Openbaar besluit

Besluit

Openbare versie beslissing op bezwaar

Ons kenmerk : ACM/UIT/492947

Zaaknummer : ACM/17/019356

Datum : 26 maart 2018

1 Samenvatting

1. Bij besluit van 26 september 2017[1] (hierna: besluit van 26 september 2017) heeft de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) vastgesteld dat het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Veenendaal (hierna: het college) artikel 25i, eerste lid, van de Mededingingswet (hierna: Mw. Ook wel de Wet Markt en Overheid genoemd) heeft overtreden. De overtreding bestaat uit het niet volledig doorberekenen van alle integrale kosten in de parkeertarieven voor de gemeentelijke parkeergarages en parkeerterreinen. Het volledig doorberekenen van alle integrale kosten is een uitgangspunt van de gedragsregels dat is neergelegd in hoofdstuk 4b Mw.[2] Op 10 november 2017 heeft de ACM eveneens een last onder dwangsom[3] opgelegd aan het college. Bij besluit van 30 januari 2018 heeft de ACM de last onder dwangsom opgeschort[4] (hierna: het opschortingsbesluit). De ACM verklaart de bezwaren die zien op het besluit van 26 september 2017 ongegrond. De ACM herroept de bestreden last onder dwangsom, alsmede het opschortingsbesluit.

2 Leeswijzer

2. In hoofdstuk 3 van dit besluit op bezwaar wordt het verloop van de bezwaarprocedure geschetst, waarin de last onder dwangsom, uitspraak van de voorzieningenrechter en het opschortingsbesluit kort aan orde komen. In hoofdstuk 4 bespreekt de ACM in bezwaargronden. In hoofdstuk 5 volgt het besluit.

3. Ten behoeve van de leesbaarheid van deze beslissing zal het (tegen betaling) bieden van gelegenheid tot parkeren in parkeergarages of anderszins achter een slagboom, hierna ‘slagboomparkeren’ worden genoemd. Zowel Q-Park als het college bieden deze vorm van parkeergelegenheid aan. Verder is het in het centrum van Veenendaal tevens mogelijk te parkeren langs de openbare weg, te parkeren met een vergunning en te parkeren op openbare parkeerterreinen zonder slagboom. Deze vorm van parkeren wordt alleen door het college aangeboden/gereguleerd en wordt hierna ‘straatparkeren’ genoemd. Voor het toepasselijke juridisch kader verwijst de ACM naar de bijlage bij dit besluit.

[1] Kenmerk ACM/DM/282891. Zie: https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2017-10/veenendaal-overtreedt-wet-meno-bij-exploitatie-parkeergarages-2017-10-20.pdf.
[2] Hiermee wordt hoofdstuk 4b van de Mededingingswet bedoeld (getiteld ‘Overheden en overheidsbedrijven’).
[3] Kenmerk ACM/UIT/314202. Zie: https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2017-11/last-onder-dwangsom-veenendaal-om-parkeertarieven-aan-te-pakken.pdf.
[4] Kenmerk ACM/UIT/448280.

Muzenstraat 41
2511 WB Den Haag
www.acm.nl
070 722 20 00

3 Verloop van de procedure

4. Op 14 december 2016 heeft de ACM een aanvraag tot het nemen van een besluit als bedoeld in artikel 70c, lid 1, Mw (hierna: handhavingsverzoek) ontvangen van Q-Park Operations Netherlands II B.V. (hierna: Q-Park).

5. De ACM heeft naar aanleiding van het handhavingsverzoek een onderzoek ingesteld. De ACM heeft in het besluit van 26 september 2017 vastgesteld dat het college in de periode van 1 juli 2014 tot en met 31 december 2016 artikel 25i, eerste lid, Mw heeft overtreden. Q-Park heeft bezwaar aangetekend tegen het besluit van 26 september 2017 omdat de ACM geen gehoor heeft gegeven aan het verzoek van haar om het college een last onder dwangsom op te leggen. Op 10 november 2017 heeft de ACM een last onder dwangsom opgelegd aan het college. Op 24 november 2017 heeft Q-Park haar bezwaar ingetrokken.

6. Tegen het besluit van 26 september 2017 en de last onder dwangsom heeft het college op 25 oktober 2017 pro-forma bezwaar ingediend en tevens om rechtstreeks beroep verzocht. De ACM heeft niet ingestemd met rechtstreeks beroep. Het college heeft vervolgens een verzoek tot voorlopige voorziening ingediend bij de rechtbank Rotterdam op 29 november 2017. Q-Park heeft aan deze procedure en ook aan de bezwaarprocedure deelgenomen als derde-belanghebbende.

7. Bij uitspraak van 24 januari 2018 heeft de voorlopige voorzieningenrechter het verzoek van het college afgewezen. De voorzieningenrechter oordeelde dat straatparkeren geen economische activiteit is. De ACM heeft terecht de kosten en baten van straatparkeren buiten beschouwing gehouden. Tot slot heeft de voorzieningenrechter geoordeeld dat ondanks de omstandigheid dat het college toentertijd voornemens was een algemeen belang-besluit te nemen, dit niet betekent dat de ACM geen last onder dwangsom mocht opleggen. Het verzoek van het college is afgewezen.

8. Op 5 januari 2018 heeft het college de aanvullende bezwaargronden ingediend. Op 24 januari 2018 heeft Q-Park haar zienswijze op het aanvullend bezwaarschrift aangeleverd bij de ACM.

9. Op 25 januari 2018 heeft de gemeenteraad van Veenendaal een algemeen belang-besluit genomen voor slagboomparkeren. In dit besluit (hierna: het algemeen belang-besluit) is bepaald dat de exploitatie van parkeergarages en parkeerterreinen (tegen marktconforme tarieven) wordt aangewezen als economische activiteit die plaatsvindt in het algemeen belang als bedoeld in artikel 25h, vijfde lid, Mw. Dit besluit is vanaf 30 januari 2018 van kracht.

10. Voorafgaand aan de uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam van 24 januari 2018 heeft de ACM ter zitting toegezegd dat de ACM de last onder dwangsom opschort als het algemeen belang besluit binnen de begunstigingstermijn van de last onder dwangsom wordt genomen en bekend wordt gemaakt Op 30 januari 2018 heeft het college het algemeen belang besluit bekendgemaakt. De ACM heeft op dezelfde datum de last onder dwangsom opgeschort.

11. Op 30 januari 2018 heeft een hoorzitting ten kantore van de ACM plaatsgevonden waarbij het college en Q-Park beide hun standpunten hebben toegelicht. Tijdens deze hoorzitting heeft het college expliciet aangeven geen bezwaar te hebben tegen deelname van Q-Park als derde-belanghebbende aan de bezwaarprocedure.

12. Van de hoorzitting werd een verslag gemaakt dat op 15 maart 2018 aan het college en Q-Park is toegestuurd.

4 Beoordeling bezwaar door ACM

13. De ACM gaat in het navolgende in op de bezwaargronden van het college. Eerst zal aandacht worden besteed aan de juridische kwalificatie van straatparkeren en slagboomparkeren. Vervolgens komt de discussie aan de orde over de scheiding die de ACM in het besluit van 26 september 2017 heeft aangebracht tussen slagboomparkeren en straatparkeren. Daarna gaat de ACM nog in op de correcties die het college heeft gehanteerd voor de kosten van de proef 'gratis parkeren op zaterdag' en de kapitaallasten Brouwerspoort. Tot slot behandelt de ACM de bezwaren ten aanzien van de opgelegde last onder dwangsom.

4.1 Kwalificatie straatparkeren en slagboomparkeren

14. In het besluit van 26 september 2017 heeft de ACM geoordeeld dat slagboomparkeren een economische activiteit is en straatparkeren niet.

15. Het college stelt dat de ACM een onjuist en kunstmatig onderscheid heeft gemaakt tussen economische en niet-economische activiteiten op het gebied van de verschillende diensten van parkeren. Volgens het college gaat het om één parkeerdienst. Het college stelt daarom dat de ACM één conclusie moest trekken: óf de dienst parkeren is een economische activiteit óf de dienst parkeren is een overheidstaak.

16. De vraag die daarom eerst beantwoord dient te worden is of straatparkeren en slagboomparkeren economische activiteiten of juist overheidstaken zijn. Bij de beantwoording van deze vraag sluit de ACM aan bij het beoordelingskader dat volgt uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ-EU of het Hof).[5]

4.1.1 Beoordelingskader

17. De in artikel 25i, eerste lid, Mw neergelegde regel dat een bestuursorgaan aan de afnemers van een product of dienst ten minste de integrale kosten in rekening brengt, is alleen van toepassing op overheidsorganen die economische activiteiten verrichten. Hoofdstuk 4b Mw is dan ook niet van toepassing op activiteiten in het kader van de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag

18. Het Hof heeft in zijn jurisprudentie een onderscheid gemaakt tussen economische activiteiten en overheidstaken.[6] Elke activiteit die bestaat uit het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt, is een economische activiteit.

19. Een definitie van het begrip overheidstaak heeft het Hof niet gegeven. Uit de jurisprudentie volgt dat het Hof een afweging maakt. Het Hof kijkt naar de aard, het doel en de regels waaraan desbetreffende activiteit is onderworpen. Het Hof neemt ook andere relevante factoren mee in

[5] HvJ-EU, C-343/95 Diego Cali/Servizi Ecologici Porto di Genoa, ECLI:EU:C:1997:160; HvJ-EU, C-364/92, SAT Fluggesellschaft mbH / Eurocontrol, EU:C:1994:7, punt 30; HvJ-EU, T-138/15 Tenderned, ECLI:EU:T:2017:675; HvJ-EU, C-82/01 P, Aéroports de Paris/Commissie, ECLI:EU:C:2002:61, punt 74.
[6] Arrest Diego Cali.

zijn afweging of een activiteit economisch van aard is of niet. Zo is bijvoorbeeld ook relevant of er een verband is tussen de betreffende activiteit en de taken van de overheid, of er sprake is van een markt en of de activiteit ook wordt uitgevoerd door een particulier.

20. Een bestuursorgaan kan ook voor een deel van zijn activiteiten als onderneming worden aangemerkt, wanneer de daaronder vallende activiteiten als economische activiteiten moeten worden gekwalificeerd.[7] Voor het onderscheid is van belang of een overheidsinstantie een economische activiteit verricht die van de uitoefening van haar bevoegdheden van openbaar gezag kan worden losgekoppeld. Als een economische activiteit niet kan worden gescheiden van de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag, dan is er geen sprake van een economische activiteit.[8]

21. De stelling van het college dat bij de vaststelling van een overheidstaak het perspectief van de gebruiker doorslaggevend is, volgt niet uit Europese jurisprudentie. Evenmin volgt de ACM het college in zijn verwijzing naar een NMa-besluit in de zaak TNO-KPN Valley.[9] In deze zaak staat een discussie over marktafbakening centraal en daaruit kan niet worden afgeleid dat straatparkeren en slagboomparkeren dezelfde markt en economische activiteit betreffen.

22. In het licht van dit beoordelingskader gaat de ACM in op de vraag of straatparkeren en slagboomparkeren economisch van aard zijn of overheidstaken zijn.

4.1.2 Straatparkeren

23. De gemeente Veenendaal hanteert parkeerbeleid om de verdeling van de vaak schaarse parkeerruimte te reguleren om overlast te voorkomen. Een instrument dat de gemeente gebruikt voor de parkeerregulering is het invoeren van betaald parkeren en (onder meer) parkeren door vergunninghouders.[10] Het aanwijzen van de parkeerplaatsen, het afgeven van parkeervergunningen en de heffing van belasting op de deze parkeerplaatsen worden geregeld in verordeningen van de raad van de gemeente Veenendaal.

24. De vaststelling en de regulering van straatparkeren vindt plaats in de publiekrechtelijke sfeer. Op grond van artikel 225 Gemeentewet kan de gemeente in het kader van parkeerregulering belasting heffen voor het parkeren in de openbare ruimte. De wetgever heeft deze parkeerreguleringstaak expliciet en exclusief toegewezen aan gemeenten. Artikel 225, tweede lid, Gemeentewet ziet niet op slagboomparkeren.

25. De vaststelling van de parkeerregulering is alleen voorbehouden aan de gemeenteraad. Het college is exclusief bevoegd om parkeervergunningen af te geven. Het toezicht op de naleving van parkeerregels is eveneens wettelijk opgedragen aan het college.[11]

26. Kortom, de hoogte van de parkeertarieven voor straatparkeren, het innen daarvan, het toekennen van vergunningen en het houden van toezicht op de parkeerregels wordt gereguleerd binnen het publiekrechtelijke domein.

[7] HvJ-EU, C-138/11, Compass-Datenbank GmbH, ECLI:EU:C:2012:449, punt 37 e.v.
[8] Arrest Eurocontrol.
[9] Zaaknummer: 3238. Zie: https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/836/TNO-KPN-Valley.
[10] Toelichting Parkeerverordening gemeente Veenendaal 2010, p.1 (zie o.a.: https://repository.officiele-overheidspublicaties.nl/externebijlagen/exb-2017-27489/1/bijlage/exb-2017-27489.pdf).
[11] Artikel 14 van de Parkeerverordening Veenendaal.

27. Het college verwijst in dit verband met een beroep op het gelijkheidsbeginsel nog naar een besluit van de ACM in de zaak gemeente De Marne. Het college meent dat er een gelijkenis is met het betalen van leges en het heffen van belasting op straatparkeren. Het college besteedt daarmee slechts aandacht aan één enkel argument dat de ACM genoemd heeft in dat besluit. Terwijl de ACM daarin een reeks van verschillende argumenten heeft genoemd en gewogen om tot haar oordeel te komen dat in die zaak.[12] De exploitatie van ligplaatsen is geen uitoefening van overheidsgezag die bij of krachtens wet aan gemeenten is opgedragen. Er is dan ook geen sprake van een concrete wettelijke taak of bevoegdheid waarbij de exploitatie van ligplaatsen wordt gereguleerd. Dit komt onder meer tot uiting in het feit dat ligplaatsen ook worden geëxploiteerd door particuliere ondernemingen. Dit is anders in het geval van straatparkeren.

28. Dat artikel 229, eerste lid, onderdeel a, Gemeentewet in algemene zin de bevoegdheid creëert om rechten te heffen voor het gebruik van bepaalde (voor de openbare dienst bestemde) gemeentelijke bezittingen, maakt het exploiteren van ligplaatsen nog geen overheidstaak. Daarmee wordt immers geen concrete bevoegdheid in het leven geroepen om de exploitatie van ligplaatsen te reguleren. Artikel 225, eerste lid, Gemeentewet bepaalt echter wel concreet dat de daarin neergelegde bevoegdheid is toegekend in het kader van de parkeerregulering.

29. Het college heeft ook nog betoogd dat artikel 225 Gemeentewet geen publieke taakstelling bevat, doch slechts de mogelijkheid om belasting te heffen ten aanzien van een specifiek terrein. Het is echter slechts van belang of daadwerkelijk sprake is van de uitoefening van openbaar gezag door het overheidsorgaan. Daarvan kan ook sprake zijn als een wettelijke bevoegdheid wordt aangewend die het overheidsorgaan beslissingsruimte laat.

30. Gelet op het voorgaande, concludeert de ACM dat het reguleren van straatparkeren een activiteit is in het kader van de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag.

4.1.3 Slagboomparkeren

31. Het college biedt in het onderhavige geval slagboomparkeren aan op een bestaande markt[13] en treedt daarbij in concurrentie met ondernemingen – zoals Q-Park – die dezelfde dienst aanbieden op de markt. Marktpartijen zijn bovendien zelf in staat om slagboomparkeren aan te bieden. Zij kunnen zelf de tarieven bepalen, zijn zelf verantwoordelijk voor het opstellen van parkeerregels binnen hun garage en houden zelf toezicht de naleving van deze regels in hun garage. Het college heeft in deze markt geen bijzondere positie.

32. Slagboomparkeren heeft geen enkel verband met aan gemeenten opgedragen taken. Er bestaat geen concrete grondslag in de wet voor het reguleren van slagboomparkeren. Het is niet als zodanig als publieke taak aan het college opgedragen. Artikel 225 Gemeentewet ziet enkel op straatparkeren en niet op slagboomparkeren.

33. Gelet op het voorgaande komt de ACM tot de conclusie dat slagboomparkeren een economische activiteit is.

[12] Besluit van 24 augustus 2015 met kenmerk ACM/DM/2015/404645, randnummers 30-37. Zie: https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/14704_gemeente-de-marne-overtreedt-wet-markt-en-overheid-2015-08-24.pdf.
[13] Vergelijk het in noot 10 genoemde Aéroports de Paris waarin het bestaan van een markt als aanwijzing geldt dat er sprake is van een economische activiteit.

4.1.4 Tussenconclusie

34. De ACM concludeert dat straatparkeren een overheidstaak is die toekomt aan het college. Ingevolge artikel 25h, tweede lid, Mw valt straatparkeren niet onder de werking van hoofdstuk 4b Mw. Het aanbieden van slagboomparkeren is wel een economische activiteit.

4.2 Dezelfde markt?

35. Het college stelt dat als artikel 25i, eerste lid, Mw wel van toepassing is op de dienst parkeren (zowel straatparkeren als slagboomparkeren), het college het juiste aggregatieniveau hanteert. De inkomsten van straatparkeren kunnen volgens het college (mede) worden aangewend om de hoge kosten van slagboomparkeren te dekken, omdat beide vormen van parkeren tot dezelfde markt behoren.

36. Ter onderbouwing van zijn standpunt verwijst het college naar het Besluit Markt en Overheid. Dat besluit biedt een bestuursorgaan de mogelijkheid een aggregatieniveau te kiezen voor de berekening van de integrale kosten, dat verschillende goederen en diensten omvat. Daarover wordt in de toelichting bij het Besluit Markt en Overheid het volgende overwogen:

> "*(…) Een overheid kan voor de berekening van de integrale kosten een aggregatieniveau kiezen dat verschillende goederen en diensten omvat, voor zover zij eenzelfde markt betreffen*."[14]

37. De ACM heeft in paragraaf 7.1.2 van het besluit van 26 september 2017 vastgesteld dat straatparkeren een overheidstaak is. Ingevolge artikel 25h, tweede lid, Mw is straatparkeren uitgezonderd van de werkingssfeer van artikel 25i Mw. Daarom kan er niet van uit worden gegaan dat straatparkeren een marktactiviteit is. Van dezelfde markt als slagboomparkeren kan dan logischerwijs ook geen sprake zijn.

38. Gelet op het voorgaande heeft de ACM de kosten en baten die betrekking hebben op straatparkeren, terecht buiten beschouwing gelaten bij het berekenen van de integrale kosten van slagboomparkeren.

4.3 Correcties op de integrale kosten

39. De ACM heeft in de voorgaande paragrafen vastgesteld dat het college alle integrale kosten die samenhangen met slagboomparkeren dient door te berekenen in de parkeertarieven.

40. In het besluit van 26 september 2017 heeft de ACM eerder geoordeeld dat het college terecht een aantal correcties heeft toegepast. De ACM ging echter niet akkoord met de correctie die het college had toegepast voor de kapitaallasten van Brouwerspoort en de correctie op de uitgaven voor de proef 'gratis parkeren op zaterdag'. Het college stelt in bezwaar dat het wel gerechtvaardigd is om de correcties toe te passen.

41. Daarnaast stelt het college dat het eerlijk concurreert, aangezien nu marktconforme parkeertarieven worden gehanteerd voor slagboomparkeren.

[14] *Stb.* 2012, 255, punt 3.3. Zie ook: https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2012-255.html.

4.3.1 Kapitaallasten Brouwerspoort

42. Het college heeft niet de volledige kapitaallasten die samenhangen met het project Brouwerspoort meegenomen voor de berekening van de tarieven voor slagboomparkeren. Volgens het college zou deze correctie gerechtvaardigd zijn omdat door de economische crisis het oorspronkelijke plan van het nabijgelegen winkeloppervlak niet geheel is gerealiseerd. Verder meent het college dat als het alle kosten zou moeten doorberekenen, dit zal leiden tot de overtreding van de staatssteunregels.

43. In reactie hierop merkt de ACM allereerst het volgende op. Dat het winkeloppervlak waarop het aantal parkeerplaatsen oorspronkelijk was afgestemd niet geheel is verwezenlijkt door de economische crisis, is een ondernemersrisico dat voor de rekening komt van het college. De ACM ziet geen ruimte in de Mw om een deel van deze gemaakte kosten te corrigeren. Iedere andere onderneming in een soortgelijke situatie draagt dit ondernemersrisico en kan eventuele verliezen niet vereffenen met publieke gelden. Daarbij komt dat de parkeerplaatsen volledig zijn gerealiseerd en ook beschikbaar zijn gesteld aan bezoekers/afnemers. De daaruit voortvloeiende kosten zijn daadwerkelijk gemaakt. artikel 25i, eerste lid, Mw schrijft voor dat het college alle integrale kosten doorberekent die samenhangen met het verrichten van de economische activiteit. Deze kosten dienen daarom in de parkeertarieven te worden verwerkt.

44. De ACM ziet voorts niet in hoe het volledig doorberekenen van de kapitaalkosten in de parkeertarieven zou kunnen leiden tot een overtreding van staatssteunregels, zoals het college aanvoert in zijn bezwaarschrift. Indien de gemeente alle kosten in rekening brengt, is er immers geen sprake van selectieve steun die, met behulp van staatsmiddelen, wordt verleend aan een onderneming die economische activiteiten verricht. In feite is het juist de gemeente die door het hanteren van tarieven onder de kostprijs, andere ondernemers binnen haar gemeentegrenzen beconcurreert met behulp van subsidie.

4.3.2 Proef gratis parkeren op zaterdag

45. Het college stelt dat het terecht een correctie zou hebben toegepast in de berekening van de kosten voor het jaar 2016. Het gaat hier om de correctie op de kosten van de proef ‘gratis parkeren op zaterdag’.

46. De raad van de gemeente Veenendaal heeft bij besluit van 29 oktober 2015 de proef gratis parkeren op zaterdagen in de gemeentelijke garages voor de periode van 14 november 2015 tot 1 januari 2017 aangewezen als een activiteit in het algemeen belang.

47. Q-Park heeft tegen dit *algemeen belang*-besluit bezwaar en beroep ingesteld. Op 31 augustus 2017 heeft de bestuursrechter het beroep tegen dit *algemeen belang*-besluit gegrond verklaard, de beslissing op bezwaar vernietigd en het primaire besluit herroepen (voor zover daarbij is besloten tot aanwijzing van de proef gratis parkeren op zaterdagen in de gemeentelijke parkeergarages als een activiteit die plaatsvindt in het algemeen belang als bedoeld in artikel 25h, vijfde lid, Mw). Dit leidt ertoe dat de uitzondering in de zin van artikel 25h, vijfde lid, Mw geacht moet worden nooit van toepassing te zijn geweest op de proef ‘gratis parkeren op zaterdag’. Het college dient alle kosten en inkomsten door te berekenen en kan deze kosten niet corrigeren op grond van voornoemde uitzondering.

48. In bezwaar voert het college aan dat de kosten die het heeft gemaakt voor het *algemeen belang*-besluit ‘gratis parkeren op zaterdag’ feitelijk beleidskosten zijn. In zijn bezwaarschrift

stelt het college dat het kosten heeft gemaakt voor het onderzoek naar en de voorbereiding van toekomstig parkeerbeleid.

49. In het besluit van 26 september 2017 heeft de ACM de correctie die het college heeft toegepast voor de kosten die het maakt voor (het ontwikkelen van) parkeerbeleid geaccepteerd. Het college heeft hiervoor een kostenoverzicht overhandigd. De ACM heeft deze correctie geaccepteerd op grond van artikel 5, tweede lid, onder a, van het Besluit Markt en Overheid, waarin is bepaald dat "een bestuursorgaan niet is gehouden bij de kostendoorberekening, bedoeld in artikel 25i, eerste lid, Mw, de kosten in aanmerking te nemen van beleidsvoorbereiding en inspraak".

50. In bezwaar betoogt het college dat niet alleen die specifieke kosten, maar ook alle andere kosten die samenhangen met de proef 'gratis parkeren op zaterdag' kunnen worden beschouwd als beleidsvoorbereiding in de zin van artikel 25h, vijfde lid, Mw. Het college meent dat de gehele proef kan worden beschouwd als onderzoek naar concrete beleidsdoelstellingen. Desgevraagd heeft het college bevestigd dat daarmee het verschil wordt bedoeld tussen de parkeertarieven die eigenlijk op zaterdag in rekening hadden moeten worden gebracht en het nultarief dat op basis van de proef is gehanteerd.[15]

51. De ACM constateert dat het college daarmee feitelijk bepleit dat ook de kosten die het gevolg zijn van de implementatie van de proef 'gratis parkeren op zaterdag' kunnen worden beschouwd als kosten voor beleidsvoorbereiding in de zin van artikel 25h, vijfde lid, Mw. Hierin volgt de ACM het college niet. Kosten die voortvloeien uit de implementatie van beleid zijn immers niet gelijk te stellen met beleidsvoorbereiding. De correctie voor kosten die het college heeft gemaakt ten behoeve van (zuivere) beleidsvoorbereiding is al verdisconteerd in de berekening die ten grondslag ligt aan het besluit van 26 september 2017.

52. De ACM komt dan ook tot de conclusie dat de kosten van de implementatie van de proef 'gratis parkeren op zaterdag' terecht zijn meegenomen in de berekening van de integrale kosten van slagboomparkeren in het besluit van 26 september 2017.

4.3.3 Oneerlijke concurrentie

53. Artikel 25i, eerste lid, Mw bepaalt dat een overheidsorgaan in de uitoefening van economische activiteiten tenminste alle integrale kosten dient door te berekenen. De ratio hierachter is het voorkomen dat met publieke gelden een economische activiteit wordt betaald. Artikel 25i, eerste lid, Mw schrijft echter niet voor dat overheidsorganen marktconforme tarieven dienen te hanteren, wat het college daar ook onder moge verstaan.

54. Artikel 25i, eerste lid, Mw gaat uit van het hanteren van kostendekkende tarieven. Dit artikel voorziet niet in een uitzondering op dit uitgangspunt met de strekking dat het hanteren van tarieven die (ongeveer) gelijk zijn aan die van de concurrentie (onder omstandigheden) ook volstaat. Daarom ziet de ACM in bezwaar evenmin aanleiding om te oordelen dat met het hanteren van dergelijke tarieven wordt voldaan aan de norm die is neergelegd in artikel 25i, eerste lid, Mw.

[15] Verslag hoorzitting 30 januari 2018, p. 8.

4.3.4 Tussenconclusie

55. De ACM concludeert dat de door het college gewenste correcties in strijd zijn met de Mw. Dit brengt met zich mee dat het college de volledige kapitaallasten van het project Brouwerspoort en de volledige kosten van de proef 'gratis parkeren op zaterdag' moet doorberekenen. Artikel 25i, eerste lid, Mw gaat uit van het hanteren van kostendekkende tarieven en niet marktconforme tarieven.

56. Uit het voorgaande volgt dat de ACM in bezwaar haar oordeel handhaaft dat het college vanaf 1 juli 2014 tot en met 31 december 2016 niet alle integrale kosten heeft doorberekend in de parkeertarieven van slagboomparkeren. Het college voldoet hierdoor niet aan de verplichting tot doorberekening van ten minste de integrale kosten, zoals neergelegd in artikel 25i Mw. In het besluit van 26 september 2017 is terecht geconstateerd dat het college de Mw heeft overtreden.

4.4 Last onder dwangsom

57. Het college stelt dat de last onder dwangsom dient te worden herroepen door de ACM, omdat de raad van de gemeente Veenendaal een *algemeen belang*-besluit heeft genomen.

58. Op 25 januari 2018 heeft de gemeenteraad een nieuw *algemeen belang*-besluit genomen voor slagboomparkeren. In dit besluit is bepaald dat het college voor slagboomparkeren voortaan marktconforme tarieven hanteert. Het gevolg van dit *algemeen belang*-besluit is dat hoofdstuk 4b Mw niet (meer) van toepassing zijn op deze activiteit. Dit besluit is vanaf 30 januari 2018 van kracht.

59. Op 30 januari 2018 heeft de ACM de last onder dwangsom opschort totdat het *algemeen belang*-besluit onherroepelijk is of is geschorst.[16] Op grond van artikel 6:19 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) richt zich het bezwaar ook tegen het opschortingsbesluit van de ACM om de werking van de last onder dwangsom op te schorten.

60. Ten tijde van de oplegging van de last onder dwangsom was sprake van een overtreding van de Mw. Het *algemeen belang*-besluit is genomen gedurende de begunstigingstermijn van de last onder dwangsom en voorafgaand aan deze beslissing. Er is hierdoor sprake van nieuwe feiten en omstandigheden die de ACM meeneemt in haar heroverweging.

61. Het *algemeen belang*-besluit leidt er toe dat de ACM gedurende de werking van dit besluit niet bevoegd is handhavend op te treden tegen slagboomparkeren in de gemeente Veenendaal. Hoofdstuk 4b Mw is immers niet van toepassing op economische activiteiten die plaatsvinden in het algemeen belang.

62. Uit het voorgaande volgt dat de ACM gedurende de werking van het *algemeen belang*-besluit niet bevoegd is daarvoor een last onder dwangsom op te leggen aan het college. Daarom herroept de ACM ingevolge artikel 7:11 Awb de last onder dwangsom en het opschortingsbesluit.

63. Gelet op het voorgaande komt de ACM niet meer toe aan bespreking van de (overige) bezwaargronden van het college met betrekking tot de last onder dwangsom en het opschortingsbesluit.

[16] Kenmerk ACM/UIT/314202.

64. De herroeping van de last onder dwangsom en het opschortingsbesluit is het gevolg van nieuwe feiten en omstandigheden die zich voordoen in bezwaar. De ACM is dan ook niet bevoegd om in dit geval op grond van artikel 7:15, tweede lid, Awb over te gaan tot toekenning van een vergoeding van de kosten die het college in de bezwaarfase heeft gemaakt. Er is in dit geval immers geen sprake van een aan de ACM te wijten onrechtmatigheid.

4.5 Conclusie

65. Gelet op al het voorgaande ziet de ACM aanleiding de last onder dwangsom en het opschortingsbesluit te herroepen.

66. Daarnaast concludeert de ACM dat het bezwaar tegen het besluit van 26 september 2017 ongegrond is.

5 Besluit

67. De Autoriteit Consument en Markt:

I. verklaart de bezwaren van het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Veenendaal tegen het besluit van 26 september 2017 (kenmerk ACM/DM/282891) ongegrond;
II. herroept de besluiten van 10 november 2017 (kenmerk ACM/UIT/314202) en van 30 januari 2018 (kenmerk ACM/UIT/448280);
III. wijst het verzoek om vergoeding van de in de bezwaarfase gemaakte kosten af.

Hoogachtend,

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

W.g.
mr. M.T.P.J. van Oers
Directeur Directie Juridische Zaken

Als u rechtstreeks belanghebbende bent, kunt u beroep instellen tegen dit besluit. Stuur uw gemotiveerde beroepschrift naar de Rechtbank Rotterdam, Sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam. Dit moet u doen binnen zes weken na bekendmaking van dit besluit. Meer informatie over de beroepsprocedure vindt u op www.rechtspraak.nl.

Bijlage

Juridisch kader

Mededingingswet / Wet Markt en Overheid

Artikel 2 Mw luidt:

"De Autoriteit Consument en Markt is belast met het toezicht op de naleving van het bij of krachtens deze wet bepaalde."

Artikel 25h Mw luidt, voor zover hier van belang:

> "(…)
> 2. Dit hoofdstuk is niet van toepassing op het aanbieden van goederen of diensten door bestuursorganen aan andere bestuursorganen of aan overheidsbedrijven voor zover deze goederen of diensten zijn bestemd voor de uitvoering van een publiekrechtelijke taak.
> 3. Dit hoofdstuk is niet van toepassing op bestuursorganen als bedoeld in artikel 1.1, eerste lid, onder b, van de Algemene wet bestuursrecht en op bestuursorganen van openbare lichamen van beroep en bedrijf die zijn ingesteld op grond van artikel 134 van de Grondwet.
> (…)"

Artikel 25i Mw luidt, voor zover hier van belang:

> "1. Een bestuursorgaan dat economische activiteiten verricht, brengt de afnemers van een product of dienst ten minste de integrale kosten van dat product of die dienst in rekening.
> (…)"

Besluit Markt en Overheid

In het Besluit Markt en Overheid[17] zijn, op grond van artikel 25m, eerste lid, Mw nadere regels gesteld over de toepassing van de plicht tot integrale kostendoorberekening (art. 25i, eerste lid, Mw) en het bevoordelingsverbod (ex art. 25j, eerste lid, Mw). De nadere regels over de plicht tot integrale kostendoorberekening gaan onder andere in op:

a. de (soort van) goederen en diensten waarop de kostendoorberekening moet worden toegepast (aggregatieniveau in de activiteiten);
b. de in aanmerking te nemen kostensoorten (operationele kosten, afschrijvings- en onderhoudskosten en vermogenskosten);
c. de bron van de door te berekenen kosten (bijvoorbeeld: raming, realisatie).

Artikel 3 van het Besluit Markt en Overheid, dat ziet op uitgangspunten voor kostendoorberekening, luidt:

> "De doorberekening van de integrale kosten van goederen of diensten, bedoeld in artikel

[17] Besluit van 6 juni 2012, houdende regels voor overheden over de doorberekening van kosten en de toepassing van het bevoordelingsverbod.

25i, eerste lid, van de wet, geschiedt op grond van consequent toegepaste en objectief te rechtvaardigen bedrijfseconomische principes, met dien verstande dat de kosten worden berekend met toepassing van een stelsel van baten en lasten."

Artikel 4 van het Besluit Markt en Overheid, dat ziet op categorieën van goederen en diensten, luidt:

"Indien bij het verrichten van economische activiteiten verscheidene soorten goederen of diensten worden aangeboden, kan de kostendoorberekening, bedoeld in artikel 25i, eerste lid, van de wet, voor deze goederen of diensten gezamenlijk geschieden voor zover die goederen of diensten tot dezelfde markt behoren."

Artikel 5 van het Besluit Markt en Overheid, dat ziet op het kostenbegrip, luidt:

"1. Bij de kostendoorberekening, bedoeld in artikel 25i, eerste lid, van de wet, worden in elk geval in aanmerking genomen:
   a. operationele kosten;
   b. afschrijvings- en onderhoudskosten;
   c. vermogenskosten.
2. Een bestuursorgaan is niet gehouden bij de kostendoorberekening, bedoeld in artikel 25i, eerste lid, van de wet, de kosten in aanmerking te nemen van:
   a. beleidsvoorbereiding en inspraak;
   b. toezicht en handhaving;
   c. bezwaar en beroep."

Artikel 6 van het Besluit Markt en Overheid, dat ziet op kosten inzake activa, luidt:

"Indien voor de kostendoorberekening, bedoeld in artikel 25i, eerste lid, van de wet, kosten worden bepaald die betrekking hebben op activa, wordt daarbij uitgegaan van de jaarstukken, voor zover deze relevante gegevens betreffende die activa bevatten, en van de regels die bij of krachtens wet inzake de waardering en afschrijving van activa zijn bepaald, onverlet het bepaalde in artikel 3."

Artikel 7 van het Besluit Markt en Overheid, dat ziet op vermogenskosten, luidt:

"Indien voor de kostendoorberekening, bedoeld in artikel 25i, eerste lid, van de wet, de in artikel 25i, derde lid, van de wet bedoelde vermogenskosten worden bepaald, wordt daarbij uitgegaan van de gewogen gemiddelde kosten van het vermogen dat wordt aangewend voor de financiering van de desbetreffende economische activiteiten, tenzij het activiteiten betreft waarvoor afzonderlijke financiering plaatsvindt."

Artikel 8 van het Besluit Markt en Overheid, dat ziet op toerekening, luidt:

"Ongeacht of het directe of indirecte kosten betreft, worden bij de kostendoorberekening, bedoeld in artikel 25i, eerste lid, van de wet, de kosten van productiemiddelen die geheel of gedeeltelijk worden aangewend voor het leveren van goederen of het verrichten van diensten naar rato van het gebruik van die productiemiddelen toegerekend aan die goederen of diensten."