodig waren om te kunnen voldoen aan de eisen in de wet. Desalniettemin zijn een aantal gemeenten hier nog steeds mee bezig. De Handreiking is veelvuldig gebruikt, maar verder is men niet tegen hele grote onduidelijkheden of problemen aangelopen. Ook het gebruik van de gedragsregels geven geen grote problemen, al zijn er altijd elementen die onduidelijk blijven.

## 4.4 De uitzondering rondom het onderwijs

### *4.4.1 Toelichting op de uitzondering voor onderwijs*

Het onderwijs is bewust buiten de reikwijdte van de Wet MenO gelaten. We geven hier kort een nadere toelichting op de context en oorsprong van deze uitzondering.

In artikel 25h van de Mededingingswet is specifiek benoemd welke onderwijsinstellingen zijn uitgezonderd van de reikwijdte van de Wet MenO:

> a. openbare scholen als bedoeld in artikel 1 van de Wet op het primair onderwijs, artikel 1 van de Wet op de expertisecentra, en artikel 1 van de Wet op het voortgezet onderwijs;

b. openbare instellingen als bedoeld in artikel 1.1.1, onder c, van de Wet educatie en beroepsonderwijs;
c. openbare instellingen als bedoeld in artikel 1.1, onder h, van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek;
d. de instellingen, bedoeld in artikel 1.5 van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek, en de organisaties, bedoeld in artikel 3 van de TNO-wet en in artikel 2 van de Wet op de Nederlandse organisatie voor wetenschappelijk onderzoek.

De wettekst spreekt over ***openbare*** scholen en instellingen. In Nederland is ongeveer 70% van de onderwijsinstellingen in het primair en voortgezet onderwijs “bijzonder”, en 30% openbaar. In het middelbaar en hoger onderwijs zijn bijna alle instellingen “bijzonder”. De scholen met de status “bijzonder” hebben geen publiekrechtelijke grondslag en vallen daarmee ook niet onder de reikwijdte van de Wet MenO. Dat is dus onafhankelijk van het al dan niet hebben van een uitzondering voor (openbaar) onderwijs. Dat betekent strikt genomen dat deze instellingen, zelfs als ze grotendeels bekostigd worden door de overheid, niet onder de wet kunnen vallen. Als de openbare scholen niet uitgezonderd zouden zijn, dan zouden zij onder een ander regime vallen als de bijzondere scholen. Deze “tweedeling” in de onderwijssector lijkt niet wenselijk. In de preambule van de Notitie marktactiviteiten van de VSNU (1999) werd hier ook al op gewezen (zie tekst box).

**Box 11 Overwegingen VSNU**

Bovendien zullen de in de Mededingingswet op te nemen gedragsregels gelden voor overheidsorganisaties. De vraag is of privaatrechtelijke universiteiten daaronder vallen. Als dat niet het geval is zullen eventuele concurrentievoordelen van de privaatrechtelijke universiteiten ten opzichte van particuliere ondernemingen niet worden weggenomen en zal er bovendien een ongelijkheid ontstaan tussen enerzijds publiekrechtelijke universiteiten en anderzijds privaatrechtelijke universiteiten.

In de memorie van toelichting op de Wet MenO wordt op dit onderscheid tussen openbaar en bijzonder niet ingegaan, zodat onduidelijk is of deze overweging is meegenomen in het besluit om openbare scholen en instellingen uit te zonderen. De memorie van toelichting geeft als belangrijkste reden voor het uitzonderen van onderwijs en onderzoek, het bestaan van jaarlijks overleg tussen OCW en de onderwijsinstellingen, en het bestaan van duidelijke afspraken gebaseerd op de Notities Helderheid.

Uit de gesprekken met betrokkenen bij de totstandkoming van de wet, leiden we af dat ten tijde van de invoering van de Wet MenO, er in het hoger onderwijs (hbo en wo) een groot bewustzijn was ten aanzien van de risico’s van private activiteiten. Dit bewustzijn, en de bijbehorende regelgeving, kwam voort uit de problemen die de Commissie Schutte in 2004 had geconstateerd in het hbo. Duidelijke regels rondom publiek-private activiteiten waren nodig en gewenst om te voorkomen dat publieke bekostiging zou weglekken naar private activiteiten. Tegelijkertijd was er ook een lobby op gang gekomen vanuit de universiteiten, die vreesden dat zij bepaalde onderzoeksactiviteiten, in combinatie met private partijen niet langer meer mochten uitvoeren zodra de Wet Markt en Overheid zou worden ingevoerd. Het kabinet stimuleerde bovendien ondernemerschap bij onderwijs- en onderzoeksinstellingen.

De memorie van toelichting op de Wet MenO erkent dat er klachten zijn over de sectoren onderwijs en onderzoek, en in de inleiding wordt daar ook aan gerefereerd:

Een sector waar van oudsher bijzondere aandacht is gegeven aan mogelijke oneerlijke concurrentie is de sector van onderwijs en onderzoek. Door zijn specifieke karakteristieken zoals de sterke verwevenheid van diensten van algemeen belang met commerciële activiteiten en de gecompliceerde financieringsstromen is het voor derden vaak moeilijk zicht te krijgen op waar publieke belangen ophouden en commerciële belangen beginnen.

Deze paragraaf is er niet op gericht om een oordeel te geven over de vraag of onderwijs uitgezonderd zou moeten blijven of niet. Wel richten we ons op de vraag in hoeverre de sectorspecifieke regelgeving en de Wet MenO te vergelijken zijn en of deze ongelijke concurrentie ook (kunnen) voorkomen. Wij geven een zo feitelijk mogelijk antwoord op de onderzoeksvragen, op basis van de regelgeving, inzichten vanuit eerder onderzoek en de ervaren knelpunten door ondernemers. Omdat er een parallel onderzoek onder onderwijsinstellingen is uitgevoerd door de Inspectie van het Onderwijs[85], benadrukken we dat wij geen of zeer beperkt zicht hebben op de actuele praktijk bij onderwijsinstellingen zelf. Het onderzoeksteam baseert zich met name op desk research, vergelijking van regelgeving en gesprekken met vertegenwoordigers van private aanbieders van opleidingen en onderzoek. Ook zijn diverse betrokkenen geïnterviewd binnen de ministeries en de Inspectie.

### *4.4.2 Activiteiten die onder de sectorspecifieke regelgeving vallen en vergelijking met Wet MenO*

**Publieke en private activiteiten in het onderwijs**

Onderwijsinstellingen verzorgen onderwijs en voeren onderzoek uit. Dat doen ze grotendeels in het kader van wettelijke taken en deels ook voor eigen rekening en risico. Daarnaast bestaat een deel van de activiteiten uit “mengvormen”, waarbij publiek-private samenwerking wordt ingezet om bijvoorbeeld stageplaatsen mogelijk te maken of onderzoek uit te voeren met private consortia. De omvang van contractactiviteiten bij primair- en voortgezet onderwijs is in verhouding gering. Een meer gedetailleerd overzicht van de omvang van de markt en de verschillende activiteiten die worden uitgevoerd is te vinden in bijlage G (onderdeel G2).

Onderwijsinstellingen bieden ook diensten en producten aan die door het bedrijfsleven worden geleverd. Voorbeelden die worden genoemd zijn het aanbieden van nascholing voor bedrijven, het uitvoeren van contractonderzoek, het verhuren van gebouwen als vergaderlocatie of gymlokaal. Deze activiteiten kunnen worden beschouwd als economische activiteiten die voor de Wet MenO relevant zijn.

Andere activiteiten zijn gericht op het bieden van praktijkervaring in of dichtbij de school, waarbij een dienst of product wordt voortgebracht dat door “klanten” gekocht kan worden. Het gaat dan bijvoorbeeld het verhuren van (een klein aantal) hotelkamers bij toerismeopleidingen, het aanbieden van onderhoud in een garagebedrijf, een kleinschalige kapsalon of een restaurant waar leerlingen ervaring kunnen opdoen. Ook deze diensten worden door bedrijven aangeboden en kunnen in potentie marktverstorend werken.

Baarsma en Theewes (2010)[86] beschrijven in een rapport in opdracht van de branche-organisatie van private opleiders (NRTO) een drietal vormen van onderwijs en de mate waarin deze onder de regelgeving vallen:

1. Onderwijs dat kwalificeert als dienst van algemeen belang, bijvoorbeeld het basisonderwijs, het voortgezet onderwijs en het door de overheid bekostigd hoger onderwijs (het initiële traject gericht op bachelor/master). Dit onderwijs is namelijk bij wet geregeld en collectief gefinancierd. De mededingings- en staatssteunregels zijn hierop niet van toepassing;

[85] De Inspectie heeft de afgelopen twee jaar intensief onderzoek gedaan heeft bij onderwijsinstellingen in het mbo, hbo en wo naar publiek/private activiteiten. Ongeveer de helft van de instellingen is daarbij gevisiteerd. Aan het begin van deze evaluatie was niet duidelijk of het onderzoek van de Inspectie op tijd afgerond zou zijn. Inmiddels is duidelijk dat de rapportage ongeveer gelijktijdig wordt verwacht met deze evaluatie. Ecorys heeft geen inzage gehad in de rapportage van de Inspectie. Na overleg met het ministerie van EZ en OCW is besloten om in het kader van deze evaluatie, niet opnieuw een uitvraag te doen bij de onderwijsinstellingen.

[86] Baarsma, B., & J. Theeuwes (2010). Vouchers voor vaardigheden. Over de rol van de overheid op de markt voor postinitieel onderwijs. Amsterdam. In opdracht van NRTO.

2. Onderwijs dat wordt aangeboden als een dienst van algemeen economisch belang, bijvoorbeeld aangewezen hoger onderwijs (post-initieel of contractonderwijs). Dit betreft economische activiteiten waarop afgezwakte mededingings- en staatssteunregels van toepassing zijn;
3. Onderwijs dat wordt aangeboden als puur economische dienst, zoals avondscholing, cursussen, e.d. valt volledig onder de mededingings- en staatssteunregels.

In de praktijk is het onderscheid tussen onderwijs dat kwalificeert als dienst van algemeen belang en onderwijs dat wordt aangeboden als puur economische dienst vaak niet helder. Er is sprake van een hybride systeem. Private aanbieders van opleidingen geven aan dat er met name klachten zijn over marktverstoring bij het post-initiële onderwijs[87]. Vanwege de sterke oriëntatie op het beroep, en de verwevenheid van het mbo en hbo met de beroepspraktijk, worden klachten over deze instellingen waarschijnlijk vaker genoemd door private aanbieders (bron: de open antwoorden van respondenten enquête). Er zijn wel signalen dat de nadruk in het beroepsonderwijs in de laatste jaren meer op het initiële traject is komen te liggen, waardoor de marktverstoring mogelijk afneemt.

De verwevenheid tussen publieke en private activiteiten wordt in de sectorspecifieke regels onderkend en tot op zekere hoogte ook aangemoedigd, zolang het de kwaliteit van het onderwijs en onderzoek ten goede komt. In de Notities Helderheid wordt dit spanningsveld tussen onderwijs als dienst van algemeen belang en onderwijs als economische dienst als volgt geformuleerd:

> De kern van deze uitgangspunten vormt het algemene beginsel dat het investeren met publieke middelen in private activiteiten toegestaan is, zolang deze investering aantoonbaar (mede) ten goede komt aan de publieke taak van de instelling. Achtergrond voor het onder condities toestaan van het aanwenden van publieke middelen voor private activiteiten van onderwijsinstellingen is de aanname dat dit goed is voor de innovatie, kennisvermeerdering en de kwaliteit van het publiek bekostigd onderwijs en onderzoek. In de notitie Helderheid 2003 is het bovenstaande onder andere geoperationaliseerd in de regel dat door de investering geen concurrentievervalsing mag ontstaan.

Naast de verwevenheid van publieke en private activiteiten, is ook niet altijd scherp wat het verschil is tussen onderwijs als dienst van “algemeen economisch belang” en onderwijs dat wordt aangeboden als puur economische dienst. Het advies van de Juridische dienst van de Europese Commissie, dat de Raad van State inwon bij de casus Open Universiteit Nederland, is illustratief in dit verband.

**Box 12 Uitspraak LOI-NTI**

De LOI en de NTI spanden een rechtszaak aan tegen de minister van OCW, naar aanleiding van een nieuwe opleiding die de Open Universiteit was gestart. Het betrof een HBO-opleiding die ook door beide private aanbieders werd aangeboden. Uit het advies dat de Raad van State inwon bij de Juridische dienst van de Europese Commissie blijkt dat deze de opleiding van de OU niet als een economische activiteit beschouwt:

“In uw verzoek zet u uiteen dat de litigieuze opleiding een initiële opleiding betreft, die deel uitmaakt van het nationale stelsel van universitair onderwijs in Nederland. Tevens blijkt uit de begeleidende informatie bij uw verzoek dat de OUN een wettelijk taak heeft tot het verzorgen van afstandsonderwijs, en onderworpen is aan de wetgeving op het gebied van wettelijk collegegeld en de toelating van leerlingen. Tenslotte verklaart u dat de litigieuze opleiding grotendeels door de Nederlandse staat wordt bekostigd. In het licht van de hierboven uiteengezette beginselen lijkt de betrokken activiteit niet van economische aard te zijn, in zoverre kan worden

[87] Het post-initieel onderwijs wordt aangeboden door zowel niet-bekostigde instellingen en publiek bekostigde instellingen voor middelbaar en hoger onderwijs. De niet-bekostigde onderwijsaanbieders die voldoen aan de in de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW) gestelde eisen op het terrein van kwaliteitszorg, opleiding en examens zijn zogenoemde rechtspersoonlijkheden voor geaccrediteerd onderwijs. De overheid bekostigt deze opleidingen dus niet, maar erkent de diploma’s wel.

aangetoond dat de Nederlandse staat, door de opleiding te financieren, zijn sociale, culturele en opvoedkundige taak jegens zijn bevolking vervult en in zoverre die financiering een aanzienlijk gedeelte van de kosten van deze opleiding dekt, zodat er geen reëel verband bestaat tussen de feitelijke kosten van de litigieuze opleiding en de eventuele particuliere vergoedingen die voor de opleiding worden betaald. Het feit dat een dergelijke dienst tevens wordt aangeboden door concurrerende particuliere organisaties, zoals de verzoekers in de bij u aanhangige zaak, betekent niet dat die activiteit automatisch een economische activiteit is".[88]

Hoewel de Open Universiteit uiteindelijk stopte met het aanbieden van deze hbo-opleidingen, was dat niet noodzakelijk op basis van het advies van de Europese Commissie. De opleiding werd immers niet beschouwd als een economische activiteit. De wettelijke taak van de OUN en de bekostiging door de Nederlandse staat wogen in dit advies zwaarder.

### Activiteiten die onder de sectorspecifieke regelgeving vallen

Op basis van de sectorspecifieke regelgeving gaan we kort na welke activiteiten hier onder vallen.

#### *Universitaire gedragscode met betrekking tot marktactiviteiten*

De eerste contouren voor sectorspecifieke gedragsregels werden reeds in 1999 opgesteld door de universiteiten[89]. In de preambule bij de universitaire gedragscode geeft de VSNU aan dat de universiteiten van mening zijn dat zij slechts voor een gering deel van hun activiteiten in concurrentie treden met particuliere ondernemingen. Het betreft de zogenaamde "marktactiviteiten". Dit is een sectorspecifieke definitie, die bewust afwijkt van de gebruikelijke term van economische activiteiten. Toepassing van de term economische activiteiten op de universitaire sector leidt er onder andere toe dat fundamenteel onderzoek met gemengde publieke en private financiering niet meer mogelijk zou zijn.

Er is sprake van marktactiviteiten als aan twee criteria is voldaan:

1. de activiteiten worden verricht op markten waar daadwerkelijk particuliere ondernemingen opereren en waar niet alleen sprake is van concurrentie tussen universiteiten onderling;
2. de activiteiten worden verricht op markten waar prijzen met een winstopslag worden gehanteerd.

De gedragscode beoogt marktverstoring te voorkomen door het stellen van regels die de universiteiten bij het uitoefenen van marktactiviteiten in acht zullen nemen, en door een klachtenprocedure in de gedragscode op te nemen die bijdraagt aan de naleving en controle van de gedragscode. De belangrijkste gedragsregels uit de gedragscode zijn:

- Doorberekenen integrale kostprijs;
- Voeren van een aparte administratie;[90]
- Heffing van omzetbelasting en/of vennootschapsbelasting conform de heersende regelgeving;
- Doorberekenen meerwaarde van waardevolle gegevens verkregen vanuit publieke taak in de uiteindelijke prijs.

De gedragscode bevat ook een klachtenprocedure. Een ondernemer die van mening is dat een universiteit deze gedragscode heeft overtreden kan hierover schriftelijk een klacht indienen bij het College van Bestuur van de betreffende universiteit.

---

88 201107134/1/Al- Brief van 31 augustus 2012.

89 Universitaire gedragscode met betrekking tot marktactiviteiten, VSNU, 1999.

90 De concrete uitvoering hiervan blijft vrijblijvend. Er staat enkel het volgende geformuleerd: "De universiteiten dragen er zorg voor dat door middel van een aparte administratie kan worden aangetoond dat voor de marktactiviteiten de integrale kostprijs is berekend".

*De notitie Helderheid*

De notitie Helderheid (2003) voor het hoger onderwijs bevat richtlijnen op 9 thema's:

1. Uitbesteding;
2. Investeren van publieke middelen in private activiteiten;
3. Het verlenen van vrijstellingen;
4. Bekostiging van buitenlandse studenten;
5. Collegegeld niet betaald door student zelf;
6. Studenten volgen modules van opleidingen;
7. De student volgt een andere opleiding dan waarvoor hij is ingeschreven;
8. Bekostiging van maatwerktrajecten;
9. Bekostiging van het kunstonderwijs.

Met name de thema's 2, 6 en 8 zijn relevant voor de activiteiten die onder de Wet Markt en Overheid zouden vallen. Onder Thema 2 (Investeren van publieke middelen in private activiteiten) wordt gesteld:

> "De investering moet in redelijke verhouding staan met wat de uitvoerder moet doen. Het is de verantwoordelijkheid van de universiteit of hogeschool om afspraken te maken die de kosten van de private partij dekken. Er mag door de investering geen concurrentievervalsing ontstaan."

Onder Thema 6 (Studenten volgen modules van opleidingen) wordt ingegaan op het volgen van deeltijdonderwijs. De instelling moet een commercieel tarief in rekening brengen met het oog op concurrentievervalsing. Onder Thema 8 (Bekostiging van maatwerktrajecten) wordt ingegaan op maatwerktrajecten. De richtlijn noemt hier concurrentievervalsing niet maar zegt alleen: "Ook moeten instellingen zich niet concentreren op het aanbieden van maatwerktrajecten met het oog op het ontvangen van een bijdrage van zowel de overheid als van de andere partij". In het jaarverslag moet door de instelling worden opgenomen voor welke bedrijven of organisaties welke maatwerktrajecten zijn georganiseerd en hoeveel studenten daarbij zijn betrokken.

De sectorspecifieke regels schrijven voor dat bij contract- of marktactiviteiten de integrale kostprijs moet worden doorberekend in de prijs. Deze regel is verder uitgewerkt in het controleprotocol, dat vervolgens weer de basis is voor controle door de accountant en steekproefsgewijze controle door de Inspectie.

*De handreiking voor de inrichting van onderwijskundige publiek/private arrangementen*

De "Handreiking voor de inrichting van onderwijskundige publiek/private arrangementen" verscheen in 2011, en is in combinatie met de Notities Helderheid de belangrijkste leidraad voor de sector als het gaat om private activiteiten die mogelijk marktverstorend werken. Onder "publiek-private arrangementen" wordt in deze handreiking verstaan een activiteit waarbij een instelling om onderwijskundige redenen direct of indirect betrokken is bij de uitoefening van een economische activiteit, bijvoorbeeld teneinde studenten in het kader van een bekostigde opleiding praktijkervaring te laten opdoen. Hierbij kan het gaan om onderwijsactiviteiten in een door de onderwijsinstelling opgerichte onderneming of in een consortium van meerdere publieke en private partijen. Kenmerkend voor publiek-private activiteiten is dat de onderwijskundige activiteit plaatsvindt in een omgeving waarin ook een economische activiteit plaats vindt.

De handreiking stelt dat de inzet van publieke middelen bij publiek/private arrangementen proportioneel moet zijn en dat de continuïteit van het onderwijs gewaarborgd moet blijven. Ook zegt de handreiking dat publiek-private activiteiten niet mogen leiden tot "oneerlijke concurrentie". Het uitgangspunt is daarom dat ook bij dergelijke activiteiten de integrale kostprijs wordt doorberekend

in de uiteindelijke prijzen van de goederen en/of diensten. Dit wordt verder geconcretiseerd in drie aandachtspunten:

- De instelling kan desgewenst aantonen dat geen sprake is van concurrentievervalsing of kruissubsidiëring;
- De kostentoerekening is integraal en inzichtelijk;
- De instelling hanteert de uit de Regeling jaarverslaggeving onderwijs voortvloeiende eisen ten aanzien van transparante administratie waarbij publieke en private geldstromen apart inzichtelijk worden gemaakt.

### Vergelijking met Wet MenO

Een rechtstreekse vergelijking tussen de sectorspecifieke regelgeving in het onderwijs en de Wet MenO is nog niet zo eenvoudig te maken, ook omdat meerdere documenten, notities en richtlijnen die kaders stellen voor onderwijsinstellingen. We gaan bij de vergelijking uit van de hierboven genoemde documenten en notities.

De Wet MenO bevat vier gedragsregels die het gelijke speelveld tussen overheden en ondernemingen beogen te creëren en concurrentievervalsing beogen tegen te gaan (zie ook hoofdstuk 2):

1. Allereerst moeten overheden ten minste de **integrale kosten doorberekenen** in hun tarieven;
2. Ten tweede geldt er een **bevoordelingverbod**;
3. Ten derde zijn er restricties gesteld aan **gegevensgebruik**;
4. Als laatste is een **functiescheiding** verplicht.[91]

De Gedragscode Marktactiviteiten (1999) bevatte elementen die erg lijken op de latere gedragsregels van de Wet Markt en Overheid. Er was expliciet aandacht voor activiteiten die marktverstorend kunnen werken, en ook werd een poging gedaan om deze helder te definiëren. Of de gedragscode nog “leeft” is de vraag. Op de website van de VSNU wordt de “gedragscode marktactiviteiten” niet getoond, zelfs niet bij de speciale pagina over de geldende gedragscodes. Wel wordt naar deze gedragscode verwezen in de Code goed bestuur universiteiten 2013, onder artikel 4.4. Marktactiviteiten.

In de Notities Helderheid (2003) is met name aandacht voor het doorberekenen van de integrale kostprijs. De overige gedragsregels uit de Wet MenO worden niet genoemd. De sectorspecifieke regels zijn op onderdelen veel gedetailleerder dan de Wet MenO, maar niet primair gericht op voorkomen marktverstoring. De focus ligt op het voorkomen van weglek van publieke middelen. De notities Helderheid benoemen vanuit dat oogpunt specifiek de risicovolle activiteiten, en stellen daar ook gedetailleerde regels voor op. In de meest recente Handreiking publiek/private arrangementen (2011) wordt het voorkomen van oneerlijke concurrentie specifiek genoemd: “De instelling kan desgewenst aantonen dat geen sprake is van concurrentievervalsing of kruissubsidiëring”. De onderwijskundige noodzaak om deze activiteiten te ontplooien staat niet ter discussie.

Gezien het bovenstaande constateren we dat de huidige sectorspecifieke regels zijn ontstaan vanuit een sterk bewustzijn over de risico’s van publieke bekostiging van private activiteiten: de overheid wil ‘weglek’ van publieke bekostiging voorkomen. Veel aandacht gaat dan ook uit naar controle op de naleving van de bekostigingsregels. Het doorberekenen van de integrale kostprijs is daarvan een component. Een belangrijk uitgangspunt in de Wet MenO wordt op deze manier (wat indirect) geborgd in de sectorspecifieke regels. De overige drie gedragsregels zijn in niet terug te vinden in de sectorspecifieke regels. Overigens is het bewustzijn over de risico’s van publiek-private samenwerking wel groot, mede door de eerdere crisis in de onderwijssector en de vrees

[91] Mededingingswet Artikel 25 I tot en met L.

voor sancties, terugvordering van bekostiging en reputatieschade. Dit bewustzijn is echter vooral gericht op de interne risico's voor de instelling zelf, en veel minder voor de mogelijke schade die ondernemers ondervinden.

### *4.4.3 Zorgen de specifieke regels in het onderwijs voor gelijke voorwaarden tussen overheden en bedrijfsleven waar zij met elkaar concurreren?*

De vraag of de specifieke regels in het onderwijs voor gelijke voorwaarden zorgen tussen overheden en bedrijfsleven, kan op basis van diverse invalshoeken worden belicht. Allereerst is het van belang om te onderkennen dat "specifieke regels in het onderwijs" een breed begrip is. Er is geen sprake van één document dat alle activiteiten van onderwijsinstellingen die mogelijk marktverstorend werken, reguleert. Naast de notities Helderheid, hebben onderwijsinstellingen te maken met andere regelgeving, die van invloed kunnen zijn op het concurrentievermogen.
Zo zijn er specifieke regels voor bekostigde onderwijsinstellingen, die het moeilijker kunnen maken om opleidingen aan te bieden op locaties buiten de eigen regio. Daar hebben private aanbieders niet mee te maken. Omgekeerd is het lastig voor private aanbieders om toegang te krijgen tot de markt, zeker in geval er een macrodoelmatigheidstoets uitgevoerd moet worden. Die beschermt in zekere zin de bestaande aanbieders van opleidingen, omdat de aanloopkosten voor het starten van een nieuwe opleiding hoog zijn.

We belichten het vraagstuk in deze paragraaf vooral vanuit de data uit de enquête en gesprekken met ondernemers.

#### Inzichten vanuit de enquête

**Ervaren concurrentie en ervaren hinder** – Van de ondernemers die zich rekenen tot de onderwijssector, geeft circa 60% van de respondenten aan (zeer) sterke concurrentie van overheden/onderwijsinstellingen te ervaren. Hierbij dient expliciet rekening gehouden te worden met het grote verschil in respons via de brancheverenigingen) in verhouding tot de respons per brief.

**Tabel 4.2 Stelling: In welke mate ervaart uw onderneming concurrentie van overheden/ overheidsbedrijven/onderwijsinstellingen? (n=54, selectie op sector 'onderwijs')**

| | Totaal (n=50) | Brief (n=6) | Branche (n=48) |
|---|---|---|---|
| Geen | 2% | 17% | 0% |
| Beperkt | 24% | 33% | 23% |
| Sterk | 54% | 17% | 58% |
| Zeer sterk | 7% | 0% | 8% |
| Geen zicht op | 6% | 33% | 2% |
| Geen antwoord | 7% | 0% | 8% |

Bron: Ecorys, 2015.

Wat betreft de ervaren hinder van deze concurrentie stellen deze ondernemers aanzienlijk wat hinder te ervaren (ruim 80% is het eens met de stelling). Ook hier geldt dat de respons via de brancheverenigingen) veel hoger is en deze groep ook veel meer hinder ervaart (zie tabel hierna), waardoor voorzichtigheid geboden is bij de interpretatie van deze resultaten (te denken valt aan de risico's op bias zoals beschreven in het eerste hoofdstuk.

**Tabel 4.3 Stelling: Mijn onderneming ervaart hinder van concurrentie door overheden en/of onderwijsinstellingen (n=50, selectie op sector 'onderwijs')**

| | Totaal (n=50) | Brief (n=6) | Branche (n=44) |
|---|---|---|---|
| Zeer eens | 52% | 0% | 59% |
| Eens | 32% | 33% | 32% |
| Niet eens/niet oneens | 4% | 0% | 5% |
| Oneens | 4% | 33% | 0% |
| Zeer oneens | 6% | 17% | 5% |
| Geen antwoord | 2% | 17% | 0% |

Bron: Ecorys, 2015[92]

**Vormen van ongelijke concurrentie -** Belangrijke vormen van ervaren ongelijke concurrentie zijn (i) het hanteren van tarieven die onder de kostprijs van de ondernemer liggen en (ii) de verschillen in fiscale wet- en regelgeving (bijvoorbeeld de BTW-plicht). Marktonderzoeksbureaus noemen specifiek de toegang tot steekproefgegevens die zij zelf alleen tegen betaling (of helemaal niet) hebben.

**Typen onderwijs en onderzoek**– Aanbieders van opleidingen en trainingen noemen met name het hbo en het mbo als typen onderwijs waar men concurrentie ervaart. Een aantal voorbeelden uit de enquête die door meerdere respondenten zijn genoemd, zijn:

- Hogescholen die projectmanagement certificeringen aanbieden
- Nederlands/NT2/Nederlands op de werkvloer - voor anderstaligen
- Opleidingen die ook door ROC' s gegeven worden, dus Crebo-MBO 4 opleidingen
- Opleidingen EHBO en Medic First Aid (internationale variant) door scholen
- Opleidingen op het gebied van informatieveiligheid
- Opleidingen VCA door scholen/ Veiligheidsopleidingen
- Taaltrainingen
- Verkort beroepsonderwijs

De markt- en beleidsonderzoeksbureaus noemen veelvuldig de volgende activiteiten:

- Alle vormen van marktonderzoek
- Arbeidsmarkt onderzoek
- Beleidsonderzoek
- Toegepast wetenschappelijk onderzoek
- Medewerkerstevredenheidsonderzoek (MTO)
- Klanttevredenheidsonderzoek
- Imago-onderzoek

Uit de enquête blijkt dat een groot deel van de respondenten concurrentie ervaart van onderwijsinstellingen, zowel op het terrein van onderwijs als onderzoek (zie paragraaf 3.4).

### Inzichten vanuit gesprekken met ondernemers en toezichtpraktijk

Uit interviews met vertegenwoordigers van marktpartijen komt een aantal klachten naar voren. Hieruit wordt duidelijk dat een deel van de klachten betrekking heeft op de Wet MenO-problematiek, maar dat een deel van de klachten ook buiten de reikwijdte van de Wet MenO zou vallen (mocht deze van toepassing zijn).

[92] Enquête Ecorys (2015) vraag 12.2 Stelling: Mijn onderneming ervaart hinder van concurrentie door overheden en/of onderwijsinstellingen.

**Klachtenloket** - Een betrouwbaar overzicht en analyse van klachten ontbreekt. De Inspectie van het Onderwijs ontvangt nauwelijks klachten; onduidelijk is of dat komt omdat men de Inspectie niet als een logisch en vindbaar loket beschouwd, of dat er daadwerkelijk weinig klachten zijn.

Hoewel de VSNU in de Gedragscode spreekt over een klachtenloket voor ondernemers, onder de hoede van het CvB van een instelling, is niet duidelijk of deze loketten ook worden ingevuld. Ondanks dat onderwijs is uitgezonderd in de Wet MenO en de ACM dus geen toezichtstaak heeft, zijn er bij ACM wel 8 klachten binnengekomen (maart 2012-december 2014) ACM kan niets met de signalen doen omdat ze formeel niet bevoegd zijn.

In theorie zouden ondernemers met beroep op de sectorregels een signaal kunnen afgeven bij de instelling zelf of bij de Inspectie. In de praktijk gebeurt dat niet. Ondernemers geven aan dat ze soms ook afhankelijk zijn van de expertise van universiteiten: soms concurreert men met elkaar en soms vormt met combinaties met universiteiten om opdrachten te verwerven. Om de relaties met potentiële partners en opdrachtgevers niet te verstoren, kiest men zelden de confrontatie.

De **commerciële onderzoeksbureaus** geven aan dat bij contractonderzoek voor overheden, universiteiten een belangrijke concurrent zijn. In één casus kreeg een onderzoeksbureau dat een openbare aanbesteding voor een ministerie had verloren, inzage in het winnende voorstel dat door een universiteit was ingediend. Volgens de inschatting van dit bureau werden de werkzaamheden aangeboden onder de kostprijs, en bood de universiteit eigen middelen aan (matching) om de prijs laag te houden. Soortgelijke signalen, op grotere schaal, worden afgegeven sinds de oprichting van het Nationaal Regieorgaan Onderwijsonderzoek (NRO), onder de NWO. In de richtlijnen van de NWO mogen universiteiten bepaalde kosten niet doorberekenen omdat deze al bekostigd zijn. Commerciële onderzoeksbureaus zijn genoodzaakt deze kosten wel door te berekenen. Zo wordt het voor private partijen veel moeilijker om onderzoeksopdrachten te verwerven. De afspraak die de NWO maakt met de universiteiten ondergraaft bovendien de eigen sectorregels.

De commerciële onderzoeksbureaus signaleren ook dat ze concurrentie ervaren van lectoren aan hbo-instellingen. Lectoren en hoogleraren worden in toenemende mate afgerekend op het verwerven van derde geldstroomonderzoek onder het mom van kennisvalorisatie. Daarnaast hebben ze de plicht om onderzoek te verbinden met het onderwijs. Dat leidt er in de praktijk soms toe dat studenten op grote schaal worden ingezet voor veldonderzoek. Zo krijgen studenten meer studiepunten naarmate ze meer interviews hebben afgenomen. Daarbij dreigen ze directe concurrent te worden van commerciële onderzoeksbureaus.

De commerciële onderzoeksbureaus benadrukken dat het fundamentele onderzoek bij universiteiten niet ter discussie staat: dat is een zaak van algemeen belang. Ook het toegepaste onderzoek bij hogescholen, in kader van de initiële opleiding van studenten, hoort thuis aan onderwijsinstellingen en een lagere vergoeding is hiervoor gerechtvaardigd. Als “tegenprestatie” moeten de onderzoeksresultaten van dit type onderzoek altijd openbaar zijn. De “pijn” zit met name in het gebrek aan transparantie over de kosten en opbrengsten van onderzoek in opdracht van derden, waarvan de resultaten niet openbaar gemaakt worden. Volgens de commerciële onderzoeksbureaus zou, om een gelijk speelveld te waarborgen, in dit geval ook de volledige kostprijs doorberekend moeten worden.

Bij de **private opleidingsbureaus** komen vanuit interviews ook diverse klachten naar voren. Er zijn gevallen bekend waarbij de cursusprijs laag wordt gehouden door reguliere, bekostigde, studenten in één klas te zetten met private cursisten. Ook diverse andere subtiele vormen van kruissubsidiëring worden vermoed, zoals bij het opstarten van nieuwe opleidingen, waarbij de onderzoekskosten worden betaald uit de reguliere bekostiging. Docenten die in het initiële

onderwijs werken tegen een gereduceerd tarief kunnen postinitieel onderwijs verzorgen of hun voorbereidingstijd niet in rekening brengen. Ook kunnen de materiaalkosten, huisvestingskosten en andere vaste kosten in het postinitiële deel laag gehouden worden door ze vooral in het bekostigde, initiële deel te laten vallen en ze niet of onvolledig door te rekenen in de tarieven voor het postinitiële onderwijs. Onderwijsinstellingen profiteren van gebouwen en allerlei faciliteiten die private aanbieders zelf moeten verwerven. Toegang tot faciliteiten zou een eerlijkere concurrentie mogelijk maken. In de praktijk komt men marktverstorende activiteiten het meeste tegen in het hbo, en minder in het mbo en wo. De mbo-sector heeft min of meer uitgesproken dat het mbo er is voor de initiële beroepsopleiding voor jongeren. Daar vult het private onderwijs het publieke onderwijs dus goed aan.

### *4.4.4 Zijn de sectorspecifieke regels effectief om concurrentievervalsing tegen te gaan?*

Hoewel de aanleiding en het doel van de sectorspecifieke regelgeving allereerst gelegen zijn in het voorkomen van weglekken van publieke bekostiging, en minder in het doel van de Wet MenO, kan het toch zo zijn dat de regels in de praktijk een vergelijkbaar effect hebben en uiteindelijk de concurrentievervalsing verminderen. Vanuit diverse bronnen zijn er aanwijzingen dat de sectorspecifieke regels inderdaad effect hebben op het gedrag van onderwijsinstellingen, tegelijkertijd zijn er ook signalen dat de sectorspecifieke regels niet sterk genoeg zijn, en signalen dat de uitzondering voor onderwijs in de Wet M&O niet nodig is.

#### Voordelen van sectorspecifieke regels

Vanuit de literatuur en de gesprekken komen een aantal voordelen van sectorspecifieke regels naar voren.

**Reikwijdte en draagvlak sectorspecifieke regels in de sector is groot** – Met sectorbrede afspraken, die door zowel de overheid als de scholen worden onderschreven, zijn alle onderwijsinstellingen gebonden aan de gedragsregels. De onderwijsinstellingen hebben, mede naar aanleiding van reputatieschade in het verleden, ook aangedrongen op heldere regelgeving. De kans dat de regels daarmee worden nageleefd lijkt dan ook groter. Dat is een voordeel ten opzichte van de situatie waarin een wet wordt opgelegd, waarvan de noodzaak door betrokken instellingen niet wordt gevoeld.

**De algemeen belang uitzondering is in sectorspecifieke regelgeving niet mogelijk** - In tegenstelling tot de organisaties die wel onder de Wet MenO vallen, kan er voor onderwijsinstellingen geen beroep worden gedaan op de uitzonderingsregel voor algemeen belang. Ook dat heeft als voordeel dat alle onderwijsinstellingen zich moeten afvragen welk deel van de activiteiten concurrentieverstorend kunnen werken. In het geval onderwijsinstellingen niet langer uitgezonderd zouden zijn van de Wet MenO, zouden overheden overigens alsnog een algemeen belang besluit voor het onderwijs kunnen nemen.

#### Factoren die de effectiviteit van sectorspecifieke regels beperken

De sectorspecifieke regels kennen ook een aantal beperkingen. Uit de literatuur en de gesprekken met toezichthoudende instanties komen een aantal beperkingen naar voren.

**Kruissubsidiëring onder voorwaarden toegestaan** - Baarsma & Theewes[93] concludeerden eerder dat de concurrentieverhoudingen tussen bekostigde instellingen en niet-bekostigde instellingen per definitie niet gelijk zijn, vanwege de rijksbijdrage aan het bekostigde onderwijs binnen een gesloten bestel. Deze financiering grijpt primair aan op de markt voor initieel onderwijs,

[93] Baarsma & Theeuwes (2010). Vouchers voor vaardigheden. Over de rol van de overheid op de markt voor post-initieel onderwijs. Onderzoek in opdracht van NRTO.

maar werkt door in de markt voor postinitieel onderwijs. Zo bestaat het risico op kruissubsidiëring: publieke gelden die voor het initiële onderwijs bedoeld zijn kunnen ook gebruikt worden in het postinitiële deel. Onder bepaalde voorwaarden, zoals beschreven in de notities Helderheid, is deze kruissubsidiëring expliciet toegestaan. Het argument dat daarvoor gegeven wordt, is: “Die activiteiten kunnen immers een bijdrage leveren aan de verhoging van de kwaliteit van het onderwijs of onderzoek, of aan de doelmatigheid of toegankelijkheid van het onderwijs.” Er wordt niet ingegaan op de averechtse effecten op doelmatigheid en toegankelijkheid doordat deze activiteiten private spelers op achterstand plaatsen. Sommige scholen hebben in de afgelopen jaren hun commerciële activiteiten ondergebracht in een aparte organisatie. Andere instellingen hebben de commerciële tak opgeheven en het aanbod afgebouwd of geïntegreerd in de bestaande organisatie. Met name het feit dat de bekostigde onderwijsinstellingen faciliteiten als huisvesting en personeel in kunnen zetten voor commerciële activiteiten, stuit op bezwaren.

**Begripsverwarring** - Omdat de verschillende soorten onderwijs binnen één instelling worden aangeboden, is er in de praktijk moeilijk onderscheid te maken tussen diensten die vallen onder het algemeen belang en diensten die als economische activiteit kwalificeren. Ook de vele begrippen die worden gehanteerd voor het aanduiden van deze activiteiten, maken de transparantie niet beter. De Algemene Rekenkamer[94] constateerde eerder dat er een onoverzichtelijke hoeveelheid notities is ontstaan die de kaders moet stellen om o.a. concurrentievervalsing tegen te gaan. Ook worden er verschillende termen gebruikt: marktactiviteiten, publiek/private arrangementen en contractactiviteiten.

Hoewel de instellingen in hun jaarverslagen de omvang van de private activiteiten opgeven, is vanwege deze afwijkende definities niet op voorhand duidelijk welk deel van de activiteiten onder de Wet MenO zouden vallen. De instellingen zelf rekenen het grootste deel van de activiteiten tot de ‘wettelijke taken’: slechts 2% van de activiteiten zouden (in potentie) ook onder de Wet MenO vallen. Dit is deels een definitiekwestie: veel activiteiten komen inderdaad ten goede aan het onderwijs, maar kunnen tegelijkertijd ook als marktverstorende activiteiten worden gezien.

**De gehele onderwijsinstelling is uitgezonderd** van de Wet MenO – In de uitzonderingsbepaling van artikel 25 wordt gesproken over onderwijsinstellingen, met verwijzing naar de begrippen in de diverse onderwijswetten. Daarmee zijn de onderwijsinstellingen als gehele organisatie uitgezonderd, ongeacht welke activiteiten zij ontplooien.  Baarsma (2010) merkt in diverse publicaties op, dat de wetgever hier een kans gemist heeft. Een scherper onderscheid tussen activiteiten van algemeen belang (zoals het initieel onderwijs) en economische activiteiten (zoals post-initieel onderwijs) zou klachten en problemen kunnen voorkomen. De uitzonderingsregels zouden dan alleen moeten gelden voor het initiële onderwijsactiviteiten. Daar is ook op basis van de gesprekken met ondernemers iets voor te zeggen: zij geven aan dat de overheidsbemoeienis met het funderend onderwijs vanzelfsprekend is. Het onbegrip zit bij het post-initiële deel van onderwijsactiviteiten.

Omdat de wet de onderwijsinstellingen als geheel uitzondert, kan men in de praktijk geen bezwaar aantekenen. In diverse notities wordt daarom gepleit voor een uitzondering in de wet voor “onderwijsactiviteiten” in plaats van de gehele instelling.

**Nadruk op onderwijsactiviteiten** - De nadruk in sectorspecifieke regelgeving ligt op de onderwijsactiviteiten; aan vormen van contractonderzoek die mogelijk marktverstorend werken, wordt in de regels geen expliciete aandacht besteed. Met name de marktonderzoeksbureaus benadrukken dat de omvang van contractonderzoek door universiteiten veel groter is dan de omvang van contractonderwijs.

[94] Algemene Rekenkamer (2012). Publieke organisaties en private activiteiten (Kamerstuk 30 220 nr.4).

Daarnaast zijn er nog **diverse andere irritaties** benoemd, die hieronder kort zijn samengevat.

**Box 13 Overige irritaties**

In de gesprekken met ondernemers komen diverse klachten over activiteiten naar voren, die ook indien de Wet MenO van toepassing zou zijn, niet onder de Wet MenO vallen. Deze activiteiten kunnen echter wel tot grote ergernis en verlies aan inkomsten leiden:

- Diverse onderwijsadviesbureaus merken dat de onderwijskoepels allerlei diensten gratis gaan aanbieden aan hun leden. Het gaat dan bijvoorbeeld om: werving en selectie van directieleden, advies bij het aanvragen en besteden van subsidies, het geven van trainingen en cursussen. Omdat het om verenigingen gaat die door leden worden bekostigd, kan ook in het geval onderwijs geen uitzondering is, de wet hier geen oplossing bieden. De koepels worden indirect bekostigd via de overheid: men kan ervoor pleiten om de sectorale afspraken met onderwijsinstellingen ook hier in acht te nemen;
- De overheid heeft een aantal jaren geleden de eigen opleidingstak verkocht (Rijksopleidingsinstituut). Inmiddels is de overheid weer druk doende om met eigen medewerkers een opleidingsacademie op te zetten. Vergelijking van het opleidingsaanbod van de Rijksacademie met het voormalige ROI laat zien dat er veel vergelijkbare opleidingen worden aangeboden;
- Op gemeentelijk niveau zijn er diensten Onderzoek en Statistiek die activiteiten uitbreiden naar andere gemeenten.
- Het CBS is met het Centrum voor Beleidsstatistiek ook actief op de onderzoeksmarkt voor overheden en semi-publieke instellingen. Omdat het Centrum voor Beleidsstatistiek dichter op de bron zit,, merken commerciële onderzoeksbureaus dat ze opdrachten kwijtraken;
- De overheid verlegt geldstromen voor onderzoek. Een voorbeeld is het onderzoek op het beleidsterrein van onderwijs. Voorheen besteedde OCW dit onderzoek uit aan onder commerciële onderzoeksbureaus en universiteiten. Een deel van de financiering voor beleidsonderzoek loopt nu via het Nationaal Regieorgaan Onderwijsonderzoek, onderdeel van NWO. In de praktijk is deelname van universiteiten in consortia noodzakelijk om projecten te kunnen winnen[95]. Op termijn wil de NRO nog meer onderwijsonderzoek via dit orgaan laten uitvoeren.

### *4.4.5 Hoe worden de sectorspecifieke regels gehandhaafd?*

**Inzichten vanuit bestaand onderzoek**

De controle op naleving van de criteria lijkt vrij algemeen te zijn, getuige de richtlijnen voor verslaglegging. De bekostigde instelling dient een overzicht te geven van de bedragen uit de rijksbijdrage die gemoeid zijn met investeringen in private activiteiten, met aanduiding van de activiteiten waarvoor die bedragen zijn geïnvesteerd. Bij uitbesteding dient de instelling te melden en verantwoorden wat er uitbesteed is. In beide gevallen wordt niet verlangd dat inzicht wordt verschaft in de kostencalculatie zodat het niet goed mogelijk is om na te gaan of wel of geen sprake is van concurrentievervalsing (zie ook Baarsma en Theeuwes[96]). Daarnaast moet de instelling zich zowel richting OCW als richting relevante stakeholders over de publieke en private geldstromen en activiteiten op transparante wijze verantwoorden.

In het recente Onderwijsverslag over 2013/2014[97], concludeert de Inspectie dat de risico's van private activiteiten (namelijk verlies en ongelijke concurrentie) door de instellingen worden onderkend, maar dat de openbare verantwoording een aandachtspunt is.[98]

---

95 Zie interview met directeur NRO in Didactief, mei 2015.

96 Baarsma & Theeuwes (2010). Vouchers voor vaardigheden. Over de rol van de overheid op de markt voor post-initieel onderwijs. Onderzoek in opdracht van NRTO.

97 Inspectie v h Onderwijs (2015). De staat van het onderwijs. Onderwijsverslag 2013/2014.

### Inzichten vanuit gesprekken toezichtspraktijk

**Bewustzijn over regels lijkt groot** - De naleving van de notities Helderheid wordt door OCW en de Inspectie op verschillende manieren gestimuleerd. Tussen 2010 en 2012 is er een expertisecentrum publiek/privaat actief geweest binnen OCW. Dat expertisecentrum beoogde onderwijsinstellingen te ondersteunen bij vraagstukken rondom private activiteiten en de naleving van de notities Helderheid. De kennis die is opgedaan is verwerkt in een handboek, dat verscheen in 2012. OCW concludeerde bij gebrek aan vragen van instellingen, dat het expertisecentrum weer kon worden opgeheven.

Een tweede manier om de naleving te borgen, is het Controleprotocol van de accountant. De onderwijssector heeft een eigen specifiek controleprotocol. De accountant controleert of aan de regels in de notities Helderheid wordt voldaan. Naast OCW en de Inspectie, speelt dus ook de accountant een rol bij het vergroten van kennis en bewustzijn over de sectorspecifieke regels.

De indruk op basis van de gesprekken met toezichthouders is dat het bewustzijn over de risico's van private activiteiten bij onderwijsinstellingen hoog is. Dat heeft te maken met de lange voorgeschiedenis, risico's op reputatieschade en potentieel verlies van bekostiging.

**Transparantie over naleving nog gebrekkig** -. De naleving van specifiek de bepalingen over Marktactiviteiten in de Code Goed bestuur blijkt nog niet uit openbare informatie (zie website VSNU[99]). De zachte formulering om de Code Goed bestuur dat een instelling "desgewenst kan aantonen dat geen sprake is van concurrentievervalsing" geeft aan dat het voorkomen van marktverstoring niet de primaire zorg is. In het recente Onderwijsverslag over 2013/2014, concludeert de Inspectie dat de risico's van private activiteiten (namelijk verlies en ongelijke concurrentie) door de instellingen worden onderkend, maar dat de openbare verantwoording een aandachtspunt is.

.

[98] "Instellingen proberen de risico's te beheersen, onder meer door zorgvuldige besluitvormingsprocedures. Een aandachtspunt vormt de openbare verantwoording over de private activiteiten".

[99] Zie: http://www.vsnu.nl/gedragscodes.

# 5 Verhouding met andere regelgeving

## 5.1 Introductie

Dit hoofdstuk gaat in op de aanvullende werking van de Wet MenO ten opzichte van andere Europese regelgeving en meer in het bijzonder op de volgende onderzoeksvragen:

**Box 14 Onderzoeksvragen hoofdstuk 5**

**1. Wat is de verhouding van de Wet Markt en Overheid met het Europese recht?**

- Op welke manier draagt deze onderlinge verhouding bij aan het bereiken van de doelen van de Wet Markt en Overheid**?**
- Bestaat er op dit vlak onnodige overlap van regelgeving?

**2. Bestaat er voldoende rechtszekerheid?**

## 5.2 Belangrijkste conclusies ten aanzien van de verhouding met andere regelgeving

### 1. Wat is de verhouding van de Wet Markt en Overheid met het Europees recht?

*Uitgangspunten andere regelgeving*

Voordat we kunnen bepalen wat de toegevoegde waarde van de Wet MenO is ten opzichte van de het Europese recht, is het van belang na te gaan wat de uitgangspunten van de andere regelgeving zijn. Daarbij is een onderscheid gemaakt tussen (i) het staatssteunrecht, (ii) het aanbestedingsrecht en (iii) het mededingingsrecht. Uitgangspunt in het staatssteunrecht is dat er geen niet-marktconforme voordelen met overheidsmiddelen mogen worden gegeven aan ondernemingen en overheidsbedrijven. Uitgangspunt in het aanbestedingsrecht is dat de overheid haar overheidsgeld op een efficiënte wijze besteedt en er gelijke behandeling is van de inschrijvers waarbij de overheid transparant moet handelen bij de keuzes die zij maakt voor de inkoop van werken, goederen en diensten. Bij het mededingingsrecht geldt dat de overheid, indien zij in de privaatrechtelijke sfeer handelt, zich ook aan verbod op misbruik van een economische machtspositie moet houden.

*Bestaat er onnodige overlap van regelgeving?*

De vervolgvraag is in hoeverre de Wet MenO en de overige regelgeving elkaar aanvullen of juist overlappen. Voor wat betreft het **staatssteunrecht** kan geconcludeerd worden dat geen overlap bestaat en de staatssteunregels en de Wet MenO elkaar aanvullen.

Ook ten opzichte van het **aanbestedingsrecht** geldt dat sprake is van een aanvullende werking en is er geen onnodige overlap. In de eerste plaats omdat de overheid binnen het aanbestedingsrecht een rol als inkoper heeft in plaats van aanbieder van economische activiteiten. Daarnaast geldt het aanbestedingsrecht enkel indien de waarde van de activiteiten hoger is dan het toepasselijke drempelbedrag. Hierdoor bestaat er geen onnodige overlap. Uit de rechtspraak (zie Bijlage E) blijkt dat er gelijktijdig een beroep wordt gedaan op de Wet MenO alsmede het aanbestedingsrecht. Hierdoor kan mogelijk worden geconcludeerd dat sprake is van aanvullende werking. Ten slotte bestaat er geen onnodige overlap tussen de **mededingingsregels** en de Wet MenO omdat het verbod van misbruik van een machtspositie op meer situaties ziet dan enkel het niet doorberekenen van integrale kosten of het bevoordelen van een overheidsbedrijf. In zoverre heeft het mededingingsrecht een aanvullende functie. Anderzijds is de toepasselijkheid van het verbod van

misbruik van machtspositie afhankelijk van de grootte van de marktpositie van de overheid, hetgeen onder de Wet MenO niet van belang is.

#### 2. Bestaat er voldoende rechtszekerheid?

Doordat er weinig tot geen onnodige overlap is tussen de Wet MenO en de overige regelgeving kan geconcludeerd worden dat de Wet MenO een extra mogelijkheid tot rechtsbescherming biedt voor ondernemers. Daar komt bij dat de Wet MenO op zichzelf duidelijk is over wat partijen kunnen verwachten. Gebleken is echter dat marktpartijen de Wet MenO desondanks complex vinden. Dit komt onder andere door de uitzonderingen in de Wet MenO (zoals het algemeen belang-besluit) en de vrijheid die de overheid heeft bij het al dan niet kwalificeren van een activiteit als een economische activiteit. Hoewel de bepalingen in de Wet MenO op zichzelf dus duidelijk zijn, wordt de Wet als complex wordt ervaren, hetgeen niet ten goede komt aan de duidelijkheid van de Wet MenO in het algemeen en daarmee aan de rechtszekerheid. Rechtszekerheid wordt mede ingevuld door de ervaringen/beleving van de burgers. Voorts is het duidelijk dat in relatie tot de rechtszekerheid de bewijslast binnen de Wet MenO een belangrijk knelpunt is. Hierbij gaat het er met name om dat het voor ondernemers zelf erg lastig is om een overtreding van de Wet MenO aan te tonen, bijvoorbeeld wanneer men vermoedt dat de overheid niet de integrale kosten doorberekent.

## 5.3 Verhouding Wet Markt en Overheid met andere wet- en regelgeving

In Hoofdstuk 2 is uiteengezet dat het doel van de Wet MenO (onder meer) is om zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen te creëren tussen overheden die als aanbieder van goederen of diensten aan derden optreden enerzijds en particuliere ondernemingen anderzijds. Hierdoor zou de ruimte om te ondernemen voor het private bedrijfsleven toe moeten nemen. De gedragsregels neergelegd in de Wet MenO zijn niet de enige regels die particuliere ondernemingen moeten beschermen tegen verstoringen van concurrentie door overheden of overheidsondernemingen. Met name de regelgeving op het gebied van staatssteun, aanbestedingen en het (algemene) mededingingsrecht zijn verwant aan de regels van de Wet MenO omdat deze regelgeving ook beoogt te voorkomen dat concurrentie wordt vervalst doordat de overheid (niet-marktconforme) voordelen aan ondernemingen of overheidsbedrijven verstrekt. Daarnaast zijn er specifieke bepalingen die zien op overheden zoals de transparantieverplichtingen uit de Transparantierichtlijn.[100] Bij het opstellen van de Wet MenO werd door de wetgever verondersteld dat de reeds bestaande regelgeving niet voldeed bij het bestrijden van concurrentiebeperkende, welvaartsverlagende gedragingen van overheden. Zoals hierna is uiteengezet is deze veronderstelling nog steeds van toepassing.

#### Verbod op staatssteun

Het verbod op staatssteun is neergelegd in artikel 107 VwEU. Staatssteun is iedere vorm van steun (i) aan een of meer ondernemingen (ii) met staatsmiddelen bekostigd, (iii) waardoor de mededinging op de interne markt wordt vervalst of dreigt te worden vervalst, wat (iv) het handelsverkeer tussen de lidstaten nadelig beïnvloed. Die steun kan uit subsidies of giften bestaan maar ook uit andere maatregelen die een voordeel bieden. De staatssteunregels beogen – kort gezegd – te voorkomen dat de concurrentie wordt vervalst doordat de overheid steun aan een bepaalde onderneming verstrekt. Die onderneming kan ook een overheidsbedrijf zijn dat een economische activiteit verricht. Ook de Wet MenO beoogt te voorkomen dat de overheid aan een bepaalde onderneming voordelen verstrekt. Vandaar de overeenkomst (en vermoeden van

[100] Daarnaast richten de algemene beginselen van behoorlijk bestuur uit de Awb zich op activiteiten van de overheid en biedt de Wet op de vennootschapsbelasting uitzonderingen voor bepaalde activiteiten van overheidsbedrijven. Daar in het kader van de evaluatie alleen is verzocht om de verhouding van de Wet Markt en Overheid met *Europese* regelgeving te onderzoeken, wordt in dit hoofdstuk niet ingegaan op de verhouding met de Awb en de Wet op de vennootschapsbelasting.

mogelijke overlap) met de Wet MenO. Zo mogen onder het staatssteunrecht geen niet-marktconforme voordelen worden verstrekt die met overheidsmiddelen worden gefinancierd. Ditzelfde uitganspunt geldt in principe ook bij de gedragsregels integrale kostendoorberekening en het bevoordelingsverbod. Die twee regels beogen te verzekeren dat de overheid bij het aanbieden van goederen en dienst marktconform handelt. Daarmee wordt aldus voorkomen dat niet-marktconforme voordelen worden verstrekt door de overheid. Bovendien wordt onder beide regels aangesloten bij het zogeheten *market economy investor principle* om te bepalen of sprake is van een niet-marktconform voordeel.[101] In zoverre gaan de Wet MenO en de staatssteunregels uit van dezelfde uitgangspunten.

De staatssteunregels bieden echter slechts beperkt soelaas omdat zij alleen van toepassing zijn indien sprake is van een grensoverschrijdend effect. En dus niet op puur nationale situatie waarbij dus de Wet MenO uitkomst biedt. Voorts zijn de staatssteunregels niet van toepassing indien sprake is van bijvoorbeeld de-minimis-steun of een niet op geld waardeerbaar voordeel, zoals functievermenging. De Wet MenO is in die gevallen wel van toepassing. Om die reden zag de nationale wetgever destijds ook een aanvullende functie voor de Wet MenO.[102] De gedragsregels zouden immers de lacunes kunnen opvullen die ontstaan in de gevallen dat de staatssteunregels niet van toepassing zijn maar wel sprake is van een niet-marktconform voordeel. Dat de Wet MenO in de praktijk ook een aanvullende functie ten opzichte van de staatssteunregels heeft gekregen, blijkt onder meer uit de in Bijlage E genoemde jurisprudentie. Daaruit blijkt dat veel ondernemers een beroep op het staatssteunverbod veelal combineren met een beroep op de Wet MenO. Een beroep op de Wet MenO vindt met name plaats wanneer er bijvoorbeeld geen sprake is van een grensoverschrijdend effect en de staatssteunregels aldus niet van toepassing zijn. De Wet MenO heeft derhalve een zelfstandige functie gekregen, voor die situaties waarin de staatssteunregels niet van toepassing zijn. Voor de Wet MenO is aldus nog immer een (aanvullende) rol weggelegd.

Zoals hiervoor uiteengezet hebben de gedragsregels integrale kostendoorberekening en het bevoordelingsverbod grosso modo dezelfde strekking als de staatssteunregels. Hierdoor voorzag de wetgever parallele toepasselijkheid van deze gedragsregels en de staatssteunregels, hetgeen zou leiden tot gelijktijdig toezicht van de Commissie (staatsteunregels) en de ACM (Wet MenO). Om te voorkomen dat gelijktijdig toezicht door de Commissie en de ACM zou plaatsvinden heeft de wetgever ervoor gekozen een uitzonderingsbepaling[103] op te nemen voor zover sprake is van staatssteun.[104] In de literatuur is ook wel betoogd dat de uitzonderingsbepaling een vreemde bepaling is, aangezien gesuggereerd wordt dat de overheid beoordelingsruimte heeft bij het vaststellen of een maatregel een steunmaatregel is of niet.[105] Een overheidsorganisatie heeft die ruimte niet omdat het de Europese Commissie en soms uiteindelijk het Hof van Justitie van de Europese Unie is die bepaalt of sprake is van een steunmaatregel. De wetgever heeft dit destijds ook onderkend maar vond desondanks dat het oordeel van de overheidsorganisatie maatgevend is voor de reikwijdte van de uitzondering:[106]

---

101 Dit beginsel houdt in dat zolang de overheid optreedt onder dezelfde voorwaarden en overwegingen als een particuliere onderneming zou doen, geen sprake is van een niet-marktconforme begunstiging.

102 Kamerstukken II, 2007-2008, 31 354, nr. 3, p. 8.

103 Artikel 25h, vierde lid, Mw. Dit hoofdstuk is niet van toepassing indien het economische activiteiten van een bestuursorgaan betreft ten aanzien waarvan een maatregel is getroffen die naar het oordeel van het bestuursorgaan kan worden aangemerkt als een steunmaatregel die voldoet aan de criteria van artikel 107, eerste lid, van het Verdrag.

104 In artikel 25j, derde lid, sub b Mw is een vergelijkbare bepaling opgenomen specifiek voor het bevoordelingsverbod. Daarin wordt overigens nog gerefereerd aan artikel 87, eerste lid, van het Verdrag. Ons inziens wordt hier artikel 107, eerste lid, van het Verdrag bedoeld, overeenkomstig artikel 25h, vierde lid Mw waar dit wel correct in is opgenomen.

105 Mr. C.T. Dekker en mr. E. Hameleers, *Aansprakelijkheid wegens schending van de Wet Markt en Overheid,* Overheid en Aansprakelijkheid 2012/85. Mr. W.T. Algera, *Wetsvoorstel Markt & Overheid,* Markt en Mededinging, december 2008, nr. 5, p. 148. Mr. R.W. de Vlam, *Het Wetsvoorstel Markt & Overheid,* V&O, 20009, nr. 10, p. 215.

106 Kamerstukken II, 2007-2008, 31 354, nr. 3, p. 35.

**Box 15 Staatssteun**

*"De beoordeling of sprake is van staatssteun in de zin van het Verdrag is de exclusieve bevoegdheid van de Europese Commissie – zij het dat het Hof van Justitie deze beoordeling kan toetsen. Dit neemt niet weg dat een bestuursorgaan een eigen verantwoordelijkheid heeft ten aanzien van de naleving van de EG-regels betreffende staatssteun. Van geval tot geval moet het vaststellen of naar verwachting sprake is van staatssteun. De uitzonderingsbepaling impliceert dat dit oordeel van het bestuursorgaan maatgevend is voor de reikwijdte van deze uitzondering. De NMa is als toezichthouder inzake de gedragsregels gehouden dit oordeel te volgen."*

Niettegenstaande hetgeen de wetgever hierover heeft opgemerkt, kunnen concurrerende ondernemers altijd bij de ACM aanvechten dat sprake is van staatssteun en aanvoeren dat de ACM wel bevoegd is op te treden op grond van de Wet MenO. In zoverre is de Memorie van Toelichting dan wellicht ook verwarrend.

### Aanbestedingsrecht

Krachtens het Europese aanbestedingsrecht is een overheidsorganisatie of publiekrechtelijke instelling die een opdracht verstrekt boven een bepaald drempelbedrag,[107] verplicht die opdracht open te stellen voor alle ondernemingen in de Europese Unie. Het doel van het aanbestedingsrecht is om vraag en aanbod beter op elkaar af te stemmen door "de markt" zijn werk te laten doen, waarmee concurrentiewerking wordt gecreëerd en een efficiënte besteding van overheidsgelden. Op die manier wordt immers de concurrentie tussen ondernemingen gestimuleerd. Op grond van de non-discriminatie en transparantiebeginselen die onder de Aanbestedingswet gelden, dient de overheid transparant te handelen en ondernemingen op een gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen. Beide beginselen zijn erop gericht de ontwikkeling van gezonde en daadwerkelijke mededinging te bevorderen door de markt voor mededinging te openen.[108] Dit is ook de achterliggende gedachte van de Wet MenO. Zo moet de aanbestedende dienst er onder het aanbestedingsrecht op toezien dat de ondernemingen niet tegen 'abnormaal lage tarieven' inschrijven. Dit komt in de kern overeen met de gedragsregels integrale kostendoorberekening en het bevoordelingsverbod, waaronder eveneens niet te lage tarieven en daardoor niet-marktconforme prijzen tarieven mogen worden gehanteerd. In beide gevallen wordt er door de overheid te weining betaalt waardioor er mogelijk een verstoring van de mededinging op de markt plaats vindt. In zoverre hebben de Wet MenO en de aanbestedingsrechtregels een vergelijkbaar doel en werking. Omdat de overheid bij aanbestedingen de rol van inkoper vervult, in plaats van de rol als aanbieder van goederen of diensten, is er echter een groot verschil tussen het aanbestedingsrecht en de Wet MenO. De insteek is geheel anders, waardoor moeilijk gesproken kan worden van overlap of aanvullende werking.

Uit de rechtspraak blijkt dat er toch een beroep wordt gedaan op de Wet MenO alsook de aanbestedingsregels. Voorbeelden waarin de gedragsregels onderwerp waren van een aanbestedingsprocedure zijn de zaken **Aanbesteding afval VAB**[109] en **Aanbesteding afval Drentse gemeenten**[110] (zie Bijlage E). In beide zaken werd (zonder succes) aangevoerd dat met te lage tarieven was ingeschreven, omdat de inschrijvende partij in strijd met de gedragsregels van de Wet MenO werd bevoordeeld door de overheid en daardoor in staat was om in strijd met de aanbestedingsregels onder de kostprijs in te schrijven op de aanbesteding. Hieruit kan worden opgemaakt dat marktpartijen (strijd met) de Wet MenO aangrijpen om op grond van het aanbestedingsrecht hun gelijk te halen. In zoverre zou mogelijk toch geconcludeerd kunnen worden dat sprake is van een aanvullende werking van de Wet MenO.

---

107 Het drempelbedrag voor leveringen en diensten is in 2015 EUR 207.000 (EUR 134.000 voor de centrale overheid).
108 Artikel 1.8 en 1.9 Aanbestedingswet.
109 Rechtbank Amsterdam, 21 februari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ1986.
110 Rechtbank Noord-Nederland, 19 maart 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:365.

### Kartelverbod en verbod op misbruik economische machtspositie

Het Europese (en Nederlandse) mededingingsrecht kent een verbod op overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst (artikel 101 VwEU en 6 Mw) en een verbod op misbruik van een economische machtspositie (artikel 102 VwEU en 24 Mw). Beiden verboden beogen concurrentievervalsing te voorkomen en zien ook op de overheid als ondernemer: overheidsorganisaties die economische activiteiten verrichten dienen ook aan de Mededingingswet te voldoen. Strijd met het kartelverbod is in dezen minder relevant omdat het kartelverbod geen hiaten kent waar de Wet MenO op inspeelt. Van *misbruik* van een economische machtspositie kan sprake zijn indien een overheidsorganisatie onbillijke aan- of verkoopprijzen oplegt of andere onbillijke contractuele voorwaarden stelt. Ook kan sprake zijn van misbruik van een economische machtspositie indien de overheidsorganisatie het sluiten van overeenkomsten afhankelijk stelt van het aanvaarden van bijkomende prestaties welke geen verband houden met het onderwerp van de overeenkomst. Uiteraard moet er eerst sprake zijn van een machtspositie voordat men toekomt aan de beoordeling of er sprake is van misbruik. Meer specifiek zou in Wet MenO-situaties sprake kunnen zijn van het willens en wetens een ondernemer van de markt verdringen. Bijvoorbeeld indien de overheid goederen of diensten aanbiedt voor een prijs die lager ligt dan haar gemiddelde variabele kosten. In dat geval kan tevens sprake zijn van strijd met de gedragsregels. Zo werd in het besluit **Bibliotheek Westland** van de ACM bij het gratis aanbieden van dvd's een beroep gedaan op zowel de Wet MenO alsook misbruik economische machtspositie.[111] Beide beroepen werden echter afgewezen: de Wet MenO was niet van toepassing omdat de bibliotheek geen bestuursorgaan of overheidsorganisatie is. Voorts bleek na een eerste onderzoek dat het zeer onwaarschijnlijk was dat er sprake was van een economische machtspositie. Dit leidde ertoe dat de klacht op grond van het mededingingsrecht eveneens werd afgewezen.

Zoals destijds door de wetgever is aangegeven vullen de gedragsregels en het verbod op misbruik van een economische machtspositie elkaar aan: er zijn immers meer vormen van misbruik dan het niet berekenen van de integrale kosten of het bevoordelen van een overheidsbedrijf. In die gevallen biedt het verbod op misbruik van een economische machtspositie aanvullende bescherming. Anderzijds heeft de wetgever destijds reeds onderkend dat het lastig is een economische machtspositie vast te stellen.[112] Dit blijkt ook wel uit het hiervoor genoemde Bibliotheek Westland-besluit en de in Bijlage E aangehaalde jurisprudentie. Van een economische machtspositie is bij een overheidsonderneming bijvoorbeeld sprake indien een uitsluitend of bijzonder recht is toegekend. In andere gevallen is het veel moeilijker aan te tonen. Het mededingingsrecht biedt dan ook onvoldoende soelaas om ongelijke concurrentie door overheidsondernemingen en – bedrijven te voorkomen. Door de gedragsregels van toepassing te verklaren op overheidsorganisaties, ongeacht de marktpositie van die overheidsorganisaties, kan de Wet MenO op haar beurt worden beschouwd als een aanvulling op de Europese mededingingsrechtregels.

## 5.4 Rechtszekerheid

Op basis van het voorgaande kan worden geconstateerd dat de Wet MenO in onderlinge verhouding tot andere Europese regelgeving meer rechtsbeschermingsmogelijkheden biedt voor ondernemers. In het bijzonder omdat de andere regelgeving in een behoorlijk aantal situaties niet van toepassing is. De Wet MenO kan voor die situaties aanvullende bescherming bieden, hetgeen

[111] ACM, Besluit 13.0349.53, 19 maart 2014. De betrokken Gemeente bood bovendien niet zelf de dvd's aan en ook op haar was derhalve de Wet MenO niet van toepassing.

[112] Kamerstukken II, 2007-2008, 31 534, nr. 3, p. 8 en 17.

gezien de roep om concurrentiebevordering ook wenselijk en noodzakelijk is. Dat veelal een beroep op de Wet MenO wordt gedaan in aanvulling op een beroep op de aangrenzende regelgeving, blijkt onder meer uit de in Bijlage E beschreven jurisprudentie. Daarbij geldt voor de Wet MenO dat deze een zelfstandige betekenis heeft voor die gevallen wanneer de aangrenzende regelgeving niet van toepassing is. In de situaties waarin de Wet MenO zonder twijfel van toepassing is, biedt de Wet dan ook zeker meer rechtsbescherming en daarmee rechtszekerheid voor de ondernemer. De Wet MenO is op zichzelf ook duidelijk over de positie van betrokkenen en welke handelingen kunnen worden verwacht, hetgeen de rechtszekerheid ten goede komt.

### Uitzonderingen

Hoewel de Wet MenO op zichzelf duidelijk is en de ondernemer in staat stelt om aan de hand van de wet te voorspellen hoe dient te worden gehandeld, is gebleken dat de Wet MenO in de markt als complex wordt beschouwd. Met name voor wat betreft de situaties waarop de Wet MenO niet van toepassing is. De Wet MenO bevat namelijk veel uitzonderingen, zoals de hiervoor besproken staatssteun-uitzondering maar ook de uitzondering wanneer er sprake is van inbesteding. Het leerstuk van inbesteden is ontwikkeld in de aanbestedingsrechtelijke jurisprudentie en is lastig te doorgronden zonder juridisch advies. Uit paragraaf 3.6, Bijlage E en reacties uit de markt blijkt dat ook het (gratis) verstrekken van gegevens een probleem is dat leeft onder marktpartijen, maar dat partijen daarbij stuiten op de uitzondering voor publieke gegevensverstrekking, zoals neergelegd in artikel 25i, tweede lid, sub b van de Mededingingswet. Ook de algemeen belang uitzondering ("het algemeen belang-besluit") lijkt een groot probleem te zijn. Door de hoeveelheid uitzonderingen is het voor een ondernemer niet altijd even duidelijk wanneer een beroep kan worden gedaan op de Wet MenO en wanneer zij aldus bescherming geniet.[113] Het zou ten goede komen aan de rechtszekerheid wanneer het aantal uitzonderingen in de Wet MenO vermindert zodat ondernemers vaker een beroep op de wet kunnen doen en zij meer duidelijkheid krijgen over hetgeen de Wet MenO hen kan bieden.

### Economische activiteit

Een ander punt is de beleids- en beoordelingsvrijheid die de overheid heeft bij het kwalificeren van een activiteit als *economische* activiteit. De impact van het niet als economisch aanmerken van een activiteit is enorm. Uit de enquêtes is gebleken dat het als zeer onrechtvaardig wordt ervaren door ondernemers indien een activiteit als niet-economisch wordt aangemerkt en het als een gemakkelijke uitweg voor de overheidsorganisatie wordt gezien omdat bijna alle van toepassing zijnde wet- en regelgeving in één klap niet meer van toepassing is zodra de activiteit als niet-economisch wordt bestempeld. Door de onduidelijkheid hierover komt ook de rechtszekerheid in het gedrang. Tenzij niet langer wordt aangesloten bij het Europese mededingingsrecht voor wat betreft de betekenis van dit begrip, is dit iets waar de Wet MenO op zichzelf echter niets aan kan veranderen. Overigens blijkt ook uit de interviews dat het bieden van handvatten wanneer sprake is van een economische activiteit, zoals thans gebeurt,[114] helpt om de onduidelijkheid hierover te verminderen en om zo meer zekerheid te creëren.

### Algemeen belang

Een ander punt is de beleids- en beoordelingsvrijheid die de overheid heeft bij het kwalificeren van een activiteit in het algemeen belang. De impact van het aanmerken van een activiteit of een bevoordeling die plaatsvindt in het algemeen belang is groot. Uit de enquêtes en interviews is gebleken dat ondernemers het geregeld niet eens zijn met de afweging die een overheid daarin maakt en het zien als gemakkelijke uitweg voor de overheidsorganisatie om de regels van de Wet MenO niet van toepassing te laten zijn. Er staat bezwaar open tegen een algemeen belang besluit

[113] Zie onder meer de nulmeting van de Kwink Groep en de jurisprudentie beschreven in Hoofdstuk 3.

[114] Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie, *Handreiking Markt en Overheid*, 1 juli 2012 en ACM, *Lijst met voorbeelden van economische activiteiten*, 27 februari 2014.

maar de ondernemers zijn niet altijd tijdig (binnen zes weken) op de hoogte van het bestaan van een dergelijk besluit. Daarnaast komt het ook voor dat het besluit waarin de algemeen belangvaststelling wordt genomen als een algemeen verbindend voorschrift kwalificeert waartegen geen zelfstandig bezwaar open staat.

### Bewijs

Ten slotte lijkt de impact van de bewijsregels in civiele procedures onderbelicht te zijn gebleven tijdens het wetgevingsproces. Dit zou kunnen worden geconcludeerd op basis van het jurisprudentieonderzoek zoals opgenomen in paragraaf 3.6 en Bijlage E. Thans heeft een onderneming vaak niet meer dan een vermoeden van overtreding van de Wet MenO en is het voor haar lastig om te bewijzen dat er sprake is van een overtreding. Zij heeft daartoe simpelweg gewoon meer informatie nodig (die aanwezig is bij de overheden). Zo is het voor ondernemers moeilijk te doorgronden wat precies de 'integrale kosten' zijn en hoe deze worden toegerekend. Hierdoor komt de bescherming die de Wet MenO zou kunnen bieden niet tot uiting (zie ook Hoofdstuk 3). De Wet MenO zou meer bescherming (en rechtszekerheid) kunnen bieden indien *ofwel* ondernemers vaker hun klachten uiten bij de ACM zodat de ACM meer formele besluiten kan nemen en de ondernemers met dat besluit in handen een juridische procedure kunnen beginnen (indien zij zich daartoe genoodzaakt zien) *ofwel* de bewijsregels meer in het voordeel van de ondernemers uitpakken. Bijvoorbeeld door de overheid de verplichting op te leggen dat zij moet aantonen dat de integrale kosten zijn doorberekend. Op die manier wordt de bewijslast die momenteel op de ondernemer rust weggenomen. Deze verplichting (aantonen integrale kosten) rust overigens reeds op overheden in het kader van verzoeken van de ACM.[115]

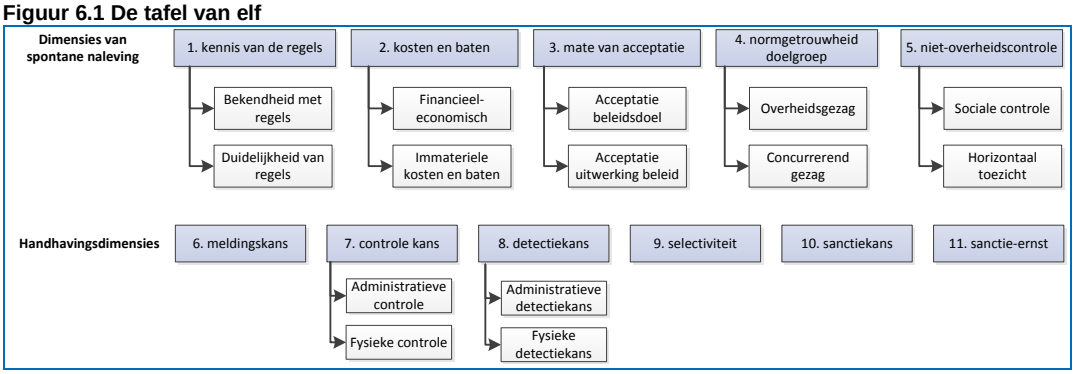
[115] Artikel 25i, vierde lid, Mededingingswet.

# 6 Toepassing van de Wet MenO in de praktijk

## 6.1 Introductie

Om de hoofdvraag te beantwoorden is het van groot belang te kijken naar de bekendheid, de naleving en de handhaving van de wet. Zwart-wit gesteld kan namelijk opgemerkt worden: zonder naleving, geen effect. Voor het meten van de effectiviteit van een wet wordt dikwijls de tafel van elf gebruikt. Deze wordt weergegeven in figuur 6.1.

**Figuur 6.1 De tafel van elf**




De twee hoofdelementen van de tafel van elf betreffen enerzijds de spontane naleving en anderzijds de handhaving en het toezicht:

- **Dimensies van spontane naleving:** Het gaat hierbij om kennis van de wet door de overheden (bekendheid en duidelijkheid) en de mate waarin zij ook het probleem erkennen (kosten-baten & acceptatie). Daarnaast gaat het om of men erkent dat het naleving de norm is (normgetrouwheid) en de mate waarin controle door niet overheden plaatsvindt (niet-overheidscontrole);
- **Handhaving en toezicht:** Naast spontante naleving gaat het ook om de kans dat er opgetreden wordt bij niet-naleving. Ten eerste gaat het daarbij om de kans dat een probleem gemeld wordt, in dit geval bij de ACM (meldingskans), daarnaast gaat het om de controle, detectie, selectiviteit, sanctiekans en sanctie-ernst.

In dit hoofdstuk volgen we de tafel van elf op hoofdlijnen om op deze wijze een uitspraak te kunnen doen over de naleving en het toezicht op en de handhaving van de wet. We zullen specifieke onderdelen zoals bekendheid van de wet, duidelijkheid van de regels, meldingskans, controles en sancties apart langslopen. De onderzoeksvragen die in dit hoofdstuk worden behandeld zijn:

**Box 16 Onderzoeksvragen hoofdstuk 6**

1. **Kennen overheden de wet, het bijbehorende besluit en de handreiking?**
   - Wat is het effect van de ACM-voorlichting op de bekendheid?
2. **Is de wet, het bijbehorende besluit en de handreiking voldoende duidelijk?**
   - Bestaat er onduidelijkheid over het begrip ‘economische activiteit’?
3. **Hoe is de spontane naleving van de wet door overheden?**
   - Worden de wet, het bijbehorende besluit en de handreiking ook toegepast?
4. **Wat is de bijdrage geweest van de ACM aan naleving van de wet?**

- Welke activiteiten heeft ACM daartoe ondernomen?

5. **Wat zijn de mogelijkheden voor het bedrijfsleven voor inspraak en het maken van bezwaar?**
   - Hoe gaat het bedrijfsleven daarmee om?

## 6.2 Belangrijkste conclusies ten aanzien van de toepassing van de Wet MenO

**1. Kennen overheden de wet, het bijbehorende besluit en de handreiking?**

Uit de nulmeting bleek dat overheden de Wet MenO weliswaar kenden, maar minder goed bekend waren met de inhoud en consequenties van de Wet MenO dan met het doel van de wet. De bekendheid met het doel, de inhoud en de consequenties van de wet zijn ten opzichte van de nulmeting toegenomen. Een ruime meerderheid van de respondenten geeft aan goed bekend te zijn met de wet en met de handreiking. ACM heeft zich middels diverse activiteiten ingezet om de bekendheid en spontane naleving van de Wet MenO door overheden te stimuleren. Uit de enquête blijkt dat de respondenten veelvuldig gebruik hebben gemaakt van de handreiking (90%), van informatie op de website van de ACM (59%) of voorlichtingsbijeenkomsten hebben bijgewoond (39%). Hiermee lijkt de voorlichting van de ACM richting de overheden behoorlijk effectief te zijn geweest. Ten opzichte van de overheden, zijn bedrijven duidelijk minder bekend met de Wet MenO. Uit de enquête van Ecorys blijkt dat de bekendheid weliswaar is toegenomen ten opzichte van de nulmeting, maar dat ruim zes op de tien respondenten nog altijd onbekend is met de wet (in de nulmeting was circa negen op de tien onbekend met de wet).[116]

**2. Is de wet, het bijbehorende besluit en de handreiking voldoende duidelijk?**

In het algemeen geldt dat de wet (en het besluit en de handreiking) voldoende duidelijk zijn voor overheden. Overheden geven voor het overgrote deel aan dat zij over voldoende informatie beschikken. Is er wel behoeft aan additionele informatie, dan betreft dit vooral voorbeelden van activiteiten die mogelijk wel of niet onder de wet vallen, de uitzonderingen in de wet en de toepassing van de gedragsregels (met name het hanteren van de integrale kostprijs). Er is wel duidelijk behoefte aan concrete(re) criteria om het algemeen belang vast te stellen.

**3 en 4. Hoe is de spontane naleving door overheden? Wat is de bijdrage geweest van ACM?**

Het merendeel van de bevraagde overheidsinstellingen is positief over de houding van de eigen overheid richting de Wet MenO. Circa 75% van de respondenten stelt dat hun organisatie de wet naleeft en bijna 80% stelt dat binnen de organisatie rekening wordt gehouden met de Wet MenO. Dit beeld wordt bevestigd in de gevoerde gesprekken. Echter, in hoeverre overheden de wet ook daadwerkelijk naleven is nog vrijwel niet getoetst. Mede in verband met de transitieperiode is de ACM-handhavingspraktijk nog van korte duur en is recent (mei 2015) een eerste formele overtredingen vastgesteld. Naast de verschillende vormen van voorlichting, was de ACM er ook op gericht om de naleving te vergroten (bijvoorbeeld door middel van vrijwillige audits, opvolging van klachten, sectorrapportages, etc.). De ACM heeft hier behoorlijk wat aandacht aan gegeven en ook uit de enquêteresultaten blijkt dat de instrumenten van de ACM (website, IT-tool bijeenkomsten, etc.) veelvuldig door overheden zijn gebruikt.

**5. Wat zijn de mogelijkheden voor het bedrijfsleven voor inspraak en bezwaar?**

In beginsel zijn er diverse mogelijkheden voor het indienen van klachten en bezwaren, zoals de klachtenregistratie door de ACM. Daarnaast kunnen ondernemers natuurlijk direct naar de

[116] Hierbij is wel een groot verschil zichtbaar tussen de respondenten die per brief zijn benaderd en de respondenten die via de brancheverenigingen zijn benaderd (respectievelijk 10% en 50% zegt goed met de wet bekend te zijn). Dit verschil is zeer waarschijnlijk gerelateerd aan het feit dat een aantal brancheorganisaties dit onderwerp actief onder de aandacht hebben gebracht bij hun leden.

betreffende overheid stappen om een probleem aan te kaarten. Een derde van de respondenten geeft aan klachten van de private sector te registreren en daaraan opvolging te geven. Het aantal bezwaarprocedures, bijvoorbeeld op algemeen belangbesluiten, is erg laag. Vanuit de overheden is aangegeven dat er maar in vier gevallen daadwerkelijk een bezwaar is ingediend. Hoewel veel respondenten (bedrijven) aangeven dat ongelijke (of oneerlijke) concurrentie met de overheid een probleem is, overweegt slechts een derde deel van de respondenten een klacht in te dienen. Wanneer ondernemingen geen klacht indienen is dit met name omdat zij de relatie met de overheid te belangrijk vinden, of omdat zij van mening zijn dat het geen zin heeft om een klacht in te dienen.

## 6.3 Betrokkenheid van de toezichthouder ACM[117]

De ACM houdt toezicht op de naleving van deze gedragsregels, welke zijn opgenomen in de Mededingingswet. In hoofdstuk 2 staat het wettelijk instrumentarium voor het toezicht kort beschreven. De betrokkenheid van de ACM is binnen het proces zowel vooraf (bekendheid) als achteraf (naleving) zichtbaar. Deze paragraaf gaat in op de betrokkenheid van de toezichthouder ACM bij de spontane naleving en handhavingsdimensies van de Wet MenO en de acties die zij hierop heeft ondernomen. De inzet en betrokkenheid van de ACM staat hieronder kort beschreven en is gebaseerd op informatie die ontvangen is van de ACM.

### A. Activiteiten voor de inwerkingtreding van de Wet MenO op 1 juli 2014

Ter voorbereiding op de inwerkingtreding van de wet heeft de ACM in de periode tot 1 juli 2014 een intern visiedocument opgesteld. Deze visie geeft antwoord op de vraag op welke wijze het toezicht op de Wet MenO een bijdrage kan leveren aan de missie van de ACM: het bevorderen van kansen en keuzes voor bedrijven en consumenten. Meer details zijn opgenomen in bijlage H (onderdeel H1). Voor bestaande economische activiteiten was in de periode 1 juli 2012 tot 1 juli 2014 een overgangsregeling van toepassing op economische activiteiten die al plaatsvonden vóór 1 juli 2012. Omdat de Wet MenO in deze periode niet van toepassing was op deze activiteiten, kon de ACM in de overgangsperiode alleen handhaven bij nieuwe activiteiten. De ACM heeft in het visiedocument drie strategische doelstellingen geformuleerd waar de ACM zich op richtte tijdens de overgangsperiode:

1. **Het stimuleren van de spontane naleving van de Wet MenO door overheden (preventie)**
   In de overgangsperiode stimuleerde de ACM de spontane naleving van de gedragsregels door overheden. Doel hiervan was te voorkomen dat de ACM na het verstrijken van de overgangsperiode handhavend zou moeten optreden. Om deze spontane naleving te bevorderen waren de activiteiten van de ACM gericht op het:
   - vergroten van de bekendheid van de gedragsregels bij overheden en bedrijven;
   - vergroten van de bewustwording van overheden over het belang van eerlijke concurrentie;
   - verschaffen van duidelijkheid over hoe de gedragsregels in concrete situaties nageleefd moeten worden.

2. **Het verkrijgen van inzicht in de ernst en omvang van de problematiek**
   Om zo effectief mogelijk toezicht te houden, wilde de ACM nader inzicht verkrijgen in de ernst en omvang van de problematiek. Van het ministerie van Economische Zaken had de ACM een klachtenbestand ontvangen met 384 klachten die in de periode 1992-2012 waren ingediend. Uit de analyse van dit klachtenbestand bleek echter dat de Wet MenO op veel van de ingediende klachten niet van toepassing was. Zo waren er veel klachten die betrekking hadden op een mogelijke overtreding van aanbestedingsregels of van Europese staatssteunregels.

[117] Deze paragraaf is vooral gebaseerd op informatie die ontvangen is van de ACM en omvat de periode tot en met april 2015.

Ook hadden veel klachten betrekking op uitgezonderde sectoren zoals onderwijs of publieke omroepen.

3. **Optreden tegen concurrentievervalsing door overheden**

   Tijdens de overgangsperiode kon de ACM weliswaar nog niet formeel handhaven bij bestaande economische activiteiten, maar wel langs andere wegen (voorlichting, guidance, bemiddeling) overheden stimuleren om hun handelswijze in overeenstemming te brengen met de Wet MenO. Daarnaast zou de ACM direct handhavend kunnen optreden indien de uitvoering van nieuwe economische activiteiten niet in lijn zou zijn met de gedragsregels.

### B. Activiteiten van de ACM gericht op voorlichting

Om de bekendheid van de wet te vergroten en centrale en decentrale overheden voor te lichten heeft de ACM een aantal acties ondernomen die gericht waren op informatie voorziening. In bijlage H (onderdeel H2) is een meer gedetailleerde beschrijving opgenomen. Het gaat hierbij om een zogenoemde *roadshow (*20 gesprekken met gemeenten, provincies en ZBO's), het geven van advies, voorlichting (website, online tool, nieuwsbrief, etc.), presentaties en publicaties.

### C. Activiteiten gericht op toezicht en handhaving

Rondom het toezicht en de handhaving heeft de ACM een aantal activiteiten / stappen ondernomen, welke hierna kort worden toegelicht.

#### *Verkrijgen van inzicht in de problematiek*

De ACM heeft een nulmeting[118] laten uitvoeren om meer inzicht te krijgen in de mate waarin overheden op de hoogte zijn van de nieuwe regels en maatregelen nemen om ongelijke concurrentie met het bedrijfsleven te voorkomen. Daarnaast wenste de ACM met de nulmeting nader inzicht te krijgen in de ernst en omvang van de problematiek. Uit de nulmeting bleek dat overheden en ondernemingen nog niet goed op de hoogte waren van de nieuwe regels en dat overheden te weinig deden om ongelijke concurrentie met het bedrijfsleven te voorkomen. Daarnaast heeft de ACM in 2013 een onderzoek uitgevoerd bij 35 gemeenten om na te gaan of de handelswijze van gemeenten bij de exploitatie van gemeentelijke sportvoorzieningen reeds in overeenstemming was met de Wet MenO.[119] Naar aanleiding van de sectorstudie heeft de ACM in samenwerking met Europa Decentraal en VNG op 11 februari 2014 een voorlichtingsbijeenkomst georganiseerd over het belang van een tijdige en juiste implementatie van de wet.[120]

#### *Optreden van de ACM tegen ongelijke concurrentie door overheden*

Gedurende de overgangsperiode heeft de ACM ook vrijwillige audits uitgevoerd bij een agentschap, een provincie en een gemeente. Het doel van deze audits was om meer ervaring op te doen met de toepassing van de gedragsregels in de praktijk. In overleg met de betrokken organisaties zijn daarom casus[121] geselecteerd om na te gaan of de huidige handelswijze reeds in overeenstemming zou zijn met de gedragsregels. De resultaten van de audits zijn – vanwege het vertrouwelijk karakter – alleen aan de betrokken organisaties teruggekoppeld. De ACM heeft de ervaringen uit de audits gebruikt voor de ontwikkeling van het toetsingskader dat de ACM in staat stelt om in concrete situaties te beoordelen of de gedragsregels worden nageleefd.

---

118 Kwink Groep (2013) Nulmeting Wet Markt en Overheid.

119 Naar sportieve concurrentie, een analyse van de naleving van de gedragsregels van de Wet Markt en Overheid door gemeenten bij de exploitatie van gemeentelijke sportaccommodaties, 11 februari 2014.

120 Zie bericht op de website van de VNG d.d. 24 februari 2014, De overheid als ondernemer: 'Zorg voor een gelijk speelveld'. Tijdens deze bijeenkomst heeft bestuurslid mw. A. Vegter een voordracht gehouden om het belang van een tijdige en juiste implementatie van de wet bij gemeenten onder de aandacht te brengen.

121 Per organisatie zijn 3 tot 5 economische activiteiten nader onder de loep genomen, waarbij naleving van de gedragsregel integrale kostendoorberekening is getoetst en van het bevoordelingsverbod.

In een aantal cases heeft de ACM ook daadwerkelijk onderzoek gedaan naar eventueel ongelijke concurrentie. Hierbij zijn uiteindelijk weinig overtredingen vastgesteld, recent (mei 2015, zaak Zeewolde) is een eerste overtreding vastgesteld. In bijlage H (onderdeel H3) is een overzicht van deze casuïstiek opgenomen.

De ACM heeft tijdens de overgangsperiode naar aanleiding van een aantal signalen een waarschuwing gegeven. Het ging daarbij om signalen waarbij er aanwijzingen waren voor een mogelijke (toekomstige) overtreding van de Wet MenO. Deze staan in bijlage H (onderdeel H3) kort samengevat. Gedurende de overgangstermijn heeft de ACM geen signalen ontvangen over nieuwe economische activiteiten van overheden die onder de reikwijdte van de wet vallen.[122]

**D. Handhavingsstrategie en sectorstudies**

Op basis van de ervaring die in de afgelopen twee jaar is opgedaan, is in 2014 een handhavingsstrategie geformuleerd die de ACM in staat moet stellen om op een efficiënte en effectieve wijze de Wet MenO te handhaven. Onderdeel van deze strategie is dat de ACM naast het behandelen van individuele signalen zelf drie sectoren onder de loep wilde nemen om een beter beeld te krijgen van de gevolgen van de Wet MenO in de praktijk. Dit heeft geresulteerd in drie sectorstudies die de ACM heeft uitgevoerd.[123]

*Detectie van ongelijke concurrentie*

De ACM ontvangt signalen over ongelijke concurrentie door overheden uit diverse bronnen. Deze signalen worden verrijkt door medewerkers van de ACM om na te gaan of er mogelijk sprake is van een overtreding van de Wet MenO. De verrijkte signalen worden besproken in een tweewekelijks handhavingsoverleg. Daarbij wordt bekeken of er sprake is van een ‘lead’ (op basis van het verrijkte signaal zijn er aanwijzingen van een mogelijke overtreding van de Wet MenO). Deze leads worden toegevoegd aan de ‘werkvoorraad’. Ten aanzien van deze leads wordt nader onderzoek gedaan om vast te stellen of:

- er daadwerkelijk sprake is van een economische activiteit (hiervoor is veelal een uitvoerige analyse vereist);
- er geen uitzonderingssituatie van toepassing is (bijvoorbeeld staatssteun, of een algemeen belangbesluit in voorbereiding);
- de handelswijze van de betrokken overheid in overeenstemming is met de gedragsregels.

Dit nadere onderzoek kan uitmonden in een concreet vermoeden dat er sprake is van een overtreding van de Wet MenO. Ook kan blijken – en dat is ook een paar keer voorgekomen – dat door de betrokken overheid de gedragsregels op een correcte wijze worden nageleefd.

*Lopende handhavingsonderzoeken*

Naar aanleiding van de bevindingen uit de detectiefase is ten aanzien van een aantal activiteiten een concreet vermoeden van een overtreding ontstaan. Dit heeft aanleiding gegeven tot het starten van enkele handhavingsonderzoeken om vast te stellen dat er sprake is van een overtreding en daarmee te zorgen voor herstel (de ACM kan geen boetes opleggen).

## 6.4 Dimensies van spontane naleving

De dimensies van spontane naleving bestaan uit de bekendheid van de wet bij de betrokkenen en de acceptatie van de noodzaak van de wet, waardoor de wet ‘spontaan’ wordt nageleefd. In deze

[122] Interview ACM, 2015.

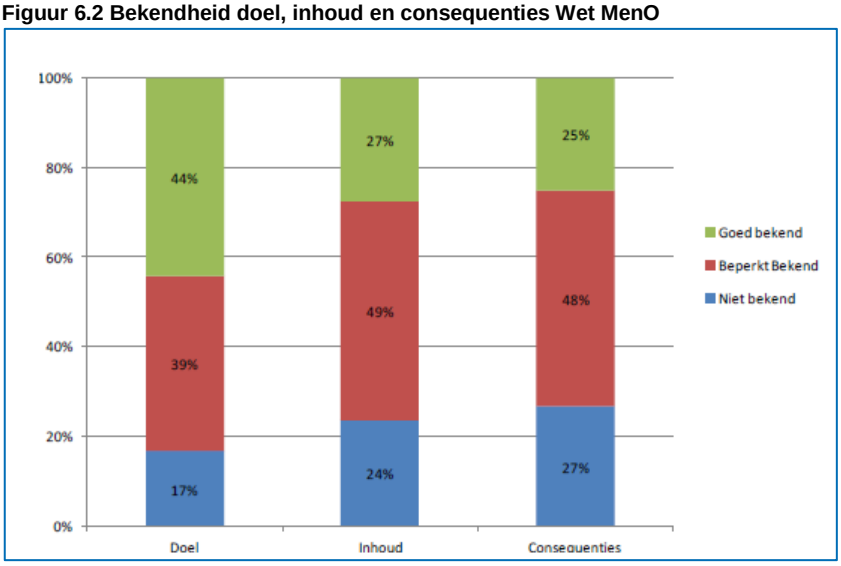
[123] Zie: https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/13960/Beperkt-effect-Wet-Markt-en-Overheid-op-sportvoorzieningen-parkeergarages-en-afvalinzameling/.

paragraaf gaan we in op de bekendheid van de wet en eventuele onduidelijkheden en vervolgens op de naleving van de wet door overheden.

### 6.4.1 *Bekendheid van de Wet MenO bij overheden*

Het merendeel van de overheidsorganisaties kende de Wet Markt en Overheid ten tijde van de nulmeting, terwijl ook een deel aangeeft dat zij de wet maar in beperkte mate kenden. Over het algemeen genomen waren overheden minder goed bekend met de inhoud en consequenties van de Wet Markt en Overheid dan met het doel van de wet.

**Figuur 6.2 Bekendheid doel, inhoud en consequenties Wet MenO**




Bron: Kwink groep, 2013.

Provincies waren het best bekend met de wet, gevolgd door waterschappen. ZBO's gaven aan het minst bekend te zijn met de wet. Grote gemeenten gaven aan beter bekend met de wet te zijn dan de kleinere gemeenten[124].

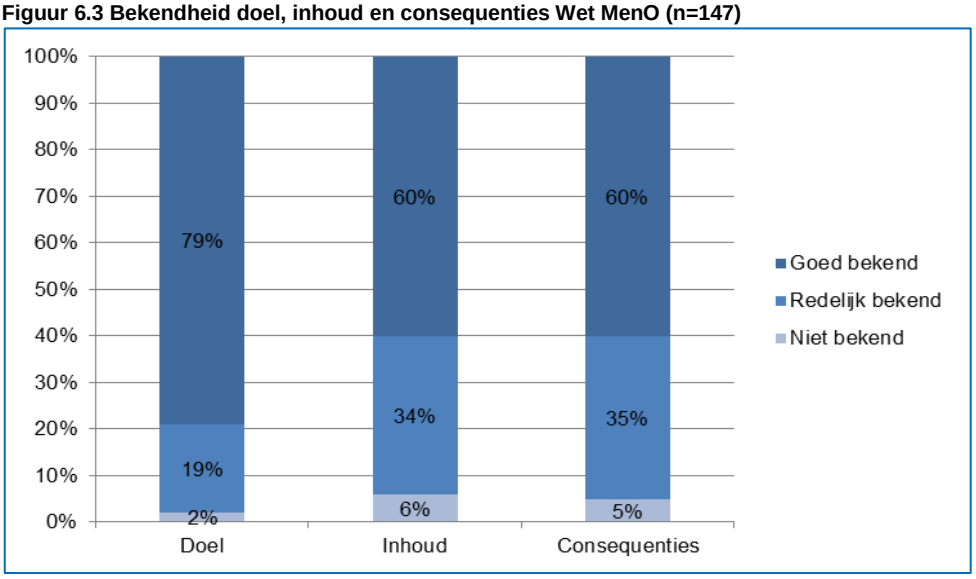
#### Bekendheid met het doel

Vanuit de uitgevoerde enquête blijkt dat de bekendheid met het doel, de inhoud en de consequenties van de wet ten opzichte van de nulmeting duidelijk zijn toegenomen. Een ruime meerderheid van de overheidsorganisaties geeft aan goed bekend te zijn met het doel, de inhoud en de consequenties van de Wet Markt en Overheid[125]. Opgemerkt zij hier dat er door het onderzoeksteam binnen de overheidsorganisaties actief gezocht is naar de juiste contactpersoon voor deze evaluatie.

[124] Kwink Groep (2013). Nulmeting Wet Markt en Overheid. p. 15-17.

[125] Enquête Ecorys (2015) vraag 3. Hoe bekend bent u met het doel, inhoud en consequenties van de Wet Markt en Overheid?

**Figuur 6.3 Bekendheid doel, inhoud en consequenties Wet MenO (n=147)**



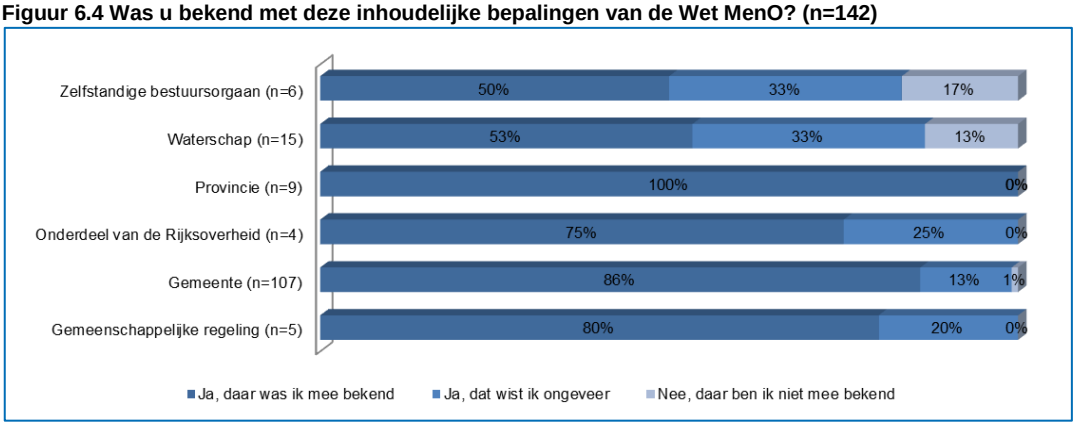

Bron: Ecorys, 2015.

Wanneer de overheidsorganisaties de doelen worden voorgelegd, geeft 99% van de respondenten aan dat dit inderdaad de doelen waren overeenkomstig met wat zij (ongeveer) dachten.[126] Het merendeel van de bevraagden geeft aan bekend te zijn met de handreiking Wet Markt en Overheid. 59% geeft aan hiermee goed bekend te zijn, een derde (33%) geeft aan hier redelijk bekend mee te zijn en 8% niet bekend.[127]

### Bekendheid met de inhoud

Op de vraag of de bevraagden bij de overheidsorganisaties wisten van de inhoudelijke bepaling dat zij zich dienen te houden aan gedragsregels bij het uitvoeren van economische activiteiten antwoord 97% van de bevraagden bij overheidsorganisaties bevestigend (antwoorden: ja, daar was ik mee bekend en ja, dat wist ik ongeveer). Provincies zijn het best op de hoogte van deze inhoudelijke bepalingen, zelfstandige bestuursorganen en waterschappen zijn het minst goed op de hoogte van deze inhoudelijke bepalingen.[128]

**Figuur 6.4 Was u bekend met deze inhoudelijke bepalingen van de Wet MenO? (n=142)**




Bron: Ecorys, 2015.

126 Enquête Ecorys (2015) vraag 4. Het doel van de Wet MenO is om zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen te creeëren tussen enerzijds het bedrijfsleven en anderzijds overheden Kende u dit doel?

127 Enquête Ecorys (2015) vraag 3. Hoe bekend bent u met de handreiking Wet Markt en Overheid? (n=147)

128 Enquête Ecorys (2015) vraag 5. De Wet MenO bepaalt dat overheden zich bij het verrichten van 'economische activiteiten' moeten houden aan bepaalde gedragsregels. Was u bekend met deze inhoudelijke bepalingen van de Wet MenO?

Aan de respondenten is ook gevraagd in hoeverre zij bekend waren met het begrip 'economische activiteit'. In totaal geeft 98% aan goed bekend (66%) of redelijk bekend (32%) te zijn met dit begrip.[129]

**Informatievergaring en informatiebehoefte**

Uit de enquête onder overheden blijkt dat men met name veel gebruik heeft gemaakt van de Handreiking en van de informatievoorziening van de ACM (website, voorlichtingsbijeenkomsten, etc.). Bijna driekwart van de bevraagden geeft aan dat zij over voldoende informatie beschikken. Op het moment dat er wel behoefte is aan meer informatie, dan gaat het met name om (meer) voorbeelden van activiteiten die mogelijk wel én niet onder de wet zouden kunnen vallen en om meer informatie over de uitzonderingen in de Wet MenO. Deze inzichten sluiten ook aan op het beeld dat uit de gesprekken met overheden naar voren komt. In de praktijk vinden overheden het soms lastig te beoordelen welke activiteiten nu wel of niet onder de Wet MenO zouden moeten vallen (bijvoorbeeld rondom het vaststellen van het algemeen belang). Bij de toepassing van de gedragsregels betreft de onduidelijkheid met name het hanteren van de integrale kostprijs. Overheden vinden het soms lastig kosten toe te rekenen aan bepaalde activiteiten, ook omdat hun administratie niet altijd daarop is ingericht. In bijlage H (onderdeel H4) staan de resultaten uit de enquête in meer detail uitgewerkt.

### *6.4.2 Bekendheid van de Wet MenO bij het bedrijfsleven*

Bij de ondernemers was ten tijde van de nulmeting de bekendheid met de wet laag. Een ruime meerderheid van de ondernemers (87%) gaf aan niet eerder van de Wet Markt en Overheid gehoord te hebben. Van het deel dat wel gehoord had van de wet (13%) gaf slechts een beperkt deel aan bekend te zijn met het doel en/of de inhoud van de wet. Brancheorganisaties van de sectoren waren overigens wel relatief goed bekend met de Wet Markt en Overheid.[130]

Aan de ondernemers is opnieuw gevraagd of zij voor deze evaluatie wel eens gehoord hadden van de Wet Markt en Overheid. De resultaten zijn weergegeven in de onderstaande tabel. Hierbij moet wel rekening gehouden worden met een verschil in de onderzoeksaanpak tussen de nulmeting en deze evaluatie.[131] Uit de tabel blijkt dat, wanneer we uitgaan van de (aselect geselecteerde) groep die een brief heeft ontvangen, de bekendheid met de wet gelijk is gebleven ten opzichte van de nulmeting (van 13% naar 14%).[132] De bekendheid onder respondenten die via de branche hebben gereageerd is veel hoger.

**Tabel 6.1 Had u voor deze enquête weleens gehoord van de Wet Markt en Overheid?**

| | Totaal (n=565) | Brief (n=288) | Branche (n=277) |
|---|---|---|---|
| Ja | 27% | 14% | 41% |
| Nee | 65% | 80% | 50% |
| Weet niet | 8% | 6% | 10% |

Bron: Ecorys, 2015.

Van de ondernemers die aangaf wel eens van de wet gehoord te hebben, is de helft goed (38%) of zeer goed (11%) bekend met de doelen die de wet heeft. Ook hier is duidelijk verschil tussen de ondernemers die per brief zijn benaderd of via de eigen brancheverenigingen (zie tabel hieronder).

---

129 Enquête Ecorys (2015) vraag 3. Hoe bekend bent u met het begrip 'economische activiteit'? (n=142).

130 Kwink Groep (2013). Nulmeting Wet Markt en Overheid. P. 15-17.

131 In de nulmeting is gebruik gemaakt van een bestaand onderzoekspanel van een marktonderzoeksbureau. In deze evaluatie zijn ondernemers per brief benaderd (ad random selectie) en via de eigen brancheverenigingen. De respons naar aanleiding van de brief is het best te vergelijken met de methode die gebruikt is in de nulmeting.

132 De nulmeting kende slechts twee antwoordopties (ja/nee). Als de categorie 'weet niet' buiten beschouwing wordt gelaten, dan ligt de bekendheid op 15%.

Ten opzichte van de nulmeting (2% 'goed bekend') is dit een duidelijke verbetering, ook als we enkel uitgaan van de ondernemers die per brief zijn benaderd.

**Tabel 6.2 Bekend met het doel van de Wet MenO?**

| | Totaal (n=151) | Brief (n=40) | Branche (n=111) |
|---|---|---|---|
| Zeer goed bekend | 11% | 3% | 14% |
| Goed bekend | 38% | 10% | 48% |
| Neutraal | 30% | 33% | 29% |
| Slecht bekend | 17% | 45% | 7% |
| Niet bekend | 4% | 10% | 0% |

Bron: Ecorys, 2015.

### *6.4.3 Naleving van de Wet MenO door overheden*

In de nulmeting is gevraagd naar zes activiteiten die niet wettelijk verplicht zijn, maar waarvan werd verondersteld dat een overheid die proactief de Wet MenO wil naleven ze onderneemt of zou kunnen ondernemen. Deze activiteiten waren:

- Iemand verantwoordelijk maken voor de naleving van de wet;
- Plan van aanpak opstellen voor de invoering van de wet;
- Overzicht opstellen van overheidsbedrijven;
- Overzicht opstellen van economische activiteiten;
- Onderzoek verrichten naar de naleving van gedragsregels;
- Consulteren van ondernemers.

Bijna twee derde van de overheden gaf aan één of meer van de activiteiten gericht op proactieve naleving uit te voren, of was dit voornemens binnen 12 maanden te gaan doen. Provincies en waterschappen waren het meest (pro) actief bezig wat betreft de naleving van de Wet MenO. Ongeveer 10% van de overheden gaf aan dat zij naar aanleiding van de inwerkingtreding van de wet reeds concrete veranderingen hadden doorgevoerd zoals het aanpassen van de tariefstellingen en het aanpassen van de financiële administratie. Het merendeel van de overheden had overigens destijds nog geen concrete acties ondernomen. In de nulmeting werden diverse verklaringen gegeven voor het in beperkte mate acties verrichten op het gebied van de wet:

- Een beperkte bekendheid met de wet leidt tot een beperkt aantal acties;
- Overheden zijn niet altijd op de hoogte dat de wet geldt voor hun activiteiten;
- Overheden kiezen soms bewust voor een meer reactieve strategie, waarbij pas handelend wordt opgetreden als er klachten worden geuit die duiden op ongelijke concurrentie;
- Voorlichting vond gericht plaats op departementen, provincies en grote gemeenten en in mindere mate op andere overheden en individuele ondernemers.[133]

#### Inzichten enquête Ecorys en interviews

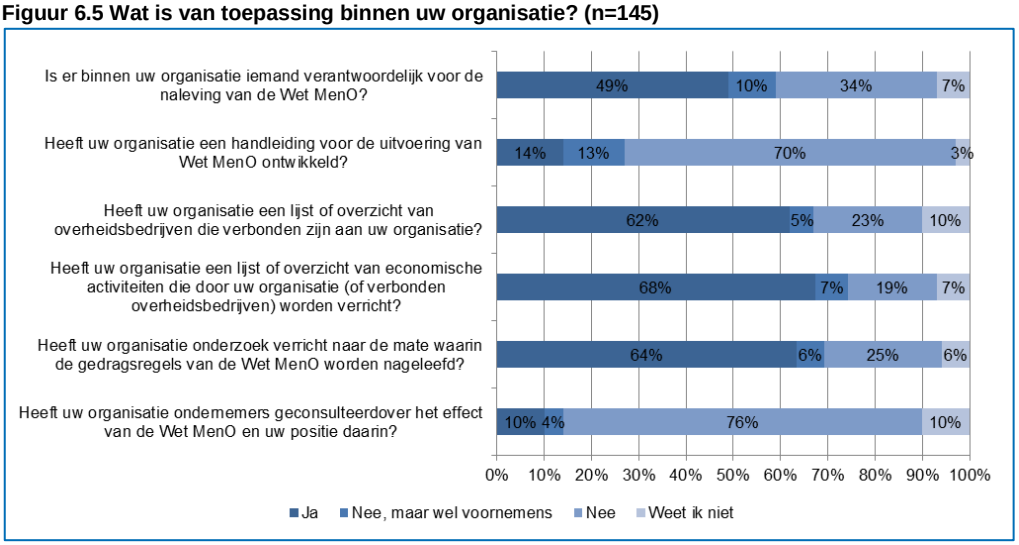
*Spontane naleving van de wet door overheden*

De activiteiten die in de nulmeting naar voren zijn gekomen en waarvan werd verondersteld dat een overheid die proactief de wet wil naleven ze onderneemt of zou kunnen ondernemen, zijn ook in de huidige enquête (in hernieuwde vorm) onderzocht. De drie activiteiten die het meest actief zijn uitgevoerd door overheidsorganisaties zijn (i) het opstellen van een lijst of overzicht van economische activiteiten die door de organisatie (of verbonden overheidsbedrijven) worden verricht (68% van de bevraagde overheidsorganisaties); (ii) het verrichten van een onderzoek naar de mate

[133] Kwink Groep (2013). Nulmeting Wet Markt en Overheid. P. 19-21.

waarin de gedragsregels van de Wet MenO worden nageleefd (64% van de bevraagde overheidsorganisaties) en (iii) het opstellen van een lijst of overzicht van overheidsbedrijven die zijn verbonden aan de organisatie (62% van de bevraagde overheidsorganisaties).

**Figuur 6.5 Wat is van toepassing binnen uw organisatie? (n=145)**




Bron: Ecorys, 2015.

Ongeveer de helft van de bevraagde overheidsorganisaties heeft iemand specifiek verantwoordelijk gemaakt voor de naleving van de Wet MenO (49%). Ongeveer een kwart (27%) heeft een handleiding voor de uitvoering van de Wet MenO ontwikkeld (14%) of is voornemens dat te gaan doen (13%). Eén op de tien bevraagde overheidsorganisaties heeft ondernemers geconsulteerd over het effect van de Wet MenO en de eigen positie daarin.[134]

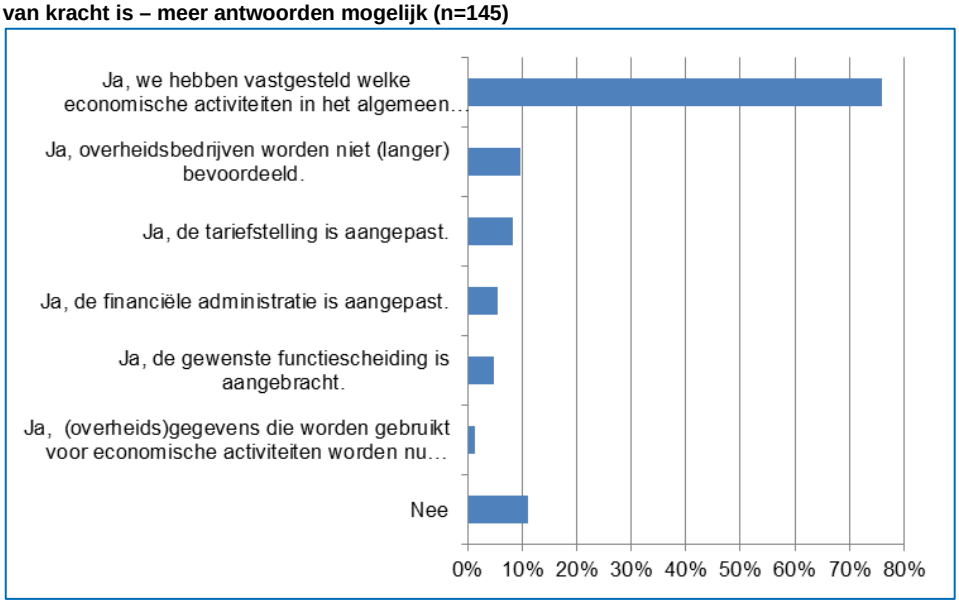
### *Ondernomen maatregelen of activiteiten sinds de Wet MenO van kracht is*

Van alle bevraagde overheidsorganisaties geeft 89% aan dat zij sinds de inwerkingtreding van de wet concrete maatregelen of activiteiten hebben ondernomen. Het meest genoemd is vaststellen welke economische activiteiten in het algemeen belang zijn. Dit is door ruim driekwart (76%) van de bevraagde overheidsorganisaties genoemd.[135]

[134] Enquête Ecorys (2015) vraag 6. Wat is van toepassing binnen uw organisatie?

[135] Enquête Ecorys (2015) vraag 7. Heeft uw organisatie concrete maatregelen of activiteiten ondernomen sinds de Wet MenO van kracht is?

**Figuur 6.6 Heeft uw organisatie concrete maatregelen of activiteiten ondernomen sinds de Wet MenO van kracht is – meer antwoorden mogelijk (n=145)**

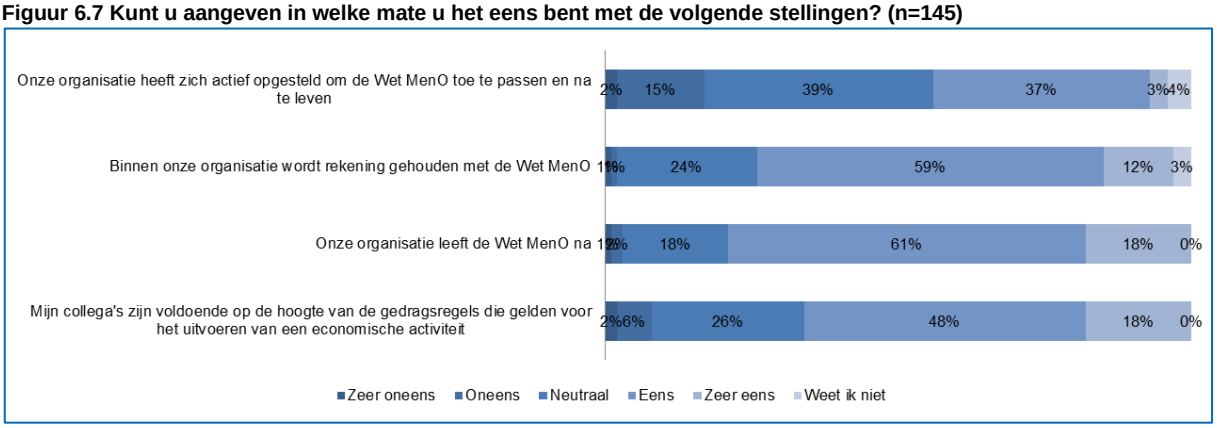



Bron: Ecorys, 2015.

De overheidsorganisaties is ook de vraag gesteld of zij beschikken over een 'klachtenadministratie' waarin klachten van ondernemers over vermeende ongelijke concurrentie door de overheid en/of overheidsbedrijven structureel worden bijgehouden en worden opgevolgd. Ongeveer een derde van de bevraagde overheidsorganisaties geeft aan dat zij klachten structureel bijhouden (30%). Opvolging wordt bij een kwart (25%) van de bevraagde overheidsorganisaties gedaan.[136]

De bevraagde overheidsorganisaties is ook een viertal stellingen voorgelegd over de mate waarin de Wet MenO in de organisatie is verankerd. Het merendeel van de bevraagde overheidsinstellingen is (gematigd) positief over de houding van de eigen overheid richting de Wet MenO. De antwoord categorieën oneens en zeer oneens zijn slechts zeer beperkt genoemd door de respondenten.[137]

**Figuur 6.7 Kunt u aangeven in welke mate u het eens bent met de volgende stellingen? (n=145)**




Bron: Ecorys, 2015.

136 Enquête Ecorys (2015) vraag 24. Beschikt uw organisatie over een 'klachtenadministratie' waarin klachten van ondernemers over vermeende oneerlijke concurrentie door de overheid en/of overheidsbedrijven structureel worden bijgehouden en worden opgevolgd?

137 Enquête Ecorys (2015) vraag 8. Kunt u aangeven in welke mate u het eens bent met de volgende stellingen?

## 6.5 Handhavingsdimensies

### Klachten vanuit het bedrijfsleven

Ondanks dat bedrijven impact ervaren van concurrentie met overheden en twee derde van de respondenten aangeeft dat ongelijke concurrentie met de overheid een probleem is, geeft slechts 29% aan dat zij een klacht indienen.[138] Het grootste deel van de ondernemers die een klacht indient, geeft aan deze in te dienen bij de overheidsinstelling zelf.[139] Ongeveer 10% van de ondernemers geeft aan de klacht in te dienen via de ACM.[140] Desondanks geeft 88% van de bevraagde overheden aan nog nooit klachten te hebben ontvangen vanuit het bedrijfsleven over concurrentievervalsing sinds de inwerking van de Wet MenO.[141]

Wanneer ondernemingen geen klacht indienen is dit met name omdat zij de relatie met de overheid te belangrijk vinden, of omdat zij van mening zijn dat het geen zin heeft om een klacht in te dienen.[142] Zeer weinig van de ondernemers geeft aan juridische stappen te ondernemen tegen een overheid.[143] Voorts is voor zover bekend een beroep op de Wet Markt en Overheid nog nooit geslaagd, zowel niet bij het bestuursorgaan zelf (bezwaar) of bij de rechter (beroep/klacht). De invloed van de Wet Markt en Overheid is in zoverre dan ook beperkt gebleven. Zie hoofdstuk 3 voor een uitgebreidere beschrijving van klachten vanuit het bedrijfsleven en juridische procedures.

### Controle en sancties

De ACM houdt een klachtenregistratie bij. Deze klachtenregistratie is beschreven in hoofdstuk 3. Hieruit volgt dat een groot deel van de klachten buiten de reikwijdte van de wet valt. Hierdoor heeft de ACM geen bevoegdheid om op te treden. Als de ACM vaststelt dat de wet wordt overtreden, kan zij bijvoorbeeld een last onder dwangsom opleggen. Dit is tot op heden nog niet gebeurd. Tot nu toe is er altijd in goed overleg met een overheid tot een oplossing gekomen. Wel heeft de ACM recent een overtreding vastgesteld en een zogeheten ‘verklaring van recht’ afgegeven (zaak Zeewolde, mei 2015).

138 Enquête Ecorys (2015) vragen 22, 29, 36. Heeft uw organisatie stappen ondernomen tegen de oneerlijke concurrentie? Is er bijvoorbeeld een klacht of bezwaar ingediend?

139 Enquête Ecorys (2015) vragen 22, 29, 36. Heeft uw organisatie stappen ondernomen tegen de oneerlijke concurrentie? Is er bijvoorbeeld een klacht of bezwaar ingediend?

140 Enquête Ecorys (2015) vragen 22, 29, 36. Heeft uw organisatie stappen ondernomen tegen de oneerlijke concurrentie? Is er bijvoorbeeld een klacht of bezwaar ingediend?

141 Enquête Ecorys (2015) vraag 20. Zijn er klachten van het bedrijfsleven over concurrentievervalsing binnengekomen bij uw organisatie sinds de inwerkingtreding van de Wet MenO?

142 Enquête Ecorys (2015) vragen 23, 30, 37. Kunt u uw overwegingen om wel of geen stappen te ondernemen kort toelichten?

143 Enquête Ecorys (2015) vragen 22, 29, 36. Heeft uw organisatie stappen ondernomen tegen de oneerlijke concurrentie? Is er bijvoorbeeld een klacht of bezwaar ingediend?

# 7 Beoordeling van de effectiviteit van de wet

### Introductie

Op basis van hetgeen in de voorgaande hoofdstukken is besproken geven we in dit laatste hoofdstuk antwoord op de primaire evaluatievraag, namelijk "*in hoeverre met de Wet MenO wordt voldaan aan het doel van de wet, namelijk het creëren van zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen particuliere ondernemingen en overheden die als aanbieder van goederen of diensten aan derden optreden*". De twee geformuleerde hoofonderzoeksvragen zijn:

- In welke mate draagt de wet bij aan de doelen van de wet?
- In welke mate zijn de gekozen instrumenten adequaat voor het te bereiken doel?

In deze beoordeling gaan we ook in op de eventuele voordelen van de wet voor de burger, wat sterk samenhangt met de effectiviteit van de wet. Bij de beoordeling van de effectiviteit zijn we er van uitgegaan dat er in het referentiealternatief ('*counterfactual*') geen Wet Markt en Overheid is.

### Beoordeling van de effectiviteit van de wet

Op basis van alle onderzoeksresultaten concluderen we dat de Wet MenO heeft bijgedragen aan het doel van gelijke(re) concurrentieverhoudingen en daarmee aan het (oorspronkelijke) bredere doel van het verbeteren van het functioneren van markten en de marktdynamiek.

Hierbij zijn een drietal constateringen relevant. Ten eerste heeft de invoering van de wet overheden gedwongen om meer rekening te houden met het feit dat er op sommige vlakken geconcurreerd wordt met de markt en de gevolgen die dit kan hebben voor particuliere marktpartijen. De risico's op ongelijke concurrentie zijn daarmee verlaagd. Dit effect wordt echter ondergraven door het feit dat met name gemeenten veelvuldig gebruik gemaakt hebben van de algemeen belang uitzondering waarmee de reikwijdte van de wet (sterk) is ingeperkt. Omdat de gedragsregels van de Wet MenO dan niet gelden, wordt het risico op ongelijke concurrentieverhoudingen in deze gevallen niet weggenomen.

In aanvulling daarop kan (ten tweede) geconstateerd worden dat er vanuit de toezichts- en handhavingspraktijk van de ACM weinig concrete aanwijzingen zijn dat overheden de wet zouden overtreden.

Ten derde biedt de wet extra rechtszekerheid voor situaties waarin de overige aanpalende wet- en regelgeving niet van toepassing is. Van belang hierbij is wel dat veel van de irritaties en hinder die marktpartijen en brancheorganisatie ervaren in feite niet worden afgedekt door de Wet MenO. De wet draagt dus wel bij aan gelijke(re) concurrentieverhoudingen, maar laat vanuit de optiek van de markt ook veel problemen bestaan.

De mate waarin de wet heeft bijgedragen aan gelijke concurrentieverhoudingen is niet in kwantitatieve zin te duiden. Wel merken wij op dat de bijdrage van de wet aan deze doelstelling suboptimaal is. De belangrijkste reden hiervoor is de mogelijkheid van het nemen van algemeen belang besluiten waarmee de belangrijkste waarborgen voor gelijke concurrentieverhoudingen (de vier gedragsregels) niet van toepassing zijn. Achterliggend probleem is dat de bredere doelstelling van gelijke(re) concurrentieverhoudingen niet sterk leeft onder overheden, en marktpartijen niet of nauwelijks in de gelegenheid worden gesteld om hun zienswijze te geven over een voorgenomen algemeen belangbesluit. Voor partijen die ten tijde van het algemeen belangbesluit niet op de markt actief zijn geweest is het moeilijk om aanpassingen te bewerkstelligen.

De opgelegde vier gedragsregels zijn, in combinatie met het toezicht door de ACM, de belangrijkste instrumenten die zijn ingezet voor het bereiken van de doelstelling. Op basis van de analyse kan geconcludeerd worden dat deze instrumenten in beginsel adequaat zijn, er zijn tenminste geen sterke aanwijzingen dat dit niet het geval is en overheden stellen relatief weinig problemen te ervaren. Hierbij moet aangetekend worden dat door de uitzonderingen in de wet de vier gedragsregels in veel gevallen niet van toepassing zijn. Samen met de overgangsperiode heeft dit ervoor gezorgd dat er nog weinig ervaring is met de gedragsregels in de praktijk. De ACM is tot noch toe niet in de gelegenheid geweest de naleving van de gedragsregels te toetsen. Vanuit de jurisprudentie concluderen wij dat ondernemers vooralsnog weinig tegenwicht kunnen bieden aan overheden (een beroep op de Wet MenO bij de rechter is nog niet geslaagd), waarbij met name de bewijsvoering lastig is gebleken en de geldende uitzonderingen de reikwijdte inperken.

### Voordelen voor de burger

Tot slot concluderen we dat de wet gedurende de korte evaluatieperiode niet heeft geleid tot grote voordelen voor de burger. Deze voordelen zijn te verwachten als overheden en marktpartijen efficiënter gaan opereren als gevolg van de gelijke(re) concurrentieverhoudingen tussen overheden en marktpartijen, zoals de wet beoogt te creëren. Er komt daardoor een betere prijs-kwaliteitverhouding van de dienstverlening tot stand en er wordt doelmatiger met publiek geld omgegaan. Hierboven is geconcludeerd dat de wet weliswaar positief bijdraagt aan deze concurrentieverhoudingen (toepassing gedragsregels, verlaging van risico op ongelijke concurrentie), maar ook dat de wet tegelijkertijd belangrijke beperkingen kent in de effectiviteit, met name door de algemeen belang uitzondering. Veelal blijven overheden de activiteiten uitvoeren die men eerder ook uitvoerde, vaak zonder een fundamentele afweging en/of aanpassingen in de uitvoering. Grote efficiëntieverbeteringen en voordelen voor de burger zijn daarom in deze omstandigheden niet te verwachten. De individuele burger als afnemer kan overigens te maken krijgen met zowel hogere als lagere kosten als gevolg van de toepassing van de gedragsregels.

# Bijlage A: Onderzoeksaanpak en bronnen

Deze bijlage vat kort de onderzoekaanpak samen en geeft een overzicht van de verschillende bronnen van informatie.

## Onderdeel A1: Uitgevoerde enquêtes onder overheden en het bedrijfsleven

Om een zo breed mogelijk beeld te krijgen hoe de wet in de praktijk functioneert, hebben wij twee enquêtes opgesteld en afgenomen, namelijk onder ondernemers en onder overheden. De enquêtes zijn opgenomen in bijlage B van dit rapport.

### Enquête onder bedrijven

De eerste enquête was gericht op het bedrijfsleven. In deze enquête werd nader ingegaan op de ervaringen en bekendheid van het bedrijfsleven met de Wet Markt en Overheid, in welke mate zij ongelijke concurrentie ervaren en welke impact dit heeft op hun bedrijfsvoering. Ondernemers zijn onder meer per brief en via diverse brancheorganisaties uitgenodigd om aan deze enquête deel te nemen. In totaal (via branche, brief en overig) hebben 635 ondernemers de enquête ingevuld, waarvan 520 respondenten ook het einde van de enquête hebben bereikt. Een deel van de respondenten valt in het verloop van de enquête af (verlaten de online enquête zonder alle vragen te beantwoorden) omdat zij bijvoorbeeld van mening zijn dat de enquête in mindere mate op hen van toepassing is.

**Uitnodiging via brief -** Voor de enquête onder bedrijven is gebruik van een gestratificeerde steekproef van 3.000 bedrijven uit het zogenaamde LISA-panel[144]. In de steekproef zijn die sectoren meegenomen waar, gegeven de literatuurstudie en de gehouden verdiepende interviews, er mogelijk problemen zijn met ongelijke concurrentie vanuit overheden. Onderstaande tabel geeft een overzicht van de aantallen bedrijven per economische activiteit die zijn meegenomen in de steekproef.

**Steekproef bedrijven**

| Sector / gerelateerde economische activiteit | Aantal bedrijven in steekproef |
|---|---|
| Aanbieden van kinderopvang | 125 |
| Aanbieden van pasfoto-service | 150 |
| Aanbieden van transportdiensten | 133 |
| Advies en uitvoering zorg | 128 |
| Commerciële dienstverlening | 200 |
| Detacheren van ambtenaren | 139 |
| Exploiteren van bioscopen in gemeentelijke culturele centra | 97 |
| Exploiteren van campingterreinen | 105 |
| Exploiteren van gemeentelijke sportaccommodaties | 103 |
| Exploiteren van horecavoorzieningen (in overheidsgebouwen) | 246 |
| Exploiteren van ICT-producten | 298 |
| Groenvoorziening voor derden | 116 |
| Het aanbieden van beveiliging | 105 |
| Inzamelen bedrijfsafval | 93 |
| Kredietverstrekker | 98 |

[144] LISA onderhoudt een zogenaamd vestigingsregister van bedrijven en levert op grond daarvan ook werkgelegenheidsstatistieken. Per bedrijfsvestiging zijn de onder meer naam, vestigingsadres, activiteitencode (standaardbedrijfsindeling, SBI 2008) beschikbaar.

| Sector / gerelateerde economische activiteit | Aantal bedrijven in steekproef |
|---|---|
| Opleidingen | 158 |
| Overige commerciële dienstverlening | 115 |
| Schoonmaken | 141 |
| Uitlenen van video's, DVD en kunst door bibliotheken | 104 |
| Uitvoeren van keuringen, metingen en/of onderzoek | 128 |
| Verkopen en/of verhuren van vastgoed of grond | 218 |
| **Totaal verstuurde brieven** | **3.000** |

De geselecteerde 3.000 bedrijven hebben namens het ministerie van Economische Zaken een brief ontvangen met de uitnodiging om deel te nemen aan de web-enquête. De benadering van bedrijven wijkt daarmee af van de nulmeting, waarin gebruik is gemaakt van een bestaand bedrijvenpanel. In totaal hebben 325 bedrijven aangegeven dat ze door middel van deze brief vanuit het ministerie van Economische Zaken zijn benaderd voor het invullen van de enquête. De respons voor het versturen van de brief ligt hiermee op 11,1%.[145] De respons is verdeeld over diverse sectoren, waarbij (in absolute termen) de meeste respons afkomstig is van advies- en onderzoeksbedrijven en logies (zie tabel hierna).

**Uitnodiging via branches -** Naast de verstuurde brief is de (link naar de) web-enquête ook door diverse brancheorganisaties onder hun leden verspreid, in de meeste gevallen door middel van een nieuwsbrief of nieuwsbericht op de website. In totaal hebben 265 ondernemers aangegeven door hun branchevereniging geattendeerd te zijn op de enquête. Daarnaast hebben nog 45 ondernemers aangegeven op andere wijze van de enquête gehoord te hebben. Van deze groepen samen zijn de meeste reacties (in absolute termen) afkomstig van advies- en onderzoeksbedrijven, private onderwijspartijen en onroerend goedbedrijven (zie tabel hierna).

In de onderstaande tabel is een overzicht van de respons opgenomen. In absolute termen zijn in de totale groep van respondenten de advies- en onderzoeksbedrijven sterk vertegenwoordigd (20%), gevolgd door de zakelijke dienstverlening (12%), onroerend goedbedrijven(10%) en het onderwijs (10%).

[145] Van de 3.000 verstuurde brieven zijn er 60 retour afzender gestuurd (2%), daarnaast hebben we 3 e-mails ontvangen waarin werd aangegeven dat het bedrijf onbekend was (0,1%). Deze 63 brieven kunnen dus als niet verstuurd beschouwd worden, immers zij geven geen respons. In totaal zijn er 2.937 brieven met een mogelijke respons verstuurd. Ten aanzien van de 60 retour ontvangen brieven geldt dat: 29 ondernemingen waren verhuisd, 16 hadden geen of een volle brievenbus en bij 15 was het bedrijf niet gevestigd op het adres.

**Respons bedrijven (aangepaste categorisering)**

| Sector / gerelateerde economische activiteit | Brief (n) | % | Branche / anders (n) | % | Totaal (n) | % | Ratio respons |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Advisering, onderzoek en specialistische zakelijke dienstverlening | 37 | 13 | 76 | 28 | 113 | 20 | 33-67 |
| Afvalbeheer | 7 | 2 | 7 | 3 | 14 | 2 | 50-50 |
| Bouwnijverheid | 10 | 3 | 2 | 1 | 12 | 2 | 83-17 |
| Cultuur, sport en recreatie | 26 | 9 | 7 | 3 | 33 | 6 | 79-21 |
| Financiële instellingen | 8 | 3 | 0 | 0 | 8 | 1 | 100-0 |
| Gezondheids- en welzijnszorg | 16 | 5 | 5 | 2 | 21 | 4 | 76-24 |
| Groot- en detailhandel | 12 | 4 | 7 | 3 | 19 | 3 | 63-37 |
| Industrie | 7 | 2 | 3 | 1 | 10 | 2 | 70-30 |
| Informatie en communicatie | 29 | 10 | 10 | 4 | 39 | 7 | 74-26 |
| Landbouw, bosbouw en visserij | 11 | 4 | 1 | 0 | 12 | 2 | 92-8 |
| Logies, eten en drinken | 35 | 12 | 10 | 4 | 45 | 8 | 78-22 |
| Onderwijs | 6 | 2 | 53 | 20 | 59 | 10 | 10-90 |
| Overige (maatschappelijke) dienstverlening | 16 | 5 | 7 | 3 | 23 | 4 | 70-30 |
| Overige zakelijke dienstverlening (bemiddeling, beveiliging, etc.) | 33 | 11 | 33 | 12 | 66 | 12 | 50-50 |
| Productie en distributie van energie | 3 | 1 | 0 | 0 | 3 | 1 | 100-0 |
| Verhuur van en handel in onroerend goed | 12 | 4 | 47 | 17 | 59 | 10 | 20-80 |
| Verhuur van roerende goederen | 15 | 5 | 2 | 1 | 17 | 3 | 88-12 |
| Vervoer en opslag (land, water, lucht, post) | 7 | 2 | 1 | 0 | 8 | 1 | 88-13 |
| Winning van delfstoffen | 1 | 0 | 0 | 0 | 1 | 0 | 100-0 |
| **Totaal** | **291** | | **271** | | **562** | | 52-48 |

Noot: De genoemde percentages refereren naar de voorgaande kolom: het percentage van de derde kolom is gebaseerd op het totaal aantal respondenten via de brief (2e kolom). In de laatste kolom is per sector aangegeven hoe de verhouding ligt tussen de respondenten per brief en via de brancheverenigingen. Omdat een aantal respondenten eerder is gestopt is het totaal aantal respondenten (562) wat lager dan het aantal respondenten dat met de enquête is gestart (635).

### Enquête onder overheden

De tweede enquête was specifiek gericht op de overheden. In deze enquête werd nader ingegaan op de ervaringen en bekendheid van de overheden met de Wet Markt en Overheid, in welke mate zij economische activiteiten uitvoeren, de naleving van de wet en of er een algemeen belangbesluit is genomen. Ook wordt ingegaan op ontvangen klachten en de behandeling hiervan.

Voor de enquête onder overheden zijn telefonisch departementen (10), provincies (12), waterschappen (23), een selectie van zelfstandige bestuursorganen (ZBO, 34)[146] en een selectie van gemeenten (298) benaderd. Middels dit telefonisch contact is getracht de juiste persoon te identificeren die betrokken is bij en/of verantwoordelijk is voor de naleving van de Wet MenO en is om een e-mailadres gevraagd voor het versturen van de web-enquête. In totaal zijn er 376 e-mailadressen op deze wijze achterhaald, waarbij het in verreweg de meeste gevallen (> 80%) om een persoonlijk e-mailadres ging (specifieke contactpersoon). In totaal hebben 141 overheden de enquête gedeeltelijk of helemaal ingevuld. De respons voor de overheden ligt hiermee op 36%. In onderstaande tabel is de verdeling over de verschillende overheidsinstanties weergegeven.

[146] Hierbij is gebruik gemaakt van een door ACM gemaakte selectie van circa 40 ZBO's, welke ook bij de nulmeting in 2012 is gebruikt.

**Aantal verstuurde uitnodigingen overheden**

| Overheid | Aantal uitnodigingen verstuurd | Aantal ingevuld | % respons |
|---|---|---|---|
| Gemeenten | 298 | 103 | 35% |
| Provincies | 12 | 9 | 75% |
| ZBO's | 34 | 6 | 18% |
| Departementen | 10 | 4 | 44% |
| Waterschappen | 23 | 14 | 61% |
| Een gemeenschappelijke regeling | *Niet van toepassing, respons vanuit bovenstaande groepen* | 5 | - |
| **Totaal** | **376** | **141** | **36%** |

## Onderdeel A2: Interviews, expertbijeenkomst en verdiepende analyses

Binnen dit onderzoek zijn circa 50 **interviews** uitgevoerd met verschillende partijen om zo een goed zicht te krijgen op de effectiviteit van de wet. Deels betroffen dit gesprekken met mensen die direct betrokken zijn (geweest) bij het beleidsontwerp en de –implementatie. Dit betrof bijvoorbeeld (voormalig) ambtenaren van het ministerie van Economische Zaken, het ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, toezichthouder ACM en belangenbehartigers zoals VNO-NCW / MKB Nederland en de Vereniging Nederlandse Gemeenten. Doel van deze gesprekken was vooral om inzicht te krijgen in de werking van de wet en wat de achterliggende processen waren die ervoor hebben gezorgd dat de wet zijn huidige vorm heeft gekregen. Daarnaast zijn er diverse gesprekken gevoerd die meer op het functioneren van de wet in de praktijk gericht waren, onder meer met brancheverenigingen en uitvoerende overheden. Er heeft in dit kader eind januari 2015 ook een **expertbijeenkomst** plaatsgevonden waarbij circa 15 brancheverenigingen aanwezig waren om te praten over hun ervaringen met de wet en eventuele knelpunten.

Op basis van de gevoerde interviews en uitkomsten van de web-enquêtes zijn aan het einde van het onderzoek een aantal **verdiepende analyses** uitgevoerd, welke ook zijn afgestemd met het ministerie van Economische Zaken. Deze analyses waren beperkt van omvang en specifiek gericht op het 'verdiepen' van een aantal uitkomsten van de analyse. Er is hierbij gekozen voor een tweetal thematische verdiepingen (namelijk: omgang van overheden met het algemeen belangbesluit en inhoudelijke vergelijking van enkele algemeen belangbesluiten) en een drietal sectorale verdiepingen (namelijk: recreatie & watersport, onderwijs & onderzoek en de zorgsector). Bij de sectorale verdiepingen ging het met name om de omstandigheden waarin deze sectoren ongelijke concurrentie ervaren en de impact op de individuele ondernemers. Deze verdiepingen hebben bovenal een beschrijvend en illustratief karakter.

Een lijst van geïnterviewde personen en organisaties en aanwezigen bij de expertbijeenkomst is hierna opgenomen.

**Uitgevoerde interviews**

| INTERVIEWS - Organisatie | Persoon |
|---|---|
| Brancheorganisatie voor Zorgondernemers: ActiZ | Mw. L. Boufrach<br>Dhr. M. Kooijman |
| Autoriteit Consument en Markt (ACM): Drie gesprekken. | Mw. A. Vegter<br>Dhr. R. Timmerman<br>Mw. H. de Krom |
| Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) | M. C. Schut |

| INTERVIEWS - Organisatie | Persoon |
|---|---|
| Europa Decentraal | Mw. A. Kühler<br>Mw. M. Broersen |
| Gemeente Rotterdam | Mw. W. Mourmans |
| De brancheverenigingvoor de watersportindustrie: HISWA | Dhr. G. Dijks |
| Horeca Nederland | Dhr. Berkhout |
| Ministerie van Economische Zaken | Dhr. F. Vreedenburgh (oud- beleidsmedewerker) |
| Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen | Dhr. B. van Zanen |
| Market Research Association (MOA) | Dhr. W. van Slooten |
| De Brancheverenigingvoor trainen en opleiden (NRTO) | Mw. R. van 't Klooster |
| Onderwijsinspectie | Dhr. R. Brouwer<br>Mw. M. van Tillaert |
| Brancheorganisatie van arbodiensten en (re)integratie (OVAL) | Mw. J. Woordes |
| PBLQ | Dhr. L. Smits |
| Provincie Noord-Brabant | Dhr. P. Hogenhuis |
| Scolix | Dhr. M. Bos |
| Unie van Waterschappen | Dhr. P. Langeveld |
| Vereniging voor Beleidsonderzoek (VBO) | Dhr. M. Damen |
| Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG) | Dhr. T.Jacobs |
| VNO-NCW / MKB NL | Dhr. R. Wolthaus<br>Mw. G. Dolsma |
| **Additionele geïnterviewde partijen in het kader van de verdiepende analyses** | |
| Inzake het proces rondom het algemeen belangbesluit:<br>• Gemeente Halderberge<br>• Gemeente Gorinchem<br>• Gemeente Drimmelen<br>• Gemeente Hoogezand-Sappemeer<br>• Gemeente Echt-Susteren<br>• Gemeente Haarlem<br>• Gemeente Aa en Hunze<br>• Gemeente Bergeijk<br>• Gemeente Ronde Venen | <br><br>Dhr. B. Derene<br>Dhr. A. Bil<br>Mw. C. Jonkers<br>Mw. L. Bogema<br>Dhr. J. Botjes<br>Mw. E. Kingma<br>Mw. F. Klaucke<br>Mw. S. van Avendonk<br>Mw. W. Ooms |
| Inzake de watersport:<br>• Hiswa (zie ook hierboven)<br>• Marina den Oever<br>• Jachthaven Ter Apel<br>• Jachthaven Hunzegat<br>• Gemeente Hollandse Kroon | <br>Dhr. G. Dijks<br>Dhr. T. Paddenburg<br>Dhr. H. Dun<br>Dhr. G. Van den Broek<br>Dhr. M. Kersens |
| Inzake de zorg:<br>• Actiz (zie ook hierboven)<br>• Landelijk Netwerk van Thuisbegeleiders | <br>Mw. L. Boufrach<br>Mw. De Vries |

**Aanwezigen expertbijeenkomst**

| EXPERTBIJEENKOMST - Organisatie | Naam |
|---|---|
| Koninklijke Nederlandse Slagersorganisatie | Dhr. P. Hoogenboom |

| EXPERTBIJEENKOMST - Organisatie | Naam |
|---|---|
| Vereniging Ingenieursbedrijven | Dhr. De Peijer |
| Schoonmaakbranche (OSB) | Dhr. N. Koch |
| OVAL | Mw. J. Woordes |
| NL Research | *Onbekend* |
| Recron | Dhr. B. Post |
| ActiZ | Mw. L. Boufrach<br>Dhr. M. Kooijman |
| Brancheorganisatie voor sociale werkgelegenheid & arbeidsintegratie | Mw. H. Heinsbroek |
| Branchevereniging voor uitzendondernemingen (ABU) | Dhr. J. Meeter |
| Nederlandse Veiligheidsbranche | Mw. T. van den Broeck-Oosterhof |
| HISWA | Dhr. G. Dijks |
| BHV opleiders | Dhr. F. Geven |
| Vereniging Afvalbedrijven | Dhr. H. van Rijssen |
| VNO/NCW - MKB Nederland | Dhr. R. Wolthuis<br>Dhr. E. Ten Brake |

## Onderdeel A3: Geraadpleegde literatuur en documentatie

Voor het uitvoeren van deze studie hebben we gebruik gemaakt van beschikbare documentatie. Deels was deze documentatie reeds bekend, deels is dit voor de evaluatie ontwikkeld. De belangrijkste documentatie die voor dit onderzoek gebruikt is, betreft:

- De nulmeting die door de Kwink Groep voor de ACM is uitgevoerd in 2013[147];
- Documentatie van de ACM betreffende de signalen die de ACM heeft ontvangen van het bedrijfsleven en overheden en een bredere analyse van de handhavingspraktijk van de ACM[148];
- De Handreiking Wet Markt en Overheid[149] en het boekje: 'Als ambtenaren ondernemers worden'[150];
- Diverse signalen en achtergronddocumenten van branchevereniging, onder meer verzameld door VNO-NCW / MKB-Nederland en het Ministerie van Economische Zaken;
- Websites en documentatie van brancheverenigingen en gemeenten (o.a. voor algemeen belangbesluiten en belangrijkste knelpunten).

Hierna volgt een overzicht van de belangrijkste literatuur en documentatie.

**Literatuur en documentatie:**


- ACM, 'Als ambtenaren ondernemers worden', 2014. Beschikbaar via: https://www.acm.nl/nl/download/publicatie/?id=13235;
- ACM, 'Lijst met voorbeelden van economische activiteiten', 27 februari 2014. Beschikbaar via: https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/12647/Voorbeelden-economische-activiteiten-markt-en-overheid/;
- ACM, 'Sectorstudies', 2015. Beschikbaar via: https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/13959/Sectorstudies-Markt-en-Overheid;


147 Kwink Groep, 2013. Beschikbaar via: https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/11408/Nulmeting-Markt-en-Overheid/.

148 ACM heeft hiervoor twee notities aan het onderzoeksteam ter beschikking gesteld waarin de handhavingspraktijk en een analyse van de ontvangen signalen beschreven zijn.

149 Ministerie van Economische Zaken, 2012. Beschikbaar via: http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/mededinging/documenten-en-publicaties/richtlijnen/2012/07/05/handreiking-markt-en-overheid.html.

150 ACM, 2014. Beschikbaar via: https://www.acm.nl/nl/download/publicatie/?id=13235.

- Algera, mr. W.T., 'Wetsvoorstel Markt & Overheid', Markt en Mededinging, 2008, nr. 5, p. 148.
- Kamerbrief 02M437 766, 30 augustus 2002;
- Dekker, mr. C.T., en mr. E. Hameleers, 'Aansprakelijkheid wegens schending van de Wet Markt en Overheid', Overheid en Aansprakelijkheid 2012/85;
- EC, 2007. Commissie werkdocument SEC 2007/1516;
- EC, 2007. Memo 07/475;
- Handreiking Wet Markt en Overheid, Ministerie van Economische Zaken, 1 juli 2012;
- Kamerstukken II, 1996-1997. 24036 nr. 45;
- Kamerstukken II, 2000-2001. 24036 nr. 219;
- Kamerstukken II, 2003-2004. 28050, nr. 7;
- Kamerstukken II, 2004–2005. 28248, nr. 84;
- Kamerstukken II, 2007-2008. 31354, nr. 3 (Memorie van toelichting, onder paragraaf 1.1);
- Kamerstukken II, 2008-2009. 31354 nr. 32;
- Kwink Groep, 2013. Nulmeting Wet Mark en Overheid. Beschikbaar via: https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/11408/Nulmeting-Markt-en-Overheid/;
- Mededingingswet, hoofdstuk 4B, artikelen 25g tot en met 25m. Beschikbaar via: http://wetten.overheid.nl/BWBR0008691/geldigheidsdatum_25-02-2015#Hoofdstuk4b;
- Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie, Handreiking Markt en Overheid. 1 juli 2012. Beschikbaar via: http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/mededinging/documenten-en-publicaties/richtlijnen/2012/07/05/handreiking-markt-en-overheid.html;
- Nota van toelichting Besluit Markt en Overheid (Stb. 2012, 255);
- Notitie "helderheid in de bekostiging van het hoger onderwijs", mei 2010. Beschikbaar via: http://wetten.overheid.nl/BWBR0016272/geldigheidsdatum_05-05-2010/informatie;
- PWC, 'Onderzoek naar de problematiek Markt en Overheid' april 2005;
- Raad van State, 27 februari 2013. ECLI:NL:RVS:2013:BZ2477;
- Raad van State, 18 december 2013. ECLI:NL:RVS:2013:2494;
- Rechtbank Noord-Holland, 18 december 2013. ECLI:NL:RBNHO:2013:13923;
- Rechtbank Amsterdam, 21 februari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ1986;
- Sociaal - Economische Raad, 'Markt en overheid Advies Markt en Overheid' nr. 12. 17 september 1999;
- Rapport van de Commissie Cohen, Kamerstukken II 1996–1997, 24 036, nr. 45.


**Referenties academische artikelen:**


- Aalbers, mr. M. en mr. P.A.E.M. Hogenhuis, 'Markt en Overheid' in Tijdschrift voor Staatssteun, nr. 2 juni 2014, p. 77-78;
- Baarsma, prof. dr. B.E. en dr. L.A.W. Tieben, 'Markt en Overheid: oplossing zoekt probleem', in: M&M, augustus 2010, nr. 4, p. 136-144;
- Ter Brake, E., 'Wettelijk kader nodig om inbesteden te beperken' in: SC, 16 augustus 2014, nr. 6;
- Dekkers. mr. C.T. en mr. E. Hameleers, 'Aansprakelijkheid wegens schending van de Wet Markt en Overheid', in: Overheid en Aansprakelijkheid, 2014/85;
- Drijber, B.J. 'Wet Markt en Overheid aangenomen' in: Ondernemingsrecht, 2011/80;
- Essers, mr. M.J.J.M., 'De bijzondere positie van overheidsbedrijven', in: de Gemeentestem, 2013, nr. 119;
- Kohlen, mr. J.I. en mr. G.J. van Midden, 'Hoofdstuk 4B Mededingingswet: overheid en overheidsbedrijven. 'Treden Wet en Besluit Markt & Overheid dan eindelijk per 1 juli 2012 in werking?', in: Juridisch up to date, 14 juni 2012, nr. 12, p. 18-24;
- Kohlen, mr. J.I. en mr. M. van de Sanden, 'Merendeel gemeenten voldoet (nog) niet aan de Wet Markt en Overheid' in: Birdbuzz, 11 maart 2014;
- Kohlen, mr. J.I. en mr. C. Eijberts, 'Gemeenten: Sportief concurreren?' in: Birdbuzz, 15 april 2014;

- Kohlen, mr. J.I. en mr. M. van de Sanden, ‘Overgangstermijn Wet Markt & Overheid verstreken per 1 juli 2014: ACM controleert drie overheidsactiviteiten nader op oneerlijke concurrentie’ in: Birdbuzz, 1 juli 2014;
- Kohlen, mr. J.I. en mr. G.J. van Midden, ‘Overheden op de markt: de Wet Markt & Overheid is nu echt een feit’, in: Juridisch up to date, 10 juli 2014, nr. 14, p. 7-11;
- Korsten, mr. L.E.J., ‘Bedrijfsjuridische berichten’ in: Kroniek Nederlands Mededingingsrecht 2012, 2013/4;
- Van der Kuilen, mr. E.A. en mr D. van Tilborg, ‘Besluit Markt & Overheid’ in: De Gemeentestem, 2013/3;
- Lampe, drs. C. en drs. B. Dessing, ‘Wet Markt & Overheid: sluit de uitwerking aan bij de doelstelling?’, in: tijdschrift voor Staatssteun, nr. 1 maart 2014, p. 5-9;
- Den Ouden, W., ‘Test voor de ondernemende overheid’ in: SC, 13 mei 2014, nr. 6;
- Peters, J.A.F., ‘Markt en overheid in reprise’, in: Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht, 1 juli 2008, nr. 23;
- Neij, mr. N., ‘De strijd tegen oneerlijke concurrentie door overheidsondernemingen’ in: SEW, maart 2010, nr. 3, p. 103-108;
- Roelofsen, mr. M. en Drs. R. Timmerman, ‘Hoe maakt de NMa transparante keuzes bij het toezicht op de Wet Markt en Overheid?’ In: Tijdschrift Mededingingsrecht in de Praktijk, december 2012, nr. 7, p. 252-256;
- Schrijvershof, mr. D.W.L.A., ‘De Wet Markt en Overheid: door (spontane) naleving of (beginselplicht tot) handhaving naar een gelijk speelveld?’ In: Tijdschrift Mededingingsrecht in de Praktijk, oktober 2012, p. 201-214;
- De Vlam, mr. R.W. ‘Het Wetsvoorstel Markt & Overheid’, in: V&O, 17 september 2009, nr. 10, p. 212-216;
- Wesseling, R. en F. ten Have, ‘Kroniek van het Mededingingsrecht’ in: Nederlands Juristenblad, 2012/886.

# Bijlage B: Enquêtes

In deze bijlage zijn de vragen weergegeven zoals deze zijn gebruikt in de enquête onder overheden en onder ondernemers.

## Onderdeel B1: Enquête onder overheden

| Vragenlijst enquête onder overheden | |
|---|---|
| **1** | Hoe zou u deze organisatie classificeren? |
| **2** | Hoe zou u deze organisatie classificeren?<br>• Een onderdeel van de Rijksoverheid;<br>• Een provincie;<br>• Een gemeente;<br>• Een waterschap;<br>• Een zelfstandig bestuursorgaan (ZBO);<br>• Een gemeenschappelijke regeling (Gemeenschappelijke regelingen zijn samenwerkingsverbanden tussen openbare lichamen zoals gemeenten, provincies en waterschappen. Een gemeenschappelijke regeling wordt ingesteld op basis van de Wet Gemeenschappelijke Regelingen.);<br>• Anders, gelieve te specificeren. |
| **3** | Kunt u aangeven hoe bekend u bent met de volgende elementen?<br>• In welke mate bent u bekend met het doel van de Wet MenO?<br>• In welke mate bent u bekend met de inhoud van de Wet MenO?<br>• In welke mate bent u bekend met 'De handreiking Wet Markt en Overheid'?<br>• In welke mate bent u bekend met het begrip 'economische activiteit'?<br>• In welke mate bent u bekend met de consequenties van de Wet MenO voor uw organisatie bij de uitvoering van economische activiteiten? |
| **4** | Het doel van de Wet MenO is om zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen te creëren tussen enerzijds het bedrijfsleven en anderzijds overheden die 'economische activiteiten' verrichten. Kende u dit doel?<br>• Ja, komt overeen met wat ik al wist;<br>• Ja, dat is wist ik ongeveer;<br>• Nee, ik dacht dat de wet en ander doel had;<br>• Nee, dat wist ik niet. |
| **5** | De Wet MenO bepaalt dat overheden zich bij het verrichten van 'economische activiteiten' moeten houden aan bepaalde gedragsregels, namelijk:<br>• Het doorberekenen van gemaakte kosten;<br>• Geen bevoordeling van eigen overheidsbedrijven;<br>• Gegevenshergebruik alleen onder gelijke voorwaarden;<br>• Geen belangenverstrengeling.<br><br>Was u bekend met deze inhoudelijke bepalingen van de Wet MenO?<br>• Ja, daar was ik mee bekend;<br>• Ja, dat wist ik ongeveer;<br>• Nee, ik dacht dat het om andere elementen ging;<br>• Nee, daar ben ik niet mee bekend. |

| Vragenlijst enquête onder overheden | |
|---|---|
| **6** | Kunt bij onderstaande vragen aangeven wat van toepassing is binnen uw organisatie?<br>• Is er binnen uw organisatie iemand verantwoordelijk voor de naleving van de Wet MenO?<br>• Heeft uw organisatie een (interne) handleiding voor de uitvoering van Wet MenO ontwikkeld?<br>• Heeft uw organisatie een lijst of overzicht van overheidsbedrijven die verbonden zijn aan uw organisatie?<br>• Heeft uw organisatie een lijst of overzicht van economische activiteiten die door uw organisatie (of verbonden overheidsbedrijven) worden verricht?<br>• Heeft uw organisatie onderzoek verricht naar de mate waarin de gedragsregels van de Wet MenO worden nageleefd?<br>• Heeft uw organisatie ondernemers geconsulteerd (Bijvoorbeeld door te peilen of ondernemers concurrentie ondervinden van activiteiten die de overheid ook uitvoert.) over het effect van de Wet MenO en uw positie daarin? |
| **7** | Heeft uw organisatie concrete maatregelen of activiteiten ondernomen sinds de Wet MenO van kracht is (sinds 1 juli 2012)? Meerdere antwoorden mogelijk:<br>• Nee;<br>• Ja, de tariefstelling is aangepast;<br>• Ja, de financiële administratie is aangepast;<br>• Ja, de gewenste functiescheiding is aangebracht;<br>• Ja, (overheid)gegevens die worden gebruikt voor economische activiteiten worden nu ook aan derden beschikbaar gesteld;<br>• Ja, overheidsbedrijven worden niet (langer) bevoordeeld;<br>• Ja, we hebben vastgesteld welke economische activiteiten in het algemeen belang zijn;<br>• Weet ik niet;<br>• Ja, en tevens. |
| **8** | Kunt u aangeven in welke mate u het eens bent met de volgende stellingen?<br>• Onze organisatie heeft zich actief opgesteld om de Wet MenO toe te passen en na te leven;<br>• Binnen onze organisatie wordt rekening gehouden met de Wet MenO;<br>• Onze organisatie leeft de Wet MenO na;<br>• Mijn collega's zijn voldoende op de hoogte van de gedragsregels die gelden voor het uitvoeren van een economische activiteit;<br>• Mijn collega's zijn voldoende op de hoogte van de gedragsregels die gelden voor het uitvoeren van een economische activiteit. |
| **9** | Voert uw organisatie economische activiteiten uit waarvoor een 'algemeen belangbesluit ' is genomen?<br>• Ja (naar vraag 11);<br>• Nee (naar vraag 10);<br>• Weet ik niet (naar vraag 16). |
| **10** | Wat is de reden dat er geen 'algemeen belangbesluit ' is genomen?<br>• Er worden geen economische activiteiten uitgevoerd waar een dergelijk besluit relevant voor is;<br>• Mijn organisatie heeft het opstellen van een algemeen belangbesluit nooit overwogen;<br>• Mijn organisatie is niet op de hoogte van de mogelijkheid van het nemen van een dergelijk besluit;<br>• Weet ik niet;<br>• Anders, gelieve te specificeren. |

| Vragenlijst enquête onder overheden | |
|---|---|
| **11** | Welke van de volgende stappen zijn er ondernomen in het voortraject van het vaststellen van 'economische activiteiten in het algemeen belang'? Meerdere antwoorden mogelijk:<br>• We hebben onderbouwd dat uitvoering van bepaalde economische activiteiten door onze organisatie in het algemeen belang is (voor alle activiteiten tegelijkertijd);<br>• We hebben per specifieke activiteit onderbouwd dat uitvoering van de economische activiteiten door onze organisatie in het algemeen belang is;<br>• We hebben bekeken of marktpartijen eventueel benadeeld zouden worden door uitvoering van de activiteiten door de overheid;<br>• We hebben afgewogen of het algemeen belang van uitvoering door de overheid opweegt tegen de nadelige gevolgen voor marktpartijen;<br>• We hebben de markt geconsulteerd over het voorgenomen besluit dat de economische activiteiten in het algemeen belang plaatsvinden;<br>• We hebben het (voorgenomen) besluit gepubliceerd en een inspraaktermijn in acht genomen;<br>• Anders, gelieve te specificeren;<br>• Geen van deze stappen zijn ondernomen. |
| **12** | Welke van de volgende elementen zijn in uw algemeen belang vaststelling verwerkt?<br>• De organisatie-eenheid die de economische activiteiten uitvoeren in het algemeen belang;<br>• De exacte aard van de economische activiteiten;<br>• Het geografische gebied waarbinnen de economische activiteiten in het algemeen belang worden verricht;<br>• De motivering waarom de desbetreffende economische activiteiten in het algemeen belang plaatsvinden;<br>• Een maximale werkingsduur van het besluit (bijvoorbeeld een termijn van 4 jaar);<br>• Een periodieke heroverweging van het besluit;<br>• Anders, gelieve te specificeren;<br>• Geen van bovenstaande elementen. |
| **13** | Was er de mogelijkheid tot bezwaar bij de vaststelling van het besluit van economische activiteit in het algemeen belang?<br>• Ja, het was een concreet besluit waartegen bezwaar mogelijk was;<br>• Nee, want het was een algemeen verbindend voorschrift waartegen geen bezwaar mogelijk was;<br>• Anders, gelieve te specificeren. |
| **14** | Is er bezwaar ingediend tegen de vaststelling van de economische activiteit in het algemeen belang?<br>• Nee;<br>• Ja, er was met name bezwaar tegen. |
| **15** | Als u rond het algemeen belangbesluit tegen specifieke problemen en/of onduidelijkheden aan loopt, kunt u dat hier benoemen. |
| **16** | Kunt u aangeven of u het eens bent met onderstaande stellingen?<br>• Het is voor mijn organisatie duidelijk welke economische activiteiten het algemeen belang dienen;<br>• Het is voor mijn organisatie duidelijk wanneer een algemeen belang vaststelling gerechtvaardigd is;<br>• Ik heb behoefte aan concrete(re) criteria om het algemeen belang vast te stellen;<br>• Het is voor mijn organisatie duidelijk op welke manier een algemeen belangbesluit moet worden genomen;<br>• Het algemeen belangbesluit zou periodiek heroverwogen moeten worden. |
| **17** | In welke mate bent u het eens met de volgende stellingen?<br>• Concurrentie tussen overheden / overheidsbedrijven en ondernemers is vaak in het voordeel van de overheid;<br>• Oneerlijke concurrentie door overheden/ overheidsbedrijven is een groot probleem voor ondernemers/ondernemingen (naar vraag 18 als antwoord is “eens” of “zeer eens”);<br>• De Wet MenO is een effectief instrument om oneerlijke concurrentie door overheden / |

| Vragenlijst enquête onder overheden | |
|---|---|
| | overheidsbedrijven te voorkomen;<br>• De concurrentie van onze organisatie op ondernemers is beperkt;<br>• Onze organisatie creëert geen oneerlijke concurrentie voor ondernemers. |
| **18** | Waarom bent u het eens met de stelling: 'Oneerlijke concurrentie door overheden/overheidsbedrijven is een groot probleem voor ondernemers/ondernemingen'? |
| **19** | Zijn er klachten van het bedrijfsleven over concurrentievervalsing binnengekomen bij uw organisatie sinds de inwerkingtreding van de Wet MenO (per 1 juli 2012)?<br>• Ja (naar vraag 22);<br>• Nee;<br>• Weet ik niet. |
| **20** | Hoeveel klachten zijn er sinds de inwerkingtreding van de Wet MenO bij uw organisatie binnengekomen over concurrentievervalsing?<br>• 1;<br>• 2;<br>• 3;<br>• 4;<br>• 5;<br>• Meer dan 5, namelijk. |
| **21** | Kunt u aangeven wat voor klachten dit (met name) waren en hoe hiermee is omgegaan? |
| **22** | Heeft u ooit contact gehad met de ACM omtrent klachten die zijn binnengekomen door ondernemers over economische activiteiten die u uitvoert in het kader van het algemeen belang?<br>• Ja (naar vraag 23);<br>• Nee (naar vraag 24);<br>• Weet niet (naar vraag 24). |
| **23** | Kunt u beschrijven wat het probleem was en hoe u gezamenlijk met ACM en de ondernemer tot een oplossing bent gekomen? |
| **24** | Beschikt uw organisatie over een 'klachtenadministratie' waarin klachten van ondernemers over vermeende oneerlijke concurrentie door de overheid en/of overheidsbedrijven structureel worden bijgehouden en worden opgevolgd?<br>• Klachten bijhouden;<br>• Klachten opvolgen. |
| **25** | Hieronder volgt een lijst met voorbeelden van economische activiteiten. Kunt u aanvinken welke economische activiteiten door uw organisatie worden verricht?<br>• Verkopen en/of verhuren van vastgoed of grond aan derden;<br>• Opleiden, trainen, adviseren van derden;<br>• Exploiteren van restcapaciteit (personeel, faciliteiten en/of middelen);<br>• Exploiteren van ICT-producten (software en/of hardware);<br>• Inzamelen bedrijfsafval;<br>• Groenvoorziening voor derden;<br>• Verrichten van bewakingsdiensten en beveiliging van particuliere objecten;<br>• Aanbieden van transportdiensten;<br>• Uitvoeren van keuringen, metingen en/of onderzoek voor derden;<br>• Exploiteren van gemeentelijke sportaccommodaties;<br>• Exploiteren van horecavoorzieningen (in overheidsgebouwen);<br>• Exploiteren van overheidsdata (die met publieke taakuitvoering is verkregen);<br>• Exploiteren van restproducten (van publieke taakuitvoering);<br>• Zuiveren van afvalwater van bedrijven (die niet via de riolering lozen);<br>• Afvalstoffen (met name slib) verwerken/verbranden van bedrijven (die niet op de riolering zijn aangesloten en zelf hun water zuiveren); |

| Vragenlijst enquête onder overheden | |
|---|---|
| | • Onderhouden van particuliere installaties voor behandeling afvalwater;<br>• Geen (naar vraag 32);<br>• Ander, gelieve te specificeren. |
| **26** | Kunt u kort de dienst of het product dat wordt geleverd aan derden toelichten? |
| **27** | Voor welke van de volgende activiteiten is een algemeen belangbesluit genomen?<br>• Zie vraag 25. |
| **28** | Welke van de onderstaande economische activiteiten worden verricht door uw eigen organisatie of door een overheidsbedrijf?<br>• Zie vraag 25. |
| **29** | Hoeveel omzet (op jaarbasis) behaalt uw organisatie/het overheidsbedrijf ongeveer met onderstaande economische activiteiten?<br>• Zie vraag 25. |
| **30** | In welke mate denkt u dat ondernemers impact ervaren als gevolg van de concurrentie met uw organisatie/het overheidsbedrijf op onderstaande economische activiteiten?<br>• Zie vraag 25. |
| **31** | In welke mate denkt u dat ondernemers de concurrentie met uw organisatie/het overheidsbedrijf als oneerlijk ervaren bij de onderstaande economische activiteiten?<br>• Zie vraag 25. |
| **32** | Op welke manier heeft u zich geïnformeerd over de Wet MenO (meerdere antwoorden mogelijk):<br>• Ik heb informatie op de website van ACM gezocht;<br>• Ik heb telefonisch of per e-mail contact gehad met ACM;<br>• Ik heb de Handreiking Markt en Overheid gelezen;<br>• Ik heb het boekje 'Als ambtenaren ondernemers worden' gelezen;<br>• Ik heb de 'Markt en Overheid test' gebruik;<br>• Ik heb een voorlichtingsbijeenkomst(en) bijgewoond;<br>• Ik heb geen extra informatie gevraagd of ontvangen van bijvoorbeeld het ACM;<br>• Anders, gelieve te specificeren. |
| **33** | Heeft u behoefte aan meer voorlichting en informatie over de Wet MenO en de consequenties ervan voor uw organisatie?<br>• Ja, daar heb ik behoefte aan (naar vraag 34);<br>• Nee, ik heb voldoende informatie (naar vraag 35). |
| **34** | Aan welke informatie heeft u behoefte?<br>• Voorbeelden van activiteiten die mogelijk wel én niet onder de wet zouden kunnen vallen;<br>• Meer informatie over de uitzonderingen in de Wet;<br>• Meer informatie over de gedragsregels en de toepassing ervan;<br>• Meer informatie over de overgangstermijn;<br>• Andere informatie, namelijk. |
| **35** | Dankpagina |

## Onderdeel B2: Enquête onder ondernemers

| Vragenlijst enquête onder ondernemers | |
|---|---|
| **1** | Deze enquête is bedoeld voor private ondernemers en bedrijven. Deze partijen zijn op verschillende manier door Ecorys benaderd. Kunt u aangeven hoe u bent uitgenodigd voor deelname aan deze enquête?<br>• Ik heb een brief ontvangen vanuit het Ministerie van Economische Zaken;<br>• Ik ben geïnformeerd door mijn brancheorganisatie;<br>• Ik heb de uitnodiging / link van anderen doorgestuurd gekregen;<br>• Anders, gelieve te specificeren. |
| **2** | Is uw onderneming aan te merken als een 'overheid', als een 'overheidsbedrijf' of als een (publieke) onderwijsinstelling?<br>• Ja (daarmee valt u buiten de doelgroep van deze enquête);<br>• Nee, mijn onderneming is geen overheidsbedrijf of publieke onderwijsinstelling (doorgaan met de enquête). |
| **3** | In welke sector is uw onderneming actief?<br>• Landbouw, bosbouw en visserij;<br>• Winning van delfstoffen;<br>• Industrie;<br>• Productie en distributie van energie;<br>• Winning en distributie van water;<br>• Afvalbeheer;<br>• Bouwnijverheid;<br>• Groot- en detailhandel;<br>• Vervoer en opslag (land, water, lucht, post);<br>• Logies, eten en drinken;<br>• Informatie en communicatie;<br>• Financiële instellingen;<br>• Verhuur van en handel in onroerend goed;<br>• Advisering, onderzoek en specialistische zakelijke dienstverlening;<br>• Verhuur van roerende goederen;<br>• Overige zakelijke dienstverlening (bemiddeling, beveiliging, etc.);<br>• Onderwijs;<br>• Gezondheids- en welzijnszorg;<br>• Cultuur, sport en recreatie;<br>• Overige (maatschappelijke) dienstverlening;<br>• Anders, gelieve te specificeren. |
| **4** | Kunt u de onderneming en/of uw activiteiten kort beschrijven? (bijvoorbeeld: onderhoud private tuinen, onderhoud groen langs de straat). |
| **5** | Hoeveel werknemers en/of medewerkers heeft uw organisatie?<br>• 1-10;<br>• 11-50;<br>• 51-250;<br>• 251-1.000;<br>• 1.001-10.000;<br>• 10.001 of meer;<br>• Weet niet/geen antwoord. |

| Vragenlijst enquête onder ondernemers | |
|---|---|
| **6** | Wat is de jaaromzet van uw onderneming?<br>• Minder dan € 10.000;<br>• € 10.000 - € 100.000;<br>• € 100.000 - € 500.000;<br>• € 500.000 - € 1 mln.;<br>• € 1 mln. - 10 mln.;<br>• Meer dan € 10 mln.;<br>• Weet ik niet / geen antwoord. |
| **7** | Had u voor deze enquête weleens gehoord van de Wet Markt en Overheid?<br>• Ja (naar vraag 8);<br>• Nee (naar vraag 12);<br>• Weet ik niet zeker (naar vraag 12). |
| **8** | Kunt u aangeven hoe bekend u bent met de Wet Markt en Overheid?<br>• Bekend met het doel van de Wet Markt en Overheid;<br>• Bekend met de inhoud van de Wet Markt en Overheid. |
| **9** | Het doel van de Wet Markt en Overheid is om zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen te creëren tussen enerzijds het bedrijfsleven en anderzijds overheden/zelfstandige bestuursorganen die 'economische activiteiten' verrichten. Kende u dit doel?<br>• Ja, komt overeen met wat ik al wist;<br>• Ja, dat is wist ik ongeveer;<br>• Nee, ik dacht dat de wet en ander doel had;<br>• Nee, dat wist ik niet. |
| **10** | De Wet Markt en Overheid bepaalt dat zich bij het verrichten van 'economische activiteiten' moeten houden aan bepaalde gedragsregels, namelijk:<br>• Het doorberekenen van gemaakte kosten;<br>• Geen bevoordeling van eigen overheidsbedrijven;<br>• Gegevenshergebruik alleen onder gelijke voorwaarden;<br>• Geen belangenverstrengeling.<br><br>Was u bekend met deze inhoudelijke bepalingen van de Wet Markt en Overheid?<br>• Ja, daar was ik mee bekend;<br>• Ja, dat wist ik ongeveer;<br>• Nee, ik dacht dat het om andere elementen ging;<br>• Nee, niet mee bekend. |
| **11** | In welke mate denkt u dat de Wet Markt en Overheid eventuele oneerlijke concurrentie door overheden voorkomt of vermindert?<br>• In sterke mate;<br>• In beperkte mate;<br>• Niet;<br>• Weet ik niet. |
| **12** | Kunt u aangeven in hoeverre u het eens bent met de volgende stellingen:<br>• Oneerlijke concurrentie door overheden en/of onderwijsinstellingen is een groot probleem voor ondernemers;<br>• Mijn onderneming ervaart hinder van concurrentie door overheden en/of onderwijsinstellingen;<br>• Wanneer mijn gemeente zelf economische activiteiten verricht en concurreert met het bedrijfsleven, neemt zij de gevolgen voor het bedrijfsleven in acht;<br>• Mijn onderneming heeft geen last van marktactiviteiten van de overheid en/of onderwijsinstellingen.<br>• Overheden en/of onderwijsinstellingen doen voldoende om oneerlijke concurrentie te voorkomen. |

| Vragenlijst enquête onder ondernemers | |
|---|---|
| **13** | In welke mate ervaart uw eigen onderneming concurrentie van overheden, zelfstandige, overheidsbedrijven of publieke onderwijsinstellingen die actief zijn op uw markt?<br>• Zeer sterke concurrentie;<br>• Sterke concurrentie;<br>• Beperkte concurrentie;<br>• Geen concurrentie (naar vraag 24);<br>• Daar heb ik geen zicht op. |
| **14** | Voor welke producten en/of diensten die u aanbiedt ervaart u concurrentie van overheden: zelfstandige bestuursorganen; overheidsbedrijven of publieke onderwijsinstellingen? |
| **15** | Met wie concurreert u voor dit product of dienst? Met... (meer antwoorden mogelijk)<br>• Het Rijk;<br>• De provincie(s);<br>• Een of meerdere gemeente(n);<br>• De waterschappen;<br>• Gemeenschappelijke overheden (regio's, samenwerkingsverbanden);<br>• Zelfstandig bestuursorgaan / uitvoeringsorganisatie (bijvoorbeeld het UWV);<br>• Onderwijsinstellingen – MBO;<br>• Onderwijsinstellingen – HBO;<br>• Onderwijsinstellingen – WO;<br>• Anders dan bovenstaand, namelijk. |
| **16** | Hoe beoordeelt u deze concurrentie met uw onderneming?<br>• Zeer oneerlijke concurrentie (naar vraag 19);<br>• Beperkt oneerlijke concurrentie (naar vraag 19);<br>• Concurrerend, maar verder geen probleem (naar vraag 24);<br>• Weet ik niet (naar vraag 24). |
| **17** | Kunt u aangegeven welke vorm de oneerlijke concurrentie heeft? (meer antwoorden mogelijk)<br>• Tarieven - De overheid waarmee mijn onderneming concurreert, hanteert tarieven die onder mijn kostprijs liggen;<br>• Gegevens - De overhead maakt gebruik van (overheid)gegevens waarover mijn onderneming niet kan beschikken;<br>• Bevoordeling - De overheid bevoordeelt haar eigen (overheid)bedrijf / instelling ten koste van mijn onderneming;<br>• Andere vorm, namelijk. |
| **18** | Zou u uw situatie nader kunnen toelichten? Hoe wordt uw onderneming benadeeld? |
| **19** | Hoe beoordeelt u de impact van deze oneerlijke concurrentie op de bedrijfsvoering?<br>• Zeer ernstige impact, het bedreigt de voortzetting van de organisatie;<br>• Ernstige impact, maar geen direct gevaar voor voortzetting van de organisatie;<br>• Aanzienlijke impact;<br>• Beperkte impact;<br>• Zeer beperkte impact;<br>• Geen antwoord. |
| **20** | Heeft uw organisatie stappen ondernomen tegen de oneerlijke concurrentie? Is er bijvoorbeeld een klacht of bezwaar ingediend?<br>• Nee;<br>• Weet ik niet;<br>• Ja, namelijk bij (naam instantie). |
| **21** | Kunt u uw overwegingen om wel of niet stappen te ondernemen kort toelichten? |

| Vragenlijst enquête onder ondernemers | |
|---|---|
| **23** | Heeft u weleens signalen ontvangen dat collega-ondernemingen in uw branche last hebben van oneerlijke concurrentie van overheden, overheidsbedrijven of onderwijsinstellingen? Bijvoorbeeld doordat ze omzetverlies ervaren;<br>• Dat soort signalen hoor ik nooit;<br>• Dat soort signalen hoor ik zelden;<br>• Dat soort signalen hoor ik regelmatig;<br>• Dat soort signalen hoor ik heel vaak. |
| **24** | Welke actie onderneemt u als u oneerlijke concurrentie ervaart of zou ervaren door een overheid, overheidsbedrijf of een onderwijsinstelling? |
| **25** | Dankpagina |

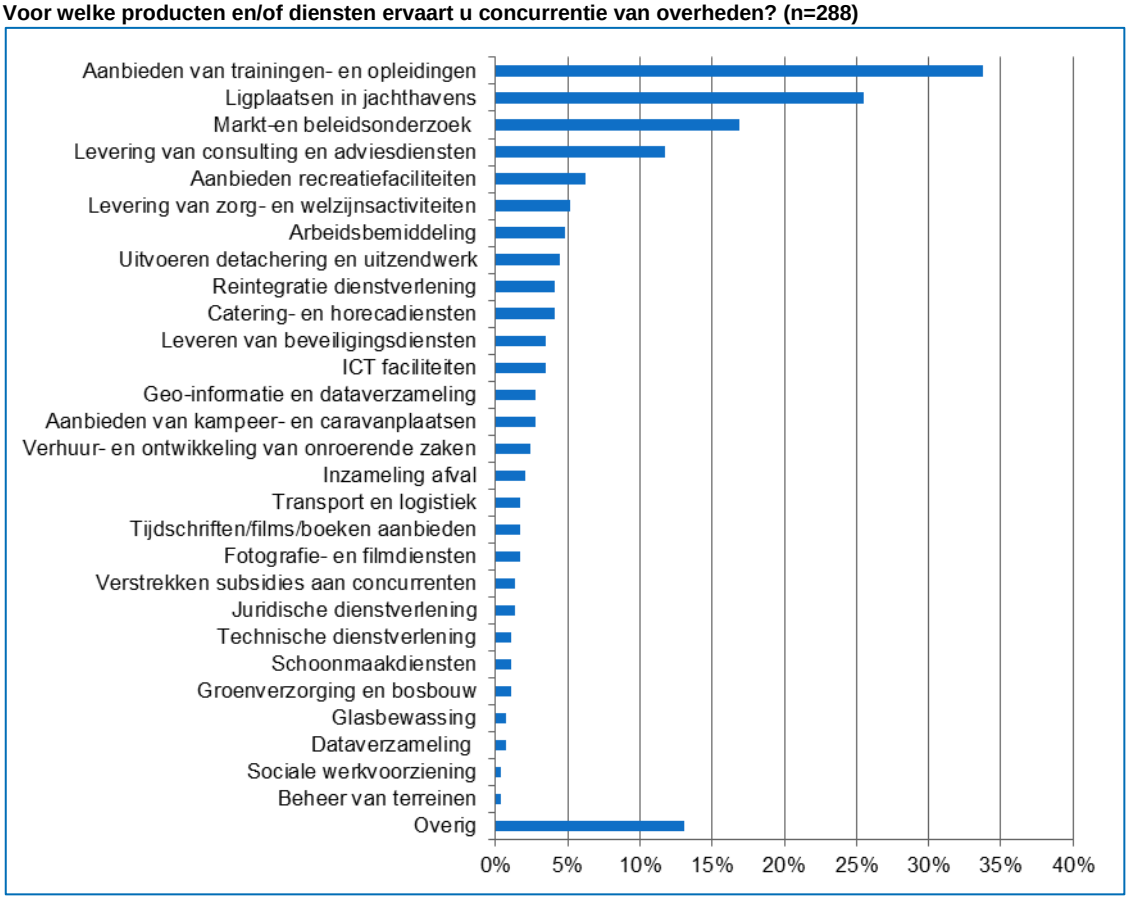
# Bijlage C: Uitwerkingen bij hoofdstuk 3[151]

## Onderdeel C1: Concurrentie tussen markt en overheid

**Nulmeting** - In de nulmeting is van vier sectoren een verdiepende analyse uitgevoerd. In de verdieping is nader ingegaan op de vraag wie er verantwoordelijk is voor de uitvoering van een economische activiteit. Hieruit bleek dat de inzameling van het bedrijfsafval (als economische activiteit) bij 59% van respondenten door een overheidsbedrijf werd uitgevoerd, terwijl de exploitatie gemeentelijke sportaccommodaties vooral door de eigen overheidsorganisatie wordt gedaan (72% van de respondenten). Daarnaast bleek dat er een sterke variatie was bij de uitvoering van de economische activiteiten verkopen en/of verhuren van vastgoed en het exploiteren van restcapaciteit (personeel, faciliteiten en/of middelen).[152]

**Enquête Ecorys** – Aan ondernemers die daadwerkelijk concurrentie met overheden ervaren is gevraagd voor welke producten en/of diensten die zij aanbieden er concurrentie ervaren wordt. Er konden 3 producten per ondernemer opgegeven worden. De resultaten zijn weergegeven in de volgende figuur.

**Voor welke producten en/of diensten ervaart u concurrentie van overheden? (n=288)**




Bron: Ecorys, 2015[153]

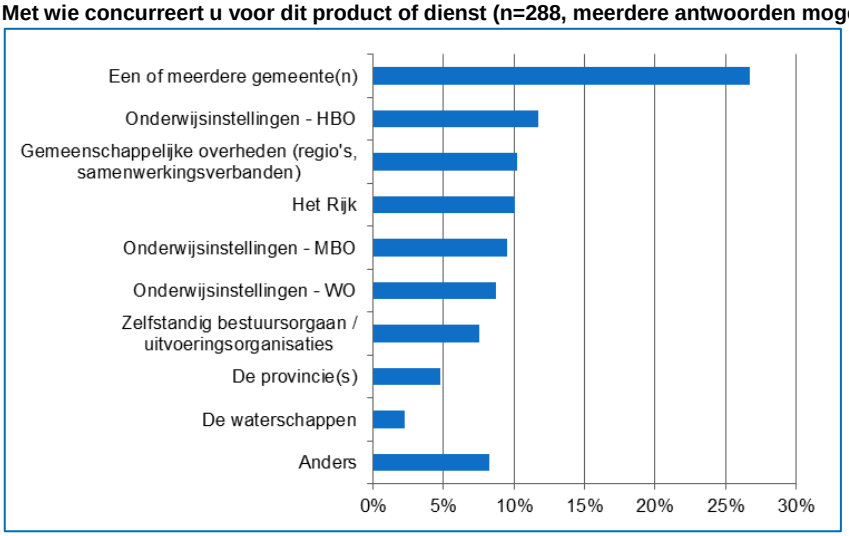
[151] Deze bijlage bevat gedetailleerde informatie die een aanvulling vormt op hetgeen reeds in hoofdstuk 3 is gepresenteerd. Ten behoeve van de leesbaarheid zijn soms wat (inleidende) teksten opnieuw opgenomen.

[152] Kwink Groep (2013) Nulmeting Wet Markt en Overheid p. 28-33 en p. 22-27 bijlage.

[153] Enquête Ecorys (2015) vraag 14, 15, 16. Voor welke producten en/of diensten die u aanbiedt ervaart u concurrentie van overheden/overheidsbedrijven en/of onderwijsinstellingen?

Aan de ondernemers die concurrentie ervaren op een van hun activiteiten of diensten is tevens gevraagd met wie zij concurreren voor het bepaalde product en/of dienst. De resultaten zijn weergegeven in de volgende figuur.

**Met wie concurreert u voor dit product of dienst (n=288, meerdere antwoorden mogelijk)**




Bron: Ecorys, 2015[154]

## Onderdeel C2: Eerdere inzichten in de ernst en omvang van de problematiek

Er is reeds eerder onderzoek gedaan naar de ernst en omvang van de problematiek, onder meer door PWC (2005), Kwink (2013) en ACM (2015).

**PWC (2005)** concludeerde, met name op basis van de analyse van twaalf case studies, dat “de ernst van de verstoring niet zozeer afhankelijk is van de omvang, maar veel meer afhankelijk is van de aard van de activiteit, de sector waarin deze plaatsvindt en wijze waarop de sector of de markt gestructureerd is”. In aanvulling daarop concludeerde PWC ook dat “de kans op en de mate van verstoring door de overheid, is met name hoog in markten waar veelal vrije marktwerking en veel concurrentie is (veel aanbieders en homogene producten) en in markten waar concurrentie om de markt plaatsvindt”. Uit de twaalf case studies blijkt een grote diversiteit in de mate van verstoring en de omvang van de problematiek. PWC wijst er expliciet op dat op het niveau van de individuele ondernemers, verstoringen vaak ingrijpende gevolgen hebben. Op geaggregeerd niveau (relatief ten opzichte van de totale omvang van de sector) wisselt de omvang van de problematieksterk van casus tot casus.[155]

Ook **Kwink Groep** heeft in 2013 onderzoek gedaan naar de ernst en omvang van de Wet MenO problematiek. Zij constateerden dat de problematiek in potentie groot is, omdat het merendeel van de overheden (83%) economische activiteiten uitvoert op de markt in concurrentie met private bedrijven. De ernst en omvang in de praktijk kon Kwink niet goed vaststellen vanwege verschillende belemmeringen (onduidelijkheid of het aantal klachten wel een goede indicatie is, grote variatie in de klachten en de mate van individuele impact, sterk ad-hoc karakter van signalen, etc.). Desalniettemin wordt het risico op oneerlijke concurrentie door Kwink het grootst geacht voor (i) het inzamelen van bedrijfsafval, (ii) exploitatie van sportaccommodaties, (iii) verkoop en/of verhuur van vastgoed, en (iv) het adviseren en detacheren van personeel. Daarnaast heeft Kwink een aantal factoren geïdentificeerd die er op wijzen dat de problematiek mogelijk veel groter is dan blijkt uit het aantal ingediende klachten, namelijk:

- Aanwezigheid van een grote groep overheden (circa 200 kleinere gemeenten) waarbij het risico op normoverschrijdend gedrag relatief groot is, vanwege het niet of beperkt bekend zijn met het

[154] Enquête Ecorys (2015) vraag 17, 24, 31. Met wie concurreert u voor dit product of dienst?

[155] PWC, ‘Onderzoek naar de problematiek Markt en Overheid’, april 2005.

doel van de wet en bovendien niet op eigen initiatief activiteiten hebben ondernomen gericht op naleving van de wet;
- Onjuiste toepassing van de gedragsregels en afbakening van activiteiten: bij activiteiten waarvan de omzet relatief gering is wordt de wet minder snel van toepassing geacht, terwijl omzet in de wet geen criterium is;
- Verouderde motivaties: het merendeel van de algemeen belang vaststellingen heeft vermoedelijk reeds plaatsgevonden vóór de inwerkingtreding van de wet;
- Ondernemers bieden weinig tegenwicht: een groot deel is onbekend met de wet (87%) en de drempel om klachten in te dienen is vrij hoog.

**ACM** heeft in 2015 voor een drietal sectoren verdiepende sectorstudies uitgevoerd: de exploitatie van sportaccommodaties en van parkeergarages en het inzamelen van bedrijfsafval. Voor deze sectoren was gekozen omdat de ACM bij aanvang van het onderzoek concrete signalen had (op basis van ontvangen klachten van marktpartijen en openbare bronnen) dat de uitvoering van deze economische activiteiten door gemeenten nog niet in overeenstemming was met de Wet MenO[156].

**Resultaten sectorstudies ACM**

Klachten van het bedrijfsleven over de exploitatie van sportaccommodaties hadden onder meer betrekking op: het verrichten van aanvullende activiteiten naast het exploiteren van een zwembad, mogelijk het hanteren van een selectief vergunningenbeleid (beide buiten de reikwijdte van de wet), te lage tarieven en onderscheid naar type sport in de algemeen belangbesluiten [157].

Voor parkeergarages zijn er volgens ondernemers problemen met omzetbelasting, overcapaciteit, aanbestedingen, inbestedingen en tarieven (allen buiten de reikwijdte van de wet). Daarnaast ondervinden zij problemen met speciale kortingsacties (bijv. zondag gratis parkeren) en parkeren voor vergunninghouders in gemeentegarages.[158]

Klachten van het bedrijfsleven voor de inzameling van (bedrijfs-)afval zijn divers. Het gaat hier bijvoorbeeld om inbesteding, één op één gunningen, voorwaarden waaraan een bedrijf moet voldoen, Verschillen in overheids- en andere regulering voor private en overheidsbedrijven (cao, VPB, BTW, vakbekwaamheidseisen, vrachtbrieven e.e.a.) en problemen met het hanteren van de vier gedragsregels. ACM heeft ook geconstateerd dat ondanks de ervaren ongelijke concurrentie in deze sector de bedrijven in het algemeen weinig klachten indienen over de gang van zaken[159].

Uit het onderzoek van ACM komen twee duidelijke bevindingen naar voren:
- Veel gedragingen die marktpartijen ervaren als ongelijke (of oneerlijke) concurrentie, vallen buiten de Wet MenO; zij hebben bijvoorbeeld betrekking op aanbesteding en inbesteding van gemeenten en fiscale regelgeving waardoor zij een concurrentievoordeel zouden genieten;
- Voor de exploitatie van sportaccommodaties en parkeergarages hebben de meeste gemeenten een algemeen belangbesluit genomen; dit houdt in dat de gedragsregels uit de Wet MenO niet langer van toepassing zijn. Ondernemers kunnen bezwaar maken tegen dit besluit of, na het verstrijken van de bezwaartermijn, een bestuursrechtelijke procedure aanspannen. In de praktijk blijkt dat van deze mogelijkheden niet of nauwelijks gebruik wordt gemaakt.

Zie de box hieronder over de sectorstudie exploitatie parkeergarages van ACM (2015).

**Omzetbelasting bij parkeergarages**

"Volgens marktpartijen zorgt fiscale regelgeving in de parkeersector voor een ongelijk speelveld tussen

156 ACM, 'Sectorstudies", 2015.
157 ACM, 'Sectorstudies", 2015. p. 14.
158 ACM, 'Sectorstudies", 2015. p. 26-27.
159 ACM, 'Sectorstudies", 2015. p. 35-36.

enerzijds commerciële exploitanten en anderzijds overheidsorganisaties. Zo dienen commerciële en gemeentelijke exploitanten van parkeergarages met een slagboom 21% aan omzetbelasting af te dragen aan de fiscus. Indien de gemeente echter besluit om de slagboom bij een parkeergarage te verwijderen, dan is deze gemeente op basis van de parkeerbelastingverordening niet langer verplicht om btw af te dragen."
*Bron: Sectorstudie exploitatie parkeergarages (ACM, 2015.)*

## Onderdeel C3: Fiscale bevoordeling

Er ligt momenteel een wetsvoorstel bij de Eerste Kamer die ziet op de eventueel fiscale bevoordeling (zie box hierna). De mogelijke impact van dit wetsvoorstel op de problematiek rondom de Wet MenO is nog onduidelijk, maar lijkt in beginsel zeker bij te dragen aan het voorkomen (of verkleinen) van concurrentieverstoringen tussen markt en overheid. Wel bevat het wetsvoorstel een aantal vrijstellingen, zoals voor overheidstaken, interne activiteiten, quasi-inbesteding en samenwerking, alsmede voor onderwijs, academische ziekenhuizen en zeehavens.

**Wetsvoorstel modernisering vennootschapsbelastingplicht overheidsondernemingen**

De Europese Commissie heeft naar aanleiding van klachten uit het bedrijfsleven over de bovengenoemde concurrentieverstoring de belastingplicht voor overheidsorganisaties onderzocht. In 2013 heeft zij geoordeeld dat vrijstelling van vennootschapsbelasting staatsteun is die onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. Nederland is verzocht haar wetgeving aan te passen. Hieraan heeft Nederland gehoor gegeven en een nieuw wetsvoorstel opgesteld. Na de stemming 18 december 2014 in de Tweede Kamer heeft de staatssecretaris van Financiën het (gewijzigd) voorstel van wet begin 2015 ingediend bij de Eerste Kamer. [160] Het wetsvoorstel beoogt met de belastingplicht voor 'overheidsondernemingen' vanaf 1 januari 2016 onder meer een gelijk speelveld te creëren en verstoring van concurrentieverhoudingen te voorkomen, waarmee tegemoet gekomen wordt aan de bezwaren van de Europese Commissie tegen de geldende Vpb-vrijstelling voor overheidsondernemingen (vanuit het oogpunt van staatssteun en verstoring van de concurrentieverhoudingen).

## Onderdeel C4: Ondernemersvertrouwen in de Wet MenO

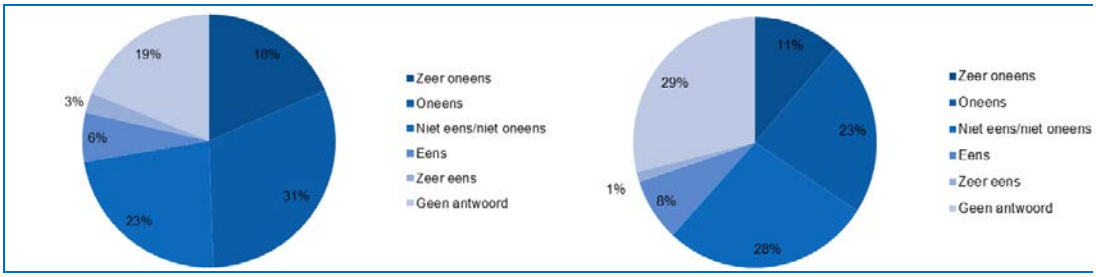
Hoewel de Wet MenO in beginsel een oplossing zou moeten vormen voor verminderen en/of voorkomen van de gevolgen van ongelijke (of oneerlijke) concurrentie, zien niet alle ondernemers dat zo. Ruim 21 % van de ondernemers geeft aan te denken dat de wet ongelijke (of oneerlijke) concurrentie in het geheel niet tegengaat.[161] Deze resultaten zijn een 'verslechtering' ten aanzien van de nulmeting: toen dacht 25% dat de wet 'in sterke mate' zou bijdragen en 40% 'in beperkte mate'. Circa 8% van de respondenten denkt dat de wet 'in sterke mate' bijdraagt, terwijl ruim de helft van de ondernemers (56%) in schat dat de wet eventuele ongelijke (of oneerlijke) concurrentie 'in beperkte mate' voorkomt of verminderd.

Ook ten aanzien van de opstelling van overheden/onderwijsinstellingen om ongelijke (of oneerlijke) concurrentie te voorkomen, is het vertrouwen onder ondernemers beperkt. Bijna de helft van de ondernemers (49%) is het zeer oneens (18%) of oneens (31%) met de stelling dat overheden en/of onderwijsinstellingen voldoende doen om ongelijke (of oneerlijke) concurrentie te voorkomen. Ook met de stelling dat gemeenten de gevolgen voor het bedrijfsleven in acht nemen zijn veel ondernemers het oneens (23%) of zeer oneens (11%).

**Stellingen: overheden doen voldoende om oneerlijke concurrentie te voorkomen (links) en mijn gemeente neemt de gevolgen voor het bedrijfsleven in acht (rechts) (n=540)**

[160] Kamerstukken II, 2014-2014, 34003, nr. 3 (memorie van toelichting Wet modernisering vennootschapsbelastingplicht overheidsondernemingen).

[161] Enquête Ecorys (2015) vraag 11. In welke mate denkt u dat de Wet MenO eventuele oneerlijke concurrentie door overheden voorkomt of verminderd? (n=151).




Bron: Ecorys 2015.[162]

Er zijn wederom duidelijke verschillen zichtbaar tussen ondernemers die benaderd zijn per brief en ondernemers die via de branches zijn benaderd. Bij ondernemers benaderd per brief is 28% het zeer oneens (8%) of oneens (20%) met deze stelling dat overheden voldoende doen tegen ongelijke (of oneerlijke) concurrentie en de ondernemers die benaderd zijn per brancheorganisatie is 73% het zeer oneens (30%) of oneens (43%) met deze stelling[163]. Het zelfde beeld geldt voor de tweede stelling: per brief is 23% het zeer oneens (7%) of oneens (16%) met deze stelling en de ondernemers benaderd zijn door de brancheorganisatie is 45% het zeer oneens (16%) of oneens (30%) met deze stelling.

## Onderdeel C5: Inschatting overheden ten aanzien van de impact

Net als in de nulmeting is overheden gevraagd naar hun inschatting van de impact van (ongelijke) concurrentie, waarbij opgemerkt dient te worden dat het uitgangspunt voor overheden veelal zal zijn dat ze voldoen aan de wet.

### *Nulmeting: oneerlijke concurrentie is een beperkt probleem*

Uit de nulmeting bleek dat overheidsorganisaties de mate waarin (oneerlijke) concurrentie voorkwam en de mate waarin het een probleem is voor ondernemers laag inschatten. Het aantal ontvangen klachten van ondernemers over oneerlijke concurrentie door overheidsorganisaties was laag en slechts enkele overheidsorganisaties gaven in de nulmeting aan klachten te hebben ontvangen sinds de inwerkingtreding van de wet.[164] Een aantal respondenten en destijds gesproken brancheorganisaties wees erop dat oneerlijke concurrentie in specifieke gevallen kan voorkomen, en dat het in die gevallen voor individuele ondernemers een grote impact kan hebben (in termen van bijvoorbeeld omzetderving, uittreding of drempels voor toetreding).[165] Overheidsorganisaties waren ten tijde van de nulmeting over het algemeen positief over de verwachte effectiviteit van de wet. Het merendeel van de ondervraagde overheidsorganisaties was van mening dat de wet een goed instrument is om oneerlijke concurrentie te voorkomen.[166]

### *Enquête Ecorys en interviews: impact (ongelijke) concurrentie voor ondernemers is beperkt*

De meeste overheden schatten in dat de uitvoering van hun economische activiteiten geen of beperkte invloed heeft op ondernemers, ook voor veelvuldig uitgevoerde activiteiten zoals het ‘verkopen en/of verhuren van vastgoed of grond aan derden’ of de ‘exploitatie van gemeentelijke sportaccommodaties’.[167] Ook de mate waarin ondernemers ongelijke (of oneerlijke) concurrentie’ van overheden ervaren schat men als beperkt of afwezig in. [168] De onderstaande figuren illustreren

[162] Enquête Ecorys (2015) vraag 12.3 Stelling: Wanneer mijn gemeente zelf economische activiteiten verricht en concurreert met het bedrijfsleven, neemt zij de gevolgen voor het bedrijfsleven in acht; vraag 12.5 Stelling: Overheden en/of onderwijsinstellingen doen voldoende om oneerlijke concurrentie te voorkomen.

[163] Enquête Ecorys (2015) vraag 12.5 Stelling: Overheden en/of onderwijsinstellingen doen voldoende om oneerlijke concurrentie te voorkomen.

[164] Kwink Groep (2013), Nulmeting Wet Markt en Overheid eindrapport p. 18-19.

[165] Kwink Groep (2013), Nulmeting Wet Mark ten Overheid eindrapport p. 25-26.

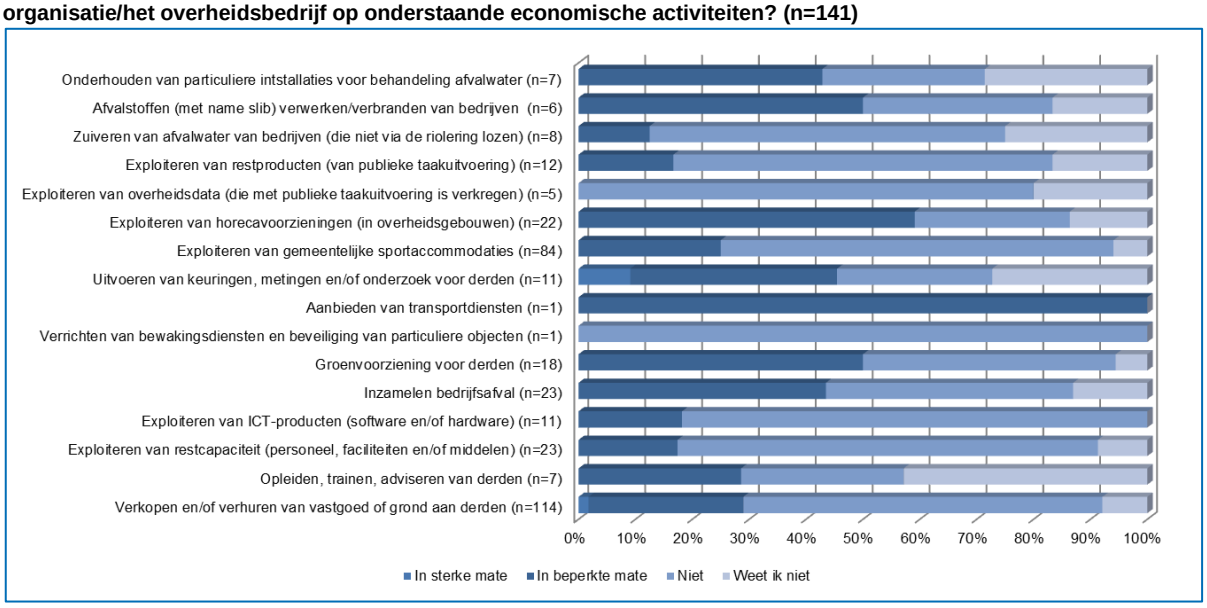
[166] Kwink Groep (2013), Nulmeting Wet Markt en Overheid eindrapport p. 17.

[167] Enquête Ecorys (2015) vraag 30 Stelling: In welke mate denkt u dat ondernemers impact ervaren als gevolg van de concurrentie met uw organisatie/het overheidsbedrijf op onderstaande economische activiteiten?

[168] Enquête Ecorys (2015) vraag 31 Stelling: In welke mate denkt u dat ondernemers de concurrentie met uw organisatie/het overheidsbedrijf als oneerlijk ervaren?

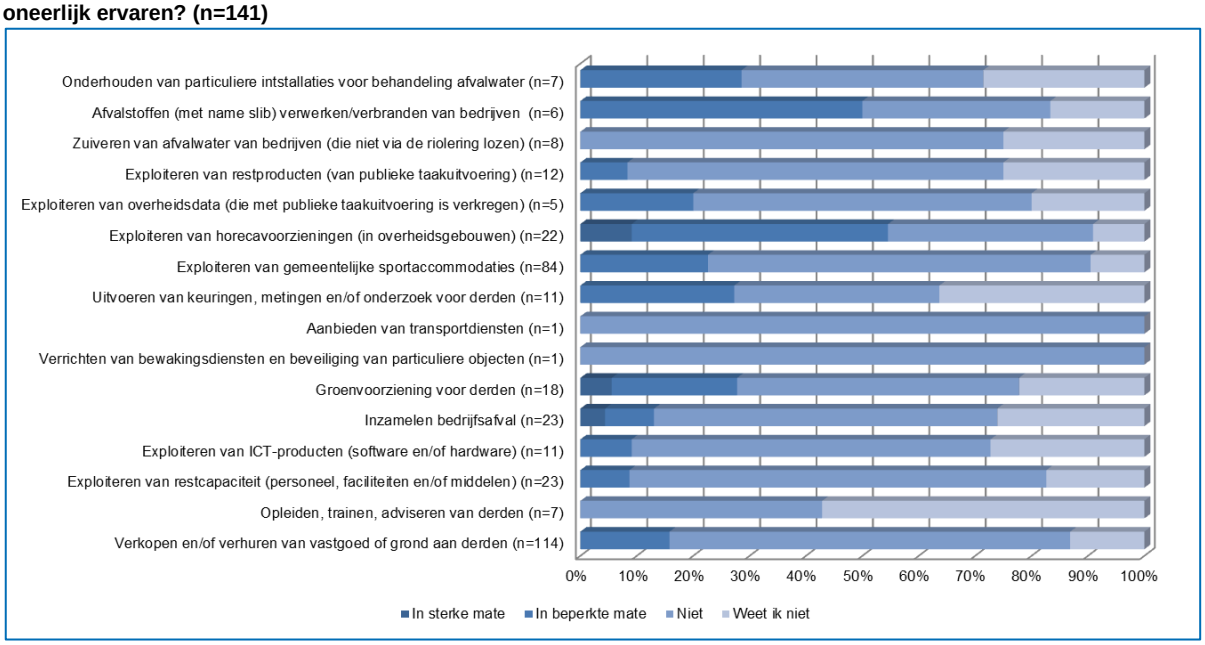
de perceptie van overheden over de impact en ervaren ongelijke (of oneerlijke) concurrentie door bedrijven per economische activiteit.

**In welke mate denkt u dat ondernemers impact ervaren als gevolg van de concurrentie met uw organisatie/het overheidsbedrijf op onderstaande economische activiteiten? (n=141)**




Bron: Ecorys, 2015.

**In welke mate denkt u dat ondernemers de concurrentie met uw organisatie/het overheidsbedrijf als oneerlijk ervaren? (n=141)**



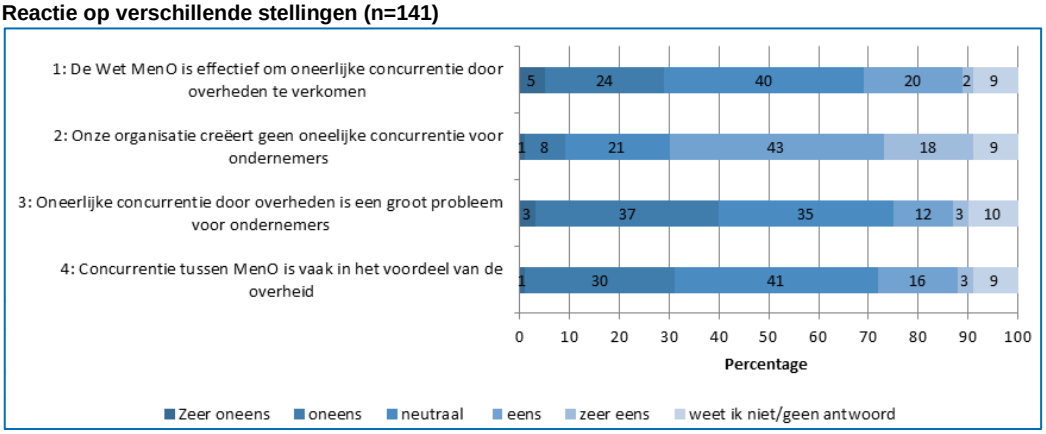

Bron: Ecorys, 2015.

Deze inschatting van overheidsorganisaties wordt bevestigd in de respons op vier verschillende stellingen die hieronder is weergegeven, waarbij ook de vragen uit de nulmeting zijn meegenomen. Op de stelling “onze organisatie creëert geen oneerlijke concurrentie voor ondernemers” geeft 61% aan het (zeer) eens te zijn. 9% geeft aan het (zeer) oneens te zijn met deze stelling.[169] Op de stelling of de Wet MenO een effectief instrument is om oneerlijke concurrentie door overheden te

[169] Enquête Ecorys (2015) vraag 17. In welke mate bent u het eens met de volgende stelling: Onze organisatie creëert geen oneerlijke concurrentie voor ondernemers.

voorkomen zijn de meningen verdeeld: 29% geeft aan het (zeer) oneens te zijn met deze stelling, terwijl 22% aangeeft het (zeer) eens te zijn met de stelling.[170]

**Reactie op verschillende stellingen (n=141)**




Bron: Ecorys (2015)[171].

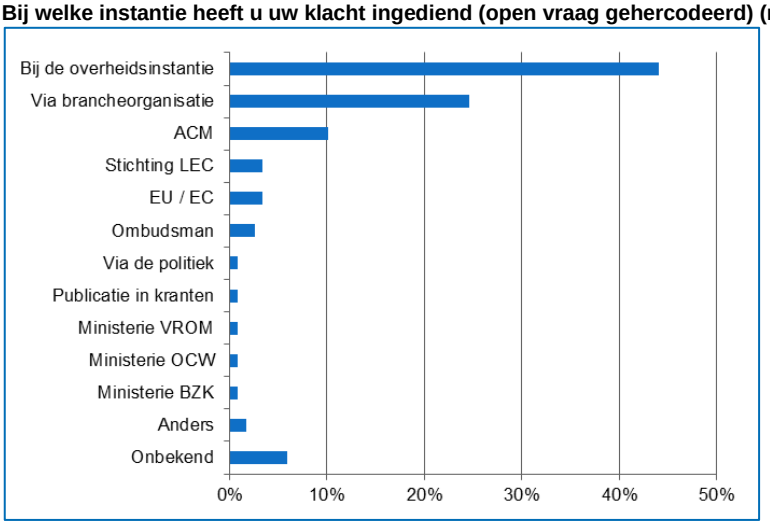
Dit sluit aan bij de nulmeting, waar 30% van de gemeenten het toen (zeer) eens was met deze stelling. De overige overheden waren in de nulmeting veel positiever over de effectiviteit van de wet.

## Onderdeel C6: Klachtenregistratie

### Achtergrond bij klachtenregistratie

Ondernemers is gevraagd of zij naar aanleiding van de ervaren hinder van concurrentie door de overheid ook concrete klachten hebben ingediend. Deze resultaten worden hieronder weergegeven.

**Bij welke instantie heeft u uw klacht ingediend (open vraag gehercodeerd) (n=73)**




Bron: Ecorys, 2015 Noot: Dit was een open vraag die door de onderzoekers is geclusterd.

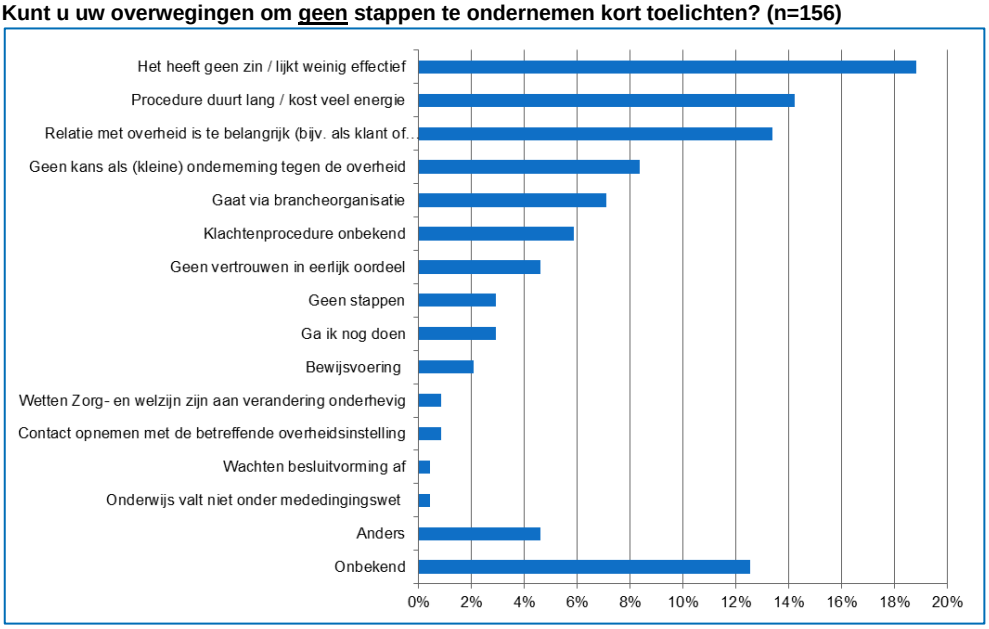
Aan de ondernemers die geen stappen hebben ondernomen (156 keer geantwoord) is gevraagd wat de reden is waarom zij dit niet hebben gedaan. Dit veld was een open antwoord die door de onderzoekers geclusterd is naar hoofdredenen. De belangrijkste redenen die werden gegeven is omdat zij van mening zijn dat het geen nut heeft, of de indruk hebben dat het weinig effectief is, dat

[170] Enquête Ecorys (2015) vraag 17. In welke mate bent u het eens met de volgende stelling: De Wet MenO is een effectief instrument om oneerlijke concurrentie door overheden / overheidsbedrijven te voorkomen.

[171] Enquête Ecorys (2015).

een procedure lang duurt en veel energie kost, of omdat de relatie met de overheid te belangrijk is (bijvoorbeeld als klant, of als vergunningverlener).

**Kunt u uw overwegingen om geen stappen te ondernemen kort toelichten? (n=156)**



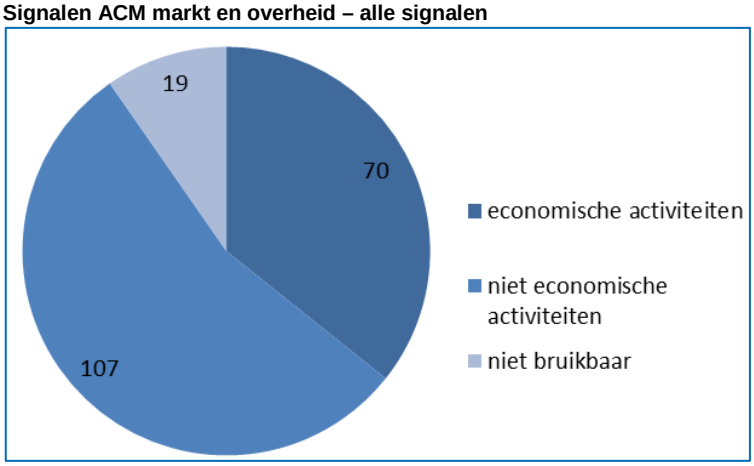

Bron: Ecorys 2015[172].

## Klachtenregistratie ACM

### *Veel ontvangen signalen betreffen geen 'economische activiteit'*

Van de meldingen bij ACM binnengekomen, werden er 107 signalen ontvangen over activiteiten die bestuursorganen uitvoeren of laten uitvoeren in het kader van hun publieke taak. Deze vallen buiten de reikwijdte van de wet. In 19 van de 196 gevallen kon niet worden vastgesteld of het ingediende signaal betrekking had op een economische activiteit van de overheid, bijvoorbeeld doordat zij anoniem waren ingediend. Daarnaast waren er 70 signalen die gingen over economische activiteiten die worden verricht door bestuursorganen of door overheidsbedrijven. Dit is weergegeven in de volgende figuur.

**Signalen ACM markt en overheid – alle signalen**




Bron: ACM, 2015. Noot: periode maart 2012 – december 2014.

Van deze 107 signalen is een verdeling gemaakt van welke signalen er afgegeven zijn. Deze klachten betroffen de subsidieverlening (38x), activiteiten voorbehouden aan bestuursorganen

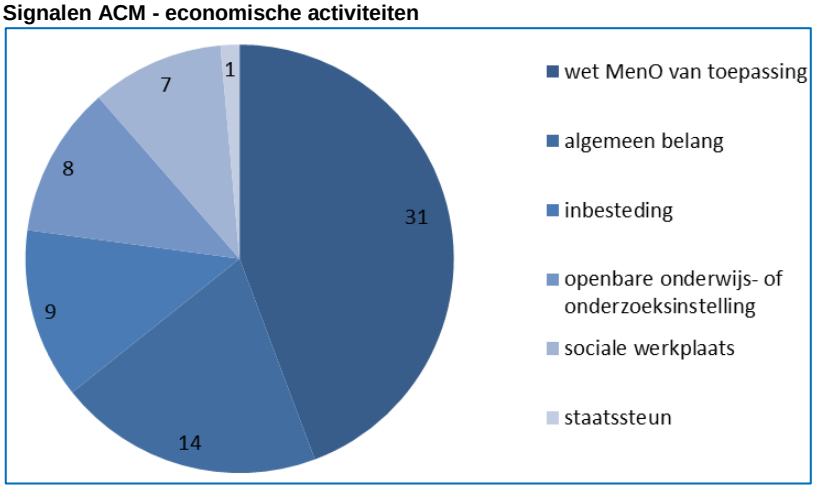
[172] Enquête Ecorys (2015) vragen 23, 30, 37. Kunt u uw overwegingen om wel of geen stappen te ondernemen kort toelichten?

(27x), activiteiten in het kader van de uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheid (16x), aanbestedingen (13x), geen overheid (9x), zelfvoorziening (2x) en de vpb-vrijstelling voor overheden (2x).

*Signalen betreffende een 'economische activiteit' vallen vaak buiten de reikwijdte van de wet*

Van de 70 economische activiteiten waarover is geklaagd valt maar een beperkt aantal onder de reikwijdte van wet, namelijk in 31 gevallen. Dit is weergegeven in de volgende figuur.

**Signalen ACM - economische activiteiten**




Bron: ACM, 2015. Noot: periode maart 2012 – december 2014.

De Wet MenO is in 39 situaties niet van toepassing, omdat deze economische activiteiten plaatsvinden in het algemeen belang, worden in besteed, een openbare onderwijs- of onderzoeksinstelling of een sociale werkplaats betreffen of waar het staatsteun betreft. De details van deze analyse door ACM zijn weergegeven in de volgende box.

**Box Analyse signalen die buiten de reikwijdte van de wet vallen**

**Algemeen belang**

In 14 gevallen is dit omdat vastgesteld is dat de activiteit of de bevoordeling van een overheidsbedrijf plaatsvindt in het algemeen belang.[173] In al deze situatie gaat het om activiteiten die door of in opdracht van gemeenten worden uitgevoerd.

Er zijn twee soorten activiteiten waarover meerdere malen is geoordeeld dat deze plaatsvinden in het algemeen belang, namelijk de exploitatie van sportaccommodaties (4x) en de verhuur of bruikleen van (maatschappelijk) vastgoed (8x)[174]. In één geval ziet de klacht op de exploitatie van ligplaatsen in een jachthaven. Ook is er geklaagd door een ondernemer over het gratis ter beschikking stellen van tweedehands spullen door de gemeente aan een overheidsbedrijf, die vervolgens worden verkocht. In alle gevallen is door de gemeente in kwestie een algemeen belangbesluit genomen.

**Inbesteding**

In 9 gevallen is de Wet M en O niet van toepassing omdat sprake is van inbesteding. In deze situaties worden door overheden[175] diensten aangeboden aan andere overheden die bestemd zijn voor de uitvoering van een publiekrechtelijk taak.[176] Het gaat hierbij onder meer om het verrichten van ingenieurswerkzaamheden, het gebruik van een vraagprijs informatiesysteem voor het bepalen van de WOZ waarde, het doen van (laboratorium)onderzoek en het verrichten van advieswerk.

173 Artikel 25h, lid 5,Mw.
174 Waaronder 2 signalen over de verhuur van ruimte/ een zaal in het gemeentehuis zelf.
175 Gemeenten, zbo's, een waterschap en een ministerie.
176 Hiervoor geldt de uitzondering genoemd in artikel 25h lid 2 Mw.

**Openbare onderwijs- of onderzoeksinstellingen**

In de periode maart 2012 tot en met december 2014 zijn 8 maal signalen ingediend over economische activiteiten die worden uitgevoerd door openbare onderwijs- of onderzoek- instellingen. Voor deze organisaties is een uitzondering opgenomen in de Wet M en O.[177] Er is onder meer geklaagd over bevoordeling van overheidsbedrijven die zijn opgericht voor het doen van marktonderzoek en over het bieden van naschoolse opvang aan kinderen door scholen.

**Staatssteun**

ACM heeft 1 melding ontvangen over de ontwikkeling van een bedrijventerrein door drie gemeenten. Hiertoe is een gemeenschappelijke regeling opgericht. De financiële vergoeding die de gemeenschappelijke regeling ontvangt voor de uitvoering van bovengenoemde activiteit is aan te merken als staatsteun. Dit betekent dat de Wet M en O niet van toepassing is.

**Sociale werkplaatsen**

In totaal zijn er 7 signalen ingediend over economische activiteiten die worden uitgevoerd door bedrijven die zich richten op werk voor mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt. Ondernemers klagen over het feit dat deze bedrijven goederen en diensten aanbieden tegen niet marktconforme tarieven. Beoordeling van deze signalen heeft uitgewezen dat de genoemde activiteiten worden verricht door ondernemingen die belast zijn met de uitvoering van de Wet sociale werkvoorziening, en waarvoor artikel 5 van deze wet van toepassing is. Dit betekent dat de Wet M en O in deze situaties niet van toepassing is.[178]

**Openbare onderwijs- of onderzoeksinstellingen**

In de periode maart 2012 tot en met december 2014 zijn 8 maal signalen ingediend over economische activiteiten die worden uitgevoerd door openbare onderwijs- of onderzoek- instellingen. Voor deze organisaties is een uitzondering opgenomen in de Wet M en O. Er is onder meer geklaagd over bevoordeling van overheidsbedrijven die zijn opgericht voor het doen van marktonderzoek en over het bieden van naschoolse opvang aan kinderen door scholen.

177 Artikel 25h, lid 1, Mw.

178 Artikel 25j, lid 3, sub c, Mw.

# Bijlage D: Nadere analyse van de ervaren knelpunten

### Inzichten vanuit de expertbijeenkomst

Veel van de aanwezige personen bij de expertbijeenkomst gaven aan dat zij de reikwijdte van de wet als een knelpunt ervaren en wel op meerdere vlakken.

*Uitzonderingen perken de werking van de wet te veel in*

Ten eerste werden de wettelijke uitzonderingen, en dan met name de algemeen belang uitzondering, veelvuldig genoemd als de manier waarop overheden de reikwijdte van de wet inperken en zich daarmee ook onttrekken aan gedragsregels die zijn opgesteld om zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen te creëren. Veel brancheorganisaties zijn van mening dat met name gemeenten niet zorgvuldig met de gegeven afwegingsruimte omgaan en vooral hun eigen belangen en eventuele risico's afdekken. De noemer 'algemeen belang' vaak veel te ruim wordt geïnterpreteerd, zo is men van mening. Op de algemeen belang uitzondering wordt in hoofdstuk 4 in meer detail ingegaan.

*Veel irritaties betreffen knelpunten die niet onder de Wet MenO vallen*

In de expertbijeenkomst en de gevoerde interviews zijn veelvuldig knelpunten aangewezen die niet onder de reikwijdte van de Wet MenO vallen, waarbij '**inbesteden'** er het duidelijkste uitsprong. Hoewel 'inbesteden' in diverse gradaties bestaat, betreft de irritatie in de markt vooral het feit dat sommige activiteiten die de voorheen door 'de markt' werden uitgevoerd (vaak door middel van een aanbesteding) nu 'uit de markt' worden gehaald en weer door de eigen (of een gelieerde) overheidsorganisatie worden uitgevoerd. Het meest duidelijke voorbeeld is de schoonmaakbranche, maar dit speelt ook op andere terreinen zoals het verzorgen van opleidingen (zie hoofdstuk 4), het vormgegeven van decentrale zorg en re-integratie-diensten (zie verdieping hierna) en het verzorgen van drukwerk (deels weer uitgevoerd binnen de Rijksoverheid). Omdat het bij 'inbesteden' niet gaat om economische diensten die aan derden worden aangeboden, valt dit in beginsel buiten de reikwijdte van de wet.

**Inbesteden**

De term 'inbesteden' kan op diverse manieren worden uitgelegd. Europa Decentraal omschrijft inbesteden als *in-house opdrachtverlening*, waarbij overheden binnen publiek-publieke samenwerkingsstructuren of binnen hun eigen overheidsorganisatie opdrachten 'aanbesteden'. Bij **zuiver inbesteden** verleent een overheid dan een opdracht aan een eigen overheidsdienst, en bij **quasi inbesteden** aan een gelieerde instelling, die een andere rechtspersoon (publiek of privaat) is.[179] Conform de Europese Richtlijnen dient te worden afgewogen of er sprake is van een 'aanbestedingsplichtige opdracht'. Waar branches in het kader van deze evaluatie vooral aandacht voor vragen lis hieraan gerelateerd, namelijk het weer zelf uitvoeren van activiteiten die de voorheen door de markt werden uitgevoerd ('uit de markt halen') en de onduidelijkheid wat nu wel en wat nu niet mag met betrekking tot inbesteden.

Deze irritaties over het inbesteden hangen samen met een meer **fundamentele discussie** die door verschillende brancheorganisaties is opgeworpen, namelijk het gebrek aan duiding welke taken of activiteiten nu wel of niet door de overheid moeten worden opgepakt. De ervaring in de markt is dat met name gemeenten taken en activiteiten uitvoeren die ook door marktpartijen kunnen worden gedaan. Veelal is de uitvoering van deze taken historisch gegroeid en er ligt regelmatig geen (recent) principieel besluit aan de uitvoering ten grondslag, zo is het beeld. Daarnaast wordt

[179] Website Europa Decentraal.

aangegeven dat gemeenteraden, vaak vanuit de gedachte om hun inwoners ten diensten te zijn, regelmatig initiatieven nemen zonder zich daarbij af te vragen of dit wel een taak voor de gemeente is en/of dit niet door marktpartijen kan worden opgepakt. Veelal hangt dit ook samen met verschillende andere beleidsdoelen, bijvoorbeeld rondom participatie, sociale cohesie, ruimtelijke ordening, regionale ontwikkeling, etc. Diverse marktpartijen zien overigens wel dat zowel de bezuinigingsoperaties van de laatste jaren alsmede het wetsvoorstel rondom de fiscale bevoordeling (zie paragraaf 3.4) gemeenten wel bewuster van hun takenpakket hebben gemaakt.

### Verdiepende analyses: veel ervaren knelpunten vallen deels buiten de Wet MenO

Uit de gehouden expertbijeenkomst bleek dat er in bepaalde sectoren meer irritaties en klachten over ongelijke concurrentie met overheidsorganisaties bestonden dan bij andere sectoren, waarbij met name de zakelijke dienstverlening (ingenieurs, onderzoek, opleiding en adviesdiensten), beveiliging, schoonmaak, arbeidsbemiddeling en reïntegratiebedrijven, zorg- en welzijn, recreatie en horeca en (bedrijfs-)afval werden genoemd. Op basis van deze signalen zijn een aantal verdiepende sectorale analyses / interviews uitgevoerd, waarbij ook rekening is gehouden met reeds ingediende klachten bij ACM, eerder sectoronderzoek door ACM en de verdiepende analyses in de nulmeting.

De uitkomsten van deze verdiepende sectorale analyses / interviews worden hieronder gepresenteerd en zijn vooral illustratief. De belangrijkste boodschap die uit deze verdieping naar voren komt is dat de ervaren problematiek complex kan zijn en dat een deel van de ervaren irritaties en knelpunten (ver) buiten de reikwijdte van de Wet MenO liggen.

*N.B. tenzij expliciet aangegeven, betreffen de verschillende boxen een weergave van de standpunten, signalen en observaties van marktpartijen zelf en niet van het onderzoeksteam.*

**Ervaren knelpunten rondom jachthavens**

Uit de afgenomen enquête en gevoerde interviews (waaronder Hiswa) is gebleken dat diverse private jachthavenhouders ongelijke concurrentie ervaren met door de gemeente beschikbaar gestelde aanlegsteigers, vluchthavens of passantenhavens. Hierbij gaat het met name om de volgende knelpunten. Ten eerste ligt het zwaartepunt van de perceptie van ongelijke (of oneerlijke) concurrentie bij de motivering van de verschillende algemeen belangbesluiten en de (al dan niet) toegepaste integrale kostendoorberekening. Omdat het doorbereken van de integrale kostprijs door gemeenten als ingewikkeld wordt ervaren, kiezen gemeenten ervoor elkaars prijs over te nemen, met als argumentatie dat dat dan 'marktconform' is. Ten tweede worden gemeentelijke passantenhavens veelvuldig gebruikt als ligplaats voor een langere periode (of zelf vaste ligplaats) en ontbreekt het aan toezicht/handhaving. Hieronder volgen een aantal concrete voorbeelden die de bovenstaande problematiek illustreren.

De Marina **Den Oever** (Noord-Holland)[180] heeft problemen met de exploitatie door de gemeente van een nabijgelegen vlucht/passantenhaven en de toekomstige uitbreiding daarvan (er is subsidie beschikbaar gesteld). De belangrijkste klacht van de ondernemer betreft het niet doorberekenen van de integrale kostprijs: de gemeentehaven hanteert lagere tarieven dan de naastgelegen private jachthaven (de gemeente vraagt voor passanten € 1,20 per nacht (per meter) en de Marina hanteert € 1,75 als meterprijs). Dit verschil is vanuit de optiek van een 'vluchthaven' verklaarbaar, maar de vluchthaven doet veelal dienst als passantenhaven, zo is de klacht. De argumentatie van de gemeente richt zich op het feit dat er voor de haven een algemeen belangbesluit is genomen en dat de gemeente daarom niet de Wet MenO overtreedt. Daarnaast stelt de gemeente te voldoen aan de gedragsregels; de integrale kosten zijn echter zeer moeilijk vast te stellen, aldus de gemeente, de prijs komt daarom overeen met anderen gemeentehavens langs de Waddenzee. Vanuit de optiek van het onderzoeksteam viel in deze casus op dat de motivering van het algemeen belangbesluit vooral gericht is op het belang van een vluchthaven en niet van een passantenhaven.

[180] Het onderzoeksteam heeft zowel met de ondernemer als met de gemeente gesproken.

Het tweede voorbeeld komt uit de gemeente **Marne** (Groningen). Het gaat hier om de integrale kostendoorberekening: de gemeente verhuurt vaste ligplaatsen aan de plaatselijke watersportvereniging en aan recreanten. De particuliere jachthaven (Hunzegat) beweert dat de verhuurprijzen ver onder de kostprijs liggen, namelijk een kwart van zijn prijs (1.35 euro per meter versus 0.50 euro). De gemeente heeft in een raadsvoorstel van juni 2014 geconstateerd dat het ten aanzien van de 'verhuur van ligplaatsen en kades' gaat om een 'zuivere economische activiteit', maar plaatst dit niet onder het algemeen belang.[181] De overwegingen die hierbij gegeven worden zijn opvallend in het licht van de Wet MenO. Ten eerste overweegt de gemeente dat "*de liggelden niet afwijken van de gebruikelijke tarieven die gemeenten elders in den lande hanteren*", wat niet aansluit op de eisen die de Wet MenO hierover stelt. Daarnaast overweegt de gemeente dat diverse plekken met ligplaatsen voor de markt onrendabel zijn en dat het niet waarschijnlijk is dat een particuliere marktpartij hierop zou inspringen. Deze overweging conflicteert enigszins met de constatering dat het hier gaat om een zuivere economische activiteit en waar de gemeente dus geen expliciet algemeen belang aan koppelt. Tot slot overweegt de gemeente dat "*de invloed van de tariefstelling op de marktwerking niet bekend is, maar dat aannemelijk is dat er geen verstoring plaatsvindt*."

Een laatste voorbeeld komt van een jachthaven uit **Ter Apel** (Drenthe).[182] Het gaat hier met name om integrale kostendoorberekening en de ervaren grote regionale verschillen. De particuliere jachthaven beheert ook de gemeentesteigers in het centrum van Ter Apel. De prijs van de gemeentesteiger wordt door de gemeente bepaald en de beheerder voelt zich hierdoor genoodzaakt dezelfde tarieven te hanteren in zijn eigen haven, er is immers sprake van directe concurrentie. De meterprijs ligt thans ver onder de kostprijs, aldus de uitbater (0,75 euro per meter). Deze prijs is 10 jaar geleden vastgelegd, sindsdien niet aangepast, en wordt ook door omliggende gemeenten gehanteerd. Verder ervaart de uitbater ongelijke concurrentie met omliggende gemeenten zoals Emmen, omdat op sommige plekken gratis mag worden aangemeerd, terwijl dat in Ter Apel niet mogelijk is. Er wordt tevens niet toegezien op langdurig verblijf in passantenhavens in omliggende gemeenten, waardoor zijn klandizie ervoor kiest om daar voor langere tijd aan te meren.

**Ervaren knelpunten in de zorgsector**

Vanaf 1 januari 2015 zijn gemeenten verantwoordelijk voor een aantal gedecentraliseerde (Rijks-) taken in de zorgsector; dit is het gevolg van de transitie van AWBZ naar de nieuwe Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo), de Participatiewet en de nieuwe Jeugdwet. Deze transitie staat in beginsel ver af van de Wet MenO, maar resulteert wel in, door zorgondernemers ervaren, knelpunten en ongelijke concurrentieverhoudingen.

ActiZ, de brancheorganisatie voor zorgondernemers, stelt veel klachten binnen te krijgen van haar achterban over ervaren knelpunten rondom een ongelijk speelveld. De kern van het ervaren probleem is de opvatting van gemeenten over de (ruimere) zorgtaken van de gemeente: zorgtaken die voorheen openbaar werden aanbesteed worden nu 'van de markt' gehaald en bijvoorbeeld door sociale wijkteams uitgevoerd. Daarnaast signaleren zorgondernemers dat de gemeenten niet voldoende hebben geïnventariseerd wat er al aan kennis en kunde bij particuliere organisaties aanwezig is en welke zorg werd verleend. Zorgondernemers menen dat hierdoor "gaten" zijn gevuld die er in het geheel niet waren en waardoor ondernemers nu moeten concurreren met door de overheid gefinancierde zorgverlening. Er worden bijvoorbeeld zogenoemde 'zorgregisseurs' ingezet vanuit de gemeente die veel activiteiten uitvoeren die ook al uitgevoerd werden door zorgondernemers. Deze knelpunten vallen niet direct binnen de reikwijdte van de Wet MenO, maar raken eerder aan meer fundamentele keuzes die bij de decentralisatie gemaakt zijn (welke taken gaat de gemeente uitvoeren? Hoe wordt dit vormgegeven?).

Naast ActiZ ontvangt ook het Landelijk Netwerk Thuisbegeleiders signalen over door zorgondernemers ervaren ongelijke concurrentie met de (decentrale) overheid. Gemeenten hebben de eerder genoemde decentralisatie op veel verschillende manier ingevuld. Uit onderzoek in opdracht van de Vereniging van Nederlandse Gemeente (VNG) is naar voren gekomen dat de werkwijze met sociale (wijk)teams voor lokale

181 Gemeente De Marne, raadvoorstel 24 juni 2014 (besluit is ook vastgesteld).

182 Het onderzoeksteam heeft met de ondernemer gesproken.

overheden in Nederland de meest gekozen aanpak is.[183] Private thuisbegeleidingsorganisaties ervaren juist in het kader van de vorming van deze sociale wijkteams hinder en ongelijke concurrentie. De sociale wijkteams bestaan deels uit werknemers van particuliere thuiszorgorganisaties die worden gedetacheerd. Deze werknemers mogen echter niet met een 'dubbele pet' hun werkzaamheden uitvoeren en dat betekent in de praktijk dat zij wel zorgbehoefte moeten signaleren, maar hun eigenlijke werkgever niet kunnen inschakelen voor de hulpverlening. Hierdoor voelen veel private thuisbegeleidingsorganisaties zich benadeeld. Naast dit voorbeeld wordt er geklaagd over het nieuwe programma van eisen in aanbestedingen (voorbeeld: 25% van de clientèle moet worden overgedragen van zorgondernemers naar sociale wijkteams) en de nieuwe vormen van (zorg-) financiering (traject bekostiging versus declaratie per uur, waardoor inkomsten van zorgondernemers drastisch zijn gedaald).

**Ervaren knelpunten rondom re-integratie en mobiliteit**

De signalen en knelpunten die OVAL[184] van haar leden krijgt sluiten deels aan op de knelpunten die ActiZ ook heeft benoemd, namelijk dat gemeenten meer taken en activiteiten zelf of via een gelieerd overheidsbedrijf gaan uitvoeren, terwijl dit voorheen werd aanbesteed en door marktpartijen werd uitgevoerd. Dit hoeft niet direct een relatie te hebben met de Wet MenO, maar roept bij de verschillende leden wel (fundamentele) vragen op of gemeenten deze taken wel moeten uitvoeren in plaats van marktpartijen ("gaat in tegen de geest van de wet"). Het inbesteden van arbodienstverlening heeft zich ondermeer voorgedaan in de gemeente Rotterdam.

Een ander ervaren knelpunt betreft de rol en positie van de lokale of gemeenschappelijke SW-bedrijven (sociale werkvoorziening). Met de nieuwe Participatiewet is er geen instroom meer, waardoor de SW-bedrijven in de loop van de tijd hun taken afbouwen ("*sterfhuisconstructie*"). Marktpartijen hebben nu verschillende aanwijzingen dat gemeenten de overcapaciteit in de SW-bedrijven inzetten, bijvoorbeeld voor re-integratie en begeleiding. In sommige gevallen wordt deze kennis en kunde samengevoegd met de sociale dienst die dan alle activiteiten op het vlak van re-integratie uitvoert. Expliciet wordt gewezen op de (extra) € 30 miljoen die het kabinet in april 2015 heeft bestemd voor de SW-bedrijven om een actievere 'makelaarsrol' te gaan vervullen tussen gehandicapte en werkgevers.[185]

OVAL-leden stellen ook vraagtekens bij de rol die het UWV speelt en geven aan hinder te ervaren. Hierbij gaat het met name om het geven van 'arbeids-medisch advies' aan gemeenten, wat eerder vooral werd aangeboden door arbodiensten en gespecialiseerde bedrijven. Het UWV heeft in het kader van sociaal-medische zaken ook expertise op dit vlak en biedt nu ook arbeids-medisch advies aan gemeenten aan. Ook rondom de loonwaardemethodiek (hoeveel procent kan iemand nog werken?) worden vraagtekens gezet bij de rol van het UWV. Waar voorheen veel verschillende loonwaardemethodieken werden gebruikt, is in de Participatiewet nu bepaald dat er een methodiek per regio wordt gebruikt (keuzeproces was ten tijde van het onderzoek vaak nog gaande). OVAL-leden zien met name risico's in het feit dat het UWV de eigen methodiek aanbiedt terwijl zij ook participeert in het Werkbedrijf (overlegorgaan van gemeente, UWV en sociale partners in de regio) dat over de uiteindelijke keuze beslist.

**Ervaren knelpunten rondom de horeca**

Koninklijke Horeca Nederland (KHN) heeft in het kader van deze evaluatie diverse knelpunten benoemd, welke deels zijn gerelateerd aan de wet zelf. Het belangrijkste knelpunt betreft de manier waarop gemeenten omgaan met het nemen van een algemeen belangbesluit (zie ook hoofdstuk 4). Volgens de KHN rekken gemeenten deze uitzondering voor diverse sectoren te veel op (waaronder de exploitatie van sportkantines en zwembaden). Ten tweede constateert de KHN dat veel gemeenten accommodaties ter beschikking stellen aan stichtingen of verenigingen, waarbij er twijfels bestaan of er wel sprake is van (i) integrale

183 Movisie (2014) Sociale (wijk)teams in vogelvlucht State of the art najaar 2014. In opdracht van VNG.

184 Brancheorganisatie voor arbodiensten, interventiebedrijven, adviesbureaus op het terrein van outplacement en loopbaanbegeleiding en loopbaancoaching, re-integratiebedrijven en jobcoachorganisaties.

185 FD, 15 april 2015, zie: https://fd.nl/economie-politiek/1100348/klijnsma-trekt-miljoenen-uit-voor-sociale-werkbedrijven.

kostendoorberekening bij het ter beschikking stellen van de accommodatie inclusief het horecagedeelte, en (ii) de functiescheiding vanuit de gemeente.

Een specifiek knelpunt wat deels buiten de reikwijdte van de Wet MenO ligt betreft het opzetten van schijnconstructies en de handhaving. Rechtspersonen kunnen een BV oprichten die tot doel heeft het horecagedeelte in een accommodatie te exploiteren. De horeca-activiteiten van de BV vallen dan niet onder het wettelijk regiem van het 'para-commercialisme' (Drank- en Horecawet), wat deels ook beoogt ongelijke concurrentie te voorkomen. Ook de handhaving van de Drank- en Horecawet door gemeenten wordt regelmatig als 'gebrekkig' ervaren.

# Bijlage E: Jurisprudentie rondom Wet MenO[186]

## Onderdeel E1: beschrijving jurisprudentie

Voor wat betreft de zaken waarin sinds de inwerkingtreding van de Wet Markt en Overheid op 1 juli 2012 een beroep is gedaan op de wet, wordt hierna een onderscheid gemaakt tussen de zaken waarin een beroep is gedaan op de gedragsregel integrale kostendoorberekening en de gedragsregel bevoordelingsverbod.

### Integrale kostendoorberekening

- **Aanbesteding afval VAB**[187] In dit kort geding werd een beroep gedaan op de integrale kostendoorberekeningsregel door Attero Zuid B.V. ("Attero"). De publiekrechtelijke rechtspersoon Vuilafvoerbedrijf Duin- en Bollenstreek ("VAB") was een aanbesteding gestart voor het transport en de verwerking van restafval in de Duin- en Bollenstreek. VAB was voornemens de opdracht aan Sita Reenergy Roosendaal B.V. ("Sita") te gunnen en niet aan Attero. Attero voerde onder meer aan dat VAB gehouden was te controleren of een gelijk speelveld aanwezig was tijdens de aanbestedingsprocedure. Volgens Attero was hier geen sprake van omdat het Afval Energie Bedrijf, een onderneming gelieerd aan de gemeente Amsterdam, in strijd met de Wet Markt en Overheid en de staatssteunregels niet de integrale kostprijs had doorberekend aan Sita. Door het Afval Energie Bedrijf als onderaannemer in te schakelen was Sita in staat een aanbieding te doen onder de kostprijs, aldus Attero. De voorzieningenrechter wees het beroep van onder meer af omdat i) het prijsverschil tussen de aanbiedingen van Attero en Sita minder dan 5 procent bedroeg en derhalve geen sprake kon zijn van een onevenredig lage tariefsaanbieding, en ii) de tarieven die Attero recentelijk zelf aan diverse gemeenten had aangeboden rond hetzelfde bedrag lagen. Dit toont volgens de voorzieningenrechter aan dat de door Sita aangeboden prijzen mogelijk zijn zonder staatssteun. Nu niet aannemelijk is geworden dat de aangeboden prijs onder de integrale kostprijs ligt, wordt het beroep op de Wet Markt en Overheid afgewezen.[188]

**Functiescheiding**

De voorzieningenrechter lijkt in deze zaak voorbij te gaan aan een (indirect) beroep op het gebod tot **functiescheiding**. Attero had aangevoerd dat sprake was van personele verwevenheid tussen het Afval Energie Bedrijf en de gemeente. De rechtbank oordeelde echter dat dit geen aanknopingspunten oplevert voor de stelling dat sprake is van staatssteun, zonder nader in te gaan op de vraag of sprake is van een dubbelfunctie.[189]

- **Vliegbasis Twente**[190] In deze zaak werd een beroep gedaan op de integrale kostendoorberekeningsregel door VOF H.J. Busscher ("Busscher"). Het college van burgemeester en wethouders van Enschede heeft – bij wijze van uitzondering op het geldende bestemmingsplan - een vergunning verleend aan Area Development Twente ("ADT") voor het houden van evenementen (zoals vlooienmarkten) in en rondom hangar 11 op de voormalige militaire vliegbasis Twente. Busscher heeft gesteld dat zij de indruk heeft dat sprake is van concurrentievervalsing omdat ADT zich niet aan de gedragsregels van de Wet Markt en

186 In deze bijlage zijn zaken beschreven die bekend waren tot en met begin maart 2015.
187 Rechtbank Amsterdam, 21 februari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ1986.
188 De voorzieningenrechter overweegt dit niet expliciet, maar dit kan indirect worden afgeleid uit de beoordeling.
189 Zie ook JAAN 2013/101, met annotatie door mr. W.M. Ritsema van Eck.
190 Rechtbank Overijssel, 2 december 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:6363.

Overheid heeft gehouden. Daartoe heeft zij de huurovereenkomst en de huurprijzen van ADT opgevraagd maar deze stukken zijn niet aan haar verstrekt. Busscher vermoedde dat sprake is van strijd met de integrale kostendoorberekeningsregel. Busscher heeft de beroepsgrond echter niet nader onderbouwd en derhalve wordt het argument ook gepasseerd door de rechtbank;

- **Nationaal wegenbestand**[191] In deze zaak werd een beroep gedaan op de gedragsregel integrale kostendoorberekening door Andes B.V. ("Andes"). Bij besluit van 2 november 2011 is door de Minister van Infrastructuur en Milieu het hergebruik van de gegevens uit het Nationale Wegenbestand ("NWB") aan een ieder toegestaan. In het NWB worden gegevens verzameld van decentrale wegbeheerders over de wegen. Hier ondervond Andes nadeel van aangezien zij een onderneming heeft op het gebied van geografische data, routeplanning en travel information services. Door Andes werd aangevoerd dat de Staat misbruik maakt van haar machtspositie en zij de mededinging verstoort door de gegevens uit het NWB gratis aan lagere overheden te verstrekken. Het gerechtshof oordeelde allereerst dat de formele rechtskracht van de besluiten van 2 november 2011 met zich meebrengt dat moet worden uitgegaan van de rechtmatigheid van die besluiten. Dat per 1 juli 2012 de Wet Markt en Overheid in werking is getreden brengt niet met zich mee dat de besluiten van 2 november 2011 hun werking hebben verloren, aldus het hof. Het beroep op de Wet Markt en Overheid slaagt derhalve niet. Ook het beroep op misbruik machtspositie, ongeoorloofde kartelafspraken en het verlenen van (ongeoorloofde) staatssteun slaagt niet. Volgens het hof is namelijk geen sprake van economische activiteiten van ondernemingen in de zin van de mededingingsrechtelijke bepalingen. Het *in stand houden* van het NWB kan niet worden gescheiden van de taken die de Staat als wegbeheerder uitoefent. Uitsluitend als wegbeheerder heeft de Staat behoefte aan een systeem als het NWB. Het feit dat het NWB niet uitsluitend rijkswegen bevat of meer functionaliteiten dan strikt genomen noodzakelijk, maakt dit niet anders omdat de Staat heeft aangetoond dat het noodzakelijk is voor de uitoefening van zijn taak om te beschikken over een bestand dat méér omvat dan uitsluitend rijkswegen. Ook het *verstrekken* van gegevens uit het NWB is niet te beschouwen als een economische activiteit, mede omdat de overheid op grond van de Richtlijn hergebruik overheidsinformatie verplicht is informatie te hergebruiken, hetgeen daarmee een taak wordt van de overheid, aldus het hof. Nu geen sprake is van een economische activiteit kan de mededingingswet niet worden overtreden. Tot slot heeft Andes nog betoogd dat het NWB een aanbestedingsplichtige activiteit is. Het hof begrijpt dit punt zo dat de Staat de opdrachtnemer is en de lagere overheden de opdrachtgever. De lagere overheden zijn echter geen partij in deze zaak en bovendien is geen sprake van een economische activiteit, waardoor ook dit argument niet op gaat, aldus het gerechtshof.

### Bevoordelingsverbod

- **Parkeren Schiphol**[192] In deze zaak werd een beroep op het bevoordelingsverbod door een aantal partijen, afgewezen door de Raad van State omdat geen sprake was van bevoordeling van een overheidsbedrijf althans geen bevoordeling die verder ging dan in het normale handelsverkeer gebruikelijk is. In deze zaak stond het bestemmingsplan "Schiphol" centraal. Volgens een aantal eigenaren van percelen die onder dat bestemmingsplan vielen was in het plan ten onrechte niet voorzien in parkeermogelijkheden - waarvoor die mogelijkheid wel bestaat - ten behoeve van auto's van passagiers van luchthaven. Hierdoor zou de marktpositie van de luchthaven ten opzichte van hen worden beschermd en derhalve worden bevoordeeld, wat leidt tot misbruik van die machtspositie (strijd met artikel 106, in samenhang met artikel 102 VwEU). Voorts zou in strijd zijn gehandeld met het bevoordelingsverbod onder de Wet Markt en Overheid. Volgens de Raad van State is door de eigenaren niet aannemelijk gemaakt op welke

[191] Gerechtshof Den Haag, 25 november 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3702.
[192] Raad van State, 27 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ2477.

wijze de planregeling zal leiden tot misbruik van een machtspositie door Schiphol. De Raad van State acht het niet onredelijk dat een voorziening, en dus ook de luchthaven, in eerste instantie zelf in zijn parkeerbehoefte voorziet en nadelige effecten van extra verkeersbewegingen zoveel moeten worden voorkomen. Het beroep op artikel 106 en 102 VwEU slaagt dus niet. Voorts oordeelt de Raad van State dat de omstandigheid dat binnen het luchthavengebied een aanzienlijke groei van het aantal parkeerplaatsen wordt toegestaan, maar binnen de wijzigingsgebieden slechts een maximaal aantal parkeerplaatsen mogelijk zal zijn, onvoldoende is om tot de conclusie te komen dat dit in strijd is met het bevoordelingsverbod;

- **Bouwvergunning**[193] In deze zaak werd een beroep gedaan op het bevoordelingsverbod door de Muntendamsche Investerings Maatschappij B.V. ("MIM"). Het college van burgemeester en wethouders van Noordwijk had in 2006 aan MIM een bouwvergunning verleend voor het bouwen van een clubhuis voor de Noordwijkse Reddingsbrigade. Het college heeft de vergunning vervolgens in 2012 ingetrokken omdat de MIM niet binnen 26 weken na het in rechte onaantastbaar worden van de verleende vergunning een aanvang had gemaakt met de bouwwerkzaamheden. Op het moment van de intrekking was het college zelf met de Noordwijkse Reddingsbrigade in onderhandeling over een andere locatie. Volgens MIM heeft het college met de intrekking van de vergunning de markt verstoord en haar eigen marktpositie beschermd, een en ander in strijd met het bevoordelingsverbod zoals neergelegd in de Wet Markt en Overheid. MIM, als alternatieve aanbieder, werd daardoor buiten spel gezet. De Raad van State wees het beroep af omdat volgens haar niet was gebleken dat sprake was van bevoordeling. Volgens de Raad van State had de Noordwijkse Reddingsbrigade op het moment van de intrekking geen belangstelling meer voor een vestiging op het perceel waarvoor een vergunning was afgegeven. Het college is, nadat zij hiervan op de hoogte is geraakt, tezamen met de Noordwijkse Reddingsbrigade op zoek gegaan naar een alternatieve locatie, die zou voldoen aan de wensen. Het college heeft daarbij geen sturende rol gespeeld; het was de eigen keuze van de Noordwijkse Reddingsbrigade om af te zien van vestiging op het oorspronkelijke perceel. Volgens de Raad van State is derhalve op geen enkele wijze gebleken dat het college met de intrekking van de bouwvergunning haar eigen marktpositie heeft willen versterken dan wel uit concurrentieoverwegingen de bouwvergunning heeft ingetrokken. Van strijd met het bevoordelingsverbod is dan ook geen sprake;
- **Onteigening Badhoevedorp**[194] In deze zaak werd eveneens een beroep gedaan op het bevoordelingsverbod. Ten behoeve van de omlegging van de A9 Badhoevedorp had de Staat een aantal percelen aangewezen ter onteigening. Televerde B.V. en Schiphol Area Development Company N.V. zijn eigenaar van (een deel van) de voor onteigening aangewezen grond. Het beroep op artikel 25j lid 1 Mededingingswet (Mw) waarin is bepaald dat het niet is toegestaan een overheidsbedrijf, waarin het bestuursorgaan wiens optreden wordt gewraakt, zelf is betrokken, te bevoordelen boven andere ondernemingen waarmee dat overheidsbedrijf in concurrentie treedt, werd door de rechtbank verworpen. Als uitgangspunt heeft te gelden dat de Mededingingswet niet strekt tot bescherming van (privaat) eigendom, zoals de Onteigeningswet, maar tot bevordering van de marktwerking en het bestrijden van onaanvaardbare concurrentiebeperking in het bedrijfsleven, aldus de rechtbank;
- **Aanbesteding afval Drentse gemeenten**[195] Ook in dit kort geding werd een beroep gedaan op het bevoordelingsverbod. Een aantal Drentse gemeenten hadden een Europese openbare aanbesteding uitgeschreven voor het be- en/of verwerken van huishoudelijk afval, bedrijfseigen restafval en grof huishoudelijk restafval. De gemeenten waren voornemens de opdracht te

193 Raad van State, 18 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2494.

194 Rechtbank Noord-Holland, 18 december 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:13923. De Hoge Raad heeft de zaak met een beroep op artikel 81 RO afgedaan. Zie Hoge Raad, 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1668.

195 Rechtbank Noord-Nederland, 19 maart 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:365.

gunnen aan Attero Zuid B.V. ("Attero"). SITA Reneergy Roosendaal B.V. ("Sita") eindige als tweede. Volgens Sita was de inschrijving van Attero echter in strijd met de Wet Markt en Overheid tot stand gekomen omdat de Drentse gemeenten overheidsbedrijf Attero hadden bevoordeeld. Voorts zou Attero in strijd met de aanbestedingsprocedure hebben gehandeld door met een abnormaal lage inschrijving in te schrijven. De voorzieningenrechter oordeelt dat, ervan uitgaande dat Attero een overheidsbedrijf is (hetgeen door Attero betwist werd), geen sprake is van bevoordeling althans heeft SITA onvoldoende onderbouwd waar de bevoordeling van Attero uit bestaat. Sita had onder meer aangevoerd dat Attero vaak als winnaar uit aanbestedingsprocedures uit de bus komt. Volgens de rechtbank was deze stelling niet verder onderbouwd met gegevens, nog daargelaten of dat een bevoordeling zou kunnen opleveren. Voorts had Sita een rapport overgelegd waaruit zou blijken dat de kostprijs per ton afval bij Attero ver boven het door Attero geboden bedrag zou liggen. Dat betrof echter een inbesteding, waardoor het bedrag niet vergelijkbaar was, aldus de voorzieningenrechter. Bovendien, overweegt de rechtbank, heeft Sita in 2011 zelf een aanbesteding voor vergelijkbare diensten gewonnen met een lager tarief dan het tarief thans door Attero wordt gehanteerd. Er kan aldus niet worden geoordeeld dat het door Attero geboden tarief abnormaal laag is. Het beroep van Sita wordt verworpen.[196]

### Onderdeel E2: jurisprudentie sinds inwerkingtreding Wet Markt en Overheid

In de volgende tabel wordt de hierboven besproken jurisprudentie in meer detail gepresenteerd.

[196] Sita had ook een beroep gedaan op de integrale kostendoorberekeningsregel. Attero had daartegen aangevoerd dat zij geen bestuursorgaan is en de regel derhalve niet op haar van toepassing is. De voorzieningenrechter gaat op dit punt niet in.

| # | Aanduiding | Instantie | Datum | Vindplaats | Artikel | Essentie | Toe/afwijzing | Reden |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| **Jurisprudentie sinds inwerkingtreding Wet Markt en Overheid** | | | | | | | | |
| **Integrale kostendoorberekening** | | | | | | | | |
| 1. | **Aanbesteding afval VAB** | Vzr. Rb. Amsterdam | 21 februari 2013 | ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ1986 | Art. 25i Mw – integrale kostendoor-berekening (+ impliciet art. 25l Mw - functiescheiding) | Geen gelijk speelveld aanbesteding i.v.m. inschakeling publieke onderaannemer die niet de integrale kostprijs doorberekend | Afwijzing | Niet bewezen |
| 2. | **Vliegbasis Twente** | Rb. Overijssel | 2 december 2014 | ECLI:NL:RBOVE:2014:6363 | Art. 25i Mw – integrale kostendoor-berekening | Niet in rekening brengen marktconforme huurprijs | Afwijzing | Niet bewezen |
| 3. | **Nationale wegenbestand** | Gerechtshof Den Haag | 25 november 2014 | ECLI:NL:GHDHA:2014:3702 | Art. 25i Mw – integrale kostendoor-berekening | Gratis verstrekken gegevens door de overheid, terwijl partij een vergelijkbare onderneming heeft | Afwijzing | Geen economische activiteit |
| **Bevoordelingsverbod** | | | | | | | | |
| 4. | **Parkeren Schiphol** | Raad van State | 27 februari 2013 | ECLI:NL:RVS:2013:BZ2477 | Art. 25j Mw – bevoordelings-verbod | Bevoordeling door passagiers parkeren niet bij andere partijen in de nabije omgeving mogelijk te maken | Afwijzing | Niet bewezen |
| 5. | **Bouwvergunning** | Raad van State | 18 december 2013 | ECLI:NL:RVS:2013:2494 | Art. 25j Mw – bevoordelings-verbod | Bevoordeling eigen positie door intrekken vergunning waardoor eventuele opdracht niet meer kon worden uitgevoerd | Afwijzing | Niet bewezen |
| 6. | **Onteigening Badhoevedorp** | Rb. Noord-Holland[197] | 18 december 2013 | ECLI:NL:RBNHO:2013:13923 | Art. 25j Mw – bevoordelings-verbod | Bevoordeling door te lage bieding onteigening | Afwijzing | Bescherming privaat eigendom valt buiten reikwijdte Wet Markt en |

[197] Zie ook Hoge Raad, 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1668.

| # | Aanduiding | Instantie | Datum | Vindplaats | Artikel | Essentie | Toe/afwijzing | Reden |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | | | | | | | | Overheid |
| 7. | **Aanbesteding afval Drentse gemeenten** | Rb. Noord-Nederland | 19 maart 2014 | ECLI:NL:RBNNE:2014:365 | Art. 25j Mw – bevoordelings-verbod (+ art. 25i Mw – integrale kosten-doorberekening) | Bevoordeling door concurrent met abnormaal lage inschrijving te laten winnen bij aanbesteding | Afwijzing | Niet bewezen |

# Bijlage F: Algemeen belangbesluiten

## Onderdeel F1: Procedures rondom de vaststelling van het algemeen belang

Wanneer overheidsorganisaties gebruik willen maken van de algemeen belang uitzondering moet er een algemeen belangvaststelling plaatsvinden. Deze heeft het karakter van een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).[198] Dit komt omdat de vaststelling rechtsgevolgen heeft: de desbetreffende economische activiteiten of bevoordelingen vallen niet langer onder de Wet Markt en Overheid. Overheidsorganisaties hebben een grote mate van beleidsvrijheid bij het afbakenen van het algemeen belang. In den brede volgen de verschillende overheden dezelfde processtappen.

**Algemene processtappen**

Bij het vaststellen van economische activiteiten in het algemeen belang kunnen de volgende stappen worden doorlopen:[199]

**1. Inventarisatie van economische activiteiten** – Er dient te worden vastgesteld welke economische activiteiten een overheid (of gelieerde overheidsorganisaties) uitvoeren;

**2. Bepalen welk specifiek algemeen belang aan de orde is** – Vervolgens zal een afweging gemaakt moeten worden bij welke activiteiten een specifiek algemeen belang aan de orde is en of het met de activiteiten te dienen algemeen belang opweegt tegen de nadelige gevolgen voor belanghebbenden (van de inperking van de reikwijdte van de wet);

**3. Het voorbereiden van een algemeen belangbesluit -** Een algemeen belangvaststelling zal veelal de volgende elementen bevatten: (i) de organisatie-eenheid van de overheid waarvan bepaalde economische activiteiten plaatsvinden in het algemeen belang, (ii) de aard en de duur van de desbetreffende economische activiteiten, (iii) het grondgebied waarbinnen de economische activiteiten worden verricht en (iv) de motivering waarom de desbetreffende economische activiteiten in het algemeen belang plaatsvinden. Eventueel kan ook een einddatum of vernieuwingsdatum van het besluit worden opgenomen;

**4. Mogelijkheid tot inspraak –** Op grond van de Awb en organieke wetgeving is het voor overheden in sommige gevallen verplicht inspraak te organiseren. Europa Decentraal stelt dat het, ook als het niet verplicht is, de voorkeur verdient om inspraak te organiseren;

**5. Vaststelling besluit –** De vaststelling moet met het oog op de toetsbaarheid de vorm hebben van een concreet besluit en dient (bij voorkeur) niet verknoopt te zijn met een besluit dat het karakter van een algemeen verbindend voorschrift (waarop geen bezwaar en beroep mogelijk is) en geschiedt door het bevoegde bestuursorgaan;

**6. Publicatie besluit–** Naast het voorbereiden en het nemen van een besluit, dient het besluit ook bekend gemaakt te worden aangezien de Awb bepaalt dat een besluit niet in werking treedt alvorens het bekendgemaakt is.[200] Deze maatregel geldt overigens niet voor algemeen verbindende voorschriften;

**7. Bezwaar en beroep –** In de publicatie dient te staan hoe en waar men bezwaar en/of beroep kan aantekenen tegen het besluit.

198 Dit betekent overigens niet dat een ondernemer altijd langs de bestuursrechtelijke weg kan opkomen tegen dat besluit, bijvoorbeeld indien het besluit een algemeen verbindend voorschrift inhoudt. Dan bestaat er wel de mogelijkheid van de exceptieve toetsing van een algemeen verbindend voorschrift wanneer er besluiten worden genomen op grond van het algemeen verbindend voorschrift.

199 Ook gebaseerd op de handreiking en informatie van Europa Decentraal.

200 Op grond van artikel 3:40 van de Awb.

## Onderdeel F2: Analyse algemeen belangbesluiten

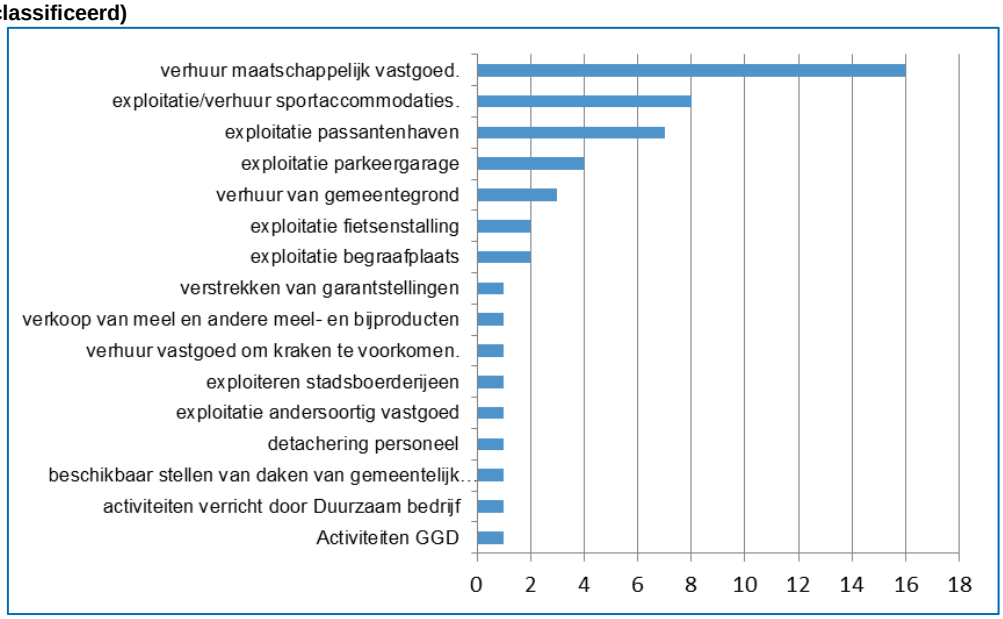
In het kader van de analyse zijn de algemeen belangbesluiten van acht gemeenten geanalyseerd. Er is gekeken naar welke activiteiten in het algemeen belang zijn vastgesteld en welke procedure hierbij is gevolgd. Er is enkel gekeken naar informatie die op de gemeentelijke (en/of openbare) websites beschikbaar was. De gemeenten zijn willekeurig gekozen, waarbij enigszins rekening gehouden is met geografische spreiding en grootte.

De gemeenten waar nader naar gekeken is, zijn:

- Gemeente Tilburg;
- Gemeente Hellendoorn;
- Gemeente Amersfoort;
- Gemeente Ten Boer;
- Gemeente Haarlemmermeer;
- Gemeente Ridderkerk (besluit in voorbereiding);
- Gemeente Brunssum;
- Gemeente Den Haag.

De zeven gemeenten hebben gezamenlijk 51 activiteiten vastgesteld in het economisch belang. Dit betekent dat er gemiddeld ruim zeven activiteiten per gemeente in het algemeen belang plaatsvinden. Het meest in het algemeen belang vastgesteld is verhuur van maatschappelijk vastgoed en de exploitatie en/of verhuur van sportaccommodaties. Andere activiteiten vastgesteld in het algemeen belang verschillen sterk per gemeente zoals onderstaande figuur weergeeft.

**Genoemde economische activiteiten vastgesteld door de 7 gemeenten in het algemeen belang (geclassificeerd)**




Bron: Ecorys, 2015.

# Bijlage G: Onderwijs

## Onderdeel G1: Sectorregulering

De eerste gedragscode is opgesteld door de VSNU in 1999. Daarna zijn er notities “Helderheid in de bekostiging in het Hoger Onderwijs” en “Helderheid in de bekostiging in het BVE” ontwikkeld voor het mbo, hbo en het wo. De recentere “Handreiking voor de inrichting van onderwijskundige publiek/private arrangementen” (2011) richt zich ook op het mbo en het hoger onderwijs. In vergelijking met hoofdstuk 4 is hier een volledig en integraal overzicht gegeven.

### *Gedragscode VSNU*

De eerste contouren voor sectorspecifieke gedragsregels werden reeds in 1999 opgesteld door de universiteiten[201]. In de preambule bij de universitaire gedragscode geeft de VSNU aan dat de universiteiten van mening zijn dat zij slechts voor een gering deel van hun activiteiten in concurrentie treden met particuliere ondernemingen. Het betreft de zogenaamde marktactiviteiten. Dit is een sectorspecifieke definitie, die bewust afwijkt van de gebruikelijke term van economische activiteiten. Toepassing van de term economische activiteiten op de universitaire sector leidt er onder andere toe dat fundamenteel onderzoek met gemengde publieke en private financiering niet meer mogelijk zou zijn.

Er is sprake van marktactiviteiten als aan twee criteria is voldaan:

1. de activiteiten worden verricht op markten waar daadwerkelijk particuliere ondernemingen opereren en waar niet alleen sprake is van concurrentie tussen universiteiten onderling;
2. de activiteiten worden verricht op markten waar prijzen met een winstopslag worden gehanteerd.

In de eerste gedragscode die door de VSNU werd opgesteld, werden twee oorzaken van marktverstoring onderscheiden:

- Kruissubsidiëring van de marktactiviteiten met publieke gelden;
- Het gebruik van beschermde persoonsgegevens die voor de uitoefening van de publieke taak zijn verkregen en uit dien hoofde niet voor derden toegankelijk zijn.

De gedragscode beoogt marktverstoring te voorkomen door het stellen van regels die de universiteiten bij het uitoefenen van marktactiviteiten in acht zullen nemen, en door een klachtenprocedure in de gedragscode op te nemen die bijdraagt aan de naleving en controle van de gedragscode. De belangrijkste gedragsregels uit de gedragscode zijn:

- Doorberekenen integrale kostprijs;
- Voeren van een aparte administratie;
- Heffing van omzetbelasting en/of vennootschapsbelasting conform de heersende regelgeving;
- Doorberekenen meerwaarde van waardevolle gegevens verkregen vanuit publieke taak in de uiteindelijke prijs.

De gedragscode bevat ook een klachtenprocedure. Een ondernemer die van mening is dat een universiteit deze gedragscode heeft overtreden kan hierover schriftelijk een klacht indienen bij het College van Bestuur van de betreffende universiteit. Of ondernemers gebruik maken van deze klachtenprocedure is niet bekend.

[201] Universitaire gedragscode met betrekking tot marktactiviteiten, VSNU, 1999.

De eerste gedragscode was weliswaar beknopt, maar bevatte elementen die erg lijken op de latere gedragsregels van de Wet Markt en Overheid. Er was expliciet aandacht voor activiteiten die marktverstorend kunnen werken, en ook werd een poging gedaan om deze helder te definiëren. Drie van de vier elementen uit de gedragscode zijn later niet meer specifiek terug te vinden in de notities Helderheid: zo wordt daarin alleen nog de integrale kostprijs genoemd.

Of de gedragscode nog “leeft” is de vraag. Op de website van de VSNU wordt de “gedragscode marktactiviteiten” niet getoond, zelfs niet bij de speciale pagina over de geldende gedragscodes. Wel wordt naar de code verwezen in de Code goed bestuur universiteiten 2013, onder artikel 4.4. Marktactiviteiten.

Overigens heeft de HBO-Raad ook een “Gedragscode praktijkonderzoek” uitgebracht[202]. Daarin worden met name gedragsregels voor lectoren beschreven, die vaak onderzoek doen in samenwerking of opdracht van private partijen. In die gedragscode wordt het risico op marktverstoring niet genoemd.

*Notities Helderheid*

In 2001 ontstond grote ophef over mogelijke fraude in het hbo. In 2003 kwam er een parlementair onderzoek en de Commissie Schutte concludeerde in 2004 dat er op 3 manieren was gefraudeerd[203]:

1. Door subsidie te vragen en te ontvangen voor opleidingen die wettelijk niet als volwaardige opleiding aangemerkt waren;
2. Door buitenlandse dependances op te richten en zo geld te ontvangen voor daar ingeschreven studenten;
3. Door op verzoek van het bedrijfsleven particuliere opleidingen te ontwerpen en hiervoor overheidsgelden te ontvangen.

De ophef en de forse financiële consequenties voor instellingen leidde tot een breed besef binnen de onderwijssector dat duidelijke regels nodig waren voor private activiteiten. Daarom werden door OCW in samenspraak met de sector, notities Helderheid opgesteld. Deze werden opgevolgd door concrete handreikingen, en ingebed in het controleprotocol van accountants. De Inspectie controleert de accountants en kan sancties opleggen. De notities bevatten een reeks richtlijnen voor onderwijsinstellingen, om te voorkomen dat publieke bekostiging weglekt naar private activiteiten. Ook moeten onderwijsinstellingen concurrentievervalsing voorkomen, onder andere door de integrale kostprijs door te berekenen.

De oorspronkelijke notitie Helderheid uit 2003 voor het hoger onderwijs is onderverdeeld in 9 thema’s:

1. Uitbesteding;
2. Investeren van publieke middelen in private activiteiten;
3. Het verlenen van vrijstellingen;
4. Bekostiging van buitenlandse studenten;
5. Collegegeld niet betaald door student zelf;
6. Studenten volgen modules van opleidingen;
7. De student volgt een andere opleiding dan waarvoor hij is ingeschreven;

[202] Gedragscode praktijkgericht onderzoek voor het hbo. Advies van de Commissie Gedragscode Praktijkgericht Onderzoek in het hbo (2010).

[203] Rapport Eerlijk Delen (2004). Commissie Schutte.

8. Bekostiging van maatwerktrajecten;
9. Bekostiging van het kunstonderwijs.

Met name de thema's 2, 6 en 8 zijn relevant voor de activiteiten die onder de Wet Markt en Overheid zouden vallen. Onder Thema 2 (Investeren van publieke middelen in private activiteiten) wordt gesteld:

> "De investering moet in redelijke verhouding staan met wat de uitvoerder moet doen. Het is de verantwoordelijkheid van de universiteit of hogeschool om afspraken te maken die de kosten van de private partij dekken. Er mag door de investering geen concurrentievervalsing ontstaan."

Onder Thema 6 (Studenten volgen modules van opleidingen) wordt ingegaan op het volgen van deeltijdonderwijs. De instelling moet een commercieel tarief in rekening brengen met het oog op concurrentievervalsing. Onderwijscontractanten mogen niet als student worden ingeschreven aan een bekostigde opleiding. Onder Thema 8 (Bekostiging van maatwerktrajecten) wordt ingegaan op maatwerktrajecten. Dat zijn veelal trajecten waarbij een derde - een externe organisatie of bedrijf - een bijdrage betaalt voor het op maat snijden van een bestaande opleiding. De richtlijn noemt hier concurrentievervalsing niet maar zegt alleen: "Ook moeten instellingen zich niet concentreren op het aanbieden van maatwerktrajecten met het oog op het ontvangen van een bijdrage van zowel de overheid als van de andere partij". Wel zijn er strenge voorwaarden verbonden aan deze trajecten in termen van verantwoording. In het jaarverslag moet door de instelling worden opgenomen voor welke bedrijven of organisaties welke maatwerktrajecten zijn georganiseerd en hoeveel studenten daarbij zijn betrokken. De naleving van de voorwaarden bij het afsluiten van maatwerktrajecten zal worden gecontroleerd via zoeklichtacties door de departementale Accountantsdienst.

*Handreiking publiek/private arrangementen*

De recentere "Handreiking voor de inrichting van onderwijskundige publiek/private arrangementen[204]" uit 2011 geeft aanvullende gedragsrichtlijnen voor onderwijsinstellingen. Onder "publiek-private arrangementen" wordt in de handreiking verstaan een activiteit waarbij een instelling om onderwijskundige redenen direct of indirect betrokken is bij de uitoefening van een economische activiteit, bijvoorbeeld teneinde studenten in het kader van een bekostigde opleiding praktijkervaring te laten opdoen. Hierbij kan het gaan om onderwijsactiviteiten in een door de onderwijsinstelling opgerichte onderneming of in een consortium van meerdere publieke en private partijen. Kenmerkend voor publiek-private activiteiten is dat de onderwijskundige activiteit plaatsvindt in een omgeving waarin ook een economische activiteit plaats vindt.

De handreiking stelt dat de inzet van publieke middelen bij publiek/private arrangementen proportioneel moet zijn en dat de continuïteit van het onderwijs gewaarborgd moet blijven. Ook zegt de handreiking dat publiek-private activiteiten niet mogen leiden tot "oneerlijke concurrentie". Het uitgangspunt is daarom dat ook bij dergelijke activiteiten de integrale kostprijs wordt doorberekend in de uiteindelijke prijzen van de goederen en/of diensten. Dit wordt verder geconcretiseerd in 3 aandachtspunten:

- De instelling kan desgewenst aantonen dat geen sprake is van concurrentievervalsing of kruissubsidiëring;
- De kostentoerekening is integraal en inzichtelijk;
- De instelling hanteert de uit de Regeling jaarverslaggeving onderwijs voortvloeiende eisen ten aanzien van transparante administratie waarbij publieke en private geldstromen apart inzichtelijk worden gemaakt.

[204] DUO (2011). Handreiking voor de inrichting van onderwijskundige publiek/private arrangementen.

Buiten de reikwijdte van de handreiking valt het ontwikkelen en uitvoeren van contractactiviteiten of zuiver private activiteiten. Het aanbieden van contractonderwijs is geen wettelijke taak van onderwijsinstellingen, maar is onder voorwaarden wel toegestaan. Contractactiviteiten komen voor eigen rekening van de instelling. Contractactiviteiten mogen niet met publiek geld gefinancierd worden. Ook heeft de handreiking geen betrekking op investeringen/ arrangementen die in het kader van kennisvalorisatie c.q. innovatie in het hoger onderwijs plaatsvinden.

In de onderstaande tabel worden de kaderstellende documenten en de gedragsregels samengevat.

**Overzichtstabel documenten en gedragsregels**

| **Sector** | **Kaderstellende documenten: regelgeving** | Branchecodes/ Gedragsregels |
|---|---|---|
| Sectoroverstijgend | (Europese) staatssteun en mededingingsregels (toezicht door NMA). | Handreiking onderwijskundige publiek-private arrangementen (OCW, 2011). |
| HBO/WO | • Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW);<br>• Uitvoeringsbesluit WHW;<br>• Nieuwe artikel 2.7a van de WHW - toelaatbaarheid besteding rijksbijdrage aan private activiteiten;<br>• Regeling Jaarverslaggeving Onderwijs – scheiding tussen publiek en privaat vermogen. NB specifieke toelichting op de financiële resultaten van afzonderlijke private activiteiten is niet voorgeschreven. | • Helderheid Hoger Onderwijs en Beroeps- en Volwasseneneducatie;<br>• Universitaire gedragscode met betrekking tot marktactiviteiten (vsnu, 2004/2005); Hierin hanteert de vsnu bewust niet de term economische activiteiten, die wordt gebruikt in de Wet markt en overheid, omdat de toepassing hiervan er toe zou leiden dat universitair onderzoek met gemengde publieke en private financiering niet meer mogelijk zou zijn (vsnu, z.d.). De gedragscode moet marktverstoring voorkomen door het stellen van regels, waaronder het berekenen van minimaal de integrale kostprijs. |
| MBO | • Wet educatie en beroepsonderwijs (WEB);<br>• Uitvoeringsbesluit WEB;<br>• Nieuwe artikelen 2.2.4a en 2.4.3a van de WEB – toelaatbaarheid besteding rijksbijdrage aan private activiteiten;<br>• Regeling Jaarverslaggeving Onderwijs – scheiding tussen publiek en privaat vermogen. | • Helderheid Hoger Onderwijs en Beroeps- en Volwasseneneducatie;<br>• 2010 Guidelines mbo publiek privaat, met daarin richtlijnen voor besluitvorming, administratie, verslaglegging en controle bij uitvoering van private activiteiten;<br>• Goed bestuur in de bve-sector. Branchecode over bestuur, toezicht en horizontale dialoog in het middelbaar beroepsonderwijs en de volwasseneneducatie (mbo Raad e.a., 2009). |
| VO | • Wet op het voortgezet onderwijs;<br>• Regeling Jaarverslaggeving Onderwijs – scheiding tussen publiek en privaat vermogen. | Code Goed bestuur. |
| PO | • Wet op het primair onderwijs; | Code Goed bestuur. |

| Sector | Kaderstellende documenten: regelgeving | Branchecodes/ Gedragsregels |
|---|---|---|
| | • Regeling Jaarverslaggeving Onderwijs - scheiding tussen publiek en privaat vermogen. | |

## Onderdeel G2: Omvang van de markt en private activiteiten in de onderwijssector

De universiteiten hebben in de gedragscode uit 1999 zelf een inschatting gegeven van de omvang van “marktactiviteiten”. Slechts een klein deel van de derde geldstroom betreft activiteiten die niet tot de wettelijke taken van de universiteiten zijn te rekenen. De inkomsten met betrekking tot deze activiteiten worden door de universiteiten geschat op 2% van de totale inkomsten.

In de boekhouding van universiteiten, worden de activiteiten geboekt onder de post “Baten in opdracht van derden”. Hieronder valt o.a. contractonderwijs en contractonderzoek in opdracht van overheden en het KNAW. Verder wordt verstaan onder ‘overige baten’: Verhuur, detachering van personeel, schenkingen en sponsoring’. De totale omvang van het contractonderwijs bij de universiteiten bedroeg in 2013 €131 miljoen. Private opleiders leiden ruim 80% van de jaarlijks 1,5 miljoen volwassenen die een opleiding volgt op. De gezamenlijke omzet van de branche is €3,2 miljard (SEO, 2012).[205]

Het contractonderzoek bedraagt €1,4 miljard, waarvan inkomsten uit bedrijven €253 miljoen bedragen (cijfers DUO).

**Omvang activiteiten in miljoenen euro’s**

| | 2011 | 2012 | 2013 |
|---|---|---|---|
| Baten in opdracht van derden | € 1.599 | € 1.649 | € 1.656 |
| Contractonderwijs | € 131 | € 130 | € 131 |
| Contractonderzoek | € 1.395 | € 1.430 | € 1.455 |
| Waarvan Bedrijven | € 272 | € 261 | € 253 |

Bron: DUO.

Er is dus sprake van omvangrijke onderwijs- en onderzoeksactiviteiten in opdracht van derden, met name in het hbo en wo. De instellingen rekenen deze activiteiten voor het grootste deel tot de wettelijke taken van de instellingen.

In het onderwijs bestaan de inkomsten uit private activiteiten uit contractactiviteiten die voor of met particuliere organisaties worden uitgevoerd. De universiteiten hebben voornamelijk inkomsten uit contractonderzoek. De instellingen voor hoger beroepsonderwijs (hbo) en roc’s hebben voornamelijk inkomsten uit contractonderwijs. De inkomsten uit werk in opdracht van derden bij universiteiten, hbo’s en de roc’s bedroegen in 2009 € 1,5 miljard.

**Omvang van de private activiteiten in miljoenen euro’s 2009**

[205] Rosenboom, N., & B. Tieben (2012). Marktmonitor private aanbieders van beroepsopleidingen. SEO Economisch Onderzoek.

| | Primair onderwijs | Voortgezet onderwijs | Middelbaar beroepsonderwijs | Hoger beroepsonderwijs | Wetenschappelijk onderwijs |
|---|---|---|---|---|---|
| Rijksbijdragen en overige overheidsbijdragen en –subsidies | € 9480,6 | € 7088,8 | € 4026,7 | € 2596,6 | € 3480,8 |
| College-, cursus-, les- en examengelden | € 0 | € 10,7 | € 61,4 | € 719 | € 520,8 |
| Baten werk in opdracht van derden | € **9,1** | € **31,6** | € **178,4** | € **197,1** | € **1649,5** |
| Overige baten | € 572,5 | € 406,6 | € 226,9 | € 172,6 | € 529,2 |

De derde geldstroom vormt bij alle universiteiten 10% of meer van de totale inkomsten. Het hoogste aandeel was in 2009 bijna 26%. Alle dertien universiteiten kregen in 2009 uit de derde geldstroom € 1,1 miljard, gemiddeld € 85 miljoen per universiteit. Inclusief de tweede geldstroom zijn de inkomsten € 1,4 miljard, gemiddeld € 107 miljoen per universiteit.

De hbo-instelling met de hoogste opbrengst uit werk voor derden ontving in 2009 € 35 miljoen; de laagste opbrengst van een hbo was € 3000. Bij 70% van de hbo's is het aandeel werk van derden op de totale opbrengst gelijk of minder dan 10%. De inkomsten uit werk voor derden van de 39 hbo's bedroegen in 2009 in totaal € 217 miljoen, gemiddeld € 5,5 miljoen per instelling.

Het roc met in 2009 de meeste inkomsten kreeg € 16 miljoen; het roc met de minste kreeg € 321.000. Bij 80% van de roc's is het aandeel werk van derden op de totale opbrengst tussen de 1 en 10%. De inkomsten van roc's uit werk voor derden bedroegen in 2009 in totaal € 219 miljoen, gemiddeld € 4,8 miljoen per instelling.

In de praktijk is niet altijd duidelijk of contractactiviteiten tot de tweede of derde geldstroom worden gerekend. Een instelling die een groot onderzoekscontract verwerft binnen een consortiumverband voor bijvoorbeeld de Europese Unie, beschouwt deze soms als tweede en soms als derde geldstroom. Ook de berekening van de integrale kostprijs blijkt in de praktijk soms moeilijk controleerbaar. Zo wordt binnen de instellingen niet altijd een uniforme urenregistratie bijgehouden op projectniveau.

# Bijlage H: Achtergrondinformatie toezicht door ACM

## Onderdeel H1: Visie toezicht ACM

Ter voorbereiding op de inwerkingtreding van de wet heeft de ACM in de periode tot 1 juli 2014 een intern visiedocument opgesteld. Deze visie geeft antwoord op de vraag op welke wijze het toezicht op de Wet MenO een bijdrage kan leveren aan de missie van ACM: *het bevorderen van kansen en keuzes voor bedrijven en consumenten*. De visie heeft ACM geholpen bij het maken van keuzes waarop het toezicht zich zou moeten richten. De box hieronder geeft een samenvatting van het visiedocument.

**Samenvatting visiedocument van de ACM**

"De Wet MenO heeft tot doel zoveel mogelijk gelijke concurrentieverhoudingen tussen overheden en bedrijven te bevorderen voor zover het om economische activiteiten gaat. Deze doelstelling sluit goed aan bij de visie van de ACM zoals die is geformuleerd in het voorgenomen organisatiebesluit: "het bevorderen van kansen en keuzes voor bedrijven en consumenten. De ACM bewaakt en bevordert de concurrentie waardoor bedrijven betere kansen krijgen om te ondernemen."

Het toezicht op de Wet MenO zal bijdragen aan een gelijk speelveld tussen overheden en bedrijven. Hiermee ontstaan voor bedrijven eerlijke kansen om te ondernemen en te innoveren.

Overheden kunnen vanuit hun publieke functie concurrentievoordelen hebben ten opzichte van bedrijven wanneer zij zich op de markt begeven. Hierdoor kunnen bedrijven de markt verlaten of besluiten om niet toe te treden. Dit leidt tot verdringing van het particulier initiatief en beperkt daarmee de concurrentie. Ondernemerschap door overheden, gefinancierd met publiek geld, zal in het algemeen gesproken minder waarde creëren dan het particuliere initiatief en is mogelijk zelfs welvaart verlagend. Overheden moeten daarom niet met publiek geld economische activiteiten financieren die ook door de private ondernemingen uitgevoerd kunnen worden. De ACM zal daarom optreden tegen economische activiteiten van overheden indien deze activiteiten het particuliere initiatief verdringen."

Voor bestaande economische activiteiten was in de periode 1 juli 2012 tot 1 juli 2014 een overgangsregeling van toepassing op economische activiteiten die al plaatsvonden vóór 1 juli 2012. Omdat de Wet MenO in deze periode niet van toepassing was op deze activiteiten, kon ACM in de overgangsperiode alleen handhaven bij nieuwe activiteiten.

## Onderdeel H2: Activiteiten ACM

### Communicatie over inwerkingtreding Wet MenO per juli 2012

ACM heeft via onderstaande middelen getracht de inwerkingtreding van de wet onder de aandacht te brengen:

- Publicatie van een nieuwsbericht[206];
- Interviews met Chris Fonteijn voor het Financieele dagblad[207] en Binnenlands Bestuur[208];
- Informatie over de Wet MenO op de website van ACM, onder de rubriek 'Oneerlijke concurrentie door de overheid';
- Publicatie van interviews met ACM-bestuurslid Mw. A. Vegter.[209]

[206] Titel: NMa start toezicht Wet Markt en Overheid, 2 juli 2012.
[207] Titel: NMa pakt bijklussende overheid aan, 2 juli 2012.
[208] Titel: Als het moet, pakken we door, 7 juli 2012.

### Roadshow

Een team van ACM, MENO, is in de periode juli-dec 2012 door het land getrokken om te praten met verschillende overheden. In totaal hebben er 20 gesprekken plaatsgevonden met gemeenten, provincies en ZBO's. Deze 'roadshow' had als doel:

- Bekendheid te geven aan de Wet MenO;
- Te achterhalen of overheden al bekend dan wel bezig waren met het onderwerp Markt en Overheid en of ze bijvoorbeeld al een inventarisatie hadden gemaakt van de economische activiteiten;
- Eventuele reeds bekende signalen te bespreken;
- Vragen te beantwoorden en guidance te geven over de Wet Markt en Overheid.

### Guidance

Gedurende de overgangsperiode is ACM door diverse overheden benaderd met vragen over de gevolgen van de inwerkingtreding van de Wet MenO. Een veelvoorkomende vraag aan ACM was of een bepaalde activiteit onder de reikwijdte van de Wet MenO zou vallen, zoals begraafplaatsen, gemeentelijke fietsenstallingen, etc. Daarnaast heeft ACM veel vragen ontvangen over de toepassing van de algemeen belang uitzondering met het oog op het verstrijken van de overgangstermijn. In een aantal situaties heeft ACM meer uitgebreide guidance gegeven. Gegeven het vertrouwelijk karakter heeft daarbij alleen een individuele terugkoppeling plaatsgevonden.

### Communicatieoffensief vanaf eind 2013

Uit de nulmeting[210] en de steekproef inzake de exploitatie van gemeentelijke sportaccommodaties bleek duidelijk dat de bekendheid van de Wet MenO bij overheden en ondernemers nog te gering was. Dit gaf aanleiding voor ACM tot het publiceren van een tweede nieuwsbericht[211].

Om de bekendheid en daarmee de spontane naleving te bevorderen is ACM eind 2013 gestart met een communicatieoffensief. Dit heeft geresulteerd in:

- Een online tool 'de Markt en Overheid test' waarmee overheden kunnen nagaan in hoeverre de Wet MenO van toepassing is op hun situatie;[212]
- De publicatie van het boekje 'Als ambtenaren ondernemers worden'.[213] Dit boekje is verstuurd naar alle ministeries, provincies, gemeenten en ZBO's. Het boekje bevatte een flyer om overheden aan te sporen gebruik te maken van de 'markt en overheid test' op de website van ACM;
- Een 'meldpunt' voor ondernemers op de homepage van ACM. En een speciale brochure voor ondernemers over de Wet MenO.[214] Deze brochure is in samenspraak met de ondernemingsorganisaties verspreid onder brancheverenigingen.

### Communicatie over verstrijken overgangstermijn

Op 30 juni 2014 heeft ACM een nieuwsbericht geplaatst op haar website waarin is aangekondigd dat de overgangsperiode die geldt voor bestaande economische activiteiten van overheden per 1 juli 2014 verstrijkt[215]. In dit bericht heeft ACM tevens laten weten drie sectoren aan een nader onderzoek te onderwerpen. Het betreft (i) de inzameling van bedrijfsafval, (ii) de exploitatie van sportaccommodaties en (iii) de exploitatie van parkeergarages. Ook heeft ACM een brochure gepubliceerd voor ondernemers die last hebben van ongelijke concurrentie door een overheid.

---

209 Link naar de interviews: Tijdschrift voor Staatssteun (2013) https://denhollander.info/artikel/10724 en Binnenlands Bestuur. (2014) http://www.binnenlandsbestuur.nl/financien/nieuws/acm-waarschuwt-gemeenten-voor-oneerlijke.9217920.lynkx.

210 Kwink Groep, 2013.

211 Steekproef sportaccommodaties en Wet Markt en Overheid naar sportieve concurrentie, 11 februari 2014.

212 https://www.acm.nl/nl/onderwerpen/concurrentie-en-marktwerking/oneerlijke-concurrentie-door-de-overheid/de-markt-en-overheid-test/.

213 https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/13235/Boekje-als-ambtenaren-ondernemers-worden/.

214 https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/13082/Ondernemer-en-last-van-oneerlijke-concurrentie-door-een-overheid/.

215 Overheden mogen niet oneerlijk concurreren met bedrijven, 30 juni 2014.

### Presentaties en voorlichtingsbijeenkomsten

ACM heeft sinds de inwerkingtreding van de Wet MenO zowel voor overheden als ondernemers op diverse congressen presentaties gegeven om de kennis over de Wet MenO te vergroten. In de box hieronder is een selectie gemaakt van presentaties die zijn gegeven op grote bijeenkomsten.

**Selectie presentaties gegeven op grote bijeenkomsten**

- ✓ 20 september 2012 - presentatie voor voorlichtingsbijeenkomst MKB NL / VNO NCW over de nieuwe Wet Markt en Overheid en de rol van de NMa;
- ✓ 13 november 2012 - presentatie 'Handhaving van de Wet Markt en Overheid door de NMa' voor de Vereniging van Mededingingsrecht;
- ✓ 5 februari 2013 - presentatie 'De nieuwe Wet Markt en Overheid en de rol van de NMa' op het congres Transport van Afval georganiseerd door Transport en Logistiek Nederland;[216]
- ✓ 18 november 2013 - workshop over de Wet Markt en Overheid op het Congres Gemeentefinanciën. Voor deze workshop had ACM een case ontwikkeld waarmee uitleg is gegeven over de toepassing van de gedragsregel integrale kostendoorberekening in de praktijk (zie presentatie workshop voor de uitleg);[217]
- ✓ 16 januari 2014 - presentatie informatiemiddag bij VSG over de gevolgen van de Wet MenO voor de exploitatie van sportaccommodaties;[218]
- ✓ 11 februari 2014 - Speech Anita Vegter[219] op gezamenlijk congres van ACM, VNG en Europa Decentraal: 'De overheid als ondernemer: Europese en nationale regels'. Tijdens dit congres heeft Anita Vegter een eerste exemplaar van het boekje 'als ambtenaren ondernemers worden' uitgereikt aan Kees Jan de Vet (lid directieraad VNG);
- ✓ 17 november 2014 - workshop in samenwerking met de TU Delft (Nienke Saanen) over de 'overheid als ondernemer' voor het Landelijk Staatssteunnetwerk;[220]
- ✓ 5 februari 2015 - presentatie op themadag 'uitdagingen in de publieke bedrijfsvoering' voor de Koninklijke Vereniging voor Afval- en Reinigingsmanagement (NVRD) over de naleving van de Wet Markt en Overheid in de afvalsector.[221]

## Onderdeel H3: Optreden van ACM tegen ongelijke concurrentie door overheden

In een aantal cases heeft de ACM ook daadwerkelijk onderzoek gedaan naar eventueel ongelijke concurrentie. Dit overzicht is bijgewerkt tot en met april 2015. In juni 2015 is er een belsuit geweest inzake de passantenhaven Zeewolde (zie paragraaf 3.5).

**Analyse activiteiten RDW -** Op verzoek van een private onderneming heeft ACM onderzocht of de Wet MenO van toepassing is op twee activiteiten van de Dienst Wegverkeer (RDW). De analyse richt zich op de vraag of deze activiteiten van de RDW economische activiteiten zijn. De onderzochte activiteiten hebben betrekking op het verstrekken van gegevens uit het Kentekenregister door de RDW. ACM concludeert dat het enkel verstrekken aan het publiek van deze gegevens, die de RDW in het kader van haar wettelijke taak beheert, geen economische activiteit is. Dit kan anders zijn als de gegevens worden bewerkt of "verrijkt".[222]

**Besluit Filmclub Naaldwijk**[223] - Filmclub Naaldwijk is van mening dat de verhuurvoorwaarden van de Bibliotheek Westland voor het uitlenen van dvd's en blu-ray discs in strijd zijn met de bepalingen in de Wet MenO en het verbod op misbruik van een machtspositie en vraagt ACM om hiertegen op te treden. De klacht richt zich tegen de Bibliotheek Westland en de gemeente Westland. Het verzoek om op te treden op grond van de bepalingen in de Wet MenO is afgewezen omdat de Wet

216 https://www.beurtvaartadres.nl/sites/default/files/PDF/Presentatie%20NMa%20-%20Ronald%20Timmerman.pdf.
217 https://www.cs-vng.nl/media/166971/10%20%20Markt%20en%20Overheid%20-%20Ronald%20Timmerman.pdf.
218 http://www.sportengemeenten.nl/index.php/nieuws/323-presentaties-wetmarktoverheid.
219 https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/12602/Speech-Anita-Vegter-over-Wet-Markt-en-Overheid/.
220 http://www.europadecentraal.nl/nieuws/bijeenkomst-landelijk-staatsteunnetwerk-op-17-november-in-rotterdam/.
221 http://www.nvrd.nl/website/publicaties/presentaties-bijeenkomsten/presentaties-bijeenkomsten.
222 Analyse over de toepasselijkheid van de Wet Markt en Overheid op 2 activiteiten van de RDW, 3 maart 2014.
223 Zaaknummer 13.0349.53, 19 maart 2014.

MenO op deze situatie niet van toepassing is. De bibliotheek is geen bestuursorgaan en derhalve niet gehouden aan de gedragsregels. De bibliotheek is ook geen overheidsbedrijf, wat betekent dat het bevoordelingsverbod voor overheidsbedrijven ook niet van toepassing is. Het verzoek om op te treden op grond van het verbod op misbruik van een machtspositie is afgewezen op basis van het door ACM gehanteerde prioriteringsbeleid.

**Beoordeling concept besluitaanvraag** - Een ondernemer had een concept besluitaanvraag ingediend omdat zij vermoedde dat er sprake zou zijn van bevoordeling bij de verzelfstandiging van een overheidsbedrijf. Bij de analyse van de besluitaanvraag bleek echter dat voor zover er sprake zou van bevoordeling, dit vermoedelijk staatssteun zou betreffen. Na overleg met de Europese Commissie bleek dat er reeds bij de Commissie een klacht over vermeende staatssteun was ingediend. Daarom was er geen aanleiding voor nader onderzoek.

**Klacht Kardolus -** Een exploitant van een sportaccommodatie (dhr. Kardolus) klaagt al vele jaren over de als oneerlijk ervaren situatie bij de verhuur van sporthallen door de gemeente Zoetermeer (zie onderstaand bericht in het AD).

> DEN HAAG - Al tien jaar ligt Kasper Kardolus in de clinch met de gemeente. De sportschoolhouder kan nog nauwelijks het hoofd boven water houden sinds de gemeente Zoetermeer zelf sporthallen verhuurt. „Ver onder de kostprijs," zegt Kardolus. „Daar kan een kleine ondernemer niet tegenop." De Tweede Kamer stemt vandaag over het wetsvoorstel 'Markt en overheid'. Dat moet een einde maken aan de in de ogen van veel ondernemers ongelijke concurrentie door overheidsinstellingen. Zo verkocht schermleraar Kardolus eind jaren '70 zijn huis om in het toen nog kleine Zoetermeer zelf een sportschool te kunnen bouwen. De zaal verhuurde hij aan andere sportverenigingen. Tot de gemeente zelf zalen bouwde en verenigingen onderdak bood voor veel minder geld. *AD, 23 maart 2009, 'Gepakt door gemeenten'.*

ACM heeft getracht in dit traject een bemiddelende rol te vervullen gezien de duur en ernst van de klacht. Na een aantal gesprekken is in overleg met de gemeente Zoetermeer onderzocht of met de huidige tarieven voor sporthallen de integrale kosten reeds in rekening worden gebracht. Uit dit onderzoek is gebleken dat de tarieven niet kostendekkend waren. ACM heeft de gemeente Zoetermeer tijdens de overgangstermijn geïnformeerd over de onderzoeksbevindingen die nadien door de gemeente niet meer ter discussie zijn gesteld. De gemeente Zoetermeer heeft naar aanleiding hiervan een algemeen belangbesluit genomen, tegen dit besluit is bezwaar gemaakt door dhr. Kardolus. Dit bezwaar is afgewezen door de gemeente Zoetermeer. Dhr. Kardolus heeft daarop besloten naar de rechter te stappen. Het is (begin april 2015) nog niet bekend wanneer het door de rechter in behandeling wordt genomen.

**Waarschuwingen** - ACM heeft tijdens de overgangsperiode naar aanleiding van een aantal signalen een waarschuwing gegeven. Het ging daarbij om signalen waarbij er aanwijzingen waren voor een mogelijke (toekomstige) overtreding van de Wet MenO. Deze staan in de volgende tabel kort samengevat.

**Signalen en klachten binnengekomen bij ACM (tot en met mei 2015)**

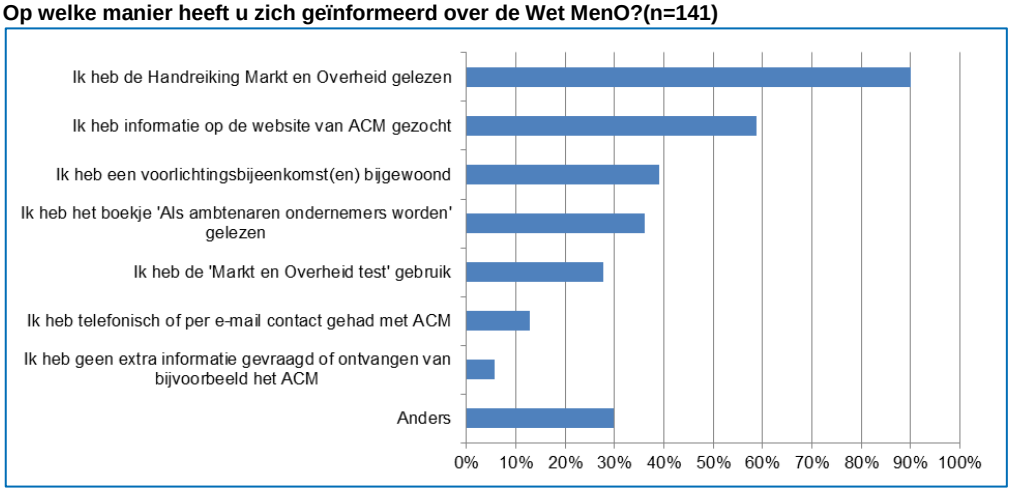
| Klacht betreft | Actie ACM | Resultaat |
|---|---|---|
| Exploitatie van een milieustraat bedrijfsafval door een gemeente | Naar aanleiding van een klacht van een ondernemer over de gratis inzameling van bedrijfsafval (groen) bij een milieustraat heeft ACM contact gezocht met de betreffende gemeente. | Naar aanleiding van het telefonisch contact heeft de gemeente aangegeven dat bedrijven niet meer gratis het bedrijfsafval mogen aanbieden bij de milieustraat. |
| Gratis verhuur camperplaatsen gemeente | Naar aanleiding van een klacht van een ondernemer over het voornemen van een gemeente om gratis camperplaatsen te verhuren, heeft ACM een waarschuwingsbrief verstuurd aan de desbetreffende gemeente. | Naar aanleiding van de brief heeft de gemeente laten weten de integrale kosten te zullen doorberekenen bij de verhuur van 30 camperplaatsen wanneer deze in gebruik worden genomen. |
| Papierinzameling door een gemeenschappelijke regeling | Naar aanleiding van een klacht van een ondernemer over het gratis ophalen van oud papier door een overheidsbedrijf heeft ACM een waarschuwingsbrief verstuurd. Daarna heeft ACM guidance gegeven ten aanzien van de doorberekening van de integrale kosten. | Naar aanleiding van de waarschuwingsbrief heeft de gemeenschappelijke regeling maatregelen genomen om de integrale kosten door te berekenen. |
| Gratis stadstours die worden gesubsidieerd door een gemeente | Naar aanleiding van een klacht van een ondernemer over gratis stadstours heeft ACM een waarschuwingsbrief verstuurd. | De gemeente heeft aangegeven dat gebruik wordt gemaakt van vrijwilligers die geen vergoeding ontvangen (ook geen onkostenvergoeding). Ook gaf de gemeente aan in 2014 het project om te zetten in een verenigingsvorm. |
| Tweedehands-winkels die worden geëxploiteerd door een dienst van de gemeente. | Naar aanleiding van een klacht over mogelijk niet doorbereken integrale kosten bij de verkoop van tweedehands kleding heeft ACM guidance gegeven en een waarschuwingsbrief gestuurd. | Naar aanleiding van de brief heeft de gemeente een gesprek aangevraagd met ACM om guidance over de wet te krijgen. |
| Campingplaatsen die worden geëxploiteerd door de gemeente | De ACM heeft de gemeente aanwijzingen gegeven om de integrale kosten door te berekenen in de tarieven voor camperplaatsen. | De gemeente heeft besloten om de aanwijzing van ACM op te volgen.[224] |

## Onderdeel H4: Informatiebehoeften overheden

In de enquête is gevraagd naar de wijze waarop overheidsorganisaties zich hebben geïnformeerd over de Wet Markt en Overheid. De meeste respondenten geven aan dat zij actief op zoek zijn gegaan naar extra informatie. Slechts 6% van de respondenten geeft aan geen extra informatie te hebben gevraagd of ontvangen van bijvoorbeeld de ACM.

[224] Zie: https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/14417/ACM-treedt-op-tegen-gemeenten-die-oneerlijk-concurreren-met-de-recreatiesector/.

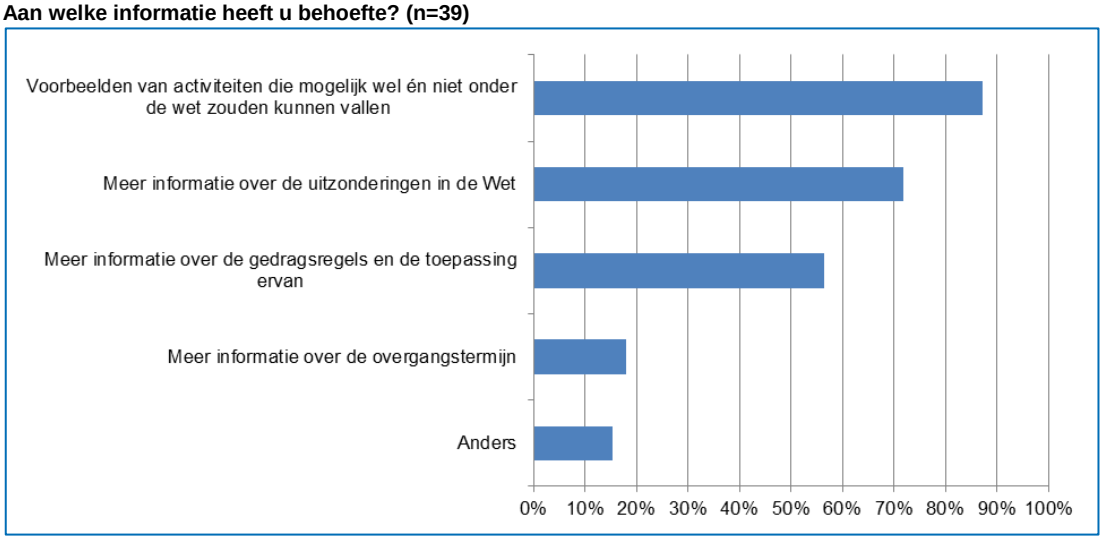
**Op welke manier heeft u zich geïnformeerd over de Wet MenO?(n=141)**




Bron: Ecorys, 2015.

De handreiking Markt en Overheid is door 90% van de bevraagde respondenten gelezen, ook heeft ruim de helft (59%) informatie op de website van ACM opgezocht[225]. Op de vraag of zij behoefte hebben aan meer voorlichting en informatie over de Wet MenO en de consequenties voor hun organisatie antwoord ongeveer een kwart bevestigend (28%). Bijna driekwart van de bevraagden geeft aan dat zij over voldoende informatie beschikken[226]. Aan de respondenten die een informatiebehoefte hebben is gevraagd aan welke informatie zij behoefte hebben. Ruim driekwart geeft aan dat zij behoefte hebben aan voorbeelden van activiteiten die mogelijk wel én niet onder de wet zouden kunnen vallen. Ook geeft ruim 70 procent aan behoefte te hebben aan meer informatie over de uitzonderingen in de Wet MenO[227].

**Aan welke informatie heeft u behoefte? (n=39)**




Bron: Ecorys, 2015.

225 Enquête Ecorys (2015) vraag 32. Op welke manier heeft u zich geïnformeerd over de Wet MenO?

226 Enquête Ecorys (2015) vraag 33. Heeft u behoefte aan meer voorlichting en informatie over de Wet MenO en de consequenties voor uw organisatie?

227 Enquête Ecorys (2015) vraag 34. Aan welke informatie heeft u behoefte?

Postbus 4175
3006 AD Rotterdam
Nederland

Watermanweg 44
3067 GG Rotterdam
Nederland

T 010 453 88 00
F 010 453 07 68
E netherlands@ecorys.com

**W www.ecorys.nl**

***Sound analysis, inspiring ideas***