

Gemeente Zeewolde

Gemeentehuis
Raadhuisplein 1

Postbus 1
3890 AA Zeewolde

Telefoon (036) 5229522
Telefax (085) 1108515
E-mail info@zeewolde.nl
Website www.zeewolde.nl

Aan
DAS Rechtsbijstand
T.a.v. de heer mr. De Vet
Postbus 23000
1100 DM AMSTERDAM



Datum
8 november 2021

Uw brief/kenmerk

Zaaknummer
00500000049578

Documentnummer
00500000222814

Contactpersoon
J.A. Zandvoort

Doorkiesnummer
036 5229550

Onderwerp
Beslissing op bezwaar

E-mailadres
info@zeewolde.nl

Zeewolde

Geachte heer De Vet,

Inleiding

Bij besluit van 28 mei 2015 heeft de raad van de gemeente Zeewolde (hierna: onze raad) vastgesteld dat de exploitatie van de Aanloophaven plaatsvindt in het algemeen belang als bedoeld in artikel 25h, vijfde lid, van de Mededingingswet (Mw).

Bij besluit van 24 september 2015 heeft onze raad het bezwaar dat namens Jachthaven Wolderwijd is ingediend - onder aanvulling van de motivering - ongegrond verklaard en het verzoek tot vergoeding van de kosten in bezwaar afgewezen.

Tegen dit besluit is namens Jachthaven Wolderwijd beroep ingesteld. De rechtbank Rotterdam heeft in haar uitspraak van 26 januari 2017, met kenmerk ECLI: NL: RBROT: 2017: 631, dit beroep gegrond verklaard en het bestreden besluit vernietigd. Daarbij is onze raad opgedragen een nieuw besluit te nemen met inachtneming van de overwegingen in deze uitspraak.

Tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam is hoger beroep aangetekend bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Omdat het hoger beroep de werking van de uitspraak van de rechtbank niet schorst, heeft onze raad op 29 september 2017 opnieuw op het bezwaarschrift besloten waarbij het bestreden algemeen belang besluit van 28 mei 2015 in stand gelaten is onder verbetering van de motivering, en het verzoek om een proceskostenvergoeding is afgewezen.

Op 18 december 2018 heeft het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (hierna: CBb) uitspraak gedaan. Het CBb heeft de uitspraak van de rechtbank Rotterdam bevestigd, het beroep tegen het nadere besluit van 29 september 2017 gegrond verklaard, dat besluit vernietigd en de gemeenteraad opgedragen om binnen vier maanden na de dag van verzending van de uitspraak een nieuwe beslissing op bezwaar te nemen met inachtneming van de aanwijzingen van het CBb.

Jachthaven Wolderwijd en onze raad zijn vervolgens in overleg getreden om te onderzoeken of een integrale oplossing gevonden kan worden voor een drietal geschillen, waarvan het onderhavige geschil onderdeel uitmaakt. Partijen hebben afgesproken om de termijn van vier maanden die het CBb gesteld heeft te verlengen zolang partijen in overleg zijn.

Op 12 juli 2021 heeft Jachthaven Wolderwijd aan onze raad te kennen gegeven dat zij zich terugtrekt uit het overleg en de lopende procedures wil hervatten. Gelet op de termijn gesteld door het CBb dient onze raad uiterlijk 12 november 2021 een nieuwe beslissing te nemen op het bezwaarschrift.

Uitspraak CBb

Het CBb heeft in haar uitspraak van 18 december 2018 onderkend dat onze raad bij de vaststelling of sprake is van een algemeen belang dat door de desbetreffende economische activiteit wordt gediend, een aanzienlijke beoordelingsruimte heeft. Het CBb heeft daarbij opgemerkt dat vervolgens bij de beslissing om daadwerkelijk gebruik te maken van de bevoegdheid om een algemeen belang besluit te nemen, een afweging plaatsvinden tussen het nagestreefde belang en de belangen van mogelijke derden, in dit geval Jachthaven Wolderwijd.

Ook heeft het CBb onderkend dat voldoende is toegelicht en onderbouwd dat er sprake is van een algemeen belang dat door de exploitatie van de Aanloophaven wordt gediend. Het gebruik van de Aanloophaven is wenselijk, gelet op de ligging midden in het centrum van het dorp waar de winkels en de horeca zijn gevestigd en waar evenementen plaatsvinden, en op de uitstraling op de omgeving. De Aanloophaven is een integrerend onderdeel van de infrastructuur van het dorp en vormt fysiek één geheel met het centrum. Als de Aanloophaven niet wordt benut voor het aanmeren van boten, komt de levendigheid in het gedrang en komt de beoogde revitalisering van het gebied niet of onvoldoende tot stand. Ook acht het CBb voldoende onderbouwd en toegelicht dat Jachthaven Wolderwijd het nagestreefde belang niet kan dienen. Hiervoor hoeft onze raad geen nader onderzoek te doen.

Het CBb is echter van oordeel dat onze raad niet voldoende heeft onderbouwd waarom de exploitatie van de Aanloophaven niet tegen de integrale kostprijs kan plaatsvinden. Om die reden dient inzicht gegeven te worden in de integrale kostprijs. Zonder inzicht in de integrale kosten kan onze raad volgens het CBb geen oordeel vormen over de vraag of een lagere prijs dan de integrale kostprijs het beoogde effect zal hebben.

Daarnaast oordeelt het CBb dat onze raad onderzoek had moeten doen naar een prijsstelling waarmee het beoogde effect van de exploitatie van de Aanloophaven wordt bereikt en tegelijkertijd het nadeel van Jachthaven Wolderwijd zoveel mogelijk wordt beperkt.

Juridische beoordeling

De aanwijzingen van het CBb kunnen worden samengevat in twee punten:

1. Inzicht hebben in de integrale kostprijs is nodig om een oordeel te kunnen geven over de vraag of een lagere prijs dan de integrale kostprijs nodig is om het nagestreefde algemeen belang te dienen;
2. De prijsstelling van de Aanloophaven moet zodanig zijn dat het beoogde effect daadwerkelijk wordt bereikt terwijl het nadeel voor Jachthaven Wolderwijd zoveel mogelijk wordt beperkt.

Ad 1 inzicht kostprijs

Onze raad overweegt, zoals eerder ook aangedragen, dat het vaststellen van de integrale kostprijs gecompliceerd is. De integrale kostprijs voor een bepaald vaarseizoen bestaat uit de totale kosten gedeeld door het aantal overnachtingen – of aantal meters, omdat zoals gebruikelijk een tarief per strekkende meter boot gehanteerd wordt – in een bepaald seizoen. Omdat het daadwerkelijk aantal overnachtingen/meters pas aan het einde van het vaarseizoen bekend is, is het maken van een deugdelijke kostprijsberekening niet goed mogelijk. Ook is schatten onbetrouwbaar omdat het aantal overnachtingen/meters sterk afhankelijk van onberekenbare factoren zoals het weer. Hierdoor schommelt de kostprijs per seizoen sterk.

Om toch enig inzicht te verkrijgen in de indicatieve integrale kostprijs is een aantal theoretische kostprijsberekeningen gemaakt. Bij de berekeningen is rekening gehouden met een drietal scenario's. Namelijk, een lage, een middelmatige en een hoge bezetting (in aantal meters) van de Aanloophaven. De berekeningen en de daarvoor gebruikte cijfers zijn gecontroleerd door Baker Tilly. De bevindingen van Baker Tilly zijn vastgelegd in een rapport van feitelijke bevindingen van 14 februari 2019.¹ De resultaten van de berekeningen zijn in onderstaande tabel overzichtelijk gemaakt.

	Aantal haven-meters	Integrale kostprijs
Scenario 1 - Lage bezetting	9.112	€ 2,28
Scenario 2 – Middelmatige bezetting	11.331	€ 1,98
Scenario 3 - Hoge bezetting	15.000	€ 1,63

Vervolgens zijn voor de jaren 2015 tot en met 2020 dezelfde berekeningen uitgevoerd op basis van het aantal daadwerkelijke meters in het betreffende jaar. Deze berekeningen hebben tot de volgende resultaten geleid:

	Aantal haven-meters	Integrale kostprijs
2015	14.882	€ 1,68
2016	15.770	€ 1,63
2017	8.121	€ 2,46
2018	10.103	€ 2,13
2019	7.327	€ 2,65

¹ Zie bijlage 1

2020	4.461	€ 3,87
------	-------	--------

Voor alle drie scenario's geldt dat de integrale kostprijs die hoger is dan het huidige en marktconforme tarief van € 1,50 per meter bootlengte (zie hiervoor ad 2). Daarbij merkt onze raad op dat, gelet op de actuele bezetting van de afgelopen jaren, scenario 3 een onrealistisch scenario is. Een aantal van 15.000 meter is sinds 2016 niet meer gehaald. In 2020 bereikte het aantal meters zelfs een dieptepunt, wat een integrale kostprijs oplevert van € 3,87 per meter. Gelet op het grote verschil tussen de (mogelijke) integrale kostprijs en het marktconforme tarief is het noodzakelijk dat een tarief onder de integrale kostprijs wordt gehanteerd om het beoogde effect van de exploitatie van de Aanloophaven te realiseren. Dit wordt bereikt door het bestreden algemeen belang besluit in de zin van artikel 25h, zesde lid, van de Mw.

De raad komt op basis van bovenstaande tot de conclusie dat met het hanteren van een tarief gebaseerd op de integrale kostprijs ertoe leidt dat het nagestreefde algemeen belang niet wordt gediend en dat een tarief onder de integrale kostprijs hiervoor noodzakelijk is.

Ad 2 Prijsstelling Aanloophaven

Bij de prijsstelling van de Aanloophaven wenst de raad enerzijds te bereiken dat voldoende boten aanmeren in de Aanloophaven en anderzijds het nadeel voor Jachthaven Wolderwijd zoveel mogelijk beperken.

Onze raad leidt uit de uitspraak van het CBb af dat de essentie van de gedragsregels in de Mw is dat de oneerlijke concurrentie tussen overheden en ondernemingen wordt voorkomen. Dit blijkt uit de door het CBb aangehaalde memorie van toelichting van de Mw (Kamerstukken II, 2007-2008, 31 354, nr. 3, blz. 2). Dit blijkt zoals het CBb uiteengezet heeft ook uit de mondelinge behandeling in de Tweede Kamer (Handelingen II, nr. 64, 17 maart 2009, blz. 64-5135) waar de minister van Economische Zaken het volgende heeft opgemerkt: "In dit wetsvoorstel staan voor mij twee zaken voorop: ten eerste de essentie, namelijk de oneerlijke concurrentie tussen overheden en ondernemingen; ten tweede de autonomie van de medeoverheden die moet worden gerespecteerd. Tussen die twee rotsen moet door worden gezeild".

De raad meent dat wanneer zij voor de Aanloophaven een marktconform tarief in rekening brengt, zij enerzijds bereikt dat voldoende boten aanmeren en anderzijds dat er geen nadeel voor Jachthaven Wolderwijd ontstaat. Met het hanteren van een marktconform tarief voor de Aanloophaven is er immers geen sprake van concurrentievervalsing.

De vraag wat een marktconform tarief is voor de Aanloophaven is voorgelegd aan Muller Makelaardij. Muller Makelaardij heeft op 7 oktober 2020 een taxatierapport overgelegd waarin op basis van referenties, de staat van onderhoud, de locatie en het voorzieningenniveau een passantentarief van € 1,50 per meter bootlengte per nacht als marktconform is beoordeeld.²

² Zie bijlage 2

Dit tarief is sinds 13 april 2019 voor de Aanloophaven gehanteerd.³

Met betrekking tot het eventueel door Jachthaven Wolderwijd ondervonden nadeel overweegt onze raad het volgende. Het voornoemde marktconforme en huidige tarief komt overeen met het tarief dat Jachthaven Wolderwijd in 2021 hanteert voor passanten. Onze raad merkt op dat Jachthaven Wolderwijd over meer en betere faciliteiten beschikt dan de Aanloophaven, waardoor Jachthaven Wolderwijd met het huidige tarief een concurrentievoordeel heeft. Dit wordt ook bevestigd door de resultaten van het door I&O Research uitgevoerde onderzoek waaruit blijkt dat bij de keuze voor een passantenhaven de faciliteiten zwaarder wegen dan het tarief.

Onze raad is van mening dat met het hanteren van het marktconforme tarief geen oneerlijke concurrentie bestaat jegens Jachthaven Wolderwijd. Nu hiermee voldaan is aan de doelstelling van de gedragsregels van hoofdstuk 4b van de Mw, is nader onderzoek naar de exacte integrale kostprijs niet langer nodig.

Daarnaast acht onze raad het voldoende aannemelijk dat met de prijsstelling van € 1,50 per meter bootlengte per nacht het beoogde doel van de exploitatie van de Aanloophaven bereikt wordt en Jachthaven Wolderwijd hiervan geen of nauwelijks nadeel ondervindt. De Raad gaat er dan ook vooralsnog vanuit dat Jachthaven Wolderwijd vanaf 1 januari 2019 geen onevenredige schade ten gevolge van het algemeen belang besluit meer leidt.

Wél constateert de raad dat zij in de periode medio 2014 t/m 2018 onder het in primo genomen algemeen belangbesluit een lager tarief per meter bootlengte per nacht heeft gehanteerd⁴. De raad acht het niet onaannemelijk dat dit tarief in de betreffende jaren onder het tarief lag dat in deze jaren marktconform was. De Raad acht het daarom niet onaannemelijk dat Jachthaven Wolderwijd in de betreffende periode door het algemeen belang besluit een concurrentienadeel heeft geleden waardoor zij omzetverlies en mogelijk onevenredige schade heeft geleden.

In het kader van het gevoerde minnelijke overleg over een mogelijke integrale oplossing heeft Jachthaven Wolderwijd een schadeberekening voor de aanloophaven ingebracht die over de periode medio 2014 tot/met 2020 uitkomt op een bedrag van € 367.249,22. Aan Jachthaven Wolderwijd is te kennen gegeven dat dit bedrag door de gemeente niet op voorhand kan worden geaccepteerd omdat de door Wolderwijd verstrekte berekening zonder inzage van de jaarcijfers en boeken oncontroleerbaar is. De gemeente zal daarom een onafhankelijk financieel schade-deskundige benoemen, die de gemeente kan adviseren over de omvang van de schade, mede op basis van inzage in de boekhouding en jaarcijfers. Uitgaande van de door Jachthaven Wolderwijd gestelde terugloop van de passanten, zal de deskundige ook de vraag moeten beantwoorden voor welk gedeelte deze terugloop redelijkerwijs aan het door de gemeente genomen algemeen belang besluit cq door de gemeente gehanteerde tarief is te wijten. Bij de berekening zal rekening moeten worden gehouden met het feit dat de gemeente het tarief per 2019 heeft verhoogd naar € 1,50,- per meter

³ Verordening op de heffing en invordering van havengeld 2019

⁴ In 2017 bijvoorbeeld bedroeg dit tarief € 1,10 per meter bootlengte.

bootlengte per nacht, welk tarief volgens genoemd rapport van Muller marktconform is.

Nadat de onafhankelijke deskundige over de hoogte van het nadeel heeft geadviseerd, zal de Raad nog moeten beoordelen of en zo ja op welk bedrag het normaal maatschappelijk (ondernemers) risico moet worden bepaald cq. of het door deskundige begrote nadeel dit normaal maatschappelijk risico overstijgt.

Omdat de Raad zich realiseert dat de vaststelling van een definitieve nadeelcompensatie gezien de te doorlopen deskundigenprocedure nog een geruime tijd in beslag zal nemen is de Raad bereid Wolderwijd tegemoet te komen met een voorschot op mogelijke nadeelcompensatie ter hoogte van € 25.000,- , onder de voorwaarde dat Jachthaven Wolderwijd zich voorafgaand aan de uitbetaling verbindt tot restitutie in het geval de definitief toe te kennen nadeelcompensatie lager uit zou komen dan het voorschot.

Omtrent de definitieve nadeelcompensatie zal door de raad een nader besluit genomen worden, nadat de deskundige-procedure is afgerond.

Om te blijven voldoen aan het beoogde doel dat Jachthaven Wolderwijd van de exploitatie van de Aanloophaven geen of nauwelijks nadeel ondervindt, zal de raad het tarief van de Aanloophaven jaarlijks toetsen op marktconformiteit. Het tarief wordt aan het begin van het jaar naar boven of beneden bijgesteld, indien de marktconformiteitstoets hiertoe aanleiding geeft. Daarnaast zal over vijf jaar het algemeen belang besluit en de daarbij behorende tariefstelling geëvalueerd worden. Hierbij heeft de raad het huidige (aanhangige) wetsvoorstel Wet markt en overheid in beschouwing genomen, waarbij een verplichte evaluatie van het algemeen belang besluit na 5 jaar wordt voorgeschreven.

Besluit op bezwaar

Onze raad besluit het bestreden algemeen belang besluit in stand te laten onder verbetering van de motivering, zoals hierboven weergegeven, en in aanvulling daarop dat:

- vanaf 2019 een marktconform tarief van € 1,50 per meter bootlengte wordt gehanteerd;
- dit tarief jaarlijks getoetst op marktconformiteit en indien nodig aangepast;
- het algemeen belang besluit over 5 jaar wordt geëvalueerd.

Onze raad besluit voorts aan Jachthaven Wolderwijd een voorschot van € 25.000,- te betalen op mogelijk, na het doorlopen van de deskundigenprocedure, definitief toe te kennen nadeelcompensatie, zulks onder de voorwaarde dat Jachthaven Wolderwijd zich voorafgaand aan de uitbetaling van het voorschot schriftelijk verbindt tot restitutie van (een gedeelte van) dit bedrag indien en voor zover de definitief toe te kennen nadeelcompensatie wordt vastgesteld op een lager bedrag dan het voorschot.

Nu de bezwaren van Wolderwijd wél hebben geleid tot een bijstelling van het tarief van de Aanloophaven naar € 1,50 per meter bootlengte per nacht

en het besluit tot het betalen van een voorschot op nadeelcompensatie , ziet de raad aanleiding tot een proceskostenvergoeding als bedoeld in artikel 7:15 Awb , welke wordt berekend op € 1.068,- (twee punten).

Aldus besloten door de raad van de gemeente Zeewolde in zijn openbare vergadering van 4 november 2021.

de griffier,

L. van Heezik

de voorzitter,

G.J. Gorter

Beroep instellen

Als u het niet eens bent met dit besluit kunt u binnen zes weken een hogerberoepschrift indienen bij het College van Beroep van het bedrijfsleven (CBb), Postbus 20021, 2500 EA Den Haag. In het hogerberoepschrift moet u motiveren waarom u het niet eens bent met het besluit en wat de beslissing volgens u moet zijn. Verder moet u uw naam en adres vermelden en u moet het ondertekenen.

U kunt het hogerberoepschrift ook digitaal indienen bij het CBb. Gebruik daarvoor het hogerberoepschriftformulier. Bent u particulier, dan heeft u hier een DigiD voor nodig. Voor meer informatie verwijzen wij u naar de pagina van het CBb op www.rechtspraak.nl.

cc: Jachthaven Wolderwijd