



ONTVANGEN 20 JAN 2016

Gemeente Heerhugowaard
T.a.v. de Gemeenteraad
Postbus 390
1700 AJ HEERHUGOWAARD

Den Haag, 19 JAN 2016

Aantal bijlage(n): 1

Uw kenmerk:

Ons kenmerk: ACM/DM/2016/200310

Contactpersoon: mr.drs. N. Duykers | Nadja.Duykers@acm.nl | (070) 722 21 29

Onderwerp: 15.0720.29 – Aanbiedingsbrief vertrouwelijk besluit

Geachte Gemeenteraad,

De directie Mededinging van de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) heeft onderzoek gedaan naar een mogelijke overtreding van artikel 25i van de Mededingingswet (Mw) door de gemeenteraad van Heerhugowaard.

Op grond van het voornoemde onderzoek is ACM van oordeel dat de gemeenteraad van Heerhugowaard artikel 25i Mw overtreedt. Deze overtreding betreft de liggelden die de gemeente Heerhugowaard hanteert in de recreatiehaven Broekhorn. In de bijlage bij deze brief treft u het besluit van ACM aan.

In verband met de rechten van belanghebbende derden is het noodzakelijk een openbare versie van dit besluit te maken. De openbare versie van het besluit zal geen vertrouwelijke bedrijfs- of fabricagegegevens in de zin van artikel 10, eerste lid, van de Wet openbaarheid van bestuur of anderszins vertrouwelijke gegevens in de zin van artikel 10, tweede lid, van de Wet openbaarheid van bestuur, bevatten. Om deze reden verzoek ik u uiterlijk binnen tien werkdagen na dagtekening van deze brief met redenen omkleed aan te geven welke gegevens in de tekst van dit besluit door u worden beschouwd als vertrouwelijke bedrijfs- of fabricagegegevens en welke gegevens door u om andere redenen als vertrouwelijk worden beschouwd. Ik ga ervan uit dat de gegevens, waarvoor u niet uitdrukkelijk aangeeft dat zij naar uw mening als vertrouwelijk moeten worden behandeld, door mij zonder meer voor derden toegankelijk kunnen worden gemaakt.

Autoriteit Consument & Markt



In uw zienswijze bij het conceptbesluit, die ACM op 18 januari 2016 heeft ontvangen, beschrijft u dat de liggelden "zullen worden aangepast/verhoogd". Ik verzoek u ACM te informeren over deze aanpassing/verhoging van de liggelden en over het tijdpad om tot deze aanpassing/verhoging te komen.

U kunt uw reactie richten aan:

Autoriteit Consument & Markt
Directie Mededinging
Postbus 16326
2500 BH DEN HAAG

Ik verzoek u uw reactie ook digitaal te verzenden naar marktenoverheid@acm.nl. U wordt verzocht in uw correspondentie het zaaknummer **15.0720.29 - Heerhugowaard** te vermelden. Indien u vragen heeft over het verloop van de procedure, kunt u zich wenden tot de in het briefhoofd vermelde contactpersoon of tot Gijsbert Jonkers (gijsbert.jonkers@acm.nl en/of 070 - 722 2535).

2/2

Hoogachtend,

Autoriteit Consument en Markt
namens deze,

M. Denkers, BA. MSc. MBA
Directeur Directie Mededinging



Besluit
Vertrouwelijk

Ons ACM/DM/2016/200304

kenmerk:

Zaaknummer: 15.0720.29

BESLUIT van Autoriteit Consument en Markt als bedoeld in artikel 70c, eerste lid, aanhef en onderdeel a, van de Mededingingswet

Pagina
1/18

Muzenstraat 41 | 2511 WB Den Haag
Postbus 16326 | 2500 BH Den Haag
T 070 722 20 00 | F 070 722 23 55
info@acm.nl | www.acm.nl | www.consuwijzer.nl

Inhoudsopgave

1	Inleiding en leeswijzer	3
2	Wettelijk kader.....	3
3	Procedure	4
4	Feiten	5
5	Toepasselijkheid artikel 25i Mw.....	7
6	Beoordeling	9
6.1	Overzicht verwachte exploitatiekosten en –opbrengsten van gemeente.....	10
6.2	Beoordeling overzicht verwachte exploitatiekosten en –opbrengsten door ACM.....	11
6.3	Taxatie van de recreatiehaven.....	12
6.4	Herberekening van de integrale kosten door de gemeente, gebaseerd op de taxatie	13
6.5	Beoordeling door ACM van de bruikbaarheid en de uitkomst van de taxatie	14
6.6	Berekening integrale kosten	15
6.7	Conclusie	17
7	Zienswijze gemeente en reactie ACM op de zienswijze.....	17
8	Besluit.....	18

1 Inleiding en leeswijzer

1. De Autoriteit Consument & Markt (hierna: ACM) ziet toe op de naleving van de Wet Markt en Overheid. De Wet Markt en Overheid (hierna ook: Wet M&O) is op 1 juli 2012 in werking getreden, als onderdeel van de Mededingingswet (hierna: Mw). Het doel van de Wet M&O is *“het creëren van zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen enerzijds overheden die als aanbieder van goederen of diensten aan derden optreden en anderzijds particuliere ondernemingen.”*
2. Het uitgangspunt van de Wet M&O is dat overheidsorganisaties de vrijheid hebben om “economische activiteiten” te verrichten (en daarbij mogelijk met particuliere ondernemingen concurreren), maar dat ze zich daarbij wel aan een aantal gedragsregels moeten houden.
3. Op 11 juni 2014 en 15 oktober 2014 heeft ACM in het kader van de Wet M&O¹ een signaal ontvangen over de exploitatie van de recreatiehaven Broekhorn door de gemeente Heerhugowaard (hierna: de gemeente). In het signaal is aangegeven dat de liggeldtarieven die de gemeente voornemens is in rekening te brengen te laag zijn om alle kosten te dekken. Daarnaast zouden de voorgenomen tarieven niet zijn gebaseerd op een kostendoorberekening, maar op een vergelijking met de liggeldtarieven in omliggende gemeenten. Er zou sprake zijn van een ongelijk speelveld, waarbij concurrerende recreatiehavens door de tariefstelling van de gemeente zouden worden geschaad in hun concurrentiepositie.
4. ACM heeft onderzoek gedaan naar dit signaal en komt op basis hiervan tot dit besluit. In dit besluit beschrijft ACM achtereenvolgens het wettelijk kader waarbinnen ACM tot dit besluit komt (hoofdstuk 2), de door ACM gevolgde procedure (hoofdstuk 3), de relevante feiten (hoofdstuk 4), de toepasselijkheid van art 25i Mw (hoofdstuk 5), de beoordeling van de feiten en omstandigheden (hoofdstuk 6), de zienswijze van de gemeente en de reactie van ACM op deze zienswijze (hoofdstuk 7) en de conclusie die ACM daaraan verbindt (hoofdstuk 8).

2 Wettelijk kader

5. Op grond van art. 70c, eerste lid, aanhef en onderdeel a, Mw kan ACM, ingeval van een overtreding van artikel 25i, eerste lid, Mw verklaren dat zij een overtreding heeft vastgesteld.
6. De Wet M&O richt zich tot overheidsorganisaties die economische activiteiten verrichten. Om concurrentievervalsing met ondernemingen te voorkomen, dienen overheids-

¹ Hoofdstuk 4B Mededingingswet.

organisaties die activiteiten 'op de markt' verrichten zich te houden aan vier gedragsregels zoals neergelegd in de Wet M&O. Deze gedragsregels omvatten de plicht tot integrale kostendoorberekening ex art. 25i, eerste lid, Mw, het bevoordelingsverbod ex art. 25j Mw, de plicht tot beschikbaarstelling gegevens ex art. 25k Mw en de plicht tot functiescheiding ex art. 25l Mw.

7. In de artikelen 25h, 25i en 25j Mw zijn uitzonderingsbepalingen opgenomen waarbij de Wet M&O niet van toepassing is. Deze uitzonderingsbepalingen zien zowel op de aard van het bestuursorgaan als op de aard van de verrichte activiteiten.
8. In het Besluit markt en overheid² zijn, op grond van artikel 25m, eerste lid, Mw nadere regels gesteld over de toepassing van de plicht tot integrale kostendoorberekening (art. 25i, eerste lid, Mw) en het bevoordelingsverbod (ex art. 25j, eerste lid, Mw). De nadere regels over de plicht tot integrale kostendoorberekening gaan onder andere in op:
 - de (soort van) goederen en diensten waarop de kostendoorberekening moet worden toegepast (aggregatieniveau in de activiteiten);
 - de in aanmerking te nemen kostensoorten (operationele kosten, afschrijvings- en onderhoudskosten en vermogenskosten);
 - de bron van de door te berekenen kosten (bijvoorbeeld: raming, realisatie).
9. Om te kunnen vaststellen welke verplichtingen uit de Wet M&O in een concreet geval van toepassing zijn, dient achtereenvolgens:
 - het bestuursorgaan in kwestie te worden gekwalificeerd;
 - de verrichte activiteit te worden gekwalificeerd als economische activiteit;
 - te worden vastgesteld dat geen van de wettelijke uitzonderingsbepalingen en/of overgangstermijn van toepassing zijn.

3 Procedure

10. ACM heeft naar aanleiding van het ontvangen signaal beoordeeld of de Gemeenteraad van Heerhugowaard bij de tariefstelling van de recreatiehaven Broekhorn heeft gehandeld in overeenstemming met het bepaalde in artikel 25i Mw en het Besluit Markt en Overheid.
11. Zowel de signaalverstrekker als de gemeente hebben in de periode oktober 2014 – oktober 2015 desgevraagd aan ACM schriftelijke en mondelinge informatie verstrekt over de exploitatie en tariefstelling van de recreatiehaven Broekhorn.
12. ACM heeft de aldus verkregen informatie nader geanalyseerd om vast te stellen of de gemeente heeft gehandeld in overeenstemming met het bepaalde in artikel 25i Mw en het

² Besluit van 6 juni 2012, houdende regels voor overheden over de doorberekening van kosten en de toepassing van het bevoordelingsverbod.

Besluit Markt en Overheid. ACM heeft haar conclusie neergelegd in dit besluit.

- Op 11 december 2015 heeft ACM de conceptversie van dit besluit aan de gemeente toegezonden en heeft ACM de gemeente zodoende in de gelegenheid gesteld haar zienswijze op dit besluit naar voren te brengen. Op 18 januari 2016 heeft ACM deze zienswijze per brief ontvangen.

4 Feiten

- De gemeente Heerhugowaard is eigenaar van de recreatiehaven Broekhorn en biedt sinds augustus 2014³ in deze recreatiehaven 84 ligplaatsen voor boten aan. De ligplaatsen voor boten kennen verschillende afmetingen (vier verschillende boxmaten) en worden zowel per jaar verhuurd (jaarplaatsen) als voor (zeer) tijdelijk verblijf (passanten). De gemeente merkt op dat 'voor de kostendekkendheid alleen is uitgegaan van de inkomsten van de jaarplaatsen'.⁴ Tot de recreatiehaven behoort ook een havengebouw waarin de gemeente aan gebruikers van de recreatiehaven een aantal voorzieningen⁵ aanbiedt.
- De gebruikers van de recreatiehaven Broekhorn zijn zowel bewoners van de wijk Broekhorn als recreanten en passanten. Een aantal kopers van woningen in de wijk Broekhorn is in de gelegenheid gesteld om bij voorrang een ligplaats in de recreatiehaven te huren.⁶
- De recreatiehaven Broekhorn is in 2013 gerealiseerd door Bouwfonds Ontwikkeling B.V. (hierna: Bouwfonds) op grond die eigendom was van de gemeente. De recreatiehaven ligt in de nieuw gerealiseerde woonwijk Broekhorn in Heerhugowaard. Van de omliggende grond was een groot deel eigendom van Bouwfonds, een klein deel (nl. het dijklichaam) van het Hoogheemraadschap en een klein deel van de gemeente. Deze laatstgenoemde grond betrof uitgeefbare grond waarop woningen en bedrijven konden worden gebouwd.
- De gemeente heeft in 2011 een (ontwikkelings)overeenkomst gesloten met Bouwfonds⁷, waarin onder meer is overeengekomen dat:
 - Bouwfonds op de grond van de gemeente een recreatiehaven aanlegt, waarmee wordt geacht EUR 1,6 mln te zijn gemoeid, in beginsel te betalen door de gemeente aan

5/18

³ Beantwoording van informatieverzoek van ACM door de gemeente Heerhugowaard op 1 december 2015.

⁴ Brief van de gemeente aan ACM van 12 januari 2015, kenmerk E201500869.

⁵ Bijvoorbeeld: sanitaire voorzieningen, gebruik wasmachine, gebruik WIFI.

⁶ Beantwoording van informatieverzoeken van ACM door de gemeente Heerhugowaard op 19 mei 2015 en 26 augustus 2015.

⁷ Realisatieovereenkomst "De Broekhorn" te Heerhugowaard, d.d. 10 november 2011 overeengekomen tussen de gemeente Heerhugowaard en Bouwfonds Ontwikkeling B.V. Zie ook verslag bespreking ACM – gemeente Heerhugowaard d.d. 15 juni 2015.



- Bouwfonds;
- de gemeente haar grondpositie in het omliggende gebied voor circa EUR 12,4 mln verkoopt aan Bouwfonds. In dit bedrag wordt geacht een bedrag van EUR 1,6 mln te zijn opgenomen dat kan worden beschouwd als een meerwaarde op de eigenlijke koopsom, vanwege het feit dat de grond vlak naast een nieuw aangelegde recreatiehaven ligt. Deze totale koopsom van EUR 12,4 mln moet Bouwfonds terugverdienen met de verkoop van woningen en bedrijven die zij op deze grond bouwt.
18. Uit bovenstaande volgt dat de gemeente aan Bouwfonds een bedrag van EUR 1,6 mln was verschuldigd voor de aanleg van de recreatiehaven Broekhorn. Andersom was Bouwfonds aan de gemeente ook een bedrag van EUR 1,6 mln verschuldigd, als meerwaarde op de aangekochte grond. Beide bedragen zijn niet daadwerkelijk betaald, maar zijn onderling verrekend in de totale realisatie van het plan Broekhorn. Uit de realisatieovereenkomst met Bouwfonds en de opdrachten van Bouwfonds aan Grontmij, kan worden afgeleid dat de investeringskosten voor de aanleg en inrichting van de recreatiehaven Broekhorn (exclusief het havengebouw) EUR 997.346 bedroegen.⁸ Deze investeringskosten zijn dus niet voor rekening van de gemeente gekomen en hebben niet geleid tot een activawaardering in de financiële administratie van de gemeente.
19. De gemeente heeft het havengebouw zelf gerealiseerd, voor een bedrag van EUR 330.000, waarvan EUR 220.000 is gesubsidieerd door de provincie Noord-Holland.⁹ De gemeente dekt de kapitaallasten die uit het restant van EUR 110.000 voortvloeien (door de gemeente zelf berekend op EUR 16.390, zie ook randnummer 35), uit de gemeentelijke reserve 'Nota bovenwijkse kosten-2'¹⁰.
20. Uit de informatie die de gemeente heeft overgelegd blijkt dat de gemeente exploitant is van de recreatiehaven Broekhorn. Alle beheers- en onderhoudskosten van de recreatiehaven Broekhorn komen voor rekening van de gemeente. Ook alle inkomsten komen ten goede aan de gemeente.
21. Het dagelijks beheer wordt verricht door de Stichting Recreatiehaven Broekhorn (hierna: Stichting), die bestaat uit vrijwilligers. De Stichting int de liggelden namens en voor de gemeente. Het bestuur van deze Stichting wordt gevormd door bestuursleden die geen banden hebben met de gemeente. Het bestuur wordt niet benoemd of ontslagen door de gemeente, noch heeft de gemeente enig stemrecht ten aanzien van de besluiten van deze

6/18

⁸ Realisatieovereenkomst "De Broekhorn" te Heerhugowaard, d.d. 10 november 2011 overeengekomen tussen de gemeente Heerhugowaard en Bouwfonds Ontwikkeling B.V. Zie ook verslag bespreking ACM – gemeente Heerhugowaard d.d. 15 juni 2015 en beantwoording van informatieverzoek van ACM door de gemeente Heerhugowaard op 17 augustus 2015.

⁹ Beantwoording van informatieverzoek van ACM door de gemeente Heerhugowaard op 17 en 26 augustus 2015.

¹⁰ Post V12: waterrecreatief knooppunt Broekhorn, NBK II 2011.

Stichting.¹¹ De Stichting is derhalve niet aan te merken als overheidsbedrijf in de zin van art 25g, eerste lid onder a Mw.

22. In november 2014 heeft de gemeenteraad van Heerhugowaard de Liggeldverordening gemeente Heerhugowaard vastgesteld. Deze verordening is op 1 december 2014 in werking getreden. De ligplaatstarieven voor de recreatiehaven Broekhorn worden dus vastgesteld door de gemeenteraad van Heerhugowaard.¹² De gemeente heeft aangegeven dat vanaf 1 december 2014 liggelden in rekening zijn gebracht bij de huurders van een ligplaats. Van augustus 2014 tot en met 30 november 2014 was de haven ook al open en kon gratis een ligplaats worden ingenomen.¹³

5 Toepasselijkheid artikel 25i Mw

a. Bestuursorgaan

23. Artikel 25i, eerste lid, Mw is enkel van toepassing zover door het betreffende bestuursorgaan een economische activiteit wordt verricht. De ligplaatstarieven worden vastgesteld door de gemeenteraad van Heerhugowaard.¹⁴ De Gemeenteraad van de gemeente Heerhugowaard is een bestuursorgaan in de zin van art. 1:1, eerste lid, sub a, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). De gemeente is exploitant van de recreatiehaven Broekhorn.

b. Economische activiteit

24. Om te bepalen of de dienstverlening met betrekking tot het aanbieden van ligplaatsen door gemeenten is te kwalificeren als economische activiteit, moet worden aangesloten bij de Europese jurisprudentie ten aanzien van het begrip "economische activiteit"¹⁵. Volgens vaste jurisprudentie is een economische activiteit "elke activiteit die bestaat in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt".¹⁶

25. Een leidend beginsel in de rechtspraak van het Hof van Justitie omtrent het ondernemingsbegrip en het begrip economische activiteit is of het gaat om activiteiten die

¹¹ Beantwoording van informatieverzoek van ACM door de gemeente Heerhugowaard op 12 januari 2015.

¹² Zie ook de beantwoording van informatieverzoeken van ACM door de gemeente Heerhugowaard op 12 januari 2015, 18 februari 2015 en 1 december 2015 en verslag bespreking ACM – gemeente Heerhugowaard d.d. 15 juni 2015.

¹³ Beantwoording van informatieverzoek van ACM door de gemeente Heerhugowaard op 1 december 2015.

¹⁴ Beantwoording van informatieverzoeken van ACM door de gemeente Heerhugowaard op 12 januari 2015, 18 februari 2015 en 1 december 2015 en verslag bespreking ACM – gemeente Heerhugowaard d.d. 15 juni 2015.

¹⁵ *Kamerstukken II, 2007/2008, 31 354, nr. 3 p. 30-31.*

¹⁶ O.a. C-113/07 SELEX Sistemi Integrati SpA, r.o. 69.

ook door particuliere ondernemingen op een markt en in concurrentie kunnen worden verricht, zodat de entiteit in kwestie daarmee, feitelijk of potentieel, in concurrentie treedt of zou kunnen treden.¹⁷

26. Voor het vaststellen of een bestuursorgaan een economische activiteit verricht, is de aard van de activiteit bepalend.¹⁸ Uit jurisprudentie blijkt dat in dit kader onder meer van belang is wat het doel is waarmee de activiteiten worden verricht en aan welke regels de activiteiten zijn onderworpen.¹⁹ Als het gaat om activiteiten die door bestuursorganen worden verricht, dient volgens jurisprudentie onderscheid te worden gemaakt tussen de situatie waarin het bestuursorgaan handelt in de uitoefening van overheidsgezag, en de situatie waarin economische activiteiten van industriële of commerciële aard, bestaande uit het aanbieden van goederen en diensten op de markt, worden verricht.²⁰ Voor zover bestuursorganen handelen in de uitoefening van overheidsgezag, verrichten zij in beginsel geen economische activiteit.

Toegepast op de exploitatie van de ligplaatsen door de gemeente

27. In het kader van dit onderzoek moet worden bepaald of de exploitatie van de recreatiehaven Broekhorn behoort tot de uitoefening van bevoegdheden van overheidsgezag dan wel kwalificeert als economische activiteit. Zoals hierboven aangegeven, is volgens staande jurisprudentie de aard van de activiteit bepalend, waarbij onder meer wordt gekeken naar het doel waarmee de activiteit wordt uitgevoerd en de regels waaraan de activiteit is onderworpen.
28. De exploitatie van de recreatiehavens is geen uitoefening van overheidsgezag die bij of krachtens wet aan gemeenten is opgedragen.²¹ De gemeente heeft aangegeven dat de gemeente exploitant is van de recreatiehaven Broekhorn.²² De exploitatie van recreatiehavens kan en wordt in de praktijk ook door particuliere ondernemingen verricht.²³ Zo worden in (de nabije omgeving van) de gemeente onder andere de commerciële

¹⁷ Zie hiertoe bijvoorbeeld zaak C-244/94, FFSA, C-115-/97-117/97, Brentjes Handelsonderneming B.V. of C-41/90 Höfner/Elser.

¹⁸ C-364/92 SAT Fluggesellschaft mbH r.o. 19.

¹⁹ Idem, r.o. 30.

²⁰ C-343/95, Diego Cali & Figli Srl, r.o. 16.

²¹ Zie ook het besluit van ACM in zaak 15.0303.29 Zeewolde d.d. 29 mei 2015 en het besluit van ACM in zaak 15.0723.29 De Marne d.d. 24 augustus 2015. Zie tevens de beschikking van de Europese Commissie van 29 oktober 2003, betreffende de door Nederland ten uitvoer gelegde steunmaatregelen ten gunste van jachthavens zonder winsttoegmerk in Nederland, C(2003) 3890.

²² Beantwoording van informatieverzoek van ACM door de gemeente Heerhugowaard op 12 januari 2015.

²³ Volgens de CBS-statistieken d.d. 23 januari 2015 werd in 2012 53% van de recreatiehavens in Nederland geëxploiteerd door particuliere ondernemers. Bron:

<http://statline.cbs.nl/StatWeb/publication/?VW=T&DM=SLNL&PA=7529PUB&LA=NL>

recreatiehavens de Broekerwerf te Broek op Langedijk en de Roskamhaven in Noord-Scharwoude geëxploiteerd. De gemeente treedt derhalve met de exploitatie van de recreatiehaven Broekhorn in concurrentie met andere (commerciële) recreatiehavens.

29. Gelet op bovenstaande verricht de gemeente naar het oordeel van ACM met het exploiteren van de recreatiehaven Broekhorn een economische activiteit.

c. Uitzonderingsbepalingen

30. Uit onderzoek door ACM is niet gebleken dat een of meer van de uitzonderingsbepalingen ex. art. 25h en 25i, tweede lid, Mw van toepassing zijn.

Overgangstermijn

31. De Wet M&O is per 1 juli 2012 in werking getreden met een overgangstermijn voor economische activiteiten die ook vóór die datum werden verricht. Het aanbieden van ligplaatsen in de recreatiehaven Broekhorn is gestart na 1 juli 2012, namelijk in augustus 2014, zodat de overgangstermijn hierop niet van toepassing is.

9/18

6 Beoordeling

32. Art. 25i, eerste lid, Mw verplicht bestuursorganen om voor een product of dienst die zij aanbieden ten minste de integrale kosten aan afnemers in rekening te brengen. Art. 25i, vierde lid, Mw stelt dat een bestuursorgaan op verzoek van ACM dient aan te tonen dat het heeft voldaan aan de in het eerste lid bedoelde verplichting. Volgens het Besluit Markt & Overheid is het aan het bestuursorgaan om binnen haar organisatie de doorberekening van de integrale kosten zodanig in te richten dat zij dit kan aantonen.

33. In dit hoofdstuk zal ACM beoordelen of de gemeente Heerhugowaard bij de exploitatie van de ligplaatsen in de recreatiehaven Broekhorn de integrale kosten doorberekent. ACM zal in dit hoofdstuk eerst het overzicht van de verwachte exploitatiekosten en –opbrengsten dat de gemeente in januari 2015 heeft overgelegd weergeven (paragraaf 6.1). Daarna zal ACM dit overzicht beoordelen (paragraaf 6.2). Vervolgens zal de taxatie van de recreatiehaven die de gemeente heeft laten uitvoeren, worden weergegeven (paragraaf 6.3). In de volgende paragraaf zal ACM ingaan op de berekening van de integrale kosten van de recreatiehaven die de gemeente heeft uitgevoerd naar aanleiding van de taxatie (paragraaf 6.4). Daarna zal ACM beoordelen in hoeverre de taxatie bruikbaar is voor de berekening van de integrale kosten (paragraaf 6.5). Vervolgens geeft ACM zelf een benadering van de integrale kosten van de recreatiehaven (paragraaf 6.6), waarna ACM een conclusie geeft van haar beoordeling (paragraaf 6.7).

6.1 Overzicht verwachte exploitatiekosten en –opbrengsten van gemeente

34. ACM heeft de gemeente verzocht aan te tonen dat zij de verplichting zoals neergelegd in art. 25i Mw naleeft. De gemeente heeft daartoe aan ACM een overzicht verstrekt van de verwachte exploitatiekosten en –opbrengsten van de recreatiehaven Broekhorn vanaf 2015.²⁴ In dit overzicht zijn de volgende kosten en opbrengsten opgenomen (alle bedragen in EUR):

Omschrijving	Baten	Lasten
Operationele kosten ²⁵		38.700
Huren/(erf)pachten algemeen	31.775	
Verkoop overige goederen/diensten (havengebouw)	8.000	
Totaal	39.775	38.700
Kapitaallasten havengebouw		16.390*)

*) "worden gedekt uit de gemeentelijke reserve 'Nota bovenwijkse kosten-2", aldus de gemeente

35. De gemeente heeft uiteengezet dat zij het havengebouw zelf heeft gerealiseerd, voor een bedrag van EUR 330.000, waarvan EUR 220.000 is gesubsidieerd door de provincie Noord-Holland. De gemeente neemt uitsluitend het restant van EUR 110.000 in aanmerking bij de exploitatie van de recreatiehaven. De gemeente dekt de kapitaallasten die uit dit restant van EUR 110.000 voortvloeien (door de gemeente zelf berekend op EUR 16.390), uit de gemeentelijke reserve 'Nota bovenwijkse kosten-2'. Deze kosten komen dus niet ten laste van de exploitatie van de recreatiehaven, aldus de gemeente. Tevens geeft de gemeente aan dat de kosten voor de voorzieningen in het havengebouw niet dienen te worden inbegrepen in de ligplaatsgelden, aangezien personen die een ligplaats huren vrijwel allemaal in of in de nabije omgeving van Heerhugowaard wonen en derhalve geen gebruik maken van de voorzieningen van het havengebouw. Daarnaast dienen deze personen ook te betalen voor het gebruik van de voorzieningen (zoals stroom en water) in het havengebouw.

36. De in bovenstaande tabel vermelde opbrengsten uit "Huren/(erf)pachten algemeen" worden volgens de gemeente behaald uit de verhuur van ligplaatsen. De opbouw van deze verwachte opbrengsten uit de aantallen ligplaatsen en de daarvoor geldende tarieven is als volgt:

²⁴ Beantwoording van informatieverzoek van ACM door de gemeente Heerhugowaard op 12 januari 2015.

²⁵ Betreft o.a.: energie, water, belastingen, onderhoud, verzekeringen, personeelskosten.

Boxmaat (l x b)	Tarief per ligplaats per jaar ²⁶	Aantal plaatsen	Maximale opbrengst ²⁷
7 x 2,7 meter	€ 287	30	€ 8.610
9 x 2,7 meter	€ 369	10	€ 3.960
10 x 3,7 meter	€ 410	28	€ 11.480
12 x 4,5 meter	€ 492	16	€ 7.872
Totaal incl. BTW		84	€ 31.652
Totaal excl. BTW (21%)			€ 26.159

37. In de nabije omgeving van de recreatiehaven Broekhorn zijn diverse passantenhavens gelegen, zoals in Schagen, Broek op Langedijk, Kolhorn en Alkmaar. De gemeente heeft aangegeven bij de vaststelling van de ligplaatstarieven te willen aanhaken bij tarieven die in deze havens gelden ("in de regio gebruikelijke tarieven").
38. De gemeente stelt op grond van bovenstaande cijfers dat sprake is van een kostendekkende exploitatie van de recreatiehaven.

11/18

6.2 Beoordeling overzicht verwachte exploitatiekosten en –opbrengsten door ACM

39. Onder de aannahme van ACM dat de kosten die de gemeente heeft gebudgetteerd voor de exploitatie van de recreatiehaven exclusief BTW luiden, moeten deze kosten worden gedekt door opbrengsten die ook exclusief BTW luiden. Uit de tabel in randnummer 36 blijkt dat hiervan geen sprake is. Op grond daarvan moet al worden geconcludeerd dat de gemeente niet de integrale kosten doorberekent in de liggelden.
40. Conform het Besluit Markt en Overheid dient de gemeente, bij de bepaling van de integrale kosten die zij aan de gebruikers van de recreatiehaven Broekhorn in rekening brengt, de volgende kosten in aanmerking te nemen: (1) operationele kosten, (2) afschrijvings- en onderhoudskosten en (3) vermogenskosten. Dit omvat dus zowel kosten die voortvloeien uit de dagelijkse bedrijfsvoering, als kosten die voortvloeien uit de aanleg van of investeringen in de recreatiehaven Broekhorn. Het Besluit Markt en Overheid schrijft tevens voor dat de bedoelde kosten volgens een stelsel van baten en lasten moeten worden bepaald. Bovendien volgt uit het Besluit Markt en Overheid dat een overheidsorgaan bij het bepalen van de relevante kosten niet uitsluitend mag uitgaan van de zichtbare, in de financiële administratie geboekte kosten.
41. ACM is van oordeel dat de gemeente bij de bepaling van de integrale kosten ten onrechte is

²⁶ Tarieven inclusief BTW. Zie <http://www.havenbroekhorn.nl/veel-gestelde-vragen/tarieven/>.

²⁷ Berekend als: aantal (ligplaatsen) * tarief. Maximale opbrengst geldt bij 100% bezetting.

uitgegaan van een waarde van nul van de recreatiehaven en ten onrechte de kapitaallasten die voortvloeien uit de (activa)waarde van het havengebouw buiten beschouwing heeft gelaten. Noch het feit dat de recreatiehaven niet op de balans van de gemeente staat, noch het feit dat de gemeente de kapitaallasten van het havengebouw zegt te dekken met een onttrekking aan een gemeentelijke reserve, is relevant voor de bepaling van de kosten die voortvloeien uit die activa.

42. Volgens het Besluit Markt & Overheid kan, bij de berekening van de kosten die aan afnemers moeten worden doorberekend, niet per definitie worden uitgegaan van een (activa)waarde die in de jaarrekening staat vermeld. In situaties waarin de marktwaarde sterk afwijkt van de historische waarde, is de marktwaarde bepalend.²⁸ Vanwege de wijze waarop de recreatiehaven tot stand is gekomen en is verrekend (zie randnummers 16 tot en met 18) staat in de jaarrekening van de gemeente in het geheel geen waarde voor de recreatiehaven vermeld. Dit houdt in dat de (markt)waarde op andere wijze moet worden bepaald. Volgens het Besluit Markt & Overheid 'is hierbij te denken aan een taxatie door een onafhankelijke deskundige'. Voor de volledigheid merkt ACM op dat ACM ook het totaal van de oorspronkelijke bouwkosten (zie randnummers 18 en 19) niet bruikbaar acht als activawaarde voor het berekenen van de integrale kosten.

12/18

6.3 Taxatie van de recreatiehaven

43. De gemeente heeft op 21 september 2015 aan een externe taxateur opdracht gegeven de recreatiehaven inclusief het havengebouw te taxeren. In de opdracht aan de taxateur heeft de gemeente beschreven dat de taxatie bruikbaar moet zijn voor de herberekening van de liggelden. Hierbij wordt onder meer verwezen naar het lopende onderzoek door ACM en naar de mogelijke verplichting voor de gemeente om met ingang van 1 januari 2016 vennootschapsbelasting te betalen over de exploitatie van de recreatiehaven. Op 16 oktober 2015 heeft de taxateur zijn (concept)taxatierapport aan de gemeente overhandigd. De gemeente heeft dit rapport vervolgens op 19 oktober 2015 aan ACM doorgestuurd.²⁹
44. De taxateur beschrijft in zijn rapport dat het doel van de taxatie van de recreatiehaven is (geweest) "het vaststellen van de marktwaarde". Onder 'marktwaarde' verstaat de taxateur "het geschatte bedrag waartegen een object tussen een bereidwillige koper en een bereidwillige verkoper na behoorlijke marketing in een zakelijke transactie zou worden overgedragen op de taxatiedatum, waarbij de partijen met kennis van zaken, prudent en niet onder dwang zouden hebben gehandeld".

²⁸ Besluit Markt & Overheid, Nota van toelichting, paragraaf 3.4.

²⁹ Taxatierapport Recreatiehaven Broekhorn, per mail d.d. 19 oktober 2015 door gemeente Heerhugowaard overgelegd aan ACM.

45. De belangrijkste uitgangspunten en elementen in de taxatie zijn:

- de recreatiehaven wordt beschouwd als 'bedrijf', niet slechts als een op zichzelf staand 'actief';
- de waarde van het 'bedrijf' is vastgesteld op basis van de rentabiliteitswaarde of going-concernwaarde. Hierbij wordt een genormaliseerde 'winst' (EBITDA³⁰) bepaald, die vervolgens wordt gekapitaliseerd met een kapitalisatiefactor (Discounted Cash Flow methode, DCF)
- de genormaliseerde EBITDA is het resultaat van genormaliseerde opbrengsten en kosten. Hiermee worden opbrengsten en kosten bedoeld die een 'redelijk efficiënte exploitant' zou realiseren. De taxateur gaat bij de genormaliseerde opbrengsten uit van 'een commercieel tarief per m² dat wordt berekend over de oppervlakte van de ligplaatsen'.³¹ De taxateur stelt de genormaliseerde kosten vast op 45% van de genormaliseerde opbrengsten.
- bij de berekening van de genormaliseerde opbrengsten gaat de taxateur uit van een bezettingsgraad van 80% van de recreatiehaven;
- op basis van de hierboven genoemde uitgangspunten bedraagt de genormaliseerde EBITDA € 31.074.
- de kapitalisatiefactor is het rendement dat een ondernemer zou moeten behalen om (in theorie) investeerders bereid te vinden te investeren, gegeven het risico van de investering. De taxateur hanteert een kapitaalkostenvoet van 8% en merkt hierbij op "dat het risico [van de exploitatie van de recreatiehaven, *toevoeging ACM*] laag is".
- de waarde van de recreatiehaven wordt berekend door de genormaliseerde EBITDA (€ 31.074) te delen door de kapitalisatiefactor (8%). Dit resulteert in een waarde van € 372.888.³²
- ter bepaling van de 'marktwaarde v.o.n.' brengt de taxateur op de aldus berekende waarde de 'kosten koper' (7%, € 24.395) in mindering.
- de taxateur rondt de einduitkomst af op € 350.000.

13/18

6.4 Herberekening van de integrale kosten door de gemeente, gebaseerd op de taxatie

46. De gemeente heeft zelf de integrale kosten van de recreatiehaven opnieuw berekend, uitgaande van het resultaat van de taxatie. De gemeente heeft deze herberekening aan ACM voorgelegd. De gemeente hanteert hierbij de volgende uitgangspunten:

³⁰ EBITDA = Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortisation

³¹ In theorie zouden de 'commerciële tarieven' die de taxateur als vertrekpunt neemt bij zijn taxatie, kunnen gelden als einduitkomst van het onderzoek door ACM. Echter, doordat de Wet Markt & Overheid ertoe verplicht om kostengeoriënteerde tarieven te hanteren en geen 'marktprijzen', dient de uitkomst van de taxatie te worden uitgewerkt in de daaruit voortvloeiende kosten.

³² In werkelijkheid vermenigvuldigt de taxateur de genormaliseerde EBITDA met 12, zijnde 'de reciproque' van 8%. In feite gaat de taxateur dus uit van een rendementspercentage van $(100/12) = 8,3\%$.

- de waarde van de recreatiehaven inclusief het havengebouw bedraagt EUR 350.000;
- het 'object' recreatiehaven bestaat uit drie componenten: grond (30% van de waarde), gebouw (50%) en installaties (20%);
- de afschrijvingstermijnen voor de componenten gebouw en installaties zijn respectievelijk 40 en 15 jaar; op de component 'grond' wordt niet afgeschreven;
- de kapitaallasten worden berekend als een gemiddelde over 40 jaren; de gemeente veronderstelt dat de installaties (gebruiksduur 15 jaar) na 15 jaar worden vervangen tegen dezelfde waarde, gecorrigeerd voor inflatie (1% per jaar);
- de rekenrente bedraagt 3,6%;
- de kosten per ligplaats worden bepaald op basis van de oppervlakte per ligplaats. De totale oppervlakte van alle 84 ligplaatsen gezamenlijk bedraagt 2.710m²;
- de bezetting van de ligplaatsen is 100%.

47. Op basis van bovenstaande uitgangspunten komt de gemeente zelf tot de volgende kosten van de recreatiehaven, te dekken door de opbrengsten van de liggelden (bedragen in EUR):

Omschrijving	Baten	Lasten
Kapitaallasten		15.223
Exploitatielasten		33.700
Overige opbrengsten	6.000	
Totaal	6.000	48.923
Te dekken uit opbrengst liggelden	42.923	

48. De gemeente heeft deze 'te behalen opbrengst' als volgt uitgewerkt in een herzien, hoger tarief per ligplaats (boxmaat):

Boxmaat (l x b)	Opp. (m ²)	Tarief/m ² (€)	Tarief/plaats (€)	Aantal plaatsen	Maximale opbrengst ³³
7 x 2,7 meter	18,9	15,84	299	30	€ 8.970
9 x 2,7 meter	24,3	15,84	385	10	€ 3.850
10 x 3,7 meter	37	15,84	586	28	€ 16.408
12 x 4,5 meter	54	15,84	855	16	€ 13.680
Totaal				84	€ 42.908

6.5 Beoordeling door ACM van de bruikbaarheid en de uitkomst van de taxatie

49. Naar het oordeel van ACM is de taxatie uitgevoerd door een, van de gemeente,

³³ Berekend als: aantal (ligplaatsen) * tarief. Maximale opbrengst geldt bij 100% bezetting.

onafhankelijke en deskundige taxateur en is de taxatie daardoor op zichzelf bruikbaar bij de berekening van de kosten van de ligplaatsen.

50. ACM constateert dat het binnen de toepassing van de Wet waardering onroerende zaken (WOZ) gebruikelijk is om bij de waardering van bedrijfsmatige objecten de rendementswaarde te hanteren. ACM kan zich dan ook vinden in het uitgangspunt van de taxateur om de recreatiehavens te beschouwen als 'bedrijf'.
51. ACM heeft bovendien bij de beoordeling van de toepasselijkheid van de uitgevoerde taxatie aansluiting gezocht bij de recentelijk gepubliceerde 'Handreiking Vennootschapsbelasting en het gemeentelijk grondbedrijf'³⁴. Deze handreiking biedt richtlijnen voor gemeenten voor de wijze waarop grondexploitaties dienen te worden gewaardeerd, in het kader van de inwerkingtreding, op 1 januari 2016, van de vennootschapsbelastingplicht voor gemeenten. In deze handreiking wordt de DCF-methode als uitgangspunt genomen voor de bepaling van de waarde van grondexploitaties. ACM kan zich daarom vinden in de DCF-methode die de taxateur toepast om tot de marktwaarde te komen.
52. ACM beschouwt de uitkomst van de taxatie vrijwel geheel als gegeven en ziet geen reden om aannames of parameters van de taxateur ter discussie te stellen. ACM interpreteert de uitkomst van de taxatie als de waarde die een willekeurige, onafhankelijke en kundige exploitant bereid zou zijn te betalen voor de recreatiehavens, gegeven het risico dat inherent verbonden is aan de exploitatie van deze (of een dergelijke) recreatiehavens. Het inherente karakter van het risico betekent dat het risico afhangt van de 'activiteit' (de exploitatie van de recreatiehavens) en niet van de exploitant. Anders gezegd, interpreteert ACM de taxatie als volgt: de exploitatie van deze recreatiehavens vergt een rendement van 8,3%, ongeacht de exploitant.
53. De enige 'parameter' waarin ACM zich niet kan vinden is de aftrek van de 'kosten koper' van de berekende marktwaarde. Naar het oordeel van ACM doet deze aftrek zich alleen voor bij een daadwerkelijke verkooptransactie, waar in deze situatie geen sprake is. ACM laat deze aftrek bij de verdere beoordeling daarom buiten beschouwing.

15/18

6.6 Berekening integrale kosten

54. Het voorgaande betekent dat bij de berekening van de (integrale) kosten, in het bijzonder de kapitaalkosten die voortvloeien uit de geïnvesteerde activa, moet worden uitgegaan van het

³⁴ https://vng.nl/files/vng/20151106_handreiking_vennootschapsbelasting_en_het_gemeentelijk_grondbedrijf.pdf

Handreiking, opgesteld door de Samenwerking Vennootschapsbelasting Lagere Overheden (SVLO), het samenwerkingsverband van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG), het Interprovinciaal Overleg (IPO), de Unie van Waterschappen (UvW) en het Ministerie van Financiën/de Belastingdienst.

'normatieve' rendementspercentage van 8,3% en niet van de rekenrente van 3,6% die de gemeente hanteert. Indien de kapitaalkosten zouden worden berekend op basis van de rekenrente van 3,6% en de tarieven zouden worden afgeleid van die kosten, zouden de inkomsten te laag zijn om alle ondernemersrisico's te dekken die kennelijk zijn verbonden aan de exploitatie van de recreatiehavens.

55. Daarnaast kan ACM zich niet zonder meer vinden in de indeling van de activawaarde van de recreatiehavens als geheel in componenten, zoals de gemeente die hanteert.
56. De gemeente onderkent in de totale activawaarde drie componenten en hanteert voor iedere component een aparte afschrijvingstermijn. Naar het oordeel van ACM is deze indeling niet consistent met eerdere opgaven van de kapitaalkosten van de gemeente aan ACM³⁵ en evenmin met de (getalsmatige) verhoudingen van de componenten ten tijde van de bouw/aanleg van de recreatiehavens. In het bijzonder ziet ACM geen reden om in de waarde van de recreatiehavens specifiek de component 'grond' te onderkennen, waarop niet wordt afgeschreven, omdat ook tijdens de oorspronkelijke bouw- en aanleg deze component niet apart wordt onderkend.³⁶ Het resultaat van de taxatie omvat zowel het havengebouw, als de aanleg van de waterkering, als de inrichting van de haven, als de installaties in de haven, zonder dat deze componenten door de taxateur specifiek worden genoemd of gewaardeerd. ACM gaat daarom bij het indelen van de totale (getaxeerde) waarde in relevante componenten uit van de componenten in de oorspronkelijke bouw/aanleg. Dit betekent dat de component 'installaties' 7% van de totale waarde omvat en de component 'bouwkosten' de resterende 93%.
57. Op basis van bovenstaande uitgangspunten komt ACM tot de volgende kosten van de recreatiehavens, te dekken door de opbrengsten van de liggelden (bedragen in EUR):

Omschrijving	Baten	Lasten
Kapitaallasten		31.947
Exploitatielasten		33.700
Overige opbrengsten	6.000	
Totaal	6.000	65.647
Saldo, te dekken uit opbrengst liggelden	59.647	

³⁵ In eerdere opgaven aan ACM is de gemeente uitgegaan van de volgende verhoudingen: 78% bouwkosten, 22% installatiekosten (bijlage 4 bij brief van 19 mei 2015 aan ACM) en 91,36% bouwkosten, 8,64% installatiekosten (herrekening kapitaalkosten zoals toegestuurd aan ACM op 29 juni 2015).

³⁶ Componenten in de oorspronkelijke bouw/aanleg: havengebouw (25%), inrichting haven (35%), installaties (7%) en aanleg waterkering (33%).

58. Naar het oordeel van ACM dienen de liggelden zodanig te worden vastgesteld dat de opbrengsten hieruit tenminste het bovenstaande saldo dekken. Hierbij dient rekening te worden gehouden met de bezettingsgraad van de recreatiehaven.

6.7 Conclusie

59. ACM concludeert dat de liggelden voor de recreatiehaven die de gemeente thans daadwerkelijk hanteert, niet ten minste de integrale kosten van de exploitatie van die recreatiehaven dekken.
60. ACM is bovendien van oordeel dat de door de gemeente opgestelde herberekening van de kosten niet de integrale kosten weergeeft. Dit leidt ertoe dat, indien de gemeente haar tarieven aanpast op basis van haar eigen herberekening, deze tarieven niet tenminste de integrale kosten zullen dekken.
61. ACM concludeert dan ook dat de gemeente bij de exploitatie van de recreatiehaven Broekhorn, niet de verplichting tot doorberekening van ten minste de integrale kosten naleeft en daardoor art. 25i Mw overtreedt.

7 Zienswijze gemeente en reactie ACM op de zienswijze

62. In haar zienswijze merkt de gemeente het volgende op:
"In hoofdzaak kan de gemeente de gedachtegang van ACM volgen en onderschrijven.

De gemeenteraad van Heerhugowaard heeft bij het vaststellen van de liggelden als uitgangspunt genomen dat de exploitatie van de recreatiehaven Broekhorn kostendekkend dient te zijn. De liggelden voor het eerste jaar dat de haven in gebruik is, zijn vastgesteld aan de hand van liggelden zoals die geheven worden in omliggende gemeentes in de provincie Noord Holland. Dit betreft vergelijkbare havens te weten: recreatiehavens die in eigendom van de betreffende gemeenten zijn.

Nu de recreatiehaven één jaar in gebruik is, is de beheerder van de haven, Stichting Recreatiehaven Broekhorn, in samenwerking met de gemeente bezig met het opstellen van de jaarrekening.

Zodra alle financiële gegevens en kosten bekend zijn zullen de liggelden navenant aangepast/verhoogd worden. Hiermee menen wij de uitgangspunten van de wet Markt & Overheid en het besluit van ACM te respecteren."

63. ACM ziet in de zienswijze van de gemeente geen aanleiding het besluit aan te passen.



Besluit
Vertrouwelijk

8 Besluit

64. Op grond van artikel 70c, aanhef en onderdeel a, Mededingingswet verklaart ACM dat de Gemeenteraad van de gemeente Heerhugowaard artikel 25i, eerste lid, Mededingingswet sinds augustus 2014 overtreedt bij de exploitatie van de ligplaatsen in de recreatiehaven Broekhorn, doordat de integrale kosten van deze dienst niet worden doorberekend.

Den Haag,

Datum: 19/1/2016

Autoriteit Consument en Markt
namens deze,

M. Denkers, BA. MSc. MBA
Directeur Directie Mededinging

18/18

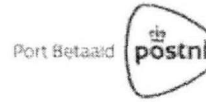
Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na de dag van bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij het bestuur van Autoriteit Consument en Markt, Juridische Zaken, Postbus 16326, 2500 BH Den Haag. In dit bezwaarschrift kan een belanghebbende op basis van artikel 7:1a, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht, het bestuur van de Autoriteit Consument en Markt verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de administratieve rechter.

Autoriteit
Consument & Markt



PostNL
Port Betaald
Port Payé
Pays-Bas

Autoriteit Consument en Markt
Liesbeth van Anken
Muzenstraat 41, 2511WB 'S-GRAVENHAGE



G-A-1

Gemeente Heerhugowaard
T.a.v. de Gemeenteraad
Postbus 390
1700AJ HEERHUGOWAARD

4.42

250 gr.



3SKQJT700000731

P 2202

Postbus 16326
2500 BH

Den Haag