Van:	College van burgemeester en wethouders
Aan:	De gemeenteraad van Zeewolde
Documentnummer:	z190003022
Datum:	17 januari 2019
Onderwerp:	uitspraak CBb op 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:661 (Aanloophaven)

Memo

Zeewolde

1. Inleiding

Op 18 december 2018 heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) uitspraak gedaan op het door de gemeente Zeewolde ingestelde hoger beroep (bijlage 1). Het CBb heeft het hoger beroep ongegrond verklaard. In bijlage 2 bij deze memo van Van Benthem en Keulen (de huisadvocaat van de gemeente Zeewolde) wordt deze uitspraak geanalyseerd en wat dit betekent voor het nieuw te nemen besluit op bezwaar. Daarbij wordt het toetsingskader dat het CBb nu heeft aangelegd voor een dergelijk algemeen-belangbesluit toegelicht.

In deze memo wordt voor het inzicht nog de achtergrond, het overzicht van de besluiten en de andere lopende procedure in dit verband vermeld. Het voorstel van ons college is om met de raad in een in januari 2019 door uw raad te plannen (besloten) vergadering in overleg te gaan over de concrete vervolgstappen en mogelijke oplossingen.

2. Achtergrond

De Wet Markt en Overheid (WM&O)[1] schrijft voor dat gemeenten bij het verrichten van de economische activiteiten in ieder geval de integrale kostprijs moeten vragen om de concurrentie met de markt niet nadelig te beïnvloeden. De Nationale Mededingingsautoriteit (Nma) ziet hier op toe.

Van bovengenoemde regel mag worden afgeweken, als de gemeenteraad een economische activiteit aanwijst als activiteit in het algemeen belang. In dat geval weegt het algemeen belang zwaarder en geldt de WM&O niet. De integrale kostprijs hoeft dan ook niet in rekening te worden gebracht. De raad heeft hierbij veel beleidsvrijheid, maar moet een dergelijk besluit ook

[1] De WM&O is onderdeel van de Mededingingswet

zorgvuldig voorbereiden en motiveren. Tegen een dergelijk bestuursrechtelijk besluit kan bezwaar en beroep worden aangetekend.

Medio 2015 heeft de raad van de gemeente Zeewolde de exploitatie van de Aanloophaven aangewezen als activiteit in het algemeen belang. Tegen dit besluit heeft Jachthaven Wolderwijd bezwaar aangetekend. Het bezwaar is (gedeeltelijk) gegrond verklaard. Op grond van het advies van de commissie is de motivering van het besluit verbeterd. De volgende onderdelen zijn in de motivering opgenomen: bijdrage aan de verlevendiging van dit gebied, toeristische aantrekkingskracht, Aanloophaven onderdeel van de openbare ruimte, gezinshaven, tarief afgestemd op omliggende havens en voorzieningenniveau, het karakter van de Aanloophaven als passantenhaven. De aanwijzing van de exploitatie van de Aanloophaven als activiteit in het algemeen belang (het algemeen belang besluit) is daarbij wel gehandhaafd.

Tegen dit besluit op bezwaar van de raad heeft Jachthaven Wolderwijd beroep aangetekend. De rechtbank Rotterdam (de bevoegde bestuursrechter voor dit soort mededingingszaken) heeft in januari 2017 het beroep gegrond verklaard. De rechtbank vond het besluit onvoldoende gemotiveerd en heeft het besluit op bezwaar vernietigd.

Tegen die uitspraak heeft het gemeentebestuur Zeewolde[2]hoger beroep aangetekend bij het CBb (de hogerberoepsrechter bij dit soort zaken), omdat de gemeente Zeewolde van oordeel is dat de opgedragen motiveringsverplichting te ver gaat ten opzichte van de ruime (en autonome) beleidsvrijheid, die de gemeenteraad heeft bij dit soort besluiten.

Overigens moest de gemeenteraad ook een nieuw besluit op bezwaar nemen, omdat hoger beroep de werking van de uitspraak van de rechtbank Rotterdam niet opschort. Dit besluit is op 28 september 2017 genomen, waarbij Jachthaven Wolderwijd expliciet(er) is gevraagd naar de (gestelde) geleden schade en er een onderzoek is uitgevoerd onder stakeholders bij de Aanloophaven.

Voor het volledige beeld nog het volgende:
Het tarief voor het aanleggen in de Aanloophaven is € 1,14 (in 2018). Bij jachthaven Wolderwijd bedraagt dit € 1,30. Het tarief is ooit tot stand gekomen door te kijken naar wat omliggende havens vragen in vergelijking tot de aard van het voorzieningenniveau.

Jachthaven Wolderwijd stelt (in onze optiek onvoldoende onderbouwd) per jaar € 100.000 schade te lijden.

---

[2] Het college heeft op grond van artikel 160 Gemeentewet de bevoegdheid om hoger beroep in te stellen. De raad heeft als het betrokken bestuursorgaan daarna ingestemd met dit hoger beroep

2. Overzicht besluiten en uitspraken tot nu (met bijgevoegde linkjes) in dit bestuursrechtelijke proces

1. Algemeen-belangbesluit d.d. 28 mei 2015

https://www.zeewolde.nl/gemeenteraad/vergaderkalender_41891/item/vergadering-gemeenteraad_487.html

2. Besluit op bezwaar d.d. 24 september 2015

https://www.zeewolde.nl/gemeenteraad/vergaderkalender_41891/item/vergadering-gemeenteraad_511.html

3. Uitspraak rechtbank Rotterdam d.d. 26 januari 2017

https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBROT:2017:63

4. Instemming met het door het college ingestelde hoger beroep door de raad op 20 april 2017

https://www.zeewolde.nl/gemeenteraad/vergaderkalender_41891/item/vergadering-gemeenteraad_964.html

5. Nieuw besluit op bezwaar door de raad op 28 september 2017

https://www.zeewolde.nl/gemeenteraad/vergaderkalender_41891/item/vergadering-gemeenteraad_1024.html

6. Uitspraak CBb op 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:661

3. Privaatrechtelijke (civielrechtelijke) procedure

Naast de bovengenoemde bestuursrechtelijke procedure speelt er ook een civielrechtelijke procedure bij de rechtbank Midden-Nederland (civiele rechter). Jachthaven Wolderwijd stelt in die procedure dat de gemeente Zeewolde onrechtmatig handelt door de Wet Markt en Overheid te overtreden. Daarbij gaat het om twee zaken:

1. De exploitatie van de Aanloophaven. Dit deel van de zaak is aangehouden in afwachting van de uitspraak van het CBb in hoger beroep.

2. De verhuur aan de Watersportvereniging Blauwe Diamant van de haventjes in de Blauwe Diamant. Jachthaven Wolderwijd stelde dat de gemeente Zeewolde niet de integrale kostprijs voor de verhuur van deze haventjes vroeg en beweerde daardoor schade te lijden. Deze vordering is in een voorlopige vonnis afgewezen door de rechtbank.

Wanneer de uitspraak van het CBb bekend is, zal deze ook naar de rechtbank Midden-Nederland gestuurd moeten worden voor het vervolg van deze procedure.

4. Vervolgstappen als gevolg van de uitspraak van het CBb (zie ook de analyse van de huisadvocaat Van Benthem en Keulen)

1. De gemeente krijgt van het CBb opdracht om binnen vier maanden een nieuw besluit op bezwaar nemen (dus uiterlijk 18 april 2019) waarin de gemeente:
   a) inzicht geeft in de integrale kostprijs (‘voldoende zicht’) en een oordeel vormt 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 het nadeel voor de Jachthaven zoveel mogelijk te beperken;
   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.

2. Aan een accountantskantoor wordt opdracht gegeven om inzicht te geven in de kostprijs van de Aanloophaven.

Onderdeel van de opdracht van het CBb is om inzicht te verwerven 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. Dit onderzoek kan enkel worden uitgevoerd bij passanten die aanleggen in de Aanloophaven en dus in de zomerperiode. Er wordt een brief gestuurd aan het CBb waarin (a) wordt aangegeven dat het waarschijnlijk niet mogelijk is om de gevraagde onderzoeken binnen vier maanden, te verrichten mede gezien de aard van de opdracht en (b) daarom om verlenging wordt verzocht.