



Besluit

BESLUIT van Autoriteit Consument en Markt als bedoeld in artikel 70c, eerste lid, aanhef en onderdeel a, van de Mededingingswet.

Ons kenmerk : ACM/UIT/571163
Zaaknummer : ACM/21/050059
Datum : 11 januari 2022

1. Samenvatting

- 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).¹ 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.”²
- 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 ze zich daarbij wel aan een aantal gedragsregels moeten houden.
- 3 Op 22 januari 2021 heeft Sauna Woudfennen B.V. (hierna: de klager) bij de ACM een handhavingsverzoek ingediend.³ Hierin stelt de klager dat het college van burgemeesters en wethouders van de gemeente De Fryske Marren (hierna: de Gemeente) de Wet M&O overtreedt. Het handhavingsverzoek ziet op sportcomplex “Sportief Knooppunt Joure” (hierna: SKJ). De Gemeente is eigenaar van SKJ en verhuurt dit aan een exploitant. Tot 22 juli 2019 was Stichting De Stiennen Flier (hierna: de Stichting) de exploitant. Vanaf 22 juli 2019 baat Sportbedrijf De Fryske Marren B.V. (hierna: het Sportbedrijf) het sportcomplex uit. Het Sportbedrijf is een overheidsbedrijf in de zin van de Wet M&O.
- 4 Samengevat stelt de klager dat de Gemeente de exploitanten bevoordeelt bij de verhuur van het sportcomplex. Volgens de klager is de huur niet hoog genoeg, krijgt de exploitant ten onrechte een subsidie/exploitatievergoeding en ontvangt de exploitant andere voordelen zoals de aanleg van een overdekte parkeergelegenheid en zonnepanelen die recent zijn geplaatst. De klager stelt dat hij hierdoor wordt benadeeld in zijn concurrentiepositie.
- 5 Naar aanleiding van de klacht heeft de ACM onderzocht of de Gemeente de Wet M&O overtreedt / heeft overtreden bij de verhuur van SKJ.
- 6 Uit het onderzoek van de ACM is gebleken dat de gemeenteraad van De Fryske Marren middels een Raadsbesluit van 17 maart 2015 onder andere de economische activiteiten verhuur van

¹ Hoofdstuk 4B Mededingingswet.

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

³ Geregistreerd onder nummer ACM/IN/577416.

(maatschappelijk) vastgoed en exploitatie van sportaccommodaties, heeft aangemerkt als activiteiten die plaatsvinden in het algemeen belang als bedoeld in artikel 25h, vijfde lid, van de Mededingingswet (hierna: het algemeen belang besluit).

- 7 Daarbij komt (subsidiar) dat de Gemeente met betrekking tot de verstrekte steun (exploitatievergoeding en bijdrage in de aanleg van zonnepanelen) aan het Sportbedrijf zich op het standpunt heeft gesteld dat de steun moet worden aangemerkt als een steunmaatregel die voldoet aan de criteria van artikel 107, eerste lid van het Verdrag betreffende werking van de Europese Unie (VWEU) (hierna: staatssteun). Hoewel de Gemeente overigens geen melding van de steunmaatregel heeft gemaakt bij de Europese Commissie conform artikel 11a van Verordening (EU) Nr. 651/2014 hierna: Algemene Groepsvrijstellingsverordening of AGVV)⁴.
- 8 Gelet op de uitzonderingen op de Wet M&O in artikel 25h, vierde en vijfde lid, Mw heeft de ACM vastgesteld dat de Wet M&O niet van toepassing is in dit geval.

Leeswijzer

- 9 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);
 - toepasselijkheid van artikel 25i Mw en beoordeling (hoofdstuk 5);
 - toepasselijkheid van artikel 25j Mw en beoordeling (hoofdstuk 6);
 - conclusie (hoofdstuk 7).

2. Wettelijk Kader

- 10 Op grond van artikel 70c, eerste lid, aanhef en onderdeel a, Mw kan de ACM, ingeval van een overtreding van artikel 25i, eerste lid, 25j, eerste lid, artikel 25k of artikel 25l Mw verklaren dat zij een overtreding heeft vastgesteld.
- 11 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 van overheidsbedrijven in artikel 25j Mw, de plicht tot beschikbaarstelling gegevens in artikel 25k Mw en de plicht tot functiescheiding in artikel 25l Mw.
- 12 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. Zo kan een overheidsorganisatie de wet buiten toepassing verklaren door te besluiten dat bepaalde activiteiten plaatsvinden in het algemeen belang. Ook is de wet niet van toepassing als de overheidsorganisatie stelt dat sprake is van staatssteun.

⁴ Verordening (EU) Nr. 651/2014 van de Commissie van 17 juni 2014 waarbij bepaalde categorieën steun op grond van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag met de interne markt verenigbaar worden verklaard.

- 13 Om te kunnen vaststellen welke verplichtingen uit de Wet M&O in een concreet geval van toepassing zijn, dient achtereenvolgens:
 - a) het bestuursorgaan in kwestie te worden gekwalificeerd;
 - b) de verrichte activiteit te worden gekwalificeerd als economische activiteit;
 - c) te worden vastgesteld dat geen van de wettelijke uitzonderingsbepalingen van toepassing zijn.

3. De procedure

- 14 De ACM heeft op 25 januari 2021 een handhavingsverzoek ontvangen van klager over het vermeend handelen van de Gemeente in strijd met artikel 25i en artikel 25j Mw.
- 15 De klager en de Gemeente hebben in de periode maart tot en met augustus 2021 desgevraagd aan de ACM schriftelijke en mondelinge informatie gegeven.⁵

4. Relevante feiten

- 16 De klager exploiteert een wellnessresort in Joure onder de naam Wellness & Beauty De Woudfennen.
- 17 De Gemeente is eigenaar van sportcomplex SKJ bestaande uit een sporthal en zwembad Swimfun.⁶ Tot 22 juli 2019 werd SKJ uitgebaat door Stichting De Stienen Flier. De Gemeente inde huur van de stichting en verstrekke de stichting een exploitatiesubsidie. Per 22 juli 2019 is de exploitatie van SKJ overgegaan naar het Sportbedrijf. De Gemeente int huur van het sportbedrijf en verstrekt jaarlijks een exploitatiebijdrage aan het Sportbedrijf ten behoeve van de exploitatie.
- 18 De gemeenteraad van de gemeente Fryske Marren heeft op 17 maart 2015 een algemeen belang besluit genomen waarin onder meer de exploitatie van sportaccommodaties en de verhuur van (maatschappelijk) vastgoed zijn uitgezonderd van de Wet M&O.⁷

5. Verhuur aan de Stichting - Toepasselijkheid artikel 25i, Mw

- 19 Omdat op de verhuur aan de Stichting een ander wettelijk kader van toepassing is dan op de verhuur aan het overheidsbedrijf, behandelt de ACM deze situaties apart. De ACM gaat hieronder eerst in op de verhuur van SKJ aan de Stichting.
- 20 Artikel 25i, Mw 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."
- 21 Tot 22 juli 2019 werd Swimfun uitgebaat door de Stichting. De Gemeente verhuurde SKJ aan de Stichting. De Stichting ontving subsidie van de Gemeente om SKJ uit te baten.

⁵ ACM/UIT/549244, ACM/IN/598274, ACM/IN/598275, ACM/UIT/552303, ACM/IN/616693, ACM/IN/619899, ACM/UIT/556893, ACM/IN/633855, ACM/IN/640655.

⁶ Zie "Huurovereenkomst m.b.t. het Sportief Knooppunt Joure (SKJ)", als bijlage bij het handhavingsverzoek gevoegd, geregistreerd onder nummer ACM/IN/577416.

⁷ Zie "Raadsbesluit" van 17 maart 2015, als bijlage bij het handhavingsverzoek gevoegd, geregistreerd onder nummer ACM/IN/577416.

- 22 De Stichting is – anders dan het Sportbedrijf (zie de volgende paragraaf) – geen overheidsbedrijf. Beoordeeld moet daarom worden of de Gemeente bij de verhuur van SKJ aan de Stichting de integrale kosten in rekening heeft gebracht (artikel 25i Mw). Om vast te kunnen stellen of er sprake is van een overtreding van artikel 25i, Mw dient allereerst vastgesteld te worden of er sprake is van een bestuursorgaan.

5.1. Bestuursorgaan

- 23 Artikel 25i, eerste lid, Mw is enkel van toepassing voor zover door een bestuursorgaan een economische activiteit wordt verricht.
- 24 Het college van burgemeester en wethouders van de Gemeente verhuurt SKJ en is een bestuursorgaan in de zin van art. 1:1, eerste lid, onder a, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). Daarom richt de norm van artikel 25i, eerste lid, Mw zich tot het college van burgemeester en wethouders van de Gemeente.

5.2. Economische activiteit of wettelijke taak

- 25 Om te bepalen of de verhuur van SKJ te kwalificeren is als economische activiteit, moet worden aangesloten bij de Europese jurisprudentie ten aanzien van het begrip “economische activiteit”.⁸
- 26 Voor het vaststellen of een bestuursorgaan een economische activiteit verricht, is de aard van de activiteit bepalend.⁹ Uit jurisprudentie blijkt dat in dit kader onder meer van belang is wat het doel is waarmee de activiteiten worden verricht en aan welke regels de activiteiten zijn onderworpen.¹⁰ 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, bestaande uit het aanbieden van goederen en diensten op de markt, worden verricht.¹¹ Voor zover bestuursorganen handelen in de uitoefening van overheidsgezag, verrichten zij geen economische activiteit.
- 27 In de rechtsspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie omtrent het ondernemingsbegrip en het begrip economische activiteit is voorts relevant 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.¹² De rechtsvorm, de wijze van financiering van de entiteit en of al dan niet sprake is van een winstoogmerk is hierbij niet doorslaggevend.¹³

⁸ *Kamerstukken II*, 2007/2008, 31 354, nr. 3 p. 30-31.

⁹ C-364/92 SAT Fluggellschaft mbH, r.o. 19.

¹⁰ *Idem*, r.o. 30.

¹¹ C-343/95, Diego Cali & Figly Srl, r.o. 16.

¹² Zie hiertoe bijvoorbeeld zaak C-244, FFSA, C-115-97-117/97, Brentjes Handelsonderneming B.V. of C-41/90 Hofner/Elser.

¹³ Zaak C-35/96, Commissie t. Italië.

- 28 De Gemeente verhuurt het sportcomplex. Ook particuliere ondernemingen kunnen (sport)accommodaties verhuren, waardoor de Gemeente (potentieel) in concurrentie treedt met particuliere ondernemingen. De verhuur van SKJ is dan ook een economische activiteit.¹⁴ Volledigheidshalve merkt de ACM op dat het verstrekken van subsidies of exploitatievergoedingen op zichzelf geen economische activiteit zijn. De relevante economische activiteit in dit geval is dus alleen de verhuur van SKJ.

5.3. Wettelijke uitzonderingsbepalingen

- 29 Artikel 25h, vijfde lid, Mw luidt: “[De wet M&O] is niet van toepassing is op economische activiteiten en op een bevoordeling als bedoeld in artikel 25j, welke plaatsvinden respectievelijk plaatsvindt in het algemeen belang.”
- 30 Artikel 25h, zesde lid, Mw luidt: “De vaststelling of economische activiteiten of een bevoordeling plaatsvinden respectievelijk plaatsvindt in het algemeen belang geschiedt voor provincies, gemeenten en waterschappen door provinciale staten, de gemeenteraad respectievelijk het algemeen bestuur en voor het Rijk en voor zelfstandige bestuursorganen als bedoeld in artikel 1, onderdeel a, van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen door de minister die het aangaat.”
- 31 Op 17 maart 2015 heeft de gemeenteraad van de gemeente de Fryske Marren een aantal economische activiteiten aangewezen als activiteiten die plaatsvinden in het algemeen belang als bedoeld in artikel 25h, vijfde lid, Mw. Onder meer verhuur van maatschappelijk vastgoed, verhuur van vastgoed en exploitatie van sportaccommodaties zijn aangewezen als activiteiten die plaatsvinden in het algemeen belang.
- a. Standpunt klager
- 32 De klager geeft in zijn handhavingsverzoek aan dat het algemeen belang besluit niet van toepassing is op de verhuur van SKJ. Hij is van mening dat niet is aangetoond waarom de exploitatie van wellnessactiviteiten onder de kostprijs in het algemeen belang noodzakelijk is. Daarnaast is hij van mening dat de Gemeente niet heeft aangetoond dat commerciële marktpartijen deze dienst niet kunnen aanbieden.
- 33 Tevens geeft de klager aan dat de activiteiten van de Gemeente niet onder de categorieën verhuur maatschappelijk vastgoed en verhuur van vastgoed kunnen vallen.
- 34 De klager stelt dat ter zake van de categorie van verhuur maatschappelijk vastgoed in de motivering van het algemeen belang besluit wordt verwezen naar instellingen die een maatschappelijk en algemeen belang vervullen, waarbij gedacht wordt aan een muziekschool, spelotheek, muziekkorpsen en Rode Kruis. SKJ of Swimfun worden hier niet genoemd.
- b. Standpunt Gemeente
- 35 De Gemeente is van mening dat de verhuur van het sportcomplex onder het algemeen belang besluit valt, namelijk onder de categorie verhuur van maatschappelijk vastgoed.¹⁵

¹⁴ Zie ook bijvoorbeeld de lijst met voorbeelden van economische activiteiten op www.acm.nl.

¹⁵ Zie antwoord van gemeente op vragenbrief ACM van 26 maart 2021 geregistreerd onder nummer ACM/IN/598274.

c. Oordeel ACM

- 36 Door de gemeenteraad van de Gemeente is in 2015 een algemeen belang besluit genomen om zeven economische activiteiten aan te wijzen als activiteiten die plaatsvinden in het algemeen belang. Twee van de aangewezen activiteiten zijn: de verhuur van maatschappelijk vastgoed en de verhuur van vastgoed.
- 37 In de tekst van het algemeen belang besluit zelf zijn deze uitzonderingsgronden niet nader gespecificeerd. Dit betekent dat in principe alle situaties van verhuur van (maatschappelijk) vastgoed door de Gemeente onder de uitzondering vallen. De tekst van het besluit geeft geen enkele grond voor een restrictieve uitleg van de uitzonderingen zoals klager betoogt. Nu de tekst van het besluit op zichzelf duidelijk is, kan aan de toelichting op het besluit geen doorslaggevende betekenis worden toegekend. Ten overvloede merkt de ACM overigens nog op dat uit de toelichting evenmin overduidelijk blijkt dat de verhuur van SKJ niet onder de uitzondering zou vallen. Zo is de lijst met maatschappelijk vastgoed in de toelichting overduidelijk een niet limitatieve lijst.
- 38 De ACM stelt derhalve dat de verhuur van SKJ aan de stichting valt onder de aangewezen economische activiteiten die plaatsvinden in het algemeen belang.
- 39 De bedenkingen die klager heeft tegen de inhoud en de motivering van het algemeen belang besluit hadden ten tijde van het vaststellen van het algemeen belang besluit naar voren gebracht kunnen worden. Tegen het besluit hadden rechtsmiddelen kunnen worden ingesteld. Dit is niet gebeurd en het algemeen belang besluit staat inmiddels sinds 2015 in rechte vast.

6. Verhuur aan het Sportbedrijf - Toepasselijkheid artikel 25j Mw

- 40 Hierna gaat de ACM in op de situatie per 22 juli 2019, waarin SKJ wordt uitgebaat door het Sportbedrijf. De Gemeente houdt 100% van de aandelen in het Sportbedrijf. De Gemeente verhuurt SKJ aan het Sportbedrijf en verstrekt een exploitatievergoeding aan het Sportbedrijf om SKJ uit te baten. Volgens de klager houdt de bevoordeling in dat de Gemeente een te lage huur int, een exploitatiesubsidie verstrekt die concurrenten niet krijgen en andere voordelen verstrekt zoals een overdekte parkeergelegenheid en zonnepanelen die recent geplaatst zijn.

6.1. Bestuursorgaan

- 41 Artikel 25j, eerste lid, Mw is enkel van toepassing voor zover een bestuursorgaan een overheidsbedrijf bevoordeelt. De ACM verwijst naar randnummer 24 voor de beoordeling van het bestuursorgaan in deze zaak.

6.2. Overheidsbedrijf

- 42 Het bevoordelingsverbod van artikel 25j, eerste lid, Mw is alleen van toepassing als een overheidsbedrijf onrechtmatig wordt bevoordeeld. Artikel 25g Mw bepaalt wat een overheidsbedrijf is. Dit is het geval als het gaat om een onderneming met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid waarvan een publiekrechtelijke rechtspersoon in staat is het beleid te bepalen. Een publiekrechtelijke rechtspersoon is onder andere in staat het beleid te bepalen als hij, al dan niet tezamen met een of meer andere publiekrechtelijke rechtspersonen, beschikt over de meerderheid van de stemrechten,

verbonden aan de door de rechtspersoon van de onderneming uitgegeven aandelen (artikel 25g, tweede lid, aanhef en onder a, Mw).

- 43 Het sportbedrijf is een privaatrechtelijke rechtspersoon, want het is een besloten vennootschap. Bovendien is het sportbedrijf een onderneming, omdat het sportbedrijf met het exploiteren van een sportcomplex een economische activiteit verricht. Immers, het exploiteren van een sportbedrijf is een activiteit die in concurrentie wordt aangeboden.¹⁶ Uit het uittreksel van de Kamer van Koophandel van het Sportbedrijf volgt voorts dat de Gemeente als publiekrechtelijke rechtspersoon 100% van de aandelen in het Sportbedrijf houdt. Het Sportbedrijf kwalificeert gelet op het voorgaande als overheidsbedrijf.

6.3. Wettelijke uitzonderingsbepalingen

- 44 Artikel 25h, vierde lid, Mw luidt: “[De wet M&O] is niet van toepassing indien het economische activiteiten van een bestuursorgaan betreft ten aanzien waarvan een maatregel is getroffen die naar het oordeel van het bestuursorgaan kan worden aangemerkt als een steunmaatregel die voldoet aan de criteria van artikel 107, eerste lid, van het Verdrag.”
- 45 Artikel 25h, vijfde lid, Mw luidt: “[De wet M&O] is niet van toepassing op economische activiteiten en op een bevoordeling als bedoeld in artikel 25j, welke plaatsvinden respectievelijk plaatsvindt in het algemeen belang.”
- 46 Artikel 25h, zesde lid, Mw luidt: “De vaststelling of economische activiteiten of een bevoordeling plaatsvinden respectievelijk plaatsvindt in het algemeen belang geschiedt voor provincies, gemeenten en waterschappen door provinciale staten, de gemeenteraad respectievelijk het algemeen bestuur en voor het Rijk en voor zelfstandige bestuursorganen als bedoeld in artikel 1, onderdeel a, van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen door de minister die het aangaat.”
- a. Standpunt Gemeente
- 47 De Gemeente stelt in haar brief van 26 maart 2021 dat artikel 25h, lid 5, Mw niet alleen ziet op economische activiteiten die door de Gemeente zelf worden verricht in het algemeen belang, maar ook op de bevoordeling van overheidsbedrijven die een activiteit uitoefenen in het algemeen belang.¹⁷ Volgens de Gemeente is het algemeen belang besluit van de Gemeente dan ook van toepassing op de bevoordeling van het Sportbedrijf.
- 48 De Gemeente stelt subsidiair in haar brief van 21 mei 2021 dat de steun die zij aan het Sportbedrijf verstrekt kan worden aangemerkt als een steunmaatregel in de zin van artikel 107, eerste lid, VWEU.¹⁸ De Wet M&O is daarmee volgens de Gemeente niet van toepassing.
- b. Standpunt klager
- 49 De klager stelt in zijn handhavingsverzoek dat het algemeen belang besluit niet van toepassing is. De Gemeente exploiteert SKJ namelijk niet zelf, dat doet het Sportbedrijf. Uit de toelichting bij het algemeen belang besluit volgt dat het algemeen belang besluit alleen van toepassing is als de Gemeente zelf exploiteert.¹⁹

¹⁶ Zie bijvoorbeeld ook de lijst met voorbeelden van economische activiteiten op www.acm.nl.

¹⁷ Zie antwoord van gemeente op vragenbrief ACM van 26 maart 2021 geregistreerd onder nummer ACM/IN/598274.

¹⁸ De gemeente stelt ook dat die steun van aanmelding is vrijgesteld op grond van artikel 55 AGVV.

¹⁹ Zie handhavingsverzoek klager van 22 januari 2021, geregistreerd onder nummer ACM/IN/577416.

- 50 De klager stelt in zijn reactie van 3 augustus 2021 dat de AGVV niet van toepassing is omdat er geen sprake is van investeringssteun maar van exploitatiesteun. Daarbij stelt de klager dat uit artikel 55, zevende lid, onder b, AGW blijkt dat de vrijstelling van de meldplicht alleen ziet op exploitatiesteun van de sportinfrastructuur en niet voor multifunctionele recreatieve infrastructuur en dat Swimfun niet kan worden aangemerkt als sportinfrastructuur.
- 51 Ook stelt de klager dat er helemaal geen sprake is van een maatregel die voldoet aan artikel 107, eerste lid, EU. De steun aan het Sportbedrijf verstoort de concurrentie in de regio, maar zal naar alle waarschijnlijkheid de interne markt van de EU niet verstoren. De goedkopere tickets die het Sportbedrijf kan verkopen in relatie tot de aanvullende attracties en wellness, zal geen grensoverschrijdend effect hebben. En als artikel 107 eerste lid, EU op de exploitatiesteun niet van toepassing is, dan is artikel 25h, vierde lid, Mw evenmin van toepassing.

c. Oordeel ACM

- 52 De ACM is van oordeel dat de mogelijke voordelen die de Gemeente verstrekt aan het Sportbedrijf vallen onder twee uitzonderingsgronden van de Wet M&O: de algemeen belang uitzondering en de staatssteunuitzondering. De ACM behandelt deze uitzonderingsgronden achtereenvolgens.

Algemeen belang besluit

- 53 De eerste uitzondering betreft het algemeen belang besluit. Zoals eerder vermeld, is door de gemeenteraad van de Gemeente in 2015 een algemeen belang besluit genomen om zeven economische activiteiten aan te wijzen als activiteiten die plaatsvinden in het algemeen belang. Eén van de aangewezen activiteiten is: de exploitatie van sportaccommodaties.
- 54 Uit de tekst van artikel 25h, vijfde lid, Mw volgt dat de bevoegdheid om een algemeen belang besluit te nemen ook ziet op de bevoordeling van overheidsbedrijven die een activiteit uitoefenen in het algemeen belang. In de tekst van het algemeen belang besluit zelf is de uitzonderingsgrond 'exploitatie van sportaccommodaties' niet nader gespecificeerd. Dit betekent dat alle situaties van exploitatie van sportaccommodaties onder de uitzondering vallen. De tekst van het besluit geeft geen grond voor de restrictieve uitleg van de klager dat het algemeen belang besluit alleen ziet op situaties waarin de Gemeente zelf exploiteert. In de tekst van het algemeen belang besluit zelf is immers niet nader gespecificeerd wie de sportaccommodatie moet exploiteren. Nu de tekst van het besluit op zichzelf duidelijk is, kan aan de toelichting op het besluit geen doorslaggevende betekenis worden toegekend. Ten overvloede merkt de ACM overigens nog op dat uit de toelichting evenmin overduidelijk blijkt dat de exploitatie van SKJ niet onder de uitzondering zou vallen.
- 55 De ACM stelt derhalve vast dat alle mogelijke voordelen die de Gemeente verstrekt aan het Sportbedrijf ten behoeve van de exploitatie van SKJ plaatsvinden in het algemeen belang als bedoeld in artikel 25h, vijfde lid, Mw.

Staatssteun

- 56 De ACM is subsidiair van oordeel dat in deze zaak ook de staatssteunuitzondering van toepassing is. In artikel 25h, vierde lid, Mw is opgenomen dat de Wet M&O niet van toepassing is als het economische activiteiten van een bestuursorgaan betreft ten aanzien waarvan een maatregel is getroffen die naar het oordeel van het bestuursorgaan kan worden aangemerkt als staatssteun. Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat het bestuursorgaan zelf moet beoordelen of er sprake is van staatssteun en dat de ACM gehouden is dit oordeel te volgen.²⁰

²⁰ Kamerstuk 2007-2008, 31354, nr. 3, p. 19.

- 57 Uit het onderzoek van de ACM is gebleken dat de gemeenteraad of het college van B&W niet vanaf de start van de steunverlening aan het Sportbedrijf (formeel) hebben vastgesteld dat sprake is van staatssteun. Daarnaast is - voor zover de ACM bekend - door de Gemeente geen (verplichte) kennisgeving gedaan aan de Europese Commissie.
- 58 De ACM overweegt evenwel dat de Gemeente gedurende het onderzoek van de ACM tot het oordeel is gekomen dat de steun aan het Sportbedrijf moet worden gezien als staatsteun. In reactie op vragen van de ACM op 22 juli 2021 stelt de Gemeente dat sprake is steunmaatregelen in de zin van artikel 107, eerste lid VWEU. Zoals blijkt uit de hiervoor aangehaalde Memorie van Toelichting dient de ACM dit oordeel te volgen. De ACM kan niet – anders dan de klager beoogt – beoordelen of daadwerkelijk wordt voldaan aan de vereisten van artikel 107, eerste lid, VWEU.

Conclusie

- 59 Gelet op het voorgaande is de ACM van oordeel dat ingevolge artikel 25h, vijfde lid, Mw en (subsidiar) ingevolge artikel 25h, vierde lid, Mw, de Wet M&O niet van toepassing is op mogelijke voordelen die het college van burgemeester en wethouders van de Gemeente verstrekt aan het Sportbedrijf.

7. Conclusie

- 60 De ACM stelt vast dat artikel 25i en 25j Mw niet van toepassing zijn op de activiteiten van de Gemeente ten aanzien van SKJ. De ACM wijst het handhavingsverzoek af.

Den Haag,
Datum

De Autoriteit Consument en Markt
namens deze,

M. Denkers BA, Msc, MBA
Directeur 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.*