

ECLI:NL:GHDHA:2014:149

Instantie	Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak	30-01-2014
Datum publicatie	30-01-2014
Zaaknummer	200.139.997/01
Formele relaties	Eerste aanleg: ECLI:NL:RBDHA:2013:18370 , (Gedeeltelijke) vernietiging en zelf afgedaan
Rechtsgebieden	Civil recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep kort geding
Inhoudsindicatie	Veerbotenoorlog Terschelling; ontruimingsvordering in kort geding door hof afgewezen.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel recht

Zaaknummer : 200.139.997/01

Zaak-/rolnummer rechtbank : C/09/454762 / KG ZA 13-1308

Arrest d.d. 30 januari 2014

inzake

EVT B.V.,

gevestigd en kantoorhoudende te Terschelling,

appellante,

hierna: EVT,

advocaat mr. F.J. Leeflang te Amsterdam,

tegen:

de Staat der Nederlanden,

(Ministerie van Infrastructuur en Milieu),

zetelende te Den Haag,

geïntimeerde sub 1,

hierna te noemen: de Staat,

advocaat mr. R.J.M. van den Tweel te Den Haag,

waarin zich heeft gevoegd:

B.V. Terschellinger Stoomboot Maatschappij,

gevestigd en kantoorhoudende te Terschelling,
geïntimeerde sub 2,
hierna te noemen: TSM,
advocaat mr. W.H. van Baren te Amsterdam.

Het geding

Na verlot bijzondere spoed, is EVT bij exploit van 10 januari 2014, met daarin opgenomen 25 grieven, (met producties) in hoger beroep gekomen van het door voorzieningenrechter in de rechtbank Den Haag (hierna ook: de voorzieningenrechter) tussen partijen in kort geding gewezen vonnis van 31 december 2013. De Staat en TSM hebben de grieven bij afzonderlijke memories van antwoord (met producties) bestreden. Vervolgens hebben partijen hun zaak mondeling bepleit op 21 januari 2014. Van de pleitzitting (en de aldaar verrichte proceshandelingen) is proces-verbaal opgemaakt. Daarna hebben partijen arrest gevraagd.

Beoordeling van het hoger beroep

De feiten

1. De feiten waar de voorzieningenrechter in rechtsoverweging 2 (2.1 tot met 2.39) van het bestreden vonnis vanuit is gegaan zijn in hoger beroep niet betwist, met uitzondering van (onderdelen van) rechtsoverwegingen 2.3, 2.4, 2.15, 2.22 en 2.32 (grief 1). Het hof gaat ook in hoger beroep uit van de niet betwiste feiten. Voor zover nodig zal het hof voormelde betwiste onderdelen van de feiten hierna aan de orde stellen.
2. Zakelijk weergegeven en voor zover in hoger beroep van belang, gaat het geschil om het volgende.

(2.1) TSM verzorgt sinds het begin van de vorige eeuw veerdiensten vanuit Harlingen naar Vlieland en van Harlingen naar Terschelling en vice versa. De Staat heeft in 1985 de veerdiensten naar deze eilanden aangemerkt als 'schakels in wegverbindingen' met zowel een vervoersfunctie als een brugfunctie. In 1987 is een 'convenant' gesloten tussen TSM, de gemeenten Terschelling en Vlieland, en de Staat.

(2.2) Het convenant is op instigatie van de Staat vervangen door een 'openbaar dienstcontract' (hierna: ODC) per eiland, dit als opmaat naar/ tussenschakel tot een (onder meer in verband met spanning met Europese regelgeving) beoogde concessiesystematiek. In de considerans bij de ODC's Vlieland en Terschelling, waarbij TSM partij is, is opgenomen:

"In aanmerking nemende dat(...)

(L) de minister/staatssecretaris voornemens is om na afloop van de overeenkomst, op basis van de tot stand te brengen wetgeving, de eerste concessie alsdan onderhands te gunnen aan de huidige vervoerders/rederijen [hof: dat is TSM voor Vlieland en Terschelling] voor de thans door hen bediende trajecten voor een periode van 15 jaar,(...)

(R) de minister/staatssecretaris ervoor verantwoordelijk is dat er op door de vervoerders/rederijen gebruikte rijksaanleginrichtingen ook voor derden aanlegmogelijkheden beschikbaar zijn, dit laatste voor zover en in de mate dat dit de hiervoor aangeduide door hen te verrichten bootdienst in fysieke zin niet in gevaar brengt of hindert en het de uitoefening van dit openbare-dienstcontract niet belemmert."

In artikel 7.1 bij deze ODC's is opgenomen:

"De minister/staatssecretaris *spant zich ervoor in te bevorderen dat op grond van de in artikel 6 genoemde, beoogde concessiewet aan TSM als eerste de concessie voor de exploitatie van de bootdienst wordt gegund op voorwaarden zoveel mogelijk gelijk aan die genoemd in deze overeenkomst, zulks voor een periode van 15 jaar.*"

(2.3) De ODC's zijn aangegaan voor een periode van twee jaar of zoveel korter of langer dan is gemoeid met het tot stand brengen en in werking treden van de wetgeving gericht op concessionering van de bootdienst en op grond daarvan een onherroepelijke concessie is verleend (artikel 6.1 ODC's). Zolang de concessieverlening niet onherroepelijk is blijven de ODC's dus in stand en kunnen geen exclusieve rechten (concessies) voor het openbaar personenvervoer worden verleend.

(2.4) In de ODC's is vastgelegd dat TSM zorgt dat zij het hele jaar de bootdienst onderhoudt naar beide eilanden, volgens bepaalde dienstregeling, tarieven en eisen, waaronder de beschikbaarheid van een reserveschip en walvoorzieningen. Net als het 'convenant' voorzien de ODC's in een commissie bootdiensten, bestaande uit vertegenwoordigers van de Staat, TSM en de gemeente Terschelling respectievelijk de gemeente Vlieland. In de commissie bootdiensten worden tijdig alle voornemens of wensen tot wijziging van tarieven, dienstregeling, kwaliteit, investeringsbeslissingen en andere onderwerpen die te maken hebben met de toegang, aard en kwaliteit van het vervoer en/of de walinfrastructuur besproken. In artikel 16 van de ODC's is voorzien in een arbitrageregeling.

(2.5) De ODC's bevatten in de artikelen 5.2 tot en met 5.4 (onder het 'kopje' infrastructuur) een regeling voor medegebruik: in deze artikelen is bepaald dat de in de ODC's aangeduide bruggen/aanleginrichtingen en haventerreinen mede bestemd zijn voor gebruik door derden, voor zover en in de mate dat dit door de Staat en de gemeente desverzocht schriftelijk is toegestaan en in de mate dat dit de bootdienst in fysieke zin niet in gevaar brengt of feitelijk hindert en/of de uitoefening van de ODC's belemmert. Met derden aan wie bruggen/aanleginrichtingen en/of haventerreinen in gebruik worden gegeven, treffen de Staat en de gemeente een privaatrechtelijke regeling analoog aan die met TSM is getroffen.

Bijlage 5 bij de ODC's bevat uitgangspunten voor voormeld medegebruik. Kort gezegd kan medegebruik plaatsvinden in zogenaamde 'venstertijden', dat wil zeggen buiten het tijdsbestek van één uur voor aankomst en een half uur na vertrek van de veerboot van TSM die de veerdienst op grond van het ODC uitvoert. In het ODC staat verder dat, indien een derde een verbinding ten behoeve van personenvervoer tot stand brengt tussen de vaste wal en Terschelling, uiterlijk binnen twee weken een overleg van de commissie bootdiensten wordt belegd en dat TSM na dit overleg gelet op de gewijzigde omstandigheden kan afwijken van de dienstregeling en/of de tarieven kan wijzigen. Deze afwijking dient, gelet op de omstandigheden redelijk en proportioneel te zijn met inachtneming van de publieke functie van de bootdienst (artikel 6.2 van de ODC's).

(2.6) Op 21 december 2007 heeft de Staat het verzoek van EVT voor het medegebruik van de aanleginrichtingen en het in samenhang daarmee noodzakelijke gebruik van de toegang tot deze aanleginrichtingen over de haventerreinen van Harlingen en Terschelling voor het onderhouden van een veerdienst ten behoeve van het personenvervoer (gedeeltelijk) toegewezen "*voor de duur van het openbare-dienstcontract dat wil zeggen uiterlijk tot het tijdstip dat concessie is verleend op grond van de thans nog in voorbereiding zijnde regelgeving*" en met inachtneming van de in het ODC neergelegde uitgangspunten en voorwaarden voor medegebruik en de voor het medegebruik te sluiten huur-/gebruiksovereenkomsten. In deze brief staat dat, mochten nieuwe feiten en omstandigheden daartoe aanleiding geven, de mogelijkheid van medegebruik door EVT opnieuw door de Staat zal worden onderzocht.

(2.7) De Staat heeft in 2008 aan EVT toestemming gegeven om te varen met het schip 'Stortemelk' respectievelijk het schip 'Willem Barentsz'.

(2.8) Op 19 augustus 2008 zijn in verband met het medegebruik huurovereenkomsten getekend

tussen de Staat en EVT voor het gebruik van de aanleginrichtingen te Harlingen en Terschelling respectievelijk de toegangsweg tot het haventerrein te Terschelling (productie 33 en 34 EVT). De huurovereenkomsten zijn gesloten voor de periode van 15 juli 2008 tot en met 31 december 2008 en zijn na ommekomst van deze termijn verlengd tot en met 15 februari 2009. Daarna zijn de Staat en EVT blijven handelen overeenkomstig de (bepalingen van de) huurovereenkomsten. Artikel 6 van de huurovereenkomsten met het kopje "Geen gebruiks-inbreuk" bepaalt onder meer dat:

- i) de aanleginrichtingen en de toegangsweg in overwegende mate in gebruik zijn bij TSM op grond van het ODC, dat door EVT moet worden gerespecteerd cq nagekomen voor zover daarin verplichtingen van medegebruikers zijn benoemd;
- ii) de bootdienst van TSM in overeenstemming met het ODC in fysieke zin niet in gevaar mag worden gebracht of worden gehinderd en dat de uitoefening van het ODC niet mag worden belemmerd;
- iii) de aanleginrichtingen en de toegangsweg alleen gedurende de venstertijden mogen worden gebruikt en niet als TSM vervoer verricht als bedoeld onder artikel 2.5 van het ODC (daarin staat dat TSM indien het vervoeraanbod voor de bootdienst dit noodzakelijk maakt extra materieel inzet).

Blijkens de huurovereenkomsten is voorzien in een tussentijdse opzeggingsmogelijkheid door de Staat indien "naar het oordeel van de Staat een klemmend en zeer gewichtig publiek belang dit vordert", met een opzegtermijn van tenminste drie maanden.

(2.9) Rijkswaterstaat Noord-Nederland heeft de medegebruiksvoorziening in de periode van 18 augustus 2008 tot en met 18 augustus 2009 geëvalueerd. De algemene conclusie luidde dat het medegebruik van de aanleginrichtingen te Harlingen en Terschelling in beide geëvalueerde periodes goed is verlopen.

(2.10) Op 18 november 2009 heeft het bureau Rebelgroup verslag gedaan van haar in opdracht van de Staat gedane onderzoek naar de vraag of het aanbod van personenvervoer van en naar de Waddeneilanden in een situatie zonder concessies het maatschappelijke gewenste kwaliteits-, kwantiteits- en prijsniveau zal kunnen hebben. Rebelgroup heeft deze vraag beantwoord aan de hand van een door haar, op grond publiekelijk beschikbare informatie gebouwde business case. Volgens Rebelgroup is de verbinding naar Terschelling het meest winstgevend van alle verbindingen. De verbinding naar Vlieland is volgens de businesscase daarentegen verlieslatend. Rebelgroup schat in dat de verbinding naar Terschelling bij exploitatie conform het ODC bij een verlies van 45% marktaandeel voor de huidige reder verlieslatend wordt. Indien de verbindingen naar Terschelling en Vlieland tezamen in beschouwing worden genomen, schat de Rebelgroup in dat de verbinding verlieslatend wordt bij verlies van een marktaandeel van 26%. Rebelgroup constateert dat vanwege de "dusdanig beperkte marktomvang" toetreding van nieuwe partijen niet erg aantrekkelijk en daarmee niet erg waarschijnlijk is voor Vlieland en Schiermonnikoog. Concluderend stelt de Rebelgroup: "In een situatie van een openbaar dienstcontract zonder exclusief recht voor de huidige reder, ligt toetreding van concurrenten op de verbindingen naar Terschelling en Ameland in de rede. Als de nieuwe reders er in slagen een marktaandeel te veroveren, zal het maatschappelijk gewenste kwantiteits-, kwaliteits- en prijsniveau van de dienstverlening mogelijk alleen geleverd kunnen worden als de overheid daarvoor een subsidie aan de reder die het contract uitvoert betaalt. In een volledig vrije marktsituatie schat Rebel de kans hoog in dat het maatschappelijk gewenste kwantiteits-, kwaliteits- en prijsniveau van de dienstverlening op termijn niet gehandhaafd blijft."

Tot slot merkt Rebel op:

"De uitkomsten van de business case geven mogelijk aanleiding om te overwegen twee concessies te gunnen, waarbij één concessie betrekking heeft [hof: op] de verbindingen naar Vlieland en Terschelling en de ander op de verbinding naar Ameland en Schiermonnikoog (...)"

(2.11) Bij besluit van 23 december 2009 tot wijziging van het besluit personenvervoer 2000 in verband met de invoering van concessies voor het personenvervoer van en naar de Waddeneilanden Vlieland, Terschelling, Ameland en Schiermonnikoog is de wettelijke mogelijkheid geschapen tot het verlenen van vier concessies (voor ieder eiland één) met exclusieve werking. De eerste concessie met een duur van 15 jaar kan ingevolge dat besluit ondershands worden verleend. Op grond van het overgangsrecht blijven de ODC's gelding houden tot de verleende concessies onherroepelijk zijn geworden.

(2.12) Op 24 mei 2011 heeft de Staat de concessie voor de veerdienst tussen het vasteland en de eilanden Terschelling en Vlieland (concessie Waddenveren West) ondershands aan TSM verleend. De concessie treedt in werking als zij onherroepelijk is geworden. EVT heeft tegen het verlenen van de concessie bezwaar gemaakt en, nadat dit bezwaar ongegrond was verklaard, beroep ingesteld bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb).

(2.13) Bij brief van 4 augustus 2011 heeft de Staat (de Minister van Infrastructuur en Milieu) desgevraagd aan EVT toestemming verleend om in de medegebruikregeling in de plaats van de 'Stortemelk' te gaan varen met het schip de 'Spathoek', een schip met een grotere capaciteit dan de 'Stortemelk' en, anders dan de 'Stortemelk', met capaciteit voor het vervoeren van auto's. Voor deze toestemming gelden - voor zover hier van belang - de volgende voorwaarden:

- EVT dient zich te houden aan de uitgangspunten voor medegebruik van de aanleginrichtingen, zoals beschreven in bijlage 5 van het ODC;
- het medegebruik mag uitsluitend plaatsvinden met inachtneming van de voorwaarden zoals overeengekomen met EVT in de huurovereenkomsten;
- het medegebruik kan plaatsvinden *"voor de duur van het openbare-dienstcontract inzake het vervoer tussen Harlingen en Terschelling, dat wil zeggen tot uiterlijk het tijdstip dat de concessie voor het voor eenieder openstaand personenvervoer van en naar de Waddeneilanden Terschelling en Vlieland onherroepelijk is verleend"*,

De Minister beëindigde haar brief met de opmerking:

"Aangezien bedoelde concessie op 24 mei jl. is verleend wijs ik u erop dat gelet daarop de periode waarin van medegebruik sprake kan zijn van beperkte duur is."

EVT is in het voorjaar van 2012 gaan varen met de 'Spathoek'.

(2.14) TSM heeft in de loop van 2012 aan de andere partijen bij het ODC laten weten dat haar financiële positie zorgelijk is en dat dit is gerelateerd aan het medegebruik door EVT. Vanaf september 2012 heeft zij dit nadrukkelijker onder de aandacht gebracht bij de andere partijen bij het ODC, onder meer in de commissie bootdiensten.

(2.15) In de in rechtsoverweging 2.12 bedoelde beroepsprocedure heeft het CBb op 15 april 2013 een tussenuitspraak gedaan waarin prejudiciële vragen zijn gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie. Een uitspraak van het Hof van Justitie valt niet eerder dan medio 2014 te verwachten.

(2.16) TSM heeft de Staat bij brief van 1 mei 2013 gewezen op haar verlieslatende bedrijfsvoering, die zonder vergaand ingrijpen de komende jaren eveneens verlieslatend zal zijn. Zij heeft daarin om een financiële bijdrage gevraagd om de veerdienst op het in het ODC afgesproken niveau te kunnen houden. Dit verzoek - dat op 21 mei 2013 is afgewezen door de Staat - is ook besproken in de commissie bootdiensten, waar TSM een aangepaste, versoberde, dienstregeling presenteerde die zij per 1 oktober 2013 wilde invoeren. TSM heeft daarbij verder te kennen gegeven dat zij heeft besloten af te zien van eerder voorgenomen investeringen en dat zij sinds 2012 alleen strikt noodzakelijke vervangingsinvesteringen doet met het oog op de veiligheid. In de commissie bootdiensten hebben de gemeenten Vlieland en Terschelling grote zorgen geuit over de ontstane situatie en over de aangepaste dienstregeling, die zij zagen als een verslechtering.

(2.17) De Staat heeft in juni 2013 opdracht verstrekt aan het accountantskantoor PwC om de financiële positie van TSM te beoordelen. Tijdens de presentatie van zijn bevindingen in de commissie bootdiensten op 20 juni 2013 heeft PwC onder meer te kennen gegeven dat de conclusie is dat het resultaat zodanig negatief is dat de bank zonder ingrijpen de regie (bij TSM) overneemt, aangezien de kredietruimte eind 2013 vrijwel zal zijn gebruikt. In de schriftelijke rapportage van PwC van 17 juli 2013 staat - samengevat - dat TSM over de jaren 2007-2011 met één uitzondering positieve resultaten heeft behaald, maar in 2012 een fors negatief resultaat heeft behaald dat in belangrijke mate samenhangt met verminderde omzet, waarbij duidelijk is geworden dat de concurrentie van EVT impact heeft. De prognoses voor 2013 en 2014 zonder maatregelen tonen voor elk van die jaren een aanzienlijk negatief resultaat. PwC acht het essentieel dat de verliessituatie zoveel en zo snel mogelijk wordt beperkt en acht het nemen van maatregelen noodzakelijk.

(2.18) De partijen bij de ODC's (TSM, de gemeenten Terschelling respectievelijk Vlieland, alsmede de Staat) hebben verder gesproken over de gerezen situatie en de door TSM voorgestane wijziging van de dienstregeling. Daarbij is namens de gemeenten Vlieland en Terschelling te kennen gegeven dat de aanpassingen in de dienstregeling disproportioneel en niet acceptabel voor deze eilanden waren. Dit is ook separaat aan de Staat kenbaar gemaakt: de gemeenten Terschelling en Vlieland hebben op 6 juni 2013 een 'brandbrief' gestuurd. In mei en juli 2013 zijn in de Tweede Kamer vragen gesteld aan de Staatssecretaris over de versoering van de dienstregeling en de continuïteit van de veerdienst. Begin juli 2013 heeft de Eilander Raad (met vertegenwoordigers van de eilanden Vlieland, Ameland, Schiermonnikoog en Terschelling) haar bezorgdheid uitgesproken bij onder meer de Staat over de voortdurende onzekerheid over de definitieve concessieverlening. De Eilander Raad heeft te kennen gegeven boos en ongerust te zijn omdat de bereikbaarheid van de eilanden in het gedrang komt.

(2.19) In augustus 2013 heeft TSM, die te kennen had gegeven dat zij vond dat zij, als de ODC partners niet tot overeenstemming zouden komen, eenzijdig kon overgaan tot wijziging van de dienstregeling, de ingangsdatum van de gewijzigde dienstregeling verzet naar 1 november 2013. De Staatssecretaris heeft TSM bij brief van 8 augustus 2013 laten weten dat de ODC's dit niet toelaten en dat de Staat zo nodig naleving van de ODC's in rechte zal afdwingen.

(2.20) De partijen bij de ODC's hebben vervolgens de heer [...] van JBR Management (hierna: [de procesbegeleider]) gevraagd als procesbegeleider te fungeren in de discussie tussen de partijen bij de ODC's. [de procesbegeleider] heeft zijn bevindingen gepresenteerd tijdens een bijeenkomst van de commissie bootdiensten van 25 september 2013 en heeft deze neergelegd in zijn eindrapportage van 26 september 2013, waarin onder het kopje "*Conclusie en vervolgstappen*" staat: "*Ten behoeve van het publieke belang: de bereikbaarheid van de eilanden en het voorkomen van mogelijke maatschappelijke ontwrichting, is het gewenst dat partijen op korte termijn overeenstemming bereiken over een herziene dienstregeling. Juridische trajecten zullen naar verwachting ter zake geen oplossing bieden en daarnaast meer tijd in beslag nemen. Partijen zijn het er echter over eens dat met een gewijzigde dienstregeling, de kern van het probleem, die ligt in een combinatie van het medegebruik en een ongelijk speelveld voor de twee reders, niet wordt opgelost. JBR constateert dat, op basis van de tot nu toe gevoerde gesprekken en de uitgesproken intentie van partijen er samen uit te willen komen, er mogelijk draagvlak te vinden is voor een herziene, gewijzigde winterdienstregeling mits deze een tijdelijk karakter heeft en partijen zich tegelijkertijd committeren om de situatie structureel en op korte termijn (per 2014) op te lossen. Het is aan de commissie bootdiensten en aan de individuele partijen der commissie bootdiensten, om te besluiten hoe verder te gaan.*"

(2.21) De partijen bij de ODC's zijn ook daarna niet tot overeenstemming gekomen over een aangepaste dienstregeling en/of andere maatregelen. Er is geen gebruik gemaakt van de in de ODC's neergelegde arbitrageregeling.

(2.22) PwC heeft daarna op verzoek van de Staat een vervolgonderzoek uitgevoerd naar de door

TSM opgestelde prognose voor 2014, rekening houdend met gehele of gedeeltelijke beperking van het medegebruik. PwC schetst op 7 oktober 2013 als samenvattend beeld dat bij het geheel beperken van het medegebruik voor personenvervoer per 1 april 2014 TSM een relatief beperkt positief resultaat behaalt en dat het beperken van het medegebruik tot één keer een retourvaart per dag vanaf 1 april 2014 leidt tot een substantieel verliesgevende exploitatie van de veerdienst, in welke laatste situatie het noodzakelijk is om maatregelen te treffen.

(2.23) Op 30 september 2013 heeft de Staatssecretaris EVT geïnformeerd over de problemen met het continueren van de openbare dienstverplichting door TSM en de wijze waarop zij daar mee omgaat. In deze brief staat onder meer:

"Het beeld is ontstaan dat uitoefening van de (ODC's) ernstig wordt belemmerd door uw tot nu toe van overheidswege toegestane medegebruik. Nu dit onvoorzien dreigt te leiden tot maatschappelijke ontwrichting zie ik mij genoodzaakt als een van de maatregelen het medegebruik van de aanleginrichtingen te heroverwegen. Ik laat thans een onderzoek uitvoeren dat cijfers en feiten moet opleveren dat mijn voornemen moet kunnen onderbouwen. Uit oogpunt van zorgvuldigheid wordt u daar thans van op de hoogte gesteld.

Ik besef dat de nog te kiezen oplossingsrichting voor partijen ingrijpend kan zijn. Het feit dat zowel de continuïteit van de veerdienst naar Terschelling als die naar Vlieland nu ernstig in het geding is, met alle maatschappelijke gevolgen van dien, heeft mij hiertoe gebracht. Dit in het perspectief van de verplichtingen die zijn vastgelegd in de bindende ODC's.

Ik zal u zo spoedig mogelijk informeren over de relevante vervolgstappen."

(2.24) Op 9 oktober 2013 heeft EVT aan de Staatssecretaris geschreven dat zij vindt dat de besluitvorming om te onderzoeken of het medegebruik moet worden beperkt niet in stand kan blijven omdat [de procesbegeleider] niet als onafhankelijk kan worden aangemerkt en omdat de Tweede Kamer niet is geïnformeerd over de resultaten van het onderzoek van de Rebelgroup, op grond waarvan volgens EVT vaststaat dat het verlies van TSM niet door EVT kan zijn veroorzaakt (omdat in dit onderzoek is geconcludeerd dat de exploitatie door TSM verlieslijdend zal worden bij 45% medegebruik en EVT – als gevolg van de beperkingen die haar zijn opgelegd – nooit een groter marktaandeel dan 25% zal kunnen verkrijgen). In deze brief heeft EVT verder verzocht om rechtstreeks met haar in overleg te treden over mogelijkheden om de door TSM voorgenomen versoering van de dienstregeling op te vangen en daarmee de ontstane onrust op het eiland weg te nemen.

(2.25) Bij brief van 15 oktober 2013 heeft de Staatssecretaris aan de voorzitter van de Tweede Kamer bericht dat zij heeft besloten het medegebruik door EVT per 1 februari 2014 op te zeggen. In de brief wordt dit verder uiteengezet en wordt kenbaar gemaakt dat, nu dit besluit is genomen, TSM de winterdienstregeling volledig zal handhaven, ook al leidt dat op korte termijn nog steeds tot verliezen voor de rederij.

(2.26) Tegelijkertijd heeft de Staatssecretaris EVT (in een ongedateerde brief) over de opzegging geïnformeerd en deze toegelicht, met de mededeling dat "overigens (ook) acht (is) geslagen op uw brief van 9 oktober jl." De Staatssecretaris schrijft in haar brief verder onder meer: "Gelet dus op de inmiddels gewijzigde omstandigheden, (...) moet thans worden geconstateerd dat dit medegebruik de uitoefening van de ODC's daadwerkelijk belemmert. Het tot op heden toegestane medegebruik en de aard en omvang van het gebruik dat EVT daarvan maakt, vormt de kern van de gerezen problematiek, zoals ook door onderzoek is bevestigd. Gelet ook op de dwingend juridisch-privaatrechtelijke kaders van de ODC's acht ik het met het oog op het publieke belang van een veilige, betrouwbare, ongestoorde structurele en het hele jaar dekkende veerverbinding noodzakelijk dit medegebruik te beëindigen. Deze beëindiging wordt ondersteund door de beide andere publieke ODC-partners, de gemeenten Terschelling en Vlieland. (...)

Tegen de achtergrond van het bovenstaande wordt uw bedoelde medegebruik van de aanleginrichtingen en (deel)terreinen van de Staat opgezegd tegen 1 februari 2014. (...)

(2.27) Op 24 oktober 2013 heeft de Staat de huurovereenkomsten opgezegd per 1 februari 2014, onder verwijzing naar de onder 2.26 bedoelde brief van de Staatssecretaris en - ten overvloede - naar de mogelijkheid tot tussentijdse opzegging van de huurovereenkomsten. De Staat heeft EVT aangezegd dat zij het gehuurde per 1 februari 2014 dient te ontruimen.

(2.28) Bij brief van 13 november 2013 van de Autoriteit Consument & Markt (hierna: ACM) aan het Ministerie van I&M heeft ACM een aantal elementen van de gedachtewisseling over het dossier waddenveren [hof: de thans onder meer aan de orde zijnde kwestie] schriftelijk bevestigd. In deze brief is onder meer vermeld:

"In de eerste plaats is de (...) termijn voor ACM te kort om onderzoek te doen en een definitief standpunt te bepalen over de geoorlooftheid van de opzegging van de huurovereenkomst vanuit mededingingsrechtelijk perspectief. De vraag of sprake is van misbruik van een economische machtspositie (artikel 24 mededingingswet (Mw)) vergt immers grondig onderzoek waarbij ook de inzet van toezichtbevoegdheden nodig kan zijn. (...)

ACM begon het gesprek met de mededeling dat zij ernstige bedenkingen heeft bij de gang van zaken rondom dit dossier, omdat op het eerste gezicht aan de elementen voor een overtreding van artikel 24 Mw lijkt te zijn voldaan. De opzegging van de lopende huurovereenkomst door een onderneming met een economische machtspositie is mededingingsrechtelijk gezien namelijk bijzonder risicovol als dat de concurrentie op de lager gelegen markten uitsluit of beperkt (i.c. de (mogelijke) markt voor veerdiensten). De opzegging van de huurovereenkomst lijkt in dit geval direct tot gevolg te hebben dat de concurrentie tussen de zittende vervoerders EVT en TSM /Doeksen om personen-, vracht- en autovervoersdiensten van het vasteland naar Terschelling geheel wordt

uitgesloten. Het is niet-aannemelijk dat EVT per 1 februari 2014 over een reëel alternatief kan beschikken voor de aanlegsteiger van Rijkswaterstaat. Voorwaarde is wel dat de verhuur van de aanlegsteiger een economische activiteit van Rijkswaterstaat is, maar er zijn precedentes van nationale en Europese toezichthouders waaruit blijkt dat de verhuur van diverse soorten haveninfrastructuur eerder als economische activiteit is aangemerkt. Bij de beoordeling of sprake is van een economische activiteit maakt het overigens niet uit of de verhuurder een bedrijf of de overheid is. Mocht inderdaad sprake zijn van misbruik van een economische machtspositie, dan is de vervolgvraag of voor de opzegging van de huurovereenkomst een objectieve rechtvaardiging bestaat. (...)"

(2.29) Op verzoek van EVT heeft het onderzoeksbureau SEO een quick scan gemaakt van de financiële situatie van TSM op basis van de aan haar beschikbaar gestelde documentatie. SEO heeft in zijn notitie van 16 december 2013 onder meer geconcludeerd (i) dat TSM een onverklaarbaar hoog kostenniveau heeft, (ii) dat de relatief lage vergoeding die TSM ontvangt van haar zusterverenootschap voor het vrachtverkeer bijdraagt aan het negatief resultaat van TSM, (iii) dat niet aannemelijk is dat de toetreding van EVT op zichzelf heeft geleid tot verlieslatendheid bij TSM en (iv) dat het zeer onwaarschijnlijk is dat de holding TSM de komende tijd niet financieel zal steunen, in ieder geval zolang TSM een reëel vooruitzicht heeft op een in werking getreden concessie.

(2.30) EVT heeft zich vervolgens tot de voorzieningenrechter gewend met (conventionele) vorderingen, strekkende tot (kort gezegd) buitenwerkingstelling van de opzeggingen per 1 februari 2014. De Staat heeft in reconventie de ontruiming door EVT gevorderd per 1 februari 2014 dan wel 1 april 2014 van de in de huurovereenkomst bedoelde aanleginrichtingen c.a. te Harlingen en Terschelling. De voorzieningenrechter heeft de vorderingen van EVT afgewezen en die van de Staat toegewezen. Het beroep van EVT richt zich tegen deze beslissingen.

Verdere beoordeling in hoger beroep

3. EVT legt met haar 25 grieven het geschil in volle omvang aan het hof voor. De centrale vraag in deze kort geding procedure betreft de vraag of de Staat de toestemming medegebruik en de huurovereenkomsten heeft op mogen zeggen per 1 februari 2014.
4. Het hof stelt het volgende voorop. Aan EVT is overeenkomstig de medegebruiksbepalingen in het ODC (publiekrechtelijke) toestemming verleend om, naast TSM als hoofdgebruiker, de aanleginrichtingen en haventerreinen van Harlingen en Terschelling voor het onderhouden van een veerdienst voor personenvervoer te gebruiken, zulks uiterlijk tot het moment dat de concessie definitief is verleend, met inachtneming van de voor het medegebruik te sluiten (privaatrechtelijke) huurovereenkomsten. De (overigens pas na verloop van tijd gesloten) huurovereenkomsten stellen EVT in staat van de haar verleende medegebruiksrechten daadwerkelijk gebruik te maken en kunnen aldus niet los worden gezien van de onder het ODC verleende toestemming voor dit gebruik, zoals de voorzieningenrechter met juistheid heeft overwogen. Het sluiten van huurovereenkomsten is immers in het ODC voorzien en daarin als voorwaarde opgenomen, terwijl ook de toestemming tot medegebruik (in de zogenaamde gebruiksbrieven) is verleend met verwijzing naar de voor dit medegebruik te sluiten huurovereenkomsten. De hiertegen gerichte klachten worden verworpen. Voor de toetsing van de gevraagde voorzieningen, zowel in conventie als in reconventie, is dus de vraag aan de orde of aannemelijk is dat in een eventuele bodemprocedure zal worden geoordeeld dat de Staat de betreffende huurovereenkomsten mocht opzeggen tegen 1 februari 2014.

De aard van de huurovereenkomsten

5. Tussen de Staat en EVT zijn op dezelfde dag twee vrijwel identieke huurovereenkomsten gesloten, respectievelijk (1) voor de aanleginrichtingen in Harlingen en Terschelling en (2) voor de toegangsweg op het haventerrein van Terschelling. De eerstgenoemde huurovereenkomst is zonder twijfel een huurovereenkomst in de zin van artikel 7: 230a BW, terwijl de laatstgenoemde huurovereenkomst, mede gelet op de onder het ODC verleende toestemming tot medegebruik, zodanig samenhangt met de eerstgenoemde dat de huurovereenkomsten gezamenlijk in feite als één huurovereenkomst moeten worden aangemerkt, met als doorslaggevende kenmerken die van artikel 7:230a BW. De opzeggingsbepalingen van dit artikel zullen daarom op beide huurovereenkomsten worden toegepast.

De duur van de huurovereenkomsten

6. Het hof onderschrijft de overwegingen van de voorzieningenrechter in rechtsoverweging 4.2 van het bestreden vonnis, dat er sprake is van huurovereenkomsten voor bepaalde tijd, te weten tot het moment dat de concessie onherroepelijk wordt. Het andersluidende standpunt van de Staat en TSM wordt verworpen. Naar het voorlopig oordeel van het hof is tussentijdse opzegging van deze huurovereenkomsten dus slechts mogelijk in geval "*naar het oordeel van de Staat een klemmend en zeer gewichtig publiek belang dit vordert*".
7. Overigens, ook indien zou worden uitgegaan van huurovereenkomsten voor onbepaalde tijd, dient de opzegging (ex artikel 7:228 BW) nog altijd te voldoen aan de eisen van redelijkheid en billijkheid. Deze eisen kunnen in verband met de aard en inhoud van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval meebrengen dat opzegging slechts mogelijk is indien een voldoende zwaarwegende grond voor de opzegging bestaat (ECLI:NL:HR2012:BW1280). Zoals uit het navolgende voortvloeit, is het hof voorshands van oordeel dat noch de ene noch de andere 'drempel' door de Staat wordt gehaald.

Een klemmend en zeer gewichtig publiek belang c.q voldoende zwaarwegende grond?

8. De Staat stelt dat zowel van een klemmend en zeer gewichtig publiek belang als van een voldoende zwaarwegende grond sprake is. De Staat heeft dit toegelicht door - samengevat - te stellen dat TSM sinds kort (met name sinds de 'Spathoek' met zijn grotere capaciteit in de vaart is) aantoonbaar in financiële en continuïteitsproblemen verkeert en een inkrimping van de dienstregeling heeft aangekondigd, die een verslechtering inhoudt, die tot maatschappelijke ontwrichting op Vlieland en Terschelling leidt en daar veel maatschappelijke ophef heeft veroorzaakt. De ODC- partners hebben geen overeenstemming kunnen bereiken over een alternatieve structurele oplossing, terwijl de onafhankelijke bemiddelaar [de procesbegeleider] er ook geen gat meer in zag. Uit onafhankelijke gegevens en onderzoek (PwC-rapportage) is gebleken dat de continuïteitsproblemen van TSM in direct causaal verband staan met het medegebruik door EVT. De veerdienst is kortom 'te dun' voor twee rederijen, zeker waar EVT als medegebruiker (aldus ook TSM) aan 'cherry-picking' doet doordat EVT alleen op rendabele tijden vaart en niet de onrendabele dienst naar Vlieland hoeft te vervullen. TSM daarentegen is onder het ODC verplicht juist ook de onrendabele lijnen te verzorgen. Het publieke belang van een veilige, betrouwbare, ongestoorde en het gehele jaar dekkende veerverbinding naar Vlieland en Terschelling maakt als ultimum remedium beëindiging van het medegebruik - en daarmee opzegging van de huurovereenkomsten - noodzakelijk. Anders gezegd: dit algemeen belang, in concreto de bereikbaarheid van de Waddeneilanden, vergt op dit moment onder de gegeven omstandigheden een daadkrachtig en vergaand besluit. In hoger beroep echter heeft de Staat hier aan toegevoegd dat medegebruik van de aanleginrichtingen mogelijk blijft, maar niet meer in de huidige omvang.
9. Het hof onderschrijft dat de Staat zich het publieke belang in voormelde zin dient aan te trekken, zij het dat niet is gespecificeerd wat dit (in kwantitatieve zin) inhoudt. Anders evenwel dan de Staat is het hof er niet van overtuigd dat het publieke belang thans noodzaakt tot de beëindiging van het medegebruik door EVT, en daarmee noopt tot opzegging van de huurovereenkomsten per 1 februari 2014. Hiervoor zijn nog teveel aspecten ongewis. Naar het voorlopig oordeel van het hof zijn (i) de alternatieven onvoldoende onderzocht en (ii) veel vraagtekens blijven bestaan bij de gepresenteerde cijfers van TSM.
10. Ad (i), de alternatieven.

Het hof stelt ten aanzien hiervan voorop dat weliswaar het nodige overleg heeft plaatsgevonden binnen de kaders van de ODC's met de ODC-partners (de Staat, de gemeenten Terschelling en Vlieland en TSM), maar dat de betrokkenheid hierbij van EVT - de grote schuldlige in de visie van de Staat en TSM maar tegelijkertijd bij uitstek het lijdend voorwerp van de genomen beslissing - minimaal is gebleven. Dit verbaast het hof, juist ook omdat EVT bij herhaling heeft aangegeven haar bijdrage te willen leveren, bijvoorbeeld door overname van onrendabele lijnen, althans bij herhaling om rechtstreeks overleg heeft gevraagd. De stelling van de Staat dat de dreigende problemen primair binnen de kaders van de ODC's dienden te worden opgelost (memorie van antwoord 4.14) is niet toegelicht en wekt bevreemding, temeer nu de oplossingsrichting van het ODC (arbitrage) niet is gevolgd. Nu de oorzaak van de problemen bij EVT wordt gelegd, had de Staat bij een zorgvuldige afweging van belangen EVT tijdig en rechtstreeks bij eventuele oplossingen dienen te betrekken. Het gestelde krachtenspel tussen partijen (memorie van antwoord 4.14 Staat) is ontoereikend om EVT bij voorbaat 'buiten de boot' te houden. De opmerking van [de procesbegeleider] in zijn eindverslag, kort gezegd dat EVT voorwaarden stelt, is niet alleen - voor de Staat tijdig kenbaar - door EVT weersproken, maar bovendien laat dit onverlet dat overleg (ook onder deze omstandigheden) gewenst was geweest. Van de Staat had gevergd mogen worden dat hij het initiatief voor een dergelijk overleg had genomen, alvorens de vergaande stap te zetten van opzegging van het medegebruik en opzegging van de huurovereenkomsten. De omstandigheid dat EVT haar brief van 4 juni 2013 (productie 88 EVT) - hierin biedt EVT onder meer aan (op blz 5) om 'onrendabele' diensten van rederij Doeksen (TSM) over te nemen, eventueel in onderaanneming ex artikel 12 ODC, en zegt EVT (op blz 6) dat zij wil meedenken over de meest wenselijke oplossing voor de reizigers - heeft gericht aan de voorzitter van de Tweede Kamer (en niet aan de staatssecretaris), maakt dit niet anders. Niet gesteld is dat de inhoud van die brief de staatssecretaris niet (onmiddellijk) bekend was. Tot slot wordt in dit

verband nog opgemerkt dat de Staat bij pleidooi als nieuwe stelling naar voren heeft gebracht (pleitnota 2.2) dat medegebruik door EVT mogelijk blijft, maar niet in de huidige omvang. Ook deze oplossingsrichting is niet onderzocht en zulks verdraagt zich evenmin met volledige opzegging van de huur en het medegebruik. Dat de consequenties van algehele opzegging voor EVT zeer verstrekkend zijn, is aannemelijk en is door de Staat (en TSM) ook niet voldoende betwist (anders dan in twijfel te trekken of dit ook een faillissement van EVT als ultieme consequentie heeft).

11. Ad (ii), de cijfers.

De kwestie is aan het rollen gekomen toen TSM de noodklok luidde en aangaf dat zij, met name door de inzet van de Spathoek, grote financiële problemen kreeg. De vraag is of deze financiële problemen en de oorzaak hiervan thans voldoende aannemelijk zijn geworden. Beide vragen worden ontkennend beantwoord. Weliswaar is PwC tweemaal met rapportages gekomen en zijn de gehanteerde cijfers gecontroleerd en gevalideerd door de accountant van TSM (Ernst & Young) en door PwC, die door de Staat was ingeschakeld, maar een concrete mogelijkheid om deze geaggregeerde cijfers inhoudelijk te toetsen is het hof en EVT (en de door haar ingeschakelde SEO) onthouden. Reeds hierom moet de rapportage van PwC met de nodige voorzichtigheid worden benaderd. Dit laatste geldt overigens ook voor de rapportage door SEO, in welke rapportage in korte tijd zonder een mogelijkheid tot deugdelijke validering van de cijfers kanttekeningen zijn geplaatst bij de PwC rapportage.

Hoe dan ook dient te worden opgemerkt dat de kanttekeningen van EVT/SEO dat er sprake is van (i) onverklaarbaar hoge kosten bij TSM, (ii) mogelijk te lage vrachtvergoedingen (door de zustermaatschappij) en (iii) een ondoorzichtige groepsstructuur, niet voldoende zijn ontzenuwd. Om hier meer zicht op te krijgen is nader grondig onderzoek nodig waar in het kader van dit kort geding geen plaats is. Al met al is er bij het hof zoveel twijfel gerezen over de door TSM gepresenteerde cijfers en de conclusies die daaraan, juist ook voor de toekomst, worden verbonden, dat het te ver gaat om hier thans op vooruit te lopen, zeker in de mate waarin de Staat dat heeft gedaan.

Hier komt bij dat ook onvoldoende duidelijk is geworden dat EVT (met de Spathoek) de oorzaak is van de gestelde financiële malaise bij TSM. Uiteraard zal de komst van EVT en de inzet van de Spathoek de winst van TSM onder druk hebben gezet en zal – overigens niet ongebruikelijk en vanuit een oogpunt van reizigersbelangen niet ongewenst – door de toegenomen concurrentie de winst van TSM zijn afgenomen, maar gesteld noch gebleken is dat TSM als professioneel reder afdoende maatregelen heeft genomen om deze situatie het hoofd te bieden. De PwC rapportage van 17 juli 2013 vermeldt in dit verband (...)"*Uit de door ons overgelegde jaarcijfers blijkt dat TSM over de jaren 2007-2011 met één uitzondering, positieve resultaten heeft behaald. (...) Over de door ons beschouwde periode 2007-2012 geldt dat in dat tijdvak door TSM € 4 miljoen aan dividend is uitgekeerd aan Koninklijke Doeksen. (...) In 2012 is een fors negatief resultaat behaald. Dit hangt in belangrijke mate samen met verminderde omzet. Uit de door TSM overgelegde overzichten van vervoerde passagiers en auto's wordt duidelijk dat de concurrentie van EVT impact heeft. Gegeven de relatief vaste kostenstructuur samenhangend met het kapitaalintensieve karakter van de activiteiten is daarmee de dekking voor het kostenpakket ontoereikend geworden.*" De PwC rapportage van 7 oktober 2013, gericht op validatie van de prognose van TSM voor 2014 rekening houdend met gehele of gedeeltelijke beperking van het medegebruik door EVT, vermeldt in dit verband voorts: "*(...) Op grond van de door ons uitgevoerde werkzaamheden is ons niets gebleken op grond waarvan wij zouden moeten concluderen dat de door TSM gepresenteerde prognose voor 2013 en 2014, voorzien van het onderzoeksrapport van Ernst & Young van 3 juni 2013, geen redelijke basis vormt voor het doel om adequaat inzicht te geven in de verwachte financiële gang van zaken. Het proces van totstandkoming, alsmede de uitgangspunten en veronderstellingen bij de totstandkoming van de prognose voor 2013 en 2014, achten wij robuust. (...)"*, Dit is een wat magere onderbouwing, zeker gezien de betwisting door EVT van de gestelde afname van de passagiersaantallen en de vaststaande hoge recente investeringen verband houdende met onder meer de aanschaf van een extra snelboot en de bouw van havenfaciliteiten. In dit verband speelt ook een rol dat SEO hoge kostenposten signaleert (volgens SEO/EVT onverklaarbaar hoog ten opzichte van de kostenposten genoemd in eerdere rapportages). Indien zou moeten worden aangenomen dat die posten niettemin terecht zijn opgevoerd, dringt de vraag zich op of die uitgaven dan niet eerder als

oorzaak zijn aan te wijzen van de door TSM gestelde financiële problemen.

12. Gezien het vorenstaande acht het hof het bovendien, mede in het licht van de in rechtsoverweging 2.28 vermelde brief van ACM, voorshands niet uitgesloten, dat in een eventuele bodemzaak zal worden vastgesteld dat de opzegging van de huurovereenkomsten in strijd is met artikel 24 Mededingingswet.
13. Naast hetgeen het hof hiervoor heeft overwogen, heeft ook nog het volgende te gelden. Naar het voorlopig oordeel van het hof staat evenmin vast dat de opzegging van het medegebruik onder het ODC in een eventuele bodemzaak stand zal houden. De Staat heeft aan de opzegging van het medegebruik onder het ODC met name ten grondslag gelegd (zie citaten in rechtsoverwegingen 2.23 en 2.26 van dit arrest) dat, gelet op de gewijzigde omstandigheden, het medegebruik door EVT de uitoefening van de ODC's daadwerkelijk belemmert. In deze context wordt aan het begrip 'belemmeren' als uitleg gegeven 'economisch/financieel belemmeren' (en niet fysiek belemmeren). Deze uitleg wordt door het hof niet gevolgd, zodat deze grondslag ook hierom de opzegging van het medegebruik niet kan dragen. Ter toelichting dient het volgende.
 - De ODC's bevatten in de artikelen 5.2 tot en met 5.4 (onder het 'kopje' infrastructuur) een regeling voor medegebruik: in deze artikelen is bepaald dat de in de ODC's aangeduide bruggen/aanleginrichtingen en haventerreinen mede bestemd zijn voor gebruik door derden, voor zover en in de mate dat dit door de Staat en de gemeente desverzocht schriftelijk is toegestaan en in de mate dat dit de bootdienst in fysieke zin niet in gevaar brengt of feitelijk hindert en/of de uitoefening van de ODC's belemmert (zie rechtsoverweging 2.5 van dit arrest).
 - Op 21 december 2007 heeft de Staat medegebruik door EVT toegestaan, en wel voor het medegebruik van de aanleginrichtingen en het in samenhang daarmee noodzakelijke gebruik van de toegang tot deze aanleginrichtingen over de haventerreinen van Harlingen en Terschelling voor het onderhouden van een veerdienst ten behoeve van het personenvervoer, met inachtneming van de in het ODC neergelegde uitgangspunten en voorwaarden voor medegebruik (...).
 - Voormelde context waarin het begrip 'belemmeren' is gebruikt (het medegebruik van de aanleginrichtingen), alsmede de vastlegging in het ODC onder kopje 5 'infrastructuur' wijst op een fysieke belemmering.
 - Dit komt overeen met de uitleg die de minister zelf heeft gegeven in haar toespraak bij de ondertekening van het ODC op 19 december 2007 (productie 19 EVT). Citaat: "(...) *Een ander punt is dat we zowel onder de Brusselse als onze eigen mededingingsregels concurrentie moeten toestaan. (...) Daarmee ligt nu vast dat andere partijen de havenfaciliteiten kunnen gebruiken. Maar wel onder de voorwaarde dat de dienstregeling die we vandaag met elkaar vastleggen, daar op geen enkele manier door wordt belemmerd. Dat betekent in de praktijk: **een vrije doorvaart voor de huidige reder binnen de tijden van de dienstregeling.*** [vetgemaakt door hof] *Daarbuiten zijn mogelijkheden voor andere rederijen. (...)*"
 - Zolang de concessie niet definitief is verleend, kan er geen sprake zijn van exclusiviteit in het betreffende personenvervoer. Het ODC, dat gelding heeft tot de definitieve concessieverlening, reguleert in feite slechts het gebruik van de havenfaciliteiten. In dat kader is een verbod tot (fysieke) belemmering van de hoofdgebruiker voor de hand liggend.
 - Niets in het ODC wijst erop dat onder een 'belemmering' tevens zou zijn te verstaan een 'belemmering' in de zin dat de concurrentie dusdanig is dat TSM het financieel niet langer zou
14. Nu het begrip 'belemmeren' wordt gebruikt in zowel het ODC als in de individuele huurovereenkomsten, met verwijzing naar het ODC, kan inderdaad de vraag worden gesteld of bij de uitleg van dit begrip de objectieve (CAO)-maatstaf of de subjectieve (Haviltex)-maatstaf moet worden gehanteerd. In het onderhavige geval maakt dit weinig uit, nu omtrent een (van de tekst) afwijkende partijbedoeling niets is gesteld of gebleken. Het hof zal dus bij de uitleg van het begrip 'belemmeren' met name waarde toekennen aan de taalkundige betekenis van de relevante geschriften en de context waarin dit begrip is gehanteerd. In dit verband is het volgende van belang.
 - De ODC's bevatten in de artikelen 5.2 tot en met 5.4 (onder het 'kopje' infrastructuur) een regeling voor medegebruik: in deze artikelen is bepaald dat de in de ODC's aangeduide bruggen/aanleginrichtingen en haventerreinen mede bestemd zijn voor gebruik door derden, voor zover en in de mate dat dit door de Staat en de gemeente desverzocht schriftelijk is toegestaan en in de mate dat dit de bootdienst in fysieke zin niet in gevaar brengt of feitelijk hindert en/of de uitoefening van de ODC's belemmert (zie rechtsoverweging 2.5 van dit arrest).
 - Op 21 december 2007 heeft de Staat medegebruik door EVT toegestaan, en wel voor het medegebruik van de aanleginrichtingen en het in samenhang daarmee noodzakelijke gebruik van de toegang tot deze aanleginrichtingen over de haventerreinen van Harlingen en Terschelling voor het onderhouden van een veerdienst ten behoeve van het personenvervoer, met inachtneming van de in het ODC neergelegde uitgangspunten en voorwaarden voor medegebruik (...).
 - Voormelde context waarin het begrip 'belemmeren' is gebruikt (het medegebruik van de aanleginrichtingen), alsmede de vastlegging in het ODC onder kopje 5 'infrastructuur' wijst op een fysieke belemmering.
 - Dit komt overeen met de uitleg die de minister zelf heeft gegeven in haar toespraak bij de ondertekening van het ODC op 19 december 2007 (productie 19 EVT). Citaat: "(...) *Een ander punt is dat we zowel onder de Brusselse als onze eigen mededingingsregels concurrentie moeten toestaan. (...) Daarmee ligt nu vast dat andere partijen de havenfaciliteiten kunnen gebruiken. Maar wel onder de voorwaarde dat de dienstregeling die we vandaag met elkaar vastleggen, daar op geen enkele manier door wordt belemmerd. Dat betekent in de praktijk: **een vrije doorvaart voor de huidige reder binnen de tijden van de dienstregeling.*** [vetgemaakt door hof] *Daarbuiten zijn mogelijkheden voor andere rederijen. (...)*"
 - Zolang de concessie niet definitief is verleend, kan er geen sprake zijn van exclusiviteit in het betreffende personenvervoer. Het ODC, dat gelding heeft tot de definitieve concessieverlening, reguleert in feite slechts het gebruik van de havenfaciliteiten. In dat kader is een verbod tot (fysieke) belemmering van de hoofdgebruiker voor de hand liggend.
 - Niets in het ODC wijst erop dat onder een 'belemmering' tevens zou zijn te verstaan een 'belemmering' in de zin dat de concurrentie dusdanig is dat TSM het financieel niet langer zou

redden, zelfs als – in weerwil van het in rechtsoverweging 11 onder ad (ii) overwogene – geoordeeld zou zijn dat dit daadwerkelijk het geval is.

Gevolgen voor de reconventionele vordering van de Staat

15. Het hof is, gelet op het voorgaande, voorshands van oordeel dat er thans geen rechtens valide grond voor opzegging van de huurovereenkomsten aanwezig is. Daarom is er in kort geding geen aanleiding om met een ontruiming vooruit te lopen op een eventuele beslissing van de bodemrechter terzake. Het hof laat nog daar dat EVT, zo begrijpt het hof, voornemens is om – voorwaardelijk, voor het geval de opzegging in een eventuele bodemprocedure stand zou houden – ontruimingsbescherming ex artikel 230a, lid 1 BW te verzoeken en de indiening van een dergelijk verzoek de verplichting tot ontruiming schorst totdat op dat verzoek is beslist. In ieder geval kan de Staat – gelet op het bepaalde in artikel 230a, lid 3 BW – niet van EVT verlangen dat zij voor 1 april 2014 tot ontruiming van het gehuurde overgaat. De gevorderde ontruiming van het gehuurde per 1 februari 2014 zal alsnog worden afgewezen.

Gevolgen voor de conventionele vordering van EVT

16. Het hof acht van belang dat het thans niet mogelijk is met een voldoende mate van zekerheid aan te geven hoe de hiervoor onder 2.12 bedoelde procedure bij het CBB zal aflopen. Wèl verdient opmerking dat de positie van EVT daarbij naar de voorlopige inschatting van het hof zeker niet slechter is dan die van TSM. Onder deze omstandigheden is het, behoudens nieuwe klemmende omstandigheden, naar het oordeel van het hof niet passend om hierop vooruit te lopen met feitelijke maatregelen die de positie van ofwel TSM ofwel EVT hangende deze procedure definitief bepalen dan wel ondergraven. Onder deze omstandigheden lijkt er niets anders op te zitten dan het voeren van behoorlijk en open overleg over maatregelen ter overbrugging van deze periode, bij welk overleg ook EVT rechtstreeks wordt betrokken.
17. Het hof ziet in het voorgaande aanleiding om de meer subsidiaire vordering van EVT toe te wijzen.

Slotsom

18. De slotsom van het voorgaande is dat het bestreden vonnis zal worden vernietigd en dat de meer subsidiaire vordering van EVT alsnog zal worden toegewezen en de vordering van de Staat zal worden afgewezen. Bij bespreking van verdere standpunten en wren hebben partijen geen belang. Bij deze beslissing past een proceskostenveroordeling ten laste van de Staat en TSM. Onder de proceskosten zijn begrepen de (nog te maken) nakosten (waarvoor onderstaande veroordeling een executoriale titel geeft – HR 19 maart 2010, LJN: BL1116); ingevolge artikel 237, derde lid Rv blijft de vaststelling van de proceskosten door het hof in dit arrest beperkt tot de vóór de uitspraak gemaakte kosten.

Beslissing

Het hof:

- vernietigt het bestreden vonnis,

en opnieuw rechtdoende:

- veroordeelt de Staat te gehengen en gedogen dat EVT na 1 februari 2014 het volledige en ongestoorde gebruik houdt van de in de huurovereenkomsten omschreven objecten onder de bestaande voorwaarden;

- wijst af het door partijen meer of anders gevorderde;

- veroordeelt de Staat en TSM in de kosten van het geding in eerste aanleg, aan de zijde van EVT tot op 31 december 2013 begroot op € 71,76 wegens kosten uitbrenging dagvaarding aan de Staat, € 589,-- aan griffierecht en € 816,-- aan salaris advocaat;

- veroordeelt de Staat en TSM in de kosten van het geding in hoger beroep, aan de zijde van EVT tot op heden begroot op € 155,04 aan kosten uitbrenging appeldagvaardingen, € 704,-- aan griffierecht en € 1.788,-- aan salaris advocaat; en bepaalt dat deze bedragen binnen veertien dagen na de dag van deze uitspraak moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW verschuldigd is vanaf het einde van voormelde termijn tot aan de dag der algehele voldoening;

- verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. M.A.F. Tan-de Sonnaville, M.J. van der Ven en E.F. Brinkman en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 30 januari 2014 in aanwezigheid van de griffier.