

312. Ondanks rechterlijke beoordelingsstandaard blijft wetswijziging algemeen belang uitzondering noodzakelijk

MR. E.W.F. SCHOTANUS

De evaluatie van de Wet markt en overheid in 2006 bevestigde het bestaande vermoeden dat gemeenten veelvuldig van de algemeen belang uitzondering gebruik maken om onder de gedragsregels van deze wet uit te komen.¹ Deze bevestiging vormt de aanleiding om de Mededingingswet op dit punt aan te passen. In de herfst van 2017 heeft de internetconsultatie van het wetsvoorstel plaatsgevonden, maar nog niet tot een wetswijziging geleid. Sindsdien heeft Rechtbank Rotterdam zich in verschillende uitspraken over de totstandkoming van algemeen belang besluiten uitgelaten en daarin een beoordelingsstandaard ontwikkeld. De vraag dringt zich op of in het licht van deze beoordelingsstandaard een wijziging van de Mededingingswet nog wel noodzakelijk is.

Korte terugblik

Om deze vraag te kunnen beantwoorden is het noodzakelijk om kort terug te gaan naar de totstandkoming van de Wet markt en overheid en de daarin opgenomen algemeen belang uitzondering. Met de Wet markt en overheid beoogt de wetgever oneerlijke concurrentie door overheidsorganen en overheidsbedrijven tegen te gaan. Daartoe heeft de wetgever vier gedragsregels geïntroduceerd. Deze gedragsregels zijn opgenomen in hoofdstuk 4B van de Mededingingswet (artikel 25g en verder).²

Eén van de uitgangspunten van de Wet markt en overheid is dat het overheidsorganen is toegestaan om economische activiteiten te (kunnen) ontplooien; de zogenoemde 'bestuurlijke autonomie'.³ De Wet markt en overheid laat overheidsorganen dus vrij in hun keuze om al dan niet met ondernemingen in concurrentie te treden en, zo ja, in welke vorm. Een ander uitgangspunt is om opnieuw zoveel als mogelijk aan te sluiten bij de toepasselijke begrippen uit het Europese en nationale (mededingings)recht, zoals 'economische activiteiten' en 'diensten van algemeen economisch belang'.⁴

De wetgever overwoog verder dat het van overheidswege aanbieden van economische activiteiten vanuit de publieke taak noodzakelijk kan zijn. Indien dit vervolgens tot oneer-

lijke concurrentie zou leiden, rechtvaardigt het publieke belang die concurrentievervalsing. Dit is de basis voor de algemeen belang uitzondering in de Wet markt en overheid (zoals vastgelegd in artikel 25h, lid 5 en 6 van de Mededingingswet).

In het licht van het voornoemde uitgangspunt van bestuurlijke autonomie is het uitsluitend aan het bevoegde overheidsorgaan om te bepalen of het publieke belang vergt dat economische activiteiten uit de algemene middelen gefinancierd moeten worden. De ACM dient dit oordeel vervolgens te volgen.⁵

Evaluatie bevestigde vermoedens

Uit de eerste evaluatie van de Wet markt en overheid blijkt dat met name gemeenten van de algemeen belang uitzondering gebruik maken. Overheidsorganen passen de algemeen belang uitzondering op een veelheid van economische activiteiten toe. Hoewel het ministerie van Economische Zaken in een onverbindende toelichting overheidsorganen handvatten aanreikte om tot zorgvuldige besluitvorming omtrent algemeen belang besluiten te komen⁶, blijkt uit de evaluatie dat overheidsorganen voor de totstandkoming van algemeen belang besluiten geen vastomlijnde procedures hanteren. De gehanteerde procedure is veelal op de interne organisatie gericht; bijvoorbeeld publicatie van een ontwerpbesluit en/of actieve betrokkenheid van derden in de procedure is veelvuldig niet aan de orde. Een andere constatering is dat een overheidsorgaan vaak een algemeen belang besluit neemt om (niet) aan de Wet markt en over-

1 Bijlage bij *Kamerstukken II* 2015/16, 34497, nr. 1.

2 Zie daarover nader: D.W.L.A. Schrijvershof, 'De Wet Markt en Overheid: door (spontane) naleving of (beginselplicht tot) handhaving naar een gelijk speelveld?', *Tijdschrift Mededingingsrecht in de praktijk* 2012/6, p. 201 en M. Roelofs en R. Timmerman, 'Hoe maakt de NMa transparante keuzes bij het toezicht op de Wet Markt en Overheid?', *Tijdschrift Mededingingsrecht in de praktijk* 2012/7, p. 252.

3 *Kamerstukken II* 2007/08, 31354, nr. 3, p. 11.

4 Idem.

5 Idem, p. 19.

6 Handreiking Wet markt en overheid, uitgave van het Ministerie van Economische Zaken, 1 juli 2012, p. 24-28.

heid te (hoeven) voldoen en niet vanuit een overtuiging dat het algemeen belang daadwerkelijk met het verrichten van economische activiteiten gediend is. In de meeste algemeen belang besluiten is geen evaluatiemoment opgenomen.⁷ Deze evaluatie bevestigde de vermoedens van velen dat de overheidsorganen (in het bijzonder gemeenten) de algemeen belang uitzondering vaak gebruiken en soms ook misbruiken.⁸ Ondernemers(verenigingen) en Kamerleden⁹ riepen het kabinet op actie te ondernemen. In zijn beleidsreactie gaf de Minister van Economische Zaken aan om de algemeen belang uitzondering aan te scherpen.¹⁰

Ontwerpvoorstel werkt aanbevelingen uit

Om aan de aanbevelingen uit de evaluatie tegemoet te komen, heeft de wetgever op 1 september 2017 een wetsvoorstel en toelichting ter consultatie gepubliceerd.¹¹ Voor de algemeen belang uitzondering introduceert dit voorstel een nieuw afzonderlijk artikel (art. 25ha). De huidige algemeen belang bepalingen (art. 25h lid 5 en 6 Mw) zullen naar dit nieuwe artikel worden verplaatst. Het nieuwe artikel zal daarenboven nog drie nieuwe leden kennen. Deze leden zullen betrekking hebben op de procedure om tot een algemeen belang besluit te komen.

Ten eerste zal op de totstandkoming van een algemeen belang besluit de openbare voorbereidingsprocedure uit de Algemene wet bestuursrecht (Awb) toepasselijk zijn.¹² Als gevolg daarvan dient het bevoegde overheidsorgaan bepaalde procedurele waarborgen in ogenschouw te nemen, zoals het publiceren van het voorgenomen algemeen belang besluit en de mogelijkheid van inspraak door derden bieden. Tevens beoogt de wetgever hiermee te komen tot een uniform besluitvormingsproces voor alle algemeen

belang besluiten, zodat de procedures niet per overheidsorgaan verschillen.

Ten tweede dient het bevoegde overheidsorgaan de werking van het algemeen belang besluit iedere vijf jaar te evalueren. Tijdens deze evaluatie dienen de doeltreffendheid en de effecten van het algemeen belang besluit beoordeeld te worden.

Tenslotte, om te bewerkstelligen dat de totstandkoming van en de evaluatie van een algemeen belang besluit grondig gebeurt, zullen in uitvoeringsregelgeving nadere motiveringsaspecten uitgewerkt worden waaraan overheidsorganen ten minste aandacht moeten schenken. Deze uitvoeringsregelgeving zal eveneens regels over de publicatie van de evaluatie moeten gaan bevatten.

In de toelichting op het consultatievoorstel verwijst de wetgever naar een aantal eerdere uitspraken van Rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB).¹³ In een eerder artikel in dit tijdschrift is aan deze uitspraken aandacht besteed¹⁴, zodat ik deze slechts kort aanhaal.

De uitspraak van het CBB is namelijk richtinggevend voor de positionering van de rechter ten opzichte van het overheidsorgaan. In deze (tot nu toe enige) uitspraak over de algemeen belang uitzondering overwoog het CBB dat de zeer ruime beoordelingsmarge van het bevoegde overheidsorgaan om te bepalen welke economische activiteiten in het algemeen belang zijn, met zich brengt dat de rechter dat besluit terughoudend dient te toetsen.¹⁵ Rechtbank Rotterdam verwijst in haar uitspraken steevast naar deze overweging en voegt daaraan toe dat deze marginale toetsing niet wegneemt dat de totstandkoming van het algemeen belang besluit in overeenstemming moet zijn met de zorgvuldigheidseisen die de Awb daaraan stelt.¹⁶

Rechterlijke toetsing algemeen belang besluiten

Sinds de internetconsultatie heeft met name Rechtbank Rotterdam in een serie uitspraken (de totstandkoming van) diverse gemeentelijke algemeen belang besluiten onder de loep genomen. Opvallend is enerzijds dat vijf van de zeven uitspraken betrekking hebben op de exploitatie van gemeentelijke parkeergarages en anderzijds dat Rechtbank Rotterdam alle algemeen belang besluiten heeft vernietigd.

7 Evaluatie Wet markt en overheid 2012-2015, 6 augustus 2015.

8 ACM, 'Naar sportieve concurrentie: een analyse van de naleving van de gedragsregels uit de Wet Markt en Overheid door gemeenten bij de exploitatie van gemeentelijke sportaccommodaties', *Financieele Dagblad*, 'Gemeenten omzeilen de wet', 29 juli 2014; *Financieele Dagblad*, 'Ondernemersorganisaties verlangen aanscherping Wet Markt en Overheid', 30 juli 2014; *Financieele Dagblad*, 'Markt en Overheid is een gemiste kans', 31 juli 2014; ACM, 'Sectorstudies Markt en Overheid: een onderzoek naar de gevolgen van de Wet Markt en Overheid voor de exploitatie van sportaccommodaties, de exploitatie van parkeergarages en de inzameling van bedrijfsafval door gemeenten', 9 maart 2015; *Financieele Dagblad*, 'Gemeenten ontlopen regels bij exploitatie sporthallen en garages', 9 maart 2015; *Financieele Dagblad*, 'Oneerlijke overheidsconcurrentie in recreatie', 22 juni 2015; *Financieele Dagblad*, 'VVD en D66: Overheid moet ophouden bedrijfje te spelen', 12 oktober 2015; *Financieele Dagblad*, 'Dicht het lek in wet voor ondernemende overheid', 28 januari 2016.

9 *Kamerstukken II 2015/16*, 34316, nr. 2.

10 *Kamerstukken II 2015/16*, 34497, nr. 1.

11 Overheid.nl. Wetsvoorstel wijziging markt en overheid, concentratietoetsing en privaatrechtelijke handhaving, 1 september 2017, <https://www.internetconsultatie.nl/wijzigingmarktenoverheid> (bestaande uit een ontwerpvoorstel en een ontwerpvoelichting).

12 Daarmee lijkt de wetgever aan een ander in de evaluatie geconstateerd probleem tegemoet te willen komen, namelijk dat het algemeen belang besluit is vormgegeven als een algemeen verbindend voorschrift waartegen (in tegenstelling tot een besluit) geen bezwaar en beroep mogelijk is.

13 Op basis van de Bevoegdheidsverdeling bestuursrechtspraak kan beroep tegen besluiten van overheidsorganen, die op basis van de Mededingingswet worden genomen (zoals bijvoorbeeld een algemeen belang besluit) uitsluitend bij Rechtbank Rotterdam ingesteld worden en hoger beroep bij het CBB (art. 8:6 Awb jo. art. 7 respectievelijk art. 11 van Bijlage 2 bij de Awb).

14 E. Hamelers, 'De Wet Markt en Overheid: wat kunnen we er wél mee?', in *Tijdschrift Mededingingsrecht in de praktijk*, 2017/2, p. 22.

15 CBB 21 december 2016, r.o. 5.3 en 5.4, ECLI:NL:CBB:2016:414 (*Appellant/gemeente Zoetermeer*).

16 Rb. Rotterdam 26 januari 2017, r.o. 6, ECLI:NL:RBROT:2017:631 (*Jachthaven Wolderwijd/gemeente Zeewolde*) en Rb. Rotterdam 7 februari 2017, r.o. 7, ECLI:NL:RBROT:2017:913 (*Q-Park/gemeente Veenendaal*).

Parkeergarage-zaken

Belangrijke bron voor al deze uitspraken is de ‘oorlog’ (zo kan het inmiddels wel genoemd worden¹⁷) tussen (onder meer) Q-Park (ondersteund door de ACM) en de gemeente Veenendaal. Aanleiding voor deze oorlog is het almaar teruglopende winkelbezoek in het stadshart van Veenendaal. Om dit tij te keren (en daarmee aan de als algemeen belang geformuleerde doelstellingen¹⁸ uitvoering te geven), heeft de gemeente Veenendaal een proef met gratis parkeren op zaterdagen in gemeentelijke parkeergarages gelanceerd. Om deze proef in het licht van de Wet markt en overheid mogelijk te maken, heeft de gemeente Veenendaal een algemeen belang besluit genomen. (Onder meer) Q-Park kon zich hierin niet vinden en heeft daartegen bezwaar aangetekend. Hoewel de bezwaarschriftenadviescommissie de gemeente Veenendaal had geadviseerd het bezwaar gegrond te verklaren, heeft de gemeente het primaire besluit gehandhaafd.

Onder verwijzing naar de eerdere jurisprudentie herhaalt Rechtbank Rotterdam in haar uitspraak van 31 augustus 2017 het uitgangspunt dat de gemeente een zeer ruime beoordelingsmarge heeft en het algemeen belang besluit dus slechts terughoudend kan worden getoetst, maar dat de gemeente bij de totstandkoming wel de zorgvuldigheidseisen uit de Awb in acht dient te nemen. Vervolgens oordeelt Rechtbank Rotterdam of de gemeente in redelijkheid tot het algemeen besluit heeft kunnen komen. In de visie van Rechtbank Rotterdam ontbreekt in de motivering van het algemeen belang besluit een gedegen onderbouwing op welke wijze de proef met gratis parkeren aan de realisatie van de publieke belangen bijdraagt. Daartoe had de gemeente een afweging moeten maken tussen het algemeen belang en de belangen van derden die door het besluit getroffen zullen worden. Deze belangenafweging ontbreekt volgens Rechtbank Rotterdam. De enkele stelling dat de particuliere belangen tegen de publieke belangen zijn afgewogen, is in de visie van Rechtbank Rotterdam onvoldoende omdat niet duidelijk wordt welke private belangen zijn afgewogen en waarom deze belangen ondergeschikt zijn aan het te realiseren algemeen belang. Dat de gemeente Veenendaal gedurende de (beroeps)procedure alsnog meer duidelijkheid heeft verschaft, brengt niet met zich dat daarmee het motiveringsgebrek aan het primaire

besluit is geheeld, omdat die duidelijkheid voorafgaand aan het nemen van het primaire besluit had moeten worden gegeven.

Rechtbank Rotterdam is van mening dat deze ernstige motiveringsgebreken zich tegen het toepassen van de bestuurlijke lus verzetten en de rechtbank vernietigt vervolgens het algemeen belang besluit.¹⁹

In de uitspraken ten aanzien van parkeergarages die daarop volgen, herhaalt Rechtbank Rotterdam deze overwegingen.²⁰ Aanleiding voor deze uitspraken zijn telkens de tarieven van de door de gemeente geëxploiteerde parkeergarages. Ter verwezenlijking van publieke belangen (zoals het gemeentelijke parkeer- en mobiliteitsbeleid) hanteren de betrokken gemeenten voor deze parkeergarages geen kostendekkende tarieven.

Rechtbank Rotterdam: ‘algemeen belang besluiten zijn op aannames gebaseerd in plaats van op feiten’

Na de standaardoverweging over beoordelingsruimte, terughoudende toetsing en zorgvuldigheidseisen concludeert Rechtbank Rotterdam dat de betrokken gemeenten niet hebben onderbouwd op welke wijze de maatregel aan de realisatie van de publieke belangen zal bijdragen. De betrokken gemeenten hebben evenmin onderzoek verricht naar de effecten van de maatregel op het bereiken van de algemene belangen. Voorts blijkt uit de motivering van het algemeen belang besluit evenmin of en, zo ja, op welke wijze de betrokken gemeenten de publieke en de private belangen tegen elkaar hebben afgewogen. Vernietiging van de respectieve algemeen belang besluiten volgde.

Sportaccommodatie te Nuth

Een algemeen belang besluit van de gemeente Nuth ten aanzien van de exploitatie van sportaccommodatie sneuvelt eveneens.²¹ De gemeente is eigenaar van een sporthal en gymzalen. De exploitatie van de gymzalen heeft de gemeente uitbesteed aan een private partij. Vanwege de exploitatieverliezen brengt de gemeente enerzijds niet de integrale kostprijs aan de private partij in rekening en ontvangt de private partij anderzijds tevens een exploitatiebijdrage. Het algemeen belang dat hiermee gediend zou zijn, is het verhogen van de vitaliteit van de verschillende dorpskernen in de gemeente door het beschikbaar houden van een ontmoetingsplek en sportaccommodatie.

17 De ACM neemt de gemeente Veenendaal in deze kwestie eveneens op de korrel. Vanwege de vernietiging van het algemeen belang besluit is de ACM van mening dat de gemeente Veenendaal niet de integrale kostprijs aan gebruikers van de gemeentelijke parkeergarages doorberekent (zaak 16/012014, besluit van de ACM van 26 september 2017). Om te bewerkstelligen dat de gemeente Veenendaal de integrale kostprijs in het vervolg wel zal doorberekenen, heeft de ACM op 10 november 2017 een last onder dwangsom opgelegd. De gemeente Veenendaal verzocht de voorzieningenrechter vervolgens tevergeefs om de last onder dwangsom te schorsen (Rb. Rotterdam 24 januari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:490). In bezwaar heeft de ACM bevestigd dat de gemeente niet de integrale kosten heeft doorberekend, maar de last onder dwangsom ingetrokken, omdat de gemeente inmiddels een nieuw algemeen belang besluit had genomen (zaak 16/012014, besluit van de ACM van 26 maart 2018).

18 Te weten de revitalisering, de leefbaarheid en economische ontwikkeling van het stadshart en de vermindering van straatparkeren.

19 Rb. Rotterdam 31 augustus 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:6538 (*Q-Park e.a./ gemeente Veenendaal*).

20 Rb. Rotterdam 21 september 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7170 (*Q-Park/gemeente Hengelo*); Rb. Rotterdam 22 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:018:2119 (*Q-Park/gemeente Den Bosch*); Rb. Rotterdam 22 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2123 (*Q-Park/gemeente Emmen*) en Rb. Rotterdam 28 juni 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:5147 (*Q-Park/gemeente Hilversum*).

21 Rb. Rotterdam 2 november 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:8253 (*Sportcentrum Hulsberg/gemeente Nuth*).

Opnieuw begint Rechtbank Rotterdam met haar standaardoverweging en vervolgt zij met de overweging dat de gemeente de uitgangspunten die aan het algemeen belang besluit ten grondslag liggen, niet heeft onderzocht. Hierdoor is het besluit op aannames gebaseerd en niet op feiten, aldus Rechtbank Rotterdam. Bij gebreke aan een feitenonderzoek is ook de belangenafweging gebrekkig; te meer omdat het belang van Sportcentrum Hulsberg niet is meegewogen.

Rechtbank Rotterdam ziet opnieuw af van het toepassen van de bestuurlijke lus. Dit keer niet vanwege de ernstige motiveringsgebreken, maar vanwege de omstandigheid dat een feitenonderzoek en een belangenafweging veel extra tijd zou vergen.

Camperstapplaatsen te Musselkanaal

Tenslotte heeft Rechtbank Rotterdam een algemeen belang besluit van de gemeente Stadskanaal vernietigd.²² Dit besluit had betrekking op het aanwijzen van de verhuur en exploitatie van ligplaatsen en camperstapplaatsen als een economische activiteit in het algemeen belang. Het algemeen belang dat hiermee gediend zou zijn, was het stimuleren van de detailhandel in Musselkanaal.

Rechtbank Rotterdam ontwikkelt beoordelingsstandaard voor de totstandkoming van algemeen belang besluiten

Ook hier start Rechtbank Rotterdam met de standaardoverweging om vervolgens te onderzoeken of de totstandkoming van het algemeen belang besluit aan de zorgvuldigheidseisen voldoet. Daartoe onderwerpt Rechtbank Rotterdam de rapporten die mede aan het besluit ten grondslag liggen, aan een onderzoek. Uit dat onderzoek concludeert Rechtbank Rotterdam dat de uitgangspunten van de rapporten onduidelijk zijn, zodat de gemeente zich niet zonder nader eigen onderzoek daarop kon baseren. Evenmin had de gemeente de effecten van het doorberekenen van de integrale kosten onderzocht, zodat de keuze voor het niet doorberekenen van de integrale kosten op aannames gebaseerd was en niet op feiten. Vanwege deze gebreken vernietigt Rechtbank Rotterdam het algemeen belang besluit.

Andere rechters

Buiten Rotterdam is de beoordeling van algemeen belang besluiten echter meer diffuus.²³ Daar waar Rechtbank Rotterdam van oordeel is dat de private belangen in de afweging meegenomen dient te worden, is Rechtbank Den Haag van mening dat de betrokken gemeente bij de

totstandkoming van het algemeen belang besluit geen rekening hoefde te houden te houden met de belangen van een concurrent.²⁴ Rechtbank Noord-Nederland neemt het algemeen belang besluit als uitgangspunt zonder over de totstandkoming daarvan kritische vragen te stellen.²⁵ Wel toetsen beide rechtbanken de privaatrechtelijke handelwijze van de gemeenten aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel. Opvallend daarbij is de redenering van de rechtbank Den Haag ten aanzien van dit beginsel. In de visie van deze rechtbank brengt het zorgvuldigheidsbeginsel met zich dat de gemeente bij de privaatrechtelijke handelwijze²⁶ wel rekening met de belangen van concurrenten dient te houden, maar bij de totstandkoming van een algemeen belang besluit dus niet. De uitspraak bevat geen nadere toelichting op dit onderscheid.

De Rotterdamse beoordelingsstandaard

Uit de besproken uitspraken blijkt dat Rechtbank Rotterdam een beoordelingsstandaard heeft ontwikkeld waaraan zij de totstandkoming van algemeen belang besluiten toetst. Die standaard ziet er als volgt uit:

1. Vertrekpunt is het uitgangspunt van terughoudende toetsing en vervolgens een indringende toets aan de hand van de zorgvuldigheidseisen uit de Awb;
2. Daarna volgt een analyse van de feiten. Algemeen belang besluiten die op aannames zijn gebaseerd, verdwijnen linea recta in de vernietiger. Overheidsorganen dienen feitelijk onderzoek te verrichten naar:
 - a. zowel de mate waarin de voorgenomen maatregelen zullen bijdragen aan het bereiken van de algemeen belangdoelstellingen (doeltreffendheid);
 - b. als de effecten op alle in aanmerking komende belangen (belangenafweging);
3. Daarbij dienen overheidsorganen in de toelichting op het algemeen belang besluit zelf specifieke aandacht te schenken aan de gevolgen voor de particuliere belangen die door een algemeen belang besluit geraakt worden (kenbaarheid). Ontbreekt een dergelijke kenbare belangenafweging, dan verdwijnt het algemeen belang besluit ook in de Rotterdamse vernietiger.

De ontsnappingsroute via een aanvullende motivering in de loop van de bezwaar- en beroepsprocedure of via de bestuurlijke lus, heeft Rechtbank Rotterdam afgesloten omdat veelal sprake is van zodanig ernstige gebreken in de totstandkoming van het besluit die niet achteraf geheeld kunnen worden. Algemeen belang besluiten die aan de standaard voldoen, krijgen groen licht.²⁷

22 Rb. Rotterdam 22 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2244 (*Eiseres/gemeente Stadskanaal*).

23 In deze kwestie staat het algemeen belang besluit niet centraal, maar de privaatrechtelijke handelwijze (zoals het sluiten van een overeenkomst) van de gemeente. In dergelijke situaties is een gang naar de civiele rechter noodzakelijk en niet de bestuursrechter in Rotterdam.

24 Rb. Den Haag 30 december 2015, r.o. 4.15, ECLI:NL:RBDHA:2015:15812 (*Eiser/gemeente Krimpenerwaard*).

25 Rb. Noord-Nederland 28 februari 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:1033 (*Muziekorganisatie Noord/gemeente Groningen*).

26 Zoals in casu het sluiten van een huurovereenkomst tegen een huurprijs die lager is dan de integrale kostprijs.

27 Rb. Rotterdam 18 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1075 (*Eiser/gemeente Zoetermeer*).

Wetswijziging blijft noodzakelijk

Doordat rechtbanken niet eenzelfde beoordelingskader hanteren om de totstandkoming van algemeen belang besluiten te toetsen, maakt mede dat de voorgestelde wijziging van de algemeen belang uitzondering in de Mededingingswet toegevoegde waarde heeft. Aldus kunnen tegenstrijdige uitspraken daarover worden voorkomen. Ondanks de heldere standaard van Rechtbank Rotterdam blijft er mijns inziens behoefte bestaan aan een concrete wettelijke invulling van de zorgvuldigheidseisen; ook in het licht van de initiële uitgangspunten van de algemeen belang uitzondering en de ervaring dat overheidsorganen de onverplichte handreiking²⁸ in de praktijk niet naleven. Die concrete invulling gaat de voorgestelde wijziging als zodanig niet brengen, maar de nadere invulling bij algemene maatregel van bestuur wel. In de ter consultatie voorgelegde toelichting, licht de wetgever alvast een tipje van de sluier op, die overigens veel overeenkomt met de toelichting in voornoemde handreiking.

Uit de toelichting blijkt aan welke aanvullende motiveerzaken de wetgever denkt.²⁹ Het bevoegde overheidsorgaan dient de activiteit te beschrijven waarvoor het de algemeen belang uitzondering inroept. Ook het te dienen algemeen belang dient het bevoegde overheidsorgaan te beschrijven, alsmede de noodzaak om de uitzondering toe te passen. Deze aspecten geven invulling aan de wens van de wetgever om de algemeen belang uitzondering in te zetten wanneer zich er een concreet geval van marktfalen voordoet.³⁰ Verder dient het bevoegde overheidsorgaan expliciet aandacht te schenken aan de effecten van de algemeen belang uitzondering op de belangen van derden en daarbij expliciet de publieke belangen tegen de private belangen af te wegen. Het is echter nog even wachten op de precieze invulling van deze motiveringseisen.

De (wettelijk verplichte) motiveringseisen moeten het overheidsorgaan ertoe aanzetten om veel concreter dan nu vaak het geval is te beargumenteren waarom de algemeen belang uitzondering in het specifieke geval ingeroepen moet worden. Generiek geformuleerde algemeen belang besluiten (zoals de exploitatie van sportaccommodatie) zullen na de voorgestelde wijziging tot het verleden gaan behoren.

Kennelijke beoordelingsfout DAEB

Of deze motiveringseisen er ook toe gaan leiden dat het na te streven algemeen belang zorgvuldiger wordt geformuleerd, blijft de vraag. In slechts één uitspraak heeft Rechtbank Rotterdam blijk gegeven van mogelijke vraagtekens

bij de vaststelling van een algemeen belang.³¹ In geen van de hiervoor besproken uitspraken is de vraag aan de orde of het overheidsorgaan in redelijkheid tot het standpunt heeft kunnen komen of de economische activiteit in kwestie in het algemeen belang is, terwijl dit wel één van de uitgangspunten van de uitzondering is. Immers, de wetgever knoopt voor de algemeen belang uitzondering aan bij haar Europese evenknie: artikel 106 lid 2 VwEU.

Exploitatie van gemeentelijke parkeergarages is geen economische activiteit in het algemeen belang

De Europese jurisprudentie ten aanzien van diensten van algemeen economisch belang (DAEB) lijkt zich niet altijd te verhouden met de wijze waarop Nederlandse overheidsorganen de algemeen belang uitzondering uit de Mededingingswet toepassen. Ten eerst geldt dat een uitzondering strikt uitgelegd dient te worden.³² Dit brengt met zich dat slechts van een DAEB sprake is indien de betrokken activiteit zich fundamenteel van andere economische activiteiten onderscheidt.³³ Als dat niet het geval zou zijn, kan de betrokken activiteit niet als in het algemeen belang worden aangemerkt.³⁴ Op basis van deze jurisprudentie kan de vraag worden gesteld of bijvoorbeeld de exploitatie van parkeergarages een economische activiteit in het algemeen belang is. Ten tweede dient duidelijk gemaakt te worden dat de toepassing van de gedragsregels de vervulling van het algemeen belang verhindert.³⁵ Slechts dan is een uitzondering noodzakelijk en gerechtvaardigd.

Hoewel deze aspecten al wel in de initiële wetsgeschiedenis zijn verwoord, lijkt daaraan in de praktijk niet echt een vervolg te zijn gegeven. Of dat het gevolg is van de uitlatingen van de wetgever in diezelfde wetsgeschiedenis en/of het door het CbB geformuleerde uitgangspunt van marginale toetsing blijkt niet uit de betreffende uitspraken. Wanneer het ter consultatie voorgelegde ontwerp wet zou worden, zullen overheidsorganen dan uitdrukkelijk ook aan deze aspecten serieuze aandacht moeten schenken met het risico dat in concrete gevallen ten onrechte de algemeen belang uitzondering is ingeroepen. Klagende ondernemers kunnen vervolgens – indien nodig – bij de rechter naleving hiervan afdwingen. Het is mijns inziens echter effectiever om de ACM de bevoegdheid te geven om bij een kennelijke beoordelingsfout in te grijpen; hetgeen in overeenstemming met

28 Handreiking wet markt en overheid, reeds aangehaald.

29 Ontwerptoelichting, p. 7-10.

30 Ontwerptoelichting, p. 7.

31 Rb. Rotterdam 7 februari 2017, r.o. 9, ECLI:NL:RBROT:2017:913 (*Q-Park/gemeente Veenendaal*): 'voor zover er al van een algemeen belang sprake is'.

32 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 10 december 1991, C-179/90, JUR 1991, p. I-5889 (*Merci convenzionali porto di Genova*) en GvEA 27 februari 1997, T-106/95, JUR 1997, p. II-229 (*FFSA*).

33 Zie bijvoorbeeld Het Gerecht 15 oktober 2018, T-79/16, r.o. 125, ECLI:EU:T:2018:680 (*Vereniging Gelijkberechtiging Grondbezitters/Commissie*).

34 Zie bijvoorbeeld SA.25051, beschikking van de Europese Commissie van 25 april 2012, PbEU 2012, L236/1 (*Zweckverband Tierkörperbeseitigung*).

35 Zie bijvoorbeeld de reeds aangehaalde zaken C-179/90 en T-106/95.

de Europese evenknie zou zijn.³⁶ Om slechts in zo een situatie in te kunnen grijpen, wordt recht gedaan aan het door het CBB geformuleerde uitgangspunt dat een overheidsorgaan een zeer ruime beoordelingsruimte heeft om te bepalen of sprake is van een bepaalde economische activiteit in het algemeen belang.³⁷

Conclusie

In een serie uitspraken heeft Rechtbank Rotterdam een beoordelingsstandaard ontwikkeld ten aanzien van de totstandkoming van algemeen belang besluiten. Daarbij dient een tweeledig feitenonderzoek te hebben plaatsgevonden naar de doeltreffendheid enerzijds en de belangenafweging anderzijds. Dat mag niet louter op aannames geschieden of op onderzoeksrapporten die op verkeerde uitgangspunten gebaseerd zijn. De belangenafweging dient daarenboven kenbaar te zijn en expliciet in de toelichting op het algemeen belang besluit te zijn opgenomen. Wat de inhoud van het algemeen belang besluit betreft, is uitgangspunt dat een overheidsorgaan een ruime beoor-

delingsruimte heeft waardoor die inhoud terughoudend getoetst mag worden. Als gevolg daarvan toetst een rechter niet of een algemeen belang besluit voldoet aan de in artikel 106 lid VwEU en daarbij behorende jurisprudentie gestelde eisen ten aanzien van DAEB.

Al met al is de voorgestelde wijziging van de algemeen belang uitzondering in de Wet markt en overheid mijns inziens van toegevoegde waarde. Enerzijds doet de wetgever daarmee recht aan de initiële uitgangspunten van de Wet markt en overheid en anderzijds kleurt de voorgestelde wijziging de door Rechtbank Rotterdam geformuleerde standaard ten aanzien van de inachtneming van de zorgvuldigheidseisen uit de Awb nader in. Voor maximale effectiviteit zou de ACM wel de bevoegdheid moeten krijgen om de kwalificatie ‘economische activiteit in het algemeen belang’ op kennelijke beoordelingsfouten te kunnen beoordelen.

Over de auteur

Mr. E.W.F. (Edwin) Schotanus
Advocaat bij KienhuisHoving.

36 Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie, nr. 46, PbEU 2012, C 8/11; T-17/02, arrest van het Gerecht van 15 juni 2005, r.o. 216, JUR 2005, p. II-2031 (*Fred Olsen*); T-289/03, arrest van het Gerecht van 12 februari 2008, r.o. 166, JUR 2008, p. II-81 (*BUPA*).

37 CBB 21 december 2016, reeds aangehaald. Rb. Rotterdam: ‘algemeen belang besluiten zijn op aannames gebaseerd in plaats van op feiten’.