

RAADSBSLUIT

ZAAKNUMMER	BEHANDELEND AMBTENAAR	SECTOR	PORT. HOUDER
2049608	Dijk, Mark van	MID-TJZ	Bron, Jan
ONDERWERP			
Bezwaar Q-Park tegen aanwijzen parkeergarage als activiteit die plaatsvindt i/h alg. belang			



DE RAAD VAN DE GEMEENTE HENGelo BESLUIT:

- Het namens Q-Park Operations Netherlands II B.V. ingediende bezwaarschrift van 12 februari 2016, ontvangen op 13 februari 2016 tegen het besluit de gemeentelijke parkeergarage aan te wijzen als een activiteit die plaatsvindt in het algemeen belang als bedoeld in artikel 25 h, lid 5 Mededingingswet, conform het advies van de bezwaarschriftencommissie, niet-ontvankelijk te verklaren;
- het bezwaarschrift van 3 mei 2016, ontvangen 4 mei 2016 tegen het besluit de gemeentelijke parkeergarage aan te wijzen als een activiteit die plaatsvindt in het algemeen belang als bedoeld in artikel 25 h, lid 5 Mededingingswet, ongegrond te verklaren, het bestreden besluit te handhaven onder aanvulling van de motivering en onder toevoeging van de voorwaarde dat de huidige tarieven niet worden verlaagd en dat in de parkeergarage geen gratis parkeren acties worden gehouden;
- het verzoek om proceskostenvergoeding af te wijzen omdat het bestreden besluit niet wordt herroepen.

PUBLIEKSVRIENDELIJKE SAMENVATTING

Wanneer een overheidsorgaan economische activiteiten verricht moet daarvoor op grond van de mededingingswet de integrale kostprijs worden doorberekend. Economische activiteiten die plaatsvinden in het algemeen belang, zijn uitgezonderd van deze verplichting. In de Mededingingswet is bepaald welk bestuursorgaan bevoegd is vast te stellen dat een economische activiteit plaatsvindt in het algemeen belang. De algemeen belangvaststelling voor een gemeente vindt plaats door de gemeenteraad. De gemeenteraad van de gemeente Hengelo heeft besloten om de exploitatie van de gemeentelijke parkeergarage aan te wijzen als een dienst, die plaatsvindt in het algemeen belang. Q-Park heeft bij brieven van 12 februari 2016 en 3 mei 2016 bezwaar gemaakt tegen dit besluit. Het bezwaarschrift is ter advisering voorgelegd aan de commissie voor de bezwaarschriften. Naar het oordeel van de commissie heeft Q-park terecht aangegeven dat onvoldoende onderbouwd is dat sprake is van een activiteit die voor de samenleving van algemeen belang is. De commissie is van oordeel dat het "faciliteren van de aanwezige detailhandel, horeca en instellingen in het gebied" een dermate vage omschrijving is, dat dit niet als deugdelijke onderbouwing van een algemeen belang kan dienen. De commissie is dan ook van mening dat het bestreden besluit onder andere op dit punt onvoldoende gemotiveerd is. Dit gebrek zou naar het oordeel van de commissie hersteld kunnen worden in de beslissing op bezwaar. Ter zitting hebben de vertegenwoordigers van de gemeente aangegeven dat het algemeen belang is gediend met een parkeergarage op deze plek om te voldoen aan de parkeervraag van het hotel en het theater. In de omgeving van deze instellingen is weinig parkeerruimte op het maaiveld. De parkeergarage voorziet in de benodigde parkeerruimte. Daarmee wordt hinderlijk foutparkeren in dit deel van de binnenstad voorkomen. Bij piekbelastingen wordt verder voorkomen dat de ringweg komt vast te staan met auto's op zoek naar een parkeerplaats. Verder is de parkeergarage gebouwd om het aanbod van parkeergelegenheid geografisch te spreiden over de stad en af te stemmen op de richtingen waaruit het meeste verkeer de stad benadert. De commissie is van oordeel dat deze motivering het besluit wel kan dragen. De commissie heeft dan ook geadviseerd het bezwaarschrift ongegrond te verklaren en het bestreden besluit in stand te laten onder verbetering van de motivering en aanvulling van de voorwaarden.

DE GEMEENTERAAD VAN HENGelo,

DATUM

De griffier

De voorzitter

RAADSADVIES

ZAAKNUMMER	BEHANDELEND AMBTENAAR	SECTOR	PORT. HOUDER
2049608	Dijk, Mark van	MID-TJZ	
ONDERWERP			
Bezwaar Q-Park tegen aanwijzen parkeergarage als activiteit die plaatsvindt in het algemeen belang als bedoeld in artikel 25 h, lid 5 Mededingingswet.			



AANLEIDING, DOEL EN WAT GING ER AAN VOORAF

Door Q-park -Park Operations Netherlands II B.V. is bezwaar gemaakt tegen het besluit van de gemeenteraad de gemeentelijke parkeergarage aan te wijzen als een activiteit die plaatsvindt in het algemeen belang als bedoeld in artikel 25 h, lid 5 Mededingingswet.

Wanneer een overheidsorgaan economische activiteiten verricht moet daarvoor op grond van de mededingingswet de integrale kostprijs worden doorberekend. Economische activiteiten die plaatsvinden in het algemeen belang zijn uitgezonderd van deze verplichting. In de Mededingingswet is bepaald welk bestuursorgaan bevoegd is vast te stellen dat een economische activiteit plaatsvindt in het algemeen belang. De algemeen belangvaststelling voor een gemeente vindt plaats door de gemeenteraad. De gemeenteraad van de gemeente Hengelo heeft besloten om de exploitatie van de gemeentelijke parkeergarage aan te wijzen als een dienst, die plaatsvindt in het algemeen belang. Q-Park heeft bij brieven van 12 februari 2016 en 3 mei 2016 bezwaar gemaakt tegen dit besluit.

Het bezwaarschrift is ter advisering voorgelegd aan de commissie voor de bezwaarschriften. Naar het oordeel van de commissie heeft Q-park terecht aangegeven dat onvoldoende onderbouwd is dat sprake is van een activiteit die voor de samenleving van algemeen belang is. De commissie is van oordeel dat het "faciliteren van de aanwezige detailhandel, horeca en instellingen in het gebied" een dermate vage omschrijving is, dat dit niet als deugdelijke onderbouwing van een algemeen belang kan dienen. De commissie is dan ook van mening dat het bestreden besluit onder andere op dit punt onvoldoende gemotiveerd is. Dit gebrek zou naar het oordeel van de commissie hersteld kunnen worden in de beslissing op bezwaar. Ter zitting hebben de vertegenwoordigers van de gemeente aangegeven dat het algemeen belang is gediend met een parkeergarage op deze plek om te voldoen aan de parkeervraag van het hotel en het theater. In de omgeving van deze instellingen is weinig parkeerruimte op het maaiveld. De parkeergarage voorziet in de benodigde parkeerruimte. Daarmee wordt hinderlijk foutparkeren in dit deel van de binnenstad voorkomen. Bij piekbelastingen wordt verder voorkomen dat de ringweg komt vast te staan met auto's op zoek naar een parkeerplaats. Verder is de parkeergarage gebouwd om het aanbod van parkeergelegenheid geografisch te spreiden over de stad en af te stemmen op de richtingen waaruit het meeste verkeer de stad benadert. De commissie is van oordeel dat deze motivering het besluit wel kan dragen. De commissie heeft dan ook geadviseerd het bezwaarschrift ongegrond te verklaren en het bestreden besluit in stand te laten onder verbetering van de motivering.

Voorgesteld wordt het bezwaarschrift ongegrond te verklaren en het bestreden besluit in stand te laten onder verbetering van de motivering en onder toevoeging van de voorwaarde dat de huidige tarieven niet worden verlaagd en dat in de parkeergarage geen gratis parkeren acties worden gehouden.

INHOUD VAN HET VOORSTEL

Voorgesteld wordt:

- het namens Q-Park Operations Netherlands II B.V. ingediende bezwaarschrift van 12 februari 2016, ontvangen op 13 februari 2016 tegen het besluit de gemeentelijke parkeergarage aan te wijzen als een activiteit die plaatsvindt in het algemeen belang als bedoeld in artikel 25 h, lid 5 Mededingingswet, conform het advies van de bezwaarschriftencommissie, niet-ontvankelijk te verklaren;
- het bezwaarschrift van 3 mei, ontvangen 4 mei 2016 tegen het besluit de gemeentelijke parkeergarage aan te wijzen als een activiteit die plaatsvindt in het algemeen belang als bedoeld in artikel 25 h, lid 5 Mededingingswet, ongegrond te verklaren, het bestreden besluit te handhaven onder aanvulling van de motivering en onder toevoeging van de voorwaarde dat de huidige tarieven niet worden verlaagd en dat in de parkeergarage geen gratis parkeren acties worden gehouden;
- het verzoek om proceskostenvergoeding af te wijzen omdat het bestreden besluit niet wordt herroepen.

BESPREEK- EN BESLISPUNTEN

Op 12 juli 2016 heeft de commissie voor de bezwaarschriften (commissie) advies uitgebracht inzake de bezwaarschriften van Q-park. De commissie adviseert in haar advies tot ongegrondverklaring van het bezwaarschrift en handhaving van het besluit onder aanvulling van de motivering. Daartoe oordeelde de commissie, met inachtneming van de aanvullende motivering die ter hoorzitting is gegeven, dat: (i) het bestreden besluit onvoldoende gemotiveerd is voor wat betreft (de afbakening van) het algemeen belang dat wordt gediend; (ii) dat voldoende aannemelijk is gemaakt dat bij de exploitatie van de parkeergarage sprake is van marktfalen; (iii) dat de aanwijzing van de parkeergarage als activiteit van algemeen belang niet in strijd is met de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit en; (iv) dat het bestreden niet in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel tot stand is gekomen.

Ter nadere motivering van het bestreden besluit is in het concept van de beslissing op bezwaar:

- (i) gecijferd wat de integrale kostprijs voor de parkeergarage aan de BP Hofstedestraat zou moeten zijn;
- (ii) in het kader van de belangenafweging de voorwaarde aan het besluit verbonden dat de gehanteerde tarieven niet zullen worden verlaagd en dat geen gratis-parkeren-acties zullen worden uitgevoerd;
- (iii) de motivering overgenomen zoals deze blijkt uit het advies van de commissie ter zitting is aangevuld;
- (iv) de eventuele parkeertarieven in de nabijheid van de parkeergarage BP Hofstedestraat inzichtelijk gemaakt;
- (v) het verband tussen de door de Gemeente beoogde (tarief)voorwaarden enerzijds en het marktfalen anderzijds uitdrukkelijk benoemd;
- (vi) verwezen naar de aangesloten bij het gemeentelijk parkeerbeleid ter nadere onderbouwing van het algemeen belang.

Bij een eventuele wens om de tarieven wel aan te passen zal het besluit tot aanwijzing van de garage als een dienst, die plaatsvindt in het algemeen belang gewijzigd moeten worden en staat er opnieuw bezwaar open. De voorwaarde vormt een essentieel onderdeel van de afweging die gemaakt moet worden tussen de belangen van Q-park en het algemeen belang. Het algemeen belang blijkt te kunnen worden behartigd met het tarief dat thans wordt gehanteerd. Het voornaamste belang van Q-park is dat het bestreden besluit de gemeente een vrijbrief geeft om de tarieven onbeperkt te verlagen en Q-park oneigenlijk kan concurreren. Door het opnemen van deze voorwaarde kan dat bezwaar worden weggenomen.

FINANCIËLE ASPECTEN

Geen

BIJLAGE(N)

Conceptbeschikking op bezwaar
Berekening integrale kostprijs
Advies van de commissie voor de bezwaarschriften
Verslag van de hoorzitting

Dit raadsadvies is vastgesteld door het college van B & W van Hengelo.

Commissie voor de bezwaarschriften

Advies inzake de bezwaarschriften van 12 februari 2016 en 3 mei 2016 van Pot Jonker advocaten ingediend namens Q-park Operations Netherlands II B.V. (verder te noemen Q-park) tegen het besluit van de gemeenteraad van 3 december 2014, bekendgemaakt 23 februari 2016, tot het aanwijzen van de exploitatie van de gemeentelijke parkeergarage als economische activiteit van algemeen belang.

1. Ontvankelijkheid

Het voornoemde besluit is een besluit in de zin van artikel 1:3 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).

Ingevolge artikel 6:7 van de Awb bedraagt de termijn voor het indienen van een bezwaar- of beroepschrift zes weken. In artikel 6:8, eerste lid, van de Awb is bepaald dat de termijn aanvangt met ingang van de dag na die waarop het besluit op de voorgeschreven wijze bekend is gemaakt. Artikel 6:9, eerste lid, van de Awb bepaalt dat een bezwaarschrift tijdig is ingediend indien het voor het einde van de termijn is ontvangen.

Het besluit is bekendgemaakt op 24 februari 2016. Het bezwaarschrift van 12 februari 2016 is ontvangen op 13 februari 2016. Het bezwaarschrift van 3 mei 2016 is ontvangen op 4 mei 2016. Hieruit volgt dat het bezwaarschrift van 12 februari 2016 te vroeg is ingediend. Op dat moment was het bestreden besluit immers nog niet in werking getreden. Naar het oordeel van de commissie verkeerde appellant ook niet in de veronderstelling dat het besluit al wel in werking was getreden. Het bezwaarschrift van 12 februari 2016 moet daarom niet-ontvankelijk verklaard worden.

Het bezwaarschrift van 3 mei 2016 is tijdig is ingediend. Op dit moment wordt er parkeerbelasting geheven. Daardoor is het vereiste van de integrale doorberekening van de kostprijs mogelijk niet van toepassing op de exploitatie van de betrokken parkeergarage. Naar het oordeel van de commissie is appellant desalniettemin aan te merken als belanghebbende in de zin van artikel 1:2 van de Awb. Als gevolg van het bestreden besluit behoeft de gemeente Hengelo niet de integrale kostprijs van de parkeergarage door te berekenen aan haar klanten. Daardoor kan zij parkeergelegenheid aanbieden onder de kostprijs. Appellant exploiteert een parkeergarage in de directe nabijheid. Appellant wordt door het bestreden besluit dan ook rechtstreeks in haar belang geraakt. Het feit dat er nu parkeerbelasting wordt geheven door de gemeente doet daar niet aan af. Indien de gemeente in de toekomst zal besluiten om alsnog (civielrechtelijk) betaald parkeren in te voeren zal het bestreden besluit alsnog doeltreffen. Tegen die tijd kan appellant evenwel niet meer met succes bezwaar aantekenen tegen het bestreden besluit, omdat de bezwarentermin op dat moment zal zijn verlopen. Appellant kan derhalve zijn belangen alleen veilig stellen door thans bezwaar te maken.

2. Bezwaren

Samengevat en voor zover hier van belang voert appellant de volgende gronden van bezwaar aan:

Aan het besluit ligt de navolgende motivering ten grondslag:

"De gemeente Hengelo verricht vele economische activiteiten in de vorm van diensten en prestaties. Op grond van de zogeheten Wet Markt en Overheid moet zij daarvoor de kosten volledig in rekening brengen aan de afnemers. In enkele gevallen gebeurt dat niet. Bijvoorbeeld het zwembad en de gratis openbare fietsenstalling. De gemeente vindt het belangrijk dat deze activiteiten op deze wijze blijven plaatsvinden. Dat kan als de gemeenteraad die activiteiten op grond van artikel 25 van de Mededingingswet aanwijst als activiteiten van 'algemeen belang'. De openbare consultatieronde heeft geen reacties en dus ook geen afwijkende zienswijzen opgeleverd."

Ten aanzien van de exploitatie van de parkeergarage is meer in het bijzonder het volgende opgenomen:

"Het niet volledig in rekening brengen van de integrale kostprijs heeft bij het BP Hofstedestraat ten doel het tarief zodanig te houden dat dit het gebruik maken van deze garage stimuleert en zo het faciliteren van de aanwezige detailhandel, horeca en instellingen in het gebied. Daarnaast wensen wij geen te grote verschillen in de tarieven van de garages onderling, omdat anders bepaalde gebieden minder aantrekkelijk voor bezoekers worden. Voor de BP Hofstedestraat geldt, dat het tarief is bedoeld om het gebruik van de parkeergelegenheid te stimuleren, maar wel tegen een

tarief, dat niet zodanig is, dat dit leidt tot een minder gebruik van de overige aanwezige mogelijkheden.

NB. Met ingang van 28 oktober a.s. zal de gemeente als eigenaar het beheer en de exploitatie van deze garage op zich nemen. Er wordt een tweejarige proef gestart met het heffen van parkeerbelasting in deze parkeergarage. Het wettelijk regiem is alsdan gelegen in de Gemeentewet en is derhalve de Wet M en O niet van toepassing."

Op grond van artikel 25h lid 6 Mededingingswet, kan een bepaalde economische activiteit aangewezen worden als een activiteit c.q. dienst in het algemeen belang. Indien een dergelijk aanwijzingsbesluit heeft plaatsgevonden, wordt de betreffende economische activiteit - in het onderhavige geval de gratis aangeboden parkeerplaatsen in de parkeergarages - onttrokken aan de overige gedragsregels uit Hoofdstuk 4b van de Mededingingswet, zoals ingevoerd bij de Wet M en O.

Q-Park is van mening dat het bestreden besluit in strijd is met (het doel en de strekking van) de Wet M en O. Verder is het besluit volgens Q-Park onvoldoende gemotiveerd en kan de motivering het bestreden besluit niet dragen. Het bestreden besluit is daarnaast in strijd met de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Tot slot is het besluit in strijd met de vereiste zorgvuldigheid tot stand gekomen.

Q-Park ligt deze stellingen als volgt toe.

Het bestreden besluit is onvoldoende gemotiveerd en in strijd met de Wet M en O

Een besluit tot aanwijzing van een bepaalde activiteit als een "activiteit c.q. dienst in het algemeen belang" (ook wel genoemd een algemeen belang besluit, verder aan te duiden als een "ABB"), dient deugdelijk gemotiveerd te worden omdat een dergelijk besluit de gemeente in staat stelt om op oneerlijke wijze te concurreren met de marktpartijen. Q-Park constateert dat een deugdelijke motivering om het parkeren aan te wijzen als een activiteit c.q. dienst in het algemeen belang ontbreekt én dat de (wél) aanwezige motivering het bestreden besluit niet kan dragen.

Volgens Q-Park kan de onderhavige economische activiteit, dat wil zeggen het aanbieden van parkeerplaatsen, hoe dan ook niet aangemerkt worden als een economische dienst van algemeen belang. In dat verband kan gewezen worden op de (door het ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie, opgestelde) 'Handreiking Wet Markt en Overheid' (verder te noemen: de "Handreiking"):

"het algemeen belang dat specifiek met de economische activiteiten moet worden behartigd, dient concreet te worden omschreven. Soms kan daarvoor worden verwezen naar wetgeving en de bijbehorende toelichting. In andere gevallen dient een bestuursorgaan 'ad hoe' te omschrijven welk algemeen belang met de uitvoering wordt gediend. Dat algemeen belang is er niet, indien de markt zelf voorziet in het aanbod van de desbetreffende goederen of diensten (geen sprake van marktfalen). Evenmin wordt als algemeen belang aangemerkt het eigen financieel of economisch belang van de desbetreffende overheid. Er moet dus sprake zijn van een breder belang." (Handreiking p. 26).

Kortom: uw Raad had in de motivering van het bestreden besluit niet alleen aan moeten geven welk algemeen belang behartigd wordt, maar ook moeten aangeven én aannemelijk moeten maken dat er sprake is van een situatie dat de markt niet voorziet in het aanbod van de desbetreffende goederen of diensten. Van een dergelijk marktfalen is in het onderhavige geval evident geen sprake: de Q-Park Parkeergarage voorziet in het gewenste parkeeraanbod. Dit gebeurt echter logischerwijs niet tegen een verlieslatende prijs, maar van de marktpartijen hoeft én kan ook niet verwacht worden dat zij hun diensten verlieslatend aanbieden.

Zonder dit marktfalen is er volgens de Handreiking geen sprake van activiteit waarvoor een ABB genomen mocht worden. Uit niets blijkt overigens dat uw Raad überhaupt onderzoek heeft gedaan naar een eventueel marktfalen.

Ook uit de Memorie van Toelichting bij de Wet M en O volgt dat niet zomaar elke activiteit als een activiteit van algemeen belang kan worden aangewezen:

"Diensten van algemeen economisch belang zijn diensten die voor de samenleving van algemeen belang worden geacht. Deze diensten onderscheiden zich van «gewone diensten» door de aanwezigheid van publieke belangen met betrekking tot bijvoorbeeld kwaliteit, toegankelijkheid of leveringszekerheid. {Kamerstukken II, 31 354, nr. 3, p. 36}.

Er moet sprake zijn van een zodanig publiek belang, dat de door de gemeente aangeboden dienst zich onderscheidt van een "gewone dienst". Dit is bijvoorbeeld het geval indien de kwaliteit, toegankelijkheid of leveringszekerheid van de dienst gegarandeerd moet worden. Op géén enkele wijze wordt in het bestreden besluit gemotiveerd - laat staan aannemelijk gemaakt - dat er een publiek belang wordt gediend dat niet door de marktpartijen kan worden geleverd.

In het besluit wordt gesuggereerd dat er weldegelijk sprake is van een algemeen belang, omdat de aanwezige detailhandel, horeca en instellingen in het gebied worden gefaciliteerd en omdat het besluit het gebruik van de parkeergarages zou stimuleren. Hiermee is echter nog niet onderbouwd dat sprake is van een activiteit die voor de samenleving van algemeen belang is. Op géén enkele manier is immers aannemelijk gemaakt dat bijvoorbeeld de kwaliteit, toegankelijkheid of

leveringszekerheid in het gedrang zouden komen indien de parkeerdiensten kostendekkend werden aangeboden.

Bovendien dient opgemerkt te worden dat het "faciliteren van de aanwezige detailhandel, horeca en instellingen in het gebied" een dermate vage omschrijving is, dat dit niet als deugdelijke onderbouwing van een algemeen belang kan dienen. Op basis van de hiervoor genoemde Handreiking dient het algemeen belang concreet omschreven te worden. Het "faciliteren van de aanwezige detailhandel, horeca en instellingen in het gebied" kan niet als een dergelijke concrete omschrijving aangemerkt worden.

Verder dient opgemerkt te worden dat de belangen van de genoemde detailhandel, horeca en instellingen, hoe dan ook niet als algemeen belang kwalificeren. Dit is een specifiek belang van de betreffende ondernemers. Over het beoogde gevolg dat "dit [besluit] het gebruik maken van deze garage stimuleert", kan Q-Park ook kort zijn. Dit is immers geen algemeen belang maar een commercieel belang van de gemeente zelf.

Het besluit is dan ook in strijd met het doel en de strekking van de Wet M en O en bovendien volstrekt onvoldoende gemotiveerd. Reeds hierdoor dient het besluit door uw Raad herroepen te worden.

Verder is Q-Park van mening dat de gegeven motivering het bestreden besluit niet kan dragen. Er blijkt namelijk nergens uit - als al aanvaard wordt dat het algemeen belang door dit besluit wordt gediend - dat de gekozen maatregel het algemene belang daadwerkelijk zal dienen.

Uit uitgebreid (wetenschappelijk) onderzoek is bij herhaling duidelijk naar voren gekomen dat er géén verband bestaat tussen het bezoek aan een winkelcentrum en de hoogte van de parkeerkosten.[^] De in de motivering van het besluit impliciet besloten stelling, dat de detailhandel, horeca en overige instellingen beter bereikt zullen worden én dat de omzet van de ondernemingen zal toenemen, door de parkeerkosten laag te houden, is dan ook onjuist. Als er al sprake zou zijn van de behartiging van een algemeen belang, dan staat vast dat de door uw Raad gekozen maatregel het beoogde doel niet zal verwezenlijken. Daarmee is het besluit overigens ook in strijd met de vereiste zorgvuldigheid, omdat uw Raad had behoren te onderzoeken of de gekozen maatregel het beoogde doel überhaupt kon realiseren. Uit niets in het bestreden besluit blijkt dat een dergelijk onderzoek is gedaan.

Q-Park concludeert daarmee dat het bestreden besluit niet in stand kan blijven, uit niets blijkt dat dit besluit daadwerkelijk een activiteit van algemeen economisch belang behartigt. Hiervoor moet minimaal sprake zijn van marktfalen, hetgeen niet onderbouwd is en waar overigens ook geen sprake van is. De redenen die uw Raad wél heeft aangevoerd kunnen het besluit verder ook niet dragen; uit niets blijkt dat dit besluit daadwerkelijk het gepretendeerde algemeen belang zou kunnen dienen.

Eisen van proportionaliteit en subsidiariteit

Volgens de Handreiking dient afgewogen te worden of het noodzakelijk én proportioneel is om een bepaalde activiteit aan te merken als een activiteit van algemeen belang:

"Om te kunnen komen tot een algemeen belangvaststelling, moeten de voordelen ten aanzien van het algemeen belang opwegen tegen de nadelen ten aanzien van de belangen van derden. Steeds dient in aanmerking te worden genomen of als gevolg van het niet meer van toepassing zijn van de gedragsregels van de Wet M en O op economische activiteiten van een overheid of bevoordelingen van overheidsbedrijven, het risico bestaat van verdringing van de markt van private ondernemingen. Voorkomen moet worden dat derden onevenredig worden getroffen als gevolg van de algemeen belangvaststelling. Dat is in elk geval aan de orde indien de algemeen belangvaststelling niet noodzakelijk is omdat het beoogde doel ook met minder vergaande middelen kan worden bereikt. Indien de algemeen belangvaststelling op zich wel noodzakelijk is moet een belangenafweging plaatsvinden: weegt het algemeen belang dat gemoeid is met de uitvoering van de bedoelde activiteiten zonder toepassing van de gedragsregels zwaarder dan het belang van private ondernemers bij eerlijke concurrentieverhoudingen?" (Handreiking, p. 26).

Overigens liggen deze eisen ook besloten in het evenredigheidsbeginsel uit artikel 3:4 Awb. Uit niets in het besluit blijkt dat daadwerkelijk aan de eisen van subsidiariteit (noodzakelijkheid) en proportionaliteit is getoetst. Het besluit kan de toets aan deze eisen overigens ook niet doorstaan. In feite worden door het bestreden besluit de ondernemers van de detailhandel, horeca en overige instellingen bevoordeeld ten opzichte van Q-Park. Ten behoeve van deze

' zie bijvoorbeeld: WPM Research, Focus op Vastgoed, Parkeertarieven binnensteden, juni 2015, en het artikel van de Erasmus Universiteit Rotterdam en Goudappel Coffeng B.V, 'Parkeren heeft weinig Invloed op winkeldomzet', Vexpansie 2 september 2008.

In feite worden door het bestreden besluit de ondernemers van de detailhandel, horeca en overige instellingen bevoordeeld ten opzichte van Q-Park. Ten behoeve van deze ondernemers worden de parkeerkosten van de gemeentelijke garage immers - tot een verlieslatend niveau - laag gehouden met als direct gevolg dat de onderneming Q-Park haar omzetten zal zien teruglopen. Dit, terwijl -

zoals hiervóór reeds uiteengezet - de gekozen maatregel het beoogde doel niet zal verwezenlijken; er bestaat namelijk géén verband tussen het verlagen c.q. laag houden van de parkeertarieven en de door de ondernemers behaalde omzetten in een (winkel)centrum. Het besluit kan de toets van de noodzakelijkheid dus ook niet doorstaan, het verlieslatend exploiteren van de gemeentelijke parkeergarages zal nimmer tot het gewenste effect leiden.

26. Maar zelfs indien wél aangenomen zou worden dat verlieslatend exploiteren van de parkeergarages het beoogde effect zou kunnen verwezenlijken, had het op de weg gelegen van uw Raad om eerst te onderzoeken of het beoogde doel door een minder ingrijpende methode behaald kan worden. Uit niets blijkt dat Uw Raad onderzocht heeft of een minder ingrijpende methode voorhanden was.

Verder is ook niet voldaan aan de evenredigheidsnorm van artikel 3:4 Awb. Op géén enkele manier blijkt uit dit besluit dat de belangen van Q-Park (dan wel de marktpartijen in het algemeen) zijn meegewogen. Zo blijft het duister waarom de belangen van Q-Park moet wijken voor het (gestelde) algemeen belang. Verder is niet duidelijk waarom de onderneming van Q-Park een omzetsderving zou moeten dulden ten faveure van de belangen van de detailhandelondernemers in het centrum van Hengelo.

Q-Park concludeert dat het bestreden besluit niet getoetst is aan de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit. Overigens zou het besluit ook niet in stand kunnen blijven indien wél getoetst was aan deze eisen; het bestreden besluit kan de toets aan deze eisen hoe dan ook niet kan doorstaan. Het bestreden besluit is in strijd met de vereiste zorgvuldigheid tot stand gekomen.

Uit het vorenstaande wordt duidelijk dat het besluit niet met de vereiste zorgvuldigheid tot stand is gekomen. Het hier bestreden besluit is dan ook in strijd met artikel 3:2 Awb tot stand gekomen. Aangezien de door uw Raad gekozen maatregel verstrekkende gevolgen kan hebben -onder meer Aangezien de door uw Raad gekozen maatregel verstrekkende gevolgen kan hebben -onder meer voor de omzet in de Q-Park Parkeergarage - vereist het zorgvuldigheidsbeginsel dat er onderzoek wordt gedaan naar de te verwachten positieve gevolgen van een maatregel (alsmede naar de negatieve gevolgen). Pas indien deugdelijk onderzoek is gedaan naar de te verwachten gevolgen, kan een goede afweging van de bij het besluit betrokken belangen gemaakt worden. Zoals hiervóór reeds door Q-Park is aangevoerd is door uw Raad onvoldoende onderzocht of de gekozen maatregel überhaupt het beoogde doel kan verwezenlijken. Nergens blijkt uit dat uw Raad hiernaar daadwerkelijk onderzoek heeft gedaan. Het bestreden besluit lijkt veeleer gebaseerd op het vermoeden dat de maatregel het gewenste effect zal verwezenlijken. Verder lijkt geen onderzoek te zijn gedaan naar de gevolgen die het besluit voor Q-Park zal hebben. Deze gevolgen zijn mogelijk zelfs onomkeerbaar omdat de ervaring leert, dat zodra een klant gewend is aan een bepaalde parkeergarage, hij niet - althans niet snel - meer in een andere parkeergarage zal parkeren. Een deel van de klanten die dus voorheen in de Q-Park Parkeergarages parkeerden, zullen voortaan blijvend in de gemeentelijke parkeergarages parkeren.

In dat verband merkt Q-Park nog op dat uw Raad ook op géén enkele manier gebruikt heeft gemaakt van haar mogelijkheden om de belangen van Q-Park te onderzoeken. Bovendien heeft uw Raad ervoor gekozen om - ondanks de mogelijkheid daartoe - géén uniforme openbare voorbereidingsprocedure te volgen. Er is weliswaar gekozen om een (korte) inspraakprocedure te volgen, maar Q-Park is als direct belanghebbende bij dit besluit niet over deze inspraakprocedure geïnformeerd en is ook niet geconsulteerd. Q-Park kan dan ook niet anders vermoeden, dan dat haar belangen in het geheel niet zijn meegewogen in het bestreden besluit. Dit, terwijl Q-Park met de Q-Park Parkeergarage in 377 parkeerplaatsen voorziet in Hengelo en dus een wezenlijk belang heeft bij het parkeerbeleid van de gemeente.

Conclusie

Op grond van het vorenstaande verzoeken wij u het bezwaar gegrond te verklaren en het bestreden besluit te herroepen door het besluit in zijn geheel in te trekken. Volledigheidshalve doen wij daarbij namens Q-Park een beroep op artikel 7:15 Awb.

3. Feiten in chronologische volgorde

De gemeenteraad van de gemeente Hengelo heeft besloten om de exploitatie van de gemeentelijke parkeergarage aan te wijzen als een dienst, die plaatsvindt in het algemeen belang als bedoeld in artikel 25 h, vijfde lid, van de Mededingingswet. Dit besluit is indertijd niet, althans niet juist, gepubliceerd. De publicatie heeft op 23 februari 2016 alsnog plaatsgevonden.

Q-Park kan zich met dit besluit niet verenigen en is bij brieven van 12 februari 2016 en 3 mei 2016 in bezwaar gekomen tegen dit besluit.

Q-Park exploiteert een betaalde parkeergarage in de gemeente Hengelo, te weten: De Brink (verder te noemen: de "Q-Park Parkeergarage"). Q-Park biedt met deze parkeergarage totaal 377 betaalde parkeerplaatsen aan in Hengelo. De parkeergarage wordt geëxploiteerd tegen een tarief van € 1,— voor elke 28 minuten met een maximaal dagtarief van € 12,— per dag.

De Q-Park Parkeergarage ligt in de (directe) nabijheid van de gemeentelijke parkeergarage. Doordat de gemeentelijke parkeergarage niet kostendekkend geëxploiteerd wordt, kan de gemeente haar parkeerdiensten goedkoper aanbieden dan Q-Park. De gemiddelde automobilist zal volgens appellant als gevolg daarvan de gemeentelijke parkeergarage verkiezen boven de Q-Park Parkeergarage; Q-Park lijdt hierdoor rechtstreeks (omzet)schade. Op 22 juni heeft de hoorzitting bij de commissie voor de bezwaarschriften plaatsgevonden.

4. Behandeling van de bezwaren

Economische activiteiten en bevoordelingen van overheidsbedrijven die plaatsvinden in het algemeen belang, zijn in artikel 25h, vijfde lid, uitgezonderd van de Wet M en O. In het zesde lid van dat artikel wordt voor de verschillende overheden bepaald welk bestuursorgaan bevoegd is vast te stellen dat een economische activiteit of een bevoordeling van een overheidsbedrijf plaatsvindt in het algemeen belang. De algemeen belangvaststelling voor een gemeente vindt plaats door de gemeenteraad.

De gemeenteraad van de gemeente Hengelo heeft besloten om de exploitatie van de gemeentelijke parkeergarage aan te wijzen als een dienst, die plaatsvindt in het algemeen belang als bedoeld in artikel 25 h, vijfde lid, van de Mededingingswet. Q-Park kan zich met dit besluit niet verenigen en is bij brieven van 12 februari 2016 en 3 mei 2016 in bezwaar gekomen tegen dit besluit.

De algemeen belangvaststelling is enigszins vergelijkbaar met de aanwijzing van een zogenoemde dienst van algemeen economisch belang (DAEB) op grond van het EU-Verdrag. In beide gevallen gaat het er om dat vanwege het algemeen belang overheden bepaalde economische activiteiten kunnen verrichten zonder toepassing te geven aan de mededingingsregels. Overheidsorganisaties hebben een grote mate van beleidsvrijheid bij het afbakenen van het algemeen belang. Zie in dit verband bijvoorbeeld HR 24 december 2005, Gst. 2005/78 m.nt. T.E.P.A. Lam en ABRvS 21 december 2005, AB 2006/252 m.nt. B.P.M. van Ravels.

Bij het beantwoorden van de vraag of de gemeenteraad tot het bestreden besluit heeft kunnen komen moet de commissie in eerste instantie vaststellen welk specifiek algemeen belang aan de orde is en of de desbetreffende economische activiteiten dat algemeen belang dienen.

Het niet volledig in rekening brengen van de integrale kostprijs van het parkeren in parkeergarage De Beurs aan de BP Hofstedestraat (verder : de BP Hofstedestraat) heeft volgens het bestreden besluit ten doel het tarief zodanig te houden dat dit het gebruik maken van deze garage stimuleert en zo de aanwezige detailhandel, horeca en instellingen in het gebied faciliteert. Daarnaast wenst de raad geen te grote verschillen in de tarieven van de garages onderling, omdat anders bepaalde gebieden minder aantrekkelijk voor bezoekers worden. Voor de BP Hofstedestraat geldt, dat het tarief is bedoeld om het gebruik van de parkeergelegenheid te stimuleren, maar wel tegen een tarief, dat niet zodanig is, dat dit leidt tot een minder gebruik van de overige aanwezige mogelijkheden.

Naar het oordeel van de commissie heeft appellant terecht aangegeven dat hiermee niet is onderbouwd dat sprake is van een activiteit die voor de samenleving van algemeen belang is. De commissie is van oordeel dat het "faciliteren van de aanwezige detailhandel, horeca en instellingen in het gebied" een dermate vage omschrijving is, dat dit niet als deugdelijke onderbouwing van een algemeen belang kan dienen. Het kan niet als een concrete omschrijving aangemerkt worden. De commissie is dan ook van mening dat het bestreden besluit op dit punt onvoldoende gemotiveerd is. Dit gebrek zou naar het oordeel van de commissie hersteld kunnen worden in de beslissing op bezwaar.

Ter zitting hebben de vertegenwoordigers van de gemeenteraad aangegeven dat het algemeen belang is gediend met een parkeergarage op deze plek om te voldoen aan de parkeervraag van het hotel en het theater. In de omgeving van deze instellingen is weinig parkeerruimte op het maaiveld. De parkeergarage voorziet in de benodigde parkeerruimte. Daarmee wordt hinderlijk foutparkeren in dit deel van de binnenstad voorkomen. Bij piekbelastingen wordt verder voorkomen dat de ringweg komt vast te staan met auto's op zoek naar een parkeerplaats. Verder is de parkeergarage gebouwd om het aanbod van parkeergelegenheid geografisch te spreiden over de stad en af te stemmen op de richtingen waaruit het meeste verkeer de stad benadert. Verder ligt aan het besluit de veronderstelling ten grondslag dat lagere parkeertarieven leiden tot meer bezoek aan de binnenstad.

De commissie is van oordeel dat dit een algemeen belang is dat uit het oogpunt van de uitvoering van het mobiliteitsbeleid van de gemeente aan het bestreden besluit ten grondslag gelegd zou kunnen worden. Een algemeen belang in de hier bedoelde zin is er echter niet, indien de markt zelf voorziet in het aanbod van de desbetreffende goederen of diensten.

De commissie moet zich derhalve vervolgens een oordeel vellen over de vraag of er ten aanzien van het hierboven bedoelde algemeen belang sprake is van zogenaamd marktfalen. Appellant heeft betoogd dat er geen sprake is van marktfalen.

De commissie beantwoordt deze vraag bevestigend. De vertegenwoordigers van de gemeenteraad hebben aangegeven dat de exploitatie 10 jaar heeft plaatsgevonden door een marktpartij. Jaarlijks was er een exploitatietekort van rond de € 360.000,00. Zoals de vertegenwoordigers van de gemeenteraad naar het oordeel van de commissie terecht hebben aangegeven zou een commerciële partij nooit een parkeergarage op deze plek hebben gerealiseerd, omdat deze niet rendabel te exploiteren is. Op de betrokken locatie is echter vanuit het algemeen belang wel behoefte aan parkeergelegenheid. Gezien de aard van de omgeving en het ruimtegebrek, kan alleen in die behoefte worden voorzien door middel van een dure voorziening als een parkeergarage.

Vanuit de markt zou een dergelijk aanbod niet tot stand gekomen zijn. Gezien het vorenstaande ligt het naar het oordeel van de commissie voor de hand dat de gemeente de exploitatie van de parkeergarage aan zich heeft getrokken. Ter zitting heeft de vertegenwoordiger van de gemeenteraad verklaard dat op dit moment parkeerbelasting wordt geheven met een tarief van 1,90 euro per uur. Daarbij heeft hij verklaard dat dit tarief niet kostendekkend is en dat er nog steeds een exploitatietekort is. Naar het oordeel van de commissie zou het doorberekenen van de integrale kostprijs aan gebruikers leiden tot dermate hoge tarieven dat potentiële gebruikers uitwijken naar andere voorzieningen als gevolg waarvan het omschreven algemeen belang niet wordt gediend. De commissie acht het bestreden besluit uit dat oogpunt in beginsel aanvaardbaar. Om te kunnen komen tot een algemeen belangvaststelling, moeten de voordelen ten aanzien van het algemeen belang echter opwegen tegen de nadelen ten aanzien van de belangen van derden. Steeds dient in aanmerking te worden genomen of als gevolg van het niet meer van toepassing zijn van de gedragsregels van de Wet M en O op economische activiteiten van een overheid, het risico bestaat van verdringing van de markt van private ondernemingen. Voorkomen moet worden dat derden onevenredig worden getroffen als gevolg van de algemeen belangvaststelling. Dat is in elk geval aan de orde indien de algemeen belangvaststelling niet noodzakelijk is omdat het beoogde doel ook met minder vergaande middelen kan worden bereikt.

Zoals voortvloeit uit de hierboven omschreven overwegingen is de commissie van oordeel dat het algemeen belang dat hier aan de orde is alleen gediend kan worden middels een parkeergarage op de onderhavige locatie en dat bij doorberekening van de integrale kostprijs dat belang niet gerealiseerd kan worden. Naar de mening van de commissie is er dan ook geen minder vergaand alternatief voor handen.

De belangenafweging dient beperkt te zijn tot de belangen van degenen die de Wet M en O beoogt te beschermen. Dat zijn de private ondernemingen die in concurrentie staan met overheden waarvan zal worden vastgesteld dat hun economische activiteiten plaatsvinden in het algemeen belang. In casu dus de belangen van appellant.

De commissie merkt op dat uit de Sectorstudies Markt en Overheid van de ACM het beeld naar voren komt dat marktpartijen gemeentelijke parkeergarages niet of nauwelijks als concurrenten zien. Reden hiervoor is dat gemeentelijke parkeergarages zich vaak niet in de nabije omgeving bevinden van private parkeergarages. Er is in algemene zin pas concurrentie als twee parkeergarages zich in de directe omgeving van het reisdoel van de parkeerder bevinden. Daarvan is in het geval van appellante in enige mate sprake. Appellant heeft betoogd dat hij onevenredig door het bestreden besluit wordt geraakt.

In het bestreden besluit is echter aangegeven dat het tarief voor de gemeentelijk parkeergarage is bedoeld om het gebruik van de parkeergelegenheid te stimuleren, maar wel tegen een tarief, dat niet zodanig is, dat dit leidt tot een minder gebruik van de overige aanwezige mogelijkheden. In de praktijk is het tarief €0,25 lager dan het tarief van appellant en gelijk aan het tarief van de andere commerciële aanbieder. Naar het oordeel van de commissie is het tarief derhalve lager dan het op grond van de Wet M en O zou moeten zijn, maar wel marktconform. Naar het oordeel van de commissie wordt het belang van appellant dan ook niet onevenredig geschonden, omdat het geringe verschil in tarief niet zal leiden tot een grote mate van concurrentie in de zin dat bezoekers de garage van appellant zullen mijden op grond van het door appellant gehanteerde tarief. De commissie is wel van mening dat aan het bestreden besluit de voorwaarde verbonden zou moeten worden dat er blijvend een marktconform tarief gehanteerd zou moeten worden.

Appellant heeft betoogd dat het besluit onzorgvuldig is voorbereid omdat hij niet is gehoord. De commissie merkt op dat wat hier ook van zij, het gebrek in bezwaar is hersteld omdat appellant schriftelijk en mondeling in de gelegenheid is gesteld zijn standpunt kenbaar te maken.

5. Advies

De commissie adviseert het bezwaarschrift van 12 februari 2016, ontvangen op 13 februari 2016 niet-ontvankelijk te verklaren, het bezwaarschrift van 3 mei, ontvangen 4 mei, ongegrond te verklaren, het bestreden besluit te handhaven onder aanvulling van de motivering en het verzoek om proceskostenvergoeding af te wijzen omdat het bestreden besluit niet wordt herroepen.

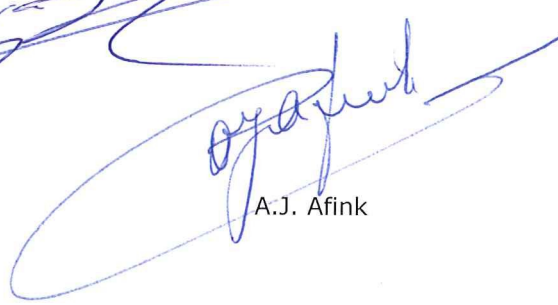
Hengelo, maandag 18 juli 2016,

de commissie voor de bezwaarschriften,
de secretaris,

de voorzitter,



M.S. van Dijk



A.J. Afink

Commissie voor de bezwaarschriften

Kort verslag van de hoorzitting van 22 juni 2016 inzake de bezwaarschriften ingediend door Pot Jonker advocaten namens Q-park operations Netherlands II B.V., gericht tegen het besluit van de gemeenteraad van 3 december 2014, bekendgemaakt 23 februari 2016, tegen het aanwijzen van de exploitatie van een gemeentelijk parkeergarage als dienst van algemeen economisch belang.

Aanwezig:

- de commissie voor de bezwaarschriften: A.J. Afink (voorzitter) en O. Cetin en J. Teesink (leden), alsmede M.S. van Dijk (secretaris) en I.B.H. Heil (verslag);
- gemeente: de gemeenteraad is vertegenwoordigd door de heer P. Boerkamp en de heer R.R. Greutink;
- appellant: de heer J. Imminga, mevrouw Weng Chie Cheung namens Q-park operations Netherlands II B.V. bijgestaan door mevrouw B.J.H. Blaisse van Pot Jonker advocaten.

De **voorzitter** introduceert de zaak aan de hand van de stukken en geeft vervolgens het woord aan appellant.

Mevrouw **Blaisse** voert het woord aan de hand van een pleitnota die hier als herhaald en ingelast beschouwd moet worden.

De heer **Imminga** merkt op dat het gaat om de parkeergarage de Beurs.

De heer **Boerkamp** merkt op dat de reden voor het zelf exploiteren van de parkeergarage is gelegen in het feit dat er geen marktpartij was te vinden die de parkeergarage wilde kopen voor een redelijke prijs. Hij zegt dat de garage is gebouwd in verband met het hotel en het theater die in de directe omgeving zijn gelegen. Hij zegt dat de exploitatie 10 jaar heeft plaatsgevonden door een marktpartij. Jaarlijks was er een exploitatietekort van rond de € 360.000,00. De garage is zeer slecht te exploiteren. De reden hiervoor is gelegen in de zeer slechte locatie van de garage. De gemeente zit niet te wachten op de exploitatie, maar er is geen marktpartij die de exploitatie op redelijke voorwaarden wil overnemen. De heer Boerkamp zegt dat er op veel locaties geld verdiend kan worden met het aanbieden van parkeergelegenheid. Op deze locatie is dat niet het geval.

De heer **Teesink** zegt dat hij begrijpt dat de gemeente met de parkeergarage in de maag zit, omdat die niet commercieel te exploiteren is. Hij vraagt waar het marktfalen uit blijkt.

De heer **Greutink** zegt dat het algemeen belang is gediend met een parkeergarage op deze plek om te voldoen aan de parkeervraag van het hotel en het theater. Zeker bij piekbelastingen wordt dan voorkomen dat de ringweg komt vast te staan met auto's op zoek naar een parkeerplaats. Verder is de parkeergarage gebouwd om het aanbod van parkeergelegenheid geografisch te spreiden over de stad en af te stemmen op de richting waaruit het meeste verkeer de stad benadert. Verder ligt aan het besluit de veronderstelling ten grondslag dat lagere parkeertarieven leiden tot meer bezoek aan de binnenstad. Hij geeft aan dat appellant heeft aangegeven dat dit effect er niet is, maar volgens hem is dit in de literatuur omstreden.

De heer **Boerkamp** zegt dat een commerciële exploitant de parkeergarage nooit zou hebben gebouwd op deze plek.

Mevrouw **Blaisse** zegt dat Hengelo kennelijk een slecht markt is voor parkeren. Zij zegt dat haar cliënt dan dubbel wordt getroffen door het genomen besluit.

De heer **Boerkamp** zegt dat de markt niet slecht is in algemene zin, maar dat het een kwestie is van locatie.

De heer **Cetin** vraagt welke tarieven er gehanteerd worden.

De heer **Boerkamp** geeft aan dat het tarief €1,70 was, maar dit verhoogd is naar € 1,90. Het tarief in de garage van Q-park is € 2,14.

De heer **Cetin** vraagt of het tarief van de gemeente kostendekkend zou zijn als er 15 cent bij komt.

De heer **Boerkamp** zegt dat dit bij een gelijkblijvende bezetting niet het geval zou zijn.

De heer **Cetin** zegt dat de locatie van de Beurs erg ongunstig lijkt. Hij vraagt of er daadwerkelijk concurrentie is.

De heer **Imminga** zegt dat er wel degelijk sprake is van concurrentie de parkeergarages zitten vlak bij elkaar.

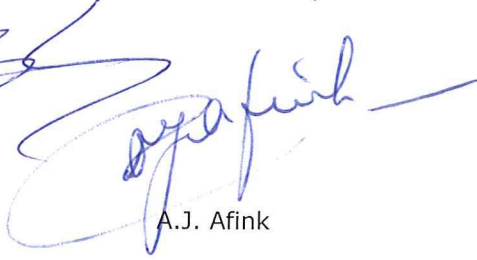
Mevrouw **Blaisse** zegt dat het besluit dat aan de orde is de gemeente een vrijbrief geeft voor het hanteren van lagere tarieven. Dat is schadelijk voor Q-park.

Niets meer aan de orde zijnde sluit de **voorzitter** de hoorzitting.

Hengelo, maandag 18 juli 2016,
de commissie voor de bezwaarschriften,
de secretaris, de voorzitter,



M.S. van Dijk



A.J. Afink

Bijlage 3 Berekening integrale kostprijs

Par.garage hofstedestraat 2015						
grootboeknr 62141090						
Rente	186.088	investering ruim 4 miljoen				
Afschrijving	62.864	afschrijving in 40 jaar annuitair				
Kosten derden	55.479					
Voorz. park.gar. Hofste	46.800	benodigd voor periodiek groot onderhoud				
Onderhoud gebouwen	14.597					
ozb/overige zakelijke l	11.055					
Verzekeringen	4.245					
Schoonmaakwerkzaamheden	3.460					
	384.589					
extracomptabel toe te rekenen						
Uren gemeente (beleid, beheer, bezwaar, toezicht).	50.000	825 uur				
Rente en afschrijving op installaties (nog niet juist in begroting opgenomen)	35.000	bij een gemiddelde levensduur van 10 jaar				
	85.000					
Totaal lasten		469.589				
Parkeeropbrengsten	-171.573	betalingen automaat				
Parkeeropbrengsten	-43.249	opbrengst hotel en rabotheater				
Totaal baten	-214.822					
Lasten te dekken uit betalingen automaat	426.340	(469.589 - 43.249)				
Aantal parkeeruren op basis van 1,90 per uur	90.301	(171.573 / 1,90)				
kostendekkend tarief 2015	4,72	(426.340 / 90.301)				

Pot Jonker advocaten
Postbus 280
2000AG Haarlem

Gemeente Hengelo

Postbus 18
7550 AA Hengelo

Onderwerp	Zaaknummer	Uw kenmerk	Datum
Beslissing op bezwaar	2009604/2049608	D102115	\$datumond\$

Geachte heer/mevrouw,

U hebt bij bezwaarschriften van 12 februari 2016 en 3 mei 2016, namens Q-park Operations Netherlands II B.V. (verder te noemen Q-park) bezwaar aangetekend tegen het besluit van de gemeenteraad van 3 december 2014, bekendgemaakt op 23 februari 2016, tot het aanwijzen van de exploitatie van de gemeentelijke parkeergarage als economische activiteit van algemeen belang.

Uw bezwaarschrift is behandeld tijdens een hoorzitting van de commissie voor de bezwaarschriften. Een afschrift van het verslag van deze hoorzitting gaat als bijlage hierbij. De commissie voor de bezwaarschriften heeft aan ons een advies uitgebracht, inhoudende een niet-ontvankelijkverklaring van het bezwaarschrift van 12 februari 2016 en een ongegrondverklaring van het bezwaarschrift van 3 mei 2016.

Wij kunnen ons verenigen met de motieven en het advies van de commissie. Wij hebben besloten, het bezwaarschrift van 12 februari 2016, ontvangen op 13 februari 2016, in overeenstemming met het advies van de commissie, niet-ontvankelijk te verklaren en het bezwaarschrift van 3 mei 2016, ontvangen 4 mei 2016, eveneens in overeenstemming met het advies van de commissie ongegrond te verklaren, het bestreden besluit te handhaven onder aanvulling van de motivering zoals hieronder aangegeven. Ten slotte hebben wij besloten het verzoek om proceskostenvergoeding af te wijzen, omdat het bestreden besluit niet wordt herroepen.

Het advies wordt geacht deel uit te maken van en mede ten grondslag te liggen aan de inhoud van dit besluit. Een afschrift van het advies gaat eveneens hierbij. Aanvullend op het advies van de commissie merken wij ter motivering van het besluit het volgende op.

De Mededingingswet kent een aantal regels die bestuursorganen in acht moeten nemen wanneer zij economische activiteiten uitoefenen. Onder het begrip economische activiteit valt iedere activiteit bestaande uit het aanbieden van goederen en/of diensten op een bepaalde markt. Het aanbieden van parkeergelegenheid (in elk geval als dat niet op de openbare weg wordt gedaan) kwalificeert als economische activiteit.

Artikel 25i Mededingingswet schrijft voor dat een bestuursorgaan dat economische activiteiten verricht, aan afnemers van een product of dienst tenminste de integrale kosten van dat product of die dienst in rekening brengen. Artikel 25j van de Mededingingswet bepaalt dat een bestuursorgaan geen overheidsbedrijf bevoordeelt waarin hij is betrokken (boven andere ondernemingen waarmee dat overheidsbedrijf in concurrentie treedt) en evenmin een dergelijk overheidsbedrijf anderszins voordelen toekent die verder gaan dan in het normale handelsverkeer gebruikelijk is. In de onderhavige situatie is alleen artikel 25i Mededingingswet in het geding.

Vermeld altijd het zaaknummer als u contact opneemt met de gemeente.

Let op:
Per 18 april is het Publieksplein te bezoeken aan de Hazenweg 121.

Bezoekadres
Hazenweg 121

E-mailadres
gemeente@hengelo.nl
Telefoonnummer
14-074

Immers, de parkeergarage wordt niet door een overheidsbedrijf maar door de gemeente zelf geëxploiteerd.

Op de toepassing van deze bepalingen bestaan verschillende uitzonderingen. Relevant in de onderhavige zaak is dat artikel 25h lid 5 Mededingingswet bepaalt dat de wet niet van toepassing is op activiteiten en op een bevoordeling welke plaatsvindt in het algemeen belang. Artikel 25h lid 6 Mededingingswet bepaalt dat de vaststelling of economische activiteiten of een bevoordeling plaatsvindt in het algemene belang bij besluit wordt gedaan.

In 25h, zesde lid van de Mededingingswet wordt voor de verschillende overheden verder geregeld welk bestuursorgaan bevoegd is vast te stellen dat een economische activiteit of een bevoordeling van een overheidsbedrijf plaatsvindt in het algemeen belang. Voor een gemeente is dat de gemeenteraad.

Wij hebben besloten om de exploitatie van de gemeentelijke parkeergarage aan te wijzen als een dienst, die plaatsvindt in het algemeen belang als bedoeld in artikel 25 h, vijfde lid, van de Mededingingswet.

De algemeen belangvaststelling is vergelijkbaar met de aanwijzing van een zogenoemde dienst van algemeen economisch belang (DAEB) op grond van het EU-Verdrag. In beide gevallen gaat het er om dat vanwege het algemeen belang overheden bepaalde economische activiteiten kunnen verrichten zonder toepassing te geven aan de mededingingsregels. Overheidsorganisaties hebben een grote mate van beleidsvrijheid bij het afbakenen van het algemeen belang. Zie in dit verband bijvoorbeeld HR 24 december 2005, Gst. 2005/78 m.nt. T.E.P.A. Lam en ABRvS 21 december 2005, AB 2006/252 m.nt. B.P.M. van Ravels.

In 2008 is de nota Autoparkeren vastgesteld. In deze nota is het parkeerbeleid van de gemeente Hengelo neergelegd. In de nota zijn onder andere de volgende doelen van het parkeerbeleid benoemd:

- De kwaliteit van het parkeren en het straatbeeld in de binnenstad moet worden vergroot, onder andere door het vervangen van openbare parkeerplaatsen op maaiveld door parkeerplaatsen in gebouwde voorzieningen.
- De bezetting van de drie bestaande parkeergarages aan de randen van het centrum dient te worden geoptimaliseerd.
- Voor de verschillende doelgroepen -bewoners, werkers en bezoekers- moet gericht parkeerbeleid worden geformuleerd dat waar mogelijk aansluit op de behoefte van die doelgroepen.
- Een heldere en eenvoudige opzet van de parkeerregulering voor alle doelgroepen, zodat draagvlak verzekerd is en illegaal parkeren beperkt blijft.
- Het verminderen van onnodig zoekverkeer, onder meer door zo veel mogelijk concentreren van verspreid liggende parkeerplaatsen en door een goede parkeerverwijzing.
- Voorkomen van overlast in de omliggende woonbuurten door het primaat te geven aan parkerende bewoners en hun bezoekers.

Algemeen belang

Het algemeen belang, dat met dit beleid wordt nagestreefd is gediend met een parkeergarage aan de BP Hofstedestraat om te voldoen aan de parkeervraag van het hotel en het theater. In de omgeving van deze instellingen is weinig parkeerruimte op het maaiveld. De parkeergarage voorziet in de benodigde parkeerruimte. Daarmee wordt hinderlijk foutparkeren in dit deel van de binnenstad voorkomen. Bij piekbelastingen wordt verder voorkomen dat de ringweg komt vast te staan met auto's op zoek naar een parkeerplaats. Verder is de parkeergarage gebouwd om het aanbod van parkeergelegenheid geografisch te spreiden over de stad en af te stemmen op de richtingen waaruit het meeste verkeer de stad benadert. Verder ligt aan het besluit de

Vermeld altijd het zaaknummer als u contact opneemt met de gemeente.

veronderstelling ten grondslag dat lagere parkeertarieven leiden tot meer bezoek aan de binnenstad.

Dit is het algemeen belang dat uit het oogpunt van de uitvoering van het parkeer- en mobiliteitsbeleid van de gemeente aan het besluit tot aanwijzing van de parkeergarage als economische activiteit van algemeen belang ten grondslag ligt.

Marktfalen

Een algemeen belang in de hierboven bedoelde zin rechtvaardigt een aanwijzing op grond van artikel 25h vijfde lid van de Mededingingswet echter niet, indien de markt zelf voorziet in het aanbod van de desbetreffende goederen of diensten.

Er is derhalve beoordeeld of er ten aanzien van het hierboven bedoelde algemeen belang sprake is van zogenaamd marktfalen. Wij hebben deze vraag bevestigend beantwoord.

In dit verband is van belang dat de exploitatie 10 jaar heeft plaatsgevonden door een marktpartij. Jaarlijks was er een exploitatietekort van rond de € 360.000,00. Dit is het gevolg van de omstandigheid dat een commerciële partij nooit een parkeergarage op deze plek zou hebben gerealiseerd, omdat deze niet rendabel te exploiteren is. Op de betrokken locatie is echter vanuit het algemeen belang wel behoefte aan parkeergelegenheid. Gezien de aard van de omgeving en het ruimtegebrek, kan alleen in die behoefte worden voorzien door middel van een dure voorziening als een parkeergarage. Vanuit de markt zou een dergelijk aanbod niet tot stand gekomen zijn. Om die reden heeft de gemeente de exploitatie van de parkeergarage aan zich getrokken.

Op dit moment wordt er in de parkeergarage een parkeerbelasting geheven met een tarief van 1,90 euro per uur. Dit tarief is niet kostendekkend. Er bestaat een groot exploitatietekort. Wanneer de integrale kosten zouden moeten doorberekend zou een tarief van € 4,70 per uur berekend moet worden. Voor de berekening van dit tarief wordt verwezen naar bijlage 3 bij dit besluit dat wordt geacht deel uit te maken van en mede ten grondslag te liggen aan de inhoud van dit besluit. Het tarief voor het parkeren op parkeervoorzieningen op het maaiveld bedraagt € 1,90 per uur en € 7,60 per dag op de dag-parkeerterreinen.

Wanneer de integrale kostprijs zou worden doorberekend aan gebruikers van de parkeergarage ontstaat er een dermate groot verschil in tarieven, dat potentiële gebruikers zullen uitwijken naar andere voorzieningen. Wanneer de bedoelde gebruikers de parkeergarage niet meer zouden gebruiken zou het met de garage nagestreefde algemene belang niet meer worden gediend. Daarbij is nog van belang dat in verband met het marktfalen-vereiste in dit geval niet alleen de vraag aan de orde is of op de betreffende plek een parkeergarage rendabel te exploiteren is, maar ook meer specifiek of op de betreffende plek een parkeergarage rendabel te exploiteren is tegen de door de gemeente gewenste c.q. beoogde voorwaarden/tarieven ter verwezenlijking van het eerder genoemd algemeen belang.

Door de ligging van de parkeergarage aan de BP Hofstedestraat is de bezetting tijdens winkeluren relatief mager, maar juist in de avonduren is voor de potentieel relatief grote toestroom van hotelgasten, maar voornamelijk theaterbezoekers een relatief grote capaciteit nodig. Dit is er mede een oorzaak van dat de garage niet goed commercieel te exploiteren is en dat het vanuit het algemeen gewenste aanbod niet door de markt tot stand gebracht zal worden.

Belangenafweging

Om te kunnen komen tot een algemeen belangvaststelling, moeten de voordelen ten aanzien van het algemeen belang opwegen tegen de nadelen ten aanzien van de belangen van derden. Steeds dient in aanmerking te worden genomen of als gevolg van het niet meer van toepassing zijn van de gedragsregels van de Mededingingswet op economische activiteiten van een overheid, het risico bestaat van verdringing van de markt van private ondernemingen. Voorkomen moet worden dat derden onevenredig worden getroffen als gevolg van de algemeen belangvaststelling. Dat is in elk geval aan de orde indien de algemeen belangvaststelling niet noodzakelijk is omdat het beoogde doel ook met minder vergaande middelen kan worden bereikt.

Vermeld altijd het zaaknummer als u contact opneemt met de gemeente.

Zoals voortvloeit uit de hierboven omschreven overwegingen kan het algemeen belang dat hier aan de orde is alleen gediend worden middels een parkeergarage op de onderhavige locatie. Bij doorberekening van de integrale kostprijs kan dat belang niet gerealiseerd worden. Er is dan ook geen minder vergaand alternatief voor handen.

De te maken belangenafweging dient beperkt te zijn tot de belangen van degenen die de Mededingingswet beoogt te beschermen. Dat zijn de private ondernemingen die in concurrentie staan met overheden waarvan zal worden vastgesteld dat hun economische activiteiten plaatsvinden in het algemeen belang. In casu dus de belangen van Q-park. Wij merken op dat uit de Sectorstudies Markt en Overheid van de ACM het beeld naar voren komt dat marktpartijen gemeentelijke parkeergarages niet of nauwelijks als concurrenten zien. Reden hiervoor is dat gemeentelijke parkeergarages zich vaak niet in de nabije omgeving bevinden van private parkeergarages. Er is in algemene zin pas concurrentie als twee parkeergarages zich in de directe omgeving van het reisdoel van de parkeerder bevinden. Daarvan is in dit geval volgens Q-park in sprake. Q-park heeft betoogd dat zij onevenredig door het bestreden besluit wordt geraakt. In het bestreden besluit is echter aangegeven dat het tarief voor de gemeentelijk parkeergarage is bedoeld om het gebruik van de parkeergelegenheid te stimuleren, maar wel tegen een tarief, dat niet zodanig is, dat dit leidt tot een minder gebruik van de overige aanwezige mogelijkheden. In de praktijk is het tarief €0,25 lager dan het tarief van Q-park en € 0,10/per uur hoger dan het tarief van de andere commerciële aanbieder. Het tarief is derhalve lager dan het op grond van de Mededingingswet zou moeten zijn, maar wel marktconform. Naar het oordeel van de commissie wordt het belang van appellant dan ook niet onevenredig geschonden, omdat het geringe verschil in tarief niet zal leiden tot een grote mate van concurrentie in de zin dat bezoekers de garage van appellant zullen mijden op grond van het door appellant gehanteerde tarief. Q-park heeft aangegeven dat haar belang er mede in gelegen is dat het bestreden besluit de gemeente een vrijbrief geeft om de tarieven verder te verlagen of om vrij-parkeren acties te voeren.

In het kader van de belangenafweging wordt aan het besluit tot het aanwijzen van de parkeergarage aan de BP Hofstedestraat als economische activiteit van algemeen belang de voorwaarde verbonden dat de thans de gehanteerde tarieven voor de parkeergarage niet zullen worden verlaagd en dat geen gratis-parkeren-acties zullen worden uitgevoerd.

Bent u het niet eens met dit besluit? Dan kunt u een beroepschrift indienen bij de sector Bestuursrecht van de rechtbank. Dit kunt u doen binnen zes weken na de verzenddatum van dit besluit. Kijk op www.hengelo.nl/bezwaar-beroep.

U kunt ook een digitaal beroepschrift indienen bij de rechtbank. Daarvoor moet u wel beschikken over een elektronische handtekening (DigiD). Kijk op <http://loket.rechtspraak.nl/bestuursrecht> voor de voorwaarden.

Hoogachtend,
Burgemeester en wethouders van Hengelo,
de griffier, de burgemeester,
\$handtekening\$
\$naam\$

Bijlagen:
Advies van de commissie voor de bezwaarschriften
Verslag van de hoorzitting
Berekening integrale kostprijs

Vermeld altijd het zaaknummer als u contact opneemt met de gemeente.

Gemeente Hengelo, algemene bezwaarschriftencommissie
Hoorzitting d.d. 22 juni 2016
Kenmerk gemeente Hengelo: 2015877/2009604

PLEITAANTEKENINGEN MR. BLAISSE-VERKOOYEN

Inzake

Q-Park Operations Netherlands II B.V. (hierna: "**Q-Park**"),
statutair gevestigd te Maastricht
bezwaarmaker
advocaat/gemachtigde: mr. B.J.H. Blaisse-Verkooijen

tegen

DE GEMEENTERAAD VAN HENGELO,
Zetelende te Hengelo,
verweerder

Geachte commissie,

1. Graag maak ik gebruik van de mogelijkheid om kort het door Q-Park ingediende bezwaarschrift toe te lichten.

Ontvankelijkheid

2. De gemeenteraad heeft bij het bestreden besluit (het "**Besluit**") besloten om parkeren in de gemeentelijke parkeergarage 'De Brink' aan de B.P. Hofstedestraat aan te wijzen als een activiteit van algemeen belang in de zin van artikel 25h, eerste lid van de Mededingingswet. Dat heeft o.m. tot gevolg dat de ingevolge die wet geldende gedragsregel inzake integrale kostentoerekening buiten toepassing blijft. Daardoor wordt het geoorloofd voor de gemeente om parkeermogelijkheid in haar parkeergarage aan te bieden onder de daarvoor geldende kostprijs.
3. Het belang van Q-Park, die zelf betaald parkeren in Hengelo aanbiedt, is uit dien hoofde rechtstreeks betrokken bij dit Besluit. Het feit dat de gemeenteraad sinds 28 oktober 2014 bij wijze van proef gedurende twee jaar parkeerbelasting heft in De Brink, maakt dit niet anders. Indien de gemeente in de toekomst alsnog opnieuw (civielrechtelijk) betaald parkeren zal invoeren, zal het Besluit immers alsnog doeltreffen en de exploitatie van de parkeergarage uitsluiten van de werking van de Wet Markt en Overheid.
4. Gelet op de van rechtswege geldende bezwaartermijn van zes weken, zal het tegen die tijd niet meer mogelijk zijn om bezwaar aan te tekenen tegen het Besluit. Vandaar dat Q-Park geen andere keus heeft dan thans vast haar rechten veilig te stellen door middel van het aanhangig maken van de onderhavige procedure.

Kern van het bezwaar

5. Q-Park is een onderneming die zich exclusief bezig houdt met het aanbieden van parkeergelegenheid. Een onderneming, zoals Q-Park, kan haar deuren in feite wel sluiten indien zij zich erbij neer zou moeten leggen dat een overheid in de nabije omgeving exact dezelfde economische activiteit gaat uitvoeren, maar dan zonder daarvoor een kostendekkend tarief van het publiek te vragen. Het spreekt voor zich dat een onderneming die concurrentiestrijd altijd zal verliezen. Het is namelijk geen eerlijke strijd. Een commerciële onderneming kan immers onmogelijk tarieven beneden kostprijs rekenen.
6. Een gemeente kan dat natuurlijk ook niet, althans een gemeente kan dit niet doen zonder de burgers van die gemeente daarbij ernstig te benadelen. En dat is precies wat er hier in Hengelo gebeurt. Het exploiteren van een parkeergarage brengt kosten met zich mee. Hoge kosten, zoals onderhoudskosten, personeelskosten, afschrijving of huur van het onroerend goed etc. Al die kosten moeten worden terugverdiend uit de exploitatie van die garage: uit de parkeerinkomsten. Wanneer de gemeente aan het publiek een tarief in rekening brengt dat de exploitatiekosten niet dekt moet er dus een ander 'potje' worden aangeboord om de exploitatiekosten te kunnen dekken.

7. Dat andere 'potje' is gemeenschapsgeld, dat wordt opgebracht door de inwoners van de gemeente: de belastingbetalers. Hierdoor ontstaat dus de situatie dat een inwoner van Hengelo die helemaal geen auto heeft toch meebetaalt aan de exploitatie van de gemeentelijke parkeergarage.
8. De gemeenteraad heeft hiertoe echter wel besloten en meent zelfs dat het algemeen belang ermee wordt gediend. Daarvan is geen sprake. In de eerste plaats niet omdat enkel rekening wordt gehouden met de specifieke belangen van een zeer selecte groep ondernemers, namelijk de detailhandel, horeca en instellingen in het gebied. En in de tweede plaats niet, omdat het niet werkt. Er zijn legio praktijkvoorbeelden en wetenschappelijke studies waaruit volgt dat de omzetten van horecaondernemers en winkeliers niet stijgen door het enkele feit dat parkeren goedkoper is. Daar zijn andere maatregelen voor nodig.
9. En dan kom ik op een ander punt. Uit niets blijkt dat de gemeente, voorafgaand aan het besluit om parkeren in De Brink aan de gedragsregels van de Wet Markt en Overheid te onttrekken een gedegen onderzoek heeft laten uitvoeren om vast te kunnen stellen dat het beoogde doel ook daadwerkelijk zal kunnen worden behaald. De gemeente doet in feite maar wat in de hoop dat dit een aanzuigende werking heeft op het winkelend publiek, zodat de in het gebied aanwezige detailhandel, horeca en instellingen hiervan kunnen profiteren.
10. Ook Q-Park heeft er uiteraard baat bij indien er meer bezoekers naar Hengelo komen, maar door het besluit van de gemeenteraad om voor De Brink de mogelijkheid te creëren verlieslatende tarieven te hanteren, wordt haar parkeeronderneming onevenredig benadeeld.
11. Tot slot wijs ik erop dat het nemen van een algemeen belang besluit enkel aan de orde kan zijn bij diensten die niet op toereikende wijze worden aangeboden door marktpartijen (marktfalen). De noodzaak tot overheidsingrijpen moet voortkomen uit het feit dat indien hiertoe niet zou worden overgegaan, bepaalde doelgroepen verstoken zouden blijven van de desbetreffende dienstverlening. Hetgeen – gelet op de aard van de diensten in kwestie – onwenselijk moet worden geacht. Denk bijvoorbeeld aan kwalitatief goede en betaalbare gezondheidszorg of (zwem)onderwijs.
12. Bij het aanbieden van parkeergelegenheid is daarvan overduidelijk geen sprake. Nergens uit blijkt dat de kwaliteit, toegankelijkheid of leveringszekerheid in het gedrang zouden komen indien de gemeente in De Brink kostendekkende parkeertarieven zou hanteren.
13. Kortom: niet alleen moet worden vastgesteld dat de totstandkoming van het Besluit ondeugdelijk is (onzorgvuldige voorbereiding, ontoereikende motivering), maar ook geldt dat de dienst waar het hier om gaat überhaupt niet kwalificeert als een activiteit van algemeen belang in de zin van artikel 25h, eerste lid van de Mededingingswet. Beide redenen leveren elk afzonderlijk een juridische grond op om te concluderen dat het Besluit niet in stand kan blijven.

14. Q-Park verzoekt u dan ook te adviseren om de bezwaren gegrond te verklaren en het bestreden Besluit te herroepen. Voor het geval de gemeenteraad het Besluit toch in stand laat, wijst Q-Park erop dat zij zich naar alle waarschijnlijkheid genoodzaakt zal zien de kwestie ter beoordeling voor te leggen aan de mededingingskamer van de Rechtbank Rotterdam. Daarbij behoudt Q-Park zich het recht voor om de schadelijke gevolgen die het Besluit heeft ten aanzien van haar bedrijfsvoering op de gemeente te verhalen.

Dank voor uw aandacht.

Deze zaak wordt behandeld door:
mr. B.J.H. Blaisse-Verkooyen
Pot Jonker Advocaten N.V.
Postbus 280, 2000 AG Haarlem
T: 023-5530225, F: 023-5530260
E: blaisse@potjonker.nl