

MEMO

Aan : mevrouw D. ten Cate – gemeente Enschede
mevrouw J. Höfte – Nijen Twilhaar – gemeente Enschede
mevrouw M. Reeuwijk – gemeente Enschede

c.c. : de heer B. Morsink – NV Enschedese Zwembaden

Van : Edwin Schotanus

Datum : 27 maart 2015

Inzake : Sportbedrijf Enschede

1. Inleiding

Op 9 februari jl. spraken wij over de vormgeving van de toekomstige exploitatie van de gemeentelijke sportaccommodatie en van N.V. Enschedese Zwembaden. Ten behoeve van die bespreking hebt u mij het document *“Sportbedrijf Enschede: opdracht, bedrijfsplan en transitieplan”* (versie 1 van 5 november 2014) op voorhand ter hand gesteld. Tijdens voornoemde bespreking hebben wij gesproken over de mededingingsrechtelijke randvoorwaarden waaronder de exploitatie van de gemeentelijke sportaccommodatie (en zwembaden) verzelfstandigd zou kunnen worden. U hebt mij vervolgens verzocht om mijn opmerkingen nader in een memo uit te werken.

In dit memo zal ik achtereenvolgens aandacht schenken aan de verplichtingen die uit de Wet Markt en Overheid voortvloeien (hoofdstuk 2). In hoofdstuk 3 zal ik een uitzondering op deze wet nader belichten, namelijk de uitzondering voor steunmaatregelen. Ten slotte zal ik in hoofdstuk 4 een scenario schetsen waarin de toekomstige exploitatie van de gemeentelijke sportaccommodatie en zwembaden in overeenstemming is met de toepasselijke mededingingswetgeving.

2. Wet Markt en Overheid

Op 1 juli 2012 is de Wet Markt & Overheid in werking getreden. De doelstelling van de Wet Markt en Overheid is om oneerlijke concurrentie door de overheid of overheidsbedrijven te voorkomen. Via een wijziging van de Mededingingswet (Hoofdstuk4B) zijn vier gedragsregels geïntroduceerd.

De Wet Markt en Overheid is uitsluitend toepasselijk wanneer een bestuursorgaan, zoals een gemeente, economische activiteiten verricht. Dit betreffen activiteiten waarmee de overheid met andere ondernemingen in concurrentie treedt, zoals de exploitatie van sportaccommodaties¹. De Wet

¹ Rapportage van de ACM, *“Naar sportieve concurrentie; een analyse van de naleving van de gedragsregels uit de Wet Markt en Overheid door gemeenten bij de exploitatie van gemeentelijke sportaccommodaties”*

Markt en Overheid bevat echter geen verbod voor overheden om economische activiteiten te ontplooiën en aldus met ondernemingen in concurrentie te treden. In dergelijke situaties dient de overheid wel bepaalde gedragsregels in aanmerking te nemen om oneerlijke concurrentie te voorkomen.

De gedragsregels omvatten:

- i. de verplichting voor de overheid om ten minste de integrale kosten² van een economische activiteit aan de afnemer in rekening te brengen (artikel 25i van de Mededingingswet). Er bestaat enige onduidelijkheid over de vraag welke prijs een bestuursorgaan in rekening mag brengen wanneer een marktconforme prijs lager is dan de integrale kostprijs. De ACM heeft zich hierover nog niet formeel uitgelaten, maar informeel heeft de ACM te kennen gegeven dat een bestuursorgaan in een dergelijke situatie de integrale kostprijs in rekening dient te brengen;
- ii. de verplichting voor de overheid om overheidsbedrijven niet te bevoordelen (artikel 25j van de Mededingingswet). Er is sprake van een overheidsbedrijf wanneer een bestuursorgaan beleidsbepalende invloed op een rechtspersoon heeft. Die invloed kan bestaan uit (a) het kunnen uitoefenen van de meerderheid van de stemrechten of (b) het kunnen benoemen van een meerderheid van de leden van het bestuur of het toezichthoudend orgaan (artikel 25g van de Mededingingswet);
- iii. de verplichting voor de overheid om informatie verkregen in het kader van de uitvoering van haar publiekrechtelijke taak ook aan derden ter beschikking te stellen wanneer de overheid met die informatie economische activiteiten ontplooit (artikel 25k van de Mededingingswet); en
- iv. de verplichting voor de overheid tot functiescheiding (artikel 25l van de Mededingingswet).

In het kader van de toekomstige exploitatie van de gemeentelijke sportaccommodatie en zwembaden zijn de gedragsregels voortvloeiende uit artikelen 25i (hiervoor onder i. genoemd) en 25j (hiervoor onder ii. genoemd) van de Mededingingswet relevant. Gemakshalve zal ik de overige twee gedragsregels in het vervolg van dit memo onbesproken laten.

In bepaalde gevallen zijn de gedragsregels niet toepasselijk op economische activiteiten door de overheid. Eén van de uitzonderingen betreft de situatie dat het bestuursorgaan van mening is dat sprake is van een steunmaatregel in de zin van artikel 107 lid 1 van het VwEU. Op een dergelijke maatregel zijn de hiervoor genoemde gedragsregels niet van toepassing (artikel 25h lid 4 van de Mededingingswet)³. Een andere uitzondering betreft de situatie dat de economische activiteiten in het algemeen belang worden verricht (artikel 25h lid 5 van de Mededingingswet). Het is aan de gemeenteraad om vast te stellen of economische activiteiten door de gemeente in het algemeen belang plaatsvinden.

3. Verbod op steunmaatregelen (artikelen 107 en 108 van het VwEU)

Eén van de uitzonderingen in de Wet Markt en Overheid is dat sprake is van een steunmaatregel in de zin van artikel 107 van het VwEU. Dit artikel verbiedt bevoordeling van overheidswege van bepaalde ondernemingen waardoor het interstatelijk handelsverkeer en de mededinging kan worden beïnvloed. Op dit verbod bestaan diverse verdragsrechtelijke uitzonderingen. Voor de onderhavige

² Het Besluit markt en overheid (Stb. 2012, 155) bevat nadere regels voor de berekening van de integrale kostprijs.

³ Artikel 25j lid 3 aanhef en onder b van de Mededingingswet bevat om onduidelijke reden een afzonderlijke, maar gelijkkluidende uitzondering voor de gedragsregel om overheidsbedrijven niet te bevoordelen.

situatie is in het bijzonder artikel 106 lid 2 van het VwEU relevant. Op basis van dit artikellid kan het betalen van een overheidsbijdrage aan een onderneming die met het verrichten van een dienst van algemeen economisch belang is belast onder bepaalde omstandigheden als een geoorloofde steunmaatregel worden aangemerkt⁴.

Dienst van algemeen economisch belang

De Europese Commissie heeft de voorwaarden van artikel 106 lid 2 van het VwEU in nadere regelgeving omgezet. Deze regelgeving omvat een mededeling⁵, een besluit⁶, een kaderregeling⁷ en een verordening⁸. Gezien de omvang van geprognosticeerde exploitatiebijdrage⁹ zijn de voorwaarden van het DAEB-Besluit relevant. De belangrijkste voorwaarden zijn:

- de betrokken onderneming dient voor een periode van maximaal tien jaar daadwerkelijk met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang belast te zijn¹⁰. Wanneer van de betrokken onderneming aanzienlijke investeringen worden verlangd en die over een langere termijn dan tien jaar dienen te worden afgeschreven, mag deze termijn dienovereenkomstig worden verlengd;
- de exploitatiebijdrage mag niet meer dan het verschil tussen de met het beheer gemaakte kosten en de met het beheer behaalde inkomsten (inclusief een redelijke winstmarge) bedragen met een maximum van EUR 15 miljoen per jaar;
- een controlemechanisme om te waarborgen dat geen overcompensatie betaald wordt en mechanisme om eventuele overcompensatie terug te vorderen;
- een verwijzing naar het DAEB-Besluit.

Wanneer aan de voorwaarden van het DAEB-Besluit zal worden voldaan, betreft de compensatiemaatregel een toegestane steunmaatregel, waarvoor de Europese Commissie geen voorafgaande individuele toestemming hoeft te verlenen (artikel 3 van het DAEB-Besluit).

Algemene groepsvrijstelling

Artikel 55 van de algemene groepsvrijstelling¹¹ bevat mogelijk een alternatief voor deze uitzondering, namelijk “*steun voor sportinfrastructuur en multifunctionele recreatieve infrastructuur*”. Toegelaten steun kan investeringssteun en exploitatiesteun omvatten.

- Investeringssteun kan betrekking hebben op de bouw en/of het moderniseren van de sportin-

⁴ Ik laat een nadere bespreking van het arrest *Altmark* thans achterwege, omdat de daarop gebaseerde regelgeving ruimere voorwaarden kent op basis waarvan een exploitatiebijdrage betaald kan worden.

⁵ Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie, PbEU 2012, C 8/4

⁶ Besluit van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 106 lid 2 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, verleend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen, PbEU 2012, L 7/3 (hierna “DAEB-Besluit”)

⁷ EU-kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, PbEU 2012, C 8/15

⁸ Verordening 360/2012 van de Commissie 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 114/8

⁹ Document “Sportbedrijf Enschede”, p. 18 en 19

¹⁰ Na ommekomst van deze termijn kan besloten worden om de betrokken onderneming opnieuw met de uitvoering van de dienst van algemeen economisch belang te belasten.

¹¹ Verordening 651/2014 van de Commissie waarbij bepaalde categorieën steun op grond van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag met de interne markt verenigbaar worden verklaard, PbEU 2014, L 187/1

frastructuur. Investeringssteun is toegestaan tot een bedrag van EUR 15 miljoen¹². Degene die de bouw en/of de modernisering zal gaan verzorgen, dient via een open, transparante en niet-discriminerende procedure te worden geselecteerd;

- Daarnaast bestaat op basis van artikel 55 van Verordening 651/2014 de mogelijkheid om exploitatiesteun te verstrekken. Aangezien de geprognosticeerde exploitatiebijdrage voor Sportbedrijf Enschede jaarlijks meer dan EUR 2 miljoen zal gaan bedragen, is de algemene groepsvrijstelling niet van toepassing op de exploitatiebijdrage (artikel 4 lid 1 aanhef en onder bb. van Verordening 651/2014). Voor het betalen van een exploitatiebijdrage zal daarom op het DAEB-Besluit teruggevallen moeten worden.

Op basis van artikel 8 lid 3 aanhef en onder a) van Verordening 651/2014 is cumulering van investeringssteun voor sportinfrastructuur met een inachtneming van het DAEB-Besluit berekende exploitatiebijdrage toegestaan.

Verordening 651/2014 bevat voorts nog een aantal algemene voorwaarden die bij de steunverlening in acht dienen te worden genomen. Deze voorwaarden zien bijvoorbeeld op de inhoud van de subsidieaanvraag (artikel 6 van Verordening 651/2014), de verslaglegging (artikelen 9 en 11 van Verordening 651/2014) en de monitoring (artikel 12 van Verordening 651/2014). In voorkomend geval zal de investeringssteun in de bouw en/of de modernisering van de gemeentelijke sportaccommodatie en zwembaden in overeenstemming met deze vereisten dienen te worden gebracht.

4. Toepassing op het toekomstige Sportbedrijf Enschede

In het document "Sportbedrijf Enschede" wordt beschreven dat de gemeente eigenaar zal blijven van de gemeentelijke sportaccommodatie. Sportbedrijf Enschede zal deze accommodatie van de gemeente gaan huren. Daarentegen zal Sportbedrijf Enschede wel eigenaar worden van de gemeentelijke zwembaden. Deze zijn thans eigendom van N.V. Enschedese Zwembaden.

Aangezien de verhuur van sportaccommodatie een economische activiteit betreft, is de Wet Markt en Overheid toepasselijk. Dit impliceert dat de gemeente aan Sportbedrijf Enschede voor de huur van de gemeentelijke sportaccommodatie een prijs in rekening dient te brengen die ten minste de integrale kostprijs omvat (artikel 25i van de Mededingingswet)¹³.

Daarenboven zal Sportbedrijf Enschede zeer waarschijnlijk als een overheidsbedrijf kwalificeren¹⁴. Dit brengt met zich dat wanneer de gemeente een lagere huurprijs dan de integrale kostprijs in rekening zal gaan brengen, sprake van bevoordeling in de zin van artikel 25j van de Mededingingswet zal zijn. De exploitatiebijdrage die Sportbedrijf Enschede ten behoeve van de exploitatie zal ontvangen, kan eveneens als een vorm van bevoordeling worden aangemerkt.

De verhuur van de sportaccommodatie door de gemeente aan Sportbedrijf Enschede maakt echter

¹² De steun mag niet meer bedragen dan het verschil tussen de in aanmerking komende kosten (zijnde de kosten voor investeringen in materiële en immateriële activa) en de exploitatiewinst van de investering.

¹³ Uit het document "Sportbedrijf Enschede" blijkt dat de gemeente ook andere werkzaamheden ten behoeve van Sportbedrijf Enschede zou kunnen gaan uitvoeren. Tijdens voornoemde bespreking gaf de heer Morsink aan dat aspect op andere wijze te willen gaan invullen. Om die reden laat ik dit aspect achterwege. Volledigheidshalve merk ik op dat wanneer de gemeente toch werkzaamheden ten behoeve van Sportbedrijf Enschede zou gaan verrichten, de gemeente daarvoor eveneens de integrale kostprijs in rekening dient te brengen.

¹⁴ Er is nog geen besluit genomen over de rechtsvorm van Sportbedrijf Enschede. Het document "Sportbedrijf Enschede" lijkt uit te gaan van de rechtsvorm naamloze vennootschap. Tijdens voornoemde bespreking werd duidelijk dat behoefte bestond aan een overzicht van de overeenkomsten en verschillen tussen de besloten vennootschap en de naamloze vennootschap. Bijlage 1 bij dit memo bevat dienaangaande een uiteenzetting van mijn kantoorgenoot, Freek Wesseling.

onderdeel uit van de exploitatie van de gemeentelijke sportaccommodatie en zwembaden. Volgens het document “Sportbedrijf Enschede” omvat die exploitatie onder meer de openstelling van deze accommodatie. Deze faciliteiten dienen op redelijke en non-discriminatoire voorwaarden voor iedere burger van de gemeente toegankelijk te zijn. De exploitant zal de door de gemeente vastgestelde tarieven dienen te hanteren. Daarenboven hecht de gemeente eraan dat bij de exploitatie voorrang zal worden gegeven aan bepaalde doelgroepen, zoals lokale sportverenigingen. De exploitatie van de gemeentelijke sportaccommodatie en zwembaden kan om die reden als een dienst van algemeen economisch belang worden aangemerkt¹⁵.

De huurprijs van de gemeentelijke sportaccommodatie maakt onderdeel uit van een complex aan rechten en verplichtingen rondom de exploitatie van deze faciliteiten. De compensatie voor de exploitatie van de gemeentelijke sportaccommodatie en zwembaden maakt daar eveneens een integraal onderdeel van uit. Om die reden kan mogelijk van de uitzondering van artikel 106 lid 2 van het VwEU worden geprofiteerd. Om van die uitzondering daadwerkelijk gebruik te kunnen maken, dient ingevolge het DAEB-Besluit aan verschillende voorwaarden te worden voldaan. Korthedshalve verwijs ik voor de belangrijkste voorwaarden naar hoofdstuk 3.

Middels een aanwijzingsbesluit ‘dienst van algemeen economisch belang’ kan het College de exploitatie van de gemeentelijke sportaccommodatie en zwembaden in overeenstemming met DAEB-Besluit vormgeven. Alsdan kan van de uitzondering van artikel 25h lid 4 van de Mededingingswet gebruik worden gemaakt, zonder dat de situatie rondom Sportbedrijf Enschede in strijd met de Europese regels omtrent staatssteun is.

Het bovenstaande leidt tot het volgende.

Ik adviseer de gemeente om Sportbedrijf Enschede middels een aanwijzingsbesluit¹⁶ voor een periode van tien jaar te belasten met de uitvoering van een dienst van algemeen economisch belang. Deze dienst kan worden omschreven als ‘de exploitatie van de gemeentelijke sportaccommodatie en de zwembaden’¹⁷. In het aanwijzingsbesluit dient de gemeente op te nemen aan welke verplichtingen Sportbedrijf Enschede dient te voldoen, zoals door de gemeente goedgekeurde tarieven, programmering en openstellingsroosters te hanteren¹⁸. Als compensatie voor deze verplichtingen zal Sportbedrijf Enschede een exploitatiebijdrage¹⁹ ontvangen. Het aanwijzingsbesluit zal tevens dienen te voorzien in driejaarlijks controlemechanisme om te beoordelen dat de exploitatiebijdrage niet meer compenseert dan de netto-kosten.

¹⁵ Zie bijvoorbeeld Werkdocument van de diensten van de Commissie, “De toepassing van de EU-staatssteunregels op diensten van algemeen economisch belang sinds 2005 en de uitkomsten van de publieke raadpleging”, §§ 3.9.6 en 3.9.8, SEC(2011) 397

¹⁶ Of in de in § 3.3 van het bedrijfsplan genoemde concessieovereenkomst

¹⁷ Mijns inziens kunnen objectief beschouwd niet alle op pagina 13 van het bedrijfsplan genoemde activiteiten van Sportbedrijf Enschede als dienst van algemeen economisch belang worden aangemerkt. Echte economische activiteiten (zoals het verstrekken van adviezen aan sportverenigingen, het verzorgen van de administratie voor sportverenigingen en het aanbieden van sport aan bedrijven) zouden niet alsnog als dienst van algemeen economisch belang moeten worden aangemerkt. Voor dergelijke activiteiten bestaat er voldoende aanbod van (andere) marktpartijen. Indien dergelijke activiteiten toch onder de definitie zouden worden geschaard, is de aanwijzing minder robuust en zou dus aangevochten kunnen worden.

¹⁸ Vergelijk uitgangspunten 6 en 8 in § 1.2 van het bedrijfsplan

¹⁹ Volledigheidshalve merk ik op dat wanneer de gemeente voor de verhuur van de gemeentelijke sportaccommodatie (als ook voor eventuele andere economische activiteiten (vergelijk uitgangspunt 15b en 15c in § 1.2 van het bedrijfsplan)) niet ten minste de integrale kosten bij Sportbedrijf Enschede in rekening zou willen brengen, dient het verschil tussen deze kosten en de wel in rekening gebrachte prijs bij de exploitatiebijdrage opgeteld te worden. Deze optelsom mag vervolgens niet meer dan EUR 15 miljoen per jaar bedragen.

Indachtig het document “Sportbedrijf Enschede” plaats ik bij het bovenstaande nog wel een belangrijke kanttekening. Uit het document en de opmerkingen van de heer Morsink leid ik af dat niet uitgesloten kan worden dat Sportbedrijf Enschede naast de op te dragen maatschappelijke taken (die in het aanwijzingsbesluit als de dienst van algemeen economisch belang zullen worden omschreven) ook commerciële activiteiten zal kunnen gaan uitvoeren. Weliswaar kunnen die commerciële activiteiten de exploitatie van de gemeentelijke sportaccommodatie en zwembaden rendabeler maken waardoor de gemeente wellicht een lagere exploitatiebijdrage zou hoeven te betalen, maar dit brengt wel met zich dat Sportbedrijf Enschede met private ondernemingen in concurrentie zal treden. Om eventuele verwijten van ongeoorloofde kruissubsidiëring te voorkomen adviseer ik de gemeente om Sportbedrijf Enschede in dat geval via het aanwijzingsbesluit te verplichten een gescheiden boekhouding te laten voeren²⁰. Bij de vaststelling van de prijzen voor haar commerciële activiteiten zal Sportbedrijf Enschede vervolgens al haar kosten op juiste wijze aan de verschillende maatschappelijke en commerciële taken moeten gaan toerekenen.

²⁰

Strikt genomen vloeit deze verplichting niet voort uit de artikelen 25a tot en met 25f van de Mededingingswet. Deze artikelen maken onderdeel uit van Hoofdstuk 4A van de Mededingingswet met als titel “*Financiële transparantie binnen bepaalde ondernemingen*”. Hiermee heeft de lidstaat Nederland Richtlijn 2006/111 van de Commissie betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven en de financiële doorzichtigheid binnen bepaalde ondernemingen, PbEU 2006, L 318/17 (de Transparantierichtlijn) geïmplementeerd. Op basis van artikel 25d lid 1 van de Mededingingswet zal Sportbedrijf Enschede - vanwege de geprognosticeerde omzet - van deze verplichting uitgezonderd zijn. Gezien de huidige aandacht voor oneerlijke concurrentie door overheden en hun bedrijven is het echter raadzaam voornoemde artikelen uit de Mededingingswet in acht te nemen. Mocht een derde een klacht over ongeoorloofde kruissubsidiëring willen indienen, dan kan deze klacht met behulp van de gescheiden boekhouding sneller ontzenuwd worden.