



## Besluit

### Besluit op de bezwaren van de gemeente Heumen en Laco Malden B.V. tegen het besluit van de ACM van 16 augustus 2019

Ons kenmerk : ACM/UIT/532292  
Zaaknummers : ACM/19/036491 en ACM/19/036503  
Datum : 3 april 2020

## Samenvatting

1. De Autoriteit Consument en Markt (“**ACM**”) heeft bij besluit van 16 augustus 2019 (het “**bestreden besluit**”) geconcludeerd dat het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Heumen (de “**gemeente**”) artikel 25i, eerste lid, Mededingingswet (“**Mw**”) heeft overtreden. De ACM oordeelde dat de gemeente niet de integrale kosten doorberekende bij de bruikleen respectievelijk verhuur aan Laco Malden B.V. (“**Laco**”) van de sportaccommodaties De Veldschuur en Sportcentrum Malden. De gemeente en Laco hebben bezwaar gemaakt tegen het bestreden besluit. Tezamen zullen zij worden aangeduid als “**partijen**”.
2. In dit besluit op bezwaar verklaart de ACM de bezwaren van partijen ongegrond. De ACM oordeelt dat in het bestreden besluit terecht is vastgesteld dat artikel 25i, eerste lid, Mw is overtreden. De gemeente bracht niet de integrale kosten in rekening aan Laco.

## 1 Verloop van de procedure

3. De ACM heeft op 16 augustus 2019 het bestreden besluit<sup>1</sup> genomen en verzonden aan de gemeente<sup>2</sup> en Laco<sup>3</sup>.
4. De gemeente maakte bij brief van 25 september 2019 op nader aan te voeren gronden bezwaar tegen het bestreden besluit.<sup>4</sup> De ACM ontving per e-mail respectievelijk aangetekende post een aanvullend bezwaarschrift met de gronden van bezwaar van 28 oktober 2019.<sup>5</sup>
5. Laco maakte bij brief van 27 september 2019 bezwaar tegen het bestreden besluit.<sup>6</sup>
6. De hoorzitting vond plaats ten kantore van de ACM op 13 januari 2020. De gemeente en Laco lichtten hun standpunten toe aan de hand van spreekantekeningen.<sup>7</sup> Van de hoorzitting is een verslag gemaakt dat op 6 februari 2020 aan de gemeente en Laco is toegezonden.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> ACM/UIT/517521. Een kennelijke verschrijving in het bestreden besluit is hersteld bij brieven van 19 augustus 2019, dossierstuk 26 (ACM/UIT/517686) en dossierstuk 27 (ACM/UIT/517684).

<sup>2</sup> Bij brief van 16 augustus 2019, dossierstuk 25 (ACM/UIT/517240).

<sup>3</sup> Bij brief van 16 augustus 2019, dossierstuk 24 (ACM/UIT/517630).

<sup>4</sup> ACM/IN/439166.

<sup>5</sup> ACM/IN/440669.

<sup>6</sup> ACM/IN/439337.

<sup>7</sup> ACM/IN/455628 en ACM/IN/455632.

<sup>8</sup> Brieven met kenmerken ACM/UIT/528195 en ACM/UIT/528197, met als bijlage het verslag met kenmerk ACM/INT/399035.

7. Naar aanleiding van de hoorzitting stuurde de advocaat van de gemeente een e-mail met daarbij gevoegd een stuk.<sup>9</sup> Deze e-mail en het stuk zijn door de ACM aan het dossier toegevoegd en gedeeld met de advocaat van Laco.<sup>10</sup>
8. Op 19 februari 2020 ontving de ACM een e-mail van de gemachtigde van Laco met een aantal opmerkingen op het verslag.<sup>11</sup> Eveneens per e-mail van 19 februari 2020 liet de gemachtigde van de gemeente aan de ACM weten geen (aanvullende) opmerkingen te hebben.<sup>12</sup>

## 2 Bezwaargronden

9. De gronden van bezwaar van de gemeente komen – samengevat – op het volgende neer:
  - (a) er zou geen sprake zijn van een economische activiteit van de gemeente; de ACM zou niet duidelijk maken op welke (relevante) markt het handelen van de gemeente betrekking had;
  - (b) de ACM zou niet bevoegd zijn de aan Laco verleende exploitatiebijdrage in aanmerking te nemen; en
  - (c) de exploitatiebijdrage zou niet als door te berekenen (integrale) kostenpost kwalificeren, omdat deze niet dient om de huurkosten te voldoen maar enkel ter compensatie van de “onrendabele top” bij de exploitatie ten behoeve van maatschappelijke doelen.
10. Ter hoorzitting voegde de gemeente hieraan toe dat:
  - (d) de integrale kosten (niet zijnde de exploitatiebijdrage) onzorgvuldig zouden zijn vastgesteld;
  - (e) het besluit door het verdisconteren van de exploitatiebijdrage in strijd zou zijn met het gelijkheidsbeginsel.
11. Laco voert in haar bezwaarschrift in essentie dezelfde gronden aan. Aanvullend stelt zij dat de ACM in strijd zou hebben gehandeld met beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het legaliteitsbeginsel, het verbod van misbruik van bevoegdheid en het zorgvuldigheidsbeginsel.
12. Alvorens op deze bezwaargronden in te gaan, bespreekt de ACM eerst de ontvankelijkheid van het bezwaar van Laco.

## 3 Ontvankelijkheid bezwaar Laco

13. Laco stelt rechtstreeks in haar belang te worden getroffen door het bestreden besluit.<sup>13</sup> Samengevat stelt Laco het volgende:
  - (i) door de kwalificatie van de ‘bruikleen’ en verhuur van sportcomplexen als een economische activiteit, zou de rechtspositie van Laco direct worden aangetast;<sup>14</sup>

<sup>9</sup> ACM/IN/456258.

<sup>10</sup> ACM/UIT/526697.

<sup>11</sup> ACM/IN/464583.

<sup>12</sup> ACM/IN/464660.

<sup>13</sup> Bezwaarschrift Laco (ACM/IN/439337), randnummer 2.1.

<sup>14</sup> Spreekaantekeningen Laco (ACM/IN/455632), randnummer 17 en verslag van de hoorzitting (ACM/INT/399035), p. 7.

- (ii) door alleen de gemeente te adresseren in het bestreden besluit, zou de ACM Laco een rechtsmiddel ontnemen;<sup>15</sup>
  - (iii) de ACM zou een eigendomsrecht van Laco hebben genegeerd;<sup>16</sup> en
  - (iv) ten slotte zou Laco reputatieschade hebben geleden.<sup>17</sup>
14. Wat hiervan ook zij, de ACM acht hiermee niet aangetoond dat Laco een rechtstreeks bij het besluit betrokken belang heeft, zoals vereist is voor de mogelijkheid om tegen een besluit Awb-rechtsmiddelen aan te wenden, zoals het maken van bezwaar.<sup>18</sup>
15. Het bestreden besluit is enkel gericht tot de gemeente. Laco heeft een belang op basis van de overeenkomsten die zij met de (direct belanghebbende) gemeente sloot en heeft als zodanig een afgeleid belang.<sup>19, 20</sup> De belangen van Laco zijn niet tegengesteld aan die van de gemeente. Ook zijn deze niet sterker betrokken bij het bestreden besluit dan het belang van de gemeente.
16. Omdat de bezwaren van Laco inhoudelijk in essentie gelijk zijn aan die van de gemeente, kan de ACM bij de behandeling van de bezwaren de belanghebbendheid van Laco in het midden laten.

## 4 Beoordeling bezwaren door ACM

### 4.1 Economische activiteit

#### Algemeen

17. Het onderhavige geschil betreft de toepassing van artikel 25i, eerste lid, Mw. Deze bepaling luidt: *“Een bestuursorgaan dat economische activiteiten verricht, brengt de afnemers van een product of dienst ten minste de integrale kosten van dat product of die dienst in rekening.”* De ACM dient daarom allereerst te bepalen of de activiteit van de gemeente die aan de orde is, een economische activiteit is.
18. Voor deze beoordeling sluit de ACM aan bij de Europese jurisprudentie over het begrip ‘economische activiteit’.<sup>21</sup> Volgens vaste jurisprudentie is een economische activiteit ‘elke activiteit die bestaat in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt.’<sup>22</sup> Uit deze jurisprudentie volgt dat het gaat om activiteiten die ook door particuliere ondernemingen op een markt en in concurrentie kunnen worden verricht, zodat de entiteit in kwestie daarmee,

<sup>15</sup> Spreekaantekeningen Laco (ACM/IN/455632), randnummer 18 en verslag van de hoorzitting (ACM/INT/399035), p. 7-8.

<sup>16</sup> Verslag van de hoorzitting (ACM/INT/399035), p. 7-8.

<sup>17</sup> Spreekaantekeningen Laco (ACM/IN/455632), randnummer 19.

<sup>18</sup> Art. 1:2, eerste lid, Algemene wet bestuursrecht, resp. artikel 7:1, eerste lid, Algemene wet bestuursrecht.

<sup>19</sup> Samenwerkingsovereenkomst van 12 april 2016 (dossierstuk 9, bijlage 8) en Huur-, beheer- en exploitatieovereenkomst Sportcentrum Malden van 3 oktober 2017 (dossierstuk 9, bijlage 9). Zie ook Overeenkomst met betrekking tot Laco Sportcentrum De Veldschuur te Malden van 23 juli 2012 (dossierstuk 9, bijlage 4).

<sup>20</sup> Zie voor een uitgebreide bespreking van de rechtspraak van het CBB omtrent afgeleid belang de conclusie van A-G R.J.G.M. Widdershoven van 7 november 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:3474, punten 6.26 t/m 6.33.

<sup>21</sup> CBB 14 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:204, r.o. 4.2 - 4.4, met verwijzing naar *Kamerstukken II* 2007/08, 31 354, nr. 3 (MvT), p. 30-31.

<sup>22</sup> Zie o.a. HvJEG 26 maart 2009, C-113/07 P, ECLI:EU:C:2009:191 (*SELEX Sistemi Integrati SpA*), r.o. 69.

feitelijk of potentieel, in concurrentie treedt.<sup>23</sup> De rechtsvorm, wijze van financiering of winsttoegmerk van de entiteit zijn niet doorslaggevend.<sup>24</sup>

19. De aard van de activiteit is derhalve bepalend voor het vaststellen of een bestuursorgaan een economische activiteit verricht.<sup>25</sup> In dit kader is onder meer van belang wat het doel is van de activiteiten en aan welke regels de activiteiten zijn onderworpen.<sup>26</sup> Bij activiteiten verricht door bestuursorganen dient onderscheid te worden gemaakt tussen de situatie waarin wordt gehandeld 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>27</sup> Voor zover een bestuursorgaan handelt ter uitoefening van overheidsgezag, verricht het geen economische activiteit.

#### Onderzoek ACM

20. Tijdens het onderzoek zijn door de ACM op verschillende momenten vragen gesteld over het onderwerp 'economische activiteit'.<sup>28</sup> In paragraaf 5.2 van het bestreden besluit is, onder verwijzing naar (Europese) rechtspraak, stilgestaan bij de vraag of het in bruikleen geven van De Veldschuur, respectievelijk het verhuren van Sportcentrum Malden een economische activiteit is. De zienswijzen van de gemeente en Laco zijn op dit punt ook geadresseerd.<sup>29, 30</sup>
21. De ACM heeft daarmee adequaat onderzoek verricht naar de vraag of sprake is van een economische activiteit. Zowel het onderzoek als het resultaat daarvan zijn gedocumenteerd. Zoals zal worden toegelicht in randnummer 26 e.v. van dit besluit heeft de ACM bovendien voldoende onderzoek verricht naar de markt in het kader van de beoordeling of sprake is van een economische activiteit. Het verwijt van onzorgvuldige voorbereiding van het bestreden besluit op dit punt,<sup>31</sup> treft dan ook geen doel.

#### De activiteit van de gemeente

22. Voor een overzicht van de relevante feiten verwijst de ACM naar het bestreden besluit, paragraaf 4. Recapitulerend: op 8 januari 2018 heeft Laco het eigendomsrecht van de sportaccommodatie De Veldschuur aan de gemeente overgedragen. De titel hiervoor vormde de koop opgenomen in de zogenoemde Samenwerkingsovereenkomst tussen de gemeente en Laco van 12 april 2016.<sup>32</sup> Bij deze overeenkomst nam Laco de verplichting op zich de exploitatie van De Veldschuur voort te zetten tot een nieuw Sportcentrum Malden in gebruik zou worden genomen; Laco betaalde in deze periode geen huur. De gemeente heeft Sportcentrum Malden laten ontwikkelen en bouwen. Sportcentrum Malden werd op 8 juli 2019 in gebruik genomen en vanaf die datum door de gemeente verhuurd aan Laco. Partijen hebben hun

<sup>23</sup> Zie o.a. HvJEG 16 november 1995, C-244/94, ECLI:EU:C:1995:392 (*FFSA*), HvJEG 21 september 1999, gevoegde zaken C-115/97 – C-117/97, ECLI:EU:C:1999:434 (*Brentjens' Handelsonderneming B.V.*), HvJEEG 23 april 1991, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 (*Höfner en Elser/Macrotron GmbH*) en HvJEG 24 oktober 2002, C-82/01 P, ECLI:EU:C:2002:617 (*Aéroports de Paris*).

<sup>24</sup> Zie o.a. HvJEG 12 september 2000, gevoegde zaken C-180/98 – C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428 (*Pavlov e.a.*), r.o. 74.

<sup>25</sup> Zie o.a. HvJEG 19 januari 1994, C-364/92, ECLI:EU:C:1994:7 (*SAT Fluggesellschaft mbH*), r.o. 19.

<sup>26</sup> HvJEG 19 januari 1994, C-364/92, ECLI:EU:C:1994:7 (*SAT Fluggesellschaft mbH*), r.o. 30.

<sup>27</sup> HvJEG 18 maart 1997, C-343/95, ECLI:EU:C:1997:160 (*Diego Cali & Figli Srl*), r.o. 16.

<sup>28</sup> Dossierstuk 8 (bijlage 1, vraag 4), dossierstuk 12 (bijlage 1, vraag 2), dossierstuk 20 (verslag, p. 1 - 2) en dossierstuk 22 (verslag, p. 2).

<sup>29</sup> Randnummer 107 e.v. van het bestreden besluit.

<sup>30</sup> Voor zover de ACM een beroep op een motiveringsgebrek moet lezen in randnummer 1 van het aanvullend bezwaarschrift van de gemeente (ACM/IN/455628), kan dit niet slagen gelet op de hier bedoelde uitgebreide motivering in het bestreden besluit.

<sup>31</sup> Aanvullend bezwaarschrift gemeente (ACM/IN/455628), randnummer 1.

<sup>32</sup> Dossierstuk 9, bijlage 8, artikel 1.

rechten en plichten over en weer nader vastgelegd in een Huur, beheer- en exploitatieovereenkomst van 12 april 2016 die één geheel vormt met de Samenwerkingsovereenkomst; deze is aan de nieuwe situatie aangepast op 3 oktober 2017.<sup>33</sup>

23. In de praktijk verschaft de gemeente een (persoonlijk) gebruiksrecht van (achtereenvolgens) de sportaccommodaties De Veldschuur en Sportcentrum Malden aan een derde, Laco. In dit besluit vat de ACM onder deze benaming eenvoudigshalve de 'bruikleen' van De Veldschuur en de verhuur van Sportcentrum Malden samen. Het aanbieden aan derden van ruimten in gemeentelijk vastgoed, in dit geval een sportcomplex, valt ontegenzeggelijk onder de definitie van het aanbieden van goederen of diensten op een markt (zie randnummer 18). De gemeente treedt daarmee, feitelijk dan wel potentieel, in concurrentie met particuliere ondernemingen die deze activiteit in concurrentie kunnen verrichten. Dit is geen louter hypothetische situatie – er zijn ook voorbeelden van particuliere marktpartijen die – ook als eigenaar – gebruiksrechten voor sportcentra verschaffen.<sup>34</sup> De ACM wijst er voorts op dat de gemeente Heumen zelf in het algemeenbelangbesluit van 26 september 2019 met zoveel woorden uitsprekt dat in dit geval een economische activiteit wordt uitgeoefend.<sup>35,36</sup> Hierbij merkt de ACM nog op dat het voor de kwalificatie als economische activiteit geen verschil maakt of de sportaccommodatie voor zuiver commercieel gebruik is bestemd, dan wel (tevens) voor maatschappelijke doeleinden.
24. Partijen voeren aan dat de ACM in het bestreden besluit het verschaffen van een gebruiksrecht verwacht met de economische activiteit van het exploiteren van de sportaccommodaties, door middel van het leveren van goederen en diensten aan eindverbruikers (zoals scholen, sportverenigingen en individuele consumenten), of deze ten onrechte op één hoop gooit. De ACM onderkent echter wel degelijk dat de activiteiten van de gemeente het aangrijpingspunt vormen voor de kostendoorberekeningsregel, en niet de activiteiten van Laco. Het feit dat de gemeente de exploitatie van de sportaccommodaties niet zelf voor haar rekening neemt maar aan een particuliere onderneming overlaat, maakt evenwel niet dat haar eigen activiteiten aan de reikwijdte van artikel 25i, eerste lid, Mw, onttrokken zouden zijn. De Handreiking markt en overheid van 1 juli 2012, opgesteld door het ministerie van Economische Zaken, noemt overigens uitdrukkelijk "*de verhuur van ruimten in overheidsvastgoed*" als economische activiteit.<sup>37</sup>
25. Gesteld dat de gemeente het zwembad, de sporthal en andere ruimten in het complex afzonderlijk aan derden zou verhuren, zouden dit stuk voor stuk ook economische activiteiten

<sup>33</sup> Dossierstuk 9, bijlage 9.

<sup>34</sup> Ook Laco verricht(te) deze activiteit in relatief kleine gemeenten. Zie bijvoorbeeld Rechtbank Oost-Brabant, 21 mei 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:2951. Uit deze uitspraak blijkt dat Laco Vught B.V. een sportcomplex met zwembad in eigendom kreeg en ging verhuren. Zie ook de uitlatingen van de directeur van Laco in het Brabants Dagblad over een situatie in Hilvarenbeek: "*Als Laco niet de exploitatie aan de Roodloop mag doen, wil Lavrijsen ook niet de Hispohal verkopen aan de gemeente*". "Ze kunnen toch niet van mij verwachten dat ik de Hispohal verkoop zonder mij te bekommeren over onze 1.000 leden, 500 zwemleskinderen en 20 personeelsleden? Wij gaan concurreren met de nieuwe sportaccommodatie. Ja, de Hispohal is verouderd, maar kan nog prima vooruit. En wij hebben de expertise, de ervaring én loyaliteit van veel verenigingen, zwemleskinderen en leden." <https://www.bd.nl/hilvarenbeek/laco-hispohal-gaat-concurrentie-aan-met-nieuwe-sportaccommodatie-hilvarenbeek~a9ff2c4c/>

<sup>35</sup> Zie randnummer 22 van het algemeenbelangbesluit (Gemeentebled 2019, 241641): "*De gemeente Heumen geeft de Veldschuur aan exploitant Laco Malden B.V. in bruikleen en zal Sportcentrum Malden aan haar verhuren. De economische activiteit van de gemeente Heumen betreft dus de verhuur van sportaccommodaties. [...]*" Vindbaar op: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/gmb-2019-241641.html>

<sup>36</sup> De gemeente heeft op de hoorzitting gesteld dat zij het algemeenbelangbesluit ziet als overbodige maatregel om zich te vrijwaren van (vermeend onterecht) ingrijpen door de ACM op grond van hoofdstuk 4b van de Mededingingswet (verslag van de hoorzitting (ACM/INT/399035), p 15). De ACM ziet dit anders: het algemeenbelangbesluit is een noodzakelijke democratische legitimatie van de besteding van publieke middelen aan maatschappelijke doelen, waarvan het belang volgens de gemeenteraad prevaleert boven het voorkomen van een eventuele mededingingsvervalsing die anders onder de kostendoorberekeningsregel van artikel 25i, eerste lid, Mw verboden zou zijn.

<sup>37</sup> Zie <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/richtlijnen/2012/07/05/handreiking-markt-en-overheid>, paragraaf 3.2, p. 22.

zijn. Dit wordt nu niet anders nu de gemeente de sportcomplexen op de markt brengt voor exploitatie als één geheel.

### Markt

26. Partijen stellen dat in het onderhavige geval geen sprake is van een markt of van een “marktsituatie”, althans dat de markt (lokaal) niet voorziet in het aanbieden van de producten of diensten in kwestie.<sup>38</sup> Dus zou ook van een economische activiteit geen sprake kunnen zijn. Als er al sprake is van enige markt, zou een marktafbakening noodzakelijk zijn, maar desondanks niet door de ACM zijn verricht.
27. Een markt is een plaats waar vraag en aanbod samenkomen. Dat in dit geval een markt bestaat, volgt reeds uit het feit dat de gemeente de sportaccommodaties niet voor zichzelf houdt en niet te eigen bate gebruikt, maar deze aan een marktpartij (Laco) aanbiedt en Laco dit aanbod – na onderhandeling van de voorwaarden – accepteert. Voor het bestaan van een markt in deze zin is het niet noodzakelijk de markt af te bakenen.<sup>39</sup>
28. In deze context stellen partijen tevens dat de gemeente niet anders had gekund dan deze specifieke sportaccommodaties aan Laco ter beschikking stellen (en niet aan een andere marktpartij). De gedachte is dat Laco nooit zou hebben ingestemd met de verkoop van De Veldschuur, zonder dat de gemeente zou toezeggen dat zij De Veldschuur en het (destijds toekomstige) Sportcentrum Malden voor langere tijd in gebruik zou geven aan Laco.
29. Dat lokaal en gezien uit het perspectief van partijen er slechts één gegadigde voor exploitatie is, of dat een partij contractueel exclusiviteit bedingt, is niet bepalend voor het antwoord op de vraag of er sprake is van een economische activiteit. Partijen kunnen de economische aard van hun activiteiten niet ‘wegcontracteren’.
30. Het argument van partijen gaat bovendien ervan uit dat verschillende activiteiten van de gemeente niet los van elkaar kunnen worden gezien. De aankoop van de grond en de accommodatie van De Veldschuur en het vervolgens verschaffen van een gebruiksrecht zijn immers deel van één enkele transactie, aldus de partijen. Bij de beoordeling of sprake is van een economische activiteit moet echter een functionele benadering worden gehanteerd. Voor elke activiteit van de gemeente moet de kwalificatie afzonderlijk gebeuren.<sup>40</sup> Dat betekent in dit geval dat de activiteit ‘verschaffen van een gebruiksrecht’ apart moet worden gekwalificeerd van de andere activiteiten die plaatsvonden binnen het afsprakenkader tussen de gemeente en Laco.

<sup>38</sup> Verslag van de hoorzitting (ACM/INT/399035), p. 12-13.

<sup>39</sup> De bepaling van de relevante markt is (niet meer dan) een instrument om de grenzen van de mededinging tussen ondernemingen te onderkennen en af te bakenen. Het bepalen of afbakenen van een relevante markt geschiedt pas indien daar in een concrete zaak aanleiding voor is. De relevante markt kan in het kader van artikel 25i Mw bijvoorbeeld een rol spelen als het gaat om het bepalen van het aggregatieniveau dat bij de kostendoorberekening moet worden gehanteerd, zoals in Rechtbank Rotterdam 14 september 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7003, r.o. 5.1 e.v. Zie ook *Kamerstukken I* 2009/10, 31 354, nr. C (MvA), p. 13-14, *Kamerstukken I* 2009/10, 31 354, nr. E, p. 2, en de Nota van Toelichting bij het Besluit markt en overheid, *Staatsblad* 2012, 255, p. 20.

<sup>40</sup> HvJEG (Grote kamer) 1 juli 2008, C-49/07, ECLI:EU:C:2008:376 (*MOTOE/Dimosio*), r.o. 25.

### Winstoogmerk

31. Een gebruiksrecht voor De Veldschuur werd door de gemeente aan Laco verschaft, zonder dat Laco daar een betaling in geld tegenover hoefde te stellen. Gelet daarop betogen partijen dat de gemeente geen winstoogmerk had bij de verschaffing van het gebruiksrecht van De Veldschuur aan Laco. Daarmee zou dit geen economische activiteit betreffen.
32. Het verschaffen van een (persoonlijk) gebruiksrecht voor een sportaccommodatie is een economische activiteit, ook indien een winstoogmerk ontbreekt. Het enkele feit dat geen sprake is van een winstoogmerk betekent niet, op zichzelf, dat een bepaalde activiteit niet economisch kan zijn. Het gaat erom dat de gemeente een goed of dienst aanbiedt op een markt.<sup>41</sup>

### Geen uitoefening overheidsgezag

33. In het bestreden besluit is geoordeeld dat bij deze activiteit geen sprake is van de uitoefening van een typische overheidstaak (een overheidsprerogatief).<sup>42</sup> De conclusie in het bestreden besluit is dan ook dat de met Laco gemaakte afspraken omtrent De Veldschuur geen uitoefening van overheidsgezag betreffen. Partijen stellen in bezwaar dat dit wel zo is. De aankoop van De Veldschuur en het verschaffen van een persoonlijk gebruiksrecht zouden deel uitmaken van een minnelijke regeling in de zin van artikel 17 van de Ontheeningswet. Dit artikel luidt: *“De onteigenende partij tracht hetgeen onteigend moet worden bij minnelijke overeenkomst te verkrijgen.”*
34. Dit procedurele artikel is niet relevant voor de voorliggende zaak. Het artikel ziet op de situatie waarin reeds in de eerste (administratieve) fase van een ontheeningsprocedure een besluit tot onteigening is genomen. Dit ontheeningsbesluit is het ‘toegangsbewijs’ voor de tweede (gerechtelijke) fase. Vóórdat de tweede fase van de onteigening met een dagvaarding kan worden gestart, moet worden getracht een minnelijke regeling te treffen.
35. Een dergelijke situatie is hier niet aan de orde. De gemeente heeft geen besluit tot onteigening genomen. Sterker nog, de gemeente heeft de bereidheid om een ontheeningsbesluit te nemen niet eens uitdrukkelijk aan Laco kenbaar gemaakt.<sup>43</sup> Daartoe was ook geen reden. De weg van de onteigening is door de gemeente niet ingeslagen.<sup>44</sup> Bij het maken van afspraken over De Veldschuur was dan ook geen sprake van een uitoefening van overheidsgezag.

### Bescherming van concurrenten

36. Volgens partijen zou hoofdstuk 4b van de Mededingingswet tot doel hebben concurrenten van de gemeente Heumen te beschermen. Zonder (benadeling van) concurrenten zou er niets te beschermen zijn. Een concurrentiesituatie zou dan immers ontbreken. De ACM zou dit moeten betrekken bij haar beoordeling of sprake is van een economische activiteit.
37. Hoofdstuk 4b van de Mw heeft tot doel het creëren van zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen overheden die als aanbieder van goederen of diensten aan derden optreden (ondernemer) enerzijds en andere, particuliere ondernemingen anderzijds.<sup>45</sup>

<sup>41</sup> Vgl. de Europese jurisprudentie over het ondernemingsbegrip, bijvoorbeeld HvJEG (Grote kamer) 1 juli 2008, C-49/07, ECLI:EU:C:2008:376 (*MOTOE/Dimosio*), r.o. 27-28.

<sup>42</sup> Bestreden besluit (dossierstuk 25), randnummer 35.

<sup>43</sup> Dossierstuk 13 (Antwoorden aanvullende vragen), p. 3.

<sup>44</sup> Vgl. randnummer 7 (laatste zin) van de zienswijze van de gemeente: “[...] iedere noodzaak of verplichting tot vaststelling van een ontheeningsbesluit [ontbrak].”

<sup>45</sup> Kamerstukken II 2007/08, 31 354, nr. 3 (MvT), p. 2.



Om de doelstelling te bereiken bevat de wet gedragsregels voor situaties waarin sprake is van een risico voor de concurrentieverhoudingen.<sup>46</sup> Specifiek door de gedragsregel met betrekking tot doorberekening van integrale kosten, aangehaald bij randnummer 17, wordt verhinderd dat overheden hun economische activiteiten financieren uit publieke of algemene middelen.<sup>47</sup> Overigens wordt, indien de gedragsregel van toepassing is, de vervalsing van de concurrentie *verondersteld*. Dat wil zeggen dat niet hoeft te worden aangetoond dat concurrenten daadwerkelijk schade is toegebracht.

38. Het verrichten van een economische activiteit van de overheid is een noodzakelijke, maar ook voldoende voorwaarde voor toepassing van de gedragsregels.<sup>48</sup> Om te bepalen of een activiteit 'economisch' is, is benadeling van concurrenten van de gemeente helemaal niet aan de orde. Er wordt bij deze eerste stap volgens vaste jurisprudentie aangeknoopt bij de (kenmerken van de) activiteit van de gemeente. Daarbij is doorslaggevend of de gemeente een goed of dienst aanbiedt op een markt.
39. Benadeling vormt voor een marktpartij mogelijk wél een aanleiding voor een klacht met het oog op een mogelijke overtreding van de gedragsregels.<sup>49</sup> De bescherming van concurrentie door de gedragsregels komt echter pas in beeld indien sprake is van een economische activiteit.

#### Tussenconclusie

40. De gemeente verricht een economische activiteit met het verschaffen van een (persoonlijk) gebruiksrecht van de sportaccommodaties De Veldschuur en Sportcentrum Malden aan Laco. De hiertegen gerichte bezwaargronden van partijen slagen niet.

## 4.2 Integrale kosten

41. Artikel 25i, eerste lid, Mw bevat de verplichting voor bestuursorganen om bij de uitvoering van economische activiteiten de integrale kosten daarvan door te berekenen aan hun afnemers. Het Besluit markt en overheid bevat nadere regels aangaande het bepalen en toerekenen van de integrale kosten.<sup>50</sup> Kort gezegd, zijn voor het bepalen van de integrale kosten alle kosten relevant die samenhangen met het verrichten van een economische activiteit.<sup>51</sup>
42. De bezwaargronden van partijen zijn voor het overgrote deel gericht tegen de overwegingen in het bestreden besluit die betrekking hebben op het in aanmerking nemen van de exploitatiebijdrage die de gemeente aan Laco verstrekt. Echter, de conclusie van de ACM in het bestreden besluit dat de gemeente artikel 25i, eerste lid, Mw heeft overtreden, is niet afhankelijk van het (deels) verdisconteren van de exploitatiebijdrage in de integrale kosten. De ACM vond immers dat de gemeente ook afgezien van de exploitatiebijdrage in de relevante periode niet de integrale kosten van het verlenen van gebruiksrechten in rekening heeft gebracht. Omdat de juistheid van deze vaststelling van overheersend belang is voor de vraag of het bestreden besluit in stand kan blijven, zal de ACM in paragraaf 4.2.1 eerst dit oordeel heroverwegen in het

<sup>46</sup> Kamerstukken II 2007/08, 31 354, nr. 3 (MvT), p. 10-11.

<sup>47</sup> Kamerstukken I 2009/10, 31 354, nr. C (MvA), p. 11.

<sup>48</sup> Kamerstukken II 2007/08, 31 354, nr. 3 (MvT), p. 2 (onderstreping toegevoegd): "*Het wetsvoorstel richt zich uitsluitend op het voorkomen van oneerlijke concurrentie als de overheid (direct of indirect) als ondernemer optreedt, door het stellen van gedragsregels ten aanzien van dat optreden.*" Zie ook Kamerstukken II 2011/12, 31 354, nr. 42, p. 2 (antwoord op vraag 1).

<sup>49</sup> Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2007/08, 31 354, nr. 3 (MvT), p. 11 (eerste uitgangspunt).

<sup>50</sup> Besluit markt en overheid (*Staatsblad* 2012, 255). Zie met name paragraaf 3.4 van de toelichting.

<sup>51</sup> Zie ook pagina 32 (stap 2) van de Handreiking markt en overheid, te vinden op:

<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/richtlijnen/2012/07/05/handreiking-markt-en-overheid>



licht van het daartegen ingebrachte bezwaar (vermeld in randnummer 10, sub d). In paragraaf 4.2.2 gaat de ACM – ten overvloede – in op de exploitatiebijdrage.

#### 4.2.1 Beoordeling van de integrale kosten, afgezien van de exploitatiebijdrage

43. De ACM is in het bestreden besluit uitgegaan van de gegevens die de gemeente zelf over de integrale kosten heeft verstrekt. Op basis daarvan kwam de ACM tot de conclusie dat *ook indien de exploitatiebijdrage geheel buiten beschouwing wordt gelaten*, niet aan de bepaling van artikel 25i, eerste lid, Mw is voldaan.<sup>52</sup> Tijdens de hoorzitting heeft de gemeente aangevoerd dat de integrale kosten in het bestreden besluit niettemin onjuist zouden zijn vastgesteld. De ACM zou namelijk geen rekening hebben gehouden met de mogelijkheid dat de marktwaarde van Sportcomplex Malden lager zou zijn dan de boekwaarde, hoewel voor de hand ligt dat dit wel het geval is. Volgens de gemeente zou dit complex immers niet op basis van particulier initiatief tot stand zijn gekomen. Door geen onderzoek in te stellen naar de marktwaarde, zou de ACM in strijd hebben gehandeld met het zorgvuldigheidsbeginsel.<sup>53</sup>
44. Voor een norm op basis van de marktprijs is door de wetgever juist niet gekozen. De Memorie van Toelichting stelt hierover het volgende. *“Een norm die is geënt op de marktprijs kan gemakkelijk leiden tot rechtsonzekerheid voor betrokken overheden en ondernemers. De afbakening van de relevante product- en geografische markt die cruciaal is voor de vaststelling van de relevante marktprijs, is complex en kan op verschillende wijzen plaatsvinden. En tevens is niet eenduidig vast te stellen hoe de aanbiedende overheid moet omgaan met kwaliteitsverschillen tussen haar producten of diensten en die van concurrerende ondernemingen.”*<sup>54</sup>
45. Gelet hierop kan het argument van de gemeente niet slagen. De gedragsregel van artikel 25i, eerste lid, Mw gaat uit van de integrale kostprijs van – in casu – het in gebruik geven van de sportcomplexen. De verwijzing van de gemeente naar een passage uit de toelichting bij het Besluit markt en overheid kan hieraan niet afdoen.<sup>55</sup> Deze passage gaat over de mogelijkheid van het bepalen van de operationele, afschrijvings- en onderhoudskosten aan de hand van de jaarstukken van een onderdeel van de overheid. Deze jaarstukken mogen in bepaalde gevallen uitgaan van de marktwaarde van bijvoorbeeld onroerende goederen en niet van de historische kostprijs. Dit is met name aan de orde bij grondverkoop, als door ontwikkelingen op de markt, de waarde van grond of vastgoed in de loop van de tijd is gaan afwijken van de verkrijgingsprijs. Hierbij is niet gedacht aan een lagere marktwaarde als gevolg van beperkende voorwaarden die een bestuursorgaan contractueel oplegt aan de gebruiker c.q. exploitant.
46. De ACM wijst in dit verband op het feit dat zij er met betrekking tot De Veldschuur van is uitgegaan dat de gemeente geen afschrijvings- of vermogenskosten had.
47. Hoe dan ook heeft de gemeente met betrekking tot sportcentrum Malden (kennelijk) geen marktwaarde bepaald. In de redenen daarvoor kan en hoeft de ACM niet te treden, mede gelet op de bewijslast die op de gemeente rust. De norm is en blijft dat de integrale kosten van een product of dienst aan de afnemer moeten worden doorberekend door de gemeente, en niet de marktwaarde.

<sup>52</sup> Zie randnummer 152 van het bestreden besluit (dossierstuk 25).

<sup>53</sup> Spreekaantekeningen gemeente (ACM/IN/455628), randnummers 2.1-2.4 en verslag van de hoorzitting (ACM/INT/399035), p. 2.

<sup>54</sup> *Kamerstukken II* 2007/08, 31 354, nr. 6, p. 13. Ook een norm op basis van marginale kosten wordt verworpen.

<sup>55</sup> In randnummer 2.3 van de spreekaantekeningen van de gemeente (ACM/IN/455628) citeert de gemeente een gedeelte van pagina 10 van de toelichting bij het Besluit markt en overheid (*Staatsblad* 2012, 255).

48. Om deze reden is ook geen sprake van een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel. Uit artikel 25i, vierde lid, Mw volgt dat het aan de gemeente is om desgevraagd aan te tonen welke kosten zijn doorberekend.<sup>56</sup> De gemeente heeft op verzoek van de ACM de in het bestreden besluit gehanteerde integrale kosten opgegeven.<sup>57</sup> De ACM zag en ziet geen reden om aan de juistheid van deze opgave te twifelen.
49. De ACM wijst in dit verband nog op het feit dat ook de door adviesbureau KplusV in opdracht van de gemeente opgestelde *'Analyse marktpositie Sportcentrum Malden'* eveneens uitgaat van de door de gemeente zelf opgegeven integrale kosten. Daarvan uitgaande, bedraagt volgens KplusV een op integrale kosten gebaseerd huurtarief voor sportcentrum Malden gemiddeld EUR 90,33 per vierkante meter.<sup>58</sup> De aan Laco daadwerkelijk in rekening gebrachte huurprijs bedraagt EUR 62,50 per vierkante meter voor de ruimten die bestemd zijn voor commercieel gebruik.<sup>59</sup> De analyse van KplusV bevestigt aldus de conclusie in het bestreden besluit dat de gemeente voor sportcentrum Malden de integrale kosten niet in de huurprijs (gebaseerd op de prijs per vierkante meter) heeft doorberekend. Deze conclusie gaat op, ook als de exploitatiebijdrage geheel buiten beschouwing wordt gelaten.

#### Tussenconclusie

50. Op basis van het bovenstaande handhaaft de ACM haar oordeel dat de gemeente artikel 25i, eerste lid, Mw heeft overtreden. De gemeente heeft in de periode waarop het bestreden besluit ziet niet de integrale kosten van het verrichten van de economische activiteit – zijnde het verschaffen van een gebruiksrecht van De Veldschuur en Sportcentrum Malden – doorberekend in de huurprijs.
51. Deze vaststelling doet de ACM zonder de exploitatiebijdrage bij de gedragsregel van artikel 25i, eerste lid, Mw te betrekken. Ten overvloede zal de ACM in de volgende paragraaf nog ingaan op deze exploitatiebijdrage.

#### **4.2.2 Beoordeling van de exploitatiebijdrage**

52. In het bestreden besluit is geoordeeld dat de exploitatiebijdrage die de gemeente aan Laco verstrekt – geheel of gedeeltelijk – onderdeel *kán* zijn van de integrale kosten van de gemeente en derhalve betrokken moeten worden in de beoordeling op grond van artikel 25i, eerste lid, Mw. De ACM heeft in het midden gelaten voor welk deel dit feitelijk het geval is. De concrete bedragen van minimale en maximale “tekorten” die in het bestreden besluit zijn vermeld, hebben enkel een voorbeeldfunctie. De betreffende overwegingen zijn niet dragend voor de conclusie dat de gemeente de gedragsregel heeft overtreden.
53. Partijen maken ten principale bezwaar tegen het betrekken van de exploitatiebijdrage in de beoordeling op grond van artikel 25i, eerste lid, Mw. De ACM zal daarom eerst de – meest verstrekkende – bezwaargronden die betrekking hebben op (het ontbreken van) een *bevoegdheid* ter zake behandelen. In dat kader gaat de ACM ook in op het bezwaar dat sprake

<sup>56</sup> *Kamerstukken II* 2007/08, 31 354, nr. 3 (MvT), p. 30.

<sup>57</sup> Dossierstuk 8 (verzoek, bijlage 1, vragen 7 en 8) en dossierstuk 11 (p. 4 – 5, antwoorden vragen 7 en 8).

<sup>58</sup> Analyse marktpositie Sportcentrum Malden van 8 juli 2019 (onderdeel van dossierstuk 23), p. 29. Er wordt met betrekking tot de *kosten* voor de gemeente (als eigenaar) geen onderscheid gemaakt tussen de ruimten die bestemd zijn voor zuiver commercieel gebruik en ruimten die (deels) bestemd zijn voor maatschappelijk gebruik. ‘Maatschappelijk’ zijn het zwembad, de sporthal en sportzaal (waarbij in feite sprake is van gemengd gebruik); commercieel zijn de ruimten voor fitness, voor een fysiotherapiepraktijk en voor de horeca.

<sup>59</sup> Analyse marktpositie Sportcentrum Malden van 8 juli 2019 (onderdeel van dossierstuk 23), p. 28. Zie ook artikel 8 van de Huur, Beheer en Exploitatieovereenkomst van 3 oktober 2017 (dossierstuk 9, bijlage 9).

zou zijn van *ongelijke behandeling* ten opzichte van andere financiële bijdragen aan ondernemingen.

54. In randnummers 66 en volgende gaat de ACM vervolgens in op de bezwaren van partijen tegen *de wijze waarop* de ACM in het bestreden besluit de exploitatiebijdrage in de beoordeling heeft betrokken, met andere woorden op de kwestie van *kwalificatie*.

#### Bevoegdheid

55. Partijen stellen dat de ACM haar bevoegdheid heeft overschreden, dan wel dat zij haar bevoegdheid voor een ander doel heeft gebruikt dan waarvoor deze is gegeven, door de exploitatiebijdrage die aan Laco werd verstrekt in haar beoordeling te betrekken. De ACM zou zonder wettelijke grondslag een eigen toetsingskader creëren (een schending van het legaliteitsbeginsel).<sup>60</sup> Dit heeft volgens partijen vergaande consequenties. De ACM zou de gemeente belemmeren in de uitoefening van haar contractsvrijheid, dit terwijl zij in overeenstemming met het aanbestedingsrecht zou hebben gehandeld. De gemeente zou ook worden verhinderd rekening te houden met bestaande grondposities (terwijl dit volgens de jurisprudentie juist van haar verwacht mag worden)<sup>61</sup> en gedwongen worden te onteigenen.
56. Partijen betogen voorts dat de ACM haar bevoegdheid heeft overschreden, omdat de ACM haar bevoegdheid zou gebruiken voor toezicht op vermeende onrechtmatige overheidssteun.<sup>62</sup> De ACM zou zich schuldig maken aan *détournement de pouvoir* (artikel 3:3 Awb).
57. Hoofdstuk 4b van de Mededingingswet heeft als doelstelling het creëren van een zo gelijk mogelijk speelveld tussen overheden en particuliere ondernemingen.<sup>63</sup> Het gaat om het voorkomen van oneerlijke concurrentie, waarbij specifiek de gedragsregel omtrent het doorberekenen van integrale kosten voorkomt dat overheden publieke of algemene middelen aanwenden om zich een concurrentievoordeel te verschaffen bij het verrichten van hun economische activiteiten.<sup>64</sup> In dit geval is de ACM opgetreden om tegen te gaan dat concurrentievervalsing zou kunnen plaatsvinden door de verhuur – of anderszins verschaffen van een gebruiksrecht – van sportaccommodaties die de gemeente in eigendom heeft, aan een private onderneming die de accommodaties wenst te exploiteren. Het gaat daarbij om de concurrentieverhoudingen op het niveau van de gemeente, dat wil zeggen ten opzichte van andere (daadwerkelijke of potentiële) aanbieders van sportaccommodaties.<sup>65</sup>
58. Gezien het doel van de gedragsregels ontkomt de ACM er niet aan om onder omstandigheden ook een aan het verschaffen van een gebruikrecht verbonden exploitatiebijdrage bij haar beoordeling te betrekken, daar de toets anders zinledig dreigt te worden. Een exploitatiebijdrage biedt immers een voor de hand liggende mogelijkheid om op een huursom waarin formeel gezien alle gebruikelijke kosten zijn doorberekend, feitelijk een korting te verlenen. Hiermee zou het in de praktijk mogelijk zijn om hoofdstuk 4b van de Mededingingswet, meer in het bijzonder de kostendoorberekeningsregel van artikel 25i, eerste lid, Mw, te omzeilen.

<sup>60</sup> Aanvullend bezwaarschrift gemeente (ACM/IN/455628), randnummer 7 e.v. Zie overigens expliciet het bezwaarschrift van Laco (ACM/IN/439337), randnummers 3.1.3 e.v. en verslag van de hoorzitting (ACM/INT/399035), p. 12.

<sup>61</sup> De gemeente verwijst in dit verband naar Rechtbank Gelderland 8 januari 2019 (kort geding), ECLI:NL:RBGEL:2019:46.

<sup>62</sup> Verslag van de hoorzitting, p. 3. Zie overigens ook het bezwaarschrift Laco (ACM/IN/439337), randnummers 3.1.1, 3.1.2 en 3.1.5.

<sup>63</sup> *Kamerstukken II* 2007/08, 31 354, nr. 3 (MvT), p. 2.

<sup>64</sup> *Kamerstukken I* 2009/10, 31 354, nr. C (MvA), p. 11.

<sup>65</sup> De ACM is zich bewust van het feit dat klager (vermeld bij randnummer 3 van het bestreden besluit) als aanbieder van onder meer fitness geen concurrent van de gemeente is. Vgl. randnummer 39 van dit besluit op bezwaar.

59. Anders dan de gemeente stelt, is zij vrij om te contracteren met de exploitant van haar keuze, en schrijft de ACM ook niet voor dat eerst moet worden onteigend of aanbesteed, zonder acht te slaan op bestaande grondposities. De verwijzing van de gemeente naar het bij randnummer 55 genoemd civiel kort geding voor de rechtbank Gelderland acht de ACM dan ook niet relevant. De ACM ziet wel erop toe dat de inhoud van de contracten die de gemeente met een exploitant zoals Laco sluit, voldoen aan de randvoorwaarden van hoofdstuk 4b van de Mededingingswet, meer in het bijzonder aan de kostendoorberekeningsregel van artikel 25i, eerste lid, Mw. Daartoe formuleert het bestreden besluit een toetsingskader, dat aangeeft wanneer en in hoeverre de ACM het noodzakelijk acht (een deel van) de exploitatiebijdrage in de door te berekenen kosten te verdisconteren.
60. De ACM begeeft zich niet op het terrein van het toezicht op staatssteun. In het systeem van hoofdstuk 4b van de Mededingingswet is het aan het betrokken bestuursorgaan zelf om te beoordelen of zij een maatregel heeft getroffen die kan worden aangemerkt als een steunmaatregel die voldoet aan de criteria van artikel 107, eerste lid, VWEU. In dat geval is hoofdstuk 4b van de Mededingingswet niet van toepassing en is de ACM niet bevoegd.<sup>66</sup> De gemeente Heumen heeft echter uitgesproken dat naar haar oordeel geen sprake is van overheidssteun als hier bedoeld. De hoofdreden hiervoor is dat het interstatelijk handelsverkeer niet beïnvloed zou worden door het handelen van de gemeente.<sup>67</sup> De ACM is dus bevoegd. 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 regeling van Hoofdstuk 4b van de Mededingingswet in het leven geroepen.<sup>68</sup>

#### Gelijkheidsbeginsel

61. Tijdens de hoorzitting hebben partijen benadrukt dat het bestreden besluit niet te rijmen zou zijn met het gelijkheidsbeginsel.<sup>69</sup> Dit zou volgen uit de omstandigheid dat andere ontvangers van investerings- of exploitatiebijdragen en/of subsidies van de gemeente, deze wel mogen aanwenden om huur te betalen (bij een marktpartij of woningcorporatie). Als gevolg hiervan kan eveneens concurrentievervalsing optreden, aldus de gemeente, en komt de ACM in strijd met haar eigen logica.
62. Het gelijkheidsbeginsel vereist dat gelijke gevallen gelijk worden behandeld. Van identieke gevallen hoeft geen sprake te zijn. De gevallen moeten in relevante opzichten vergelijkbaar zijn.
63. Partijen zoeken de vergelijkbaarheid in het feit dat zij in alle genoemde gevallen een financiële bijdrage verschafft. Toch maakt dat deze gevallen niet vergelijkbaar in deze context. In de door partijen aangedragen gevallen is de gemeente namelijk niet de partij die een gebruiksrecht verschafft en is de financiële bijdrage dus niet verbonden met een economische activiteit van de gemeente.<sup>70</sup> Dat is in deze context een relevant onderscheid, omdat de gemeente bij het verrichten van een economische activiteit is gebonden aan de wettelijke gedragsregel dat zij de integrale kosten moet doorberekenen. Dat hoofdstuk 4b van de Mededingingswet niet alle denkbare vormen van concurrentievervalsing door overheidsop treden omvat, is geen keuze of beleid van de ACM, maar van de wetgever.

<sup>66</sup> Artikel 25h, vierde lid, Mw. Zie ook *Kamerstukken II 2007/08*, 31 354, nr. 6, p. 2.

<sup>67</sup> Zie bijvoorbeeld het verslag van de hoorzitting, p. 17-18.

<sup>68</sup> *Kamerstukken II 2007/08*, 31 354, nr. 3 (MvT), p. 8 en p. 10.

<sup>69</sup> Spreekaantekeningen gemeente (ACM/IN/455628), randnummer 5.4. Zie ook het verslag van de hoorzitting (ACM/INT/399035), p. 3.

<sup>70</sup> De exploitatiebijdrage aan Laco berust op de Huur-, beheer- en exploitatieovereenkomst en niet op een eenzijdige subsidiebeschikking van de gemeente.

64. Het geconstateerde verschil is dusdanig dat de ACM het onderhavige geval anders kan en moet behandelen dan de door de gemeente aangedragen gevallen. Van een schending van het gelijkheidsbeginsel is dus geen sprake.

#### Tussenconclusie

65. De ACM is met het in aanmerking nemen van de exploitatiebijdrage in het bestreden besluit binnen de grenzen van haar bevoegdheid gebleven. De ACM heeft niet in strijd gehandeld met het gelijkheidsbeginsel.

#### Kwalificatie van de exploitatiebijdrage

66. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de regering het moeilijk en onwenselijk achtte om een absolute norm voor het begrip 'integrale kosten' te hanteren. De marktomstandigheden zullen daarvoor te veel verschillen.<sup>71</sup> In het Besluit markt en overheid en in de Handreiking markt en overheid zijn, zoals vermeld bij randnummer 41, wel indicaties gegeven voor de berekening van de integrale kosten alsmede voorbeelden van kostensoorten die zouden moeten worden doorberekend. Een limitatieve opsomming van alle kosten die zouden kunnen kwalificeren als integrale kosten, valt echter niet te geven.
67. Partijen hebben betoogd dat de exploitatiebijdrage nimmer zou (kunnen) kwalificeren als door te berekenen (integrale) kostenpost. De bijdrage hangt samen met de exploitatie door Laco, en (dus) niet met de economische activiteit van de gemeente, aldus partijen.
68. De benadering in het bestreden besluit is genuanceerder dan door partijen is verwoord. Om te beginnen heeft de ACM beargumenteerd waarom de exploitatiebijdrage kan samenhangen met het verschaffen van de gebruiksrechten voor de sportaccommodaties. Verder rekent de ACM de exploitatiebijdrage bij de toetsing aan de gedragsregel slechts mee voor zover deze bijdrage niet in een redelijke verhouding staat tot de beperkingen op de commerciële exploitatie van de accommodaties die de gemeente oplegt in verband met het realiseren van maatschappelijke doelen.
69. Het gebruiksrecht van de onderhavige sportaccommodaties wordt door de gemeente uitsluitend verschaft in combinatie met de verplichting om de sportaccommodaties te exploiteren met inachtneming van een aantal beperkende voorwaarden.<sup>72</sup> Deze voorwaarden zijn door de gemeente gesteld in verband met bedoelde maatschappelijke doelen van de gemeente.<sup>73</sup> Zo is overeengekomen dat Laco bepaalde maximumtarieven zal hanteren ten opzichte van specifieke groepen afnemers. Ter compensatie van de verplichtingen die rusten op de sportaccommodaties betaalt de gemeente aan Laco een exploitatiebijdrage.
70. De gestelde voorwaarden en verplichtingen beperken Laco in het normale commerciële gebruik van de sportaccommodaties. De gemeente kan een vergoeding verstrekken ter compensatie van de hogere kosten, c.q. gedeelde winst die dit voor Laco oplevert. Voor zover de exploitatiebijdrage daartoe redelijkerwijs beperkt is, is er geen sprake van aanwending van

<sup>71</sup> Kamerstukken II 2007/08, 31 354, nr. 3 (MvT), p. 29-30.

<sup>72</sup> Voor Sportcentrum Malden is bijvoorbeeld in artikel 1 van de Huur-, beheer- en exploitatieovereenkomst (dossierstuk 9, bijlage 9) overeengekomen dat de accommodatie niet gehuurd kan worden, zonder de verplichting deze te exploiteren.

<sup>73</sup> Voor De Veldschuur zijn de voorwaarden te vinden in artikel 3, gelezen in samenhang met bijlage 1 bij de Overeenkomst met betrekking tot Sportcentrum De Veldschuur te Malden van 23 juli 2012 (dossierstuk 9, bijlage 4). Voor Sportcentrum Malden staan de voorwaarden in artikel 11 en artikel 13 en bijlage 5 en bijlage 6 van de Huur, Beheer en Exploitatieovereenkomst van 3 oktober 2017 (dossierstuk 9, bijlage 9).

publieke middelen die de gemeente een ongerechtvaardigd voordeel verschaft ten opzichte van andere aanbieders van sportaccommodaties.<sup>74</sup>

71. Echter, voor zover de exploitatiebijdrage niet dient ter compensatie van de opgelegde voorwaarden en verplichtingen, maar deze overstijgt, dient zij naar het oordeel van de ACM te worden betrokken in de toetsing op grond van artikel 25i, eerste lid, Mw. Dit is – zoals eerder opgemerkt bij randnummer 58 – in overeenstemming met het doel van de wetgeving om concurrentievervalsing te voorkomen en een effectieve uitoefening te realiseren van het toezicht in situaties waarin de overheid economische activiteiten ontplooit.
72. In het bestreden besluit heeft de ACM een gemeentelijke bijdrage die een compensatie van de opgelegde voorwaarden en beperkingen overstijgt, aangemerkt als door te berekenen kostenpost. Gelet op hetgeen in bezwaar naar voren is gebracht, acht de ACM het begripsmatig zuiverder om te spreken van een verkapte reductie van de huursom. Voor het resultaat van de toetsing maakt dat evenwel geen verschil.
73. Het is aan de gemeente om transparantie te betrachten,<sup>75</sup> zodat valt na te gaan of de bijdrage strekt tot, en in een redelijke verhouding staat tot een compensatie van de beperkende voorwaarden. De enkele stelling dat de exploitatiebijdrage als zodanig bedoeld is, acht de ACM in elk geval niet voldoende.
74. Uit de regeling van de exploitatiebijdrage in de Huur-, beheer- en exploitatieovereenkomst blijkt niet van een dergelijke beperking tot louter compensatie – eerder integendeel.<sup>76</sup> De exploitatie van de sportaccommodaties komt in zijn geheel voor rekening en risico van Laco en deze maakt in haar eigen exploitatiebegroting geen onderscheid tussen maatschappelijke en commerciële activiteiten. De bijdrage van de gemeente ziet Laco als aanvulling van het tekort op het geheel (waardoor iedere verhoging van de huur automatisch zou leiden tot eenzelfde verhoging van de bijdrage). De ACM had dus gegronde redenen om aan te nemen dat de exploitatievergoeding niet aan bovengenoemd criterium voldeed. Onder die omstandigheden was het gerechtvaardigd in het kader van de beoordeling onder artikel 25i, eerste lid, Mw van de gemeente een nadere onderbouwing van de exploitatievergoeding te verlangen.
75. In het bestreden besluit is daarom – kort gezegd – geconstateerd dat de gemeente niet aannemelijk heeft gemaakt dat de exploitatiebijdrage (uitsluitend) een vergoeding is voor gemaakte kosten of gedeerde inkomsten van de exploitant vanwege de door de gemeente gestelde beperkende voorwaarden aan de exploitatie.
76. In het bestreden besluit is ook de eerdergenoemde *Analyse marktpositie Sportcentrum Malden*, opgesteld door adviesbureau KplusV, ter onderbouwing van het compensatiedoel niet toereikend geacht. De berekening van KplusV gaat uit van een toerekening van bedrijfseconomische kosten en opbrengsten aan maatschappelijke en commerciële activiteiten afzonderlijk. De methode vergelijkt vervolgens de opbrengsten van de commerciële en maatschappelijke activiteiten met de kosten van de commerciële respectievelijk maatschappelijke activiteiten. KplusV komt tot de uitkomst dat de exploitatiebijdrage enkel dient ter financiering van de zogenoemde “onrendabele top”.

<sup>74</sup> Vgl. *Kamerstukken I* 2009/10, 31 354, nr. C (MvA), p. 11.

<sup>75</sup> “Het is aan de overheid binnen haar organisatie de doorberekening van de integrale kosten zodanig in te richten dat zij dit kan aantonen.”, aldus pagina 6 van de Nota van toelichting bij het besluit Markt en Overheid (*Staatsblad* 2012, 255).

<sup>76</sup> Artikel 4 van de Overeenkomst met betrekking tot Sportcentrum De Veldschuur te Malden (dossierstuk 9, bijlage 4) en artikel 10 van de Huur, Beheer en Exploitatieovereenkomst van 3 oktober 2017 (dossierstuk 9, bijlage 9).



77. Hoewel opgesteld uit het gezichtspunt van de exploitant, acht de ACM de door KplusV gehanteerde methode in overeenstemming met algemeen aanvaarde bedrijfseconomische principes en op zichzelf geschikt om aan te tonen dat aan de eisen van de gedragsregel is voldaan. Voor de ACM is alleen nog niet na te gaan of de gehanteerde verdeelsleutels een juiste weergave van de werkelijkheid zijn en zijn te herleiden tot de beperkende voorwaarden die de gemeente oplegt. Problematisch daarbij is dat Laco geen onderscheid maakt in haar boekhouding, zoals Laco ter hoorzitting bevestigde.<sup>77</sup>

#### Tussenconclusie

78. De ACM ziet geen aanleiding de algemene uitgangspunten ten aanzien van de doorberekening van integrale kosten en de exploitatievergoeding uit het bestreden besluit, zoals hiervoor nader verduidelijkt en gepreciseerd, te herroepen.

## 5 Eindconclusie

79. Na heroverweging komt de ACM tot de slotsom dat geen van de bezwaargronden kan worden aanvaard en dat het bestreden besluit in stand moet blijven. De ACM is in het bestreden besluit terecht tot de conclusie gekomen dat de gemeente artikel 25i, eerste lid, Mw heeft overtreden door niet de integrale kosten door te berekenen bij de 'bruikleen' van De Veldschuur in de periode van 8 januari 2018 tot 8 juli 2019 en de verhuur van Sportcentrum Malden in de periode van 8 juli 2019 tot en met 16 augustus 2019, *“zelfs als de exploitatiebijdrage in het geheel niet wordt meegerekend bij de integrale kosten”* (randnummer 152 van het bestreden besluit).
80. In beginsel moet de gemeente aannemelijk maken dat de exploitatiebijdrage strekt tot, en in een redelijke verhouding staat tot de beperkingen op het commercieel gebruik die aan het verschaffen van gebruiksrechten op de sportaccommodaties zijn verbonden. De gemeente heeft de ACM geen volledig inzicht kunnen geven in de wijze waarop de exploitatiebijdrage is berekend. Hoewel niet is gebleken dat de gemeente met de exploitatiebijdrage de werking van de kostendoorberekeningsregel van artikel 25i Mw heeft willen omzeilen, bestaat derhalve enig risico dat sprake was van een verkapte verlaging van de huursom.
81. Evenals in het bestreden besluit laat de ACM in het onderhavige besluit in het midden of, en zo ja voor welk deel, de ACM de exploitatiebijdrage onder de gegeven omstandigheden in aanmerking had kunnen nemen bij de toepassing van artikel 25i, eerste lid, Mw op het verschaffen van gebruiksrechten op de betreffende sportaccommodaties. Dit is immers (wederom) niet bepalend voor de vaststelling dat artikel 25i, eerste lid, Mw is overtreden.

## 6 Verzoek vergoeding proceskosten

82. De gemeente verzocht haar een vergoeding toe te kennen voor de kosten die zij in bezwaar heeft gemaakt. Laco heeft niet een dergelijk verzoek ingediend.
83. Ingevolge artikel 7:15, tweede lid, Awb, worden door het bestuursorgaan uitsluitend vergoed de kosten die een belanghebbende in verband met de behandeling van het bezwaar redelijkerwijs

<sup>77</sup> Verslag van de hoorzitting (ACM/INT/399035), p. 19. Zie ook verslag gesprek met Laco (dossierstuk 20), p. 3 *“[...] Laco maakt zelf in haar administratie geen onderscheid naar maatschappelijke activiteiten en commerciële activiteiten. Er is één B.V. waar alle activiteiten onder vallen. De verdeling van de algemene kosten over maatschappelijke activiteiten en commerciële activiteiten is arbitrair. Ook in de exploitatiebegroting die ten grondslag heeft gelegen aan de exploitatiebijdrage heeft Laco geen onderscheid gemaakt tussen het commerciële en het maatschappelijke deel. [...]”*.



heeft moeten maken, indien en voor zover het bestreden besluit wordt herroepen wegens een aan het bestuursorgaan te wijten onrechtmatigheid.

84. De ACM stelt in deze beslissing vast dat er geen aanleiding is het bestreden besluit te herroepen. Dit betekent dat niet wordt voldaan aan de voorwaarden van artikel 7:15, tweede lid, Awb. De ACM wijst het verzoek van de gemeente om die reden dan ook af.

## 7 Besluit

De Autoriteit Consument en Markt:

- verklaart de bezwaren van de gemeente Heumen ongegrond;
- verklaart het bezwaar van Laco Malden B.V. ongegrond;
- handhaaft het besluit van 16 augustus 2019 (kenmerk: ACM/UIT/517521)<sup>78</sup>;
- wijst af het verzoek van de gemeente Heumen om vergoeding van de kosten gemaakt in verband met het bezwaar.

Den Haag, 3 april 2020

Autoriteit Consument en Markt,  
namens deze:

drs. C.M.L. Hijmans van den Bergh MBA  
bestuurslid

*Als u belanghebbende bent, kunt u beroep instellen tegen dit besluit. Stuur uw gemotiveerde beroepschrift naar de Rechtbank Rotterdam, Sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdamde Rechtbank Rotterdam, Sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam. Dit moet u doen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit bekend is gemaakt.*

Meer informatie over de beroepsprocedure vindt u op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl).

<sup>78</sup> Inclusief het herstel van de kennelijke verschrijving in het bestreden besluit bij brieven van 19 augustus 2019, dossierstuk 26 (ACM/UIT/517686) en dossierstuk 27 (ACM/UIT/517684).