

Gemeente Dordrecht
T.a.v. de heer S. Langenberg
Postbus 8
3300 AA DORDRECHT

UITSLUITEND PER E-MAIL: na.van.diejen@dordrecht.nl

Onderwerp	: Gemeente Dordrecht / Advies Dienstenrichtlijn en ambulante handel	Datum	: Rotterdam, 20 februari 2024
Referentie	: D240178/CDE/cde	Van	: mrs. C.J. Dekker en P.J. Velthuisen, advocaten
Doc.nr.	: 4321336	Doorkiesnr.	: +31 88 234 45 44 en +31 88 234 45 79
Uw ref.	: -	E-mail	: dekker@thna.nl en velthuisen@thna.nl

ADVIES DIENSTENRICHTLIJN EN AMBULANTE HANDEL

Geachte heer Langenberg,

Hierbij geven wij gevolg het verzoek van de Gemeente Dordrecht om een onafhankelijke juridische toets (second opinion) naar aanleiding van de voorgenomen wijziging van de Marktverordening gemeente Dordrecht (hierna: Marktverordening).¹ Meer specifiek zijn ons daarbij de volgende vragen gesteld:²

- A. Valt de detailhandel (markthandel) onder de Europese Dienstenrichtlijn?
- B. Onder welke voorwaarden is het juridisch mogelijk om afgegeven marktvergunningen voor onbepaalde tijd (hierna: standplaatsvergunningen) in te trekken?

Dit advies begint met een managementsamenvatting waarin de gestelde vragen kort worden beantwoord. De uitwerking en toelichting van de beantwoording volgt daarna.

¹ In de Marktverordening 2024 gemeente Dordrecht.

² Wij hebben de volgorde van de vragen omgekeerd, omdat het antwoord op de vraag over de Dienstenrichtlijn van belang is voor de beantwoording van de vraag over het intrekken van standplaatsvergunningen.

Blad 2 van de brief aan:
De heer S. Langenberg
d.d. 20 februari 2024

MANAGEMENTSAMENVATTING

Vraag A: Valt de detailhandel (markthandel) onder de Europese Dienstenrichtlijn?

Ja, detailhandel valt onder de Dienstenrichtlijn. Dit is door het Europees Hof van Justitie expliciet geoordeeld in het Appingedam-arrest³ en door de Afdeling bestuursrechtspraak ook zo toegepast in de Nederlandse rechtspraak. Het begrip 'dienst' dient te worden gelezen als "een economische activiteit anders dan in loondienst tegen vergoeding", aldus het Europees Hof. Het Hof concludeerde vervolgens dat de detailhandel in goederen zoals schoenen en kleding onder het begrip "dienst" valt. Daaruit volgt dat ook markthandel in goederen onder het begrip "dienst" en daarmee onder de Dienstenrichtlijn valt.

Vraag B: Onder welke voorwaarden kunnen standplaatsvergunningen voor onbepaalde tijd worden ingetrokken?

De huidige Marktverordening bevat geen mogelijkheid tot het intrekken van onherroepelijke standplaatsvergunningen voor onbepaalde tijd. Dat betekent dat de intrekking moet gebeuren buiten de regels van de Marktverordening om. Dat is op zichzelf juridisch gezien wel mogelijk: de grondslag voor een dergelijke intrekking wordt gevormd door het gegeven dat de omstandigheden zijn gewijzigd: nu duidelijk is dat een standplaatsvergunning onder de Dienstenrichtlijn valt, is het niet langer mogelijk een dergelijke vergunning voor onbepaalde tijd af te geven. Daarnaast kan gewezen worden op de rechtspraak inzake schaarse rechten, die evenmin voor onbepaalde tijd mogen worden verleend. Wanneer de Marktverordening niet zodanig wordt aangepast, wordt deze kwetsbaar. Via exceptieve toetsing kan de gemeente dan alsnog gedwongen worden de Marktplaatsverordening in lijn te brengen met dat wat het Europese en nationale recht vraagt.

Bij een intrekking van een voor onbepaalde tijd afgegeven standplaatsvergunning zal steeds een belangenafweging moeten plaatsvinden: weegt het (evidente) belang van de gemeente om het systeem van standplaatsvergunningen in lijn te brengen met het Europees recht zwaarder dan de overige bij de standplaatsvergunningen betrokken belangen? Dit betreft zowel de belangen van degenen die nu over een standplaatsvergunning beschikken als de belangen van hen die nu niet over een dergelijke vergunning beschikken, maar daarvoor wel in aanmerking zouden willen komen.

Een wijze waarop die belangen in evenwicht gebracht kunnen worden is door het bieden van een overgangstermijn aan de huidige houders van een standplaatsvergunning, eventueel in combinatie met een betaling van een schadevergoeding.

³ HvJEU 30 januari 2018, C-360/26 (Amersfoort) en C-31/16 (Appingedam)

Blad 3 van de brief aan:
De heer S. Langenberg
d.d. 20 februari 2024

Op de gestelde vraag wordt dus geantwoord dat het mogelijk is standplaatsvergunningen voor onbepaalde tijd in te trekken op grond van gewijzigde omstandigheden, mits daarbij een zorgvuldige belangenafweging wordt gemaakt en een overgangstermijn wordt geboden, eventueel in combinatie met een schadevergoeding.

Feiten en achtergronden

1. Het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Dordrecht (hierna: college) heeft richting de gemeenteraad van de gemeente Dordrecht (hierna: raad) gesteld dat de weekmarkt, c.q. de ambulante handel aangemerkt dient te worden als 'dienst' in de zin van de Dienstenrichtlijn.
2. Een van de gevolgen daarvan is volgens het college dat voor onbepaalde tijd verleende standplaatsvergunningen voor onbepaalde tijd ingetrokken moeten worden. Daarna worden onder alle marktkoopliden op de weekmarkt dan standplaatsvergunningen vergeven voor een termijn van 15 jaar. De raad wil graag een uitspraak over de juridische juistheid hiervan.
3. Tijdens de commissievergadering van 23 januari 2024 is besloten om een second opinion te vragen als verdiepingsslag op de collegebrief Beantwoording technische vragen Horecanota, Aanpak Vergroening Binnenstad, Marktvisie en -verordening en Visienota Evenementen van 19 januari 2024.
4. In dat kader is een tweetal specifiek vragen gesteld, met betrekking tot de toepasselijkheid van de Dienstenrichtlijn op ambulante handel op de markt en met betrekking tot de voorwaarden waaronder een vergunning voor onbepaalde tijd kan worden ingetrokken. De vragen zijn in de inleiding van dit advies geciteerd.
5. Zoals verzocht, hebben wij bij de beantwoording van deze vragen de Handreiking Dienstenrichtlijn⁴, de ICER-Handleiding notificatie onder de Dienstenrichtlijn⁵ en de Implementatiehandleiding bij de Model Marktverordening⁶ betrokken.
6. Daarnaast hebben wij – onder meer – de Handreiking schaarse vergunningen⁷, het rapport 'Schaarse vergunningen op de markt, een onderzoek naar de gevolgen'⁸ en

⁴ Zoals raadpleegbaar via: <https://www.europadecentraal.nl/wp-content/uploads/2013/01/Handreiking-Dienstenrichtlijn.pdf>.

⁵ Zoals raadpleegbaar via: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/brochures/2010/01/26/icer-handleiding-notificatie-onder-de-dienstenrichtlijn-algemeen-deel>.

⁶ Zoals raadpleegbaar via: https://vng.nl/sites/default/files/2022-01/bijlage-3_implementatiehandleiding_model-marktverordening-nieuw-2022_20211214.docx.

⁷ Zoals raadpleegbaar via: https://vng.nl/sites/default/files/publicaties/2018/handreiking_schaarse_vergunningen.pdf.

⁸ Zoals raadpleegbaar via: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-903556.pdf>.

Blad 4 van de brief aan:
De heer S. Langenberg
d.d. 20 februari 2024

het rapport 'Schaarse vergunningen en terugverdientijd in de ambulante handel'⁹
bij de beantwoording betrokken.

Vraag A. Valt de detailhandel (markthandel) onder de Europese Dienstenrichtlijn?

7. Op grond van de rechtspraak van het Hof geldt dat detailhandel onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn¹⁰ valt. In het arrest Appingedam overwoog het Hof namelijk:

*"(97) Gelet op bovenstaande overwegingen moet op de eerste vraag worden geantwoord dat artikel 4, punt 1, van richtlijn 2006/123 aldus moet worden uitgelegd dat de activiteit bestaande in detailhandel in goederen, voor de toepassing van die richtlijn een „dienst" vormt."*¹¹

8. Het arrest Appingedam is gewezen na prejudiciële vragen van de Afdeling. Naar aanleiding van het arrest Appingedam oordeelde de Afdeling:

*"Niet langer in geschil is dat detailhandel is aan te merken als dienst in de zin van de Dienstenrichtlijn, dat Hoofdstuk III van deze richtlijn van toepassing is op zuiver interne situaties en dat de betrokken brancheringsregeling is aan te merken als een eis die is gericht tot dienstverrichters."*¹²

9. Detailhandel is het verkopen en leveren van goederen voor persoonlijk gebruik aan consumenten. Daaronder valt zowel de verkoop in winkels als de verkoop op de markt. Dit volgt ook uit een uitspraak van de rechtbank Rotterdam uit 2022:

*"De rechtbank is van oordeel dat het vergunningstelsel in de Marktverordening om een standplaatsvergunning te verkrijgen onder de Dienstenrichtlijn valt."*¹³

10. In de commissievergadering van 23 januari 2024 is onder meer de ICER-Handleiding notificatie onder de Dienstenrichtlijn aan de orde geweest. Het is begrijpelijk dat deze ICER-Handleiding tot onduidelijkheid heeft geleid, omdat daarin wordt gesuggereerd dat de verkoop van een zuivere verkoop van flesje cola

⁹ Zoals raadpleegbaar via: <https://www.seo.nl/publicaties/schaarse-vergunningen-en-terugverdientijd-in-de-ambulante-handel/>.

¹⁰ Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt.

¹¹ HVJEU 30 januari 2018, ECLI:EU:C:2018:44.

¹² ABRvS 20 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2062.

¹³ Rb. Rotterdam 11 april 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:2848, r.o. 4.5.

Blad 5 van de brief aan:
De heer S. Langenberg
d.d. 20 februari 2024

om mee naar huis te nemen niet onder de Dienstenrichtlijn valt, maar de verkoop van een flesje cola op een terras wél (blz. 15). De oorzaak hiervan is gelegen in het feit dat de ICER-Handleiding inmiddels verouderd is. De handleiding dateert van 26 januari 2010 en geeft de stand van het recht op dat moment weer. Uit het hiervoor al genoemde baanbrekende Appingedam-zaak blijkt echter dat volgens het Europees Hof de verkoop van een flesje cola aan een consument om mee naar huis te nemen wél onder de Dienstenrichtlijn valt. In zoverre is de informatie in de ICER-handleiding dus inmiddels achterhaald en geldt als uitgangspunt dat detailhandel wél onder de Dienstenrichtlijn valt.

11. Naar aanleiding van de hiervoor genoemde jurisprudentie heeft de VNG in 2022 een nieuwe Model Marktverordening opgesteld die is aangepast aan de eisen van de Dienstenrichtlijn. In de Implementatiehandleiding schrijft de VNG ter toelichting:

"Schaarse vergunningen en de Europese Dienstenrichtlijn

"De verdeling van schaarse vergunningen voor ambulante handel wordt beheerst door de Europese Dienstenrichtlijn (2006/123/EG). Deze richtlijn bevat algemene bepalingen ter vergemakkelijking van de uitoefening van de vrijheid van vestiging van dienstverrichters en het vrije verkeer van diensten, met waarborging van een hoge kwaliteit van de diensten. Blijkens de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie moet ook de detailhandel in goederen tot 'dienst' in de zin van de Dienstenrichtlijn worden gerekend. Bovendien is voor de toepasselijkheid van de bepalingen in de Dienstenrichtlijn die betrekking hebben op vergunningstelsels (artikelen 9 tot en met 13) irrelevant of de dienst een grensoverschrijdend karakter heeft, zodat ook zuiver interne situaties worden beheerst door deze bepalingen. Dat laatste geldt in het bijzonder voor de bepalingen in de Dienstenrichtlijn die (mede) betrekking hebben op de looptijd van schaarse vergunningen (artikelen 11 en 12) en die zijn geïmplementeerd in artikel 33 van de Dienstenwet." Zie blz. 4 e.v. van het rapport 'Schaarse vergunningen en terugverdientijd in de ambulante handel' van SEO Economisch Onderzoek ((hierna: SEO), januari 2021)."¹⁴ [onderstreping CD en JV]

12. Uit het voorgaande volgt dus dat de Dienstenrichtlijn inderdaad van toepassing is op ambulante handel zoals die op een markt plaatsvindt.

Zijstap: Schaarse vergunningen

13. In dit kader is tevens van belang te constateren dat een vergunning voor ambulante handel schaars is, gezien de beperkte beschikbaarheid van de openbare ruimte. Dit volgt bijvoorbeeld uit de navolgende bronnen:

¹⁴ Implementatiehandleiding bij de Model Marktverordening, p. 1.

Blad 6 van de brief aan:
De heer S. Langenberg
d.d. 20 februari 2024

- a. SEO Economisch Onderzoek *Schaarse vergunningen en terugverdientijd in ambulante handel*: *"Vergunningstelsels voor het innemen van een standplaats op een markt worden geregeld in gemeentelijke marktverordeningen. Een markt is een verzameling van standplaatsen die op een bepaald terrein worden ingenomen. Kenmerkend voor markten is dat ze worden ingesteld door een afzonderlijk besluit van het college. Uit dit instellingsbesluit volgt niet alleen het karakter van de markt (dagmarkt, weekmarkt etc.). Met de aanduiding van de plaats van de markt is namelijk ook de beperkte beschikbaarheid van de openbare ruimte voor de markthandel bepaald. In het verlengde van deze plaatsaanduiding van de markt zal ook het aantal standplaatslocaties op de markt beperkt zijn. Om die reden zijn vergunningen voor het innemen van een standplaats op een markt schaars in de zin dat het aantal vergunningen dat kan worden verleend, is beperkt tot een maximum."*¹⁵
- b. Kamerbrief 27 november 2018: *"Indien een gemeente heeft gekozen voor een vergunningstelsel om schaarse ruimte voor marktstandplaatsen te verdelen, moet vervolgens de duur van de vergunning worden bepaald."*¹⁶
- c. Handreiking schaarse vergunningen: *"Gemeenten gebruiken schaarse vergunningen regelmatig voor het reguleren van economische activiteiten. Voorbeelden van economische activiteiten waarvoor gemeenten schaarse vergunningen gebruiken, die zijn ontleend aan de rechtspraak en gemeentelijke verordeningen, zijn o.a.:*
- (...)
 - *het innemen van standplaatsen voor het als ondernemer, bedrijf of instelling bedrijven van ambulante handel in de openbare ruimte;*
 - (...)"
¹⁷
- d. Onderzoeksrapport *Schaarse vergunning op de markt; een onderzoek naar de gevolgen*: *"3.1.3 Gemeenten in actie met schaarse vergunningen Er is in het algemeen nog veel onduidelijkheid over de gevolgen van het 'schaarse vergunningen' beleid voor de ambulante handel, bijvoorbeeld over de gehanteerde looptijd van de vergunning en over de overgangperiode. Ook is er onduidelijkheid over de eventueel te hanteren selectiemethoden en bijvoorbeeld de kwaliteitscriteria en de weging van de verschillende criteria. Er is – voor zover bekend – geen eerder onderzoek bij gemeenten uitgevoerd naar de wijze waarop zij omgaan met schaarse vergunningen voor de ambulante handel. (...) Door gemeenten worden soms wel, maar soms geen argumenten gegeven*

¹⁵ Het rapport 'Schaarse vergunningen en terugverdientijd in de ambulante handel', p. 3.

¹⁶ Kamerstukken II 2019/2020, 32 637, nr. 381, p. 3.

¹⁷ De Handreiking schaarse vergunningen, p. 17-18.

Blad 7 van de brief aan:
De heer S. Langenberg
d.d. 20 februari 2024

voor de gemaakte keuzen bij hun vergunningenbeleid. Vaak wordt volstaan met een verwijzing naar de Dienstenrichtlijn.”¹⁸

- e. Beantwoording Kamervragen 24 januari 2023: *“Als een gemeente het aantal vergunningen dat kan worden uitgegeven heeft beperkt, is sprake van een schaars goed en dienen deze een beperkte looptijd te hebben. Vergunningverlening voor onbepaalde tijd zou betekenen dat deze schaarse ruimte nooit beschikbaar komt voor andere ondernemers (waaronder bijvoorbeeld standplaatshouders die ook in de regio Utrecht actief zijn). Dat beperkt de concurrentie, innovatie en diversiteit van het aanbod. Een beperkte geldigheidsduur is ook in het belang van Nederlandse ondernemers die actief zijn in het buitenland (met name de grensregio’s) en die hinder kunnen ondervinden van belemmeringen die andere lidstaten opwerpen. Om een eerlijk speelveld, concurrentie en innovatie te kunnen borgen, is het van belang dat vergunningen die worden afgegeven voor het gebruik van schaarse middelen (zoals openbare ruimte) niet een onbepaalde duur hebben.”¹⁹*
14. Zoals volgt uit het voorgaande is een standplaatsvergunning als een schaarse vergunning aan te merken. Los van de toepasselijkheid van de Dienstenrichtlijn geldt daarom in het Nederlands recht een rechtsnorm die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen.²⁰
15. Daarbij geldt evenals onder de Dienstenrichtlijn dat een schaarse vergunning niet voor onbepaalde tijd mag worden verleend. Dit volgt uit de rechtspraak van de Afdeling, die is gebaseerd op het materiële gelijkheidsbeginsel:
- “8. (...) Deze rechtsnorm is gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen. Uit deze rechtsnorm vloeit voort dat schaarse vergunningen in beginsel niet voor onbepaalde tijd, doch alleen tijdelijk kunnen worden verleend. De vergunninghouder wordt immers bij verlening voor onbepaalde tijd onevenredig bevoordeeld, omdat het voor nieuwkomers dan nagenoeg onmogelijk is om nog toe te treden tot de markt.”²¹*
16. Net als uit de Dienstenrichtlijn volgt dus ook uit het nationale recht dat schaarse vergunningen niet voor onbepaalde tijd mogen worden verleend.

¹⁸ Schaarse vergunningen op de markt, een onderzoek naar de gevolgen, § 5.4.

¹⁹ *Aanhangsel Handelingen II 2022/23*, nr. 1346, p. 2.

²⁰ ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, r.o. 8.

²¹ ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927 en ABRvS 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:994.

Blad 8 van de brief aan:
De heer S. Langenberg
d.d. 20 februari 2024

Intermezzo: consequenties toepasselijkheid Dienstenrichtlijn

17. Op grond van artikel 12 van de Dienstenrichtlijn én op grond van de nationale rechtspraak over schaarse rechten mag een schaarse vergunning niet voor onbepaalde tijd worden verleend.
18. Dat betekent dat de huidige situatie van standplaatsvergunningen voor onbepaalde tijd in strijd is met het recht en daarom vanuit de verplichtingen op grond van het Europese recht (Dienstenrichtlijn) en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (formele gelijkheidsbeginsel) gecorrigeerd zal moeten worden naar een stelsel van vergunningen voor bepaalde tijd. Wanneer dat niet gedaan wordt, wordt de Marktverordening kwetsbaar. Via exceptieve toetsing kan de gemeente dan alsnog gedwongen worden de Marktplaatsverordening in lijn te brengen met dat wat het recht vraagt (vergelijk de casus Vlaardingen²²). De tweede vraag die ons is gesteld gaat over de manier waarop die overgang kan plaats vinden, in het bijzonder over de vraag onder welke voorwaarden de lopende standplaatsvergunningen voor onbepaalde tijd kunnen worden ingetrokken.

Vraag B: Onder welke voorwaarden is het juridisch mogelijk om afgegeven marktvergunningen voor onbepaalde tijd (hierna: standplaatsvergunningen) in te trekken?

19. De eerste vraag die aan de orde moet worden gesteld is op welke grondslag de lopende standplaatsvergunningen voor onbepaalde tijd kunnen worden ingetrokken.
20. In principe geldt dat elke vergunning, ook een standplaatsvergunning voor onbepaalde tijd, mag worden ingetrokken of gewijzigd, mits daarvoor een wettelijke grondslag aanwezig is.

Grondslag in huidige Marktverordening?

21. Voor de intrekking of wijziging is van belang dat er een juridische grondslag bestaat om in te kunnen trekken. Uit artikel 12 van de Marktverordening volgen de mogelijkheden voor het intrekken van een standplaatsvergunning. Artikel 12 van de Marktverordening luidt:

“Artikel 12 Intrekking, wijziging en vervallen vergunning vaste standplaats

1. *Het college trekt een vergunning voor een vaste standplaats in:*
 - a. *op schriftelijke aanvraag van de vergunninghouder;*

²² ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927.

Blad 10 van de brief aan:
De heer S. Langenberg
d.d. 20 februari 2024

ondernemersrisico van appellante te behoren.”²³

“De rechtbank heeft terecht overwogen dat, gelet op de gewijzigde beleidsinzichten met betrekking tot reclame en uitstallingen in de binnenstad van 's-Hertogenbosch, het bepaalde in artikel 6, aanhef en onder b, van de Apv met zich brengt dat het college bevoegd was tot intrekking van de onderhavige vergunning.”²⁴

24. Op deze grondslagen kan een voor onbepaalde tijd verleende standplaatsvergunning wél worden ingetrokken. De huidige situatie is immers – zoals inmiddels is gebleken – in strijd met het Europees en nationaal recht. Dat is in beginsel afdoende reden om een vergunning voor onbepaalde tijd in te trekken, zij het dat hiervoor wel bepaalde randvoorwaarden gelden. In geval van intrekking/wijziging dient er sprake te zijn van een redelijke overgangstermijn en kan een financiële compensatie vereist zijn.
25. Daarbij dient de vergunninghouders een overgangstermijn geboden te worden om zich aan te passen aan de situatie waarin zij mee moeten dingen naar de schaarse vergunningen.²⁵ Die overgangstermijn vloeit voort uit het rechtszekerheid- en zorgvuldigheidsbeginsel.

Vereiste overgangstermijn

26. Deze rechtspraak van het CBb – en inmiddels de Afdeling²⁶ – sluit aan bij de rechtspraak van het Hof. Het op termijn overgaan (in verband met de redelijke overgangstermijn) naar vergunningen voor bepaalde tijd kan een grond bieden voor rechtmatig verdelingsbeleid.²⁷
27. De Afdeling liet zich in 2021 als volgt uit over overgangsrecht bij standplaatsvergunningen van onbepaalde naar bepaalde tijd:

“5.1 (...) Verder geldt voor het voorliggende geval, waarin wordt overgegaan van standplaatsvergunningen voor onbepaalde tijd naar vergunningen met een beperkte geldigheidsduur, dat de betrokken vergunninghouders wellicht extra tijd moet worden geboden om de door hen met het oog op de eerdere situatie gemaakte (kapitaal)investeringen redelijkerwijs te kunnen afschrijven.”²⁸

²³ CBB 27 juni 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD5867, punt 4.

²⁴ ABRvS 29 maart 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AV7545

²⁵ CBb 17 juli 2013, ECLI:NL:CBB:2013:78, r.o. 2.9; CBb 25 februari 2015, ECLI:NL:CBB:2015:55. Zie ook: de Handreiking schaarse rechten, p. 27.

²⁶ Zie bijvoorbeeld: ABRvS 21 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1588.

²⁷ CBb 25 februari 2015, ECLI:NL:CBB:2015:55.

²⁸ ABRvS 21 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1588.

Blad 11 van de brief aan:
De heer S. Langenberg
d.d. 20 februari 2024

28. Concreter werd het in een uitspraak van de rechtbank Gelderland uit 2021, waarbij expliciet ingegaan werd op het overgangsrecht:

"4.3. In het aan de Beleidsregel ten grondslag liggende burgemeestersvoorstel van 27 maart 2019 is de overgangstermijn van 6 jaar bepaald aan de hand van 'vaste' afschrijvingstermijnen. Verweerder heeft zich daarbij gebaseerd op de afschrijvingstermijnen voor speelautomaten en multiroulette's (7 jaar) en voor computerapparatuur (3 tot 5 jaar) in het jaarverslag 2016 van Holland Casino. Ook verwijst verweerder naar de afschrijvingstermijnen afgeleid van Holland Casino in het onderzoek 'speelruimte naar een nieuwe marktordening van de land-based kansspelmarkt' uitgevoerd in opdracht van de ministeries van Justitie en Veiligheid en Financiën: 40 jaar voor gebouwen, 10 jaar voor verbouwingen, 8 jaar voor installaties, 6 jaar voor andere vaste bedrijfsmiddelen en 3 jaar voor overige immateriële vaste activa (onderzoek).

Naar het oordeel van de rechtbank berust de in de Beleidsregel opgenomen overgangstermijn van maximaal zes jaar niet op een zorgvuldig onderzoek en een kenbare belangenafweging. De verwijzing naar de door Holland Casino gehanteerde afschrijvingstermijnen voor speelautomaten, multiroulette's en computerapparatuur en de in het onderzoek genoemde afschrijvingstermijnen is niet toereikend. Holland Casino hanteert immers verschillende afschrijvingstermijnen voor verschillende bedrijfsmiddelen. Met de gekozen zes jaar lijkt verweerder alleen te hebben gekeken naar de afschrijvingstermijn voor speelautomaten. Bovendien is zonder nadere toelichting - die ontbreekt - niet duidelijk of de situatie bij Holland Casino - gezien het verschil in schaal en het feit dat Holland Casino over meerdere vestigingen beschikt - zich goed genoeg vergelijken laat met de situatie bij de 'zittende vergunninghouders' waaronder eiseres. Voorts acht de rechtbank het uitgangspunt om alleen te focussen op de afschrijvingsduur van één of meer bedrijfsmiddelen nog te ééndimensionaal en daarmee onjuist. Nodig zijn een integraal onderzoek en afweging aan de hand van een analyse van de bedrijfseconomische situatie van de 'zittende vergunninghouders', een analyse van de gedane investeringen en de vraag of er bijzondere omstandigheden zijn. Een dergelijk onderzoek en analyse ontbreken.

De conclusie is dat verweerder in redelijkheid niet tot vaststelling van de duur van maximaal zes jaar in de Beleidsregel heeft kunnen komen. Verweerder had de Beleidsregel wegens strijd met de artikelen 3:2 en 3:4 van de Awb buiten toepassing moeten laten.

4.4 De rechtbank is van oordeel dat ook anderszins niet is gebleken dat in dit concrete geval een vergunningsduur van zes jaar niettemin voldoende is. Immers, eiseres is al

Blad 12 van de brief aan:
De heer S. Langenberg
d.d. 20 februari 2024

geruime tijd in het bezit van een vergunning en vermeldt in haar jaarstukken een afschrijvingstermijn van 10 jaar voor verbouwingen, en 5 jaar voor speelautomaten, inventaris en vervoermiddelen. Ook overigens is thans niet gebleken van concrete gegevens die onderbouwen dat in dit geval zes jaar wel voldoende is voor eiseres. De verwijzing naar een globaal onderzoek aan de hand van beschikbare jaarrekeningen van eiseres in de reactienota van 7 oktober 2019 maakt dat niet anders; de omstandigheden dat de current ratio over 2017 hoger is dan 1 en dat het werkkapitaal positief is en het eigen vermogen over 2017 is toegenomen zijn onvoldoende om met voldoende zekerheid aan te nemen dat bij eiseres de noodzakelijke (start)investeringen reeds zijn terugverdiend.”²⁹

29. In een ander geval oordeelde de rechtbank Amsterdam in 2022 dat een overgangsregime met flankerend beleid wel door de beugel kon. De rechtbank overwoog in dat kader:

“26.1. (...) In aanloop naar het nieuwe stelsel is het college in dialoog geweest met een afvaardiging van de reders (het stakeholdersoverleg). Daarin is ook de overgangsperiode aan de orde is geweest. De overgangstermijn betreft de termijn die nog resteert totdat de exploitatievergunningen aflopen als gevolg van de omzettingsbesluiten. Het college heeft bij het bepalen van de lengte van de overgangstermijn een aantal flankerende maatregelen getroffen, om de nadelige gevolgen voor de reders van de overgang naar het nieuwe volumebeleid te beperken. In de Beleidsregels omzetting vergunning passagiersvaart van 14 januari 2020) is bepaald dat de exploitatievergunningen niet in één keer worden omgezet, maar in vier tranches. De exploitatievergunningen zouden daardoor aanvankelijk eindigen op 1 maart 2022, 1 maart 2024, 1 maart 2026 of 1 maart 2028. Als gevolg van de coronacrisis heeft het college de inwerkingtreding van het nieuwe volumebeleid met twee jaar uitgesteld. De huidige exploitatievergunningen eindigen nu op 1 maart 2024, 1 maart 2026, 1 maart 2028 of 1 maart 2030.

26.2. Per segment heeft het college de exploitatievergunningen gerangschikt op uitgiftedatum. Hoe verder in het verleden de uitgiftedatum ligt, hoe hoger de vergunning is gerangschikt. In de eerste tranche vervallen per segment de vergunningen met de hoogste rangschikking. Als gevolg daarvan zullen de vergunningen van reders die het meest recent zijn verstrekt, in de latere tranches vervallen, zodat deze reders langer de tijd hebben om gebruik te maken van hun vergunning. Daarnaast geldt als flankerende maatregel dat het aantal vergunningen van een reder dat afloopt, per segment en per tranche is gemaximeerd. Daardoor kunnen de vergunningen van een reder die meerdere

²⁹ Rb. Gelderland 26 juli 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:3977. Vergelijk eerder ook, zij het ten aanzien van de looptijd: Rb. Den Haag 27 augustus 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:8907. In dat geval was geen enkele onderbouwing gegeven.

Blad 13 van de brief aan:
De heer S. Langenberg
d.d. 20 februari 2024

vergunningen heeft niet in één keer aflopen. Om reders met slechts één vergunning tegemoet te komen, gelden alle reders met één vergunning voor de toepassing van deze regel gezamenlijk als één reder. Ook hebben reders met meerdere vergunningen een zogenoemd wisselbesluit kunnen vragen, om de rangschikking van hun vergunningen onderling te wijzigen.

26.3. Op deze wijze heeft het college bepaald op welke datum de exploitatievergunningen van de reders zullen aflopen, en daarmee de lengte van de overgangstermijn per vergunning vastgesteld.

26.4. Tot slot biedt het college daarnaast de mogelijkheid van nadeelcompensatie. Indien een reder meent dat hij ondanks de overgangstermijn onevenredig is getroffen door de omzettingsbesluiten, kan hij bij het college een verzoek doen tot nadeelcompensatie. Op de zitting heeft het college toegelicht dat deze nadeelcompensatie kan bestaan uit een financiële compensatie, een langere overgangstermijn, of een combinatie daarvan. (...)

28. De rechtbank oordeelt dat het college op basis van de geboden overgangstermijn met alle genoemde flankerende maatregelen de grenzen van de haar toekomstige beoordelingsruimte niet heeft overschreden en een 'fair balance' heeft getroffen tussen het algemeen belang, dat is gediend bij een plafond en een voldoende toegankelijke markt en het fundamentele recht van de reders op respect van hun eigendommen. De omzettingsregeling is niet in strijd met artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. De overgangstermijn is volgens de rechtspraak van het EHRM met name bedoeld om de reders de gelegenheid te bieden zich voor te bereiden op de situatie die vanaf 2024 zal bestaan. Het college moet bij het bepalen van die termijn een redelijke balans treffen tussen het belang van de reders om zich in te kunnen stellen op de stelselwijziging en de belangen van nieuwe toetreders tot de markt, voor wie de markt niet te lang op slot mag worden gehouden. Daarbij geldt niet de eis dat de reders geen enkel nadeel mogen lijden. Veranderingen in de wijze waarop de gemeente, reagerend op ontwikkelingen in de stad, omgaat met de passagiersvaart horen tot op zekere hoogte ook bij hun ondernemersrisico. Het college moet de klap proberen te verzachten waar dat in redelijkheid kan, maar heeft ook andere belangen in het oog te houden.

De rechtbank heeft de concrete vergunningduur van alle vergunningen van alle procederende reders bekeken. De overgangstermijn beslaat in alle gevallen meerdere jaren en biedt samen met de flankerende maatregelen over het algemeen voldoende gelegenheid zich voor te bereiden op de situatie die vanaf 2024 zal bestaan. Dat geldt ook indien er vanuit wordt gegaan dat de reders de omzetting van hun vergunningen (pas) hebben kunnen voorzien vanaf november 2018, toen het ontwerp van de Nota Varen – deel 1 ter inzage werd gelegd. De rechtbank acht daarbij van belang dat de bestaande

Blad 14 van de brief aan:
De heer S. Langenberg
d.d. 20 februari 2024

reders worden gekenmerkt door een grote variëteit in het soort boot, in afgiftedatum en het aantal vergunningen. In veruit de meeste gevallen verloopt de vergunning niet eerder dan zes jaar na de afgiftedatum. Voor veel reders geldt een langere looptijd en vaak hebben zij nog andere vergunningen met een langere looptijd. Voor vergunninghouders van een salonboot geldt veelal een looptijd van tien jaar en ook zij hebben regelmatig meerdere vergunningen. Voor wat betreft de vergunninghouders van boten uit het segment bemand groot geldt dat zij hun nieuwere vergunningen veelal hebben gekregen in een periode waarin deze slechts voor bepaalde tijd werden verleend, zodat zij er bij de aanvraag rekening mee moesten houden dat de vergunning al eerder zou verlopen. Het gaat hier bovendien veelal om grotere reders, wiens vergunningen over de tranches zijn verdeeld. Verder is van de mogelijkheid een wisselbesluit te vragen ruim gebruik gemaakt door de reders met meerdere vergunningen. Voor individuele gevallen waarin de overgangstermijn onvoldoende is, kan een beroep op de nadeelcompensatieregeling worden gedaan. Tegen beslissingen op grond van die regeling staat bezwaar en beroep open. Een financiële compensatie voor alle reders is niet vereist in het kader van de 'fair balance'. Het college kon volstaan met het bepalen van de overgangstermijn in samenhang met de flankerende maatregelen."³⁰

30. De hiervoor aangehaalde rechtspraak maakt vooral duidelijk dat goed onderzocht en onderbouwd moet worden waarom tot een bepaalde overgangstermijn gekomen wordt. In de praktijk zien wij dat dergelijke onderzoeken vaak verricht worden door SEO, het Bureau voor Economische Argumentatie of daarmee vergelijkbare instellingen.
31. Uit de literatuur volgt dat – naar analogie met de Europese rechtspraak inzake het verlenen van (Europese) concessies – het uitgangspunt is dat de looptijd wordt afgestemd op de terugverdientijd van de ondernemer. Daarbij wordt uitgegaan van een looptijd van 5 jaar. Daar kan van afgeweken worden indien bijvoorbeeld de investeringen die de ondernemer moet verrichten daartoe aanleiding bieden.
32. De duur van de overgangstermijn is daarmee afhankelijk van de terugverdientijd van de verschillende ondernemers. Naarmate de standplaatsvergunning langer geleden is verleend, kan de looptijd van de overgangstermijn korter zijn. De desbetreffende ondernemer heeft zijn investeringen immers reeds (tot op zekere) hoogte terugverdiend. De overgangstermijn gaat lopen op het moment dat de Marktverordening is gewijzigd.
33. In de hierboven genoemde uitspraak van de Afdeling uit 2021 omtrent de

³⁰ Rb. Amsterdam 22 februari 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:563. Zoals daarna bevestigd in Rb. Amsterdam 22 februari 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:1084 en :1085 en :1362.

Blad 15 van de brief aan:
De heer S. Langenberg
d.d. 20 februari 2024

standplaatsvergunningen, kwam verder aan de orde dat de input van brancheverenigingen ook van belang kan zijn.³¹ In dit geval is dat de CVAH. Zij zijn de opdrachtgever geweest van het rapport 'Schaarse vergunningen op de markt, een onderzoek naar de gevolgen'. Daaruit volgt onder meer dat overgangsrecht toegepast (zou) moet(en) worden wanneer van onbepaalde naar bepaalde tijd wordt gegaan.³²

34. Wanneer er geen ruimte is voor een redelijke overgangstermijn lijkt vergoeding van dispositieschade (een vorm van nadeelcompensatie) voor de hand te liggen.³³ Daarbij is niet zonder meer duidelijk dat de gehele schade onder het ondernemersrisico zal vallen.³⁴ Dat is mede afhankelijk van de gestelde schadeposten en het causale verband tussen de schade en het beweerdelijk schadeveroorzakende besluit.
35. De hoogte van een eventuele claim is niet of nauwelijks vooraf in te schatten, omdat deze zeer sterk afhankelijk is van de feiten en omstandigheden van het geval. Daarbij is bijvoorbeeld ook van belang welke partij een claim indient. Een claim van een huidige standplaatsvergunninghouder zal anders opgebouwd en uit andere kostenposten bestaan, dan de claim van een aan de verdeling deelnemende partij.
36. Bovendien kan een eventuele bestuursrechtelijke procedure verschillende uitkomsten hebben. Daarbij kan de verlening van een standplaatsvergunning vernietigd worden, opnieuw moeten of in het meest vergaande geval kan de Marktverordening onverbindend verklaard worden. Voor aansprakelijkheid op basis van onrechtmatige overheidsdaad zal (naast de onrechtmatigheid, toerekenbaarheid, schade en relativiteit) in het kader van de vereiste causaliteit bepaald moeten worden of sprake is van een geval waarin een bestuursorgaan:
 - i. na vernietiging, intrekking of herroeping van het besluit opnieuw in de zaak moet voorzien door het nemen van een nieuw besluit, de zogenoemde verlengde besluitvorming, of
 - ii. geen nieuw besluit hoeft te nemen.³⁵

³¹ ABRvS 21 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1588.

³² 'Schaarse vergunningen op de markt, een onderzoek naar de gevolgen', p. 20. Zie ook: het rapport 'Schaarse vergunningen en terugverdiendtijd in de ambulante handel', p. 8-9.

³³ W. den Ouden, 'De intrekking van begunstigende beschikkingen door bestuursorganen', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom 2010, p. 713.

³⁴ Cbb 8 november 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AU6015, r.o. 5.8.

³⁵ HR 25 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1510, HR 20 maart 2020, ECLI:NL:PHR:2020:266 (concl. A-G R.H. de Bock), HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:18 (UWV/X), waarin werd aangesloten bij HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1112, (*Hengelo/ [...]*).

Blad 16 van de brief aan:
De heer S. Langenberg
d.d. 20 februari 2024

37. Het gaat de reikwijdte van de door de raad gestelde vragen te buiten daar nu diep(er) op in te gaan. Uiteraard kunnen we daaromtrent nog afzonderlijk adviseren.

(Goede) verdelingsprocedure

38. Wel kan meer algemeen gesteld worden dat het risico op een succesvolle claim geminimaliseerd kan worden door een goede verdelingsprocedure. Er is immers pas sprake van eventuele aansprakelijkheid van de gemeente als de te nemen besluiten tot verlening/weigering van de exploitatievergunning(en) succesvol aangevochten worden bij de bestuursrechter. Als dat gebeurt, zullen – naast de gegeven onrechtmatigheid en toerekenbaarheid – de schade, relativiteit en causaliteit door de eiser onderbouwd moeten worden.
39. Voor een goede verdelingsprocedure is van belang dat, zoals uit de rechtspraak van de Afdeling volgt, voor het bieden van gelijke kansen een passende mate van openbaarheid verzekerd dient te worden met betrekking tot de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdstip en de toe te passen criteria. Het bestuursorgaan moet hierover tijdig voorafgaand aan de start van de aanvraagprocedure duidelijkheid scheppen, door informatie over deze aspecten bekend te maken via een zodanig medium dat potentiële gegadigden daarvan kennis kunnen nemen.
40. Hoe dat dient te gebeuren lijkt overigens afhankelijk te zijn van het verdelingsmechanisme. Zo heeft de Afdeling geaccepteerd dat in geval van verdeling op volgorde van binnenkomst publicatie op de gemeentelijke website afdoende is, terwijl in geval van een vergelijkende toets de rechtbank Rotterdam geoordeeld heeft dat publicatie in het Gemeenteblad aangewezen is.
41. Uit de rechtspraak (van de Afdeling) volgt verder dat:
- de verdelingsnorm van een passende mate van openbaarheid sluit niet uit dat gegadigden niet vooraf worden geïnformeerd over de verdelingsprocedure, mits zij zich in een gelijke positie bevinden;³⁶
 - de in het kader van de passende mate van openbaarheid te verstrekken informatie voldoende tijdig en vooraf verstrekt dient te worden;³⁷
 - de toe te passen criteria voldoende richtinggevend dienen te zijn;³⁸

³⁶ ABRvS 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:994.

³⁷ ABRvS 27 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2611. Zie ook: ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2316; Rb. Noord-Holland 18 december 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:11609 en ABRvS 10 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1830.

Blad 17 van de brief aan:
De heer S. Langenberg
d.d. 20 februari 2024

- deelnemende partijen op gelijke wijze beoordeeld dienen te worden.³⁹
- 42. Wanneer vooraf goed nagedacht wordt over wanneer de standplaatsvergunningen beschikbaar komen, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdvak en de toe te passen criteria en de wijze waarop dat gecommuniceerd wordt richting potentiële gegadigden (met het Gemeenteblad lijk je nooit fout te zitten), wordt de kans op een succesvolle bestuursrechtelijke zaak geminimaliseerd. Daarmee wordt de kans op een succesvolle claim vervolgens geminimaliseerd.
- 43. Dat leidt ertoe dat wij van oordeel zijn dat bij een correct opgezette en uitgevoerde verdelingsprocedure de kans op een succesvolle claim van een aan de verdeling deelnemende en verliezende partij klein is.

Conclusie

- 44. Uit het voorgaande volgt dat de strijdigheid met het Europees en nationaal recht in beginsel voldoende reden is om de voor onbepaalde tijd geldende standplaatsvergunningen in te trekken, mits daarbij rekening wordt gehouden met de belangen van de standplaatshouders door het bieden van een goed onderbouwde overgangstermijn, al dan niet in combinatie met een schadevergoeding.

Graag tot (nadere) toelichting bereid.

Vriendelijke groet,
Ten Holter Noordam advocaten


mr. C.J. Dekker


mr. P.J. Velthuisen

³⁸ ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2336, zoals bevestigd in ABRvS 20 november 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3918. Een voorbeeld waarin de criteria onvoldoende richtinggevend waren is te vinden in ABRvS 21 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:602.

³⁹ ABRvS 21 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:602.