



Servicecentrum Drechtsteden

ADVIESMEMO

Aan : Peter Vissers (GDD/AD/STD/MME)
Van : Montse van Brakel (GRD/NDD/SCD/JKC/TJAA)
Datum : 24 december 2020
Onderwerp : Algemeen belangvaststelling parkeergarages (adviesvraag 2541767)

Inleiding

De gemeente Dordrecht heeft kennis genomen van een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) van 8 december 2020, waarin volgens de gemeente Dordrecht werd geoordeeld dat hanteren van lagere parkeertarieven niet is toegestaan.

De gemeente Dordrecht vraagt zich in dat kader of hoe een besluit van de gemeenteraad tot vaststelling van een Dienst van Algemeen Belang zich verhoudt tot een rechterlijke uitspraak. In woorden van de gemeente: "*Nu is mijn vraag wat gaat voor het genomen besluit of de rechterlijke uitspraak?*"

Een kopie van het besluit van de gemeenteraad van Dordrecht van 9 december 2014 tot algemeen belang verklaring enkele economische activiteiten is bijgevoegd.

Wettelijk kader

Met ingang van 1 juli 2012 is een de Mededingingswet (Mw) een nieuw hoofdstuk 4b ingevoegd (de artikelen 25g tot en met artikel 25 ma), ook wel de Wet Markt en Overheid (WMO) genoemd. Het doel van de WMO is om oneerlijke concurrentie door de overheid te voorkomen als zij economische activiteiten uitvoert.

Om dit te kunnen bereiken is in de WMO een aantal gedragsregels opgenomen waaraan overheden zich moeten houden bij het verrichten van economische activiteiten. Een van die gedragsregels houdt in dat overheden die economische activiteiten verrichten de afnemers van een product of dienst ten minste de integrale kosten van dat product of dienst in rekening brengen.

Als een overheid van mening is dat zij een economische activiteit in het algemeen belang moet verrichten, kan de overheid van de gedragsregels afwijken. Hiertoe moet een overheid een aanwijzingsbesluit nemen waarin aangegeven wordt dat de betreffende economische activiteit in het algemeen belang verricht wordt.

Integrale kostprijs

Zoals hiervoor al aangegeven moet een overheid die economische activiteiten verricht aan de afnemers van een product of een dienst ten minste de integrale kosten van dat product of dienst in rekening brengen. In het Besluit Markt en Overheid is opgenomen hoe de integrale kosten moeten worden berekend.

De uitspraak van de CBB 8 december 2020 (ECLI:NL:CBB:2020:923)

In deze zaak ging het om de gemeente Veenendaal die in de door de gemeente geëxploiteerde parkeergarage gratis parkeren op zaterdag aanbood. De gemeente Veenendaal had het exploiteren van de parkeergarages destijds niet vastgesteld als een economische activiteit die het algemeen belang wordt verricht. Een private onderneming stelde dat hier sprake was van het overtreden van de WMO omdat de gemeente Veenendaal niet minimaal de integrale kosten doorberekende.

De gemeente Veenendaal voerde, kort weergegeven, twee argumenten aan die volgens haar rechtvaardigen dat niet minimaal de integrale kosten in rekening worden gebracht:

1. Slagboomparkeren is geen economische activiteit.

De gemeente Veenendaal stelde zich op het standpunt dat slagboomparkeren net als straatparkeren valt onder de uitoefening van openbaar gezag en daarom niet als economische activiteit moet worden beschouwd. Met andere woorden, volgens de gemeente is de WMO niet van toepassing op slagboomparkeren waardoor zij niet verplicht was om minimaal de integrale kosten in rekening te brengen. De rechter ging hier niet in mee, volgens de rechter is straatparkeren geen economische activiteiten en slagboomparkeren wél een economische activiteit.

2. Voor de berekening van de integrale kosten moeten ook de kosten voor straatparkeren worden meegenomen.

De rechter ging ook niet mee met dit argument. Het meenemen van de kosten voor straatparkeren bij het berekenen van de integrale kosten voor slagboomparkeren is op grond van het Besluit Markt en Overheid niet toegestaan aangezien straatparkeren en slagboomparkeren niet tot dezelfde markt behoren. Sterker nog, bij straatparkeren gaat om de uitoefening van openbaar gezag en niet gaat om het verrichten van economische activiteiten. Of wel of niet sprake is van één en dezelfde markt, is dan niet meer van belang.

De uitspraak van de CBB is voor de gemeente Dordrecht niet relevant omdat de gemeente Dordrecht het exploiteren van parkeergarages wél heeft aangemerkt als een economische activiteit die het algemeen belang wordt verricht.

Diensten van Algemeen belang

Voor Diensten van Algemeen Belang (DAB) wordt een uitzondering gemaakt op de gedragsregels van de WMO. Decentrale overheden kunnen deze DAB aanwijzen. Bij de vaststelling of sprake is van een algemeen belang dat door de desbetreffende economische activiteit wordt gediend heeft de gemeente een aanzienlijke beoordelingsruimte. De beoordelingsruimte van de gemeente is echter niet onbegrensd.

De uitspraken van de CBB van 18 december 2018 (ECLI:NL:CBB:2018:660/661)

In de zaken van 18 december 2018 maakten ondernemers bezwaar tegen het de DAB-aanwijzingsbesluit op grond waarvan gemeenten diensten onder de integrale kostprijs aanboden. In de eerste zaak is een onderneming opgekomen tegen de exploitatie van een parkeergarage door de gemeente Hengelo (CBB 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:660). In de andere zaak kwam een onderneming op tegen de exploitatie van een aanloophaven door de gemeente Zeewolde (CBB 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:661).

De CBB oordeelde in beide zaken dat de gemeente weliswaar een aanzienlijke beoordelingsruimte heeft bij de vaststelling van een DAB, maar deze moet wel voldoende worden gemotiveerd. In de DAB vaststelling moet in ieder geval aan bod komen:

- Een duidelijke motivering van het publieke belang;
- Een uitleg waarom exploitatie onder de kostprijs in het algemeen belang noodzakelijk is en aantonen dat commerciële marktpartijen het product of de dienst niet kunnen aanbieden;
- Een belangenafweging tussen het nagestreefde belang en de belangen van mogelijke derden - in het bijzonder al op de markt actieve ondernemers - die daardoor worden getroffen.

Daarnaast moet het lokale bedrijfsleven de mogelijkheid hebben om ten aanzien van de DAB vaststelling inspraak te hebben.

Het CBB oordeelde in de uitspraken van 18 december 2018 dat de gemeenten geen of onvoldoende kennis hebben vergaard omtrent de relevante feiten en af te wegen belangen en onvoldoende hebben onderzocht wat de gevolgen van de vaststelling van de DAB waren voor de al op de markt actieve ondernemers.

Daarbij heeft het CBB nog opgemerkt dat als de overheid zelf onder de kostprijs aanbiedt, zij ervoor moet zorgen dat commerciële aanbieders daar zo weinig mogelijk financieel nadeel van hebben. Soms moet zelfs schadevergoeding worden betaald.

Conclusie

In het geval van de gemeente Veenendaal oordeelde de CBB dat de gemeente had gehandeld in strijd met de WMO door niet minimaal de integrale kostprijs voor haar diensten in rekening te brengen. De gemeente Veenendaal had destijds het exploiteren van parkeergarages niet aangewezen als een DAB.

Voor wat betreft de gemeenten Zeewolde en Hengelo ging het er om dat deze gemeenten bepaalde diensten hadden aangewezen als DAB, maar deze aanwijzingen volgens de CBB onvoldoende hadden gemotiveerd.

In alle gevallen geldt dat de rechter beslist over de interpretatie van de wet, met andere woorden: de rechter heeft het laatste woord. Hierbij moet wel een kanttekening worden gemaakt. In alle zaken waarin de rechter oordeelt over de inhoud van een aanwijzingsbesluit, moet er tijdig tegen dit besluit bezwaar/beroep zijn aangetekend. Voor besluiten die onherroepelijk zijn geworden is het niet meer mogelijk om daarover een oordeel van de rechter te vragen, ook al is het besluit onvoldoende gemotiveerd.

Aanwijzingsbesluit gemeente Dordrecht i.r.t. uitspraken CBb

Uit de uitspraken van de CBb van 18 november 2018 volgt dat overheden in principe niet langer kunnen volstaan met een 'kaal' aanwijzingsbesluit zonder degelijke, zorgvuldige voorbereiding en motivering.

Op 9 december 2014 heeft de gemeenteraad van de gemeente Dordrecht de exploitatie van parkeergarages aangewezen als activiteiten die plaatsvinden in het algemeen belang. Voor wat betreft de belangenafweging tussen het nagestreefde belang en de belangen van mogelijke derden is het volgende opgenomen:

"In de gemeente Dordrecht zijn er ook twee parkeergarages die geëxploiteerd worden door private partijen: de parkeergarage Drievriendenhof wordt geëxploiteerd door PI en de parkeergarage Visstraat wordt geëxploiteerd door APCOA. De gemeentelijke doelen van bereikbaarheid en leefbaarheid van de stad, alsook de mogelijkheid om te sturen op de tarieven voor bepaalde doelgroepen achten wij zwaarder dan de belangen van particuliere exploitanten. Wij verwachten dat een volledige private exploitatie van parkeergarages deze voordelen weg zou nemen."

De gemeente heeft, kort weergegeven, gesteld dat de gemeentelijke doelen zwaarder wegen dan de belangen van particuliere exploitanten. De gemeente heeft echter niet onderzocht wat de gevolgen van de vaststelling van de DAB zijn voor de al op de markt actieve ondernemers.

Het besluit van de gemeenteraad dateert van 9 december 2014. Er van uit gaande dat het besluit op de juiste wijze is gepubliceerd, is de termijn voor het instellen van bewaar/beroep verstreken. Dit betekent dat het besluit onherroepelijk is vastgesteld. De ACM of commerciële aanbieders kunnen hier niet meer tegen procederen, zelfs als zou moeten worden geconcludeerd dat het besluit onvoldoende is gemotiveerd.

Aanscherping Wet Markt en Overheid

Naar aanleiding van een in 2015 uitgevoerde evaluatie van de WMO gaf toenmalig minister Kamp van Economische Zaken aan de algemeen belang uitzondering aan te willen scherpen. Het ministerie stelde vast dat overheden te gemakkelijk een dergelijk besluit nemen. Daarbij wordt niet altijd voldoende rekening gehouden met de belangen van marktpartijen. Ook maken marktpartijen niet altijd bezwaar tegen het besluit, of hebben zij daar geen mogelijkheid toe.

In de aangescherpte WMO zullen daarom motiveringseisen worden opgenomen, deze zullen er naar verwachting als volgt uit zien:

1. beschrijving van de activiteit waarvoor de algemeenbelanguitzondering wordt ingeroepen;
2. beschrijving van het algemeen belang dat met het besluit wordt gediend;
3. duiding van de noodzaak om de algemeenbelanguitzondering in te roepen;
4. beschrijving van de gevolgen van het gebruik van de algemeenbelanguitzondering op ondernemers;
5. afweging van de noodzaak van afwijking van de gedragsregels op grond van het algemeenbelangbesluit enerzijds, tegenover het effect op het ondernemers anderzijds.

De huidige WMO geldt tot 1 juli 2021. Het is op dit moment onduidelijk of en zo ja wanneer de eventuele aangescherpte WMO in werking treedt.

Advies

Gezien de uitspraken van de CBb van onder andere 18 december 2018, is het besluit van de gemeenteraad waarin de exploitatie van parkeergarages wordt vastgesteld als DAB onvoldoende gemotiveerd. Aangezien dit besluit onherroepelijk is geworden, loopt de gemeente geen risico dat deze door de rechter alsnog wordt vernietigd.

Als de gemeente echter in de toekomst een nieuw besluit met betrekking tot de vaststelling van een DAB wil nemen, onder intrekking van het huidige besluit, doet zij er goed aan de conclusies uit de jurisprudentie¹ mee te nemen wanneer zij een economische activiteit willen uitzonderen van de regels van de WMO. Het is daarom aan te raden daadwerkelijk onderzoek te verrichten naar de gevolgen die het voor alle partijen heeft en om aantoonbaar een belangenafweging te maken.

¹ Ook lagere rechters hebben vanwege het ontbreken van een deugdelijke motivering algemeen belang besluiten ongegrond verklaard, zie bijvoorbeeld: *Rechtbank Rotterdam: Gemeente Emmen, 22 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2123*, *Rechtbank Rotterdam: Gemeente Stadskanaal, 22 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2244*, *Rechtbank Rotterdam: Gemeente 's Hertogenbosch, 22 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2119*