



Besluit

Besluit op het bezwaar van MKB Multifunds B.V. tegen het besluit van de Autoriteit Consument en Markt van 23 februari 2021 met kenmerk ACM/UIT/549113

Ons kenmerk : ACM/UIT/569118
Zaaknummer : ACM/21/051316
Datum : 21 december 2021

Samenvatting

1. In dit besluit komt de Autoriteit Consument en Markt (hierna: de ACM) tot de conclusie dat het bezwaar van MKB Multifunds B.V. (hierna: MKB Multifunds) tegen het besluit van 23 februari 2021 (hierna: het bestreden besluit) gedeeltelijk gegrond is.
2. De ACM stelt een overtreding van het bevoordelingsverbod vast van de Minister van Economische Zaken en Klimaat (hierna: de Minister). De ACM is van oordeel dat de Minister een selectief voordeel heeft verleend aan zijn overheidsbedrijven Dutch Venture Initiative-I en II (hierna: de DVI-fondsen) door hiervoor investeerders te interesseren (artikel 25j Mededingingswet, hierna: Mw). De ACM stelt op grond van artikel 70c, aanhef en onderdeel a, Mw een overtreding vast.
3. De ACM is daarnaast van oordeel dat de Minister ten aanzien van zijn overheidsbedrijven Oost NL en DVI-fondsen de verplichting tot functiescheiding niet heeft geschonden (artikel 25i Mw). De ACM blijft ook van oordeel dat de Minister zijn overheidsbedrijven (de DVI-fondsen) niet heeft bevoordeeld door subsidie te verstrekken aan Oost NL ten behoeve van de DVI-fondsen (artikel 25j Mw). Het betalen van een vergoeding voor het beheer van de DVI-fondsen door de Minister en het gebruik van het beeldmerk en de naam van de Minister kan in dit geval evenmin worden aangemerkt als verboden bevoordeling van Oost NL of de DVI-fondsen.

1. Inleiding

4. De ACM ziet toe op de naleving van hoofdstuk 4b van de Mw. Dit hoofdstuk bevat gedragsregels voor overheden en beoogt de concurrentieverhoudingen tussen enerzijds overheden die als aanbieder van goederen of diensten aan derden optreden en anderzijds private ondernemingen zo gelijk mogelijk te houden.¹
5. Het uitgangspunt van hoofdstuk 4b van de Mededingingswet is dat overheidsorganisaties de vrijheid hebben om economische activiteiten te verrichten en daardoor als onderneming te handelen. Zij kunnen daarbij mogelijk met particuliere ondernemingen concurreren, maar moeten zich daarbij wel aan een aantal gedragsregels houden.² Daarnaast mogen overheden hun overheidsbedrijven niet bevoordelen, omdat daardoor de concurrentie tussen overheidsondernemingen en private ondernemingen wordt verstoord. In deze zaak staat vast dat

¹ Kamerstukken II 2007/08, 31354, nr. 3, p. 2.

² Zoals artikel 25i Mw (integrale kostendoorberekening), artikel 25k Mw (gegevensgebruik) en artikel 25l (functiescheiding).

Oost NL en de DVI-fondsen overheidsbedrijven van de Minister zijn, waarop het bevoordelingsverbod van artikel 25j Mw van toepassing is.³

2. Verloop van de procedure

6. Vanaf 2018 heeft de ACM signalen ontvangen van de private onderneming MKB Multifunds. Volgens MKB Multifunds had de Minister zijn overheidsbedrijven Oost NL en de DVI-fondsen op verschillende manieren bevoordeeld. MKB Multifunds noemde daarbij het verstrekken van subsidie en vergoedingen, het verlenen van diensten en het laten gebruiken van het beeldmerk en naam van de Minister. Daarnaast zou de Minister betrokken zijn bij de activiteiten van de DVI-fondsen en daarbij onvoldoende functiescheiding hebben toegepast.
7. Op 23 februari 2021 heeft de ACM in het bestreden besluit vastgesteld dat de Minister het verbod om overheidsbedrijven te bevoordelen van artikel 25j Mw niet heeft overtreden bij het faciliteren van de DVI-fondsen en dat de verplichting tot functiescheiding van artikel 25l Mw niet van toepassing is. Het verloop van die procedure staat beschreven in het bestreden besluit.⁴
8. Op 5 april 2021 heeft MKB Multifunds bezwaar gemaakt tegen het bestreden besluit.⁵
9. De ACM heeft op 13 juli 2021 een hoorzitting gehouden.⁶ Van de hoorzitting is een verslag gemaakt.⁷ Dat verslag is op 12 augustus 2021 aan MKB Multifunds⁸ en de Minister⁹ gestuurd.
10. Naar aanleiding van de hoorzitting heeft de hoorcommissie van de ACM op 27 augustus 2021 schriftelijk een aantal vragen gesteld aan de Minister.¹⁰ Medewerkers van het ministerie hebben deze vragen op 1 oktober 2021 schriftelijk beantwoord.¹¹ MKB Multifunds is in de gelegenheid gesteld om schriftelijk te reageren op de reactie van de Minister op de aanvullende vragen en heeft op 7 november 2021 haar schriftelijke reactie gegeven.¹²
11. Op 26 november 2021 heeft de ACM de Minister verzocht om een nadere schriftelijke toelichting te geven op de bijeenkomsten waar de DVI-fondsen onder de aandacht zouden zijn gebracht.¹³ Deze schriftelijke informatie heeft de Minister op 30 november 2021 aan de ACM verstrekt.¹⁴ Op verzoek van de ACM hebben medewerkers van het ministerie deze antwoorden op 30 november 2021 telefonisch nader toegelicht. Van dit gesprek is een telefoonnotitie opgesteld.¹⁵ De ACM heeft de vragen, de antwoorden en een weergave van de telefonische nadere toelichting op 30 november 2021 aan MKB Multifunds gestuurd. MKB Multifunds is daarbij in de gelegenheid gesteld om

³ In paragraaf 4.1 van het bestreden besluit is beschreven dat Oost NL en de DVI-fondsen zijn aan te merken als overheidsbedrijven als bedoeld in artikel 25g Mw, omdat de Minister in staat is het beleid te bepalen op grond van artikel 25g, tweede lid, aanhef en onder a en b, Mw. De Minister houdt namelijk meer dan de helft van de aandelen van Oost NL en bij de benoeming van bestuursleden van de DVI-fondsen moet de Minister instemmen.

⁴ Bestreden besluit, randnummers 13-17.

⁵ Document met kenmerk ACM/IN/602611.

⁶ De hoorzitting vond digitaal plaats vanwege de destijds geldende coronamaatregelen.

⁷ Document met kenmerk ACM/UIT/559318.

⁸ Document met kenmerk ACM/UIT/559966.

⁹ Document met kenmerk ACM/UIT/559930.

¹⁰ Document met kenmerk ACM/UIT/560354.

¹¹ Document met kenmerk ACM/IN/658921.

¹² Document met kenmerk ACM/IN/658926.

¹³ Document met kenmerk ACM/UIT/566864.

¹⁴ Document met kenmerk ACM/IN/662867.

¹⁵ Document met kenmerk ACM/INT/438850.

schriftelijk te reageren.¹⁶ Op 7 december 2021 heeft MKB Multifunds haar schriftelijke reactie gegeven.¹⁷ De ACM heeft de reactie van MKB Multifunds op 13 december 2021 aan de Minister gestuurd.¹⁸

3. Bezwaargronden

12. MKB Multifunds voert in haar bezwaarschrift samengevat de volgende bezwaargronden aan:
 - a) De ACM miskent dat als gevolg van een vetorecht van de Minister ten aanzien van de investor committee van de DVI-fondsen en als gevolg van pre-marketing en/of fondsenwerving door de Minister sprake is van functievermenging (in de zin van artikel 25l Mw);
 - b) De ACM miskent dat de Minister zijn overheidsbedrijven heeft bevoordeeld, omdat sprake is van selectiviteit bij de subsidieverstrekking (in de zin van artikel 25j, eerste lid, Mw jo artikel 9 Besluit M&O);
 - c) De ACM miskent dat de Minister zijn overheidsbedrijven voordelen – namelijk een vergoeding aan Oost NL – heeft toegekend die verder gaan dan in het handelsverkeer gebruikelijk is (in de zin van artikel 25j, eerste lid, Mw);
 - d) De ACM miskent dat de Minister zijn overheidsbedrijven heeft bevoordeeld door diensten te leveren – namelijk pre-marketing en/of fondsenwerving voor de DVI-fondsen – zonder daarvoor een vergoeding te verlangen (in de zin van artikel 25j Mw);
 - e) De ACM miskent dat Minister zijn overheidsbedrijven heeft bevoordeeld door de DVI-fondsen de naam en het beeldmerk van de Minister te laten gebruiken op een wijze waardoor verwarring is ontstaan bij het publiek over de herkomst van de diensten (in de zin van artikel 25j, tweede lid, onder a, Mw);
 - f) De ACM heeft in strijd gehandeld met het zorgvuldigheidsbeginsel.
13. De ACM zal in het volgende hoofdstuk eerst ingaan op de belanghebbendheid van MKB Multifunds (paragraaf 4.1). Daarna zal de ACM ingaan op toelichtingen van MKB Multifunds en de Minister op het interesseren van investeerders ten behoeve van de DVI-fondsen (paragraaf 4.2). Daarna behandelt de ACM de door MKB Multifunds ingediende bezwaren (paragrafen 4.3 tot en met 4.8).

4. Beoordeling bezwaar door ACM

4.1. Belanghebbendheid MKB Multifunds

14. Op grond van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: 'Awb') kan alleen een belanghebbende bezwaar maken tegen een besluit.

¹⁶ Document met kenmerk ACM/UIT/566814.

¹⁷ Document met kenmerk ACM/IIN/663770.

¹⁸ Document met kenmerk ACM/UIT/567553.

15. Tijdens de hoorzitting op 13 juli 2021 heeft de Minister de belanghebbendheid van MKB Multifunds in twijfel getrokken. De Minister stelt dat het enkele feit dat MKB Multifunds het signaal heeft ingediend naar aanleiding waarvan het bestreden besluit is genomen, MKB Multifunds nog geen belanghebbende maakt. Daar is volgens de Minister meer voor nodig.¹⁹ Volgens de Minister staat niet vast dat er een concurrentieverhouding zou zijn tussen MKB Multifunds en de DVI-fondsen.²⁰
16. De ACM is van oordeel dat MKB Multifunds op grond van artikel 1:2, eerste lid, Awb belanghebbend is bij onderhavig besluit en dat het bezwaarschrift dus ontvankelijk is.
17. Uit artikel 1:2, eerste lid, Awb volgt dat onder 'belanghebbende' wordt verstaan degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken. Uit de rechtspraak volgt dat sprake is van belanghebbendheid als aan vijf cumulatieve vereisten is voldaan. De betrokkene moet een (i) eigen (ii) persoonlijk (iii) objectief bepaalbaar (iv) actueel en voldoende zeker en (v) rechtstreeks belang hebben.
18. In het kader van het vereiste van een rechtstreeks belang geldt het volgende. Uit vaste rechtspraak volgt dat degene wiens concurrentiebelang rechtstreeks wordt geraakt, belanghebbende is.²¹ Uit vaste rechtspraak volgt verder dat een concurrentiebelang een rechtstreeks belang is wanneer de ondernemer activiteiten ontplooit binnen hetzelfde marktsegment en verzorgingsgebied als de ondernemer jegens wie om handhaving wordt verzocht.²² Ook potentiële concurrenten kunnen als belanghebbende worden aangemerkt, indien zij concrete plannen hebben en zijn begonnen met de uitvoering daarvan.²³
19. MKB Multifunds houdt zich bezig met het investeren in risicokapitaalfondsen. Die fondsen investeren weer in Nederlandse middel- en kleinbedrijven. In een door MKB Multifunds overgelegd uittreksel van de Kamer van Koophandel worden haar activiteiten als volgt beschreven: "*Houdster en financieringsmaatschappij. Advies aangaande de investeerbaarheid van het Nederlandse MKB*".²⁴ De DVI-fondsen investeren ook in risicokapitaal fondsen. Ook die fondsen investeren weer in Nederlandse middel- en kleinbedrijven.²⁵ Op grond hiervan concludeert de ACM dat MKB Multifunds en de DVI-fondsen binnen hetzelfde marktsegment en verzorgingsgebied activiteiten verrichten dan wel activiteiten beogen te verrichten. Dat MKB Multifunds wellicht nog geen activiteiten heeft verricht, is in dit geval niet van belang. Zoals in randnummer 18 uiteengezet kunnen ook potentiële concurrenten als belanghebbende worden aangemerkt. Uit hetgeen MKB Multifunds tijdens de hoorzitting heeft verklaard, leidt de ACM af dat het voldoende aannemelijk is dat MKB Multifunds concrete plannen had om te investeren in risicokapitaalfondsen.²⁶

¹⁹ Hoorzittingsverslag, ACM/UIT/559318, p. 8.

²⁰ Idem.

²¹ ABRvS 7 maart 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA0085, r.o. 2.3.

²² ABRvS 20 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:91, r.o. 4, ABRvS 28 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:183, r.o. 2.2 en ABRvS 26 oktober 2011, ECLI:NL:RVS:2016:2834, r.o. 3.1.

²³ Rb. Midden-Nederland 19 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7374, r.o. 6 en ABRvS 13 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ1072, r.o. 2.5.1.

²⁴ Document met kenmerk ACM/IN/607944.

²⁵ Document met kenmerk ACM/IN/486153.

²⁶ Hoorzittingsverslag, ACM/UIT/559318, p. 2 en 3.

4.2. Toelichtingen partijen op interesseren van investeerders voor DVI-fondsen

Toelichting MKB Multifunds

20. MKB Multifunds heeft meermaals gewezen op het houden van bijeenkomsten, zogenoemde 'roadshows', waar de Minister aandacht heeft besteed aan de DVI-fondsen. Volgens MKB Multifunds heeft de Minister daar actief aan fondsenwerving voor de DVI-fondsen gedaan.²⁷
21. Ook heeft MKB Multifunds gewezen op verscheidene uitlatingen van de Minister en de Staatssecretaris in de Tweede Kamer, waaruit volgens haar zou blijken dat de Minister investeerders zoekt of interesseert voor de DVI-fondsen.²⁸ Op 7 november 2021²⁹ en 7 december 2021 wijst MKB Multifunds nogmaals op de uitlatingen van de Minister en de Staatssecretaris.³⁰ MKB Multifunds wijst op de volgende citaten:
 - Op 30 september 2015 zegt de Minister tegen de Tweede Kamer:

*"We zijn nu bezig met het tweede Dutch Venture Initiative, waar we nog meer geld van derden ingestoken zullen zien, zo schatten wij in. Wij hebben daar ook de pensioenfondsen bij betrokken, die daarin geïnteresseerd zijn. Ik heb er indringend met de leiding van ABP en APG over gesproken, net als met een grote internationale pensioenbeheerder, een Amerikaans bedrijf. Wij zijn nu aan het kijken hoe we die ook kunnen betrekken bij dat Dutch Venture Initiative II. Dan komt er dus meer geld beschikbaar vanuit verschillende kanten, het Europees Investeringsfonds, het Rijk, mogelijk van ABP en APG en mogelijk ook van een internationale pensioenbeheerder."*³¹
 - Op 2 juni 2017 schrijft de Minister aan de Tweede Kamer:

*"Voor DVI probeer ik samen met het EIF ook institutionele beleggers te interesseren. Er zijn in lijn met mijn toezegging aan de Kamer zowel bij DVI-I en DVI-II al gesprekken gevoerd met institutionele beleggers en het EIF en EZ zullen DVI onder de aandacht blijven brengen om te investeren in DVI."*³²
 - Op 4 februari 2019 schrijft de Staatssecretaris aan de Tweede Kamer:

*"Ik continueer mijn inspanning om pensioenfondsen te interesseren om te investeren in de Nederlandse economie in het bijzonder venture capital. Daarbij zal ik ook DVI onder de aandacht brengen."*³³
22. In haar toelichtingen van 7 november 2021 en 7 december 2021 licht MKB Multifunds toe dat er sprake is van 'pre-marketing' als bedoeld in de AIFM-richtlijn.³⁴ Samengevat wordt hiermee

²⁷ Documenten 20, 27 en 28 van het bezwaardossier, document met kenmerk ACM/IN/602611, p. 2-3, hoorzittingsverslag, ACM/UIT/559318, document met kenmerk ACM/IN/658926 en document met kenmerk ACM/IN/663770.

²⁸ Documenten 1, 2, 20, 25, 27 en 28 van het bezwaardossier, document met kenmerk ACM/IN/602611, p. 3, document met kenmerk ACM/IN/658926 en document met kenmerk ACM/IN/663770.

²⁹ Document met kenmerk ACM/IN/658926.

³⁰ Document met kenmerk ACM/IN/663770.

³¹ *Kamerstukken II* 2015/16, 31 311, nr. 161, p. 25.

³² *Kamerstukken II* 2016/17, 32 637, nr. 284, p. 3.

³³ *Kamerstukken II* 2018/19, 32 637, nr. 344, p. 9 en 18.

³⁴ Richtlijn (EU) 2019/1160 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 tot wijziging van Richtlijnen 2009/65/EG en 2011/61/EU met betrekking tot de grensoverschrijdende distributie van instellingen voor collectieve belegging (*PbEU* 2019, L 188) ('AIFM-Richtlijn').

bedoeld het nagaan of er interesse bestaat bij investeerders om te beleggen in een beleggingsinstelling, nog voordat deze is opgericht, geregistreerd of genotificeerd. Dit is volgens MKB Multifunds een economische activiteit die door de Minister wordt verricht. Daarbij zou de Minister zijn functies hebben vermengd en de DVI-fondsen hebben bevoordeeld.

23. In haar reactie van 7 december 2021 noemt MKB Multifunds verder nog een bijeenkomst tussen medewerkers van het ministerie en een pensioenuitvoerder die op 20 oktober 2011, voorafgaand aan DVI-I op initiatief van medewerkers van het ministerie, zou hebben plaatsgevonden. Tijdens deze bijeenkomst zou zijn gesproken over “scenarioanalyses van de modelportfolio en geprognoseerde rendementen”. Tevens zouden medewerkers van het ministerie een toelichting hebben gegeven over “de risk management aanpak, de herziene modelportfolio en de impact hiervan op de geprognoseerde rendementen”.
24. Voorts noemt MKB Multifunds in haar reactie van 7 december 2021 een bijeenkomst van 23 oktober 2015 tussen enerzijds haarzelf en pensioenfondsen en anderzijds de medewerkers van het ministerie en het Europees Investeringsfonds (hierna: EIF), medeaandeelhouder en uitvoerder van de DVI-fondsen. Wat betreft MKB Multifunds vond die bijeenkomst plaats om te spreken over een overname van DVI-I en volgens haar op uitnodiging van medewerkers van het ministerie. Naar deze bijeenkomst heeft MKB Multifunds ook voorafgaand aan het bestreden besluit verwezen.³⁵ Tijdens deze bijeenkomst zou MKB Multifunds ongevroegd een presentatie hebben gekregen over beleggen in DVI-II. In de fase voorafgaand aan het bestreden besluit heeft MKB Multifunds de slides aan de ACM verstrekt die tijdens die bijeenkomst zouden zijn getoond.³⁶

Toelichting Minister

25. De Minister heeft toegelicht dat de gedragingen die MKB Multifunds noemt, passen binnen het algemene beleid ten aanzien van het bedrijfsleven en innovatie en niet is gericht op specifieke bevoordeling van zijn overheidsbedrijven Oost NL en de DVI-fondsen.³⁷
26. Ten aanzien van de uitspraken van de Minister en de Staatssecretaris aan de Tweede Kamer merkt hij op dat het staande beleid is om ernaar te streven dat institutionele beleggers meer investeren in het mkb in Nederland. Betrokkenheid van hen wordt (zonder onderscheid) verwelkomd bij zowel initiatieven die volledig privaats zijn, als waar de overheid een betrokkenheid bij heeft. De DVI-fondsen zijn daar als voorbeeld genoemd. De doelstelling daarbij is het verbeteren van toegang tot financiering van het MKB en geen winsttoegmerk of bevoordeling van specifieke ondernemingen.³⁸
27. Ten aanzien van de roadshows heeft de Minister toegelicht dat daar waar interesse bij (institutionele) investeerders is gebleken in de DVI-fondsen, door medewerkers van het ministerie een meer algemene toelichting is gegeven over het beleid van de Minister met betrekking tot innovatie-ecosystemen en de venture capital markt.³⁹ De bedoelde activiteiten, zelfs al hebben die de benaming van roadshows, waren gericht aan geïnteresseerde partijen en hadden vooral een algemeen informeel karakter over het beleid van de Minister ten aanzien van het bedrijfsleven- en innovatiebeleid, waaronder het verbeteren van de toegang tot financiering van ondernemingen.⁴⁰

³⁵ Document 25 van het bezwaardossier.

³⁶ Idem.

³⁷ Document 22 van het bezwaardossier, Hoorzittingsverslag, ACM/UIT/559318.

³⁸ Document 22 van het bezwaardossier.

³⁹ Idem.

⁴⁰ Document met kenmerk ACM/IN/658921.

28. Medewerkers van het ministerie hebben op 30 november 2021 toegelicht dat, zowel voor als na de oprichting van de DVI-fondsen, op macro/meso economisch niveau regelmatig overleg plaatsvindt met marktpartijen, waaronder (grote) institutionele beleggers. Zo wordt op macro/meso niveau gesproken over belemmeringen en kansen voor investeren in verschillende sectoren. Deze gesprekken vinden plaats om inzicht te krijgen hoe financieringsstructuren werken in de private markt. Dit overleg is gebruikelijk en belangrijk om beleidsontwikkeling te toetsen, zodat sprake is van 'evidence based policy'. In dat kader zou ook zijn gesproken over beleidsinstrumenten, waaronder – maar niet uitsluitend – de DVI-fondsen.
29. Medewerkers van het ministerie hebben op 30 november 2021 benadrukt dat de term 'roadshows' wel is gebruikt, maar dat zij deze term slechts van toepassing achten op (besloten) bijeenkomsten waar specifiek aan fondsenwerving wordt gedaan. Dergelijke bijeenkomsten zouden duidelijk wervend van aard zijn, omdat sprake is van een duidelijke propositie met voorwaarden en waar wordt gesproken over te behalen rendementen. Ook wordt daarbij eventueel een zogenoemde 'term sheet' verstrekt. Bij dergelijke roadshows – voor zover die hebben plaatsgevonden – zijn de Minister of zijn medewerkers niet betrokken geweest.
30. Verder hebben medewerkers van het ministerie toegelicht dat er regelmatig openbare bijeenkomsten hebben plaatsgevonden waarbij het beleid ten algemene is toegelicht aan marktpartijen. Als voorbeeld wordt de Startup Delta Summit genoemd. Dit is een bijeenkomst voor overheden, universiteiten, het onderwijs en het bedrijfsleven, waar kennis en ervaring wordt gedeeld met het oog op sneller starten, groeien en internationaliseren van Nederlandse startups. De toelichting van de Minister en medewerkers van zijn ministerie op het beleid is divers, gericht op het financieringslandschap in de sector die tijdens de betreffende bijeenkomst centraal staat. In dat verband zijn mogelijk ook de beleidsinstrumenten genoemd van de Minister, waaronder maar – niet uitsluitend – de DVI-fondsen.
31. Medewerkers van het ministerie hebben voorts benadrukt dat er nooit actief op bilaterale basis informatie is verschaft over de beleidsinstrumenten van de Minister, zoals de DVI-fondsen. Eventuele bilaterale informatievoorziening is altijd reactief, dus uitsluitend wanneer een marktpartij verzoekt om informatie over het beleid en/of het betreffende beleidsinstrument. Als voorbeeld wordt een bijeenkomst genoemd over de DVI-fondsen, waarbij de medewerkers van het ministerie, het EIF en MKB Multifunds en twee pensioenfondsen aanwezig waren. Bij dergelijke bilaterale informatieverschaffing geeft de Minister slechts een toelichting op het beleid en beleidsinstrumenten.
32. Medewerkers van het ministerie lichten toe dat het EIF deelneemt aan bijeenkomsten waarin voorlichting wordt gegeven over de mandaten die het EIF op grond van overeenkomsten uitvoert. Naast mandaten van de verschillende instellingen en overheden heeft het EIF ook een mandaat om uitvoering te geven aan de DVI-fondsen.⁴¹ Medewerkers van het ministerie bevestigen desgevraagd dat de slide van het EIF met betrekking tot DVI-II, zoals afgebeeld in het bezwaarschrift van MKB Multifunds⁴², het meest verstrekkende voorbeeld is van een toelichting van het EIF op het mandaat dat het heeft voor DVI-II. Het mandaat van het EIF is ruim. Dat betekent dat het EIF het mandaat onafhankelijk uitoefent en dat de Minister of medewerkers van zijn ministerie daarbij geen betrokkenheid hebben. Medewerkers van het ministerie geven aan dat de

⁴¹ Document met kenmerk ACM/INT/438850 en bijvoorbeeld https://www.eif.org/what_we_do/resources/dvi-II/index.htm, waar de uitvoerende rol van EIF ten aanzien van DVI-II staat beschreven.

⁴² Brief met kenmerk ACM/IN/602611, p. 3.

Minister of medewerkers van zijn ministerie daarom ook niet betrokken zijn bij wat het EIF tijdens bijeenkomsten over de DVI-fondsen zegt. Dit zou ook niet passen bij de rol van de Minister als beleidmaker.

33. Medewerkers van het ministerie geven aan dat het voorkomt dat zowel zij als het EIF deelnemen aan dezelfde bijeenkomsten. Als voorbeeld wordt de Startup Delta Summit genoemd (zie ook randnummer 30). Tijdens dergelijke bijeenkomsten geven de medewerkers van het ministerie een toelichting op beleid en beleidsinstrumenten, terwijl het EIF – zonder betrokkenheid van de Minister – een toelichting geeft over de mandaten die het EIF uitvoert, zoals de DVI-fondsen.
34. Medewerkers van het ministerie geven ten slotte aan dat zij niet kunnen uitsluiten dat het EIF (besloten) bijeenkomsten heeft georganiseerd waar het EIF aan fondsenwerving voor de DVI-fondsen heeft gedaan. Als dergelijke bijeenkomsten hebben plaatsgevonden, is de Minister daar niet bij betrokken geweest.

Conclusie ACM ten aanzien van interesseren van investeerders voor DVI-fondsen

35. Hierna hanteert de ACM de term 'Minister', zonder daarbij onderscheid te maken tussen enerzijds bewindspersonen zoals de Minister en de Staatssecretaris en anderzijds medewerkers van het ministerie van de Minister die handelen onder de verantwoordelijkheid van de Minister, tenzij door het gebruik van deze term verwarring kan ontstaan over specifieke uitslatingen. De ACM stelt vast dat MKB Multifunds en de Minister in hun toelichtingen verschillende begrippen hanteren, zoals pre-marketing, fondsenwerving, het houden van roadshows of het onder de aandacht brengen van de DVI-fondsen.
36. De ACM stelt vast dat gezien de uitslatingen van de Minister (zie randnummer 21) de Minister naar investeerders heeft gezocht en heeft getracht deze te interesseren voor de DVI-fondsen. Voorts blijkt uit de uitslatingen dat de Minister de DVI-fondsen bij investeerders onder de aandacht blijft brengen, met het oog hen te interesseren om te investeren in de DVI-fondsen. De ACM constateert op basis van de Kamerstukken waarin de uitslatingen van de Minister (zie randnummer 21) zijn genoemd, dat het niet goed mogelijk was om risicokapitaal voor mkb – en daarmee verdere financiering voor mkb – zonder overheidsinterventie beschikbaar en toegankelijk te maken en dat dit de reden is waarom de Minister specifiek de DVI-fondsen onder de aandacht heeft gebracht bij investeerders.⁴³
37. De toelichtingen van de Minister (zie randnummers 25-34) doen niet af aan de omstandigheid dat hij heeft getracht investeerders te interesseren voor de DVI-fondsen. De ACM weegt in dit verband mee dat de Minister heeft erkend dat hij met marktpartijen op macro/meso economisch niveau overleg voert, waarbij onder meer kansen voor investeringen aan de orde komen. Daarbij zouden de DVI-fondsen zijn genoemd.
38. Daarnaast stelt de ACM vast dat niet in geschil is tussen MKB Multifunds en de Minister dat er bilaterale bijeenkomsten hebben plaatsgevonden. Zo wordt door beide partijen gewezen op de bilaterale bijeenkomst tussen hen in Luxemburg, samen met het EIF en twee pensioenfondsen.⁴⁴ De ACM stelt in dit verband vast dat de slides die door MKB Multifunds zijn verstrekt en die tijdens de die bijeenkomst zouden zijn getoond, afkomstig zijn van het EIF.⁴⁵ MKB Multifunds beweert verder niet dat die slides door de Minister zijn toegelicht. Aan de hand van een door MKB

⁴³ Kamerstukken II 2018/19, 32 637, nr. 344, p. 16 en 18.

⁴⁴ Document 25 van het bezwaardossier en document met kenmerk ACM/IN/663770.

⁴⁵ Document 25 van het bezwaardossier.

Multifunds aan de ACM verstrekte Wob-publicatie constateert de ACM echter ook dat door een medewerker van het ministerie intern over die bijeenkomst het volgende is gecommuniceerd:

“Voor het Dutch Venture Initiative zijn we al langere tijd op zoek naar institutionele beleggers die willen instappen. Bij DVI I is dit getracht en ook bij DVI II proberen we dit te bewerkstellingen. MKB Multifunds had hierover contact met een pensioenuitvoerder die toen voorzichtig interesse zou hebben in DVI. EZ heeft MKB Multifunds geïntroduceerd bij EIF, de fondsbeheerder van DVI, om de mogelijkheden te bezien. In het model wat toen voorlag was een rol voor MKB Multifunds weggelegd als aanbrengrer van nieuwe partijen. Dit is op niets uitgelopen omdat de interesse nog te prematuur was en de pensioenuitvoerder in een later stadium is afgehaakt.”⁴⁶

Hieruit blijkt dat medewerkers van het ministerie voor de DVI-fondsen op zoek waren naar investeerders en ook hebben getracht om investeerders te laten instappen. De ACM stelt ook vast dat medewerkers van het ministerie bij die bijeenkomst aanwezig zijn geweest.

39. De ACM stelt daarom vast dat de Minister heeft getracht investeerders te interesseren voor de DVI-fondsen.

4.3. Verbod op functievermenging (artikel 25I Mw)

Bezwaar MKB Multifunds

40. MKB Multifunds heeft twee omstandigheden aangevoerd waarbij sprake zou zijn van functievermenging:
- a) de Minister heeft een vetorecht heeft bij de beleggingen die de DVI-fondsen doen. De Minister zou in dat verband werkzaamheden hebben verricht voor de DVI-fondsen; en
 - b) de Minister verricht volgens MKB Multifunds een dienst, namelijk pre-marketing en/of fondsenwerving, door de DVI-fondsen door middel van roadshows bij geïnteresseerde investeerders onder de aandacht te brengen.

Juridisch kader

41. Artikel 25I Mw beoogt functievermenging tegen te gaan om te voorkomen dat er een (schijn van) belangenverstremgeling kan ontstaan binnen de overheid, doordat publiekrechtelijke bevoegdheden en economische activiteiten in één persoon verenigd zijn.⁴⁷ Het functievermengingsverbod is van toepassing als een bestuursorgaan een publiekrechtelijke bevoegdheid uitoefent ten aanzien van een economische activiteit die het bestuursorgaan zelf verricht.
42. Voor toepassing van artikel 25I Mw moet dus enerzijds worden vastgesteld dat de Minister een publiekrechtelijke bevoegdheid uitoefent en anderzijds een economische activiteit verricht. Tenslotte moet worden vastgesteld dat de uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheid door de Minister betrekking heeft op de door hem verrichte economische activiteit.
43. In dit verband wijst de ACM nog op het volgende citaat uit de memorie van toelichting van de Wet Markt en Overheid:

⁴⁶ Document 25 van het bezwaardossier.

⁴⁷ *Kamerstukken II 2007/08, 31 354, nr. 3, p. 40.*

“(…) Bij overheidsbedrijven spelen risico’s op kruissubsidiëring en functievermenging niet - tenzij zij mede publieke taken uitvoeren. Het overheidsbedrijf opereert immers als onderneming die juridisch gescheiden is van de overheidsorganisatie.”⁴⁸

44. Hieruit blijkt dat de wetgever niet heeft beoogd om het verbod op functievermenging van toepassing te laten zijn op overheidsbedrijven.⁴⁹ Dit is alleen anders als die bedrijven mede publieke taken uitvoeren. Hiervan is in dit geval geen sprake.

Toelichting Minister

Ad a: het vetorecht

45. De Minister heeft tijdens de hoorzitting toegelicht dat zijn vetorecht beperkt blijft tot het uitoefenen van invloed op de benoeming van leden in de zogenoemde ‘investment committee’ van de DVI-fondsen, die worden voorgedragen door Oost NL. Het is de investment committee die namens het bestuur van de DVI-fondsen beslissingen neemt omtrent beslissingen van de DVI-fondsen. De Minister zou daarom geen directe invloed kunnen uitoefenen op de beleggingen door de DVI-fondsen.⁵⁰

Ad b: pre-marketing en/of fondsenwerving

46. Zie randnummers 25-34 voor de toelichting van de Minister op het interesseren van investeerders voor de DVI-fondsen.

Oordeel ACM

47. Het staat niet ter discussie dat de Minister op grond van grond van artikel 2, eerste lid, van de Kaderwet EZK- en LNV-subsidies subsidie heeft verstrekt aan Oost NL, ten behoeve van de DVI-fondsen. Dit betreft de uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheid van de Minister. Het is echter de vraag of de subsidieverstreking betrekking heeft op een door de Minister verrichte economische activiteit.

Ad a: het vetorecht

48. De Minister kan met zijn vetorecht een zekere invloed uitoefenen op de samenstelling van de investment committee van de DVI-fondsen. Met dit vetorecht is de Minister echter niet direct betrokken bij het ontplooiën van de economische activiteiten van de DVI-. Er zijn immers geen aanwijzingen dat de Minister zelf zitting heeft in de investment committee of in de besturen van de DVI-fondsen.⁵¹ De ACM beschikt ook niet over aanwijzingen dat de Minister direct invloed kan uitoefenen op individuele investeringsbeslissingen van de DVI-fondsen. De Minister kan derhalve evenmin feitelijk worden beschouwd als de partij die de economische activiteiten van de DVI-fondsen ontplooit (het investeren in risicokapitaalfondsen). Artikel 25I Mw is niet van toepassing.

Ad b: pre-marketing en/of fondsenwerving

49. Ongeacht de vaststelling van de ACM dat de Minister heeft getracht investeerders te interesseren (zie randnummers 35-39), komt de ACM niet toe aan de vraag of het interesseren van

⁴⁸ Kamerstukken II 2007/08, 31 354, nr. 3, p. 6.

⁴⁹ In het bestreden besluit (o.a. randnummer 32) is vastgesteld dat de Minister wel in staat is om het beleid in de DVI-fondsen te bepalen, waarop (mede) de conclusie is gebaseerd dat de DVI-fondsen overheidsbedrijven zijn in de zin van 25g ,eerste lid, Mw. Dit moet echter wel worden onderscheiden van de situatie waarin de Minister zelf economische activiteiten ontplooit. Daarvoor heeft de wetgever de gedragsregels geïntroduceerd in de artikelen 25i en 25k Mw zijn neergelegd.

⁵⁰ Hoorzittingsverslag, ACM/UIT/559318, p. 10.

⁵¹ Bestreden besluit, paragraaf 4.1.2.

investeerders als economische activiteit in de zin van artikel 25l Mw moet worden beschouwd. De ACM is namelijk van oordeel dat de subsidieverlening door de Minister geen betrekking heeft op het interesseren van investeerders. De subsidie is namelijk verstrekt aan Oost NL, ten behoeve van de DVI-fondsen. De subsidie is gericht op het ontwikkelen en ontplooiën van de door de DVI-fondsen verrichte economische activiteiten, namelijk het investeren in risicokapitaalfondsen.

50. Nu de bevoegdheidsuitoefening door de Minister niet zag op het interesseren van investeerders door de Minister, komt de ACM niet toe aan een toets of de functies wel gescheiden zijn uitgevoerd. Dit leidt tot de conclusie dat deze activiteit niet heeft geleid tot overtreding van artikel 25l Mw.

4.4. Geen selectiviteit subsidieverstrekking (artikel 9 Besluit M&O)

Juridisch kader bevoordeling door subsidieverstrekking

51. Artikel 25j, eerste lid, Mw verbiedt de bevoordeling van overheidsbedrijven ten opzichte van bedrijven waarmee zij in concurrentie treden ten algemene. Voor de toetsing van subsidies aan dit beoordelingsverbod bevat artikel 9 van het Besluit M&O een bijzondere bepaling. In dit artikel staat dat sprake is van bevoordeling als een bestuursorgaan 'zijn' overheidsbedrijf een subsidie verstrekt, waarvoor ondernemingen niet in aanmerking komen als zij geen deel uitmaken van een publiekrechtelijke rechtspersoon of geen overheidsbedrijf zijn. Uit de nota van toelichting bij het Besluit M&O volgt dat subsidies alleen toelaatbaar zijn onder het bevoordelingsverbod als gewone private ondernemingen voor de subsidie in aanmerking kunnen komen. Dat is het geval als (i) zij onder de doelgroep van de subsidieregeling of het subsidiebeleid vallen en (ii) op grond daarvan een subsidieaanvraag kunnen doen.⁵²

Bezwaar MKB Multifunds

52. In haar bezwaar voert MKB Multifunds aan dat de Minister haar overheidsbedrijf heeft bevoordeeld door een subsidie ten behoeve van de DVI-fondsen aan Oost NL te verstrekken. De subsidieverstrekking zou selectief zijn, omdat de Minister aan MKB Multifunds geen subsidie zou hebben willen verstrekken en MKB Multifunds daarom geen aanspraak kon maken op een dergelijke subsidie.

Toelichting Minister

53. De Minister heeft in de primaire fase reeds toegelicht dat hij aan Oost NL subsidies heeft verstrekt ter financiering van de DVI-fondsen ter grootte van in totaal 230 miljoen euro. Dit betreft drie subsidiebesluiten met betrekking tot DVI-I en één subsidiebesluit met betrekking tot DVI-II. Deze subsidies zijn volgens de Minister verleend in het kader van het beleid gericht op het bieden van ruimte aan ondernemerschap en innovatie op grond van artikel 2 van de Kaderwet EZ-subsidies (thans artikel 2 van de Kaderwet EZK- en LNV-subsidies). De subsidies zijn geldleningen en zijn verstrekt onder de voorwaarde van gebondenheid van Oost NL aan een uitvoeringsovereenkomst, zoals bedoeld in artikel 4.36, eerste lid, Awb. In die uitvoeringsovereenkomst wordt verstrekking van de leningen (nader) geregeld. Voor de subsidies geldt op grond van de uitvoeringsovereenkomst bovendien een terugbetalingsverplichting.⁵³ De Minister heeft er verder op gewezen dat het gaat om incidentele subsidies in de zin van artikel 4:23 Awb.

⁵² Nota van toelichting bij het Besluit markt en overheid, p. 12: (Stb. 2012, 255).

⁵³ Brief met kenmerk ACM/IN/658921, bijlage 1, artikel 11.

54. Daarnaast heeft de Minister aangegeven dat ook andere fondsinitiatieven in aanmerking kunnen komen voor subsidie wanneer dit past in het beleid zoals opgenomen in de Kaderwet EZK- en LNV-subsidies. De Minister heeft daaraan toegevoegd dat de Seed Capital regeling is ingesteld, die onderdeel uitmaakt van de Regeling nationale EZK- en LNV-subsidies. Op basis daarvan worden ondernemingen geholpen bij het verkrijgen van risicokapitaal. Daarnaast zijn er ook subsidies verstrekt ten behoeve van onder meer het Dutch Growth Co-Investment Programme en het European Angels Fund Netherlands die net zoals de DVI-fondsen worden beheerd door het EIF. Ook aan fondsinitiatieven die niet door het EIF worden beheerd, zoals Qredits Microfinanciering, is op basis van artikel 4:23 Awb subsidie verleend.
55. In het kader van de behandeling van het bezwaar van MKB Multifunds heeft de ACM de Minister op 27 augustus 2021 gevraagd om een nadere toelichting op het beleid op basis waarvan EZK beoordeelt of een onderneming in aanmerking komt voor incidentele subsidie.⁵⁴ Daarnaast heeft de ACM de Minister gevraagd of uit dat beleid volgt dat zowel private als publieke ondernemingen in aanmerking komen voor een subsidie.
56. De Minister heeft daarop gereageerd in zijn brief van 1 oktober 2021. In aanvulling op wat de Minister al in het kader van de besluitvorming in primo al naar voren heeft gebracht, wijst hij nog op het volgende.
57. De subsidies die zijn verstrekt aan Oost NL, zijn zogeheten incidentele subsidies.⁵⁵ Dergelijke subsidies worden verstrekt voor activiteiten waarin niet is voorzien met een subsidieregeling, maar die desalniettemin wenselijk worden geacht.⁵⁶ Het betreft activiteiten die passen in het beleidsterrein zoals opgesomd in artikel 2, eerste lid, van de Kaderwet EZK- en LNV-subsidies.
58. Het beleid waarin is vastgelegd hoe de Minister omgaat met zijn discretionaire bevoegdheid tot incidentele vergunningverlening, wordt onder meer kenbaar gemaakt in zijn brieven aan de Tweede Kamer. De ACM begrijpt de Minister zo, dat in dit geval de bevoegdheid om subsidie te vertrekken onder meer is ingevuld door het plaatsen van een oproep, genaamd 'Oproep voor voorstellen nieuwe marktinitiatieven verbreding en vergroting aanbod MKB-financiering, Ministerie van Economische Zaken' (hierna: de oproep).⁵⁷ Daarin zet de Minister onder meer uiteen welke criteria zullen worden toegepast bij de besluitvorming over concrete voorstellen voor verbreding en vergroting van het aanbod van mkb-financiering.⁵⁸ Daarnaast verwijst de Minister naar zijn brief aan de Tweede Kamer van 8 juli 2014 over het "Aanvullend Actieplan Mkb-Financiering". Ook blijkt het beleid op het gebied van risicokapitaal uit de begrotingen van 2013, 2014 en 2015. Daaruit volgt

⁵⁴ Brief met kenmerk ACM/UIT/560354.

⁵⁵ In e-mailcorrespondentie uit 2014 tussen de Minister en MKB Multifunds, waarin MKB Multifunds aangeeft aanspraak te willen maken op een subsidie van de Minister en daarbij gebruik wil maken van een zelfde regeling zoals die aan de DVI-fondsen is aangeboden, geeft de Minister te kennen dat er geen sprake is van een regeling waarvoor jaarlijks een budget beschikbaar is. Zie ook het bestreden besluit, randnummer 52 en 53.

⁵⁶ Het gaat volgens de Minister om een uitzondering op het uitgangspunt dat er een subsidieregeling/-module wordt opgesteld op grond van artikel 3 van de Kaderwet EZK- en LNV-subsidies, waarin onder meer is omschreven voor welke activiteiten subsidie kan worden verstrekt, wat de (maximale) hoogte is van de subsidie, wat de subsidiabele kosten zijn en aan welke criteria daarbij moet worden voldaan om in aanmerking te komen voor subsidie.

⁵⁷ *Stcrt.* 2014 nr. 31083.

⁵⁸ In de oproep wordt bijvoorbeeld opgemerkt dat een voorstel voor een goed initiatief in ieder geval zal bestaan uit een uitgewerkt businessplan met een degelijke onderbouwing en dat daaruit zal moeten blijken waar het initiatief vernieuwend is en op welke punten het kwalitatief of kwantitatief leidt tot verbreding of vergroting van het huidige aanbod van vreemd vermogen aan het mkb.

volgens de Minister dat de toegang tot (risico)kapitaal voor bedrijven wordt gestimuleerd om het innovatievermogen van de Nederlandse economie te versterken.⁵⁹

Oordeel ACM

59. De ACM stelt voorop dat zij in de Kaderwet EZK- en LNV-subsidies en in het toepasselijke beleidsmatige kader geen aanwijzingen heeft aangetroffen dat private ondernemingen – en daarmee MKB Multifunds – niet in aanmerking zouden kunnen komen voor subsidieverlening.
60. MKB Multifunds wijst er in haar reactie van 7 november 2021 in dit verband nog op dat volgens de oproep van de minister een aantal criteria gelden voor de subsidieregeling inzake een overheidsgarantie, waaraan zij naar eigen zeggen niet voldeed.⁶⁰ Daarom kwam MKB Multifunds niet in aanmerking voor subsidieverlening op grond van die regeling. De ACM constateert dat het bestaan van deze criteria – en het gegeven dat MKB Multifunds daar niet aan voldeed – op zichzelf niet aantoont dat sprake is van (verboden) selectiviteit in de zin van artikel 9 van het Besluit M&O. Uit de oproep blijkt immers niet dat het hanteren van de criteria ertoe leidt dat private ondernemingen (die geen deel uitmaken van een publiekrechtelijke rechtspersoon en die geen overheidsbedrijf zijn) niet in aanmerking komen voor subsidieverlening.⁶¹
61. Daarnaast zou volgens MKB Multifunds selectiviteit van de subsidieverlening aan Oost NL enerzijds blijken uit het feit dat MKB Multifunds niet aan de voorwaarden van de subsidieregeling voldeed en anderzijds het feit dat Oost NL in de periode waarin de subsidieregeling openstond een (aanvullende) subsidie van de Minister ontving. Oost NL zou daardoor een subsidie hebben ontvangen die niet beschikbaar was voor MKB Multifunds. De ACM volgt MKB Multifunds hierin niet. Met deze redenering impliceert MKB Multifunds dat Oost NL gebruik zou hebben gemaakt van de subsidieregeling en dat MKB Multifunds daarvoor niet aanmerking kwam. Zoals hiervoor al is opgemerkt, betreffen de subsidies aan Oost NL incidentele subsidies, waarbij geen gebruik is gemaakt van een regeling. Dat Oost NL wel incidentele subsidieaanvragen heeft gedaan die door de Minister zijn gehonoreerd, betekent niet dat de Minister selectief is omgegaan met incidentele subsidieaanvragen. Ook MKB Multifunds had immers een aanvraag voor een dergelijke incidentele subsidie bij de Minister kunnen indienen, zonder daarbij een beroep te doen op een subsidieregeling waarvoor zij gezien de geldende voorwaarden niet in aanmerking kwam. Dit heeft MKB Multifunds niet gedaan.
62. Er zijn evenmin concrete aanknopingspunten voor de stelling dat MKB Multifunds of andere private ondernemingen feitelijk niet in aanmerking kunnen komen voor verlening van incidentele subsidies

⁵⁹ De Minister wijst erop dat DVI daarbij als onderdeel van “het Toekomstfonds ter ondersteuning van de later stage risicokapitaalmarkt” is genoemd.

⁶⁰ Zie pagina 2 van de oproep: “Daarom zal, om in aanmerking te kunnen komen voor een overheidsgarantie, het voorgestelde initiatief zich niet richten op financiering van mkb-ondernemingen in de vorm van aandelen. Het initiatief heeft evenmin tot doel de financiering mogelijk te maken van mkb-ondernemingen die werkzaam zijn als belegger (bijvoorbeeld in aandelen of vastgoed), financier of verzekeraar. En uiteraard zal het initiatief niet mogen leiden tot het afdekken van risico’s die door de bij het voorstel betrokken mkb-financiers, personen of organisaties die aan de mkb-financier of de ontvanger van de mogelijke overheidsgarantie zijn verbonden, al eerder zijn genomen.”

⁶¹ Hetzelfde geldt voor het argument van MKB Multifunds dat niet is aangetoond dat andere ook aan andere marktinitiatieven (private funds-of-funds) subsidie is verstrekt. Of dit in de praktijk al dan niet is gebeurd, is op zichzelf niet doorslaggevend voor het antwoord op de vraag of sprake is van selectieve subsidieverstrekking. De (door MKB Multifunds aangevoerde) omstandigheid dat de Staat der Nederlanden de provincie Overijssel heeft gevrijwaard van alle financiële risico’s die het gevolg zijn van het handelen van Oost NL in het kader van het Dutch Venture Initiative, beschouwt de ACM evenmin als voldoende relevant in het kader van de door haar uit te voeren beoordeling. Het bestaan van deze regeling – die vooral beoogt de financiële risico’s voor de provincie Overijssel te beperken in het kader van haar betrokkenheid bij het Dutch Venture Initiative – kan immers niet leiden tot de conclusie dat de Minister aan OostNL subsidies heeft verstrekt die selectief zijn in de zin van artikel 9 van het Besluit M&O.

op basis van het hiervoor beschreven regelgevend kader (zoals de subsidies die zijn verleend aan Oost NL).

63. MKB Multifunds heeft met medewerkers van het ministerie wel contact gehad over het indienen van een subsidieaanvraag. In dit kader heeft MKB Multifunds meermaals verwezen naar de volgende mededeling van een medewerker van het Ministerie van EZK:

“Laten we binnenkort en dan ook samen met [naam medewerker ministerie] jullie plannen bespreken en kijken of er mogelijkheden zijn om die te ondersteunen vanuit de overheid of vanuit internationale organisaties zoals EIF/EIB. Voor alle duidelijkheid DVI-I is geen regeling, zoals bijvoorbeeld de Seed Capital-regeling, waar we jaarlijks een budget voor beschikbaar hebben.”⁶²

64. Uit deze mededeling blijkt dat de betreffende medewerker bereid was om met MKB Multifunds te verkennen of ondersteuning vanuit de overheid mogelijk was. De ACM is niet gebleken dat sprake is van een weigering om daarover een gesprek aan te gaan met MKB Multifunds. De toevoeging dat DVI geen regeling is waarvoor jaarlijks een budget beschikbaar is, rechtvaardigt naar het oordeel van de ACM niet de conclusie dat MKB Multifunds feitelijk of anderszins niet voor subsidieverlening in aanmerking zou kunnen komen. Hiermee wordt immers slechts toegelicht dat sprake is van incidentele subsidieverlening, wat doorgaans niet geschiedt op basis van vooraf vastgestelde (specifieke) budgetten.
65. Tenslotte wijst MKB Multifunds in haar reactie van 7 november 2021 nog op het jaarverslag 2012 van de Provincie Overijssel, waaruit zou blijken dat de Staat de Provincie Overijssel vrijwaart als aandeelhouder van Oost NL van alle financiële risico's als gevolg van het handelen van Oost NL in het kader van de DVI-fondsen. Uit deze vrijwaring zou volgens MKB Multifunds volgen dat voor Oost NL geen terugbetalingsverplichting geldt ten aanzien van de subsidie in de vorm van geldleningen. Als gevolg daarvan zou de subsidie niet beschikbaar zijn geweest voor MKB Multifunds. Daarmee zou de selectiviteit van de subsidie zijn aangetoond. De ACM volgt MKB Multifunds hierin niet. Voor zover de ACM kan vaststellen behelst de vrijwaring slechts het wegnemen van juridische en financiële risico's voor de Provincie Overijssel als aandeelhouder van Oost NL. Oost NL of de DVI-fondsen worden niet gevrijwaard. Dit doet dus niet af aan de terugbetalingsverplichting van de subsidies.⁶³
66. Ook na heroverweging oordeelt de ACM daarom dat de subsidieverlening door de Minister aan Oost NL ten behoeve van de DVI-fondsen geen bevoordeling is als bedoeld in de Mededingingswet (artikel 25j, eerste lid, Mw nader uitgewerkt in artikel 9 Besluit M&O). Er zijn geen aanwijzingen dat private ondernemingen niet in aanmerking kunnen komen voor verlening van incidentele subsidies zoals die hier aan de orde zijn.⁶⁴ Het bezwaar van MKB Multifunds dat de ACM treft derhalve geen doel.

⁶² Besteden besluit, randnummer 53.

⁶³ Op basis van artikel 11 van de onderliggende uitvoeringsovereenkomst.

⁶⁴ Artikel 2 van de Kaderwet EZ-subsidies (thans: artikel 2 van de Kaderwet EZK- en LNV-subsidies).

4.5. Geen bevoordeling door vergoeding aan Oost NL (artikel 25j, eerste lid, Mw)

Bezwaar MKB Multifunds

67. In haar bezwaar voert MKB Multifunds aan dat zij het niet eens is met de conclusie van de ACM dat er geen aanwijzingen zijn dat de vergoeding die Oost NL ontvangt voor haar ondersteunende (beheers)activiteiten ten aanzien van de DVI-fondsen die zij voor en namens de Minister verricht als bevoordeling is aan te merken. MKB Multifunds merkt ook op dat de ACM niet onderbouwt waarom zij hiervoor verwijst naar het besluit van de Europese Commissie inzake de vraag of de Minister verboden staatssteun in de zin van artikel 107 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: 'VwEU') heeft toegekend aan Oost NL, het EIF en de DVI-fondsen.⁶⁵
68. MKB Multifunds wijst erop dat de ACM heeft nagelaten te onderzoeken of het rendement van de beheervergoeding hoger is dan de vergoeding die Oost NL bij oprichting heeft ontvangen. Ter onderbouwing wijst zij op cijfers uit een benchmarkstudie uit 2013 van het European Private Equity and Venture Capital Association ('EVCA') waaruit zou blijken dat in de sector waarin de DVI-fondsen actief zouden zijn ('early stage venture capital-fondsen') een rendement van nihil te verwachten was. Iedere vergoeding aan Oost NL zou daarom al aan te merken zijn als bevoordeling.

Juridisch kader bevoordeling in de zin van artikel 25j, eerste lid, Mw

69. Voor de beoordeling of de vergoeding die Oost NL ontvangt, is aan te merken als bevoordeling in de zin van artikel 25j, eerste lid, Mw, geldt geen bijzondere bepaling. Dat betekent dat de ACM haar beoordeling stoelt op het algemene verbod uit artikel 25j, eerste lid, Mw. Op grond van dat artikel is het niet toegestaan dat een overheid een overheidsbedrijf, waarbij hij in de zin van artikel 25g, eerste lid, Mw is betrokken, bevoordeelt boven andere ondernemingen waarmee dat overheidsbedrijf in concurrentie treedt. Evenmin is het toegestaan dat een overheid een dergelijk overheidsbedrijf anderszins voordelen toekent die verder gaan dan in het normale handelsverkeer gebruikelijk is.
70. Het bevoordelingsverbod betreft elke vorm van bevoordeling.⁶⁶ Bevoordeling is in elk geval het toekennen van financiële middelen, maar kan ook bestaan uit het verschaffen van een ander voordeel.
71. Het bevoordelingsverbod betreft alleen de situatie waarin de bevoordeling door een overheid ten goede komt of kan komen aan economische activiteiten van het gerelateerde overheidsbedrijf. Het bevoordelingsverbod is immers gericht op het voorkomen van concurrentievervalsing bij economische activiteiten van het overheidsbedrijf.⁶⁷
72. Het bevoordelingsverbod van artikel 25j, eerste lid, Mw beoogt op dezelfde wijze als het staatssteunverbod van artikel 107 VwEU te voorkomen dat de overheid een bedrijf concurrentievoordelen verschaft voor het verrichten van economische activiteiten. Om die reden worden de drie cumulatieve elementen van het staatssteunverbod op overeenkomstige wijze getoetst om vast te stellen of er sprake is van concurrentievervalsing zoals bedoeld in het bevoordelingsverbod.⁶⁸

⁶⁵ Zaak Staatssteun SA.55704 (2019/FC) – Nederland Beweerde steun betreffend het Dutch Venture Initiative ("DVI"), C(2020) 1109 final.

⁶⁶ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 354, nr. 3, p. 39.

⁶⁷ Nota van toelichting bij het Besluit markt en overheid, p. 8: (*Stb.* 2012, 255).

⁶⁸ *Idem.*

73. De drie cumulatieve elementen van het staatssteunverbod zijn:
- het direct of indirect toekennen van staatsmiddelen;
 - het verschaft voordeel is niet-marktconform; en
 - er is sprake van selectiviteit.

Wanneer niet aan één van deze elementen is voldaan, is er geen sprake van concurrentievervalsing. Dan is er geen sprake van staatssteun. Evenmin is er dan sprake van bevoordeling in de zin van artikel 25j, eerste lid, Mw.

Ad a: toekennen van staatsmiddelen

74. Voor de vraag of er sprake is van het direct of indirect toekennen van staatsmiddelen, moet een activiteit toerekenbaar zijn aan de Staat en (zijdelings) worden bekostigd met staatsmiddelen.

Ad b: niet-marktconform handelen

75. Voor de vraag of er sprake is van niet-marktconform handelen, geldt het uitgangspunt dat dit niet het geval is indien de overheid zich heeft opgesteld als een gewone, private marktpartij (het criterium van investeren tegen marktvoorwaarden, ook wel het 'market economy investor principle' genoemd).

Ad c: selectiviteit

76. Voor de vraag of er sprake is van selectiviteit, geldt dat er sprake kan zijn van bevoordeling wanneer het voordeel is gericht op bepaalde ondernemingen, met name het overheidsbedrijf, zonder dat private bedrijven aanspraak hebben kunnen maken op eenzelfde voordeel. Een voorbeeld daarvan is het verlenen van subsidie waarvoor geen private bedrijven in aanmerking komen, waarvan artikel 9 Besluit M&O een specifieke uitwerking is. Hetzelfde geldt voor andere voordelen: er mag bij het toekennen van voordelen door de overheid geen onderscheid worden gemaakt tussen het overheidsbedrijf en private bedrijven.

Toelichting Minister

77. De Minister heeft toegelicht dat MKB Multifunds naar verkeerde EVCA-cijfers heeft verwezen, omdat de DVI-fondsen zich richten op 'later stage venture capital-fondsen'. Voor die sector zou volgens de benchmarkstudie van EVCA wel degelijk enkele procentpunten rendement te verwachten zijn geweest. De Minister wijst vervolgens op de jaarverslagen van de DVI-fondsen, waaruit volgt dat de rendementsverwachtingen juist waren. Daarmee is de onkostenvergoeding aan Oost NL voor haar werkzaamheden⁶⁹ geen overcompensatie en is er daardoor geen sprake van bevoordeling.⁷⁰

Oordeel ACM

78. Het bezwaar richt zich op de vraag of de vergoeding die Oost NL ontvangt niet-marktconform is. Het rendement dat de DVI-fondsen behalen uit de onderliggende investeringen komen toe aan de Minister (via Oost NL) en het EIF. De Minister ontvangt via Oost NL uiteindelijk de rendementen uit de DVI-fondsen, onder aftrek van een vergoeding aan Oost NL voor de kosten voor ondersteunende diensten die Oost NL voor en namens de Minister verricht.

⁶⁹ In randnummer 69 van het bestreden besluit worden de werkzaamheden die Oost NL voor de DVI-fondsen verricht en waarvoor zij een vergoeding ontvangt beschreven.

⁷⁰ Hoorzittingsverslag, ACM/UIT/559318, p. 9-10.

79. In het bestreden besluit heeft de ACM vastgesteld dat de kosten die Oost NL in rekening brengt redelijk en niet-excessief zijn. Daarvoor is verwezen naar een besluit van de Europese Commissie. In dat besluit heeft de Europese Commissie beoordeeld of er sprake is van verboden staatssteun in de zin van artikel 107 VwEU.
80. De beoordeling van de Europese Commissie van de vergoeding aan Oost NL leent zich ook voor toepassing in deze zaak, omdat de drie elementen van het staatssteunverbod op overeenkomstige wijze moeten worden toegepast bij de beoordeling of er sprake is van bevoordeling in de zin van artikel 25j, eerste lid, Mw. De Europese Commissie heeft vastgesteld de vergoeding voor Oost NL bestaat uit het vergoeden van de kosten van de administratieve diensten die door Oost NL worden verricht. Een accountant ziet toe op de vaststelling van die kosten, waardoor overcompensatie wordt voorkomen. Bovendien liggen de kosten die Oost NL voor haar diensten rekent lager dan marktpartijen doen.⁷¹ Deze omstandigheden maken volgens de Europese Commissie dat er geen economisch voordeel aan Oost NL wordt verstrekt.
81. Dat het besluit van de Europese Commissie momenteel onder de rechter is doet aan de conclusie dat er geen sprake is van een niet-marktconforme vergoeding niet af.⁷² Overigens zou de ACM niet bevoegd zijn om een oordeel te vellen over deze vergoeding als in de procedure bij het Hof van Justitie alsnog zou worden vastgesteld dat er wél sprake zou zijn van verboden staatssteun in de zin van artikel 107 VwEU.⁷³
82. De vergoeding voor Oost NL, die na verificatie door een accountant ten koste gaat van het rendement dat de Minister ontvangt, dekt uitsluitend de werkelijke kosten. Daardoor is geen sprake van overcompensatie. Zoals uit het besluit van de Europese Commissie blijkt, liggen de kosten die Oost NL in rekening brengt bovendien lager dan lager dan marktpartijen doen.⁷⁴ De kostenvergoeding die aan Oost NL wordt toegekend, beschouwt de ACM niet als bevoordeling in de zin van artikel 25j, eerste lid, Mw omdat er geen sprake is van een niet-marktconforme vergoeding.
83. MKB Multifunds heeft in haar bezwaar geen omstandigheden naar voren gebracht die niet door de Minister zijn weersproken. Ook zijn er door MKB Multifunds verder geen omstandigheden aangevoerd (en die zijn door de ACM ook niet in het dossier aangetroffen), waaruit zou blijken dat de vergoeding aan Oost NL een bevoordeling in de zin van artikel 25j, eerste lid, Mw inhoudt.
84. De ACM is na heroverweging van oordeel dat er geen aanwijzingen zijn dat de vergoeding aan Oost NL een bevoordeling is in de zin van artikel 25j, eerste lid, Mw. Het bezwaar van MKB Multifunds is op dit punt ongegrond.

⁷¹ Zaak Staatssteun SA.55704 (2019/FC) – Nederland Beweerde steun betreffend het Dutch Venture Initiative (“DVI”), C(2020) 1109 final, randnummer 71.

⁷² Op 6 september 2021 heeft het Gerecht het beroep van MKB Multifunds tegen het besluit van de Europese Commissie kennelijk niet-ontvankelijk verklaard wegens het ontbreken van procesbevoegdheid in de zin van artikel 263 VwEU, omdat de marktpositie van MKB Multifunds niet zou zijn geraakt door de beweerde steun (Gerecht, 6 september 2021, zaak T-277-20 (MKB Multifunds v Commissie), waartegen MKB Multifunds op 5 november 2021 hoger beroep bij het Hof van Justitie heeft ingesteld (Hof van Justitie, zaak C-665/21 P (MKB Multifunds v Commissie).

⁷³ Zie ook artikel 25h, lid 4, Mw.

⁷⁴ Zaak Staatssteun SA.55704 (2019/FC) – Nederland Beweerde steun betreffend het Dutch Venture Initiative (“DVI”), C(2020) 1109 final, randnummer 71.

4.6. Bevoordeling door interesseren van investeerders voor DVI-fondsen (artikel 25j, eerste lid, Mw)

Bezwaar MKB Multifunds

85. In haar bezwaar voert MKB Multifunds aan dat de ACM onterecht geen nader onderzoek heeft gedaan naar de wijzen waarop de Minister de DVI-fondsen onder de aandacht heeft gebracht bij geïnteresseerde partijen, waaronder het houden van zogenoemde 'roadshows'. Volgens MKB Multifunds doet de Minister hiermee aan pre-marketing als bedoeld in de AIFM-Richtlijn⁷⁵ of fondsenwerving en heeft hij daarmee de DVI-fondsen bevoordeeld.⁷⁶

Juridisch kader bevoordeling in de zin van artikel 25j, eerste lid Mw

86. Het juridisch kader voor de toets aan het algemene bevoordelingsverbod (artikel 25j, eerste lid, Mw) is uitgewerkt in randnummers 69 tot en met 76. Voor een bevestigend antwoord op de vraag of de Minister in strijd heeft gehandeld met dit verbod door het onder de aandacht brengen van de DVI-fondsen bij geïnteresseerde partijen, moet aan alle staatssteunelementen van artikel 107 VwEU zijn voldaan (zie randnummers 74-76).

Toelichting Minister

87. Voorafgaand aan het bestreden besluit en tijdens de hoorzitting is door de Minister toegelicht dat zijn toelichtingen puur informerend waren over zijn beleid en beleidsinstrumenten. Er hebben zich ook geen investeerders gemeld, waardoor de DVI-fondsen niet feitelijk zijn bevoordeeld.
88. Op 1 oktober 2021 heeft de Minister op verzoek van de ACM op 1 oktober 2021 toegelicht hoe de roadshows tot stand zijn gekomen en zijn verlopen. Hij heeft daarbij geen onderbouwing verstrekt. Op 30 november 2021 heeft de Minister een nadere toelichting gegeven op het overleg met marktpartijen voorafgaand aan de oprichting van de DVI-fondsen, de betrokkenheid van de Minister bij roadshows en eventuele fondsenwerving voor de DVI-fondsen (zie ook randnummer 25-34).

Oordeel ACM

89. Zoals in randnummer 86 is toegelicht moet worden beoordeeld of wordt voldaan aan de cumulatieve staatssteunelementen van artikel 107 VwEU. De ACM gaat daar hieronder op in.

Toekennen van staatsmiddelen

90. Zoals hiervoor in randnummers 35-39 is toegelicht, stelt de ACM vast dat de Minister heeft getracht investeerders te interesseren voor de DVI-fondsen. Zoals uit de uitlatingen in randnummer 21 blijkt, heeft de Minister (bewindspersoon) aangegeven indringende gesprekken te hebben gevoerd met potentiële investeerders en heeft de Staatssecretaris aangegeven dat zij de DVI-fondsen onder de aandacht zal blijven brengen om investeerders te interesseren voor de DVI. Daarnaast blijkt uit randnummer 38 dat medewerkers van het ministerie van de Minister op zoek zijn geweest naar investeerders voor de DVI-fondsen en hebben getracht investeerders te interesseren voor de DVI-fondsen. De ACM stelt vast dat deze activiteit toerekenbaar is aan de Staat en wordt bekostigd met staatsmiddelen. Aan het vereiste van toekennen van staatsmiddelen wordt voldaan.

⁷⁵ Richtlijn (EU) 2019/1160 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 tot wijziging van Richtlijnen 2009/65/EG en 2011/61/EU met betrekking tot de grensoverschrijdende distributie van instellingen voor collectieve belegging (*PbEU* 2019, L 188).

⁷⁶ Op grond van artikel 25j, lid 2, onder b, Mw.

Selectiviteit

91. De ondernemingen en fondsen die de Minister noemt in zijn reactie van 1 oktober 2021 betreffen uitsluitend overheidsinitiatieven. Uit de reactie blijkt dus niet – zoals MKB Multifunds terecht opmerkt – dat de Minister ook marktinitiatieven op een soortgelijke manier heeft toegelicht tijdens bijeenkomsten waaraan de Minister heeft deelgenomen.
92. De ACM is gebleken dat de Minister specifiek en juist de DVI-fondsen als beleidsinstrument onder de aandacht heeft gebracht bij investeerders, omdat het zonder overheidsinterventie niet goed mogelijk was om risicokapitaal voor mkb – en daarmee verdere financiering voor mkb – beschikbaar en toegankelijk te maken (zie ook randnummer 36).
93. De Minister heeft daarmee selectief voor zijn overheidsbedrijf, de DVI-fondsen, gezocht naar investeerders en getracht hen te interesseren om te beleggen in de DVI-fondsen. Aan het vereiste van selectiviteit wordt voldaan.

Niet-marktconform handelen

94. Uit de toelichtingen van de Minister, zoals die van 30 november 2021, blijkt dat hij geen vergoeding in rekening heeft gebracht bij zijn overheidsbedrijven voor de verleende diensten. De ACM stelt vast dat de Minister geen vergoeding in rekening heeft gebracht voor bilaterale bijeenkomsten tussen potentiële investeerders en de Minister, waarbij de Minister getracht heeft investeerders te interesseren in het investeren in de DVI-fondsen. De ACM beschouwt het interesseren van investeerders voor de DVI-fondsen als een activiteit die wordt verricht op een markt waarop ook andere ondernemingen actief zijn. Door hiervoor geen vergoeding te verlangen van zijn overheidsbedrijf, heeft de Minister niet-marktconform gehandeld. Aan het vereiste van niet-marktconform handelen wordt voldaan.
95. Aan de cumulatieve staatssteunelementen van artikel 107 VwEU wordt voldaan. De ACM is daarom van oordeel dat het interesseren van investeerders voor de DVI-fondsen een bevoordeling in de zin van artikel 25j, eerste lid, Mw inhoudt. Het bezwaar van MKB Multifunds is op dit punt gegrond.

4.7. Geen bevoordeling door gebruik beeldmerk en naam (artikel 25j, tweede lid, onder a, Mw)

Bezwaar MKB Multifunds

96. In haar bezwaar voert MKB Multifunds aan dat door het gebruik van het logo van de Rijksoverheid en de naam van de Minister als ‘strategic partner’ op slides zijn getoond, verwarring kan ontstaan bij het publiek over de rol van de Minister en de dienstverlening die hij zou verrichten.

Juridisch kader bevoordeling door verwarrend gebruik beeldmerk en naam in de zin van artikel 25j, tweede lid, onder a Mw

97. In artikel 25j, tweede lid, Mw is een aantal specifieke situaties beschreven waarbij het bevoordelingsverbod in ieder geval van toepassing is. Zo is er sprake van bevoordeling als een overheid het toestaat dat een overheidsbedrijf de naam en het beeldmerk van die overheid gebruikt op zo'n manier dat verwarring bij het publiek kan ontstaan over de herkomst van goederen of diensten (in de zin van artikel 25j, tweede lid, onder a, Mw).

Toelichting Minister

98. De Minister heeft weersproken dat de term ‘strategic partner’ tot onduidelijkheid of verwarring heeft geleid. Als er al vragen over zouden zijn gerezen, is de rol van de Minister altijd duidelijk, transparant en raadpleegbaar geweest. Ook zou de Minister nooit geheimzinnig zijn geweest over dat hij met risicofinanciering in de DVI-fondsen zit. Wat dat betreft is de rol van de Minister in de slides juist toegelicht en was er bij het publiek geen verwarring te duchten over de rol van de Minister en de herkomst van de financiering.⁷⁷

Oordeel ACM

99. Oost NL⁷⁸ en de DVI-fondsen⁷⁹ zijn aan te merken als overheidsbedrijven. Uit die beoordeling – die overigens niet is betwist – blijkt de betrokkenheid en zeggenschap van de Minister over deze overheidsbedrijven. Over het vetorecht van de Minister ten aanzien van de benoeming van leden in de ‘investment committee’ van de DVI-fondsen wordt verwezen naar paragraaf 4.3 van dit besluit.
100. Zowel MKB Multifunds als de Minister hebben in hun toelichtingen aangegeven dat de betrokkenheid van de Minister bij de DVI-fondsen algemeen en publiekelijk bekend is. De ACM verwijst daarvoor ook naar de uitlatingen van de Minister aan de Tweede Kamer (zie randnummer 21). Daarnaast is er geen discussie over het feit dat met de Minister met zijn subsidie de DVI-fondsen via zijn overheidsbedrijf Oost NL financiert. Wat dat betreft wordt het met gebruik van het logo van de Rijksoverheid en de naam van de Minister als ‘strategic partner’ de feitelijke situatie weergegeven. Hierdoor wordt naar het oordeel van de ACM geen voordeel verschaft aan de DVI-fondsen.
101. Er zijn geen aanwijzingen dat door het gebruik van het logo van de Rijksoverheid de naam van de Minister als ‘strategic partner’ verwarring bij het publiek kan ontstaan over de herkomst van goederen of diensten in de zin van artikel 25h, tweede lid, onder a, Mw. Het bezwaar van MKB Multifunds dat de DVI-fondsen worden bevoordeeld door het gebruik van de naam van de Minister en het beeldmerk van de Rijksoverheid treft geen doel.

4.8. Schending zorgvuldigheidsbeginsel

102. MKB Multifunds stelt dat de ACM onzorgvuldig onderzoek heeft gedaan. Bewijs dat in haar bezit was, zou zij niet hebben betrokken bij haar onderzoek.
103. De ACM heeft in de primaire fase onderzoek gedaan naar de gedragingen van de Minister naar aanleiding van het signaal van MKB Multifunds. MKB Multifunds had in haar signalen en de primaire besluitvormingsfase concrete verwijten geformuleerd die in die fase onvoldoende zijn onderzocht. De ACM heeft daarom in de bezwaarfase op verschillende momenten aanvullende vragen gesteld aan de Minister naar aanleiding van de bezwaargronden van MKB Multifunds hierover (zowel op de hoorzitting als daarna). Hierover merkt MKB Multifunds in haar reactie van 7 december 2021 op dat de Minister volgens haar onvolledige of onjuiste informatie heeft verstrekt aan de ACM en dat de Minister zijn medewerkingsplicht heeft geschonden.
104. Het nadere onderzoek van de ACM in de bezwaarfase heeft zich onder meer toegespitst op de bijeenkomsten waar de Minister de DVI-fondsen heeft toegelicht. Dit betekent dat het

⁷⁷ Hoorzittingsverslag, ACM/UIT/559318, p. 10.

⁷⁸ Bestreden besluit, randnummers 22-25.

⁷⁹ Idem, randnummers 26-31.

zorgvuldigheidsbeginsel bij het opstellen van het primaire besluit is geschonden. De ACM is op basis van het nadere onderzoek tot de conclusie gekomen dat er sprake is van een overtreding. Op grond daarvan is de ACM van oordeel dat nader onderzoek in het kader van deze heroverweging verder niet nodig is.

105. Het bezwaar van MKB Multifunds is gegrond voor zover deze daarin aangeeft dat de ACM op dit punt niet de nodige kennis heeft vergaard omtrent de relevante feiten in de primaire fase.

5. Vergoeding proceskosten

106. Ingevolge artikel 7:15, tweede lid, Awb, worden de kosten, die een belanghebbende in verband met de behandeling van het bezwaar redelijkerwijs heeft moeten maken, door het bestuursorgaan uitsluitend vergoed, voor zover het bestreden besluit wordt herroepen wegens een aan het bestuursorgaan te wijten onrechtmatigheid.
107. De door de ACM uitgevoerde heroverweging leidt tot een gedeeltelijke herroeping van het bestreden besluit.⁸⁰ De ACM stelt vast dat aan de voorwaarden van artikel 7:15, tweede lid, Awb is voldaan. De ACM stelt vast dat de kosten voor het maken van bezwaar en het bijwonen van de hoorzitting voor vergoeding in aanmerking komen. De proceskostenvergoeding bedraagt overeenkomstig het Besluit proceskosten bestuursrecht €1.068.⁸¹
108. De ACM wijst het verzoek van de MKB Multifunds om vergoeding van de proceskosten aldus toe.

⁸⁰ De ACM verwijst in dit verband kortheidshalve naar wat zij hierover heeft overwogen in paragrafen 4.6 en 4.8 van deze beslissing.

⁸¹ Zie A5 en B2 onder 2 van de bijlage Besluit proceskosten bestuursrecht.

6. Besluit

De Autoriteit Consument en Markt:

- I. verklaart het bezwaar van MKB Multifunds gedeeltelijk gegrond op basis van hetgeen is overwogen in paragrafen 4.6 en 4.8 van deze beslissing;
- II. herroept haar besluit van 23 februari 2021 met kenmerk ACM/UIT/549113 door hierbij op grond van artikel 70c, aanhef en onderdeel a, Mw te verklaren dat de Minister artikel 25j Mw heeft overtreden door investeerders te interesseren voor de DVI-fondsen en handhaaft het bestreden besluit voor het overige;
- III. wijst het verzoek van MKB Multifunds om vergoeding van proceskosten toe conform hetgeen is overwogen in randnummer 107 van deze beslissing.

Den Haag, **21 december 2021**

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,
w.g.

mr. T.M. Snoep
bestuursvoorzitter

Als u belanghebbende bent, kunt u beroep instellen tegen dit besluit. Stuur uw gemotiveerde beroepschrift naar de Rechtbank Rotterdam, Sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam. Dit moet u doen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit bekend is gemaakt. Meer informatie over de beroepsprocedure vindt u op www.rechtspraak.nl.