

Analyse uitspraak ECLI:NL:CBB:2018:661

Inleiding

1. Op 18 december 2018 heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) uitspraak gedaan op het door de gemeente Zeewolde ingestelde hoger beroep tegen de vernietiging van het algemeen belangbesluit voor de Aanloophaven door de rechtbank Rotterdam. Het CBb heeft tegelijkertijd uitspraak gedaan in een zaak van de gemeente Hengelo waarbij het onderwerp een algemeen belangbesluit voor parkeertarieven was.
2. Met deze uitspraken geeft het CBb zoals zij zelf aangeeft in het persbericht 'duidelijkheid over de toepassing Wet Markt en Overheid.' In de uitspraak geeft zij eerst een algemeen toetsingskader en past dit vervolgens toe op het algemeen-belangbesluit inzake de Aanloophaven.

Toetsingskader

3. De primaire beroepsgrond van de gemeente was dat rechtbank Rotterdam bij de beantwoording van de vraag of de Raad in het bestreden besluit terecht heeft geoordeeld dat er sprake is van een algemeen belang in de zin van de wet Markt en Overheid een onjuiste toetsingsmaatstaf aangelegd.
4. Het CBb deelt de opvatting dat er sprake is van een algemeen belang als bedoeld in de wet. In randnummer 8.1 geeft het CBb aan dat gemeente Zeewolde op zichzelf voldoende heeft toegelicht en onderbouwd dat de Aanloophaven in het algemeen belang wenselijk is. Dit is stap 1 in het toetsingskader.
5. Uit stap 2 in het toetsingskader volgt dat dit niet voldoende is om tot de vaststelling van een algemeen-belangbesluit te komen. De Raad moet vervolgens een afweging maken of in dit geval de bevoegdheid van het algemeen-belangbesluit daadwerkelijk wordt gebruikt om een besluit als bedoeld in artikel 25h, zesde lid, van de Mw (Mededingingswet) te nemen. In deze stap vindt een afweging plaats tussen het nagestreefde belang en de belangen van mogelijke derden - in het bijzonder al op de markt actieve ondernemers - die daardoor worden getroffen. Verder moet het betrokken bestuursorgaan steeds de eisen in acht nemen die de Awb aan bestuurlijke besluitvorming stelt.
6. Het toetsingskader is erop gericht een balans te zoeken tussen de hoofdregel van artikel 25i van de Mw en de uitzonderingsmogelijkheid daarop in artikel 25h, vijfde en zesde lid, van de Mw (ov. 7.2). Het CBb benadert deze vraag vanuit het doel van de Wet Markt & Overheid: 'het creëren van zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen overheden die als aanbieder van goederen of diensten aan derden optreden (ondernemer) enerzijds en andere, particuliere ondernemingen anderzijds'.

Invulling motiverings- en zorgvuldigheidsbeginsel voor toetsingskader

7. Vervolgens gaat het CBb in op de vraag wanneer bij een algemeen-belangbesluit is voldaan aan het motiverings- en zorgvuldigheidsbeginsel en het bestuursorgaan de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen heeft vergaard.
8. Het CBb formuleert de volgende te toetsen stappen door de bestuursrechter:
 - a) Toets 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, van de Mw.
 - b) Is hiervoor een algemeen-belangbesluit nodig? Er is geen sprake van een algemeen belang dat met een algemeen-belangbesluit wordt gediend wanneer 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 aannemelijk is dat marktpartijen met hun aanbod en de door hen gehanteerde voorwaarden dat belang kunnen dienen.
 - c) Ten slotte toetst de bestuursrechter de inhoud van het besluit. Hierbij oordeelt de bestuursrechter of het bestuursorgaan, gelet op de betrokken belangen, in redelijkheid heeft kunnen besluiten van zijn bevoegdheid tot het nemen van een besluit als bedoeld in artikel 25h, zesde lid, van de Mw gebruik te maken op de wijze waarop het dat heeft gedaan.
 - Daarbij 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.

Algemeen belang besluit gemeente Zeewolde

Stap 1: algemeen belang?

9. Toegepast op het algemeen-belangbesluit van de gemeenteraad van Zeewolde constateert het CBb allereerst dat gemeente op zichzelf voldoende heeft onderzocht dat het gebruik van de Aanloophaven een algemeen belang dient (ov. 8.1).

Stap 2: algemeen-belangbesluit noodzakelijk?

10. Het CBb constateert dat de gemeente op dit punt onvoldoende onderzoek heeft gedaan, en geeft de gemeente opdracht om binnen vier maanden een nieuw besluit op bezwaar te nemen (dus uiterlijk 18 april 2019).

11. Ten aanzien van de tweede stap constateert het CBb dat gemeente de integrale kostprijs had moeten onderzoeken om te kunnen onderbouwen dat het algemeen belang enkel wordt gediend door een lagere prijs dan de integrale kostprijs (8.2).
 - Uit de gelijktijdig gedane uitspraak Gemeente Hengelo (ECLI:NL:CBB:2018:660) kan worden afgeleid dat, hoe hoger de integrale kostprijs is, hoe eerder hieraan is voldaan.
 - Het CBb stelt dat de gemeente in elk geval 'voldoende zicht' op de integrale kostprijs moet hebben, waaruit kan worden afgeleid dat een exacte berekening niet is vereist.
12. Vervolgens had de gemeente moeten onderzoeken welke prijsstelling van de Aanloophaven aangewezen is om te bereiken dat voldoende boten aanmeren in de Aanloophaven en om anderzijds het nadeel voor de Jachthaven zoveel mogelijk te beperken.
13. Het CBb komt niet toe aan de toets van de inhoud van het algemeen-belangbesluit, maar geeft in zijn uitspraak de nodige richting aan het antwoord op de vraag welk onderzoek hiervoor noodzakelijk is en welke afwegingen daarbij gemaakt moeten worden.

Stap 3: Compensatie betrokken ondernemingen

14. Wanneer de gemeenteraad van oordeel blijft dat met betrekking tot de exploitatie van de Aanloophaven een besluit als bedoeld in artikel 25h, zesde lid, van de Mw moet worden genomen, zal hij het nadeel dat de Jachthaven ondervindt in kaart moeten brengen en vervolgens moeten nagaan of de belangen van de Jachthaven vergen dat zij op enigerlei wijze tegemoet wordt gekomen, in het bijzonder door te kiezen voor een prijsstelling die ertoe leidt dat tegelijkertijd het met de exploitatie van de Aanloophaven beoogde effect wordt bereikt en het nadeel voor de Jachthaven zoveel mogelijk wordt beperkt en/of door het aanbieden van compensatie voor het nadeel dat redelijkerwijs niet ten laste van de Jachthaven behoort te blijven.

Vervolgstappen

15. De gemeente krijgt van het CBb opdracht om binnen vier maanden een nieuw besluit op bezwaar nemen (dus uiterlijk 18 april 2019) waarin de gemeente:
 - a) inzicht geef inzicht in de integrale kostprijs ('voldoende zicht') en een oordeel vormt of de lagere prijs dan de integrale kostprijs het beoogde effect zal hebben;
 - b) om antwoord te kunnen geven op deze vraag moet worden onderzocht welke prijsstelling is aangewezen om enerzijds daadwerkelijk te bereiken dat voldoende boten aanmeren in de Aanloophaven en anderzijds het nadeel voor de Jachthaven zoveel mogelijk te beperken;
 - c) hiervoor moet ten minste inzicht worden verworven 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.
16. Aan een accountantskantoor wordt opdracht gegeven om inzicht te geven in de kostprijs van de Aanloophaven.

17. Onderdeel van de opdracht van het CBb is om inzicht te 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. Dit onderzoek kan enkel worden uitgevoerd bij passanten die aanleggen in de Aanloophaven en dus in de zomerperiode. Er wordt een brief gestuurd aan het CBb waarin wordt aangegeven dat het waarschijnlijk niet mogelijk is om de gevraagde onderzoeken binnen vier maanden te verrichten, mede gezien de aard van de opdracht en er wordt om verlenging verzocht.

Toets op hooflijnen

Op hooflijnen ziet het toetsingskader er als volgt uit, met inachtneming van het motiverings- en zorgvuldigheidsbeginsel:

1. Algemeen belang ja/nee?
2. Gebruik bevoegdheid om een besluit als bedoeld in artikel 25h, zesde lid, van de Mw te nemen ja/nee, waarbij een afweging moet plaatsvinden tussen het nagestreefde belang en de belangen van mogelijke derden - in het bijzonder al op de markt actieve ondernemers - die daardoor worden getroffen.
3. Indien een algemeen belang besluit gerechtvaardigd is, moet worden geoordeeld of nadeelcompensatie aan betrokken ondernemers moet worden aangeboden.