



## Besluit

### Besluit sportcentra Heumen

Ons kenmerk : ACM/UIT/517621  
Zaaknummer : ACM/18/033701  
Datum : 16 augustus 2019

---

## Inhoudsopgave

<b>1</b>	<b>Inleiding en leeswijzer</b>	<b>3</b>
<b>2</b>	<b>Wettelijk kader</b>	<b>4</b>
<b>3</b>	<b>Procedure</b>	<b>4</b>
<b>4</b>	<b>Relevante feiten</b>	<b>5</b>
<b>5</b>	<b>Toepasselijkheid art. 25i Mw</b>	<b>6</b>
5.1	Bestuursorgaan	6
5.2	Economische activiteit	7
5.3	Uitzonderingsbepalingen	8
5.4	Conclusie	8
<b>6</b>	<b>Voorlopige beoordeling ten tijde van concept-besluit</b>	<b>9</b>
6.1	Aggregatieniveau	9
6.2	Kosten De Veldschuur	10
6.3	Opbrengsten De Veldschuur	14
6.4	Conclusie concept-besluit De Veldschuur	14
<b>7</b>	<b>Voorlopige beoordeling Sportcentrum Malden ten tijde van concept-besluit</b>	<b>14</b>
<b>8</b>	<b>Zienswijze gemeente</b>	<b>15</b>
<b>9</b>	<b>Reactie Laco</b>	<b>18</b>
<b>10</b>	<b>Beoordeling door ACM</b>	<b>20</b>
<b>11</b>	<b>Conclusie</b>	<b>29</b>

## 1 Inleiding en leeswijzer

1. De Autoriteit Consument & Markt (de ACM) ziet toe op de naleving van de Wet Markt en Overheid. De Wet Markt en Overheid (Wet M&O) is onderdeel van de Mededingingswet (Mw).<sup>1</sup> Het doel van de Wet M&O is “het creëren van zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen enerzijds overheden die als aanbieder van goederen of diensten aan derden optreden en anderzijds particuliere ondernemingen.”<sup>2</sup>
2. Het uitgangspunt van de Wet M&O is dat overheidsorganisaties de vrijheid hebben om “economische activiteiten” te verrichten (en daarbij mogelijk met particuliere ondernemingen concurreren), maar dat zij zich daarbij wel aan een aantal gedragsregels moeten houden.
3. Op 27 maart 2018 heeft de eigenaar en exploitant van Lierdal Sportcenter in Molenhoek (hierna: de klager) bij de ACM een signaal ingediend. Hierin stelt de klager dat de gemeente Heumen (hierna: de gemeente) mogelijk de Wet M&O overtreedt bij de bruikleen van sportaccommodatie “De Veldschuur” en dat het aannemelijk is dat de gemeente dit ook zal doen bij de toekomstige verhuur van “Sportcentrum Malden” (hierna gezamenlijk: “de Veldschuurpercelen”) in Heumen. Volgens de klager veroorzaakt de gemeente oneerlijke concurrentie door de wijze waarop zij de sportcentra laat exploiteren door de private onderneming Laco Malden B.V. (hierna “Laco”). De klager meent dat zijn concurrentiepositie wordt geschaad doordat Laco verhoudingsgewijs lagere kosten heeft dan hij.
4. Naar aanleiding van het signaal heeft de ACM onderzocht of de gemeente Heumen de Wet M&O overtreedt.
5. De ACM concludeert op basis van haar onderzoek dat de gemeente niet de integrale kosten doorberekent bij de bruikleen van De Veldschuur en de verhuur van Sportcentrum Malden. De gemeente overtreedt daarmee artikel 25i, eerste lid, Mw.
6. In dit besluit legt de ACM uit waarom zij tot deze conclusie komt. De ACM beschrijft achtereenvolgens:
  - het wettelijk kader waarbinnen de ACM tot dit besluit is gekomen (hoofdstuk 2);
  - de door de ACM gevolgde procedure (hoofdstuk 3);
  - de relevante feiten (hoofdstuk 4);
  - de toepasselijkheid van artikel 25i Mw (hoofdstuk 5);
  - de voorlopige beoordeling van de feiten en omstandigheden in het concept-besluit (hoofdstukken 6 en 7);
  - de zienswijze van de gemeente en de reactie van Laco op het concept-besluit (hoofdstukken 8 en 9);
  - de definitieve beoordeling van de ACM met de conclusie (hoofdstukken 10 en 11).

---

<sup>1</sup> Hoofdstuk 4B Mededingingswet.

<sup>2</sup> *Kamerstukken II, 2007/2008, 31 354, nr. 3.*

## 2 Wettelijk kader

7. Op grond van artikel 70c, eerste lid, aanhef en onderdeel a, Mw kan de ACM, in geval van een overtreding van artikel 25i, eerste lid, Mw verklaren dat zij een overtreding heeft vastgesteld.
8. De Wet M&O richt zich tot overheidsorganisaties die economische activiteiten verrichten. Om concurrentievervalsing met ondernemingen te voorkomen, dienen overheidsorganisaties die activiteiten 'op de markt' verrichten zich te houden aan vier gedragsregels zoals neergelegd in de Wet M&O. Deze gedragsregels omvatten de plicht tot integrale kostendoorberekening in artikel 25i, eerste lid, Mw, het bevoordelingsverbod in artikel 25j Mw, de plicht tot beschikbaarstelling van gegevens in artikel 25k Mw en de plicht tot functiescheiding in artikel 25l Mw.
9. In de artikelen 25h, 25i en 25j Mw zijn uitzonderingsbepalingen opgenomen waarbij de Wet M&O niet van toepassing is. Deze uitzonderingsbepalingen zien zowel op de aard van het bestuursorgaan als op de aard van de verrichte activiteiten.
10. In het Besluit Markt en Overheid (hierna: Besluit M&O)<sup>3</sup> zijn, op grond van artikel 25m, eerste lid, Mw nadere regels gesteld over de toepassing van de plicht tot integrale kostendoorberekening (art. 25i, eerste lid, Mw) en het bevoordelingsverbod (art. 25j, eerste lid, Mw). De nadere regels over de plicht tot integrale kostendoorberekening gaan onder andere in op:
  - de (soort van) goederen en diensten waarop de kostendoorberekening moet worden toegepast (aggregatieniveau in de activiteiten);
  - de in aanmerking te nemen kostensoorten (operationele kosten, afschrijvings- en onderhoudskosten en vermogenskosten);
  - de bron van de door te berekenen kosten (bijvoorbeeld: raming, realisatie).
11. Om te kunnen vaststellen welke verplichtingen uit de Wet M&O in een concreet geval van toepassing zijn, dient achtereenvolgens:
  - het bestuursorgaan in kwestie te worden gekwalificeerd;
  - de verrichte activiteit te worden gekwalificeerd als economische activiteit;
  - te worden vastgesteld dat geen van de wettelijke uitzonderingsbepalingen en/of overgangstermijn van toepassing zijn.

## 3 Procedure

12. De ACM heeft naar aanleiding van het signaal beoordeeld of de gemeente heeft gehandeld in overeenstemming met artikel 25i Mw.
13. In dit onderzoek heeft de ACM diverse keren contact gehad met de gemeente. Op 15 november 2018 en op 27 februari 2019 heeft de ACM een informatieverzoek gestuurd aan de gemeente om vast te stellen of de Wet M&O van toepassing is en om de integrale kosten en de opbrengsten van de Veldschuurpercelen inzichtelijk te krijgen. Op 6 februari 2019 en op 18 maart 2019 heeft de gemeente op de informatieverzoeken gereageerd en daarbij haar

---

<sup>3</sup> Besluit van 6 juni 2012, houdende regels voor overheden over de doorberekening van kosten en de toepassing van het bevoordelingsverbod (Besluit Markt en Overheid), Staatsblad 2012, nr. 255.

voorlopige opvattingen over de toepasselijkheid van de Wet M&O, het aggregatieniveau en de berekening van de kosten en opbrengsten aan de ACM voorgelegd.

14. Op 20 mei 2019 heeft de ACM de conceptversie van dit besluit aan de gemeente toegezonden. Dit concept-besluit zag op de bruikleen van De Veldschuur. Daarnaast heeft de ACM op dezelfde datum als bijlage bij het concept-besluit een voorlopige beoordeling toegezonden van de verhuur van Sportcentrum Malden. De beoordeling van de bruikleen van De Veldschuur enerzijds en Sportcentrum Malden anderzijds waren gesplitst, omdat Sportcentrum Malden ten tijde van het concept-besluit nog niet in gebruik was genomen. De ACM heeft de gemeente in de gelegenheid gesteld haar zienswijze op het concept-besluit en de voorlopige beoordeling van de verhuur van Sportcentrum Malden naar voren te brengen.
15. Laco heeft de ACM gevraagd of zij ook haar standpunt over het concept-besluit naar voren mocht brengen. ACM heeft Laco daartoe in de gelegenheid gesteld. De reactie van Laco en de zienswijze van de gemeente zijn op 19 juni 2019 bij de ACM binnengekomen.
16. Laco heeft op haar eigen verzoek haar reactie mondeling toegelicht tijdens een gesprek bij de ACM op 3 juli 2019. De gemeente heeft op haar verzoek haar zienswijze mondeling toegelicht tijdens een gesprek met de ACM op 11 juli 2019. Verder heeft de gemeente nog aanvullende stukken ingediend ter onderbouwing van haar zienswijze.

## 4 Relevante feiten

17. De Veldschuur is een zwem- en sportfaciliteit die is gebouwd in 1974 en (nadien) in eigendom is gekomen van de gemeente (die De Veldschuur vanaf 1979 is gaan exploiteren). Op 8 juli 1992 heeft de gemeente de Veldschuur geprivatiseerd door deze aan Laco in erfpacht te geven voor de duur van 20 jaar en een privatiseringsovereenkomst met Laco te sluiten.
18. Sindsdien exploiteert Laco voor eigen rekening en risico de Veldschuur, met dien verstande dat Laco een exploitatiebijdrage ontvangt van de gemeente.
19. In de erfpachtovereenkomst uit 1992 is opgenomen dat Laco een recht tot koop van de Veldschuur heeft. Laco maakte op 1 mei 2012 kenbaar gebruik te willen maken van dit recht tot koop. De gemeente heeft de Veldschuur op 14 augustus 2012 aan Laco verkocht.
20. Ten tijde van de verkoop en levering van de Veldschuur aan Laco maakte Laco bekend de exploitatie van de Veldschuur op termijn te willen beëindigen.
21. De gemeente stelt dat de inwoners van Heumen bezwaar hadden tegen het sluiten van de Veldschuur. De gemeente heeft daarom onderzoek gedaan naar de mogelijkheden tot (i) ontwikkeling van het nieuwe Sportcentrum Malden op een alternatieve locatie en/of (ii) de ontwikkeling van het nieuwe Sportcentrum Malden in combinatie met woningbouw op de "Veldschuurpercelen"<sup>4</sup>. Gedurende dit onderzoek zijn de gemeente en Laco op 23 juli 2012 overeengekomen dat Laco De Veldschuur tijdelijk in stand hield en de gemeente de exploitatiebijdrage voortzette.

---

<sup>4</sup> Dit betreft de grond waarop De Veldschuur staat en aangrenzende percelen die in eigendom zijn van de gemeente.

22. Op 15 oktober 2015 heeft de gemeente besloten tot ontwikkeling van een nieuw Sportcentrum Malden in combinatie met woningbouw op de Veldschuurpercelen.
23. Omdat Laco eigenaar was van De Veldschuur, moest de gemeente De Veldschuur van Laco terug verwerven of Laco onteigenen.
24. De gemeente en Laco zijn tot overeenstemming gekomen en hebben afgesproken dat, op enig moment:
  - Laco De Veldschuur aan de gemeente verkoopt;
  - de gemeente De Veldschuur aan Laco in bruikleen geeft;
  - de gemeente De Veldschuur laat slopen en op de Veldschuurpercelen Sportcentrum Malden en woningen realiseert;
  - Laco Sportcentrum Malden zal exploiteren.
25. Op 12 april 2016 hebben de gemeente en Laco hun afspraken ten aanzien van zowel De Veldschuur als ten aanzien van Sportcentrum Malden vastgelegd in een Huur-Beheer- en Exploitatieovereenkomst ("HEX") en in een Samenwerkingsovereenkomst ("SOK"). Op 8 januari 2018 heeft Laco De Veldschuur conform de SOK aan de gemeente overgedragen, maar heeft gelijktijdig De Veldschuur van de gemeente in bruikleen gekregen. Sindsdien exploiteert Laco De Veldschuur op basis van de overeenkomst van 23 juli 2012.
26. De gemeente ontvangt van Laco geen vergoeding voor de bruikleen van De Veldschuur. De gemeente betaalt aan Laco een jaarlijkse exploitatiebijdrage van EUR 180.000. De hoogte van de exploitatiebijdrage is vastgesteld aan de hand van een exploitatiebegroting van Laco.
27. Het gebruik van De Veldschuur door Laco duurde tot de oplevering en ingebruikname van Sportcentrum Malden. Laco heeft Sportcentrum Malden op 8 juli 2019 in gebruik genomen. Laco heeft voor een periode van 40 jaar het recht van exploitatie van Sportcentrum Malden gekregen.
28. De gemeente ontvangt van Laco EUR 266.677 aan huur voor Sportcentrum Malden. De gemeente betaalt aan Laco een jaarlijkse exploitatiebijdrage van EUR 284.500. Ook voor Sportcentrum Malden geldt dat de exploitatiebijdrage is vastgesteld op basis van een exploitatiebegroting van Laco.
29. Dit besluit van de ACM ziet op de situatie vanaf 8 januari 2018 tot en met heden. Van 8 januari 2018 tot en met 8 juli 2019 heeft de gemeente De Veldschuur aan Laco in bruikleen gegeven, hiervoor geen vergoeding van Laco ontvangen en gelijktijdig aan Laco een exploitatiebijdrage betaald. Vanaf 8 juli 2019 verhuurt de gemeente Sportcentrum Malden aan Laco, ontvangt daarvoor huur van Laco en betaalt gelijktijdig een exploitatievergoeding aan Laco.

## 5 Toepasselijkheid art. 25i Mw

### 5.1 Bestuursorgaan

30. Artikel 25i, eerste lid, Mw is enkel van toepassing voor zover een bestuursorgaan een economische activiteit verricht. De bruikleen van De Veldschuur en de verhuur van Sportcentrum Malden volgt uit/is vastgelegd in respectievelijk de SOK en de HEX die is ondertekend door het

college van burgemeester en wethouders. Het college van burgemeester en wethouders is een bestuursorgaan in de zin van art. 1:1, eerste lid, sub a, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). Dit leidt tot de vraag of het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Heumen een economische activiteit verricht.

## 5.2 Economische activiteit

31. De Wet M&O is alleen van toepassing als het bestuursorgaan een economische activiteit verricht. In dit besluit dient de ACM daarom te bepalen of de bruikleen van De Veldschuur en de verhuur van Sportcentrum Malden een economische activiteit is. Voor deze beoordeling sluit de ACM aan bij de Europese jurisprudentie over het begrip "economische activiteit".<sup>5</sup> Volgens vaste jurisprudentie is een economische activiteit "elke activiteit die bestaat in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt".<sup>6</sup>
32. Een leidend beginsel in de rechtspraak van het Hof van Justitie omtrent het ondernemingsbegrip en het begrip economische activiteit is of het gaat om activiteiten die ook door particuliere ondernemingen op een markt en in concurrentie kunnen worden verricht, zodat de entiteit in kwestie daarmee, feitelijk of potentieel, in concurrentie treedt.<sup>7</sup> De rechtsvorm of de financiering van de entiteit is hierbij niet doorslaggevend.<sup>8</sup>
33. Voor het vaststellen of een bestuursorgaan een economische activiteit verricht, is de aard van de activiteit bepalend.<sup>9</sup> Uit jurisprudentie blijkt dat in dit kader onder meer van belang is wat het doel is van de activiteiten en aan welke regels de activiteiten zijn onderworpen.<sup>10</sup> Als het gaat om activiteiten die door bestuursorganen worden verricht, dient volgens jurisprudentie onderscheid te worden gemaakt tussen de situatie waarin het bestuursorgaan handelt in de uitoefening van overheidsgezag, en de situatie waarin economische activiteiten van industriële of commerciële aard worden verricht, bestaande uit het aanbieden van goederen en diensten op de markt.<sup>11</sup> Voor zover bestuursorganen handelen in de uitoefening van overheidsgezag, verrichten zij in beginsel geen economische activiteit.

### *Toegepast op de bruikleen van De Veldschuur*

34. De gemeente stelt dat de uitgifte van De Veldschuur in bruikleen geen economische activiteit is, maar een uitoefening van overheidsgezag voortvloeiend uit artikel 17 Onteigeningswet. De gemeente geeft hiertoe aan dat zij na het besluit tot de herontwikkeling van de Veldschuurpercelen, het eigendom van de Veldschuurpercelen moest verwerven om de herontwikkeling mogelijk te maken. De gemeente wijst erop dat zij de overheidsbevoegdheid heeft om de eigendom te verwerven via de Onteigeningswet. De gemeente stelt dat zij in dit

<sup>5</sup> Kamerstukken II, 2007/2008, 31 354, nr. 3 p. 30-31.

<sup>6</sup> HvJ EU 26 maart 2009, ECLI:EU:C:2009:191 (zaak C-113/07 SELEX Sistemi Integrati SpA), r.o. 69.

<sup>7</sup> Zie hiertoe bijvoorbeeld HvJ EU 16 november 1995, ECLI:EU:C:1995:392 (C-244/94 FFSA), HvJ EU 21 september 1999, ECLI:EU:C:1999:434 (gevoegde zaken C-115/97 - C-117/97 Brentjes' Handelsonderneming B.V.), HvJ EU 23 april 1991, ECLI:EU:C:1991:161 (C-41/90 Höfner/Elser) en HvJ EU 24 oktober 2002, ECLI:EU:C:2002:617 (C-82/01 Aéroports de Paris), r.o. 71.

<sup>8</sup> HvJ EU 12 september 2000, ECLI:EU:C:2000:428 (gevoegde zaken C-180/98 - C-184/98 Pavlov), r.o.74.

<sup>9</sup> HvJ EU 19 januari 1994, ECLI:EU:C:1994:7 (C-364/92 SAT Fluggesellschaft mbH), r.o. 19.

<sup>10</sup> HvJ EU 19 januari 1994, ECLI:EU:C:1994:7 (C-364/92 SAT Fluggesellschaft mbH), r.o. 30.

<sup>11</sup> HvJ EU 18 maart 1997, ECLI:EU:C:1997:160 (C-343/95 Diego Cali & Figli Srl), r.o. 16.

geval van die overheidsbevoegdheid gebruik heeft gemaakt, omdat zij de percelen heeft gekocht via een minnelijke regeling zoals bedoeld in de Onteigeningswet. Volgens de gemeente valt daardoor de bruikleen, als onderdeel van de minnelijke regeling, onder de uitvoering van een overheidsprerogatief, waardoor de Wet M&O niet van toepassing is.<sup>12</sup>

35. De ACM volgt de gemeente niet in dit standpunt. Op grond van artikel 17 Onteigeningswet tracht de onteigenende partij dat wat moet worden onteigend bij minnelijke overeenkomst te verkrijgen. 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 van de Onteigeningswet. Met andere woorden, met een minnelijke regeling oefent de gemeente nog niet de overheidsbevoegdheid van de onteigening zelf uit. Reeds daarom kan de bruikleen, die naar het oordeel van de gemeente onderdeel is van een minnelijke regeling als bedoeld in de Onteigeningswet<sup>13</sup>, naar het oordeel van de ACM niet worden beschouwd als de uitoefening van een overheidsprerogatief.
36. De ACM is van oordeel dat de gemeente met de bruikleen van De Veldschuur een goed/dienst aanbiedt op een markt. Ook particuliere ondernemingen kunnen (sport)accommodaties in bruikleen geven (of verhuren), waardoor de gemeente (potentieel) in concurrentie treedt met particuliere ondernemingen. ACM concludeert daarom dat de gemeente een economische activiteit verricht door de (sport)accommodatie De Veldschuur aan Laco in bruikleen te geven.

*Toegepast op de verhuur van Sportcentrum Malden*

37. Gelet op bovenstaande redenering in randnummer 36 verricht de gemeente ook met de verhuur van Sportcentrum Malden een economische activiteit.

### 5.3 Uitzonderingsbepalingen

38. Uit onderzoek door de ACM is niet gebleken dat een of meer van de uitzonderingsbepalingen van artikel 25h Mw of artikel 25i, tweede lid, Mw van toepassing zijn. In dit verband merkt de ACM op dat de gemeente zich op het standpunt stelt dat geen sprake is van staatssteun.<sup>14</sup>

### 5.4 Conclusie

39. Gelet op het voorgaande concludeert de ACM dat de gemeente met de bruikleen van De Veldschuur en de verhuur van Sportcentrum Malden een economische activiteit verricht. Daarom moet de gemeente de integrale kosten van de (sport)accommodatie aan Laco doorberekenen.

---

<sup>12</sup> Antwoord van de gemeente op informatieverzoek, 6 februari 2019, ACM/IN/427902.

<sup>13</sup> Uit de jurisprudentie blijkt dat niet elke overeenkomst waarbij een gemeente grond verkrijgt, kwalificeert als minnelijke regeling als bedoeld in de Onteigeningswet (uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland 1 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3300, overweging 5.33). De ACM laat in het midden of de gemeente Heumen in dit geval daadwerkelijk een minnelijke regeling als bedoeld in de Onteigeningswet heeft gesloten.

<sup>14</sup> Antwoord van de gemeente op aanvullende vragen, 18 maart 2019, ACM/IN/430295.



## 6 Voorlopige beoordeling ten tijde van concept-besluit

40. Zoals omschreven in randnummer 14 zag het concept-besluit van de ACM alleen op de bruikleen van De Veldschuur, omdat Sportcentrum Malden nog niet werd verhuurd door de gemeente. De verhuur van Sportcentrum Malden heeft de ACM apart beoordeeld in een zogenoemde 'voorlopige beoordeling'. Die voorlopige beoordeling is opgenomen in het volgende hoofdstuk van dit besluit. Hierna volgt de voorlopige beoordeling van de bruikleen van De Veldschuur zoals de ACM die in het concept-besluit heeft uiteengezet. Volledigheidshalve merkt de ACM op dat de definitieve beoordeling van deze zaak in hoofdstuk 10 van dit besluit staat.
41. Zoals beschreven in randnummer 10 moet, ter beantwoording van de vraag of de gemeente de integrale kosten van een economische activiteit doorberekent aan de afnemer, worden bepaald:
  - a. op welk aggregatieniveau in de activiteiten de kosten en opbrengsten worden berekend,
  - b. wat de integrale kosten op dat aggregatieniveau zijn en
  - c. welke opbrengsten vanuit de afnemer daar op dat aggregatieniveau tegenover staan.
42. De ACM heeft de gemeente gevraagd om bovenstaande elementen aan te leveren. Daarnaast heeft de ACM aan de gemeente gevraagd om de formele context en de inhoudelijke betekenis van de exploitatiebijdrage die de gemeente aan Laco betaalt toe te lichten.

### 6.1 Aggregatieniveau

43. Artikel 4 van het Besluit M&O biedt de mogelijkheid om, indien bij het verrichten van economische activiteiten verscheidene goederen of diensten worden aangeboden, de kostendoorberekening voor deze goederen of diensten gezamenlijk uit te voeren. Dit kan echter alleen voor zover die goederen of diensten tot dezelfde markt behoren.
44. In het informatieverzoek aan de gemeente heeft de ACM aangegeven dat zij ervan uitgaat dat het aggregatieniveau ligt ter hoogte van De Veldschuur. De ACM heeft daarbij gesteld dat het haar niet aannemelijk lijkt dat het aggregatieniveau hoger zou liggen dan De Veldschuur. Het is de ACM namelijk niet bekend dat de gemeente andere sportcentra verhuurt (of in bruikleen geeft) die tot dezelfde (mededingingsrechtelijke)markt behoren.<sup>15</sup>
45. In haar reactie op het informatieverzoek zegt de gemeente dat zij zich voorlopig kan vinden in deze conclusie. Evenwel sluit de gemeente in dit kader niet uit dat een ander aggregatieniveau mogelijk is. Ze geeft aan dat ze op dit moment de concurrentiesituatie op de markt voor verhuur van (sport)vastgoed onderzoekt.<sup>16</sup>
46. De ACM stelt vast dat de gemeente geen ander standpunt heeft ingenomen over het aggregatieniveau. Daarom gaat de ACM in dit concept-besluit uit van een aggregatieniveau ter hoogte van De Veldschuur. Dit betekent dat de ACM hierna zal beoordelen wat de integrale kosten zijn van de bruikleen van De Veldschuur en wat de opbrengsten zijn die daar tegenover staan.

---

<sup>15</sup> Informatieverzoek aan de gemeente Heumen, 15 november 2018, ACM/UIT/501519.

<sup>16</sup> Antwoord van de gemeente op informatieverzoek, 6 februari 2019, ACM/IN/427902.

## 6.2 Kosten De Veldschuur

47. In het Besluit M&O staat beschreven dat een bestuursorgaan bij het berekenen van de integrale kosten in beginsel moet uitgaan van de jaarrekening en de onderliggende financiële administratie. Om die reden heeft de ACM de gemeente gevraagd deze gegevens aan te leveren. De gemeente heeft onderstaand overzicht van de integrale kosten van de sportaccommodatie De Veldschuur aangeleverd.<sup>17</sup>

Tabel 1 Kostenoverzicht De Veldschuur

Overzicht van de integrale kosten 2018 van sportcentrum De Veldschuur  
(alle bedragen in EUR)

Verzekering opstal en inventaris	[...]
Herstel stormschade 18 maart 2018	[...]
Onroerende zaakbelasting, eigenaarsdeel	[...]
Verontreinigingsheffing 2018, eigenaarsdeel	[...]
Afschrijvingskosten	[...]
Vermogenskosten	[...]
Toerekening van de overhead	[...]
Totaal	17.503

48. De Veldschuur is een oud sportcentrum dat niet meer wordt onderhouden en geheel wordt afgebroken als het nieuwe sportcentrum gereed is. De gemeente heeft desgevraagd toegelicht dat De Veldschuur volledig is afgeschreven en dat er dus geen afschrijvingskosten meer worden gemaakt voor De Veldschuur. De vermogenskosten die voortkomen uit de aankoop van de Veldschuurpercelen worden niet toegerekend aan De Veldschuur, maar in het geheel toegerekend aan sportcentrum Malden, omdat De Veldschuur wordt afgebroken.
49. Gelet op de toelichting van de gemeente, kan de ACM er zich in dit specifieke geval in vinden dat de gemeente geen vermogenskosten en/of afschrijvingskosten toerekent aan De Veldschuur. De ACM stelt verder vast dat het kostenoverzicht dat de gemeente aan de ACM heeft gepresenteerd ten minste de kostensoorten bevat die het Besluit M&O voorschrijft. De door de gemeente gepresenteerde kosten komen de ACM logisch en redelijk voor.

### *Exploitatiebijdrage*

50. De ACM stelt evenwel vast dat de gemeente aan Laco een exploitatiebijdrage van EUR 180.000 betaalt voor de exploitatie van De Veldschuur. De ACM ziet zich gesteld voor de vraag of deze exploitatiebijdrage moet worden beschouwd als kosten die samenhangen met de bruikleen. Met andere woorden, of de exploitatiebijdrage moet worden meegenomen in de beoordeling of de integrale kosten worden doorberekend. De ACM is van oordeel dat dit het geval is. De exploitatiebijdrage hangt namelijk onlosmakelijk samen met de bruikleen én de gemeente heeft niet aannemelijk gemaakt dat de exploitatiebijdrage een redelijke of marktconforme vergoeding is voor uitsluitend de inkomsten die Laco derft vanwege de door de gemeente gestelde randvoorwaarden aan de exploitatie. De ACM legt hieronder uit welke redenatie zij hierbij volgt.

<sup>17</sup> Antwoord van de gemeente op informatieverzoek, 6 februari 2019, ACM/IN/427902.

*Bijdragen door bestuursorganen – algemene redeneerlijn ACM*

51. De ACM constateert dat het regelmatig voorkomt dat een bestuursorgaan een economische activiteit verricht waar zij een vergoeding voor vraagt aan haar afnemer en gelijktijdig een bijdrage (in welke vorm dan ook) aan dezelfde afnemer betaalt. Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin een bestuursorgaan een koop- of huurprijs in rekening brengt aan haar afnemer voor het gebruik van onroerend goed en tegelijkertijd aan diezelfde afnemer een subsidie, een toeslag of een exploitatiebijdrage geeft. In dergelijke constructies is er sprake van twee geldstromen die tegengesteld aan elkaar zijn. De afnemer betaalt een bepaalde prijs aan het bestuursorgaan en het bestuursorgaan geeft een geldbedrag aan de afnemer.
52. De ACM ziet zich in dergelijke gevallen gesteld voor de vraag of zo'n bijdrage aan de afnemer moet worden meegenomen in de berekening van de integrale kosten van de economische activiteit die het bestuursorgaan verricht. De ACM kijkt daarbij naar het doel van de bijdrage.
53. Naar het oordeel van de ACM kan een bijdrage van het bestuursorgaan in ieder geval buiten beschouwing worden gelaten als:
  - deze bijdrage een redelijke vergoeding is voor diensten of producten die de afnemer aan het bestuursorgaan levert. Met andere woorden: koopt het bestuursorgaan 'gewoon' goederen of diensten van zijn afnemer? Of;
  - een ieder ander (bijvoorbeeld een concurrent van die afnemer) onder gelijke voorwaarden recht heeft op die bijdrage, zoals een subsidie of een toeslag die een ieder, en niet alleen de afnemer van het bestuursorgaan, kan ontvangen.<sup>18</sup>
54. Er zijn echter ook bijdragen die onlosmakelijk (direct of indirect) zijn verbonden met de economische activiteit die het bestuursorgaan levert. Zo'n bijdrage kan samenhangen met verplichtingen of voorwaarden die het bestuursorgaan aan haar economische activiteit verbindt. Het bestuursorgaan verplicht de afnemer van haar economische activiteit dan tot een bepaalde (tegen)prestatie. In dat geval moet worden vastgesteld wat de waarde is van de concrete prestatie van de afnemer én hoe de bijdrage van het bestuursorgaan zich verhoudt tot de waarde van die prestatie.
55. Zo ziet de ACM bijvoorbeeld bestuursorganen die vastgoed verhuren, verkopen of in bruikleen geven - en daarmee een economische activiteit verrichten - en aan deze economische activiteit de verplichting voor de afnemer verbinden om het vastgoed binnen randvoorwaarden te exploiteren. Dergelijke randvoorwaarden kunnen de exploitatie minder rendabel maken en tot inkomstenderving voor de exploitant leiden. Als deze voorwaarden leiden tot inkomstenderving ten opzichte van de situatie waarin de exploitant geheel naar eigen inzicht kan beschikken over het vastgoed, kan de gemeente een vergoeding verstrekken die deze inkomstenderving dekt<sup>19</sup>. Alleen als aannemelijk is dat de exploitatievergoeding die de gemeente aan de exploitant betaalt niet hoger is dan het bedrag dat de exploitant derft doordat hij bij de exploitatie is gebonden aan de randvoorwaarden van de gemeente, kan deze exploitatiebijdrage naar het oordeel van de

---

<sup>18</sup> De ACM verwijst in dit verband naar haar besluit in de zaak Deventer (besluit van 31 oktober 2017 in zaak 17/012021, te raadplegen op [www.acm.nl](http://www.acm.nl)). In dat besluit stelt de ACM dat de gemeente niet de integrale kosten van haar bewindvoering doorberekent als zij alleen haar eigen afnemers een vergoeding geeft en de kosten voor een particuliere bewindvoerder niet vergoedt.

<sup>19</sup> NB: de ACM verstaat hieronder niet de situatie waarin een bestuursorgaan aan een (particuliere) exploitant middelen verstrekt op basis van een regeling (bijv. subsidieregeling) die ook voor andere partijen openstaat. Zie ook randnummer 53.

ACM buiten beschouwing blijven bij de berekening van de integrale kosten en de doorberekening daarvan.

56. De ACM kan zich verschillende manieren indenken om dit aannemelijk te maken, waaronder:
  - de exploitatiebijdrage is vastgesteld via een (openbare) aanbestedingsprocedure, waarna de exploitatie is gegund aan de inschrijver die de laagste exploitatiebijdrage vraagt;
  - het bestuursorgaan overlegt offertes van concurrerende marktpartijen waaruit blijkt wat een minimale exploitatiebijdrage zou zijn;
  - het bestuursorgaan dan wel de exploitant overlegt een overtuigende en sluitende berekening van de gedeerde inkomsten, waaruit blijkt dat deze inkomstenderving causaal gerelateerd is aan de voorwaarden van de gemeente en waaruit blijkt dat de exploitatiebijdrage niet hoger is dan de gedeerde inkomsten.
57. In de gevallen waarin een bestuursorgaan niet aannemelijk maakt dat de bijdrage een reële vergoeding vertegenwoordigt voor de verplichtingen of voorwaarden die aan de economische activiteit zijn verbonden, dient de bijdrage naar oordeel van de ACM wél te worden meegenomen in de berekening van de integrale kosten.
58. Zonder deze verplichtingen zou het doel van de Wet M&O niet worden behaald. Bestuursorganen zouden de plicht tot het doorberekenen van de integrale kosten 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. De ACM is daarom van oordeel dat deze verplichtingen voortvloeien uit de Wet M&O.

*Toepassing kader op exploitatiebijdrage aan Laco*

59. De ACM past hierna bovenstaande redeneerlijn toe op de exploitatiebijdrage die de gemeente aan Laco verstrekt.
60. Toen de gemeente De Veldschuur van Laco terugkocht, heeft zij met Laco een overeenkomst gesloten waarin onder meer staat dat:
  - de gemeente De Veldschuur aan Laco in bruikleen geeft en hiervoor geen vergoeding in rekening brengt bij Laco;
  - Laco de plicht op zich neemt om de exploitatie van De Veldschuur voort te zetten tot ingebruikname van Sportcentrum Malden onder de voorwaarden van de Overeenkomst met betrekking tot Laco Sportcentrum De Veldschuur uit 2012;
  - de gemeente aan Laco jaarlijks een exploitatiebijdrage betaalt van EUR 180.000.
61. De ACM leidt uit de overeenkomst en uit de overige feiten (zie hoofdstuk 4) af dat de plicht tot exploitatie exclusief is verbonden aan De Veldschuur en derhalve aan de economische activiteit van de gemeente. De exploitatiebijdrage hangt op haar beurt weer samen met de plicht tot exploitatie. De bruikleen van De Veldschuur, de plicht tot exploitatie en de exploitatiebijdrage zijn derhalve onlosmakelijk met elkaar verbonden. Dit wordt bevestigd door het feit dat de exploitatievergoeding niet beschikbaar is voor exploitanten van sportaccommodaties die niet in eigendom zijn (of waren) van de gemeente.
62. De ACM stelt vast dat de plicht tot exploitatie inhoudt dat Laco onder bepaalde voorwaarden De Veldschuur moet exploiteren. Zo staat in de Overeenkomst uit 2012 bijvoorbeeld dat Laco de

sporthal ter beschikking zal stellen voor gymonderwijs door de basisscholen en voor sportactiviteiten van bepaalde lokale verenigingen. Vergelijkbare afspraken zijn gemaakt ten aanzien van het zwembad. De gemeente levert voor zowel de sporthal als voor het zwembad een lijst met gebruikers aan waarvoor Laco het gebruik garandeert. Tevens is overeengekomen dat Laco een indexering dient toe te passen op de tarieven die zij aan basisscholen en verenigingen in rekening brengt. Deze voorwaarden maken dat Laco geen volledige commerciële vrijheid heeft om De Veldschuur naar eigen wens en inzicht te exploiteren.

63. In dit geval is aldus sprake van een situatie als omschreven in randnummers 54 tot en met 57 van dit besluit. De ACM ziet zich daarom gesteld voor de vraag of aannemelijk is dat de exploitatiebijdrage een redelijke of marktconforme vergoeding is voor uitsluitend de inkomsten die Laco derft vanwege de door de gemeente gestelde randvoorwaarden aan de exploitatie.
64. De ACM is van mening dat dit niet aannemelijk is. De exploitatiebijdrage is onderhands vastgesteld. Laco heeft een exploitatiebegroting aan de gemeente overgelegd waarop ze een algemeen overzicht geeft van haar begrote inkomsten en uitgaven.<sup>20</sup> Het begrote tekort dekt de gemeente met de exploitatiebijdrage. Uit de exploitatiebegroting blijkt echter niet dat het verwachte tekort causaal verband houdt met de exploitatievoorwaarden die de gemeente stelt. Om deze reden is niet vast te stellen welk deel van de exploitatiebijdrage de inkomstendering ten gevolge van de exploitatievoorwaarden dekt en welk deel daarboven uitgaat. Naar het oordeel van de ACM moet daarom de gehele exploitatiebijdrage worden toegerekend aan de bruikleen.
65. Dit betekent dat de integrale kosten van de bruikleen zoals weergegeven in randnummer 47 moeten worden aangepast, als volgt.

#### Tabel 2 – Kostenoverzicht De Veldschuur, herzien

Overzicht van de integrale kosten 2018 van sportcentrum De Veldschuur  
(alle bedragen in EUR)

Verzekering opstal en inventaris	[...]
Herstel stormschade 18 maart 2018	[...]
Onroerende zaakbelasting, eigenaarsdeel	[...]
Verontreinigingsheffing 2018, eigenaarsdeel	[...]
Afschrijvingskosten	[...]
Vermogenskosten	[...]
Toerekening van de overhead	[...]
Exploitatiebijdrage	180.000
Totaal	197.503

66. De ACM heeft geen aanwijzingen dat de integrale kosten voor De Veldschuur vanaf 1 januari 2019 lager zijn geworden.

<sup>20</sup> Notitie onderbouwing verhoging exploitatiebijdrage Laco Sportcentrum De Veldschuur te Malden (bijlage 8 bij de SOK).

### 6.3 Opbrengsten De Veldschuur

67. De gemeente Heumen behaalt geen opbrengsten uit bruikleen van De Veldschuur. Laco kan De Veldschuur “om niet” gebruiken.

### 6.4 Conclusie concept-besluit De Veldschuur

68. Nu de integrale kosten van De Veldschuur hoger zijn dan de opbrengsten, stelt de ACM vast dat de gemeente vanaf 8 januari 2018 niet de integrale kosten van de bruikleen van De Veldschuur doorberekent aan Laco.

## 7 Voorlopige beoordeling Sportcentrum Malden ten tijde van concept-besluit

69. Ten tijde van het concept-besluit was de verhuur van Sportcentrum Malden nog niet aangevangen. Dit betekende dat de gemeente toen nog geen economische activiteit verrichtte. Laco en de gemeente hadden echter al wel concrete afspraken gemaakt over de verhuur en exploitatie van Sportcentrum Malden en de datum van de opening van Sportcentrum Malden was ophanden. Onder die omstandigheden achtte de ACM het juist om in een aparte bijlage bij het concept-besluit reeds de consequenties te schetsen als de gemeente haar afspraken over de verhuur en exploitatie van Sportcentrum Malden niet zou wijzigen. Deze voorlopige beoordeling luidde als volgt.
70. Zoals hierboven beschreven, zijn de gemeente en Laco overeengekomen dat Laco het nieuwe sportcentrum Malden van de gemeente zal huren en dit zal exploiteren. De gemeente zal aan Laco een huurprijs in rekening brengen, maar zal tegelijkertijd ook een exploitatiebijdrage aan Laco betalen. Deze situatie is sterk vergelijkbaar met de situatie met betrekking tot het oude sportcentrum De Veldschuur.
71. De ACM heeft de gemeente gevraagd inzicht te geven in de kosten en opbrengsten die samenhangen met de verhuur aan en exploitatie door Laco van sportcentrum Malden. De gemeente heeft onderstaande gegevens aan de ACM verstrekt.

72. Overzicht van de verwachte integrale kosten (per jaar) van sportcentrum Malden

(alle bedragen in EUR)

Kapitaallasten	[...]
Eigenaarsonderhoud	[...]
Eigenaarslasten	[...]
Toerekening van de overhead	[...]
Energiekosten	[...]
Totaal	408.993

73. De gemeente Heumen gaat een exploitatiebijdrage ter grootte van EUR 284.500 betalen aan Laco in het kader van Sportcentrum Malden. In lijn met de bestaande situatie is de ACM op dit

moment van oordeel dat de exploitatiebijdrage moet worden meegenomen in de beoordeling of de integrale kosten worden doorberekend.

74. De gemeente Heumen brengt aan Laco voor Sportcentrum Malden een huurprijs in rekening ter grootte van EUR 266.677.

75. Het bovenstaande leidt tot de volgende opstelling van de verwachte kosten én opbrengsten:  
(alle bedragen in EUR)

Kapitaallasten	[...]
Eigenaarsonderhoud	[...]
Eigenaarslasten	[...]
Toerekening van de overhead	[...]
Energiekosten	[...]
Kosten exploitatiebijdrage	284.500
Totale kosten	693.493
Opbrengsten uit verhuur	266.677
Kosten +/- opbrengsten	426.816

76. Naar het oordeel van de ACM leidt bovenstaande opstelling in beginsel tot de conclusie dat de gemeente ook niet de integrale kosten van sportcentrum Malden aan Laco doorberekent en dus de Wet M&O zal overtreden.

## 8 Zienswijze gemeente

77. Ondanks uitdrukkelijk verzoek van de ACM heeft de gemeente aangegeven dat zij nog geen zienswijze wilde geven op de beoordeling van de verhuur van Sportcentrum Malden, maar alleen een zienswijze wilde geven op het concept-besluit. De gemeente is het niet eens met het concept-besluit. Zij vindt het onzorgvuldig voorbereid, onvoldoende gemotiveerd en in strijd met het gelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel. Hiertoe voert de gemeente het volgende aan.

### *Economische activiteit*

78. De gemeente betoogt in de eerste plaats dat de gemeente geen economische activiteit verricht met de bruikleen van De Veldschuurpercelen. Volgens de gemeente is de Wet M&O daarom niet van toepassing. De gemeente voert hiervoor de volgende argumenten aan.
79. De gemeente stelt in de eerste plaats dat de gemeente in dit geval een overheidstaak uitoefent en geen economische activiteit verricht. Volgens de gemeente blijkt uit de totstandkomingsgeschiedenis van De Veldschuurpercelen evident dat de gemeente een overheidstaak uitoefent met de verkrijging van De Veldschuurpercelen en de daarop volgende bruikleen met exploitatievergoeding. Volgens de gemeente betreft de ACM ten onrechte niet deze totstandkomingsgeschiedenis in haar beoordeling.

80. Daarnaast verricht de gemeente geen economische activiteit, omdat geen sprake is van een markt. De ACM betreft ten onrechte niet in haar besluit dat de gemeente als gevolg van de eigendomspositie van Laco (en de eigendomshistorie van De Veldschuurpercelen) uitsluitend met Laco kon contracteren. De gemeente heeft naar alternatieve locaties gezocht voor een sportcentrum, maar kwam al snel tot de conclusie dat De Veldschuurpercelen van Laco de enige ontwikkellocatie is. Laco beschikte dus over een volledig exclusieve positie die andere potentiële bruikleners van sportaccommodaties niet hebben. De gemeente Heumen biedt hierdoor De Veldschuur niet aan op een markt, maar alleen aan de enig (potentieel) beschikbare bruiklener Laco.
81. Verder betoogt de gemeente dat de bruikleen niet potentieel winstgevend door een particuliere onderneming kan worden uitgeoefend en dat daarom geen sprake is van een economische activiteit. De gemeente verwijst in dit verband naar literatuur en een conclusie van Advocaat-Generaal Jacobs.
82. Tot slot stelt de gemeente dat de ACM in het concept-besluit de systematiek van de Onteigeningswet miskent. Op de gemeente rustte op grond van de Onteigeningswet de wettelijke verplichting een onteigeningsregeling te treffen zonder dat daarvoor een onteigeningsbesluit noodzakelijk was. Volgens de gemeente maakt dit minnelijke traject onderdeel uit van de uitoefening van een overheidstaak.

*Exploitatiebijdrage – geen bevoegdheid ACM*

83. De gemeente stelt dat de ACM niet bevoegd is om over de exploitatiebijdrage te oordelen. De gemeente verwijst naar artikel 4 van het Besluit M&O waarin staat dat bij het aanbieden van verschillende soorten goederen of diensten, de kostendoorberekening 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. Dit maakt dat de ACM niet bevoegd is om over de exploitatiebijdrage te oordelen, zo stelt de gemeente.
84. De gemeente betoogt verder dat de ACM met haar oordeel over de exploitatiebijdrage een verkapte staatssteunbeoordeling doet, terwijl zij daartoe niet bevoegd is. Voor zover de exploitatiebijdrage Laco zou bevoordelen boven andere sportexploitanten - hetgeen de gemeente overigens betwist – dan vinden concurrentie-effecten plaats op een markt waarop de gemeente niet actief is. De Wet M&O geeft de ACM geen bevoegdheid om hierover te oordelen. De gemeente wijst er overigens op dat zij van mening is dat er geen sprake is van staatssteun aan Laco, onder meer omdat de exploitatiebijdrage geen interstatelijke effecten heeft.
85. Tot slot betoogt de gemeente dat de ACM door (exploitatie)bijdragen te betrekken bij de M&O beoordeling, terugkomt van haar besluit in de zaak over de trailerhelling van de gemeente Harlingen.<sup>21</sup> Volgens de gemeente blijkt uit dit besluit dat de gemeente Harlingen de integrale kosten moet doorberekenen aan de huurders van de trailerhelling, maar dat niets eraan in de weg staat om die huurders een bijdrage te verlenen voor een sluitende begroting.

---

<sup>21</sup> Besluit op bezwaar Trailerhelling gemeente Harlingen, 23 april 2019, ACM/UIT/510673, te raadplegen op [www.acm.nl](http://www.acm.nl).



*Exploitatiebijdrage – bezwaren tegen algemeen toetsingskader*

86. De gemeente kan zich niet vinden in het beoordelingskader dat staat in randnummers 53 tot en met 57 van dit besluit. De ACM stelt in die randnummers dat een bijdrage van een bestuursorgaan buiten beschouwing kan worden gelaten bij de integrale kosten, als de bijdrage een redelijke vergoeding is voor diensten of producten die de afnemer aan het bestuursorgaan levert, zoals bij een 'gewone' koop. Volgens de gemeente kan een exploitatiebijdrage nooit kwalificeren als koop door een gemeente. Door deze eis in het beoordelingskader, maakt de ACM subsidiëring altijd onmogelijk.
87. In het concept-besluit staat verder dat een bijdrage van het bestuursorgaan buiten beschouwing kan worden gelaten bij de integrale kosten, als een ieder ander (bijvoorbeeld een concurrent van de afnemer van het bestuursorgaan) onder gelijke voorwaarden recht heeft op die bijdrage, zoals een subsidie of een toeslag die een ieder, en niet alleen de afnemer van het bestuursorgaan, kan ontvangen. De gemeente kan zich niet vinden in dit standpunt van de ACM. Volgens de gemeente kan de ACM niet de plicht opleggen om concurrenten een subsidie of (exploitatie)bijdrage te geven. De ACM heeft daartoe niet de bevoegdheid. Als derden door een economische activiteit van de gemeente worden benadeeld, kan alleen een verplichting tot compensatie ontstaan bij een algemeen belang besluit. De gemeente heeft evenwel op dit moment (nog) geen algemeen belang besluit genomen. Bovendien heeft de ACM niet de bevoegdheid om zo'n algemeen belang besluit te toetsen. Dus de ACM kan ook niet toetsen of een verplichting tot compensatie bestaat.
88. Tot slot kan de gemeente zich niet vinden in de eis dat een exploitatiebijdrage alleen mag dienen ter dekking van de inkomstenderving van Laco. Volgens de gemeente vloeit een dergelijke verplichting niet voort uit de Wet M&O en heeft de ACM ook niet gemotiveerd waarom op dat punt een bewijslast op het bestuursorgaan rust. Volgens de gemeente kan zij de exploitatiebijdrage slechts marginaal toetsen, omdat die is vastgesteld op basis van (bedrijfsvertrouwelijke) gegevens van Laco.

*Exploitatiebijdrage – bezwaren tegen oordeel exploitatiebijdrage in deze zaak*

89. De gemeente heeft verder nog een aantal bezwaren tegen het oordeel van de ACM over de specifieke exploitatiebijdrage die in deze zaak aan de orde is. De gemeente betoogt dat de ACM ten onrechte stelt dat de gemeente geen exploitatievergoeding aan andere ondernemingen aanbiedt. De gemeente biedt wel degelijk aan exploitanten van andere sportfaciliteiten een klokuurvergoeding vanwege de inkomsten die deze exploitanten derven vanwege verhuur aan (basis)scholen (en/of verenigingen) tegen een lager tarief dan een kostendekkend tarief.
90. De gemeente stelt verder dat de exploitatievergoeding wel dient ter compensatie van inkomstenderving van Laco. De gemeente is bij de beoordeling van de exploitatiebijdrage van Laco zorgvuldig te werk gegaan en heeft vastgesteld dat de exploitatiekosten van Laco - en daarmee ook de exploitatiebijdrage - niet onredelijk is. De ACM stelt volgens de gemeente ten onrechte dat de exploitatiebijdrage helemaal geen kostenderving compenseert. De gemeente verwijst ter onderbouwing naar het rapport Analyse marktpositie Sportcentrum Malden van 8 juli 2019 van KplusV.
91. Verder wijst de gemeente er op dat zij ook andere exploitanten dan Laco de kans heeft geboden om hun interesse in de toekomstige exploitatie van De Veldschuurpercelen bekend te maken, waarbij volledige transparantie is verstrekt over de voorgenomen HEX. Er hebben zich daarna echter geen exploitanten bij de gemeente gemeld.

*Onevenredige benadeling gemeente door handhaving en concreet zicht op legalisatie*

92. Volgens de gemeente heeft de ACM geen deugdelijke belangenafweging aan haar besluit ten grondslag gelegd. Volgens de gemeente dient het besluit geen enkel belang. Hiertoe voert de gemeente aan dat de signaalindiener zich niet beklagt over een overtreding van de Wet M&O, maar over een beweerde overtreding van de staatssteunregels. Bovendien is de signaalindiener volgens de gemeente geen belanghebbende, omdat hij geen concurrent is van de gemeente of van Laco.
93. Het besluit heeft daarentegen volgens de gemeente onevenredig nadelige gevolgen voor de gemeente, Laco en de gebruikers van het sportcentrum. Als de ACM de gemeente verplicht om de integrale kosten door te rekenen en de betaling van de exploitatiebijdrage te beëindigen, dan dwingt de ACM de gemeente tot een tekortkoming in de nakoming van de HEX. In dat geval is ontbinding van de overeenkomst mogelijk, waarbij ook Laco onevenredig in haar belangen wordt geschaad. Bovendien is de gemeente bij ontbinding van de HEX potentieel aansprakelijk voor een bedrag tot EUR 1 miljoen. Daarbij komt dat ook de gebruikers van het sportcomplex worden benadeeld als het sportcomplex zal sluiten. De ACM houdt met al deze nadelige gevolgen ten onrechte geen rekening bij haar handhavingsbesluit.
94. Tot slot stelt de gemeente dat er concreet zicht is op legalisatie, omdat de gemeente een algemeen belang besluit voorbereidt. De gemeente heeft de ACM tijdens het gesprek op 11 juli 2019 verzocht geen besluit te nemen totdat het algemeen belang besluit is genomen.

## 9 Reactie Laco

*Economische activiteit*

95. Laco is het niet eens met het concept-besluit van de ACM. Laco betoogt ten eerste dat de Wet M&O niet van toepassing is, omdat de gemeente volgens Laco geen economische activiteit verricht. In dit kader voert Laco de volgende argumenten aan.
96. Laco stelt dat de ACM miskent dat de bruikleen van De Veldschuur onderdeel uitmaakt van een totaalafpraak. Uit het Hoofdlijnenakkoord, de HEX en de SOK blijkt dat de totaalafpraak inhoudt dat de gemeente de Veldschuurpercelen van Laco koopt, de gemeente een nieuw sportcomplex ontwikkelt, Laco dit sportcomplex gaat exploiteren en daarvoor van de gemeente jaarlijks een exploitatiebijdrage ontvangt. Dit is één onderling samenhangende transactie. De bruikleen van De Veldschuur betreft slechts een tussenfase tot de oplevering van het nieuwe sportcomplex. Doordat de ACM de bruikleen van De Veldschuur als op zichzelf staande economische activiteit beschouwt en de bruikleen isoleert van het totaalpakket, miskent de ACM de samenhang tussen de verschillende afspraken die de gemeente en Laco hebben gemaakt.
97. Laco stelt daarnaast dat de gemeente geen economische activiteit verricht, omdat in dit geval geen sprake is van een markt waarop de gemeente De Veldschuur aanbiedt. Volgens Laco besteedt de ACM in het besluit ten onrechte geen aandacht aan de afbakening van de relevante goederen- en dienstenmarkten en de geografische markt, waardoor de ACM ten onrechte uitgaat van een marktsituatie. Volgens Laco is de gemeente door het aangaan van de SOK en de HEX niet vrij geweest om De Veldschuur in bruikleen, huur of exploitatie te geven aan een andere partij dan Laco. En zelfs als de gemeente wél deze vrijheid had gehad, dan had geen andere partij de exploitatie op zich willen nemen, omdat De Veldschuur enorm is verouderd. Laco is dus

de enige (potentiële) afnemer van de gemeente. Van een marktsituatie is daarom geen sprake, zo stelt Laco.

98. Daarnaast kan Laco zich niet vinden in de conclusie van de ACM dat de gemeente geen overheidsgezag uitoefent op basis van de Ontheingingswet. Als de SOK en de HEX niet waren getekend, dan zou de gemeente volgens Laco de Veldschuurpercelen hebben moeten ontheingen om betaalbare sport in Malden te kunnen realiseren.

*Uitzondering Wet M&O door algemeen belang*

99. Als de ACM blijft bij haar conclusie dat sprake is van een economische activiteit, dan is volgens Laco sprake van de algemeen belang uitzondering, waardoor de Wet M&O niet van toepassing is. De gemeente streeft namelijk een algemeen belang na met haar afspraken met Laco over de bruikleen en exploitatie van De Veldschuur, omdat door die afspraken Laco betaalbare sport kan aanbieden. Volgens Laco zijn de afspraken tussen Laco en de gemeente neergelegd in overeenkomsten die door de gemeenteraad zijn goedgekeurd, waardoor de gemeente zich volgens Laco kan beroepen op de uitzondering van artikel 25h, vijfde lid, van de Mw.

*Aggregatieniveau*

100. Laco stelt verder dat de ACM het aggregatieniveau niet juist heeft vastgesteld. Volgens haar is er maar één relevante markt en één relevant aggregatieniveau, namelijk de verkoop van De Veldschuurpercelen door Laco aan de gemeente. Alle andere economische activiteiten zijn volgens Laco daaraan verbonden en daarvan afhankelijk en zouden niet hebben bestaan zonder de verkoop van De Veldschuurpercelen door Laco.

*Kostenposten integrale kostprijs*

101. Laco kan zich verder niet vinden in de berekening van de integrale kosten. De ACM gaat er ten onrechte van uit dat incidentele kosten van de kostenpost 'herstel stormschade 18 maart 2018' meerdere jaren zullen voorkomen. Daarnaast neemt de ACM ten onrechte de eigenaarsdelen van de Onroerende Zaakbelasting mee in de berekening van de integrale kosten.

*Exploitatiebijdrage*

102. Laco stelt dat de ACM ten onrechte de exploitatiebijdrage betreft bij de integrale kostenberekening. Volgens haar is het verstrekken van deze bijdrage geen economische activiteit van de gemeente en daarom niet onderworpen aan de Wet M&O. Bovendien stelt de ACM ten onrechte dat de gemeente Laco verplicht tot de exploitatie van De Veldschuur en sportcentrum Malden. Volgens haar had de gemeente niet de vrijheid om Laco de exploitatieplicht op te leggen. Volgens Laco was zij degene die de vrijheid had om haar eigen keuzes te maken.
103. Verder stelt Laco dat de ACM ten onrechte de exploitatiebegroting betwist, zonder nader onderzoek naar de exploitatiebegroting te verrichten. Volgens Laco is de hoogte van de exploitatiebijdrage goed vastgesteld. De gemeente heeft geen belang bij een te hoge exploitatiebijdrage en Laco niet bij een te lage exploitatiebijdrage. Daarnaast lagen er resultaten van een haalbaarheidsonderzoek en heeft Laco ervaringscijfers voor de exploitatie in Malden, die zijn gebruikt voor de vaststelling van de exploitatiebijdrage.
104. Daarnaast kan Laco zich niet vinden in het standpunt van de ACM dat de exploitatiebijdrage een redelijke of marktconforme vergoeding moet zijn voor uitsluitend de inkomsten die Laco derft vanwege de randvoorwaarden aan de exploitatie. Volgens haar mist dit criterium redelijke toepassing en is dit criterium niet terug te vinden in de Mw of het Besluit M&O. Bovendien

miskent de ACM met het criterium dat Laco niet alleen te maken heeft met de door de gemeente opgelegde beperkingen, maar ook met bijvoorbeeld personeelskosten en de beperkte afname van de sportfaciliteiten in de gemeente Heumen. De ACM houdt hiermee ten onrechte geen rekening, zo stelt Laco.

## 10 Beoordeling door ACM

105. In de aanbiedingsbrief bij het concept-besluit heeft de ACM aangegeven dat indien de verhuur van Sportcentrum Malden ten tijde van het nemen van het definitieve besluit zou zijn aangevangen, zij in overweging zou nemen om ook ten aanzien van Sportcentrum Malden een formeel oordeel uit te spreken. Nu het beoordelingskader in het concept-besluit samen met de bijlage bij het concept-besluit weergaven hoe de ACM de (toekomstige) verhuur van Sportcentrum Malden beoordeelde, heeft de ACM de gemeente twee keer<sup>22</sup> nadrukkelijk verzocht om de overwegingen van de ACM over Sportcentrum Malden mee te nemen in haar zienswijze. De gemeente wilde evenwel nog geen zienswijze geven over de voorlopige beoordeling van Sportcentrum Malden.

106. Na het versturen van het concept-besluit en de voorlopige beoordeling heeft de gemeente Sportcentrum Malden in gebruik gegeven aan Laco. De ACM zal daarom in dit besluit zowel een formeel oordeel geven over de bruikleen van De Veldschuur als over de verhuur van Sportcentrum Malden. Hoewel de gemeente heeft gesteld dat zij geen zienswijze wilde geven over Sportcentrum Malden, kunnen veel argumenten uit de zienswijze ook worden toegepast op de beoordeling van Sportcentrum Malden. Bovendien ging het gesprek op 11 juli 2019 tussen de ACM en de gemeente overwegend over de beoordeling van Sportcentrum Malden. De ACM betreft daarom de zienswijze van de gemeente en Laco ook bij haar beoordeling van Sportcentrum Malden.

### *Economische activiteit*

107. De ACM heeft van de gemeente en Laco uitvoerige informatie gekregen over de totstandkomingsgeschiedenis van de Veldschuurpercelen. De ACM begrijpt dat de afspraken tussen Laco en de gemeente voortkomen uit de reeds langlopende exploitatie van De Veldschuur door Laco. Evenzeer ziet de ACM dat sprake is van een totaalafpraak tussen de gemeente en Laco, in die zin dat de overdracht van De Veldschuurpercelen, de verhuur van Sportcentrum Malden en de bruikleen van De Veldschuur met elkaar verband houden. De ACM ziet in de voorgeschiedenis van De Veldschuurpercelen echter geen reden voor de conclusie dat de gemeente geen economische activiteit uitvoert. De ACM legt dit hieronder uit.

108. De ACM ziet dat er een juridische samenhang is tussen de verschillende overeenkomsten en dat de onderhandelingen tussen partijen zagen op het geheel aan afspraken. Zo heeft Laco uitgelegd dat zij slechts tot verkoop van de Veldschuurpercelen wilde overgaan, indien zij het recht zou verkrijgen om Sportcentrum Malden na de realisatie langdurig te exploiteren. De exploitatie van Sportcentrum Malden is dus een voorwaarde geweest voor de verkoop van De Veldschuurpercelen. Toen de gemeente en Laco overeenstemming hadden bereikt over de verkoop van De Veldschuurpercelen en de exploitatie van sportcentrum Malden, vormde de bruikleen van Sportcentrum De Veldschuur het sluitstuk op deze afspraak. De (juridische) samenhang tussen de afspraken laat echter onverlet dat de gemeente met de bruikleen van De

---

<sup>22</sup> Zowel in de aanbiedingsbrief als in een e-mail van de ACM naar de gemeente op 27 mei 2019 (ACM/UIT/512796).

Veldschuur, vastgoed aanbiedt en dat het aanbieden van vastgoed naar zijn aard een economische activiteit is. De overheid heeft geen specifieke taak om vastgoed aan te bieden en ook particuliere marktpartijen kunnen deze activiteit verrichten.

109. Het feit dat de gemeente en Laco geen financiële tegenprestatie hebben afgesproken voor het gebruik van De Veldschuur, maakt dit niet anders. De ACM kan zich dan ook niet vinden in de stelling van de gemeente dat er geen economische activiteit plaatsvindt, omdat een andere marktpartij de bruikleen niet winstgevend kan uitvoeren. Het is een keuze van de gemeente om het sportcomplex ter beschikking te stellen zonder hiervoor een (huur)bedrag in rekening te brengen. Dit neemt niet weg dat wel degelijk particuliere marktpartijen vastgoed in het algemeen, en sportcomplexen in het bijzonder, ter beschikking kunnen stellen. Bovendien is het ontbreken van een winstogmerk een relevant, maar geen doorslaggevend, criterium voor de beoordeling of een activiteit al dan niet economisch van aard is.<sup>23</sup>
110. De ACM volgt verder niet de stelling dat de gemeente geen goed aanbiedt op een markt, omdat Laco de enige (potentiële) afnemer is door haar eigendomspositie. Volgens de ACM is Laco namelijk niet de enige (potentiële) afnemer. Het is de ACM bekend dat ook andere partijen in de markt actief zijn die sportcentra huren van gemeenten met als doel deze te exploiteren. Daarnaast heeft de ACM van zowel de gemeente als van Laco begrepen dat Laco door haar eigendomspositie een exclusief onderhandelingsrecht heeft bedongen waar de gemeente vrijwillig mee heeft ingestemd. De gemeente had er ook voor kunnen kiezen om de gronden te kopen/te onteigenen van Laco en de sportcentra te verhuren aan een andere exploitant. Derhalve is het niet aannemelijk dat Laco de enige (potentiële) afnemer is van de gemeente. Anders dan Laco betoogt, is de ACM van oordeel dat zij voor deze conclusie niet exact de markt hoeft af te bakenen. Dat is in dit geval namelijk niet relevant voor het antwoord op de vraag of de gemeente een economische activiteit verricht.
111. Tot slot is de ACM van oordeel dat de gemeente geen overheidsprerogatief uitoefent op basis van de Onteigeningswet. De ACM begrijpt dat de gemeente met Laco op minnelijke wijze overeenstemming wilde bereiken over de toekomst van De Veldschuurpercelen. De Onteigeningswet vereist dat een poging wordt gedaan om tot een minnelijke overeenstemming te komen, voordat de gemeente kan onteigenen. De ACM blijft evenwel bij haar conclusie dat zo'n minnelijke regeling slechts het (verplichte) 'voorportaal' is van de bevoegdheidsuitoefening van de onteigening en dat de gemeente hiermee nog niet de overheidsbevoegdheid van de onteigening zelf uitoefent. Reeds daarom kan de bruikleen naar het oordeel van de ACM niet worden beschouwd als de uitoefening van een overheidsprerogatief op basis van de Onteigeningswet.
112. Alle voorgaande punten in overweging nemende, concludeert de ACM dat de gemeente een economische activiteit uitoefent door sportcentrum De Veldschuur aan Laco in bruikleen te geven en Sportcentrum Malden aan Laco te verhuren.

*Algemeen belang besluit*

113. De ACM volgt niet de stelling van Laco dat de gemeente zich kan beroepen op artikel 25h, vijfde lid, van de Mw, omdat de afspraken tussen Laco en de gemeente een algemeen belang

---

<sup>23</sup> HvJ EU, 26 maart 2009, ECLI:EU:C:2009:191 (Selex), HvJ EU 21 september 1999, ECLI:EU:C:1999:434 (Brentjes' Handelsonderneming B.V.), HvJ EU 23 april 1991, ECLI:EU:C:1991:161 (C-41/90 Höfner/Elser), HvJ EU 21 september 1999, ECLI:EU:C:1999:430 (Albany).

nastreven en zijn goedgekeurd door de gemeenteraad. In een algemeen belang besluit moet een bestuursorgaan expliciet op basis van artikel 25h, vijfde lid, Mw en met een zorgvuldige belangenafweging vaststellen dat een economische activiteit plaatsvindt in het algemeen belang. Hoewel de gemeente zich in deze procedure wel op het standpunt stelt dat sprake is van een dienst van algemeen (economisch) belang, stelt de ACM vast dat de gemeente Heumen niet een formeel besluit op basis van artikel 25h, vijfde lid, Mw heeft genomen voor de bruikleen van De Veldschuur of de verhuur van Sportcentrum Malden. Anders dan Laco stelt is dus geen sprake van de uitzondering van artikel 25h, vijfde lid, Mw en is de Wet M&O van toepassing.

*Aggregatieniveau*

114. Laco stelt dat de ACM het aggregatieniveau niet juist heeft vastgesteld, omdat er maar één relevante markt en één relevant aggregatieniveau is, namelijk de verkoop van De Veldschuurpercelen door Laco aan de gemeente, en niet de bruikleen van sportcentrum De Veldschuur. De ACM volgt deze redenering niet. Het aggregatieniveau ter vaststelling van de integrale kosten gaat om de vraag of een *bestuursorgaan* meerdere goederen of diensten aanbiedt op één markt. In dat geval kan het bestuursorgaan de kosten en de opbrengsten van die goederen of diensten samen nemen. Het aggregatieniveau gaat dus niet om de vraag of de economische activiteit van de gemeente, in dit geval de bruikleen, verband houdt met een economische activiteit van een derde, namelijk de verkoop van De Veldschuurpercelen door Laco.
115. De ACM heeft in de vorige randnummers al vastgesteld dat de samenhang tussen de verschillende afspraken tussen Laco en de gemeente, onverlet laat dat de gemeente een economische activiteit verricht. Nu die economische activiteit de bruikleen van De Veldschuur/de verhuur van Sportcentrum Malden betreft en de gemeente ook zelf heeft aangegeven dat het aggregatieniveau op dat niveau ligt, is de ACM van oordeel dat het aggregatieniveau correct is vastgesteld.

*Kostenposten integrale kostprijs*

116. In randnummer 66 van het besluit stelt de ACM dat zij geen aanwijzingen heeft dat de integrale kosten voor De Veldschuur vanaf 1 januari 2019 lager zijn geworden dan in 2018. Laco stelt terecht dat de ACM daardoor ten onrechte de kostenpost 'herstel stormschade 18 maart 2018' betreft bij de integrale kosten voor 2019. De kostenpost ziet op een incident in 2018 en komt dus niet meer voor in 2019. Dit betekent dat de integrale kosten voor 2019 wellicht EUR [...] lager zullen zijn dan in 2018, maar laat onverlet dat naar verwachting ook in 2019 de kosten van De Veldschuur hoger zullen zijn dan de opbrengsten.
117. De ACM volgt niet het betoog van Laco dat de ACM ten onrechte de eigenaarsdelen van de Onroerende Zaakbelasting meeneemt in de berekening van de integrale kosten. De gemeente betaalt Onroerende Zaakbelasting uit hoofde van het eigenaarschap van De Veldschuur en dit zijn dus operationele kosten die direct met de uitvoering van de bruikleen te maken hebben (artikel 5 Besluit M&O). Laco beargumenteert niet waarom de Onroerende Zaakbelasting niettemin buiten beschouwing moeten blijven. De ACM ziet daarom geen grond om de kostenpost "Onroerende Zaakbelasting eigenaarsdeel" - die de gemeente overigens zelf ook als kostenpost opvoert - niet te betrekken bij de integrale kosten.

*Exploitatiebijdrage – bevoegdheid ACM*

118. De gemeente en Laco betogen dat de ACM niet bevoegd is om de exploitatiebijdrage bij de beoordeling te betrekken. De ACM is evenwel van oordeel dat de Wet M&O niet in de weg staat

aan een beoordeling van bijdragen die een bestuursorgaan verstrekt aan haar eigen afnemer. De Wet M&O verplicht bestuursorganen de integrale kosten van hun economische activiteiten door te berekenen aan hun afnemer. De ACM is belast met het toezicht op de naleving van deze gedragsregel. In het kader van dat toezicht is het aan de ACM om te controleren wat de integrale kosten zijn. Anders dan de gemeente en Laco stellen, is de ACM 'bevoegd' om (exploitatie)bijdragen van bestuursorganen bij deze beoordeling te betrekken. Dat een exploitatiebijdrage naar zijn aard ten gunste komt van een (particuliere) exploitant, laat namelijk onverlet dat een exploitatiebijdrage ook onlosmakelijk kan samenhangen met de economische activiteit van het bestuursorgaan. Bijvoorbeeld als een exploitatiebijdrage alleen ten gunste komt van de exploitant van vastgoed dat in eigendom is van de overheid. Zo'n exploitatiebijdrage kan niet alleen effect hebben op de markt van de exploitatie, maar ook op de markt waarop het bestuursorgaan zelf actief is.

119. Zoals de ACM heeft uitgelegd in randnummer 58 mogen bestuursorganen de plicht tot het doorberekenen van de integrale kosten niet 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 hun concurrenten niet hebben, hetgeen de Wet M&O juist beoogt te voorkomen.
120. Anders dan de gemeente veronderstelt, verricht de ACM hierdoor geen verkapte staatssteunbeoordeling. Zoals de ACM hiervoor heeft uitgelegd vindt de beoordeling van de ACM plaats in het kader van de Wet M&O.
121. Verder komt de ACM met haar oordeel over de toepasselijkheid van de Wet M&O op (exploitatie)bijdragen niet terug op haar besluit in de zaak over de trailerhelling van de gemeente Harlingen.<sup>24</sup> In die zaak was geen sprake van een vergoeding aan de afnemers van de trailerhelling. Om die reden heeft de ACM geen oordeel gegeven over (exploitatie)bijdragen.

*Exploitatiebijdrage—algemeen toetsingskader*

122. De ACM heeft in randnummers 51 tot en met 58 het algemeen toetsingskader uiteengezet wanneer bijdragen van een bestuursorgaan aan haar afnemer kwalificeren als integrale kosten en wanneer niet. De ACM geeft hier aan dat een redelijke vergoeding voor diensten of producten van de afnemer aan een bestuursorgaan (bijvoorbeeld bij een 'gewone' koop), in beginsel niet kwalificeert als integrale kosten. Ook subsidies die een ieder ander – en niet alleen de afnemer kan ontvangen - kwalificeren naar mening van de ACM in beginsel niet als integrale kosten. Tot slot is een exploitatievergoeding geen kostenpost in het kader van de Wet M&O als het een reële vergoeding betreft voor de verplichtingen of voorwaarden die het bestuursorgaan aan haar afnemer oplegt.
123. De ACM merkt allereerst op dat deze drie gevallen waarin een bijdrage niet kwalificeert als integrale kostenpost, afzonderlijk kunnen voorkomen. Het betreffen dus geen cumulatieve voorwaarden waaraan een bijdrage moet voldoen. De ACM heeft dit verduidelijkt in randnummer 53. Anders dan de gemeente veronderstelt, hoeft een exploitatiebijdrage of een subsidie dus niet te kwalificeren als 'gewone' koop.
124. Verder schrijft de ACM gemeentes niet voor aan wie zij een subsidie of exploitatiebijdrage moeten verlenen. Evenmin schrijft de ACM voor wanneer de gemeente compensatie of

---

<sup>24</sup> Besluit op bezwaar Trailerhelling gemeente Harlingen, 23 april 2019, ACM/UIT/510673, te raadplegen op [www.acm.nl](http://www.acm.nl).

schadevergoeding moet betalen aan een partij die geen subsidie of exploitatiebijdrage ontvangt. De ACM beoordeelt immers niet de toelaatbaarheid, wenselijkheid of de voorwaarden van de subsidie of exploitatiebijdrage zelf, maar geeft alleen aan wanneer de subsidie of exploitatiebijdrage bij de integrale kosten moeten worden betrokken.

125. Naar het oordeel van de ACM is een exploitatiebijdrage een integrale kostenpost, tenzij de exploitatiebijdrage een reële vergoeding vertegenwoordigt voor de verplichtingen of voorwaarden die het bestuursorgaan aan haar afnemer oplegt. Ter verduidelijking licht de ACM toe dat die reële vergoeding kan dienen ter dekking van *opbrengsten die de afnemer misloopt* door de voorwaarden, bijvoorbeeld als het bestuursorgaan aan haar afnemer maximumprijzen oplegt die lager zijn dan de prijzen die hij bij een exploitatie zonder voorwaarden zou rekenen. Maar de exploitatievergoeding kan ook dienen ter dekking van *extra kosten die de afnemer maakt*, bijvoorbeeld omdat het bestuursorgaan aan haar afnemer ruimere openingsuren voorschrijft dan de openingsuren die hij zou hanteren bij een exploitatie zonder voorwaarden.
126. Een exploitatiebijdrage dient naar oordeel van de ACM te worden meegenomen in de berekening van de integrale kosten, tenzij een bestuursorgaan aannemelijk maakt dat de bijdrage een reële vergoeding vertegenwoordigt voor de verplichtingen of voorwaarden. Anders dan de gemeente, is de ACM van oordeel dat deze eis uit de Wet M&O voortvloeit. Indien de ACM het standpunt van de gemeente en Laco zou volgen, zou een bestuursorgaan met een exploitatievergoeding de plicht tot het doorberekenen van de integrale kosten kunnen omzeilen door haar afnemer weliswaar kosten in rekening te brengen, maar tegelijkertijd die kosten van de afnemer door een exploitatievergoeding (met publiek geld) te vergoeden. Zoals de ACM al heeft uitgelegd in randnummer 119, is dat niet in overeenstemming met de doelstelling van de Wet M&O.
127. Het ligt op de weg van de gemeente om aannemelijk te maken dat de bijdrage een reële vergoeding vertegenwoordigt voor de verplichtingen of voorwaarden die zij aan haar afnemer oplegt. Anders dan partijen stellen, rust de bewijslast op dit punt dus niet bij de ACM, maar bij de gemeente. De gemeente moet immers op verzoek van de ACM kunnen aantonen dat zij alle integrale kosten doorberekent aan haar afnemers (artikel 25i, lid 4, Mw).<sup>25</sup> De ACM heeft daarom ook in dit geval aan de gemeente verzocht om een onderbouwing van de exploitatiebijdrage.
128. De ACM ziet gelet op het voorgaande geen aanleiding om haar algemeen toetsingskader voor bijdragen van bestuursorganen aan haar afnemers (randnummers 51 tot en met 58 van dit besluit) te wijzigen.

*Exploitatiebijdrage –oordeel over de exploitatiebijdrage van de gemeente Heumen*

129. In de volgende randnummers behandelt de ACM de specifieke bezwaren van de gemeente en Laco die zien op het oordeel over de exploitatievergoeding in deze zaak. Met andere woorden, de ACM gaat hierna in op de wijze waarop de ACM haar toetsingskader in deze zaak toepast.
130. De ACM ziet in het betoog over de klokurenvergoeding geen grond om de exploitatievergoeding buiten beschouwing te laten bij de beoordeling. De gemeente heeft tijdens het gesprek op 11 juli 2019 toegelicht dat de gemeente op basis van wet- en regelgeving een zogenoemde klokurenvergoeding geeft aan aanbieders van gymnastiekonderwijs. De gemeente legde uit dat ook Laco deze klokurenvergoeding krijgt en dat deze vergoeding los staat van de exploitatievergoeding. Met andere woorden, Laco krijgt een klokurenvergoeding ‘bovenop’ de

<sup>25</sup> Zie ook de uitspraak van het CBB, 11 juni 2019, ECLI:NL:CBB:2019:233.



exploitatiebijdrage. Deze vergoedingen zijn dus verschillend van aard. Gelet op deze toelichting van de gemeente, ziet de ACM geen aanleiding voor de conclusie dat ook anderen dan afnemers van de gemeente – bijvoorbeeld een concurrent van Laco – een exploitatievergoeding krijgen.

131. De ACM blijft derhalve van oordeel dat de exploitatievergoeding in dit geval onlosmakelijk samenhangt met de economische activiteit van de gemeente. De plicht tot exploitatie die is vastgelegd in de HEX is immers verbonden aan de economische activiteit van de gemeente, nu het voor Laco niet mogelijk is om de sportcentra in bruikleen te krijgen/te huren, zonder dat zij de die gaat exploiteren. De exploitatiebijdrage hangt op haar beurt weer samen met de plicht tot exploitatie. De bruikleen en de verhuur van de sportcentra en de exploitatieplicht met de exploitatiebijdrage zijn derhalve onlosmakelijk met elkaar verbonden.
132. Nu heeft de gemeente aan de verhuur diverse voorwaarden verbonden over de exploitatie van het sportcomplex, waardoor Laco beperkt is in het gebruik van het sportcentrum. Zo is Laco bijvoorbeeld voor een aantal groepen gebruikers niet vrij zelf de tarieven vast te stellen. De beperkende voorwaarden leiden ertoe dat de exploitant niet geheel naar eigen inzicht kan beschikken over het vastgoed. De ACM ziet zich derhalve gesteld voor de vraag of de exploitatievergoeding een reële vergoeding vertegenwoordigt voor deze verplichtingen en voorwaarden. Alleen als de bijdrage enkel de kosten en de gederfde inkomsten dekt die Laco heeft vanwege de beperkende voorwaarden van de gemeente, dan hoeft de bijdrage niet te worden betrokken bij de integrale kosten.
133. Eén van de manieren waarop de gemeente dit zou kunnen onderbouwen, is als de exploitatiebijdrage is vastgesteld via een (openbare) aanbestedingsprocedure, waarna de exploitatie is gegund aan de inschrijver die de laagste exploitatiebijdrage vraagt (zie randnummer 56). De gemeente stelt in reactie hierop dat zij andere partijen de mogelijkheid heeft geboden hun interesse kenbaar te maken voor de toekomstige exploitatie van sportcentrum Malden middels een kennisgeving, maar dat toen niemand zich heeft gemeld.
134. De ACM stelt vast dat de gemeente op TenderNed alleen heeft gepubliceerd dat zij voornemens was de HEX met Laco te sluiten. De hoogte van de exploitatiebijdrage is niet vastgesteld naar aanleiding van een openbare aanbestedingsprocedure. Een onderbouwing dat de hoogte van de exploitatiebijdrage een reële vergoeding vertegenwoordigt voor de beperkende voorwaarden, heeft de gemeente dus niet gegeven door te stellen dat andere exploitanten ook hun interesse kenbaar hadden kunnen maken.
135. De ACM ziet zich daarom gesteld voor de vraag of de gemeente op een andere wijze heeft onderbouwd dat de exploitatiebijdrage een reële vergoeding vertegenwoordigt voor de beperkende voorwaarden. Nu verschilt de onderbouwing van de exploitatiebijdrage voor De Veldschuur enigszins van de onderbouwing van de exploitatiebijdrage voor Sportcentrum Malden. De ACM behandelt daarom de onderbouwing één voor één.

#### Onderbouwing exploitatiebijdrage De Veldschuur

136. Voor het oordeel over De Veldschuur zijn de volgende feiten over de hoogte van de exploitatiebijdrage relevant. De gemeente en Laco geven beiden aan dat de exploitatiebijdrage voor sportcentrum De Veldschuur is vastgesteld aan de hand van een door Laco opgestelde exploitatiebegroting. Laco is bij het opstellen van deze exploitatiebegroting uitgegaan van haar boekhouding. Zij maakt in haar boekhouding geen onderscheid naar activiteiten waarvoor beperkende voorwaarden gelden en andere (commerciële) activiteiten. Hierdoor is het voor de

gemeente, Laco en de ACM niet inzichtelijk welk deel van de exploitatiebijdrage kan worden toegerekend aan welke activiteit. De exploitatiebegroting van Laco geeft enkel en alleen een overzicht van álle kosten die Laco maakt voor de exploitatie van het héle sportcentrum en álle opbrengsten die zij heeft. Laco maakt meer kosten dan dat zij opbrengsten realiseert en het verschil wordt gedekt door de exploitatiebijdrage.

137. Onder de kosten van Laco vallen ook de kosten die Laco aan de gemeente moet betalen voor het gebruik van het sportcentrum. De exploitatiebijdrage en de bruikleen zijn dus “communicerende vaten”. Als Laco in plaats van de bruikleen zou moeten betalen voor het gebruik van De Veldschuur (en Laco dus nog hogere kosten zou maken), zou de exploitatiebijdrage met eenzelfde bedrag worden verhoogd.
138. De ACM concludeert derhalve dat de exploitatiebijdrage niet alleen de gedeerde winst of andere kosten ten gevolge van de beperkende voorwaarden dekt. De exploitatiebijdrage dekt het volledige tekort van Laco. Laco heeft dit ook erkend. 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.
139. De ACM laat in dit geval – anders dan in het concept-besluit (hoofdstuk 6) - in het midden welk deel van de exploitatiebijdrage integrale kosten betreft en welk deel niet bij de integrale kosten hoeft te worden opgeteld. Voor de conclusie dat de gemeente niet de integrale kosten doorberekent, is dit namelijk niet doorslaggevend. De gemeente geeft De Veldschuur immers om niet in gebruik aan Laco en rekent geen enkele integrale kosten door aan Laco.

#### Onderbouwing exploitatiebijdrage Sportcentrum Malden

140. Voor het oordeel over Sportcentrum Malden zijn de volgende feiten over de hoogte van de exploitatiebijdrage relevant. Ook voor sportcentrum Malden is de exploitatiebijdrage opgesteld aan de hand van een door Laco opgestelde exploitatiebegroting. Ook voor deze exploitatiebegroting geldt dat deze enkel en alleen een overzicht betreft van álle kosten die Laco maakt voor de exploitatie van het héle sportcentrum en álle opbrengsten die zij heeft en dat geen onderscheid wordt gemaakt naar de activiteiten waarvoor beperkende voorwaarden gelden en de andere (commerciële) activiteiten. De gemeente heeft na het indienen van haar zienswijze evenwel nog een rapport over de exploitatie van Sportcentrum Malden ingediend van het adviesbureau KplusV. Dit adviesbureau heeft in opdracht van de gemeente nader onderzoek gedaan naar de verwachte kosten en opbrengsten van Laco in verhouding tot de exploitatiebijdrage die zij gaat ontvangen van de gemeente. In het rapport worden aan de hand van verdeelsleutels kosten en opbrengsten toegewezen aan de maatschappelijke activiteiten van Laco enerzijds en de commerciële activiteiten van Laco anderzijds. Het rapport concludeert dat de exploitatiebijdrage dient ter dekking van het tekort op de exploitatiebegroting vanwege de maatschappelijke activiteiten van Laco. Laco krijgt, met andere woorden, een zogenoemde “onrendabele top vergoeding”.
141. De ACM kan op basis van dit rapport niet vaststellen welk deel van de exploitatiebijdrage dient ter compensatie van de beperkende voorwaarden die de gemeente heeft gesteld aan de verhuur van Sportcentrum Malden. Het rapport laat niet de verhouding zien tussen de kosten en opbrengsten bij een exploitatie mét beperkende voorwaarden in verhouding tot de kosten en opbrengsten bij een volledig ‘vrije’ exploitatie zonder voorwaarden. Bovendien geldt ook voor de exploitatievergoeding voor Sportcentrum Malden dat de exploitatiebijdrage en de huurprijs

“communicerende vaten” zijn. Als de huurprijs zou worden verhoogd (en Laco dus nog hogere kosten zou maken), zou ook de exploitatiebijdrage met eenzelfde bedrag worden verhoogd.

142. Partijen maken niet inzichtelijk welk deel van de exploitatiebijdrage wél een reële vergoeding voor de beperkende voorwaarden is. Ook voor Sportcentrum Malden laat de ACM in het midden welk deel van de exploitatiebijdrage integrale kosten betreft en welk deel buiten beschouwing mag blijven. Voor de conclusie dat de gemeente niet de integrale kosten doorberekent, is dit namelijk niet doorslaggevend. Zelfs als de exploitatiebijdrage niet wordt meegerekend bij de integrale kosten, berekent de gemeente namelijk niet alle kosten van Sportcentrum Malden door aan Laco (zie randnummer 75). De ‘reguliere’ integrale kosten (zonder de exploitatievergoeding) zijn immers al hoger dan de opbrengsten.

*Onevenredige benadeling gemeente door handhaving en concreet zicht op legalisatie*

143. De ACM ziet in de voorbereiding van het algemeen belang besluit en na een zorgvuldige belangenafweging geen aanleiding om geen besluit te nemen. De ACM licht dat hieronder toe.
144. De ACM is belast met het toezicht op de naleving van de Wet M&O en kan haar onderzoeken starten uit eigen beweging en/of op basis van openbare informatie, signalen of handhavingsverzoeken. Gelet op het algemene belang dat gediend is met handhaving, is de ACM in beginsel gehouden om van haar bevoegdheden gebruik te maken als zij een overtreding vaststelt. Slechts onder bijzondere omstandigheden mag van de ACM worden gevergd, dit niet te doen. Dit kan zich voordoen indien concreet zicht op legalisering bestaat. Of als handhavend optreden zodanig onevenredig is in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden behoort te worden afgezien.
145. De gemeente betoogt dat sprake is van concreet zicht op legalisatie, omdat een algemeen belang besluit wordt voorbereid. Het college van burgemeester en wethouders heeft vanaf 22 juli 2019 een ontwerp ter inzage gelegd van een algemeen belang besluit. In dit ontwerp staat dat de verhuur van sportaccommodaties in de gemeente Heumen, waaronder in ieder geval Sportcentrum Malden en De Veldschuur, activiteiten zijn die plaatsvinden in het algemeen belang in de zin van artikel 25h, lid 6, Mw.
146. De ACM ziet in de voorbereiding van het algemeen belang besluit geen reden om geen gebruik te maken van haar bevoegdheid om een overtreding vast te stellen.<sup>26</sup> De gemeenteraad moet nog besluiten of zij het algemeen belang besluit wil vaststellen. Er is dus sprake van een politiek besluitvormingsproces waarvan de uitkomst nog onzeker is. Daarbij komt dat als de gemeenteraad te zijner tijd het besluit vaststelt, dat besluit onverlet laat dat de gemeente in het verleden de Wet M&O heeft overtreden. Een algemeen belang besluit doet dus niet af aan de verklaring van de ACM dat de gemeente niet de integrale kosten heeft doorberekend bij de bruikleen en verhuur van de sportaccommodaties.
147. Verder is de ACM van oordeel dat de gemeente niet onevenredig in haar belangen wordt geschaad door een verklaring dat de gemeente de Wet M&O heeft overtreden. De plicht om integrale kosten door te berekenen aan de afnemer zou mogelijk kunnen leiden tot negatieve gevolgen voor de afnemer en de andere betrokken partijen. Dit is evenwel inherent aan de naleving van de Wet M&O. Als de gemeente van oordeel is dat deze gevolgen voor Laco (en de gebruikers van de sportaccommodatie) onevenredig zijn, mede gelet op het algemeen belang,

<sup>26</sup> Artikel 56, aanhef en onder a, Mw.

dan biedt de Wet M&O bovendien de mogelijkheid om een algemeen belang besluit te nemen. De gemeente heeft in dit geval gekozen voor de overeengekomen verplichtingen met Laco. Dat de gemeente bij het opstellen van deze verplichtingen met Laco (na de inwerkingtreding van de Wet M&O) de Wet M&O niet heeft nageleefd, dient voor risico van de gemeente te komen en is voor de ACM geen reden om geen overtreding vast te stellen.

*Conclusie*

148. De ACM concludeert gelet op het voorgaande het volgende. De ACM laat in het midden welk deel van de exploitatiebijdrage buiten beschouwing kan worden gelaten bij de integrale kosten voor De Veldschuur en Sportcentrum Malden. De ACM bepaalt dus niet exact hoe hoog de integrale kosten zijn, maar in de navolgende randnummers staat de 'range' waarbinnen de integrale kosten liggen. Er staat hoe hoog de integrale kosten minimaal zijn – dit zijn de 'reguliere' integrale kosten exclusief exploitatiebijdrage - en wat de integrale kosten maximaal kunnen zijn als de hele exploitatiebijdrage zou worden meegerekend.
149. De ACM concludeert tot de volgende opstelling van de kosten én opbrengsten voor De Veldschuur voor 2018.

(alle bedragen in EUR)

Totale integrale kosten minimaal (exclusief exploitatiebijdrage)	17.503
Totale integrale kosten maximaal (inclusief exploitatiebijdrage)	197.503
Opbrengsten uit bruikleen	0
Kosten -/- opbrengsten (minimale tekort)	17.503
Kosten -/- opbrengsten (maximale tekort)	197.503

150. In 2019 zijn de integrale kosten vanwege het vervallen van de kostenpost 'herstel stormschade 18 maart 2018' wellicht EUR [...] lager dan in 2018. Dit laat echter onverlet dat naar verwachting ook in 2019 de kosten van De Veldschuur hoger zullen zijn dan de opbrengsten.

151. De ACM concludeert tot de volgende opstelling van de verwachte kosten én opbrengsten voor Sportcentrum Malden voor 2019.

(alle bedragen in EUR)

Totale integrale kosten minimaal (exclusief exploitatiebijdrage)	408.993
Totale integrale kosten maximaal (inclusief exploitatiebijdrage)	693.493
Opbrengsten uit verhuur	266.677
Kosten -/- opbrengsten (minimale tekort)	142.316
Kosten -/- opbrengsten (maximale tekort)	426.816

152. Uit het voorgaande blijkt dat de integrale kosten altijd hoger zijn dan de opbrengsten, zelfs als de exploitatiebijdrage in het geheel niet wordt meegerekend bij de integrale kosten. De ACM

concludeert derhalve dat de gemeente niet de integrale kosten doorberekent voor de bruikleen van De Veldschuur en de verhuur van Sportcentrum Malden.

## 11 Conclusie

153. Op grond van artikel 70c, aanhef en onder a, Mededingingswet verklaart de ACM dat het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Heumen vanaf 8 januari 2018 tot en met 8 juli 2019 artikel 25i, eerste lid, Mededingingswet overtreedt bij het in bruikleen geven van De Veldschuur aan Laco.

154. Op grond van artikel 70c, aanhef en onder a, Mededingingswet verklaart de ACM dat het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Heumen vanaf 8 juli 2019 tot en met in ieder geval 16 augustus 2019 artikel 25i, eerste lid, Mededingingswet overtreedt bij de verhuur van Sportcentrum Malden.

Datum: 16 augustus 2019

De Autoriteit Consument en Markt  
namens deze,  
w.g.

dr. B.L.K. Vroomen  
Teammanager Directie Mededinging

*Als u rechtstreeks belanghebbende bent, kunt u bezwaar maken tegen dit besluit. Stuur uw gemotiveerde bezwaarschrift naar de Autoriteit Consument en Markt, Juridische Zaken, postbus 16326, 2500 BH Den Haag. Graag ontvangen wij uw bezwaarschrift binnen zes weken na de dag waarop dit besluit bekend is gemaakt. In uw bezwaarschrift kunt u de Autoriteit Consument en Markt verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter.*