

Toepassing van de Wet markt en overheid in de gemeente Haarlemmermeer

De Wet markt en overheid legt overheden verplichtingen op gericht op het voorkómen van oneerlijke concurrentie, hoewel diezelfde overheden door het nemen van een besluit aan deze verplichtingen kunnen ontkomen. In de onderzochte Haarlemmermeer-casus lijkt besluitneming de eerste reflex te zijn geweest teneinde aan de verplichtingen te ontkomen, ondanks het onderschrijven van de beginselen. De Wet markt en overheid wordt dit jaar geëvalueerd. Een effectieve sanctie lijkt gewenst om het doel van deze wet te bereiken.

**ROB
VAN DER LAAN**
mededingingseco-
noom bij OmniCLES

De Wet markt en overheid (WMO) is sinds 1 juli 2012 onderdeel van de Mededingingswet (Mw) en is per 1 juli 2014 van kracht geworden. De WMO omvat gedragsregels waaraan overheden zich moeten houden, waaronder het doorberekenen van integrale kosten. Volgens artikel 25(i) Mw namelijk brengt een bestuursorgaan dat economische activiteiten verricht, afnemers van het product of de dienst ten minste de integrale kosten van dat product of die dienst in rekening.

De achtergrond van de wet is om oneerlijke concurrentie door overheden en de negatieve effecten daarvan op particuliere ondernemers te voorkomen. Bijvoorbeeld, indien een gemeente zelf tegen betaling pasfoto's gaat maken voor identiteitskaarten wordt hiermee geconcurrereerd met ondernemers en moeten de gedragsregels worden gerespecteerd. Echter, indien een gemeenteraad in een besluit een bepaalde gemeentelijke activiteit als een activiteit in het algemeen belang (AB) aanmerkt, dan zijn de gedragsregels, waaronder de verplichting van integrale kostendoorrekening, niet langer van toepassing. Een overheid zou daarom kunnen redeneren dat kostendoorrekening kan worden voorkomen door – al dan niet gerechtvaardigd – activi-

teiten te bestempelen als zijnde in het algemeen belang. Hoewel een dergelijk reflexgedrag geen recht doet aan de onderliggende gedachte van de WMO om oneerlijke concurrentie door overheden te voorkomen, is er feitelijk geen sanctie op oneigenlijk gebruik van de uitzondering door middel van een AB-besluit. Deze situatie is onbevredigend, al aarzelen ondernemers soms om klachten door te geven omdat ze vaak een langdurige zakelijke verhouding hebben met de desbetreffende overheidsorganisatie.

Om een eerste indicatie te krijgen van een mogelijke oneigenlijke vlucht in AB-besluiten is er gekeken naar de invulling van de verplichtingen die uit de WMO volgen in de gemeente Haarlemmermeer. De keus is uit praktische overwegingen op deze gemeente gevallen en niet omdat er gronden zijn om te veronderstellen dat de gemeente een uitzonderlijke positie inneemt. Geconcludeerd zal worden dat de gemeente een slecht gemotiveerd AB-besluit heeft aangenomen.

DE HAARLEMMERMEER-CASUS

Er zijn drie stappen om tot een AB-besluit te komen (www.vng.nl). Ten eerste moet er bepaald worden welk specifiek algemeen belang aan de orde is en of de desbetreffende economische activiteiten dat algemeen belang dienen. Dit moet dan ook onderbouwd worden met cijfers; enkel aangeven dat een activiteit anders te duur wordt, is onvolgende. Vervolgens moet duidelijk zijn welke gevolgen de algemeen-belangvaststelling heeft voor derden, in het bijzonder particuliere ondernemers. Ten slotte moet nog worden afgewogen of het met de activiteiten te dienen algemeen belang opweegt tegen de nadelige gevolgen voor belanghebbenden. De mate waarin een dergelijke zorgvuldige belangenafweging in de praktijk wordt uitgevoerd, wordt getoetst op grond van het raadsvoorstel tot een algemeen-belangbesluit van 27 mei 2014. Het voorstel is unaniem aangenomen op 26 juni 2014 (Gemeente Haarlemmermeer, 2014).

Het vermelde doel van het voorstel is om als gemeente te voldoen aan de WMO. Volgens het voorstel voldeed de gemeente niet altijd aan de verplichting om de integrale kostprijs door te berekenen en komen de volgende categorieën van economische activiteiten in aanmerking om als activiteit van algemeen belang te worden benoemd: verhuur van sportaccommodaties en sportvelden, verhuur van gemeentelijke eigendommen aan maatschappelijke organisaties of voor maatschappelijke doeleinden, verhuur van cultureel vastgoed (monumenten), verhuur van strategische objecten en groenstroken, het verstrekken van garantstellingen, de activiteiten die door ‘Duurzaam Bedrijf’ worden verricht, en de verkoop van meel en andere meel- en bijproducten in Korenmolen de Eersteling.

Het voorstel vermeldt niet of er economische activiteiten resterend die niet worden bestempeld als zijnde van algemeen belang en waarvoor dus wel de integrale kosten worden doorberekend, maar het voorstel lijkt toch veelomvattend. Misschien wel te veelomvattend, aangezien in ieder geval één van activiteiten niet lijkt te kunnen resulteren in oneerlijke concurrentie van bedrijven door de overheid bekeken, de doelstelling van de WMO. Want bij de activiteit verhuur van groenstroken gaat het volgens het voorstel om relatief kleine stukken grond, grenzend aan openbaar groen of water, die veelal als (sier)tuin worden gebruikt. In tegenstelling tot de verhuur van bijvoorbeeld sportaccommodaties is hier niet direct duidelijk hoe deze activiteit zou kunnen resulteren in oneerlijke concurrentie.

Zonder uitpuittend te willen zijn in de analyse, kunnen kanttekeningen worden geplaatst bij diverse van de in het voorstel vermelde redenen voor het opnemen van een activiteit in het AB-besluit. Ter illustratie van de oneigenlijke redenering op grond waarvan er werd besloten tot het opnemen van een activiteit in het AB-besluit, wordt de verhuur van sportaccommodaties en de verhuur van strategische objecten besproken. Hierbij wordt mede geput uit een rapport van de Rekenkamercommissie Haarlemmermeer (2015) over het gemeentelijk vastgoedbeleid (het RKC-rapport).

VERHUUR SPORTACCOMMODATIES EN SPORTVELDEN

Het voorstel stelt dat indien kostendekkende tarieven zouden worden gehanteerd dit ten koste zou gaan van het aanbod van sportactiviteiten: “De sportvelden worden verhuurd of in gebruik gegeven aan vooral niet-commerciële partijen (verenigingen). De verhuur van sportaccommodaties en sportvelden wordt niet opgepakt door de markt, aangezien de niet-commerciële partijen niet in staat zijn een kostprijsdekkende huur te betalen (hier is dus sprake van zogenaamd marktfalen).”

Het achterliggende doel lijkt te zijn om sportbeoefening zo veel mogelijk te bevorderen door de prijs laag te houden. Er is echter geen reden om te veronderstellen dat dit niet te verenigen is met een integrale kostentoe rekening. Dit wordt ook betoogd in het RKC-rapport (p. 9): “Het hanteren van kostprijsdekkende huren kan (...) prima hand in hand gaan met het toekennen van (huisvestings)subsidies. De gemeente kan besluiten dat huurders de kosten van het maatschappelijk vastgoed (het aanbod) volledig krijgen doorbelast in de huur. Omdat deze kosten in de regel niet

zijn op te brengen door maatschappelijke organisaties, kan gekozen worden hun hier een (huisvestings)subsidie voor te verstrekken.”

Door een dergelijke constructie kunnen commerciële partijen mogelijk wel sportaccommodaties aanbieden, in tegenstelling tot wat wordt betoogd in het voorstel. Dit kan vervolgens tot innovatieve en efficiënte oplossingen leiden, met netto-voordelen voor de maatschappij. De vermelde reden van de gebruikte definitie van marktfalen (dat de vrager minder wil betalen dan de prijs die de aanbieder vraagt) is overigens opmerkelijk. Op grond van deze definitie zou bijna elke markt onderhevig zijn aan marktfalen, aangezien een deel van de vragers wel een prijs wil betalen die lager ligt dan de marktprijs.

Het RKC-rapport (p. 9) noemt nog een ander nadeel indien integrale kostendoorrekening niet wordt gehanteerd: “Het ontbreken van een door de raad vastgesteld dwingend kader voor het toepassen van kostprijsdekkende huur belemmert het team Vastgoed in effectiviteit, maar kan ook belemmerend zijn voor de transparantie – en daarmee de controlerende rol van de raad – van subsidie-stromen.”

Er kan worden geconcludeerd dat de reden voor een AB-besluit ten aanzien van sportaccommodaties en sportvelden niet overtuigend lijkt.

VERHUUR STRATEGISCHE OBJECTEN

Naast eigendommen zoals buurthuizen verhuurt de gemeente ook verschillende objecten die met het oog op de toekomstige ontwikkeling van een gebied een strategische waarde hebben. Voor deze objecten wordt volgens het voorstel doorgaans geen kostendekkende of marktconforme huur gevraagd.

Volgens het voorstel is een van de redenen voor de (te) lage huurprijzen dat de gemeente deze objecten al jarenlang niet meer onderhoudt. Deze redenering is moeilijk te begrijpen. De staat van een object zal immers worden gereflecteerd in de huuropbrengst. Indien er geen onderhoud wordt gepleegd, is de desbetreffende kostendekkende huur dus navenant lager. Onderhoud kan dus geen verklaring verschaffen voor het feit of een huurprijs al dan niet kostendekkend of marktconform is. Overigens is volgens het RKC-rapport (p. 7) de staat van onderhoud lastig vast te stellen omdat hier zelden iets over wordt vastgelegd.

Aangezien de enige in het voorstel vermelde reden voor (te) lage huurprijzen logisch gezien onjuist is, verschaft het AB-besluit ten aanzien van strategisch vastgoed geen valide reden waarom strategische objecten niet tegen een integrale of marktconforme prijs zouden kunnen worden verhuurd.

CONCLUSIE

De Wet markt en overheid beoogt oneerlijke concurrentie van gemeentelijke activiteiten voor particuliere ondernemers te voorkomen, bijvoorbeeld door de verplichtstelling van integrale kosten door te rekenen bij afnemers. Overheden kunnen echter onder de verplichtingen uitkomen indien er sprake is van een algemeen belang. Een casestudie voor de gemeente Haarlemmermeer toont een AB-besluit dat in ieder geval gedeeltelijk is genomen op grond van oneigenlijke argumenten. Het AB-besluit omvat minimaal één activiteit waarop de wet niet van toepassing lijkt. Verder kan kritiek worden geuit op de genoemde redenen voor het opnemen van de activiteiten verhuur van sportaccommodaties en de verhuur van strategisch vastgoed. Het is te hopen dat de huidige evaluatie van de wet duidelijk zal maken in hoeverre het beleid in Haarlemmermeer representatief is voor de implementatie van deze wet door overheden in het algemeen. Indien de vlucht in oneigenlijke AB-besluiten een breed probleem blijkt te zijn, is het invoeren van een effectieve sanctie wenselijk.

LITERATUUR

- Gemeente Haarlemmermeer (2014) *Algemeen belangbesluit Wet Markt en Overheid. Raadsvoorstel 2014.0020389 van 27 mei.*
- Rekenkamercommissie Haarlemmermeer (2015) *Fundament voor Vastgoed. Rapport, 30 april.*