



Ons kenmerk: ACM/UIT/297744
Zaaknummer: 17/012021 (voorheen 17.0160.33)

BESLUIT van Autoriteit Consument en Markt als bedoeld in artikel 70c, eerste lid, aanhef en onderdeel a, van de Mededingingswet

Muzenstraat 41 www.acm.nl
2511 WB Den Haag 070 722 20 00

Inhoudsopgave

1	Inleiding en leeswijzer	3
2	Wettelijk kader	4
3	Procedure	5
4	Feiten	5
5	Toepasselijkheid artikelen 25i, 25j en 25l Mw	7
5.1	Bestuursorgaan	7
5.2	Overheidsbedrijf	7
5.3	Economische activiteit of wettelijke taak	8
5.3.1	Beoordelingskader	8
5.3.2	Standpunten de Financiële Hulpverlener en de gemeente Deventer	9
5.3.3	Beoordeling door de ACM	11
5.4	Functiescheiding	13
5.4.1	Beoordelingskader	13
5.4.2	Standpunt de Financiële Hulpverlener	13
5.4.3	Beoordeling door de ACM	13
5.5	Uitzonderingsbepalingen	14
5.6	Conclusie toepasselijkheid artikelen 25i, 25j en 25l Mw	14
6	Beoordeling artikel 25i	14
6.1	Overzicht kosten en opbrengsten beschermingsbewind door de gemeente	15
6.1.1	Kosten	15
6.1.2	Opbrengsten	16
6.2	Beoordeling kosten en opbrengsten beschermingsbewind door de ACM	17
6.2.1	Conclusie	19
7	Beoordeling artikel 25l Mw	20
8	Zienswijze de Financiële Hulpverlener	21
9	Reactie van de ACM op de zienswijze van de Financiële Hulpverlener	23
10	Zienswijze gemeente Deventer	27
11	Reactie van de ACM op de zienswijze van de gemeente Deventer	29
12	Besluit	34

1 Inleiding en leeswijzer

1. De Autoriteit Consument & Markt (hierna: ACM) ziet toe op de naleving van de Wet Markt en Overheid. De Wet Markt en Overheid (hierna ook: Wet M&O) is onderdeel van de Mededingingswet (hierna: Mw).¹ Het doel van de Wet M&O is *“het creëren van zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen enerzijds overheden die als aanbieder van goederen of diensten aan derden optreden en anderzijds particuliere ondernemingen.”*
2. Het uitgangspunt van de Wet M&O is dat overheidsorganisaties de vrijheid hebben om “economische activiteiten” te verrichten (en daarbij mogelijk met particuliere ondernemingen concurreren), maar dat ze zich daarbij wel aan een aantal gedragsregels moeten houden.
3. Op 3 februari 2017 heeft de ACM in het kader van de Wet M&O een aanvraag tot het nemen van een besluit als bedoeld in artikel 70c, eerste lid, Mw (hierna: handhavingsverzoek) ontvangen. Dit handhavingsverzoek is ingediend door De Financiële Hulpverlener BV (hierna: de Financiële Hulpverlener). In het handhavingsverzoek stelt de Financiële Hulpverlener dat de gemeente Deventer (hierna ook: de gemeente) de dienst beschermingsbewind per 1 januari 2017 gratis aanbiedt en daarmee de verplichting tot kostendoorberekening van artikel 25i Mw overtreedt. Daarnaast zou de gemeente een overheidsbedrijf bevoordelen en daarmee artikel 25j van de Mw overtreden. De gemeente zou ook onvoldoende functiescheiding hebben aangebracht en daarmee artikel 25l Mw hebben overtreden.
4. Naar aanleiding van het handhavingsverzoek van de Financiële Hulpverlener heeft de ACM onderzocht of de gemeente de Wet M&O overtreedt. De ACM concludeert op basis van haar onderzoek dat de gemeente niet de integrale kosten doorberekent voor de dienst beschermingsbewind. De gemeente overtreedt daarmee artikel 25i, eerste lid, Mw. De ACM concludeert vervolgens dat de gemeente Deventer het bevoordelingsverbod van artikel 25j en de verplichting tot functiescheiding van artikel 25l niet overtreedt. In dit besluit legt de ACM uit waarom zij tot deze conclusie komt.
5. In dit besluit beschrijft de ACM achtereenvolgens het wettelijk kader waarbinnen de ACM tot dit besluit komt (hoofdstuk 2), de door de ACM gevolgde procedure (hoofdstuk 3), de relevante feiten (hoofdstuk 4), de toepasselijkheid van art. 25i, art. 25j en art. 25l Mw (hoofdstuk 5), de beoordeling van de feiten en omstandigheden zoals geconcludeerd in het concept besluit (hoofdstuk 6 en hoofdstuk 7), de zienswijze van de Financiële Hulpverlener (hoofdstuk 8), de reactie van ACM op de zienswijze van de Financiële Hulpverlener (hoofdstuk 9), de zienswijze van de gemeente Deventer (hoofdstuk 10), de reactie van de ACM op de zienswijze van de gemeente Deventer (hoofdstuk 11) en de conclusie van de ACM (hoofdstuk 12).

¹ Hoofdstuk 4B Mededingingswet

2 Wettelijk kader

6. Op grond van art. 70c, eerste lid, aanhef en onderdeel a, Mw kan de ACM, ingeval van een overtreding van artikel 25i, eerste lid, Mw, artikel 25j, eerste lid, Mw en artikel 25l Mw, verklaren dat zij een overtreding heeft vastgesteld.
7. De Wet M&O richt zich tot overheidsorganisaties die economische activiteiten verrichten. Om concurrentievervalsing met ondernemingen te voorkomen, dienen overheidsorganisaties die activiteiten 'op de markt' verrichten zich te houden aan vier gedragsregels zoals neergelegd in de Wet M&O. Deze gedragsregels omvatten de plicht tot integrale kostendoorberekening ex art. 25i, eerste lid, Mw, het bevoordelingsverbod in artikel 25j, eerste lid Mw, de plicht tot beschikbaarstelling gegevens in artikel 25k Mw en de plicht tot functiescheiding in artikel 25l Mw.
8. In de artikelen 25h, 25i en 25j Mw zijn uitzonderingsbepalingen opgenomen waarbij de Wet M&O niet van toepassing is. Deze uitzonderingsbepalingen zien zowel op de aard van het bestuursorgaan als op de aard van de verrichte activiteiten.
9. In het Besluit Markt en Overheid² (hierna: Besluit M&O) zijn, op grond van artikel 25m, eerste lid, Mw nadere regels gesteld over de toepassing van de plicht tot integrale kostendoorberekening (art. 25i, eerste lid, Mw) en het bevoordelingsverbod (ex art. 25j, eerste lid, Mw). De nadere regels over de plicht tot integrale kostendoorberekening gaan onder andere in op:
 - a. de (soort van) goederen en diensten waarop de kostendoorberekening moet worden toegepast (aggregatieniveau in de activiteiten);
 - b. de in aanmerking te nemen kostensoorten (operationele kosten, afschrijvings- en onderhoudskosten en vermogenskosten);
 - c. de bron van de door te berekenen kosten (bijvoorbeeld: raming, realisatie).
10. Om te kunnen vaststellen welke verplichtingen uit de Wet M&O in een concreet geval van toepassing zijn, dient achtereenvolgens:
 - a. het bestuursorgaan in kwestie te worden gekwalificeerd;
 - b. de verrichte activiteit te worden gekwalificeerd als economische activiteit;
 - c. te worden vastgesteld dat geen van de wettelijke uitzonderingsbepalingen en/of overgangstermijn van toepassing zijn.
11. Artikel 25j Mw ziet op verboden bevoordeling van overheidsbedrijven. Overheidsbedrijven kunnen ondernemingen met een privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid zijn (zoals de besloten vennootschap of een stichting) of een personenvennootschap (zoals de commanditaire

² Besluit van 6 juni 2012, houdende regels voor overheden over de doorberekening van kosten en de toepassing van het bevoordelingsverbod.

vennootschap) (artikel 25g Mw). Bij de privaatrechtelijke rechtspersoon is het doorslaggevend of het bestuursorgaan in staat is om het beleid van de privaatrechtelijke rechtspersoon te bepalen. In dat geval is sprake van een overheidsbedrijf.

3 Procedure

12. De ACM heeft naar aanleiding van het handhavingsverzoek beoordeeld of de gemeente bij het aanbieden van de dienst beschermingsbewind heeft gehandeld in overeenstemming met het bepaalde in artikel 25i, artikel 25j en artikel 25l Mw.
13. Zowel de Financiële Hulpverlener als de gemeente Deventer heeft in de periode februari tot en met juni 2017 desgevraagd aan de ACM informatie verstrekt over de dienst beschermingsbewind van de gemeente Deventer.
14. Op 26 juni 2017 heeft de ACM de conceptversie van dit besluit aan de Financiële Hulpverlener en de gemeente Deventer toegezonden en heeft de ACM de Financiële Hulpverlener en de gemeente zodoende in de gelegenheid gesteld hun zienswijzen op dit besluit naar voren te brengen.

4 Feiten

15. De gemeente Deventer biedt vanaf 2009 beschermingsbewind aan. De gemeente biedt zowel aan inwoners van de gemeente Deventer als inwoners uit andere gemeenten dan de gemeente Deventer beschermingsbewind aan. Vanaf 2011 heeft de gemeente beschermingsbewind als structureel onderdeel van de integrale schuldhulpverlening in het dienstenpakket van het Budget Adviesbureau Deventer (hierna: BAD) opgenomen. Het BAD is een afdeling binnen de gemeente Deventer.
16. Beschermingsbewind houdt in dat een bewindvoerder voor onbepaalde tijd de volledige financiële verantwoordelijkheid overneemt van mensen die zelf deze verantwoordelijkheid niet meer kunnen dragen. Beschermingsbewind is bedoeld voor mensen die vanwege lichamelijke of psychische redenen tijdelijk of blijvend niet in staat zijn om hun financiële belangen te behartigen. De taken die een bewindvoerder moet uitvoeren zijn vastgelegd in titel 19 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek.
17. Een bewindvoerder wordt door de kantonrechter benoemd. Dat kan een naast familielid zijn, een persoon die werkzaam is bij een onderneming die beschermingsbewind aanbiedt of een persoon die werkzaam is bij een gemeentelijke instantie en die zich heeft gespecialiseerd in beschermingsbewind. De rechter volgt bij de benoeming van de bewindvoerder de uitdrukkelijke voorkeur van de rechthebbende, tenzij gegronde redenen zich tegen zodanige

benoeming verzetten.³

18. De kantonrechter die de bewindvoerder benoemt, stelt ook de beloning voor de bewindvoerder vast.⁴ De bewindvoerder heeft aanspraak op een beloning die door middel van een wettelijke regeling⁵ is vastgesteld. In deze regeling zijn de tarieven opgenomen.
19. De concrete activiteiten binnen de dienst beschermingsbewindvoering betreffen hoofdzakelijk bureauwerkzaamheden door medewerkers. Binnen het BAD worden deze werkzaamheden verricht door zowel vaste als ingehuurde medewerkers.
20. Naast de gemeente bieden ook andere bedrijven beschermingsbewind aan. Een van deze bedrijven is de Financiële Hulpverlener.
21. De bewindvoederskosten worden in beginsel gedragen door de mensen aan wie de dienst beschermingsbewind wordt verleend. Mensen met een laag inkomen kunnen aanspraak maken op een vergoeding van de bewindvoederskosten via de bijzondere bijstand. Mensen hebben recht op een vergoeding uit de bijzondere bijstand als zij de zogenoemde noodzakelijke kosten van het bestaan niet zelf kunnen betalen.⁶
22. Tot 1 januari 2017 konden cliënten met een laag inkomen die bij de gemeente Deventer onder bewind stonden, de kosten van beschermingsbewind declareren bij de bijzondere bijstand. Ook inwoners van de gemeente Deventer met een laag inkomen die onder bewind stonden bij private bewindvoederskantoren kregen hun kosten vergoed uit de bijzondere bijstand. De gemeente geeft aan dat zij ook voor cliënten van meer dan 100 verschillende bewindvoederskantoren de kosten voor beschermingsbewind betaalde vanuit de bijzondere bijstand.
23. De gemeente Deventer geeft aan dat zij de uitgaven van de bijzondere bijstand wil beperken. Hierbij stelt de gemeente dat zij de dienst beschermingsbewind goedkoper en efficiënter kan uitvoeren dan andere, private bewindvoederskantoren en dus de kostenvergoeding vanuit de bijzondere bijstand kan verlagen. Om die reden heeft de gemeenteraad het besluit⁷ genomen om de dienst beschermingsbewind van de gemeente Deventer per 1 januari 2017 als

³ Artikel 435 van Boek 1 van het burgerlijk Wetboek.

⁴ Artikel 447 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek.

⁵ Regeling van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 4 november 2014, nr. 577811 houdende de invoering van de Regeling beloning curatoren, bewindvoerders en mentoren.

⁶ Memorie van Toelichting bij de Wet Werk en Bijstand dossiernummer 28870, nr.3. Voorloper van de huidige Participatiewet.

⁷ Raadsbesluit 2016-1651. De gemeenteraad van de gemeente Deventer heeft op 9 november 2016 ingestemd met het beleidsplan minimeleidend en schuldhulpverlening in Deventer 2017-2020.

voorliggende voorziening aan te merken.⁸ De Participatiewet bepaalt dat een cliënt geen recht heeft op bijzondere bijstand ter dekking van zijn kosten als de cliënt een beroep kan doen op een voorliggende voorziening.⁹

24. Omdat de gemeente haar eigen dienst beschermingsbewind als voorliggende voorziening heeft aangemerkt kunnen cliënten met een minimumuitkering aan wie beschermingsbewind wordt verleend per 1 januari 2017 geen aanspraak meer maken op vergoeding vanuit de bijzondere bijstand voor de kosten van dat beschermingsbewind, ongeacht of dit beschermingsbewind wordt verleend door de gemeente of door een private partij.
25. Vanaf 1 januari 2017 verleent de gemeente daarom de dienst beschermingsbewind aan inwoners (cliënten) van de gemeente met een laag inkomen, zonder de kosten bij deze cliënten in rekening te brengen.¹⁰ Om de kosten die de gemeente maakt voor het aanbieden van deze dienst beschermingsbewind te dekken, rekent de gemeente met ingang van 1 januari 2017 een deel van de algemene uitkering vanuit het Rijk niet langer toe aan de bijzondere bijstand, maar direct aan het budget voor de uitvoeringskosten van het gemeentelijk beschermingsbewind.¹¹

5 Toepasselijkheid artikelen 25i, 25j en 25l Mw

5.1 Bestuursorgaan

26. De gedragsregels van de Wet M&O zijn gericht op bestuursorganen in verband met de bestuursrechtelijke positie van bestuursorganen. De gemeenteraad van de gemeente Deventer heeft besloten om beschermingsbewind gratis aan te bieden. De gemeenteraad is een bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1, eerste lid, sub a, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). Daarom richt in dit geval de norm van artikel 25i, eerste lid, Mw, artikel 25j, eerste lid Mw en artikel 25l Mw zich tot de gemeenteraad van de gemeente Deventer.

5.2 Overheidsbedrijf

⁸ Een voorliggende voorziening is elke voorziening waarop een aanvrager aanspraak kan maken en die, gezien de aard en het doel, passend en toereikend wordt geacht. Dit betreft regelingen die zijn bedoeld om (deels) in bepaalde kosten te voorzien.

⁹ Artikel 15 Participatiewet.

¹⁰ Raadsbesluit 2016-1643. Bij de Programmabegroting 2017 heeft de gemeenteraad van Deventer op 9 november 2016 het besluit genomen om per 1 januari 2017 vanuit het Budget Adviesbureau Deventer "gratis" beschermingsbewind aan te bieden.

¹¹ Voor inwoners uit andere gemeenten dan de gemeente Deventer verandert er niets. Is er sprake van een laag inkomen dan kunnen zij de kosten declareren via de bijzondere bijstand van de gemeente waar zij woonachtig zijn.

27. Het bevoordelingsverbod van artikel 25j, eerste lid Mw is alleen van toepassing als een overheidsbedrijf onrechtmatig wordt bevoordeeld. Artikel 25g Mw bepaalt wat een overheidsbedrijf is. Dit is onder meer het geval als het gaat om een onderneming met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid waarvan een publiekrechtelijke rechtspersoon in staat is het beleid te bepalen. Een publiekrechtelijke rechtspersoon is onder andere in staat het beleid te bepalen als de publiekrechtelijke rechtspersoon meer dan de helft van de leden van het bestuur benoemt (artikel 25g, tweede lid, aanhef en onder b, Mw).
28. De gemeente biedt via het BAD beschermingsbewind aan. Het BAD¹² is geen onderneming met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid. De gemeente geeft aan dat het BAD een integraal onderdeel is van de gemeente Deventer.¹³ De ACM concludeert daarom dat artikel 25j Mw niet van toepassing is.

5.3 Economische activiteit of wettelijke taak

5.3.1 Beoordelingskader

29. De Wet M&O is alleen van toepassing als het bestuursorgaan een economische activiteit verricht. Om te bepalen of sprake is van een economische activiteit moet worden aangesloten bij de Europese jurisprudentie ten aanzien van het begrip "economische activiteit"¹⁴. Volgens vaste jurisprudentie is een economische activiteit "elke activiteit die bestaat in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt".¹⁵
30. Een leidend beginsel in de rechtspraak van het Hof van Justitie omtrent het ondernemingsbegrip en het begrip economische activiteit is of het gaat om activiteiten die ook door particuliere ondernemingen op een markt en in concurrentie kunnen worden verricht, zodat de entiteit in kwestie daarmee, feitelijk of potentieel, in concurrentie treedt of zou kunnen treden.¹⁶ De rechtsvorm of de financiering van de entiteit is hierbij niet doorslaggevend.¹⁷
31. Voor het vaststellen of een bestuursorgaan een economische activiteit verricht, is de aard van de activiteit bepalend.¹⁸ Uit jurisprudentie blijkt dat in dit kader onder meer van belang is wat het doel is waarmee de activiteiten worden verricht en aan welke regels de activiteiten zijn

¹² Het BAD (Bureau Adviesbureau Deventer) is een afdeling binnen de gemeente Deventer. Zie randnummer 15 van dit besluit.

¹³ Bij brief van 21 maart 2017.

¹⁴ *Kamerstukken II*, 2007/2008, 31 354, nr. 3 p. 30-31 (Memorie van toelichting).

¹⁵ O.a. C-113/07 SELEX Sistemi Integrati SpA, r.o. 69.

¹⁶ Zie hiertoe bijvoorbeeld zaak C-244/94, FFSA, C-115-/97-117/97, Brentjes Handelsonderneming B.V. of C-41/90 Höfner/Elser.

¹⁷ Vindplaats: C-180/98.

¹⁸ C-364/92 SAT Fluggesellschaft mbH r.o. 19.

onderworpen.¹⁹ Als het gaat om activiteiten die door bestuursorganen worden verricht, dient volgens jurisprudentie onderscheid te worden gemaakt tussen de situatie waarin het bestuursorgaan handelt in de uitoefening van overheidsgezag, en de situatie waarin economische activiteiten van industriële of commerciële aard, bestaande uit het aanbieden van goederen en diensten op de markt, worden verricht.²⁰ Voor zover bestuursorganen handelen in de uitoefening van overheidsgezag, verrichten zij in beginsel geen economische activiteit.

32. In de zaak *Aéroports de Paris* uit 2002²¹ heeft het Hof een criterium toegevoegd aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of sprake is van een publieke taak of van een overheidsprerogatief. Volgens deze uitspraak van het Hof is het feit dat een activiteit door een particuliere onderneming kan worden uitgeoefend, een extra aanwijzing op grond waarvan de betrokken activiteit als een ondernemingsactiviteit kan worden aangemerkt.

5.3.2 Standpunten de Financiële Hulpverlener en de gemeente Deventer

Opvatting van de gemeente Deventer

33. De gemeente Deventer stelt dat beschermingsbewind onderdeel uitmaakt van de integrale schuldhulpverlening. Zij brengt naar voren dat integrale schuldhulpverlening een publiekrechtelijke taak is op grond van artikel 2 van de Wet gemeentelijke schuldhulpverlening (hierna: Wgs). De gemeente heeft op grond van de Wgs de taak om een plan vast te stellen dat richting geeft aan de integrale schuldhulpverlening aan de inwoners van haar gemeente. De uitvoering van integrale schuldhulpverlening is op grond van artikel 3 Wgs volgens de gemeente Deventer bij wet als taak bij de gemeente belegd. In het door de gemeente opgestelde plan inzake schuldhulpverlening is beschermingsbewind uitdrukkelijk als onderdeel van de integrale schuldhulpverlening benoemd. Dit plan is door de gemeenteraad vastgesteld en daarmee is deze taak in een besluit van een bestuursorgaan vastgelegd.²²
34. De gemeente verwijst hierbij naar paragraaf 3.2.2 van de Handreiking Wet Markt en Overheid (hierna: de Handreiking). Daar staat: *“Er is sprake van een publiekrechtelijke taak als de taak een publiekrechtelijke basis heeft, dat wil zeggen de taak moet in wetgeving of een besluit van het bestuursorgaan zijn vastgelegd”*.
35. Vervolgens stelt de gemeente dat bij beschermingsbewind geen sprake is van reguliere marktwerking. Mensen die moeten rondkomen van een minimumuitkering hebben in principe (tenzij sprake is van een voorliggende voorziening) recht op vergoeding van de

¹⁹ Idem, r.o. 30.

²⁰ C-343/95, *Diego Cali & Figli Srl*, r.o. 16.

²¹ Vindplaats: C-82/01.

²² Raadsbesluit 2016-1651. De gemeenteraad van de gemeente Deventer heeft op 9 november 2016 ingestemd met het beleidsplan *minimabeleid en schuldhulpverlening in Deventer 2017-2020*.

bewindvoerderskosten via de bijzondere bijstand. De gemeente merkt op dat commerciële bedrijven beschermingsbewind alleen kunnen aanbieden aan mensen met een laag inkomen, vanwege de zekerheid dat de kosten door de gemeente worden betaald. Anders gezegd: volgens de gemeente kan de markt voor beschermingsbewind voor mensen met een laag inkomen enkel bestaan omdat de gemeente de kosten daarvan draagt.

36. Daarnaast stelt de gemeente dat bij beschermingsbewind sprake is van beperkte concurrentie omdat de prijs vastligt. Aan beschermingsbewind worden per soort bewind tarieven toegekend.²³ In de praktijk hanteren alle bewindvoerders deze tarieven en nooit lagere, zo stelt de gemeente. Volgens de gemeente is dan ook geen sprake van normale concurrentie op prijs. De gemeente geeft hierbij aan dat zij de dienst beschermingsbewind goedkoper en efficiënter kan uitvoeren dan het tarief dat nu door andere bewindvoerderskantoren wordt gerekend.
37. Ook op andere aspecten is volgens de gemeente sprake van beperkte concurrentie. Personen die onder bewind worden gesteld kunnen slechts voorafgaand aan de toetsing door de rechter hun voorkeur uitspreken voor een bewindvoerder. Gelet op de aard van de doelgroep (kwetsbare burgers die niet voldoende in staat zijn om hun eigen financiële belangen te behartigen) is het de vraag in hoeverre deze consument vooraf een goed afgewogen keuze kan maken. Er is geen sprake van een proefperiode. Is de bewindvoerder eenmaal benoemd dan kan de cliënt alleen met tussenkomst van de rechter overstappen naar een andere bewindvoerder als hij ontevreden is over de geleverde dienst. In een reguliere markt is het mogelijk om zonder al te veel beperkingen over te stappen van de ene naar de andere dienstverlener. Verder wordt het overstappen naar een andere bewindvoerder nog bemoeilijkt doordat bewindvoerders binnen hun branchevereniging afspraken hebben gemaakt over het overnemen van cliënten.²⁴
38. Tot slot stelt de gemeente dat de wettelijke keuzevrijheid beperkt is op het moment dat de kosten van die keuze kunnen worden afgewenteld op de gemeenschap. Zij verwijzen hierbij naar een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep.²⁵

Opvatting de Financiële Hulpverlener

39. De Financiële Hulpverlener stelt dat het bieden van de dienst beschermingsbewind een economische activiteit is. Het is volgens de Financiële Hulpverlener niet juist om te stellen dat beschermingsbewind als afgeleide van schuldhulpverlening een publiekrechtelijke taak is.
40. Schuldhulpverlening is volgens de Financiële Hulpverlener geen taak die alleen door de overheid mag worden uitgevoerd of uitbesteed. Ook andere partijen mogen

²³ De gemeente verwijst naar de Regeling van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 4 november 2014, nr. 577811 houdende de invoering van de Regeling beloning curatoren, bewindvoerders en mentoren.

²⁴ De gemeente verwijst naar artikel 23 van de kwaliteitsverordening Branchevereniging Professionele Bewindvoerders en Inkomensbeheerders, versie maart 2016.

²⁵ CRvB 21-05-2015, nr. 13/2586 WWB ECLI:NL:CRvB:2015:1654.

schuldhulpverlening aanbieden zolang ze maar voldoen aan de eisen van de NVVK²⁶. Daarnaast heeft niet iedereen die een bewindvoerder heeft ook schulden. En mensen met schulden hebben niet allemaal een bewindvoerder. De relatie die de gemeente Deventer legt tussen schuldhulpverlening en beschermingsbewind is daarmee onjuist, zo stelt de Financiële Hulpverlener.

5.3.3 Beoordeling door de ACM

41. De ACM is van oordeel dat gemeente Deventer met het aanbieden van de dienst beschermingsbewind een economische activiteit verricht. De ACM legt haar standpunt hieronder uit.
42. Zoals blijkt uit het hiervoor weergegeven toetsingskader, is volgens staande jurisprudentie de aard van de activiteit bepalend voor het antwoord op de vraag of de gemeente Deventer een economische activiteit verricht. Daarbij moet onder meer worden gekeken naar het doel waarmee de activiteit wordt uitgevoerd en de regels waaraan de activiteit is onderworpen. Daarbij biedt de zaak *Aéroports de Paris* uit 2002²⁷ zoals gezegd enkele aanknopingspunten voor de beoordeling of het aanbieden van de dienst beschermingsbewind een economische activiteit is.
43. De gemeenteraad van de gemeente Deventer heeft op grond van artikel 2 van de Wgs de wettelijke taak om een plan vast te stellen dat richting geeft aan de integrale schuldhulpverlening aan de inwoners van zijn gemeente. Op basis van artikel 3 Wgs is het college verantwoordelijk voor de schuldhulpverlening aan de inwoners van zijn gemeente en voert daarbij het plan, bedoeld in artikel 2, eerste lid Wgs uit.
44. Een belangrijk uitgangspunt van het wettelijk kader voor gemeentelijke schuldhulpverlening is dat de schuldhulpverlening een integraal karakter heeft. Dit volgt uit de memorie van toelichting bij de Wgs.²⁸ Dit betekent dat er bij de schuldhulpverlening niet alleen aandacht moet zijn voor het oplossen van de financiële problemen van een cliënt, maar ook voor eventuele omstandigheden die op enigerlei wijze in verband kunnen staan met de financiële problemen van een cliënt. Het kan daarbij bijvoorbeeld gaan om psychosociale factoren, relatieproblemen, de woonsituatie, de gezondheid, een verslaving of de gezinssituatie.
45. De concrete invulling van het begrip integrale schuldhulpverlening ligt bij de gemeente in overleg met de samenwerkingspartners. Uit de memorie van toelichting volgt verder dat de gemeente hierbij een regierol heeft. Het vervullen van de regierol is essentieel om samenhang te waarborgen in de aanpak van de problemen van de cliënt. Hiermee kan worden voorkomen dat organisaties langs elkaar heen werken en uitsluitend bezig zijn om hun aspect van het

²⁶ Nederlandse Vereniging voor Volkskrediet, de brancheorganisatie voor schuldhulpverlening en sociaal bankieren.

²⁷ Vindplaats: C-82/01.

²⁸ Memorie van toelichting bij de Wet gemeentelijke schuldhulpverlening, p. 6 en 7. Dossiernummer 32291, nr.3.

probleem op te lossen, zonder aandacht te hebben voor de problematiek van de schuldenaar als geheel. De gemeente is op basis van de verantwoordelijkheid van het college van burgemeester en wethouders (B en W), naar het oordeel van de regering, het best in staat om de regierol bij de integrale schuldhulpverlening op zich te nemen. Dit uiteraard in nauwe afstemming met andere instanties die bij de integrale schuldhulpverlening betrokken zijn.²⁹

46. In de memorie van toelichting³⁰ staat verder dat het wettelijk kader van de integrale schuldhulpverlening bovenop de instrumenten komt die de gemeente desgewenst kan inzetten, al dan niet na inschakeling van de rechter of andere instanties, in het kader van de gemeentelijke schuldhulpverlening. Deze instrumenten zijn bijvoorbeeld budgetbeheer³¹, curatele³² en beschermingsbewind.
47. Uit de Wgs kan echter niet worden afgeleid dat de gemeente Deventer de wettelijke taak heeft om de dienst beschermingsbewind zelf aan te bieden. De gemeente heeft enkel de wettelijke taak om een plan vast te stellen dat richting geeft aan de integrale schuldhulpverlening aan de inwoners van haar gemeente. De gemeente heeft hierbij een regierol.
48. Beschermingsbewind vindt haar grondslag in titel 19 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW). Ook hieruit blijkt niet dat de gemeente de wettelijke taak heeft gekregen om beschermingsbewind aan te bieden. In het BW staat dat de kantonrechter de bewindvoerder benoemt. Het BW bepaalt juist dat bij voorkeur een naast familielid als bewindvoerder wordt benoemd. Daarnaast kunnen ook andere personen die werkzaam zijn bij een onderneming die gespecialiseerd is in beschermingsbewind of een persoon werkzaam bij een gemeentelijke instantie als bewindvoerder worden benoemd.³³
49. Uit de praktijk blijkt dat ook particuliere ondernemingen beschermingsbewind aanbieden. De gemeente vergoedde in 2016 immers voor cliënten van meer dan 100 verschillende bewindvoerderskantoren de kosten voor beschermingsbewind. Met het aanbieden van beschermingsbewind treedt de gemeente Deventer dan ook feitelijk dan wel potentieel in concurrentie met commerciële particuliere ondernemingen die beschermingsbewind aanbieden.
50. Dat er bij beschermingsbewind maximale tarieven worden gehanteerd doet hier niets aan af. Het staat bewindvoerderskantoren vrij om lagere tarieven in rekening te brengen.

²⁹ Memorie van toelichting bij de Wet gemeentelijke schuldhulpverlening, p. 6 en 7. Dossiernummer 32291, nr.3.

³⁰ Dossiernummer 32291, nr.3, p.16.

³¹ Het beheren van inkomsten van mensen die daar door omstandigheden zelf (tijdelijk of structureel) niet toe in staat zijn. De betalingen van leefgeld, vaste lasten, reserveringen en variabele lasten worden ten behoeve van de cliënt verzorgd.

³² Curatele is voor mensen die hun financiële en persoonlijke zaken niet zelf kunnen regelen en voor wie beschermingsbewind en/of mentorschap niet volstaat.

³³ Artikel 435 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek.

51. Daarnaast is prijs ook niet het enige aspect waarop bewindvoerders met elkaar kunnen concurreren. Kwaliteit van de dienstverlening is ook een aspect waarop ondernemingen met elkaar kunnen concurreren.
52. Het belang voor een bewindvoerderskantoor om zich te onderscheiden blijkt uit het feit dat cliënten bij de rechter hun voorkeur kunnen uitspreken voor een bewindvoerderskantoor. De rechter volgt bij de benoeming van de bewindvoerder de uitdrukkelijke voorkeur van de cliënt. Heeft de cliënt geen voorkeur dan kiest de rechter.
53. De ACM is van oordeel dat het aanbieden van de dienst beschermingsbewind geen uitoefening is van overheidsgezag die bij of krachtens wet aan gemeenten is opgedragen. Het aanbieden van de dienst van beschermingsbewind kan in de praktijk ook door particuliere ondernemingen worden gedaan en dit gebeurt ook daadwerkelijk. De gemeente Deventer treedt daarmee, feitelijk of potentieel, in concurrentie met andere commerciële bewindvoerderskantoren die beschermingsbewind aanbieden.
54. Gelet op het bovenstaande verricht de gemeente Deventer naar het oordeel van de ACM met het aanbieden van beschermingsbewind een economische activiteit.

5.4 Functiescheiding

5.4.1 Beoordelingskader

55. De gedragsregel functiescheiding van artikel 25l Mw geldt als een bestuursorgaan een publiekrechtelijke bevoegdheid uitoefent ten aanzien van economische activiteiten die ook door dat bestuursorgaan worden verricht. In dat geval mogen niet dezelfde personen betrokken zijn bij zowel de uitoefening van de bevoegdheid als bij het verrichten van de economische activiteiten.

5.4.2 Standpunt de Financiële Hulpverlener

56. De Financiële Hulpverlener geeft aan dat een bewindvoerder de wettelijke taak heeft om cliënten binnen en buiten rechte te vertegenwoordigen. Andere belangen heeft de bewindvoerder niet. Bij de gemeente komen volgens de Financiële Hulpverlener teveel rollen en verantwoordelijkheden samen die tegenstrijdig zouden kunnen zijn. Naast dat de gemeente beschermingsbewind aanbiedt, kent de gemeente ook bijzondere bijstand toe. Daarnaast kan de gemeente ook schuldeiser zijn wanneer de gemeente aan een inwoner krediet heeft verstrekt via de Kredietbank Salland en Omstreken.

5.4.3 Beoordeling door de ACM

57. Wil de gedragsregel van functiescheiding van artikel 25l van toepassing zijn dan moet er

sprake zijn van activiteiten die worden verricht op grond van een publiekrechtelijke bevoegdheid. De ACM hoeft niet in te gaan op de vraag of er bij de toekenning van bijzondere bijstand en bij de verlening van krediet door de gemeente sprake is van uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid omdat het de materiële beoordeling in dit geval niet beïnvloedt (zie randnummers 81 tot en met 87). De personen werkzaam bij de uitvoering van beschermingsbewind zijn namelijk niet betrokken bij andere taken en activiteiten van de gemeente. De taken van de gemeente zijn in personen en afdelingen van elkaar gescheiden.

5.5 Uitzonderingsbepalingen

58. Uit onderzoek door de ACM is niet gebleken dat een of meer van de uitzonderingsbepalingen uit de artikelen 25h, 25i, en 25j Mw van toepassing zijn.

5.6 Conclusie toepasselijkheid artikelen 25i, 25j en 25l Mw

59. Op grond van het voorgaande concludeert de ACM dat de gemeente Deventer bij het aanbieden van de dienst beschermingsbewind de verplichting heeft tot het doorberekenen van de integrale kosten, zoals neergelegd in artikel 25i, eerste lid, Mw.
60. Het bevoordelingsverbod van artikel 25j Mw is niet van toepassing, omdat het BAD geen overheidsbedrijf is in de zin van artikel 25g Mw.
61. De ACM laat in het midden of de gedragsregel functiescheiding van artikel 25l van toepassing is, omdat het de materiële beoordeling niet beïnvloedt (zie randnummers 81 tot en met 87).

6 Beoordeling artikel 25i

62. In dit hoofdstuk beoordeelt de ACM of de gemeente Deventer bij het aanbieden van de dienst beschermingsbewind de integrale kosten aan haar cliënten in rekening brengt.
63. Artikel 25i, eerste lid, Mw verplicht bestuursorganen om voor een product of dienst die zij aanbieden ten minste de integrale kosten aan afnemers in rekening te brengen. Artikel 25i, vierde lid, Mw stelt dat een bestuursorgaan op verzoek van de ACM dient aan te tonen dat het heeft voldaan aan de in het eerste lid bedoelde verplichting. Volgens het Besluit M&O is het aan het bestuursorgaan om binnen haar organisatie de doorberekening van de integrale kosten zodanig in te richten dat zij dit kan aantonen.
64. De ACM heeft haar beoordeling beperkt tot het jaar 2016 en het eerste kwartaal van 2017, omdat de Financiële Hulpverlener zich in zijn handhavingsverzoek met name richt op de

wijziging in de structuur bij de gemeente per 1 januari 2017. De resultaten van de beoordeling geven de ACM vooralsnog geen aanleiding om haar beoordeling uit te breiden naar jaren vóór 2016.

6.1 Overzicht kosten en opbrengsten beschermingsbewind door de gemeente

65. Zoals beschreven in randnummer 9 van dit besluit moet bij de doorberekening van de integrale kosten op grond van artikel 25i, eerste lid Mw, eerst worden vastgesteld wat het relevante aggregatieniveau van de activiteiten is waarvoor de kosten worden berekend.
66. Het Besluit M&O stelt: *"Voor de verplichting van kostendoorberekening is van belang of deze per goed of dienst geldt of op een brede categorie van goederen of diensten kan worden toegepast. Zoals vermeld in de memorie van toelichting bij de Wet markt en overheid³⁴ moet de kostendoorberekening niet per sé per goed of dienst plaatsvinden. Kostenberekening en -toerekening kan plaatsvinden voor een categorie van dezelfde of soortgelijke goederen of diensten mits zij betrekking hebben op dezelfde markt. Een overheid kan voor de berekening van de integrale kosten een aggregatieniveau kiezen dat verschillende goederen en diensten omvat, voor zover zij eenzelfde markt betreffen. [...] "Kruissubsidiëring" tussen goederen en diensten binnen eenzelfde markt [...] is dus toegestaan. Het is voldoende dat ten minste de integrale kosten van het totaal van alle goederen en diensten worden doorberekend."*³⁵
67. In antwoord op vragen van de ACM heeft de gemeente Deventer aangegeven dat het aggregatieniveau voor de kostentoerekening, als bedoeld in het Besluit M&O, ligt op het niveau van het beschermingsbewind als geheel (binnen de afdeling BAD). De ACM kan zich in dit standpunt vinden, aangezien de gemeente de uitvoering van het beschermingsbewind binnen het team BAD heeft vormgegeven als een aparte dienst waarbinnen alle verschillende werkzaamheden voortkomend uit het aanbieden van beschermingsbewind zijn ondergebracht.
68. De ACM heeft de gemeente Deventer verzocht aan te tonen dat zij de verplichting zoals neergelegd in art. 25i Mw naleeft. De gemeente heeft daartoe aan de ACM voor 2016 en het eerste kwartaal van 2017 de gerealiseerde kosten en opbrengsten van haar dienstverlening met betrekking tot beschermingsbewind verstrekt.³⁶

6.1.1 Kosten

69. De gemeente heeft aangegeven dat de kosten uit de volgende componenten bestaan:

³⁴ Kamerstukken II 2007/2008, 31 354, nr. 3, blz. 36

³⁵ Toelichting bij het Besluit M&O p.8 par. 3.3.

³⁶ Brieven van 21 maart 2017 en 2 mei 2017.

- Bij medewerkers in dienst van de gemeente:
 - de reële loonsom inclusief alle werkgeverslasten;
 - een normbedrag per fte voor het teambudget opleidingen;
 - een normbedrag per fte voor diverse personele uitgaven van het team;
- Bij ingehuurde medewerkers: het doorberekende inhuurtarief (loonsom + opslag inlener);
- Voor medewerkers per 1 januari 2017 in dienst bij de gemeente: een opslag op de uurtarieven voor de bedrijfsvoeringskosten (overhead). Deze opslag dekt de kosten van:
 - Facilitaire zaken (kapitaallasten stadskantoor, inventaris, werkplekken, onderhoud en schoonmaak etc.),
 - ICT (kapitaallasten, licenties software, functioneel en technisch beheer, etc.),
 - Financiën,
 - Personeel en Organisatie,
 - Communicatie,
 - Management en ondersteuning,
 - Bestuursondersteuning,
 - Juridische zaken en inkoop;
- De direct ten laste van het team Beschermingsbewind geboekte uitgaven (opleidingen en accountantskosten);
- Het aandeel van het team beschermingsbewind in de kosten van het teammanagement BAD.

6.1.2 Opbrengsten

70. De gemeente heeft aan de ACM voor 2016 en het eerste kwartaal van 2017 een overzicht opgeleverd van de opbrengsten die de gemeente zegt te hebben behaald met betrekking tot het verlenen van de dienst beschermingsbewind. Tot en met 2016 berekende het BAD de kosten voor iedere individuele cliënt door aan de cliënt, waarbij het BAD voor de cliënten met een laag inkomen de kosten van beschermingsbewind declareerde bij de bijzondere bijstand. Vanaf 1 januari 2017 declareert de gemeente voor cliënten met een laag inkomen de kosten van het beschermingsbewind niet meer bij de bijzondere bijstand. De opbrengsten die het BAD hierdoor misloopt, worden 'aangezuiverd' doordat de gemeente een deel van de algemene uitkering van het Rijk uit het Gemeentefonds direct toerekent aan het budget ter dekking van de uitvoeringskosten voor het gemeentelijke beschermingsbewind. Vanaf 1 januari 2017 behaalt de gemeente dus geen opbrengsten meer voor de dienst beschermingsbewind die het BAD aan mensen met een laag inkomen verleent.

71. In onderstaande tabel staan de gerealiseerde kosten en opbrengsten geaggregeerd vermeld:

	2016	2017 ³⁷
Opbrengsten		
Gedeclareerde vergoedingen	€ 187.839	€ 29.162
Budgetoverheveling	-	€ 36.540
Totale opbrengsten	€ 187.839	€ 65.702
Kosten		
Totale loonkosten	€ 133.005	€ 38.051
Overhead	€ 58.949	€ 12.654
Indirecte kosten	€ 8.167	€ 2.073
Totale kosten	€ 200.122	€ 52.778
Opbrengsten -/- kosten	€ -/ - 12.283	€ 12.924

72. De gemeente verklaart het verschil tussen de kosten en opbrengsten in 2016 en 2017 als volgt: “[Dit is] een gevolg van het feit dat de Rechtbank een achterstand heeft gehad in het toewijzen van nieuwe bewindvoeringen die door het BAD zijn aangemeld. Al bij de aanmelding wordt in de capaciteit rekening gehouden met de benoeming in een nieuwe zaak. Als de benoeming lang op zich laat wachten, is de capaciteit wel aanwezig (inclusief de daarbij behorende kosten), maar de opbrengsten komen pas later. Een en ander is in het eerste kwartaal van 2017 overigens weer rechtgetrokken: daar zijn de opbrengsten ongeveer € 13.000 hoger dan de kosten.”³⁸ De gemeente heeft toegelicht³⁹ dat men (een aantal) werkzaamheden⁴⁰ die normaal gesproken pas in 2017 worden verricht naar voren heeft gehaald en al in 2016 heeft uitgevoerd. Dit is alleen gebeurd voor cliënten aan wie het BAD in 2016 reeds beschermingsbewind verleende. Er zijn niet in 2016 al werkzaamheden verricht voor cliënten die nog door de Rechtbank moesten worden toegewezen aan het BAD. De gemeente stelt daarom dat een deel van de opbrengsten in 2017 moeten worden gelezen als dekking voor de kosten uit 2016. Voor de volledigheid heeft de gemeente opgemerkt dat de kosten in 2017 lager (zullen) zijn dan oorspronkelijk verwacht, aangezien een deel van de werkzaamheden al is verricht.

6.2 Beoordeling kosten en opbrengsten beschermingsbewind door de ACM

73. Conform het Besluit M&O dient de gemeente ten minste de volgende kosten in aanmerking te nemen, bij het bepalen van de integrale kosten die zij in rekening brengt aan hun cliënten voor

³⁷ Het jaar 2017 betreft alleen het eerste kwartaal van 2017.

³⁸ E-mail van 9 juni 2017.

³⁹ Telefoongesprek van 31 mei 2017.

⁴⁰ Te denken is aan (de voorbereiding van) de belastingaangifte.

wie zij beschermingsbewind uitvoeren: (1) operationele kosten, (2) afschrijvings- en onderhoudskosten en (3) vermogenskosten. Het Besluit M&O schrijft tevens voor dat de bedoelde kosten volgens een stelsel van baten en lasten moeten worden bepaald.

74. Naar het oordeel van de ACM omvat de kostenopstelling die de gemeente aan de ACM heeft gepresenteerd (zie randnummer 71 van dit besluit) ten minste de kostensoorten die het Besluit M&O voorschrijft. Gegeven de aard van de werkzaamheden bij de dienst beschermingsbewind is het gebruik van activa en de daarmee samenhangende afschrijvings-, onderhouds- en vermogenskosten zeer beperkt. De door de gemeente gepresenteerde kosten, zowel directe kosten als overhead, mede gebaseerd op de geschatte inzet van personeel, komen de ACM logisch en redelijk voor. De berekening van de uurtarieven is gebaseerd op de relevante salarisschaal, materiële kosten, overheadkosten en effectief inzetbare uren. De ACM ziet geen reden om aan te nemen dat de gemeente van de kosten die zij daadwerkelijk administreert ten onrechte kosten buiten beschouwing heeft gelaten.
75. De ACM beschouwt de budgetoverheveling die de gemeente met ingang van 2017 gebruikt ter dekking van een deel van de kosten van het BAD, niet als opbrengsten in de zin van de Wet M&O. De gemeente heeft deze 'inkomsten' niet behaald door de kosten van beschermingsbewind in rekening te brengen bij de afnemers daarvan, maar door uit de algemene middelen budget te alloceren aan het BAD. Op basis van de Wet M&O dient de gemeente echter ten minste de integrale kosten in rekening te brengen bij de afnemer. Daarom vindt de ACM ook niet relevant dat, zoals de gemeente stelt, de constructie die de gemeente heeft gekozen in feite gelijk zou zijn aan de situatie waarin de gemeente voor cliënten met een laag inkomen de kosten van beschermingsbewind zou declareren bij de bijzondere bijstand. De ACM neemt daarom alleen de daadwerkelijk gedeclareerde vergoedingen in aanmerking bij haar beoordeling van de mate waarin de integrale kosten worden doorberekend.
76. Bovendien heeft een deel van de opbrengsten die de gemeente verantwoordt in 2017 betrekking op 2016, namelijk voor zover in 2016 werkzaamheden zijn verricht die normaliter pas in 2017 zouden zijn verricht.⁴¹ Naar de indruk van de ACM had de gemeente deze opbrengsten kunnen – en wellicht moeten – toerekenen aan 2016.
77. Naar het oordeel van de ACM is de opstelling van kosten en opbrengsten van de dienst beschermingsbewind zoals de gemeente deze heeft gepresenteerd niet correct, maar zou deze als volgt moeten zijn:

⁴¹ Zie ook de uiteenzetting in randnummer 72 van dit besluit.

	2016	2017 ⁴²
Opbrengsten		
Gedeclareerde vergoedingen	€ 187.839	€ 29.162
Opbrengsten 2016 verantwoord in 2017	€ 12.283	€ -/- 12.283
Totale opbrengsten	€ 200.122	€ 16.879
Totale Kosten	€ 200.122	€ 52.778 ⁴³
Opbrengsten -/- kosten	€ 0	€ -/-35.899

78. Tot slot merkt de ACM op dat het aannemelijk is dat de feitelijke kosten die de gemeente voor 2017 administreert en presenteert hoger zouden zijn geweest als de gemeente haar werkwijze uit 2016 zou hebben voortgezet in 2017. Als gevolg van de in 2017 gehanteerde constructie vallen de kosten voor facturering en incasso(risico) mogelijk lager uit in 2017. De ACM beschouwt de door de gemeente overgelegde kosten voor 2017 daardoor niet zonder meer als de integrale kosten.

6.2.1 Conclusie

79. Naar het oordeel van de ACM komt de werkwijze van de gemeente er op neer dat een deel van de economische activiteiten van het BAD, te weten de dienstverlening aan cliënten met een laag inkomen, niet in rekening wordt gebracht bij die cliënten, maar wordt gefinancierd uit algemene middelen en 'om niet' wordt aangeboden aan de betreffende cliënten. Met deze handelwijze creëert de gemeente een ongelijk speelveld tussen zichzelf als bestuursorgaan en private partijen die niet de mogelijkheid hebben om dienstverlening aan bepaalde cliënten te financieren uit een algemeen budget. De Wet Markt & Overheid beoogt een dergelijke situatie nu juist te voorkomen.
80. Onder de aanname dat de gemeente haar werkwijze voor de financiering van de activiteiten van het BAD in de rest van 2017 heeft voortgezet, constateert de ACM dat de gemeente Deventer niet de integrale kosten heeft doorberekend aan de afnemers vanaf 1 januari 2017 tot en met 31 oktober 2017 en zodoende artikel 25i Mw niet naleeft.

⁴² Het jaar 2017 betreft alleen het eerste kwartaal van 2017

⁴³ In het licht van hetgeen is beschreven in randnummer 78 van dit besluit beschouwt de ACM dit als de minimale kosten, niet zonder meer als de integrale kosten.

7 Beoordeling artikel 25l Mw

81. Artikel 25l Mw stelt 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.
82. De gemeente geeft aan dat personen werkzaam bij de uitvoering van beschermingsbewind niet betrokken zijn bij andere taken en activiteiten van de gemeente. De taken van de gemeente zijn in personen en afdelingen van elkaar gescheiden.
83. Zo is een medewerker op het gebied van beschermingsbewind niet betrokken bij werkzaamheden van de gemeente op het gebied van kredietverstrekking. De gemeente geeft hierbij aan dat dit ook niet is toegestaan op grond van het Besluit kwaliteitseisen curatoren, beschermingsbewindvoerders en mentoren.⁴⁴
84. De gemeente heeft verder toegelicht dat niet dezelfde personen betrokken zijn bij de uitvoering en bevoegdheden van de beoordeling en toekenning van bijzondere bijstand en de uitvoering van beschermingsbewind.⁴⁵ De medewerkers die verantwoordelijk zijn voor de beoordeling van bijzondere bijstand zijn gepositioneerd in de teams Inkomensondersteuning (bijzondere bijstand voor mensen met een uitkering in het kader van de Participatiewet) en Publiekszaken (bijzondere bijstand voor alle andere inwoners van Deventer). Deze teams worden aangestuurd door elk een eigen teammanager. De medewerkers die het beschermingsbewind uitvoeren zijn geplaatst in het team Budget Adviesbureau Deventer (BAD). Dit team heeft ook een eigen teammanager.
85. De bevoegdheid voor het nemen van besluiten in het kader van de Participatiewet (waaronder besluiten in het kader van de bijzondere bijstand) zijn in de gemeentelijke "Lijst van bevoegdheden" (het overzicht van in mandaat en volmacht gegeven bevoegdheden) bij de medewerker Publiekszaken zorg en de inkomensconsulent van het team Inkomensondersteuning belegd. Deze bevoegdheid is niet belegd bij medewerkers van het team BAD.
86. Verder is het proces rond de herbeoordeling van de bijzondere bijstand voor beschermingsbewind zo ingericht, dat er geen vermenging van belangen kan plaatsvinden. Medewerkers van de teams die bijzondere bijstand verlenen voeren de herbeoordeling van het recht op bijzondere bijstand uit en verwijzen de cliënt naar het BAD als blijkt dat de cliënt geen

⁴⁴ Zie artikel 9 van het besluit van 29 januari 2014, houdende regels ter waarborging van de kwaliteit van curatoren bewindvoerders en mentoren.

⁴⁵ Bij brief van 21 maart 2017.

aanspraak meer kan maken op de bijzondere bijstand en dus gebruik kan maken van de voorliggende voorziening.

87. Alleen al op grond van het feit dat niet dezelfde personen betrokken zijn bij het toekennen van bijzondere bijstand voor beschermingsbewind, het verlenen van krediet en de uitvoering van beschermingsbewind constateert de ACM dat de gemeente Deventer gedragsregel functiescheiding van artikel 25l niet overtreedt. Daarom gaat de ACM niet in op de vraag of het toekennen van bijzondere bijstand en het verlenen van krediet gebeurt op grond van een publiekrechtelijke bevoegdheid.

Conclusie

88. De gemeente heeft naar het oordeel van de ACM voldoende aannemelijk gemaakt dat aan functiescheiding zoals bedoeld in artikel 25l Mw is voldaan. De ACM concludeert dat de gemeente niet in strijd handelt met artikel 25l Mw.

8 Zienswijze de Financiële Hulpverlener

89. Naar aanleiding van het conceptbesluit van de ACM van 26 juni 2017 heeft de Financiële Hulpverlener op 10 juli 2017 het volgende naar voren gebracht in een zienswijze.

Bevoordelingsverbod artikel 25j Mw

90. Ten aanzien van het bevoordelingsverbod van artikel 25j Mw stelt de Financiële Hulpverlener dat het BAD beschermingsbewind aanbiedt onder de vlag van de gemeente Deventer. Hierbij geeft de Financiële Hulpverlener aan dat beschermingsbewind strikt genomen niet wordt uitgevoerd door middel van een overheidsbedrijf maar door de gemeente zelf. Hoewel in formele zin geen sprake is van een overheidsbedrijf is er volgens de Financiële Hulpverlener wel sprake van een economische activiteit die overheden zelf of via een overheidsbedrijf verrichten. Feitelijk wordt er volgens de Financiële Hulpverlener daarom wel degelijk in strijd gehandeld met artikel 25j Mw, althans wordt er gehandeld in strijd met de geest en bedoeling van de wet.

Functiescheiding artikel 25l Mw

91. De Financiële Hulpverlener geeft ten aanzien van de gedragsregel functiescheiding van artikel 25l Mw aan dat er wel degelijk sprake is van vermenging van taken en activiteiten. De Financiële Hulpverlener stelt dat in het college van B&W alle rollen, belangen en verantwoordelijkheden bij elkaar komen. In het geval van de gemeente Deventer vallen volgens de Financiële Hulpverlener besluiten betreffende de voorliggende voorziening beschermingsbewind en de participatiewet binnen de portefeuille van dezelfde wethouder. Het gaat dan enerzijds om besluiten van het college om de bijzondere bijstand voor bewindvoerderskosten stop te zetten vanwege de voorliggende voorziening

beschermingsbewind en anderzijds om verklaringen van het college waarin staat dat de gemeente bereid is om beschermingsbewindvoerder van diegene te worden waarvoor de bijzondere bijstand is stopgezet.

92. Vervolgens stelt de Financiële Hulpverlener dat het BAD binnen de voorliggende voorziening beschermingsbewind een cruciale rol heeft in het (her)beoordelen van het al dan niet toekennen van bijzondere bijstand voor bewindvoederskosten. Dit zou volgens de Financiële Hulpverlener blijken uit besluiten die zien op de toekenning van bijzondere bijstand voor bewindvoederskosten. De Financiële Hulpverlener geeft aan dat in deze besluiten staat dat medewerkers van het BAD met aanvragers van bijzondere bijstand gesprekken gaan voeren over de voortgang van hun beschermingsbewind. De Financiële Hulpverlener merkt hierbij op dat het BAD niet bevoegd is om de voortgang van beschermingsbewind te beoordelen. Het is aan de kantonrechter om de voortgang van het beschermingsbewind te beoordelen. Volgens de Financiële Hulpverlener komt in dit gesprek ook de herbeoordeling van het recht op bijzondere bijstand voor bewindvoederskosten aan de orde.
93. Tot slot stelt de Financiële Hulpverlener dat binnen het BAD sprake is van functievermenging tussen de verschillende rollen/verantwoordelijkheden die bij het BAD bestaan. Het gaat dan om rollen van bewindvoerder, schuldeiser, schuldhulpverlener, Wsnp⁴⁶-bewindvoerder. Volgens de Financiële Hulpverlener zijn er bij het BAD medewerkers werkzaam die meerdere functies bekleden. Dit zou blijken uit de ondertekening van hun e-mails. Ook zou de functievermenging blijken uit het feit dat de rechter beschikkingen voor beschermingsbewind geeft aan de afdeling BAD en niet aan een specifiek persoon, de tegenstrijdige doelstellingen die de verschillende rollen binnen het BAD met zich meebrengen, het serviceconcept dat het BAD hanteert en het feit dat alle cliëntgelden bij het BAD via één rekeningnummer lopen.

Doorberekenen integrale kosten artikel 25i Mw

94. De Financiële Hulpverlener heeft in het hem toegezonden conceptbesluit geen inzage gekregen in de behandeling van het onderdeel van zijn handhavingsverzoek dat ziet op het overtreden van artikel 25i Mw. Aangezien de ACM in het conceptbesluit tot de conclusie komt dat de gemeente artikel 25i Mw overtreedt was er geen grond voor de Financiële Hulpverlener om een zienswijze in te dienen. Desondanks heeft de Financiële Hulpverlener van de gelegenheid gebruik gemaakt om nog een aantal punten onder de aandacht te brengen ten aanzien van het niet in rekening brengen van de integrale kosten door de gemeente Deventer. De punten die de Financiële Hulpverlener naar voren brengt worden hieronder puntsgewijs benoemd.
95. Ten eerste betoogt de Financiële Hulpverlener dat de gemeenteraad van de gemeente Deventer het besluit om haar eigen dienst beschermingsbewind als voorliggende voorziening aan te merken op verkeerde gronden heeft genomen. De gemeenteraad is verkeerd ingelicht over de business-case van de voorliggende voorziening beschermingsbewind. De gemeente

⁴⁶ Wet schuldsanering natuurlijke personen, ondergebracht in de derde titel van de Faillissementswet

heeft aangegeven niet (meer) het uitgangspunt van 88 dossiers per Fte te hanteren maar uit te gaan van 80 dossiers per Fte. Hierdoor is de business-case op termijn (in 2020) verlieslatend. Ook ontbreken er een aantal kostenposten in de business case, namelijk de kosten voor het afronden van een dossier en de kosten van de intake van dossiers die de gemeente overneemt in het kader van de voorliggende voorziening. Hierdoor is de Financiële Hulpverlener van mening dat de gemeenteraad onjuist is voorgelicht over de business-case van de voorgestelde voorliggende voorziening.

96. De Financiële Hulpverlener stelt vervolgens dat beschermingsbewind een economische activiteit is. Dat betekent volgens de Financiële Hulpverlener dat de gemeente over haar dienstverlening 21% btw in rekening moet brengen. Dit ontbreekt in de business-case, en in de tarievenlijst zoals die door de gemeente wordt gehanteerd.
97. Daarnaast stelt de Financiële Hulpverlener dat de door de gemeente voorgestelde bezuiniging op de uitgaven van de bijzondere bijstand niet zal worden gerealiseerd. Dit wordt mede veroorzaakt doordat de gemeente de doelgroep van de voorliggende voorziening heeft uitgebreid ten opzichte van de huidige regels voor bijzondere bijstand. De bijzondere bijstand wordt nu uitgekeerd aan mensen met een draagkracht tot 100% bijstandsnorm voor mensen die een uitkering krijgen en aan mensen met een draagkracht tot 110% bijstandsnorm voor mensen met inkomen uit werk. Met de voorliggende voorziening wijzigt dit naar 120% van de bijstandsnorm. Hierdoor wordt volgens de Financiële Hulpverlener de business-case van de gemeente voor het insourcen van beschermingsbewind onrendabel.
98. De gemeente is voornemens om meer Rijksgelden rechtstreeks aan beschermingsbewind toe te kennen, terwijl die ergens anders voor geormerkt zijn. De gemeente heeft ervoor gekozen om een aanzienlijk deel van de extra Rijksmiddelen⁴⁷ die zij ontvangt in te zetten voor het financieren van de dienst beschermingsbewind. Dit is volgens de Financiële hulpverlener niet toegestaan. In geval deze gelden wel gebruikt mogen worden voor beschermingsbewind dan ontstaat er volgens de Financiële Hulpverlener oneerlijke concurrentie omdat de gelden niet beschikbaar worden gesteld aan private bewindvoerders maar alleen aan de gemeentelijke bewindvoerders.

9 Reactie van de ACM op de zienswijze van de Financiële Hulpverlener

Bevoordelingsverbod artikel 25j Mw

99. Artikel 25j Mw ziet op het bevoordelen door een overheid van een overheidsbedrijf boven andere ondernemingen waarmee dat overheidsbedrijf in concurrentie treedt. Wil artikel 25j Mw

⁴⁷ 'Kansen voor Kinderen', dit is budget dat door het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid wordt toegekend om kinderen die in armoede leven te ondersteunen.

van toepassing zijn dan moet er sprake zijn van een overheidsbedrijf. Aangezien er, zoals door de Financiële Hulpverlener ook is bevestigd en in randnummer 28 is uiteengezet, geen sprake is van een overheidsbedrijf, kan er geen sprake zijn van een overtreding van artikel 25j Mw.

Functiescheiding artikel 25l Mw

100. Artikel 25l Mw stelt dat niet dezelfde personen betrokken mogen zijn bij het uitoefenen van de economische activiteit als bij de publiekrechtelijke bevoegdheid. Hieronder zal de ACM per punt uit de zienswijze van de Financiële Hulpverlener vaststellen of er sprake is van overtreding van artikel 25l Mw

101. De Financiële Hulpverlener stelt dat er binnen het college van B&W sprake zou zijn van een overtreding van artikel 25l Mw. Uit de informatie die de ACM van de gemeente heeft gekregen blijkt niet dat de betrokken wethouder zich persoonlijk bezighoudt met het verstrekken van bijzondere bijstand ofwel het verlenen van beschermingsbewind. Het enkele feit dat het verstrekken van bijzondere bijstand als ook het uitvoeren van beschermingsbewind uiteindelijk onder zijn verantwoording worden uitgevoerd maakt niet dat er voor de Wet M&O sprake zou kunnen zijn van een overtreding op het gebied van functiescheiding zoals neergelegd in artikel 25l Mw. Bij functiescheiding gaat het om uitoefening van activiteiten op medewerkersniveau en niet om formele besluitvorming door 'hogere' geplaatste personen in de organisatie zoals leidinggevend en het bestuursorgaan zoals het college van B&W. Dezelfde medewerkers mogen niet inhoudelijk betrokken zijn bij zowel de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid als bij het verrichten van de daarmee verband houdende economische activiteit.⁴⁸

102. Vervolgens stelt de Financiële Hulpverlener dat het BAD een cruciale rol heeft in het (her)beoordelen van de bijzondere bijstand. Dit zou volgens de Financiële Hulpverlener blijken uit besluiten die zien op de toekenning van bijzondere bijstand voor bewindvoederskosten. In de besluiten informeren medewerkers van het team Inkomensondersteuning en het team Publiekszaken de aanvragers van bijzondere bijstand over het bestaan van de voorliggende voorziening. Zij geven hierbij aan dat inwoners van Deventer vanaf 1 januari 2017 gratis gebruik kunnen maken van het beschermingsbewind dat door het BAD wordt aangeboden. Verder geven deze medewerkers aan dat het BAD met aanvragers van bijzondere bijstand gesprekken gaat voeren over de voortgang van hun beschermingsbewind. Uit deze besluiten lijkt naar het oordeel van de Financiële Hulpverlener te volgen dat medewerkers van het BAD betrokken zijn bij de herbeoordeling van de toekenning van bijzondere bijstand voor bewindvoederskosten.

103. De gemeente geeft hierop aan dat de aanvragers van bijzondere bijstand voor kosten voor beschermingsbewind door de medewerkers van de teams Inkomensondersteuning en Publiekszaken onjuist zijn geïnformeerd. De gemeente geeft aan dat het BAD niet betrokken is bij het (her)beoordelen van verzoeken voor bijzondere bijstand voor de kosten van beschermingsbewind. De gemeente heeft nogmaals bevestigd dat medewerkers van de teams

⁴⁸ Memorie van Toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 2007-2008, 31 354, nr. 3, p. 40-41.

Publiekszaken en Inkomensondersteuning verantwoordelijk zijn voor de (her)beoordeling van de toekenning van bijzondere bijstand voor bewindvoerderskosten, zie ook randnummers 84 tot en met 86. Zodoende is er op dit punt geen sprake van functievermenging.

104. Tot slot stelt de Financiële Hulpverlener dat binnen het BAD sprake is van functievermenging tussen de verschillende rollen/verantwoordelijkheden die bij het BAD bestaan. Het BAD is onderverdeeld in de teams Budgetbeheer, Beschermingsbewind, Financieel beheer, Schuldhulpverlening, Kredietbank Salland en Wsnp-bewind. Deze teams worden aangestuurd door één leidinggevende. De gemeente geeft aan dat er geen sprake is van functievermenging. Medewerkers van het team beschermingsbewind hebben in hun functieomschrijving duidelijk de taak staan om de vermogensrechtelijke belangen van de onder bewind gestelde persoon te behartigen. De mails die de Financiële Hulpverlener aan de ACM heeft toegezonden en waarvan uit de ondertekening zou blijken dat er sprake is van functievermenging, zijn allen door een en dezelfde persoon opgesteld en verstuurd. Dit blijkt bij navraag bij de gemeente [vertrouwelijk] van de Kredietbank te zijn. [Vertrouwelijk] voert daarnaast werkzaamheden uit als administratief medewerker beschermingsbewind. [Vertrouwelijk] heeft daarbij geen enkele bevoegdheid noch bij de Kredietbank noch bij de dienst beschermingsbewind. Hieruit volgt dat [vertrouwelijk] geen inhoudelijke betrokkenheid heeft gehad bij besluiten die genomen zijn door één van de afdelingen waarvoor [vertrouwelijk] werkzaamheden heeft verricht, zoals beschreven in de Memorie van Toelichting op de Wet M&O.⁴⁹ Hierdoor ontstaat geen overtreding van artikel 25i Mw.

Conclusie

105. Alleen al op grond van het feit dat niet dezelfde personen betrokken zijn bij het toekennen van bijzondere bijstand voor beschermingsbewind, het verlenen van krediet en de uitvoering van beschermingsbewind constateert de ACM dat de gemeente Deventer de gedragsregel functiescheiding van artikel 25i niet overtreedt. Daarom gaat de ACM niet in op de vraag of het toekennen van bijzondere bijstand en het verlenen van krediet gebeurt op grond van een publiekrechtelijke bevoegdheid.

Doorberekenen integrale kosten artikel 25i Mw

106. In artikel 25i Mw is de verplichting van het doorberekenen van de integrale kosten bij het uitvoeren van een economische activiteit van een overheid neergelegd. De door de Financiële Hulpverlener naar voren gebrachte punten zullen hieronder per punt worden behandeld.
107. Dat de gemeente het besluit voorliggende voorziening beschermingsbewind op verkeerde gronden zou hebben genomen en of de voorgestelde bezuiniging wel of niet wordt gerealiseerd, is niet van belang bij het vaststellen of een overheid voldoet aan de verplichting tot het doorberekenen van de integrale kosten. Wel relevant is of de overheid, in dit geval de gemeente Deventer, alle kosten in rekening brengt die de gemeente op basis van de Wet M&O en, in het verlengde daarvan, het Besluit M&O in rekening dient te brengen bij de afnemer. Dit

⁴⁹ Memorie van Toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 2007–2008, 31 354, nr. 3 p. 41

betreft dan in ieder geval operationele kosten, afschrijvings- en onderhoudskosten en vermogenskosten.

108. De ACM heeft voor 2016 en het eerste kwartaal van 2017 de gerealiseerde kosten en opbrengsten van de dienst beschermingsbewind die de gemeente Deventer aanbiedt, beoordeeld. Naar het oordeel van de ACM omvat de kostenopstelling die de gemeente aan de ACM heeft gepresenteerd (zie randnummer 71 van dit besluit) alle kosten voor 2016 en het eerste kwartaal van 2017 die zij daadwerkelijk heeft gemaakt bij het aanbieden van de dienst beschermingsbewind en omvat deze kostenopstelling ten minste de kostensoorten die het Besluit M&O voorschrijft. Werkzaamheden die zien op het afronden van een dossier en de intake van een dossier zijn werkzaamheden die een bewindvoerder normaliter uitvoert. In de kostenopstelling die de gemeente aan de ACM heeft opgeleverd, zijn alle (personeels)kosten van het BAD opgenomen. Daardoor is ook de volledige personele inzet van het BAD in de kostenopstelling betrokken. Er zijn dus geen werkzaamheden van BAD-medewerkers buiten beschouwing gebleven. De ACM ziet geen aanleiding om te veronderstellen dat de door de gemeente gepresenteerde kosten niet alle kosten zijn die zij gemaakt heeft bij het aanbieden van de dienst beschermingsbewind. Zoals in randnummer 74 is aangegeven ziet de ACM zodoende geen reden om aan te nemen dat de gemeente ten onrechte kosten buiten beschouwing heeft gelaten.
109. In tegenstelling tot het standpunt van de Financiële Dienstverlener dat de gemeente over haar dienstverlening btw in rekening zou moeten brengen, geeft de gemeente aan dat zij voor de dienst beschermingsbewind geen btw in rekening hoeft te brengen bij haar cliënten. Organisaties die werkzaam zijn op het gebied van schuldhulpverlening⁵⁰ zijn volgens de gemeente op grond van het Uitvoeringsbesluit omzetbelasting 1968 geen btw verschuldigd. Ongeacht of de gemeente voor de dienst beschermingsbewind btw is verschuldigd, merkt de ACM op dat btw-verplichtingen geen kosten vormen voor de partij die de btw in rekening brengt. Daardoor speelt de btw geen rol bij de vaststelling of een overheid voldoet aan de verplichting tot het doorberekenen van de integrale kosten. Bij de klant in rekening gebrachte btw dient immers te worden afdragen aan de belastingdienst en komt niet ten goede aan de opbrengsten. Met het in rekening brengen van btw kunnen dus geen kosten worden gedekt⁵¹.
110. Het is niet aan de ACM om te beoordelen of de gemeente een deel van de geormerkte extra Rijksgelden die zij voor een ander doel ontvangt ook mag inzetten voor de dienst beschermingsbewind. Het is wel aan de ACM om te beoordelen of de gemeente de integrale kosten voor haar dienstverlening op het gebied van beschermingsbewind in rekening brengt bij haar cliënten. In geval de gemeente voornemens is deze dienstverlening te financieren uit de algemene middelen en gratis aan te bieden aan haar cliënten, handelt zij niet conform artikel 25i Mw. Met deze handelwijze creëert de gemeente een ongelijk speelveld tussen zichzelf als

⁵⁰ Hieronder valt ook beschermingsbewind, aldus de gemeente

⁵¹ Desalniettemin merkt de ACM op dat potentiële verschillen in btw-verplichtingen tussen overheden en private partijen marktverstoring kunnen werken.

bestuursorgaan en private partijen die niet de mogelijkheid hebben om dienstverlening aan bepaalde cliënten te financieren uit een algemeen budget. De Wet M&O beoogt een dergelijke situatie nu juist te voorkomen.

111. De ACM concludeert dat de door de Financiële Hulpverlener aangedragen punten in zijn zienswijze niet tot een andere conclusie leiden dan die in het conceptbesluit verwoord zijn.

10 Zienswijze gemeente Deventer

112. De ACM heeft op 1 augustus 2017 de zienswijze van de gemeente Deventer ontvangen naar aanleiding van het conceptbesluit van de ACM van 26 juni 2017. In haar zienswijze brengt de gemeente Deventer het volgende naar voren.

Economische activiteit

113. De ACM geeft volgens de gemeente Deventer een te beperkte uitleg van het begrip "publiekrechtelijke taak". De gemeente stelt dat de ACM iets alleen een publiekrechtelijke taak vindt als in een wet is vastgelegd dat de uitvoering van de taak is voorbehouden aan een publiekrechtelijk orgaan. Naar de mening van de gemeente gaat de uiteindelijke conclusie van de ACM onder randnummer 53 voorbij aan de uitgangspunten die in de Handreiking zijn aangegeven. Bij het vaststellen of iets een economische activiteit is gaat het volgens de gemeente niet om de vraag wie de taak moet uitvoeren. Het gaat om de vraag of het een taak is die een publiekrechtelijke basis heeft, dat wil zeggen: of de taak in wetgeving of in een besluit van een bestuursorgaan is vastgelegd. De gemeente stelt dat zij op basis van de Wgs als wettelijke taak heeft om een plan vast te stellen dat richting geeft aan de integrale schuldhulpverlening voor haar inwoners. In het plan van de gemeente Deventer is vastgelegd dat beschermingsbewind onderdeel is van de integrale schuldhulpverlening. Het plan is door de gemeenteraad vastgesteld en daarmee is de taak "beschermingsbewind" als onderdeel van de integrale schuldhulpverlening in een besluit van een bestuursorgaan vastgelegd.
114. De gemeente geeft vervolgens aan dat de in het conceptbesluit aangehaalde zaak Aeroports de Paris zo gelezen moet worden dat het feit dat een particuliere onderneming een activiteit uitvoert een extra "aanwijzing" kan zijn bij de bepaling of een activiteit een ondernemingsactiviteit is. Dit hoeft volgens de gemeente echter niet van doorslaggevend belang te zijn. Hierbij geeft de gemeente aan dat deze zaak een misbruik machtspositie-zaak betrof en geen M&O-zaak.
115. Tot slot geeft de gemeente aan dat de wijze waarop de wet- en regelgeving rondom beschermingsbewind is vormgegeven samen met de jurisprudentie rondom de financiering van de kosten voor beschermingsbewind ervoor zorgt dat iedere vorm van marktwerking is uitgesloten. De "markt" voor beschermingsbewind voor mensen met een laag inkomen kan slechts bestaan omdat de gemeente per definitie alle kosten voor het aanbieden van deze dienst betaalt. Bewindvoerders hebben geen prikkel om lagere tarieven in rekening te brengen

om zich op die manier te onderscheiden in de markt, de maximale tarieven worden toch wel betaald. In de praktijk is er dus geen concurrentie op prijs. Daarnaast is het volgens de gemeente zeer de vraag of deze cliëntgroep een afgewogen keuze voor een bewindvoerder kan maken. Alle bewindvoerders moeten voldoen aan dezelfde kwaliteitseisen. Er is geen mogelijkheid om de dienstverlening uit te proberen. Bevalt de bewindvoerder niet dan kan er niet zomaar overgestapt worden.

Doorberekenen integrale kosten artikel 25i Mw

116. De gemeente stelt ten eerste dat de ACM niet heeft onderbouwd waarom zij het niet relevant vindt dat de door de gemeente gekozen constructie van "budgetoverheveling" in materiële zin voor de afnemer gelijk is aan de situatie waarin de gemeente de kosten namens de afnemer declareert bij de bijzondere bijstand.
117. Ten tweede vraagt de gemeente zich af waarom zij niet kan worden beschouwd als de "afnemer" en de inkomsten van het BAD niet als "opbrengst" in de zin van de Wet M&O kunnen worden gezien. De gemeente financiert de kosten van beschermingsbewind voor mensen met een laag inkomen nu volledig vanuit de door het Rijk beschikbaar gestelde middelen. De gemeente vergelijkt dit met de volgens haar zeer gebruikelijke constructie die ook in bijvoorbeeld de kinderopvang wordt gehanteerd. Hierbij kan de afnemer van de kinderopvang een beroep doen op kinderopvangtoeslag als de afnemer de kosten van kinderopvang niet zelf kan betalen. De belastingdienst betaalt de toeslag vervolgens rechtstreeks aan de kinderopvangorganisatie. De door de kinderopvangorganisatie ontvangen toeslag zal voor hem ook als opbrengst worden gezien. Naar de mening van de gemeente worden de totale toegerekende kosten uiteindelijk gedekt door de inkomsten uit het verlenen van de diensten en daarmee wordt voldaan aan de vereisten van de Wet M&O.
118. Vervolgens stelt de gemeente dat de ACM het voor gemeenten lastig maakt om een eigen invulling te geven aan lokaal armoedebeloid, waar bijzondere bijstand onderdeel van uitmaakt, omdat de ACM een heel beperkte definitie van het begrip "opbrengsten" hanteert.
119. De gemeente geeft verder nog aan dat de ACM in randnummer 77 stelt dat er opbrengsten in 2017 zijn ontvangen die betrekking hebben op 2016. Deze opbrengsten zouden in 2016 moeten worden meegenomen. Volgens de gemeente is een aantal werkzaamheden onlosmakelijk verbonden met het moment waarop de werkzaamheden zijn afgerond en kunnen deze daardoor niet aan een ander boekjaar worden toegewezen. Zo kan de belastingaangifte over 2016 niet reeds in 2016 worden ingediend. Ook al is het mogelijk om een aantal werkzaamheden die met de belastingaangifte samenhangen in een eerder jaar uit te voeren, dan nog is het onlogisch om opbrengsten aan dat vorige jaar toe te rekenen.
120. Volgens de gemeente stelt de ACM in randnummer 78 dat de kosten van de gemeente in 2017 hoger zouden zijn geweest als de werkwijze van 2016 zou zijn voortgezet. Deze conclusie kan volgens de gemeente niet worden getrokken. Voor zover de nieuwe werkwijze bij de afdeling beschermingsbewind al tot vermindering van kosten zou leiden, dan heeft dat volgens de

gemeente niet geleid tot een verlaging van het tarief. Het zou dan ook onlogisch zijn om het tarief vervolgens wel te verhogen als de oude werkwijze weer zou worden ingevoerd. De gemeente geeft nog aan dat het incassorisico nihil is, nu de bewindvoerder zelf verantwoordelijk is voor het beheer van de inkomsten van de onder bewind gestelde. Het opstellen van een factuur levert slechts marginale kosten op en de ontvangst van de betaling wordt geautomatiseerd verwerkt. De gemeente stelt dat voor zover dit onderdeel van de nieuwe werkwijze al tot een besparing op de uitvoeringskosten leidt, dan ligt het voordeel daarvan volledig bij de afdeling die de bijzondere bijstand verstrekt.

121. De gemeente geeft bij brief van 21 september 2017 aan dat de mogelijkheid voor cliënten van private bewindvoerders om voor de kosten van beschermingsbewind een beroep te blijven, doen op de bijzondere bijstand al expliciet is opgenomen in de stukken die ten grondslag liggen aan het nieuwe gemeentelijk beleid dat nog dient te worden vastgesteld. Zodoende is er dus volgens de gemeente geen sprake van een overtreding van de Wet M&O door de gemeente Deventer. Daarbij geeft de gemeente aan dat er in de praktijk nog geen enkele aanvraag voor bijzondere bijstand is afgewezen.

11 Reactie van de ACM op de zienswijze van de gemeente Deventer

Economische activiteit

122. De gemeente is van mening dat het aanbieden van “beschermingsbewind” geen economische activiteit is maar een publiekrechtelijke taak, omdat deze taak in een besluit van een bestuursorgaan is vastgelegd. De gemeente stelt hierbij dat het, bij het vaststellen of iets een economische activiteit is, gaat om de vraag of het een taak is die een publiekrechtelijke basis heeft, dat wil zeggen: of de taak in wetgeving of in een besluit van een bestuursorgaan is vastgelegd. De gemeente verwijst hierbij naar paragraaf 3.2.2 van de Handreiking. Daar staat: *“Er is sprake van een publiekrechtelijke taak als de taak een publiekrechtelijke basis heeft, dat wil zeggen de taak moet in wetgeving of een besluit van het bestuursorgaan zijn vastgelegd”*. Deze uitspraak is in de Handreiking opgenomen in het kader van de situatie dat een overheid economische activiteiten verricht voor andere overheid ter uitvoering van een publiekrechtelijke taak van deze overheid. Van deze situatie is in deze zaak geen sprake. De gemeente levert de dienst beschermingsbewind niet voor een andere overheid.
123. Bovendien is de jurisprudentie over het ondernemingsbegrip en het begrip economische activiteit leidend voor de beoordeling of een activiteit economisch van aard is. Zoals ook in de Handreiking en in randnummer 29 e.v. aangegeven, moet voor de beoordeling of activiteiten economisch van aard zijn, worden gekeken naar indicatoren die volgen uit jurisprudentie over het ondernemingsbegrip en het begrip economische activiteit.
124. De gemeente merkt terecht op dat als een activiteit ook door particuliere ondernemingen wordt uitgeoefend, dit niet zonder meer betekent dat die activiteit een economische activiteit is. Maar

uit de uitspraak van het Hof in de zaak *Aéroports de Paris* uit 2002⁵² blijkt wel dat de aanwezigheid van verschillende aanbieders, een sterke indicatie is dat de door een overheid verrichte activiteit economische van aard is.⁵³ Dat het in deze zaak draaide om misbruik van een machtspositie en niet om de wet M&O maakt niet uit voor de toepassing van de jurisprudentie over het ondernemingsbegrip en het begrip economische activiteit. De Wet M&O volgt de jurisprudentie over het ondernemingsbegrip en het begrip economische activiteit zoals dit zich heeft ontwikkeld in mededingingsrechtelijke zaken.

125. In het geval van het aanbieden van de dienst beschermingsbewind stelt de ACM vast dat in de praktijk naast de gemeente Deventer ook particuliere aanbieders beschermingsbewind aanbieden. De gemeente vergoedde in 2016 immers voor cliënten van meer dan 100 verschillende bewindvoerderskantoren de kosten voor beschermingsbewind. De aanwezigheid van particuliere aanbieders van beschermingsbewind vormt dan ook een sterke indicatie dat het aanbieden van beschermingsbewind een economische activiteit is.
126. In tegenstelling tot de gemeente is de ACM van oordeel dat er wel sprake is van concurrentie op het gebied van beschermingsbewind. Prijs is niet de enige parameter op basis waarvan concurrentie op het gebied van beschermingsbewind plaats vindt. Ook elementen als service en reisafstand kunnen een rol spelen bij de keuze van een cliënt voor een bewindvoerder. Het belang voor een bewindvoerderskantoor om zich te onderscheiden blijkt uit het feit dat cliënten bij de rechter hun voorkeur kunnen uitspreken voor een bewindvoerderskantoor. De rechter volgt bij de benoeming van de bewindvoerder de uitdrukkelijke voorkeur van de cliënt. Heeft de cliënt geen voorkeur dan kiest de rechter.
127. De gemeente geeft voorts aan dat beschermingsbewind een integraal onderdeel vormt van schuldhulpverlening. Uit de parlementaire behandeling van de Wet wijziging Curatele, Beschermingsbewind en Mentorschap (hierna: WCBM) blijkt dat er principiële verschillen zijn tussen enerzijds beschermingsbewind en anderzijds schuldhulpverlening. Het belangrijkste verschil is dat beschermingsbewind, anders dan schuldhulpverlening, niet is gericht op het aflossen van schulden, maar op het stabiliseren van de (financiële) situatie van de betrokkene door vermogensrechtelijke belangen van deze persoon behoorlijk waar te nemen. In voorkomende gevallen zorgt de bewindvoerder er voor dat de basisvoorzieningen van deze persoon goed geregeld zijn. Het gaat hierbij om het betalen van huur, gas, water, licht en leefgeld. Dit is ook van belang voor mensen die niet in aanmerking komen voor schuldhulpverlening.⁵⁴ Beschermingsbewind vormt als zodanig geen schuldhulpverlening, omdat beschermingsbewind geen activiteit is die kenmerkend is voor schuldhulpverlening. Dat de gemeente op basis van de Wsg de wettelijke taak heeft om een integraal plan op te stellen voor schuldhulpverlening maakt niet dat de gemeente de publieke taak heeft om ook zelf

⁵² Vindplaats: C-82/01.

⁵³ Zie ook de Handreiking Markt en Overheid, pagina 14 en 22.

⁵⁴ Memorie van toelichting bij de Wet wijziging Curatele, Beschermingsbewind en Mentorschap, Kamerstukken II, 2011-2012, 33054, nr. 3, p.7.

beschermingsbewind aan te bieden.

128. Gelet op het feit dat naast de gemeente ook andere aanbieders actief zijn op het gebied van het aanbieden van beschermingsbewind, dat er op het gebied van beschermingsbewind ook daadwerkelijk concurrentie plaatsvindt en dat er geen sprake is van een publieke taak, komt de ACM tot de conclusie dat het aanbieden van beschermingsbewind een activiteit is die economisch van aard is. De gemeente Deventer verricht naar het oordeel van de ACM met het aanbieden van beschermingsbewind een economische activiteit.

Integrale kosten artikel 25i Mw

129. De Wet M&O heeft als doel zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen overheden en bedrijven te creëren. Hiervoor zijn gedragsregels opgenomen waaraan overheden zich moeten houden wanneer zij zelf of via hun overheidsbedrijven economische activiteiten uitvoeren. Zo moeten overheden onder meer ten minste de integrale kosten van hun goederen of diensten in hun tarieven doorberekenen en in rekening brengen bij hun afnemers (artikel 25i Mw). De ACM zal de punten die de gemeente Deventer naar voren heeft gebracht over het doorberekenen van de integrale kosten hieronder per punt behandelen.
130. Naar het oordeel van de ACM kan de gemeente niet, zoals zij suggereert, in deze casus als afnemer worden beschouwd. De gemeente is namelijk degene die de dienst beschermingsbewind aan cliënten aanbiedt en het is de cliënt die de dienst afneemt. De gemeente zal dan ook de integrale kosten van de dienst beschermingsbewind in rekening moeten brengen bij haar cliënten. Vanaf 2017 biedt de gemeente gratis beschermingsbewind aan cliënten met een laag inkomen aan. De gemeente brengt zodoende niet de integrale kosten van haar dienst beschermingsbewind in rekening bij deze cliënten. De cliënten betalen niet voor het afnemen van de dienst beschermingsbewind.
131. De ACM vindt het daarbij niet relevant dat er voor de afnemer in feite geen verschil zou zijn tussen de door de gemeente gekozen constructie en de situatie waarbij de gemeente voor een cliënt met een laag inkomen de kosten voor beschermingsbewind zou declareren bij de bijzondere bijstand. De reden hiervoor ligt in het feit dat de ACM vanuit de Wet M&O niet dient te kijken naar de situatie bij de afnemer van een dienst, maar naar de vraag of de integrale kosten van het aanbieden van de dienst beschermingsbewind zijn doorberekend in de tarieven en in rekening worden gebracht bij de afnemer. De situatie dat een afnemer eventueel een (volledige) vergoeding, uit welke bron dan ook, kan krijgen voor de kosten van een dienst die hij afneemt, mag niet gelijk worden gesteld aan de situatie dat aan die afnemer in het geheel geen kosten in rekening worden gebracht.
132. Bovendien heeft de gemeente met ingang van 2017 voor een constructie gekozen waarbij de gemeente vanuit de algemene uitkering van het gemeentefonds direct gelden toerekent aan het budget van het BAD ter dekking van de kosten die voortkomen uit de dienst beschermingsbewind. Deze gelden kunnen niet als 'opbrengsten' worden beschouwd. Door deze constructie kan de gemeente namelijk beschermingsbewind van het BAD gratis

aanbieden aan cliënten met een laag inkomen. Aan deze cliënten worden geen kosten in rekening gebracht waardoor zij geen kosten hoeven te declareren of om een kostenvergoeding hoeven te vragen. Daarentegen hebben vergelijkbare cliënten die niet van de gemeente beschermingsbewind afnemen maar van een particuliere aanbieder door de constructie van de gemeente geen mogelijkheid meer om kosten te declareren of een kostenvergoeding te vragen van de overheid (waar dit voorheen via de bijzondere bijstand wel mogelijk was). Door deze constructie is – naar het oordeel van de ACM – geen sprake van opbrengsten van het BAD die ter dekking zijn van de kosten van het BAD, maar is sprake van afroming van gelden die als budget aan het BAD ter beschikking worden gesteld zodat het BAD zijn diensten (deels) gratis kan aanbieden.

133. Daarnaast gaat de vergelijking die de gemeente maakt tussen de vergoeding van de dienst beschermingsbewind die de gemeente met ingang van 2017 hanteert en de kinderopvangtoeslag niet op. Afnemers van kinderopvang betalen de kosten voor de kinderopvang in principe zelf. Een deel van deze kosten kan worden vergoed door de kinderopvangtoeslag van de Belastingdienst. De kinderopvangtoeslag staat open voor alle afnemers van kinderopvang die in aanmerking komen voor deze toeslag, ongeacht de aanbieder of locatie van deze kinderopvang. De gemeente Deventer daarentegen neemt de kosten van de dienst beschermingsbewind alleen voor haar rekening als cliënten beschermingsbewind afnemen bij de gemeente zelf. Cliënten van private aanbieders van beschermingsbewind komen met ingang van 2017 niet meer in aanmerking voor een vergoeding.
134. Wat betreft de opbrengsten die de gemeente in 2017 heeft ontvangen voor kosten die zij in 2016 heeft gemaakt heeft de gemeente Deventer de werkwijze zoals beschreven in randnummer 72 bij de ACM nader toegelicht. De gemeente heeft in 2016 al werkzaamheden verricht die normaal gesproken pas in 2017 zouden zijn verricht. In haar zienswijze van 1 augustus 2017 geeft de gemeente aan dat zij opbrengsten die zij in 2017 daadwerkelijk ontvangt niet reeds in 2016 had kunnen incasseren. De ACM heeft niet bedoeld te zeggen dat de facturatie voor deze in de tijd naar voren gehaalde werkzaamheden ook daadwerkelijk in 2016 had moeten plaatsvinden, maar dat de gemeente hiervoor in 2016 een post 'nog te ontvangen opbrengsten' had moeten opnemen. De kosten en opbrengsten worden dan in de administratie toegerekend aan het jaar waarop ze betrekking hebben.
135. Ten aanzien van de opmerking van de gemeente over het verschil in de hoogte van de kosten tussen de huidige situatie en die situatie waarin de gemeente de werkwijze uit 2016 in 2017 zou hebben voortgezet, merkt de ACM op dat het op voorhand nooit met zekerheid valt vast te stellen wat de kosten in een andere situatie daadwerkelijk zouden zijn geweest. De ACM gaat er overigens van uit dat, zodra de gemeente Deventer de huidige vormgeving van het beschermingsbewind aanpast, het direct duidelijk wordt welke kosten onder de nieuwe vormgeving van de dienst beschermingsbewind moeten worden toegerekend.
136. Naar het oordeel van de ACM komt de werkwijze van de gemeente voor het jaar 2017 er op

neer dat een deel van de economische activiteiten van het BAD, te weten de dienstverlening aan cliënten met een laag inkomen, niet in rekening wordt gebracht bij die cliënten, maar wordt gefinancierd uit algemene middelen en 'om niet' wordt aangeboden aan de betreffende cliënten. Met deze handelwijze creëert de gemeente een ongelijk speelveld tussen zichzelf als bestuursorgaan en private partijen die niet de mogelijkheid hebben om dienstverlening aan bepaalde cliënten te financieren uit een algemeen budget. De Wet Markt & Overheid beoogt een dergelijke situatie nu juist te voorkomen.

137. Naar aanleiding van het gestelde van de gemeente in haar brief van 21 september 2017 is de ACM, in tegenstelling tot de gemeente, van oordeel dat uit de bewoordingen van het besluit en de stukken die ten grondslag liggen aan het besluit niet blijkt dat cliënten van private bewindvoerders ook in de toekomst een beroep kunnen blijven doen op de bijzondere bijstand. Bij de Programmabegroting 2017-2020⁵⁵ heeft de gemeenteraad het besluit⁵⁶ genomen om vanuit het BAD gratis beschermingsbewind aan te bieden. De gemeente geeft hierbij aan dat bewoners van de gemeente Deventer die door de rechter onder bewind zijn geplaatst nog steeds vrije keuze met betrekking tot de bewindvoerder hebben. Het is hierbij volgens de gemeente alleen voor cliënten van private bewindvoerders niet langer mogelijk om kosten bij de gemeente te declareren in het kader van de bijzondere bijstand. Uit deze bewoording blijkt niet dat een vergoeding voor beschermingsbewind openstaat voor cliënten van private bewindvoerders. De gemeente heeft echter aangegeven dat ze werkt aan nieuw gemeentelijk beleid betreffende beschermingsbewind waarin, volgens de gemeente, de vergoeding van (een deel van) de kosten van beschermingsbewind expliciet wordt opengesteld voor cliënten van commerciële bewindvoerders. De ACM is daarentegen van oordeel dat zolang dit nieuwe beleid nog niet is vastgelegd in beleidsregels en deze beleidsregels en de voorliggende voorziening niet met elkaar in lijn zijn, de huidige werkwijze van de gemeente Deventer bij het aanbieden van de dienst beschermingsbewind niet in overeenstemming is met artikel 25i Mw.
138. Wil de gemeente in overeenstemming handelen met art. 25i Mw dan zal zij naast het doorberekenen van de integrale kosten in haar tarieven voor beschermingsbewind eenzelfde vergoeding van de kosten van beschermingsbewind moeten openstellen voor alle cliënten met een laag inkomen, ongeacht of deze cliënten beschermingsbewind afnemen bij de gemeente of bij een private partij.
139. Als de gemeente de vergoeding ook openstelt voor de cliënten van commerciële aanbieders, kwalificeert de ACM de vergoeding die de gemeente op basis van de berekende integrale kosten aan zichzelf toerekent anders, namelijk niet langer als budgettoekenning, maar als kostenvergoeding. In een dergelijke situatie biedt de gemeente alle cliënten met een laag

⁵⁵ Programmabegroting 2017-2020 Gemeente Deventer , p. 22

⁵⁶ Raadsbesluit 2016-1643. Bij de Programmabegroting 2017 heeft de gemeenteraad van Deventer op 9 november 2016 het besluit genomen om per 1 januari 2017 vanuit het Budget Adviesbureau Deventer "gratis" beschermingsbewind aan te bieden.

inkomen een kostenvergoeding aan. Zodoende brengt de gemeente dan de kosten voor haar dienst beschermingsbewind in rekening bij haar cliënten. Als de gemeente op deze wijze de kosten van beschermingsbewind vergoedt kan de cliënt terecht bij de gemeente als bewindvoerder maar ook bij private bewindvoerders.

12 Besluit

140. Op grond van artikel 70c, aanhef en onderdeel a, Mededingingswet verklaart de ACM dat de gemeenteraad van de gemeente Deventer artikel 25i, eerste lid, Mededingingswet sinds 1 januari 2017 tot en met 31 oktober 2017 overtreedt bij het aanbieden van beschermingsbewind, doordat de integrale kosten van deze dienst niet worden doorberekend en in rekening worden gebracht bij de cliënten.

141. De ACM stelt vast dat de gemeente Deventer bij het aanbieden van de dienst beschermingsbewind artikel 25j en artikel 25l niet overtreedt. Op deze onderdelen wijst de ACM het handhavingsverzoek van de Financiële Hulpverlener af.

w.g.

Den Haag, 10 november 2017

Autoriteit Consument en Markt
namens deze,

dr. B.L.K. Vroomen
Teammanager Directie Mededinging

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na de dag van bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij het bestuur van Autoriteit Consument en Markt, Juridische Zaken, Postbus 16326, 2500 BH Den Haag. In dit bezwaarschrift kan een belanghebbende op basis van artikel 7:1a, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht, het bestuur van de Autoriteit Consument en Markt verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de administratieve rechter.