

Besluit Openbaar

Ons kenmerk: ACM/DM/2017/201002_OV
Zaaknummer: 16.0763.29 / Zand- en Grinthandel v/h Rijks en Zonen B.V. vs de gemeente Groningen

Aan Zand- en Grinthandel v/h Rijks en Zonen B.V.

De Autoriteit Consument & Markt (hierna: ACM) wijst uw verzoek tot het geven van een verklaring voor recht en het opleggen van een (preventieve) last onder dwangsom zoals bedoeld in artikel 70c, lid 1, Mw en artikel 5:7 Awb af. Hieronder legt de ACM uit op basis van welke gegevens zij tot de afwijzing van uw verzoek is gekomen.

Bij brief van 18 juli 2016 heeft u de ACM gevraagd handhavend op te treden tegen de gemeente Groningen. Bij het aanbieden van een zandwinlocatie zou de gemeente Groningen de gedragsregels van de Wet Markt en Overheid niet naleven. U vraagt de ACM te verklaren dat zij een overtreding heeft vastgesteld dan wel een (preventieve) last onder dwangsom op te leggen.

De gemeente Groningen heeft het Woldmeer in eigendom. U geeft aan dat de gemeente Groningen van plan is het Woldmeer rechtstreeks dan wel door tussenkomst van een overheidsbedrijf van de gemeente Groningen te gaan aanbieden als zandwinlocatie. De gemeente stelt haar grond ter beschikking voor afgraving waarbij het zand voor een deel mag worden verkocht. U geeft hierbij aan dat de gemeente Groningen weigert toe te zeggen de integrale kosten in rekening te zullen gaan brengen aan een exploitant die zij rechtstreeks dan wel via haar overheidsbedrijf contracteert. U bent van mening dat hiermee sprake is van een dreiging van een overtreding van artikel 25i van de Mededingingswet (hierna: Mw) dan wel artikel 25j Mw. Deze dreiging van een overtreding van de Wet Markt en Overheid rechtvaardigt volgens u de preventieve toepassing van een herstelsanctie zoals bedoeld in artikel 5:7 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb).

Bij brief van 26 juli 2016 heeft de gemeente Groningen aangegeven dat u uw bezwaren te vroeg heeft ingediend bij de ACM. De voorwaarden waaronder de exploitatie van de zandwinning zal worden aanbesteed zijn namelijk nog niet bekend. Zolang dat nog niet duidelijk is, kan Rijks en Zonen volgens de gemeente ook nog niet beoordelen of de wijze waarop de zandwinning wordt aangeboden de markt zal verstoren en of de gemeente de gedragsregels van de Wet Markt en Overheid zal schenden.

In overleg met u is op 12 september 2016 en op 5 december 2016 de behandeltermijn opgeschort in afwachting van nieuwe feiten en omstandigheden. Het was uw verwachting dat de gemeente Groningen op afzienbare termijn de zandwinlocatie zou gaan aanbieden.

Op 23 januari 2017 heeft ACM contact opgenomen met de gemeente Groningen. De gemeente Groningen heeft aangegeven dat zij nog geen zicht heeft op wanneer zij de zandwinlocatie zal gaan aanbieden.

Beoordeling de ACM

De Wet Markt en Overheid heeft als doel zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen overheden en bedrijven te creëren. Hiervoor zijn gedragsregels opgenomen waaraan overheden zich moeten houden wanneer zij zelf of via hun overheidsbedrijven economische activiteiten uitvoeren. Zo moeten overheden onder meer ten minste de integrale kosten van hun goederen of diensten in hun tarieven doorberekenen (artikel 25i Mw). Daarnaast mogen overheden hun eigen overheidsbedrijven niet bevoordelen ten opzichte van concurrerende bedrijven (artikel 25j Mw).

De gemeente Groningen heeft plannen om grond ter beschikking te stellen als zandwinlocatie. De uiteindelijke exploitant mag een deel van het gewonnen zand voor zichzelf verkopen. Op basis van de huidige gegevens gaat de ACM ervan uit dat het ter beschikking stellen van grond als zandwinlocatie een economische activiteit is. De gemeente Groningen heeft nog niet besloten op welke wijze zij de zandwinlocatie gaat aanbesteden. Het is nog niet duidelijk of de gemeente Groningen de zandwinlocatie rechtstreeks aan een exploitant aanbiedt of dat zij de zandwinlocatie zal aanbieden aan haar overheidsbedrijf die de zandwinlocatie op haar beurt weer aanbiedt aan een exploitant. Daarom is niet duidelijk of artikel 25i Mw of artikel 25j Mw van toepassing zal zijn. In beide gevallen moet de gemeente Groningen echter de integrale kosten doorberekenen. Als artikel 25i Mw van toepassing is dan moet de gemeente Groningen de integrale kosten doorberekenen aan de exploitant. In geval artikel 25j van toepassing is, mag de gemeente Groningen haar overheidsbedrijf niet bevoordelen. De gemeente Groningen moet ook dan de integrale kosten doorberekenen aan haar eigen overheidsbedrijf.

Er kan vooralsnog geen sprake zijn van een overtreding van artikel 25i Mw dan wel artikel 25j Mw. omdat de zandwinlocatie nog niet wordt aangeboden door de gemeente Groningen. Daarom kan de ACM niet verklaren dat zij een overtreding heeft vastgesteld of een (reguliere) last onder dwangsom opleggen zoals bedoeld in artikel 70c, lid 1, Mw.

Indien een overtreding nog niet heeft plaatsgevonden, kent de Awb de mogelijkheid om een preventieve last onder dwangsom op te leggen (artikel 5:7 Awb).¹ Een preventieve last onder dwangsom kan worden opgelegd, zodra het gevaar voor de overtreding klaarblijkelijk dreigt. Dit betekent dat een preventieve last onder dwangsom alleen kan worden opgelegd als de overtreding zich met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid zal voordoen.² De jurisprudentie stelt strenge eisen aan het aannemen van een toekomstige overtreding.

In deze zaak kan niet worden gesteld dat de overtreding van artikel 25i dan wel artikel 25j Mw zich met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid zal voordoen. Naast het feit dat nog niet bekend is of de gemeente Groningen zelf of via haar overheidsbedrijf de aanbesteding voor de zandwinlocatie gaat uitschrijven, is ook niet bekend welk bedrag de gemeente in rekening zal gaan brengen voor de zandwinning. Zodoende kan de ACM niet bepalen of de integrale kosten al dan niet

¹ Zie uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State van 6 april 2016 ECLI:NL:RVS:2016:935.

² Zie uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State van 21 december

ECLI:NL:RVS:2011:BU8881

en uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State van 13 april 2016 ECLI:NL:RVS:2016:984.

Besluit Openbaar

doorberekend zullen worden. Van een dreigende schending van de gedragsregels van de Wet Markt en Overheid is dan ook geen sprake. Daarom kan ACM geen preventieve last onder dwangsom nemen zoals bedoeld in artikel 5:7 Awb.

Gelet op het bovenstaande wijst de ACM uw verzoek tot het geven van een verklaring voor recht en het opleggen van een (preventieve) last onder dwangsom zoals bedoeld in artikel 70c, lid 1, Mw en artikel 5:7 Awb dan ook af.

3/3

Datum: 14 februari 2017

Hoogachtend,

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

w.g.

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

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na de dag van bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij het bestuur van de Autoriteit Consument en Markt, Juridische Zaken, Postbus 16326, 2500 BH Den Haag.

In dit bezwaarschrift kan een belanghebbende op basis van artikel 7:1a, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht, het bestuur van de Autoriteit Consument en Markt verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de administratieve rechter.