



Mr. G.A. le Noble

Vakredacteur Grip op Schuldhulpverlening Schulinc
en hoofdredacteur Tijdschrift Schuldsanering.

Bewindvoering en Mededingingswet

Gemeenten zijn veel geld kwijt aan bijzondere bijstand voor kosten van professionele bewindvoering. Diverse gemeenten hebben bewindvoering in huis gehaald (of bij de gemeentelijke kredietbank ondergebracht) om die uitgaven te beperken. De gemeenten Deventer en Groningen kregen daarmee landelijke bekendheid toen zij door de ACM, die belast is met mededingingstoezicht, ter verantwoording werden geroepen. In deze bijdrage wordt gezien hoe gemeenten bewindvoering in huis kunnen halen in overeenstemming met de Mededingingswet.

Bewindvoering in huis halen: hoe?

Bewindvoering juridisch in huis halen kan op diverse manieren. Zonder een uitputtende opsomming te willen geven, noem ik er twee. Een eerste manier is dat de gemeente (als rechtspersoon) optreedt als bewindvoerder of dat ambtenaren optreden als bewindvoerder. Dat kan niet zomaar. Bewindvoerders hebben namelijk een gereguleerd beroep: om ten behoeve van drie of meer personen tot bewindvoerder te kunnen worden benoemd, moet de gemeente resp. de gemeenteamtenaar voldoen aan kwaliteitseisen (waaronder scholingseisen) (artikel 1:435 lid 7 BW). Een tweede manier is via een overeenkomst van opdracht met een bewindvoerder of een bewindvoerderskantoor (vergelijk artikel 7:400 BW) waarbij de gemeente de opdrachtnemer een vergoeding verschuldigd zal zijn.¹

Het in huis halen van bewindvoering stopt echter niet bij de juridische vorm. Het is niet voldoende om bijvoorbeeld ambtenaren op te leiden tot bewindvoerders of overeenkomsten van opdracht te sluiten met een bewindvoerder of bewindvoerderskantoor. Als de rechter de gemeenteamtenaar of de gecontracteerde bewindvoerder niet tot bewindvoerder benoemt, dan is het in huis halen van bewindvoering een lege huls. Het is dus zaak dat ambtenaren of gecontracteerde bewindvoerders de personen voor wie om beschermingsbewind wordt verzocht, ook daadwerkelijk onder hun hoede krijgen. Hoe kan de gemeente dat bereiken, nu de rechter, gegronde redenen daargelaten, bij de benoeming van de bewindvoerder de uitdrukkelijke voorkeur volgt van de persoon voor wie om onderbewindstelling wordt verzocht (artikel 1:435 lid 3 BW)?

Kan de gemeente invloed uitoefenen op de voorkeur van die persoon? De gemeente heeft veelal geen zicht op verzoeken tot instelling van bewind. Een uitzondering geldt als het college van B&W zélf verzoekt om onderbewind-

stelling wegens verkwisting of het hebben van problematische schulden (artikel 1:432 lid 2 BW). In dat geval kan het college de betrokkene in overweging geven zijn voorkeur uit te spreken voor een ambtenaar of een gecontracteerde bewindvoerder. Invloed kan niet worden uitgeoefend via het wetsvoorstel adviesrecht gemeenten bij schuldenbewind (althans de conceptversie), omdat het advies van de gemeente volgens dat (concept)wetsvoorstel geen betrekking kan hebben op de (rechts)persoon die tot bewindvoerder wordt benoemd. De enige invloed die de gemeente dan nog kan uitoefenen is minder bijzondere bijstand toekennen voor bewindvoerderskosten als de onder bewind te stellen persoon niet kiest voor een bewindvoerder van gemeentewege, maar voor een 'reguliere' professionele bewindvoerder.² Dit onderwerp wordt behandeld in een volgende editie van dit tijdschrift.

Intermezzo: kosten van bijzondere bijstand beperken

Wanneer het lukt personen onder de hoede te krijgen van opgeleide ambtenaren of gecontracteerde bewindvoerders, dan kunnen uitgaven aan bijzondere bijstand voor kosten van 'reguliere' professionele bewindvoerders worden beperkt.

In de eerste plaats kan de gemeente proberen bewindvoering via een opgeleide ambtenaar aan te bieden voor lagere kosten dan de kosten die de gemeente kwijt zou zijn aan bijzondere bijstand voor de beloning van een 'reguliere' professionele bewindvoerder. Zoals hierna bij de bespreking van de Mededingingswet zal blijken, moet de gemeente wel de integrale kosten (waaronder salariskosten) in rekening brengen bij de onder bewind gestelde persoon (die daar dan vervolgens bijzondere bijstand voor kan aanvragen).

Mocht het de gemeente niet lukken bewindvoering aan te bieden voor lagere integrale kosten, dan kan de ge-

meente in de tweede plaats besluiten de kosten van een opgeleide ambtenaar of een gecontracteerde bewindvoerder (gedeeltelijk) niet in rekening te brengen bij de onder bewind gestelde persoon en het restant uit de algemene middelen te vergoeden. Op die manier hoeft de gemeente de persoon die onder bewind is gesteld minder bijzondere bijstand te verstrekken dan ze kwijt zou zijn voor de beloning van een 'reguliere' professionele bewindvoerder. Zoals we hierna zullen zien, is deze methode alleen maar mogelijk wanneer de gemeente beschermingsbewind aanbiedt mét een voorafgaand zogenoemd algemeen belang-besluit.

Mededingingswet

Het aanbieden van bewindvoering is een economische activiteit en daarom is de Mededingingswet daarop van toepassing. Onderdeel van de Mededingingswet is de Wet Markt en Overheid. Die wet bevat regels om ondernemers te beschermen tegen oneerlijke concurrentie door de overheid.

Van belang is dat de gemeente beschermingsbewind kan aanbieden zonder of mét een voorafgaand zogenoemd algemeen belang-besluit. Dat is een gemeenteraadsbesluit ex artikel 25h lid 6 van de Mededingingswet waarmee de gemeenteraad een economische activiteit aanmerkt als een activiteit in het algemeen belang.

Geen algemeen belang-besluit

Bij het aanbieden van bewindvoering moet de gemeente de integrale kosten doorberekenen en in rekening brengen bij de personen die onder bewind zijn gesteld. Dat blijkt uit een handhavingsbesluit van 31 oktober 2017 waarbij de gemeente Deventer betrokken was.³ In dat besluit verklaarde de ACM dat de Deventer gemeenteraad artikel 25i lid 1 van de Mededingingswet overtrad. Dit artikel bepaalt dat een bestuursorgaan dat economische activiteiten verricht, de afnemers van een product of dienst ten minste de integrale kosten van dat product of die dienst in rekening brengt.

Leidt de gemeente ambtenaren op tot bewindvoerder, dan valt bij de kosten die de gemeente in rekening moet brengen te denken aan kosten van opleiding en begeleiding van de ambtenaar, kosten van het uitvoeren van beschermingsbewind zelf (kosten van softwarepakketten, kosten van salaris van de ambtenaar), kosten van de jaarlijkse verantwoording aan de kantonrechter, kosten van de verantwoording aan de kantonrechter aan het einde van het bewind, en kosten van de verklaring aan de accountant en het onderzoeksverslag van de accountant. Het aanbieden van bewindvoering met doorberekening van de integrale kosten lijkt uit oogpunt van uitgaven aan bijzondere bijstand alleen interessant als dat gebeurt via

tot bewindvoerder opgeleide gemeenteambtenaren. Contracteert de gemeente bewindvoerders of bewindvoerderskantoren, dan zullen die namelijk niet licht werken voor een lagere bewindvoerdersbeloning dan waarop zij aanspraak kunnen maken als zij niet in opdracht van de gemeente zouden werken. Waarom zou een bewindvoerder dat doen, als hij ook zonder contract met de gemeente tot bewindvoerder kan worden benoemd door de rechter?

Wel een algemeen belang-besluit

Mocht het de gemeente niet lukken bewindvoering aan te bieden voor lagere integrale kosten dan ze kwijt zou zijn aan bijzondere bijstand voor de beloning van een 'reguliere' professionele bewindvoerder, dan kan ze besluiten de kosten van een opgeleide ambtenaar of een gecontracteerde bewindvoerder (gedeeltelijk) ten laste te brengen van haar eigen middelen. Daartoe kan ze een algemeen belang-besluit nemen. Op economische activiteiten ten aanzien waarvan de gemeenteraad een algemeen belang-besluit heeft genomen is de Wet Markt en Overheid volgens artikel 25h lid 5 van de Mededingingswet niet van toepassing.⁴

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) is de hogerberoepsrechter ten aanzien van een algemeen belang-besluit van de gemeenteraad. Op 18 december 2018 heeft het CBB in een zaak tegen de gemeente Hengelo⁵ en een zaak tegen de gemeente Zeewolde⁶ belangwekkende uitspraken gedaan waarin hij het toetsingskader gaf om een algemeen belang-besluit op rechtmatigheid te beoordelen. Allereerst moet de gemeenteraad de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen vergaren. Vervolgens toetst het CBB of de gemeenteraad zich redelijkerwijs op het standpunt heeft kunnen stellen dat sprake is van een algemeen belang dat door de desbetreffende economische activiteit wordt gediend. Een algemeen belang is er volgens het CBB niet als het aanbieden van de economische activiteit beneden de kostprijs niet nodig is om het nagestreefde algemeen belang te dienen. Dat is in elk geval aan de orde:

- a. als dat belang ook wordt gediend als de economische activiteit niet beneden de kostprijs wordt aangeboden; of
- b. als niet aannemelijk is dat marktpartijen met hun aanbod en de door hen gehanteerde voorwaarden dat belang niet kunnen dienen.

Deze toets lijkt een algemeen belang-besluit inzake beschermingsbewind wel te kunnen doorstaan. Het is aan de gemeenteraad om te bepalen wat hij verstaat onder het algemeen belang. Hij is dus vrij daaronder te verstaan dat de uitgaven aan bijzondere bijstand voor kosten van bewindvoering worden beperkt. (a) In mijn ogen kan redelijkerwijs worden aangenomen dat het doel –

beperking van bijzondere bijstandsverlening – niet kan worden bereikt als beschermingsbewind niet beneden de kostprijs wordt aangeboden (b) Het is juist eerder wél dan niet aannemelijk dat marktpartijen niet het belang kunnen dienen dat gemeentelijke bijzondere bijstandslasten worden beperkt.

Vervolgens toetst het CBB of de gemeenteraad, gelet op de betrokken belangen, in redelijkheid heeft kunnen besluiten van zijn bevoegdheid tot het nemen van een algemeen belang-besluit gebruik te maken op de wijze waarop hij dat heeft gedaan. Daarbij is onder meer van betekenis of de gemeenteraad in het besluit een prijsstelling heeft opgenomen die ertoe leidt dat enerzijds het beoogde effect daadwerkelijk wordt bereikt en anderzijds het nadeel voor de betrokken onderneming(en) zoveel mogelijk wordt beperkt, of hij een termijn aan het besluit heeft verbonden en of hij compensatie heeft aangeboden voor het nadeel dat redelijkerwijs niet ten laste van de betrokken onderneming(en) behoort te blijven. Om zeker te zijn dat een algemeen belang-besluit inzake beschermingsbewind deze toets kan doorstaan, doet de gemeenteraad er verstandig aan om:

- een prijsstelling in het algemeen belang-besluit op te nemen;
- aan te tonen dat die prijsstelling daadwerkelijk leidt tot vermindering van bijzondere uitgaven aan bijzondere bijstand;
- het nadeel voor de ‘normale’ professionele bewindvoerders zoveel mogelijk te beperken;
- een termijn aan het algemeen belang-besluit te verbinden;
- de ‘normale’ professionele bewindvoerders financiële compensatie te bieden voor het nadeel dat zij ondervinden en dat redelijkerwijs niet te hunnen laste behoort te blijven.

Met een ‘algemeen belang-besluit’ kunnen de uitgaven voor bijzondere bijstand (aanzienlijk) worden beperkt, aangezien de persoon die onder bewind is gesteld van een opgeleide ambtenaar of een gecontracteerde bewindvoerder geen (of minder) kosten wegens bewindvoering in rekening hoeven te worden gebracht waarvoor hij vervolgens bijzondere bijstand kan aanvragen. Waar de gemeente echter aan de ene kant bespaart op de bijzondere bijstand, zal ze aan de andere kant de algemene middelen moeten aanspreken voor de (gedeeltelijke) bekostiging van het aanbieden van het beschermingsbewind en voor eventuele financiële compensatie van ‘normale’ professionele bewindvoerders. Dat leidt er toe dat de gemeente uiteindelijk nóg duurder uit is dan het bedrag dat ze kwijt zou zijn aan bijzondere bijstand voor de beloning van een ‘reguliere’ professionele bewindvoerder.⁷

Conclusie

Gemeenten kunnen beschermingsbewind in huis halen via het opleiden van ambtenaren of het contracteren van bewindvoerders. Om het in huis halen van beschermingsbewind geen lege huls te doen zijn, is het wel zaak dat de personen voor wie om onderbewindstelling wordt verzocht kiezen voor een bewindvoerder van gemeentewege. Gemeenten moeten bij het in huis halen van beschermingsbewind de Mededingingswet inacht nemen. Zonder een ‘algemeen belang-besluit’ ex artikel 25h lid 6 van de Mededingingswet zal de gemeente de integrale kosten van bewindvoering door een opgeleide ambtenaar (of een gecontracteerde bewindvoerder) in rekening moeten brengen bij de persoon die onder bewind is gesteld. Als die integrale kosten lager zijn dan de beloning van ‘reguliere’ professionele beschermingsbewindvoerders, dan levert dat een besparing op de kosten van bijzondere bijstand voor bewindvoerderskosten op.

Heeft de gemeenteraad een ‘algemeen belang-besluit’ genomen, dan kan de gemeente beschermingsbewind wél aanbieden zonder de integrale kosten daarvan in rekening te brengen bij de onder bewind gestelde persoon; de kosten worden dan (gedeeltelijk) uit de algemene middelen gefinancierd. Wel moet de gemeenteraad bij het nemen van het algemeen belang-besluit voldoen aan de criteria van de rechterlijke toets. Het algemeen belang-besluit sneuvelt anders in een bezwaar- of (hoger) beroepsprocedure. Dit zou het geval kunnen zijn wanneer de ‘normale’ professionele bewindvoerders geen financiële compensatie wordt geboden. Hoewel de weg van het algemeen belang-besluit de gemeente een besparing oplevert op de kosten van bijzondere bijstand, is de gemeente met deze methode wel duurder uit.⁸

1. Aanbestedingsperikelen blijven buiten het bestek van deze bijdrage.

2. Zie in dit verband Rechtbank Noord-Nederland 22-01-2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:279.

3. <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2017-12/besluit-op-handhavingsverzoek-ten-aanzien-van-beschermingsbewind.pdf>

4. Zie ook https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2018-07/acm-wijst-handhavingsverzoek_tegen-gemeente-groningen-af-2018-07-25.pdf

5. CBB 18-12-2018, ECLI:NL:CBB:2018:660

6. CBB 18-12-2018, ECLI:NL:CBB:2018:661

7. De aanname hierbij is dat het algemeen belang-besluit alleen wordt genomen als het de gemeente niet lukt bewindvoering aan te bieden voor lagere integrale kosten dan ze kwijt zou zijn aan bijzondere bijstand voor de beloning van een ‘reguliere’ professionele bewindvoerder. Als dat wel lukt, is een algemeen belang-besluit niet nodig.

8. Zie voetnoot 7.