Advies Juridische Zaken

Datum : 22 juli 2021

Aan : Wethouder Paping

Betreft : Juridisch advies schaarse rechten en standplaatsen

Op 14 juli 2021 heeft een raadskamerbehandeling van het voorstel tot wijziging van de Algemene plaatselijke verordening voor Arnhem in het kader van de standplaatsvergunningen plaatsgevonden. Naar aanleiding van deze behandeling heeft wethouder Paping toegezegd juridisch uit te (laten) zoeken of het mogelijk is om de lengte van de overgangstermijn op bv 10 jaar te zetten, de mogelijkheden in lengte van de vergunning te onderzoeken en of het (juridisch) mogelijk is voorwaarden m.b.t. de kwaliteit aan een vergunning te verbinden. Dit advies beoogt deze juridische vragen te beantwoorden

1. Inleiding

Op 2 november 2016 heeft de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) een uitspraak[1] gedaan in een zaak over een speelautomatenhal die consequenties heeft voor het verlenen van schaarse vergunningen door bijvoorbeeld gemeenten. In deze uitspraak constateerde de Afdeling dat er in het Nederlands recht een rechtsnorm bestaat die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte wordt geboden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen (formele gelijkheidsbeginsel en het beginsel van gelijke kansen). Kort samengevat bepaalt de uitspraak:

- Een gemeentelijke verordening kan niet worden gebruikt om de regels zo toe te snijden op een concrete situatie dat het er feitelijk op neer komt dat er maar één van tevoren beoogde ondernemer voor vergunning in aanmerking komt;
- Bij verordening kan mededingingsruimte wel worden beperkt maar niet worden uitgesloten;
- De uitspraak sluit geen manieren van verdeling uit. Vergunningverlening op volgorde van binnenkomst van aanvragen is mogelijk;
- Daar waar sprake is van een beperkt aantal vergunningen waarbij het aantal gegadigden het aantal vergunningen overtreft (de zgn. schaarse vergunningen) zijn vergunningen voor onbepaalde tijd in beginsel niet toegestaan;
- Bij schaarse vergunningen is openbaarheid en transparantie verplicht zodat alle potentiële gegadigden een eerlijke kans hebben mee te dingen naar de vergunning. Om gelijke kansen te realiseren moet het bestuur voorafgaand aan de aanvraagprocedure openbaar bekend maken dat:
    1. Er een schaarse vergunning beschikbaar is;
    2. Welke procedure wordt gevolgd om de vergunning te verdelen;
    3. Binnen welk aanvraagtijdvak een aanvraag moet worden ingediend;
    4. De toe te passen criteria bij verdeling van de vergunningen.

2. Huidige situatie met standplaatsen

Op dit moment worden de standplaatsvergunningen in de gemeente Arnhem door het college voor drie jaar verleend. Strikt genomen worden ze dus niet voor onbepaalde tijd verstrekt. In 2016 is echter het beleid dusdanig gewijzigd dat een "zittende" standplaatshouder die zijn standplaats wil verlengen, voorrang heeft. Dit betekent dat een nieuwkomer niet de ruimte wordt geboden mee te dingen naar een

[1] AbRvS, 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927. Verdere voorbeelden voor standplaatsen: AbRvS 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:994 en AbRvS 21 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1588.

standplaats die hij graag wil hebben, als deze ingenomen is door een standplaatshouder die wil verlengen. Gelet hierop is het beleid niet in lijn met de uitspraak van de Afdeling en is het aan het college dit aan te passen aan de huidige stand van het recht.
Verder bieden de huidige bepalingen van de Algemene plaatselijke verordening voor Arnhem (Apv) geen goede mogelijkheden om bij aanvragen van meerdere exploitanten voor dezelfde standplaats op dezelfde tijd te weigeren. Deze Apv wijziging ligt nu ter besluitvorming voor bij de raad.

3. Is het nodig om iets te veranderen?

Van gemeenten mag verwacht worden dat ze zich aan de regels houden voor verdeling van schaarse vergunningen. Zij moeten daarom bekijken of er vergunningstelsels in hun gemeente zijn die in de praktijk kunnen leiden tot verdelingsvraagstukken. Uit de uitspraak van de Afdeling volgt dat in geval er sprake is van schaarse rechten er bepaalde regels gelden waarmee deze worden verdeeld.

Er is sprake van een schaarse recht als er meer aanvragen zijn dan beschikbare vergunningen. Vraag die in de raadsvergadering gesteld is, is of er wel sprake is van schaarse rechten en of een oplossing zou zijn om meer standplaatsen te creëren.

Binnen de gemeente Arnhem zijn de standplaatsen aangewezen door het college, zodat er geen wildgroei aan standplaatsen ontstaat (schaarse rechten om beleidsmatige redenen). De mogelijkheden tot het innemen van een standplaats zijn in de stad op dit moment bijna allemaal benut.
Voor exploitanten zijn standplaatsen die gelegen zijn in een druk gebied zoals het centrum van de stad of bij de winkelcentra zeer gewild. De aangewezen standplaatsen worden door de exploitanten daarom niet allemaal als gelijkwaardig beschouwd, waardoor de vergunningen voor de courante plekken op dit moment in ieder geval als schaars recht moeten worden beschouwd. Het aanwijzen van nieuwe plaatsen zou dit probleem niet ondervangen.

Ter onderbouwing kan worden opgemerkt dat begin 2019 een andere exploitant dan de zittende exploitant een aanvraag heeft gedaan voor de standplaats aan het Willemsplein. In zijn zienswijze op de weigering van de standplaatsvergunning heeft de gemachtigde van deze exploitant een beroep gedaan op de onderhavige jurisprudentie. Uiteindelijk is dit geschil beslecht omdat er nog een mogelijkheid was hem een andere standplaats te geven.

4. Welke regels gelden voor het vaststellen van de termijn van de vergunning?

De duur van vergunningen mag dus niet onbepaald zijn, maar moet bepaald worden. Op grond van artikel 62 Dienstenrichtlijn moet de geldigheidsduur van de vergunning voor economische activiteiten zodanig worden vastgesteld dat de vrije mededinging niet in grotere mate wordt belemmerd of beperkt dan nodig is met het oog op de afschrijving van de investeringen en een billijke vergoeding van het geïnvesteerde kapitaal.

De wetgeving stelt hiervoor geen algemene en concrete termijn omdat de situaties van de diverse schaarse rechten verschillen. Zo is bij de coffeeshops in de gemeente Arnhem gekozen voor een termijn van acht jaar, terwijl bij de terrassen een kortere overgangstermijn is gehanteerd van vier jaar. Het verschil hiertussen wordt onder meer veroorzaakt door de afschrijving van hiervoor gedane investeringen.

Bij bepalen van die termijn moet er een afweging plaats moet vinden tussen de (afschrijving van de) investeringen en de mate waarin elke standplaatshouder een kans krijgt op een plek in Arnhem. Bij ambulante handel is het bepalen van die termijn lastig. Investeringen die een exploitant doet aan zijn wagen zijn immers niet één op één terug te rekenen naar de standplaats die zij nu hebben in de gemeente Arnhem. Nadat de termijn van hun vergunning is verstreken kan het zijn dat zij dezelfde of een andere standplaats binnen de gemeente krijgen. Exploitanten kunnen ook een standplaats buiten de gemeente Arnhem hebben of in de toekomst krijgen om hun inkomen te verdienen. Tevens kan een wagen verkocht worden wanneer een exploitant geen standplaats in of buiten de gemeente Arnhem krijgt, waardoor er een restwaarde van de investering overblijft.

5. Welke ruimte biedt het juridisch kader om een andere overgangstermijn te hanteren?

Zoals onder punt 4 uiteen gezet biedt het juridisch kader geen kale rekensom, maar uitgangspunten waarlangs beleidsmatig termijnen moeten worden bepaald. In het kader van het overgangsrecht speelt echter nog een rechtsbeginsel: het vertrouwensbeginsel.

In de raadsvergadering hebben exploitanten (in eigen bewoordingen) een beroep op dit beginsel gedaan door te stellen dat zij uit een brief van 2016 hebben mogen afleiden dat zij "levenslang" en standplaatsvergunning zouden krijgen. Op grond hiervan hebben zij grote investeringen gedaan met een afschrijftermijn van 15 jaar. Door nu het beleid te wijzigen naar een overgangstermijn van 10 jaar lopend vanaf 2019, kunnen zij hun investeringen (mogelijk) niet meer terugverdienen (op een standplaats in Arnhem).

Het college heeft op 24 maart 2016 in een brief aan de standplaatshouders aangegeven het beleid van de standplaatsen te wijzigen. In het beleid is vanaf dat moment opgenomen dat een "zittende" standplaatshouder van een seizoensstandplaats, die zijn standplaatsvergunning wil verlengen, voorrang heeft. Deze beleidswijziging is van voor de uitspraak omtrent schaarse rechten. Beleid kan worden gewijzigd en de vergunningen worden voor drie jaar verleend, maar in casu konden exploitanten uit deze mededeling het gerechtvaardigd vertrouwen wellicht ontlenen dat zij voor langere termijn de beschikking hadden over de standplaats. Dit wordt bevestigd in een heel recente uitspraak van de Afdeling. Hieruit volgt dat bij standplaatsvergunningen voor onbepaalde tijd die worden omgezet naar vergunningen met een beperkte geldigheidsduur, de betrokken vergunninghouders in bijzondere omstandigheden extra tijd moet worden geboden om de door hen met het oog op de eerdere situatie gemaakte (kapitaal)investeringen redelijkerwijs te kunnen afschrijven.[2]

Indien en voor zover exploitanten naar aanleiding van dit vertrouwen forse investeringen hebben gedaan, kan er een schadeplicht voor het gemeentebestuur ontstaan indien zij hier bij het bepalen van hun overgangstermijn geen rekening houdt.[3]

6. Is het mogelijk om andere voorwaarden te stellen aan de vergunninghouder i.p.v. dat er alleen wordt geloot?

De uitspraak en de daarin aangehaalde rechtsbeginselen sluiten geen verdelingssystematiek uit. Globaal bestaan er de volgende soorten verdelingsprocedures:

[2] AbRvS 21 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1588, r.o. 5.1.
[3] Er wordt hiermee voldaan aan het zogenaamde dispositievereiste: betrokkenen hebben naar aanleiding van de ondubbelzinnige mededeling van het college anders gehandeld (investeringen gedaan) dan dat zij anders zouden hebben gedaan.

1. Volgorde van binnenkomst: deze procedure is ook wel bekend als "wie het eerst komt, wie het eerst maalt";
2. De veiling: deze procedure wordt door de centrale overheid wel gebruikt voor de "verkoop" van frequenties voor mobiele telefonie;
3. De loting: aanvragen moeten binnen een bepaald tijdvak worden ingediend en daarna vindt een loting plaats;
4. De vergelijkende toets: hierbij vindt een inhoudelijke vergelijking plaats op van tevoren vastgestelde criteria. Deze lijkt op het tendersysteem zoals bij bijvoorbeeld culturele subsidies wordt gebruikt.

Het is dus mogelijk om voor een ander systeem te kiezen dan voor het systeem om te loten bij meerdere aanvragen voor dezelfde plaats op dezelfde tijd. Om dit te kunnen doen, moeten de criteria waarlangs en de wijze waarop getoetst wordt van te voren bekend gemaakt worden. Ook moet achteraf duidelijk herleidbaar zijn op welke wijze de inhoudelijke toets heeft plaatsgevonden en hoe bijvoorbeeld een puntenverdeling tot stand is gekomen. Daarbij is van belang dat de criteria zo objectief mogelijk zijn. Risico hierbij is dat er een hele beoordelingssystematiek (punten) voor gemaakt moet worden, het gaat veel tijd kosten, maar zal ongetwijfeld ook tot onvrede gaan leiden bij de aanvragers. Je zult gemotiveerd moeten onderbouwen waarom je bepaalde punten hebt toegekend. Volgens ons kun je op die manier vervelende discussies gaan krijgen en schiet het zijn doel voorbij. Dit risico wordt kleiner is als uitgegaan wordt van een beperkt aantal minimumeisen (ipv scoren op onderdelen).

Een raadslid heeft tevens gevraagd of tegengegaan kan worden dat er een Belgische gebakskraam de plek van een Arnhemse onderneming inneemt. Deze vraag moet ontkennend worden beantwoord. Binnen de Europese Unie zijn de vier vrijheden van belang: van goederen, personen, van vestiging en van diensten. Met name die laatste twee zorgen ervoor dat er geen selectie plaats mag vinden op de nationaliteit of het ingezetenschap van degene die de diensten verzorgt.

Op basis van bovenstaande is ons voorstel om In de uitwerking van het beleid een aantal minimumcriteria te hanteren die betrekking hebben op o.a. duurzaamheid, arbeidsvoorwaarden en uitstraling. Voldoet men hier aan volgt via een loting de toekenning van de vergunning.