**Verslag internetconsultatie wetsvoorstel tot wijziging van de wet markt en overheid, concentratietoezicht en privaatrechtelijke handhaving**

**Inleiding**
Tussen 1 september en 27 oktober 2017 is het wetsvoorstel tot wijziging van de wet markt en overheid via internet geconsulteerd. Hieronder wordt verslag gedaan van de reacties in deze internetconsultatie.
Vanwege inhoudelijke redenen is na internetconsultatie dit wetsvoorstel gesplitst. Het gedeelte dat de wet markt en overheid zal wijzigen is een op zichzelf staande wet geworden en de gedeeltes over concentratietoezicht en privaatrechtelijke handhaving zijn gevoegd in een ander wetsvoorstel, te weten het wetsvoorstel tot wijziging van de Mededingingswet i.v.m. uitzonderingen landbouw en visserij. Dit wetsvoorstel is, zonder deze delen, via internet geconsulteerd tussen 22 juli en 19 augustus van 2019, zie ook https://www.internetconsultatie.nl/wijzigingmwagro. Het wetsvoorstel tot wijziging van de Mededingingswet i.v.m. uitzonderingen landbouw en visserij, waarin de bepalingen over concentratietoezicht en privaatrechtelijke handhaving zijn opgenomen, is begin 2021 aan de Tweede Kamer aangeboden voor behandeling.

Voor volledigheid en vindbaarheid worden de reacties op de delen van concentratietoezicht en privaatrechtelijke handhaving wel in dit verslag behandeld, hoewel deze delen nu geen onderdeel uitmaken van het wetsvoorstel tot wijziging van de wet markt en overheid. Daarmee is voor respondenten inzichtelijk wat hoe er met de reacties is omgegaan.

**Aanpassingen aan het wetsvoorstel en nadere gesprekken met stakeholders**
Mede naar aanleiding van de reacties op de internetconsultatie is het via internet geconsulteerde wetsvoorstel aangepast dat de wet markt en overheid wijzigt. In het kort betreft dit de volgende wijzigingen:
- De uniforme openbare voorbereidingsprocedure wordt vervangen door een verplichte, vormvrije marktconsultatie voorafgaand aan een algemeenbelangbesluit.
- De evaluatie dient nu elke vijf jaar uit te monden in een nieuw besluit over voortzetting, aanpassing of intrekking van het geëvalueerde algemeenbelangbesluit.
- Er komt een uitzondering op de gedragsregel van integrale kostendoorberekening voor het vrijgeven van de broncode (open source software)

Dit wordt hieronder verder toegelicht. Er is na de aanpassingen contact geweest met de belangrijke stakeholders, in dit geval ondernemers via brancheorganisatie VNO/NCW en gemeentes via brancheorganisatie VNG. In beide reacties wordt voor volledigheid de reactie op het aangepaste voorstel apart genoemd.

**Reacties wet markt en overheid**
*Vereniging Nederlandse Gemeente (VNG)*
De VNG geeft aan dat uit de evaluatie van de wet markt en overheid niet blijkt of er daadwerkelijk sprake is van een probleem. De voorgestelde aanscherping mist volgens de VNG daarom een grondslag. Aanscherping van de wet gaat volgens de VNG daarnaast in tegen het principe van een wendbare en autonome gemeente. De VNG heeft een voorkeur dat de wet vervalt en vindt schrappen van de horizonbepaling geen goed idee. De wet heeft volgens de VNG haar noodzaak niet bewezen, verlenging is daarom niet wenselijk. Anders dan de VNG meent de regering dat verlenging van de wet weldegelijk wenselijk is. Ongelijke concurrentie tussen bestuursorganen en ondernemers vraagt nog steeds de aandacht. Het niet schrappen van de horizonbepaling, waardoor de wet afloopt, levert een groter risico op ongelijke concurrentie op. Daarom is bestendiging van de wet noodzakelijk. Daarnaast vindt de regering dat de algemeenbelanguitzondering aanscherping behoeft. De regering meent dat de uitkomsten van de evaluatie weldegelijk aantonen dat de huidige wet onvoldoende werkt. Ook de reacties op de internetconsultatie tonen aan dat in verschillende sectoren hinder wordt ondervonden van ongelijke concurrentie met bestuursorganen. Met het wetsvoorstel blijft de autonomie voor gemeenten over het gebruik van de algemeenbelanguitzondering in stand. Gemeenten dienen het gebruik alleen zorgvuldig te motiveren.

De VNG is ook ingegaan op de specifieke onderdelen van het wetsvoorstel. Motiveringseisen zijn volgens de VNG niet nodig, omdat de rechter al aan de generieke eisen van de Awb toetst.

Verplichting van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure is volgens de VNG inefficiënt, omdat een algemeenbelangbesluit slechts voor een aantal ondernemers relevant is. Gemeenten hebben hier al een inspraakverordening voor. Een evaluatie is volgens de VNG een vergaande ingreep in de bestuurlijke autonomie. Verplichte elementen grijpen daarbij nog verder in op de autonomie.
De regering vindt dat de motiveringseisen een invulling zijn van de generieke eisen uit de Awb specifiek voor een algemeenbelangbesluit en niet bedoeld zijn als vervanging van die eisen. De regering wil geen afbreuk doen aan de generieke eisen, maar acht nadere invulling nodig voor een zorgvuldige afweging van een algemeenbelangbesluit.

*Nadere reactie VNG op aangepast wetsvoorstel*
De VNG heeft t.a.v. het aangepaste wetsvoorstel de volgende opmerkingen gemaakt.

- Verplichting van de marktconsultatie is volgens de VNG inefficiënt, omdat een algemeenbelangbesluit slechts voor een aantal ondernemers relevant is. Gemeenten hebben hier al een inspraakverordening voor. De VNG geeft tevens aan dat als er een verplichte marktconsultatie komt, deze vormvrij dient te zijn.
- De vijfjaarlijkse evaluatie, die uitmondt in een besluit, is volgens de VNG niet proportioneel. Een bij wet verplichte evaluatie is volgens de VNG een vergaande ingreep in de bestuurlijke autonomie, hoewel de VNG wel aangeeft in beginsel niets tegen evalueren te hebben.
- Met name is de VNG bezorgd over de vijfjaarlijkse termijn van de evaluatie en dat uit die evaluatie een besluit moet komen. Een algemeenbelangbesluit mist door een vijfjaarlijkse termijn formele rechtskracht, gemeenten kunnen er niet van uitgaan dat hun besluit vijf jaar later nog geldig zal zijn, terwijl dat voor bijna alle andere besluiten die een gemeente neemt niet aan de orde is. Daarnaast leidt dit voorstel tot onnodig veel administratieve lasten, omdat in veel gevallen er geen sprake zal zijn van een andere afweging of situatie vijf jaren later. Dit voorstel zou daarom in veel gevallen niet leiden tot een betere situatie voor ondernemers. VNG pleit in beginsel tegen een termijn en subsidiair pleit zij dat als er een termijn komt, vijf jaren veel te kort is.

De regering erkent dat dit wetsvoorstel meer bescherming biedt aan ondernemers en dientengevolge (nadelige) gevolgen kan hebben voor gemeenten en andere bestuursorganen die zonder dit wetsvoorstel niet zouden bestaan. Ook herkent de regering de argumenten van de VNG dat bepaalde onderdelen van dit wetsvoorstel voor bepaalde gemeenten meer lasten zullen veroorzaken zonder dat dit een noemenswaardig positief effect heeft op marktsituaties van dat bestuursorgaan en betrokken ondernemers.

De regering ziet echter niet in waarom de bepalingen en de belangenafweging in dit wetsvoorstel niet proportioneel zouden zijn. Daarvoor is de vraag of de voordelen die dit voorstel creëert voor betrokken partijen redelijkerwijs opwegen tegen de nadelen voor diezelfde betrokken partijen. Bovendien is het doel van dit voorstel ook dat het leidt tot een betere praktijk tussen markt en overheid, waarbij ook een gemeente van kan profiteren.
De extra administratieve lasten voor gemeenten op basis van extern onderzoek geschat op maximaal 1,3 mln euro per jaar voor alle gemeenten tezamen. Ook zijn de extra kosten door dit voorstel per nieuw te nemen algemeenbelangbesluit beperkt tot gemiddeld €3.100,-. Dat is in het geheel van de uitgaven van gemeenten een beperkte uitgave. Daar staat tegenover de voordelen voor ondernemers én bestuursorganen doordat het besluitvormingsproces wordt verbeterd en de rol voor belanghebbenden wordt versterkt. Ook in andere rechtsvelden ziet de regering, net als andere bestuursorganen, dat meer betrokkenheid van belanghebbenden juist kan leiden tot betere besluiten die ook meer gedragen worden.

Daarnaast concludeert de regering uit de evaluatie en de signalen van de ACM dat het originele doel van de wet markt en overheid, het tegengaan van oneerlijke concurrentie tussen markt en overheid, niet volledig wordt behaald omdat ondernemers onvoldoende gehoord worden in het besluitvormingsproces, niet alle algemeenbelangbesluiten voldoende worden gemotiveerd en dat er onvoldoende ruimte is voor ondernemers om bij veranderende omstandigheden een staand besluit aan te vechten. Dit wetsvoorstel is nodig om dat doel, tegengaan van oneerlijke concurrentie, te halen. Daarvoor is van belang dat ondernemers middels de consultatie tijdig worden betrokken bij besluitvorming, dat er motiveringsvereisten worden opgenomen via een AMvB en dat er een

vijfjaarlijkse evaluatie door bestuursorganen wordt verplicht om zo rekening te houden met veranderende omstandigheden.

*Interprovinciaal Overleg*
Het Interprovinciaal Overleg geeft in haar reactie aan dat ze geen aanleiding ziet tot het maken van opmerkingen.

*Unie van Waterschappen*
De Unie van Waterschappen heeft aangegeven zich te kunnen vinden in het wetsvoorstel omdat dit leidt tot een betere werking van de wet markt en overheid.

*Raad voor de Rechtspraak*
De Raad voor de Rechtspraak kan zich op hoofdlijnen vinden in de wijzigingen die ten aanzien van het algemeenbelangbesluit worden voorgesteld, omdat deze wijzigingen de rechtspositie van belanghebbenden bij algemeenbelangbesluiten versterken. De Raad geeft wel aan dat belanghebbenden geen rechtsmiddelen lijken te hebben als ze op basis van de evaluatie willen dat een algemeenbelangbesluit wordt aangepast. Hieraan voegt de Raad toe dat een belanghebbende naar aanleiding van de evaluatie aan het bevoegd gezag een verzoek kan doen tot wijziging of intrekking van het algemeenbelangbesluit en in beroep kan gaan tegen een weigering van het bevoegd gezag het besluit in te trekken of te wijzigen. De Raad adviseert dit in de memorie van toelichting te verhelderen. Naar aanleiding van o.a. deze reactie, is het wetsvoorstel aangepast, zodat er altijd een besluit moet volgen na een evaluatie. Tegen dit besluit staan bezwaar en beroep open.

De Raad voor de Rechtspraak gaat ook in op de wijziging van artikel 25h, tweede lid, van de Mededingingswet waaruit voortvloeit dat de gedragsregels niet van toepassing zijn op het aanbieden van goederen of diensten door bestuursorganen aan andere bestuursorganen of aan overheidsbedrijven voor zover deze goederen of diensten zijn bestemd voor de uitvoering van een publiekrechtelijke taak. Voorgesteld was om deze uitzondering uit te breiden tot het aanbieden van goederen of diensten aan bestuursorganen, overheidsbedrijven of buitenlandse bestuursorganen. De Raad adviseert om de verhouding van deze uitbreiding tot andere bestuursorganen binnen het Koninkrijk, te verduidelijken. Naar aanleiding van dit advies is de formulering van de uitzondering aangepast waardoor de uitzondering niet alleen van toepassing is op bestuursorganen en overheidsbedrijven, maar ook op bestuursorganen van de Caribische delen van het Koninkrijk en bestuursorganen van andere staten.

*Overige reacties*
Uit de reacties op de consultatie blijkt dat de meningen tussen de verschillende respondenten over regelgeving over markt en overheid verdeeld zijn. Net als de VNG ziet de Vereniging Sport en Gemeenten liever geen regelgeving. NOC*NSF, Spectrum (vereniging dorpshuizen), Federatie Cultuur en de Koninklijke Nederlandse Voetbalbond wijzen op het belang van de algemeenbelanguitzondering. Deze partijen geven aan dat als deze uitzondering wordt geschrapt bepaalde activiteiten zoals sport en cultuur te duur worden. Organisatie voor Vitaliteit, Activering en Loopbaan (hierna: OVAL) en Goede Doelen Nederland willen juist dat de uitzondering wordt geschrapt. RECRON, Koninklijke Horeca Nederland, en Ondernemend Nederland geven de voorkeur aan (een vorm van) een verbodsstelsel.

Aanscherping van de algemeenbelanguitzondering vormt een middenweg tussen de verschillende standpunten en belangen. De regering vindt het wenselijk dat in de toekomst regels blijven bestaan voor bestuursorganen die economische activiteiten verrichten. Hierbij vindt de regering het ook wenselijk dat het mogelijk blijft de algemeenbelanguitzondering te gebruiken wanneer een bestuursorgaan een activiteit wil verrichten en daarbij in het algemeen belang wil afwijken van de gedragsregels. Wel zal een bestuursorgaan gebruik van de uitzondering goed moeten motiveren en ondernemers bij de besluitvorming moeten betrekken. Een verbodsstelsel vindt de regering te veel ingrijpen op de autonomie van decentrale bestuursorganen. Bovendien leidt een verbodsstelsel tot een grotere toename aan lasten voor bestuursorganen. Een lijst is minder vergaand dan een verbodsstelsel. Een lijst levert echter uitvoeringsproblemen op. Er zal discussie ontstaan wat op een lijst moet en wat er precies onder een begrip valt, en er zal onvoldoende rekening kunnen

worden gehouden met de omstandigheden van het geval. Zo geeft NOC*NSF in haar reactie al aan dat door een gebrek aan een heldere afbakening van het begrip sport een uitzondering voor sport een bijzonder lastige opgave is.

*Motiveringseisen*
De Nederlandse Orde van Advocaten heeft een voorkeur dat de motiveringseisen in de wet worden opgenomen in plaats van in een algemene maatregel van bestuur. De regering is van mening dat een algemene maatregel van bestuur een geschikter instrument is. Dit maakt het namelijk beter mogelijk om in te spelen op veranderingen in de praktijk. Om duidelijk te maken aan welke eisen op dit moment wordt gedacht, zijn deze al wel in deze memorie van toelichting beschreven.

Pot Jonker doet de suggestie om marktfalen onderdeel te maken van de duiding van de noodzaak om de algemeenbelanguitzondering te gebruiken. In de memorie van toelichting is verduidelijkt dat bij de noodzaak moet worden gekeken of marktpartijen de activiteit ook tegen de door het bestuursorgaan gewenste voorwaarden (kunnen) verrichten. In de algemene maatregel van bestuur zal dit verder worden verduidelijkt.

CMS doet de suggestie om bestuursorganen per economische activiteit te verplichten de uitzondering te motiveren. Zoals aangegeven is één van de motiveringseisen een beschrijving van de activiteit die in het algemeen belang moet plaatsvinden. Bestuursorganen zullen hierbij zo concreet mogelijk moeten zijn omdat de afweging van geval tot geval kan verschillen. Zo is het denkbaar dat het niet mogelijk is één generieke uitzondering te maken voor alle sportaccommodaties in een gemeente. Het kan namelijk zo zijn dat voor bepaalde accommodaties een private ondernemer aanwezig is die de desbetreffende activiteit ook kan verrichten, waar dit voor andere activiteiten niet zo is.

*Marktconsultatie en de Uniforme Openbare Voorbereidingsprocedure*
In het via internet geconsulteerde wetsvoorstel werd voorgesteld om de Uniforme Openbare Voorbereidingsprocedure (UOV) verplicht te stellen voor algemeenbelangbesluiten. Een groot deel van de respondenten, waaronder BarentsKrans, CMS, Nauta Dutilh, PotJonker, heeft aangegeven deze wijziging te waarderen, maar dat dit niet voldoende oplossing biedt voor de problemen die in de evaluatie van de wet markt & overheid naar voren komen en die respondenten zelf herkennen. Uit de reacties van de respondenten zijn over het algemeen twee kritiekpunten te onderscheiden:

<u>UOV volgt pas na interne besluitvorming van bestuursorganen</u>
Een UOV voorkomt niet dat een bestuursorgaan reeds intern een besluit heeft genomen om een algemeenbelanguitzondering te maken. Ondernemers kunnen weliswaar eerder in het proces bezwaar maken, maar de vraag is of dat bij de UOV wel vroeg genoeg in het proces van besluitvorming is.

<u>Ondernemers hebben een te korte periode om zienswijze over te brengen ten aanzien van een algemeenbelangbesluit</u>
De UOV geeft ondernemers de kans om binnen zes weken na het overleggen van het ontwerp van een besluit zienswijze over te brengen. Indien ondernemers dit niet tijdig doen, vervallen de mogelijkheden voor beroep. Volgens veel respondenten is dit ongewenst, omdat zes weken vaak te kort is voor ondernemers om hun zienswijzen over te brengen. Daarnaast blijkt in de praktijk dat ondernemers pas laat of zelfs na de bezwaarperiode kennis nemen van een (ontwerp van een) algemeenbelangbesluit. Deels is dat toe te schrijven aan de betrokkenheid van een ondernemer, maar deels blijkt ook dat bestuursorganen ondernemers te weinig betrekken of informeren over een algemeenbelangbesluit. Hierdoor is de rechtsbescherming van ondernemers onvoldoende in de praktijk geborgd.

<u>Aanpassing van wetsvoorstel</u>
De problemen die respondenten aanvoeren worden herkend. Er is om bovenstaande redenen gekozen het wetsvoorstel aan te passen en in plaats van een UOV een marktconsulatie te verplichten. Hierdoor zullen ondernemers a) eerder betrokken worden in besluitvorming van bestuursorganen en b) meer kans hebben om hun standpunt over te brengen. Omdat dit voorstel niet afdoet aan het maken van een besluit in de zin van de Awb, zal de ondernemer na

marktconsultatie de volledige mogelijkheden hebben om in bezwaar en beroep te gaan wanneer een bestuursorgaan een algemeenbelangbesluit maakt.

*Nadere reactie VNO/NCW op marktconsultatie*
In een nadere reactie heeft de regering met ondernemers onder voorzitterschap van VNO/NCW gesproken. Daarin hebben ondernemers aangegeven de wijzigingen t.a.v. de marktconsultatie te waarderen, maar de termijn tot uitnodiging van 2 weken vrij kort te vinden. Daarnaast stellen ondernemers dat volledige vormvrijheid van de consultatie niet gewenst is en dat de regering een aantal vormvereisten zou moeten stellen aan de consultatie. Tot slot stellen ondernemers dat de vindbaarheid van consultaties kan worden verbeterd door landelijk daarover te rapporteren en een lijst bij te houden waarin overheden hun voornemen tot consultatie moeten publiceren.

De regering stelt voorop dat de keuze voor een verplichte vormvrije marktconsultatie tot meer borging van de procesbelangen van ondernemers leidt dan de uniforme openbare voorbereidingsprocedure, omdat hiermee ondernemers eerder betrokken worden in het besluitvormingsproces van overheden. Dat de 2 weken voor de termijn van uitnodiging kort is, doet daar niet aan af.
Er wordt benadrukt dat de 2 weken een minimum betreft en dat de regering daarnaast heeft gekozen om een doelftreffendheidsvereiste in het wetsvoorstel op te nemen ten aanzien van deze consultatie, die een bestuursorgaan verplicht de consultatie zo vorm te geven dat geïnteresseerden en belanghebbenden voldoende kans hebben zich uit te spreken. De regering acht het minimum van 2 weken daarvoor voldoende.
Eenzelfde conclusie volgt ook voor de opmerking dat vormvrije consultatie niet gewenst zou zijn. Het doeltreffendheidsvereiste in de wet zorgt ervoor dat bestuursorganen hun consultaties doeltreffend moeten vormgeven, maar hoe zij dat precies doen, is vormvrij. Hiermee wordt recht gedaan aan de lokale omstandigheden, de autonomie van centrale en decentrale overheden en de borging van belangen van ondernemers in het consultatieproces. Het is niet doelmatig om daaraan centraal specifieke eisen aan te stellen.
De regering acht het centraal bijhouden van consultaties niet doelmatig en in zekere zin een ongewenste inmenging in de bestuurlijke verhoudingen tussen decentrale en centrale overheden. Het is aan bestuursorganen zelf om voldoende doeltreffende marktconsultatie te organiseren, inclusief een voldoende doeltreffende uitnodiging.

*Evaluatiebepaling*
Meerdere partijen (Nauta Dutilh, het ATR, de Raad voor de Rechtspraak, BarentsKrans, PotJonker, KHN, CMS en Energie NL) wijzen op de onduidelijkheid over de gevolgen van de evaluatie. Het gaat dan met name om wat ondernemers kunnen doen als ze het niet eens zijn met de resultaten en wat er moet gebeuren wanneer uit de evaluatie blijkt dat ondernemers hinder hebben ondervonden van een algemeenbelangbesluit. CMS noemt als alternatief om aan de evaluatie een beslismoment te koppelen, waarbij een overheid een verlengings- of intrekkingsbesluit neemt. Pot Jonker heeft de voorkeur voor een horizonbepaling. Daarnaast suggereren enkele respondenten (Oval, Pot Jonker) om de termijn waarbinnen een evaluatie moet plaatsvinden, te verkorten tot één of drie jaar. De regering heeft op basis van de uitkomsten van de consultatie het wetsvoorstel aangepast. Het wetsvoorstel voorziet nu in de verplichting dat een overheid in alle gevallen opnieuw een besluit moet nemen na het afronden van de evaluatie. Dit is een besluit in de zin van de Awb. Daar staan bezwaar- en beroepmogelijkheden voor open.

*Toezicht*
Verschillende partijen hebben opmerkingen gemaakt over het toezicht op de wet. Vereniging Nederlandse Cateringorganisaties/ Nederlandse Veiligheidsbranche/ Ondernemersorganisatie Schoonmaak- en Bedrijfsdiensten doen in hun gezamenlijke reactie de suggestie voor een geschillencommissie waarbij beroep tegen een algemeenbelangbesluit kan worden ingediend. Met dit wetsvoorstel wordt het voor ondernemers mogelijk te reageren voordat een definitief besluit tot stand komt. Hiermee beoogt de regering te borgen dat de discussie aan de voorkant plaatsvindt en niet pas nadat een besluit tot stand is gekomen. Daarnaast zorgt de verplichte vijfjaarlijkse evaluatie van algemeenbelangbesluiten, waaruit altijd een besluit vloeit waar bezwaar en beroep voor open staat, ervoor dat ondernemers meer mogelijkheden hebben om algemeenbelangbesluiten aan te vechten. Tot slot ziet de ACM toe op de wet markt en overheid en

is het voor ondernemers mogelijk om klachten en handhavingsverzoeken in te dienen jegens bestuursorganen. In dit kader acht de regering een geschillencommissie dan ook niet noodzakelijk.

Vereniging Nederlandse Cateringorganisaties/ Nederlandse Veiligheidsbranche/ Ondernemersorganisatie Schoonmaak- en Bedrijfsdiensten stellen ook voor een toezichtstaak voor de ACM toe te voegen bij algemeenbelangbesluiten, waarbij de ACM toetst op een evenwichtige belangenafweging. De regering acht het onwenselijk dat de ACM een rol krijgt bij de belangenafweging. De belangenafweging zal van de lokale omstandigheden afhangen en kan daarom het beste door het bestuursorgaanzelf gemaakt worden. Om te toetsen of sprake is van een evenwichtige belangenafweging zal de ACM op de stoel van een bestuursorgaan moeten gaan zitten. Dit is geen taak van de ACM en druist bovendien in tegen de autonomie van bestuursorganen.

ONL stelt voor dat bestuursorganen naar de ACM een overzicht sturen met de economische activiteiten die ze verrichten. Een dergelijke lijst heeft volgens de regering geen meerwaarde. Het opstellen ervan leidt tot extra lasten voor bestuursorganen. Ondernemers kunnen een klacht bij de ACM indienen of een handhavingsverzoek doen wanneer ze vinden dat een bestuursorgaan de wet markt en overheid overtreedt. Het kan niet van de ACM verwacht worden dat de ze ten aanzien van alle activiteiten op de lijst controleert of aan de wet markt en overheid wordt voldaan.

*Inbesteden*
VNO-NCW, OVAL, Vereniging Nederlandse Cateringorganisaties/ Nederlandse Veiligheidsbranche/ Ondernemersorganisatie Schoonmaak- en Bedrijfsdiensten, en Nederland ICT vragen om regels voor inbesteden. Bij inbesteden kiest een bestuursorgaan ervoor een bepaalde activiteit zelf te verrichten, in plaats van deze (via een aanbesteding) aan een private partij te gunnen. Een voorbeeld is dat een bestuursorgaan kantinepersoneel zelf in dienst neemt. Omdat een bestuursorgaan bij inbesteden geen goederen of diensten op de markt aanbiedt, valt dit buiten het kader van de wet markt en overheid. In de consultatie wordt de suggestie genoemd om een inbestedingskader vast te stellen. Bestuursorganen moeten hierbij kijken in welke mate marktpartijen in staat zijn om de activiteit te verrichten, zodat meer aandacht wordt besteed aan de effecten op ondernemers.

De regering acht het niet wenselijk om met dit wetsvoorstel regelgeving over inbesteding op te stellen. Dit zou een fundamentele aanpassing van de reikwijdte van de wet markt en overheid betekenen, omdat de wet markt en overheid nu alleen geldt wanneer bestuursorganen goederen of diensten aan derden aanbieden. De regering heeft op het vlak van inbesteden en de bredere aanbestedingspraktijk meerdere trajecten lopen die de praktijk tussen aanbestedende diensten en ondernemers moet verbeteren, zoals het vervolg Beter Aanbesteden.

*Broncode van open source*
In het via internet geconsulteerde wetsvoorstel stonden geen bepalingen over *open source* software. In de internetconsultatie heeft NLnet aangegeven dat er een uitzondering op het vrijgeven van de broncode van *open source* software in de wet markt & overheid dient te komen. Daarnaast heeft de staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties op 17 april 2020 een brief (Kamerstukken II 26 643, nr. 676) aan de Tweede Kamer verzonden over het belang van de mogelijkheid voor overheden om software die met publieke middelen is ontwikkeld, zoveel mogelijk aan de samenleving terug te geven middels het openbaar en gratis publiceren van broncode. In deze brief bespreekt de staatssecretaris dat de wet markt & overheid een beperking is in het vrijgeven van broncode, omdat dit als economische activiteit kan worden gezien.

De belemmering van de wet markt & overheid voor het gratis vrijgeven van broncode is artikel 25i, die vereist dat een overheid bij een economische activiteit de integrale kostprijs door te berekenen. Dit is in alle gevallen in strijd met de definitie van *open source* software, waarbij broncode gratis dient te worden vrijgegeven. Bovendien gaat het aanbieden van de broncode van open source software om een specifieke digitale dienstverlening, die niet vergelijkbaar is met veel andere activiteiten die onder de reikwijdte van de wet markt & overheid vallen, zoals het aanbieden van ligplaatsen in jachthavens, of verhuurlocaties waar de overheid geld mee wil verdienen. Het vrijgeven van eigen software stelt namelijk iedereen in staat het gratis te gebruiken (en door te

ontwikkelen). Daarom wordt er een uitzondering gemaakt op één van de gedragsregels van de wet markt & overheid, de integrale kostenberekening, als bedoeld in artikel 25i van de Mededingingswet.

De regering acht het niet nodig dat deze wijziging opnieuw via internet geconsulteerd wordt. Hoewel deze bepaling niet via internet is geconsulteerd via dit wetsvoorstel, heeft de staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties in bovengenoemde brief expliciet de uitzonderingen in de wet markt & overheid benoemd en daar een aantal reacties op gekregen. Er zijn veel bedrijven die het vrijgeven van de broncode een goede ontwikkeling vinden omdat deze bedrijven gratis kunnen voortbouwen op bestaande (deel)oplossingen. Het bedrijfsleven schakelt in toenemende mate (deels) op open source en verwachten van de overheid hetzelfde omdat ze hier ook een belang bij hebben.

**Reacties op wijzigingen concentratietoezicht (nu onderdeel van wet tot wijziging van de Mededingingswet i.v.m. samenwerkingsmogelijkheden in de landbouw en visserijsector)**
CMS, NautaDutilh en de Nederlandse Orde van Advocaten hebben opmerkingen gemaakt over de 1-jaarstermijn. Zo wordt door deze partijen geen noodzaak gezien voor een beperking van de termijn waarbinnen een concentratie moet worden voltrokken. Bovendien wordt onvoldoende toegelicht waarom op dit punt van de EG-concentratieverordening wordt afgeweken, terwijl bij de andere wijzigingen juist de inzet is om meer aansluiting bij het Europese kader te zoeken. Het is verder volgens deze partijen niet duidelijk welk probleem wordt opgelost en welke rechtvaardiging er is voor de afwijking van de EG-concentratieverordening. Naar aanleiding van deze opmerkingen heeft de regering besloten om de 1-jaarstermijn niet langer onderdeel te laten zijn van het wetsvoorstel.

De Nederlandse Orde van Advocaten heeft de opmerking gemaakt dat de voorgestelde bewoordingen van artikel 27 nog steeds afwijken van de EG-concentratieverordening. De reden voor de afwijkende bewoordingen is verduidelijkt in de toelichting bij deze wijziging.

NautaDutilh noemt de suggestie om te verduidelijken wanneer de 2-jaarstermijn van de wijziging van artikel 30, tweede lid, aanvangt. Omdat met de voorgestelde wijziging dit artikellid inhoudelijk en tekstueel in lijn wordt gebracht met de EG-concentratieverordening, wordt deze suggestie niet overgenomen. De suggestie van CMS bij dit artikel om in de toelichting uiteen te zetten dat deze wijziging ertoe leidt dat de theorie van de economische verbondenheid niet langer door ACM zal worden toegepast in haar concentratietoezicht, wordt ook niet overgenomen. De reden hiervoor is dat de ACM een onafhankelijke toezichthouder is.

CMS heeft verder een opmerking gemaakt over het schrappen van het vereiste dat in het geval dat de ACM voorwaarden verbindt aan het voltrekken van een concentratie zonder dat daarvoor een vergunning is vereist, altijd aan de gestelde voorwaarden moet worden voldaan voordat de concentratie tot stand wordt gebracht. Omdat een vergelijking met de Europese regelgeving ontbreekt, is het volgens CMS onduidelijk hoe deze wijziging zich verhoudt tot de Europese procedure. In de toelichting bij artikel 37 is hier nader op ingegaan.

Ten aanzien van de wijziging van artikel 39 geeft NautaDutilh aan dat het de voorkeur heeft niet aan te sluiten bij de Nederlandse tekst van de EG-concentratieverordening omdat deze onjuist en onduidelijk is vertaald. Deze suggestie is ook overgenomen.

**Reacties op wijziging private handhaving mededingingsrecht (nu onderdeel van wet tot wijziging van de Mededingingswet i.v.m. samenwerkingsmogelijkheden in de landbouw en visserijsector)**
CMS heeft gereageerd op dit onderdeel van het wetsvoorstel. CMS doet de suggestie om in de voorgestelde wijziging van artikel 6:193k, onderdeel a, van het BW, de nieuw toe te voegen verwijzing naar de artikelen 6 en 24 van de Mededingingswet te beperken tot het eerste lid van beide artikelen. In het desbetreffende onderdeel a wordt echter ook verwezen naar de artikelen 101 en 102 VWEU. Het zou enkel logisch zijn de verwijzingen te beperken tot bepaalde leden, als dat wordt doorgevoerd ten aanzien van alle verwijzingen naar andere artikelen in het

desbetreffende onderdeel. De reden dat er ten aanzien van artikel 101 VWEU niet naar een bepaald lid wordt verwezen, is dat in artikel 2, eerste lid, van richtlijn 2014/104/EU ook wordt verwezen naar het volledige artikel 101 VWEU. Om niet van de richtlijn af te wijken en binnen het artikel uniform te verwijzen, wordt de suggestie niet overgenomen