

# Annotatie

## ACM-besluit gemeente Heumen: de overheid als onderneming?

ACM 3 april 2020, zaken ACM/19/036491 en ACM/19/036503 (Besluit op de bezwaren van de gemeente Heumen en Laco Malden B.V. tegen het besluit van de ACM van 16 augustus 2019)

Cees Dekker\*

### Inleiding

Artikel 25i lid 1 Mededingingswet (Mw) verplicht bestuursorganen die economische activiteiten verrichten de afnemers van een product of dienst de integrale kosten van dat product of die dienst in rekening te brengen. In de hier te bespreken zaak komt aan de orde de vraag of een gemeente bij een minnelijke verwerving in het kader van een onteigening, met een voortgezet gebruik door de onteigende, een economische activiteit verricht of niet. Een ander punt in dit besluit met een mogelijk grote reikwijdte betreft de vraag of een exploitatiebijdrage die een overheid verstrekt aan een exploitant van door de overheid verhuurde infrastructuur (in dit geval een sportcomplex) door de Autoriteit Consument & Markt (ACM) moet worden verrekend met de huur die de overheid in rekening brengt. Met de toetsing die de ACM in deze zaak uitvoert, rekt de ACM de reikwijdte van de Wet Markt en Overheid (zoals Hoofdstuk 4b van de Mededingingswet in het besluit – en in deze bespreking – ook wordt aangeduid)<sup>1</sup> aanzienlijk op en treedt zij in een beoordeling van subsidies.

\* Mr. C.T. Dekker is partner bij Nysingh en lid van de redactie van Markt & Mededinging.

1. Besluit op bezwaar, randnr. 36.

Bij de bespreking zal ook worden ingegaan op de (soms) uitvoeriger overwegingen in het primaire besluit van 16 augustus 2019.

125

### Achtergrond en feiten

Het besluit van de ACM heeft betrekking op het in bruikleen geven door de gemeente Heumen (de gemeente) van het zwem- en sportcomplex De Veldschuur aan de exploitant Laco vanaf 8 januari 2018 tot en met 8 juli 2019 en vervolgens de verhuur van Sportcentrum Malden vanaf 8 juli 2019 tot en met in ieder geval 16 augustus 2019. De ACM oordeelde in haar primaire besluit dat de gemeente, door bij deze bruikleen en verhuur niet de integrale kosten door te berekenen aan Laco artikel 25i lid 1 Mw heeft overtreden.<sup>2</sup> Bij het besluit op bezwaar van 3 april 2020 handhaaft de ACM haar oordeel en verwerpt zij de bezwaren tegen het primaire besluit.

#### Bruikleen, verhuur, exploitatie en exploitatiebijdrage

Laco exploiteerde voor eigen rekening en risico sinds 1992 het complex De Veldschuur, dat door de gemeente in erfpacht aan Laco was uitgegeven, en ontving daarvoor van de gemeente een exploitatiebijdrage. Laco maakte bij afloop van de erfpachtovereenkomst in 2012

2. Zaaknummer ACM/18/033701.

kenbaar gebruik te willen maken van het in de erfpacht-overeenkomst overeengekomen recht tot koop van De Veldschuur en de gemeente heeft De Veldschuur in 2012 aan Laco verkocht. Toen Laco liet weten de exploitatie van De Veldschuur op termijn te willen beëindigen, startte de gemeente een onderzoek naar de mogelijkheid van herontwikkeling van de ‘Veldschuurpercelen’, aangezien de gemeente de sportvoorziening voor de inwoners wilde behouden. De gemeente en Laco kwamen overeen dat Laco De Veldschuur tijdelijk in stand zou houden en de gemeente de exploitatiebijdrage zou voortzetten, gedurende dit onderzoek.<sup>3</sup>

De gemeente besloot in 2015 tot ontwikkeling ter plekke van een nieuw Sportcentrum Malden in combinatie met woningbouw op de plek van het oorspronkelijke complex De Veldschuur. In dat verband kwamen de gemeente en Laco (inmiddels eigenaar van De Veldschuur), overeen dat Laco De Veldschuur aan de gemeente verkoopt, de gemeente De Veldschuur aan Laco in bruikleen geeft, ter plekke een nieuw sportcomplex (Sportcentrum Malden) gerealiseerd wordt dat Laco zal exploiteren, en de gemeente vervolgens De Veldschuur laat slopen en daar woningen realiseert.

In januari 2018 droeg Laco De Veldschuur aan de gemeente over, kreeg zij gelijktijdig De Veldschuur van de gemeente in bruikleen en exploiteerde zij De Veldschuur, zonder dat zij daar een vergoeding voor betaalde. De gemeente betaalde Laco daarentegen wel een jaarlijkse exploitatiebijdrage van € 180.000. De bruikleen van De Veldschuur door Laco duurde tot de oplevering en ingebruikname van Sportcentrum Malden, op 8 juli 2019. Laco heeft vervolgens voor een periode van 40 jaar het recht van exploitatie van Sportcentrum Malden gekregen. De gemeente ontvangt van Laco € 266.677 aan jaarlijkse huur voor Sportcentrum Malden. De gemeente betaalt aan Laco een jaarlijkse exploitatiebijdrage van € 284.500.

### Geen uitoefening overheidsgezag, wel economische activiteit

De gemeente betoogde dat de uitgifte van De Veldschuur in bruikleen geen economische activiteit is, maar een uitoefening van overheidsgezag voortvloeiend uit artikel 17 Onteigeningswet, omdat zij De Veldschuur heeft verkregen in het kader van een minnelijke schikking, zoals bedoeld in de Onteigeningswet, waarvan de bruikleen een onderdeel is.<sup>4</sup> De ACM volgt de gemeente hierin niet. Zij wijst erop dat de onteigenende partij op grond van artikel 17 Onteigeningswet moet proberen het te onteigenen goed bij minnelijke overeenkomst te verkrijgen.<sup>5</sup> Die minnelijke regeling is volgens de ACM slechts het (verplichte) ‘voorportaal’ van de bevoegdheidsuitoefening van de onteigening, waarvan de procedure is beschreven in artikel 18 Onteigeningswet en vormt niet zelf reeds de uitoefening van overheidsgezag.<sup>6</sup> In het besluit op bezwaar voegt de

ACM daar nog aan toe dat artikel 17 Onteigeningswet in deze zaak niet relevant is, omdat het ziet op de situatie waarin reeds in de eerste (administratieve) fase van een onteigeningsprocedure een besluit tot onteigening is genomen. Dit onteigeningsbesluit is het ‘toegangsbevijs’ voor de tweede (gerechtelijke) fase, aldus de ACM. Vóórdat de tweede fase van de onteigening met een dagvaarding kan worden gestart, moet worden getracht een minnelijke regeling te treffen. De gemeente heeft hier echter geen besluit tot onteigening genomen, zo constateert de ACM.<sup>7</sup> De bruikleen kan daarom niet worden beschouwd als de uitoefening van een overheidsprerogatief.<sup>8</sup>

De ACM is voorts van oordeel dat de gemeente met de bruikleen een goed/dienst aanbiedt op een markt. Zij voert daartoe aan dat ook particuliere ondernemingen (sport)accommodaties in bruikleen kunnen geven (of verhuren), waardoor de gemeente (potentieel) in concurrentie treedt met particuliere ondernemingen.<sup>9</sup> Voor die kwalificatie is het niet van belang of de sportaccommodatie zuiver voor commercieel gebruik bestemd is dan wel (tevens) voor maatschappelijke doeleinden. De ACM concludeert daarom dat de gemeente een economische activiteit verricht door De Veldschuur aan Laco in bruikleen te geven. Dat er een (juridische) samenhang is tussen de afspraken over bruikleen, de verkoop en de exploitatie van Sportcentrum Malden, doet daar niet aan af, omdat hoe dan ook van elke activiteit afzonderlijk moet worden bepaald of dat een economische activiteit is.<sup>10</sup> Ook het argument van de gemeente dat er geen financiële tegenprestatie is afgesproken voor de bruikleen van De Veldschuur, omdat een andere partij de bruikleen niet winstgevend kan uitvoeren, maakt de conclusie dat er sprake is van een economische activiteit niet anders. De gemeente koos er volgens de ACM zelf voor om geen huur in rekening te brengen en bovendien is het ontbreken van een winsttoegmerk een relevant, maar geen doorslaggevend, criterium voor de beoordeling of een activiteit al dan niet economisch van aard is. Het gaat erom dat de gemeente een goed of dienst aanbiedt op een markt.<sup>11</sup>

Ook gaat de ACM niet mee in het betoog dat de gemeente geen goed aanbiedt op een markt, omdat Laco de enige (potentiële) afnemer is door haar eigendomspositie. De ACM wijst erop dat er andere partijen zijn die sportcentra huren van gemeenten met als doel om die te exploiteren en dat de gemeente er vrijwillig mee heeft ingestemd dat Laco door haar eigendomspositie een exclusief onderhandelingsrecht heeft gekregen. De gemeente had ervoor kunnen kiezen de gronden waar het om gaat ook aan andere partijen ter beschikking te stellen.

De gemeente en Laco brachten nog naar voren dat door het ontbreken van (benadeling van) concurrenten er ‘niets te beschermen is’ in het licht van de Wet Markt

3. Primair besluit, randnr. 17-21.

4. Primair besluit, randnr. 34.

5. Primair besluit, randnr. 35.

6. Primair besluit, randnr. 35 en 111.

7. Besluit op bezwaar, randnr. 34-35.

8. Primair besluit, randnr. 35 en 111 en besluit op bezwaar, randnr. 34.

9. Primair besluit, randnr. 35 en besluit op bezwaar, randnr. 23.

10. Besluit op bezwaar, randnr. 30.

11. Primair besluit, randnr. 109 en besluit op bezwaar, randnr. 32.

en Overheid (Wet M&O). Dit zou volgens hen door de ACM moeten worden betrokken in haar beoordeling of sprake is van een economische activiteit. De ACM wijst dat betoog van de hand. Het verrichten van een economische activiteit is een noodzakelijke, maar ook voldoende voorwaarde voor toepassing van de gedragsregels uit die wet. Om te bepalen of een activiteit ‘economisch’ is, is al dan niet benadeling van concurrenten van de gemeente ‘niet relevant’, aldus de ACM.<sup>12</sup> Ook de verhuur van Sportcentrum Malen beschouwt de ACM om dezelfde reden als economische activiteit.

### Bevoegdheid ACM om exploitatievergoeding te beoordelen

De gemeente en Laco betoogden verder dat de ACM niet bevoegd is om de exploitatiebijdrage bij de beoordeling te betrekken. De gemeente verwijst naar artikel 4 Besluit M&O<sup>13</sup> waarin staat dat bij het aanbieden van verschillende soorten goederen of diensten, de kosten-doorberekening alleen gezamenlijk kan geschieden voor zover die goederen of diensten tot dezelfde markt behoren. De exploitatiebijdrage ziet op de exploitatie van het sportcomplex. De markt voor de exploitatie van sportcomplexen betreft een andere markt dan de markt voor bruikleen van vastgoed. Bovendien is de gemeente niet actief op de markt voor de exploitatie van sportcomplexen. Voor zover de exploitatiebijdrage Laco zou beoordelen boven andere sportexploitanten – hetgeen de gemeente overigens betwist – dan vinden concurrentie-effecten plaats op een markt waarop de gemeente niet actief is.

De ACM is echter van oordeel dat zij bevoegd is om (exploitatie)bijdragen van bestuursorganen bij haar beoordeling te betrekken. Zij wijst erop dat het regelmatig voorkomt dat een bestuursorgaan een economische activiteit verricht waarvoor zij een vergoeding vraagt aan haar afnemer en gelijktijdig een bijdrage (in welke vorm dan ook) aan dezelfde afnemer betaalt en noemt als voorbeeld de verhuur, of verkoop of het in bruikleen geven van vastgoed, waaraan de verplichting voor de afnemer wordt verbonden om het vastgoed binnen randvoorwaarden te exploiteren. Wanneer door die randvoorwaarden exploitatie minder rendabel wordt en de exploitatievergoeding niet hoger is dan de lagere door die randvoorwaarden veroorzaakte inkomsten te compenseren kan die exploitatiebijdrage buiten beschouwing blijven bij de berekening van de integrale kosten en de doorberekening daarvan, aldus de ACM.<sup>14</sup> Als een bestuursorgaan niet aannemelijk maakt dat de bijdrage een reële vergoeding vertegenwoordigt voor de verplichtingen of voorwaarden die aan de economische activiteit zijn verbonden, moet de bijdrage echter wél worden meegenomen in de berekening van de doorberekening van de integrale kosten.<sup>15</sup> Zonder deze verplichtingen

zou het doel van de Wet M&O niet worden behaald, aldus de ACM. Bestuursorganen zouden de plicht tot het doorberekenen van de integrale kosten dan immers kunnen omzeilen door hun afnemers weliswaar kosten in rekening te brengen, maar tegelijkertijd die kosten van hun afnemers (met publiek geld) te vergoeden. Daarmee zouden bestuursorganen een oneerlijk concurrentievoordeel krijgen dat private partijen niet hebben, hetgeen de Wet M&O juist beoogt te voorkomen, zo oordeelt de ACM.<sup>16</sup> Volgens de ACM zou de toets die zij moet uitvoeren ‘zinledig’ worden als zij een aan het verschaffen van een gebruiksrecht verbonden exploitatiebijdrage niet bij haar beoordeling zou betrekken.<sup>17</sup>

Dat zij een verkapte staatssteunbeoordeling zou uitvoeren, vindt de ACM niet. Daarbij wijst de ACM erop dat het op grond van de Wet M&O aan de overheid zelf is om te beoordelen of een maatregel staatssteun vormt en dat de gemeente in dit geval zelf heeft geoordeeld dat geen sprake is van staatssteun vanwege het ontbreken van interstatelijk effect. Juist met het oog op een dergelijke situatie, waarin een ondernemer op een markt zonder Europese dimensie mogelijk toch bescherming verdient tegen oneerlijke concurrentie door de overheid, heeft de Nederlandse wetgever de Wet Markt & Overheid in het leven geroepen, aldus de ACM.<sup>18</sup>

### Toetsing exploitatiebijdrage

De ACM oordeelt om te beginnen dat de bruikleen en de verhuur van de sportcentra en de exploitatieplicht met de exploitatiebijdrage onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn, nu het voor Laco niet mogelijk is om de sportcentra in bruikleen te krijgen/te huren, zonder dat zij die gaat exploiteren.<sup>19</sup>

Voorts stelt zij vast dat de exploitatie van de sportcentra verbonden is aan diverse voorwaarden van de gemeente, zoals bijvoorbeeld de beperking om voor een aantal groepen gebruikers zelf de tarieven vast te stellen.<sup>20</sup>

Uit het primaire besluit blijkt dat de ACM vindt dat een bijdrage van een bestuursorgaan buiten beschouwing kan worden gelaten bij de beoordeling van de doorberekening van de integrale kosten als: (1) deze bijdrage een redelijke vergoeding is voor diensten of producten die de afnemer aan het bestuursorgaan levert, of (2) ieder ander (bijvoorbeeld een concurrent van die afnemer) onder gelijke voorwaarden recht heeft op die bijdrage, zoals een subsidie of een toeslag die eenieder, en niet alleen de afnemer van het bestuursorgaan, kan ontvangen, of (3) als de bijdrage een reële vergoeding betreft voor de verplichtingen of voorwaarden die het bestuursorgaan aan haar afnemer oplegt.<sup>21</sup>

De ACM gaat in het besluit op bezwaar in op dat derde punt. Zij onderzoekt de vraag of de exploitatiebijdrage een reële vergoeding vertegenwoordigt voor deze ver-

12. Besluit op bezwaar, randnr. 38.

13. *Stb.* 2012, 255.

14. Primair besluit, randnr. 55. In randnr. 56 van het primaire besluit noemt de ACM enkele voorbeelden van hoe dat aannemelijk kan worden gemaakt.

15. Primair besluit, randnr. 54 en 57.

16. Primair besluit, randnr. 58 en 119. Zie ook besluit op bezwaar, randnr. 58.

17. Besluit op bezwaar, randnr. 58.

18. Besluit op bezwaar, randnr. 60.

19. Besluit op bezwaar, randnr. 68.

20. Besluit op bezwaar, randnr. 69.

21. Primair besluit, randnr. 53-56.

plichtingen en acht niet aannemelijk dat deze enkel de kosten en de gedeerde inkomsten dekt vanwege de beperkende voorwaarden van de gemeente. De ACM merkt op dat zou kunnen worden aangetoond dat de bijdrage niet verder gaat dan noodzakelijk, als de exploitatiebijdrage is vastgesteld via een (openbare) aanbestedingsprocedure, waarin de exploitatie is gegund aan de inschrijver die de laagste exploitatiebijdrage vraagt, maar dat dat in deze zaak niet is gebeurd.<sup>22</sup> Er is ook niet op een andere manier aangetoond dat de exploitatiebijdrage een reële vergoeding bedraagt. Voor De Veldschuur is de exploitatiebijdrage weliswaar vastgesteld aan de hand van Laco's boekhouding, maar daarin is geen onderscheid gemaakt tussen activiteiten waarvoor beperkende voorwaarden gelden en andere (commerciële) activiteiten. De ACM concludeert dat de exploitatiebijdrage niet alleen de gedeerde winst of andere kosten ten gevolge van de beperkende voorwaarden dekt, maar het volledige tekort van Laco. De gemeente (en Laco) maken niet inzichtelijk welk deel van de exploitatievergoeding wél een reële vergoeding vertegenwoordigt voor de beperkende voorwaarden. Daardoor is niet inzichtelijk welk deel van de exploitatiebijdrage buiten beschouwing mag blijven bij de integrale kosten.<sup>23</sup> Hetzelfde geldt voor de exploitatiebijdrage van de gemeente aan Laco in verband met de exploitatie voor Sportcentrum Malden. Wat dit laatste betreft, merkt de ACM nog op dat op basis van een overgelegd rapport van een adviesbureau waarin wordt geconcludeerd dat de exploitatiebijdrage dient ter dekking van het tekort op de exploitatiebegroting vanwege de maatschappelijke activiteiten van Laco – de onrendabele top – niet vastgesteld kan worden welk deel van de exploitatiebijdrage dient ter compensatie van de beperkende voorwaarden die de gemeente heeft gesteld aan de verhuur van Sportcentrum Malden.<sup>24</sup>

## Commentaar

Dit besluit van de ACM doet de vraag rijzen of de ACM de reikwijdte van de Wet M&O niet te veel oprekt. Zoals bekend verondersteld mag worden beoogt de Wet M&O concurrentievervalsing tegen te gaan die wordt veroorzaakt doordat overheden (zelf) goederen of diensten aanbieden op een markt (dus: economische activiteiten verrichten). De Wet M&O is niet tot stand gekomen om concurrentieverstorend gedrag anderszins, bijvoorbeeld door subsidieverlening, tegen te gaan. Anders gezegd: de Wet M&O gaat niet over concurrentieverstorend *overheidsbeleid*.

Het besluit betreft dan ook de spanning tussen de Wet M&O en de mogelijkheid van de overheid om haar beleid te bepalen, bijvoorbeeld ook op het punt van gronduitgifte. Ik zal die problematiek hier niet in extenso aan de orde stellen, maar signaleer twee belangrijke

punten in het besluit van de ACM die (in elk geval) het bespreken waard zijn omdat het belang verder reikt dan deze concrete zaak: (1) de kwalificatie van het geheel van afspraken rondom de onteigening als economische activiteit en (2) het betrekken van de exploitatiebijdrage bij de vraag of de integrale kosten worden doorberekend.

### De kwalificatie van het geheel van afspraken rondom de onteigening als economische activiteit

De Wet M&O sluit voor wat betreft het begrip 'economische activiteit' aan bij het Unierechtelijke begrip. De ACM verwijst dan ook naar de Unierechtelijke jurisprudentie, volgens welke een economische activiteit 'elke activiteit die bestaat in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt' is.<sup>25</sup>

Bij het beoordelen van de handelingen die de gemeente in het kader van de verwerving en vervolgens de bruikleen verricht, gaat de ACM in op de minnelijke verwerving ter voorkoming van onteigening, conform de verplichting van artikel 17 Onteigeningswet. Volgens de ACM is die minnelijke verwerving slechts het (verplichte) 'voorportaal' van de bevoegdheidsuitoefening van de onteigening.<sup>26</sup>

Dat lijkt mij een tamelijk kunstmatig onderscheid tussen de opeenvolgende handelingen die onderdeel zijn van de uitoefening van de overheidsbevoegdheid tot onteigening, waarbij de daadwerkelijke onteigening alleen wordt toegestaan als er ook een poging gedaan is tot minnelijke verwerving. Artikel 17 Onteigeningswet maakt immers ook deel uit van Hoofdstuk III van de Onteigeningswet, met als opschrift: 'Het geding tot onteigening'.

Belangrijker lijkt mij echter nog dat het 'verwervingsdeel' van de transactie tussen de gemeente en Laco niet zozeer relevant is, en derhalve het onderscheid in de verschillende stadia van dat verwervingsproces ook niet. Zou immers geen minnelijke verwerving hebben plaatsgevonden, maar zou de onteigening bij vonnis zijn uitgesproken, dan zou in de redenering van de ACM (kennelijk) sprake zijn van de uitoefening van overheidsgezag. Maar dan zal nog steeds moeten worden geoordeeld of het vervolgens in bruikleen geven aan de onteigende partij een economische activiteit is. De mogelijkheid van voortgezet gebruik na onteigening wordt (als voordeel) verdisconteerd in de schadeloosstelling.<sup>27</sup> Men zou dan ook kunnen verdedigen dat het in bruikleen geven in zekere zin onderdeel is van de volledige schadeloosstelling (want leidend tot een lagere schadeloosstelling in geld) en derhalve onderdeel uitmaakt van de uitoefening van overheidsgezag. Maar ik zie niet in waarom de bruikleen als onderdeel van de eerste stap in

22. Primair besluit, randnr. 64.

23. Primair besluit, randnrs. 131-139.

24. Besluit op bezwaar, randnr. 77.

25. Besluit op bezwaar, randnr. 18, met verwijzing naar HvJ EG 26 maart 2009, zaak C-113/07 P, ECLI:EU:C:2009:191 (*SELEX Sistemi Integrati SpA*), r.o. 69.

26. Primair besluit, randnr. 35. Ik merk overigens wel op dat de ACM in het besluit op bezwaar erop wijst dat de gemeente de bereidheid om een onteigeningsbesluit te nemen niet uitdrukkelijk aan Laco kenbaar heeft gemaakt. Dat suggereert wel dat het onteigeningsargument er pas achteraf bij is gehaald.

27. Zie bijvoorbeeld HR 6 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7656, NJ 2003/270, BR 2004/44, m.nt. J.F. de Groot.

een onteigeningsprocedure – de minnelijke verwerving – dan geen uitoefening van overheidsgezag zou zijn.

Is de bruikleen niet als onlosmakelijk verbonden aan de uitoefening van het overheidsgezag (tot onteigening) te beschouwen, dan moet de bruikleen op zichzelf beschouwd worden.

Bij de bruikleen gaat het om het beschikbaar stellen van het sportcomplex aan een partij die dat complex exploiteert. Dat dat niet tegen een vergoeding gebeurt, maakt nog niet dat geen sprake is van een economische activiteit. Volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie gaat het er immers om of prestaties *gewoonlijk* tegen vergoeding worden verricht.<sup>28</sup> Het wezenlijke kenmerk van de vergoeding bestaat hierin dat zij de economische tegenprestatie voor de betrokken prestatie vormt.<sup>29</sup> Dat sportfaciliteiten (zwembaden, sportcentra) door gemeenten worden verhuurd aan partijen die die faciliteiten exploiteren, is vrij gebruikelijk. Laco zelf doet dat voor verschillende gemeenten.<sup>30</sup> Tegen die achtergrond is het in bruikleen verstrekken (dus zonder een vergoeding voor de beschikbaarstelling te vragen), wanneer zij als op zichzelf staande activiteit wordt beschouwd, inderdaad in strijd met de verplichting van artikel 25i lid 1 Mw om voor economische activiteiten de integrale kosten in rekening te brengen.

#### Het betrekken van de exploitatiebijdrage bij de vraag of de integrale kosten worden doorberekend.

Een tweede punt dat verder reikt dan deze concrete zaak is hoe moet worden omgegaan met een exploitatiebijdrage die een overheid betaalt aan een exploitant van een (sport)faciliteit die door die overheid aan de exploitant wordt verhuurd (of wordt verkocht, in erfpacht wordt uitgegeven enz.). De ACM gaat in het besluit op bezwaar ‘ten overvloede’ in op dit vraagstuk omdat zij constateert dat de in rekening gebrachte huurprijs de integrale kosten reeds niet dekt. Ik laat dat verder rusten.

De vraag die ik hier wil behandelen is: moet, wanneer de verhuur als zodanig tegen een kostendekkende huurprijs plaatsvindt, de door de overheid aan de huurder betaalde exploitatiebijdrage (deels) van de huurprijs worden afgetrokken om te bepalen of de integrale kosten worden doorberekend of niet?

De ACM is van oordeel dat zij ook moet kijken naar een dergelijke exploitatiebijdrage. Zij wijst er, in randnummer 57 van het besluit op bezwaar, in dit verband op dat Hoofdstuk 4b van de Mededingingswet als doelstelling heeft het creëren van een zo gelijk mogelijk speelveld tussen overheden en particuliere ondernemingen. Dat is op zichzelf wel juist, maar tegelijkertijd moet geconsta-

teerd worden dat de wetgever voor het bereiken van dat doel een beperkt instrumentarium beschikbaar heeft gesteld, namelijk (voor zover hier van belang) het gebod om voor economische activiteiten ten minste de integrale kosten in rekening te brengen. En met dat instrumentarium moet het toezicht op de naleving van de wet het doen. De wetgever heeft bijvoorbeeld (ook) niet bepaald dat bestuursorganen boven op de integrale kosten nog een (marktconforme) winstmarge moeten hanteren. Anders dan particuliere ondernemingen gewend zijn te doen derhalve. Dat de doelstelling van de wet is dat een zo gelijk mogelijk speelveld gecreëerd moet worden maakt dan niet dat de ACM zou kunnen verlangen dat bestuursorganen naast de integrale kosten ook nog een (marktconforme) winstmarge hanteren.

Belangrijker is dat de Wet M&O geen staatssteunverbod (op nationaal niveau) heeft geïntroduceerd, hoewel de wetgever hierover enigszins ambivalent is:

‘In dit wetsvoorstel is niet gekozen voor het zonder meer overnemen van de bewoordingen van het Verdrag inzake staatssteun. De gedragsregels zijn toegesneden op de concrete problematiek van markt en overheid en zijn daarom meer specifiek dan het staatssteunverbod. Niettemin hebben zoals gezegd de hiervoor bedoelde gedragsregels inzake bekostiging nagenoeg dezelfde strekking als het staatssteunverbod: een dergelijke financiering is alleen toelaatbaar indien het publieke belang in het geding is.’<sup>31</sup>

Wat hiervan zij, duidelijk is dat de wetgever (nogmaals: voor zover hier van belang) er duidelijk voor heeft gekozen het verbod op bevoordeling toe te spitsen op het door de overheid in rekening brengen van de integrale kosten voor diensten of producten die zij levert. Dat past ook in de gedachte achter de wet, namelijk het in evenwicht brengen van de concurrentie *tussen de overheid als aanbieder* van een bepaalde dienst of een bepaald product en particuliere ondernemingen die die diensten of producten aanbieden. De wet ziet niet op concurrentievervalsingen tussen private ondernemingen, die worden veroorzaakt door voordelen die de overheid wel aan de ene, maar niet aan de andere private onderneming verstrekt. Ook als die voordelen *geen* staatssteun vormen, vallen zij toch niet onder het regime van de Wet M&O. In dit licht moet de exploitatiebijdrage worden gezien.

Hoewel uit het besluit niet goed blijkt hoe de gemeente Heumen tot de exploitatiebijdrage is gekomen<sup>32</sup> moet de exploitatiebijdrage mijns inziens als een subsidie in de zin van artikel 4:21 Awb worden gezien. Artikel 4:21 lid 1 Awb verstaat onder ‘subsidie’: ‘de aanspraak op financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten.’ Verhuur om niet of tegen

28. Zie HvJ EU 27 juni 2017, zaak C-74/16, ECLI:EU:C:2017:496 (*Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*), r.o. 47.

29. *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, r.o. 47. Zie ook HvJ EG 11 september 2007, zaak C-76/05, ECLI:EU:C:2007:492 (*Schwarz en Gootjes-Schwarz*), r.o. 37 en 38 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

30. Zie [www.laco.eu/over-laco/](http://www.laco.eu/over-laco/). Zie bijvoorbeeld ook <http://zwemrecreatie.nl/exploitatie-overgedragen-aan-laco/>.

31. *Kamerstukken II 2007/08*, 31354, nr. 3 (MvT), p. 12.

32. De website van de gemeente Heumen geeft hier ook geen helderheid over.

een niet-kostendekkend tarief valt daar niet onder. Zie daarover expliciet de memorie van toelichting:

‘In de praktijk komt het ook wel voor dat bijvoorbeeld een gemeente in plaats van de huisvestingskosten van een vereniging of stichting te subsidiëren, zelf om niet een pand ter beschikking stelt. Ook dan kan men vanuit een economische invalshoek van een ‘subsidie in natura’ spreken. Anders dan de Vereniging van Nederlandse Gemeenten menen wij echter dat het geen aanbeveling verdient het subsidiebegrip van de Algemene wet bestuursrecht uit te breiden tot alle ‘op geld waardeerbare’ verstrekkingen. Voorschriften inzake de verstrekking van financiële middelen kunnen niet zonder meer worden toegepast op verstrekkingen in natura.’<sup>33</sup>

Een exploitatiebijdrage valt er wel onder, ook als die exploitatiebijdrage in een privaatrechtelijke overeenkomst wordt neergelegd.<sup>34</sup> De exploitatiebijdrage geeft Laco immers een aanspraak op financiële middelen met het oog op de exploitatie van het sportcomplex Malden. Die exploitatie is geen dienst aan de gemeente, maar een dienst aan het publiek dat gebruikmaakt van het sportcomplex. Het lijkt erop dat de ACM meegaat in de stelling die in de wetgeschiedenis over de gedachte achter de wet wel is geponereerd, namelijk dat sprake is van een complementair systeem ten opzichte van het Europese staatssteunrecht ‘waarin hetzij het staatssteunregime van toepassing is, hetzij de gedragsregels van toepassing zijn’.<sup>35</sup> Maar uiteindelijk heeft de wetgever niet in zo een (volledig) complementair systeem voorzien. Subsidies of andere bijdragen die een voordeel voor een onderneming opleveren, vormen geen (vergoedingen voor) economische activiteiten in de zin van de Wet M&O, maar worden door overheden uitgevoerd in hun hoedanigheid van overheid (uitoefening van een overheidsprerogatief). Ook als zij geen steunmaatregel vormen, vallen zij derhalve niet onder het regime van de Wet M&O. Het punt waarbij de wet aanhaakt, is de concurrentievervalsing die wordt veroorzaakt door de overheid als zij zelf als onderneming – namelijk een economische activiteit verrichtend – activiteiten verricht, niet de concurrentievervalsing die wordt veroorzaakt door subsidies of anderszins bevoordelingen in de publiekrechtelijke sfeer. Het verschil is in de hier besproken zaak ook te zien: de klachten die zijn ingediend tegen de gemeente zijn (blijkbaar) ingediend door concurrerende aanbieders van sportvoorzieningen aan consumenten,<sup>36</sup> dus op een *downstream market* ten opzichte van de markt voor de verhuur van sportinfrastructuur aan exploitanten van die infrastructuur, en niet door verhuurders van sportinfrastructuur, waarmee de overheid als verhuur-

der concurreert. Maar ook als op het niveau van verhuurders van vastgoed wordt gekeken, veronachtzaamt de ACM het onderscheid van de overheid als aanbieder van goederen of diensten enerzijds en in haar zuivere rol als overheid bij de verstrekking van subsidies (al dan niet onder de noemer exploitatiebijdrage).

De benadering van de ACM leidt immers ook in die benadering tot een vreemde consequentie: de overheid wordt in de benadering van de ACM beperkt in haar mogelijkheden als overheid een subsidie (exploitatiebijdrage) te verstrekken aan ondernemingen waaraan zij ook, als onderneming, infrastructuur ter beschikking stelt of anderszins goederen of diensten levert, terwijl zij wel, als overheid, (vanuit ACM-perspectief gezien: vrijelijk) subsidies kan verstrekken wanneer zij niet tegelijkertijd ook goederen of diensten aan de subsidieontvanger levert. In beide gevallen treedt zij echter als subsidieverstrekker in dezelfde rol op, namelijk als overheid en niet als onderneming. Het is vanwege het (ten onrechte) niet maken van dit onderscheid dat de ACM tot het oordeel komt dat het gelijkheidsbeginsel niet geschonden is.<sup>37</sup>

Maakt de Wet M&O dan helemaal geen verschil (omdat men een kostendekkende huur, zoals in dit geval, kan tenietdoen met een subsidie)? Dat lijkt mij toch wel: waar vóór de Wet M&O een subsidie versleuteld zou kunnen zijn in een lagere huur, wordt onder het huidige regime de financiële relaties veel transparanter: de subsidie is duidelijk te onderscheiden van de huurprijs. Dat is echter nog geen reden voor de ACM om dan op grond van de Wet M&O een rol aan te nemen als beoordelaar van subsidies.

Tegen een subsidieverlening staat bovendien een afzonderlijke rechtsbescherming open op grond van de Algemene wet bestuursrecht, ook als de subsidieverlening door middel van een exploitatieovereenkomst verstrekt wordt.<sup>38</sup> Deze rechtsbescherming staat ook open voor derden-belanghebbenden.

In het kader van deze rechtsbescherming zal kunnen worden ingegaan op de vraag of de subsidie niet verder gaat dan noodzakelijk. De ACM mengt zich in wezen in het subsidiebeleid van de gemeente door te beoordelen of de bijdrage strekt, en in een redelijke verhouding staat tot een compensatie van de beperkende voorwaarden.<sup>39</sup> Dat lijkt mij een overstrekking van het in de Wet M&O neergelede instrumentarium om het *marktgedrag* van overheden te reguleren.

## Slotsom

Een eigenaar van een sportcomplex kan zonder enige probleem met de Wet M&O een exploitatiebijdrage worden verstrekt, via een subsidiebeschikking en vervolgens via een privaatrechtelijke uitvoeringsover-

33. *Kamerstukken II 1993/94*, 23700, nr. 3 (MvT), p. 31.

34. Zie ook art. 4:36 Awb.

35. *Kamerstukken II 1993/94*, 23700, nr. 3 (MvT), p. 12.

36. Zie besluit in primo, randnr. 3. Zie voorts bijvoorbeeld [www.omroepgelderland.nl/nieuws/2425572/Heumen-overtreedt-de-wet-rechtszaak-over-sportcentrum-ophanden](http://www.omroepgelderland.nl/nieuws/2425572/Heumen-overtreedt-de-wet-rechtszaak-over-sportcentrum-ophanden), waarin staat: ‘De andere ondernemers denken dat Laco goedkoop fitness kan aanbieden door de gemeentebijdrage.’

37. Zie beslissing op bezwaar, randnr. 61-64.

38. Vgl. art. 4:36 Awb en bijvoorbeeld HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:812, AB 2014/301.

39. Vgl. beslissing op bezwaar, randnr. 70-78.

eenkomst waarin wordt overeengekomen dat de eigenaar het complex op een bepaalde manier zal exploiteren. Daar kun je allerlei vragen bij stellen (staatssteun? aanbestedingsplichtig?), maar met het wel of niet naleven van de Wet M&O heeft dat niets te maken. De overheid levert op dat moment immers geen dienst of een goed aan de exploitant (in de zin van een economische activiteit). Dat wordt niet anders als de overheid naast subsidieverstrekker ook de verhuurder (of erfverpachter) van dat complex is.

In een geval als dit gaat het erom dat de overheid haar activiteiten niet goedkoper kan aanbieden dan haar concurrenten. In dit geval dus: bij de verhuur van onroerend goed. Het gaat er niet om dat de exploitant van het complex een concurrentievoordeel wordt verschaft door andere middelen die de overheid ten dienste staan om gewenst gedrag te bevorderen.

De ACM vermengt de functies van de overheid – die nu eenmaal die verschillende functies heeft, althans kan hebben: overheid en aanbieder van diensten of goederen – en dat is niet wat de Wet M&O beoogt. Die wet beoogt de positie van de overheid als aanbieder van diensten of goederen (min of meer) gelijk te trekken met die van private aanbieders. De wet beoogt niet om een gelijk speelveld te creëren voor degene die voordelen van de overheid verkrijgt enerzijds en zijn concurrenten anderzijds.

Dat is wel wat de ACM in deze zaak tracht te doen.