



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Wet markt en overheid: economische activiteiten in het algemeen belang

Adriaanse, P.C.; Mohammad, A.H.A.; Verboeket, L.W.; Brink, J.E. van den; Drahmman, A.; Jacobs, M.J.; Ortlep, R.

Citation

Adriaanse, P. C., & Mohammad, A. H. A. (2021). Wet markt en overheid: economische activiteiten in het algemeen belang. In L. W. Verboeket, J. E. van den Brink, A. Drahmman, M. J. Jacobs, & R. Ortlep (Eds.), *Bestuursrecht in het echt: Vriendenbundel voor prof. mr. drs. Willemien den Ouden* (pp. 193-214). Deventer: Wolters Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3278515>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3278515>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

P.C. Adriaanse & A.H.A. Mohammad¹

13 | **Wet markt en overheid: economische activiteiten in het algemeen belang**

1. Inleiding

Deze bijdrage gaat over de eisen uit de jurisprudentie voor besluitvorming over het aanwijzen van economische activiteiten die plaatsvinden in het algemeen belang in het kader van de Wet markt en overheid. Deze wet (hoofdstuk 4b van de Mededingingswet) beoogt een gelijk speelveld te creëren tussen overheden en overheidsbedrijven enerzijds en particuliere ondernemers anderzijds.² Economische activiteiten die plaatsvinden in het algemeen belang zijn uitgezonderd van de werkingssfeer van de Wet markt en overheid.

In de inmiddels gevormde jurisprudentie over de besluitvorming over deze uitzondering kunnen onzes inziens de volgende aspecten van de bevoegdheidsuitoefening op grond van artikel 25h, zesde lid, Mw worden onderscheiden:

1. de voorbereiding van een algemeenbelangbesluit;
2. de beoordeling of sprake is van een economische activiteit die plaatsvindt in het algemeen belang;
3. de belangenafweging;
4. de motivering als een algemeenbelangbesluit wordt genomen.

Na een korte algemene bespreking van de algemeenbelanguitzondering (paragraaf 2), zullen wij deze vier aspecten nader bespreken (paragraaf 3). Als uitgangspunt nemen we daarbij het beoordelings- en toetsingskader zoals het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) dat in zijn twee uitspraken van 18

¹Paul Adriaanse is als advocaat werkzaam bij Justion Advocaten en daarnaast als gast universitair hoofddocent verbonden aan de Afdeling Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden. Ali Mohammad is wetgevingsjurist bij Wetgevingswerken en als gastonderzoeker verbonden aan de Afdeling Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden.

²Negen jaar geleden, toen de inkt van de Wet markt en overheid nog in het Staatsblad aan het opdrogen was, startte Willemien den Ouden voor een viertal studenten een project over deze wet. De studenten, waaronder een van de auteurs van dit stuk, kregen zo een kijkje in de keuken van de wetenschap. Het resultaat bestond niet alleen uit vier omvangrijke scripties, maar heeft ook mensen bestendig weten te verbinden. Daaronder vallen ook de auteurs van dit stuk, die nadien op verschillende vlakken, waaronder met name ook het terrein van de Wet markt en overheid, hebben samengewerkt.

december 2018 in algemene zin heeft gegeven.³ In zijn latere uitspraak van 23 juli 2019 heeft het CBb voor wat betreft het beoordelingskader voor het betrokken bestuursorgaan en het toetsingskader voor de bestuursrechter verwezen naar de uitspraken van 18 december 2018.⁴ Inmiddels wordt hiervan ook uitgaan door rechtbank Rotterdam, zo blijkt uit de uitspraak van 17 oktober 2019,⁵ waarin de rechtbank met toepassing van de door het CBb uiteengezette kaders de besluitvorming van de gemeenteraad van Veenendaal heeft getoetst. Voor zover relevant, zullen wij ook die uitspraken betrekken in onze analyse. Wij sluiten af met enkele concluderende opmerkingen (paragraaf 4).

2. Algemene bespreking van de algemeenbelanguitzondering

De algemeenbelanguitzondering is in de wet gekomen na een aangenomen amendement van Ten Hoopen (CDA) en Vos (PvdA). Dat amendement strekte ertoe om de autonomie van de decentrale overheden te waarborgen.⁶ De vaststelling van deze activiteiten in het algemeen belang gebeurt volgens artikel 25h, zesde lid, van de Mededingingswet voor de desbetreffende decentrale overheid door het vertegenwoordigende lichaam ervan. Er is geen voorgeschreven vorm waarin de vaststelling dient te geschieden.⁷ In de praktijk gebeurt dit wel eens via een niet-appellabele gemeentelijke verordening.⁸ Meestal gebeurt dit echter op

³CBb 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:660; CBb 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:661. De door ons met het oog op de rechtspraak gekozen volgorde van bespreking van deze aspecten wijkt iets af van de volgorde waarin zij in de uitspraken van 18 december 2018 ter sprake komen. Inhoudelijk maakt dat echter geen verschil.

⁴CBb 23 juli 2019, ECLI:NL:CBB:2019:294.

⁵Rb. Rotterdam 17 oktober 2019, ECLI:NL:RBOT:2019:8068.

⁶Deze mogelijkheid staat voor economische activiteiten van het Rijk en zelfstandige bestuursorganen open voor ministers, zie over de ondersteuning bij het doen van aangifte (artikel 20a Uitvoeringsregeling Algemene wet inzake rijksbelastingen 1994) en realiseren en exploiteren van vastgoed en opvangplaatsen door het Centraal orgaan opvang asielzoekers voor het (doen) realiseren en exploiteren van een pop-uphotel, en de activiteiten die daarmee direct verband houden (artikel 1 Aanwijzingsbesluit Wet Markt en Overheid van het Ministerie van Veiligheid en Justitie).

⁷E.A. van de Kuilen & D. van Tilborg, 'De Wet Markt & Overheid: over de bevoordeling van overheidsbedrijven en de mogelijkheid om gedragsregels niet te hoeven naleven', *Gst.* 2011/70.

⁸Volgens 19% van de 106 bevroegde gemeenten heeft het algemeenbelangbesluit de vorm heeft van een algemeen verbindend voorschrift, waartegen volgens de gemeenten geen bezwaar mogelijk is (L. Meindert e.a., *Evaluatie Wet Markt en Overheid 2012-2015* (Ecorys en Bird & Bird), 6 augustus 2015, p. 48).

basis van een appellabel concretiserend besluit van algemene strekking. Op basis van jurisprudentie van het CbB lijkt dit de juridische standaard te zijn.⁹

Vanaf de eerste uitspraak van het CbB over de Wet markt en overheid¹⁰ zijn de eisen voor het nemen van deze ‘algemeenbelangbesluiten’ aangescherpt. Rechteren werden kritischer op de manier waarop deze besluiten werden genomen. Meerdere algemeenbelangbesluiten werden vernietigd vanwege de onzorgvuldige voorbereiding hiervan en ondeugdelijke motivering hiervoor. Ook buiten de reikwijdte van de Wet markt en overheid werden algemene beginselen van behoorlijk bestuur een steeds belangrijker handvat om concurrentiebelangen te beschermen tegenover overheidshandelen.¹¹ Daarom kondigde het ministerie van Economische Zaken en Klimaat aan om de horizonbepaling in de wet te schrappen en de wet inhoudelijk aan te scherpen.¹² De consultatie van dit voorstel is in september 2017 gepubliceerd, maar de indiening van dit voorstel in de Tweede Kamer is tot nu toe telkens uitgesteld.¹³ Het voornemen van de regering lijkt nu te zijn dit in 2021 alsnog te doen.¹⁴

De aanscherping ziet volgens het gepubliceerde ontwerp op een verplichte toepassing van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure uit artikel 3.4 Awb. Ook moet een algemeenbelangbesluit voortaan binnen vijf jaar worden geëvalueerd op de doeltreffendheid en effecten ervan. Het verslag hiervan dient openbaar te worden gemaakt. Er is echter geen verplichting om het genomen algemeenbelangbesluit periodiek te heroverwegen. Het ontwerp voorziet verder in een grondslag om in een algemene maatregel van bestuur nadere regels te stel-

⁹Vgl. Rb. Rotterdam 29 mei 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4368. Zie daarover meer: P.C. Adriaanse & A.H.A. Mohammad, annotatie bij: CbB 21 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016:414, in *AB* 2017/431.

¹⁰CbB 21 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016:414.

¹¹J. Wieland, *De bescherming van concurrentiebelangen in het bestuursrecht* (diss. Leiden), Boom Juridische Uitgevers 2017, par. 7.6.3.3.

¹²Wijziging van de Mededingingswet in verband met wijziging van de bepalingen over markt en overheid en wijzigingen in het concentratietoezicht, en wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek en de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek in verband met de nationale toepassing van de mogelijkheid tot privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht' <<https://www.internetconsultatie.nl/wijzigingmarkten-overheid>>.

¹³Ministerie van EZ, 'Reactie op uw verzoek inzake planningsbrief 2020', 19 december 2019.

¹⁴Ontwerpnota van toelichting bij het ontwerpbesluit tot wijziging van het Besluit van 31 januari 2017, houdende verlenging van de werkingsduur van de gedragsregels voor de overheid in de Mededingingswet (Stb. 2017, nr. 34), zoals aangeboden aan de Tweede Kamer bij brief van 19 november 2020 van de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat. Met dit ontwerpbesluit wordt voorgesteld de werkingsduur van de huidige Wet markt en overheid te verlengen tot 1 juli 2023.

len over de motivering, evaluatie en openbaarmaking van het verslag. Hierbij lijkt er blijkens de ontwerp-toelichting te worden aangesloten op de motiveringseisen uit de door het ministerie in 2012 opgestelde Handreiking bij de Wet markt en overheid. De ontwerp-toelichting spreekt de verwachting uit dat de motiveringseisen er als volgt uitzien:

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 ondernemers anderzijds.

Sinds de consultatieversie van het wetsontwerp zijn er meerdere uitspraken geweest van de rechtbank Rotterdam en het CBb over algemeenbelangbesluiten. In een tweetal uitspraken van 18 december 2018¹⁵ zag het CBb zich, zoals het zelf in die uitspraken stelt, “ook in algemene zin, gesteld voor de vraag naar het beoordelingskader voor het betrokken bestuursorgaan en het toetsingskader voor de bestuursrechter.”

3. Het beoordelings- en toetsingskader sinds de uitspraken van het CBb van 18 december 2018

De uitspraken van 18 december 2018 hebben betrekking op besluitvorming (in bezwaar) van de gemeenteraden van Hengelo en Zeewolde.¹⁶ De raad van Hengelo had bij algemeenbelangbesluit vastgesteld dat de exploitatie van de gemeentelijke parkeergarage een economische activiteit is die plaatsvindt in het algemeen belang als bedoeld in artikel 25h, vijfde lid, Mw. De raad van Zeewolde had dit gedaan met betrekking tot de exploitatie van een gemeentelijke jachthaven.

3.1 Uitgangspunt: besluitvorming onderhevig aan eisen Awb

Voordat we aan de hand van de uitspraken van 18 december 2018 overgaan tot een nadere bespreking van de in de inleiding van deze bijdrage genoemde vier aspecten van besluitvorming op grond van artikel 25h, zesde lid, Mw, is het van

¹⁵CBb 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:660 respectievelijk CBb 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:661.

¹⁶Idem.

belang te markeren dat daarbij sprake is van bestuurlijke besluitvorming in de zin van de Awb.

In zijn uitspraak van 21 december 2016 stelde het CbB ambtshalve al vast dat het algemeenbelangbesluit in de zin van de Wet markt en overheid kan worden aangemerkt als een besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, Awb, waartegen beroep (en bijgevolg in beginsel eerst bezwaar) openstaat. Het CbB heeft in die uitspraak, over de exploitatie van gemeentelijke sportaccommodaties, verduidelijkt dat het vastgestelde algemeenbelangbesluit een concretiserend besluit van algemene strekking is, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift in de zin van artikel 8:3 Awb.¹⁷

De kwalificatie van het algemeenbelangbesluit is in de uitspraken van 18 december 2018 als zodanig niet meer aan de orde gekomen. Wel overweegt het CbB daarin voor het eerst expliciet in algemene zin dat het betrokken bestuursorgaan steeds de eisen in acht moet nemen die de Awb aan bestuurlijke besluitvorming stelt.¹⁸ Die constatering ontbrak in de uitspraak uit 2016, die ging over de vraag of compensatie aan de ondernemer kan worden toegekend op grond van artikel 3:4 Awb. Het ontbreken van die constatering hing vermoedelijk samen met het feit dat de zorgvuldigheid van (de voorbereiding van) de besluitvorming als zodanig in hoger beroep geen onderdeel (meer) uitmaakte van het geschil.¹⁹ Daarbij werd ook het door de gemeenteraad geformuleerd algemeen belang niet betwist.

Hoewel deze CbB-uitspraak uit 2016 positief uitpakte voor de gemeenteraad, werden er nadien door de rechtbank Rotterdam meerdere uitspraken gedaan die voor de desbetreffende gemeenteraden negatief uitpaktten. Die uitspraken gaan over zaken waarin het algemeen belang steeds wél werd betwist. In die uitspraken over het algemeenbelangbesluit ('vaststellingsbesluit') hanteerde de rechtbank Rotterdam al de volgende standaardoverweging, waarin de rechtbank vooropstelt dat de gemeenteraad:

“een zeer ruime beoordelingsruimte heeft om te bepalen of er sprake is van een economische activiteit in het algemeen belang. Dit betekent dat de rechter de door het bestuur verrichte beoordeling en de in dat kader gemaakte afweging van belangen met enige terughoudendheid moet toetsen (vergelijk de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CbB) van 21 december 2016, ECI:NL:CBB:2016:414, rov. 5.3-5.4). Dit neemt niet weg dat de totstandkoming

¹⁷ CbB 21 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016:414.

¹⁸ CbB 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:660, r.o. 5.2 resp. CbB 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:661, r.o. 7.2.

¹⁹ Zie ook onze AB-annotatie in AB 2017/431, punt 6. Zie ook G.J. van Midden, 'Zeilen tussen rotsen': naar een afgewogen algemeen belang-uitzondering in de Wet Markt en Overheid', *Tijdschrift voor Staatssteun*, 2020, nr 1, p. 13.

van het Vaststellingsbesluit moet geschieden met inachtneming van de zorgvuldigheidseisen die de Algemene wet bestuursrecht (Awb) daaraan stelt.”²⁰

In hoofdzaak ging het in die rechtbankuitspraken om vernietiging van het besluit wegens de onzorgvuldige voorbereiding van het besluit. In een enkel geval is er ook strijdigheid met het beginsel van evenredigheid en de motiveringsplicht aangenomen.²¹ Voor wat betreft de voorbereiding van het algemeenbelangbesluit is de rechtbank met name streng in de beoordeling van de onderbouwing van (feitelijke) stellingen, die ten grondslag liggen aan het besluit.

Serra wijst erop dat ook uit de wetsgeschiedenis is op te maken dat het algemeenbelangbesluit aan de gebruikelijke bestuursrechtelijke regels en beginselen dient te voldoen.²² In de al genoemde Handreiking Wet Markt en Overheid is overigens ook al vanaf de inwerkingtreding van de wet gewezen op de waarborgen uit de Awb voor een zorgvuldige voorbereiding en motivering van besluiten.²³

Van de eisen uit de Awb die het betrokken bestuursorgaan bij de bestuurlijke besluitvorming in acht moet nemen, komen in de uitspraken van 18 december 2018 twee eisen in het bijzonder ter sprake: een deugdelijke motivering en een zorgvuldige voorbereiding. De desbetreffende overweging waarin het CBb deze eisen in onderlinge samenhang benoemt luidt als volgt:

“De vaststelling dat sprake is van een algemeen belang dat, afgewogen tegen het belang van de betrokken particuliere onderneming(en), rechtvaardigt dat een economische activiteit buiten de reikwijdte van de gedragsregels van hoofdstuk 4b van de Mw wordt geplaatst vergt, overeenkomstig 3:46 dan wel bij een beslissing op bezwaar artikel 7:12, eerste lid, eerste volzin, van de Awb, een deugdelijke (draadkrachtige) motivering. Daarvoor is vereist dat het bestuursorgaan, overeenkomstig artikel 3:2 van de Awb, daaraan voorafgaand de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen heeft vergaard.”

Gelet op de volgorde van het in de praktijk te doorlopen besluitvormingstraject, richten wij ons nu eerst verder op de eis van zorgvuldige voorbereiding van een algemeenbelangbesluit. Anders dan het citaat lijkt te suggereren, geldt die eis onzes inziens ook los van het belang van een deugdelijke motivering. In paragraaf 3.5 gaan wij in op de eis van een deugdelijke motivering. Volledigheidshalve merken wij op dat in de praktijk vanzelfsprekend ook met andere Awb-eisen rekening dient te worden gehouden, zoals eisen met betrekking tot de bekendmaking

²⁰Zie bijv. Rb. Rotterdam 31 augustus 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:6538, r.o. 3.5.

²¹Rb. Rotterdam 2 november 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:8253, r.o. 4.4. Vgl. Rb. Rotterdam 28 juni 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:5147, r.o. 6.3.

²²A.M. Serra, ‘De Wet Markt en Overheid en de uitzonderingen van het algemeenbelangbesluit: de stand van zaken’, *Gst.* 2019/163, p. 831.

²³Handreiking Wet Markt en Overheid, p. 25.

van een besluit. Het zou in het kader van deze bijdrage te ver voeren om op alle Awb-eisen in te gaan.

3.2 *Aspect 1: De voorbereiding van een algemeenbelangbesluit*

In het kader van de voorbereiding van een algemeenbelangbesluit komen hierna achtereenvolgens aan de orde: het vergaren van relevante kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen, herstel van gebreken en de intensiteit van de rechterlijke toetsing.

3.2.1 *Vergaren van relevante kennis*

Uit de uitspraken van 18 december 2018 blijkt duidelijk dat elk bestuursorgaan als genoemd in artikel 25h, zesde lid, Mw dat overweegt gebruik te maken van de in dat artikel gegeven bevoegdheid om een algemeenbelangbesluit te nemen, overeenkomstig artikel 3:2 Awb allereerst de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen zal moeten vergaren. Hierbij merken wij op dat bij een algemeenbelangbesluit geen sprake is van een besluit op aanvraag, zodat de plicht om de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen te vergaren, in beginsel (zie hierna wel voor enkele nuanceringen) op het bordje van het betrokken bestuursorgaan zal liggen.

Het belang van het vergaren van die kennis moet niet worden onderschat. De hiervoor al genoemde praktijk van de uitspraken van de rechtbank Rotterdam wijst uit dat in alle gevallen waarin het bestreden algemeenbelangbesluit werd vernietigd, dit (in eerste instantie) steeds gebeurde vanwege onvoldoende vergaring van de kennis van de relevante feiten en/of de af te wegen belangen. In de uitspraken van 18 december 2018 overweegt het CBb ook expliciet dat indien het bestuursorgaan dat niet of onvoldoende heeft gedaan, het besluit wegens strijd met artikel 3:2 Awb (al) geen standhoudt.²⁴

Voor de rechtspraak is dus relevant om te weten welke kennis het betrokken bestuursorgaan ter voorbereiding op het nemen van een algemeenbelangbesluit dient te vergaren, om er zeker van te kunnen zijn dat het besluit niet reeds strandt vanwege strijd met artikel 3:2 Awb. Helaas heeft het CBb zich daarover in de uitspraken van 18 december 2018 niet verder in algemene zin uitgelaten. Daardoor blijft het voor de praktijk enigszins ongewis hoe ver de 'vergaarplicht' in relatie tot de bevoegdheidsuitoefening op grond van artikel 25h, zesde lid, Mw precies reikt.

Uit de wijze waarop het CBb in de onderliggende zaken en ook in de latere uitspraak van 23 juli 2019 over de besluitvorming van de betrokken bestuurs-

²⁴ CBb 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:660, r.o. 5.3 resp. CBb 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:661, r.o. 7.3.

organen oordeelt, kunnen wel enkele aanwijzingen worden afgeleid welke informatie volgens het CBb relevant wordt geacht. Uitgaande van de analyses die Van Midden en Serra al maakten²⁵ zou naar analogie van de door Serra gebezigde beeldspraak kunnen worden gesteld dat tot het huiswerk voor de betrokken overheid behoort dat (in ieder geval) informatie wordt vergaard over de volgende punten:

- Of en in hoeverre er sprake is van een marktfalen, met andere woorden of en in hoeverre marktpartijen met hun aanbod het gestelde algemeen belang ook kunnen realiseren; dit om te kunnen bepalen of er een algemeen belang is dat overheidsingrijpen rechtvaardigt.
- Wat de hoogte is van de integrale kostprijs, met andere woorden inzicht in de eigen kostenstructuur; waarom de integrale kostprijs niet kan worden gehanteerd en welke prijs is dan wel is gerechtvaardigd, oftewel de gewenste prijsstelling om het nagestreefde belang te realiseren. Serra stelt in dit verband dat het raadzaam is dat in ieder geval een koppeling wordt gelegd met de tarieven die in de betreffende markt worden gehanteerd.²⁶
- Wat de gevolgen zijn voor overige belanghebbenden. Dit vereist met name kennis van de marktcontext waarin de betrokken overheid wenst te opereren om na te gaan of een algemeenbelanguitzondering niet leidt tot een ongeoorloofde verstoring van de concurrentieverhoudingen en daarmee op gespannen voet staat met de doelstellingen van de Wet markt en overheid.

Van Midden en Serra hebben daarbij gewezen op moeilijkheden die de betrokken overheid kan ondervinden bij het (objectief) beantwoorden van deze vragen.²⁷ Complicerend is dat, zo blijkt onzes inziens uit de toepassing in de uitspraken van het CBb, dat in zijn algemeenheid niet met zekerheid vooraf kan worden bepaald welke informatie (ter beantwoording van deze vragen) in een concreet geval precies vereist is om inzicht te vergaren in de relevante feiten en belangen. Het is op basis van de uitspraken van het CBb uit 2018 en 2019 onze perceptie dat de waardering van de door de betrokken bestuursorganen in die zaken gegeven onderbouwing en toelichting, en de beantwoording van de vraag of (nader) onderzoek nodig is, in belangrijke mate afhankelijk is van de omstandigheden van het geval.²⁸ Ter illustratie wijzen wij op twee overwegingen van het CBb in de uitspraak van 18 december 2018 over het algemeenbelangbesluit van de raad van Hengelo.

De eerste overweging ziet op de vraag of de gemeente er zonder (nader) onderzoek vanuit mocht gaan dat het parkeren in de gemeentelijke garage niet

²⁵ Van Midden 2020, p. 17; Serra 2019, p. 833 en 834.

²⁶ Serra 2019, p. 834.

²⁷ Van Midden 2020, p. 17; Serra 2019, p. 834.

²⁸ Zie ook Van Midden 2020, p. 17.

tegen een tarief op basis van de integrale kosten kon worden aangeboden. Uit een berekening bleek dat het parkeertarief uitgaande van de integrale kosten in casu ongeveer €4,70 per uur zou moeten zijn. Uit de uitspraak blijkt dat in de Q-Park garage een tarief van €1,- per 28 minuten of een gedeelte daarvan werd gehanteerd en in de garage Thiemsbrug een tarief van €1,80 per uur. Het CBB overweegt vervolgens:

“Het bedrag van ongeveer € 4,70 per uur is aanzienlijk hoger dan het tarief in de andere parkeergarages in het centrum. Het verschil is zo groot, dat aannemelijk is dat parkeerders de gemeentelijke garage dan zullen mijden.”²⁹

Het CBB is van oordeel dat de gemeenteraad op dit punt geen (nader) onderzoek hoefde te doen. Wij leiden hieruit af dat de uitkomst mogelijk anders had kunnen zijn als het verschil minder groot was geweest, maar waar het kantelpunt precies ligt, valt zonder verdere aanknopingspunten in de uitspraken van het CBB niet te zeggen.

De tweede overweging die wij ter illustratie van voornoemde uitspraak willen bespreken, ziet op de vraag of de raad in casu voldoende aannemelijk had gemaakt dat bezoekers van het hotel en het theater geen gebruik zullen maken van de Q-Park garage, maar in plaats daarvan zullen parkeren op het maaiveld. Naar het oordeel van het CBB is het verschil in afstand tot het hotel en het theater tussen de gemeentelijke garage enerzijds en de Q-Park garage anderzijds niet zo groot dat dit zonder nadere toelichting aannemelijk is. Volgens het CBB had de raad een vergelijking moeten maken tussen de situaties waarin de gemeentelijke garage wel en niet operationeel zou zijn.³⁰ Uit deze overwegingen leiden wij af dat ook hier de waardering mogelijk anders was uitgevallen als de afstand groter was geweest, maar waar het kantelpunt voor wel dan wel geen nader onderzoek of nadere toelichting dan precies ligt, valt ook hier niet te zeggen.

Uit de uitspraken van het CBB blijkt dat het betrokken bestuursorgaan zo nodig informatie zal moeten opvragen bij derden om de benodigde kennis van de relevante feiten en de af te wegen belangen te vergaren. Dit is van belang om de vraag te kunnen beantwoorden of en in hoeverre er sprake is van een marktfalen, m.a.w. of en in hoeverre marktpartijen met hun aanbod het gestelde algemeen belang ook kunnen realiseren, en om in kaart te brengen wat de gevolgen zullen zijn voor overige belanghebbenden (marktpartijen). Het ligt op de weg van die belanghebbenden om de benodigde gegevens op verzoek te verstrekken.

Zo was het CBB in de uitspraak van 18 december 2018 over het algemeenbelangbesluit van de raad van Hengelo van oordeel dat de gemeenteraad inzicht diende te verwerven in de omvang van de parkeerbehoefte en in de bezettings-

²⁹ CBB 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:660, r.o. 6.2.

³⁰ Idem, r.o. 6.3.

cijfers van de gemeentelijke garage en de garage van Q-Park. Het CBb overwoog daarbij:

“Voor zover het de Q-Park garage betreft ligt het in de rede dat Q-Park daarvoor de benodigde gegevens verstrekt.”³¹

Verder had de raad volgens het CBb ten onrechte ook geen (verder) onderzoek verricht naar de gevolgen van het algemeenbelangbesluit voor Q-Park.

Uit de uitspraak van het CBb van 18 december 2018 over het algemeenbelangbesluit van de gemeenteraad van Zeewolde blijkt dat de raad niet slechts kan volstaan met het opvragen van informatie. De raad had in dit geval wel informatie opgevraagd bij De Jachthaven over het nadeel dat zij ondervindt door de exploitatie van de Aanloophaven door de gemeente. De Jachthaven had kennelijk gesteld dat het ging om 500 overnachtingen per jaar, maar de raad stelde dat dit aantal niet was onderbouwd. De raad stelde zich daarom op het standpunt dat De Jachthaven (de private onderneming) onvoldoende inzichtelijk had gemaakt dat zij financieel nadeel van enige betekenis ondervindt in verband met de hoogte van de ligplaatstarieven in de Aanloophaven. Het CBb oordeelt echter dat de raad ervan uit is gegaan dat de Jachthaven in het geheel geen overnachtingen misloopt zonder dat hij over voldoende gegevens beschikte. Het CBb overweegt:

“Gelet op de aard van een besluit als bedoeld in artikel 25h, zesde lid, van de Mw had appellant hiermee niet mogen volstaan en 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.”³²

De raad had volgens het CBb in dit geval dus zelf meer huiswerk moeten doen. Zo nodig zal moeten worden doorgevraagd om het benodigde inzicht in de gevolgen van een eventueel algemeenbelangbesluit voor die derden te verkrijgen. Dezelfde benadering lijkt ook te zijn gekozen door de rechtbank Rotterdam in haar uitspraak van 17 oktober 2019 over een besluit (op bezwaar) van de raad van Veenendaal waarbij de exploitatie van parkeergarages en parkeerterreinen was aangewezen als een activiteit die plaatsvindt in het algemeen belang. Onder verwijzing naar voornoemde uitspraak van het CBb overweegt de rechtbank:

“Voor zover het garages van eiseres betreft, ligt het in de rede dat eiseres daarvoor de nodige gegevens verstrekt. De rechtbank verwijst in dit verband naar wat door het CBb in haar uitspraak van 18 december 2018 is overwogen (ECLI:NL:CBB:2018:660 randnummer 6.3).”³³

³¹Idem, r.o. 6.3.

³²CBb 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:660, r.o. 8.3.

³³Rb. Rotterdam 17 oktober 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:8068, r.o. 14.

Waarna de rechtbank vervolgens dan nog overweegt:

“Voor zover verweerder bij dat onderzoek niet kan beschikken over de relevante gegevens van de parkeergarages van eiseres en/of de parkeergarage ‘Scheepjes-hof’, geldt dat voor onderbouwing van de parkeercapaciteit in de particuliere garages er wel sprake moet zijn van gedocumenteerde en daarmee controleerbare gegevens”.³⁴

Hoewel begrijpelijk is dat van het betrokken bestuursorgaan mag worden verwacht dat het zich actief opstelt in het kader van de vergaarplicht, vragen wij ons wel af hoe het betrokken bestuursorgaan dergelijke gedocumenteerde en daarmee controleerbare gegevens over particuliere garages, of andere private activiteiten, kan bemachtigen buiten de betrokkenheid van de desbetreffende private ondernemers om. Met Van Midden zijn wij daarom van mening dat de betrokken overheid er sowieso verstandig aan doet tijdig te rade te gaan bij de marktpartijen.³⁵

Het voorgaande veronderstelt dat voor het betrokken bestuursorgaan duidelijk is met welke marktpartijen of overige belanghebbenden, zowel in het kader van de voorbereiding als bij de belangenafweging, rekening dient te worden gehouden. Of dat in alle gevallen in de praktijk duidelijk zal zijn, betwijfelen wij. Wij signaleerden eerder in onze annotatie bij de uitspraak van het CBb van 21 december 2016 namelijk al dat het CBb een ruime en open duiding van de naast het algemeen belang nog te wegen belangen heeft gekozen. In de uitspraken van 18 december 2018 is deze ruime benadering in iets andere bewoordingen bevestigd.

Het gaat volgens die uitspraken bij een algemeenbelangbesluit om “de belangen van mogelijke derden – in het bijzonder al op de markt actieve ondernemers – die daardoor worden getroffen”.³⁶ Wij leidden daaruit in voornoemde annotatie af dat het met name gaat om ondernemers, maar niet uitsluitend. Ook de belangen van andere belanghebbenden kunnen een rol spelen bij een algemeenbelangbesluit. Denk aan het belang van een sportvereniging in de situatie waarin wordt besloten een sporthal beneden de kostprijs aan de vereniging te verhuren. Voor wat betreft ondernemers lijkt in deze ruime benadering van het CBb ook rekening te worden gehouden met de belangen van mogelijke derden of ondernemers die nog niet op de markt actief zijn, voor zover kan worden aangenomen dat die ondernemers worden getroffen door het algemeenbelangbesluit.

³⁴ Idem.

³⁵ Zie Van Midden 2020, p. 18.

³⁶ P.C. Adriaanse en A.H.A. Mohammad, ‘Geschil over vermeende concurrentievervalsing door exploitatie van sportaccommodaties door gemeente Zoetermeer, AB 2017/431, punt 6. Zie verder ook paragraaf 3.4 van deze bijdrage over de belangenafweging.

Teneinde een zorgvuldige afweging van al deze belangen mogelijk te maken, zal het betrokken bestuursorgaan op grond van artikel 3:2, eerste lid, Awb bij de voorbereiding van het besluit eerst al de nodige kennis omtrent die in potentie ruime categorie van af te wegen belangen dienen te vergaren. De vergaarplicht reikt ook voor wat betreft de relevante belangen dus ver.

De in 2017 via een internetconsultatie voorgestelde wijziging van de Wet markt en overheid lijkt de betrokken bestuursorganen hierin overigens tegemoet te willen komen.³⁷ Daarbij is voorgesteld om in een nieuw in te voegen artikel 25ha, in het derde lid, in algemene zin te regelen dat op de voorbereiding van het besluit afdeling 3.4 Awb van toepassing is. Daarmee wordt nader invulling gegeven aan de vergaarplicht van artikel 3:2 Awb en komt het initiatief om bij een voorgenomen algemeenbelangbesluit betrokken belangen van derden kenbaar te maken, in beginsel bij die derden zelf te liggen.

Wij merken in onze annotatie bij de uitspraak van rechtbank Rotterdam van 31 augustus 2017 al op dat de verplichte toepassing van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure uit afdeling 3.4 Awb op de voorbereiding van algemeenbelangbesluiten garandeert dat concurrentbelanghebbenden en eventuele andere belanghebbenden in ieder geval in de gelegenheid worden gesteld hun zienswijzen in te dienen op een ontwerp-algemeenbelangbesluit. Wij vinden dat een goede zaak. Belanghebbenden moeten zich dan uiteraard wel bewust zijn van de regel van artikel 6:13 Awb: dienen zij geen zienswijze(n) in, dan kunnen dat later worden tegengeworpen als zij nog beroep willen instellen tegen het algemeenbelangbesluit. Met het verplicht stellen van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure vervalt bovendien de mogelijkheid bezwaar te maken (artikel 7:1, eerste lid, onderdeel d, Awb).³⁸

Voor zover het wel tot een juridische procedure komt, zal het antwoord op de vraag of en in hoeverre in een concreet geval (nader) onderzoek nodig is (geweest), overigens mede worden bepaald door de opstelling van overige belanghebbenden, zo blijkt ook uit de uitspraken van het CBB. In de onderliggende zaak van de uitspraak van het CBB van 23 juli 2019 stelde de gemeenteraad van Emmen ter verdediging van het algemeenbelangbesluit over de exploitatie van parkeergarages in rechte onder meer dat verder onderzoek niet nodig was, omdat het een feit van algemene bekendheid is dat automobilisten liever op straat par-

³⁷ Wijziging van de Mededingingswet in verband met wijziging van de bepalingen over markt en overheid en wijzigingen in het concentratietoezicht, en wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek en de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek in verband met de nationale toepassing van de mogelijkheid tot privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht < <https://www.internetconsultatie.nl/wijzigingmarkten-overheid> >.

³⁸ P.C. Adriaanse en A.H.A. Mohammad, 'Geschil over de vaststelling van een proef gratis parkeren op zaterdagen in de gemeentelijke parkeergarages in het algemeen belang', *AB* 2017/432, punt 4.

keren dan ‘achter de slagboom’. Het CBb overweegt dat uit het proces-verbaal van de rechtbank blijkt dat partijen het erover eens zijn, dat als parkeren ‘achter de slagboom’ even duur is als of duurder dan het parkeren op straat, er sneller uitgeweken wordt naar parkeren op straat. Ook overweegt het CBb dat de raad in dit verband nog verwezen heeft naar een proefschrift, waarin de auteur tot dezelfde bevinding komt.³⁹ Dit brengt het CBb ertoe te oordelen dat de raad geen nader onderzoek op (onder meer) dit punt hoefde te doen. Wij sluiten niet uit dat de uitkomst van de beoordeling anders zou zijn geweest als partijen het niet eens waren geweest op dit punt.

Voor wat betreft de gevolgen van een algemeenbelangbesluit voor derden, valt onzes inziens uit de uitspraak van het CBb van 21 december 2016 overigens af te leiden dat, voor zover een private ondernemer stelt schade te leiden als gevolg van dat besluit, het op zijn weg ligt om voldoende inzichtelijk te maken dat er schade is geleden en waaruit deze schade dan bestaat.⁴⁰

Het voorgaande samenvattend, geldt onzes inziens voor het betrokken bestuursorgaan dat voornemens is een algemeenbelangbesluit te nemen naar huidig recht in beginsel een niet licht op te vatten verplichting om de nodige kennis over de relevante feiten en de af te wegen belangen te vergaren, waarbij de invulling van die verplichting echter mede gekleurd wordt door de vraag of eventuele derden zich roeren en, zo ja, hoe zij zich vervolgens opstellen, zowel voorafgaand aan de besluitvorming als gaande een eventuele bezwaar- en/of beroepsprocedure. Dat geldt in eerste instantie voor het primaire besluit. Als daartegen geen bezwaar wordt gemaakt en het besluit in rechte vast komt te staan, zou praktisch benaderd immers kunnen worden gesteld dat het onderzoek dat het betrokken bestuursorgaan al dan niet heeft uitgevoerd, per definitie volstaat. Het lastige is natuurlijk dat, zoals bij besluitvorming vaker het geval is, in de praktijk op voorhand niet altijd precies zal zijn in te schatten of tegen het besluit wel of geen rechtsmiddelen zullen worden aangewend door belanghebbenden. Dat op zich maakt ook dat het lastig is om in algemene zin uitspraken te doen over hoe ver de vergaarplicht van het betrokken bestuursorgaan ter voorbereiding op het primaire besluit reikt.

3.2.2 *Herstel van gebreken*

Zoals gewoonlijk wordt aangenomen bij zorgvuldigheidsgebreken, blijkt ook uit de uitspraken van het CBb dat, voor zover er gebreken kleven aan de voorbereiding van de besluitvorming van 18 december 2018, deze in bezwaar nog kunnen worden hersteld. In de uitspraak van 18 december 2018 over het alge-

³⁹ CBb 23 juli 2019, ECLI:NL:CBB:2019:294, r.o. 6.1.

⁴⁰ CBb 21 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016:414, r.o. 5.6

meenbelangbesluit van de raad van Hengelo overwoog het CBb op dit punt het volgende:

“Met appellant en anders dan Q-Park is het College vervolgens van oordeel dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de door haar vastgestelde gebreken in de voorbereiding van de besluitvorming in bezwaar niet konden worden hersteld. Nog daargelaten dat de rechtbank daarvoor geen motivering heeft gegeven, valt niet in te zien dat appellant niet de gelegenheid zou kunnen en moeten worden geboden deze gebreken te herstellen door alsnog de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen te vergaren en vervolgens (mede) op de grondslag daarvan een nieuw besluit te nemen. De tweede hogerbroepsgrond van appellant slaagt.”⁴¹

Ook uit de uitspraak van 23 juli 2019 blijkt onzes inziens dat eventuele gebreken nog hersteld kunnen worden in de bezwaarfase. Het CBb laat zich daarover in die uitspraak niet expliciet uit, maar in die uitspraak heeft het CBb het besluit op bezwaar alsnog in stand gelaten, uitgaande van hetgeen in bezwaar pas door de raad aan dat bestreden besluit ten grondslag was gelegd.

De rechtbank Rotterdam heeft nadien in zijn uitspraak van 17 oktober 2019 zelfs ook na de bezwaarfase nog een herkansingsmogelijkheid geboden aan het betrokken bestuursorgaan. Na eerst te hebben geoordeeld dat zowel het primaire besluit als de beslissing op bezwaar in dat geval niet voldeed aan artikel 3:2 Awb, heeft de rechtbank aan de gemeenteraad van Veenendaal nog een kans gegeven via een bestuurlijke lus op grond van artikel 8:51a, eerste lid, Awb. De rechtbank overweegt:

“De rechtbank ziet aanleiding om verweerder in de gelegenheid te stellen het gebrek te herstellen. Dat herstellen kan hetzij met een aanvullende motivering, hetzij, voor zover nodig, met een nieuwe beslissing op bezwaar, na of tegelijkertijd met intrekking van het nu bestreden besluit.”⁴²

Daarbij gaf de rechtbank aan welk onderzoek de raad in dat geval naar zijn oordeel diende te doen om het gebrek te herstellen. Dit betrof onderzoek naar de parkeercapaciteit in de particuliere garages en in dat verband inzicht verwerven in de omvang van de parkeerbehoefte en in de bezettingscijfers van de gemeentelijke parkeervoorzieningen en de parkeergarages van de private exploitanten.⁴³ Het CBb heeft zich over deze mogelijkheid van een bestuurlijke lus bij gebrekkige voorbereiding van een algemeenbelangbesluit weliswaar nog niet uitgelaten,

⁴¹ CBb 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:660, r.o. 7.

⁴² Rb. Rotterdam 17 oktober 2019, ECLI:NL:RBOT:2019:8068, r.o. 9.

⁴³ R.o. 14.

maar wij vermoeden dat het CBb hierin de benadering van de rechtbank zal volgen.

Op basis van het voorgaande concluderen wij ook dat er, ondanks de poging van het CBb om het beoordelings- en toetsingskader in algemene zin te verduidelijken, nog geen kant-en-klare gebruiksaanwijzing voor betrokken bestuursorganen valt te geven wat betreft het vergaren van de kennis van de relevante feiten en belangen voorafgaand aan het nemen van een algemeenbelangbesluit.

3.2.3 De intensiteit van de rechterlijke toetsing

Anders dan bij de hierna nog te bespreken aspecten van de vaststelling dat een economische activiteit in het algemeen plaatsvindt, gaat het bij de zorgvuldigheidsnorm van artikel 3:2 Awb om een aspect van rechtmatigheid, waarbij het betrokken bestuursorgaan geen beslissingsruimte heeft in het kader waarvan belangen kunnen worden afgewogen. Huisman en Jak merken in algemene zin op dat ook de rechterlijke toetsing aan beginselen als het zorgvuldigheidsbeginsel (artikel 3:2 Awb) en het motiveringsbeginsel (artikel 3:46 Awb; artikel 7:12 Awb) meer of minder intensief kan zijn.⁴⁴ Een intensievere toetsing lijkt met name aan de orde te zijn als er grondrechten of andere fundamentele rechten in het geding zijn. Het CBb heeft zich in de hiervoor besproken uitspraken niet expliciet uitgelaten over de intensiteit van de rechterlijke toetsing aan artikel 3:2 Awb als het gaat om de voorbereiding van een algemeenbelangbesluit.

Alles overziend is onze indruk dat de bestuursrechter in eerste instantie vrij intensief toetst of voldoende kennis is vergaard door het betrokken bestuursorgaan en of het algemeenbelangbesluit daarmee voldoende zorgvuldig is voorbereid. Zoals hiervoor ter sprake kwam, kan die toetsing gaandeweg een proces of uiteindelijk in hoger beroep echter alsnog ten gunste van het betrokken bestuursorgaan uitvallen, als nader onderzoek is gedaan in bezwaar of wellicht een nadere onderbouwing is gegeven. Dit bracht het CBb er in de uitspraak van 23 juli 2019 toe meermaals bewoordingen te bezigen als “mocht er vervolgens redelijkerwijs van uitgaan dat” en “heeft zich aldus redelijkerwijs op het standpunt kunnen stellen dat”. Die bewoordingen lijken te wijzen op een iets minder intensieve rechterlijke toetsing aan artikel 3:2 Awb dan in eerste aanleg het geval was.

3.3 Aspect 2: De vaststelling of sprake is van een algemeen belang dat door de desbetreffende economische activiteit wordt gediend

Om gebruik te kunnen maken van de bevoegdheid om een algemeenbelangbesluit als bedoeld in artikel 25h, zesde lid, Mw te nemen, zal het betrokken be-

⁴⁴ P.J. Huisman & N. Jak, ‘Beslissingsruimte: handvatten voor de rechterlijke toetsingsintensiteit’, *NTB* 2019/20, p. 217.

stuursorgaan eerst moeten vaststellen of sprake is van een algemeen belang dat door de desbetreffende economische activiteit wordt gediend. In de uitspraken van 18 december 2018 stelt het CBb, onder verwijzing naar parlementaire geschiedenis, voorop dat het betrokken bestuursorgaan daarbij “een aanzienlijke beoordelingsruimte” heeft. In het verlengde daarvan overweegt het CBb “dat de bepaling wat in het algemeen belang moet worden gedaan (bij uitstek) een politieke aangelegenheid is.”⁴⁵

Dat laatste werd letterlijk al zo gesteld door de regering in de memorie van antwoord bij de behandeling in de Eerste Kamer, waarnaar het CBb in de uitspraken terecht verwijst.⁴⁶ Dat uit de parlementaire geschiedenis ook blijkt dat het betrokken bestuursorgaan een aanzienlijke beoordelingsruimte heeft, is onzes inziens minder duidelijk. Het CBb overweegt dat dit naar voren komt uit de toelichting bij het gewijzigd amendement van de leden Ten Hoopen en Vos zoals dat ten tijde van de behandeling van de Wet markt en overheid werd aangenomen.⁴⁷ Daarin staat echter alleen:

“Decentrale overheden, zoals provinciale staten en gemeenteraden, krijgen zelf onverkort de ruimte om te bepalen of er sprake is van een economische activiteit in het algemeen belang.”⁴⁸

Opmerkelijk is dat het CBb in zijn uitspraak van 21 december 2016, onder verwijzing naar diezelfde toelichting op het amendement, nog overwoog dat de raad “een zeer ruime beoordelingsruimte” heeft “om te bepalen of er sprake is van een economische activiteit in het algemeen belang”.⁴⁹ Waarom het CBb in die toelichting inmiddels, anders dan in 2016, leest dat sprake is van een ‘aanzienlijke beoordelingsruimte’, blijkt niet uit de uitspraken. Met Van Midden vermoeden wij dat het CBb, ook gelet op de verdere aanwijzingen voor de bevoegdheidsuitoefening in de uitspraken uit 2018, vooral een duidelijk signaal heeft willen geven naar overheden dat de ruimte om activiteiten in het algemeen belang uit te zonderen is ingekaderd.⁵⁰

Anderzijds stelt het CBb namelijk ook voorop:

“De beoordelingsruimte van het betrokken bestuursorgaan is niet onbegrensd.”⁵¹

⁴⁵Zie CBb 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:660, r.o. 5.2 resp. CBb 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:661, r.o. 7.2.

⁴⁶Kamerstukken I, 2009/10, 31 354, C, blz. 2 en blz. 7.

⁴⁷Kamerstukken II, 2008-2009, 31 354, nr. 32.

⁴⁸Kamerstukken II, 2008-2009, 31 354, nr. 32. Zie hierover al punt 5 van onze annotatie bij CBb 21 december 2016 in AB 2017/431.

⁴⁹CBb 21 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016:414, r.o. 5.3.

⁵⁰Van Midden 2020, p. 16.

⁵¹Zie CBb 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:660, r.o. 5.2 resp. CBb 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:661, r.o. 7.2.

Hoewel daar in de praktijk door veel overheden in het verleden vaak anders over is gedacht,⁵² komt deze constatering van het CBb niet echt als een verrassing. Het CBb verwijst terecht naar diverse parlementaire stukken waarin al aanknopingspunten voor dat standpunt zijn te lezen.⁵³ Gegeven deze twee uitgangspunten van enerzijds een aanzienlijke beoordelingsruimte, die anderzijds niet onbegrensd is, overweegt het CBb vervolgens:

“Het voorgaande leidt ertoe dat een balans moet worden gevonden tussen de hoofdregel van artikel 25i van de Mw en de daarop in artikel 25h, vijfde en zesde lid, van de Mw voorziene uitzonderingsmogelijkheid.”⁵⁴

Uit de uitspraken van het CBb van 18 december 2018 blijkt dat, wanneer een algemeenbelangbesluit ter toetsing aan de rechter wordt voorgelegd, de bestuursrechter op dit punt zal toetsen 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 als bedoeld in artikel 25h, vijfde lid, Mw. Van Midden stelt onzes inziens terecht dat daarmee niet wordt bedoeld dat de rechter nagaat of met het beleidsdoel wel een algemeen belang wordt gediend. Getoetst zal (vooral) worden of met de desbetreffende economische activiteit het algemeen belang wordt nagestreefd.⁵⁵

Het CBb overweegt vervolgens:

“Zo’n algemeen belang is er niet als het aanbieden van de economische activiteit beneden de kostprijs niet nodig is om het nagestreefde 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 hun gehanteerde voorwaarden dat belang niet kunnen dienen.”

Deze overweging verklaart waarom het voor het betrokken bestuursorgaan, zoals aangegeven in paragraaf 3.2, van belang is ter voorbereiding van een algemeenbelangbesluit in ieder geval de nodige kennis op deze punten te vergaren. Het betrokken bestuursorgaan zal op basis van de informatie die het heeft vergaard tot het oordeel moeten komen of al dan niet sprake is van een economische activiteit die in het algemeen belang plaatsvindt.

Van Midden stelt dat het door de negatieve formulering met een dubbele ontkenning in de voornoemde overweging van het CBb lastig is grip te krijgen op

⁵² Zie Ecorys en Bird & Bird, *Evaluatie Wet Markt en Overheid 2012-2015*, 2015, p. 8.

⁵³ Het CBb verwijst naar uitlatingen van de minister zoals die blijken uit *Handelingen II*, nr. 64, 17 maart 2009, blz. 64-5135, 5139 en 5140.

⁵⁴ Zie de r.o. 5.2 resp. 7.2 van deze uitspraken.

⁵⁵ Van Midden 2020, p. 18.

wat de toets nu precies inhoudt en hoe een overheid moet motiveren dat het algemeen belang er wél is. Normaliter duidt een dergelijke formulering op een terughoudende toetsing. Wij delen de mening van Van Midden dat ter motivering dat het algemeen belang er wél is echter niet volstaat dat de overheid aannemelijk maakt dat het marktaanbod dat belang niet dient. Van Midden stelt onzes inziens terecht dat het er juist op lijkt dat het CBB de lat voor overheden hoogt legt en dat vast moet staan dat noch de overheid, noch de markt de activiteit op een aanvaardbare manier kostendekkend kan verrichten.⁵⁶

Dat zal in de praktijk niet altijd makkelijk zijn. Van Midden noemt het voorbeeld van het bieden van (kwalitatief) voldoende cultuuraanbod en stelt dat het, als de belangen minder grijpbaar zijn, lastig zal zijn om vast te stellen of de markt daarin voorziet.⁵⁷

Wanneer op basis van het uitgevoerde onderzoek echter valt te voorzien dat de rechterlijke toets op de door het CBB genoemde punten sowieso negatief zal uitvallen, doet het betrokken bestuursorgaan er onzes inziens verstandiger aan geen gebruik te maken zijn bevoegdheid op grond van artikel 25h, zesde lid, Mw. Het algemeenbelangbesluit zal in dat geval de rechterlijke toets, in het geval die er komt, (vermoedelijk) niet doorstaan.

Het CBB heeft zich in de uitspraken van 18 december 2018 overigens niet verder uitgelaten over de kwalificatie van de uiteengezette toetsingsmaatstaf ten aanzien van de vaststelling of sprake is van een algemeen belang dat door de desbetreffende economische activiteit wordt gediend. In beide onderliggende zaken van die uitspraken was door de gemeenteraad aangevoerd dat de rechtbank een onjuiste, want te weinig terughoudende, toetsingsmaatstaf had aangelegd. Gesteld werd dat de raad niet door de rechter gedwongen zou kunnen worden de vaststelling in het algemeen belang met onderzoek te onderbouwen. Daarbij is verwezen naar de wetsgeschiedenis en het feit dat het besluit door de gekozen volksvertegenwoordiging is genomen.⁵⁸ Uit het voorgaande blijkt onzes inziens dat het CBB hierin niet is meegegaan. De aanzienlijke beoordelingsruime van het betrokken bestuursorgaan wordt begrensd door de rechterlijke toetsing waarbij wordt getoetst met 'enige terughoudendheid'.

3.4 Aspect 3: De belangenafweging

Als het betrokken bestuursorgaan na vergaring van de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen tot het oordeel is gekomen dat sprake is van een economische activiteit die plaatsvindt in het algemeen belang,

⁵⁶ Van Midden 2020, p. 18.

⁵⁷ Van Midden 2020, p. 18.

⁵⁸ CBB 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:660, r.o. 3.1; CBB 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:661, r.o. 5.

dient bij de beslissing om daadwerkelijk gebruik te maken van de bevoegdheid als bedoeld in artikel 25h, zesde lid, Mw vervolgens nog een belangenafweging plaats te vinden, zo blijkt uit de uitspraken van het CBb. Het betreft, zoals al is opgemerkt in paragraaf 3.2, volgens het CBb een afweging “tussen het nastreefde belang en de belangen van mogelijke derden – in het bijzonder al op de markt actieve ondernemers – die daardoor worden getroffen.”⁵⁹

Hoewel het CBb dat niet zo letterlijk overweegt, hoeft die belangenafweging vanzelfsprekend niet te worden gemaakt als het betrokken bestuursorgaan tot het oordeel komt dat géén sprake is van een economische activiteit die plaatsvindt in het algemeen belang (zie hiervoor 3.3). In dat geval is er redelijkerwijs geen reden om een algemeenbelangbesluit te hoeven nemen en dient dus sowieso onverkort uit te worden gegaan van de gedragsregels van de Wet markt en overheid.

Bij de belangenafweging geldt de aan het bestuur gerichte norm van artikel 3:4, tweede lid, Awb als uitgangspunt. De voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. De beantwoording van de vraag wat in een concreet geval als een evenredige afweging van belangen kan worden beschouwd, is in beginsel aan het betrokken bestuursorgaan. In algemene zin wordt immers aangenomen dat het niet de bedoeling is dat de rechter in dezen op de stoel van het bestuursorgaan gaat zitten.⁶⁰ De bestuursrechter zal, zo blijkt uit de uitspraken van het CBb van 18 december 2018, (alleen) toetsen:

“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 een wijze waarop het dat heeft gedaan.”⁶¹

Deze bewoordingen lijken te duiden op een terughoudende rechtelijke toetsing van de belangenafweging.

Het CBb heeft in algemene zin aanwijzingen gegeven welke aspecten in het kader van de belangenafweging en de rechterlijke toetsing daarvan een rol van betekenis (kunnen) spelen. In de uitspraak van het CBb van 21 december 2016 maakte het CBb al duidelijk dat het vaststellen van een algemeenbelangbesluit onder omstandigheden alleen aangewezen kan zijn als tegelijkertijd aan belanghebbenden compensatie wordt aangeboden voor de vergoeding van schade die

⁵⁹ CBb 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:660, r.o. 5.2; CBb 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:661, r.o. 7.2.

⁶⁰ Zie hierover ook Huisman en Jak 2019, p. 217 e.v.

⁶¹ CBb 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:660, r.o. 5.3; CBb 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:661, r.o. 7.3.

redelijkerwijs niet ten laste van die belanghebbenden behoort te blijven.⁶² In de uitspraken van 18 december 2018 overweegt het CBb in het kader van de rechterlijke toetsing van de belangenafweging het volgende:

“Daarbij is onder meer van betekenis 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.”⁶³

Een voor de rechtspraak relevante vraag is hoe door het betrokken bestuursorgaan met deze aanwijzingen rekening dient te houden in het kader van de besluitvorming. De uitspraken van 18 december 2018 bieden voor de beantwoording van die vraag helaas geen verdere aanknopingspunten. De bestreden besluiten werden al vernietigd wegens strijd met artikel 3:2 Awb.

Ons vermoeden is dat de door het CBb genoemde factoren niet noodzakelijkerwijs cumulatief zijn bedoeld, nog los van het feit dat ook nog niet duidelijk is welke factoren er nog meer een rol van betekenis zouden kunnen spelen. Uit de latere uitspraak van 23 juli 2019 blijkt in ieder geval dat de belangenafweging die in het kader van het algemeenbelangbesluit van de gemeenteraad van Emmen had plaatsgevonden de toets van het CBb kon doorstaan, kennelijk zonder dat een termijn aan het besluit was verbonden. De raad had in dat geval het minimum uurtarief voor parkeren bepaald op € 1,75 per uur en ook dat het uurtarief jaarlijks wordt geïndexeerd, waardoor volgens het CBb geen sprake was van nadeel dat redelijkerwijs niet ten laste van Q-Park behoort te blijven. Voor nadeelcompensatie bestond volgens de Afdeling geen grond.⁶⁴

Wij leiden uit deze uitspraak overigens af dat de factoren van kort gezegd prijsstelling en nadeelcompensatie wel aan elkaar zijn gekoppeld. Zo overwoog ook de rechtbank Rotterdam in de uitspraak van 17 oktober 2019:

“dat de gedachte achter het kiezen voor een prijsstelling als verwoord onder 7.4 [waarin de hiervoor geciteerde passage van het CBb staat opgenomen] is dat als een prijsstelling van de gemeentelijke garages voldoende hoog is, er niet gecompenseerd hoeft te worden.”

⁶² CBb 21 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016, r.o. 5.3.

⁶³ CBb 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:660, r.o. 5.3; CBb 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:661, r.o. 7.3.

⁶⁴ CBb 23 juli 2019, ECLI:NL:CBB:2019:294, r.o. 6.2.

In dat geval was de rechtbank, anders dan de raad van Veenendaal, van oordeel dat bij het door de raad hanteren van marktconforme tarieven niet zonder meer gezegd kan worden dat er geen nadeel is voor Q-Park en dat de prijsstelling in dat geval niet zodanig is dat compensatie niet nodig is.⁶⁵

Met Van Midden begrijpen wij de benadering van het CBb aldus dat het nadeel voor belanghebbenden in ieder geval zoveel mogelijk moet worden beperkt. Dat kan onder omstandigheden impliceren dat ondernemingen enig nadeel ondervinden. Vergoeding van de daardoor ontstane schade is alleen aangewezen als het nadeel redelijkerwijs niet ten laste van die belanghebbende behoort te blijven.⁶⁶

3.5 Aspect 4: De motivering als een algemeenbelangbesluit wordt genomen

Als het betrokken bestuursorgaan voornoemde fases van de (voorbereiding van de) besluitvorming heeft doorlopen, zal het algemeenbelangbesluit tot slot op schrift gesteld moeten worden. In de uitspraken van 18 december 2018 overweegt het CBb dat het besluit “een deugdelijke (draagkrachtige) motivering” vereist. Het CBb verwijst naar artikel 3:46 Awb en naar artikel 7:12, eerste lid, Awb voor wat betreft het besluit op bezwaar. Hiervoor (zie paragraaf 3.2) kwam al ter sprake dat uit de uitspraken van het CBb blijkt dat eventuele gebreken in de voorbereiding van het algemeenbelangbesluit nog hersteld kunnen worden in de bezwaarfase. Daarvan uitgaande verbaast het niet dat ook een gebrekkige motivering in bezwaar nog kan worden hersteld.

In Tekst & Commentaar bij artikel 3:46 Awb wordt opgemerkt dat er enerzijds het aspect van de juiste vaststelling van de feiten is, anderzijds het aspect dat de vaststelling van de feiten tot de genomen beslissing dient te leiden.⁶⁷ De overwegingen van het CBb in de uitspraken van 18 december 2018 sluiten hierbij aan, in die zin dat het CBb overweegt dat voor die deugdelijke (draagkrachtige) overweging is vereist dat het bestuursorgaan daaraan voorafgaand de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen heeft vergaard.⁶⁸

Die jurisprudentie leert onzes inziens ook dat de beantwoording van de vraag of een algemeenbelangbesluit deugdelijk onderbouwd is en daarmee in rechte standhoudt, in veel gevallen uiteindelijk toch ook afhankelijk zal zijn van de wijze waarop de vergaarde kennis over de relevante feiten en omstandigheden wordt

⁶⁵ Rb. Rotterdam 17 oktober 2019, ECLI:NL:RBOT:2019:8068, r.o. 15.

⁶⁶ Zie Van Midden 2020, p. 19.

⁶⁷ T.C. Borman e.a., *Tekst & Commentaar Algemene wet bestuursrecht*, elfde druk, 2019, p. 186.

⁶⁸ CBb 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:660, r.o. 5.3; CBb 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:661, r.o. 7.3. Zie daarover paragraaf 3.2 van deze bijdrage.

gepresenteerd en toegelicht. Dat geldt niet alleen voor het primaire besluit, maar ook voor een besluit op bezwaar en eventueel nog tijdens de procedure.

4. Conclusie

Met de blik op het bestuursrecht in het echt hebben wij in deze bijdrage onderzocht met welke eisen bestuursorganen die algemeenbelangbesluiten in de zin van de Wet markt en overheid (willen) nemen volgens de huidige maatstaven uit de jurisprudentie rekening moeten houden. In het besluitvormingsproces dat die bestuursorganen daarbij moeten doorlopen is bijzondere aandacht vereist voor achtereenvolgens: de voorbereiding van het besluit, in het kader waarvan de nodige kennis over de relevante feiten en de af te wegen belangen zal moeten worden vergaard, de beoordeling of sprake is van een economische activiteit die plaatsvindt in het algemeen belang, de belangenafweging en de motivering. Duidelijk is inmiddels dat de eisen die volgens de bestuursrechter bij die verschillende aspecten van de besluitvorming in acht moeten worden genomen, serieus moeten worden genomen door het betrokken bestuursorgaan. Gebeurt dat niet, dan zal het genomen besluit de rechterlijke toets vermoedelijk niet doorstaan. Wij hebben echter ook moeten vaststellen dat bij de toepassing van het in de jurisprudentie ontwikkelde beoordelingskader voor algemeenbelangbesluiten geen sprake is van een *'one size fits all'*-beoordeling. Zoals vaak bij bestuursrecht in het echt komt het in de praktijk aan op maatwerk. Rekening houdend met alle betrokken belangen, zal daarom een balans moeten worden gevonden tussen naleving van de hoofdregels van de Wet markt en overheid en de in die wet voorziene uitzonderingsmogelijkheid.