Scenario's op grond van de uitspraak van het CBb op 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:661 (Aanloophaven)

Inleiding
Voor de achtergrond van deze zaak verwijzen wij naar de bijgevoegde memo (bijlage 1) en de analyse van de uitspraak door de huisadvocaat van de gemeente Zeewolde (bijlage 2). Daarnaast is in het presidium om een overzicht van de tot nu toe gemaakte kosten voor het inschakelen van de huisadvocaat gevraagd. Deze treft u in bijlage 3 aan. Naast de bestuursrechtelijke zaak – die betrekking heeft op het algemeen-belangbesluit – speelt ook een civielrechtelijke procedure (zie bijlage 1). Van belang te melden hierbij is dat Jachthaven € 50.000 per jaar vordert aan gestelde omzetverlies.

Wat is de stand van zaken nu met betrekking tot het algemeen-belangbesluit voor de Aanloophaven? Het CBb heeft de uitspraak van de rechtbank Rotterdam bevestigd. Dit betekent dat er een nieuw besluit op bezwaar genomen moet worden. Dit moet binnen 4 maanden na de datum van de uitspraak genomen zijn. Er is wel een verzoek om uitstel gedaan door onze huisadvocaat, maar dit verzoek is door het CBb afgewezen. Wanneer uw raad daarbij het algemeen-belangbesluit wil handhaven, zullen daarbij de aanwijzingen in de uitspraak van het CBb opgevolgd moeten worden. Welke dit zijn, staan in de memo (bijlage 1) en in de analyse (bijlage 2) vermeld. Een algemeen-belangbesluit is nodig, wanneer het gehanteerde tarief voor het liggeld onder de integrale kostprijs ligt. Wanneer Jachthaven Wolderwijd het wederom niet eens is met dit nieuw te nemen besluit op bezwaar, kan Jachthaven Wolderwijd hiertegen beroep aantekenen bij het CBb.

Op basis van de uitspraak van het CBb is een aantal scenario's mogelijk (denkbaar). Hieronder zullen die uitgeschreven worden. Deze bestuursrechtelijke zaak kan overigens niet los gezien worden van de civielrechtelijke zaak.

Voor de achtergrond is het nog van belang dat tot nog toe niet de integrale kostprijs (definitief) is berekend. Dit punt komt ook terug bij scenario 2, maar hier merken we alvast op dat het berekenen daarvan niet eenvoudig is en ook aan discussie onderhevig kan zijn. De vraag is namelijk wat je toerekent aan de exploitatie van de Aanloophaven. Uit besluiten van de Autoriteit Consument en Markt dat toezicht houdt op de WM&O blijkt dat we in ieder geval ook percentages van de kosten van de damwanden (de kademuren) moeten toerekenen aan de exploitatie van de Aanloophaven. Daarnaast moet er ook waarde van (de grond onder) het water toegerekend worden aan die exploitatie. Daarnaast is ook het bepalen van de bezetting een lastige, omdat die jaarlijks fluctueert. De bezettingsgraad – en op welk niveau je die bepaalt – heeft grote invloed op de kostprijs. Wanneer wordt uitgegaan van het aantal strekkende meters van afgelopen jaar, komt de kostprijs al snel richting de 3 euro per strekkende meter. We laten de door ons berekende kostprijs toetsen door de accountant.

Termijn en planning
Een besluit op bezwaar moet uiterlijk op 18 april 2019 zijn genomen. Dit betekent teruggerekend (uitgaande van de reguliere raadsvergadering van 28 maart 2019, de laatste die voor die datum zit) dat een voorstel voor een nieuw te nemen besluit op bezwaar uiterlijk op 5 maart 2019 bij het college moet liggen. Dit kan wel eens een knelpunt zijn. De vraag is dan of er geen extra raadsvergadering moet worden gepland (gereserveerd).

Scenario 1: een besluit op bezwaar nemen, waarbij het algemeen-belangbesluit in stand wordt gelaten (geprobeerd te laten) met in achtneming van de uitspraak van het CBb.

Het nieuw te nemen besluit moet in ieder geval de volgende stappen of elementen bevatten:

a. het moet inzicht geven in de integrale kostprijs ('voldoende zicht') en een oordeel vormen over de vraag of de lagere prijs dan de integrale kostprijs het beoogde effect zal hebben;

b. om antwoord te kunnen geven op deze vraag moet onderzoek worden gedaan naar de vraag welke prijsstelling is aangewezen om enerzijds daadwerkelijk te bereiken dat voldoende boten aanmeren in de Aanloophaven en anderzijds moet het nadeel voor de Jachthaven zoveel mogelijk beperkt worden;

c. hiervoor moet ten minste inzicht worden verworven in het aantal passanten dat als gevolg van de exploitatie van de Aanloophaven door de gemeente niet kiest voor een van de locaties van de Jachthaven.

Als we die stappen uitwerken, zijn de volgende acties noodzakelijk:

1. Er zal een kostprijsberekening worden opgesteld. Aan een accountantskantoor zal opdracht gegeven worden om deze te toetsen. Hiermee ontstaat inzicht in de kostprijs van de Aanloophaven. Van belang is dat er de nodige variabelen zijn bij de kostprijsberekening (zie hiervoor). We mogen er wel vanuit gaan dat de kostprijs boven het nu gehanteerde liggeldtarief ligt.

2. Tevens zal een onderzoek uitgevoerd moeten worden om een oordeel te vormen over de vraag of de lagere prijs dan de integrale kostprijs het beoogde effect zal hebben. Dit vraagt inzicht in de prijselasticiteit en andere omstandigheden die de bezettingsgraad bepalen. Dit zou kunnen door een uitgebreid onderzoek te doen onder de passanten in de Aanloophaven, waarbij naar de prijsgevoeligheid gevraagd wordt. Omdat het CBb de opdracht heeft gegeven om binnen vier maanden een besluit te nemen, wordt dit onderzoek nauwelijks uitvoerbaar.

3. Dit geldt ook voor de vervolgvraag, namelijk in hoeverre het liggeldtarief nadelige effecten met zich meebrengt voor Jachthaven Wolderwijd. Dit is lastig te bepalen door het feit dat beide havens (de Bons- en Bolhaven enerzijds en de Aanloophaven) al sinds jaar en dag onder deze omstandigheden geëxploiteerd worden.

Voordelen bij dit scenario:

- Bij dit scenario hoeft de onrechtmatigheid (aansprakelijkheid) nog niet definitief vast te liggen. Als het algemeen belang gemotiveerd kan worden volgens de aanwijzingen van het CBb en de nadelige effecten aantoonbaar beperkt zijn, is financiële compensatie (wellicht) niet aan de orde;
- Bij dit scenario blijft uw raad ook vrij (autonoom) om de hoogte van het liggeldtarief zelf te bepalen.

Nadelen

- Jachthaven Wolderwijd zal zich naar alle waarschijnlijkheid niet neerleggen bij dit scenario (besluit) en beroep bij het CBb indienen. Dit zal ook de nodige juridische kosten met zich meebrengen.
- Het onderzoek dat op basis van de aanwijzing van het CBb nodig is zal – zeker in deze periode – niet dan wel heel moeizaam uit te voeren zijn.

Scenario 2: het algemeen-belangbesluit wordt ingetrokken bij het te nemen besluit op bezwaar en de integrale kostprijs wordt in rekening gebracht.

Bij dit scenario is het de bedoeling de integrale kostprijs in rekening te brengen: de WM&O is dan volledig van toepassing (er wordt geen gebruik meer gemaakt van de mogelijkheid om deze activiteit in het kader van het algemeen belang aan te wijzen). Zoals hierboven al is opgemerkt, gelden hierbij wel een aantal variabelen die ook weer aan discussie onderhevig kunnen zijn. Deze integrale kostprijs zullen we (aantal opties) berekenen en aan de accountant voorleggen. Wanneer we de berekeningen baseren op de bezettingsgraad van de laatste twee jaar, dan komt de kostprijs hoog uit. Dan gaat de integrale kostprijs al snel naar € 3,00 per strekkende meter (let op dit is nog geen vast gegeven).

Voordelen:

- In dit scenario hoeft het algemeen belang niet meer te worden aangetoond;
- Jachthaven Wolderwijd kan hiervan geen nadelige gevolgen meer claimen vanaf het moment dat de integrale kostprijs wordt gevraagd.

Nadelen:

- Ook de kostprijs is aan discussie onderhevig en kan tot discussies leiden (tenzij de kostprijs boven die van het tarief van Jachthaven Wolderwijd komt te liggen);
- Wanneer het algemeen-belangbesluit wordt herroepen (ingetrokken), staat daarmee de onrechtmatigheid vast. Dat wil niet zeggen dat daarmee de gestelde schade van € 50.000 per jaar (voor de periode vanaf 2014 tot heden) toegekend moet worden, die moet ook onderbouwd worden door Jachthaven Wolderwijd. Dit zal waarschijnlijk dan onderdeel worden van de lopende civiele procedure;
- We weten nog niet exact wat de kostprijs wordt, maar als die naar bijvoorbeeld de € 3,00 per strekkende meter[1] gaat (of daarboven), is de kans aanwezig dat de gewenste verlevendiging van de Aanloophaven niet bereikt wordt (de havens van omliggende gemeenten (de nabijgelegen havens) hanteren allemaal lagere tarieven (beneden de € 2,50 per strekkende meter).

[1] Dit gaan we dus nog bepalen, waarbij we de verschillende variabelen in kaart zullen brengen.

Scenario 3: proberen om een schikking te treffen met Jachthaven Wolderwijd en het besluit op bezwaar daarop te baseren.

Tijdens de zitting riep het CBb partijen ook op om in gesprek te gaan met elkaar. In dat overleg zou geprobeerd kunnen worden om te komen tot een schikking. Jachthaven Wolderwijd heeft tijdens de zitting van de rechtbank Rotterdam aangegeven een tarief van € 1,50 per strekkende meter acceptabel te vinden. In dat geval moet ook nog een algemeen-belang besluit genomen, als dit bedrag lager dan de integrale kostprijs ligt. Tevens zal Jachthaven Wolderwijd een schadevergoeding wensen voor de afgelopen periode (vanaf 2014). Dit alles zal dan zijn beslag moeten krijgen in een vaststellingsovereenkomst. Hierbij zou dan geregeld moeten worden dat de gemeente Zeewolde een algemeen-belangbesluit neemt, waarbij het tarief wel minimaal op € 1,50 per strekkende meter wordt gesteld (al dan niet met indexering, afhankelijk van een evt. uitkomst in de onderhandeling). Jachthaven Wolderwijd zal hierbij dan wel moeten aangeven dit een redelijk tarief is in het kader van het algemeen-belangbesluit. Dit besluit zal wel opnieuw bekend gemaakt moeten worden. Wanneer daartegen ook verder geen beroep wordt aangetekend, is het besluit daarmee onherroepelijk. Dit besluit geldt dan ook wanneer Jachthaven Wolderwijd wordt overgenomen door een andere partij (dit is alleen anders, wanneer de wetgever de WM&O wijzigt en bepaalt dat een algemeen belang besluit periodiek opnieuw genomen moet worden).

Bij deze schikkingspoging zou ook geprobeerd kunnen worden om de andere nog lopende geschillen op te lossen.

Voordelen

- Wanneer een tarief van (ca.) € 1,50 per strekkende meter overeengekomen kan worden, blijft de tariefsverhoging binnen de perken.
- Hiermee komt een einde aan het geschil en de daarmee gemoeide juridische kosten (en de kosten voor de ambtelijke capaciteit).

Nadelen

- Een dergelijke schikking komt niet tot stand zonder een financiële compensatie te verstrekken. Als we kijken naar de vordering van Jachthaven Wolderwijd, kan hiermee een bedrag van ruim € 200.000 gemoeid zijn.
- Voor een schikking zijn twee partijen nodig. Het is onzeker of Jachthaven Wolderwijd hieraan mee zal werken. Dit terwijl de termijn voor het nemen van een nieuw besluit op bezwaar doorloopt. Dit kan wel ondervangen worden door voordat de onderhandeling begint overeenstemming te bereiken over uitstel van de door het Cbb gestelde termijn voor het nemen van de nieuwe beslissing op bezwaar.