

Concept openbaar Besluit

Ons kenmerk: ACM/DJZ/2016/200128_OV

Zaaknummer: 15.1049.29.1.01

Datum: 11 januari 2016

Op 5 oktober 2015 heeft de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) het verzoek van [Dansschool A] om op te treden tegen de Gemeente [VERTROUWELIJK] afgewezen. Tegen dit besluit heeft [Dansschool A] op 23 oktober 2015 bezwaar gemaakt. Met onderhavige beslissing op bezwaar verklaart ACM de bezwaren van [Dansschool A] gegrond voor zover deze zijn gericht tegen de gebrekkige motivering, maar laat het bestreden besluit met verbetering en aanvulling van de motivering in stand.

I. Verloop van de procedure

1. De wet Markt en Overheid (hierna: Wet MenO) is op 1 juli 2012 in werking getreden als onderdeel van de Mededingingswet (hierna: Mw).
2. ACM heeft op 10 augustus 2015 een handhavingsverzoek ontvangen van de eigenaren van [Dansschool A] te [VERTROUWELIJK] (hierna ook: bezwaarmakers). Volgens hen zou de gemeente [VERTROUWELIJK] in strijd handelen met de wet MenO. Zij stellen dat de door de gemeente opgerichte stichting [VERTROUWELIJK] bij de verhuur van het gebouw [VERTROUWELIJK] aan [Dansschool B] niet de integrale kosten zou doorberekenen. [Dansschool B] betaalt hierdoor een aanzienlijk lager huurtarief. Hiermee zou de gemeente in strijd handelen met het bepaalde in artikel 25i, eerste lid, van de Wet MenO.
3. ACM heeft het verzoek tot handhaving op 5 oktober 2015 afgewezen.
4. Tegen de afwijzing van het handhavingsverzoek is op 23 oktober 2015 bezwaar ingesteld.
5. Op 27 november 2015 heeft een hoorzitting ten kantore van ACM plaatsgevonden waarbij [Danscentrum A] en de gemeente [VERTROUWELIJK] hun standpunten hebben kunnen toelichten. Van de hoorzitting werd een verslag gemaakt dat op 7 januari 2016 aan betrokkenen is toegestuurd.

Concept openbaar Besluit

II. Het bestreden besluit

6. In het bestreden besluit van 5 oktober 2015 is aan [Dansschool A] kenbaar gemaakt dat ACM niet bevoegd is om in deze zaak op te treden. Dit zou voortvloeien uit het feit dat de gemeenteraad van [VERTROUWELIJK] in haar besluit van 24 juni 2014 heeft vastgesteld om: *'het verhuren van vastgoed aan organisaties met een maatschappelijke functie aan te wijzen als een economische activiteit, die plaatsvindt in het algemeen belang zoals staat vermeld in artikel 25h, vijfde lid, Mededingingswet'*. Volgens ACM zijn de gedragsregels uit de Wet M&O niet langer van toepassing op economische activiteiten en op een bevoordeling als bedoeld in artikel 25j Wet M&O zolang deze plaatsvinden in het algemeen belang. Op grond hiervan is het handhavingsverzoek afgewezen.

III. Bezwaargronden

7. [Dansschool A] heeft op 23 oktober 2015 bezwaar gemaakt tegen het besluit van ACM van 5 oktober 2015. [Dansschool A] heeft hierin het volgende naar voren gebracht.
8. [Dansschool A] betoogt dat ACM in het bestreden besluit ten onrechte heeft verwezen naar het algemeen belang besluit van de Gemeente [VERTROUWELIJK] van 26 juni 2014 en zich op grond hiervan ten onrechte niet bevoegd heeft verklaard. Volgens [Dansschool A] heeft ACM tevens niet onderkend dat de gemeente bij de verhuur van accommodatie [VERTROUWELIJK] op tweeërlei wijze de Wet M&O overtreedt. In de eerste plaats stelt de gemeente accommodaties om niet ter beschikking aan Stichting [VERTROUWELIJK]. In de tweede plaats verhuurt Stichting [VERTROUWELIJK] ruimtes in accommodatie [VERTROUWELIJK] aan [Dansschool B] tegen een laag maatschappelijk tarief. Bij beide betrekkingen worden de gedragsregels van de Wet M&O niet nageleefd. Volgens [Dansschool A] had ACM een onderscheid tussen de beide relaties moeten maken.
9. [Dansschool A] stelt dat ACM in het besluit van 5 oktober 2015 ten onrechte geenszins ingaat op de relatie tussen de gemeente en stichting [VERTROUWELIJK]. Volgens hem wordt deze relatie bovendien niet gedekt door het algemeen belang besluit van de Gemeente [VERTROUWELIJK] van 26 juni 2014. De gedragsregels uit de Wet M&O zijn daarom van toepassing. Volgens [Dansschool A] bevoordeelt de gemeente stichting [VERTROUWELIJK] en overtreedt de gemeente daarmee de Wet M&O. ACM had het verzoek tot handhaving reeds daarom niet mogen afwijzen, zo stelt [Dansschool A].

Concept openbaar Besluit

10. Over de relatie tussen Stichting [VERTROUWELIJK] en [Dansschool B] betoogt [Dansschool A] het volgende. Volgens hem stelt ACM ten onrechte dat de verhuur van de ruimtes in accommodatie [VERTROUWELIJK] aan [Dansschool B] onder de reikwijdte van het algemeen belang besluit van 26 juni 2014 valt. [Dansschool A] stelt dat het algemeen belang besluit alleen betrekking heeft op verhuur door de gemeente aan organisaties met een maatschappelijke functie en niet op de verhuur door privaatrechtelijke rechtspersonen, zoals Stichting [VERTROUWELIJK]. Nu in dit geval Stichting [VERTROUWELIJK], en niet de gemeente, de ruimtes in accommodatie [VERTROUWELIJK] aan [Dansschool B] verhuurt, is het algemeen belang besluit dus niet van toepassing. Dit betekent dat de gedragsregels uit de Wet M&O wel gelden. Volgens [Dansschool A] rekent Stichting [VERTROUWELIJK] bij de verhuur van de ruimtes aan [Dansschool B] echter niet de integrale kosten door. Het wijst er in dit verband op dat ook de gemeente van mening is dat [Dansschool B] niet het maatschappelijke tarief maar een hoger tarief moet betalen voor de huur van de ruimtes in accommodatie [VERTROUWELIJK]. [Dansschool A] stelt in het bezwaarschrift dat derhalve ook op dit punt de Wet M&O wordt overtreden. Tijdens de hoorzitting heeft [Dansschool A] evenwel aangegeven dat het twijfelt of de Wet M&O van toepassing is, omdat Stichting [VERTROUWELIJK] geen bestuursorgaan is.
11. Verder stelt [Dansschool A] dat ook als het algemeen belang besluit wel betrekking zou hebben op de verhuur aan [Dansschool B], het op de weg van ACM had gelegen om de inhoud van het algemeen belang besluit te toetsen aan de wet. Nu de gemeente zelf al stelt dat het algemeen belang besluit moet worden aangepast, had ACM niet van het algemeen belang besluit mogen uitgaan.
12. [Dansschool A] betoogt tot slot dat het enkele feit dat een algemeen belang besluit is genomen, ACM niet ontslaat van haar taak om op grond van artikel 2 Mw toezicht te houden op de naleving van de Mw. Dat op grond van artikel 25h, vijfde lid Mw de gedragsregels uit de Wet M&O niet van toepassing zijn als is vastgesteld dat economische activiteiten plaatsvinden in het algemeen belang, stelt artikel 2 Mw namelijk niet buiten werking. ACM heeft zich ook daarom ten onrechte onbevoegd verklaard, aldus [Dansschool A].

Concept openbaar Besluit

IV. Juridisch kader

Mededingingswet

Artikel 2

De Autoriteit Consument en Markt is belast met het toezicht op de naleving van het bij of krachtens deze wet bepaalde.

Artikel 25g

1. In dit hoofdstuk en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder overheidsbedrijf:

- a. een onderneming met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid, niet zijnde een personenvennootschap met rechtspersoonlijkheid, waarin een publiekrechtelijke rechtspersoon, al dan niet tezamen met een of meer andere publiekrechtelijke rechtspersonen, in staat is het beleid te bepalen;
- b. een onderneming in de vorm van een personenvennootschap, waarin een publiekrechtelijke rechtspersoon deelneemt.

2. Een publiekrechtelijke rechtspersoon is alleen in staat in een onderneming het beleid te bepalen in de zin van het eerste lid, onder a:

- a. indien 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;
- b. indien meer dan de helft van de leden van het bestuur of het toezichthoudend orgaan wordt benoemd door een of meer publiekrechtelijke rechtspersonen of door leden of aandeelhouders die een publiekrechtelijke rechtspersoon zijn;
- c. indien de onderneming een dochtermaatschappij in de zin van artikel 24a van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek is van een rechtspersoon waarvoor onderdeel a of b van toepassing is; of
- d. in andere gevallen, voor zover bij algemene maatregel van bestuur bepaald.

Concept openbaar Besluit

Artikel 25h

5. Dit hoofdstuk is niet van toepassing op economische activiteiten en op een bevoordeling als bedoeld in artikel 25j, welke plaatsvinden respectievelijk plaatsvindt in het algemeen belang.

6. 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.

Artikel 25i

1. 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.

2. Het eerste lid is niet van toepassing:

a. indien de economische activiteiten strekken ter uitoefening van een bijzonder of uitsluitend recht in de zin van artikel 25a, onder c, respectievelijk b, en reeds voorschriften gelden omtrent de voor de desbetreffende activiteiten in rekening te brengen prijzen;

b. indien de economische activiteiten inhouden het verstrekken van gegevens die het bestuursorgaan heeft verkregen in het kader van de uitoefening van zijn publiekrechtelijke bevoegdheden of het verstrekken van gegevensbestanden die uit de genoemde gegevens zijn samengesteld;

(..)

Artikel 25j

1. Een bestuursorgaan bevoordeelt niet een overheidsbedrijf, waarbij hij in de zin van artikel 25g, eerste lid, is betrokken, boven andere ondernemingen waarmee dat overheidsbedrijf in concurrentie treedt en kent evenmin een dergelijk overheidsbedrijf anderszins voordelen toe die verder gaan dan in het normale handelsverkeer gebruikelijk is.

2. Als bevoordeling als bedoeld in het eerste lid wordt in ieder geval ook aangemerkt:

Concept openbaar Besluit

- a. het toestaan van het gebruik door het overheidsbedrijf van de naam en het beeldmerk van de publiekrechtelijke rechtspersoon van het bestuursorgaan op een wijze waardoor verwarring bij het publiek is te duchten over de herkomst van goederen en diensten;

- b. het leveren van goederen aan, het verrichten van diensten voor en het ter beschikking stellen van middelen aan het overheidsbedrijf tegen een vergoeding die lager is dan de integrale kosten. (..)

Concept openbaar Besluit

V. Overwegingen

Het bezwaar

13. Als reactie op een informatieverzoek van ACM heeft de gemeente bij brief van 31 augustus 2015 aangegeven dat accommodatie [VERTROUWELIJK] wordt beheerd en geëxploiteerd door Stichting [VERTROUWELIJK]. Deze stichting is een privaatrechtelijke rechtspersoon en heeft als doel de gemeentelijke accommodaties van de gemeente [VERTROUWELIJK] te beheren en te exploiteren. Volgens de gemeente is Stichting [VERTROUWELIJK] een overheidsbedrijf als bedoeld in artikel 25g Mw. Uit de brief blijkt dat niet de gemeente, maar Stichting [VERTROUWELIJK] de gebruiksovereenkomst met [Dansschool B] heeft gesloten.
14. In het bestreden besluit staat dat de gemeente een huurovereenkomst is aangegaan met [Dansschool B]. Deze verhuurrelatie is vervolgens getoetst aan het algemeen belang besluit met als conclusie dat ACM niet bevoegd is handhavend op te treden. Gelet op bovengenoemde informatie van de gemeente bestaat er echter geen verhuurrelatie tussen de gemeente en [Dansschool B], maar tussen Stichting [VERTROUWELIJK] en [Dansschool B]. Verder heeft de gemeente op haar beurt een relatie met Stichting [VERTROUWELIJK], in die zin dat deze stichting de gemeentelijke accommodaties van de gemeente [VERTROUWELIJK] beheert en exploiteert. Dit betekent dat in het bestreden besluit ten onrechte geen onderscheid is gemaakt tussen beide relaties en de relaties ten onrechte niet zijn beoordeeld in het licht van de Wet MenO. Het besluit is op dit punt gebrekkig gemotiveerd. Het bezwaar is reeds daarom gegrond. ACM komt hierdoor niet meer toe aan het antwoord op de vraag of in het bestreden besluit terecht is gesteld dat het algemeen belang besluit van 26 juni 2014 op deze situatie van toepassing is.

Het verzoek om handhaving

15. ACM zal nu beoordelen of er aanleiding bestaat het verzoek van [Dansschool A] alsnog toe te wijzen. ACM stelt daarbij in reactie op het bezwaar van [Dansschool A] voorop dat ACM op grond van artikel 2 Mw belast is met het toezicht op de naleving van de Mededingingswet. ACM dient hierbij echter wel de grenzen van haar taken en bevoegdheden die voortvloeien uit de Mededingingswet en onder meer de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) in acht te nemen.
16. ACM zal hierna eerst uiteenzetten hoe Stichting [VERTROUWELIJK] kan worden getypeerd in het licht van de Wet M&O. Vervolgens zal ACM ingaan op de relatie tussen de gemeente en Stichting [VERTROUWELIJK]. Daarna zal ACM de relatie tussen Stichting

Concept openbaar Besluit

[VERTROUWELIJK] en [Dansschool B] beoordelen in het licht van de Wet M&O¹. ACM zal eindigen met een conclusie over het verzoek tot handhaving.

Stichting [VERTROUWELIJK]

17. Blijkens haar statuten is [VERTROUWELIJK] een stichting met het doel het faciliteren van non-profit activiteiten door middel van het beheren en exploiteren van accommodaties. Met het beheren en exploiteren van accommodaties, in het bijzonder accommodatie [VERTROUWELIJK], oefent Stichting [VERTROUWELIJK] een economische activiteit uit. Derhalve is Stichting [VERTROUWELIJK] een onderneming met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid. In de statuten van Stichting [VERTROUWELIJK] is voorgeschreven dat de benoeming van een bestuurslid van de stichting de instemming behoeft van het college van burgemeester en wethouders.² Stichting [VERTROUWELIJK] is dan ook een overheidsbedrijf in de zin van artikel 25g Mw.³

Relatie gemeente en Stichting [VERTROUWELIJK]

18. In artikel 25j Mw zijn regels gesteld die een bestuursorgaan in acht moet nemen bij zijn relatie met een eigen overheidsbedrijf. Artikel 25j Mw houdt kort gezegd in dat een bestuursorgaan een eigen overheidsbedrijf niet onevenredig mag bevoordelen. Door het verbod wordt de mogelijke concurrentieverstoring door het overheidsbedrijf beperkt.⁴
19. Voordat ACM toekomt aan een inhoudelijke beoordeling van de vraag of de gemeente [VERTROUWELIJK] Stichting [VERTROUWELIJK] bevoordeelt, zal ACM eerst bezien of [Dansschool A] belanghebbende is bij een besluit om al dan niet handhavend tegen de gemeente [VERTROUWELIJK] op te treden. Alleen belanghebbenden kunnen namelijk een formele klacht in de vorm van een aanvraag tot het nemen van een besluit indienen.⁵

[Dansschool A] als belanghebbende

¹ Een schema van beide relaties is als bijlage 1 bij dit besluit opgenomen.

² Artikel 4, derde lid, van de statuten van Stichting [VERTROUWELIJK].

³ In het bijzonder artikel 25g, eerste lid, aanhef en onder a in samenhang gelezen met het tweede lid, aanhef en onder b van de Mw.

⁴ Kamerstukken II 2001/2002, 28050, nr. 3, p. 20 (memorie van toelichting Wet M&O).

⁵ Artikel 1:3, derde lid, Awb in samenhang gelezen met het tweede lid van dat artikel. Zie ook ABRvS 16 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP4700.

Concept openbaar Besluit

20. Artikel 1:2, eerste lid, Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) bepaalt dat onder belanghebbende wordt verstaan: degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken.
21. [Dansschool A] heeft tijdens de hoorzitting naar voren gebracht dat het door de vermeende bevoordeling van Stichting [VERTROUWELIJK] in zijn belangen wordt geraakt. Volgens hem kan door de vermeende bevoordeling Stichting [VERTROUWELIJK] lagere huurtarieven in rekening brengen aan [Dansschool B]. Hierdoor kan [Dansschool B] op haar beurt tegen lagere prijzen danslessen aanbieden. [Dansschool A] ondervindt hiervan als concurrent nadelige gevolgen, zo is onder meer het aantal leerlingen afgenomen.
22. Om als belanghebbende in de zin van artikel 1:2 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) te kunnen worden aangemerkt dient men volgens vaste jurisprudentie een voldoende objectief en actueel, eigen persoonlijk belang te hebben dat bovendien rechtstreeks wordt geraakt door het bestreden besluit. Degene wiens concurrentiebelang rechtstreeks bij een besluit is betrokken, is dan ook belanghebbende bij dat besluit. Een concurrent wordt volgens de jurisprudentie alleen rechtstreeks door een besluit in zijn belangen geraakt als hij werkzaam is in hetzelfde verzorgingsgebied en marktsegment als het verzorgingsgebied en het marktsegment waarop het besluit betrekking heeft.⁶
23. ACM heeft deze jurisprudentie ook op dit geval toegepast. Naar het oordeel van ACM leidt de vaste jurisprudentie ertoe dat bij een vermeende overtreding van artikel 25j Mw alleen degene die in hetzelfde verzorgingsgebied en marktsegment werkzaam is als het overheidsbedrijf, belanghebbende is bij het besluit om al dan niet handhavend op te treden.
24. ACM begrijpt dat [Dansschool A] nadelige gevolgen zou kunnen ondervinden van een eventuele bevoordeling van Stichting [VERTROUWELIJK]. Stichting [VERTROUWELIJK] zou door een eventuele bevoordeling namelijk lagere tarieven in rekening kunnen brengen aan de directe concurrent van [Dansschool A]: [Dansschool B]. [Dansschool A] is echter geen concurrent van stichting [VERTROUWELIJK] omdat het niet in hetzelfde verzorgingsgebied en marktsegment werkzaam is als Stichting [VERTROUWELIJK]. Dit leidt, gezien de genoemde jurisprudentie, tot het oordeel dat [Dansschool A] geen belanghebbende is bij een besluit om al dan niet handhavend op te treden tegen een

⁶ Zie voor de genoemde jurisprudentielijn over de belanghebbendheid van concurrenten onder meer: CBB 17 mei 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BM4375, CBB 24 maart 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AV6537, ABRvS 24 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY1061 en ABRvS 29 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA1378.

Concept openbaar Besluit

eventuele bevoordeling van stichting [VERTROUWELIJK] door de gemeente [VERTROUWELIJK]. ACM zal daarom nu niet inhoudelijk beoordelen of de gemeente [VERTROUWELIJK] Stichting [VERTROUWELIJK] bevoordeelt en daarmee artikel 25j Mw overtreedt.

Relatie Stichting [VERTROUWELIJK] en [Dansschool B]

25. [Dansschool A] betoogt dat Stichting [VERTROUWELIJK] de integrale kosten moet doorberekenen van het beheer en de exploitatie van accommodatie [VERTROUWELIJK]. Hierdoor zou Stichting [VERTROUWELIJK] hogere huurtarieven in rekening moeten brengen.
26. ACM wijst erop dat de verplichting tot integrale kostendoorberekening is neergelegd in artikel 25i Mw. Deze verplichting rust in beginsel op bestuursorganen die economische activiteiten verrichten.⁷ Stichting [VERTROUWELIJK] is evenwel geen bestuursorgaan, maar een overheidsbedrijf. Stichting [VERTROUWELIJK] is op grond van de Mededingingswet dan ook niet verplicht om de integrale kosten van het beheer en de exploitatie van accommodatie [VERTROUWELIJK] door te berekenen. Het betoog van [Dansschool A] treft ten aanzien van deze relatie dan ook geen doel.

Conclusie

27. Gelet op het voorgaande is [Dansschool A] geen belanghebbende bij een besluit om al dan niet handhavend op te treden tegen een eventuele overtreding van het bevoordelingsverbod door de gemeente [VERTROUWELIJK]. Verder kan het betoog dat Stichting [VERTROUWELIJK] ten onrechte de integrale kosten niet doorberekent van het beheer en de exploitatie van accommodatie [VERTROUWELIJK] niet slagen, omdat de verplichting tot integrale kostendoorrekening van artikel 25i Mw niet van toepassing is op Stichting [VERTROUWELIJK].
28. Gelet op het voorgaande wijst ACM het handhavingsverzoek af.

⁷ Voor sommige bestuursorganen geldt hoofdstuk 4b van de Mw, waarvan onder meer artikel 25i van de Mw deel uitmaakt, niet (artikel 25h van de Mw).

Concept openbaar Besluit

VI. Dictum

29. De Autoriteit Consument en Markt:

- I. verklaart het bezwaar gegrond;
- II. laat het bestreden besluit onder aanpassing en aanvulling van de motivering in stand.

Plaats, 11 januari 2016

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

W.g.

mr. J.G. Vegter
Bestuurslid

11/12

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd beroepschrift indienen bij de rechtbank Rotterdam, sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam. Nadere informatie over de beroepsprocedure is te vinden op www.rechtspraak.nl.

Concept openbaar
Besluit

BIJLAGE 1 – overzicht relaties

Gemeente [VERTROUWELIJK]

I ↓ ([Dansschool A] *geen belanghebbende*)



↓ (*Wet Markt & Overheid niet van toepassing*)

[Dansschool B]

[Dansschool A]