

onderwerp: Raadsvoorstel Wet Markt en Overheid

van: Wethouder Bulten

aan: Raad

datum: 19 november 2014

Inleiding

In de beeldvormende raad van 13 november jl. heeft u het raadsvoorstel Wet Markt en Overheid besproken. Daarbij heeft u twee vragen gesteld: een vraag met betrekking tot functiescheiding en of de uitkomst van de kerntakendiscussie het mogelijk maakt het voorgestelde besluit op een later tijdstip te herzien. Ten aanzien van beide vragen kan gemeld worden dat de Wet Markt en Overheid wat dat betreft geen problemen oplevert en dus niet aan vaststelling van het raadsvoorstel in de weg staat. Hieronder kunt u desgewenst de juridische onderbouwing van dit antwoord lezen.

Vragen

1). Functiescheiding

De gemeente is aandeelhouder van Sportcentrum Rozengarde B.V. en van Cultureel Centrum Amphion N.V. De gemeente verstrekt aan deze ondernemingen subsidie. Het aandeelhouderschap in deze vennootschappen wordt uitgeoefend door het college. Dit houdt in dat een afgevaardigde van het college de aandeelhoudersvergadering bijwoont. Uw raad wenst te vernemen of dit in strijd is met de gedragsregel van functiescheiding uit de Wet Markt en Overheid. Meer in het bijzonder vraagt u zich af of het in strijd is met deze gedragsregel wanneer dezelfde persoon zowel de functie van directeur/bestuurder van Sportcentrum Rozengarde (een 100% dochteronderneming van de gemeente) als de functie van directeur bedrijfsvoering bij de gemeente bekleedt.

2). Herziening eenmaal ingenomen standpunt algemeen belang

Uw raad is op dit moment bezig met een kerntakendiscussie. U wenst te vernemen of het vaststellen van het voorgenomen raadsbesluit een negatieve invloed kan hebben op de uitkomst van deze kerntakendiscussie. Dit betreft anders gezegd de vraag of, ingeval een onderwerp niet (langer) als algemeen belang in het kader van de kerntaken van de gemeente naar voren komt, terwijl de feiten en omstandigheden waaronder de activiteiten of financiering plaatsvinden niet gewijzigd zijn, dit tot gevolg zou kunnen hebben dat achteraf de algemeen belanguitzondering als onterecht vastgesteld moet gelden. Uw raad vraagt bijvoorbeeld of partijen rechten zullen kunnen ontlenen aan de Wet Markt en Overheid wanneer als uitkomst van de kerntakendiscussie de exploitatie van parkeergarages – in tegenstelling tot de huidige situatie – aan de markt moet worden overgelaten en de parkeergarages die de gemeente exploiteert derhalve moeten worden verkocht.

Antwoorden

1). Verbod op functievermenging

De Wet Markt en Overheid bepaalt dat, indien een bestuursorgaan een publiekrechtelijke bevoegdheid uitoefent ten aanzien van economische activiteiten die door hetzelfde of een ander bestuursorgaan van de desbetreffende publiekrechtelijke rechtspersoon worden verricht, moet worden voorkomen dat dezelfde personen betrokken kunnen zijn bij zowel de uitoefening van de bevoegdheid als bij het verrichten van de economische activiteiten (artikel 12L Mededingingswet).

Funcievermenging geldt niet bij “algemeen belang uitzondering”

Vooropgesteld moet worden dat de Wet Markt en Overheid niet van toepassing is op economische activiteiten en op bevoordelingen van overheidsbedrijven die naar het oordeel van de raad plaatsvinden in het algemeen belang (artikel 25h, lid 5, Mededingingswet). Dergelijke activiteiten of bevoordelingen zijn uitgezonderd van alle bepalingen van de Wet Markt en Overheid, zodat ook het verbod op funcievermenging buiten toepassing blijft.

Met betrekking tot de vraag over de functie bij de gemeente enerzijds en bij Sportcentrum Rozengarde anderzijds, kan worden geconstateerd dat uw voornemens bent om de financiering van het sportcentrum aan te merken als bevoordeling die geschiedt in het algemeen belang. Indien uw raad dit besluit inderdaad vaststelt, is het dus niet langer nodig om te beoordelen of sprake is van de in de Wet Markt en Overheid verboden funcievermenging.

Verbod funcievermenging geldt alleen binnen overheidsorganisatie

Voor de volledigheid wordt bovenstaande vraag ook beantwoord voor de situatie waarin niet zou worden vastgesteld dat sprake is van een activiteit of bevoordeling in het algemeen belang. Dergelijke activiteiten en bevoordelingen vallen – er vanuit gaande dat er ook geen andere uitzonderingsgrond opgaat – wel onder de Wet Markt en Overheid. Uit de verbodsbepaling blijkt dat het moet gaan om bevoegdheidsuitoefening door een bestuursorgaan van een publiekrechtelijke rechtspersoon ten aanzien van economische activiteiten die door hetzelfde of een ander bestuursorgaan van de desbetreffende publiekrechtelijke rechtspersoon worden verricht. Hieruit volgt dat het verbod op funcievermenging alleen geldt wanneer het gaat om economische activiteiten die door de gemeente zelf worden verricht. Dit wordt bevestigd door de Memorie van Toelichting bij de wet. Deze vermeldt ten eerste dat deze gedragsregel beoogt te voorkomen dat er een schijn van belangenverstrengeling kan ontstaan *binnen de overheid*, doordat publiekrechtelijke bevoegdheden en economische activiteiten in één persoon verenigd zijn (pagina 40 Memorie van Toelichting). Bij overheidsbedrijven geldt volgens de Memorie van Toelichting (pagina 6) het risico op funcievermenging niet (tenzij deze overheidsbedrijven mede publieke taken uitvoeren) omdat het overheidsbedrijf opereert als een onderneming die juridisch gescheiden is van de overheidsorganisatie.

Het voorgaande betekent dat wanneer een economische activiteit niet door de gemeente wordt verricht maar door een overheidsbedrijf dat juridisch gescheiden is van de gemeente, hetgeen bij Sportcentrum Rozengarde B.V. aan de orde is, geen verplichting bestaat op grond van de Wet Markt en Overheid om te voorzien in een functiescheiding. Bij deelnemingen in overheidsbedrijven is de afvaardiging van een vertegenwoordiger van het college bij de aandeelhoudersvergadering van het overheidsbedrijf waarin zij 100% van de aandelen houdt niet in strijd met de gedragsregels.

2). *Herziening ingenomen standpunt algemeen belang*

Hiervoor werd al opgemerkt dat economische activiteiten en bevoordelingen die geschieden in het algemeen belang zijn uitgezonderd van de werking van de Wet Markt en Overheid. Daarbij geldt dat, voor de vraag of daarvan sprake is, het oordeel van het bestuursorgaan (in dit geval de raad) doorslaggevend is.

De beslissing dat sprake is van een economische activiteit of een bevoordeling in het algemeen belang moet worden gebaseerd op een zorgvuldige belangenafweging door het bestuursorgaan en moet uitvoerig worden onderbouwd.

Indien de raad conform deze voorwaarden op goede gronden heeft geoordeeld dat de activiteiten of bevoordelingen plaatsvinden in het te verwezenlijken algemene belang, dan gaat de uitzondering derhalve op voor de periode dat dit oordeel van de raad van kracht is.

Wet belemmert niet dat beleid wordt gewijzigd

De Wet Markt en Overheid staat er niet aan in de weg dat vervolgens eveneens op goede gronden, namelijk in het kader van een heroverweging van belangen, komt vast te staan dat een zeker algemeen belang niet langer door de gemeente wordt nagestreefd of onderschreven. Het is dus mogelijk om nadien het beleid te wijzigen en op basis daarvan tot een ander oordeel of een andere visie ten aanzien van algemene belangen te komen. In dat geval ontvalt uiteraard de grond aan de uitzondering en moet de Wet Markt en Overheid dus worden toegepast: het bestuursorgaan moet het algemeen belangbesluit dan intrekken. Dit hoeft echter niet te leiden tot risico's met betrekking tot de periode waarin op goede gronden een algemeen belangbesluit van kracht is geweest.

Om te voorkomen dat bij een dergelijke beleidswijziging verwarring ontstaat over de gegrondheid van het oordeel van het bestuursorgaan in de voorgaande periode, kan deze zo worden ingekleed dat daaruit blijkt van een gewijzigd, dat wil zeggen hernieuwd, oordeel op basis van een heroverweging van belangen (zodat dit dus niet kan worden verward met een conclusie dat de gemeente het destijds niet onder de uitzondering had mogen brengen).

Wet belemmert niet de keuze om economische activiteiten (niet) te verrichten

Opgemerkt wordt dat de Wet Markt en Overheid de volledige vrijheid laat aan overheidsorganisaties om zelf te bepalen of zij economische activiteiten willen verrichten of niet. Het staat de gemeente dus vrij om te bepalen dat het zelf verrichten van de exploitatie van bijvoorbeeld parkeergarages niet langer in haar beleid past en de verrichting van deze economisch activiteit te staken. Ook hier geldt dat dit niet zal leiden tot aanspraken van andere partijen als de gemeente op basis van haar eerdere beleidsafweging op goede gronden van de algemeen belanguitzondering kon uitgaan.
