

Schadevergoeding in de vorm van nadeelcompensatie krachtens artikel 3:4, tweede lid, Awb of het *égalité*-beginsel is op grond van de rechtspraak in algemene zin in elk geval geen vruchtbare weg. Los van het gegeven dat het dan moet gaan om rechtmatig ontstane nadeel, bestaan die grondslagen voor schadevergoeding alleen bij de gratie dat een wettelijk voorschrift of de aard van de uit te oefenen bevoegdheid zich niet verzet tegen een belangenafweging, hetgeen bij *directe toepassing* van het Unierecht eerder regel dan uitzondering is (vergelijk Cbb 24 september 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BF8933, AB 2008/374, en zie R. Molendijk & R. Ortlep, 'De erosie van het Nederlandse legaliteitsbeginsel onder invloed van het Unierecht', *JBplus* 2017/4, p. 305-324, p. 313 e.v.; Ortlep 2011, p. 392 e.v.). R. Ortlep

## AB 2021/153

### COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFSLEVEN

8 december 2020, nr. 19/1529

(Mrs. T.G.M. Simons, J.L. Verbeek, C.C.W. Lange)  
m.nt. A. Outhuijse en J.J.A. Waverijn\*

Art. 25i, 70c Mededingingswet

NJB 2021/26

ECLI:NL:CBB:2020:923

**Parkeren op gemeentelijke parkeerterreinen en in gemeentelijke parkeergarages die zijn afgesloten met een slagboom is een economische activiteit. De kosten daarvoor moeten integraal worden opgenomen in de tarieven.**

*Naar aanleiding van een verzoek om handhaving van Q-Park heeft ACM bij besluit van 26 september 2017, met toepassing van artikel 70c, eerste lid, aanhef en onder a, van de Mededingingswet (Mw) verklaard dat zij heeft vastgesteld dat appellant vanaf 14 november 2014 tot en met in ieder geval 31 december 2016 artikel 25i, eerste lid, van de Mw heeft overtreden bij de exploitatie van de gemeentelijke parkeergarages en parkeerterreinen.*

*Appellant stelt zich primair op het standpunt dat slagboomparkeren net als straatparkeren valt onder de uitoefening van openbaar gezag en daarom niet als economische activiteit moet worden beschouwd, althans dat tussen slagboomparkeren en straatparkeren een zodanige samenhang bestaat dat deze niet los van elkaar kunnen worden gezien*

*zodat ook slagboomparkeren niet als economische activiteit moet worden beschouwd.*

*Het College stelt voorop dat het, anders dan appellant lijkt te veronderstellen, bij straatparkeren niet gaat om een dienst en daarmee ook niet om het aanbieden daarvan door een onderneming in (potentiële) concurrentie met andere ondernemingen. Straatparkeren is exclusief publiekrechtelijk geregeld.*

*Omdat de hiervoor bedoelde bevoegdheden tot regulering uitsluitend kunnen worden uitgeoefend door overheidsinstanties, is het reguleren van straatparkeren het uitoefenen van openbaar gezag en daarmee geen economische activiteit.*

*Het College is vervolgens van oordeel dat het aanbieden door een gemeente van slagboomparkeren, anders dan het reguleren van straatparkeren, wel een economische activiteit is.*

*Aldus moet het College de vraag beantwoorden of het aanbieden van slagboomparkeren naar zijn aard, zijn doel en de daarop toepasselijke regels niet los kan worden gezien van het reguleren van straatparkeren, hetzij omdat het reguleren van straatparkeren zonder het aanbieden van slagboomparkeren grotendeels nutteloos zou zijn, hetzij omdat deze activiteiten nauw met elkaar zijn verbonden. Die vraag beantwoordt het College ontkennend.*

*De conclusie is dat de rechtbank het beroep van appellant terecht, zij het op niet geheel juiste gronden, ongegrond heeft verklaard. De aangevallen uitspraak moet daarom, met verbetering van de gronden, worden bevestigd.*

Uitspraak van de meervoudige kamer van 8 december 2020 op het hoger beroep van burgemeester en wethouders van Veenendaal, appellant (gemachtigde thans: mr. C.T. Dekker) tegen de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 29 augustus 2019, kenmerk ROT 18/2352, in het geding tussen:

Appellant,

en

De Autoriteit Consument en Markt (ACM), (gemachtigden: mr. F. van der Kraan en mr. R. Rodenrijs),

met als derde-partij:

Q-Park Operations Netherlands B.V. (Q-Park), te Maastricht (gemachtigden: mr. B.J.H. Blaisse-Verkooijen en mr. O.L. van der Pol).

### Procesverloop in hoger beroep

Appellant heeft hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam (rechtbank) van 29 augustus 2019 (ECLI:NL:RBR0T:2019:6805).

ACM heeft een verweerschrift ingediend.

\* A. Outhuijse en J.J.A. Waverijn zijn advocaten bij Stibbe.

Q-Park heeft een schriftelijke uiteenzetting over de zaak gegeven.

Partijen hebben enkele door het College gestelde vragen schriftelijk beantwoord.

Ten aanzien van een aantal stukken die ACM verplicht is over te leggen heeft zij medegedeeld dat uitsluitend het College daarvan kennis zal mogen nemen. Appellant en Q-Park hebben, voor zover vereist, het College toestemming verleend om mede op grondslag van die stukken uitspraak te doen. Bij beslissing van 7 mei 2020 heeft de rechter-commissaris vervolgens de gevraagde beperking van de kennisneming gerechtvaardigd geacht.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 14 september 2020. Partijen hebben zich laten vertegenwoordigen door hun gemachtigden. Namens appellant is ook verschenen naam 1, namens ACM naam 2 en namens Q-Park naam 3.

#### *Grondslag van het geschil*

1.1. Voor een uitgebreide weergave van het verloop van de procedure, het wettelijk kader en de van belang zijnde feiten en omstandigheden, voor zover niet betwist, wordt verwezen naar de aangevallen uitspraak. Het College volstaat, mede gelet op de omvang van het geding in hoger beroep, met het volgende.

1.2. De gemeente Veenendaal exploiteert enkele parkeergarages en parkeerterreinen. Q-Park exploiteert in Veenendaal twee parkeergarages in de (directe) nabijheid van de gemeentelijke parkeergarages. De gemeente Veenendaal heeft vanaf 14 november 2014 een proef met gratis parkeren op de zaterdagen in de gemeentelijke parkeergarages gehouden.

1.3. Naar aanleiding van een verzoek om handhaving van Q-Park heeft ACM bij besluit van 26 september 2017, met toepassing van artikel 70c, eerste lid, aanhef en onder a, van de Mededingingswet (Mw) verklaard dat zij heeft vastgesteld dat appellant vanaf 14 november 2014 tot en met in ieder geval 31 december 2016 artikel 25i, eerste lid, van de Mw heeft overtreden bij de exploitatie van de gemeentelijke parkeergarages en parkeerterreinen.

1.4. Bij besluit op bezwaar van 26 maart 2018, waartegen het beroep van appellant bij de rechtbank was gericht, heeft ACM het bezwaar van appellant tegen het besluit van 26 september 2017 ongegrond verklaard.

#### *Uitspraak van de rechtbank*

2.1. De rechtbank heeft alle door appellant aangevoerde beroepsgronden verworpen en het beroep ongegrond verklaard.

2.2. De rechtbank heeft op grond van de overwegingen in 5.2 tot en met 5.6 van de aange-

vallen uitspraak het primaire betoog van appellant dat (het aanbieden van) slagboomparkeren net als (het aanbieden van) straatparkeren valt onder de uitoefening van openbaar gezag en dus geen economische activiteit is als bedoeld in artikel 25i, eerste lid, van de Mw, niet gevolgd. Dat geldt ook voor het subsidiaire betoog van appellant dat straatparkeren en slagboomparkeren beide economische activiteiten zijn. Op grond van de overwegingen in 6 van de aangevallen uitspraak heeft de rechtbank het betoog van appellant dat de kapitaallasten van de parkeerplaatsen die in het kader van het project "Brouwerspoort" zijn gerealiseerd door ACM ten onrechte volledig zijn betrokken bij de berekening van de integrale kosten in de zin van artikel 25i, eerste lid, van de Mw, eveneens niet gevolgd.

#### *Beoordeling van het geschil in hoger beroep*

3.1. In hoger beroep heeft appellant het oordeel van de rechtbank bestreden voor zover het betreft de in 2.2 bedoelde overwegingen.

3.2. Appellant stelt zich primair op het standpunt dat slagboomparkeren net als straatparkeren valt onder de uitoefening van openbaar gezag en daarom niet als economische activiteit moet worden beschouwd, althans dat tussen slagboomparkeren en straatparkeren een zodanige samenhang bestaat dat deze niet los van elkaar kunnen worden gezien zodat ook slagboomparkeren niet als economische activiteit moet worden beschouwd. Voor dat laatste beroept appellant zich op het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU) van 7 november 2019, C-687/17, *TenderNed*, (ECLI:EU:C:2019:932).

3.3. Voor het geval slagboomparkeren wel als economische activiteit zou moeten worden beschouwd, betoogt appellant subsidiair dat dit dan ook moet gelden voor straatparkeren. Het gevolg daarvan is dat de kosten en opbrengsten van beide activiteiten moeten worden geaggregeerd.

3.4. Voor het geval alleen slagboomparkeren als economische activiteit zou moeten worden beschouwd, stelt appellant zich op het meer subsidiaire standpunt dat ook dan aggregatie van de kosten en opbrengsten van straatparkeren en slagboomparkeren moet plaatsvinden.

3.5. Nog meer subsidiair betoogt appellant dat dan toch in elk geval de correctie voor de kapitaallasten voor het project Brouwerspoort in aanmerking moet worden genomen.

4. ACM en Q-Park hebben de standpunten van appellant bestreden.

5.1. Onder economische activiteit wordt in de rechtspraak van het HvJEU verstaan: het door een entiteit (onderneming) aanbieden van goederen of diensten op een markt. Het College volgt, gelet op artikel 1, aanhef en onder f, van de Mw,

deze begripsbepaling (ook) bij de uitleg van artikel 25i, eerste lid, van de Mw. In deze begripsbepaling ligt besloten dat de betrokken goederen of diensten worden aangeboden in (potentiële) concurrentie met andere ondernemingen.

5.2. Onder – het niet wettelijk gedefinieerde maar in de praktijk doorgaans gebruikte begrip – “straatparkeren” verstaat het College: het parkeren op de rijbaan of in de berm van voor het openbaar verkeer openstaande wegen en het parkeren in parkeerhavens en op parkeerstroken langs de rijbaan gelegen. Deze begripsbepaling ontleent het College aan (het stelsel van) de Wegenverkeerswet 1994 (WVW 1994) en het Reglement Verkeersregels en Verkeerstekens 1990 (RVV 1990).

5.3. Onder – het eveneens niet wettelijk gedefinieerde maar in de praktijk doorgaans gebruikte begrip – (het aanbieden van) “slagboomparkeren” verstaat het College: het geven van gelegenheid tot parkeren waarbij een fysieke barrière of een registratie bij de in- of uitrit ter verzekering van de betaling van het parkeergeld dient. Deze omschrijving ontleent het College aan artikel 3 van de Uitvoeringsbeschikking omzetbelasting 1968 zoals deze bepaling thans luidt.

6. Het College stelt voorop dat het, anders dan appellant lijkt te veronderstellen, bij straatparkeren niet gaat om een dienst en daarmee ook niet om het aanbieden daarvan door een onderneming in (potentiële) concurrentie met andere ondernemingen. Straatparkeren is exclusief publiekrechtelijk geregeld. Uitgangspunt van het wettelijke stelsel is dat straatparkeren is toegestaan, behoudens wettelijke parkeerverboden en regulering door het bevoegde openbaar gezag, in dit geval de gemeente. Er is dus in beginsel een wettelijk recht op (gratis) straatparkeren. De regulering van het straatparkeren door het bevoegde openbaar gezag kan op verschillende manieren plaatsvinden. Er kan gebruik worden gemaakt van de (talrijke) bevoegdheden die de WVW 1994 en het RVV 1990 bevatten (zoals: het instellen van parkeerverboden, het instellen van maximale parkeertijden, het aanwijzen van parkeerzones, het aanwijzen van laad- en losplaatsen, het aanwijzen van gehandicaptenparkeerplaatsen, het wegslepen bij hinderlijk of gevaarlijk parkeren). Verder is in artikel 225, eerste lid, van de Gemeentewet bepaald dat in het kader van de parkeerregulering gemeentelijke belastingen kunnen worden geheven ter zake van het parkeren van een voertuig op een bij of krachtens de belastingverordening in de daarin aangewezen gevallen door burgemeester en wethouders te bepalen plaats, tijdstip en wijze en ter zake van een van gemeentewege verleende vergunning voor het parkeren van een voertuig op de in die vergunning aangewezen plaats en

wijze (parkeerbelasting). Het feit dat in het kader van de parkeerregulering parkeerbelasting kan worden geheven, maakt straatparkeren niet tot een dienst. Het heffen van parkeerbelasting beperkt juist het recht op (gratis) straatparkeren. De parkeerbelasting is daarom ook geen tegenprestatie. Dat in artikel 225, achtste lid, van de Gemeentewet is bepaald dat het tarief van de parkeerbelasting afhankelijk kan worden gesteld van de parkeertijd, van de ingenomen oppervlakte en van de ligging van de terreinen of weggedeelten maakt dit niet anders. Omdat de hiervoor bedoelde bevoegdheden tot regulering uitsluitend kunnen worden uitgeoefend door overheidsinstanties, is het reguleren van straatparkeren het uitoefenen van openbaar gezag en daarmee geen economische activiteit.

7.1. Het College is vervolgens van oordeel dat het aanbieden door een gemeente van slagboomparkeren, anders dan het reguleren van straatparkeren, wel een economische activiteit is.

7.2. Slagboomparkeren (in parkeergarages, op parkeerterreinen en op parkeerdekken) wordt in de praktijk door zowel overheidsinstanties als private ondernemingen aangeboden. Dat levert op zichzelf al een aanwijzing op dat het gaat om het aanbieden van een dienst op een markt in concurrentie en dus niet om de uitoefening van openbaar gezag.

7.3. Dit vindt bevestiging in de toelichting bij het besluit van de staatssecretaris van Financiën van 8 maart 2011 (*Stcrt.* 2011, 4724), dat tot stand is gebracht naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad van 15 oktober 2010 (ECLI:NL:HR:2010:BL5614). Artikel 3 van de Uitvoeringsbeschikking omzetbelasting 1968 is bij dat besluit met ingang van 1 juli 2011 als volgt komen te luiden: Publiekrechtelijke lichamen worden als ondernemer aangemerkt met betrekking tot het geven van gelegenheid tot parkeren waarbij een fysieke barrière ter verzekering van de betaling van het parkeergeld dient. De nota van toelichting vermeldt:

“Deze regeling is bedoeld om te verzekeren dat gemeenten voor het gelegenheid geven tot slagboomparkeren omzetbelasting (...) moeten voldoen. Op grond van een recent arrest van de Hoge Raad is het mogelijk dat publiekrechtelijke lichamen bij het gelegenheid geven tot slagboomparkeren ook kunnen optreden als overheid. Dit is het geval als zij bij het verrichten van deze prestaties gebruik maken van overheidsprerogatieven (...). Indien als overheid wordt gehandeld, is er in beginsel geen sprake van een met btw belaste prestatie. Met het oog op de concurrentievervalsing is het echter onwenselijk dat publiekrechtelijke lichamen in tegenstelling tot commerciële par-

tijen niet in de omzetbelastingheffing betrokken worden voor het gelegenheid geven tot slagboomparkeren. Door (...) het gelegenheid geven tot slagboomparkeren (...) aan te wijzen als prestatie waarvoor deze lichamen optreden als ondernemer, wordt de omzetbelasting over deze prestatie verzekerd.”

Met deze wijziging wordt aldus bereikt dat, ook al wordt gebruikt gemaakt van het overheidsprerogatief om op grond van artikel 225, eerste lid, van de Gemeentewet parkeerbelasting te heffen, niettemin sprake is van het optreden als ondernemer en daarmee van een economische activiteit.

7.4. Vervolgens is van belang dat voor het aanbieden van slagboomparkeren het gebruik maken van een overheidsprerogatief niet nodig is. Weliswaar kan - naar uit het arrest van de Hoge Raad van 15 oktober 2010 blijkt: onbedoeld - in de verplichting tot betaling van parkeergeld worden voorzien door gebruik te maken van het overheidsprerogatief van artikel 225, eerste lid, van de Gemeentewet, maar dat kan ook langs privaatrechtelijke weg (wat in Veenendaal ook het geval is). De wijze waarop in de verplichting tot betaling van parkeergeld wordt voorzien is daarom, anders dan de rechtbank in 5.5 van de aangevallen uitspraak heeft overwogen, niet relevant voor de vraag of het wel of niet gaat om een economische activiteit.

7.5. Dat geldt, eveneens anders dan de rechtbank in 5.5 van de aangevallen uitspraak heeft overwogen, ook voor het gegeven dat in Veenendaal voor straatparkeren en slagboomparkeren andere tarieven worden gehanteerd.

7.6. Evenmin is in dit kader relevant dat in de (verkeersrechtelijke) rechtspraak van de Hoge Raad zoals ingezet met het arrest van 8 april 1997 (ECLI:NL:HR:ZD0686) en van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden is uitgemaakt dat ook parkeergarages, parkeerterreinen en parkeerdekken voor het openbaar verkeer openstaande wegen (kunnen) zijn in de zin van de WVV 1994 en het RVV 1990.

8.1. Uit de rechtspraak van het HvJEU volgt dat op een door een overheidsinstantie verrichte activiteit die op zichzelf als een economische activiteit moet worden beschouwd, niettemin de mededingingsregels niet van toepassing zijn als deze activiteit plaatsvindt in het kader van de uitoefening van openbaar gezag. Daarbij is niet van belang of private ondernemingen dezelfde of een vergelijkbare activiteit aanbieden. In het arrest *TenderNed* preciseert het HvJEU zijn rechtspraak over de vraag wanneer een activiteit van een overheidsinstantie een economische activiteit is die toepassing van de mededingingsregels rechtvaardigt. Het HvJEU overweegt onder meer (in

punt 16) dat hiertoe moet worden onderzocht “whether the activities at issue are connected, by their nature, their aim and the rules to which they are subject, with the exercise of public powers”. En (in punt 18):

“Thus, as noted in paragraph 38 of the judgment of 12 July 2012, *Compass-Datenbank*, (C-138/11, EU:C:2012:449), in so far as a public entity carries on an economic activity, since that activity is not connected to the exercise of its public powers, that entity, in relation to that activity, acts as an undertaking, while, if that same economic activity cannot, however, be separated from other activities connected with the exercise of public powers, the activities exercised by that entity as a whole remain activities connected with the exercise of those public powers”.

En (in punt 44):

“that two activities can be considered not able to be separated when one of them would be rendered largely useless in the absence of the other (see, to that effect, judgment of 12 July 2012, *Compass-Datenbank*, C-138/11, EU:C:2012:449, paragraph 41) or where those two activities are closely linked (see, to that effect, judgment of 26 March 2009, *Selext Sistemi Integrati v. Commission*, C-113/07 P, EU:C:2009:191, paragraphs 76 and 77)”.

8.2. Aldus moet het College de vraag beantwoorden of het aanbieden van slagboomparkeren naar zijn aard, zijn doel en de daarop toepasselijke regels niet los kan worden gezien van het reguleren van straatparkeren, hetzij omdat het reguleren van straatparkeren zonder het aanbieden van slagboomparkeren grotendeels nutteloos zou zijn, hetzij omdat deze activiteiten nauw met elkaar zijn verbonden. Die vraag beantwoordt het College ontkennend.

8.3. Voor het kunnen uitoefenen van openbaar gezag in het kader van de regulering van het straatparkeren is het aanbieden van slagboomparkeren niet nodig en dus is de eerste activiteit zonder de tweede niet (grotendeels) nutteloos. Het door een overheidsinstantie aanbieden van slagboomparkeren is ook niet zo nauw verbonden met de uitoefening van (andere) bevoegdheden van openbaar gezag dat deze activiteit daarvan niet los kan worden gezien. Appellant heeft in dit verband gewezen op artikel 108, eerste lid, van de Gemeentewet en artikel 8 van de Planwet Verkeer en Vervoer, op grond waarvan gemeenten onder meer parkeerbeleid kunnen voeren, en op het gegeven dat de gemeente Veenendaal het “Gemeentelijke Verkeer en Vervoersplan 2012–2025” en de “Parkeervisie 2013–2020” heeft vastgesteld. Met ACM en Q-Park is het College van oordeel dat het gegeven dat een gemeente de be-

voegdheid heeft om verkeers- en vervoersbeleid te voeren en dit vervolgens ook daadwerkelijk doet, nog niet meebrengt dat (de) activiteiten die (mede) in het kader van dat beleid worden verricht, zo nauw met elkaar zijn verbonden dat zij niet los van elkaar kunnen worden gezien. Anders dan in de zaak die heeft geleid tot de uitspraak van het College van 14 mei 2019 (ECLI:NL:CBB:2019:204) is in de nu voorliggende situatie ook geen sprake van een concrete en specifieke wettelijke grondslag om een bepaalde activiteit te verrichten om zo het algemeen belang te dienen. De door appellandt genoemde, in (zeer) algemene termen geformuleerde, wetsbepalingen bevatten een dergelijke grondslag niet. Dat de gemeente Veenendaal een parkeerbeleid voert waarin zowel straatparkeren als slagboom-parkeren een plaats heeft, leidt ook daarom niet tot de conclusie dat het door de gemeente Veenendaal aanbieden van slagboom-parkeren niet los kan worden gezien van de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag.

9. Uit 6, 7 en 8 vloeit voort dat het College het primaire en het subsidiaire betoog van appellandt (vgl. 3.2 en 3.3) niet volgt.

10. Het meer subsidiair door appellandt betoogde (vgl. 3.4) berust op de stelling dat vanuit de vraagzijde bezien straatparkeren en slagboom-parkeren substitueerbaar zijn, zodat sprake is van één markt. Blijkens de nota van toelichting (*Stb.* 2012, 255, blz. 8) bij artikel 4 van het Besluit markt en overheid is gekozen voor de verplichting tot kostendoorberekening op het niveau van een markt, opdat een gelijk speelveld tussen overheidsondernemingen en private ondernemingen wordt gecreëerd. Volgens appellandt is daarmee niet uitgesloten dat de kosten van niet-economische activiteiten in de doorberekening worden betrokken. Ook hierin volgt het College appellandt niet. In artikel 4 van het Besluit markt en overheid is immers bepaald dat voor het toepassen van kostenaggregatie bij het verrichten van economische activiteiten vereist is dat de betrokken goederen of diensten tot dezelfde markt behoren. Met ACM is het College van oordeel dat deze formulering geen ruimte laat voor het in aanmerking nemen van kosten en opbrengsten van de uitoefening van openbaar gezag, nu het daarbij juist niet gaat om het verrichten van economische activiteiten. Of wel of niet sprake is van één en dezelfde markt, is dan niet meer van belang.

11. Wat het door appellandt nog meer subsidiair betoogde (vgl. 3.5) betreft, verwijst het College naar de overwegingen van de rechtbank in 6 van de aangevallen uitspraak. Het College neemt die overwegingen over.

12. De conclusie is dat de rechtbank het beroep van appellandt terecht, zij het op niet geheel juiste gronden, ongegrond heeft verklaard. De aangevallen uitspraak moet daarom, met verbetering van de gronden, worden bevestigd.

13. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

14. Het College merkt ten slotte in algemene zin, en mede ter verduidelijking van het in zijn uitspraak van 23 juli 2019 (ECLI:NL:CBB:2019:294) gegeven oordeel, nog het volgende op. Het in de nu voorliggende uitspraak bevestigde onderscheid tussen enerzijds het reguleren van straatparkeren en anderzijds het aanbieden van slagboom-parkeren werkt door in de toetsing door de bestuursrechter van een (algemeen belang) besluit als bedoeld in artikel 25h, zesde lid, van de Mw dat betrekking heeft op gemeentelijke parkeergarages, parkeerterreinen of parkeerdekken. Dat betekent dat bij die toetsing de door de betrokken gemeente in het kader van het reguleren van straatparkeren en dus bij de uitoefening van openbaar gezag gemaakte keuzes (waaronder de vaststelling van het tarief), als gegeven en vaststaand moeten worden beschouwd.

## Beslissing

Het College bevestigt de aangevallen uitspraak.

### Noot

1. Gratis parkeren. Wie wordt daar nu niet gelukkig van? De Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) in sommige gevallen toch niet, zoals in het onderhavige geval. En terecht.

2. De aanleiding voor deze uitspraak was een besluit van de ACM gericht aan het college van B&W van de gemeente Veenendaal (hierna: de gemeente). In dat besluit stelde de ACM vast dat de gemeente oneerlijk concurreerde met de nabijgelegen Q-Park garages door gratis parkeren aan te bieden in de gemeentelijke parkeergarages op zaterdag. De gemeente dekte de kosten van de parkeergarages met de betalingen van parkeren op straat, publieke middelen dus. Dit creëert een ongelijk speelveld voor concurrerende bedrijven, zoals Q-park, die dit niet kunnen doen en dat is in strijd met de Wet Markt en Overheid. In deze uitspraak bevestigt het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: het College) dit besluit van de ACM. In deze annotatie bespreken we dit oordeel van het College na een korte toelichting op de Wet Markt en Overheid. Vervolgens belichten we deze uitspraak vanuit een breder perspectief.

3. Op grond van de Wet Markt en Overheid dient de overheid zich aan vier gedragsregels te houden indien zij concurreert met particuliere

aanbieders: 1. de overheid moet alle kosten doorberekenen die zij maakt voor het leveren van een dienst of product, 2. overheidsbedrijven mogen niet worden bevoordeeld ten opzichte van de concurrentie, 3. er zijn beperkingen aan het hergebruik van gegevens waarover de overheid beschikt, en 4. er geldt een functiescheiding tussen bestuurlijke en uitvoeringswerkzaamheden bij de levering van het product of de dienst. Zie hierover hoofdstuk 4b Mededingingswet (artikelen 25g-25m Mededingingswet). De meeste zaken in de praktijk gaan over de eerste gedragsregel, de integrale doorberekening van de kosten ex artikel 25i Mededingingswet, zoals ook in deze zaak het geval is. Deze regels zijn enkel van toepassing als de activiteit die de overheid verricht een economische activiteit is: het aanbieden van goederen of diensten op een markt. Bovendien kunnen overheidsorganen een algemeenbelangbesluit in de zin van artikel 25h lid 5 Mededingingswet nemen waardoor deze gedragsregels niet gelden voor de economische activiteiten die worden verricht in het algemeen belang. Dit laatste wordt in praktijk veelvuldig gedaan (Zie ook Cbb 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:661, AB 2019/194).

4. De ACM kan op basis van artikel 70c Mededingingswet een last onder dwangsom opleggen indien bestuursorganen de gedragsregels overtreden. In de afgelopen jaren hebben diverse concurrenten de ACM verzocht om handhaving van een bestuursorgaan wegens schending van de gedragsregels. Zo ook werd de ACM in deze zaak door een concurrent verzocht om handhavend op te treden tegen de gemeente Veenendaal, omdat de gemeente de kosten voor eigen parkeergarages en parkeerterreinen niet doorberekende in de parkeertarieven en geen algemeenbelangbesluit had genomen. Dat geschiedde. Volgens de gemeente onterecht, omdat er geen onderscheid moet worden gemaakt tussen parkeren op straat (straatparkeren) en parkeren in parkeergarages en op parkeerterreinen (slagboomparkeren). Slagboomparkeren valt net als straatparkeren onder de uitoefening van openbaar gezag en moet daarom niet als economische activiteit worden beschouwd, aldus de gemeente Veenendaal. Verder zijn de activiteiten volgens de gemeente zodanig met elkaar verbonden dat de kosten en baten van parkeren op straat en vergunningparkeren meegenomen mogen worden bij de kostendoorberekening in haar parkeertarieven voor slagboomparkeren. Volgens de gemeente is er namelijk sprake van één dienst: het aanbieden van parkeerplaatsen in de gemeente.

5. Zowel de Rechtbank Rotterdam als het College ging niet mee in deze argumentatie. In het kort: anders dan het bij wege van overheids-

prerogatief reguleren van parkeren op straat, is het parkeren op gemeentelijke parkeerterreinen en in gemeentelijke parkeergarages die zijn afgesloten met een slagboom, een economische activiteit. Deze activiteiten kunnen en worden immers ook verricht door private partijen. Er is ook geen onlosmakelijke samenhang tussen de regulering van parkeren op straat en het exploiteren van een parkeergarage of parkeerterrein. Om die reden moet de gemeente de kosten en baten voor parkeren op straat buiten beschouwing laten bij berekening van tarieven voor parkeren in de parkeergarages en op parkeerterreinen. Anders zou zij haar economische activiteiten financieren met publieke middelen en daarmee het gelijke speelveld met het bedrijfsleven verstoren.

6. Om te beginnen met een understatement, deze zaak staat niet op zichzelf. Alleen de handhavingspraktijk van de ACM in 2020 maakt dit al duidelijk zichtbaar. Begin 2020 constateerde de ACM dat ook de gemeente Hilversum oneerlijk concurreerde door te lage tarieven te rekenen voor parkeergarages. De gemeente compenseerde het verlies voor deze parkeergarages met belastinggeld. Dat is net als bij de gemeente Veenendaal een overtreding van de gedragsregel om de kosten integraal door te berekenen. Ook voor de gemeenten Stadskanaal en Vijfheerenlanden werd een overtreding van dit verbod geconstateerd, zij het daar bij de exploitatie van camperplaatsen. Verder terug in de tijd zijn ook legio voorbeelden te zien, bijvoorbeeld bij de exploitatie van jachthavens. Zie ook Cbb 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:661, AB 2019/194.

7. Hoewel de verboden al sinds 2012 gelden, moet de ACM veelvuldig concluderen dat de overheden een ongelijk speelveld creëren. Hoewel we bij oneerlijke concurrentie vaak aan kwaadwillende bedrijven denken, is het fenomeen bij de overheid kortom ook niet onbekend. Verschil is misschien dat het bij overheden veelal uit andere bedoelingen voortkomt: niet winstmaximalisatie, maar vanuit het algemeen belang. Zo is het in het voorbeeld van de gemeente Veenendaal mooi dat men gratis parkeren wil aanbieden en zijn we als consument daar erg blij mee, maar een bedrijf als Q-park niet. En met recht.

A. Outhuijse en J.J.A. Waverijn