

9. Nieuwe ontwikkelingen algemeenbelangbesluiten

MR. E.W.F. SCHOTANUS

De evaluatie van de Wet markt en overheid legde fundamentele pijnpunten bloot rondom algemeenbelangbesluiten en de totstandkoming daarvan. De rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) hebben in verschillende uitspraken een standaard voor de beoordeling van deze algemeenbelangbesluiten ontwikkeld. Deze standaard heeft de wetgever gecodificeerd in het wetsvoorstel 'Wijziging van de Mededingingswet in verband met aanpassing van de bepalingen over markt en overheid'. Op 7 december 2021 is dit wetsvoorstel bij de Tweede Kamer ingediend.

Introductie

De Wet markt en overheid bevat gedragsregels voor overheden die zij dienen na te leven wanneer zij economische activiteiten ontplooiën. Het doel daarvan is het voorkomen van oneerlijke concurrentie door overheden. De verplichting tot het doorberekenen van minimaal de integrale kosten van die economische activiteit is daarvan de belangrijkste. De Wet markt en overheid kent ook diverse uitzonderingen. Zo gelden de gedragsregels bijvoorbeeld niet wanneer het daartoe bevoegde orgaan een algemeenbelangbesluit heeft genomen (art. 25h leden 5 en 6 van de Mededingingswet).

In 2016 is de Wet markt en overheid geëvalueerd.¹ Hieruit bleek de totstandkoming van algemeenbelangbesluiten door overheidsorganen in de meeste gevallen een intern georiënteerde aangelegenheid te zijn. Uit de evaluatie bleek ook dat het algemeenbelangbesluit veelal werd gebruikt om niet aan de gedragsregels uit de Wet markt en overheid te hoeven voldoen en veel minder vanuit de overtuiging dat de economische activiteit in het algemeen belang is. Met het recente wetsvoorstel beoogt de wetgever aan de aandachtspunten uit de evaluatie tegemoet te komen.²

In de periode tussen de publicatie van de evaluatie en de publicatie van het wetsvoorstel hebben de rechtbank Rotterdam en het CBB verschillende baanbrekende uitspraken gewezen over met name de totstandkoming

van algemeenbelangbesluiten. In een eerder artikel heb ik de jurisprudentie van met name de rechtbank Rotterdam besproken.³ Na publicatie van dat artikel heeft het CBB op 18 december 2018 twee nagenoeg identieke arresten gewezen, die de standaard zijn geworden voor de beoordeling van de totstandkoming van algemeenbelangbesluiten. De regering beoogt deze door de rechters ontwikkelde standaard via het wetsvoorstel te codificeren. In dit artikel zal ik allereerst deze en recentere jurisprudentie bespreken. Vervolgens geef ik kort de inhoud van het wetsvoorstel weer. Ten slotte plaats ik twee kanttekeningen bij deze nieuwe ontwikkelingen.

Rechterlijke toetsing algemeenbelangbesluiten

Op 18 december 2018 heeft het CBB de definitieve toon gezet voor de beoordeling (van de totstandkoming) van algemeenbelangbesluiten.⁴ In deze arresten staan de tarieven centraal voor een door de betrokken gemeente geëxploiteerde parkeergarage respectievelijk jachthaven. In eerste aanleg had de rechtbank Rotterdam de algemeenbelangbesluiten van deze gemeenten vernietigd, omdat zij niet in overeenstemming met de bestuursrechtelijke zorgvuldigheidsnormen tot stand waren gekomen.⁵ In de arresten van 18 december 2018 zet het CBB het beoordelingskader voor het betrokken bestuursorgaan en het toetsingskader van de

1 Evaluatie Wet markt en overheid 2012-2015, 6 augustus 2015, bijlage bij Kamerstukken II 2015/16, 34487-1.

2 Kamerstukken II 2021/22, 35985-2.

3 E.W.F. Schotanus, 'Ondanks rechterlijke beoordelingsstandaard blijft wetswijziging algemeen belang uitzondering noodzakelijk', *Tijdschrift Mededingingsrecht in de Praktijk* 2018/7, p. 21.

4 CBB 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:660 (*gemeente Hengelo/Q-Park*) en CBB 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:661 (*gemeente Zeewolde/Jachthaven Wolderwijd*).

5 Rb. Rotterdam 21 september 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7170 (*Q-Park/gemeente Hengelo*) en Rb. Rotterdam 26 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:631 (*Jachthaven Wolderwijd/gemeente Zeewolde*).

bestuursrechter uiteen. Daarbij bouwt het CBb voort op zijn arrest van 21 december 2016.⁶

Beoordelingskader bestuursorgaan

Over het beoordelingskader van het bestuursorgaan overwoog het CBb – onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis van de Wet markt en overheid – dat een bestuursorgaan over een aanzienlijke beoordelingsmarge beschikt bij de vaststelling dat sprake is van een algemeen belang dat door de betrokken economische activiteit wordt gediend. De vaststelling van dit algemene belang is – in de woorden van het CBb – ‘bij uitstek’ een politieke aangelegenheid. De beoordelingsmarge is echter niet onbegrensd. Het bestuursorgaan dient een balans te vinden tussen de verplichting tot het doorberekenen van de integrale kosten (de hoofdregel) en het algemeen belang (de uitzondering). Als het bestuursorgaan eenmaal heeft vastgesteld dat een economische activiteit in het algemeen belang is, dan kan het bestuursorgaan nog niet zomaar van de algemeen belang uitzondering gebruikmaken. In dat geval dient het bestuursorgaan een belangenafweging te maken tussen het nagestreefde doel en de mogelijke (nadelige) gevolgen voor derden (met speciale aandacht voor de op de markt actieve ondernemingen). De uit de Algemene wet bestuursrecht (Awb) voortvloeiende verplichtingen tot zorgvuldige besluitvorming vormen het juridische raamwerk van dit beoordelingskader.⁷

Toetsingskader bestuursrechter

Het CBb vervolgde met het toetsingskader dat de bestuursrechter bij de beoordeling van (de totstandkoming van) een algemeenbelangbesluit in acht dient te nemen. Zo vergt de vaststelling van een algemeen belang een deugdelijke, draagkrachtige motivering. Daartoe is vereist dat het bestuursorgaan voor de vaststelling onderzoek verricht naar de relevante feiten, alsmede naar de af te wegen belangen. Bij gebreke van (voldoende) onderzoek is sprake van onzorgvuldige voorbereiding van een algemeenbelangbesluit. Wanneer het bestuursorgaan dat onderzoek wel heeft verricht, dient de bestuursrechter te toetsen of het bestuursorgaan in redelijkheid tot het besluit heeft kunnen komen dat sprake is van een algemeen belang. Slaagt het bestuursorgaan erin ook deze horde te nemen, dan dient de bestuursrechter te beoordelen of het bestuursorgaan in redelijkheid van zijn bevoegdheid tot het nemen van een algemeenbelangbesluit gebruik heeft kunnen maken. In dit verband dient het bestuursorgaan te beoordelen of met het besluit het nagestreefde doel gerealiseerd zal worden en het eventuele nadeel van betrokken ondernemingen zo veel mogelijk wordt beperkt.⁸

Bestuurlijke lus

In tegenstelling tot de rechtbank Rotterdam is het CBb van mening dat bestuursorganen in de gelegenheid moeten

worden gesteld om geconstateerde gebreken te herstellen. Voor zover bestuursorganen van die mogelijkheid gebruik wensen te maken, geeft het CBb de betrokken bestuursorganen enig zaakspecifiek huiswerk mee.⁹ Om proceseconomische redenen kan vervolgens uitsluitend beroep bij de betreffende rechterlijke instantie ingesteld worden, waarbij het CBb zich in het kader van finale geschilbeslechting bevoegd acht om extra voorwaarden¹⁰ aan het algemeenbelangbesluit toe te voegen.¹¹

Praktische toepassing rechterlijke beoordelingsstandaard

Het CBb en de rechtbank Rotterdam hebben het beoordelings- en het toetsingskader vanaf 18 december 2018 in acht gevallen toegepast. Net als in de uitspraken van voor die datum domineren gemeentelijke parkeervoorzieningen. Het CBb heeft drie arresten gewezen over de parkeervoorzieningen van de gemeenten Hengelo¹², Emmen¹³ en Den Bosch¹⁴, terwijl de rechtbank Rotterdam zich opnieuw heeft gebogen over de ‘parkeeroorlog’ in de gemeente Veenendaal.¹⁵ Het CBb heeft zich ook gebogen over de exploitatie van de gemeentelijke jachthaven in de gemeente Zeewolde.¹⁶ Daarnaast heeft de rechtbank Rotterdam zich twee keer over beschermingsbewind in de gemeenten Groningen en Den Bosch gebogen.¹⁷ Ook de verhuur van sportaccommodatie stond weer eens centraal in een uitspraak van de rechtbank Rotterdam.^{18, 19}

9 Idem, r.o. 7 en 8.1 respectievelijk 9.1.

10 Deze additionele voorwaarden betreffen (i) het stellen van een termijn voor de geldingsduur van het algemeenbelangbesluit, (ii) een indexeringsclausule voor de betrokken tarieven en (iii) compensatie van het nadeel uit het verleden.

11 CBb 6 april 2021, r.o. 11.5 en 11.7, ECLI:NL:CBB:2021:373 (*gemeente Den Bosch/Q-Park*).

12 CBb 18 december 2018, reeds aangehaald, r.o. 6-8.1.

13 CBb 23 juli 2019, ECLI:NL:CBB:2019:294 (*gemeente Emmen/Q-Park*).

14 CBb 6 april 2021, reeds aangehaald.

15 Rb. Rotterdam 17 oktober 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:8068 (*Q-Park/gemeente Veenendaal*).

16 CBb 18 december 2018, reeds aangehaald.

17 Rb. Rotterdam 16 januari 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:291 (*Klagers/ACM*)

en Rb. Rotterdam 14 oktober 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:10042 (*Klagers/gemeente Den Bosch*).

18 Rb. Rotterdam 2 februari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:721 (*Klager/gemeente Heumen*). Klager had eerder ook een voorlopige voorziening aangevraagd, maar dat verzoek heeft de rechtbank Rotterdam afgewezen. Volgens de rechtbank streefde klager een doel na dat met honorering van de voorlopige voorziening niet kon worden bereikt (Rb. Rotterdam 27 juni 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:7733).

19 De overweging ten overvloede in deze uitspraak verdient aparte vermelding. Daarin overweegt de rechtbank dat het verstrekken van een exploitatiebijdrage geen economische activiteit is en daarmee – in dit concrete geval – buiten de reikwijdte van de Wet markt en overheid valt. Daarmee rijst de vraag of bij de berekening van de integrale kosten met de exploitatiebijdrage rekening gehouden moet worden. De ACM beantwoordt die vraag bevestigend. Om precedentvorming te voorkomen, heeft de ACM als niet-procespartij besloten hoger beroep tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam in te stellen (zie <https://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-wil-oordeel-van-cbb-over-exploitatiebijdragen-gemeenten>). Naar ik heb begrepen, heeft de mondelinge behandeling hiervan (en andere hoger beroepen) eind februari 2022 plaatsgevonden.

6 CBb 21 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016:414 (*appellant/gemeente Zoetermeer*).

7 CBb 18 december 2018, reeds aangehaald, r.o. 5.2 respectievelijk 7.2.

8 Idem, r.o. 5.3 respectievelijk 7.3.

In zes gevallen is het algemeenbelangbesluit vernietigd en in twee situaties is het algemeenbelangbesluit in stand gelaten. In geval van vernietiging gaat het veelal mis in het (gebrek aan) onderzoek naar de noodzaak om de gedragsregels niet in acht te nemen en het (gebrek aan) onderzoek voor de belangen van concurrerende ondernemers.

Rechtbank Rotterdam is kritischer dan CbB bij de beoordeling van een economische activiteit in het algemeen belang

Ten aanzien van de gemeente Emmen heeft het CbB geoordeeld dat die gemeente dat onderzoek wel heeft verricht.²⁰ Op basis daarvan mocht de gemeente Emmen de gedragsregel tot doorberekening van de integrale kostprijs van de door haar geëxploiteerde parkeergarages via een algemeenbelangbesluit buiten toepassing verklaren.

Wetsvoorstel tot wijziging Wet markt en overheid

Parallel aan de hiervoor genoemde ontwikkelingen in de rechtspraak heeft de wetgever een wetsvoorstel voorbereid dat met een internetconsultatie begon. Ruim vier jaar na die internetconsultatie heeft de wetgever op 7 december 2021 het wetsvoorstel 'Wijziging van de Mededingingswet in verband met aanpassing van de bepalingen over markt en overheid' aan de Tweede Kamer aangeboden.²¹ Het wetsvoorstel bevat vier wijzigingen, waaronder de introductie van een nieuw art. 25ha met (nieuwe) bepalingen over (de totstandkoming van) het algemeenbelangbesluit.²²

Een nieuw art. 25ha van de Mededingingswet

Art. 25ha lid 1 is gelijklopend aan het huidige art. 25h lid 5 van de Mededingingswet. Dit artikellid bevat de feitelijke uitzondering op de toepasselijkheid van de gedragsregels uit de Wet markt en overheid voor economische activiteiten in het algemeen belang. Welk orgaan van het bestuursorgaan tot het nemen van een algemeenbelangbesluit bevoegd is, wordt geregeld in art. 25ha lid 2, dat gelijklopend is aan het huidige art. 25h lid 6 van de Mededingingswet. Tot zover geen wijzigingen. Voor de bespreking van de overige artikelliden houd ik een iets andere volgorde aan dan de door de wetgever gehanteerde nummering.

Voordat het bestuursorgaan de voorbereiding van een algemeenbelangbesluit start, verplicht art. 25ha lid 5 het bestuursorgaan tot het houden van een consultatie. Het bestuursorgaan kondigt die consultatie tijdig aan (uiterlijk twee weken voor de start daarvan) en op welke wijze geïnteresseerden zich kunnen aanmelden (art. 25ha lid 6). Iedere aangemelde partij dient vervolgens voldoende tijd te worden geboden om een zienswijze te kunnen geven (art. 25ha lid 7). Een algemene maatregel van bestuur (AMvB) zal de motiveringseisen voor een algemeenbelangbesluit gaan bevatten (art. 25ha lid 8)

Lid 3 van art. 25ha introduceert een verplicht evaluatiemoment: iedere vijf jaar moet het bestuursorgaan de doeltreffendheid en de effecten van het algemeenbelangbesluit evalueren. Tijdens de evaluatie consulteert het bestuursorgaan geïnteresseerden overeenkomstig de in art. 25ha leden 5, 6 en 7 genoemde consultatieprocedure. Art. 25ha lid 4 biedt het bestuursorgaan de mogelijkheid om na die evaluatie het besluit te handhaven, te wijzigen of in te trekken. De in art. 25ha lid 8 genoemde AMvB zal ook de onderwerpen benoemen die in de evaluatie aan bod dienen te komen. Ten opzichte van het ontwerp dat ter consultatie was aangeboden, bevat het wetsvoorstel twee wijzigingen. De eerste wijziging betreft de keuze voor een consultatie (in plaats van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure). In de visie van de wetgever biedt een consultatie (i) een bestuursorgaan meer vrijheid en meer mogelijkheden om te onderzoeken of een onderneming de algemeen belang dienende economische activiteit kan uitoefenen en (ii) een onderneming de mogelijkheid van een actieve(re) rol in de besluitvorming. De artikelliden 6 en 7 vormen daartoe een aanvulling op het destijds ter consultatie gelegde ontwerp. De tweede wijziging betreft het sluitstuk van de evaluatie (als bedoeld in art. 25ha lid 3). In tegenstelling tot het ontwerp heeft de wetgever ervoor gekozen dat de evaluatie in een nieuw besluit dient te resulteren, zodat belanghebbenden de mogelijkheden van bezwaar en beroep kunnen uitoefenen. Het wetsvoorstel bevat echter geen regeling voor de situatie waarin het bestuursorgaan na een evaluatie geen besluit neemt. In een dergelijke situatie kan een belanghebbende mijns inziens een beroep op art. 6:2 aanhef en onder b van de Awb doen. Dit artikelonderdeel stelt het niet-tijdig nemen van een besluit gelijk aan het nemen van een besluit, waarmee alsnog de bezwaar- en beroepsmogelijkheden benut kunnen worden.

Motiveringseisen

In het licht van het door het CbB vastgestelde beoordelings- en toetsingskader komt een belangrijk onderwerp niet in het wetsvoorstel terug. De motiveringseisen aan (de totstandkoming van) het algemeenbelangbesluit zullen namelijk in een AMvB worden geregeld. De wetgever beoogt hiermee dat die motiveringseisen eventueel snel aan de praktijk aangepast kunnen worden. Hoewel de inhoud van de AMvB helaas nog niet bekend is, bevat de memorie

20 CbB 23 juli 2019, reeds aangehaald.

21 *Kamerstukken II* 2021/22, 35985-2.

22 De andere drie wijzigingen betreffen (i) de uitbreiding van de mogelijkheid van inbesteding ten behoeve van andere staten (als gevolg van de uitspraak van Rb. Rotterdam van 22 juni 2017 (ECLI:NL:RBROT:2017:4648) over het bieden van ondersteuning aan de Peruaanse marine bij het overvliegen van twee vliegtuigen), (ii) een nieuwe uitzondering op de gedragsregel 'integrale kostprijs' voor het kosteloos en non-discriminatoir ter beschikking stellen van de broncode van open-source software en (iii) de permanente inbedding van de Wet markt en overheid in de Mededingingswet.

van toelichting van het wetsvoorstel al wel een voorschot daarop.²³

Het wetsvoorstel vergroot de actieve betrokkenheid van private ondernemingen bij het vaststellen van algemeenbelangbesluiten

In de AMvB zal het door het CBb vastgestelde beoordelingskader gecodificeerd worden. Daarbij merkt de wetgever op dat de nadere invulling van de motiveringseisen uitsluitend voor een algemeenbelangbesluit zullen gelden. Het is dus uitdrukkelijk niet de bedoeling dat hiermee een nieuwe norm voor de totstandkoming van besluiten in het algemeen wordt geïntroduceerd. De volgende motiveringseisen zullen gelden:

1. een concrete en specifieke beschrijving van de economische activiteit waarvoor de algemeenbelanguitzondering zal gaan gelden;
2. een beschrijving van het algemeen belang dat met het algemeenbelangbesluit zal worden gediend om aldus een goede belangenafweging te kunnen maken;
3. een duiding van de noodzaak om de algemeenbelanguitzondering in te roepen;
4. een (cijfermatige) onderbouwing van de gevolgen van het algemeenbelangbesluit voor ondernemers en de concurrentie; en
5. een beoordeling of de voordelen van het dienen van het algemeen belang opwegen tegen de (negatieve) gevolgen voor concurrerende ondernemingen.

Commentaar

Ondanks de in de rechtspraak ontwikkelde beoordelingsstandaard juich ik het wetsvoorstel toe. Uit mijn analyse van eerdere uitspraken bleek dat de rechtbanken Den Haag²⁴ en Noord-Nederland²⁵ een andere beoordelingsmaatstaf hanteerden dan de rechtbank Rotterdam. De arresten van het CBb van 18 december 2018 hebben weliswaar de nodige duidelijkheid gebracht, maar het wetsvoorstel heeft toch toegevoegde waarde.

In tegenstelling tot het casuïstische karakter van rechterlijke uitspraken heeft een wijziging van de Wet markt en overheid een verder reikend karakter. Een wetswijziging (en de toelichting daarop) biedt de mogelijkheid om in meer algemene termen en met behulp van andere voorbeelden om de uitzondering voor economische activiteiten in het algemeen belang en de praktische toepassing daarvoor uiteen te zetten. Met name de aangekondigde AMvB zal zowel

bestuursorganen als ondernemingen concrete handvatten bieden om tot een zorgvuldige inzet van deze uitzondering te komen. Daarmee komt de realisatie van het doel van de Wet markt en overheid dichterbij om zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen ondernemende bestuursorganen en private ondernemingen te creëren waardoor de ruimte om te ondernemen voor private bedrijfsleven toeneemt.²⁶

Hoewel ik deze ontwikkeling dus toejuich, zie ik nog ruimte voor verbetering. De eerste verbetering betreft het doorbreken van de door het CBb ontwikkelde lijn over de doorwerking van de uitoefening van overheidsprerogatieven in de totstandkoming van algemeenbelangbesluiten. Een tweede verbetering ziet op de introductie van de bevoegdheid voor de ACM om bij een kennelijke beoordelingsfout door het bestuursorgaan bij de definiëring van de economische activiteit als in het algemene belang in te kunnen grijpen.

Met de verbeteringen beperk ik wel de beleidsvrijheid van de bestuursorganen. Niettemin ben ik van mening dat een dergelijke beperking gerechtvaardigd is. Die rechtvaardiging vloeit allereerst voort uit het primaire uitgangspunt van de Wet markt en overheid. De met deze wet geïntroduceerde gedragsregels beogen oneerlijke concurrentie door bestuursorganen te voorkomen. Het belang van private ondernemingen vraagt dus om bescherming en niet de vrijheid van bestuursorganen om concurrentieverstorend te kunnen ondernemen. Daarnaast dient de algemeenbelanguitzondering – in lijn met Unierechtelijke jurisprudentie op dit punt²⁷ – restrictief te worden uitgelegd. Uitsluitend in situaties van marktfalen zou deze uitzondering naar mijn mening toegepast moeten kunnen worden. Omwille van rechtszekerheid van alle betrokkenen bij een algemeenbelangbesluit is mijns inziens een meer gedetailleerd kader noodzakelijk.

Ik licht de verbeteringen toe.

Doorwerking uitoefening overheidsprerogatieven

Eén van de onderwerpen waaraan nadere aandacht zou moeten worden besteed, is de door het CBb ontwikkelde lijn over de doorwerking van de uitoefening van overheidsprerogatieven in de totstandkoming van algemeenbelangbesluiten. In aanvulling op de overwegingen van het CBb in zijn arrest-*gemeente Emmen/Q-Park* zag het CBb zich genoodzaakt in twee opeenvolgende arresten in te gaan op de door een bestuursorgaan gemaakte keuzes ten aanzien van de uitoefening van een overheidsprerogatief. In het eerste arrest overwoog het CBb dat die keuzes in het beoordelingskader van het bestuursorgaan als een vaststaand gegeven beschouwd dienen te worden.²⁸ In het verlengde hiervan hoeft een bestuursorgaan niet allerlei mogelijke alternatieven te onderzoeken.²⁹

23 *Kamerstukken II 2021/22, 35985-3, p. 7-11.*

24 Rb. Den Haag 30 december 2015, 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 *Kamerstukken II 2007/08, 31352-3, p. 2.*

27 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 10 december 1991, C-179/90, ECLI:EU:C:1991:464 (*Merci convenzionali porto di Genova*) en GvEA 27 februari 1997, T-106/95, ECLI:EU:T:1997:23 (*FFSA*).

28 CBb 8 december 2020, r.o. 14, ECLI:NL:CBB:2020:923 (*gemeente Veenedaal/ACM*).

29 CBb 6 april 2021, r.o. 10, reeds aangehaald.

In de context van de Wet markt en overheid vind ik dit een ongelukkige insteek van het CBb. Met het gebruikmaken van de uitzondering van het algemeenbelangbesluit beoogt een bestuursorgaan met behulp van economische activiteiten één of meer doelstellingen van algemeen belang na te streven.

Bestuursorganen dienen publiek-rechtelijke handelwijze aan te passen om de gevolgen van oneerlijke overheidsconcurrentie te voorkomen

Wanneer de belangen van concurrerende ondernemingen daar vervolgens voor moeten wijken, brengt het evenredigheidsbeginsel met zich dat het bestuursorgaan de nadelige gevolgen voor die ondernemingen dient te minimaliseren. Aangepast overheidsgedrag hoort daar wat mij betreft ook bij. Vanuit die gedachte kan van een zorgvuldig handelend bestuursorgaan gevergd worden dat zij bij het vergaren van kennis over de relevante feiten en de af te wegen belangen ook haar eigen overheids-handelen betreft.

Het geval van de gemeente Emmen illustreert dit. Eén van de beleidsdoelen van de gemeente Emmen was om het straatparkeren (een overheidsprerogatief³⁰) te verminderen. Uit een gemeentelijke analyse van de diverse parkeertarieven bleek dat de integrale kostprijs van de gemeentelijke parkeergarages gelijk is aan het tarief voor straatparkeren. Om het straatparkeren te ontmoedigen, had de gemeente ook kunnen kiezen om het tarief voor straatparkeren te verhogen. Daarmee zou oneerlijke overheidsconcurrentie met de aanbieder van het private parkeerterrein zijn voorkomen. Het tarief daarvan lag namelijk enkele eurocenten lager. In plaats daarvan stelde de gemeente een besluit vast waarin slagboomparkeren als economische activiteit in het algemeen belang gezien wordt op basis waarvan het vervolgens toegestaan was een lager tarief te hanteren.

Het eigen gedrag van het bestuursorgaan bij de uitoefening van een overheidsprerogatief maakt het in dat concrete geval dus niet mogelijk om de integrale kosten van haar economische activiteiten door te kunnen berekenen. In een dergelijke situatie meen ik dat van dat bestuursorgaan juist wel gevergd kan worden om haar eigen overheidsgedrag bij de voorbereiding van een algemeenbelangbesluit te betrekken en daar kritisch naar te kijken. Daartoe is te meer aanleiding wanneer een aanpassing van het overheidsgedrag de oneerlijke overheidsconcurrentie kan voorkomen

en daarmee de negatieve gevolgen voor de concurrerende ondernemingen kan opheffen.

Kennelijke beoordelingsfout

De tweede verbetering zit in de definitie van het na te streven algemeen belang. De besproken uitspraken bevatten diverse voorbeelden van activiteiten die daadwerkelijk als een dienst van algemeen economisch belang kunnen worden aangemerkt (zoals de verhuur en exploitatie van sportaccommodaties³¹ en gemeentelijke bewindvoering). Dit betreffen diensten waarvan men als (lokale) maatschappij vindt dat erin voorzien dient te worden, terwijl de markt dat niet of onvoldoende (bijvoorbeeld door te hoge tarieven) doet. In dat verband wordt vaak de term ‘marktfalen’ genoemd. Voor de meeste in de jurisprudentie besproken activiteiten is hiervan op het eerste gezicht echter geen sprake. Wat mij daarbij opvalt, is de lage drempel om als economische activiteit in het algemeen belang te kunnen kwalificeren. Activiteiten die daarbij in het oog springen, zijn de verhuur van onroerend goed³², de exploitatie van een camperplaats³³, de exploitatie van een jachthaven en de exploitatie van parkeergarages. Ik ga op die laatste twee nader in, omdat deze gevallen de wenselijkheid van een nadere verduidelijking illustreren.

Gemeentelijke jachthaven

De gemeente Zeewolde wenste het aanleggen in de gemeentelijke jachthaven (de Aanloophaven) financieel aantrekkelijker te maken om de toeristische aantrekkingskracht te bevorderen. Daarbij vormt deze Aanloophaven ook een integrerend onderdeel van de openbare infrastructuur en het dorpscentrum.

De exploitatie van een gemeentelijke jachthaven is geen economische activiteit in het algemeen belang

Het gebruik van de Aanloophaven is volgens de gemeente wenselijk om de levendigheid van het centrum te vergroten en om een positieve bijdrage aan de revitalisering van dat gebied te geven. Volgens de rechtbank Rotterdam heeft de gemeente zich met deze (aangevulde) motivering ‘niet in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat de exploitatie van de Aanloophaven een activiteit is die plaatsvindt in het algemeen belang’³⁴, maar het CBb oordeelde dat de

30 Het CBb oordeelde in zijn arrest van 8 december 2020 dat straatparkeren exclusief publiekrechtelijk is geregeld. Uitsluitend het bevoegde gezag kan het recht op straatparkeren reguleren. Daarmee is het reguleren van straatparkeren volgens het CBb de uitoefening van een overheidsprerogatief en dus geen economische activiteit. Daarvan dient slagboomparkeren te worden onderscheiden. Slagboomparkeren is volgens het CBb in datzelfde arrest wel een economische activiteit, omdat (i) zowel overheidsinstanties als private ondernemingen deze dienst aanbieden en (ii) voor het reguleren van straatparkeren is het aanbieden van slagboomparkeren niet noodzakelijk.

31 Naast reeds aangehaalde uitspraken, zie ook Rb. Rotterdam 18 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1075 (*Eiser/gemeente Zoetermeer*); CBb 21 december 2016, reeds aangehaald; Rb. Rotterdam 2 november 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:8253 (*Sportcentrum Hulsberg/gemeente Nuth*).

32 Rb. Den Haag 30 december 2015, reeds aangehaald; Rb. Noord-Nederland 28 februari 2018, reeds aangehaald.

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

34 Rb. Rotterdam 26 januari 2017, r.o. 7, reeds aangehaald.

gemeente voldoende heeft onderbouwd dat dit te eerbiedigen algemene belangen zijn.³⁵

Het oordeel van het CBB laat andermaal³⁶ zien dat een bestuursorgaan altijd zal kunnen motiveren welk algemeen belang een bepaalde economische activiteit zal dienen. Dat wil echter niet zeggen dat de betreffende activiteit op basis van de specifieke kenmerken van een ‘gewone’ economische activiteit afwijkt. In de kern beschouwd geldt voor de Aanloophaven slechts één specifiek kenmerk, namelijk dat deze zich in de openbare ruimte bevindt. Een echt onderscheidend kenmerk is dit niet. Andere onderscheidende factoren zijn er evenmin. De Aanloophaven ligt tussen de twee takken van de private jachthaven. De private jachthaven maakt daarmee ook een integrerend onderdeel van de dorpsinfrastructuur uit en zou ook ten behoeve van de verwezenlijking van de na te streven algemene belangen ingezet kunnen worden. Bovendien is er geen sprake van marktfalen, omdat een private onderneming reeds een haven exploiteert op dezelfde plek als de gemeente. Bij gebreke aan echt onderscheidende kenmerken zou de exploitatie van de Aanloophaven niet als een economische activiteit in het algemeen belang aangemerkt kunnen worden.

Gemeentelijke parkeergarages

Parkeerkwesties blijven in de discussie over de algemeenbelanguitzondering een prominente rol spelen. Onder verwijzing naar diverse beleidsnota’s om diverse doelstellingen te realiseren,³⁷ motiveren de betrokken gemeenten dat de exploitatie van eigen parkeergarages en parkeerterreinen geldt als een economische activiteit in het algemeen belang. En laten we eerlijk zijn, het merendeel van de genoemde doelen zijn ook algemene belangen. Als echter naar de primaire beweegredenen van bepaalde gemeenten gekeken wordt, doemt een ander beeld op. De motieven van de gemeenten Hengelo, Den Bosch en Veenendaal zijn met name op het versterken van de plaatselijke middenstand gericht. Uit de DAEB-mededeling van de Europese Commissie volgt dat een werkelijk algemeen belang op de burger of de samenleving als geheel is gericht en dus niet op de belangen van ondernemers.³⁸ In één van de betreffende uitspraken overwoog de rechtbank Rotterdam mijns

inziens dan ook terecht ‘voor zover er al van een algemeen belang sprake is’.³⁹

De feitencomplexen die aan de verschillende uitspraken ten grondslag liggen, illustreren echter ook dat de kwesties niet over één kam geschoren kunnen worden. Het geval van de gemeente Den Bosch is de positieve uitzondering. Naast enkele parkeergarages in het centrum exploiteerde de gemeente Den Bosch ook diverse parkeertransferia aan de rand van de stad. Het algemeenbelangbesluit van deze gemeente betrof die parkeertransferia. Om de verkeersdruk in de binnenstad en daarmee de leefbaarheid daarvan te bevorderen, beoogde de gemeente Den Bosch om automobilisten buiten het centrum te laten parkeren. Geen enkele marktpartij exploiteerde zo’n parkeerterrein. Dit initiatief voorziet daarmee in het adresseren van een marktfaalen. Middels een algemeenbelangbesluit kan de gemeente Den Bosch bewerkstelligen dat zij langdurig en tegen betaalbare tarieven in deze dienst kan voorzien.

Tot slot

De definitie van een economische activiteit in het algemeen belang is geen zwart-witkwestie. De behoefte aan handvatten voor een draagkrachtige motivering is juist daarom groot. In het licht van de Unierechtelijke beginselen zou die motivering zich met name moeten richten op de specifieke kenmerken waarmee de betrokken economische activiteit zich van ‘gewone’ economische activiteiten onderscheidt. Het door het CBB opgestelde beoordelings- en toetsingskader noch het wetsvoorstel bevatten hiervoor concrete handvatten. In het geval van het wetsvoorstel is dat mijns inziens een gemiste kans. Als het de wetgever menens is om de belangen van ondernemers beter te beschermen, dient hij bestuursorganen concrete handvatten mee te geven om tot zorgvuldige en draagkrachtige besluitvorming over de definitie van een economische activiteit in het algemeen belang te kunnen komen. Een bruikbare toelichting komt ook de rechtszekerheid ten goede. Het mes snijdt daarmee aan twee kanten.

Over de auteur

Mr. E.W.F. (Edwin) Schotanus

Werkzaam bij Brunet advocaten te Nijmegen.

³⁵ CBB 18 december 2018, r.o. 8.1, reeds aangehaald.

³⁶ Dit geldt namelijk ook voor bijvoorbeeld het merendeel van de hierna te bespreken parkeerkwesties.

³⁷ Zoals het faciliteren van in het centrum aanwezige detailhandel, horeca en instellingen (gemeenten Hengelo en Den Bosch), het voetgangersvriendelijker, toegankelijker en veiliger (minder verkeersslachtoffers) maken van de binnenstad (gemeente Emmen), het goed bereikbaar zijn per auto en goede parkeervoorzieningen (gemeenten Emmen en Veenendaal), een goede ruimtelijke ordening in het centrum (gemeenten Den Bosch en Veenendaal).

³⁸ 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. 48, PbEU 2012, C 8/4.

³⁹ Rb. Rotterdam 7 februari 2017, r.o. 9, ECLI:NL:RBROT:2017:913 (Q-Park/gemeente Veenendaal).