



OPENBARE VERSIE

Ons kenmerk: ACM/DM/2015/202943

Zaaknummer: 15.0303.29

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

**Pagina
1/15**

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

Besluit

Inhoudsopgave

1	Inleiding en leeswijzer	3
2	Wettelijk kader	3
3	Procedure	5
4	Feiten	5
5	Toepasselijkheid art. 25i Mw	7
6	Beoordeling.....	10
7	Zienswijze gemeenteraad Zeewolde.....	11
8	Reactie ACM op zienswijze	12
9	Besluit.....	15

Besluit

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 augustus 2014 heeft ACM in het kader van de Wet M&O¹ een signaal ontvangen over de hoogte van de liggeldtarieven die de gemeente Zeewolde in rekening brengt aan passanten die aanmeren in de Aanloophaven Zeewolde en de hoogte van de tarieven die de gemeente Zeewolde voornemens is in rekening te brengen bij de drie havenkommen in de Blauwe Diamant, Schootsveld en Tulpeiland (hierna: gemeentelijke jachthavens). In het signaal is aangegeven dat de liggeldtarieven die de gemeente Zeewolde in rekening brengt te laag zijn om alle kosten te dekken. Er zou sprake zijn van een ongelijk speelveld, waarbij concurrerende jachthavens door de tariefstelling van de gemeente Zeewolde geschaad zouden worden in hun concurrentiepositie.
4. In dit besluit beschrijft ACM achtereenvolgens het wettelijk kader waarbinnen ACM tot dit besluit is gekomen (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 gemeenteraad van Zeewolde (hoofdstuk 7), de reactie van ACM op deze zienswijze (hoofdstuk 8) en de conclusie die ACM daaraan verbindt (hoofdstuk 9).

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.

¹ Hoofdstuk 4B Mededingingswet.

Besluit

6. Bij 'Besluit aanwijzing toezichthouders ACM'² zijn de ambtenaren werkzaam bij de ACM aangewezen als ambtenaren, bedoeld in artikel 12a, eerste lid, van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt, belast met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens de Mededingingswet.
7. Bij 'Besluit organisatie, mandaat, volmacht en machtiging ACM'³ is mandaat en machtiging verleend aan de directeur van de Directie Mededinging van ACM tot aangelegenheden die tot het werkterrein van de Directie Mededinging behoren. De directeur van de Directie Mededinging is aldus bevoegd om het onderhavige besluit (in ondermandaat) te nemen.
8. De Wet M&O richt zich tot overheidsorganisaties die economische activiteiten verrichten. Om concurrentievervalsing met ondernemingen te voorkomen, dienen overheidsorganisaties 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.
9. 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.
10. In het Besluit markt en overheid⁴ 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:
 - a. de (soort van) goederen en diensten waarop de kostendoorberekening moet worden toegepast (aggregatieniveau in de activiteiten);
 - b. de in aanmerking te nemen kostensoorten (operationele kosten, afschrijvings- en onderhoudskosten en vermogenskosten);
 - c. de bron van de door te berekenen kosten (bijvoorbeeld: raming, realisatie).
11. Om te kunnen vaststellen welke verplichtingen uit de Wet M&O in een concreet geval van toepassing zijn, dient achtereenvolgens:
 - a. het bestuursorgaan in kwestie te worden gekwalificeerd;

² Besluit van 2 april 2013, Strct. 2013, nr. 9716.

³ Besluit van 2 april 2013, Strct. 2013, nr. 9697.

⁴ Besluit van 6 juni 2012, houdende regels voor overheden over de doorberekening van kosten en de toepassing van het bevoordelingsverbod.

Besluit

- b. de verrichte activiteit te worden gekwalificeerd als economische activiteit;
- c. te worden vastgesteld dat geen van de wettelijke uitzonderingsbepalingen en/of overgangstermijn van toepassing zijn.

3 Procedure

12. ACM heeft naar aanleiding van het ontvangen signaal beoordeeld of de Gemeenteraad van de gemeente Zeewolde (hierna: de gemeente Zeewolde) bij de tariefstelling van de gemeentelijke jachthavens heeft gehandeld in overeenstemming met het bepaalde in artikel 25i Mw.
13. Uit de informatie die is overgelegd door de gemeente Zeewolde blijkt dat de gemeente Zeewolde momenteel exploitant is van alleen de Aanloophaven. De Aanloophaven is een passantenhaven gelegen aan het Raadhuisplein in Zeewolde, waar passanten maximaal 3x24 uur kunnen aanmeren. De gemeentelijke jachthavens in de drie havenkommen in de Blauwe Diamant, Schootsveld en Tulpeiland zijn nog in ontwikkeling, ofwel de gemeente Zeewolde is niet de exploitant. Derhalve richt het besluit van ACM zich alleen op de Aanloophaven omdat ACM geen uitspraken kan doen over toekomstige situaties.
14. Zowel de signaalverstrekker als de gemeente Zeewolde hebben in de periode augustus 2014 – april 2015 desgevraagd aan ACM schriftelijke en mondelinge informatie opgeleverd over de exploitatie en tariefstelling van de gemeentelijke jachthavens.
15. Op 29 april 2015 heeft ACM de conceptversie van dit besluit aan de gemeente Zeewolde toegezonden en heeft zodoende de gemeente Zeewolde in de gelegenheid gesteld haar zienswijze op dit besluit naar voren te brengen.

4 Feiten

16. Binnen de gemeentegrenzen van Zeewolde zijn diverse private exploitanten van passantenhavens en jachthavens actief. De Aanloophaven is een passantenhaven nabij het gemeentehuis van Zeewolde. De eigendomsrechten van de Aanloophaven zijn in handen van de gemeente Zeewolde. In een bespreking met ACM op 12 januari 2015 heeft de gemeente Zeewolde aangegeven dat de Aanloophaven vele jaren geleden is aangelegd door de Rijksdienst voor de IJsselmeerpolders. Deze Rijksdienst heeft de Aanloophaven volgens de gemeente Zeewolde destijds 'om niet' overgedragen aan de gemeente Zeewolde.⁵

⁵ Zie het verslag van de bespreking tussen ACM en de gemeente Zeewolde, dat plaatsvond op 12 januari 2015.

Besluit

17. Tot 2008 voerde de gemeente Zeewolde de exploitatie van de Aanloophaven naar eigen zeggen volledig zelf uit. Nadien heeft de gemeente Zeewolde [...] - betrokken bij het beheer van de Aanloophaven. De huidige relatie met [...], is weergegeven in de 'Overeenkomst inzake gebruik en beheer van de Aanloophaven te Zeewolde'. Deze overeenkomst wordt geacht te zijn ingegaan op 1 augustus 2014 en eindigt op 31 december 2015.
18. De gemeente Zeewolde heeft ACM op 9 april 2015 schriftelijk medegedeeld dat [...] ⁶ niet als exploitant van de Aanloophaven kan worden beschouwd. [...] is voor de gemeente Zeewolde het aanspreekpunt voor toeristen en ontvangt een tegemoetkoming in de vorm van het mogen innen en behouden van de liggelden.⁷ De gemeente Zeewolde stelt dat zij zelf als exploitant dient te worden gekwalificeerd van de Aanloophaven.⁸ Dit blijkt ook uit het hierna volgende.
19. Volgens artikel 4d in de 'Overeenkomst inzake gebruik en beheer van de Aanloophaven te Zeewolde' draagt de gemeente zorg voor het beschikbaar zijn van elektra en water in de Aanloophaven. Ook het onderhoud van deze voorzieningen geschiedt door de gemeente. Volgens artikel 4e in de 'Overeenkomst inzake gebruik en beheer van de Aanloophaven te Zeewolde' draagt de gemeente zorg voor het beschikbaar zijn van een toilet- en douchevoorziening in de Aanloophaven gedurende de periode van 1 mei tot 1 september.
20. Recent heeft de gemeente Zeewolde investeringen gedaan, zoals een nieuwe bestrating nabij de haven, met als doel om de Aanloophaven aantrekkelijker te maken voor passanten. Deze investeringen worden door de gemeente Zeewolde uit de Bestemmingsreserve Project herinrichting Aanloophaven gedekt, en niet uit de ontvangen liggelden van de Aanloophaven.
21. De gemeente Zeewolde verzorgt tevens het dagelijks onderhoud van de Aanloophaven, zoals het legen van de vuilnisbakken en het schoonhouden van de kades. De gemeente heeft aangegeven geen apart overzicht bij te houden van de onderhoudskosten van de Aanloophaven. Dit geldt eveneens voor de bestratingskosten. Deze kosten worden meegenomen in de totale onderhouds- en bestratingskosten van de gemeente Zeewolde.

⁶ In deze openbare versie van het besluit zijn delen van de tekst vervangen of weggelaten om reden van vertrouwelijkheid. Vervangen of weggelaten delen zijn met vierkanten haken aangegeven. In het geval van getallen of percentages kan de vervanging hebben plaatsgevonden in de vorm van vermelding van bandbreedtes.

⁷ Volgens artikel 4c in de 'Overeenkomst inzake gebruik en beheer van de Aanloophaven te Zeewolde' geschiedt de inning van het havengeld door [...] of een daartoe door hem aan te wijzen persoon. Het geinde havengeld komt toe aan [...], maar hier dient een deugdelijke administratie aan ten grondslag te liggen welke op ieder moment raadpleegbaar is door de gemeente Zeewolde.

⁸ Beantwoording van het informatieverzoek van ACM door de gemeente Zeewolde op 9 april 2015.

Besluit

22. De gemeente Zeewolde heeft op grond van art. 229, eerste lid Gemeentewet de 'Verordening op de heffing en de invordering van havengelden 2014 voor de vaststelling van de tarieven van de Aanloophaven' vastgesteld. Het passantentarief van de Aanloophaven bedraagt 1,05 EUR per strekkende meter per dag in het jaar 2014.
23. De gemeente Zeewolde heeft in de bespreking met ACM op 12 januari 2015 en in aanvullende correspondentie aangegeven dat de liggeldtarieven van de Aanloophaven niet zijn gebaseerd op de onderliggende kosten, maar zijn vastgesteld op basis van een prijsvergelijking met de passantentarieven van omliggende jachthavens.⁹
24. Daarnaast heeft de gemeente Zeewolde aangegeven dat de inkomsten van de Aanloophaven met het passantentarief van 1,05 EUR per strekkende meter niet afdoende zijn om de kosten van de Aanloophaven te dekken.¹⁰ Desgevraagd kan de gemeente Zeewolde geen overzicht verstrekken van de kosten en inkomsten die ten grondslag liggen aan het passantentarief van de Aanloophaven. De gemeente Zeewolde heeft tevens schriftelijk aan ACM bevestigd dat zij geen kostenberekening heeft gemaakt van de exploitatie van de Aanloophaven.¹¹

7/15

5 Toepasselijkheid art. 25i Mw

a. Bestuursorgaan

25. Artikel 25i, eerste lid, Mw is enkel van toepassing zover door het betreffende bestuursorgaan een economische activiteit wordt verricht. De Gemeenteraad van de gemeente Zeewolde is een bestuursorgaan in de zin van art. 1:1 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). De gemeente Zeewolde is exploitant van de Aanloophaven. Dit leidt tot de vraag of de gemeente Zeewolde door de exploitatie van de Aanloophaven een economische activiteit verricht.

b. Economische activiteit

26. Om te bepalen of sprake is van een economische activiteit moet worden aangesloten bij

⁹ Bij de vaststelling van het tarief in 2014 is een prijsvergelijking gemaakt met: De Bonshaven (1,30 EUR per strekkende meter), De Bolhaven (1,30 EUR per strekkende meter), De Eemhof (2,00 EUR per strekkende meter), De Biezen (0,70 EUR per strekkende meter), Zegge (0,70 EUR per strekkende meter), Harderwijk (1,10 EUR per strekkende meter), Elburg (1,15 EUR per strekkende meter) en Kampen (1,10 EUR per strekkende meter).

¹⁰ Zie het verslag van de bespreking met de gemeente Zeewolde op 12 januari 2015.

¹¹ Beantwoording van het informatieverzoek van ACM door de gemeente Zeewolde op 9 april 2015.

Besluit

de Europese jurisprudentie ten aanzien van het begrip “economische activiteit”¹². Volgens vaste jurisprudentie is een economische activiteit “elke activiteit die bestaat in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt”.¹³

27. 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 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.¹⁴
28. Voor het vaststellen of een bestuursorgaan een economische activiteit verricht, is de aard van de activiteit bepalend.¹⁵ 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.¹⁶ 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.¹⁷ Voor zover bestuursorganen handelen in de uitoefening van overheidsgezag, verrichten zij in beginsel geen economische activiteit.

Toegepast op de exploitatie van de Aanloophaven door de gemeente Zeewolde

29. De vraag die in het kader van deze analyse moet worden beantwoord is of de exploitatie van de Aanloophaven 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.
30. De exploitatie van de jachthavens is geen uitoefening van overheidsgezag die bij of krachtens wet aan gemeenten is opgedragen. De gemeente Zeewolde heeft in de

¹² *Kamerstukken II*, 2007/2008, 31 354, nr. 3 p. 30-31.

¹³ O.a. C-113/07 SELEX Sistemi Integrati SpA, r.o. 69.

¹⁴ Zie hiertoe bijvoorbeeld zaak C-244/94, FFSA, C-115-/97-117/97, Brentjes Handelsonderneming B.V. of C-41/90 Höfner/Elser.

¹⁵ C-364/92 SAT Fluggesellschaft mbH r.o. 19.

¹⁶ *Idem*, r.o. 30.

¹⁷ C-343/95, Diego Cali & Figli Srl, r.o. 16.

Besluit

beantwoording van de vragen d.d. 9 april 2015 aangegeven dat de gemeente exploitant van de Aanloophaven is. De exploitatie van jachthavens kan en wordt in de praktijk ook door particuliere ondernemingen verricht.¹⁸ Zo worden in de gemeente Zeewolde onder andere de volgende commerciële jachthavens geëxploiteerd: Erkemederstrand, RCN Zeewolde en Marina de Eemhof, waarvan meerdere al sinds circa 1984 actief zijn in de gemeente Zeewolde. De gemeente Zeewolde treedt derhalve met de exploitatie van de Aanloophaven in concurrentie met andere (commerciële) jachthavens.

31. Voor zowel commerciële als gemeentelijke jachthavens worden tarieven in rekening gebracht voor de ingebruikname van ligplaatsen. De exploitatie van jachthavens is daarmee economisch van aard. Daarnaast treedt de gemeente Zeewolde bij de exploitatie van de Aanloophaven en het daarmee (tegen betaling) beschikbaar stellen van ligplaatsen langs de openbare ruimte/oever rechtstreeks in concurrentie met commerciële aanbieders van ligplaatsen. Er is derhalve bij de exploitatie van de Aanloophaven door de gemeente Zeewolde geen sprake van de uitoefening van overheidsgezag door de gemeente.
32. De gemeente Zeewolde stelt zich zowel in de bespreking met ACM op 12 januari 2015 alsmede in de beantwoording van de vragen d.d. 9 april 2015 eveneens op het standpunt dat de exploitatie van de Aanloophaven een economische activiteit is. Tevens heeft de gemeente Zeewolde in het raadsvoorstel d.d. 30 maart 2015 aangegeven dat de exploitatie van de Aanloophaven een economische activiteit is die onder het bereik van de Wet M&O valt.¹⁹
33. Gelet op bovenstaande verricht de gemeente Zeewolde naar het oordeel van ACM met het exploiteren van de Aanloophaven een economische activiteit.

c. Uitzonderingsbepalingen

34. 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

35. De Wet M&O is per 1 juli 2012 in werking getreden met een overgangstermijn voor economische activiteiten die ook voor die datum werden verricht. De exploitatie van de Aanloophaven is een economische activiteit die voor 1 juli 2012 al werd verricht. Voor deze activiteit is een overgangstermijn van twee jaar voor de verplichting tot het doorberekenen

¹⁸ Volgens de CBS-statistieken d.d. 23 januari 2015 werd in 2012 53% van de jachthavens in Nederland geëxploiteerd door particuliere ondernemers. Bron:

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

¹⁹ Concept-raadvoorstel gemeente Zeewolde, *Wet markt en overheid*, overgelegd aan ACM d.d. 31 maart 2015.

Besluit

van de integrale kosten van toepassing. Dit houdt in dat vanaf 1 juli 2014 de gemeente Zeewolde de integrale kosten moet doorberekenen bij de exploitatie van de Aanloophaven.²⁰

d. Conclusie

36. Op grond van het voorgaande concludeert ACM dat op de exploitatie van de gemeentelijke Aanloophaven door de gemeente Zeewolde de verplichting tot het doorberekenen van de integrale kosten, zoals neergelegd in art. 25i, eerste lid, Mw vanaf 1 juli 2014 van toepassing is.

6 Beoordeling

37. 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. Het is aan het bestuursorgaan om binnen haar organisatie de doorberekening van de integrale kosten zodanig in te richten dat zij dit kan aantonen.²¹
38. ACM heeft de gemeente Zeewolde meerdere malen de mogelijkheid geboden tot het aantonen van naleving van de verplichting zoals neergelegd in art. 25i Mw.
39. De gemeente Zeewolde heeft in een bespreking met ACM op 12 januari 2015 aangegeven dat de inkomsten van de Aanloophaven met het passantentariaf van 1,05 EUR per strekkende meter²² niet afdoende zijn om de kosten van de Aanloophaven te dekken. De gemeente Zeewolde is van mening dat zij in de huidige situatie niet de integrale kosten in rekening kan brengen die samenhangen met de exploitatie van de Aanloophaven. De gemeente stelt daarmee dat de huidige situatie niet in overeenstemming is met de verplichting tot het doorberekenen van de integrale kosten op basis van art. 25i Mw.
40. ACM wijst de gemeente Zeewolde in haar schrijven van 27 maart 2015 wederom op de verplichting tot integrale kostendoorberekening. De gemeente Zeewolde geeft vervolgens in haar schriftelijke reactie op 9 april 2015 aan:

²⁰ Zie ook Handreiking EZ: <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/richtlijnen/2012/07/05/handreiking-markt-en-overheid.html>

²¹ Besluit van 6 juni 2012, houdende regels voor overheden over de doorberekening van kosten en de toepassing van het bevoordelingsverbod (Besluit markt en overheid), Staatsblad 2012, nr. 255.

²² Tarief geldend in 2014 en in 2015.

Besluit

“Zoals u al eerder is meegedeeld worden niet de integrale kosten doorberekend in het liggeld dat geheven wordt op grond van de Verordening op de heffing en invordering van havengelden. Daarbij hebben we alleen de Aanloophaven in ogenschouw genomen. Er zijn op dit moment geen andere havens die door of namens de gemeente Zeewolde worden geëxploiteerd.”

41. Tevens heeft de gemeente Zeewolde op 9 april 2015 aan ACM aangegeven dat het aggregatieniveau van de kosten van de gemeentelijke jachthaven- en passantenhavenactiviteiten bij de afzonderlijke haven ligt. Dit betekent dat de integrale kosten die samenhangen met de exploitatie van een jachthaven en/of passantenhaven aan de desbetreffende jachthaven/of passantenhaven zouden moeten worden doorberekend. De gemeente Zeewolde heeft evenwel aangegeven op 9 april 2015 dat zij reeds in de bespreking op 12 januari 2015 heeft aangegeven, dat de integrale kosten niet worden doorberekend in de exploitatie van de Aanloophaven.

Conclusie

42. ACM concludeert dat de gemeente Zeewolde desgevraagd niet heeft kunnen aantonen dat de integrale kosten van deze dienst zijn doorberekend in de ligplaatstarieven voor de Aanloophaven, conform de verplichting in artikel 25i, vierde lid, Mw.
43. ACM concludeert derhalve dat de gemeente Zeewolde bij de exploitatie van de Aanloophaven de verplichting tot doorberekening van ten minste de integrale kosten niet heeft nageleefd en daarmee voor de duur dat er geen algemeen belang besluit inwerking is getreden art. 25i Mw heeft overtreden.

7 Zienswijze gemeenteraad Zeewolde

44. Naar aanleiding van het conceptbesluit van ACM d.d. 29 april 2015 heeft de gemeenteraad van Zeewolde (hierna: gemeente Zeewolde) op 29 mei 2015 het volgende naar voren gebracht in een zienswijze²³.
45. De gemeente Zeewolde is van oordeel dat de Aanloophaven enkel concurreert met andere passantenhavens en niet met jachthavens. De gemeente stelt dat voor zover er sprake zou zijn van concurrentie tussen de Aanloophaven en de door ACM in het conceptbesluit genoemde jachthavens, deze concurrentie slechts een zeer klein percentage van de activiteiten van die betreffende jachthavens betreft.

²³ De gemeente Zeewolde heeft de volgende documenten ingediend: Raadsbesluit Wet markt en overheid (documentnummer: R05S003), zienswijze op conceptbesluit (documentnummer: 15U004274) en Raadsvoorstel (documentnummer: R05S003).

Besluit

46. De gemeente stelt verder dat de rol van [...] beperkt is tot de weekenden en nationale feestdagen omdat er op deze dagen geen ambtenaren beschikbaar zouden zijn.
47. Vervolgens stelt de gemeente dat de gemeenteraad op 28 mei 2015 een algemeen belang besluit heeft genomen met betrekking tot de exploitatie van de Aanloophaven. Zodoende constateert de gemeente dat de Wet M&O op grond van artikel 25h, vijfde lid, Mw, niet op de exploitatie van de Aanloophaven van toepassing is. Met het verlenen van terugwerkende kracht aan het algemeen belang besluit wordt volgens de gemeente op een in het algemene bestuursrecht gebruikelijke wijze een bestaande praktijk bestendigd en gelegitimeerd. De gemeente is daarbij van oordeel dat de belangen van derden niet nadelig worden beïnvloed zodat geen sprake is van strijd met het rechtszekerheidsbeginsel.
48. De gemeente stelt daarnaast dat met het gemeenteraadsbesluit van 28 mei 2015 de grondslag voor het constateren van een overtreding volledig komt te vervallen. Van een overtreding, zoals vereist door artikel 70c Mw, is geen sprake. Met het aanmerken van de exploitatie van de Aanloophaven als algemeen belang zijn de gedragsregels van de Wet M&O volgens de gemeente niet langer van toepassing
49. Volgens de gemeente heeft ACM ook geen belang bij het vaststellen van een voormalige overtreding.

12/15

8 Reactie ACM op zienswijze

50. Mate van concurrentie
In haar zienswijze stelt de gemeente dat de Aanloophaven concurreert met passantenhavens en de concurrentie met jachthavens slechts een klein percentage van de activiteiten betreft. ACM merkt op dat de mate waarin geconcurrereerd wordt door de Aanloophaven niet relevant is voor de vraag of de gemeente de gedragsregels zoals neergelegd in de Wet M&O moet naleven bij de exploitatie van de Aanloophaven. Relevant is enkel dat er economische activiteiten worden uitgeoefend, zoals hier is vastgesteld en door de gemeente ook is bevestigd. Derhalve treft dit onderdeel geen doel.
51. Inning door [...]
De gemeente stelt vervolgens in haar zienswijze dat de rol van [...] als beheerder van de Aanloophaven is beperkt tot de weekeinden en nationale feestdagen. Dit lijkt te impliceren dat op andere tijden de havengelden door een ambtenaar van de gemeente wordt geïnd. Naar de mening van ACM is deze stelling niet onderbouwd nu er geen specifieke ambtenaar wordt genoemd, en is de stelling tevens in strijd met hetgeen de gemeente

Besluit

hierover eerder heeft verklaard²⁴ en tot slot blijkt dit niet uit de overgelegde overeenkomst met [...].

52. In de *‘Overeenkomst inzake gebruik en beheer van de Aanloophaven te Zeewolde’* d.d. 2 september 2014 is in de aanhef het gebruik en beheer van deze haven aan [...] overgedragen. Dit is ongeclausuleerd, dus niet beperkt tot weekeinden en nationale feestdagen. In artikel 4, onderdeel c is vervolgens de inning van havengeld aan [...] opgedragen of een daartoe door [...] aangewezen persoon. Deze inning is eveneens ongeclausuleerd overgedragen, dus evenmin beperkt tot weekeinden en nationale feestdagen.
53. Indien inning door [...] niet tijdens werkdagen zou mogen geschieden, had dit op zijn minst vastgelegd moeten zijn in genoemde overeenkomst. Zelfs indien dit het geval zou zijn, dan nog doet dit niet af aan het feit dat er sprake is van economische activiteiten. Op grond van Europese Jurisprudentie is namelijk niet de hoedanigheid van de inner van de havengelden bepalend voor de vaststelling wie economische activiteiten uitoefent. Voorop staat dat de gemeente de exploitant van de jachthaven is. Dit is door de gemeente zelf bevestigd. Op grond van het bovenstaande treft dit onderdeel van de zienswijze derhalve geen doel.
54. Terugwerkende kracht algemeen belang besluit
Voorts stelt de gemeente dat doordat zij een algemeen belang besluit op 28 mei 2015 vaststelt met betrekking tot genoemde haven de Mededingingswet niet meer van toepassing is. Dit besluit geldt terugwerkende kracht waardoor de betreffende ‘praktijk’ van de gemeente wordt gelegitimeerd. Voorts worden de belangen van derden niet nadelig beïnvloed, zodat er geen sprake is van strijdigheid met het rechtszekerheidsbeginsel. ACM is van oordeel dat het standpunt van de gemeente berust op een misvatting.
55. Het betreffende algemeen belang besluit is op 28 mei jl. vastgesteld en treedt in werking met ingang van de dag volgende op de bekendmaking ervan.²⁵ Dat betekent dat in de visie van ACM het besluit eerst rechtskracht krijgt op die datum en dat eerst vanaf die datum de Wet M&O niet meer van toepassing is.
56. Het algemeen belang besluit treft naar het oordeel van ACM niet de periode vanaf 1 juli 2014 tot datum inwerkingtreding ervan. In die periode was er geen uitzonderingsgrond van

²⁴ Zie randnummer 17 hiervoor waarin de verklaring van de gemeente zelf wordt weergegeven dat zij zich heeft teruggetrokken uit de exploitatie en [...] hiervoor heeft aangetrokken. Als vergoeding mag zij hiervoor de geïnde havengelden behouden.

²⁵ De gemeente Zeewolde heeft aangegeven in een telefonisch onderhoud met ACM d.d. 11 mei 2015 dat de bekendmaking van het betreffende algemeen belang besluit geschiedt door publicatie in het lokale huis-aan-huisblad op 2 juni 2015.

Besluit

toepassing zodat ACM de bevoegdheid toekwam en toekomt om op grond van de feiten over die periode een overtreding vast te stellen. Dat de gemeente aan het algemeen belang besluit terugwerkende kracht heeft verbonden maakt dat, los van de vraag of dat rechtens mogelijk is, niet anders.

57. De opmerking dat het verlenen van terugwerkende kracht aan het algemeen belang besluit de betreffende praktijk zou legitimeren en de rechten van derden niet nadelig zou beïnvloeden is niet onderbouwd en onbegrijpelijk. In feite komt het verlenen van terugwerkende kracht neer op het veranderen van rechtsgevolgen. Dit zou derden raken die schade hebben geleden en opkomen tegen het algemeen belang besluit, maar doet niet af aan de bevoegdheid van ACM om feiten te onderzoeken en op grond daarvan een overtreding vast te stellen. Kortom: vaststelling van een algemeen belang besluit met terugwerkende kracht verandert de feiten niet en dit onderdeel van de zienswijze treft derhalve geen doel.
58. Bevoegdheid ACM
Voor zover de gemeente meent dat met de vaststelling van het algemeen belang besluit, de gedragsregels van de Wet M&O niet langer van toepassing zijn en ACM derhalve een “grondslag” zou ontberen om een overtreding vast te stellen merkt ACM het volgende op.
59. Hiervoor is al opgemerkt dat er nog geen in werking getreden algemeen belang besluit is nu de gemeente het genomen besluit van 28 mei jl. nog niet bekend heeft gemaakt. Verder is volgens artikel 25h lid 6 Mw het vaststellen dat economische activiteiten plaatsvinden in het algemeen belang bepalend. ‘Vaststellen’ vergt een rechtshandeling. Hierbij is de gemeente gebonden aan de beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het rechtszekerheidsbeginsel. Op grond van het rechtszekerheidsbeginsel mag het algemeen belang besluit alleen toezien op de periode na inwerkingtreding, anders is dit ten nadele van ondernemers met eventuele schade. Eenmaal vastgesteld is de wet vanaf dat moment niet van toepassing, maar in de periode vóór de vaststelling dus wel.
60. Indien met het vaststellen van een algemeen belang besluit ook de bevoegdheid van ACM zou komen te vervallen om voor het verleden overtredingen vast te stellen, maakt dit het optreden van ACM en doel van de Wet M&O illusoir. Een bestuursorgaan kan dan achteraf steeds zijn optreden rechtvaardigen, zelfs als bij wijze van spreken 10 jaar lang deze wet niet wordt nageleefd.
61. Op grond van het bovenstaande is ACM van oordeel dat zij over de bevoegdheid beschikt om een overtreding door de gemeente Zeewolde vast te stellen en een besluit te nemen op grond van artikel 70c, eerste lid, aanhef en onderdeel a, Mededingingswet. Dit geldt te meer voor de periode voordat het algemeen belang besluit van 28 mei 2015 in werking is getreden, omdat er toen geen enkele uitzonderingsgrond van toepassing was en de Wet M&O niet werd nageleefd. Ook dit onderdeel van de zienswijze treft derhalve geen doel.

Besluit

9 Besluit

62. Op grond van artikel 70c, aanhef en onderdeel a, Mededingingswet verklaart ACM dat de Gemeenteraad van de gemeente Zeewolde artikel 25i, eerste lid, Mededingingswet sinds 1 juli 2014 tot de dag van de inwerkingtreding van het algemeen belang besluit heeft overtreden bij de exploitatie van de Aanloophaven, doordat de integrale kosten van deze dienst in die periode niet zijn doorberekend in de bij gemeentelijke belastingverordening vastgestelde ligplaatstarieven voor de Aanloophaven.

Den Haag,

Datum: 29 mei 2015

De Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

w.g.
drs. J.G.J. Keetelaar
Waarnemend directeur Mededinging

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 de 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.

15/15