

De overheid als concurrent

Een onderzoek naar de implementatie van de Wet Markt en Overheid bij de gemeente Venray

Naam: Jill de Groot

Opleiding: Hbo- Rechten 's-Hertogenbosch

Studentnummer: 2041962

Afstudeerperiode: september 2014 – januari 2015

Eerste afstudeerdocent: de heer G. Kipping

Tweede afstudeerdocent: de heer M. Lemmers

Stageadres: de Gemeente Venray

Afstudeermentor: mevrouw T. Goumans

Gemeente Venray, januari 2015

Naam: Jill de Groot

Opleiding: Hbo- Rechten 's-Hertogenbosch

Studentnummer: 2041962

Afstudeerperiode: september 2014 – januari 2015

Eerste afstudeerdocent: de heer G. Kipping

Tweede afstudeerdocent: de heer M. Lemmers

Stageadres: de Gemeente Venray

Afstudeermentor: mevrouw T. Goumans

Gemeente Venray, januari 2015

Voorwoord

Voor u ligt mijn scriptie "*De overheid als concurrent*". Deze scriptie vormt het sluitstuk van mijn opleiding HBO-rechten aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys. Tijdens het schrijven van mijn scriptie heb ik stage gelopen bij de gemeente Venray. Ik heb hier praktijkgericht juridisch onderzoek gedaan naar de Wet Markt en Overheid. Met name naar de implementatie van deze wet.

Graag wil ik op deze plaats gebruik maken van de mogelijkheid om een aantal personen te bedanken. De personen die ik wil bedanken hebben allemaal een aandeel gehad in het tot stand komen van deze afstudeerscriptie.

Allereerst wil ik mijn stagementor van de gemeente Venray bedanken, mevrouw T. Goumans. Zij heeft mij op alle mogelijke fronten gesteund en geholpen. Daarnaast wil ik de heren P. Hanen en L. Pronk bedanken voor hun feedback.

Tot slot wil ik mijn afstudeerdocent de heer G. Kipping bedanken voor de begeleiding en feedback.

Jill de Groot
Bakel, 3 januari 2015.

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1 De inleiding	3
1.1 De aanleiding en probleembeschrijving.....	3
1.1.1. De aanleiding.....	3
1.1.2. De probleembeschrijving.....	4
1.2 De doelstelling.....	5
1.3 De centrale vraag en de deelvragen.....	5
1.4 De onderzoeksmethodiek.....	6
1.5 De leeswijzer	6
Hoofdstuk 2 Het wettelijk kader van de Wet Markt en Overheid.....	7
2.1 Het doel van de wet Markt en Overheid.....	7
2.2 De voorgeschiedenis en de plaats in de wet.....	8
2.3 De Mededingingswet.....	8
2.3.1 De nieuwe artikelen uit de Nederlandse Mededingingswet.....	10
2.3.2 Besluit markt en overheid.....	14
2.4 De uitzonderingen.....	15
2.4.1 Algemeen belang art. 25h lid 5 Mw	15
2.4.2 Staatssteunverbod geregeld in artikel 25j lid 3 onder b en artikel 25h lid 4 Mw.....	17
2.5 De handhavende bevoegdheid.....	17
2.5.1 De procedure bij de ACM.....	18
Hoofdstuk 3 De Wet Markt en Overheid in de gemeente Venray.....	20
3.1 Brief D66	20
3.2 Het plan van aanpak	21
3.2.1 Overzicht van de economische activiteiten in de gemeente Venray	22
3.2.2 Overzicht van de adviesnota algemeen-belangvaststelling.....	23
3.2.3. De motivering bij de algemeen-belangvaststelling.....	24
3.3 Het wetsvoorstel modernisering vennootschapsbelasting overheidsondernemingen.....	27
3.4 De Stand van zaken in de gemeente Venray.....	27
Hoofdstuk 4 De Wet Markt en Overheid in andere onderzochte gemeenten.....	30
4.1 De gemeente 's-Hertogenbosch.....	30
4.2 De gemeente Tilburg.....	31
4.3 De gemeente Uden	33
4.4 De overige onderzochte gemeenten.....	35
Hoofdstuk 5 De conclusies	36
5.1 Voldoet de gemeente Venray aan de Wet Markt en Overheid?	36

<i>5.2 De algemeen-belangvaststelling</i>	<i>37</i>
<i>5.3 Hoe doen andere gemeenten dit?.....</i>	<i>39</i>
<i>Hoofdstuk 6 De aanbevelingen</i>	<i>41</i>

Samenvatting

De kurken zijn nog maar net van de champagne gepopt en de goede voornemens moeten nog tot uitvoering komen. Het meest voorkomend goede voornemen is meer sporten. Is dit door de invoering van de Wet Markt en Overheid nog wel haalbaar? Moeten de sportclubs de contributie dermate verhogen zodat sporten voor een groot deel van Nederland onmogelijk wordt? Veel sportaccommodaties zijn namelijk in handen van overheden. Volgens de nieuwe Wet Markt en Overheid moeten deze de integrale kostprijs gaan berekenen om oneerlijke concurrentie met private ondernemers te voorkomen. Als de integrale kosten doorberekend moeten worden, ontkomen de sportclubs er niet aan om hun contributiegelden te verhogen.

In deze scriptie is een onderzoek gedaan naar de Wet Markt en Overheid. Het gaat hierbij met name om de implementatie van de wet bij de gemeente Venray. Er is gekeken of de gemeente Venray voldoet aan de Wet Markt en Overheid en of zij gebruik maakt van of in aanmerking komt voor uitzonderingen. De volgende vraag staat centraal in dit onderzoek:

Welke aanbevelingen ter bestrijding van concurrentievervalsing door economische activiteiten van de lokale overheid kunnen worden afgeleid uit toetsing van het beleid van de gemeente Venray aan de juridische eisen die de Wet Markt en Overheid stelt en aan het beleid van andere gemeenten?

Het is van belang dat dit onderzoek wordt verricht, omdat de gemeente Venray anders in aanraking kan komen met de Autoriteit Consument en Markt. Deze is belast met de handhaving van de Wet Markt en Overheid. Daarnaast is de Autoriteit Consument en Markt bevoegd tot het opleggen van sancties die financiële gevolgen kunnen hebben voor de gemeente Venray.

Op 1 juli 2012 is de Wet Markt en Overheid in werking getreden. De wet maakt onderdeel uit van de Mededingingswet. Vanaf 1 juli 2014 moeten alle overheden aan deze wet voldoen. Het doel van de Wet Markt en Overheid is het creëren van zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen overheden die economische activiteiten uitvoeren en particuliere ondernemingen. Om dit doel te behalen heeft de wetgever vier gedragsregels geformuleerd. Deze gedragsregels zijn vastgelegd in de artikelen 25i tot en met 25l van de Mededingingswet. Het basisbeginsel is de eerste gedragsregel. Deze gedragsregel geeft aan dat de overheid minimaal de integrale kosten moet berekenen voor haar economische activiteiten. De tweede gedragsregel geeft aan dat de overheid zichzelf geen voordeel mag verschaffen ten overstaan van private ondernemingen. De derde gedragsregel geeft aan dat overheden geen misbruik mogen maken van de gegevens die zij bezitten vanwege hun publiekrechtelijke karakter. De vierde en laatste gedragsregel geeft aan dat overheden functies moeten scheiden. Als de overheid op een bepaald terrein een bestuurlijke rol heeft mag deze niet ook betrokken worden bij de uitoefening van de economische activiteit.

Wanneer het beleid van de gemeente Venray getoetst wordt aan de juridische eisen van de Wet Markt en Overheid, blijkt al snel dat zij niet voldoet aan het basisbeginsel, de integrale kostprijsberekening. De gemeente Venray hoeft niet aan het basisbeginsel te voldoen als zij gebruik maakt van de uitzondering geformuleerd in artikel 25h, lid 5, van de Mededingingswet. Deze uitzondering geeft de gemeente de mogelijkheid om economische activiteiten in het algemeen belang uit te zonderen van de verplichting tot het berekenen van de integrale kostprijs. De gemeente Venray heeft nog geen gebruik gemaakt van deze mogelijkheid. Het college van de gemeente Venray heeft hiervoor wel een voorstel opgesteld, maar dit is nog niet voorgelegd aan de gemeenteraad. De gemeenteraad is in deze het bevoegde orgaan. Wanneer naar het voorstel wordt gekeken, valt op dat de gemeente Venray ook typische overheidstaken als algemeen belang wil vaststellen. Dit is echter niet nodig. Typische overheidstaken zijn al uitgezonderd van de gedragsregels.

Voornoemde nota bevindt zich nog in de conceptfase. Daarnaast valt ook op dat niet bij iedere economische activiteit een juiste belangenafweging is gemaakt. De motivering bij de algemeen-belangvaststelling is belangrijk omdat dat de enige houvast is voor een juridische toets. De rechter zal zich echter in alle gevallen terughoudend opstellen met betrekking tot deze toets. Dit omdat het een marginale toets betreft.

Daarnaast wil de gemeente Venray voor de overige economische activiteiten nog niet de integrale kostprijs berekenen. Zij wil dit nog niet omdat zij wil wachten op het wetsvoorstel modernisering vennootschapsbelasting overheidsondernemingen. Dit brengt risico's met zich mee omdat de gemeente Venray nu niet voldoet aan de Wet Markt en Overheid.

De gemeente Venray zou in beginsel de integrale kostprijs moeten berekenen voor haar economische activiteiten, omdat de raad nog geen algemeen-belangbesluit heeft genomen. Het advies is daarbij om het wetsvoorstel modernisering vennootschapsbelastingen voor overheidsondernemingen buiten beschouwing te laten bij de implementatie van de Wet Markt en Overheid. Dit omdat er weinig tot geen samenhang is tussen de twee en hierdoor alleen maar vertraging ontstaat met betrekking tot de implementatie van de Wet Markt en Overheid. Daarnaast moet de gemeente Venray haar motivering bij het voorstel tot algemeen-belangvaststelling nader specificeren.

Daarnaast doet de gemeente Venray er goed aan om het raadsbesluit van de gemeenteraad met betrekking tot de algemeen-belangvaststelling in een verordening vast te stellen. Dit zorgt ervoor dat er geen bezwaar en beroep openstaat tegen het besluit bij de bestuursrechter. Dit houdt in dat de administratieve lasten voor de gemeente Venray met betrekking tot het besluit tot het minimum beperkt worden. Dit betekent echter niet dat er geen enkele mogelijkheden meer zijn voor private ondernemers of andere belanghebbenden. Zij hebben nog altijd de mogelijkheid zich tot de Autoriteit Consument en Markt te wenden en daar een verzoek in te dienen om handhavend op te treden. Daarnaast kunnen zij zich ook nog tot de civiele rechter wenden.

Hoofdstuk 1 De inleiding

In dit hoofdstuk is de aanleiding van deze scriptie uiteengezet. In dit hoofdstuk zijn daarom onder andere de probleembeschrijving, de centrale vraag en de deelvragen opgenomen. Daarnaast is uitgewerkt welke onderzoeksmethoden zijn toegepast gedurende het onderzoek. Tot slot is een leeswijzer opgenomen die het lezen van deze scriptie moet vergemakkelijken.

1.1 De aanleiding en probleembeschrijving

Tijdens de afstudeerperiode loop ik stage bij de gemeente Venray. De gemeente Venray is na Venlo de tweede stedelijke kern van Noord-Limburg. De gemeente Venray voert diverse economische activiteiten uit, zoals onder andere het exploiteren van fietsenstallingen en parkeergarages. Deze economische activiteiten vallen onder de Wet Markt en Overheid. Om die reden is de gemeente Venray een goede stageplek om de implementatie van de Wet Markt en Overheid te onderzoeken.

1.1.1. De aanleiding

Op 1 juli 2012 is de Wet Markt en Overheid inwerking getreden. Vanaf dat moment moesten de nieuwe economische activiteiten, die de overheid vanaf 1 juli 2012 verricht, voldoen aan de Wet Markt en Overheid.¹ Voor economische activiteiten die de overheid al voor 1 juli 2012 verrichtte, is er een overgangperiode van twee jaar. Met ingang van 1 juli 2014 moeten dus alle economische activiteiten van de overheid voldoen aan de Wet Markt en Overheid. Volgens Europese jurisprudentie houdt het begrip economische activiteit in: het inkopen van goederen of diensten door een entiteit die goederen of diensten aanbiedt op een markt.² Sinds 1 juli 2014 kan de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM), welke toeziet op de wet, gaan handhaven. De handhaving van de wet ligt bij de ACM, omdat de Wet Markt en Overheid overwegend mededingingsrechtelijk van aard is.³ De Wet Markt en Overheid is dan ook een onderdeel van de Mededingingswet (hierna: Mw). Deze wet heeft als doel de concurrentievervalsing tegen te gaan en zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen te creëren.⁴ De Wet Markt en Overheid is gericht op de concurrentieverhouding tussen overheden en particulieren. De Wet Markt en Overheid bestaat uit vier gedragsregels voor overheden. De overheden moeten aan deze gedragsregels voldoen. De Wet Markt en Overheid bestaat uit de volgende gedragsregels:

1. Integrale kostendoorberekening: overheden moeten ten minste de integrale kosten van hun goederen of diensten in hun tarieven doorberekenen.
2. Bevoordelingverbod: overheden mogen hun eigen overheidsbedrijven niet bevoordelen ten opzichte van concurrerende bedrijven.
3. 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.
4. Functiescheiding: als een overheid op een bepaald terrein een bestuurlijke 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.

¹ Indien sprake is van de uitoefening van typisch overheidsgezag, zoals handhaving van de openbare orde of het verlenen van een vergunning, is die activiteit geen economische activiteit.

² Fenin zaak T-319/99.

³ Kamerstukken II 2007/08, 34 354, nr. 3, p. 10-11.

⁴ Verhagen 2012, p. 4.

In bepaalde situaties hoeft de overheid niet te voldoen aan de gedragsregels. De eerste uitzondering is gemaakt voor specifieke organisaties, zoals openbare onderwijsinstellingen en publieke omroepinstellingen. Deze hoeven niet te voldoen aan de gedragsregels.⁵ Dit geldt ook voor overheidsorganisaties die goederen of diensten aan andere overheden of overheidsbedrijven uitlenen ter uitvoering van hun publiekrechtelijke taak. Ten derde is het mogelijk dat bepaalde economische activiteiten van overheden worden uitgezonderd van de gedragsregels, omdat er sprake is van staatssteun. Wanneer het steunbedrag minder dan € 200.000 is, gerekend over drie jaar, zijn de gedragsregels wel van toepassing.⁶ Tot slot heeft de gemeenteraad de bevoegdheid om bepaalde economische activiteiten uit te sluiten van de gedragsregels. Van deze mogelijkheid kan gebruik worden gemaakt door een algemeen-belangvaststelling,⁷ Een voorbeeld van een algemeen belang kan zijn de exploitatie van een fietsenstalling om het gebruik van openbaar vervoer te stimuleren.⁸ Alvorens de gemeenteraad overgaat tot een algemeen-belangvaststelling, dient zij een belangenafweging te maken. Hierbij moet gekeken worden naar welke gevolgen de algemeen-belangvaststelling heeft voor derden.

1.1.2. De probleembeschrijving

De gemeente Venray is op de hoogte van de Wet Markt en Overheid. De adviseur administratieve organisatie en interne controle van de gemeente Venray heeft een plan van aanpak opgesteld. De titel van het plan van aanpak luidt: “Een plan van aanpak onderzoek naar de gevolgen van de Wet Markt en Overheid op de economische activiteiten van de gemeente Venray.” Het plan van aanpak is bijgevoegd als bijlage 3.

In het plan van aanpak staat onder andere dat de gemeente Venray de Wet Markt en Overheid parallel wil laten lopen aan het wetsvoorstel modernisering vennootschapsbelasting overheidsondernemingen (hierna: wetsvoorstel). Volgens het plan van aanpak heeft de gemeente Venray hiervoor gekozen uit efficiencyoverwegingen. Het is echter niet duidelijk of dit wel efficiënt is, het is immers nog een wetsvoorstel.⁹ Indien de gemeente Venray wacht tot het wetsvoorstel wordt aangenomen en de wet in werking treedt, is zij te laat met het implementeren van de Wet Markt en Overheid. Ook wordt niet duidelijk of er voldoende samenhang is tussen de wet Markt en Overheid en het wetsvoorstel.

In het plan van aanpak is ook aandacht besteed aan de uitzonderingsmogelijkheden. Deze zijn echter summier uitgewerkt. Enkel de uitzondering met betrekking tot een algemeen-belangvaststelling wordt nader gespecificeerd, maar ook dit is niet uitgebreid. In het concept raadsvoorstel worden diverse economische activiteiten uitgezonderd. In deze nota worden de gronden aangegeven waarom van de uitzonderingen gebruik wordt gemaakt. De gemeente Venray heeft nog geen raadsbesluit vastgesteld met betrekking tot de mogelijkheid economische activiteiten vast te stellen als een algemeen belang.¹⁰ Diverse andere gemeenten hebben al wel een raadsbesluit of raadsvoorstel opgesteld dan wel ingediend.¹¹

⁵ Dit vloeit voort uit onder andere art. 25h Mw.

⁶ Verordening (EG) nr. 1998/2006 van de Commissie van 15 december 2006 betreffende toepassing van de artikelen 87 en 88 van het Verdrag op de-minimissteun (PbEG, L 379) en Verordening (EU) nr. 360/2012 van de Commissie van 25 april 2012 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun verleend aan diensten van algemeen economisch belang verrichtende ondernemingen (PbEU 2012, L 114).

⁷ Dit raadsbesluit is een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).

⁸ Raadsbesluit Tilburg.

⁹ Kamerstuk II 2014/2015, 34 003 nr. 3.

¹⁰ Volgens de nieuw planning wordt het raadsvoorstel op 7 april 2015 aan de raad ter besluitvorming voorgelegd.

¹¹ [Algemeen Belang besluit gemeente Apeldoorn.](#)

De gemeente Venray heeft dus nagedacht over de nieuwe wet. Het is echter niet duidelijk in hoeverre de gemeente Venray voldoet aan de wet. Vanaf 1 juli 2014 zijn er geen specifieke wijzigingen doorgevoerd met betrekking tot de werkprocessen, de wet- en regelgeving en het beleid binnen de gemeente. De vraag die gesteld dient te worden, is dan ook of de gemeente Venray voldoet aan de Wet Markt en Overheid en is het beperkte plan van aanpak voldoende om aan de wet te voldoen. De gemeente Venray is met name benieuwd hoe andere gemeenten het hebben aangepakt. Om die reden zal er een vergelijkend onderzoek plaatsvinden. Het plan van aanpak van de gemeente Venray moet vergeleken worden met de aanpak van andere gemeenten. Op deze manier weet de gemeente Venray waar zij staat met de implementatie van de Wet Markt en Overheid vergeleken met andere gemeenten. Op basis van deze conclusie kunnen aanbevelingen worden gedaan over het implementeren van de Wet Markt en Overheid zodat de gemeente Venray voldoet aan de Wet Markt en Overheid en daarmee handhaving door de ACM voorkomt.

1.2 De doelstelling

Op 12 januari 2015 lever ik onderhavig onderzoeksrapport over de Wet Markt en Overheid aan mevrouw T. Goumans, de heren P. Hanen en G. Kipping. Dit onderzoeksrapport geeft weer of de gemeente Venray voldoet aan de Wet Markt en Overheid. Indien de gemeente Venray niet voldoet aan de wet Markt en Overheid worden in dit onderzoeksrapport handvatten aangereikt om alsnog aan de Wet Markt en Overheid te voldoen. Deze handvatten bestaan uit aanbevelingen.

1.3 De centrale vraag en de deelvragen

De centrale vraag met betrekking tot deze scriptie is de volgende: Welke aanbevelingen ter bestrijding van concurrentievervalsing door economische activiteiten van de lokale overheid kunnen worden afgeleid uit toetsing van het beleid van de gemeente Venray aan de juridische eisen die de Wet Markt en Overheid stelt en aan het beleid van andere gemeenten?

De Deelvragen:

1. Wat houdt de Wet Markt en overheid in?
 1. Hoe is de wet ontstaan?
 2. Wat is het internationaal wettelijk kader?
 3. Wat is het nationaal wettelijk kader?
 4. Wat is het doel van de wet?
 5. Wat betekenen de belangrijke begrippen?

2. Hoe gaat de gemeente Venray om met de gedragsregels uit de Wet Markt en Overheid?
 1. Wat heeft de gemeente Venray al gedaan om aan de Wet Markt en Overheid te voldoen?
 2. In het plan van aanpak staat dat de gemeente Venray uit efficiencyoverwegingen de integrale kostprijsberekening voor de Wet Markt en Overheid parallel wil laten lopen met het wetsvoorstel modernisering vennootschapsbelasting overheidsondernemingen, is dit wel efficiënt en is er wel voldoende samenhang?
 3. Waarom is er in de gemeente Venray nog geen raadsbesluit met betrekking tot de uitzonderingsmogelijkheid, wat is de stand van zaken?

3. Hoe gaan andere gemeenten om met de gedragsregels uit de Wet Markt en Overheid?
1. Hoe hebben zij de implementatie van de wet aangepakt?
 - i. Hoe gaan zij om met de uitzonderingen?
 2. Hoever zijn zij met de implementatie van de Wet Markt en Overheid?
 - i. Voldoen zij aan de gedragsregels?
4. Waar zitten de verschillen bij de onderzochte gemeenten en de gemeente Venray?

1.4 De onderzoeksmethodiek

Tijdens dit onderzoek is gebruik gemaakt van diverse onderzoeksmethoden en bronnen. De meest gebruikte bronnen zijn rechtsbronnen, documenten en personen. Bij de rechtsbronnen en documenten is vooral gebruik gemaakt van de methode inhoudsanalyse. Dit wil zeggen dat alle stukken bestudeerd zijn. Ze zijn doorgenomen en vervolgens stuk voor stuk geanalyseerd. Dit is nodig om de stukken geheel duidelijk te krijgen. Bij personen is de methode interview gebruikt. Een deel van dit onderzoek bestaat uit een rechtsvergelijkend onderzoek. Dit wil zeggen dat de rechtsbronnen en documenten van andere gemeenten zijn geanalyseerd, maar ook dat hierover een toelichting is gevraagd bij medewerkers van de onderzochte gemeenten. Een combinatie van bronnen en methoden is gebruikt om een betrouwbaar en actueel onderzoek te verrichten, zodat daaruit praktische aanbevelingen volgen waar de gemeente Venray haar voordeel mee kan doen.

1.5 De leeswijzer

Deze scriptie begint met een inleidend hoofdstuk. In dit hoofdstuk is onder andere de probleembeschrijving, de centrale vraag, de deelvragen, de onderzoeksmethodiek en de leeswijzer opgenomen. Vervolgens wordt in hoofdstuk twee inhoudelijk ingegaan op de wet. Hier wordt dan ook het wettelijk kader uiteengezet. Deze bestaat uit het doel van de Wet Markt en Overheid, de geschiedenis, een algemene beschrijving van de Mw en artikelsgewijs commentaar bij hoofdstuk 4b van de Mw. Daarnaast wordt nog aandacht besteed aan het Besluit markt en overheid, de uitzonderingen, de handhaving en de procedure bij de ACM.

Hoofdstuk vier en vijf geven de praktijk weer. In hoofdstuk vier wordt de praktijk van de gemeente Venray beschreven en in hoofdstuk 5 de praktijk van de overige onderzochte gemeenten, zijnde de gemeenten 's-Hertogenbosch, Tilburg en Uden. Vervolgens worden er in hoofdstuk 6 enkele conclusies getrokken en geeft hoofdstuk 7 de aanbevelingen voor de gemeente Venray weer.

Hoofdstuk 2 Het wettelijk kader van de Wet Markt en Overheid

In dit hoofdstuk is het wettelijk kader van de Wet Markt en Overheid uiteengezet. Verschillende aspecten van de wet worden in dit hoofdstuk nader toegelicht. Hierbij wordt onder andere aandacht besteed aan het doel van de Wet Markt en Overheid, de voorgeschiedenis, de plaats van de wet en de betekenis daarvan. De Wet Markt en Overheid maakt onderdeel uit van Hoofdstuk 4b van de Mededingingswet (verder: Mw). De bepalingen zijn neergelegd in de artikelen 25g tot en met 25m Mw. In paragraaf 2.3 wordt uitgebreid ingegaan op de Mw.

2.1 Het doel van de wet Markt en Overheid

In beginsel mag de overheid diensten en goederen verlenen die niet vallen binnen de publiekrechtelijke, vaak wettelijk, voorgeschreven taken. Dit vloeit voort uit het Vecta-arrest.¹² In dit arrest is bepaald dat het de Staat vrij staat om diensten te verlenen en goederen te leveren die niet vallen binnen de wettelijke taakomschrijving. Dit kan frictie veroorzaken tussen de overheidsbedrijven en de particuliere ondernemingen.

Het doel van de wet Markt en Overheid is het creëren van zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen overheden die economische activiteiten uitvoeren en particuliere ondernemingen.¹³ Een economische activiteit wordt als volgt gedefinieerd: *“iedere activiteit bestaande uit het aanbieden van goederen en/of diensten op een bepaalde markt.”*¹⁴ Activiteiten die uitgeoefend worden voor specifieke bevoegdheden van overheidsgezag, worden niet aangemerkt als economische activiteit. Het moet dan gaan om een kerntaak van de gemeente of die door aard, doel en de regels waaraan zij is onderworpen met die taken verband houdt. Een voorbeeld van typische overheidstaken zijn: het verlenen van vergunningen, het opstellen van een bestemmingplan, het beheer en onderhoud van de openbare ruimte.¹⁵

Om de doelstellingen van de Wet Markt en Overheid te bereiken, voorziet de wet in vier gedragsregels waar overheden zich aan moeten houden als zij economische activiteiten uitvoeren. Deze gedragsregels moeten oneerlijke concurrentie voorkomen. De gedragsregels luiden als volgt:

1. Integrale kostendoorberekening: overheden moeten ten minste de integrale kosten van hun goederen of diensten in hun tarieven doorberekenen. (art. 25i Mw);
2. Bevoordelingverbod: overheden mogen hun eigen overheidsbedrijven niet bevoordelen ten opzichte van concurrerende bedrijven. (art. 25j Mw);
3. 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 deze gegevens kunnen beschikken. (art. 25k Mw);
4. Functiescheiding: als een overheid op een bepaald terrein een bestuurlijke 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. (art. 25l Mw).

¹² HR 8 maart 1974, NJ 1974, 264 (geen ECLI nummer, LJN AC0240).

¹³ *Kamerstukken II* 2007/08, 34 354 nr. 3, p. 2.

¹⁴ Verhagen 2012, p. 22. Zie bijvoorbeeld ook Zaak C-475/99; *Ambulanz Glöckner v Landkreis Südwestplatz Jur.* 2001, I-08089, r.o. 19.

¹⁵ www.vng.nl -> producten en diensten -> databanken -> belastingkennis voor raadslieden -> alle belastingen op een rij -> retributies -> wet markt en overheid (laatst geraadpleegd op 27-11-2014).

2.2 De voorgeschiedenis en de plaats in de wet

De wet Markt en Overheid kent een lange voorgeschiedenis. In de jaren tachtig kampte de Nederlandse overheid met een hoog financieringstekort. Dit financieringstekort heeft zij toen opgevangen door economische activiteiten op de markt te verrichten. Op deze manier kon zij de liquide tekortkomingen aanvullen. Bij deze oplossing werd echter niet gedacht aan het feit dat overheden oneigenlijke voordelen kunnen behalen op de markt ten opzichte van particuliere ondernemingen.¹⁶ Zij hebben immers bevoegdheden die private ondernemers niet hebben. Een voorbeeld hiervan zijn gegevens van burgers die private ondernemers niet hebben. Om die reden is op 22 oktober 2001 het wetsvoorstel Wet Markt en Overheid gepubliceerd.¹⁷ Op dit wetsvoorstel is van diverse kanten kritiek geuit. De minister van Economische zaken, de minister van Justitie en de minister voor Bestuurlijke Vernieuwing en Koninklijke relaties zagen geen voordeel in het maken van een aparte wet. Zij vonden dat de Wet Markt en Overheid op een minder ingrijpende manier in het rechtssysteem verwerkt moest worden. Zij gaven als voorbeeld: het aanvullen van de Mededingingswet, de aanbestedingsregeling, het Europees recht, de Gemeentewet of bijvoorbeeld de Provinciewet.¹⁸

De ministers hadden ook kritiek op de reikwijdte van de wet, deze zou onduidelijk zijn door de gehanteerde begrippen. Hierdoor zou de autonomie van de overheden teveel worden beperkt.¹⁹ Als reactie op deze kritiek is het wetsvoorstel van 22 oktober 2001 op 9 april 2004 ingetrokken.²⁰ In 2008 is voorgesteld om de Mw aan te passen.²¹ Deze "*Wijzigingswet invoering regels ondernemingen die deel uitmaken van een publiekrechtelijke rechtspersoon of hiermee zijn verbonden*", ook wel de Wet Markt en Overheid genoemd, is in werking getreden op 1 juli 2012.

2.3 De Mededingingswet

Zoals eerder aangegeven maakt de Wet Markt en Overheid onderdeel uit van de Mw. Om die reden wordt in deze paragraaf eerst de Mw kort uiteengezet, voordat wordt ingegaan op het nieuwe onderdeel de Wet Markt en Overheid. De Mw heeft als doel concurrentievervalsing tegen te gaan. Om die reden past de Wet Markt en Overheid in de Mw. De Wet Markt en Overheid heeft ook het doel om concurrentievervalsing tegen te gaan. Met name tussen overheidsbedrijven en private ondernemingen.

Het uitgangspunt van de Mw is om zoveel mogelijk aan te sluiten bij de Europese mededingingsregels. Dit blijkt onder andere uit de memorie van toelichting van het wetsontwerp Mw. In de memorie van toelichting staat dat de bepalingen uit de Mw zijn georiënteerd op de artikelen 101, 102 en 107 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU).²² Het Nederlandse mededingingsrecht kent overigens wel andere procedureregels met betrekking tot totstandkoming van besluiten, het procederen tegen bestuurshandelingen en de handhaving. Het systeem van de Awb is van toepassing bij de Nederlandse Mededingingswet.²³ Hierop wordt ingegaan bij de paragraaf 2.5 (Handhaving).

De Nederlandse en Europese mededingingsregels hebben tot doel concurrentievervalsingen tegen te gaan. Concurrentievervalsing kan zich alleen voordoen op een relevante markt.

¹⁶ Kamerstukken II 2007/08, 34 354 nr. 3, p. 2-3.

¹⁷ Kamerstukken II 2001/02, 28 050 nr. 1.

¹⁸ Kamerstukken II 2003/04, 28 050 nr. 7.

¹⁹ Kamerstukken II 2003/04, 28 050 nr. 7.

²⁰ Kamerstukken II 2003/04, 28 050 nr. 8.

²¹ Kamerstukken II 2007/08, 31 354 nr. 1.

²² Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p.7-8.

²³ Slot 2012, p. 31 en 172.

Dit wil zeggen dat de concurrentieverstoring moet plaatsvinden op dezelfde markt. Indien de concurrentieverstoring niet op dezelfde markt plaatsvindt, is de Mededingingswet niet van toepassing. Er kan onderscheid gemaakt worden in de productmarkt en de geografisch markt.

Bij de productmarkt gaat het om producten. Het moet gaan om gelijke of gelijksoortige producten of diensten.²⁴ Een bekend voorbeeld is het bananen-arrest van het Hof van Justitie.²⁵ Hierin speelde het vraagstuk of bananen een aparte productmarkt zijn of dat zij een onderdeel vormen van de productmarkt vers fruit.

Een banaan heeft bijzondere eigenschappen zoals: haar smaak, uiterlijk, zachtheid, alsmede het feit dat zij geen pitten bevat. Hierdoor wordt de banaan vaak gegeten door kinderen, ouderen en zieken. Andere fruitsoorten kunnen de bananen niet vervangen. Mede hierom is vast komen te staan dat er een aparte bananenmarkt is. Een appelboer kan dus niet met een bananenboer concurreren, omdat zij beide op een andere productmarkt actief zijn. In dit geval zou de Mw dus niet van toepassing zijn.

Bij de geografische markt gaat het om een bepaald gebied. Ondernemers die te ver weg zitten van elkaar, vormen geen concurrentie.²⁶ Een plaatselijke fietsbellenwinkel uit Friesland treedt niet in concurrentie met een fietsbellenwinkel in Limburg. Een consument die op zoek is naar een fietsbel in Friesland zal niet naar Limburg afreizen om een fietsbel te kopen. De Mw is hier dus niet van toepassing.

De belangrijkste uitgangspunten van de Nederlandse Mw zijn het kartelverbod van artikel 6 en het verbod op misbruik van de economische machtspositie van artikel 24. Deze artikelen zijn verbodsbepalingen.

Het kartelverbod houdt in dat overeenkomsten, besluiten of onderling afgestemde gedragingen tussen ondernemingen verboden zijn indien die ertoe strekken of als gevolg hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.²⁷

Het verbod van misbruik maken van de economische machtspositie houdt in dat het ondernemingen verboden is misbruik te maken van een economische machtspositie.²⁸ Er moet voldaan worden aan drie eisen voordat gesproken kan worden van misbruik van de economische machtspositie:

1. een gedraging van één of meer ondernemingen;
2. een economische machtspositie;
3. misbruik.²⁹

Misbruik bestaat meestal uit het rechtstreeks opleggen of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of andere onbillijke contractuele voorwaarden; het beperken van de productie; het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties.³⁰

Dit zijn echter niet meer de enige belangrijke uitgangspunten in de Mw. In hoofdstuk 4b zijn de gedragsregels met betrekking tot de Wet Markt en Overheid opgenomen. Hoofdstuk 4b heeft dus betrekking op de economische activiteiten van de overheid en de economische activiteiten van overheidsbedrijven.

²⁴ Slot 2012, p. 7.

²⁵ HvJ 14 februari 1978, zaak 27/76, United Brands v Commissie, Jur. 1978,207.

²⁶ Slot 2012, p. 12.

²⁷ Artikel 6 lid 1 Mw.

²⁸ Artikel 24 Mw.

²⁹ Slot 2012, p. 99.

³⁰ Slot 2012, p. 100.

De feitelijke reikwijdte van de gedragsregels voor overheidsorganisaties, geformuleerd in hoofdstuk 4b van de Mw, wordt bepaald door het begrip onderneming. Dit begrip wordt in art. 1, sub f, van de Mw nader uitgewerkt.³¹ In dit artikel wordt verwezen naar art. 101 lid 1 van het Verdrag. In art. 1, sub d van de Mw is bepaald dat onder verdrag wordt verstaan het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

In de Memorie van Toelichting is aangegeven dat de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) de lijn van jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie volgt inzake het begrip onderneming.³² Volgens vaste jurisprudentie van het Hof wordt onder een onderneming verstaan iedere entiteit die een economische activiteit uitoefent, ongeacht rechtsvorm, financiering of winstoogmerk.³³

In de Memorie van Toelichting wordt daarnaast uiteengezet wat verstaan wordt onder het begrip economische activiteit. Onder economische activiteit wordt verstaan het aanbieden van goederen of diensten aan derden op een bepaalde markt. In de Europese rechtspraak wordt dit begrip verder uitgewerkt. Volgens recente Europese jurisprudentie kan het inkopen van goederen of diensten door een entiteit die geen goederen of diensten aanbiedt op een markt, niet worden aangemerkt als het verrichten van economische activiteiten.³⁴ Dit betekent niet dat al het andere een economische activiteit is. Dit hangt nauw samen met de vraag of de activiteit wordt verricht in het algemeen belang. Dit is een belangrijke uitzondering waarop later wordt teruggekomen bij de uitzonderingen (paragraaf 2.4). De uitwerking van het begrip onderneming en het begrip economische activiteit staat nog niet vast, omdat de jurisprudentie met betrekking tot deze begrippen nog in ontwikkeling is. Maar voor nu kan er vanuit worden gegaan dat overheidsonderdelen die de markt betreden, vallen onder het begrip onderneming in de zin van de Mw voor zover zij geen specifieke overheidstaken verrichten.³⁵

2.3.1 De nieuwe artikelen uit de Nederlandse Mededingingswet

De nieuwe artikelen uit de Mw worden hieronder kort toegelicht. De meeste informatie is afkomstig uit de wet zelf, de betreffende artikelen en uit de memorie van toelichting.³⁶

Artikel 25g

Dit is het eerste artikel dat is opgenomen in het nieuwe hoofdstuk 4b van de Mw. In lid 1 wordt een omschrijving gegeven van het begrip overheidsbedrijf. Er is een onderscheid gemaakt tussen overheidsondernemingen (ondernemingen binnen de overheidsoverheidsorganisaties) en overheidsbedrijven in de zin van ondernemingen buiten de organisatie.

Lid 1, sub a heeft betrekking op overheidsbedrijven met rechtspersoonlijkheid. Er is sprake van een overheidsbedrijf als één of meer overheden in staat zijn het beleid van de onderneming te bepalen.

Lid 1, sub b heeft betrekking op contractuele samenwerkingsvormen. In de praktijk maken overheden hier niet veel gebruik van. Deze mogelijkheid wordt echter wel genoemd om eventueel “vluchtgedrag” van overheden uit te sluiten.³⁷

³¹ *Kamerstukken II 2007/08*, 31 354, nr. 3, p. 30.

³² *Kamerstukken II 2007/08*, 31 354, nr. 3, p. 31.

³³ Höfner zaak 41/90, jur. 1991, p I-1979.

³⁴ Fenin zaak T-319/99.

³⁵ Besluit NMa nr. 101, Bloemenmarkt Amsterdam, 26 november 1998; voor het verrichten van specifieke overheidstaken zie besluit NMa nr. 52, Hotel Zuiderduin v brandweer, 25 februari 1998.

³⁶ *Kamerstukken II 2007/08*, 31 354 nr. 3. Vanaf december 2014 zal er een uitgave van tekst en commentaar worden uitgegeven met betrekking tot de Mededingingswet. Deze komt voor dit onderzoek te laat, deze is dus niet meegenomen.

³⁷ *Kamerstukken II 2007/08*, 31 354, nr. 3, p.32.

Als lid 1, sub b er niet zou zijn, hebben de overheidsorganisaties de mogelijkheid om via een contractuele samenwerkingsvorm te ontkomen aan het begrip overheidsbedrijf. Als een bedrijf niet als overheidsbedrijf aangemerkt kan worden, is de Wet Markt en Overheid niet van toepassing. Lid 1, sub b geeft dus eigenlijk aan dat ook een onderneming in de vorm van een 'personenvennootschap', waarin een publiekrechtelijke persoon deelneemt, volgens de wet Markt en Overheid worden aangemerkt als een overheidsbedrijf.³⁸

Lid 2 geeft nadere invulling aan het begrip beleidsbepalende invloed. In dit lid is limitatief opgesomd in welke gevallen een publiekrechtelijke rechtspersoon in staat is om het beleid te bepalen bij een onderneming met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid.³⁹ Dit is bijvoorbeeld het geval als hij alleen of met meerdere andere publiekrechtelijke rechtspersonen beschikt over de meerderheid van de stemrechten.⁴⁰

Artikel 25h

In dit artikel wordt de reikwijdte van hoofdstuk 4b nader bepaald. Hierin worden onder andere enkele uitzonderingen gemaakt voor organisaties waarvoor een sectorspecifiek regime geldt. Dit sectorspecifiek regime moet wel vergelijkbaar zijn met de gedragsregels geformuleerd in de artikelen 25i tot en met 25l van de Mededingingswet. In art. 25h wordt een hele lijst opgesomd. Dit geldt voornamelijk voor onderwijs-, onderzoek- en omroepinstellingen. Een sectorspecifiek regime betekent dat er specifieke regelgeving is ingevoerd voor een bepaalde sector waardoor de concurrentievervalsing al tegen wordt gegaan. Het is dan niet nodig dat deze sectoren zich ook nog aan de Wet Markt en Overheid houden. Het sectorspecifiek regime zal hier doorgaans naadloos op aansluiten. In ieder geval in de gevallen genoemd in art. 25h Mw.

In lid 2 is omschreven dat het aanbieden van goederen of diensten binnen de eigen overheidsorganisatie buiten de reikwijdte van de wet Markt en Overheid valt. Dit wil zeggen dat er sprake is van een zogenaamde "in house" activiteit die voor de eigen overheidsorganisatie wordt verricht. Deze activiteit wordt daardoor niet aan derden op een markt aangeboden. Om die reden kan er niet gesproken worden van een economische activiteit en daarom valt deze niet binnen de Wet Markt en Overheid.⁴¹

Lid 4 geeft aan dat hoofdstuk 4b niet van toepassing is indien de economische activiteiten van een bestuursorgaan waarvoor een maatregel die naar oordeel van het bestuursorgaan kan worden aangemerkt als een steunmaatregel geldt die voldoet aan de criteria van artikel 107 lid 1 VWEU.

Dit betekent dus dat wanneer er sprake is van staatssteun die voldoet aan de criteria van artikel 107 lid 1 VWEU deze zijn uitgezonderd van de wet Markt en Overheid. Hier zal later bij de paragraaf uitzonderingen dieper op worden ingegaan.

In lid 5 wordt aangegeven dat hoofdstuk 4b ook niet van toepassing is indien er sprake is van een economische activiteit die uitgevoerd wordt in het algemeen belang.⁴² Ook hier wordt later op teruggekomen bij de paragraaf uitzonderingen. Lid 6 geeft aan wie bevoegd is tot het vaststellen van een algemeen belang. Bij de gemeente is dit de Gemeenteraad.

Artikel 25i

In dit artikel staat de eerste gedragsregel, ook wel het basisbeginsel genoemd.⁴³ De integrale kostendoorberekening: overheden moeten ten minste de integrale kosten van hun goederen

³⁸ Verhagen 2012, p. 30.

³⁹ Gemeentestem, gst 2011/70.

⁴⁰ Artikel 25 g lid 2 sub a Mw.

⁴¹ Kamerstukken II 2007/08, 31 354, nr. 3.

⁴² Kamerstukken II 2007/08, 31 354, nr. 3, p. 33.

⁴³ Slot 2012, p. 240.

of diensten in hun tarieven doorberekenen. Dit wil zeggen dat bestuursorganen zodanige prijzen voor het leveren van goederen of het verrichten van diensten vaststellen, dat deze kostendekkend zijn. Het is de bedoeling dat deze kostendoorberekening per economische activiteit wordt bepaald. In de Memorie van Toelichting wordt een voorbeeld gegeven. De integrale kostprijs wordt niet voor het gehele gemeentelijke zwembad berekend maar enkel voor de zonnebankverhuur binnen het gemeentelijk zwembad. Op deze manier wordt voorkomen dat wanneer de ACM om informatie verzoekt, de gemeente zijn complete boekhouding op tafel moet leggen. Dit zou een te grote werkinspanning vergen. In deze situatie is het voldoende om de boekhouding met betrekking tot de zonnebankverhuur aan te tonen. Zoals artikel 3:2 Awb aangeeft moet een bestuursorgaan voordat zij een besluit neemt de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen vergaren. Dit zorgt voor een zorgvuldige totstandkoming van een besluit. Dit wordt ook wel het zorgvuldigheidsbeginsel genoemd. Dit beschermt de gemeente doordat zij alleen de relevante feiten hoeft af te staan aan het handhavende bestuursorgaan. In dit geval de ACM. In lid 4 van art. 25i Mw staat dat het bestuursorgaan, moet kunnen aantonen dat zij voldoet aan de gedragsregel zoals gesteld in lid 1.

Lid 2, sub a geeft aan dat de verplichting uit lid 1 niet geldt voor zover sprake is van activiteiten ter uitvoering van een dienst van algemeen belang die aan de overheidsorganisatie is opgedragen. Hierbij kan gedacht worden aan: de post, de plaatselijke omroep, de energie en de sociale woningbouw.

Deze uitzondering heeft ook betrekking op de economische activiteiten van een overheidsorganisatie die beschikt over een uitsluitend of bijzonder recht. Dit is bijvoorbeeld bij het openbaar vervoer. Op basis van lid 1 zouden hier de integrale kosten doorberekend moeten worden. Hiervoor gelden wel diverse voorschriften met betrekking tot de tarieven. Deze kunnen zijn vastgesteld in een wettelijk voorschrift of zijn verbonden aan een vergunning. Deze regels hebben voorrang op het bepaalde in lid 1.

Lid 2, sub b geeft aan dat sociale werkplaatsen uitgezonderd zijn van het in lid 1 bepaalde. Dit blijkt uit artikel 5 van de Wet sociale werkvoorzieningen. In dit artikel worden al regels gesteld om concurrentievervalsing tegen te gaan.

Artikel 25j

In dit artikel staat de tweede gedragsregel. Het bevoordelingverbod: overheden mogen hun eigen overheidsbedrijven niet bevoordelen ten opzichte van concurrerende bedrijven. Het bevoordelingsverbod is te vergelijken met het staatssteunverbod. Beiden willen voorkomen dat de overheid een overheidsbedrijf concurrentievoordelen verschaft bij het verrichten van economische activiteiten. In de Handreiking Wet Markt en Overheid van het ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie staat aangegeven dat hierbij rekening gehouden kan worden met de volgende elementen:

1. Er is sprake van een (directe of indirecte) toekenning van staatsmiddelen.
Dit is het geval wanneer een overheidsorganisatie aandelen in haar overheidsbedrijf neemt en in dat kader middelen ter beschikking stelt. Op deze manier kan het criterium kostendoorberekening niet goed worden gebruikt en moet er teruggevallen worden op de algemene norm dat de overheid het overheidsbedrijf niet mag bevoordelen ten opzichte van particuliere bedrijven. Het verlenen van een vergunning is geen verboden bevoordeling.
2. Het gaat om een niet marktconform voordeel.
Een overheidsbedrijf mag gebruikmaken van de geleverde goederen van een overheidsorganisatie indien hiervoor de integrale kosten zijn verrekend.
3. Er is selectiviteit in het spel.
Dit is bijvoorbeeld wanneer een overheidsorganisatie een overheidsbedrijf begunstigt door het verlenen van een subsidie waar particuliere bedrijven geen aanspraak op kunnen maken.

Daarnaast is in lid 2 bepaald dat een overheidsbedrijf geen gebruik mag maken van het naam en beeldmerk van de overheidsorganisatie. Dit kan verwarring veroorzaken bij het publiek. Het is dan niet duidelijk waar de goederen en diensten vandaan komen.⁴⁴

Een voorbeeld: een projectleider groenvoorzieningen van de gemeente werd tijdens een netwerkpartijtje aangesproken door een manager interne dienst van Samen Wonen, een cluster serviceflats. Deze flats stonden in een grote tuin. In de optiek van de projectleider kon de groenvoorziening van de gemeente met haar huidige werktempo en inzet moeiteloos worden doorgetrokken naar de tuinen van de serviceflats. Diverse particuliere tuinen werden ook meegenomen. Het stadsbestuur vond het een goed idee om de overcapaciteit van de afdeling groenvoorziening kosteloos aan te wenden voor het verbeteren van het totale aanzien van de stad en facilitaire instellingen te ontlasten van torenhoge onderhoudskosten voor de tuin. De nieuwe gemeentelijke service bracht ook klachten met zich mee. Tuinarchitecten, hoveniersbedrijven en tuincentrums zagen hun omzet dalen. Hier is dus sprake van bevoordeling, de gemeente bevoordeelt hun eigen projectleider ten aanzien van andere ondernemingen.⁴⁵

Lid 3 geeft enkele uitzonderingen. Deze uitzonderingen komen overeen met de uitzonderingen genoemd in artikel 25i lid 2 behalve sub b. Deze zal hieronder bij uitzonderingen nader worden toegelicht.

Artikel 25k

In dit artikel staat de derde gedragsregel: 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.

Een voorbeeld: MVO support is een provinciaal werkbedrijf dat bedrijven op weg helpt om verantwoord te ondernemen. Op een gegeven moment komt de eigenaar van MVO in contact met een medewerker van de provinciale milieuafdeling. Deze medewerker vertelde de eigenaar van MVO dat hij in het kader van de Wet milieubeheer nagenoeg alle bedrijven in de provincie heeft gemonitord met betrekking tot de duurzaamheid. De medewerker van de provincie deelt deze informatie met de eigenaar van MVO. Dit mag niet. De provincie heeft deze gegevens verzameld in het kader van haar publieke taak. Deze mag zij niet inzetten voor de economische activiteiten van MVO support. Andere private ondernemers kunnen niet onder dezelfde voorwaarden gebruik maken van deze gegevens.⁴⁶

Artikel 25l

In dit artikel staat de vierde en laatste gedragsregel: de functiescheiding. Indien een overheid op een bepaald terrein een bestuurlijke 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.

Een voorbeeld: een ambtenaar die belast is met de verantwoordelijkheid voor het exploiteren van het gemeentelijke zwembad is bijvoorbeeld ook verantwoordelijk voor het sportbeleid, waaronder het toekennen van subsidies aan sportverenigingen. Deze ambtenaar mag niet de subsidie van een private onderneming verlagen om zo het gemeentelijk zwembad te redden. De overheid moet zulke belangenverstrengelingen voorkomen.⁴⁷

⁴⁴ Verhagen 2012, p. 37.

⁴⁵ Dit voorbeeld is afkomstig uit het boekje als ambtenaren ondernemers worden van de ACM, p. 47-48.

⁴⁶ Dit voorbeeld is afkomstig uit het boekje als ambtenaren ondernemers worden van de ACM, p. 39-40.

⁴⁷ Dit voorbeeld is afkomstig uit het boekje als ambtenaren ondernemers worden van de ACM, p. 37-38.

Artikel 25m

In dit artikel is bepaald dat nadere regels mogen worden gesteld, te weten regels inzake de verplichting tot het doorberekenen van de integrale kosten en het bevoordelingsverbod. Op grond van deze wettelijke basis is het Besluit Wet Markt en Overheid opgesteld en in werking getreden op 1 juli 2012.

2.3.2 Besluit markt en overheid

Het Besluit markt en overheid vloeit voort uit de artikelen 25g, tweede lid, onderdeel d, en 25m van de Mw. Het besluit geeft een nadere uitwerking aan het doorberekenen van de integrale kosten van artikel 25i Mw en het verbod van bevoordeling van artikel 25j Mw. De artikelen 3 tot en met 8 van het besluit hebben betrekking op de integrale kostenberekening. Artikel 9 van het besluit heeft betrekking op het verbod van bevoordeling van overheidsbedrijven.

Artikel 25i Mw geeft aan dat de overheden op zijn minst de integrale kostprijs moeten berekenen. De vraag die nu opspeelt is: hoe moeten deze kosten berekend worden, zijn er eisen? Het besluit geeft hier enkele richtlijnen over. Bij het vaststellen van deze richtlijnen is rekening gehouden met de autonomie van de decentrale overheden.⁴⁸

Het staat overheden vrij om een keuze te maken met betrekking tot het doorberekenen van de integrale kosten. Het besluit stelt echter wel als eis in artikel 3 dat het moet gaan om *consequent toegepaste en objectief te rechtvaardigen economische principes*. Consequent wil zeggen dat de gemeente in gelijke gevallen hetzelfde moet handelen. Het staat de gemeente daarin niet vrij om ten aanzien van twee vergelijkbare economische activiteiten twee verschillende afschrijvingstermijnen te hanteren.⁴⁹

Objectief wil zeggen dat de gemeente gemotiveerd moet kunnen beargumenteren waarom zij bepaalde principes hanteert bij de berekening.

De enige inhoudelijke eis van artikel 3 is dat de kostendoorberekening een stelsel van baten en lasten hanteert. Dit zal echter geen struikelblok vormen voor de gemeenten, omdat zij dit stelsel al moeten hanteren in het kader van de begroting en de meerjarenraming.⁵⁰

Bij het Besluit markt en overheid is een nota van toelichting opgenomen. In deze nota staan drie stappen uiteengezet waaraan voldaan moet zijn bij de integrale kostenberekening.⁵¹

Deze stappen zijn in diverse artikelen van het Besluit uiteengezet:

- Bepalen op welke goederen of diensten de kostendoorberekening moet worden toegepast (art. 4);
- Bepalen van de kosten die gemoeid zijn met het leveren van de goederen of het verrichten van de diensten (art. 5-7);
- Toekennen van deze kosten aan goederen en/of diensten (art. 8).

Het Besluit gaat naast de integrale kostendoorberekening ook over het bevoordelingsverbod. Dit is geregeld in artikel 9. Hierin staat dat het bevoordelingsverbod beoogt op dezelfde wijze als het staatsteunverbod te voorkomen dat de overheid een overheidsbedrijf concurrentievoordelen verschaft.⁵² Hier moet rekening gehouden worden met de drie stappen die in de vorige paragraaf uiteen zijn gezet bij de uitwerking van artikel 25j.

⁴⁸ Gemeentestem, Gst. 2013/3.

⁴⁹ Gemeentestem, Gst. 2013/3.

⁵⁰ Art 2 lid 1 BVV.

⁵¹ Kamerstukken II 2007/08, 31 354, nr. 3, p. 2.

⁵² Kamerstukken II 2007/08, 31 354, nr. p. 3.

2.4 De uitzonderingen

De gedragsregel van art. 25i Mw geeft de verplichting tot doorberekening van de integrale kosten. Deze kosten hoeven echter niet altijd doorberekend te worden. Hieronder worden twee uitzonderingen uitgewerkt.

2.4.1 Algemeen belang art. 25h lid 5 Mw

Economische activiteiten en bevoordelingen die plaatsvinden in het algemeen belang zijn uitgezonderd van de Wet Markt en Overheid. Dit is gedaan om de autonomie van de decentrale overheden te waarborgen. Deze uitzonderingsbepaling is bij amendement in de wet opgenomen.⁵³ Dit heeft tot gevolg dat hierover weinig te vinden is in de parlementaire geschiedenis. Hierdoor ontstaan er in de praktijk diverse vragen over wat onder algemeen belang kan worden verstaan. De algemeen-belangvaststelling is enigszins vergelijkbaar met de aanwijzing van een zogenoemde dienst van algemeen economisch belang (DAEB) op grond van het VWEU.⁵⁴ Overheidsorganisaties hebben een grote mate van beleidsvrijheid met betrekking tot de algemeen-belangvaststelling. De overheidsorganisaties dienen wel rekening te houden met de volgende elementen:

“-De organisatie-eenheid van de overheid waarvan bepaalde economische activiteiten plaatsvinden in het algemeen belang (in het geval van bevoordeling van een overheidsbedrijf: de bevoordelende organisatie-eenheid en de naam van dat overheidsbedrijf);

-De aard en de duur van de desbetreffende economische activiteiten respectievelijk de aard en de duur van de bevoordeling en de aard van de economische activiteiten van het desbetreffende overheidsbedrijf waarop die bevoordeling betrekking heeft;

-Het grondgebied waarbinnen de economische activiteiten van de overheid respectievelijk van het overheidsbedrijf worden verricht;

-De motivering waarom de desbetreffende economische activiteiten in het algemeen belang plaatsvinden, met inbegrip van

a) een aanduiding van het algemeen belang dat met de economische activiteiten respectievelijk de bevoordeling wordt behartigd,

b) de gevolgen van de algemene belangvaststelling voor derden en

c) de afweging van het desbetreffende algemene belang tegen de hiervoor bedoelde belangen van derden.”⁵⁵ Onderdeel C houdt in dat uit het oogpunt van rechtszekerheid het zowel voor overheidsbedrijven als voor belanghebbenden van belang is dat de belangenafweging de bovenstaande punten bevat.

Deze elementen worden ook nog eens bevestigd in de handreiking van het ministerie van Economische Zaken en Innovatie. Daarnaast geeft de handreiking aan dat wanneer het beoogde doel met een minder ingrijpende manier gerealiseerd kan worden, daarvoor gekozen moet worden. Het voordeel van de algemeen-belangvaststelling moet opwegen tegen het nadeel van de belanghebbende, de private ondernemer.⁵⁶

Een algemeen-belangbesluit wordt bij de gemeente genomen door de gemeenteraad. Het raadsbesluit is een besluit in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb.⁵⁷ Dit wil zeggen dat er een zorgvuldige besluitvorming moet plaatsvinden. Hierbij kan gedacht worden aan een

⁵³ Kamerstukken II 2007/08, 31 354 nr 32.

⁵⁴ < www.vng.nl > -> Praktische informatie over vaststellen algemeen belang -> laatst geraadpleegd op 13 oktober 2014.

⁵⁵ De elementen zijn afkomstig van www.europadecentraal.nl -> zoeken -> het algemeen besluit (het laatst geraadpleegd op 27 oktober 2014).

⁵⁶ Verhagen 2012, p. 27.

⁵⁷ Kamerstukken I 2009/10, 31 354, C, p. 2 en Kamerstukken I 2009/10, 31 354, E, p. 1.

deugdelijke motivering en inspraak. De vraag rijst of het raadsbesluit voor beroep vatbaar is. Sommige gemeenteraden hebben de algemeen belangbesluiten gegoten in een algemeen verbindend voorschrift (verordening). Artikel 8:3 Awb geeft aan dat er geen beroep op grond van de Awb mogelijk is tegen besluiten die een algemeen verbindend voorschrift inhouden. Nergens in de Awb of andere wetgeving staat een definitie van een algemeen verbindend voorschrift. Volgens de parlementaire geschiedenis moet onder algemeen verbindend voorschrift worden verstaan: *“een naar buiten werkende, voor de daarbij betrokkenen bindende regel, uitgegaan van het openbaar gezag dat de bevoegdheid daartoe aan de wet ontleent”*.⁵⁸ Daarbij moet het voorschrift zich ervoor lenen herhaaldelijk toegepast te worden. In de rechtspraak is daaraan toegevoegd dat een algemeen verbindend voorschrift moet voorzien in een zelfstandige normstelling.⁵⁹ Er is geen uitgekristalliseerde jurisprudentie met betrekking tot de vraag wat precies onder een algemeen verbindend voorschrift wordt verstaan. Het gaat er hierbij om normen die bij besluit zijn vastgesteld en die er slechts toe strekken om de werking van reeds bestaande algemeen verbindende voorschriften naar tijd en plaats te effectueren.⁶⁰ Een voorbeeld kan zijn het verkeersbesluit waarbij een reeds bestaande verkeersregel ten aanzien van een concrete locatie van toepassing wordt.⁶¹ Een zelfstandige normstelling kan ook inhouden een noodzakelijke norm die er – zonder dat ze steunen op een regelgevende bevoegdheid – toe strekken de uitvoering van reeds bestaande wettelijke voorschriften te verzekeren.⁶² Het klassieke voorbeeld hierbij is het Bromfietsvalhelm-arrest.⁶³ In deze casus kon een minister een soort goedkeuring verlenen voor bromfietshelmen terwijl hij hiertoe niet beschikte over een expliciete bevoegdheid. Volgens de Hoge Raad strekte deze impliciete bevoegdheid er slechts toe om de werking van de wettelijke verplichting ,het dragen van een valhelm, te verzekeren.

In sommige gevallen is er wel beroep mogelijk tegen algemeen verbindende voorschriften. Dit is het geval wanneer er sprake is van een zogenaamd concretiserend besluit van algemene strekking.⁶⁴ Mr. E.A. van de Kuilen en mr. D. van Tilborg gaan ervan uit dat hiervan sprake is bij een algemeen-belangvaststelling met betrekking tot de Wet Markt en Overheid. Tegen een concretiserend besluit van algemene strekking staat beroep open bij de bestuursrechter.⁶⁵ Van de Kuilen en Van Tilborg omschrijven een concretiserend besluit van algemene strekking als volgt:

*“Een besluit waarbij ten aanzien van een bepaalde activiteit of bevoordeling wordt bepaald dat die in het algemeen belang plaatsvindt, zal in de regel geen zelfstandige normstelling bevatten. In plaats daarvan wordt met een dergelijk besluit de toepasselijkheid van de wet nader begrensd. Voor bepaalde activiteiten of vormen van bevoordeling blijven de gedragsregels buiten toepassing. In onze opvatting zal een besluit tot vaststelling in beginsel dan ook niet als een algemeen verbindend voorschrift kunnen worden aangemerkt, maar als een concretiserend besluit van algemene strekking.”*⁶⁶

Dit betekent dat zij ervan uitgaan dat ook tegen een algemeen-belangvaststelling gegoten in een verordening beroep openstaat.

⁵⁸ *Kamerstukken II 1994/95, 23 700, nr. 3, p. 105.*

⁵⁹ ABRvS 25 februari 2009, *ECLI:NL:RVS:2009:BH3994*.

⁶⁰ *Schlössel 2013, p. 263.*

⁶¹ ABRvS 4 juli 1996, *ECLI:NL:RVS:1996:ZF2254* (bushalte Almere).

⁶² *Schlössels 2013, p. 263.*

⁶³ Hr 11 januari 1977, *ECLI:NL:HR:1977:AC1784* (Bromfietshelm arrest).

⁶⁴ Tekst en commentaar art. 8:3 AWB.

⁶⁵ Gemeentestem, *gst 2011/70*.

⁶⁶ Gemeentestem, *Gst. 2011/70, paragraaf 4.1.2.*

2.4.2 Staatssteunverbod geregeld in artikel 25j lid 3 onder b en artikel 25h lid 4 Mw

In de memorie van toelichting is aangegeven dat de wet Markt en Overheid beperkt is tot gevallen waarin geen sprake is van steunmaatregelen die voldoen aan de criteria van art. 87 VWEU, eerste lid, van het verdrag.⁶⁷ Sinds 2010 is art. 87 VWEU gewijzigd in art. 107 VWEU. In de Mw zit hier naar alle waarschijnlijkheid een vergissing. In artikel 25j lid 3 sub b Mw wordt verwezen naar art. 87 VWEU in plaats van naar art. 107 VWEU. In deze scriptie wordt art. 87 VWEU in art. 25j lid 3 sub b gelezen als art. 107 VWEU.

In het VWEU is geen begripsbepaling opgenomen met betrekking tot staatssteun. De jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap heeft duidelijk gemaakt dat het begrip breder is dan enkel subsidie.⁶⁸ De grens is aangegeven in de zaak *Sloman Neptune*; *alle voordelen die direct of indirect uit staatsmiddelen worden toegekend, kunnen worden beschouwd als staatssteun*.⁶⁹ In ditzelfde arrest is bepaald dat er geen sprake is van steun wanneer ondernemingen op grond van wettelijke voorschriften voordelen ontvangen die niet op geld waardeervaar zijn. Een voorbeeld hiervan is regelgeving ten aanzien van arbeidsvoorwaarden.

In sommige gevallen zijn de gedragsregels wel van toepassing. Dit is het geval als het steunbedrag onder de bagatel-uitzondering valt, hetgeen is vastgesteld door de Europese Commissie in de de-minimisvrijstellingsverordening. Op 1 januari 2014 is een nieuwe de-minimisverordening in werking getreden. Hierin is bepaald dat decentrale overheden tot € 200.000,- steun kunnen verlenen zonder dat er sprake is van staatssteun.⁷⁰ Dit wordt berekend over drie jaren. Indien de staatssteun onder de € 200.000,- blijft binnen drie jaar, zijn de gedragsregels dus wel van toepassing. Dan geldt de uitzondering niet. Indien er sprake is van een algemeen economische belang is het steunplafond € 500.000,-.⁷¹ Dit is echter niet van toepassing bij de Wet Markt en Overheid, omdat economische activiteiten die het algemeen belang inhouden, uitgezonderd kunnen worden van de Wet Markt en Overheid door middel van een raadsbesluit, zoals hierboven te lezen.

2.5 De handhavende bevoegdheid

Zonder effectieve procedures met betrekking tot de handhaving wordt de Mw niet nageleefd. Deze procedures gelden ook voor de Wet Markt en Overheid, omdat deze een onderdeel is van de Mw.

In de Memorie van toelichting is aangegeven dat de NMa de bevoegde instantie is met betrekking tot de handhaving van de Wet Markt en Overheid⁷². In 2011 zijn de NMa, de OPTA en de Consumentenautoriteit samengevoegd onder de naam Autoriteit Consument en Markt. De ACM is de bevoegde instantie met betrekking tot handhaving van de Mw.⁷³ Dit wordt ook nog eens bevestigd in art. 70c Mw.

⁶⁷ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 354, nr. 3 P.34.

⁶⁸ HvJ EG 23 februari 1961, zaak 30/59, *Steenkolenmijnen v Hoge Autoriteit*, Jur. 1961, 1 en 19, recentelijk bevestigd in HvJ EG 15 maart 1994, zaak C-387/92, *Banco de Credito*, Jur. 1994, I-877. Boek p. 247.

⁶⁹ HvJ EG 17 maart 1993, gevoegde zaken C-72/91 en C-73/91, *Sloman Neptune*, Jur 1993, I-887. Boek p. 247.

⁷⁰ *Europadecentraal.nl* -> onderwerpen -> staatssteun -> de-minimis (laatst geraadpleegd op 14 oktober 2014) Verordening (EG) nr. 1998/2006 van de Commissie van 15 december 2006 betreffende toepassing van de artikelen 87 en 88 van het Verdrag op de-minimissteun (PbEG, L 379) en Verordening (EU) nr. 360/2012 van de Commissie van 25 april 2012 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun verleend aan diensten van algemeen economisch belang verrichtende ondernemingen (PbEU 2012, L 114).

⁷¹ Verordening (eu) nr. 360/2012 van de commissie 25 april 2012.

⁷² *Kamerstukken II* 2007/08, 31 354.

⁷³ *Kamerstuk II* 2011/12, 33 186, nrs 1-7.

Artikel 5 en 5a Mw geven aan dat de ACM nadere beleidsregels mag opstellen met betrekking tot de uitoefening van haar bevoegdheden die vanuit de Mw zijn toegekend. Op dit moment is er geen nadere beleidsregel met betrekking tot de handhaving.

In artikel 56 is bepaald dat de ACM een bestuurlijke boete en/of een last onder dwangsom kan opleggen als ondernemingen of overheden zich niet houden aan de Mw.

Het is dus van belang voor de gemeente Venray dat zij voldoet aan de Wet Markt en Overheid. Dit om te voorkomen dat zij een bestuurlijke boete of last onder dwangsom opgelegd krijgt. De ACM heeft in een informatiebijeenkomst over de Wet Markt en Overheid aangekondigd dat zij vanaf 1 juli 2014 zal handhaven.⁷⁴ Op 27 augustus 2014 heeft de heer Mijnlief, woordvoerder van de ACM aangegeven op welke terreinen zij uit eigen beweging gaat controleren: *“We hebben drie sectoren waar we gaan controleren; bij sportfaciliteiten, parkeergarages en bij het verwerken van bedrijfsafval. In deze branches komt oneerlijke concurrentie door de overheid regelmatig voor.”*⁷⁵

2.5.1 De procedure bij de ACM

De ACM kan op eigen initiatief of naar aanleiding van een klacht een onderzoek instellen naar eventuele overtredingen. Voor het verrichten van onderzoek kan de ACM gebruik maken van diverse bevoegdheden. De bevoegdheden van de ACM zijn in verschillende wetten neergelegd. Zo geeft de Mw bevoegdheden voor handhaving maar ook de Instellingswet ACM. Daarnaast is de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) van toepassing bij de handhaving. Zoals hierboven al eerder is aangegeven, valt de Mw onder het bestuursrecht. Om die reden is ook bij de handhaving de Awb van toepassing. Hieronder worden de belangrijkste handhavende bevoegdheden van de ACM uiteengezet.

Naast de handhaving is de Awb ook van toepassing bij bestuursrechtelijke handhavingsregels zoals het zorgvuldigheidsbeginsel (art. 3:2 Awb), zorgvuldige belangenafweging (art. 3:4 lid 2 Awb), de hoorplicht (afd. 4.1.2 Awb), de motivering van besluiten (art. 3:46 e.v. en 7:12 Awb) en alle andere algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

De bevoegdheden van een toezichthouder worden hieronder uiteengezet. Een toezichthouder mag iedere plaats betreden met uitzondering van woningen, ingevolge art. 5:15 Awb. In art. 50 tot en met 53 van de Mw is echter bepaald dat ook woningen doorzocht mogen worden ter uitoefening van art. 5:17 van de Awb. Dit wordt ook nog bevestigd in de artikelen 12c tot en met 12f van de Instellingswet ACM. Art. 5:17 Awb geeft aan dat een toezichthouder bevoegd is inzage te vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden. Daarnaast geeft art. 5:16 van de Awb de toezichthouder de mogelijkheid om inlichtingen te vorderen. Art 12b, lid 1 Instellingswet ACM geeft uitbreiding aan art. 5:17 Awb door het mogelijk te maken dat bedrijfsruimten en voorwerpen verzegeld mogen worden. Dit wil zeggen dat deze ruimten of voorwerpen niet meer mogen worden betreden of gebruikt.

De gemeente is verplicht aan het onderzoek mee te werken.⁷⁶ Van de bevindingen tijdens het onderzoek wordt een rapport opgemaakt. Dit rapport wordt aan de onderzochte overheidsinstantie overhandigd. Indien het rapport strekt tot het opleggen van een last onder dwangsom, wordt de overheidsorganisatie de kans geboden haar (of zijn) zienswijze naar voren te brengen.⁷⁷ Het besluit tot oplegging van een last onder dwangsom is een besluit in

⁷⁴ www.nysingh.nl -> zoeken op ACM waarschuwt overheden (laatst geraadpleegd op 11 november 2014).

⁷⁵ www.mededinging.nl -> zoeken op ACM gaat controleren op naleving wet markt en overheid (laatst geraadpleegd op 11 november 2014).

⁷⁶ Art. 5:20 Awb.

⁷⁷ Art. 77 lid 2 Mw juncto art. 5:33 lid 3 Awb.

de zin van de Awb. Specifieker gezegd is het een beschikking in de zin van art. 1:3, lid 2 van de Awb. Het besluit dient gemotiveerd te zijn. De ACM is ook gebonden aan het motiveringsbeginsel, omdat zij als bestuursorgaan ook gebonden is aan de Awb en dus ook aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Nadat de beschikking bekend is gemaakt, ligt deze gedurende vijf dagen ter inzage. Daarnaast wordt van de beschikking mededeling gedaan in de Staatscourant.⁷⁸

Indien de ACM in haar beschikking een overtreding van de gedragsregels heeft vastgesteld, heeft de overheidsorganisatie bij wie de overtreding is vastgesteld de mogelijkheid bezwaar in te dienen bij de ACM zelf en vervolgens in beroep te gaan bij de Rechtbank in Rotterdam en Hoger Beroep bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven. Om de procedure en de handhavingsbevoegdheden van de ACM te verduidelijken, zijn in bijlage 1 de procedure opgenomen in een tabel en in bijlage 2 de handhavingsbevoegdheden van de ACM.

⁷⁸ Verhagen 2012, p. 41.

Hoofdstuk 3 De Wet Markt en Overheid in de gemeente Venray

In dit hoofdstuk wordt uiteengezet hoe de gemeente Venray op dit moment omgaat met de Wet Markt en Overheid in de praktijk. In dit hoofdstuk wordt duidelijk in hoeverre de gemeente Venray de Wet Markt en Overheid heeft geïmplementeerd en op welke manier zij dit hebben gedaan of willen gaan doen. In dit hoofdstuk is het plan van aanpak van de gemeente Venray gebruikt als uitgangspunt. Het plan van aanpak is bijgevoegd als bijlage 3.

3.1 Brief D66

Op 18 juni 2014 heeft D66 Venray enkele vragen gesteld aan het college van burgemeester en wethouders (hierna: het college) met betrekking tot de Wet Markt en Overheid. D66 vormt een onderdeel van de gemeenteraad van de gemeente Venray. Bij brief van 8 juli 2014 heeft het college inhoudelijk gereageerd op de vragen. Deze brief is bijgevoegd als bijlage 4. De volgende vragen zijn behandeld: Voor welke economische activiteiten van de gemeente Venray zal volgens de Wet Markt en Overheid per 1 juli 2014 een integrale kostprijs berekend moeten gaan worden?

Zijn de integrale kostprijzen voor deze activiteiten al bekend en zijn de betrokkenen op de hoogte van de mogelijke extra kosten?

Wat is de reden dat het College, in het kader van deze wetgeving, tot dusverre nog geen voorstel heeft voorgelegd aan de Raad?

Zijn er economische activiteiten waarvan het zinvol is deze alsnog in een raadsbesluit aan te wijzen als activiteit die plaatsvindt in het algemeen belang en zo ja, welke zijn dit?

Het college heeft aangegeven dat het met betrekking tot de gedragsregel uit art. 25i Mw de verplichting om minimaal de integrale kostprijs te berekenen een relatie ziet met het wetsvoorstel modernisering vennootschapsbelasting overheidsondernemingen. Uit efficiencyoverwegingen wil het er dan ook voor kiezen om de toets met betrekking tot de integrale kostprijsberekening van de Wet Markt en Overheid te combineren met het wetsvoorstel. Daarnaast geeft het college aan dat het op dit moment nog niet de integrale kostprijs wil berekenen. Dit wil het pas doen wanneer het wetsvoorstel is aangenomen. Het wacht hierop, omdat er dan een regionale werkgroep opgericht zal worden. Pas op dat moment wil de gemeente Venray beoordelen of de gehanteerde prijzen overeenkomen met de integrale kostprijsberekening, zoals bedoeld in de Wet Markt en Overheid.

Het college van de gemeente Venray geeft aan dat het ervan op de hoogte is dat zij op dit moment niet voldoen aan de Wet Markt en Overheid. Zij weet dat zij hierdoor het risico loopt om met de handhavinginstrumenten van de ACM geconfronteerd te worden. De wet had voor reeds bestaande economische activiteiten uiterlijk 1 juli 2014 geïmplementeerd moeten zijn en voor nieuwe economische activiteiten al vanaf 1 juli 2012. Het college acht de kans op handhaving klein. Dit concludeert het op basis van de eerste inventarisatie van de economische activiteiten die de gemeente Venray verricht.⁷⁹

Tijdens het schrijven van de brief van 8 juli 2014 was er dus nog geen raadsbesluit of raadsvoorstel. Het college heeft in de brief wel aangegeven dat zij werkt aan een concept raadsvoorstel. In het raadsvoorstel worden de economische activiteiten benoemd die worden uitgezonderd van de gedragsregel 25i Mw, het doorberekenen van tenminste de integrale kostprijs. Zoals in hoofdstuk twee terug te vinden is, kunnen enkel de economische activiteiten uitgezonderd worden die uitgevoerd worden in het algemeen belang. Het concept

⁷⁹ Zie paragraaf 3.2.1.

raadsvoorstel is in dit onderzoek bijgevoegd als bijlage 5. Het college heeft dit nog niet goedgekeurd. Op 23 september 2014 zou het voorstel voorgelegd worden aan de gemeenteraad. Dit is echter nog niet gebeurd. Het voorstel wordt geagendeerd voor de raadsvergadering van 7 april 2015.

3.2 Het plan van aanpak

Bij de beantwoording van de brief van D66 heeft de gemeente Venray haar plan van aanpak bijgevoegd. Het plan van aanpak wordt in deze paragraaf uitgewerkt. Het plan van aanpak is opgenomen in bijlage 3. Allereerst begint het plan van aanpak met de aanleiding voor de Wet Markt en Overheid, de werkingsfeer van de wet en de handhaving. Deze onderdelen worden in deze paragraaf niet behandeld, omdat deze uitwerkingen overeenkomen met de uitwerkingen in hoofdstuk 2 van deze scriptie.

De gemeente Venray geeft in het plan van aanpak aan dat zij de handreiking van het ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie als leidraad hanteert voor de bepaling van de invloed van de Wet Markt en Overheid. De handreiking van het ministerie van Economische Zaken en innovatie zet de volgende stappen uiteen:

1. *“Is uw organisatie een organisatieonderdeel van het rijk, een provincie, een gemeente, een waterschap, een gemeenschappelijke regeling of een publiekrechtelijk zelfstandig bestuursorgaan?”*
2. *Is uw organisatie een openbare school, - onderwijsinstelling, - onderzoeksinstelling, of publieke omroepinstelling?*
3. *Is er sprake van een overheidsbedrijf, met andere woorden: heeft uw overheidsorganisatie beleidsbepalende invloed op een privaatrechtelijke onderneming (inclusief dochtermaatschappij) of neemt uw overheidsorganisatie deel in een personenvennootschap?*
4. *Verricht uw overheidsorganisatie zelf één of meer economische activiteiten (leveren van goederen of het verrichten van diensten)?*
5. *Per economische activiteit: zijn de goederen die uw overheidsorganisatie levert, of zijn de diensten die zij verricht, bestemd voor de uitvoering van een publiekrechtelijke taak van een andere overheidsorganisatie of van een overheidsbedrijf?*
6. *Is ten aanzien van de economische activiteiten die uw overheidsorganisatie verricht, een steunmaatregel getroffen die naar het oordeel van uw overheidsorganisatie onder de Europese staatssteunregels valt?*
7. *Is vastgesteld dat de economische activiteit plaatsvindt in het algemeen belang?*
8. *Een overheidsorganisatie die economische activiteiten verricht, is op grond van de Wet M en O verplicht daarvoor ten minste de integrale kosten in rekening te brengen aan afnemers. Deze verplichting geldt echter niet, in een drietal uitzonderingsgevallen.*
9. *Verricht uw overheidsbedrijf economische activiteiten?*
10. *Is bij de bevoordeling van uw overheidsbedrijf sprake van:*
 - *een bevoordeling die verband houdt met economische activiteiten ter uitoefening van een bijzonder of uitsluitend recht en gelden reeds voorschriften omtrent de voor de desbetreffende activiteiten in rekening te brengen prijzen? Of*
 - *een bevoordeling, die naar het oordeel van uw overheidsorganisatie kan worden aangemerkt als een steunmaatregel die voldoet aan de criteria van de Europese staatssteunregels? Of*
 - *het verrichten van economische activiteiten die door uw overheidsbedrijf worden verricht als een onderneming die is belast met de uitvoering van de Wet sociale werkvoorziening, voor zover artikel 5 van die wet van toepassing is? Of*
 - *van een bevoordeling in het algemeen belang?”*

Aan de hand van deze stappen heeft de gemeente Venray een inventarisatie gemaakt van de economische activiteiten die de gemeente Venray verricht. Deze lijst is opgenomen in de volgende paragraaf.

Daarnaast haakt de gemeente Venray in haar plan van aanpak aan op de punten die hierboven zijn behandeld en volgen uit de brief van 8 juli 2014. Het meest opmerkelijke punt is ook hier de keuze van het college om de integrale kostendoorberekening parallel te laten lopen met het wetsvoorstel. Dit is opmerkelijk, omdat de gemeente Venray aangeeft de handreiking van het ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie als leidraad te hanteren. In deze handreiking wordt het wetsvoorstel niet benoemd. Het is dus onduidelijk waar het idee vandaan komt om het wetsvoorstel te koppelen aan de Wet Markt en Overheid. In paragraaf 3.3 wordt ingegaan op het wetsvoorstel. In deze paragraaf moet dan ook duidelijk worden of het wetsvoorstel overeenkomsten heeft met de Wet Markt en Overheid, met name met betrekking tot de integrale kostprijsberekening.

In het plan van aanpak is aangegeven dat het college, indien nodig, een voorstel opstelt om verschillende economische activiteiten aan te merken als economische activiteiten in het algemeen belang. Op 12 augustus 2014 heeft de afdeling Openbare ruimte een adviesnota opgesteld. Deze is vervolgens intern besproken met de portefeuillehouder. In deze adviesnota wordt aangegeven dat de economische activiteiten genoemd in paragraaf 3.2.2. aangewezen moeten worden als economische activiteiten die worden uitgevoerd in het algemeen belang.

De gemeente Venray heeft dus tot stap 5 de handreiking gevolgd. Door middel van navraag bij de betreffende ambtenaar is duidelijk geworden dat er bij de gemeente Venray geen sprake is van stap 6, een economische activiteit die onder de Europese staatsteunregels valt.⁸⁰ Dit betekent dus dat de gemeente Venray bij stap 7 van de handreiking is blijven steken.

3.2.1 Overzicht van de economische activiteiten in de gemeente Venray

- Verkoppen of verhuren van vastgoed of grond;
 - verhuren van overheidsgebouwen aan derden;
 - verhuren van vergaderzalen in overheidsgebouwen aan derden;
 - tijdelijke verhuren / verpachten gronden op basis van privaatrechtelijke; overeenkomsten;
 - verhuren van ligplaatsen in jachthavens;
- exploiteren van gemeentelijke sportaccommodatie;
 - exploiteren van zwembaden;
 - exploiteren van sporthallen;
 - exploitatie van het kantinegedeelte van de sportaccommodaties;
- detacheren van ambtenaren;
- het aanbieden van toegang tot internet (WIFI) in openbare ruimten;
- de verhuur van cd's en dvd's door de gemeentelijke bibliotheek;
- exploiteren van een fietsenstalling;
- exploiteren van een parkeergarage.

⁸⁰ Paragraaf 2.4.2.

3.2.2 Overzicht van de adviesnota algemeen-belangvaststelling

Hieronder volgt in het kort het raadsvoorstel van de gemeente Venray. Deze motiveringen laten zien waarom de gemeente Venray vindt dat deze economische activiteiten in het algemeen belang worden verricht.

1. verhuur, uitgifte in erfpacht en exploitatie van sportaccommodaties:

Het college van de gemeente Venray vindt dat sport een groot positief maatschappelijk effect heeft. Sport draagt onder andere bij aan de sociale samenhang, gezondheid en participatie binnen de gemeente.

De gemeente Venray wil voor deze economische activiteit niet de integrale kostprijs berekenen. Dit omdat zij de laagdrempelige toegang en goede spreiding van deze diensten wil behouden.

In de gemeente Venray is geen sprake van een relevante markt met betrekking tot sportaccommodaties volgens de specificaties zoals de gemeente deze aanbiedt. Van verdringen van private ondernemers is dus geen sprake.

2. exploitatie van het kantinegedeelte in sportaccommodaties:

De tarieven voor de consumpties in de kantinegedeeltes van de sportaccommodaties liggen ongeveer 10% lager dan in de reguliere horeca. De gemeente Venray neemt hierbij het standpunt in dat dit te rechtvaardigen is omdat de ambiance, functie en uitstraling van een sportkantine dermate anders is dan van reguliere horeca. Daarnaast vindt de gemeente Venray dat het uit sociaal en praktisch oogpunt mogelijk moet zijn om na afloop van het sporten, of om de wachttijden van de begeleiders van de sporters op te vangen, een consumptie nuttigen mogelijk moet zijn.

Op basis van het voorstaande wordt er op deze manier niet oneerlijk geconcurrereerd met private horecaondernemers, aldus de gemeente Venray.

3. verhuur, uitgifte in erfpacht, ingebruikgeving en exploitatie van maatschappelijk vastgoed (gemeentelijke panden ten behoeve van buurt-, wijk- of gemeenschapshuizen, voormalige schoolgebouwen, welzijns- en cultuurvoorzieningen waar subsidierelaties mee bestaan, zoals het Odapark en de Schouwburg):

Naast sport heeft ook cultuur een groot positief maatschappelijk effect. Zij draagt bij aan de sociale samenhang, gezondheid en participatie binnen de gemeente. Het in rekening brengen van de volledige integrale kostprijs zou ertoe kunnen leiden dat maatschappelijk gewenste activiteiten niet of niet volledig meer kunnen worden uitgevoerd.

4. verhuur of ingebruikgeving van delen van het gemeentehuis:

Het gemeentehuis verhuurt ruimte aan de Regionale Uitvoeringsdienst, SASNL en aan de gemeente Venlo ten behoeve van het Werkplein. De verhuur is voornamelijk gericht op partijen die een maatschappelijk belang hebben. In de gemeente Venray is op dit punt geen sprake van een relevante markt. Van verdringen van de private ondernemers is dus geen sprake.

5. verhuur van leegstaande panden via anti-kraak:

Volgens de gemeente Venray betekent het ontbreken van huurbescherming voldoende grondslag om niet de integrale kosten door te hoeven berekenen.

6. verhuur en exploitatie van de jachthaven in Wanssum:

De jachthaven bevordert het toeristische karakter van de gemeente Venray. De jachthaven opent de mogelijkheid voor bezoekers om het achterland van Wanssum te ontdekken. Het maatschappelijk belang is hierdoor groot. Er zijn geen private ondernemers op de relevante markt. Er is dus geen sprake van verdringing van private ondernemers.

7. verhuur en of exploitatie van de parkeergarage en of parkeerterreinen:
Het niet volledig in rekening brengen van de integrale kostprijs in de parkeergarage heeft ten doel om het parkeren in de garages te stimuleren. Op deze manier helpt de gemeente Venray de detailhandel, horecagelegenheden en instellingen in het centrum door te faciliteren met parkeergelegenheid.

8. exploitatie van fietsenstallingen:
Het gebruik van de fietsenstalling is gratis. De integrale kostprijs wordt hier dus niet gerekend. Er zijn geen private ondernemers op de relevante markt. Er is dus geen sprake van verdringing van private ondernemers.

9. beheer openbare ruimte bij evenementen:
Het beheer van de openbare ruimte is een van de kerntaken van de gemeente. Veel gemeentelijke activiteiten rondom evenementen hebben betrekking op het beheer van de openbare ruimte. Bijvoorbeeld het opvegen, afzetten en opruimen na evenementen. Het niet aannemen van een algemeen belang op dit front brengt met zich mee dat de schone openbare ruimte en het gevoel van veiligheid in het gedrang komen.

10. verhuur, beheer en exploitatie van de gemeentebossen en natuurgebieden:
De verhuur en het beheer van de gemeentelijke bossen is een kerntaak van de gemeente. Er is geen sprake van een relevante markt van private ondernemers. Er is dus geen sprake van oneerlijke concurrentie.

11. verkoop van gronden en gemeentelijke panden:
De gemeente Venray geeft hierbij aan dat het haar taak is om ervoor te zorgen dat er voor alle segmenten voldoende ruimte is om te bouwen in de meest brede zin van het woord. Dat geldt voor zowel woningbouw, bedrijven en maatschappelijke instellingen. Om die reden wordt niet de integrale kostprijs gevraagd.

12. terbeschikkingstelling van gratis wifi in centrum Venray:
Het wifi-netwerk in het centrum van Venray is gratis. Het wordt dus onder de integrale kostprijs aangeboden. Internet wordt vaak ingezet voor het waarschuwen van burgers bij calamiteiten. De gemeente Venray vindt het van algemeen belang dat het centrum voorzien wordt van gratis wifi. Er is geen commercieel partij geïnteresseerd in het exploiteren van een gratis Wifi-netwerk. Hier is dus geen sprake van het verdringen van private ondernemers

3.2.3. De motivering bij de algemeen-belangvaststelling

In de vorige paragraaf is aangegeven welke economische activiteiten de gemeente Venray wil uitzonderen van de Wet Markt en Overheid, door deze aan te merken als economische activiteiten in het algemeen belang. Het is van belang om te weten of er een deugdelijke belangenafweging heeft plaatsgevonden. Dit is de gemeente verplicht ten aanzien van de Mw en de Awb.

Aan de hand van paragraaf 2.4.1. wordt gekeken of bij de gemeente Venray een deugdelijke belangenafweging heeft plaatsgevonden. De eerste drie eisen zijn op alle economische activiteiten die de gemeente Venray als algemeen belang wil vaststellen van toepassing. De organisatie-eenheid is bekend. Het betreft de gemeente Venray, een decentrale overheid. De aard van de economische activiteit staat duidelijk in het raadsvoorstel. Daarnaast is het duidelijk dat de duur van de algemeen-belangvaststelling voor onbepaalde tijd wordt vastgesteld. Ook is het duidelijk op welk grondgebied de economische activiteiten worden verricht. Dit is op Nederlands grondgebied, meer specifiek de provincie Limburg, de gemeente Venray.

Bij de volgende economische activiteiten wordt de motivering niet nader bekeken:

1. verhuur, uitgifte in erfpacht en exploitatie van de sportaccommodaties;
2. exploitatie kantinegedeelte sportaccommodatie;
3. verhuur, uitgifte in erfpacht ingebruikneming en exploitatie van maatschappelijk vastgoed;
5. verhuur van leegstaande panden via anti-kraak
7. verhuur en of exploitatie van de parkeergarage en parkeerterreinen;
8. exploitatie van fietsenstalling.

Deze economische activiteiten worden onder andere in de handreiking van het ministerie van Economische Zaken en Innovatie als voorbeeld van een economische activiteit in het algemeen belang aangehaald. Daarnaast valt op dat de meeste onderzochte gemeenten deze economische activiteiten ook hebben vastgesteld als algemeen belang.⁸¹ Op dit punt is dus geen twijfel. Het is algemeen bekend dat het economische activiteiten in het algemeen belang betreffen. Om die reden wordt er al snel aangenomen dat er sprake is van een algemeen belang.

De vierde eis die nu nog toegepast moet worden op de overige economische activiteiten is: *“De motivering waarom de desbetreffende economische activiteiten in het algemeen belang plaatsvinden, met inbegrip van*

- a) een aanduiding van het algemeen belang dat met de economische activiteiten respectievelijk de bevoordeling wordt behartigd,*
- b) de gevolgen van de algemene belangvaststelling voor derden en*
- c) de afweging van het desbetreffende algemene belang tegen de hiervoor bedoelde belangen van derden.”⁸²*

4 Verhuur of ingebruikneming van delen van het gemeentehuis

De aanduiding van de economische activiteit is het verhuren en in gebruik geven van delen van het gemeentehuis. Het gevolg hiervan is dat de gemeente Venray private ondernemers benadeelt. Wanneer de gemeente Venray deze ruimtes tegen een gereduceerd tarief verhuurt, worden deze ruimtes niet gehuurd bij private ondernemers. Hierdoor worden zij benadeeld. De vraag die nu gesteld moet worden: Wordt de private ondernemer onnodig nadeel toegebracht?

Het gemeentehuis van Venray verhuurt enkel ruimte aan de Regionale Uitvoeringsdienst, SASNL en aan de gemeente Venlo ten behoeve van het Werkplein. Deze verhuur is enkel gericht op partijen die het maatschappelijk belang dienen. Hierdoor kan geconcludeerd worden dat deze verhuur plaatsvindt in het algemeen belang. Iedere burger uit de gemeente Venray heeft hier baat bij.

6 Verhuur en exploitatie van de jachthaven in Wanssum

De aanduiding van de economische activiteit is de verhuur en exploitatie van de jachthaven in Wanssum. De gemeente Venray wil hiermee het toeristische karakter van de gemeente bevorderen. Het maatschappelijk belang is hierdoor groot. Er zijn geen private ondernemers actief op deze relevante markt. Er is maar een jachthaven en deze is in het bezit van de gemeente Venray. Mede om die reden is er geen onnodig nadeel voor private ondernemers.

9 Het beheer van openbare ruimte bij evenementen

De aanduiding van de economische activiteit is het beheer van openbare ruimte. De vraag die nu beantwoord dient te worden, is of dat het beheer van openbare ruimte bij evenementen wel een economische activiteit is. De gemeente Venray geeft zelf ook aan in het raadsvoorstel dat het een kerntaak van de gemeente is. Typische overheidstaken

⁸¹ Zie bijlage 11.

⁸² De elementen zijn afkomstig van www.europadecentraal.nl -> zoeken -> het algemeen besluit (het laatst geraadpleegd op 27 oktober 2014).

worden niet aangemerkt als economische activiteiten. Het beheer van openbare ruimte is een typische overheidstaak.⁸³ Om die reden hoeft het beheer van openbare ruimte niet opgenomen te worden in het algemeen belang besluit. Hier zou alleen sprake zijn van een economische activiteit als het beheer wordt uitbesteed aan een private partij. Hiervan is sprake bij de gemeente Venray, dit komt echter niet naar voren in het voorstel. Daar is dan ook geen deugdelijke motivering over opgenomen.⁸⁴

10 Verhuur, beheer, en exploitatie van de gemeentebossen en natuurgebieden
De aanduiding van de economische activiteit is de verhuur, het beheer en exploitatie van de gemeentebossen en natuurgebieden. Ook hier kan de vraag gesteld worden of er wel sprake is van een economische activiteit. Gemeentebossen en natuurgebieden zijn natuurlijk ook openbare ruimte. Openbare ruimte is een ruimte die voor iedereen toegankelijk is. De gemeentebossen en natuurgebieden zijn voor iedereen toegankelijk. Er is dus geen sprake van een economische activiteit met betrekking tot het beheer omdat er sprake is van een typische overheidstaak.

Indien de gemeente Venray commerciële activiteiten wil ondernemen op het natuurgebied of in de gemeentebossen dient zij wel te beslissen of deze passen binnen het algemeen belang (verhuur en exploitatie). Op dit punt is de gemeente Venray niet duidelijk in haar raadsvoorstel. Hier kan dus ook niet aangegeven worden of deze in het algemeen belang plaatsvindt, vindt er überhaupt iets plaats met betrekking tot verhuur en exploitatie?

11 Verkoop van gronden en gemeentelijke panden
De aanduiding van de economische activiteit is het verkopen van gronden en gemeentelijke panden. De gemeente Venray geeft hierbij aan dat het haar taak is om ervoor te zorgen dat er voor alle segmenten voldoende ruimte is om te bouwen in de meest brede zin van het woord. Dit geldt voor zowel woningbouw, bedrijven en maatschappelijke instellingen. Om die reden wil zij niet de volledige kostprijs in rekening brengen. Het gevolg hiervan is dat deze personen/bedrijven minder bij private ondernemers kopen omdat de gemeente Venray goedkoper is. De vraag die nu beantwoord dient te worden is of de private ondernemers onnodig benadeeld worden? De gemeente Venray geeft aan in haar motivering dat zij voor alle segmenten wil zorgen, niet enkel voor maatschappelijke instellingen.⁸⁵

12 Terbeschikkingstelling van gratis wifi in het centrum van Venray
De aanduiding van de economische activiteit is het ter beschikking stellen van gratis wifi in het centrum van Venray. Het gevolg hiervan is dat andere private ondernemers geen wifi meer kunnen aanbieden in het centrum van Venray. Wanneer de gemeente Venray wifi gratis aanbiedt, zullen de burgers geen gebruik maken van een betaalde wifi service door private ondernemers. Worden de private ondernemers hierdoor onnodig benadeeld? In veel restaurants en winkels is al gratis wifi. Om die reden zullen burgers er niet voor kiezen om te betalen voor wifi in heel het centrum. Ook heeft de gemeente Venray het idee dat er geen interesse is bij private ondernemers om wifi ter beschikking te stellen in het centrum. Om die reden is er geen sprake van onnodige benadeling. Daarbij komt dat de gemeente Venray de wifi ter beschikking stelt omdat internet een vaak gebruikt communicatiemiddel is om burgers te waarschuwen bij calamiteiten. Dit alles wordt niet helemaal duidelijk gemaakt in het raadsvoorstel, dit zou beter kunnen. In het raadsvoorstel is onder andere opgenomen: *“Er is geen commerciële partij geïnteresseerd in het exploiteren van een gratis Wifi-netwerk. Hier is dus geen sprake van het verdringen van private ondernemers.”* Het is vanzelfsprekend dat een commerciële partij geen gratis wifi wil aanbieden, zij zijn immers niet voor niets

⁸³ www.vng.nl -> producten en diensten -> databanken -> belastingkennis voor raadslieden -> alle belastingen op een rij -> retributies -> wet markt en overheid (laatst geraadpleegd op 27-11-2014).

⁸⁴ De gemeente Venray heeft het beheer uitbesteed aan een werkvoorzieningsschap NLW.

⁸⁵ Een maatschappelijke instelling is een rechtsvorm voor een organisatie met een maatschappelijke doelstelling. Dit is bijvoorbeeld een woningbouwcorporatie.

commercieel. De gemeente Venray verdringt de commerciële partijen wel als zij gratis wifi aanbiedt.⁸⁶ Het gratis wifi wordt beschikbaar gesteld aan alle burgers en bezoekers van Venray. Hiermee is een algemeen belang aangetoond.

3.3 Het wetsvoorstel modernisering vennootschapsbelasting overheidsondernemingen

Het wetsvoorstel modernisering vennootschapsbelasting overheidsondernemingen heeft als doel de vennootschapsbelasting zodanig aan te passen dat overheidsondernemingen die economische activiteiten ontplooiën op een markt waar ook private ondernemers actief zijn, op dezelfde wijze aan de heffing van vennootschapsbelasting worden onderworpen als aan private ondernemingen.⁸⁷ Deze aanpassing heeft als doel dat er een gelijk speelveld gecreëerd wordt.⁸⁸ In de memorie van toelichting wordt nergens gesproken over een kostprijberekening. Ook indirect wordt er nergens gesproken over kostprijberekeningen. De enige plaats waar over bedragen wordt gesproken, is in de uitzonderingen geformuleerd in art. 5a Wet Vpb 1969. Dit gaat echter over winst. Er is dus geen samenhang tussen de integrale kostprijberekening van de Wet Markt en Overheid en het wetsvoorstel. Het doel van het wetsvoorstel komt echter wel overeen met het doel van de Wet Markt en Overheid. Het enige punt waarbij het wetsvoorstel en de Wet Markt en Overheid overeenkomen, is bij de inventarisatie van de economische activiteiten. Het is denkbaar dat deze inventarisatie ook voor het wetsvoorstel gebruikt kan worden.

Mocht er wel een verband zijn tussen de Wet Markt en Overheid en het wetsvoorstel, dan zou dit nog niet efficiënt zijn. De Wet Markt en Overheid is op 1 juli 2012 in werking getreden terwijl het wetsvoorstel modernisering vennootschapsbelasting overheidsondernemingen nog niet eens is aangenomen.⁸⁹

Als de gemeente Venray ervoor kiest om hierop te wachten, dan is zij minimaal drie jaar en vier maanden te laat, voor de integrale kostprijberekening voor de economische activiteiten die zij vanaf 1 juli 2012 uitvoeren. Voor de economische activiteiten die zij al voor 1 juli 2012 verrichtte is zij dan minimaal één jaar en vier maanden te laat.

Daarnaast wordt in de brief aan D66 gesproken over een regionale werkgroep. Deze werkgroep zou voor 1 januari 2015 met een voorstel komen met betrekking tot de toerekeningssystematiek in het kader van de vennootschapsbelasting voor overheidsbedrijven. In december 2014 is hier nog niks van bekend.

3.4 De Stand van zaken in de gemeente Venray

In juli 2014 heeft Koninklijke Horeca Nederland een brief gestuurd naar het college van de gemeente Venray. In deze brief hebben zij hun zorgen geuit met betrekking tot de oneerlijke concurrentie binnen de gemeente Venray. Zij geven aan dat zij een stijgende lijn zien in gesubsidieerde instellingen binnen de gemeente Venray. De directe aanleiding van deze brief is het besluit van het bestuur van Schouwburg Venray om, als het cultuur- en gemeenschapshuis van de gemeente Venray een lening te verstrekken om het door hen aangekochte horecabedrijf Theatercafé de Artiest van een facelift te voorzien. Andere horecabedrijven hebben of krijgen deze mogelijkheid niet bij een bank. Hierdoor ontstaat oneerlijke concurrentie.

Koninklijk Horeca Nederland afdeling Venray laat dit voorkomen als een groot, vaak voorkomend probleem. Zij kunnen echter enkel het Theatercafé als voorbeeld geven. Vanaf

⁸⁶ Zie bijlage 5.

⁸⁷ NJB 2014/1755.

⁸⁸ *Kamerstukken II 2014/15, 34 003, nrs. 1-4.*

⁸⁹ *Kamerstukken II 2014/15, 34 003.*

juli tot en met november zijn er geen klachten meer ontvangen. Niet van Koninklijke Horeca Nederland afdeling Venray, horeca uitbaters of anderen.⁹⁰ Daarnaast heeft de Schouwborg ervoor gekozen een lening te verstrekken aan het Theatercafé en niet de gemeente Venray. De Schouwborg is geen overheidsbedrijf of economische activiteit van de gemeente Venray. De Wet Markt en Overheid is dan ook niet van toepassing op deze casus. Op dit punt wordt door Koninklijke Horeca Nederland dus onterecht een link gelegd met de Wet Markt en Overheid.

In hoeverre voldoet de gemeente Venray op dit moment aan de gedragsregels van de nieuwe Wet Markt en Overheid?

De gemeente Venray heeft voor de eerste gedragsregel van art. 25i Mw (de integrale kostprijberekening) een inventarisatie gemaakt van de economische activiteiten die vallen onder de Wet Markt en Overheid binnen de gemeente Venray.⁹¹ De vraag die hieruit voortvloeit, is of de gemeente Venray alle economische activiteiten heeft geïnventariseerd en benoemd. De ACM heeft een overzicht samengesteld met alle veel voorkomende economische activiteiten die gemeenten uitvoeren. Dit overzicht is bijgevoegd als bijlage 6. Hieruit blijkt dat de inventarisatie van economische activiteiten van de gemeente Venray compleet is. De onderdelen die niet genoemd zijn bij de inventarisatie zijn niet van toepassing binnen de gemeente Venray. Dit is gecontroleerd in de gemeentegids en nagevraagd bij ambtenaren die werkzaam zijn bij de gemeente Venray. De gemeente Venray heeft echter niet naar de tarieven gekeken die gehanteerd worden bij deze economische activiteiten. Ook heeft zij nog geen algemeen-belangvaststelling vastgesteld in een raadsbesluit. De gemeente Venray heeft haar werkprocessen of beleid niet gewijzigd ten aanzien van de overige gedragsregels.

De gemeente Venray maakt geen gebruik van de gegevens die zij ontvangt in kader van haar publieke taak. Een voorbeeld hiervan is het project “*Een schoon Venray*”. De gemeente Venray heeft niet zomaar alle gegevens van alle inwoners uit de gemeentebestanden gebruikt om inwoners aan te schrijven, maar heeft de inwoners de kans gegeven zichzelf in te schrijven via een website. Alleen als zij staan ingeschreven op de website, ontvangen zij deze nieuwsbrieven van de projectgroep “*Een schoon Venray*”. Dit is een van de vele voorbeelden waaruit blijkt dat de gemeente Venray geen gebruik maakt van de persoonsgegevens die zij op basis van haar bestuursbevoegdheid heeft verkregen. Zij gebruikt de persoonsgegevens enkel voor doeleinden waarvoor zij zijn verkregen. De gemeente Venray is zich er dan ook van bewust dat zij deze gegevens ook niet voor andere doeleinden mag gebruiken op basis van de Wet bescherming persoonsgegevens (hierna: Wbp).⁹² De gemeente Venray voldoet dus aan deze gedragsregel.

Het probleem met het Theatercafé de Artiest van de Schouwborg kan bij sommigen gezien worden als het in strijd handelen met de gedragsregel van het bevoordelingsverbod. Deze verwarring kan ontstaan omdat het Theatercafé de Artiest wordt bevoordeeld vergeleken met andere cafés.

Dit is echter niet het geval, omdat het Theatercafé en de Schouwborg geen overheidsbedrijven zijn. De Schouwborg ontvangt een subsidie; het ontvangen van een subsidie vormt geen onderdeel van de definitie van een overheidsbedrijf. Er is sprake van een overheidsbedrijf als één of meer overheden in staat zijn het beleid van de onderneming te bepalen. Dit is bij de Schouwborg niet van toepassing. De schouwborg bevoordeelt het theatercafé de Artiest vergeleken met andere cafés. De gemeente Venray doet dit dus niet. Er zijn verder geen voorbeelden te noemen dat de gemeente Venray niet zou voldoen aan de gedragsregel van het bevoordelingsverbod. Mede hierdoor kan ervanuit gegaan worden dat de gemeente Venray aan deze gedragsregel voldoet.

⁹⁰ www.wijlimburg.nl -> nieuwsoverzicht (laatst geraadpleegd op 24 december 2014).

⁹¹ Zie paragraaf 3.2.1.

⁹² Dit is onder andere terug te vinden in art. 9 Wet bescherming persoonsgegevens.

Wanneer gekeken wordt naar het voorbeeld van functiescheiding in paragraaf 2.3.1. bij de uitwerking van art. 25l Mw wordt eigenlijk direct gedacht aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Zo is dit in strijd met het beginsel van détournement de pouvoir. Damen omschrijft dit beginsel als volgt: *"Over het algemeen gaat het dan om gevallen waarin bewust misbruik is gemaakt van een toegekende bevoegdheid"*.⁹³ In beginsel lijkt het daarom niet meer dan logisch dat gemeenten aan de functiescheiding van art. 25l Mw voldoen. Bij de gemeente Venray zijn er dan ook geen problemen met deze gedragsregel bekend. Er kan dan ook geen voorbeeld gegeven worden waaruit blijkt dat de gemeente Venray niet voldoet aan deze gedragsregel. Hier zijn bovendien nooit klachten over binnengekomen bij de gemeente Venray.

Een actueel voorbeeld wat kan aantonen dat de gemeente Venray voldoet aan deze gedragsregel wordt hieronder geschetst. In het najaar van 2014 heeft de gemeenteraad ingestemd met de kap van 850 bomen. Dit levert de economische activiteit van het kappen van bomen op. Volgens de gedragsregel functiescheiding moet er een onderscheid zijn tussen de uitoefening van de bevoegdheid (het besluiten dat 850 bomen worden gekapt) en het verrichten van de economische activiteit (het daadwerkelijk kappen van de 850 bomen). Dit is het geval, want niet de gemeenteraad of een ander onderdeel van de gemeente gaat de bomen kappen maar een private onderneming. Het is uiteraard wel zo dat het college het besluit van de raad uitvoert. Het kappen van de bomen is via een aanbesteding bij deze private onderneming terecht gekomen. Het betreft hier de firma Van Weert Rondhout BV. Wanneer inwoners van de gemeente Venray iets met het hout willen doen, of willen kopen moeten zij ook bij deze firma zijn. De gemeente Venray heeft enkel gebruik gemaakt van haar bevoegdheid om de bomen te kappen. Het verrichten van de activiteiten, het kappen van de bomen, is uitbesteed aan een private onderneming. De gemeente Venray voldoet dus aan deze gedragsregel.

Al met al kan gezegd worden dat het basisbeginsel van de Wet Markt en Overheid, de integrale kostprijsberekening, de grootste zorg is voor de gemeente Venray. De overige gedragsregels worden voor het overgrote deel gewaarborgd door andere wetten en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Deze worden nageleefd door de gemeente Venray.

⁹³ Damen 2013, p. 404.

Hoofdstuk 4 De Wet Markt en Overheid in andere onderzochte gemeenten

In dit hoofdstuk is de implementatie van de Wet Markt en Overheid bekeken bij drie andere gemeenten dan de gemeente Venray. Te weten de gemeenten 's-Hertogenbosch, Tilburg en Uden.

Voor deze gemeenten is gekozen omdat zij diverse economische activiteiten verrichten die de gemeente Venray ook verricht. Daarnaast hebben deze gemeenten meer inwoners dan de gemeente Venray. De gemeente Venray heeft 43.251 inwoners. Er is voor grotere gemeenten gekozen, omdat op deze manier alle economische activiteiten die de gemeente Venray verricht, benoemd worden. Bij kleinere gemeenten zouden niet alle aspecten van de gemeente Venray aan bod kunnen komen.

4.1 De gemeente 's-Hertogenbosch

Het voorstel van het college van de gemeente 's-Hertogenbosch is van 25 augustus 2014. De raad heeft het voorstel behandeld in de raadsvergadering van 9 september 2014. Op 9 september is dan ook het raadsbesluit met betrekking tot de algemeen-belangvaststelling vastgesteld. Dit betekent dat de gemeente 's-Hertogenbosch te laat was. Zij heeft pas na 1 juli 2014 het raadsbesluit vastgesteld waardoor zij het risico heeft aanvaard om met de handhavingmogelijkheden van de ACM in aanraking te komen. Zij zijn hier echter niet mee in aanraking gekomen.

Om meer duidelijkheid te krijgen dan enkel het raadsbesluit en raadsvoorstel heeft er via de e-mail een interview plaatsgevonden met mevrouw Langens. Mevrouw Langens is bestuurlijk juridisch adviseur van de gemeente 's-Hertogenbosch. Zij komt in aanraking met de Wet Markt en Overheid bij de taken die zij verricht binnen de afdeling bestuursondersteuning. De gemeente 's-Hertogenbosch werkt via het sectormodel. Dit wil zeggen dat elke sector selfsupporting is. Iedere afdeling kijkt voor zich waar de nieuwe wet van toepassing is binnen hun afdeling, in dit geval de Wet Markt en Overheid. Mevrouw Langens heeft samen met een collega van de centrale financiële afdeling het proces met betrekking tot de implementatie van de Wet Markt en Overheid begeleid. Zij hebben ervoor gezorgd dat alle verstrekte gegevens van de verschillende afdelingen in één raadsvoorstel zijn gebundeld.

De gemeente 's-Hertogenbosch heeft verder niet gewerkt via een plan van aanpak of dergelijke. Er is enkel gekeken naar de handreiking van het ministerie van Economische zaken, Landbouw en Innovatie. Zij hebben niet iedere gedragsregel uit de Wet Markt en Overheid nader onderzocht.

Mevrouw Langens geeft aan dat het raadsbesluit te laat is vastgesteld door het zomerreces. Er zijn geen klachten ontvangen van private ondernemingen, niet door het te laat zijn van het raadsbesluit, maar ook niet over andere onderdelen met betrekking tot de mededinging. De gemeente 's-Hertogenbosch heeft in het verleden al eens vastgesteld welke economische activiteiten van de gemeente 's-Hertogenbosch worden uitgevoerd in het algemeen belang. Voor de Wet Markt en Overheid hoefde zij dus enkel dit besluit opnieuw te bevestigen. De gemeente 's-Hertogenbosch heeft de volgende activiteiten aangemerkt als economische activiteiten die worden uitgevoerd in het algemeen belang:

1. de uitgifte van gronden;
2. het bieden parkeergelegenheid op transferia;
3. het aanbieden van het gratis stallen van fietsen;
4. het tegen maatschappelijk tarief beschikbaar stellen - conform het Sportbesluit - van faciliteiten van Sportiom, Maaspoorthal en ander maatschappelijk vastgoed (gymzalen, sportzalen, sporthallen) (inclusief aanvullend dienstbetoon)

5. het tegen maatschappelijk tarief beschikbaar stellen - conform het Sportbesluit - van sportvelden, kantines/paviljoen, was- en kledacommodaties, (zwem)water e.d. ten behoeve van buitensport (inclusief aanvullend dienstbetoon);
6. de verhuur van bepaalde oevers en delen van (vis)water aan verenigingen;
7. informatie en advies geven op sociaal-juridisch gebied, sociaal-juridische dienstverlening (invullen formulieren, bezwaar en beroep, verwijzing, schrijven van brieven als intermediair voor de klant, bemiddeling) en signaleren van leemtes in wet- en regelgeving door Bureau Sociale Raadslieden;
8. het door het Theater aan de Parade aanbieden van voorstellingen onder de kostprijs; en
9. het om niet in bruikleen geven van de Bossche museale collectie aan het SM's.

De gemeente 's-Hertogenbosch heeft een uitgebreide belangenafweging gemaakt per economische activiteit die hierboven is genoemd. Deze belangenafweging is toegevoegd als bijlage 7. Het betreft een uitgebreide belangenafweging. Het interview met mevrouw Langens is toegevoegd in bijlage 8.

De gemeente 's-Hertogenbosch is van mening dat zij momenteel voldoet aan de Wet Markt en Overheid. Zij zou niets veranderen aan de manier van implementeren van de Wet Markt en Overheid, dan hoe zij het op dit moment heeft gedaan.

4.2 De gemeente Tilburg

Het voorstel van het college van de gemeente Tilburg is van 11 december 2013. De raad heeft het voorstel behandeld in de raadsvergadering van 13 januari 2014. Op 13 januari 2014 is dan ook het raadsbesluit met betrekking tot de algemeen-belangvaststelling vastgesteld. De gemeente Tilburg was dus op tijd. Hierdoor heeft zij niet het risico gelopen om op dit punt geconfronteerd te worden met de handhavende bevoegdheid van de ACM. De gemeente Tilburg wordt in diverse nieuwsberichten als voorbeeld gemeente genoemd met betrekking tot de implementatie van de Wet Markt en Overheid.⁹⁴ Dit is een van de redenen waarom de gemeente Tilburg als vergelijking is gekozen in dit onderzoek. Om meer duidelijkheid te verkrijgen dan enkel het raadsbesluit en het raadsvoorstel, heeft er een interview plaatsgevonden in het gemeentehuis van de gemeente Tilburg met de heer De Gier. Zijn functie is juridisch medewerker bij de gemeente Tilburg. De heer De Gier heeft samen met de financiële afdeling gezorgd voor de implementatie van de Wet Markt en Overheid binnen de gemeente Tilburg.

De gemeente Tilburg heeft niet via een plan van aanpak of de handreiking van het ministerie van Economische Zaken en Innovatie gewerkt. Op het moment dat de gemeente begon met de implementatie van de Wet Markt en Overheid was de handreiking volgens de heer De Gier nog niet gepubliceerd of in ieder geval niet bekend bij de gemeente Tilburg.

Als eerste heeft de gemeente Tilburg een inventarisatie gemaakt van de economische activiteiten die binnen de gemeente Tilburg plaatsvinden. Vervolgens is gekeken bij welke van deze economische activiteiten de integrale kostprijs is berekend. Volgens de heer De Gier was dit natte vingerwerk. Hij geeft hierbij aan dat de gemeente Tilburg voor een 7- is gegaan met betrekking tot de implementatie van de Wet Markt en Overheid in plaats van een 10.

De persoonlijke mening van de heer De Gier is hierbij dat de Wet Markt en Overheid net zoals de Wbp veel werk op papier is, maar er in de praktijk weinig mee gebeurt. Om die reden heeft de gemeente Tilburg gekozen om voor een 7- te gaan. Dit verklaart waarom de gemeente Tilburg gekozen heeft voor natte vingerwerk met betrekking tot het bekijken van

⁹⁴ www.binnenlandsbestuur.nl -> zoeken op ACM: Maak werk van wet Markt en Overheid (laatst geraadpleegd op 17 november 2014).

de integrale kosten. Een marktonderzoek was wellicht beter geweest, maar dit zou teveel werk zijn in verhouding met het resultaat, de uitoefening in de praktijk.

Voor de economische activiteiten waarvoor niet de integrale kostprijs is berekend, heeft hij voorgesteld deze als algemeen-belang vast te stellen. De volgende economische activiteiten zijn in de gemeente Tilburg aangemerkt als economische activiteiten in het algemeen-belang:

11. exploitatie parkeergarages Stappegoor en Pieter Vreedeplein;
12. exploitatie fietsenstalling;
13. exploitatie sportaccommodaties;
14. verhuur maatschappelijk vastgoed;
15. verhuur vastgoed om kraken te voorkomen;
16. exploitatie koepelhal.

Bij de algemeen-belangvaststelling is dus geen uitgebreid marktonderzoek of dergelijke geweest. De economische activiteiten waarvoor niet de integrale kostprijs werd berekend, zijn aangemerkt als algemeen belang.

Naar aanleiding van deze algemeen-belangvaststelling is de vraag gerezen of deze aanduidingen wel voldoende specifiek zijn. Wat valt er bijvoorbeeld onder de exploitatie sportaccommodaties? Volgens de heer De Gier moeten deze algemeen-belangvaststellingen zo breed mogelijk gelezen worden. Onder exploitatie van sportaccommodaties valt onder andere de verhuur van het pand, de exploitatie van de sportaccommodaties en de exploitatie van de sportkantine. Volgens de heer De Gier brengt dit geen nadelige gevolgen met zich mee, omdat op dit punt niet gehandhaafd wordt door de ACM. Economische activiteiten die worden aangemerkt als algemeen belang vallen buiten de gedragsregels van de Wet Markt en Overheid, en dus ook buiten de handhaving. Het enige punt waar dit gevolgen kon hebben was bij de procedure tot vaststelling, bij bezwaar en beroep. Hier is echter geen gebruik van gemaakt. Er is geen enkel bezwaar binnengekomen tegen het raadsbesluit van de gemeente Tilburg. De heer De Gier maakt hierbij nog de opmerking dat de Memorie van Toelichting doet vermoeden dat de gemeente gebruik moet maken van een uniforme openbare voorbereidingsprocedure van de afdeling 3.4 Awb. Dit is echter niet het geval volgens de heer De Gier. De gemeente Tilburg heeft dit dan ook niet gedaan, simpelweg vanwege het feit dat niet iedereen te maken heeft met de Wet Markt en Overheid. In de Wet Markt en Overheid staat enkel dat de gemeenteraad bevoegd is tot algemeen-belangvaststelling. Daar staat niet dat dit moet gebeuren via de uniforme openbare voorbereidingsprocedure.⁹⁵ Ook de handreiking van het ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie geeft aan dat een openbare voorbereidingsprocedure gewenst is. Hij geeft echter niet aan dat dit verplicht is.⁹⁶ Op dit punt heeft meneer de Gier dus gelijk.

Bij de andere gedragsregels heeft de gemeente Tilburg wel stilgestaan, maar zij hebben hiervoor verder geen wijzigingen doorgevoerd in hun beleid of regelgeving of werkprocessen. Onder de andere gedragsregels wordt verstaan: het bevoordelingsverbod, gegevensgebruik en de functiescheiding. De heer De Gier heeft enkele voorbeelden geschetst die aangeven dat de gemeente Tilburg aan deze gedragsregels voldoet. Zo regelt de gemeente zelf de kermis. Maar niet dezelfde mensen die belast zijn met het regelen van de kermis zien hier op toe. De gemeente Tilburg zorgt ervoor dat dit geheel andere personen zijn.

Een ander voorbeeld waarmee de gemeente kan aantonen dat zij voldoet aan de Wet Markt en Overheid is de BAT. Dit is een BV van de gemeente Tilburg. De BAT zorgt voor het ophalen van afval. Zij doen dit voor de gemeentelijke taak, het ophalen van huisafval, maar ook op commercieel gebied. Zij halen bijvoorbeeld ook het afval op van private ondernemingen. Er wordt echter op toegezien dat de BAT geen middelen die zij ter beschikking krijgt vanuit de publiekrechtelijke taak van de gemeente gebruikt op de commerciële markt. Dit om concurrentievervalsing tegen te gaan.

⁹⁵ Art. 25h lid 6 Mw. De uov is geregeld in titel 3:4 van de Awb.

⁹⁶ Verhagen 2012, p. 2.

Volgens de heer De Gier voldoet de gemeente Tilburg op dit moment aan de Wet Markt en Overheid. Indien de wet opnieuw geïmplementeerd zou moeten worden in de gemeente Tilburg zou hij het niet anders doen. De uitwerking van het interview met de heer De Gier is bijgevoegd als bijlage 9.

4.3 De gemeente Uden

Het voorstel van burgemeester en wethouders van de gemeente Uden is van 27 mei 2014. De raad heeft het voorstel behandeld in de raadsvergadering van 3 juli 2014. Op 3 juli 2014 is dan ook het raadsbesluit met betrekking tot de algemeen-belangvaststelling vastgesteld. De gemeente Uden was dus niet op tijd. Hierdoor heeft zij het risico genomen om geconfronteerd te worden met de handhavende bevoegdheid van de ACM. Dit risico was echter klein omdat de gemeente Uden maar twee dagen te laat was.

Om meer duidelijkheid te verkrijgen over de implementatie van de Wet Markt en Overheid binnen de gemeente Uden heeft er een interview plaatsgevonden in het gemeentehuis van de gemeente Uden. Het interview is afgenomen bij mevrouw Schampers. Zij is juridisch adviseur bij de gemeente Uden. Zij heeft een deel van het raadsvoorstel geschreven. In de gemeente Uden is er geen gebruik gemaakt van een plan van aanpak of iets dergelijks. Of de gemeente Uden gebruik heeft gemaakt van de handreiking van het ministerie van Economische Zaken, Landbouw, en Innovatie kan mevrouw Schampers niet zeggen. Bij de gemeente Uden heeft de afdeling juridische control toezicht op de implementatie van nieuwe wetten. Dus ook de implementatie van de Wet markt en Overheid. Deze afdeling stuurt de overige afdelingen aan. Deze afdeling heeft dan ook naar verschillende afdelingen opdrachten uitgezet. De opdracht bestond onder andere uit het bekijken of er op de betreffende afdeling economische activiteiten werden verricht en of deze in aanmerking komen voor de algemeen-belangvaststelling van art. 25h lid 5 Mw.

De gemeente Uden heeft de volgende activiteiten aangemerkt als algemeen belang:

1. verhuur of anderszins in gebruik geven van maatschappelijk vastgoed, zijnde buitensportaccommodaties;
2. verhuur of anderszins in gebruik geven van en exploitatie van zwembad Pastoor van Spieringsstraat;
3. verhuur of anderszins in gebruik geven van overig maatschappelijk vastgoed (gebouwen);
4. exploitatie van gemeentelijke maatschappelijke accommodaties op ontmoetingspleinen;
5. exploitatie van overig gemeentelijke maatschappelijke vastgoed (ruimtes in gebouwen);
6. tijdelijk beheer van leegstaand vastgoed;
7. het aanbieden van de dienst van het beheer van lopende leningen;
8. het inzamelen van oud papier in het centrum;
9. exploitatie fietsenstalling in het centrum;
10. veiligheidswerkzaamheden bij evenementen;
11. exploitatie parkeergarages.

De gemeente Uden heeft bij het berekenen van de integrale kostprijs voor de overige economische activiteiten gebruik gemaakt van het Besluit Markt en Overheid. De gemeente Uden heeft nog nooit, niet voor en niet na de inwerkingtreding van de Wet Markt en Overheid, klachten ontvangen over de gehanteerde prijzen bij economische activiteiten.

De gemeente Uden heeft in het raadsvoorstel het volgende staan met betrekking tot de vaststelling van het raadsbesluit: *"De raad geeft met de verordening, algemene regels voor de activiteiten van algemeen belang. Het college voert deze activiteiten uit op basis van bestaande besluiten en handelingen, inclusief Raadsbeleid. In zoverre bevestigt de Raad met de vaststelling van deze verordening de bestaande beleidspraktijk en de voorzetting*

hiervan. (...) Tegen de verordening staat geen bezwaar en beroep open. (...) En stelt uw raad in een concrete zaak vast dat de economische activiteiten noodzakelijk plaatsvinden omwille van het algemeen belang, dan staat daartegen gewoon ‘bezwaar en beroep’ open.”

Dus kort samengevat staat tegen de verordening waarin het raadsbesluit is gegoten geen bezwaar en beroep open. Alleen indien de gemeenteraad een algemeen belang vaststelt voor een concreet uitgewerkte zaak of situatie staat bezwaar en beroep open. Deze redenering sluit niet aan bij de uitwerking van het algemeen belang in paragraaf 2.4.1. Daarin wordt aangegeven dat er bezwaar en beroep openstaat tegen een raadsbesluit, ook als deze in een verordening is gegoten. Tegen een verordening staat normaliter geen bezwaar en beroep open. Dit blijkt uit art. 8:2 Awb. Aan mevrouw Schampers is gevraagd waarom de gemeente Uden hiervoor gekozen heeft en of dit juridisch gezien wel houdbaar is. Mevrouw Schampers vertelde dat zij niet heeft bijgedragen aan deze keuze, en er dus ook het fijne niet van weet.

Allereerst kan vastgesteld worden dat het een besluit betreft. Vervolgens rijst de vraag of het een appellabel besluit betreft. Dit betekent dat er bezwaar en beroep openstaat tegen het besluit. Art. 8:3 Awb geeft aan dat er geen bezwaar en beroep openstaat tegen een algemeen verbindend voorschrift. Een verordening is een algemeen verbindend voorschrift.⁹⁷ In de uitwerking in paragraaf 2.4.1. wordt ervan uitgegaan dat deze verordening, met betrekking tot de Wet Markt en Overheid, een concretiserend besluit van algemene strekking is. Dit is een uitgangspunt wat door velen gewenst is omdat tegen een concretiserend besluit van algemene strekking beroep openstaat bij de bestuursrechter.⁹⁸

Volgens Schlössels is er slechts sprake van een concretiserend besluit als een besluit de werking van een algemeen verbindend voorschrift toespitst naar tijd en/of plaats, zonder zelf te voorzien in een normstelling.⁹⁹ Hiervan is geen sprake in de verordening van de gemeente Uden. De gemeente Uden geeft zelf aan in haar verordening dat wanneer zij een concrete activiteit vaststelt als economische activiteit die plaatsvindt in verband met het algemeen belang, daar gewoon bezwaar en beroep tegen openstaat.

De mening van Mr. E.A. van de Kuilen en mr. D. van Tilborg – die in paragraaf 2.4.1. gevolgd is - wordt niet in de memorie van toelichting, de Wet Markt en Overheid of de handreiking gedeeld.¹⁰⁰ In de memorie van antwoord van antwoord wordt zelfs het volgende aangegeven: *“Een ondernemer kan daarnaast in de regel tegen een besluit van een overheid waarin is vastgesteld dat een economische activiteit of een bevoordeling van een overheidsbedrijf plaatsvindt in het algemeen belang opkomen indien dat besluit geen AVV inhoudt.”*¹⁰¹

Op basis hiervan kan geconcludeerd worden dat de gemeente Uden de mogelijkheid van bezwaar en beroep kan uitsluiten door het raadsbesluit in een verordening te gieten. Dit is ook niet in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De private ondernemer heeft nog diverse andere mogelijkheden om in dit geval de gemeente Uden aan te spreken. De private ondernemer kan zich onder andere wenden tot de ACM en de civiele rechter. De rechter zal in het bijzonder toetsen of de uitzondering in het algemeen belang is opgenomen in een raadsbesluit en of dit raadsbesluit is vastgesteld. De rechter zal zich terughoudend

⁹⁷ Tekst & Commentaar Gemeentewet Provinciewet, Competentie provinciale bevoegdheden bij: Provinciewet, Artikel 143.

⁹⁸ Gemeentestem, Gst. 2011/70, paragraaf 4.1.2.

⁹⁹ Schlössels 2012, P. 762.

¹⁰⁰ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 354, nr. 3.

¹⁰¹ Memorie van antwoord, *Kamerstukken I* 2009/10, 31 354, C, p. 1.

opstellen omdat het aan de gemeente is om te bepalen wat het algemeen belang omvat.¹⁰² Dit om de beleidsvrijheid van de gemeente te waarborgen.

In het interview is aan mevrouw Schampers gevraagd of de gemeente Uden ook aanpassingen heeft verricht in het beleid of de werkprocessen om te voldoen aan de overige gedragsregels. Mevrouw Schampers heeft hierop aangegeven dat de gemeente Uden hiervoor niks heeft aangepast of veranderd. Aan de gedragsregels werd al voldaan. Zo is het gebruik maken van persoonsgegevens die voor een ander doel worden gebruikt dan waarvoor zij verkregen zijn sowieso al verboden. Ook met betrekking tot de functiescheiding zijn er duidelijke grenzen bij de gemeente Uden. De ambtenaren die vergunningen verlenen zijn niet dezelfde ambtenaren die daarbij handhavend optreden. Mevrouw Schampers deelt sowieso de mening van de heer de Gier, van de gemeente Tilburg, dat de Wet Markt en Overheid veel werk op papier is en in de praktijk weinig tot niet zal worden gebruikt. Ook om die reden is er niet teveel stilgestaan bij alle gedragsregels.

Mevrouw Schampers ziet geen aanleiding om de Wet Markt en Overheid te koppelen aan het wetsvoorstel. Ten eerste omdat er geen samenhang is en ten tweede de gemeente dan veel te laat is met het vaststellen van het raasbesluit.

Volgens mevrouw Schampers voldoet de gemeente Uden aan de Wet markt en Overheid. Als deze wet opnieuw geïmplementeerd zou moeten worden zou zij dit op dezelfde manier aanpakken.

Het uitgewerkte interview met mevrouw Schampers is bijgevoegd als bijlage 10.

4.4 De overige onderzochte gemeenten

Zoals in de voorgaande paragrafen te lezen is, verschillen de onderzochte gemeenten op twee punten. Ten eerste welke economische activiteiten zij in het algemeen belang achten en ten tweede de manier van het vaststellen van het raadsbesluit. In bijlage 11 is een tabel opgenomen waarop duidelijk de verschillende economische activiteiten te zien zijn die de onderzochte gemeenten als algemeen belang hebben vastgesteld. Daarin valt op dat de gemeente Venray het grootste aantal economische activiteiten wil vaststellen als algemeen belang. Dit is opvallend, omdat de gemeente Venray de kleinste onderzochte gemeente is.

¹⁰² Memorie van antwoord, *Kamerstukken I* 2009/10, 31 354, C, p. 1.

Hoofdstuk 5 De conclusies

Aan de hand van de voorgaande hoofdstukken kunnen diverse conclusies worden getrokken. Ten eerste moet geconcludeerd worden of de gemeente Venray voldoet aan de Wet Markt en Overheid. Indien geconcludeerd wordt dat de gemeente Venray niet voldoet aan de Wet Markt en Overheid moet gekeken worden of het plan van aanpak voldoende handvatten biedt aan de gemeente Venray om aan de Wet markt en Overheid te voldoen. Ook moet geconcludeerd worden of het raadsvoorstel alle economische activiteiten benoemt die zij behoort te benoemen. Daarnaast moet geconcludeerd worden of zij door middel van een deugdelijke belangenafweging tot stand zijn gekomen. Aan de hand van deze conclusies kunnen in het volgende hoofdstuk aanbevelingen aangereikt worden aan de gemeente Venray.

5.1 Voldoet de gemeente Venray aan de Wet Markt en Overheid?

Om duidelijkheid te verkrijgen of de gemeente Venray voldoet aan de Wet Markt en Overheid is het lokaal beleid van de gemeente Venray getoetst aan de wet Markt en Overheid.

In paragraaf 2.3.1 staan de artikelen uit hoofdstuk 4b Mw beschreven. De artikelen 25i tot en met 25l bevatten de vier gedragsregels. Dit zijn de hoofdlijnen van de Wet Markt en Overheid. In paragraaf 3.4 zijn deze gedragsregels voor de gemeente Venray uitgewerkt. Op basis hiervan kan geconcludeerd worden dat de gemeente Venray niet voldoet aan de eerste gedragsregel van de Wet Markt en Overheid. De eerste gedragsregel wordt ook wel het basisbeginsel van de Wet Markt en Overheid genoemd.¹⁰³ De gemeente Venray voldoet niet aan deze gedragsregel omdat zij niet de integrale kostprijs heeft berekend voor haar economische activiteiten.

Vervolgens kan op basis van hoofdstuk 3 geconcludeerd worden dat de gemeente Venray geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om bepaalde economische activiteiten uit te zonderen van het basisbeginsel. Deze mogelijkheid biedt art. 25h lid 5 Mw:

“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.”

Om gebruik te kunnen maken van deze uitzondering heeft de afdeling Openbare ruimte van de gemeente Venray een adviesnota aan het college geschreven.¹⁰⁴ Daarin heeft de afdeling aangegeven welke economische activiteiten geschikt zijn om aan te wijzen als algemeen belang. Het voorstel is intern besproken, maar nog niet voorgelegd aan de gemeenteraad. Dit wil zeggen dat ten tijde van het schrijven van de scriptie geen enkele economische activiteit in de gemeente Venray is vastgesteld als algemeen belang. Dit betekent dat het basisbeginsel op alle economische activiteiten binnen de gemeente Venray van toepassing is. Dit bevestigt de conclusie dat de gemeente Venray niet voldoet aan het basisbeginsel geformuleerd in art. 25i Mw.

De gemeente Venray heeft in haar beleid geen aanpassingen verricht om aan de overige gedragsregels van de Wet Markt en Overheid te voldoen. Ondanks dat zij haar beleid niet heeft aangepast, voldoet zij wel aan deze gedragsregels.¹⁰⁵ Deze conclusie is gebaseerd op paragraaf 3.4. In deze paragraaf is uitgewerkt waarom de gemeente Venray aan de overige gedragsregels voldoet. Ook de andere onderzochte gemeenten hebben hun beleid niet aangepast met betrekking tot de overige gedragsregels. Ook zij voldeden al aan de gedragsregels van de artt. 25j tot en met 25l Mw.

¹⁰³ Art. 25i Wet Markt en Overheid.

¹⁰⁴ Bijlage 5.

¹⁰⁵ De gedragsregels van art. 25j tot en met 25l Mw.

Nu het duidelijk is dat de gemeente Venray niet voldoet aan de Wet Markt en Overheid, moet gekeken worden of het plan van aanpak van de gemeente Venray wel toereikend is. Met andere woorden, zorgt het plan van aanpak voor een juiste implementatie van de Wet Markt en Overheid?

In paragraaf 3.2 is ingegaan op het plan van aanpak. Hier is terug te vinden dat de gemeente Venray de handreiking van het ministerie van Economische Zaken en Innovatie als uitgangspunt neemt bij de implementatie van de Wet Markt en Overheid. In de praktijk van de gemeente Venray blijkt dit echter anders te liggen. Ten eerste heeft zij niet alle stappen doorlopen die de handreiking van het ministerie van Economische Zaken en Innovatie heeft opgesteld. Zij zijn niet verder gekomen dan stap zes van de tien.

Daarnaast volgt de gemeente Venray de handreiking van het ministerie van Economische Zaken en Innovatie ook niet op het punt met betrekking tot het wetsvoorstel. De gemeente Venray wil de Wet Markt en Overheid en het wetsvoorstel tegelijkertijd implementeren. Dit komt naar voren in het plan van aanpak van de gemeente Venray. Ook hier volgt de gemeente Venray niet de handreiking van het ministerie van Economische Zaken en Innovatie. In de handreiking wordt het wetsvoorstel niet genoemd.

Het idee om de handreiking van het ministerie van Economische Zaken en Innovatie als uitgangspunt te nemen is toereikend voor een goede implementatie van de Wet Markt en Overheid. Nu het plan van aanpak niet op die manier tot uitwerking komt, is het plan van aanpak in de praktijk niet toereikend voor een goede implementatie van de Wet Markt en Overheid.

Het idee om op het wetsvoorstel te wachten met de integrale kostprijsberekening maakt het plan van aanpak nog ontoereikender. Er is namelijk geen verband tussen de Wet Markt en Overheid en het wetsvoorstel met betrekking tot de integrale kostprijsberekening. Er is enkel een verband tussen de Wet Markt en Overheid en het wetsvoorstel met betrekking tot het doel, een gelijk speelveld creëren.

Op basis van het bovenstaande kan geconcludeerd dat de gemeente Venray niet voldoet aan de Wet Markt en Overheid. Zij voldoet aan de gedragsregels geformuleerd in art. 25j tot en met 25l Mw maar niet aan het basisbeginsel geformuleerd in art. 25i Mw. Ook heeft zij geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid die art. 25h lid 5 Mw biedt. Daarnaast kan geconcludeerd worden dat het plan van aanpak van de gemeente Venray in de praktijk niet toereikend is voor een goede implementatie van de Wet Markt en Overheid.

5.2 De algemeen-belangvaststelling

Zoals in de vorige paragraaf aangegeven, heeft de gemeente Venray nog geen gebruik gemaakt van de uitzonderingsmogelijkheid die art. 25h lid 5 Mw biedt. De gemeente Venray is hier echter wel mee bezig; zij hebben het intern besproken. Het voorstel is echter nog niet voorgelegd aan de gemeenteraad om die reden is er dan ook nog geen raadsbesluit vastgesteld. Hieronder worden enkele conclusies weergegeven naar aanleiding van het voorstel van de afdeling Openbare ruimte.

In paragraaf 3.2.1. zijn de economische activiteiten van de gemeente Venray opgesomd. Vervolgens is in paragraaf 3.2.2. uitgewerkt welke economische activiteiten de gemeente Venray wil aanwijzen als algemeen belang, het voorstel. Het is van belang om te weten of er per economische activiteit een deugdelijke belangenafweging heeft plaatsgevonden. Dit is de gemeente verplicht ten aanzien van de Mw en de Awb. In paragraaf 3.2.3. is deze toets uitgewerkt. Daar is de motivering van de gemeente Venray naast de eisen van de DEAB gelegd.¹⁰⁶ Op basis van deze uitwerking kan geconcludeerd worden dat de gemeente Venray

¹⁰⁶ Deze eisen zijn opgesomd in paragraaf 2.4.1.

teveel economische activiteiten wil aanwijzen als economische activiteiten in het algemeen belang. Dit is bijvoorbeeld het geval bij het beheer van openbare ruimte bij evenementen en het beheer van de gemeentebossen en natuurgebieden. Deze twee activiteiten worden ook wel typische overheidstaken genoemd. Dit betekent dat zij sowieso al zijn uitgezonderd van de Wet Markt en Overheid.¹⁰⁷

Daarnaast is de motivering ook niet bij alle punten duidelijk. Zo is het niet duidelijk of de gemeente Venray haar gemeentebossen en natuurgebieden verhuurt of exploiteert of dat het alleen het onderhoud betreft. Omdat het niet duidelijk is of en waarom deze worden verhuurd of geëxploiteerd, kan er ook geen deugdelijke toets plaatsvinden. Het is onduidelijk waarom dit, als het gebeurt, in het algemeen belang plaatsvindt.

Ook de motivering bij het ter beschikking stellen van gratis Wifi in het centrum van Venray is niet geheel duidelijk. Vervolgens blijkt op basis van paragraaf 3.2.3 dat de motivering bij de economische activiteit verkoop van gronden en gemeentelijke panden onvoldoende duidelijk is, gezien de eisen.¹⁰⁸ De huidige motivering neigt naar onnodig nadeel voor andere belanghebbenden. De gemeente Venray dient zo uitgebreid mogelijk te zijn bij haar belangenafweging, zodat er geen vraagtekens ontstaan. Dit is belangrijk omdat hierop getoetst wordt als er juridische stappen tegen de gemeente worden ondernomen.

Vervolgens moet worden vastgesteld of dit alle economische activiteiten van de gemeente Venray zijn, die als algemeen belang vastgesteld moeten worden. Deze conclusie wordt getrokken aan de hand van het vergelijkend onderzoek. Gekeken is welke economische activiteiten de andere onderzochte gemeenten hebben toegevoegd aan hun algemeenbelangvaststelling, en die de gemeente Venray niet heeft opgenomen.

De andere onderzochte gemeenten hebben de volgende economische activiteiten ook nog uitgezonderd in een raadsbesluit:

- verhuur van bepaalde oevers en delen van viswater;
- informatie geven op sociaal juridisch gebied;
- het door het theater aanbieden van voorstellingen onder de kostprijs;
- het in bruikleen geven van museale collectie;
- exploitatie hallen;
- het aanbieden van diensten van beheer van lopende leningen;
- het verzamelen van oud papier in het centrum.

De gemeente Venray geeft geen sociaal juridisch advies, heeft geen theater dat voorstellingen aanbiedt onder de kostprijs, heeft geen museale collectie, heeft geen koepelhal en biedt ook geen dienst van beheer van lopende leningen. Onder sociaal juridisch advies wordt verstaan het gratis aanbieden van juridische hulp.¹⁰⁹

De twee economische activiteiten die nader bestudeerd moeten worden, zijn de verhuur van oevers en delen van viswater en het verzamelen van oud papier in het centrum.

De gemeente 's-Hertogenbosch heeft de verhuur van bepaalde oevers en delen van (vis)water vastgesteld als algemeen belang. Wanneer gekeken wordt naar haar belangenafweging, is dit vooral gericht op sport. In de belangenafweging is het volgende opgenomen: *“De gemeente 's-Hertogenbosch hecht veel waarde aan een gezonde en vitale samenleving en dat vraagt om actieve en gezonde inwoners. In dat kader investeert de gemeente 's-Hertogenbosch zelf of door middel van een overheidsbedrijf in het realiseren, beheren en exploiteren van sportieve voorzieningen en activiteiten die de (geestelijke) gezondheid van burgers kunnen helpen verbeteren”*¹¹⁰

¹⁰⁷ Zie paragraaf 1.1.1.

¹⁰⁸ De eisen die uiteengezet zijn in paragraaf 2.4.1.

¹⁰⁹ www.s-hertogenbosch.nl -> digitaal loket -> producten -> bureau-sociaal-raadsliden (laatst geraadpleegd op 8 januari 2015)

¹¹⁰ Zie bijlage 7.

Volgens Van Dale is een accommodatie een aangebrachte voorziening. Dat de verhuur van oevers en (vis)water onder sportaccommodatie valt, blijkt ook nog eens uit een uitspraak van de Hoge Raad.¹¹¹ In dit geval ging het om de Nijmeegse Vierdaagse. De vraag die in deze casus speelde, was of de wandelroute van de Vierdaagse een sportaccommodatie is. De Hoge Raad gaf in deze uitspraak een bredere uitleg aan het begrip sportaccommodatie. Ten eerste kan uit het arrest afgeleid worden dat ook accommodaties die slechts tijdelijk voor sportbeoefening zijn ingericht als sportaccommodaties kunnen worden aangemerkt. Ten tweede, en in dit opzicht het belangrijkste, wordt ook aangegeven dat buitensport onder sportaccommodaties valt.

Het is voor de gemeente Venray dus niet nodig om deze apart op te nemen in de algemeen-belangvaststelling omdat deze valt onder verhuur, uitgifte in erfpacht en exploitatie van de sportaccommodaties.

Het inzamelen van oud papier is vastgesteld in het raadsbesluit van de gemeente Uden. In het interview met mevrouw Schampers en de bijlage bij het raadsbesluit komt duidelijk naar voren dat het hier bedrijfsafval betreft.¹¹² De gemeente Venray haalt geen papier op bij ondernemingen. Deze economische activiteit hoeft dus niet als algemeen belang vastgesteld te worden bij de gemeente Venray.

Op basis van het bovenstaande kan geconcludeerd worden dat het raadsvoorstel van de gemeente Venray compleet is. Dit is zelfs overcompleet omdat de gemeente Venray ook typische overheidstaken wil vaststellen als economische activiteiten in het algemeen belang. Daarnaast verdient het wel aandacht dat niet alle motiveringen in het raadsvoorstel voldoen aan de eisen genoemd in paragraaf 2.4.1.

De meeste conclusies in deze paragraaf zijn abstract. Dit wil zeggen dat er niet perse een goed of fout is. Dit is ook een van de redenen dat de rechter zich terughoudend opstelt ten aanzien van de beoordeling of een economische activiteit wel of niet als algemeen belang vastgesteld dient te worden.¹¹³ Toch kan dit de gemeente Venray handvatten reiken. Het is nu duidelijk of zij op de juiste manier tot algemeen-belangvaststelling komt. De uiteindelijke conclusie om iets wel of niet aan te merken als algemeen belang kan een punt van discussie blijven omdat dit op verschillende manieren beredeneerd en gemotiveerd kan worden.

5.3 Hoe doen andere gemeenten dit?

Het grote verschil tussen de gemeente Venray en de andere onderzochte gemeenten is dat alleen de gemeente Venray niet voldoet aan de Wet Markt en Overheid. Daarnaast kan geconcludeerd worden dat de gemeente Venray meer dan andere economische activiteiten wil aanmerken als algemeen belang. De gemeente Tilburg wijst de minste economische activiteiten aan als algemeen-belang. Een reden hiervoor kan zijn dat de gemeente Tilburg eerst heeft gekeken voor welke economische activiteiten de integrale kostprijs niet is berekend. Daar bleken er zes niet aan te voldoen. Om die reden zijn die zes economische activiteiten als algemeen belang vastgesteld.

Daarnaast zijn er verschillen in de besluitvorming. Zo geeft de gemeente Tilburg aan dat de uniforme openbare voorbereidingsprocedure niet gevolgd hoeft te worden. De gemeente Uden gaat zelfs nog een stap verder door het raadsbesluit met betrekking tot de algemeen-belangvaststelling in een verordening te gieten, waardoor er geen bezwaar en beroep openstaat bij de bestuursrechter. De private ondernemer heeft nog diverse andere mogelijkheden om in dit geval de gemeente Uden aan te spreken.

¹¹¹ HR 10 augustus 2008, ECLI:NL:PHR:2007:AZ3758.

¹¹² Zie bijlage 10 en het gemeentebblad 2014 nr 47743 24 augustus 2014.

¹¹³ Zie paragraaf 4.3.

De private ondernemer kan zich onder andere wenden tot de ACM en de civiele rechter.

De gemeenten Tilburg en Uden hebben ervoor gekozen de Wet Markt en Overheid minimaal te implementeren in hun gemeente. Zoals de heer de Gier zegt: *“Wij zijn voor de 7- gegaan in plaats van de 10. De Wet Markt en Overheid vergelijk ik met de WBP. Veel papierwerk en weinig effect in de praktijk”*. Mevrouw Schampers van de gemeente Uden deelt deze mening. De gemeenten voldoen dus aan de Wet Markt en Overheid maar hebben dit gedaan door enkel de noodzakelijke aanpassingen te verrichten. Zij hebben bijvoorbeeld geen marktonderzoek of dergelijke gedaan, maar dit verplicht de wetgever ook niet. Zij voldoen verder aan alle vier de gedragsregels van de Wet Markt en Overheid.¹¹⁴

¹¹⁴ Zie Paragraaf 4.2 en paragraaf 4.3.

Hoofdstuk 6 De aanbevelingen

In dit hoofdstuk worden aanbevelingen gedaan ter bestrijding van de concurrentievervalsing door economische activiteiten van de lokale overheid. Deze aanbevelingen zijn tot stand gekomen door het beleid van de gemeente Venray te toetsen aan de juridische eisen van de Wet Markt en Overheid. Om volledige aanbevelingen te doen, heeft er een vergelijkend onderzoek plaatsgevonden. In het vergelijkend onderzoek is het beleid van andere gemeenten bekeken. Te weten de gemeenten 's-Hertogenbosch, Tilburg en Uden.

Deze aanbevelingen vormen het antwoord op de centrale vraag:

“Welke aanbevelingen ter bestrijding van concurrentievervalsing door economische activiteiten van de lokale overheid kunnen worden afgeleid uit toetsing van het beleid van de gemeente Venray aan de juridische eisen die de Wet Markt en Overheid stelt en aan het beleid van andere gemeenten?”

De eerste conclusie in het voorgaande hoofdstuk geeft aan dat de gemeente Venray niet voldoet aan de Wet Markt en Overheid. Ook is daarbij duidelijk geworden dat het plan van aanpak van de gemeente Venray niet voldoende handvatten aanreikt om te voldoen aan de Wet Markt en Overheid, hoofdstuk 4b Mw. Om die reden is het de gemeente Venray af te raden om het plan van aanpak ongewijzigd uit te voeren. Dit omdat zij daarin aangeeft dat zij aansluiting zoekt bij het wetsvoorstel modernisering vennootschapsbelasting voor overheidsondernemingen. Dit is om twee redenen af te raden. Ten eerste, omdat het wetsvoorstel geen verband heeft met de Wet Markt en Overheid en ten tweede, omdat de gemeente Venray dan nog later is met de implementatie van de Wet Markt en Overheid. Het is de gemeente Venray aan te bevelen het plan van aanpak naast zich neer te leggen en te focussen op de handreiking van het ministerie van Economische Zaken en Innovatie. De gemeente Venray is bij stap 7 blijven steken. Stap 7 luidt: *“Is vastgesteld dat de economische activiteit plaatsvindt in het algemeen belang?”*¹¹⁵ Het is de gemeente Venray aan te bevelen op korte termijn een raadsbesluit met daarin de economische activiteiten die in het algemeen belang verricht worden, vast te stellen.

Er kunnen geen concrete aanbevelingen gegeven worden ten aanzien van de inhoud van deze algemeen-belangvaststelling. Dit omdat dit een abstracte toets is. Het beheer van openbare ruimte bij evenementen en verhuur, beheer en exploitatie van de gemeentebossen en natuurgebieden betreft twee economische activiteiten waarbij enige twijfel ontstaat of deze vermeld moeten worden in het raadsbesluit. Hier kan beredeneerd worden dat dit typische overheidstaken zijn. Bovendien zou er geen sprake zijn van een economische activiteit en zou de Wet Markt en Overheid niet van toepassing zijn. Het heeft dan geen nut om deze in een raadsbesluit vast te stellen. Door deze wel te benoemen ontstaan er geen extra risico's omdat economische activiteiten die zijn vastgesteld als algemeen belang ook niet hoeven te voldoen aan de Wet Markt en Overheid. De gemeente Venray kan ze daarom verwijderen uit de adviesnota, maar dit is niet noodzakelijk omdat er geen nadelige gevolgen zijn als deze wel worden benoemd. Indien de gemeente Venray ervoor kiest deze wel te benoemen is het aan te raden om hierbij duidelijk aan te geven waarom er wel sprake is van een economische activiteit en waarom dit in het algemeen belang is. Hierbij kan de gemeente bijvoorbeeld aangeven dat het beheer van de gemeentebossen en natuurgebieden in handen is van een private onderneming en dat dit in het algemeen belang is omdat alle inwoners van de gemeente Venray hier baat bij hebben.

Ook is er onduidelijkheid bij de economische activiteit verkoop van gronden en gemeentelijke panden. De belangenafweging maakt niet duidelijk dat dit in het algemeen belang plaatsvindt. Het is de gemeente Venray dan ook aan te raden deze belangenafweging te verfijnen of deze economische activiteit uit het voorstel te verwijderen. Dit geldt ook voor de economische activiteit terbeschikkingstelling van gratis wifi in het centrum van Venray.

¹¹⁵ Verhagen 2012, p. 16.

Wanneer gekeken wordt naar de andere onderzochte gemeenten ontbreken er bij de gemeente Venray geen economische activiteiten in de adviesnota. Het is de gemeente Venray dan ook aan te raden de adviesnota niet verder uit te breiden.

Wanneer de adviesnota is goedgekeurd door het college en deze is verwerkt tot een raadsvoorstel voor de gemeenteraad, is het de gemeente Venray aan te bevelen om deze algemeen-belangvaststelling in de vorm van een verordening vast te stellen. Dit naar aanleiding van het beleid van de gemeente Uden. Zij hebben dit gedaan om de administratieve lasten zo laag mogelijk te houden.

Daarnaast is het de gemeente Venray aan te bevelen om de integrale kosten te berekenen voor de overige economische activiteiten. Het advies is om de lijn van de gemeente Tilburg te volgen. Dit wil zeggen globaal bekijken wat de kosten behoren te zijn. Dit met inachtneming van het Besluit markt en overheid. Een marktonderzoek of een ander onderzoek brengt te veel lasten met zich mee in vergelijking met de baten. Zoals meerdere gemeenten hebben aangegeven, zijn de papieren werkzaamheden met betrekking tot de Wet Markt en Overheid groter dan de vraag in de praktijk.

Het is de gemeente Venray aan te raden om zo spoedig mogelijk te voldoen aan de Wet Markt en Overheid. Zij is inmiddels al meer dan een halfjaar te laat. Dit zorgt ervoor dat zij een onnodig risico loopt om met de handhavende bevoegdheid van de ACM geconfronteerd te worden. Dit brengt financiële risico's met zich mee omdat de ACM bevoegd is boetes op te leggen. Op 27 augustus 2014 heeft de heer Mijnlief, woordvoerder van de ACM aangegeven dat zij ook uit eigen beweging gaan controleren. Dit omdat oneerlijke concurrentie regelmatig voorkomt, vooral bij sportaccommodaties en parkeergarages. Het is daarom van belang dat de gemeente Venray deze zo spoedig mogelijk als algemeen belang vaststelt.¹¹⁶ De sportaccommodaties en parkeergarages zijn in de gemeente Venray niet als algemeen belang aangemerkt. Zoals nog geen enkele economische activiteit is aangemerkt als algemeen belang.¹¹⁷ Ook de integrale kostprijs wordt hiervoor niet berekend. Op dit punt loopt de gemeente Venray een groot risico om met de handhavende bevoegdheid van de ACM in aanraking te komen.

Hieronder volgt een korte opsomming van de aanbevelingen:

- het plan van aanpak van de gemeente Venray niet te volgen;
- richten op de handreiking van het ministerie van Economische Zaken en Innovatie;
- economische activiteiten in het algemeen belang vaststellen;
 - de motivering bij het beheer van openbare ruimte bij evenementen nader specificeren waarom het geen algemene overheidstaak is, of de economische activiteit verwijderen van het raadsvoorstel. Dit geldt ook voor de economische activiteit verhuur, beheer en exploitatie van de gemeentebossen en natuurgebieden;
 - de motivering nader specificeren bij de economische activiteit ter beschikkingstelling van gratis wifi in het centrum van Venray;
- Zo spoedig mogelijk het raadsvoorstel vaststellen in een verordening en voor de overige economische activiteiten de integrale kostprijs berekenen.

¹¹⁶ www.mededinging.nl -> zoeken op ACM gaat controleren op naleving wet markt en overheid (laatst geraadpleegd op 11 november 2014).

¹¹⁷ Zie hoofdstuk 3.

Literatuurlijst

Appeldoorn & Vedder 2013

J.F. Appeldoorn & H.H.B. Vedder, *Beginselen van Europees en Nederlands Mededingingsrecht*, Groningen: Europa Law Publishing 2013.

Bastiaans e.a. 2007

M.H. Bastiaans e.a., *Leidraad voor juridische auteurs*, Deventer: Kluwer 2007.

Damen 2013

L.J.A. Damen, *Bestuursrecht 1*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013.

Keizer 2012

J. Keizer, *bedrijf- en mededingingsrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012.

Rossum 2006

A.A. van Rossum, *Van contact naar contract; De bijzondere positie van gemeenten in het contractenrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006.

Schaaijk 2011

G.A.F.M. van Schaijk, *Praktijkgericht juridisch onderzoek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Schlossels & Zijlstra 2012

R.J.N. Schlossels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtstaat*, Deventer: Uitgeverij Kluwer BV 2012.

Schlossels 2013

R. Schlossels, *Kern van het Bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013.

Slot & Swaak 2012

P.J. Slot & Ch.R.A. Swaak, *Inleiding mededingingsrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012.

Van Ballegooij e.a. 2008

G.A.C.M. van Ballegooij e.a., *Bestuursrecht in het Awb-tijdperk*, Deventer: Kluwer 2008.

Elektronische bronnen

www.europadecentraal.nl

www.overheid.nl

www.vng.nl

www.venray.nl

www.navigator.kluwer.nl

