

Addendum Raadsvoorstel RB2017006, verhuur ligplaatsen in de recreatiehaven Broekhorn in het kader van het algemeen belang.

Inleiding

In de vergadering van de Commissie Middelen van 30 januari jl. is bovengenoemd raadsvoorstel (RB2017001) behandeld. Naar aanleiding van de reactie van de leden van de Commissie Middelen wordt door middel van dit addendum het raadsvoorstel op een aantal onderdelen aangevuld en verduidelijkt. Het betreft dié onderdelen waar commissieleden opmerkingen over hebben gemaakt en/of vragen hebben gesteld.

Besluit ACM

De ACM heeft bij besluit van 5 december 2016 vastgesteld dat de gemeente nog steeds artikel 25i, eerste lid Mededingingswet (Mw) overtreedt bij de exploitatie van ligboxen in de recreatiehaven Broekhorn, doordat de gemeente niet juist en volledig de integrale kosten van deze dienst doorberekent. Indien de gemeente de overtreding uiterlijk 28 februari 2017 niet heeft beëindigd, verbeurt de gemeente een dwangsom van € 5.000,= per week met een maximum van € 50.000,=

Wat ging hieraan vooraf?

De relevante feiten en omstandigheden voorafgaande aan voornoemd besluit van de ACM zijn uiteengezet in het raadsvoorstel onder de kop: "*De verplichting om ten minste de integrale kosten door te berekenen*" (pagina 2 en 3). In dit addendum wordt - omwille van de leesbaarheid - volstaan met een samenvatting.

Uitgangspunt voor de berekening van de tarieven voor liggelden is het door de raad gestelde kader van een kostendeekkende exploitatie van de recreatiehaven alsmede de daartoe gegeven aanwijzingen van de ACM. Dientengevolge zijn de tarieven voor de liggelden in mei 2016 verhoogd. De gemeente meende hiermee de integrale kosten juist en volledig te hebben doorberekend. Reden waarom niet eerder gebruik is gemaakt van de mogelijkheid de exploitatie van de haven als zijnde in het algemeen belang aan te merken. Niettemin stelt ACM zich nu op het standpunt dat de gemeente de kapitaalslasten te laag heeft vastgesteld door de lineaire afschrijvingsmethode niet correct toe te passen. Voorts had de gemeente de opbrengsten van de camperplaatsen niet mogen verrekenen met de kosten van exploitatie van de ligplaatsen.

Exploitatie van de haven in het algemeen belang

Het streven is aldus op gericht om de kosten door te rekenen in de liggeldtarieven. Opvolging van de last heeft echter als gevolg dat té hoge tarieven moeten worden vastgesteld wat niet alleen ongewenste negatieve maatschappelijke gevolgen met zich meebrengt (zie hierna), maar er ook toe zal leiden dat de haven volgens de gemeentelijke berekeningsmethodiek met winst wordt geëxploiteerd, terwijl de raad dat nadrukkelijk niet beoogde.

Voornoemde situatie is dan ook de concrete aanleiding de raad thans voor te stellen de exploitatie van de haven aan te merken als activiteit die wordt verricht in het algemeen belang. Het beoogde resultaat is, dat de exploitatie van de haven is uitgezonderd van de Wet M&O waardoor de exploitatie rechtmatig kan worden voortgezet zonder dat de door ACM vastgesteld hogere integrale kosten moeten worden doorberekend.

Motiveringsvereisten algemeen belang besluit

(Aanvulling en verduidelijking op p. 3-4 raadsvoorstel "Uitzondering voor economische activiteit in het algemeen belang".)

De gemeenteraad heeft een grote mate van beleidsvrijheid om te bepalen of een activiteit van algemeen belang is, maar is niet onbegrensd. De algemeen belangvaststelling wordt aangemerkt als een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Dit komt omdat de vaststelling rechtsgevolgen heeft: de aangewezen economische activiteit valt niet langer onder

de Wet M&O. De Awb bevat een reeks van waarborgen voor een zorgvuldige voorbereiding en motivering van besluiten en regels voor bezwaar en beroep tegen besluiten die in het bijzonder ook bij besluiten inzake algemeen belangvaststelling van belang kunnen zijn. Zo moet het besluit zorgvuldig worden voorbereid, moeten de betrokken belangen worden afgewogen en moet het besluit voldoende worden gemotiveerd. De door het Ministerie van EL&I uitgegeven Handreiking Wet M&O (p. 25-26) biedt de gemeenteraad nuttige aanwijzingen voor de motivering van een algemeen belang besluit, doch is niet verplicht voorgeschreven.

Argumenten en afwegingen om de haven te exploiteren in het algemeen belang
(Aanvulling/verduidelijking op p.4 raadsvoorstel "Oplossingsrichtingen")

1. Exploitatie van ligplaatsen voor de recreatievaart

De recreatiehaven Broekhorn is onderdeel van het in ontwikkeling zijnde woongebied Broekhorn zoals overeengekomen in de Realisatie Overeenkomst tussen BPD (voorheen Bouwfonds) en de gemeente Heerhugowaard november 2011. De haven is mede gerealiseerd op verzoek van de provincie Noord Holland in het kader van haar programma WED ("water als economische drager") om daarmee het watertoerisme en de waterrecreatie te bevorderen. Het betreft een recreatiehaven met centrale plek waar inwoners van Heerhugowaard en passanten tegen een laagdrempelig tarief een ligplaats kunnen huren. De recreatiehaven beschikt hiertoe over 84 ligplaatsen voor boten met verschillende afmetingen die zowel per jaar (jaarplaatsen) als voor tijdelijk (passanten) worden verhuurd.

2. Het algemeen belang dat met de exploitatie van de haven wordt gediend

Om invulling te geven aan het programma WED, het bevorderen van toerisme en recreatie, werkt de recreatiehaven Broekhorn samen met watersportvereniging Eilandspolder uit De Rijp, de recreatiehaven van Schagen, haven Waterrijk uit Kolhorn en de watersportvereniging Onrust uit Den Helder.

De wandelroute het 'Heer Hugopad' voert langs de recreatiehaven Broekhorn en de Westdijk, waaraan de haven is gelegen, is onderdeel van het recreatie fietsnetwerk Noord-Holland. De recreatiehaven wordt hierdoor ook druk bezocht door recreanten; wandelaars, natuurliefhebbers, vogelspotters. Dit alles maakt de haven tot een levendige, bruisende plek in Heerhugowaard.

De recreatiehaven Broekhorn vormt als voorziening aldus een belangrijke basis in de sociale- en recreatieve infrastructuur. De gemeente streeft hierbij een kostendekkende exploitatie na, zonder winstoogmerk. M.a.w. de onkosten dienen gedekt te worden door de inkomsten van liggelden en inkomsten van passanten. Het dagelijks beheer en exploitatie wordt namens de gemeente verricht door de Stichting Recreatiehaven Broekhorn. Zij int namens de gemeente de liggelden en bestaat geheel uit vrijwilligers.

3. Belangen van derden

Tegenover het tegen een lagere prijs aanbieden van ligplaatsen staat het belang van een mogelijke particuliere exploitant. Een dergelijke exploitant zal immers een haven rendabel willen exploiteren, dus de door hem aan het publiek te berekenen tarieven dienen al zijn kosten te dekken en hem een redelijke marge als middel van bestaan op te leveren. Door lagere tarieven te berekenen, bestaat een risico dat concurrentievervalsing ontstaat met in de nabije omgeving van de gemeente gelegen commerciële havens.

Een mogelijke concurrent havenexploitant zou de Roskamhaven van de fa. Hoogeboom watersport in Noord-Scharwoude kunnen zijn. Zij verhuren ligplaatsen tegen een tarief van €100,00 per strekkende meter, daarnaast hebben zij onder andere een scheepswerf, zeilmakerij en een watersportwinkel. Deze commerciële jachthaven heeft naast huurinkomsten van ligplaatsen ook inkomsten uit horeca, botenverhuur, winterstalling, watersportwinkel en verzorgen het onderhoud. De commerciële jachthaven worden voornamelijk gebruikt door eigenaren van boten die mede gebruik willen maken van de overige bovengenoemde faciliteiten in de haven. In

de recreatiehaven Broekhorn zijn alleen ligplaatsen aanwezig, huurders van deze ligplaatsen dienen zich voor onderhoud en dergelijk te vervoegen bij havens die deze faciliteiten wel aanbieden.

Jachthaven De Broekerwerf (fa. Bijvoet&Zn, welke fa. volgens de Kamer van Koophandel sinds 25 maart 2013 zijn uitgeschreven als eigenaar van de Broekerwerf)) die bij de ACM een klacht indiende over de in hun ogen te lage vastgestelde tarieven heeft per 1 november 2016 haar activiteiten beëindigd en overgedragen aan Botencentrale Heerhugowaard. Dit bedrijf verhuurt geen ligplaatsen maar richt zich naast de verkoop van watersportartikelen en op het plegen van onderhoud aan boten.

4. Noodzaak om de tarieven van liggelden kostendekkend vast te stellen

De gemeente hecht veel belang aan de beschikbaarheid, kwaliteit en toegankelijkheid van de haven voor een ieder en wenst deze dienst op haar eigen voorwaarden te kunnen aanbieden. Reden hiervoor zijn:

- Door de waterrecreatie kostendekkend en toegankelijk te houden voor een breed publiek wordt indirect bijgedragen aan het stimuleren van toerisme en recreatie in het algemeen en waterrecreatie in het bijzonder (zie hiervoor de structuurvisie Provincie Noord-Holland 2040, visie op waterrecreatie 2030).
- Vanuit de haven zijn immers verschillende nabij toeristische attracties en natuurgebieden in en om Heerhugowaard te bezoeken (Broekerveiling, Poldermuseum, Park van Luna, Rijk der duizend eilanden, recreatiegebied Geestmerambacht en het daarin gelegen attractiepark Speelpark De Swaan). In dat opzicht draagt een bruisende, vol bezette haven ook bij aan de doelstellingen de *regionale* recreatieve waarde te vergroten.
- Doorberekenen van de door ACM berekende exploitatielasten zou in de onderhavige situatie leiden tot:
 1. de gemeente zou dan een winstgevende activiteit uitoefenen, dit is in strijd met het kader van de gemeenteraad,
 2. een liggeldtarief, dat door ligplaatshouders en passanten onaantrekkelijk wordt geacht, waardoor de hierboven genoemde voordelen niet worden gerealiseerd. Het is immers zeer aannemelijk dat dit leidt tot leegloop. Nabij gelegen gemeentelijke havens (bijvoorbeeld Schagen) bieden ligplaatsen tegen lagere tarieven aan.
- Leegstand leidt tot minder inkomsten en minder inkomsten leiden tot een onrendabele exploitatie van de haven. Hierdoor wordt de gemeente voor de onvermijdelijke keuze gesteld om ofwel extra te investeren of over te gaan tot sluiting wat uiteraard ten koste gaat van de sociale en recreatieve functie van de haven.

Naast bovengenoemde redenen kan nog een ongewenst neveneffect optreden. De Provincie Noord Holland heeft in het kader van haar programma WED middels een subsidie bijgedragen aan de realisatie van het havengebouw. Bij het beëindigen van het beheer en exploitatie van het havengebouw bestaat mogelijk een risico op (gedeeltelijke) terugvordering van de verleende subsidie.

5. Proportionaliteit

Gelet op het feit dat deze commerciële havens zich richten op een andere doelgroep, wordt hierdoor gewaarborgd dat eventuele concurrentievervalsing beperkt is. Gelet ook op de afwezigheid van een andere *commerciële* havens in de nabijheid van de gemeente, is de aanwijzing van de verhuur van ligplaatsen in de haven als uitzondering van algemeen belang zeer wel te verdedigen.

Wél zijn daar nog de gemeentelijke havens en of watersportvereniging Eilandspolder De Rijk, de recreatiehaven Schagen, de haven Waterrijk Kolhorn en de haven Onrust Den Helder. Deze havens bieden ook ligplaatsen voor recreatievaartuigen tegen een kostprijs aan. Tarief die overigens overeenkomen of zelfs lager liggen dan de tarieven in Broekhorn en derhalve ook

afwijkend van de tarieven van commerciële jachthavens. Concurrentieverhoudingen tussen overheden valt echter buiten de reikwijdte van de Wet M&O.

Daar waar mogelijk sprake is van een verstoring van de concurrentieverhoudingen met ondernemers in deze sector overwegen we dat het belang van de sociale en - recreatieve functie van de Broekhornhaven alsmede de bijdrage aan- en vergroten van de toeristische aantrekkingskracht als geheel zwaarder wegen dan mogelijke geringe verstoring van de concurrentieverhoudingen.

Inspraak:

Er bestaat geen wettelijke verplichting om inspraak te verlenen op een besluit als onderhavig. Gelet op de in het besluit van de ACM d.d. 5 december 2016 gestelde termijn van 12 weken om einde te maken aan de overtreding ontbreekt de tijd om derden en ondernemers in de gelegenheid te stellen hun stem te laten horen. Voor hen staat de mogelijkheid van bezwaar en beroep open.

Juridische gevolgen

Uitsluiting Wet M&O, einde overtreding

Als gevolg van de aanwijzing van de verhuur van ligplaatsen als economische activiteit die plaatsvindt in het algemeen belang is de Wet M&O niet meer van toepassing en mogen de ligplaatsen in het vervolg onder de kostprijs worden aangeboden. Hiermee wordt ook een einde gemaakt aan de overtreding en kan de ACM geen dwangsom opleggen. Het besluit heeft echter geen terugwerkende kracht; de overtreding blijft bestaan tot inwerkingtreding van het algemeen belang besluit.

Bestuursrechtelijke rechtsmiddelen

Het besluit om de exploitatie van de haven van algemeen belang te verklaren is een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht. Belanghebbenden die zich in hun concurrentiebelang benadeeld zien, kunnen tegen dit besluit binnen 6 weken bezwaar en evt. beroep indienen. Het is vervolgens niet aan ACM maar aan de bestuursrechter om het besluit inhoudelijk te beoordelen. De rechter zal beoordelen of de gemeente in redelijkheid tot de beslissing heeft kunnen komen en of met alle door de wetgever daarbij relevant geachte aspecten of belangen (Awb) rekening is gehouden.

Het is lastig een risico inschatting te maken van de houding van de markt m.b.t. de gemeentelijke besluitvorming in het kader van de Wet M&O. Voor zover bij de gemeente bekend hebben overige derden, ondernemers uit de regio zich niet gewend tot de ACM met betrekking tot de vastgestelde tarieven. Er zijn ook geen klachten bij de gemeente ontvangen. De kans bestaat dat Jachthaven De Broekerwerf bezwaar indient. Echter de fa. Bijvoet & Zn, nu deze onderneming sinds 25 maart 2013, volgens de Kamer van Koophandel niet meer staat ingeschreven als eigenaar van de Broekerwerf, kan niet (meer) als belanghebbende worden aangemerkt. Uit vaste jurisprudentie volgt namelijk dat een concurrent alleen rechtstreeks door een besluit in zijn belangen wordt geraakt, als hij werkzaam is in hetzelfde verzorgingsgebied en marktsegment als het verzorgingsgebied en het marktsegment waarop het besluit betrekking heeft. Het enkele feit dat een onderneming bij de ACM heeft geklaagd, maakt op zichzelf niet dat aan dat criterium is voldaan. Het ligt dan ook niet voor de hand dat (ver) buiten de regio gelegen havens met succes het besluit kunnen 'aanvechten'.

Civielrechtelijke rechtsmiddelen

De ondernemer kan in geval van schending van de gedragsregels¹ waardoor hij in zijn belangen wordt geschaad bij de burgerlijke rechter schadevergoeding vorderen op grond van een onrechtmatige daad.

¹ De overtreding tot aan datum algemeen belang besluit blijft immers bestaan. Ondernemers kunnen een rechtsvordering instellen, zolang de verjaringstermijn nog niet is verstreken.

Het besluit waarin ACM verklaart dat de gemeente de Wet M&O overtreedt kan in een civiele procedure als bewijs dat er sprake is van een onrechtmatige daad worden aangevoerd. De civiele rechter zal op grond van de leer van de formele rechtskracht die onrechtmatigheid dan als gegeven beschouwen. Hierdoor wordt de processuele positie van een benadeelde ondernemer die een actie tot schadevergoeding wil instellen, versterkt.

Het is echter maar de vraag of de ondernemer er voorts in slaagt aan te tonen dát hij schade heeft geleden en dat die schade bovendien ook direct het gevolg is van de gedraging van de gemeente (causaal verband).