

het charge-moment van art. 6 EVRM is aangebroken. Ik zou menen dat een verdenking genoeg is om het zwijgrecht te activeren. Dit lijkt ook de lijn van de Centrale Raad van Beroep te zijn (zie voor een voorbeeld CRvB 21 juli 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2451, AB 2015/333, m.nt. R. Stijnen). In elk geval volgt uit deze uitspraak dat het College het startmoment van het zwijgrecht en een daarmee corresponderende cautieplicht aanzienlijk meer naar voren haalt dan het eerder deed.

9. Er zijn twee lijnen of scenario's die EVRM-proof zijn als het gaat om de informatievoording afgezet tegen het in art. 5:10a Awb neergelegde zwijgrecht: (scenario-a) er wordt bij een eerste verdenking direct een cautie verstrekt of (scenario-b) de verhorende toezichthouder laat dit na, maar dan draagt het bestuursorgaan (of de rechter) er zorg voor dat belastende verklaringen uit het boetedossier blijven (zie mijn noot bij EHRM 16 juni 2015, AB 2017/286, m.nt. R. Stijnen (*Van Weerelt/Nederland*); zie voorts R. Stijnen, 'De onschuldpresumptie bij de oplegging van bestuurlijke boetes: recente ontwikkelingen inzake bewijskwesities en het nemo-teneturbeginsel', *JBplus* 2017/2, p. 123–144; zie anders O.J.D.M.L. Jansen, 'Bewijsvergaring in het boete-recht als Chêfsache', *NJB* 2017/ 1230, p. 1584–1593, die kortweg stelt dat de reflexwerking van het zwijgrecht – gedoeld wordt op scenario-b – niet bestaat). Het voordeel van scenario-b is dat met het oog op een juiste belastingheffing of juiste uitkeringsverstrekking een afgedwongen belastende verklaring wel kan worden gebruikt, omdat een gewone naheffing of een herziening of intrekking en terugvoording van de uitkering geen bestraffende sancties vormen. De wetgever heeft nagelaten dit te regelen, want de tekst van art. 5:10a Awb gaat slechts uit van een zwijgrecht en cautieplicht indien vragen zijn gericht op boeteoplegging. Hier ligt daarom een taak voor het bestuur en de rechter. Het werd hoog tijd dat ook het College hier oog voor ging krijgen.
R. Stijnen

AB 2017/431

COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFS-LEVEN

21 december 2016, nr. 16/214

(Mrs. J.L.W. Aerts, E.R. Eggeraat, J.L. Verbeek)
m.nt. P.C. Adriaanse en A.H.A. Mohammad*

Art. 25h, 25i Mw; art. 3:4 Awb

NJB 2017/936

ECLI:NL:CBB:2016:414

Vaststelling exploiteren van sportaccommodaties en overig maatschappelijk vastgoed in het algemeen belang; concretiserend besluit van algemene strekking, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift, waartegen beroep open staat; zeer ruime beoordelingsruimte raad; belangenafweging; compensatie voor de vergoeding die redelijkerwijs niet ten laste van de belanghebbende behoort te blijven? Toetsing met enige terughoudendheid.

De raad heeft bij het nemen van het vaststellingsbesluit gebruik gemaakt van de hem in art. 25h lid 6 Mw gegeven bevoegdheid om vast te stellen dat een economische activiteit plaatsvindt in het algemeen belang als bedoeld in art. 25h lid 5 Mw. Op grond van die bepaling is door dit besluit hoofdstuk 4b Mw niet meer van toepassing op de betreffende economische activiteit, zijnde in dit geval de exploitatie van sportaccommodaties en overig maatschappelijk vastgoed in de gemeente [...]. Daarmee wordt de norm van art. 25h lid 5 Mw geconcretiseerd naar object en plaats, zodat het vaststellingsbesluit moet worden aangemerkt als een concretiserend besluit van algemene strekking, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift in de zin van art. 8:3 Awb (vgl. de uitspraak van het College van 2 december 2015, ECLI:NL:CBB:2015:453). Derhalve is sprake van een besluit in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb, waartegen op grond van art. 8:1 Awb beroep open staat.

Zoals blijkt uit de wetsgeschiedenis bij art. 25h lid 6 Mw heeft de raad een zeer ruime beoordelingsruimte om te bepalen of er sprake is van een economische activiteit in het algemeen belang (Kamerstukken II 2008/09, 31354, 32). Bij de beslissing om gebruik te maken van de bevoegdheid om vast te stellen dat een economische activiteit plaatsvindt in het algemeen belang dient een afweging plaats te vinden tussen het belang dat met de vaststelling wordt nagestreefd en de belangen van eventuele

* P.C. Adriaanse is advocaat bij Justion Advocaten te Middelburg en universitair hoofddocent Staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. A.H.A. Mohammad is promovendus Staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden.

derden – met name (reeds op de markt actieve) ondernemers – die door de vaststelling worden getroffen. Uit deze belangenafweging kan blijken dat de vaststelling enkel kan plaatsvinden indien daarbij tegelijkertijd compensatie wordt aangeboden voor de vergoeding van schade die redelijkerwijs niet ten laste van de belanghebbende behoort te blijven.

Met inachtneming van de ruimte die de raad toekomt bij zijn beslissing om gebruik te maken van de bevoegdheid om vast te stellen dat een economische activiteit plaatsvindt in het algemeen belang – een volgens de geschiedenis van totstandkoming van de Wet Markt en Overheid 'bij uitstek politieke aangelegenheid' (Kamerstukken I 2009/10, 31354, C, p. 2 en 7) – en derhalve met enige terughoudendheid toetsend, overweegt het College aangaande die beslissing het volgende.

Niet in geschil is dat de exploitatie van sportaccommodaties in plaats-a een economische activiteit is die in het algemeen belang plaatsvindt. Appellant beperkt zich tot de beroepsgrond dat verweerder bij afweging van de betrokken belangen compensatie had moeten bieden voor het nadeel dat hij lijdt als gevolg van het vaststellingsbesluit.

Volgens het College kan niet worden staande gehouden dat de raad het vaststellingsbesluit enkel op een zorgvuldige wijze had kunnen nemen door appellant tegelijkertijd compensatie aan te bieden. De rechtbank heeft dan ook, na te hebben geoordeeld dat het bestreden besluit wegens een motiveringsgebrek dient te worden vernietigd, terecht bepaald dat de rechtsgevolgen van dit besluit in stand blijven.

Uitspraak van de meervoudige kamer van 21 december 2016 op het hoger beroep van: naam 1, h.o.d.n. naam 2, te plaats-a, appellant (gem.: mr. E. Koorwinder), tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 18 februari 2016, kenmerk ROT 15/2770, in het geding tussen appellant en de raad van de gemeente [...] (gem.: mr. I.C. Nijenhuis).

Procesverloop in hoger beroep

Appellant heeft hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam (rechtbank) van 18 februari 2016 (ECLI:NL:RBROT:2016:1075).

De raad heeft een reactie op het hogerberoepschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 9 november 2016. Appellant is verschenen, bijgestaan door zijn gemachtigde. Aan de zijde van appellant is voorts verschenen naam 3.

Namens de raad is zijn gemachtigde verschenen, vergezeld door mr. N.P. Blokpoel.

Grondslag van het geschil

1.1 Voor een uitgebreide weergave van het verloop van de procedure, het wettelijk kader en de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden, voor zover niet bestreden, wordt verwezen naar de aangevallen uitspraak. Het College volstaat met het volgende.

1.2 Appellant is eigenaar van een scherm-schoon met sportzaal in de gemeente [...]. Deze sportzaal is in 1976 door appellant in overleg met de gemeente gebouwd, omdat de gemeente destijds geen zalen te huur had. Sportverenigingen konden met subsidie gebruikmaken van de ruimte. Door veranderde wetgeving is deze subsidie eind jaren negentig afgebouwd en uiteindelijk vanaf 2002 niet meer verleend. Vanaf 1980 is de gemeente zelf ook bij scholen gymnastiekzalen gaan oprichten. De gemeente verhuurt thans een aantal binnensportaccommodaties, waaronder gymlokalen, sportzalen en sporthallen.

1.3 Naar aanleiding van de inwerkingtreding van hoofdstuk 4b van de Mededingingswet (Mw), ook wel Wet Markt en Overheid genoemd, heeft appellant een klacht ingediend bij de Autoriteit Consument & Markt (ACM), die inhoudt dat de door de gemeente [...] gehanteerde tarieven voor de verhuur van binnensportaccommodaties aan verenigingen niet kostendekkend zijn. Hierdoor is volgens appellant sprake van oneerlijke concurrentie en een situatie die in strijd is met hoofdstuk 4b van de Mw, aangezien overheden op grond van artikel 25i, eerste lid, van de Mw ten minste de integrale kosten van hun goederen of diensten in hun tarieven moeten doorberekenen. Naar aanleiding van deze klacht heeft ACM op verzoek van de gemeente [...] onderzocht of met de verhuur van binnensportaccommodaties door de gemeente de integrale kosten worden doorberekend in de verhuurtarieven. Mede uit dit onderzoek van ACM is gebleken dat de exploitatie van sportaccommodaties en overig maatschappelijk vastgoed door de gemeente in strijd met hoofdstuk 4b van de Mw geschiedt, omdat verhuur onder de kostprijs plaatsvindt.

1.4 Bij besluit van 14 juli 2014 (hierna: het vaststellingsbesluit) heeft de raad vastgesteld dat de exploitatie van sportaccommodaties en overig maatschappelijk vastgoed een economische activiteit is die plaatsvindt in het algemeen belang zoals bedoeld in artikel 25h, zesde lid, van de Mw. Door vast te stellen dat een activiteit plaatsvindt in het algemeen belang is hoofdstuk 4b van de Mw niet van toepassing op die activiteit. De raad stelt dat men ernaar streeft alle sportaccommo-

daties en overig maatschappelijk vastgoed in de toekomst kostendekkend te exploiteren, maar dat dit op korte termijn nog niet te realiseren is. Omdat een kostendekkende huurprijs voor veel verenigingen en organisaties niet zonder verhoging van de contributie of aanvullende subsidie op te brengen is, kan verhoging van de huurprijs ten koste gaan van deelname aan sport-, sociaal-culturele en (milieu)educatieve activiteiten door de inwoners van de gemeente [...]. De verbindende, sociale functie van deze activiteiten weegt voor de raad zwaarder dan de eventuele belangen van andere (markt)partijen die ook ruimten verhuren.

1.5 Bij besluit van 19 januari 2015, dat aan appellant is verzonden op 3 februari 2015, en waartegen het beroep bij de rechtbank was gericht, heeft de raad het primaire besluit met aanvulling van de motivering gehandhaafd. Volgens de raad wordt met de vaststelling dat de betreffende activiteiten plaatsvinden in het algemeen belang, het maatschappelijke belang van volksgezondheid en het sociale aspect voor alle [...] sporters gediend. Tegenover dit belang staan de belangen van ondernemers die sportexploitaties exploiteren. Volgens de raad is in [...] echter momenteel nauwelijks of geen sprake van aanbod van sportaccommodaties door private partijen volgens de specificaties zoals de gemeente [...] deze aanbiedt. De raad is van mening dat het maatschappelijk belang, in dit geval de volksgezondheid en het sociale aspect, zwaarder weegt dan de eventuele belangen en nadelige gevolgen voor ondernemers. Appellants bezwaar, inhoudende dat het vaststellingsbesluit zou leiden tot oneerlijke concurrentie, leidt niet tot een andere uitkomst van de belangenafweging, omdat dit individuele belang niet door het vaststellingsbesluit zelf wordt geschaad, ook zonder het vaststellingsbesluit wordt geschaad en het ontstaan daarvan reeds in 2007 van de zijde van de raad is betwist.

Uitspraak van de rechtbank

2.1 De rechtbank heeft het beroep van appellant gegrond verklaard. Zij heeft het bestreden besluit vernietigd en bepaald dat de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand blijven. Hiertoe heeft zij, voor zover voor het hoger beroep van belang, het volgende overwogen.

2.2 Gelet op hetgeen ter zitting bij de rechtbank door appellant is gesteld, beperkt de rechtbank de verdere behandeling van het beroep tot de beroepsgrond dat het bestreden besluit is genomen in strijd met artikel 3:4 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) doordat daarin zijn belangen onvoldoende zijn meegewogen en als zo-

danig niet zijn gehonoreerd, waardoor er sprake is van concurrentievervalsing gezien het voordeel dat de vergelijkbare 37 andere (gemeentelijke) sportlokalen hebben ten opzichte van het enige (door hem) commercieel gedreven sportlokaal. Appellant stelt dat hij zonder financiële compensatie onevenredig zwaar wordt getroffen door het bestreden besluit.

2.3 In zijn verweerschrift heeft de raad aangevoerd dat er in de gemeente – behalve appellant – geen ondernemers aanwezig zijn die gymlokalen verhuren aan sportverenigingen. Anders dan de gemeentelijke gymzalen is de zaal van appellant door de geringe hoogte en de andere maatvoering niet geschikt voor balsporten en is sportinventaris van andere sporten er niet beschikbaar. De zaal van appellant is slechts geschikt voor een zeer beperkt aantal activiteiten (bewegingsonderwijs, yoga, dansen en schermen). De raad stelt dat, ook al zou hij wel kostendekkende tarieven hanteren, deze tarieven nog steeds onder het door appellant gehanteerde tarief zouden liggen. Het is dan ook de vraag of de gemeentelijke sportverenigingen dan wel bij appellant zouden huren, nog daargelaten dat de mogelijkheden van appellants zaal beperkter zijn. Dit alles afwegende is de raad van oordeel dat het belang van appellant om zijn sportzaal te kunnen verhuren aan een beperkt aantal potentiële huurders, minder zwaar weegt dan het belang om de gemeentelijke sportaccommodaties, meer in het bijzonder de gymlokalen, voor een redelijk tarief aan alle mogelijke sportverenigingen te kunnen verhuren. Appellants stellingen houden met zoveel woorden in dat het tarief van alle 37 gemeentelijke gymlokalen aanzienlijk zou moeten worden verhoogd om op deze wijze ook appellant een kans te geven op deze verhuurmarkt. Dit zou betekenen dat de gemeente het belang van alle sportverenigingen om tegen een laag tarief te huren opzij zou zetten voor het belang van één ondernemer. Van een gemeente kan niet worden verwacht dat zij de maatregelen die noodzakelijk zijn om vanuit maatschappelijk oogpunt wenselijk beleid te realiseren, achterwege laat om een kunstmatige markt in het leven te roepen ten faveure van één ondernemer.

2.4 Naar het oordeel van de rechtbank heeft de raad in redelijkheid na afweging van alle betrokken belangen tot het vaststellingsbesluit kunnen komen. De volgens appellant door het bestreden besluit veroorzaakte schade, voor zover daarvan sprake is, is niet zo ernstig dat de raad het vaststellingsbesluit enkel op een zorgvuldige wijze had kunnen nemen door appellant tegelijkertijd compensatie aan te bieden. Daarbij betreft de rechtbank mede dat appellants zaal door de specifieke inrichting en maatvoering maar be-

perkt geschikt is voor andere verenigingen en er in die zin dan ook geen sprake is van (ten opzichte van appellants zaal voordeel hebbende) vergelijkbare 37 andere (gemeentelijke) sportlokalen. Omdat de raad de wijze waarop hij de belangen heeft afgewogen niet in het bestreden besluit, maar pas bij het verweerschrift toereikend heeft gemotiveerd, ziet de rechtbank aanleiding het bestreden besluit te vernietigen wegens strijd met artikel 7:12 van de Awb, maar de rechtsgevolgen in stand te laten.

Beoordeling van het geschil in hoger beroep

3. Appellant betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat de gemeente het vaststellingsbesluit op zorgvuldige wijze heeft genomen. Bij het nemen van het besluit had rekening moeten worden gehouden met de belangen van appellant. Door het vaststellingsbesluit wordt het hem onmogelijk gemaakt nog langer zijn bedrijf te exploiteren. Volgens appellant is zijn zaal wel degelijk voor meerdere sporten geschikt, met uitzondering van balsporten. Dit blijkt onder andere uit het feit dat de gemeente de zaal van appellant te afgelopen jaren meermaals heeft gehuurd bij capaciteitsgebrek van de gemeentelijke zalen. Aangezien sprake is van een vergelijkbare zaal, is ook sprake van schade bij appellant als gevolg van bevoordeling van de 37 gemeentelijke zalen. Door deze schade niet (deels) te compenseren bij het nemen van het vaststellingsbesluit is dit besluit op onzorgvuldige wijze tot stand gekomen en dienen ook de rechtsgevolgen daarvan niet in stand te blijven.

4. Volgens de raad staat in hoger beroep niet meer ter discussie dat sprake is van een algemeen belang zoals bedoeld in de Wet Markt en Overheid. De belangen van appellant zijn niet van dien aard dat het bestreden besluit onzorgvuldig is, zolang deze belangen niet op enigerlei wijze worden gecompenseerd. Appellant wordt volgens de raad in het geheel niet getroffen in zijn belangen, aangezien het kostendekkende tarief dat de gemeente in afwezigheid van het vaststellingsbesluit zou moeten hanteren (€ 20 per uur) substantieel lager ligt dan de door appellant gehanteerde tarieven (€ 35 tot € 40 per uur). Daarnaast is de zaal van appellant, zoals ook eerder in de procedure expliciet door appellant is erkend, niet geschikt voor algemeen gebruik door sportverenigingen. Reeds op grond van deze omstandigheden leidt het bestreden besluit niet tot gewijzigde concurrentieverhoudingen. Van een belangen aantasting, laat staan een kennelijk onevenredige belangen aantasting, is geen sprake. Nu geen wijziging optreedt in de concurrentieverhoudingen, is van schade – die overigens niet

nader door appellant is onderbouwd – evenmin sprake. De raad betwist dat het bestreden besluit het voor appellant onmogelijk maakt nog langer zijn bedrijf te exploiteren. Het probleem voor appellant is dat er simpelweg geen markt is voor commercieel rendabele verhuur van sportaccommodaties als de zijne. Dit gegeven staat volledig los van het bestreden besluit, aldus de raad.

5.1 Hoofdstuk 4b van de Mw heeft tot doel 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 (*Kamerstukken II 2007/08, 31354, 3, p. 2*). Daartoe is in dit hoofdstuk voorzien in een aantal gedragsregels waaraan overheden zich moeten houden bij het verrichten van economische activiteiten. Eén van die gedragsregels, neergelegd in artikel 25i van de Mw, houdt in dat overheden ten minste de integrale kosten van hun goederen of diensten moeten doorberekenen. In artikel 25h, vijfde lid, van de Mw is bepaald dat hoofdstuk 4b niet van toepassing is op economische activiteiten en op een bevoordeling als bedoeld in artikel 25j van de Mw, welke plaatsvinden respectievelijk plaatsvindt in het algemeen belang. Op grond van het zesde lid van dit artikel geschiedt de vaststelling of economische activiteiten of een bevoordeling plaatsvinden respectievelijk plaatsvindt in het algemeen belang voor gemeenten door de gemeenteraad.

5.2 Het College ziet zich ambtshalve voor de vraag gesteld of het vaststellingsbesluit kan worden aangemerkt als een besluit in de zin van artikel 1:3 van de Awb waartegen, gelet op de artikelen 8:1 tot en met 8:3 van de Awb, beroep open staat. De raad heeft bij het nemen van het vaststellingsbesluit gebruik gemaakt van de hem in artikel 25h, zesde lid, van de Mw gegeven bevoegdheid om vast te stellen dat een economische activiteit plaatsvindt in het algemeen belang als bedoeld in artikel 25h, vijfde lid, van de Mw. Op grond van die bepaling is door dit besluit hoofdstuk 4b van de Mw niet meer van toepassing op de betreffende economische activiteit, zijnde in dit geval de exploitatie van sportaccommodaties en overig maatschappelijk vastgoed in de gemeente [...]. Daarmee wordt de norm van artikel 25h, vijfde lid, van de Mw geconcretiseerd naar object en plaats, zodat het vaststellingsbesluit moet worden aangemerkt als een concreterend besluit van algemene strekking, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift in de zin van artikel 8:3 van de Awb (vgl. de uitspraak van het College van 2 december 2015, ECLI:NL:CBB:2015:453). Derhalve is sprake van een besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Awb, waartegen op grond van artikel 8:1

van de Awb beroep open staat. Voor dit oordeel vindt het College voorts steun in de wetsgeschiedenis bij de Wet Markt en Overheid (*Kamerstukken I 2009/10, 31354, E, p. 11*).

5.3 Vervolgens ziet het College zich voor de vraag gesteld of bij een besluit op grond van artikel 25h, zesde lid, van de Mw compensatie kan worden toegekend op grond van artikel 3:4 van de Awb. Zoals blijkt uit de wetsgeschiedenis bij artikel 25h, zesde lid, van de Mw heeft de raad een zeer ruime beoordelingsruimte om te bepalen of er sprake is van een economische activiteit in het algemeen belang (*Kamerstukken II 2008/09, 31354, 32*). Bij de beslissing om gebruik te maken van de bevoegdheid om vast te stellen dat een economische activiteit plaatsvindt in het algemeen belang dient een afweging plaats te vinden tussen het belang dat met de vaststelling wordt nagestreefd en de belangen van eventuele derden – met name (reeds op de markt actieve) ondernemers – die door de vaststelling worden getroffen. Uit deze belangenafweging kan blijken dat de vaststelling enkel kan plaatsvinden indien daarbij tegelijkertijd compensatie wordt aangeboden voor de vergoeding van schade die redelijkerwijs niet ten laste van de belanghebbende behoort te blijven. Ook voor dit oordeel vindt het College steun in de wetsgeschiedenis bij artikel 25h, zesde lid, van de Mw (*Kamerstukken I 2009/10, 31354, C, p. 2*).

5.4 Met inachtneming van de ruimte die de raad toekomt bij zijn beslissing om gebruik te maken van de bevoegdheid om vast te stellen dat een economische activiteit plaatsvindt in het algemeen belang – een volgens de geschiedenis van totstandkoming van de Wet Markt en Overheid “bij uitstek politieke aangelegenheid” (*Kamerstukken I 2009/10, 31354, C, p. 2 en 7*) – en derhalve met enige terughoudendheid toetsend, overweegt het College aangaande die beslissing het volgende.

5.5 Niet in geschil is dat de exploitatie van sportaccommodaties in plaats-a een economische activiteit is die in het algemeen belang plaatsvindt. Appellant beperkt zich tot de beroepsgrond dat verweerder bij afweging van de betrokken belangen compensatie had moeten bieden voor het nadeel dat hij lijdt als gevolg van het vaststellingsbesluit.

5.6 Ten aanzien van deze beroepsgrond overweegt het College het volgende. Door het vaststellingsbesluit wordt juridisch mogelijk gemaakt dat het reeds sinds 2002, dus ruim vóór dat besluit, bestaande prijsbeleid voor gemeentelijke sportaccommodaties in plaats-a ook na de inwerkingtreding van de Wet Markt en Overheid (en na afloop van de daarin begrepen overgangstermijn op 1 juli 2014) wordt gecontinuu-

eerd. De eventueel door appellant vanwege het vaststellingsbesluit geleden schade zou derhalve enkel het gevolg kunnen zijn van de omstandigheid dat aan hem de kans is ontnomen om na evengenoomde datum op meer gelijke voet de concurrentie aan te gaan met de gemeentelijke sportzalen. Aangenomen dat een dergelijke kans aan appellant is ontnomen, is naar het oordeel van het College door appellant onvoldoende inzichtelijk gemaakt dat er schade is geleden en waaruit deze schade zou bestaan. Onder andere uit hetgeen appellant zelf ter zitting bij het College heeft verklaard, blijkt dat zijn zaal in vergelijking met de gemeentelijke sportaccommodaties slechts voor een beperkt aantal sporten geschikt is als gevolg van de beperkte hoogte van de zaal, de aanwezige spiegelwand en het ontbreken van inventaris voor andere sporten. Daarnaast is er een aanzienlijk verschil tussen het door appellant gehanteerde tarief, dat tussen de € 34 en € 40 per uur ligt, en het – door appellant niet betwiste – kostendekkende tarief van de gemeente van € 20 per uur. Gelet hierop kan niet worden staande gehouden dat de raad het vaststellingsbesluit enkel op een zorgvuldige wijze had kunnen nemen door appellant tegelijkertijd compensatie aan te bieden. De rechtbank heeft dan ook, na te hebben geoordeeld dat het bestreden besluit wegens een motiveringsgebrek dient te worden vernietigd, terecht bepaald dat de rechtsgevolgen van dit besluit in stand blijven.

6. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat de aangevallen uitspraak wordt bevestigd. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

Het College bevestigt de aangevallen uitspraak.

Noot



1. Dit is de eerste uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) over de Wet markt en overheid (Wet M&O). Deze wet voegde in 2012 Hoofdstuk 4b toe aan de Mededingingswet, waarin vier gedragsregels staan voor bestuursorganen die zelf of via overheidsbedrijven economische activiteiten verrichten. Deze gedragsregels betreffen de doorberekening van de integrale kosten, het niet bevoordelen van eigen overheidsbedrijven, het niet exclusief hergebruiken van overheidsinformatie en het voorko-

men van personele functievermenging. Deze gedragsregels zijn niet van toepassing op economische activiteiten die plaatsvinden in het algemeen belang (art. 25h lid 5 Mw). De vaststelling of economische activiteiten plaatsvinden in het algemeen belang geschiedt voor decentrale overheden door de vertegenwoordigende lichamen (art. 25h lid 6 Mw). Centraal in deze uitspraak staat de beoordeling van een dergelijke vaststelling door de gemeenteraad van Zoetermeer voor wat betreft de economische activiteit van 'het exploiteren van sportaccommodaties en ander maatschappelijk vastgoed' door de gemeente.

Vanaf aanvang is de opname van een algemeenbelanguitzondering in de Wet M&O omstreden geweest. Er is dus alle reden om de eerste CBB uitspraak over de algemeenbelanguitzondering in deze annotatie onder de loep te nemen, mede gelet op het feit dat de bevoegde bestuursrechter in eerste aanleg, Rechtbank Rotterdam, inmiddels alweer diverse keren naar deze uitspraak heeft verwezen

(ECLI:NL:RBROT:2017:631 (*Jachthaven Wolderwijd/Gemeenteraad Zeewolde*),

ECLI:NL:RBROT:2017:913 (*Q-park/Gemeenteraad Veenendaal*); ECLI:NL:RBROT:2017:6538 (*Q-park e.a./Gemeenteraad Veenendaal*),

ECLI:NL:RBROT:2017:7170 (*Q-park/Gemeenteraad Hengelo*) en ECLI:NL:RBROT:2017:8253 (*Sportcentrum Hulsberg/Gemeenteraad Nuth*)).

Het CBB biedt op een aantal punten verduidelijking over het gebruik van de bevoegdheid tot het vaststellen van economische activiteiten in het algemeen belang. De overwegingen in de uitspraak nodigen uit tot een nadere bespreking van die punten, zowel vanuit rechtswetenschappelijk oogpunt, als gelet op de rechtspraktijk waarin de vaststelling van economische activiteiten in het algemeen belang vaak voorkomt. Eerst schetsen wij de context van het 'vaststellingsbesluit' uit de Wet M&O (ook wel 'algemeenbelangbesluit' genoemd) (punt 2) en bespreken wij de onderliggende zaak (punt 3). Daarna zullen wij de verduidelijkingen van het CBB behandelen en analyseren. Deze verduidelijkingen betreffen het rechtskarakter van het vaststellingsbesluit en de mogelijkheid van bezwaar en beroep (punt 4), de beslissingsruimte die het desbetreffende bestuursorgaan toekomt en de daarbij passende mate van rechterlijke toetsing (punt 5), de belangen die zullen moeten worden afgewogen (punt 6) en niet in de laatste plaats de eventuele noodzaak tot nadeelcompensatie aan belanghebbenden (punt 7).

2. *De context van het vaststellingsbesluit.* Een vaststelling in het algemeen belang komt zoals gezegd vaak voor. Van de 106 bevroegde gemeenten bleek 90% een algemeenbelangbesluit te hebben genomen, zo bleek uit de evaluatie van de

Wet M&O (Ecorys en Bird & Bird, *Evaluatie Wet Markt en Overheid 2012–2015*, 2016, p. 5). De wetsevaluatie bevestigt het beeld dat het beoogde doel van de Wet M&O – het tegengaan van ongelijke concurrentie tussen overheden en overheidsbedrijven enerzijds en particuliere ondernemers anderzijds – wordt ondergraven door het veelvuldige gebruik van de algemeenbelanguitzondering door met name gemeenten (*Evaluatie Wet Markt en Overheid*, p. 8). NOC-NSF heeft op 20 mei 2014 alle gemeenten zelfs een brief gestuurd waarin wordt verzocht een 'algemeenbelanguitzondering' voor sport vast te stellen. ACM-woordvoerder Mijnlieff noemde het nemen van een dergelijk besluit een 'gemakkelijke escape' (*VNG Magazine*, 5 juni 2014).

De hiervoor genoemde uitspraken van de Rechtbank Rotterdam laten zien dat de voorbereiding en de motivering van algemeenbelangbesluiten soms te wensen overlaat. De Minister van EZ bevestigde dit beeld over algemeenbelangbesluiten in zijn beleidsreactie op de evaluatie van de Wet M&O (*Kamerstukken II 2015/16*, 34487, 1). In het regeerakkoord 'Vertrouwen in de toekomst' wordt bovendien voorgenomen om de algemeenbelangbepaling in de wet aan te scherpen, teneinde oneigenlijke en ongewenste concurrentie te voorkomen (p. 34). Wij hebben de uitspraak van Rechtbank Rotterdam van 31 augustus 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:6538 van de redactie mogen aangrijpen om in een afzonderlijke annotatie nog nader in te gaan op de gesignaleerde problemen bij de voorbereiding en motivering van algemeenbelangbesluiten (AB 2017/432). Daarbij gaan wij nader in op het wetsvoorstel dat erin voorziet de algemeenbelanguitzondering aan te scherpen, namelijk via extra motiveringseisen, inspraak voor ondernemers door toepassing van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure en een verplichte periodieke evaluatie van gemaakte uitzonderingen (internetconsultatie.nl/wijziging-marktenoverheid, 1 september 2017).

3. *De casus.* De casus van de opgenomen uitspraak is als volgt. De heer Kardolus was eigenaar van een schermschool met sportzaal in de gemeente Zoetermeer. In de jaren zeventig bouwde hij de sportzaal in overleg met de gemeente, omdat de gemeente zelf geen zalen te huur had. De sportzaal verhuurde hij ook aan onder andere sportverenigingen die met subsidie gebruik konden maken van de ruimte. Dit ging volgens hem goed totdat de gemeente vanaf 1980 zelf bij scholen gymnastiekzalen ging oprichten. De ondernemer stelt in deze procedure nog nauwelijks het hoofd boven water te kunnen houden sinds de gemeente zelf binnensportaccommodaties verhuurt, waaronder gymlokalen, sportzalen en sporthallen. Volgens Kardolus ge-

beurt dat namelijk ver onder de kostprijs, zo valt af te leiden uit VNO NCW & MKB Nederland, *Zwartboek Naar een nieuwe Wet markt en overheid*, december 2015, p. 7.

Na de inwerkingtreding van de Wet M&O in 2012 heeft Kardolus een klacht ingediend bij de ACM. De ACM heeft mede naar aanleiding van dit signaal onderzoek gedaan naar het doorberekenen van de integrale kostprijs door de gemeente (*Steekproef sportaccommodaties*, februari 2014). Daaruit bleek dat de gemeente in strijd met de Wet M&O (art. 25i Mw) handelde, omdat de verhuur onder de kostprijs plaatsvond. Twee weken nadat het overgangsrecht voor bestaande economische activiteiten was verlopen, stelde de gemeenteraad van Zoetermeer op 14 juli 2014 vast dat de gemeentelijke exploitatie van 37 sportaccommodaties en ander maatschappelijk vastgoed als economische activiteit 'plaatsvindt in het algemeen belang'. Daarmee kwam de exploitatie van de sporthallen door de gemeente zoals gezegd alsnog buiten de reikwijdte van de Wet M&O te vallen. Met het algemeenbelangbesluit beoogde de raad, gelet op het maatschappelijke belang van volksgezondheid en het sociale aspect voor alle Zoetermeerse sporters, de gemeentelijke sportaccommodaties voor een redelijk tarief aan alle mogelijke sportverenigingen te kunnen verhuren.

In (hoger) beroep is niet in discussie dat de exploitatie van sportaccommodaties in Zoetermeer een economische activiteit is die in het algemeen belang plaatsvindt. De heer Kardolus heeft zich alleen op art. 3:4 Awb beroepen, stellende dat rekening had moeten worden gehouden met zijn belangen en dat het besluit op onzorgvuldige wijze tot stand is gekomen, doordat zijn schade niet (deels) is gecompenseerd. Zonder financiële compensatie stelt hij onevenredig zwaar te worden getroffen door het bestreden besluit.

4. *De kwalificatie van het besluit.* Voordat het CBb op deze beroepsgrond ingaat, stelt het eerst ambtshalve vast dat het vaststellingsbesluit van de raad kan worden aangemerkt als een besluit in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb, waartegen beroep open staat. Een besluit in de zin van art. 1:3 Awb veronderstelt een publiekrechtelijke rechtshandeling. Het publiekrechtelijke zit, zo valt uit de uitspraak af te leiden, in het feit dat de raad gebruik heeft gemaakt van de hem in art. 25h lid 6 Mw gegeven bevoegdheid om vast te stellen dat een economische activiteit plaatsvindt in het algemeen belang als bedoeld in art. 25h lid 5 Mw. Dat het om een rechtshandeling gaat, blijkt uit de overweging van het CBb dat 'door dit besluit hoofdstuk 4b van de Mw niet meer van toepassing [is] op de betreffende economische activiteit'. Met het oog op de mogelijkheden van bezwaar en be-

roep, verduidelijkt het CBb vervolgens dat met dat besluit de norm van art. 25h lid 5 Mw wordt geconcretiseerd naar object en plaats. Het vaststellingsbesluit moet daarmee volgens het CBb worden aangemerkt als een concretiserend besluit van algemene strekking, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift in de zin van art. 8:3 Awb. Daarmee zegt het CBb, gelet op de ter zake geldende jurisprudentie en literatuur (zie hierover in de AB onder meer Cbb 23 mei 2017, AB 2017/305, m.nt. J.P. Roelfsema; ABRvS 24 september 2014, AB 2015/5, m.nt. C.J. Wolswinkel) impliciet dus dat het algemeenbelangbesluit geen zelfstandige normstelling bevat. De norm die nog slechts wordt geconcretiseerd ligt immers al besloten in art. 25h lid 5 Mw. Dat is wat ons betreft een terechte kwalificatie, aangezien de raad in het besluit alleen de economische activiteit heeft omschreven, met in de toelichting van het raadsvoorstel de omschrijving van het algemeen belang.

Het College vindt steun voor zijn oordeel in de nadere memorie van antwoord van de minister van 28 mei 2010 (*Kamerstukken I 2009/10, 31354, E, p. 11*). De voorzieningenrechter van Rechtbank Rotterdam nam op 29 mei 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4368 in een andere zaak, onder verwijzing naar dezelfde nadere memorie van antwoord, ook al aan dat het vaststellingsbesluit onmiskenbaar niet is aan te merken als een algemeen verbindend voorschrift, maar als een concretiserend besluit van algemene strekking. Deze verwijzing naar de nadere memorie van antwoord is op zich begrijpelijk, aangezien de minister daarin overwoog dat de vaststelling in het algemeen belang 'in het algemeen zal [...] leiden tot een zogenaamd concretiserend besluit waartegen op grond van de Algemene wet bestuursrecht beroep kan worden ingesteld'. Wel moet worden opgemerkt dat de minister in de desbetreffende passage de mogelijke kwalificatie van het vaststellingsbesluit als algemeen verbindend voorschrift niet geheel heeft uitgesloten (*Kamerstukken I 2009/10, 31354, E, p. 11*). De minister sprak bij de voortzetting van het debat in de Eerste Kamer in dat verband zelfs van 'een addertje onder het gras'. Hij stelde toen: 'Het concrete besluit kan verknoopt zijn met een besluit met het karakter van een algemeen verbindend voorschrift. Dat is het geval als een gemeentelijke verordening en een concreet besluit onlosmakelijk verbonden zijn. Volgens jurisprudentie geldt voor een dergelijke verordening het regime voor de algemeen verbindende voorschriften, wat betekent dat er geen beroep mogelijk is bij de bestuursrechter.' (*Handelingen I 2010/11, 21*). In het debat in de Tweede Kamer had de minister al gesteld: 'Er zijn enkele uitzonderingen, bijvoorbeeld als het besluit de vorm heeft van een algemene regeling, zoals een verordening van de gemeenteraad; in dat geval is geen rechtsgang mogelijk' (*Handelingen II*

2008/09, 5123 d.d. 17 maart 2009, p. 64–5140). In lijn daarmee staat in de Handreiking Wet Markt en Overheid dat het 'de voorkeur' verdient dat de algemeenbelangvaststelling plaatsvindt in een concreet besluit. Het 'concrete besluit' dient volgens de handreiking 'niet verknoopt te zijn met het besluit dat het karakter van een algemeen verbindend voorschrift heeft' om vatbaar te zijn voor bezwaar en beroep. Anders zou het concretiserend besluit in het rechtskarakter van het algemeen verbindend voorschrift delen (Ministerie van EL&I, 2012, p. 27).

Het CbB heeft in deze passages uit de wetsgeschiedenis en de Handreiking Wet Markt en Overheid blijkbaar geen aanleiding gezien zijn ambtshalve oordeel over de kwalificatie van het algemeenbelangbesluit als concretiserend besluit van algemene strekking nader te moeten motiveren. Mogelijk heeft het CbB daarmee (impliciet) duidelijk willen maken dat een vaststelling in het algemeen belang per definitie, dus in alle gevallen, de vorm aanneemt van een concretiserend besluit van algemene strekking en dus appellabel is. Een verklaring zou echter ook kunnen zijn dat de vorm en inhoud van het algemeenbelangbesluit in de onderhavige zaak geen aanleiding gaf tot een nadere motivering. De raad van Zoetermeer was er in het vaststellingsbesluit van 14 juli 2014 zelf al vanuit gegaan dat bezwaar en beroep mogelijk was. Uitgaande van laatstgenoemde verklaring, zou dan nog discussie kunnen ontstaan over het rechtskarakter van de vaststelling, als die ligt besloten in een verordening. Als die verordening verder geen algemeen verbindende voorschriften bevat (zoals bijvoorbeeld het geval was in de Verordening Wet Markt en Overheid 2014 van de gemeente Enschede, bron bekendmaking: Huis aan Huis, 26 november 2014) lijkt dat besluit in lijn met de onderhavige uitspraak van het CbB (en de Rotterdamse voorzieningenrechter in ECLI:NL:RBROT:2015:4368) te moeten worden aangemerkt als concretiserend besluit van algemene strekking. Er zou echter twijfel kunnen bestaan over het rechtskarakter van een aanwijzing van economische activiteiten in het algemeen belang binnen een (bredere) verordening die voor het overige algemeen verbindende voorschriften bevat. Te wijzen is in dit verband op de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtsspraak van de Raad van State (de Afdeling) over de 'formele verknootheid' tussen concretiserende besluiten van algemene strekking en algemeen verbindende voorschriften binnen dezelfde regeling (ECLI:NL:RVS:2004:AR4608, r.o. 2.3 en meer recent bijvoorbeeld ECLI:NL:RVS:2014:3465, AB 2015/5, m.nt. C.J. Wolswinkel over het rechtskarakter van een in een algemeen verbindend voorschrift opgenomen subsidieplafond). In die jurisprudentie neemt de Afdeling

ling in gelijksoortige bewoordingen aan dat 'voor zover onderdelen [van een besluit] geen zelfstandige normstelling inhouden, zij delen in het normstellende karakter van de overige bepalingen'. Zie hierover ook A-G Widdershoven, ECLI:NL:RVS:2016:2040, punt 5.3 die erop wijst dat deze lijn ook is toegepast in twee uitspraken van de Afdeling van 18 november 2015, over een gebiedsaanwijzing (ECLI:NL:RVS:2015:3510, AB 2016/408, m.nt. Damen, r.o. 4; ECLI:NL:RVS:2015:3514, r.o. 6). De lijn in deze uitspraken zou zijn bevestigd in onder meer ECLI:NL:RVS:2016:1526, JB 2016/150, m.nt. Schlössels, r.o. 4.

De leer van de 'formele verknootheid' (die in de laatstgenoemde zaak enigszins is gerelativeerd) is in de literatuur bekritiseerd, onder meer omdat hiermee de toegang tot de bestuursrechter wordt bepaald door wetgevingskeuzes (S.A.J. Munneke, 'De moeilijke grens tussen algemeen verbindende voorschriften en concretiserende besluiten van algemene strekking; een pleidooi voor minder samenhang', *NTB* 2008/2; D. Korsse, 'Concretiserende besluiten van algemene strekking en rechtsbescherming', *JBplus* 2016/2, par. 4.1 en C.J. Wolswinkel in voornoemde AB 2015/5; zie echter ook B.W.N. de Waard, 'Het Tussending: Het concretiserend besluit van algemene strekking revisited', R.J.N. Schlössels, A.J. Bok, S.D.P. Kole & A.G.A. Nijmeijer (red.), *In de regel: Over kenmerken, structuur en samenhang van geschreven en ongeschreven regels in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2012). Daarbij aansluitend, menen wij dat de formele verknootheidsjurisprudentie geen toepassing zou moeten krijgen op de aanwijzing van economische activiteiten in het algemeen belang wanneer die aanwijzing onderdeel uitmaakt van een (bredere) verordening die voor het overige algemeen verbindende voorschriften bevat. Met het oog op de gewenste bestuursrechtelijke rechtsbescherming voor belanghebbenden (zie ook punt 6), zouden dergelijke aanwijzingen in onze opvatting ook moeten worden aangemerkt als (appellabele) concretiserende besluiten van algemene strekking. Dit geldt uiteraard slechts voor het geval het CbB met de onderhavige uitspraak die kwalificatie niet mede reeds zou hebben beoogd te geven aan dergelijke vaststellingen in het algemeen belang.

Het wetsvoorstel tot aanscherping van de algemeenbelanguitzondering in de Wet M&O (zie hierover ook AB 2017/432) vormt een uitgelezen kans om voornoemde (mogelijk te voeren) discussie te doen beslechten. Afgaande op de conceptversie van dit wetsvoorstel lijkt dat ook de bedoeling van de wetgever. In de conceptversie wordt reeds voorgesteld het besluitkarakter van de algemeenbelangvaststelling expliciet te maken door gebruikmaking van het begrip 'besluit'

in de tekst van een nieuw art. 25ha lid 2 Mw. Onder verwijzing naar deze uitspraak van het CbB wordt in de ontwerp toelichting op deze bepaling bevestigd dat sprake is van een besluit in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb, waartegen bezwaar en beroep open staat. Het wetsvoorstel schrijft bovendien voor dat bij de voorbereiding van het besluit de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van toepassing is. Nu de toelichting op zichzelf echter niet juridisch bindend is en de uniforme openbare voorbereidingsprocedure (in theorie) ook van toepassing kan zijn op verordeningen, verdient het vanuit het oogpunt van rechtszekerheid aanbeveling explicieter in de wet zelf te regelen dat het besluit als bedoeld in het nieuwe art. 25ha lid 2 Mw appellabel zal zijn bij de bestuursrechter. Daarbij zij volledigheidshalve opgemerkt dat wanneer (zoals beoogd) op de voorbereiding van het besluit afdeling 3.4 Awb van toepassing wordt, op grond van art. 7:1 onderdeel d Awb voorafgaand aan beroep bij de bestuursrechter geen bezwaar meer kan worden gemaakt.

Een blik in het *Gemeentebled* leert overigens dat van de 107 bekendmakingen van een algemeenbelangbesluit (door 90 gemeenten), 30% geen rechtsmiddelenverwijzing bevat, 24% een zienswijzeprocedure aankondigt en 46% bezwaar openstelt. Opvallend is dat 13% van de besluiten genomen is met terugwerkende kracht tot 1 juli 2014 (zie daarover in het kader van rechtszekerheid het ACM-besluit van 29 mei 2015, 15.0303.29 over een algemeenbelangbesluit van de gemeente Zeewolde). Daarbij moet vermeld worden dat lang niet alle gemeenten hun besluiten bekendmaken in het *Gemeentebled*. Uit de evaluatie van de Wet M&O uit 2015 bleek dat volgens 19% van 106 bevroegde gemeenten het algemeenbelangbesluit de vorm heeft van een algemeen verbindend voorschrift, waartegen volgens de gemeenten geen bezwaar mogelijk is (*Evaluatie Wet Markt en Overheid*, p. 48). In dat verband is relevant dat uit de evaluatie van de Wet M&O ook blijkt dat als wel een bezwaarmogelijkheid is opengesteld, ondernemers in de praktijk slechts sporadisch gebruik maken van die mogelijkheid. Als verklaring noemen de onderzoekers dat ondernemers menen dat het geen nut heeft bezwaar te maken, dat het te lang duurt of omdat de goede relatie met de overheid te belangrijk is (*Evaluatie Wet Markt en Overheid*, p. 5).

5. *De beslissingsruimte*. Na het ambtshalve oordeel over de kwalificatie van het algemeenbelangbesluit vangt het CbB de bespreking van de beroepsgrond aan met de constatering dat de raad 'een zeer ruime beoordelingsruimte [heeft] om te bepalen of er sprake is van een economische activiteit in het algemeen belang'. Deze kwalificatie blijkt een ware primeur te zijn. In een zoekactie

op rechtspraak.nl troffen wij geen andere uitspraken waarin dezelfde bewoordingen zijn gebruikt om de mate van beslissingsruimte van het bestuursorgaan aan te duiden (wel: 'zeer ruime beoordelingsvrijheid' en 'zeer ruime beleidsvrijheid'). Leo Damen sprak in zijn annotatie bij ABRvS 8 maart 2017, AB 2017/259 al van 'het *Drosteblikje-effect*: steeds weer hetzelfde, maar soms is sprake van net weer andere formuleringen.' De praktijk is dus niet altijd te vatten in de schematische indeling van de verschillende vormen van bestuurlijke beslissingsruimte uit de literatuur (R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2017, par. 112). De onderhavige uitspraak van het CbB vormt daarvan een goede illustratie.

Dat in dit geval sprake is van een 'zeer ruime beoordelingsruimte' volgt volgens het CbB uit de wetsgeschiedenis bij art. 25h lid 6 Mw, waarbij wordt verwezen naar *Kamerstukken II 2008/09, 31354, 32*. Dat betreft het gewijzigde amendement van Kamerleden Ter Hoopen en Vos waarbij de uitzonderingsgrond vanwege het algemeen belang is voorgesteld ter aanvulling op het oorspronkelijke wetsvoorstel van destijds. Het CbB zal vermoedelijk gedeeld hebben op de toelichting bij deze versie van dat amendement, waarin valt te lezen:

'Dit amendement zorgt ervoor dat de autonomie van decentrale overheden bij de behartiging van het algemeen belang volledig gerespecteerd wordt. 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. Indien decentrale overheden of bestuursorganen van het Rijk een economische activiteit als algemeen belang beschouwen is de wet in het geheel niet van toepassing.'

Aanvankelijk formuleerde de toelichting van het amendement overigens dat dit 'de wet facultatief (maakt) en [ervoor] zorgt dat de autonomie van decentrale overheden bij de behartiging van het algemeen belang volledig gerespecteerd wordt' (*Kamerstukken II 2008/09, 31354, 22*). De ongelukkige formulering van 'de wet facultatief maken' is in latere versies van het amendement (31 en 32) dus gewijzigd, maar de inhoud van het amendement bleef ongewijzigd. Het CbB verwijst in r.o. 5.4 ook nog naar *Kamerstukken I 2009/10, 31354, C, p. 2* en 7. Dat betreft de memorie van antwoord waarin de regering bij de behandeling in de Eerste Kamer opmerkte:

'In het kader van de hiervoor bedoelde rechtsgangen kan aan de orde komen of een overheid terecht een beroep doet op de uitzondering van het algemeen belang. De rechter zal hier in het bijzonder toetsen of van de desbetreffende acti-

viteiten daadwerkelijk is vastgesteld dat zij in het algemeen belang worden verricht. Overigens zal hij zich terughoudend opstellen omdat het aan de overheid is te bepalen wat het algemeen belang omvat. De regering onderstreept dat de bepaling wat in het algemeen belang moet worden gedaan, bij uitstek een politieke aangelegenheid is. Dat is reden waarom die bepaling van het algemeen belang in dit wetsvoorstel wordt overgelaten aan het vertegenwoordigend lichaam, zoals de gemeenteraad.'

Hoewel de kwalificatie 'zeer ruime beoordelingsruimte' als zodanig niet in de parlementaire stukken is terug te vinden, is het op basis van deze geciteerde passages wel begrijpelijk dat het Cbb de raad op zijn minst een zeer ruime beoordelingsruimte heeft toegekend. Wellicht was de toekenning van beoordelingsvrijheid in dit geval zelfs passender geweest, gelet ook op het feit dat de regering op p. 7 van de memorie van antwoord spreekt over 'een zekere mate van vrijheid én verantwoordelijkheid' voor de desbetreffende bestuursorganen. De meest recente uitspraak van de Rechtbank Rotterdam hanteert de formulering 'een zeer ruime beoordelingsvrijheid' (ECLI:NL:RBROT:2017:8253).

Zoals het Cbb terecht opmerkt, blijkt uit de wetsgeschiedenis duidelijk dat de vaststelling van wat in het algemeen belang is, wordt beschouwd als een politieke aangelegenheid. Juist daarom heeft de wetgever de beslissing daarover, voor decentrale overheden althans, toegekend aan de vertegenwoordigende lichamen, dat wil zeggen provinciale staten, de gemeenteraad respectievelijk het algemeen bestuur van het waterschap. Het betreft een politiek compromis dat werd gesloten tijdens de totstandkoming van deze wet: weliswaar moest oneerlijke concurrentie door overheden worden tegengegaan, maar dat mocht niet ten koste gaan van de autonomie van vooral de decentrale overheden. Vanuit dat perspectief valt goed te verklaren dat een ander amendement van Aptroot en Elias, waarin werd voorgesteld de toenmalige NMa als onafhankelijke toezichthouder te laten bepalen of iets van algemeen economisch belang is, het niet heeft gehaald (*Kamerstukken II 2008/09, 31354, 36*).

De ruimte die de raad in dit geval toekomt bij zijn beslissing gebruik te maken van de bevoegdheid om vast te stellen dat een economische activiteit in het algemeen plaatsvindt, dient volgens het Cbb door de rechter 'met enige terughoudendheid' getoetst te worden. Vermeldenswaardig is dat Rechtbank Rotterdam onder verwijzing naar de onderhavige uitspraak van het Cbb inmiddels meermaals expliciet heeft gemaakt dat de terughoudende toetsing betrekking heeft op zowel de door het bestuur verrichte beoordeling of sprake is van een

economische activiteit in het algemeen belang, als de in dat kader gemaakte afweging van belangen (zie ECLI:NL:RBROT:2017:631, r.o. 6; ECLI:NL:RBROT:2017:913, r.o. 7; ECLI:NL:RBROT:2017:6538, r.o. 5, ECLI:NL:RBROT:2017:7170, r.o. 4.1 en ECLI:NL:RBROT:2017:8253, r.o. 4.2).

Volledigheidshalve merken wij bij dit punt nog op dat de door het Cbb aangenomen 'zeer ruime beoordelingsruimte' geen betrekking kan hebben op de voorvraag of sprake is van een economische activiteit. De wetgever heeft expliciet willen aansluiten bij dit Europeesrechtelijk begrip waarvoor vaste jurisprudentie bestaat (MvT, par. 2.1.2). Die vraag moet bevestigend luiden wanneer er sprake is van het aanbieden van goederen of diensten op een bepaalde markt (ECLI:EU:C:2008:376, r.o. 22). Als daarvan geen sprake is dan zijn de gedragsregels van de Wet M&O niet van toepassing en is het nemen van een algemeenbelangbesluit niet nodig.

6. *Belangenafweging en zorgvuldigheid.* De uitspraak van het Cbb maakt duidelijk dat de zeer ruime beoordelingsruimte die het desbetreffende bestuursorgaan toekomt bij het bepalen of sprake is van een economische activiteit in het algemeen belang onverlet laat dat het bestuursorgaan (in dit geval de raad), bij de beslissing om gebruik te maken van de bevoegdheid ex art. 25h lid 6 Mw, nog wel een belangenafweging dient te maken van de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen. Het Cbb duidt de te wegen belangen bij een algemeenbelangbesluit in deze uitspraak als 'het belang dat met de vaststelling wordt nagestreefd' enerzijds en 'de belangen van eventuele derden — met name (reeds op de markt actieve) ondernemers — die door de vaststelling worden getroffen' anderzijds. Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet M&O is — opmerkelijk genoeg — nauwelijks aandacht besteed aan deze noodzakelijke belangenafweging bij het nemen van een algemeenbelangbesluit. Alleen in relatie tot inspraak en rechtsbescherming is de positie van derden aan de orde gekomen, die daarbij wisselend met name zijn aangeduid als 'belanghebbende ondernemers', 'particuliere ondernemers' of meer algemeen 'de betrokkene'. Dit kan verklaren waarom het Cbb op dit punt in de uitspraak niet heeft verwezen naar de wetsgeschiedenis. Tegelijkertijd constateren wij dat het Cbb, misschien wel bij gebrek aan aanknopingspunten in de wetsgeschiedenis, nu heeft gekozen voor een heel ruime en open duiding van de naast het algemeen belang nog te wegen belangen. Daarbij vallen een paar dingen op.

In de eerste plaats gaat het weliswaar met name om de belangen van ondernemers, maar blijkbaar niet uitsluitend. Ook de belangen van

andere derden die door de vaststelling worden getroffen, zullen moeten worden meegewogen. Uit de uitspraak blijkt niet aan welke andere derden dan gedacht kan worden. In de consultatieversie van de toelichting bij het nieuwe wetsvoorstel, wordt, in navolging van het CBb, ook erkend dat naast de belangen van ondernemers ook belangen van andere derde belanghebbenden een rol kunnen spelen bij een algemeenbelangbesluit. Als voorbeeld wordt daar het belang van een vereniging genoemd, in de situatie waarin wordt besloten een sporthal beneden de kostprijs aan de vereniging te verhuren.

Voor zover wel sprake is van ondernemers, valt in de door het CBb gekozen formulering in de tweede plaats op dat blijkbaar ook rekening dient te worden gehouden met de belangen van ondernemers die nog niet actief zijn op de markt, althans voor zover aangenomen kan worden dat die ondernemers door de algemeenbelangvaststelling worden getroffen. Het ligt dan voor de hand te denken dat het CBb hierbij aansluiting heeft willen zoeken bij de vaste jurisprudentie van de ABRvS en het CBb over de toepassing van het belanghebbende begrip op ondernemers die opkomen tegen begunstigende besluiten gericht tot (gestelde) concurrenten. In die jurisprudentie wordt als maatstaf gehanteerd dat de concurrent activiteiten verricht of wil gaan verrichten op dezelfde markt als de begunstigde van het besluit. Daarbij gaat het bij degenen die activiteiten op dezelfde markt 'willen verrichten' niet om iedere ondernemer die toetredingsbarrières tot de markt ondervindt. Potentiële concurrenten moeten concrete plannen hebben om activiteiten te verrichten in dezelfde markt en begonnen zijn met de uitvoering ervan, zoals in de vorm van een aanvraag om een vergunning. Daarbij wordt de markt gedefinieerd door het marktsegment en het verzorgingsgebied. Er is sprake van hetzelfde marktsegment wanneer ondernemingen *vergelijkbare* producten of diensten aanbieden, maar er is betoogd om het marktsegment te verruimen naar ondernemingen die inwisselbare producten of diensten aanbieden (zie hierover uitgebreid de recente dissertatie van J. Wieland, *De bescherming van concurrentiebelangen in het bestuursrecht*, Boom Juridisch 2017; zie ook J. Wieland, 'De concurrent in het bestuursrecht: de relevante markt ruim afgebakend', *NTB* 2013, 17 en de annotaties van J. Wieland bij CBb 28 mei 2014, *AB* 2014/380; W. den Ouden bij ABRvS 6 februari 2013, *AB* 2013/263 en J.R. van Angeren bij Rb. Midden-Nederland 17 september 2014, *AB* 2015/167). Of het CBb daadwerkelijk bij deze jurisprudentie heeft willen aansluiten, valt niet met zekerheid te stellen. In de uitspraak wordt immers niet naar deze jurisprudentie verwezen en bovendien wordt

geen, althans niet expliciet, verband gelegd met een veronderstelde concurrentiepositie van de desbetreffende ondernemers.

In de derde plaats valt op dat het CBb ten aanzien van eventuele derden heeft gekozen voor de toevoeging '*die door de vaststelling worden getroffen*' en daarmee dus voor een formulering die afwijkt van art. 3:4 lid 1 Awb dat een belangenafweging vergt van '*de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen*'.

In de recente jurisprudentie over de Wet M&O overweegt de Rechtbank Rotterdam overigens in meer algemene zin '*dat de totstandkoming van het Vaststellingsbesluit moet geschieden met inachtneming van de zorgvuldigheidseisen die de Algemene wet bestuursrecht (Awb) daaraan stelt*'. Deze toevoeging ontbreekt in de onderhavige uitspraak van het CBb, maar mogelijk is dat ingegeven door het feit dat het beroep van de heer Kardolus zich er volgens het CBb toe beperkte dat de raad bij de afweging van de betrokken belangen compensatie had moeten bieden voor het nadeel dat hij stelde te lijden als gevolg van het vaststellingsbesluit. Uit de rechtbankuitspraken blijkt dat een onzorgvuldigheid bijvoorbeeld is het niet meewegen van de belangen van een concurrent, waarbij in de motivering bij het besluit er te gemakkelijk vanuit is gegaan dat er geen concurrent binnen de gemeente is (ECLI:NL:RBROT:2017:8253). Ook problematisch is wanneer er wel gesprekken zijn gevoerd met concurrenten voor het nemen van het besluit, maar in de motivering ervan niet is gespecificeerd welke belangen zijn afgewogen en waarom deze ondergeschikt zijn aan het algemeen belang (ECLI:NL:RBROT:2017:6538). Verder is het toekennen van een groot gewicht aan het 'voortzetten van de exploitatie' van een gemeentelijke sportaccommodatie niet zonder meer een algemeen belang (ECLI:NL:RBROT:2017:8253). De bestuursrechter verlangt ook van de gemeenteraad dat zij zich niet louter baseert op aannames (ECLI:NL:RBROT:2017:8253), hoop en verwachtingen (ECLI:NL:RBROT:2017:7170; ECLI:NL:RBROT:2017:6538) of niet concreet onderbouwde stellingen (ECLI:NL:RBROT:2017:913; ECLI:NL:RBROT:2017:631). De vaststelling van de exploitatie van een sportaccommodatie in het algemeen belang, vanwege het '*belang dat er ontmoetingsplekken zijn*' en dat deze plekken '*een belangrijke bijdrage [leveren] aan de vitaliteit van de kernen van de gemeente*' is een voorbeeld van een besluit dat volgens de bestuursrechter op aannames en niet op feiten is gebaseerd. Het aan deze belangen toe te kennen gewicht kan volgens de rechter '*zonder feitenonderzoek niet worden bepaald*' (ECLI:NL:RBROT:2017:8253). Een voorafgaande onderbouwing waarom het aannemelijk is dat bepaalde doelen worden bereikt is ook ver-

eist wanneer het algemeenbelangbesluit wordt ingestoken om te experimenteren, bijvoorbeeld met het voor beperkte tijd mogelijk maken van op zaterdag gratis parkeren in drie gemeentelijke parkeer garages ten einde het centrum te revitaliseren en straatparkeren tegen te gaan. Ook bij een proef moet er dus een gedegen onderbouwing zijn dat deze proef bijdraagt aan de (geformuleerde) beleidswensen (ECLI:NL:RBROT:2017:6538). Een concurrentbelanghebbende kan een beroep op het zorgvuldigheidsbeginsel kracht bijzetten door te wijzen op wetenschappelijk onderzoek of resultaten van eerdere proeven die de aannames van de gemeenteraad in twijfel trekken (ECLI:NL:RBROT:2017:6538; ECLI:NL:RBROT:2017:7170).

Voornoemde uitspraken passen in de lijn van een aantal civielrechtelijke zaken waarin de Wet M&O geen rol (van betekenis) speelde, maar waarin concurrenten zich tegenover gemeenten eerder wel met succes op het bestuursrechtelijke zorgvuldigheidsbeginsel hebben beroepen (ECLI:NL:RBDHA:2015:15812 (*De Stolp*), zie daarover Beeston, De Meij & Geilmann, 'Krimpenerwaard: privaatrechtelijke handhaving van het staatssteunrecht?', *TvS* 2016, 2) en

ECLI:NL:RBAMS:2013:5591 (*MuzyQ*), *JG* 2013, 68, m.nt. Barkhuysen en Al Khatib). In de eerstgenoemde zaak *De Stolp* overwoog de rechter dat het zorgvuldigheidsbeginsel van de gemeente vergt dat zij rekenschap zou geven van de positie van een (bij haar bekende) concurrent, dat zij zijn/haar belang zorgvuldig zou afwegen en zij geen rechtshandeling zou verrichten die zou kunnen resulteren in oneerlijke concurrentie. In de zaak *MuzyQ* overwoog de rechter dat, wanneer één van de gelijkwaardige partijen wordt bevoordeeld (in dit geval door een garantiestelling) en de concurrentie mogelijk wordt verstoord, de gemeente de belangen van alle betrokken partijen dient te inventariseren en zorgvuldig dient af te wegen. In die zaak waren de belangen van de concurrenten niet meegenomen bij de afweging van het besluit om een garantie af te geven. De rechter hechtte in die zaak ook waarde aan de constatering dat '*niet is gebleken van een situatie waarin een muziekmakerscentrum (...) zonder ingrijpen van De Gemeente niet of op onvoldoende wijze kon worden gerealiseerd*'. Beide zaken leiden tot de verklaring dat de gemeente aansprakelijk was voor de schade die is geleden (en bij *MuzyQ*: eventueel nog zal worden geleden) als gevolg van het onrechtmatig handelen van de gemeente en tot een veroordeling tot schadevergoeding (ECLI:NL:RBAMS:2015:2388 (Eindvonnis *MuzyQ*)). Verder valt in het kader van deze interne rechtsvergelijking nog te wijzen op de invulling van het zorgvuldigheidsbeginsel

in de civielrechtelijke zaak ECLI:NL:RBAMS:2017:8565, r.o. 5.26, waarin is overwogen dat regelgeving niet bewezen effectief hoeft te zijn maar wel van een overheidsorgaan verwacht kan worden dat het niet tot regelgeving overgaat waarvan hij op voorhand weet of redelijkerwijs kan weten dat deze geen enkel effect zal hebben.

7. *Nadeelcompensatie*. De heer Kardolus stelde dat hij zonder financiële compensatie onevenredig zwaar getroffen wordt door het bestreden besluit. Het CBb laat zich begrijpelijkerwijs in algemene zin verder niet uit over de wijze waarop de belangenafweging invulling moet krijgen. Het is immers aan het bestuursorgaan om bij de uitoefening van zijn bevoegdheid op grond van art. 3:4 lid 2 Awb de gemoeide belangen af te wegen en tot het al dan niet uitoefenen van die bevoegdheid te beslissen (zie ABRvS 9 mei 1996, *AB* 1997/93 (*Maxis en Praxis*)). Wel geeft het CBb in de onderhavige uitspraak in algemene zin aan dat uit deze belangenafweging kan blijken dat de vaststelling enkel kan plaatsvinden '*indien daarbij tegelijkertijd compensatie wordt aangeboden voor de vergoeding van schade die redelijkerwijs niet ten laste van de belanghebbende behoort te komen*'. Het CBb vindt ook voor dit oordeel – terecht – steun in de wetsgeschiedenis (*Kamerstukken I* 2009/10, 31354, C, p. 2). Het is niet moeilijk, om met Michiel Tjepkema (*AB* 2016/415) te spreken, om in deze overweging van het CBb het onzelfstandig schadebesluit te herkennen. Deze door Tjepkema als '*meest verstrekkend*' aangeduide variant om de schadecomponent in de belangenafweging te betrekken, houdt volgens hem in '*dat een besluit pas als rechtmatig kan worden beschouwd als het bestuursorgaan in de aan dat besluit voorafgaande belangenafweging rekening houdt met de door dat besluit te schaden belangen*'. Voor zover een ondernemer zoals de heer Kardolus of een andere betrokken belanghebbende meent schade te lijden als gevolg van een (voorgenomen) algemeenbelangbesluit, kan onder verwijzing naar deze uitspraak van het CBb dus worden verzocht om nadeelcompensatie. Het is uiteraard aan het bestuursorgaan om ook over de eventuele noodzaak tot compensatie in eerste instantie zelf een oordeel te geven.

Als het in r.o. 5.6 aankomt op de concrete toetsing van het algemeenbelangbesluit van de raad van Zoetermeer, hebben de overwegingen van het CBb, uitgaande van de enkele beroepsgrond dat nadeelcompensatie had dienen te worden toegekend, uiteindelijk maar een beperkte strekking. Dat geldt zelfs binnen die beroepsgrond nog, want de overwegingen van het CBb richten zich geheel op de gestelde schade. Reeds daarop strandt het hoger beroep van de private exploi-

tant. Aan de vraag of, uitgaande van schade, die schade redelijkerwijs al dan niet ten laste van de private exploitant behoorde te blijven komt het CbB niet eens toe. De uitspraak is dus zeker niet maatgevend voor alle mogelijke aspecten die in het kader van de (terughoudende) toetsing van een algemeenbelangbesluit aan de orde zouden kunnen komen, zoals de in punt 6 genoemde rechtbankuitspraken wel laten zien.

In relatie tot de gestelde schade overweegt het CbB eerst dat het vaststellingsbesluit het juridisch mogelijk maakt dat het al sinds 2002 gevoerde prijsbeleid voor gemeentelijke sportaccommodaties in Zoetermeer ook onder vigeur van de Wet M&O wordt gecontinueerd. Daaropvolgend overweegt het CbB dat de *'eventueel door appelland vanwege het vaststellingsbesluit geleden schade [...] enkel het gevolg [zou] kunnen zijn van de omstandigheid dat aan hem de kans is ontnomen om na evengenoemde datum op meer gelijke voet de concurrentie aan te gaan met de gemeentelijke sportzalen'*. Het CbB kiest met deze formulering een fraaie middenweg tussen de door partijen ingenomen stellingen. Het heeft duidelijk niet mee willen gaan met de stelling van de heer Kardolus dat het hem door het vaststellingsbesluit onmogelijk werd gemaakt nog langer zijn bedrijf te exploiteren. Er is hooguit sprake van een ontnomen kans, aldus het CbB. Tegelijkertijd heeft het CbB blijkaar ook niet mee willen gaan in de stelling van de raad dat het bestreden besluit niet leidt tot gewijzigde concurrentieverhoudingen en dat de heer Kardolus dus in het geheel niet werd getroffen in zijn belangen. Uit de door het CbB gekozen bewoordingen *'op meer gelijke voet de concurrentie aan te gaan'* maken wij ten minste op dat het CbB ervan uit is gegaan dat er al wel sprake was van enige vorm van concurrentie tussen de sportzaal van Kardolus en de gemeentelijke sportaccommodaties. Vervolgens overweegt het CbB dat, aangenomen dat appelland een dergelijke kans is ontnomen, hij naar het oordeel van het College onvoldoende inzichtelijk heeft gemaakt dát er schade is geleden en waaruit deze schade zou bestaan.

De wijze waarop het CbB de ontnomen kans heeft beschreven lijkt ons gekleurd door de omstandigheden van dit geval en daarmee niet noodzakelijkerwijs maatgevend voor alle zaken waarin via de band van art. 3:4 lid 2 Awb om compensatie wordt verzocht voor gestelde schade als gevolg van een algemeenbelangbesluit. Voor al die zaken volgt uit deze uitspraak – naast de hiervoor al signaleerde algemene punten van belang – wel nog eens de les dat een verzoek om compensatie sowieso pas kan slagen als de gestelde schade voldoende inzichtelijk is gemaakt.

P.C. Adriaanse en A.H.A. Mohammad

AB 2017/432

RECHTBANK ROTTERDAM

31 augustus 2017, nr. ROT 16/3891, ROT 16/5127, ROT 16/5333

(Mrs. A.I. van Strien, T. Boesman, Y.E. de Muynck)
m.nt. P.C. Adriaanse & A.H.A. Mohammad*

Art. 25h Mw; art. 3:2 Awb

ECLI:NL:RBROT:2017:6538

Vaststelling proef gratis parkeren op zaterdag in de gemeentelijke parkeergarages in het algemeen belang; vaststellingsbesluit voldoet niet aan de zorgvuldigheidseisen die de Awb daaraan stelt; besluit mist gedegen onderbouwing; ook niet gebleken dat verweerder voorafgaand aan het nemen van het besluit kennis heeft vergaard over de af te wegen belangen. Daarmee blijkt dus ook niet dat verweerder de belangen van derden, waaronder die van eisers, heeft meegewogen. Naar het oordeel van de rechtbank zijn dit gebreken in de voorbereiding van het vaststellingsbesluit die niet in bezwaar hersteld konden worden.

De rechtbank stelt voorop dat verweerder 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, ECLI:NL:CBB:2016:414, rvo. 5.3-5.4). Dit neemt niet weg dat de totstandkoming van het Vaststellingsbesluit moet geschieden met inachtneming van de zorgvuldigheidseisen die de Algemene wet bestuursrecht (Awb) daaraan stelt. De rechtbank is van oordeel dat het Vaststellingsbesluit niet voldoet aan art. 3.2 Awb waarin is bepaald dat het bestuursorgaan bij de voorbereiding van een besluit de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen vergaart. De rechtbank is van oordeel dat het Vaststellingsbesluit een gedegen onderbouwing ontbeert waarom aannemelijk is dat met het gratis parkeren in de gemeentelijke parkeergarages de revitalisering van de binnenstad en het verminderen van straatparkeren wordt bereikt. Het is onvoldoende duidelijk – anders dan door het uitspreken van de hoop en de verwachting – in hoeverre het gratis parkeren in de gemeentelijke parkeergarages op

* P.C. Adriaanse is advocaat bij Justion Advocaten te Middelburg en universitair hoofddocent Staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. A.H.A. Mohammad is promovendus Staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden.