

Memorandum

Van :
Aan :
Datum : 20 december 2018
Betreft : Gemeente Steenwijkerland / advies Vaarverordening
Referentie : 231275/CD

Conclusies

- De op grond van de Vaarverordening verleende of te verlenen vergunningen moeten ook als “schaars” worden aangemerkt als die schaarste niet blijkt uit de Vaarverordening, maar het aantal vergunningen anderszins wordt beperkt.
- In dat geval dienen vergunningen voor bepaalde tijd te worden verstrekt.
- De Vaarverordening is in haar huidige opzet in strijd met de Dienstenrichtlijn.
- De strijdigheid van de Vaarverordening met de Dienstenrichtlijn brengt verschillende risico's met zich:
 - Een aanvrager van een vergunning kan de strijdigheid aan de orde stellen in bezwaar en, met name, in beroep, wanneer hem een vergunning wordt geweigerd, wat er mogelijk toe kan leiden dat de grond voor eerder verleende vergunningen komt te vervallen.
 - Een aanvrager kan mogelijk verlening afdwingen ondanks dat het plafond van het aantal vergunningen bereikt is.
 - Een aanvrager kan de gemeente aansprakelijk stellen voor schade die wordt veroorzaakt door het niet kunnen verkrijgen van een vergunning.
 - De Europese Commissie kan een inbreukprocedure starten tegen Nederland (op basis van een tegen Nederland ingediend klacht, bijvoorbeeld door een ondernemer die geen vergunning kan verkrijgen).
 - De gemeente kan een aanwijzing krijgen op grond van de Wet Nerpe.

I. Achtergrond en vraagstelling

Binnen de werkgroep “Varen in Giethoorn” van de Gemeente Steenwijkerland (hierna ook: de gemeente) worden de mogelijkheden geïnventariseerd om de Vaarverordening te actualiseren overeenkomstig de Europese Dienstenrichtlijn. Thans is de Vaarverordening 2006 van toepassing. Deze voorziet in vergunningen voor onbepaalde tijd. De Vaarverordening kent als grond voor weigering van een

vergunning dat het maximum aantal vergunningen (100 voor rondvaartboten, 664 voor botenverhuur) bereikt is.

U overweegt om de Vaarverordening eerst op andere aspecten te actualiseren (met name verduidelijking van de formulering van een aantal artikelen), en het huidige vergunningenstelsel (maximumstelsel van vergunningen voor onbepaalde tijd) - en daarmee dus ook de strijdigheid met de Europese Dienstenrichtlijn - tijdelijk in stand te houden. Op deze manier kunt u alvast gaan handhaven (omdat in de vaarverordening duidelijkere regels worden opgenomen), maar heeft u tevens meer tijd om een wijziging van het vergunningenregime zorgvuldiger voor te bereiden.

U heeft tegen deze achtergrond de volgende twee vragen gesteld:

1. Dienen vergunningen ook als “schaars” te worden aangemerkt als die schaarste niet blijkt uit de Vaarverordening, maar het aantal vergunningen anderszins (door bijvoorbeeld stringente randvoorwaarden in andere regelingen/beleidsstukken) wordt beperkt?
2. Welke juridische risico’s loopt u als u de Vaarverordening eerst op andere punten wijzigt en het vergunningstelsel tijdelijk in stand houdt?

II. Beoordeling

II.1 Vraag 1

Artikel 11 van de Richtlijn 2006/13 (de Dienstenrichtlijn)¹ luidt:

“1. Een aan een dienstverrichter verleende vergunning heeft geen beperkte geldigheidsduur, tenzij in gevallen waar:

- a) de vergunning automatisch wordt verlengd of alleen afhankelijk is van de voortdurende vervulling van de voorwaarden;
- b) het aantal beschikbare vergunningen beperkt is door een dwingende reden van algemeen belang;
- of
- c) een beperkte duur gerechtvaardigd is om een dwingende reden van algemeen belang.”

Artikel 12 van de Dienstenrichtlijn bepaalt:

“Wanneer het aantal beschikbare vergunningen voor een activiteit beperkt is door schaarste van de beschikbare natuurlijke hulpbronnen of de bruikbare technische mogelijkheden, maken de lidstaten een selectie uit de gegadigden volgens een selectieprocedure die alle waarborgen voor onpartijdigheid en transparantie biedt, met inbegrip van met name een toereikende bekendmaking van de opening, uitvoering en afsluiting van de procedure.”

¹ RICHTLIJN 2006/123/EG VAN HET EUROPEES PARLEMENT EN DE RAAD van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, PbEU 2006, L376/36.

Artikel 33 van de Dienstenwet heeft deze bepalingen geïmplementeerd, en luidt als volgt:

“1 Een bevoegde instantie beperkt een vergunning die zij al dan niet voor onbepaalde tijd kan verlenen niet in geldigheidsduur, tenzij:

- a. die geldigheidsduur automatisch wordt verlengd,
- b. het aantal beschikbare vergunningen beperkt is door een dwingende reden van algemeen belang, of
- c. een beperkte duur gerechtvaardigd is om een dwingende reden van algemeen belang.

2 Een vergunning waarvan de geldigheidsduur uitsluitend afhankelijk is van de voortdurende vervulling van de vergunningsvoorwaarden wordt aangemerkt als een vergunning voor onbepaalde tijd.

3 Onder een vergunning met beperkte geldigheidsduur wordt niet verstaan een vergunning die op grond van wettelijke voorschriften of aan de vergunning verbonden voorwaarden zijn geldigheid verliest indien een dienstverrichter niet binnen de daartoe in de vergunning gestelde termijn zijn dienstverrichtingen aanvangt.

4 Het eerste lid is niet van toepassing op:

- a. vergunningen die naar hun aard beperkt zijn in de tijd;
- b. vergunningen waarvan het aantal beperkt is door schaarste van de beschikbare natuurlijke hulpbronnen of de bruikbare technische mogelijkheden.

5 Een bevoegde instantie verleent een vergunning als bedoeld in het vierde lid, onderdeel b, voor een passende beperkte duur.”

Men kan zich afvragen of een beperking van het aantal vergunningen zoals die in Steenwijkerland voorzien is onder artikel 12 van de Dienstrichtlijn valt. Ik meen op het eerste gezicht dat dat niet zo is, omdat bij u de beperking niet wordt ingegeven door schaarste van natuurlijke hulpbronnen of de bruikbare technische mogelijkheden, maar door overwegingen van leefbaarheid en veiligheid. Tegelijkertijd bepalen artikel 5, lid 2, sub a en artikel 6, lid 2, sub a, van de Vaarverordening dat een vergunning geweigerd kan worden indien niet voor iedere gevraagde rondvaartboot/verhuurboot kan worden beschikt over een ligplaats in eigen water en over eigen grond, direct grenzend aan dat water, teneinde vanaf die plaats een rondvaartbedrijf uit te oefenen. Dat betekent op het eerste gezicht dat er fysieke grenzen zijn aan het verlenen van het aantal vergunningen.

Het Hof van Justitie van de EU oordeelde in een zaak die betrekking had op “concessies in het maritieme en aan meren gelegen domein voor de exploitatie van een domeinzone voor toeristisch-recreatieve doeleinden”² dat die concessies betrekking hebben op natuurlijke hulpbronnen in de zin van artikel 12 van richtlijn 2006/123, aangezien de betrokken domeinzones hetzij aan de oevers van het

² Het ging in concreto om een concessie verleend voor de exploitatie van een kiosk, een veranda, baden, een kade en een ponton aan de rand van het Gardameer, respectievelijk een concessie voor recreatieve activiteiten op een strand.

Gardameer hetzij aan de Italiaanse kust zijn gelegen.³ Wat betreft de vraag of het aantal vergunningen voor die concessies in die zaak noodzakelijkerwijs beperkt is door schaarste van de natuurlijke hulpbronnen, merkte het Hof op dat het aan de nationale rechter is om na te gaan of aan die voorwaarde is voldaan. Advocaat-Generaal Szpunar merkt overigens in zijn conclusie voor dit arrest op “De aan meren of aan zee gelegen domeinzones die binnen een bepaalde gemeente economisch kunnen worden geëxploiteerd, zijn zeer duidelijk beperkt en kunnen derhalve worden gekwalificeerd als „schaarse natuurlijke hulpbronnen” in de zin van artikel 12 van richtlijn 2006/123.”

Wat hiervan zij, ook als er geen sprake is van een beperking van het aantal vergunningen door schaarste van natuurlijke hulpbronnen, bepaalt artikel 11 van de Dienstenrichtlijn in elk geval dat een vergunning geen beperkte geldigheidsduur heeft, *tenzij het aantal beschikbare vergunningen beperkt is door een dwingende reden van algemeen belang*. Naast een beperking in het aantal vergunningen door schaarste van natuurlijke hulpbronnen kan het aantal vergunningen dus ook beperkt worden om dwingende redenen van algemeen belang.

Dwingende redenen van algemeen belang zijn redenen die als zodanig zijn erkend in de rechtspraak van het Hof van Justitie, waaronder de openbare orde, openbare veiligheid en bescherming van het milieu en het stedelijk milieu, zo blijkt uit artikel 4, lid 8, van de Dienstrichtlijn. Ook de leefbaarheid van een stad (of dorp) kan een dergelijk dwingende reden van algemeen belang vormen.⁴

De Dienstenrichtlijn kent geen bepaling waaruit blijkt dat de beperking van het aantal vergunningen opgenomen moet zijn in de regeling die de aanvraag en verlening van de vergunningen regelt.

De Dienstenrichtlijn moet naar zijn doel worden uitgelegd – zoals te doen gebruikelijk in het Europese recht. Het doel van de richtlijn is de markt voor diensten open te stellen en te houden voor concurrentie en het recht van vestiging binnen de interne markt te bevorderen. Daarom is bepaald dat in het geval van een beperking van het aantal vergunningen (of dat nu is vanwege de schaarste aan natuurlijke hulpbronnen of de technische mogelijkheden of vanwege dwingende redenen van algemeen belang) deze slechts voor een bepaalde tijd kunnen worden verleend. Zodoende is er steeds (van tijd tot tijd) weer toegang tot de markt mogelijk voor nieuwkomers. Dit brengt ook met zich dat het er niet om gaat hoe of in welke regeling het aantal vergunningen beperkt is, maar *dat* het aantal vergunningen beperkt is.⁵

Dat de beperking van het aantal vergunningen niet in de Vaarverordening zelf is opgenomen, doet dan ook niet af aan het feit dat Steenwijkerland het aantal

³ HvJEU 14 juli 2016, Promimpresa en Mario Melis, gevoegde zaken C-458/14 en C-67/15, r.o. 40 en 42

⁴ HvJEU 30 januari 2018, Appingedam, gevoegde zaken C-360/15 en C-31/16, r.o. 134 e.v.

⁵ Vgl. ook RvS 7 juni 2017 ECLI:NL:RVS:2017:1520 (rondvaartboten Amsterdam).

vergunningen wel daadwerkelijk beperkt. Dit blijkt uit de toelichting op de Vaarverordening, waarin is vermeld dat het aantal vergunningen tot 664 beperkt is. Ook de hierboven reeds aangehaalde artikelen 5, lid 2, sub a en 6, lid 2, sub a, van de Vaarverordening lijken overigens op het eerste gezicht een beperking van het aantal vergunningen te impliceren.

Het antwoord op de eerste vraag moet dan ook luiden dat vergunningen ook als “schaars” moeten worden aangemerkt als die schaarste niet blijkt uit de Vaarverordening, maar het aantal vergunningen anderszins wordt beperkt.

Dit betekent dat de vaarvergunningen voor bepaalde tijd zullen moeten worden verstrekt. Over wat er acceptabel is voor wat betreft de duur van de vergunningen adviseer ik u desgewenst graag nader.

Nu de Vaarverordening niet voorziet in vergunningen voor bepaalde tijd is zij op dit punt in strijd met de Dienstenrichtlijn (en de Dienstenwet).

II.2 Vraag 2

Hierboven is geconstateerd dat de Vaarverordening (thans) in strijd is met de Dienstenrichtlijn en de Dienstenwet. Zolang de bepalingen van de Vaarverordening terzake van de duur van de vergunningen niet worden aangepast, blijft die strijd bestaan.

De vraag is vervolgens wat hiervan de gevolgen in de praktijk zijn. De situatie die zich voor kan doen is die waarin een partij (nu) een vergunning aanvraagt. Die vergunning zal, naar ik aanneem, geweigerd worden omdat het gestelde plafond van 664 vergunningen bereikt is. De aanvrager zal dan in bezwaar, en vervolgens in beroep stellen dat de Vaarverordening in strijd is met de Dienstenrichtlijn en daarom buiten toepassing moet blijven. De Vaarverordening is echter niet zonder meer in haar geheel in strijd met de Dienstenrichtlijn, maar (in elk geval) op het punt dat zij de grondslag biedt voor vergunningen voor onbepaalde tijd. De stelling van de aanvrager zou dan moeten zijn dat hij geen vergunning toegewezen kan krijgen omdat in het verleden vergunningen voor onbepaalde tijd verleend zijn. Het betoog zou dan kunnen zijn dat de Vaarverordening onrechtmatig is en geen geldige grondslag is geweest voor de vergunningen voor onbepaalde tijd. Dat zou betekenen dat de grondslag voor alle huidige vergunningen is komen te vervallen.

Een andere weg die een aanvrager zou kunnen bewandelen is te betogen dat, nu de Vaarverordening niet voorziet in vergunningen voor bepaalde tijd, een beperking van het aantal vergunningen niet door de gemeente kan worden ingeroepen als reden om

de vergunning te weigeren.⁶ Of dat betoog houdbaar is, is echter de vraag, aangezien dat eigenlijk de zaken omdraait: omdat op grond de Vaarverordening geen vergunningen voor bepaalde tijd verstrekt worden, kan er dus ook geen beperking in het aantal vergunningen zijn. De Dienstenrichtlijn zegt echter het omgekeerde: als het aantal vergunningen beperkt is, kunnen die vergunningen alleen voor bepaalde tijd worden uitgegeven.

Een aanvrager waarvan de vergunningaanvraag wordt afgewezen, kan voorts schadevergoeding vorderen van de gemeente. De aanvrager zal dan natuurlijk wel moeten bewijzen welke schade hij geleden heeft door het niet kunnen verkrijgen van een vergunning.

Een onderneming die activiteiten wil ondernemen die onder de Vaarverordening vallen, kan ook een klacht indienen bij de Europese Commissie vanwege de strijdigheid van de Vaarverordening met de Dienstenrichtlijn. De Commissie zal dan een onderzoek instellen en kan de lidstaat Nederland op de inbreuk aanspreken. Ik merk overigens op dat dergelijke procedures doorgaans lang duren en dat de Commissie een dergelijke zaak niet voor het Hof brengt indien de strijdigheid met het Europese recht gedurende de administratieve procedure is opgeheven. Dat geeft dus enige tijd om de Vaarverordening aan te passen.

Ten slotte wijs ik op de Wet Naleving Europese regelgeving publieke entiteiten (Wet Nerpe), die in artikel 2, lid 1, bepaalt dat indien een publieke entiteit niet of niet naar behoren voldoet aan een voor haar geldende rechtsplicht die voortvloeit uit een bij of krachtens de Europese verdragen op Nederland rustende verplichting, de Minister (van BZK) de publieke entiteit een aanwijzing kan geven om, binnen een in die aanwijzing te vermelden termijn, alsnog aan die rechtsplicht te voldoen.⁷

⁶ Ik merk overigens op dat de eis dat men beschikt over een ligplaats in eigen water en over eigen grond, direct grenzend aan dat water, teneinde vanaf die plaats een rondvaartbedrijf uit te oefenen, mogelijk ook op Europeesrechtelijke bezwaren stuit. Aangezien u daar geen vragen over heeft gesteld, ga ik daar nu niet op in.

⁷ Waarbij zij opgemerkt dat het artikel niet van toepassing is op gemeenten indien de bevoegdheden van de artikelen 124 en 124a en hoofdstuk XVII van de Gemeentewet toereikend zijn om het niet of niet naar behoren voldoen te herstellen.