

VAN BENTHEM & KEULEN

ADVOCATEN | NOTARIAAT

NOTITIE

M.W. Holtkamp en R.E. Helder

Advocaten

Archimedeslaan 61

Postbus 85005

3508 AA Utrecht

T +31 30 2595521

F +31 30 2595505

E merelholtkamp@vbk.nl en

reimerhelder@vbk.nl

www.vbk.nl

Voor : De gemeente Utrecht

Datum : 8 maart 2023

Dossier : 309917/52195932.1

Betreft : Advies inzake beleid standplaatsvergunningen gemeente Utrecht

1 INLEIDING EN VRAAGSTELLING

In Utrecht zijn er op dit moment 84 vaste standplaatslocaties en 81 standplaatshouders die beschikken over een vergunning op grond van de Algemene plaatselijke verordening Utrecht 2010 (hierna: "APV"). De looptijd van de in 2013 uitgegeven standplaatsvergunningen eindigt op 1 januari 2024. De gemeente Utrecht (hierna: "de gemeente") is voornemens om op korte termijn voor 77 standplaatslocaties, 87 nieuwe standplaatsvergunningen uit te geven.

In dit kader is aan Van Benthem & Keulen verzocht om juridisch advies te geven over de volgende vragen:

1. Is het mogelijk om, en zo ja op welke wijze, de huidige standplaatsvergunninghouders een preferente positie toe kennen bij de verdeling van nieuwe standplaatsvergunningen?
2. Is het mogelijk om, en zo ja op welke wijze, bij de verlening van de nieuwe standplaatsvergunningen voorrang te verlenen aan lokaal gebonden ondernemers?
3. In het geval bij de verdeling van nieuwe standplaatsvergunningen wordt gekozen voor de methode van de "vergelijkende toets", welke ruimte bestaat er om binnen het stelsel (APV) nadere criteria op te stellen?
4. Is het mogelijk om de bestaande standplaatsvergunningen voor een bepaalde periode te verlengen en zo ja, onder welke voorwaarden?

In deze notitie zullen bovenstaande vragen achtereenvolgens worden behandeld. Voorafgaand aan de beantwoording van deze vragen, schetsen wij enkele juridische uitgangspunten die in het kader van de beantwoording relevant zijn.

2 JURIDISCHE UITGANGSPUNTEN

Door de Dienstenrichtlijn mogen – kort gezegd – schaarse vergunningen niet voor onbepaalde tijd worden verleend.¹ Op grond van de APV² geldt een limietenstelsel, ofwel is er een maximum gesteld

¹ ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927 (Vlaardingen).

² Gemeenteblad 2022, 472394, "Algemene plaatselijke verordening Utrecht 2010." In de APV worden het belang van de openbare orde en veiligheid genoemd als dwingende redenen van algemeen belang.

aan het aantal standplaatsvergunningen. Daarmee is sprake van schaarse vergunningen die niet voor onbepaalde tijd mogen worden verleend.

Indien sprake is van schaarse vergunningen moet door de gemeente op enigerlei wijze aan potentiële gegadigden ruimte worden geboden om mee te dingen aan het verkrijgen van de schaarse vergunning.³ Deze rechtsnorm is (mede) gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen. De gemeente dient er daarom zorg voor te dragen dat de procedure om tot verdeling van schaarse vergunningen te komen, aan deze eisen voldoet.

3 ANTWOORD VRAAG 1: TOEKENNING PREFERENTE POSITIE HUIDIGE STANDPLAATSVERGUNNINGHOUDERS NIET MOGELIJK

Wij achten het juridisch niet houdbaar om aan huidige standplaatsvergunninghouders een preferente positie toe te kennen bij de verdeling van nieuwe (tijdelijke) standplaatsvergunningen. Wij lichten dat als volgt toe.

Zoals hierboven uiteengezet, betreffen de standplaatsvergunningen schaarse vergunningen. Omdat de schaarste wordt veroorzaakt door een keuze in het gemeentelijk beleid⁴ is sprake van zogeheten 'beleidsmatige schaarse vergunningen.'

In jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: "Afdeling") is bevestigd dat beleidsmatige schaarse vergunningen uitsluitend voor een "*passende beperkte duur*" mogen worden verleend.⁵ De Afdeling verwijst voor de vraag wanneer van een passende beperkte duur sprake is, naar de preambule van de Dienstenrichtlijn. Uit de betreffende bepaling van de preambule volgt dat voor het bepalen van een passende beperkte duur rekening moet worden gehouden met factoren zoals de terugverdientijd van noodzakelijke investeringen, maar geen sprake kan zijn van "*enig voordeel*" voor de dienstverrichter van wie de vergunning net is komen te vervallen.⁶

In januari 2021 is voorts door "Seo Economisch Onderzoek" in opdracht van het ministerie van Economische Zaken en Klimaat onderzoek gedaan naar schaarse vergunningen in de ambulante handel (waaronder ook standplaatsen worden begrepen).⁷ In dit rapport wordt bovenstaande conclusie (geen voordeel voor oude vergunninghouders) gedeeld en bovendien benadrukt dat de Dienstenrichtlijn zich verzet tegen het verlengen van de looptijd van verleende vergunningen:

- f. De Dienstenrichtlijn bepaalt dat geen voordeel mag worden toegekend aan de dienstverrichter wiens vergunning zojuist is verlopen of aan personen die een bijzondere band met die dienstverrichter hebben. Deze bepaling verzet zich op zich niet tegen het overschrijven van een standplaatsvergunning gedurende de looptijd van de vergunning. Alle partijen kunnen immers bij het indienen van hun aanvraag rekening houden met deze overschrijvingsmogelijkheid. Wel verzet deze bepaling zich ertegen dat in het kader van deze overschrijving de looptijd van de vergunning zou worden verlengd.

³ ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927 (Vlaardingen), rov. 8.

⁴ Naast beleidsmatige schaarste kan ook sprake zijn van fysieke schaarste: in die situatie is sprake van schaarste aan beschikbare natuurlijke hulpbronnen. Op het moment dat – bijvoorbeeld vanwege verkeersveiligheidsbelangen – ervoor wordt gekozen om de fysieke ruimte te beperken, is sprake van beleidsmatige schaarste.

⁵ ABRvS 21 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1588.

⁶ Europese Dienstenrichtlijn (2006/123/EG), overweging 62.

⁷ "Schaarse vergunningen en terugverdientijd in de ambulante handel", januari 2021. SEO Economisch Onderzoek doet onafhankelijk toegepast onderzoek in opdracht van overheid en bedrijfsleven. SEO Economisch Onderzoek is gelieerd aan de Universiteit van Amsterdam.

De Dienstenrichtlijn⁸ kent voor beleidsmatige schaarse vergunningen geen specifieke bepaling die ertoe verplicht om een onpartijdige en transparante selectieprocedure te hanteren. Dit betekent echter niet dat ten aanzien van beleidsmatig schaarse vergunningen de eisen van een onpartijdige en transparante selectieprocedure niet zouden gelden. De rechtsgrondslag hiervoor volgt weliswaar niet direct uit de Dienstenrichtlijn, maar wel uit het primaire Unierecht, in het bijzonder het vrije verkeer van diensten (art. 56 VwEU) en de vrijheid van vestiging (art. 49 VwEU). Voor beleidsmatige schaarse vergunningen gelden daarnaast de eisen van gelijkheid, transparantie en onpartijdigheid (artikel 10 en 13 van de Dienstenrichtlijn), evenals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur waaronder het gelijkheidsbeginsel.

Wij achten de kans zeer aannemelijk dat een eventuele voorrangsregeling voor zittende ondernemers een (exceptieve) toetsing door de bestuursrechter niet zal doorstaan. Het toekennen van een preferente positie aan huidige standplaatsvergunninghouders leidt naar onze mening waarschijnlijk tot een schending van rechtstreeks werkende bepalingen op van de Dienstenrichtlijn en het Unierecht en levert bovendien strijd met het gelijkheidsbeginsel op.

4 ANTWOORD VRAAG 2: GEEN MOGELIJKHEID TOT HET VERLENEN VAN VOORRANG AAN LOKAAL GEBONDEN ONDERNEMERS

Met verwijzing naar de beantwoording van voorgaande vraag, achten wij het verlenen van voorrang aan 'lokaal gebonden ondernemers' tevens juridisch niet houdbaar. Ook in dat geval wordt een vorm van voorrang gecreëerd die op grond van de Europese Dienstenrichtlijn, rechtstreeks werkende bepalingen uit het Unierecht, de Dienstenwet en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet lijkt te zijn toegestaan.

Aanvullend op de beantwoording van voorgaande vraag, verwijzen wij naar punt 65 van de bij de Dienstenrichtlijn behorende preambule, waaruit volgt dat geen voorrang mag worden toegekend aan dienstverrichters met een lokale sociaaleconomische band:

“De vrijheid van vestiging veronderstelt met name het beginsel van gelijke behandeling, dat niet alleen het discrimineren op grond van nationaliteit verbiedt, maar ook elke indirecte discriminatie op grond van andere criteria die in de praktijk tot hetzelfde resultaat kunnen leiden. De toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit in een lidstaat, als hoofd- of als nevenactiviteit, mag derhalve niet afhankelijk worden gesteld van criteria als de plaats van vestiging, de feitelijke of juridische verblijfplaats of de plaats waar de dienstenactiviteit voornamelijk wordt uitgeoefend. (...) Ook mag een lidstaat dienstverrichters met een bijzondere nationale of lokale sociaaleconomische band geen voordeel kunnen toekennen, noch dienstverrichters uit hoofde van hun vestigingsplaats beperkingen kunnen opleggen wat betreft hun vrijheid om rechten en goederen te verwerven, te gebruiken of te vervreemden, of om gebruik te maken van de verschillende vormen van krediet of huisvesting, voorzover deze

⁸ Artikel 12 Dienstenrichtlijn.

keuzemogelijkheden de toegang tot of de daadwerkelijke uitoefening van zijn activiteit dienen.” [onderstreping VBK]

5 ANTWOORD VRAAG 3: BIJ TOEPASSING "VERGELIJKENDE TOETS" METHODE, BESTAAT ENIGE RUIMTE TOT HET STELLEN VAN NADERE CRITERIA IN DE APV

Opmerking vooraf: bij de beantwoording van deze vraag gebruiken wij de term "vergelijkende toets"⁹ in lijn met de literatuur en rechtspraak, namelijk ter aanduiding van de procedure waarbij de verdeling niet plaatsvindt op basis van het moment van binnenkomst, het financieel aanbod of lotnummer maar op grond van een inhoudelijke vergelijking.¹⁰

Wat betreft de mogelijkheid tot het al dan niet stellen van nadere criteria, bespreken wij hierna of het mogelijk is om een vorm van 'branchering' toe te passen, in die zin dat een maximaantal standplaatsen per branche of assortiment wordt vastgesteld. Het toepassen van dergelijke branchering levert een beperking van de vrijheid van dienstverrichters in de uitoefening van de dienstenactiviteit op (er wordt immers voorgeschreven welk type product zij kunnen aanbieden). Een dergelijke beperking is daarom in beginsel niet toegestaan onder de Dienstenrichtlijn, maar onder voorwaarden wel mogelijk.

In het geval branchering wordt toegepast, zijn zulke beperkingen op grond van de Dienstenrichtlijn slechts toegestaan indien:

- de eisen geen direct of indirect onderscheid maken naar nationaliteit → het discriminatieverbod;
- de eisen gerechtvaardigd zijn om een dwingende reden van algemeen belang → noodzakelijkheidseis;
- de eisen geschikt zijn om het nagestreefde doel te bereiken → evenredigheid.

Kortom: een beperking van de vrijheid van dienstverrichters in de uitoefening van hun dienstenactiviteit door het toepassen van branchering, kan mogelijk worden gerechtvaardigd indien daarbij aan bovenstaande eisen wordt voldaan.

Bij het verlenen van standplaatsvergunningen is het naar onze mening mogelijk dat een vorm van 'branchering' wordt toegepast, in die zin dat een maximaantal standplaatsen per branche of artikel wordt vastgesteld. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een maximaantal vergunningen per branche (bijvoorbeeld bloemen, groente en fruit, vis etc.). Het is in dat geval echter raadzaam om op het moment dat branchering wordt toegepast, zorg te dragen voor een goede motivering waarom sprake is van niet-discriminatoire, noodzakelijke en evenredige beperkingen.

6 ANTWOORD VRAAG 4: VERLENGING BESTAANDE STANDPLAATSVERGUNNINGEN IS NIET MOGELIJK

Wij zien weinig juridische opties om tot een verlenging van bestaande vergunningen over te gaan.

In deze notitie is al eerder uiteengezet dat beleidsmatig schaarse vergunningen, waarvan bij het verlenen van een maximum aantal standplaatsvergunningen sprake is, uitsluitend voor bepaalde tijd

⁹ De term "vergelijkende toets" is een ruime definitie. In de ruime zin is elke verdelingsprocedure een vergelijkende toets, waarbij het verdelingscriterium verschilt (bij verdeling op volgorde van binnenkomst is het criterium het moment van binnenkomst, bij de veiling het financiële bod et cetera.).

¹⁰ Wolswinkel 2011, p. 191-193. Vgl. CBB 19 december 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BC2467; CBB 28 april 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BM4375; CBB 8 januari 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL3125.

mogen worden verleend.¹¹ De ratio hierachter is dat vergunningen na afloop van die duur weer beschikbaar komen voor herverdeling.

Voorafgaand aan de verlening van een schaarse vergunning moet daarom een passende mate van openbaarheid in acht worden genomen¹². Ook moet het vergunningstelsel gebaseerd zijn op criteria die objectief zijn, duidelijk en ondubbelzinnig zijn geformuleerd, non-discriminatoir en vooraf kenbaar zijn.¹³ De looptijd van een schaarse vergunning betreft een element dat voorafgaand aan de verdeling moet worden vastgesteld en bekendgemaakt aan potentiële gegadigden, zodat zij hun aanvraag hierop kunnen afstemmen. Daarmee staat de looptijd voorafgaand aan de verdeling van de betreffende schaarse vergunningen vast.

Uitgangspunt is dan ook dat schaarse vergunningen na afloop van de looptijd opnieuw verdeeld moeten worden teneinde (potentiële) nieuwkomers de gelegenheid te geven mee te dingen. De verplichting om mededingingsruimte te bieden kan enkel worden beperkt door het wettelijk voorschrift dat in de schaarse vergunning voorziet. De Dienstenwet biedt deze grondslag niet.

Periodiek verlengen kan niet door de beugel

Uit jurisprudentie van de Afdeling volgt dat het (telkens) verlengen van een standplaatsvergunning niet is toegestaan, zo volgt uit een uitspraak inzake de gemeente Veere.¹⁴ Sinds 1987 werd aan de betreffende vergunninghouder periodiek een vergunning verleend. In 2009 is aan de vergunninghouder medegedeeld dat de betreffende vergunning tijdelijk is en zal eindigen (uit de uitspraak volgt niet wanneer). Een concurrent maakt bezwaar tegen een opnieuw periodiek verleende vergunning. De Afdeling oordeelt dat het argument van het gemeentebestuur dat aan de standplaatshouder al jaren een periodieke vergunning wordt verleend, onvoldoende is om opnieuw over te gaan tot het verlenen van een periodieke vergunning. Daarbij wordt relevant geacht dat de vergunninghouder al sinds 2009 weet dat de vergunning tijdelijk en eindig is.

“Zoals de Afdeling in de uitspraak van 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2934 heeft overwogen, is de omstandigheid dat aan [vergunninghouder] al jarenlang in afwijking van de beleidsnota vergunning wordt verleend, onvoldoende om ook in 2017 en 2018 ten gunste van [vergunninghouder] van de beleidsnota te kunnen afwijken. (...). [Vergunninghouder] weet al sinds 2009 dat de vergunning tijdelijk en eindig is en heeft jaren de tijd gehad om maatregelen te treffen om op andere wijze in zijn inkomen te voorzien, zoals bijvoorbeeld met vis- en frituurbedrijf [naam]. Nog steeds is niet gebleken dat [vergunninghouder] door toepassing van de beleidsnota zodanig onevenredig wordt benadeeld dat dit rechtvaardigt dat hij de vergunningen over 2017 en 2018 nog moest krijgen.”

¹¹ ECLI:EU:C:2015:641 (Trijber en Harmsen).

¹² HvJEU 3 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2016:2927 (Vlaardingen), rov. 8.

¹³ Artikel 10 Dienstenrichtlijn.

¹⁴ ABRvS 24 juni 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1467.

'Verlengbaar maken' van vergunningen: zeer beperkt ruimte voor

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: "CBB") heeft zich in een uitspraak uitgelaten over het 'verlengbaar maken' van schaarse vergunningen. Deze recente uitspraak uit 2022 had betrekking op het besluit tot het 'verlengbaar maken' van vergunningen voor het gebruik van (FM-)frequentieruimte.¹⁵ Dit zijn eveneens schaarse vergunningen. De minister bepaalde met een beroep op artikel 18, tweede lid, van het Frequentiebesluit 2013, dat de reeds verleende vergunningen 'verlengbaar' waren. De motivering hiervoor was dat sprake zou zijn van een 'algemeen economisch belang' omdat de commerciële radiosector daarmee de mogelijkheid kreeg te herstellen van de substantiële terugloop van advertentie-inkomsten als gevolg van de coronacrisis. Deze "FM-vergunningen" waren in het verleden al tweemaal verlengd. De Cbb bepaalde echter dat schaarse vergunningen opnieuw moeten worden verdeeld en ging niet mee met de motivering van de minister.

Uit deze uitspraak volgt dat het uitgangspunt dat schaarse vergunningen in beginsel opnieuw moeten worden verdeeld (in plaats van verlengd), nog zwaarder weegt wanneer verlenging van die vergunningen reeds heeft plaatsgevonden. Uit deze zaak blijkt verder dat de ruimte voor een uitzondering op het uitgangspunt dat schaarse vergunningen na verloop van tijd opnieuw worden verdeeld, zeer beperkt is.

Verlengen van vergunningen slechts bij zeer bijzondere omstandigheden

Uit de (beperkte) jurisprudentie volgt verder dat het verlengen van bestaande schaarse rechten slechts bij zeer bijzondere omstandigheden mogelijk is. Dit doet zich bijvoorbeeld voor in het geval dat het bestuursorgaan er belang bij heeft dat vergunningen gelijktijdig worden verleend en daarom de looptijd van bepaalde schaarse vergunningen voor korte duur verlengd om een gelijktijdige verdeling van schaarse vergunningen mogelijk te maken. In het spaarzame voorbeeld uit de jurisprudentie ging het om GSM-vergunningen, waarbij met het kortstondig verlengen van bepaalde schaarse vergunningen (voor 900 MHz), een totale herschikking van het vergunningenbestand kon plaatsvinden (namelijk zowel van de 900 MHz, als 1800 MHz).¹⁶ Uitsluitend in een dergelijke bijzondere situatie kan een schaarse vergunning voor (bovendien) een korte periode worden verlengd.

Daarvan lijkt ons in onderhavig geval echter geen sprake, nu de huidige standplaatsvergunningen in 2013 zijn verleend voor een periode van 10 jaar. Daarmee was zowel voor de gemeente, als de betreffende vergunninghouders bekend dat deze vergunning enkel voor de betreffende periode zou gelden. Het verlengen van deze schaarse vergunningen is naar onze mening juridisch niet houdbaar.

Merel Holtkamp en Reimer Helder

¹⁵ Cbb 20 december 2022, ECLI:NL:CBB:2022:821.

¹⁶ Rb. Rotterdam 26 januari 2009, ECLI:NL:RBOT:2009:BH1202.