

Vergaderjaar 2009–2010

31 354

Wijziging van de Mededingingswet ter invoering van regels inzake ondernemingen die deel uitmaken van een publiekrechtelijke rechtspersoon of die hiermee zijn verbonden (aanpassing Mededingingswet ter invoering van gedragsregels voor de overheid)

D

NADER VOORLOPIG VERSLAG VAN DE VASTE COMMISSIE VOOR ECONOMISCHE ZAKEN¹

Vastgesteld 9 februari 2010

1. Inleiding

De leden van de **CDA**-fractie hebben met belangstelling kennis genomen van de memorie van antwoord. Ter voorbereiding van de plenaire behandeling van dit wetsvoorstel wensen zij de regering nog de volgende vragen voor te leggen.

De leden van de **VVD**-fractie danken de regering voor haar antwoorden, maar hebben toch nog enkele nadere vragen.

De leden van de fractie van de **PvdA** hebben met bijzondere belangstelling kennis genomen van de antwoorden van de regering. Naar aanleiding hiervan rees een vijftal hoofdvragen en een viertal vragen met een meer technische achtergrond. Tevens zijn er twee aanvullende punten, die deze leden aan de regering wensen voor te leggen.

De leden van de **SP**-fractie hebben kennis genomen van de memorie van antwoord. Op vijf punten hebben zij nadere vragen. Het antwoord op de overige eerder gestelde vragen is duidelijk en zij danken de regering daarvoor.

De leden van de fracties van **SGP** en **ChristenUnie** hebben met interesse kennisgenomen van dit wetsvoorstel.

2. Onderscheid winst en kosten

In de memorie van antwoord stelt de regering zich op het standpunt dat het niet wenselijk is om in het kader van dit wetsvoorstel een verplichting op te leggen tot doorberekening van een fictieve component vennootschapsbelasting als onderdeel van de integrale kosten, zo lezen de leden van de **CDA**-fractie. Kostendoorberekening is naar de mening van de regering in het kader van dit wetsvoorstel uitdrukkelijk beperkt tot feitelijke kosten. Gelet op het feit dat commerciële overheidsactiviteiten slechts in een beperkt aantal gevallen in de vennootschapsbelastingheffing worden betrokken – zo is thans bijvoorbeeld commerciële dienstverle-

¹ Samenstelling:

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

ning door overheidsondernemingen volledig vrijgesteld van vennootschapsbelastingheffing – lijkt de doelstelling van dit wetsvoorstel om een gelijk speelveld te bewerkstelligen niet (dan wel slechts ten dele) te worden gehaald. Is de regering het eens met deze constatering?

Het impliciete verweer van de regering in de memorie van antwoord dat daartoe eerst de Wet op de vennootschapsbelasting zou moeten worden gewijzigd, miskent dat thans overheidsondernemingen in veel gevallen vanwege het ontbreken van vennootschapsbelastingplicht een concurrentievoordeel hebben ten opzichte van particuliere ondernemingen. Het onderhavige wetsvoorstel zou er nu net in moeten voorzien dat dit voordeel door middel van een integrale kostprijsberekening wordt weggenomen. Dit is te vergelijken met het doorberekenen van de kosten van vreemd en eigen vermogen, waarvoor in het voorgestelde art. 25i, derde lid een regeling is opgenomen. In de memorie van toelichting wordt ten aanzien van dit artikel het volgende opgemerkt:

«Als uitgangspunt van de hoogte van de financieringskosten geldt wat in het normale handelsverkeer gebruikelijk is. Indien bijvoorbeeld de feitelijk voor een lening gemaakte kosten lager zijn dan voor een vergelijkbare «gewone» onderneming, dienen kosten te worden doorberekend die overeenkomen met de kosten die in een marktconforme situatie, uitgaande van soortgelijke activiteiten, zouden worden gemaakt. Hiermee wordt een compensatie aangeboden voor de afwezigheid van marktrisico.»

Hieruit blijkt dat de regering er naar streeft zoveel mogelijk een «marktconforme» situatie na te bootsen. Hierbij past het in aanmerking nemen van kosten die «in soortgelijke situaties zouden worden gemaakt». Dan gaat het derhalve ook om fictieve kosten. Een soortgelijke redenering gaat op voor het ontbreken van vennootschapsbelasting. Ook dan moet zoveel mogelijk de marktconforme situatie worden gecreëerd, dat wil zeggen inclusief de belastingcomponent. Om tegemoet te komen aan de in de memorie van antwoord genoemde uitvoerbaarheidsaspecten zou voorts nog kunnen worden volstaan met het in de wet opnemen van forfaitaire toeslagen bij de kostprijsberekening. Graag vernemen de leden van de CDA-fractie de mening van de regering hieromtrent.

In het derde lid van artikel 25i van het wetsvoorstel lezen de leden van de **PvdA**-fractie: «Bij de vaststelling van de integrale kosten.....wordt voor de financiering met eigen vermogen een bedrag in aanmerking genomen dat niet lager is dan de lasten die in het normale handelsverkeer gebruikelijk zijn voor de financiering van ondernemingen.» In de memorie van antwoord staat op bladzijde 10 in dezen «De winstopslag is geen kostenpost en hoeft derhalve niet in rekening worden gebracht.»

Dit is een tegenstrijdigheid die om nadere uitleg vraagt. Een vergoeding voor inzet eigen vermogen heet in het normale handelsverkeer *winst*. De winst wordt namelijk gevormd door het rendement op eigen vermogen. Moet de winstopslag in de memorie van antwoord nu worden begrepen als een extra winstopslag bovenop de winst die als kostenpost in rekening moet worden gebracht en wordt met deze bepaling gepoogd juist overheden op een achterstand te zetten door een ongelijk speelveld te creëren? Of is een vergoeding voor eigen vermogen als onderdeel van de integrale kostprijs in het normale handelsverkeer voor de financiering van ondernemingen niet gebruikelijk en wordt deze vergoeding slechts gevormd door alleen de winstopslag, zodat de vergoeding voor het eigen vermogen als onderdeel van de integrale kostprijs een loze letter in de wettekst betreft?

In het voorlopig verslag stelden de leden van de **SP**-fractie de volgende vraag: «In de memorie van toelichting bij artikel 25i (blz. 36) wordt

gesproken over «relevante markt». Is dit een mededingingsrechtelijk begrip in de zin van de Mededingingswet? Zo ja, op grond waarvan?» Het antwoord van de regering is in de huidige context bevredigend, waarvoor dank. De onderhavige vraag werd mede ingegeven door een opmerking van de NZa: «De relevante markt is niet in mededingingsrechtelijke zin afgebakend.»¹ Kan de regering bij de NZa navragen wat zij met deze opmerking bedoelt en kan de regering de Kamer van het antwoord van de NZa in kennis stellen?²

3. Positie indirecte en directe overheidsondernemingen

De leden van de **CDA**-fractie merken op dat zij ook na kennisname van de memorie van antwoord nog steeds niet waren overtuigd van de noodzaak van het in het wetsvoorstel gemaakte onderscheid tussen direct door overheidsorganisaties geëxploiteerde overheidsondernemingen en indirecte overheidsbedrijven, dat wil zeggen de ondernemingen met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid waarin een publiekrechtelijk rechtspersoon in staat is het beleid te bepalen dan wel de ondernemingen in de vorm van een personenvennootschap, waarin een publiekrechtelijk rechtspersoon deelneemt. Voor de indirecte overheidsbedrijven is slechts de gedragsregel opgenomen dat overheidsorganisaties dergelijke bedrijven niet mogen bevoordelen. Deze bedrijven zijn echter niet verplicht om de integrale kostprijs door te berekenen aan derden. Zij zijn vrij om hun eigen ondernemingsstrategie te bepalen. In het bijzonder verzochten deze leden de regering nog om een antwoord op de in het verslag geuite zorg dat dit onderscheid voor directe overheidsondernemingen de mogelijkheid biedt om vrij eenvoudig de verplichting inzake de doorberekening van de integrale kostprijs te ontgaan door bijvoorbeeld de onderneming in te brengen in een BV of in een personenvennootschap. Dient dit niet te worden beschouwd als oneigenlijk gebruik van dit wetsvoorstel, ter voorkoming waarvan maatregelen in de wet moeten worden opgenomen?

Wat betreft de uitzonderingen voor alle economische activiteiten van onderwijsinstellingen met een publiekrechtelijk karakter verwijst de regering naar sectorspecifieke regels en het voorkomen van doublures, zo merken de leden van de **VVD**-fractie op. Maar de facto is er sprake van een sterke concurrentie van deze onderwijsinstellingen met de commerciële waarvan de concurrentie regels nu worden afgedaan met het uitgangspunt dat het investeren met publieke middelen in private activiteiten is toegestaan, zolang deze investeringen aantoonbaar ten goede komen aan de publieke taak van de instelling. De regering zal het toch met deze leden eens zijn dat het te hopen is dat alle publieke middelen voor private activiteiten ten goede komen aan de publieke taak? Anders vervalt toch het *raison d'être* van het toekennen van die middelen? Hetzelfde geldt *ceteris paribus* voor het contractonderzoek dat universiteiten aanbieden. Waarom zijn ook deze uitgesloten?

Is het de regering bekend dat er talloze ondernemingen juist de (oneerlijke) concurrentie ondervinden van de commerciële activiteiten van onderwijsinstellingen? Dit is evenzeer vergelijkbaar met de concurrentie vervalsing door de publieke omroep met de commerciële omroepen, de kranten en hun websites. Is het nu juist niet de taak van de minister van EZ om het vrije ondernemerschap te bevorderen en concurrentievervalsing tegen te gaan? Is de regering het dan ook eens met de leden van de **VVD**-fractie dat deze wet veel verder zou moeten gaan in de bescherming van het bedrijfsleven tegen concurrentie vervalsende overheidsactiviteiten? Kan zij deze «light» version dan nog wel voor haar verantwoordelijkheid nemen?

¹ NZa, Monitor Huisartsenzorg 2008, blz. 25. [http://www.minvws.nl/kamerstukken/cz/2009/ reactie-nza-op-3-rapporten-inzake-huisartsenzorg-en-functionele-bekostiging.asp](http://www.minvws.nl/kamerstukken/cz/2009/reactie-nza-op-3-rapporten-inzake-huisartsenzorg-en-functionele-bekostiging.asp)

² (1) Het antwoord op deze vraag is in de context van het onderhavige wetsvoorstel niet urgent en daarom kan dit antwoord zo nodig buiten de Nadere memorie van antwoord blijven en t.z.t. nagezonden worden. (2) Een overeenkomstige discussie loopt bij wetsvoorstel 31 531. Indien de overeenkomstige vraag daar (eerder) beantwoord wordt, kan deze hier onbeantwoord blijven.

4. Staatssteun

De regering geeft aan, dat het wetsvoorstel een toegevoegde waarde heeft, zo lezen de leden van de **PvdA**-fractie. Daar waar de Europese staatssteunregels niet van toepassing zijn komen gedragsregels om concurrentievervalsing door overheden te voorkomen. Overheidsorganisaties zouden per jaar 16 000 goederen en diensten op de markt aanbieden, zo blijkt uit onderzoek uit 2002. Hier is bij provincies, gemeenten en waterschappen een bedrag mee gemoeid van € 2,5 miljard per jaar en dat zou blijken uit een onderzoek van 2003. De totale omzet van overheidsbedrijven is € 25 miljard per jaar. Deze bedragen hebben een enorme omvang. Kan de regering de er bij behorende voorbeelden en cijfermatige onderbouwingen geven die achter deze enorme bedragen schuil gaan? Het gaat niet over de verkoop van ansichtkaarten in het museum, zo stellen de leden van de regering. Waar gaat het dan wel over? De leden van de PvdA-fractie hebben de behoefte om precies te weten waar dit wetsvoorstel nu over gaat. Niet alleen in theoretische zin, maar ook in praktische zin. Deze leden zitten op basis van de tot nog toe verstrekte informatie nog steeds met de primaire vraag wat dit wetsvoorstel nu precies toevoegt in welke situaties? Zij zijn op zoek naar concrete voorbeelden met de erbij behorende cijfermatige onderbouwingen zodat zij kunnen zien de concrete gevallen die in de toekomst met dit wetsvoorstel kunnen worden getackeld.

Gewoonlijk gelden voor het ter beschikking stellen van middelen aan overheidsbedrijven de Europese staatssteunregels, constateren de leden van de PvdA-fractie. Je mag niet bevoordelen. Er is echter een apart leerstuk voor de inbreng van kapitaal in de vorm van bijvoorbeeld aandelenkapitaal. Hiervoor geldt dat er geen sprake is van bevoordeling als de overheid handelt als ware hij een ondernemer. Oftewel hij brengt kapitaal in omdat hij een redelijke winst verwacht. Er wordt dan geen staatssteun verondersteld. Maar omdat dan geen staatssteun wordt verondersteld zijn de regels van het wetsvoorstel van toepassing. Er moet volgens letter b van het tweede lid van artikel 25j van het wetsvoorstel een integrale kostprijs voor de inbreng worden gevraagd. Er staat kortom, dat de staat jaarlijks verplicht een van tevoren vastgestelde 7,5% vergoeding krijgt uitgekeerd voor zijn aandelen in KLM en NS, om een voorbeeld te geven. Europa eist dit niet. Kan de regering aangeven wat het wetsvoorstel nu precies regelt ten aanzien van dit soort casussen, waarbij sprake is van inbreng van risicodragend kapitaal in de vorm van bijvoorbeeld aandelen? Waarom wijkt dit af van hetgeen in Europa is geregeld?

In de memorie van antwoord is niet aangegeven welk deel van de genoemde 2,5 miljard aan omzet bij gemeenten, provincies en waterschappen onder de Europese regels valt. En dat terwijl daar in het verleden toch uitgebreid onderzoek is gedaan. Die grens ligt bij zeer kleine lokale activiteiten, maar waar precies is niet duidelijk. Kan de precieze grens worden aangeduid? Welke activiteiten betreft het nu precies? Valt de ansichtkaartverkoop bij voorbeeld nu wel of niet onder de reikwijdte?

Onderschrijft de regering het principe dat hogere regelgeving uit gaat boven lagere regelgeving vragen de leden van de PvdA-fractie? Zo ja, hoe kan de regering de-minimissteun dan betitelen als geen steun als in het EG-verdrag slechts de bevoegdheid is neergelegd bepaalde typen staatssteun zonder voorafgaande notificatie bij de Europese Commissie aan te merken als verenigbare steun. Is de conclusie dan niet dat de-minimissteun ongeacht hetgeen in de vrijstellingsverordening staat volgens het EG-verdrag verenigbare staatssteun betreft en daarom niet onder de reikwijdte van de wet valt?

5. Toezicht

De NMA moet toezicht houden op de naleving van de gedragsregels en kan als sanctie een last onder dwangsom aan overheden opleggen, zo stelt de regering. Is de NMA grondwettelijk hier toe bevoegd? Waar baseert de regering dit op, vragen de leden van de **PvdA**-fractie?

6. Reikwijdte

De leden van de **PvdA**-fractie maken uit de overwegingen uit het Altmark – arrest van het Europese Hof van Justitie (uitspraak 24 juli 2003 C-280/00) op dat de resterende problematiek zeer klein is. Laten we zeggen het kopje koffie in de plaatselijke schouwburg. Kan de regering de overwegingen uit latere jurisprudentie van het Europese of van Justitie aangeven die deze reikwijdte hebben vergroot naar de reikwijdte die in de memorie van antwoord wordt gesuggereerd?

Op de vraag van de leden van de **SP**-fractie naar het kwantitatief beslag van het wetsvoorstel verwijst de regering in de memorie van antwoord naar rapporten van Atos KPMG Consulting uit 2003 en 2002 (31 364 C, blz. 12). Deze leden nemen aan dat de € 25 mld. uit de publicatie van 2002 feitelijk niet relevant is, tenzij de regering aanwijzingen heeft dat de desbetreffende overheid deze bedrijven zou bevoordelen.¹ In het rapport uit 2003 wordt een omzet aan economische [markt]activiteiten van lagere overheden genoemd van € 2,455 mld. Is het correct dat dit het enige potentieel relevante omzetbedrag is? De cijfers uit de betreffende publicatie dateren uit het jaar 2000.² Het CBS geeft voor dat jaar een bruto productiewaarde van totaal € 806,161 mld. Dit cijfer is bij benadering gelijk aan de totale Nederlandse omzet, zodat het potentiële beslag van het wetsvoorstel 0,3% van de omzet is. Het rapport uit 2003 schat dat er bij de «economische activiteiten» van gemeenten, provincies en waterschappen in respectievelijk 3%, 0,1% en 0,03% van de economische [markt]activiteiten een risico is op «kruissubsidiëring of functievermenging» (blz. 23–30). Is dit een correcte interpretatie van het rapport? Indien we het hoogste percentage nemen (3%) is het kwantitatief beslag van het wetsvoorstel derhalve maximaal 0,009% van de Nederlandse omzet. Deelt de regering deze conclusie? Voorts valt een onbekend deel van deze 0,009% omzet buiten het beslag van het wetsvoorstel voor zover het om activiteiten van algemeen belang gaat. (Daarmee impliceren de leden van de SP-fractie niet dat het om een non-probleem gaat, maar daarmee is de omvang in perspectief gebracht – althans indien we mogen uitgaan van het onderzoek dat het ministerie (deels) citeert).

In reactie op een eerdere vraag van de leden van de **PvdA**-fractie wat naar schatting de omzet van de in dit wetsvoorstel bedoelde activiteiten is, heeft de regering cijfers gepresenteerd uit 2002 en 2003. Kan de regering actuele cijfers aangeven van de omzet van de zgn. resterende activiteiten waarvoor dit wetsvoorstel bedoeld is?

7. Gedragsregels

In geval van grondtransacties met en ook in geval van leningen en garanties aan ondernemingen heeft de Europese Commissie een mededeling uitgevaardigd met daarin regels voor marktconform handelen, zo merken de leden van de **PvdA**-fractie op. Als een overheid deze regels volgt wordt geen bevoordeling van die onderneming verondersteld. Kortom, dan is geen sprake van staatssteun. Echter dan treden de regels van het wetsvoorstel in werking en die eisen dan het in rekening brengen van een integrale kostprijs. De regels van de Europese Commissie gaan echter niet uit van een integrale kostprijs maar van een marktconforme prijs. In geval

¹ Atos KPMG Consulting, Overheidsbedrijven in Nederland; onderzoek naar aantal en omzet, 2002. De cijfers uit dit rapport betreffen het jaar 2001 (omzet overheidsbedrijven € 25,088 mld., idem energie € 10,07 mld.). Op basis van de bruto productiewaarde zoals het CBS die geeft (€ 853,164 mld.), beslaat het omzetaandeel van overheidsbedrijven 2,84%; exclusief energiebedrijven is dit 1,71%.

² Atos KPMG Consulting, Onderzoek naar risico's op kruissubsidiëring en functievermenging bij gemeenten, provincies en waterschappen, 2003.

van garanties en leningen is een integrale kostprijs een non-begrip. In geval van grondtransacties vereist de Europese Commissie een taxatie of prijsvorming door een openbare biedprocedure. Kortom, hier zit licht tussen de Europese regelgeving die van toepassing is en het begrip integrale kostprijs uit het wetsvoorstel. Hoe gaat de regering dat oplossen in de AMvB? Hoe wordt aansluiting gehouden met de Europese regels als de Europese Commissie ineens tot andere regels besluit?

8. Verbod op exclusief gegevensgebruik

Is artikel 25k over gegevensverstrekking van toepassing bij de uitwisseling van privacygevoelige gegevens tussen de gemeente en bijvoorbeeld gemeentelijke gezondheidsdiensten en begeleidingsdiensten, zo vragen de leden van de **PvdA**-fractie zich af? Deze wisselen op hun beurt gegevens en door hun zelf vastgelegde gegevens uit via bijvoorbeeld het elektronische patiëntendossier en de verwijzindex jeugdzorg met ziekenhuizen en huisartsen. Er wordt daar niet altijd gehandeld vanuit een publiekrechtelijke bevoegdheid, terwijl (een deel van) de activiteiten sinds de introductie van de marktwerking in de zorg wel als economische activiteiten wordt aangemerkt. Ook al vallen de activiteiten binnen de publieke taakuitoefening. Kan de regering meer duidelijkheid over dit punt verschaffen? Indien artikel 25k in die gevallen niet van toepassing is, waar in de wet is de uitsluiting dan geregeld?

9. Decentrale aspecten

Allereerst constateren de leden van de **VVD**-fractie een paradox bij het ministerie van EZ. Bij de Winkeltijdenwet is er een sterke centralistische gedachte: de wet kent een aantal bepalingen op grond waarvan bepaald wordt of een gemeente winkels op extra zondagen kan openstellen vanwege een toeristisch belang. Bij het voorliggende wetsvoorstel wordt juist decentraal door de lokale overheden bepaald of er sprake is van een algemeen economische dienst. Met andere woorden: het lijkt erop of de regering met verschillende bestuursprincipes meet. Enerzijds staat een centralistische lijn waarbij de Rijksoverheid richtlijnen aanreikt die dwingend zijn voor lagere overheden. Zie ook de voordracht tot vernietiging van een besluit van de gemeente Westland. Anderzijds is subsidiariteit voor zeer veel werkgebieden van de overheid een algemeen aanvaard beginsel. Evenals dat het geval is met Europese zaken is het beleid er dan op gericht dat de besluitvorming zo laag mogelijk plaats vindt, dat lokale overheden zoveel mogelijk zelf kunnen besluiten over lokale mogelijkheden en problemen.

Kan de regering uiteen zetten waarom zij binnen enkele maanden met twee geheel verschillende bestuursprincipes te werk gaat?

Onbevredigend vindt de fractie ook dat een lagere overheid op het onderhavige gebied een algemeen verbindend voorschrift (avv) kan uitvaardigen, waartegen geen beroep bij de bestuursrechter mogelijk is. Hoe wil de regering dit gebruik van de avv op dit gebied tegen gaan, resp. bevorderen dat op het gebied van lokale mededinging zoveel mogelijk gebruik zal worden gemaakt van besluiten in de zin van de AWB waartegen beroep in recht is opengesteld? Zou hier nu juist wel de centralistische richtlijn op zijn plaats zijn ter bescherming van de ondernemer?

Kan de regering aangeven in welke gevallen overheden een bestuursrechtelijk (dus in rechte aanvechtbaar) besluit moeten nemen voordat zij de markt opgaan? En in welke soorten van gevallen zullen te nemen besluiten worden aangemerkt als «besluiten ter voorbereiding van een privaatrechtelijke rechtshandeling» (zodat daar geen beroep tegen moge-

lijk is)? Hoe kan worden voorkomen dat overheden te allen tijde zullen kiezen voor een vorm van besluitvorming die voor ondernemers niet aanvechtbaar is?

Het wijzen naar andere regelgeving om aan te tonen dat er geen strijdigheid is tussen de bevoegdheid van de NMa om een sanctie op te leggen en het autonomiebeginsel in de Grondwet schept enige onduidelijkheid bij de leden van de **PvdA**-fractie. Het vaststellen van de prijzen is een autonome bevoegdheid. De regels die hier nu aan worden gesteld zijn regels voor behoorlijk bestuur. Gemeenten worden met deze regels onmiskenbaar niet in medebewind geroepen. Welnu dan is een sanctie volgens de Grondwet niet mogelijk. Slechts vernietiging of schorsing van het besluit voor de Kroon of het taakverwaarlozingsregiem zijn dan inzetbaar. Derden kunnen indien hun belangen worden geraakt natuurlijk wel naar de rechter stappen en die kan wel sancties treffen. Wanneer is er sprake van in medewind roepen en wanneer is er sprake van het stellen van regels voor behoorlijk bestuur?

Op pagina 2 van de memorie van antwoord schrijft de regering dat belanghebbende ondernemers reguliere inspraakmogelijkheden kunnen benutten, zo lezen de leden van de van de fracties van de **SGP** en de **ChristenUnie**. Er wordt verwezen naar artikel 150 van de Gemeentewet. Het betreffende artikel bepaalt dat er een inspraakverordening moet zijn vastgesteld door de raad. De Vereniging Nederlandse Gemeenten (VNG) heeft de gewoonte zogeheten modelverordeningen vast te stellen. Zo bestaat er ook een modelinspraakverordening van de hand van de VNG. In artikel 2 lid 1 van die verordening valt te lezen «elk bestuursorgaan besluit ten aanzien van zijn eigen bevoegdheden of inspraak wordt verleend bij de voorbereiding van gemeentelijk beleid». Met andere woorden: een gemeente kan ook besluiten om geen mogelijkheid tot inspraak te verschaffen. Lid 2 van datzelfde artikel 1 van de modelverordening beperkt het eerste lid door te stellen: «inspraak wordt altijd verleend indien de wet daartoe verplicht.

- Geconcludeerd zou dan ook kunnen worden dat de gemeentelijke autonomie ertoe leidt dat in de eerste plaats activiteiten naar eigen inzicht kunnen worden aangemerkt als «algemeen belang» waarmee dergelijke activiteiten worden uitgezonderd van de reikwijdte van het wetsvoorstel. In de tweede plaats leidt gemeentelijke autonomie er kennelijk ook toe dat ook de inspraakmogelijkheden tegen een dergelijke aanmerking als publiek belang naar eigen goeddunken kunnen worden beperkt. Anders gesteld kan het voorkomen dat ondernemers in gemeente A worden geconfronteerd met een veelheid aan activiteiten die in het publiek belang worden verricht zonder dat deze ondernemers de mogelijkheid hebben gekregen op het voornemen tot kwalificatie van dit belang in te spreken. Wanneer de vaststelling van dat beweerde publiek belang vervolgens bij algemeen verbindend voorschrift gebeurt, kan ook achteraf geen bezwaar worden gemaakt. Is de regering bereid om onderstaande oplossingsrichtingen te bezien?
- In de eerste plaats kan bij wettelijk voorschrift worden bepaald dat gemeenten de mogelijkheid moeten bieden om belanghebbenden inspraak te bieden op de vaststelling van het publiek belang. In termen van de eerder aangehaalde modelverordening voorziet het tweede lid van artikel 2 dan in enige ruimte voor ondernemers om op te komen voor hun belangen. Er zou dan een moment van inspraak ontstaan voor de vaststelling van het publieke belang.
- In de tweede plaats zou de regering kunnen aansluiten bij de door haar (op p. 15 van de memorie van antwoord) aangehaalde bestaande Aanwijzing voor het verrichten van marktactiviteiten door de rijksdienst. Die aanwijzing bestaat er kennelijk in (aldus de memorie van

antwoord) dat marktactiviteiten in beginsel slechts worden verricht indien zij een wettelijke grondslag hebben. Met andere woorden de rijksdienst wordt aanzienlijk beperkt om überhaupt activiteiten te verrichten. Voor eigen inzicht lijkt hier weinig ruimte.

10. Definities

De leden van de **SP**-fractie constateren dat de regering – met hen – het belangrijk acht dat er in wetten, wetsvoorstellen en de toelichtingen daarop een «ondubbelzinnige» terminologie wordt gehanteerd (31 354 C, blz. 11). Het gebruik van «uiteenlopende termen» (t.a.p.) is naar het oordeel van deze leden prima, mits alle gehanteerde termen ondubbelzinnig gedefinieerd zijn. Het gebruik van synoniemen ware voor de duidelijkheid te vermijden omdat degene die van de teksten kennisneemt immers niet zonder meer kan weten wanneer het om een synoniem dan wel een nuancering gaat (tenzij dit erbij vermeld wordt).

Definitie van mededinging/concurrentie

Kan de regering een ondubbelzinnige definitie geven van «mededinging»/«concurrentie»?¹

Toelichting:

- Dat de Mededingingswet aansluit bij de Europese mededingingsregels is billijk. De laatstgenoemde regels bevatten volgens de regering geen definitie van «mededinging» (31 354 C, blz. 11). Doch een leemte in de Europese regels ontslaat de Nederlandse regering niet van het gebruik van «ondubbelzinnige terminologie» in Nederlandse wetgeving en dus van het definiëren van «mededinging». Bij ontstentenis van deze definitie ontstaat er een kaartenhuis van onduidelijkheden. Immers een hele reeks termen waaronder «concurrentievervalsing» en «(on)eerlijke concurrentie» – termen die veelvuldig gebruikt worden in het voorstel – blijft dan duister.²
- De memorie van antwoord stelt: «Het gaat bij mededinging de facto om het in stand houden van een economisch systeem waarbij ondernemingen moeten strijden om de gunst van de afnemers of leveranciers, omdat dit als het beste middel wordt beschouwd voor het bereiken van economische efficiëntie en daarmee van een zo groot mogelijke welvaart» (blz.11). Als definitie is dit onbevredigend: is het «gaat ... om» «uitsluitend» bedoeld? (kunnen we derhalve «gaat om» vervangen door «is»?; zo nee, waarom gaat het dan nog meer?); maken de normatieve elementen («beste», «efficiëntie», «daarmee welvaart») deel uit van de definitie? indien mededinging om de een of andere reden niet efficiënt zou zijn, kunnen we dan de term mededinging niet gebruiken?; is het «moeten» strijden normatief/gebiedend of feitelijk bedoeld?; waarop slaat «de facto» precies?³

¹ Mededinging en concurrentie zijn volgens de memorie van antwoord synoniem (blz. 11).

² In het voorlopig verslag noemden de leden van de SP-fractie nog een aantal andere onduidelijk gebruikte termen. Zij constateren met waardering dat de memorie van antwoord de betreffende terminologie beperkt tot: oneerlijke concurrentie, concurrentievervalsing, onverantwoorde beïnvloeding van concurrentieverhoudingen en (on)gelijk speelveld. Overigens is «onverantwoorde beïnvloeding van concurrentieverhoudingen» een potentieel interessant begrip omdat dit de mogelijkheid opent om de verantwoording van gedrag bij de handelende partij te leggen. Mogelijk zou dit binnen het geheel van de tekst van de Mededingingswet gebruikt kunnen worden.

³ En voorts: houdt «strijden» in dat ondernemers invloed kunnen uitoefenen op bijvoorbeeld prijzen?; zo ja, hoe verhoudt dit zich tot ideaal-typische modellen waarin ondernemers «prijsnemer» zijn?

Indien deze vraag niet bevredigend kan worden beantwoord dan lijkt een antwoord op de volgende twee vragen weinig zinvol – tenzij de regering daar anders over denkt; daarmee zou overigens ook het oogmerk van het wetsvoorstel duister zijn.

Definitie van gelijke concurrentieverhoudingen

Kan de regering een ondubbelzinnige definitie geven van «gelijke concurrentieverhoudingen»?

Toelichting:

- De considerans van het wetsvoorstel, en ook de memorie van toelichting (blz. 2), stelt dat het bereiken van «gelijke concurrentieverhou-

dingen» doel van het wetsvoorstel is. Deze term werd echter niet gedefinieerd (de leden van de SP-fractie wezen daarop in het voorlopig verslag).

- In het hierover gestelde in de memorie van antwoord is de term «concurrentievoorsprong» waarschijnlijk de kernterm. Is het bereiken van (nader te definiëren) gelijke concurrentieverhoudingen een algemeen oogmerk van het beleid (dat wil zeggen afgezien van de betrokkenheid van overheden uit het wetsvoorstel)? Is het bereiken hiervan een oogmerk van de Mededingingswet? Moet het realiseren van een concurrentievoorsprong dan in het algemeen vermeden of zelfs verboden worden?¹ Afgezien hiervan kunnen deze leden de betreffende redenering goed volgen.
- Deelt de regering de opvatting dat de term «concurrentievoorwaarden» minder lastig te operationaliseren is dan «concurrentieverhoudingen»?

Definitie van oneerlijke concurrentie

Kan de regering een ondubbelzinnige definitie geven van «oneerlijke concurrentie»?

Toelichting:

- In de Mededingingswet komt de term (on)eerlijke concurrentie of mededinging niet voor.
- Bij zogenoemde «oneerlijke handelspraktijken» lijkt het primair te gaan om «misleiding» (vergelijk 30 928, Implementatie Richtlijn oneerlijke handelspraktijken). Bij het onderhavige wetsvoorstel gaat het om het voorkomen van wellicht onwenselijke situaties doch in het algemeen niet om «misleiding», of gaat het naar het oordeel van de regering wèl om misleiding? Zo ja, werd de term «oneerlijke concurrentie» in de diverse wettoelichtende teksten steeds in deze betekenis gebruikt?

Gelijk speelveld

Naar het oordeel van de leden van de **SP**-fractie maakt de door het ministerie veelvuldig gebruikte term «(on)gelijk speelveld» de terminologische wirwar groter dan hij al is.² Indien het hier om een metafoor gaat, dan ware het beter de term in wettoelichtende teksten te vermijden – die teksten moeten immers juist precisering geven. Deelt de regering deze opvatting? Indien «gelijk speelveld» geen metafoor is dan wordt de regering gevraagd deze term te definiëren.

11. Delegatie: beleidsbepaling

In het voorlopig verslag stelden de leden van de **SP**-fractie de volgende vraag: «Artikel 25g, lid 2, a-c, geeft aan wanneer een publiekrechtelijke rechtspersoon in staat wordt geacht in een onderneming het beleid te bepalen. Vervolgens stelt onderdeel d van dit lid dat andere gevallen van beleidsbepaling bepaald kunnen worden bij algemene maatregel van bestuur. Om welke gevallen gaat het eventueel-uitsluitend dan wel niet-uitsluitend? Kan de regering hier voorbeelden van geven?» De regering antwoordt hierop, beknopt weergegeven, dat dit niet bekend is (31 354 nr. C, blz. 16). Omdat het derhalve om een nogal open delegatiebepaling gaat, vragen deze leden de regering om toe te zeggen een desbetreffende AMvB voor te hangen bij het parlement.

¹ Grondleggers (van Menger tot en met Schumpeter) en aanhangers van de «Oostenrijkse School» hebben (de voorlopers van) de Algemeen Evenwichtstheorie altijd bestreden juist omdat zij voorsprong (o.a. kennis) de essentie van dynamische concurrentie achten. (Schumpeter was niettemin gecharmeerd van de analytische schoonheid van de AET.)

² Met genoeg constateren deze leden dat het gebruik van de term in de memorie van antwoord beperkt is tot twee passages.

12. Gedelegeerde werkingsduur van de wet en motie-Jurgens

De leden van de **SP**-fractie hebben nadere vragen over de gedelegeerde werkingsduur in het voorstel van wet. De leden van de fracties van **PvdA**, **GroenLinks**, **SGP**, **ChristenUnie**, **D66** en **PvdD** sluiten zich hierbij aan.

In het voorlopig verslag werd bezwaar gemaakt bij «de constructie dat de werkingsduur van een formele wet – in dit geval de continuering – geregeld kan worden bij algemene maatregel van bestuur; dit bezwaar geldt ook in het geval van een voorhangbepaling (artikel IV). Deze constructie is volgens deze leden in strijd met de motie-Jurgens c.s. (21 109 D) die door de Kamer met algemene stemmen werd aanvaard.» Voor alle duidelijkheid: het betreffende artikel slaat op verlenging van de werkingsduur, maar het impliceert ook dat de wet, na de inwerkingtreding, op ieder moment, binnen een periode van vijf jaar, bij AMvB ingetrokken kan worden.¹

(a) De regering stelt in haar antwoord (31 354 nr. C, blz. 16) dat de motie-Jurgens betrekking heeft op inhoudelijke keuzes; zij lijkt te impliceren dat de werkingsduur van een wet geen inhoudelijke keuze is. Doch naar het oordeel van de genoemde leden betreft de werking – en dus de werkingsduur – van een formele wet wél een inhoudelijke keuze: alleen al het debat dat de wetgevende instituties over wetsvoorstellen voeren, toont dit; maar vooral de burgers die onder de werking van een wet vallen ervaren die keuzes voortdurend; burgers worden net zozeer, positief dan wel negatief, getroffen door de instelling van een wet als door de intrekking ervan. Kan de regering haar opvatting in deze nog nader toelichten, mede in reactie op het hierboven gestelde?

(b) De regering stelt ook dat «in sommige gevallen» in het verleden de intrekking van een wet bij AMvB geregeld werd en zij noemt twee gevallen (de genoemde leden vroegen naar eventuele precedents sedert 22 mei 2007, de datum waarop de genoemde motie-Jurgens werd aangenomen), namelijk de Experimenteerwet BI-zones (31 430) en de Experimenteerwet vooropleidingseisen, selectie en collegegeldheffing (29 819).

- Wat betreft de eerstgenoemde wet (31 430) is de regering abusief: de werkingsduur is hier niet bij delegatie geregeld. Kan de regering bevestigen dat zij abusief is?²
- Wat betreft de tweede wet (29 819) is de regering twee maal abusief. Deze wet werd op 26 april 2005 aangenomen. Voorts is bij deze wet de werkingsduur evenmin bij delegatie geregeld. Kan de regering bevestigen dat zij hier twee maal abusief is?³
- De genoemde leden nemen dan aan dat er wat betreft deze kwestie geen precedent na 22 mei 2007 is.
- De regering stelt vervolgens: «Dit wetsvoorstel is in zekere zin vergelijkbaar met de hiervoor bedoelde experimentenwetgeving: de werkingsduur wordt uitdrukkelijk afhankelijk gesteld van de ervaringen met de wetsuitvoering» (blz. 16). Indien de zinsnede betreffende het abusief, «in zekere zin vergelijkbaar met de hiervoor bedoelde», geschrapt zou worden, blijft de vraag waarom in het wetsvoorstel het experimentele en tijdelijke karakter dan niet «in het opschrift en de citeertitel tot uitdrukking gebracht» werd?⁴ Voorts komt de term «experiment» noch in de overige wetteksten noch in de memorie van toelichting voor.⁵
- Doch zelfs indien het wetsvoorstel een experimenteel karakter zou hebben gehad, dan zou dit nog niet de delegatie van de werkingsduur rechtvaardigen.⁶

¹ De toelichting bij het betreffende artikel in de memorie van toelichting maakt hiervan geen gewag.

² In artikel 11 is de intrekking bij wet geregeld (niet bij AMvB); evenmin is een mogelijke verlenging bij AMvB geregeld (doch bij eventuele wet).

³ In artikel 22 is de intrekking bij wet geregeld (niet bij AMvB); van een eventuele verlenging is geen sprake (laat staan bij AMvB).

⁴ Zie aanwijzing 182 van de Aanwijzingen voor de regelgeving; hoewel de Kamer niet aan deze aanwijzingen gebonden is, lijkt de regering eraan gebonden.

⁵ Ook in het verslag van de Tweede Kamer en de nota naar aanleiding van het verslag komt de term «experiment» niet voor. De term «experiment» viel voor het eerst in de toelichting op het ingetrokken amendement nr. 24 («experimentenwet») dat vervangen werd door het aangenomen amendement nr. 38 («experimenteerwet») waarbij de werkingsduur werd verkort van 7 tot 5 jaar. Daardoor veranderde de delegatiebepaling echter niet want die stond al in het oorspronkelijk voorstel van wet. Het is overigens arbitrair om bij juist 5 jaar van een experimenteerwet te spreken. In de Tweede Kamer werd de term «experiment» éénmaal gebruikt door het lid Vos, namelijk bij haar verwijzing naar amendement nr. 24, en éénmaal door de regering, namelijk toen zij het oordeel over amendement nr. 24 aan de Tweede Kamer overliet.

⁶ Overigens laat aanwijzing 33a, lid 2, van de Aanwijzingen voor de regelgeving ruimte voor het omgekeerde, namelijk de afwijking van een formele wet in lagere regelgeving indien de afwijking een experimenteel karakter heeft.

(c) Kan de regering aangeven welke de wettelijke (inclusief regelende) grondslag van het voorgestelde artikel IV is onder verwijzing naar het artikel van de betreffende grond?

De regering wordt ook gevraagd om aan te geven waarom genoemd artikel IV niet strijdig is met de volgende aanwijzingen uit de Aanwijzingen voor de regelgeving:

- aanwijzing 33a, lid 1 («In een hogere regeling wordt niet toegestaan dat daarvan bij lagere regeling wordt afgeweken.»);
- aanwijzing 34, lid 1 («In een hogere regeling wordt niet toegestaan dat deze bij lagere regeling wordt gewijzigd.»);
- aanwijzing 241, lid 1 («Intrekking van een regeling geschiedt door een regeling van gelijke orde.»);
- aanwijzing 181 onder C («Voor het regelen van de werkingsduur van een tijdelijke regeling worden de volgende voorbeelden als uitgangspunt genomen: ... C. Deze wet/Dit besluit/Deze regeling treedt in werking met ingang van 1 januari 1987 en vervalt op een bij koninklijk besluit/door Onze minister (van)/door de minister (van) te bepalen tijdstip.» «Toelichting. De onder c genoemde formulering wordt slechts gekozen, indien vaststaat dat het om een tijdelijke regeling gaat, maar het tijdstip waarop de regeling dient te vervallen niet vooraf kan worden vastgesteld.») en wel in samenhang met aanwijzing 181 («De tijdelijkheid van een regeling wordt in het opschrift en de citeertitel tot uitdrukking gebracht.»)

(d) Hangende het antwoord van de regering concluderen de genoemde leden voorsnog dat artikel IV van het wetsvoorstel strijdig is met de aangehaalde motie-Jurgens. Kan de regering haar overwegingen voorzien van een duidelijke conclusie ten aanzien van de strijdigheid van artikel IV met de motie-Jurgens?

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

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

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