

Nota implementatie Wet Markt en Overheid

1 Inleiding

Overheden verrichten over het algemeen publiekrechtelijke taken. In de loop van de tijd zijn overheden zelf of via hun overheidsbedrijven steeds meer marktactiviteiten gaan verrichten. Met deze economische activiteiten treedt de overheid in concurrentie met particuliere ondernemingen. Voorbeelden van economische activiteiten door de gemeente zijn de verhuur van sportzalen en de inzameling van bedrijfsafval voor derden. Dit zou in sommige gevallen kunnen leiden tot oneerlijke concurrentie, omdat overheden vanuit hun publieke functie concurrentievoordelen kunnen hebben en daarmee in staat zijn goederen of diensten aan te bieden voor een lagere prijs dan concurrerende ondernemingen. Tegen deze achtergrond is de Wet Markt en Overheid (Wet M en O) in het leven geroepen die tot doel heeft zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen overheden en bedrijven te creëren. Overheden mogen onder het regime van deze wet nog steeds economische activiteiten verrichten. De Wet M en O bevat hiervoor dan wel vier gedragsregels waaraan overheden zich moeten houden, indien zij zelf of via hun overheidsbedrijven economische activiteiten uitvoeren. Het blijft dus de keuze van overheden zelf om te bepalen of zij wel of geen economische activiteit gaan verrichten. Hiermee wordt recht gedaan aan de autonomie van overheden en rekening gehouden met de specifieke publieke taak van de overheid.

De nieuwe gedragsregels zien op:

- Integrale kostendoorberekening
- Verbod op bevoordeling van overheidsbedrijven
- Verbod op hergebruik van gegevens
- Functiescheiding van ambtenaren

Hierna zal op deze gedragsregels nader worden ingegaan.

De wet geeft een aantal uitzonderingen van economische activiteiten, waarvoor de gedragseisen van de wet niet gelden. Echte overheidstaken vallen niet onder de wet (inclusief de uitvoering daarvan door andere gemeenten), evenals onderwijsactiviteiten en werkzaamheden die vallen onder het begrip sociale werkvoorziening.

Belangrijk daarbij is nog dat economische activiteiten die de gemeente verricht in het kader van het algemeen belang, zijn uitgezonderd van de werking van de wet. De gemeenteraad moet daarover dan wel een gemotiveerd besluit nemen.

De wet past in het streven om voor ondernemingen en overheidsbedrijven een zogenaamd level playing field te verkrijgen. In dat kader kan nog gemeld worden dat er ook een wijziging op de Wet op de vennootschapsbelasting aangekondigd is, die waarschijnlijk voor overheidsbedrijven maar ook voor gemeentelijke onderdelen met bedrijfsmatige activiteiten een vennootschapsbelasting gaat introduceren. Dit voorstel over de Wet Markt en Overheid geeft kort aan wat de gedragsregels inhouden en wanneer deze gedragsregels van toepassing zijn. Verder zal worden ingegaan op vragen als: Wat is een overheid? Wat is een overheidsbedrijf? Wat is een economische activiteit? Wanneer is sprake van een algemeen belang? Wie ziet toe op de Wet M en O? Waaruit bestaat de rechtsbescherming voor de ondernemer en voor de gemeente?

Voor een gemeente als Ten Boer heeft de wet slechts beperkte invloed. De activiteiten van de gemeente zijn nauwelijks als marktactiviteiten te kwalificeren, waarbij ook nog speelt dat sommige activiteiten niet of nauwelijks in concurrentie plaatsvinden. Om een voorbeeld te noemen dat kan verduidelijken: van exploitatie van voetbalvelden valt om vele redenen niet aan te nemen dat hiervoor een marktpartij is met wie in concurrentie kan worden getreden. Geen enkele particuliere partij is bereid hiervoor verlies te lijden.

De wet geeft een overgangstermijn tot 1 juli 2014 voor het laten voldoen van de bestaande economische activiteiten aan de gedragseisen van de wet of om deze gemotiveerd uit te zonderen in het kader van het algemeen belang. Hierbij zullen daarvoor voorstellen worden gedaan. Bij een aantal economische activiteiten is geconstateerd dat wordt voldaan aan de gedragseisen van de wet. Voor andere activiteiten geldt dit niet, maar is geconstateerd dat deze worden uitgevoerd in het kader van het algemeen belang, waardoor niet hoeft te worden voldaan aan de gedragseisen. Nieuwe economische activiteiten moeten al direct aan de wet voldoen. In de inventarisatie zijn geen economische activiteiten aangetroffen, die niet voldoen aan de gedragseisen én niet onder het algemeen belang zijn te scharen.

2 De Wet Markt en Overheid

Inwerkingtreding en overgangsregime

De Wet M en O is een wet tot wijziging van de Mededingingswet. De regels zijn vastgelegd in een hoofdstuk dat aan de Mededingingswet wordt toegevoegd. De wet is in werking getreden met ingang



van 1 juli 2012. Daarnaast is op basis van deze wet een Algemene Maatregel van Bestuur 'Besluit Markt en Overheid' vastgesteld en gelijktijdig in werking getreden. De gedragsregels van de wet zijn tot 1 juli 2014 niet van toepassing op economische activiteiten die ook vóór 1 juli 2012 uitgevoerd werden. Voor nieuwe activiteiten vanaf 1 juli 2012 geldt dat de gedragsregels al van toepassing zijn. Bij besluiten over nieuwe economische activiteiten en te sluiten overeenkomsten vanaf 1 juli 2012 wordt al getoetst aan de gedragseisen van de wet.

Werkingssfeer

De gedragsregels van de Wet M en O gelden voor alle overheden. Voor de gemeente betekent dit dat de wet ook geldt voor gemeenschappelijke regelingen. Er is sprake van 'economische activiteiten' indien de gemeente zelf of via haar overheidsbedrijf in concurrentie met andere ondernemingen goederen of diensten aanbiedt op een markt. Of hiervan sprake is, is afhankelijk van de karakteristieken van de activiteiten. Een sterke indicatie dat de door de gemeente verrichte activiteit van economische aard is, is dus de aanwezigheid van verschillende aanbieders van dezelfde goederen en diensten.

Indien sprake is van de uitoefening van typisch overheidsgezag (publiekrechtelijke taak), zoals handhaving van de openbare orde of het verlenen van vergunningen, is die activiteit geen economische activiteit. De gemeente hoeft dan geen rekening te houden met de gedragsregels. Evenmin is er sprake van een economische activiteit, indien de gemeente diensten verricht of goederen levert binnen de eigen organisatie (zelfvoorziening). In dat geval biedt de gemeente die goederen of diensten niet aan op een markt, zodat de overheid niet in concurrentie treedt met derden.

Een overheidsbedrijf is een onderneming met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid waarin een overheidsorganisatie in staat is het beleid te bepalen of een onderneming in de vorm van een personenvennootschap, waarin een overheidsorganisatie deelneemt.

Uitzonderingen

De Wet M en O kent een aantal uitzonderingen. Is één van deze uitzonderingen van toepassing, dan geldt de Wet M en O niet.

Ten eerste is een uitzondering gemaakt voor enkele specifieke organisaties, zoals openbare onderwijsinstellingen en publieke omroepinstellingen.

Behalve deze specifieke uitzonderingen zijn economische activiteiten in een aantal gevallen uitgezonderd. Indien uw overheidsorganisatie goederen of diensten aan andere overheden of overheidsbedrijven ter uitvoering van hun publiekrechtelijke taak aanbiedt, zijn die economische activiteiten van uw overheidsorganisatie uitgezonderd van de Wet M en O.

De Wet M en O bevat verder een belangrijke uitzondering voor economische activiteiten en voor bevoordelingen van overheidsbedrijven die plaatsvinden in het algemeen belang (zie hierna).

Ten slotte is het mogelijk dat de economische activiteiten zijn uitgezonderd, indien er voor die activiteiten sprake is van staatssteun. Dan gelden immers al de Europese staatssteunregels. Als er sprake is van zgn. de-minimissteun, waarbij het steunbedrag minder dan EUR 200.000 bedraagt, gerekend over drie jaar, is de Wet M en O wel weer van toepassing.

Gedragseisen

De Wet M en O bevat vier gedragsregels die het gelijke speelveld tussen overheden en ondernemingen beogen te creëren:

- **Integrale kostendoorberekening:** overheden moeten ten minste de integrale kosten van hun goederen of diensten in hun tarieven doorberekenen. Hiervoor moet worden bepaald op welke (soort van) goederen of diensten de kostendoorberekening moet worden toegepast. Dan moeten de kosten die gemoeid zijn met het leveren van die goederen of het verrichten van die diensten worden bepaald en toegerekend aan die goederen of diensten. De prijzen voor die goederen en diensten mogen niet onder het niveau van die kosten liggen. Het gaat daarbij om een integrale kostendoorberekening voor de totaliteit van het soort activiteit. Voor de afbakening van het soort activiteit moet gekeken worden naar de relevante markt. Per activiteit moet worden afgewogen of dit wellicht meerdere activiteiten beslaat, omdat het een andere markt beslaat. De Wet M en O bevat geen eisen aan overheden hoe, met welke bedrijfseconomische principes, zij de integrale kostprijs moeten bepalen. Er is volstaan met de bepaling dat de overheden die bedrijfseconomische principes consequent moeten toepassen en dat het objectief te rechtvaardigen principes betreft. Het gaat in het bijzonder om principes zoals waardebepaling en afschrijvingen, ex ante (vooraf) of ex post (achteraf) kostenberekening en methoden voor toerekening van kosten. Een consequente werkwijze impliceert onder meer dat in vergelijkbare gevallen de kosten voor economische activiteiten op dezelfde wijze worden berekend en daarbij eenzelfde grondslag wordt gebruikt. Dat de gehanteerde principes objectief te rechtvaardigen zijn, betekent dat beargumenteerd moet worden waarom bepaalde principes voor de berekening zijn gehanteerd.

- **Bevoordelingsverbod:** overheden mogen hun eigen overheidsbedrijven niet bevoordelen ten opzichte van concurrerende bedrijven. Het is mogelijk dat de gemeente aan een eigen overheidsbedrijf bepaalde voordelen verschafft die andere ondernemingen niet (kunnen) krijgen. In dat geval is er sprake van concurrentievervalsing. Het opleggen aan overheidsbedrijven van de verplichting tot kostendoorberekening zou echter hun armslag bij de prijsstelling van hun activiteiten onnodig beperken. Daarom geldt op grond van de Wet M en O, behalve in uitzonderingsgevallen, voor overheden het verbod hun over-



heidsbedrijven te bevoordelen ten opzichte van concurrerende ondernemingen. In beginsel is elke vorm van selectieve bevoordeling verboden. Als bevoordeling in de zin van de Wet M en O wordt in ieder geval aangemerkt het verstrekken van gelden zonder een vergoeding te vragen die in het normale handelsverkeer gebruikelijk is. Een andere vorm van bevoordeling is het laten gebruiken van de naam en het beeldmerk van de gemeente waardoor verwarring bij het publiek kan ontstaan over de herkomst van goederen en diensten. Ook kan bevoordeling geschieden door het leveren van goederen, het verrichten van diensten en het ter beschikking stellen van middelen aan het overheidsbedrijf tegen een vergoeding die lager is dan de integrale kosten.

- **Gegevensgebruik:** overheden mogen de gegevens die ze vanuit hun publieke taak verkrijgen niet gebruiken voor economische activiteiten die niet dienen ter uitvoering van de publieke taak. Dit verbod geldt niet als andere overheidsorganisaties of bedrijven ook over de gegevens kunnen beschikken. De gemeente kan over gegevens beschikken die zij heeft verkregen bij de uitoefening van haar publiekrechtelijke bevoegdheden. Met deze gegevens kunnen economische activiteiten worden verricht, bijvoorbeeld door deze in verrijkte vorm op de markt aan te bieden. Indien deze informatie niet ook door private partijen gebruikt kan worden, levert dat voor de gemeente een oneigenlijk concurrentievoordeel op. Daarom mogen op grond van de Wet M en O gegevens die in het kader van de uitvoering van publiekrechtelijke bevoegdheden zijn verkregen, alleen worden hergebruikt voor economische activiteiten, indien die gegevens ook aan derden beschikbaar kunnen worden gesteld.

- **Functiescheiding:** als een overheid op een bepaald terrein een bestuurlijke (bijvoorbeeld toetsende) rol heeft voor bepaalde economische activiteiten en ook zelf die economische activiteiten uitvoert, mogen niet dezelfde personen betrokken zijn bij de uitoefening van de bestuurlijke bevoegdheid en bij het verrichten van de economische activiteiten van de overheidsorganisatie. Indien de gemeente een bepaalde publiekrechtelijke bevoegdheid uitoefent ten aanzien van economische activiteiten die zij ook zelf verricht, kan de schijn van belangenverstrengeling en het risico van concurrentievervalsing ontstaan. Het is daarom noodzakelijk dat voorkomen wordt dat dezelfde personen betrokken kunnen zijn bij zowel de uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheid als het verrichten van die economische activiteiten. Daartoe geldt de gedragsregel van functiescheiding. Een voorbeeld van betrokkenheid bij de uitoefening van een dergelijke publiekrechtelijke bevoegdheid is het beoordelen van vergunningaanvragen voor het verrichten van bepaalde economische activiteiten. Het is dan niet toegestaan dat dezelfde persoon ook betrokken is bij die economische activiteiten, zoals het afsluiten van contracten voor het verrichten van die economische activiteiten of het zich bezighouden met de acquisitie van opdrachten.

Algemeen belang

Artikel 25h van de Mededingingswet bepaalt dat de eisen van de wet niet van toepassing zijn op economische activiteiten en op een bevoordeling van een overheidsbedrijf, welke plaatsvinden in het algemeen belang. Bij het bepalen van het algemeen belang spelen de volgende zaken een rol. Van belang is wat het beoogde doel en de beoogde doelgroep is van de activiteit en welke andere instrumenten er zijn ter verwezenlijking van het algemeen belang. De gemeente verricht een economische activiteit omdat er een publiek (algemeen) belang mee gemoeid is waarin door de markt niet, onvoldoende of op onjuiste wijze wordt voorzien (kortom er is sprake van marktfalen). De overheid hecht zo veel belang aan bijvoorbeeld de beschikbaarheid, kwaliteit en toegankelijkheid van dergelijke activiteiten dat ze als het ware wil garanderen dat deze activiteiten op haar voorwaarden worden aangeboden. Daarmee onderscheiden deze activiteiten zich van andere, reguliere economische activiteiten. Dat algemeen belang is er niet, indien de markt zelf voorziet in het aanbod van de desbetreffende goederen of diensten. Terreinen die door het ministerie zijn benoemd waar het goed denkbaar is dat economische activiteiten in het kader van het algemeen belang verricht worden zijn: *volksgezondheid, maatschappelijke zorg en welzijn, culturele activiteiten, ruimtelijke ordening en veiligheid*. Subsidiering van dergelijke activiteiten is door de gemeente Ten Boer geregeld in de Algemene Subsidie Verordening en in beleidsregels. Een voorbeeld hiervan is de exploitatie van de bibliotheek.

Wanneer een economische activiteit wordt benoemd in het kader van het algemeen belang, moeten de gevolgen daarvan voor derden worden bepaald. Het gaat daarbij bijvoorbeeld om de belangen van de private ondernemers die concurreren met de gemeente die zich vanwege het algemeen belang niet aan de verplichting tot kostendoorberekening hoeft te houden of met een overheidsbedrijf dat door een gemeente mag worden bevoordeeld. Ook moet worden bepaald of het noodzakelijk en proportioneel is om gebruik te maken van de uitzondering van algemeen belang. De voordelen ten aanzien van het algemeen belang moeten opwegen tegen de nadelen voor de belangen van derden. Steeds zal bekeken moeten worden of het risico bestaat van verdringing van de markt van private ondernemingen als gevolg van het niet meer van toepassing zijn van de gedragsregels van de wet. Verder zijn de aard en de duur van de economische activiteiten en de aard en de duur van de bevoordeling van belang. Kortom, er dient goed gemotiveerd te worden waarom sprake is van een algemeen belang, dat afgewogen tegen de belangen van private ondernemers, reden is de economische activiteiten buiten de reikwijdte van de gedragsregels van de wet te plaatsen.

3.1 Beoordeling gemeentelijke (economische) activiteiten

Inventarisatie mogelijke economische activiteiten en interviews



De mogelijke economische activiteiten die binnen de gemeente Ten Boer of binnen de gemeentelijke bemoeienis plaatsvinden zijn geïnventariseerd. Hieronder wordt de beoordeling daarvan gegeven m.b.t. de gedragseisen van de Wet M en O.

Stappenplan

Allereerst dient te worden bepaald voor de geïnventariseerde activiteiten of deze vallen onder de werking van de wet. Een aantal activiteiten valt buiten de werking van de wet, omdat deze niet vallen binnen het wettelijke begrip economische activiteit of omdat deze in de wet zelf zijn uitgezonderd.

Indien de economische activiteit wel valt onder de strekking van de wet, kan het zijn dat al wordt voldaan aan de gedragseisen, zoals een integrale kostendoorberekening. Indien dit het geval is, hoeft geen actie te worden ondernomen omdat wordt voldaan aan de wet.

Naast de uitzonderingen die in de wet zelf zijn genoemd, is het mogelijk voor een aantal economische activiteiten door de raad te laten besluiten dat deze worden uitgezonderd van de werking van de wet, omdat de activiteiten worden uitgevoerd in het kader van het algemeen belang. Het algemeen belang zal dan moeten worden gemotiveerd, met betrekking tot de afweging dat het belang van de overheid om deze taak uit te oefenen prevaleert boven het "marktbelang".

Indien het voorgaande niet aan de orde is, blijven over de activiteiten waarbij de gemeente (of een overheidsbedrijf) zich begeeft op de markt zonder dat (geheel) aan de gedragseisen van de wet wordt voldaan. Er is daarbij geen sprake van uitvoering van deze taken in het kader van het algemeen belang. In de inventarisatie zijn geen economische activiteiten aangetroffen, die niet voldoen aan de gedragseisen én niet onder het algemeen belang zijn te scharen.

De hierboven beschreven stappen zijn in een stroomschema vastgelegd.

Ja

Nee

Ja

Nee

Ja

Nee

Ja Nee

3.2 Economische activiteiten die niet vallen onder de werking van de Wet M en O

Relevant voor de gemeente zondert artikel 25h van de Mededingingswet het onderwijs en de sociale werkvoorziening uit van de werking van de wet, evenals:

- het aanbieden van goederen of diensten door bestuursorganen aan andere bestuursorganen of aan overheidsbedrijven voor zover deze goederen of diensten zijn bestemd voor de *uitvoering van een publiekrechtelijke taak*;
- indien het economische activiteiten betreft ten aanzien waarvan een maatregel is getroffen die kan worden aangemerkt als *staatsteun*.

Bij de geïnventariseerde taken van de gemeente Ten Boer en de overheidsbedrijven is van de volgende (economische) activiteiten geoordeeld dat deze zijn uitgezonderd van de werking van de Wet markt en overheid:

- *Afval*: inzameling (grof en fijn) huishoudelijk afval: betreft een wettelijke taak.
- *WMO*: gehandicaptenvervoer (en huishoudelijke hulp, woningaanpassingen, persoonsgebonden budget, rolstoelen en scootmobielen etc.). Burgers kunnen recht krijgen op deze faciliteiten. Wij besteden de leverancier aan die het dan mag leveren. We leveren zelf niet. Het aanbesteden doen we ook samen met andere gemeenten, om samen de beste prijs/kwaliteitsverhouding te krijgen. Betreft een wettelijke taak (en uitvoering van wettelijke taak door een ander bestuursorgaan).
- *Sociale recherche*: wettelijke taak en activiteiten die niet door de markt worden uitgevoerd.
- *WSW (sociale werkvoorziening) activiteiten*: SW-bedrijf Fivelingo is een gemeenschappelijke regeling. Rijksbijdrage voor sociale werkvoorziening wordt doorgesluisd naar de GR. Verder betaalt de gemeente een aanvullende bijdrage per WSW'er bij Fivelingo. Ook is een aantal mensen in dienst bij SW-bedrijf Iederz. Het betreft een wettelijke taak. SW-bedrijven zijn uitgezonderd van de Wet Markt en overheid.

Overheidsbedrijven:

- ARCG: er is geen sprake van bevoordeling door de gemeente Ten Boer
- Gemeenschappelijke Regeling OV bureau: geen economische activiteit
- Regio Groningen-Assen: geen economische activiteit

Bij deze activiteiten is geconstateerd dat de Wet M en O niet van toepassing is, er is dan ook geen verdere actie nodig in het kader van de wet. Er is of sprake van activiteiten waarbij er geen marktwerking is, of het betreffen wettelijke taken.

3.3 Economische activiteiten die voldoen aan de gedragseisen van de Wet M en O



Vervolgens dient te worden beoordeeld of er gemeentelijke economische activiteiten of van overheidsbedrijven zijn waarvan geoordeeld kan worden dat deze wel voldoen aan de gedragseisen van de Wet markt en overheid. Het gaat daarbij om de volgende gedragsregels, waar aan moet worden voldaan:

- Integrale kostendoorberekening
- Verbod op bevoordeling van overheidsbedrijven
- Verbod op hergebruik van gegevens
- Functiescheiding van ambtenaren

Er zijn geen duidelijke economische activiteiten aangetroffen, waarvan geoordeeld wordt dat deze moeten voldoen aan de gedragseisen van de wet.

4 Economische activiteiten die kunnen worden uitgezonderd van de werking van de Wet M en O in het kader van het algemeen belang

Artikel 25h van de Mededingingswet bepaalt dat de eisen van de wet niet van toepassing zijn op economische activiteiten en op een bevoordeling van een overheidsbedrijf, welke plaatsvinden in het algemeen belang.

Zoals in het voorgaande is gesteld heeft een gemeente de mogelijkheid om bepaalde activiteiten waarbij een integrale kostentoerekening niet mogelijk is, of waarbij dit niet eenvoudig is aan te tonen, te categoriseren als van algemeen belang. Veel gemeenten maken inmiddels gebruik van deze mogelijkheid. En deze mogelijkheid is ook geheel legitiem en past bij de specifieke omstandigheden van een gemeente. Sommige gemeenten beschouwen al hun activiteiten als vallend onder het algemeen belang, los van de vraag of er bij deze activiteiten sprake is van een integrale kostentoerekening of niet. Dat heeft enerzijds te maken met de weerstand tegen dit soort wetgeving. Anderzijds spaart het ook een heleboel tijd, moeite en geld uit om geen kostenonderzoek te doen bij een activiteit waarvan de gemeente toch vindt dat deze door moet gaan, kostendekkend of niet. In Ten Boer is daar met nadruk niet voor gekozen. Eerst is geïnventariseerd welke activiteiten als een marktactiviteit gezien kunnen worden. Vervolgens is de kostentoerekening van deze activiteiten onderzocht. Daar waar geen sprake is van een integrale kostentoerekening of waarbij dat met hoge kosten en moeite onderzocht moet worden, heeft uiteindelijk de algemeen belang toets plaats gevonden.

Of de economische activiteiten kunnen worden voortgezet wordt gedeeltelijk door markt en overheid bepaald, maar vooral ook door de politieke afweging in hoeverre de activiteiten door de gemeente moeten worden uitgevoerd. Bij de beoordeling van de algemeen belang criteria moet juist ook de specifieke gemeentelijke context meegewogen worden. Anders dan in de Randstad is hier minder economische bedrijvigheid en faalt daarmee hier veel eerder de markt. Initiatieven komen daardoor ook veel moeilijker van de grond. Dit raakt de gemeentelijke kerntakendiscussie.

Vanuit een historische context worden er door gemeenten op veel vlakken activiteiten geïnitieerd, bepaald of in elk geval ondersteund. Gemeentelijke activiteiten waarbij het kan gaan om een potentiële economische activiteit, maar waarbij het nauwelijks denkbaar is dat deze activiteiten door de markt worden uitgevoerd. Er kan sprake zijn van een economische activiteit, maar er is geen ondernemer te vinden die dat over zal willen nemen (of overigens daarmee concurreert). Een voorbeeld is het exploiteren van grote sportaccommodaties als zwembaden. Ook kan het zijn dat een bepaalde voorziening in een schaarse omvang aanwezig is in de markt, maar dit aanbod tekort schiet gelet op de maatschappelijke behoefte. Het is daarom ook veel moeilijker voor de gemeente om zaken te privatiseren of op afstand te zetten.

Daarnaast komt het voor dat bepaalde activiteiten op zich concurrerende activiteiten met het bedrijfsleven zijn, maar dat die inkomsten noodzakelijk/wenselijk zijn om bepaalde activiteiten die absoluut niet kostendekkend zijn te stimuleren of zelfs in stand te houden. Denk bijvoorbeeld aan de horecafunctie bij een cultuuraccommodatie (ondersteunende economische activiteiten). Van belang daarbij is het oogmerk van deze ondersteunende activiteiten. Het doel van deze ondersteunende activiteiten is niet bijvoorbeeld het exploiteren van horeca an sich, maar het bieden van een totaalconcept. Zonder de ondersteunende activiteiten is het in stand houden van de faciliteit niet goed mogelijk. De exploitatie daarvan is niet gericht op die economische activiteiten zelf, maar zijn ondersteunend aan de exploitatie van een entiteit die het algemeen belang dient.

Ook de mate waarin een bepaalde activiteit de markt zou kunnen verstoren kan een argument zijn om een bepaalde activiteit onder het algemeen belang te scharen. Met andere woorden: kan worden gesteld of verwacht dat een bepaalde activiteit wel echt tot marktverstoring zal leiden? Als dat niet zo is, is er geen of minder beletsel om tot een algemeen belang oordeel over te gaan.

Na inventarisatie en analyse van de bestaande activiteiten van de gemeente die we aan willen wijzen in het kader van het algemeen belang blijkt dat er door deze activiteiten geen substantiële verstoring van de concurrentie verhoudingen plaatsvindt. De belangen van particuliere ondernemers worden daarmee niet geschaad. Daar waar mogelijk sprake is van een verstoring van de concurrentieverhoudingen overweegt het college dat de positieve maatschappelijke effecten van de betreffende activi-



teiten zwaarder wegen dan mogelijke geringe verstoring van de concurrentieverhoudingen. Door deze nota vast te stellen neemt de raad deze overweging over.

Voor nieuwe activiteiten geldt dat deze eveneens kunnen worden geacht te worden uitgevoerd in het algemeen belang. Bij de besluitvorming daarover zal een expliciete afweging en toetsing moeten worden gemaakt of activiteiten waarbij redelijkerwijs effecten op het vlak van mededingen zijn te verwachten opwegen tegen de maatschappelijke voordelen.

Het voorgaande maakt dat de specifieke gemeentelijke context een zwaar stempel drukt/kan drukken op de beoordeling van een economische activiteit. In het hierna volgende wordt per activiteit die toetsing aanvullend aan het bovenstaande expliciet gemaakt. Dat is een compacte beoordeling, vergelijkbaar met hoe de gemeente Tilburg deze heeft verricht. De gemeente Tilburg is volgens de ACM een van de best practices op dit gebied.

Taken gemeente Ten Boer, die benoemd kunnen worden in het kader van het algemeen belang:

- *Sport en recreatie algemeen:* alles wat valt onder sportstimulering, gebeurt in het kader van het algemeen belang. Dit is geen wettelijke taak, maar wel een duidelijke overheidstaak. Bij de meeste sportfaciliteiten blijkt dat deze niet winstgevend zijn of te maken zijn in de markt. Daarbij komt dat bij sportonderdelen die zichzelf kunnen bedruipen, er ook geen overheidsbemoeienis is. Daarmee worden politiek al keuzes gemaakt v.w.b. het algemeen belang (bezuinigingen). Sport in de breedte valt dus wel (deels) onder het begrip economische activiteit, maar activiteiten worden uitgevoerd in het kader van het algemeen belang. Indien kostendekkende prijzen in rekening zouden worden gebracht, aan bijvoorbeeld voetbalverenigingen, zou dit ten koste gaan van het sporten door inwoners. Het is juist een gemeentelijke taak om deelname van burgers aan sportbeoefening te bevorderen. Hieronder worden gerangschikt:
 - Tennisbaan Ten Boer. De gemeente verstrekt eens in de 10 jaar een subsidie voor vernieuwing van de vier tennisbanen. De tennisvereniging is een stichting, die zorg draagt voor het onderhoud en exploitatie van het tenniscomplex. De ondergrond is voor het grootste deel van de gemeente Ten Boer. Er is geen sprake van een door de gemeente te verrichten economische activiteit; slechts ondersteuning van het beoefenen van sport.
 - Zwembad de Blinkerd: exploitatie door de gemeente in eigen beheer. De gemeente is eigenaar. De exploitatie is in het kader van algemeen belang, vanuit het oogpunt van jeugd en sport. Exploitatie van een (open lucht) zwembad is commercieel niet interessant.
 - Voetbalvelden in de gemeente: er is sprake van forse gemeentelijke bijdragen voor het zorgdragen voor het dagelijks en groot onderhoud en renovatie. De sportvelden zijn in eigendom van de gemeente. De gemeente ontvangt een relatief klein bedrag voor de verhuur van de velden aan de sportverenigingen. De kantines op de complexen zijn in eigendom van de verenigingen of derden en worden door hen geëxploiteerd. Verhuur van sportcomplexen is in beginsel markt en overheid, maar moet gelet op het grote belang voor de volksgezondheid e.d. gezien worden als algemeen belang.
 - Skeelerbaan/ijsbaan Ten Boer: gemeente is eigenaar en exploitatie vindt in eigen beheer plaats. Er is sprake van beperkte inkomsten uit verhuur aan de ijsbaanvereniging en de skeelerclub.. Verhuur van sportcomplexen is in beginsel markt en overheid, maar moet gelet op grote belang voor volksgezondheid (bewegen) en sociale trefpunten, gezien worden als algemeen belang.

Ondersteunende activiteiten bij sportaccommodaties: het gaat hier om activiteiten die worden gedaan in het kader van grote sportfaciliteiten, maar geen direct verband hebben met de sport. Het gaat daarbij bijv. om de verhuur van ruimten aan sportverenigingen of ten behoeve van een nieuwjaarsfeest of het betreft incidenteel verhuur van de kantoorruimte binnen een sportaccommodatie. Van belang daarbij is het oogmerk. De ruimte is primair niet bedoeld voor verhuur als feestzaal of als kantoorruimte. De ruimten zijn specifiek bedoeld in het geheel van een sportcomplex. Het algemeen belang is aanwezig bij incidentele verhuur van de ruimten. Daarbij is het algemeen belang het geheel van exploitatie van de accommodatie, door middel van leegstaande ruimte te verhuren voor het rondkrijgen van de kosten van de exploitatie als geheel: het doel is het bestaansrecht van de accommodatie te ondersteunen. De exploitatie is niet gericht op die economische activiteiten, maar die activiteiten zijn ondersteunend aan het algemeen belang dat met sportbeoefening beoogd wordt. Hieronder worden gerangschikt:

- Sporthal Tiggelhal Ten Boer: de gemeente Ten Boer is eigenaar en heeft de exploitatie op afstand gezet: er is een subsidierelatie met de stichting die de Tiggelhal exploiteert (beheer en onderhoud).
- Gymzaal Garmerwolde: gemeente is eigenaar en de exploitatie van de gymzaal vindt in eigen beheer plaats. Er is sprake van zeer beperkte opbrengst door verhuur. Tevens is hier sprake van een overheidstaak, namelijk het voorzien in gymnastiek onderwijs.

Specifiek:

- GGD, Gemeenschappelijke regeling:



- Logopedie: doet de GGD voor een aantal gemeenten. Betreft geen wettelijk verplichte taak. Deze activiteiten worden ook door de markt verzorgd. Gelet op de maatschappelijke behoefte aan deze activiteiten is continuïteit in het aanbod van groot belang, met name voor zwakke groepen in de samenleving.
- Seksuele gezondheid: het afnemen van testen is een mogelijke economische activiteit waarbij alleen 'concurrentie' via internet plaatsvindt. Dit is echter een andere vorm van dienstverlening. Deze taak wordt uitgezonderd in het kader van het algemeen belang. Gelet op de maatschappelijke behoefte aan deze activiteiten is continuïteit in het aanbod van groot belang.
- Reizigersvaccinatie: gebeurt ook door ziekenhuizen en huisartsen en is daarmee een marktactiviteit. Gelet op de maatschappelijke behoefte aan deze activiteiten is continuïteit in het aanbod uit het oogpunt van volksgezondheid van groot belang.
- Forensische geneeskunde bij arrestanten van politie: is een wettelijke taak van politie en doet de GGD voor de politie. Deze activiteit wordt voor zover bekend niet door marktpartijen uitgevoerd, maar het zou wel kunnen. Deze taak wordt uitgezonderd in het kader van het algemeen belang. Gelet op de maatschappelijke behoefte aan deze activiteiten is continuïteit in het aanbod van groot belang.

• *Detachering van personeel*: er is sprake van incidentele uitwisseling van personeel tussen overheden, o.a. in het kader van samenwerkingsvormen zoals het detacheren van personeel door Ten Boer aan de vereniging Groninger Gemeenten. Dit gebeurt in het kader van het algemeen belang (elkaar ondersteunen en kosten drukken). Er is geen sprake van structurele verhuur van personeel met een commercieel oogmerk.

• *Verhuur onroerend goed*: de verhuur van gemeentelijk onroerend goed gebeurt niet vanuit een commercieel belang.

De gemeente beheert een aantal panden waarin beleidsondersteunende maatschappelijke instanties/instellingen zijn gehuisvest. Verhuur vanuit een commercieel oogpunt vindt daarbij niet plaats. Wel poogt de gemeente binnen de kaders van dat maatschappelijk belang een zekere opbrengst te realiseren. Denk daarbij aan verhuur aan buurtverenigingen en andere maatschappelijk voorzieningen. Hieronder wordt gerangschikt:

- Brandweerkazerne: de gemeente is eigenaar van de kazerne en heeft het onderhoud in eigen gemeentelijk beheer. De opstal heeft een maatschappelijke en unieke bestemming in het kader van de wettelijke taak 'brandweerzorg'. De kazerne wordt symbolisch verhuurd aan de Veiligheidsregio Groningen. Er is geen sprake van commerciële verhuur.
- Dorpshuis Ten Boer: het pand en de grond zijn in eigendom van de gemeente Ten Boer. De exploitant huurt het dorpshuis voor activiteiten van algemeen belang (versterking sociale cohesie en jeugd- en jongerenactiviteiten) waarvoor de exploitant een subsidie in de activiteitenkosten en onderhoud ontvangt.
- Dorpshuizen Woltersum, Thesinge, Ten Post en Garmerwolde: deze dorpshuizen zijn eigendom van verenigingen of stichtingen en dus in privaat beheer. Er is wel sprake van een subsidierelatie; eens in de toen jaar ontvangen alle dorpshuizen een subsidie voor groot onderhoud. Ook worden activiteiten voor de nieuwjaarsviering (uit veiligheidsoverwegingen) gesubsidieerd.

Een ander voorbeeld is de verhuur van een deel van een gemeentelijk gebouw aan een instantie die een beleidsrelatie heeft met de gemeente. Het algemeen belang is dat er een koppeling is tussen gemeentelijke voorzieningen en dergelijke instanties. Het in rekening brengen van de volledige integrale kostprijs zal in een aantal gevallen ertoe leiden dat de maatschappelijke organisaties hogere kosten krijgen en zo hun maatschappelijk gewenste activiteiten niet of niet volledig kunnen uitvoeren. Dit geldt eveneens voor de verhuur van vastgoed voor wijkactiviteiten, met als doel om de cohesie in de wijk te verhogen. Een ander belangrijk algemeen belang is dat gemeentelijke gebouwen niet-commercieel worden verhuurd ter voorkoming van kapitaalvernietiging (leegstand).

Hieronder worden gerangschikt:

- Gemeentehuis, verhuur zalen en kantoren: kostendekkende verhuur van leegstaande delen van het gemeentehuis aan beleidsgerelateerde stichtingen. Gemeente is eigenaar met exploitatie in eigen beheer binnen het publieke gemeentehuis. Er is in principe sprake van markt en overheid, maar de verhuur gebeurt in het kader van het algemeen belang.
- Hoeve Dijkshorn: gemeente is eigenaar van de boerderij. De hoeve wordt verhuurd totdat deze verkocht kan worden. Er is geen sprake van een commercieel doel. Verhuur gebeurt in het kader van het algemeen belang, het gaat daarbij om een marginaal bedrag.

Verhuur van gemeentegrond: tuintjes en pacht landerijen. De inkomsten (hoogte van de pachtsom) komen overeen met commerciële tarieven. Er is geen marktpartij die tijdelijk landbouwgrond of zeer kleine stukken grond verhuurt. De gemeente is eigenaar van de grond en genereert enige inkomsten van die grond door verpachting ervan. Is met name van toepassing op niet in exploitatie genomen (en



afgewaardeerde) bouwgrond en de zogenaamde 'overhoekjes'. Dit zijn stroken gemeentelijk groen die hetzij verkocht hetzij verpacht worden aan burgers die deze grond bij hun tuin trekken en onderhouden. Er is nauwelijks sprake van een economische activiteit. Voor zover dat wel het geval zou zijn, is er sprake van verhuur in het kader van het algemeen belang.

5 Toezicht op naleving van de wet en rechtsbescherming

De NMa is samengevoegd met de Consumentenautoriteit (CA) en de Onafhankelijke Post en Telecom autoriteit (OPTA) tot één autoriteit: de Autoriteit Consument en Markt (ACM). Omdat de gedragsregels overwegend mededingingsrechtelijk van aard zijn, zijn de gedragsregels in de Mededingingswet opgenomen en ziet de ACM toe op de naleving van de regels van de Wet M en O. De ACM kan toezicht uitoefenen uit eigen beweging, of naar aanleiding van klachten of signalen over (vermeende) overtredingen. Voor het verrichten van onderzoek beschikt de ACM over verschillende bevoegdheden. De ACM kan informatie opvragen of inzage vorderen in de administratie. De gemeente is verplicht medewerking te verlenen aan een onderzoek van de ACM.

Ingeval van een overtreding van de gedragsregels kan de ACM verklaren dat zij de overtreding heeft vastgesteld of, indien zij van oordeel is dat dit niet afdoende is, aan de gemeente een last onder dwangsom opleggen om beëindiging van de overtreding af te dwingen. De gemeente kan hiertegen bezwaar en beroep aantekenen.

Rechtsbescherming

Gemeenten hebben een grote mate van beleidsvrijheid bij het afbakenen van het algemeen belang. De algemeen belangvaststelling heeft het karakter van een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Dit komt omdat de vaststelling rechtsgevolgen heeft: de desbetreffende economische activiteiten of bevoordelingen vallen niet langer onder de Wet M en O. De Awb bevat een reeks van waarborgen voor een zorgvuldige voorbereiding en motivering van besluiten.

Beleidsruimte voor standpuntbepaling door college en raad.

Een belangrijke keuze die gemaakt moet worden is of tegen het raadsbesluit waarbij een activiteit onder het algemeen belang geschaard kan worden wel of geen bezwaar/beroep mogelijk is.

1. Het is mogelijk om het desbetreffende besluit waarin activiteiten onder het algemeen belang worden geschaard te vatten in een zogenaamd algemeen verbindend voorschrift (verordening). Dat betekent dat tegen dat besluit geen bezwaar of beroep mogelijk is. Theoretisch zou nog wel een privaatrechtelijke procedure mogelijk zijn op basis van onrechtmatige daad, maar dat is voor een ondernemer een kostbare en onzekere procedure.
2. Het college stelt nu voor om een besluit te nemen waar wel bezwaar en beroep mogelijk is, in lijn met het advies daarover van het ministerie. Het college is van mening dat het een redelijke afweging heeft gemaakt hetgeen hierbij aan de raad wordt voorgelegd. Dat besluit moet dan ook door een belanghebbende eenvoudig op waarde kunnen worden getoetst. Dat maakt de besluitvorming transparant en toetsbaar. Aangenomen mag worden dat een ondernemer die gelijksoortige economische activiteiten verricht als de gemeente of een overheidsbedrijf als belanghebbende zal worden aangemerkt. Deze belanghebbende ondernemer kan in een dergelijk geval bezwaar en beroep aantekenen.

Juridische risico's bij niet voldoen aan gedragseisen

Naast het feit dat tegen het raadsbesluit omtrent de algemeen belangvaststelling bezwaar en beroep kan worden aangetekend, kan een ondernemer op het terrein van Markt en Overheid verschillende rechtsmiddelen inzetten tegen het optreden van de gemeente of tegen het (nalaten van) optreden door de ACM. Een ondernemer die van mening is dat de gemeente zich niet houdt aan de gedragseisen van de Wet M en O, kan de gemeente daarop aanspreken en ook een klacht bij die overheid indienen. Ook heeft hij de mogelijkheid om zijn klacht aan de ACM voor te leggen. De ACM kan besluiten een onderzoek in te stellen. In principe kan iedereen een klacht bij de ACM indienen, alleen belanghebbenden kunnen echter een formele klacht in de vorm van een aanvraag tot het nemen van een besluit indienen. De ACM is dan verplicht een besluit te nemen. Hiertegen is bezwaar en beroep mogelijk.

Een ondernemer kan ook terecht bij de civiele rechter indien hij van mening is dat zijn belangen worden geschaad door concurrentievervalsing. Indien kan worden aangetoond dat de gemeente zich niet houdt aan de gedragseisen van de wet en een ondernemer lijdt daardoor schade, kan een schadevergoeding worden gevorderd.

Het is lastig een risico inschatting te maken van de houding van de markt m.b.t. de gemeentelijke besluitvorming in het kader van markt en overheid. Duidelijk is wel dat er weinig klachten bekend zijn vanuit de markt m.b.t. de uitvoering van gemeentelijke activiteiten. Waar deze in het verleden wel aan de orde waren, is er sprake geweest van een juridische toets in het kader van staatssteun. De (mogelijke) economische activiteiten zijn getoetst aan de gedragseisen van de wet. Waar wordt gekozen voor de vaststelling in het kader van het algemeen belang, zijn de belangen afgewogen. Wij zijn daarbij van mening dat het voorliggende voorstel recht doet aan de behoefte van de gemeente aan het aanbieden van deze activiteiten/voorzieningen en anderzijds de mogelijke inbreuk die dit oplevert voor de markt.

Conclusie.



Al met al kan geconstateerd worden dat voor een gemeente als Ten Boer er weinig problemen te verwachten zijn met betrekking tot de Wet Markt en Overheid. Dat komt niet alleen door de aard van de activiteiten, maar ook in de positie die de gemeente Ten Boer inneemt. Helaas is het zo dat veel activiteiten in een regio als Groningen niet door de markt kunnen worden opgepakt, en is de overheid aanzet om noodzakelijke voorzieningen voor zijn inwoners te treffen. Niet te verwachten valt derhalve dat er marktpartijen actie zullen ondernemen tegen activiteiten zoals die boven zijn weergegeven van de gemeente Ten Boer. Niettemin stellen wij wel voor om voor de genoemde activiteiten een algemeen belang besluit te nemen. Daarmee wordt elk risico uitgesloten en het bekrachtigt ook de status van die activiteiten en maakt deze voor zover dat nodig is nog eens extra transparant. mochten er toch nog gegadigden zijn die hiertegen zouden willen ageren, dan staat voor hun de weg van beroep en bezwaar open, waarin hun belangen rechtmatig kunnen worden afgewogen.

Bijlage:

Besluit tot vaststelling economische activiteiten in het kader van het algemeen belang

DE RAAD VAN DE GEMEENTE TEN BOER;

gezien het voorstel van het college van burgemeester en wethouders van Ten Boer d.d. 27 mei 2014;

gelet op artikel 25h Mededingingswet;

HEEFT BESLOTEN:

vast te stellen het Besluit tot vaststelling economische activiteiten in het kader van het algemeen belang als bedoeld in artikel 25h, vijfde lid Mededingingswet.

Artikel I Vaststelling economische activiteiten in het kader van het algemeen belang

De volgende economische activiteiten te benoemen in het kader van het algemeen belang:

- *Sport en recreatie algemeen* (betreft: tennisbanen, zwembad, voetbalvelden en skeeler/ijsbaan);
- *Ondersteunende activiteiten bij sportaccommodaties* (betreft: activiteiten zaalverhuur en horeca sporthal en gymzaal Garmerwolde);
- *Specifieke activiteiten GGD*: logopedie, seksuele gezondheid, reizigersvaccinatie, forensische geneeskunde bij arrestanten van politie;
- *Detachering van personeel* (naar VGG);
- *Verhuur onroerend goed* (betreft: brandweerkazerne, dorps huis Ten Boer, gemeentehuis, hoeve Dijkshorn);
- *Verhuur van gemeentegrond* (betreft: tijdelijke landbouwgrond en overhoekjes)

De motivering van dit besluit is opgenomen in de Nota implementatie Wet Markt en Overheid, behorend bij het raadsvoorstel, zoals vastgesteld in het college op 27 mei 2014. Deze motivering maakt onderdeel uit van dit besluit.

Artikel II Inwerkingtreding

Dit besluit treedt in werking op 1 juli 2014.

Tegen dit besluit staat bezwaar open. Weet u niet zeker of u een bezwaarschriftprocedure wilt volgen of wilt u met ons overleggen over een oplossing voor uw probleem, heeft u opmerkingen, vragen of wilt u meer informatie over dit besluit? Neem dan contact met ons op via de bovenstaande gegevens. Vindt u dat het besluit onjuist is, dien dan binnen zes weken bezwaar in en stuur dit naar het college van burgemeester en wethouders Ten Boer,

Postbus 7, 9790 AA Ten Boer. Hoe u exact bezwaar maakt kunt u ook lezen op de website van de gemeente Ten Boer. U kunt de informatie van de website ook schriftelijk ontvangen, neem dan contact op met de afdeling BJZ, telefoon (050) 302 88 88.

Aldus vastgesteld in de openbare raadsvergadering van 25 juni 2014.