

# De Wet Markt en Overheid en de uitzondering van het algemeenbelangbesluit: de stand van zaken

Gst. 2019/163

## 1. Inleiding

In de twee uitspraken<sup>2</sup> die in dit artikel centraal staan, heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBB) voor het eerst een algemeen toetsingskader geschetst voor de zogenoemde “algemeenbelangbesluiten”<sup>3</sup> als bedoeld in de Wet Markt en Overheid. Uit deze twee uitspraken kunnen richtlijnen worden afgeleid voor de stappen die gemeenten moeten doorlopen bij het laten vaststellen (door de gemeenteraad) van algemeenbelangbesluiten. Allereerst wordt een korte introductie gegeven van de Wet Markt en Overheid en wordt kort de casus geschetst die aanleiding vormde voor de twee uitspraken. Daarna wordt aan de hand van deze twee uitspraken ingegaan op de onderwerpen die door gemeenten<sup>4</sup> in acht moeten worden genomen en die in het besluit, waarbij een bepaalde economische activiteit “van algemeen belang” wordt verklaard, moeten worden gemotiveerd.

## 2. Introductie Wet Markt en Overheid

De mededingingsregels die gelden voor gemeenten zijn vastgelegd in de Wet Markt en Overheid. Feitelijk betreft het hier geen afzonderlijke wet, maar hoofdstuk 4b van de Mededingingswet (hierna: Mw), dat sinds 1 juli 2012 in de wet is opgenomen. Doel van de Wet Markt en Overheid is om concurrentievervalsing door de overheid te voorkomen, door gedragsregels voor te schrijven aan “overheden”<sup>5</sup> die economische activiteiten verrichten.

In de praktijk zijn twee gedragsregels het meest relevant. In de eerste plaats is dit het gebod uit artikel 25i Mw om de integrale kosten van economische activiteiten aan de afnemers daarvan in rekening te brengen. Dit gebod houdt in dat overheden hun producten en diensten niet onder de kostprijs mogen aanbieden. Voorbeelden van gemeentelijke diensten waarbij dit aan de orde is, zijn het parkeren in gemeentelijke parkeergarages, het beschikbaar stellen van

camperplaatsen of aanlegplaatsen in gemeentelijke havens en het verkopen of verhuren van gemeentelijk vastgoed.

De tweede gedragsregel betreft het verbod van artikel 25j Mw om overheidsbedrijven te bevoordelen. Dit verbod geldt tussen overheden en overheidsbedrijven (bedrijven waarin de overheid een doorslaggevende invloed heeft). Het verbod houdt in dat deze overheden hun overheidsbedrijven niet mogen bevoordelen boven andere in dezelfde markt opererende bedrijven. Zo mogen gemeenten op grond van deze gedragsregels niet bijdragen in de tekorten van de overheidsbedrijven waarin zij deelnemen of deze overheidsbedrijven subsidies verstrekken die zij niet ook aan andere ondernemingen beschikbaar stellen.

Gemeenten hoeven de gedragsregels niet in acht te nemen, als de betreffende economische activiteiten in het algemeen belang worden verricht. Hiervoor is op grond van artikel 25h lid 5 en 6 Mw noodzakelijk dat de gemeenteraad een zogenoemd “algemeenbelangbesluit” neemt. In dat geval is het geoorloofd dat de gemeente voor deze economische activiteiten een tarief rekent dat onder de integrale kostprijs ligt. Een kenmerkend voorbeeld is het verhuren van gemeentelijke gymzalen aan sportverenigingen, dat in veel gemeenten tegen een maatschappelijk, niet kostprijsdekkend, tarief gebeurt.<sup>6</sup>

De op 1 juli 2012 ingevoerde Wet Markt en Overheid bevatte een overgangstermijn tot 1 juli 2014. Overheden dienden hun bestaande activiteiten uiterlijk op 1 juli 2014 in overeenstemming met de wet te hebben gebracht. Om deze bestaande economische activiteiten tegen dezelfde voorwaarden te kunnen voortzetten, hebben gemeenten in de jaren 2014 en 2015 veelvuldig algemeenbelangbesluiten genomen. In deze besluiten werd vastgesteld dat de uitvoering van bepaalde economische activiteiten, zoals de verhuur van maatschappelijk vastgoed of de exploitatie van gemeentelijke parkeergarages, in het algemeen belang was. Deze besluiten bevatten – in ieder geval voor zover mij bekend<sup>7</sup> – vaak relatief eenvoudige motiveringen. Wegens onbekendheid met de regelgeving of de gevolgen daarvan, is tegen deze besluiten niet vaak bezwaar gemaakt, waardoor bij zowel marktpartijen als overheden de indruk is ontstaan dat met het nemen van een algemeenbelangbesluit eenvoudig aan de werking van de wet kon worden ontkomen.

De uitspraken van het CBB van 18 december 2018 maken een einde aan deze indruk. Het CBB heeft het juridisch kader

1 Anita Serra is advocaat bij Heckelman.

2 CBB 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:660 (*parkeergarage Hengelo*), r.o. 5.1 t/m 5.3 (zie *Gst.* 2019/164); CBB 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:661 (*jachthaven Zeewolde*), r.o. 7.1 t/m 7.3 (zie *Gst.* 2019/165).

3 Besluit van de gemeenteraad in de zin van artikel 25h lid 5 en 6 Mw.

4 De gedragsregels van de “Wet Markt en Overheid” (artikel 25g t/m 25m Mw) richten zich tot bestuursorganen. De bevoegdheid waar het in dit artikel om gaat, namelijk de bevoegdheid om vast te stellen dat economische activiteiten plaatsvinden in het algemeen belang, ligt op grond van artikel 25h lid 6 Mw voor gemeenten bij de gemeenteraad. Omwille van de leesbaarheid spreek ik in dit artikel van en richt ik mij tot “de gemeente”.

5 De wet richt zich tot bestuursorganen. Omwille van de leesbaarheid hanter ik in dit artikel de term “overheden”. Hiermee doel ik in de eerste plaats op gemeenten, maar ook provincies, waterschappen en de staat vallen onder dit begrip.

6 Met een algemeenbelangbesluit kan ook worden bereikt dat het bevoordelingsverbod niet langer geldt. In dit artikel concentreer ik mij, in navolging van de rechtspraak, op de verplichting tot doorberekening van de integrale kosten.

7 Zie ook het in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken opgestelde eindrapport van Ecorys en Bird & Bird, “Evaluatie Wet Markt en Overheid 2012-2015”.

dat op een algemeenbelangbesluit van toepassing is duidelijk en uitgebreid omschreven.

### 3. De casus

#### 3.1 De gemeentelijke parkeergarage in Hengelo

De eerste uitspraak (Cbb 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:660, hierna opgenomen onder *Gst.* 2019/164) betrof de exploitatie van een gemeentelijke parkeergarage in het centrum van Hengelo. In het centrum waren daarnaast ook twee particulier geëxploiteerde garages aanwezig, waaronder een parkeergarage van Q-Park. De gemeenteraad had bij besluit van 3 december 2014 vastgesteld dat de exploitatie van de gemeentelijke garage een economische activiteit in het algemeen belang was in de zin van artikel 25 h lid 5 Mw. Volgens dit besluit had het niet volledig in rekening brengen van de integrale kostprijs als doel om het gebruik van de gemeentelijke garage te stimuleren en zo de aanwezige detailhandel, horeca en instellingen in het gebied te faciliteren. Daarnaast wenste de gemeente geen te grote verschillen in tarieven tussen de garages onderling, omdat anders bepaalde gebieden minder aantrekkelijk zouden worden voor bezoekers.

Tegen het besluit van de gemeenteraad heeft Q-Park eerst bezwaar en vervolgens beroep ingesteld. In de beslissing op bezwaar van 4 oktober 2016 heeft de gemeente de motivering van het besluit aangevuld. De gemeente heeft in dit besluit gesteld dat het parkeerbeleid met de parkeergarage wordt gediend. De parkeergarage is gelegen in de buurt van een hotel en een theater, waar weinig parkeerruimte op het maaiveld is. De parkeergarage zou hinderlijk foutparkeren en het vaststaan van de ringweg voorkomen. Voorts was de veronderstelling van de gemeente dat lagere parkeertarieven zouden leiden tot meer bezoek aan de binnenstad. De gemeente vindt dat sprake is van marktfalen, omdat een parkeergarage op de bewuste plek niet rendabel te exploiteren zou zijn. Het in rekening brengen van de integrale kosten zou leiden tot een dusdanig hoog tarief dat gebruikers naar een andere locatie zouden uitwijken. In het kader van de belangenafweging heeft de gemeente overwogen dat het nagestreefde belang alleen kon worden gerealiseerd met een garage op die locatie, zonder het in rekening brengen van de integrale kosten. Feitelijk zou volgens de gemeente een marktconform tarief worden gehanteerd, zodat de bezoekers de Q-Park garage niet op grond van het tarief zouden mijden.

De rechtbank Rotterdam is in haar uitspraak van 21 september 2017 (ECLI:NL:RBOT:2017:7170) tot het oordeel gekomen dat de gemeente geen onderzoek heeft verricht naar de effecten van het lagere parkeertarief op het voorkomen van hinderlijk foutparkeren, de regulering van de parkeerstromen en het bezoek aan de binnenstad. De rechtbank overwoog dat iedere feitelijke onderbouwing van de stellingen van de gemeente ontbreekt. Ook was geen kennis vergaard over de af te wegen belangen. Zo heeft de gemeente niet onderbouwd dat het gemeentelijke tarief geen omzetsdaling bij de particuliere garages veroorzaakt. Een daadwerkelijke belangenafweging heeft volgens de recht-

bank niet plaatsgevonden. Tegen dit oordeel is door de gemeente hoger beroep bij het CBB ingesteld.

#### 3.2 De gemeentelijke jachthaven in Zeewolde

De tweede uitspraak (Cbb 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:661, hierna opgenomen onder *Gst.* 2019/165) betrof de exploitatie van een jachthaven in de gemeente Zeewolde.

De gemeente is exploitant van de Aanloophaven te Zeewolde, een passantenhaven zonder vaste ligplaatsen. In de gemeente is ook een commerciële onderneming actief (de Jachthaven), die twee jachthavens exploiteert die zijn gelegen aan weerszijden van de Aanloophaven. In deze twee jachthavens zijn ook ligplaatsen voor passanten beschikbaar.

De gemeente vond het onwenselijk om kostprijsdekkende tarieven te hanteren voor de ligplaatsen in de Aanloophaven. De gemeenteraad heeft daarom bij besluit van 28 mei 2015 vastgesteld dat de exploitatie van de Aanloophaven een economische activiteit is, die in het algemeen belang geschiedt. Vrijwel gelijktijdig, namelijk op 29 mei 2015, heeft de ACM in een besluit vastgesteld dat de gemeente artikel 25i Mw heeft overtreden door de integrale kosten niet in de ligplaatstarieven door te berekenen, althans deze integrale kosten niet vast te stellen.

De Jachthaven heeft bezwaar en vervolgens beroep ingesteld tegen het besluit van de gemeenteraad. In de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 26 januari 2017 (ECLI:NL:RBROT:2017:631) is het beroep van de Jachthaven gehonoreerd. Kort gezegd was de rechtbank van oordeel dat de gemeente zich niet in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat de exploitatie van de Aanloophaven in het algemeen belang gebeurt, omdat de gemeente onvoldoende zorgvuldig onderzoek had gedaan. Hierdoor was het besluit van de gemeenteraad onvoldoende gemotiveerd. Volgens de rechtbank was de enkele stelling, dat het toerisme wordt bevorderd door het financieel aantrekkelijker maken van het aanleggen in de Aanloophaven, onvoldoende. De gemeente had namelijk geen onderzoek verricht naar de (mogelijke) effecten van de hoogte van het liggeld in de Aanloophaven op de toeristische aantrekkingskracht van de gemeente en evenmin naar de (positieve of negatieve) effecten hiervan op de exploitatie van andere havens, zoals die van de Jachthaven. Daardoor ontbrak iedere feitelijke onderbouwing, aldus de rechtbank.

De gemeente heeft vervolgens een “nader besluit” genomen, waarin zij het bezwaar van de Jachthaven opnieuw ongegrond heeft verklaard. De gemeente heeft ook hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank.

### 4. Aan een algemeenbelangbesluit te stellen eisen

#### 4.1 Vóór de uitspraken van 18 december 2018

Direct na inwerkingtreding van de Wet Markt en Overheid was voor overheden relatief weinig informatie over de eisen

die aan de totstandkoming van een algemeenbelangbesluit werden gesteld beschikbaar. De wet stelt immers geen expliciete eisen aan de inhoud van het algemeenbelangbesluit. De wetsgeschiedenis bood wel enkele aanknopingspunten voor de inhoud van zo'n besluit. De mogelijkheid om een algemeenbelangbesluit te nemen is in de wet terechtgekomen als gevolg van een amendement op het oorspronkelijke wetsvoorstel van de Wet Markt en Overheid (*Kamerstukken II 2008/09, 31354, 32*). Uit de toelichting op dit amendement kan worden opgemaakt dat een bestuursorgaan een aanzienlijke beoordelingsruimte heeft bij de vaststelling of er sprake is van een algemeen belang dat door een bepaalde economische activiteit wordt gediend. Ook is uit de wetsgeschiedenis op te maken dat het besluit aan de gebruikelijke bestuursrechtelijke regels en beginselen dient te voldoen. Met name moet aandacht worden besteed aan een deugdelijke motivering, waarbij de belangen van alle betrokken ondernemers in acht moeten worden genomen en moeten worden afgewogen tegen het belang van de gemeente om de gedragsregels van de Wet Markt en Overheid buiten werking te stellen.

Om overheden van dienst te zijn bij het toepassen van de Wet Markt en Overheid, is door het Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie een Handreiking Wet Markt en Overheid opgesteld. Deze Handreiking bevat handvatten c.q. een stappenplan voor het opstellen en motiveren van een algemeenbelangbesluit.

In de eerste uitspraak van het CBB over een algemeenbelangbesluit (CBB 21 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016:414) heeft het CBB vastgesteld dat een algemeenbelangbesluit moet worden aangemerkt als een concretiserend besluit van algemene strekking. Voorts heeft het CBB overwogen dat de gemeenteraad een zeer ruime beoordelingsruimte heeft om te bepalen of er sprake is van een economische activiteit in het algemeen belang. De beslissing van de gemeenteraad dient met enige terughoudendheid te worden getoetst. Omdat in deze zaak in hoger beroep alleen nog de vraag voorlag of de betreffende belanghebbende nadeelcompensatie zou moeten worden toegekend, bevat de uitspraak geen relevante overwegingen voor de overige onderwerpen die bij het nemen van een algemeenbelangbesluit in de motivering aan bod moeten komen.

#### 4.2 *Het door het CBB uitgewerkte beoordelingskader*

Hoewel na december 2016 nog ten minste acht zaken<sup>8</sup> in beroep door de Rechtbank Rotterdam zijn behandeld, heeft het nog tot december 2018 geduurd tot het CBB in hoger beroep een uitvoeriger oordeel heeft kunnen geven over

de motivering van een algemeenbelangbesluit. Het algemeenbelangbesluit heeft overigens in geen van deze uitspraken van de Rechtbank standgehouden. In alle gevallen oordeelde de rechtbank – kort gezegd – dat de besluiten op de essentiële onderdelen onvoldoende gemotiveerd waren.

In twee van deze zaken heeft het CBB in december 2018 een eendoordeel gegeven. Het CBB heeft daarbij van de gelegenheid gebruikgemaakt om het beoordelingskader voor algemeenbelangbesluiten nader in te vullen. In beide uitspraken van het CBB wordt in een identieke overweging,<sup>9</sup> samengevat, als volgt overwogen.

In de eerste plaats verwijst het CBB naar de wetsgeschiedenis, waar de aanzienlijke beoordelingsruimte waarover het bestuursorgaan bij het vaststellen van economische activiteiten beschikt, wordt benoemd. Het bepalen van wat in het algemeen belang is – aldus de wetgever – is bij uitstek een politieke aangelegenheid. Om die reden is deze beslissing overgelaten aan het vertegenwoordigend lichaam van het betreffende bestuursorgaan; bij de gemeente is dit de gemeenteraad. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat een balans moet worden gevonden tussen de hoofdregel van artikel 25i Mw (het gebod om de integrale kosten door te berekenen) en de uitzondering van artikel 25h lid 5 en lid 6 Mw. Als het bestuursorgaan tot het oordeel is gekomen, dat sprake is van een economische activiteit in het algemeen belang, moet bij de beslissing om daadwerkelijk gebruik te maken van de bevoegdheid om een algemeenbelangbesluit te nemen een afweging plaatsvinden tussen het nagestreefde belang en de belangen van mogelijke derden – in het bijzonder al op de markt actieve ondernemers – die daardoor worden getroffen. Verder moet het betrokken bestuursorgaan steeds de eisen in acht nemen die de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) aan bestuurlijke besluitvorming stelt.

Vervolgens overweegt het CBB dat de vaststelling dat sprake is van een algemeen belang dat rechtvaardigt dat een bepaalde economische activiteit buiten de reikwijdte van de Wet Markt en Overheid wordt geplaatst, overeenkomstig artikel 3:46 dan wel artikel 7:12 Awb een deugdelijke (draagkrachtige) motivering vergt. Op grond van het in artikel 3:2 Awb neergelegde zorgvuldigheidsbeginsel moet het bestuursorgaan daaraan voorafgaand de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen vergaren. Is daaraan niet voldaan, dan houdt het besluit alleen al om die reden geen stand.

Voorts moet worden getoetst of het bestuursorgaan zich redelijkerwijs op het standpunt heeft kunnen stellen dat sprake is van een algemeen belang dat door de desbetreffende economische activiteit wordt gediend. Zo'n algemeen belang is er niet, als het aanbieden van de economische activiteit beneden de kostprijs niet nodig is om het nagestreefde

8 Rb. Rotterdam 26 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:631 (*Zeevolde*); Rb. Rotterdam 31 augustus 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:6538 (*Veenendaal*); Rb. Rotterdam 21 september 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7170 (*Hengelo*); Rb. Rotterdam 2 november 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:8253 (*Nuth*); Rb. Rotterdam 22 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2119 (*'s-Hertogenbosch*); Rb. Rotterdam 22 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2123 (*Emmen*); Rb. Rotterdam 22 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2244 (*Stadskanaal*); Rb. Rotterdam 28 juni 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:5147 (*Hilversum*).

9 CBB 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:660 (*parkeergarage Hengelo*), r.o. 5.1 t/m 5.3; CBB 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:661 (*jachthaven Zeevolde*), r.o. 7.1 t/m 7.3.

algemeen belang te dienen. Dat is in elk geval aan de orde, als dat belang ook wordt gediend als de economische activiteit niet beneden de kostprijs wordt aangeboden of als niet aannemelijk is dat marktpartijen met hun aanbod en de door hen gehanteerde voorwaarden dat belang niet kunnen dienen.

Als vaststaat dat sprake is van een algemeen belang in hier bedoelde zin, moet worden getoetst of het bestuursorgaan, gelet op de betrokken belangen, in redelijkheid heeft kunnen besluiten van zijn bevoegdheid tot het nemen van een besluit als bedoeld in artikel 25h, zesde lid, van de Mw gebruik te maken op de wijze waarop het dat heeft gedaan. Daarbij wordt meegewogen of het bestuursorgaan 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 het een termijn aan het besluit heeft verbonden en of het compensatie heeft aangeboden voor het nadeel dat redelijkerwijs niet ten laste van de betrokken onderneming(en) behoort te blijven.

Samengevat volgt uit deze uitspraken dat een gemeente:

1. moet aantonen dat zij voorafgaand aan het nemen van een dergelijk besluit de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen heeft vergaard (zorgvuldigheidsbeginsel);
2. moet motiveren dat sprake is van een algemeen belang dat het nemen van een algemeenbelangbesluit rechtvaardigt. Dit algemeen belang is er niet als het aanbieden onder de kostprijs niet nodig is, bijvoorbeeld als de dienst ook wordt afgenomen als een integrale kostprijs wordt gehanteerd of als de markt het algemeen belang al tegen normale marktvoorwaarden dient, en;
3. gelet op de betrokken belangen, in redelijkheid moet hebben kunnen besluiten van zijn bevoegdheid gebruik te maken. Bij dit laatste punt is onder meer van betekenis of het besluit ertoe leidt dat enerzijds het beoogde effect daadwerkelijk wordt bereikt en anderzijds het nadeel voor de betrokken onderneming(en) zoveel mogelijk wordt beperkt, of de gemeente een termijn aan het besluit heeft verbonden en of de gemeente compensatie heeft aangeboden voor het nadeel dat redelijkerwijs niet ten laste van de betrokken onderneming(en) behoort te blijven.

## 5. De beoordeling door het CBb

Bij toepassing van dit beoordelingskader op de besluiten van de gemeente Hengelo en de gemeente Zeewolde is gebleken dat beide besluiten ook de toets van het CBb niet konden doorstaan.

### 5.1 De Hengelose parkeergarage

In de Hengelose parkeergaragezaak mocht de gemeente het voorzien in de parkeervraag van het hotel en de garage als beleidsdoel nemen en mocht de gemeente ook aannemen

dat het wenselijk is dat er in de buurt van het hotel en de garage een parkeergarage aanwezig is. Ook had de gemeente voldoende onderbouwd dat het parkeertarief in de gemeentelijke parkeergarage op basis van de integrale kosten circa € 4,70 per uur zou zijn. Gezien het grote verschil met de tarieven in de particuliere parkeergarages, achtte het CBb het aannemelijk dat bezoekers de gemeentelijke garage zullen mijden, als zij de integrale kostprijs zouden moeten betalen. Dit aspect hoefde de gemeente dus niet nader te onderbouwen.

De gemeente had echter onvoldoende onderzocht en onderbouwd of de commerciële aanbieders, met name Q-Park, zouden kunnen voldoen aan de parkeervraag van het hotel en het theater op een wijze die voldeed aan het parkeerbeleid. Er had een vergelijking moeten worden gemaakt van de twee situaties; met en zonder gemeentelijke garage. Verder was niet duidelijk of de capaciteit van Q-Park onvoldoende was om in de parkeerbehoefte van het hotel en het theater te voorzien. Ook daar had nader onderzoek naar moeten worden gedaan. Met andere woorden, er zou weliswaar sprake kunnen zijn van een algemeen belang, namelijk het bijdragen aan het parkeerbeleid en het voorzien in de parkeerbehoefte van het hotel en het theater, maar als dit algemeen belang al in voldoende mate door de marktpartijen wordt gediend, is er geen noodzaak voor de gemeente om de betreffende dienst onder de kostprijs aan te bieden. Met andere woorden: het algemeen belang rechtvaardigt de afwijking van de gedragsregel dan niet. Op dit vraagstuk had de gemeente nader in moeten gaan. Waar het in feite op neerkomt, is dat de gemeente hier een marktfaal had moeten aantonen.

In het kader van de belangenafweging was de gemeente er voorts ten onrechte vanuit gegaan dat de gevolgen van het algemeenbelangbesluit voor Q-Park beperkt zouden zijn, omdat sprake was van een reeds bestaande situatie. Hiermee bedoelde de gemeente dat zij de parkeergarage al exploiteerde voor de inwerkingtreding van de Wet Markt en Overheid. Het CBb is in deze redenering niet meegegaan, omdat een bestaande situatie door de wet slechts gerespecteerd werd tot 1 juli 2014. Op die datum eindigde het overgangsregime en moesten de economische activiteiten van de gemeente in overeenstemming met de wet worden gebracht. De gevolgen voor Q-Park vanaf 1 juli 2014 hadden dus wel degelijk moeten worden onderzocht.

Het CBb is daarom tot de conclusie gekomen dat de gemeente niet de nodige kennis heeft vergaard omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen. Met andere woorden: het besluit is niet zorgvuldig genoeg voorbereid. Het CBb heeft de gemeente daarom opgedragen om binnen vier maanden een nieuwe beslissing op bezwaar te nemen. Daarbij moet de gemeente de aanwijzingen van het CBb in acht nemen. Het CBb heeft de gemeente meegegeven dat, als zij nog steeds vindt dat een algemeenbelangbesluit moet worden genomen, het nadeel dat Q-Park ondervindt in kaart moet worden gebracht en moet worden nagegaan of de belangen

van Q-Park vergen dat zij op enigerlei wijze tegemoet wordt gekomen, in het bijzonder door te kiezen voor een prijsstelling die ertoe leidt dat tegelijkertijd het met de exploitatie van de gemeentelijke garage beoogde effect wordt bereikt en het nadeel voor Q-Park zoveel mogelijk wordt beperkt, door aan het besluit een termijn te verbinden en/of door compensatie aan te bieden voor het nadeel dat redelijkerwijs niet ten laste van Q-Park behoort te blijven.

## 5.2 *Jachthaven Zeewolde*

In de jachthavenzaak van de gemeente Zeewolde heeft het CBB overwogen dat de gemeente voldoende heeft onderbouwd dat het gebruik van de Aanloophaven wenselijk is en waarom aanbieders van ligplaatsen op andere locaties het nagestreefde algemene belang niet kunnen dienen. De gemeentelijke haven maakt namelijk onderdeel uit van de openbare ruimte; de mogelijkheid tot aanleggen in de haven bevordert de levendigheid en de revitalisering van het centrum. Ook was voldoende toegelicht waarom jachthavens op andere locaties dit belang niet kunnen dienen. Op dit punt hoefde de gemeente geen nader onderzoek te doen.

De gemeente heeft echter niet onderbouwd waarom de exploitatie niet tegen de integrale kostprijs kan plaatsvinden. In de eerste plaats ontbrak het inzicht in de integrale kosten. Ook al is het bepalen van de integrale kosten gecompliceerd, dit ontslaat de gemeente nog niet van de verplichting om daar voldoende zicht op te verkrijgen. Zonder inzicht in de integrale kosten kon de gemeente zich ook geen oordeel vormen over de vraag of een lagere prijs dan die integrale kostprijs het beoogde effect zal hebben. Kortom, het CBB is van oordeel dat er in alle gevallen een berekening van de integrale kostprijs moet worden gemaakt.

Ook ontbrak in deze casus onderzoek om de vraag te kunnen beantwoorden welke prijsstelling aangewezen was om enerzijds daadwerkelijk te bereiken dat voldoende boten aanmeren in de Aanloophaven en anderzijds het nadeel voor de Jachthaven zoveel mogelijk te beperken. De gemeente was ervan uitgegaan dat de Jachthaven in het geheel geen overnachtingen mis zou lopen, maar beschikte niet over gegevens om dit uitgangspunt te staven. De gemeente had ten minste inzicht moeten verwerven in het aantal passanten dat als gevolg van de exploitatie van de Aanloophaven door de gemeente niet kiest voor een van de locaties van de Jachthaven.

Ook in deze zaak is het CBB tot de conclusie gekomen dat de gemeente niet de nodige kennis had vergaard omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen. Het CBB heeft aangevallen uitspraak van de rechtbank bevestigd en het nader besluit vernietigd. Ook in dit geval heeft het CBB de gemeente opgedragen om binnen vier maanden een nieuwe beslissing op bezwaar te nemen, met inachtneming van de aanwijzingen in deze uitspraak. Als de gemeente nog steeds zou vinden dat een algemeenbelangbesluit moet worden genomen, moet de gemeente het nadeel dat de Jachthaven ondervindt in kaart brengen en vervolgens nagaan of de belangen van de Jachthaven vergen dat zij op enigerlei wijze

tegemoet wordt gekomen, in het bijzonder door te kiezen voor een prijsstelling die ertoe leidt dat tegelijkertijd het met de exploitatie van de Aanloophaven beoogde effect wordt bereikt en het nadeel voor de Jachthaven zoveel mogelijk wordt beperkt, en/of door het aanbieden van compensatie voor het nadeel dat redelijkerwijs niet ten laste van de Jachthaven behoort te blijven.

## 6. **Commentaar**

Uit de twee uitspraken van het CBB volgt dat gemeenten die een algemeenbelangbesluit willen nemen, zodat zij bepaalde economische activiteiten onder de integrale kostprijs kunnen aanbieden, een besluit hiertoe zorgvuldig moeten voorbereiden. Het CBB maakt duidelijk dat gemeenten weliswaar beoordelingsruimte hebben, maar dat dit nog niet betekent dat er geen of slechts lichte eisen aan de besluitvorming en motivering worden gesteld. Ook het feit dat de toetsing met enige terughoudendheid moet geschieden, leidt er niet toe dat het CBB gebreken in de besluitvorming laat passeren. Integendeel: de wijze waarop het CBB het toetsingskader beschrijft en toepast en daarmee het zorgvuldigheidsbeginsel invult betekent dat aan de besluitvorming zware eisen worden gesteld. Gemeenten die een algemeenbelangbesluit willen nemen moeten in ieder geval een antwoord formuleren op de volgende vragen:

1. Is er een algemeen belang dat ingrijpen door de gemeente rechtvaardigt?
2. Wat is de hoogte van de integrale kostprijs, waarom kan deze niet worden gehanteerd en welke prijs is dan wél gerechtvaardigd?
3. Wat zijn de gevolgen voor de overige belanghebbenden en waarom zijn deze gevolgen gerechtvaardigd?

### 6.1 *Is er een algemeen belang dat ingrijpen door de gemeente rechtvaardigt?*

In de Hengelose parkeergaragezaak was voor het sneuvelen van het besluit met name van belang dat de gemeente niet had onderzocht en aangetoond waarom het onder de kostprijs exploiteren van een gemeentelijke parkeergarage nodig was om het algemeen belang, bestaande uit het voorzien in de parkeerbehoefte van het theater en het hotel, te dienen, óf dat dit algemeen belang ook al voldoende zou kunnen worden gediend met de aanwezige commerciële parkeergarages. Kortom, als het door de gemeente aangewezen algemeen belang al voldoende wordt gediend door de diensten die worden aangeboden door de op de markt aanwezige partijen, hoeft een gemeente niet meer op die markt in te grijpen door diezelfde dienst onder de kostprijs aan te bieden. Er mag dus slechts een uitzondering worden gemaakt op de hoofdregel van de integrale kostendoorberekening, als de markt niet op marktvoorwaarden in het algemeen belang kan voorzien met andere woorden: als de markt faalt.

Dit betekent dat gemeenten steeds zullen moeten uitleggen waarom marktpartijen een bepaalde activiteit niet of onvol-

doende oppakken. Dit zal niet altijd eenvoudig zijn. Een veel voorkomend voorbeeld is de verhuur van maatschappelijk vastgoed. Gemeenten mogen dit vastgoed alleen onder de kostprijs verhuren, als de huurders (maatschappelijke organisaties) elders in de markt niet terecht kunnen voor een voor hen acceptabele huurprijs. Voor de verhuur van bijvoorbeeld gymzalen lijkt het vaak evident dat de plaatselijke turn- of judovereniging een commerciële huurprijs niet zal kunnen opbrengen, waardoor het algemeen c.q. maatschappelijk belang van sportbeoefening in gevaar zou kunnen komen. Let wel, ook in dat geval zal de gemeente hiervoor een onderbouwing moeten geven. Er zijn echter ook voorbeelden denkbaar waarin van marktfalen geen sprake is. Een gemeente die detailhandelsruimte beneden de kostprijs (en wellicht zelfs beneden een marktconforme prijs) wenst aan te bieden, in een dorp waarin significante leegstand in winkelpanden is, heeft een moeilijker te verdedigen verhaal. Het is de vraag of het dan nog mogelijk is om het algemeenbelangbesluit te voorzien van een deugdelijke motivering op dit punt.

Voor de goede orde: de Wet Markt en Overheid staat er niet aan in de weg dat de gemeente economische activiteiten uitvoert, maar dan moet dat wel met inachtneming van het gebod om de integrale kostprijs in rekening te brengen. Dit zal in een geval als dat van de gemeente Hengelo, gezien de hoge kostprijs van de gemeentelijke garage, vermoedelijk betekenen dat de garage niet geëxploiteerd zal kunnen worden. Hetzelfde geldt voor de verhuur van gemeentelijk vastgoed, als de gemeentelijke vastgoedmarkt daar zelf al voldoende in voorziet.

### 6.2 *Wat is de hoogte van de integrale kostprijs, waarom kan deze niet worden gehanteerd en welke prijs is dan wél gerechtvaardigd?*

In de kwestie van de jachthaven in Zeewolde had de gemeente het algemeen belang dat wordt gediend met de gemeentelijke jachthaven, in aanvulling op de commerciële jachthavens, wél goed onderbouwd. Waar het in deze zaak op misliep, is dat de gemeente had verzuimd om inzicht te bieden in de kosten van de Aanloophaven. De gemeente kon dus niet onderbouwen hoe hoog het kostprijsdekkende tarief zou zijn, als zij dit aan passanten in rekening zou moeten brengen. Evenmin kon de gemeente inzicht geven in de prijsstelling die dan wel juist zou zijn om het beoogde algemeen belang te dienen. Uit deze zaak komt duidelijk naar voren dat gemeenten bij het uitvoeren van economische activiteiten altijd een berekening moeten maken van de integrale kosten van die activiteit, ongeacht of deze kosten vervolgens bij de afnemer in rekening worden gebracht.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Op grond van artikel 25j Mw dient een gemeente op verzoek van de ACM aan te tonen dat zij de integrale kosten daadwerkelijk in rekening brengt. De ACM heeft in diverse beschikkingen haar oordeel gegeven over de wijze waarop gemeenten deze kosten hebben berekend. Tegen deze beschikking staat bezwaar, beroep bij de rechtbank Rotterdam, en hoger beroep bij het Cbb open. In de uitspraak van het Cbb van 11 juni 2019 (ECLI:NL:CBB:2019:233) wordt een oordeel gegeven over de wijze waarop de gemeente Hellevoetsluis de integrale kosten van de exploitatie van de ligplaatsen in de gemeentelijk haven heeft berekend.

Vervolgens moeten gemeenten motiveren waarom het eerder bedoelde algemeen belang niet wordt gediend als de integrale kostprijs in rekening wordt gebracht. Tot slot moet ook de hoogte van het tarief dat de gemeente wél wenst te hanteren onderbouwd worden. Daarvoor is raadzaam dat in ieder geval een koppeling wordt gelegd met de tarieven die in de betreffende markt worden gehanteerd. Immers, hoe meer het tarief dat door de gemeente wordt gehanteerd in de buurt komt van een marktconform tarief, hoe aannemelijker het lijkt dat de markt geen benadeling zal ondervinden van het feit dat niet de integrale kostprijs wordt gerekend (dit uiteraard onder de aanname dat deze is gelegen boven een marktconform tarief).

### 6.3 *Wat zijn de gevolgen voor de overige belanghebbenden en waarom zijn deze gevolgen gerechtvaardigd?*

Tot slot krijgen de gemeenten in beide uitspraken de expliciete instructie om de gevolgen van het besluit voor de belanghebbende commerciële partijen in kaart te brengen en om het besluit zodanig in te richten dat dit nadeel zo beperkt mogelijk blijft. Onder omstandigheden kan het verstandig zijn belanghebbenden nadeelcompensatie aan te bieden, of het besluit slechts voor bepaalde tijd vast te stellen. Hoe het Cbb dit aspect in het concrete geval toetst is vooralsnog onduidelijk, nu hieraan in beide zaken niet of nauwelijks aandacht was besteed.

## 7. **Het vervolg: de casus Emmen**

Het onderzoeken en onderbouwen van bovengenoemde aspecten lijkt een behoorlijke klus voor gemeenten te zijn. Dat het geen onmogelijke opgave is om een algemeenbelangbesluit te nemen dat aan de eisen voldoet, blijkt uit een uitspraak van het Cbb van 23 juli 2019 (ECLI:NL:CBB:2019:294), waarin het Cbb voor het eerst verwijst naar het toetsingskader uit de besluiten van 18 december 2018. In dit geval hield het algemeenbelangbesluit wél stand.

Ook in deze zaak was het Q-Park die bezwaar maakte en vervolgens beroep instelde tegen een besluit dat betrekking had op een gemeentelijke parkeervoorziening, in dit geval in Emmen. Ten aanzien van die voorziening had de gemeente op 25 februari 2016 een algemeenbelangbesluit genomen. Q-park, die in de gemeente Emmen het parkeerterrein bij dierenpark Wildlands exploiteert, maakte hiertegen bezwaar. De gemeente heeft bij besluit van 27 januari 2017 het oorspronkelijke besluit gehandhaafd onder aanvulling van de motivering. Tegen de beslissing op bezwaar heeft Q-Park beroep bij de rechtbank Rotterdam ingesteld. De rechtbank oordeelde dat het besluit niet in stand kon blijven.<sup>11</sup> Vervolgens heeft de gemeente Emmen hoger beroep bij het Cbb ingesteld.

Opvallend is dat, waar de Rechtbank nog van mening was dat de gemeente geen gedegen onderzoek en geen deugde-

<sup>11</sup> Rb. Rotterdam 22 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2123 (Emmen).

lijke belangenafweging had uitgevoerd en het besluit daarom moest worden vernietigd, het besluit bij het CBB wél standhield. Kort gezegd, heeft de gemeente volgens het CBB voldoende onderbouwd dat de exploitatie van de gemeentelijke parkeerterreinen wenselijk was in verband met haar doelstelling om het parkeren op straat te verminderen. De gemeente had ook voldoende onderbouwd wat de integrale kostprijs was en waarom deze niet gehanteerd kon worden. De Rechtbank oordeelde over dit aspect dat de gemeente niet had mogen uitgaan van de aanname, dat parkeerders zouden uitwijken naar straatparkeren als het tarief in de garage even hoog zou zijn als op straat. De gemeente had hier volgens de Rechtbank onderzoek naar moeten doen. Het CBB is echter, anders dan de rechtbank, van oordeel dat dit inderdaad aannemelijk is en dat nader onderzoek naar dit aspect niet noodzakelijk was. Hier speelt aldus de uitspraak van het CBB ook mee dat partijen het hierover eens waren. Volgens het CBB mocht de gemeente er voorts redelijkerwijs van uitgaan dat Q-Park niet kon voorzien in het door de gemeente nagestreefde doel. Reden hiervoor is met name dat Q-Park in dit geval een parkeerterrein exploiteerde waar alleen een dagtarief van € 10,- werd gehanteerd. Dit parkeerterrein voorzag derhalve niet in de behoefte van “kortparkeerders”. De gemeente mocht zich daarom redelijkerwijs op het standpunt stellen dat bij de exploitatie van de gemeentelijke parkeerterreinen sprake is van een algemeen belang, dat niet door de commerciële aanbieder(s) van die dienst kon worden behartigd.

Voorts vond het CBB dat de gemeente in redelijkheid van haar bevoegdheid tot het nemen van een algemeenbelangbesluit gebruik had gemaakt. De gemeente mocht er bovendien zonder onderzoek van uitgaan dat het nadeel voor Q-park marginaal zou zijn, omdat Q-park zich richtte op een andere doelgroep dan de gemeente, namelijk de bezoekers van het dierenpark. Voor nadeelcompensatie aan Q-Park was in dit geval dus geen aanleiding. Ook hier is het CBB afgeweken van het oordeel van de Rechtbank, die zich (opvallend genoeg) ook zelf had afgevraagd in welke mate Q-Park door een algemeenbelangbesluit van de gemeente in haar belangen werd geschaad, maar dat dit onverlet liet dat er een gedegen belangenafweging moest worden gemaakt. Het CBB vond de belangenafweging gedegen genoeg en was al met al van oordeel dat de rechtbank het beroep van Q-Park ten onrechte gegrond had verklaard.

Het CBB lijkt hier, ondanks het strenge beoordelingskader dat zij in de uitspraken van 18 december 2018 heeft geformuleerd, een minder formele benadering te kiezen dan de rechtbank Rotterdam in eerste aanleg had gedaan. Het CBB lijkt het toe te staan om van bepaalde aannames uit te gaan als zaken evident of van algemene bekendheid zijn of als partijen het eens zijn: in die gevallen strekt het zorgvuldigheidsbeginsel volgens het CBB kennelijk niet zover dat hierover ook nog eens een onafhankelijk onderzoek moet worden uitgevoerd.

Het doorslaggevend verschil met de “parkeercasus” van de gemeente Hengelo lijkt te zijn dat de gemeente en Q-Park in Emmen een verschillende doelgroep van parkeerders – namelijk langparkeerders die per dag betalen en kortparkeerders die per uur betalen – bedienen, terwijl de doelgroep van de gemeente en Q-Park in de Hengelose zaak dezelfde was, namelijk de bezoekers van de binnenstad, meer specifiek het hotel en het theater. In de gemeente Emmen was niet of nauwelijks sprake van concurrentie tussen de gemeente en de marktpartij, en dus ook niet van verstoring daarvan. In een dergelijke situatie is het volgens het CBB kennelijk ook niet nodig om evidente zaken met een onderzoek te onderbouwen.

## 8. De toekomst van het algemeenbelangbesluit

In het najaar van 2017 is een concept wetsvoorstel tot wijziging van de Wet Markt en Overheid ter consultatie<sup>12</sup> gepubliceerd. Aanleiding hiervoor was de evaluatie van de wet die in 2015 plaatshad. Een veelgehoorde klacht vanuit ondernemers die in het kader van die evaluatie<sup>13</sup> is geuit, is dat de werking van de wet eenvoudig kon worden omzeild door het nemen van een algemeenbelangbesluit. Het veelvuldig gebruik van die uitzondering zou de doelstelling van de wet ondergraven. In het wetsvoorstel zijn de eisen die aan een dergelijk besluit worden gesteld dan ook aangescherpt. Zo wordt de uniforme openbare voorbereidingsprocedure conform afdeling 3.4 Awb verplicht gesteld, moeten algemeenbelangbesluiten na vijf jaar verplicht worden geëvalueerd en zullen er bij algemene maatregel van bestuur (hierna: AMvB) extra voorschriften worden gesteld aan de motivering en evaluatie van algemeenbelangbesluiten.

Doel van de motiveringseisen is, aldus de toelichting uit het wetsvoorstel, om de motiveringseisen uit de Awb nader in te vullen en daarmee ondersteunend te zijn aan de belangenafweging die dient plaats te vinden. De eisen zullen specifiek gelden voor de Wet Markt en Overheid en het voor een rechter beter toetsbaar maken of aan de motiveringsplicht is voldaan. De motiveringseisen zullen bij AMvB worden vastgesteld en zijn dus nog niet geformuleerd. De toelichting op het conceptwetsvoorstel geeft wel een opsomming van de verwachte eisen:

1. beschrijving van de activiteit waarvoor de algemeenbelanguitzondering wordt ingeroepen;
2. beschrijving van het algemeen belang dat met de economische activiteit wordt gediend;
3. duiding van de noodzaak om de algemeenbelanguitzondering in te roepen;
4. beschrijving van de gevolgen van het gebruik van de algemeenbelanguitzondering voor ondernemers;

<sup>12</sup> [www.internetconsultatie.nl/wijzigingmarktenoverheid](http://www.internetconsultatie.nl/wijzigingmarktenoverheid).

<sup>13</sup> *Kamerstukken II 2015/16, 34487, 1: kamerbrief d.d. 3 juni 2016 van de Minister van Economische Zaken, inhoudende de Beleidsreactie evaluatie Wet markt en overheid. Zie ook het in voetnoot 7 aangehaalde rapport van Ecorys.*

5. afweging van de noodzaak van afwijking van de gedragsregels op grond van het algemeenbelangbesluit enerzijds, tegenover het effect voor ondernemers anderzijds.

Het wetsvoorstel is tot op heden niet bij de Tweede Kamer ingediend. Omdat onduidelijk is wanneer de beoogde wijziging van de wet gerealiseerd zal zijn, is de werkingsduur van de gedragsregels zoals die nu gelden, bij besluit van 4 februari 2019 (*Stb.* 2017, 34) verlengd tot 1 juli 2021.

Totdat nieuwe wetgeving wordt vastgesteld, zullen gemeenten het beoordelingskader uit de uitspraken van het CBb als leidraad moeten hanteren. Uit het beoordelingskader volgen wat betreft de motivering van algemeenbelangbesluiten op het eerste oog min of meer dezelfde verplichtingen als die zijn aangeduid in het nieuwe wetsvoorstel. Het lijkt aannemelijk dat het CBb zich bij het wijzen van haar uitspraken daardoor al enigszins heeft laten inspireren.

## 9. Tot slot

Uit de uitspraken van het CBb volgt dat gemeenten en andere overheden niet lichtzinnig om mogen gaan met hun bevoegdheid om een algemeenbelangbesluit vast te stellen. Ook maken de uitspraken duidelijk dat het voor ondernemers wel degelijk zin heeft om gemeenten erop aan te spreken om deze besluiten zorgvuldig voor te bereiden en hierbij dus ook de belangen van de betrokken ondernemingen mee te wegen.

Gemeenten die overwegen een bepaalde economische activiteit buiten het bereik van de Wet Markt en Overheid te plaatsen door middel van een algemeenbelangbesluit, zullen zich – in lijn met de doelstelling van die wet om de markt tegen ongeoorloofde concurrentie van de overheid te beschermen – vooraf moeten afvragen of het nemen van zo'n besluit daadwerkelijk gerechtvaardigd is. Belangrijk is te bepalen of er wel sprake is van een algemeen belang dat ingrijpen door de gemeente in de relevante markt noodzakelijk maakt, of de integrale kostprijs van de betreffende economische activiteit juist is berekend, om welke reden deze niet gehanteerd kan worden en wat dan wel een geschikte prijs is en wat de gevolgen zijn voor de overige belanghebbenden en waarom die gevolgen gerechtvaardigd zijn. Het beantwoorden van deze vragen zal de gemeente een aanzienlijke hoeveelheid huiswerk opleveren. Alleen als de gemeente haar huiswerk voldoende gedaan heeft, kan een algemeenbelangbesluit de eindstreep in rechte halen.