VAN BENTHEM & KEULEN
ADVOCATEN & NOTARIAAT

VERTROUWELIJK ADVIES

Voor	:	Karel Hamstra, Wilco Meijer; Gemeente Zeewolde
Van	:	Frank Mulder en Pierrette Gaasbeek (Van Benthem & Keulen)
Datum	:	22 december 2022
Dossier	:	Jachthaven Wolderwijd / ACM Wet M&O (121.071/119.225)
Betreft	:	Analyse uitspraak rechtbank Rotterdam / advies en kosten vervolgstappen

---

Analyse uitspraak Rb Rotterdam 26 januari 2017

Onze analyse van de uitspraak is als volgt.

In randnummer 7 staat de kern van de beoordeling van de Rechtbank op grond van de Wet Markt & Overheid. Allereerst moet volgens de rechtbank (uitgebreid) worden onderzocht en feitelijk onderbouwd dat er sprake is van een *activiteit* die plaats vindt in het algemeen belang. Vervolgens moet worden onderbouwd dat het *besluit* zorgvuldig is genomen. De rechtbank komt tot het oordeel dat de gemeente zich niet in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat de exploitatie van de Aanloophaven een activiteit is die plaatsvindt in het algemeen belang. De gemeente had onderzoek moeten doen naar het effect van de hoogte van het liggeld op de toerisctische aantrekkingskracht. Ook had de gemeente (positieve en negatieve) effecten op de exploitatie van andere jachthavens moeten onderzoeken.

Tegen deze beoordeling van de Rechtbank kan en moet ons inziens principieel verweer worden gevoerd. Primair dat de Rechtbank een onjuiste toets/maatstaf toepast en subsidiair dat de Rechtbank zich op onvolledige feiten baseert. Ook kan worden aangevoerd dat de opdracht van de rechtbank deels (nagenoeg) onuitvoerbaar is.

I Onjuiste toets
Het gevolg van bovenvermelde wijze van toetsen is dat de bewijslast voor Gemeenten bij het vaststellen van een algemeen belang besluit (erg) hoog komt te liggen. Dit is in strijd met de bedoelingen van de wetgever. Uit de parlementaire geschiedenis van de Wet Markt & Overheid kan juist worden afgeleid dat de afweging of een activiteit wel of niet in het algemeen belang is bij de politiek/Gemeente ligt; zie onder meer het volgende citaat uit de toelichting van een van de amendementen:

"*Dit amendement zorgt ervoor dat de autonomie van decentrale overheden bij de behartiging van het algemeen belang volledig gerespecteerd wordt. Decentrale overheden, zoals provinciale staten en gemeenteraden, krijgen zelf onverkort de ruimte om te bepalen of er sprake is van een economische activiteit in het algemeen belang. Indien decentrale over- heden of bestuursorganen van het Rijk een economische activiteit als algemeen belang beschouwen is de wet in het geheel niet van toepassing* "

De rechtbank verwijst nog naar een uitspraak van het CBb van 21 december 2016. Nadere bestudering van deze uitspraak leert dat het College hier niet zo zeer de afweging of een activiteit wel of niet in het algemeen belang is heeft getoetst (dat stond in die uitspraak niet ter discussie), doch de vraag of de gemeente wel goed had onderzocht of de betrokkene in kwestie door het algemeen

belangbesluit niet onevenredig zou worden getroffen en mitsdien recht op nadeelcompensatie had. Overigens viel die toets in die zaak positief voor de gemeente uit.

II Onvolledige en onjuiste feiten
Daarnaast neemt de rechtbank voor haar beoordeling onvolledige en deels onjuiste feiten tot uitgangspunt.
Zo gaat de Rechtbank enkel in op de toeristische aantrekkingskracht als onderbouwing van het algemeen belang, terwijl er meer argumenten zijn aangevoerd. Ook valt op dat de feiten niet juist zijn weergegeven. Het aantal ligplaatsen bij Wolderwijd is te laag, waardoor de gevolgen voor Wolderwijd erger lijken.

III Onderzoeksopdracht deel onuitvoerbaar
Tot slot is de onderzoeksopdracht van de rechtbank deels onuitvoerbaar. Een onderzoek dat het effect van de Aanloophaven met toegepaste tarief van €1,05 daadwerkelijk de toeristische aantrekkingskracht van de gemeente zal verhogen lijkt een onmogelijke opgaaf. Wel zou eventueel nog nader onderzoek kunnen worden gedaan naar het effect daarvan op andere jachthaven, waaronder Wolderwijd. In de civiele procedure is namens de gemeente reeds aangevoerd dat dit effect door Wolderwijd geenszins is bewezen.
Al met al zal de gemeente dus nooit volledig aan de uitspraak kunnen voldoen; dit vormt ook een reden voor hoger beroep.

<u>Hoger beroep / voorlopige voorziening</u>
Hoewel wij een succesvolle afloop uiteraard niet kunnen garanderen, maakt de gemeente gelet op de voorgaande analyse zeker een gerede kans op een geslaagd hoger beroep. Wij koppelen hier geen percentage aan; dit mede omdat de gemeente met deze procedure in zekere zin aan het “pionieren” is en de jurisprudentie ten aanzien van de Wet Markt & Overheid nog niet is uitgekristalliseerd.

Hoger beroep kan, namens de raad, door het college worden ingesteld. Daarvoor is nodig dat het (voltallige) college binnen de hoger beroepstermijn een procesbesluit (art. 160 Gemeentewet) neemt. Dit besluit hoeft (sinds de dualisering) niet meer bekrachtigd te worden door de raad. Om gedoe achteraf te voorkomen is het wel verstandig om de raad zich te laten uitspreken over het instellen van het hoger beroep.

Hoger beroep schorst de uitspraak van de rechtbank niet. De verplichting tot het nemen van een nieuwe beslissing op bezwaar geldt daarom ook als de gemeenteraad in hoger beroep gaat. Het vragen van een voorlopige voorziening om de uitspraak van de rechtbank te schorsen achten wij in dit geval, mede op basis van de huidige stand van de jurisprudentie, niet kansrijk. Het is immers mogelijk met een verbeterde motivering een gelijkluidend besluit te nemen. Bovendien is er een afbreukrisico: indien de Voorzieningenrechter het op voorhand nog niet evident genoeg vindt dat rechtbankuitspraak onderuit gaat. Dat zegt dan nog niets over de hoofdzaak, maar zou wel weer een succesje voor Wolderwijd zijn.

<u>Nieuwe beslissing op bezwaar</u>
De gemeenteraad is gehouden een nieuwe beslissing op bezwaar te nemen met inachtneming van de uitspraak van de rechtbank. Dit dient te gebeuren “zo spoedig als redelijkerwijs mogelijk”, in de regel is dat maximaal de termijn die geldt voor het beslissen op een bezwaarschrift.

De gemeente heeft twee opties:

1) Het algemeen belang besluit intrekken
2) Het algemeen belang besluit handhaven en nader motiveren

Optie 1 lijkt voor de gemeente niet wenselijk, al was dit alleen al met het oog op de schadezaak. Dan blijft over optie 2, waarbij geldt dat het volledig voldoen aan de opdracht van de rechtbank vrijwel onmogelijk is. Wij adviseren de gemeente om wel zoveel als mogelijk te voldoen aan de opdracht, in ieder geval door te onderzoeken welk effect de hoogte van het liggeld heeft op de exploitatie van Jachthaven Wolderwijd. Onderdeel van dit onderzoek zou kunnen zijn het ambtelijk horen (dus niet door de bezwarencommissie) van Jachthaven Wolderwijd. Zoals gezegd is de schadeonderbouwing van Wolderwijd in de civiele procedure allerminst overtuigend.

De nieuwe beslissing op bezwaar wordt – indien hoger beroep wordt ingesteld – van rechtswege onderdeel van de hoger beroepsprocedure. Dit betekent dat het CBb – als hij het hoger beroep tegen de rechtbankuitspraak niet gegrond acht – de mogelijkheid heeft om het geschil finaal te beslechten door te bepalen dat de nieuwe beslissing op bezwaar wel in stand kan blijven. Ook om deze reden is een hoger beroepsprocedure uit oogpunt van finale geschillenbeslechting (en besparing van kosten) opportuun.

Alternatieven zijn onwenselijk

Zonder hoger beroep krijgt de uitspraak van de rechtbank kracht van gewijsde en schept deze een ongewenst precedent voor alle Nederlandse gemeenten. Los daarvan: er zal hoe dan ook een nieuwe beslissing op bezwaar genomen moet worden, waartegen Wolderwijd bij handhaving van het algemeen belang besluit opnieuw in beroep (en hoger beroep) zal gaan. Per saldo leidt het afzien van hoger beroep daarom waarschijnlijk tot (een) langere en meer kostbare procedure(s).

Advies

Wij adviseren de gemeente om hoger beroep in te stellen tegen de rechtbankuitspraak en tegelijkertijd een nieuwe beslissing op bezwaar te nemen, zoveel mogelijk in lijn met de opdracht van de rechtbank.

Kosteninschatting

Voor het voeren van de hoger beroepsprocedure bieden wij om het kostenplaatje voor de gemeente overzichtelijk te houden aan om te werken met een “capped fee” van € 12.500,- excl.5% kantoorkosten en exclusief BTW. Wij zullen alleen de daadwerkelijk gemaakte uren in rekening brengen. Indien de kosten lager uitvallen is dit dus ten voordele van de gemeente. Eventuele meeruren komen bij deze afspraak voor onze rekening. Onder deze prijsafspraak vallen de volgende werkzaamheden:

- opstellen hoger beroepschrift
- beoordelen verweerschrift/zienswijze Wolderwijd
- voorbereiden en bijwonen zitting bij het CBb in Den Haag
- ondersteuning bij het opstellen van een nieuwe beslissing op bezwaar
- bijwonen ambtelijke hoorsessie Jachthaven Wolderwijd
- tussenliggende telefonische en e-mailcontacten en noodzakelijke besprekingen

Wij geven de gemeente in overweging om te bezien in hoeverre de VNG eventueel zou kunnen bijdragen in de kosten.