

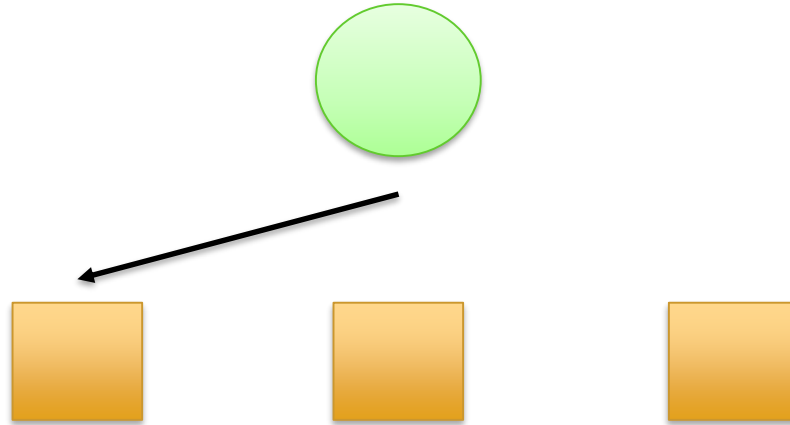
Schaarse vergunningen voor onbepaalde tijd: wat nu?

Johan Wolswinkel | 7 juni 2018 | Academie voor Bijzondere Wetten

Opzet

1. Bestaat er een verplichting om schaarse vergunningen voor bepaalde tijd te verlenen?
2. Bestaat er een verplichting om schaarse vergunningen die voor onbepaalde tijd zijn verleend, aan te tasten?
3. Hoe kan vergunningverlening voor onbepaalde tijd ongedaan worden gemaakt?

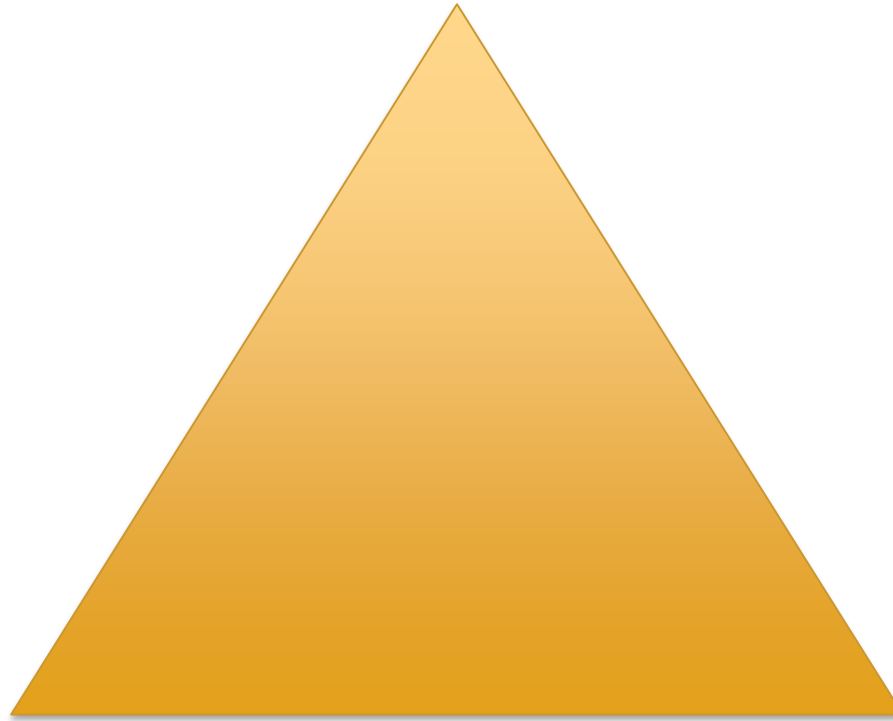
Karakterisering



- Vergunningenplafond: beperking vooraf van het aantal voor verlening beschikbare vergunningen
- Schaarse vergunningen: het aantal aanvragen overstijgt het aantal beschikbare vergunningen
- Consequentie: noodzaak tot selectie (keuze) door middel van een verdelingsprocedure (veiling, volgorde van binnenkomst, loting, etc.)

Context

Mededinging: gelijke kansen



Transparantie

Beperkte looptijd

0. Welk verdelingsregime?

Unierechtelijke verdelingsregimes

- Vrijheid van vestiging / vrij verkeer van diensten (art. 49 / 56 VwEU)
 - Beperkingen van vrijheid van dienstverlening zijn verboden, tenzij:
 - Niet-discriminerend
 - Gerechtvaardigd door dwingende reden van algemeen belang
 - Evenredig: geschikt en noodzakelijk
- Dienstenrichtlijn (2006/123/EG)
 - Van toepassing op alle diensten, tenzij uitgezonderd (bv. kansspelen)
 - Ook van toepassing op zuiver interne situaties (*Appingedam*)
 - Ook van toepassing op de verkoop van goederen (*Appingedam*)
 - Volledige harmonisatie (dus geen beroep meer op VwEU)

Nationaalrechtelijke verdelingsregimes

- Bijzondere wetgeving
 - Telecommunicatiewet
 - Wet personenvervoer 2000
 - Wet op de kansspelen
- Algemene rechtsbeginselen:
 - *Speelautomatenhal Vlaardingen*
 - *Windpark Zeewolde* (vers van de pers)

1. Nieuwe schaarse vergunningen: beperkte duur?

Dienstenrichtlijn

Artikel 11: kunstmatig schaarse vergunningen

“Een aan een dienstverrichter verleende vergunning heeft geen beperkte geldigheidsduur, tenzij [...] het aantal beschikbare vergunningen beperkt is door een dwingende reden van algemeen belang.”

Trijber en Harmsen (C-340/14 en C-341/14)

“62 [...] dat wanneer het aantal beschikbare vergunningen om een dergelijke dwingende reden van algemeen belang beperkt is, deze vergunningen evenwel een beperkte geldigheidsduur moeten hebben”

Artikel 12: natuurlijk schaarse vergunningen

“Wanneer het aantal beschikbare vergunningen voor een activiteit beperkt is door schaarste van de beschikbare natuurlijke hulpbronnen of de bruikbare technische mogelijkheden, wordt de vergunning voor een passende beperkte duur verleend en wordt zij niet automatisch verlengd.”

Dienstenwet (artikel 33)

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

[...] het aantal beschikbare vergunningen beperkt is door een dwingende reden van algemeen belang, of

[...]

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.

DUS: alle schaarse dienstenvergunningen hebben een beperkte looptijd.

Aanbestedingsrecht (2014/24/EU)

presstext Nachrichtenagentur (C-454/06)

73 [...] dat de praktijk om een overeenkomst inzake een overheidsopdracht voor dienstverlening voor onbepaalde tijd af te sluiten, op zichzelf niet past binnen het stelsel en de doelstelling van de gemeenschapsregels betreffende overheidsopdrachten. Een dergelijke praktijk kan namelijk op den duur de mededinging tussen de potentiële dienstverleners belemmeren en de toepassing van de bepalingen van de communautaire richtlijnen inzake de openbaarheid van procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten verhinderen.

74 Het gemeenschapsrecht voorziet bij de huidige stand ervan evenwel niet in een verbod op voor onbepaalde tijd gesloten overeenkomsten inzake overheidsopdrachten voor dienstverlening.

Dus: geen verbod op overheidsopdrachten voor onbepaalde tijd

VwEU: beperkte looptijd, tenzij ...

Engelmann, C-64/08

46 [...] dat de verlening van concessies voor een duur tot vijftien jaar de uitoefening van de door de artikelen 43 EG en 49 EG gewaarborgde vrijheden door marktdeelnemers uit andere lidstaten kan belemmeren en zelfs onmogelijk maken en derhalve een beperking van deze vrijheden vormt [...].

47 Voor de beoordeling van de verenigbaarheid van deze beperking met het recht van de Unie moet eraan worden herinnerd dat de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting als fundamentele beginselen van het Verdrag slechts kunnen worden beperkt door regelingen die hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang en die van toepassing zijn op alle personen of ondernemingen die een activiteit uitoefenen op het grondgebied van de lidstaat van ontvangst. Bovendien moet de betrokken nationale regeling, wil zij gerechtvaardigd zijn, geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en niet verder gaan dan ter bereiking daarvan noodzakelijk is [...].

48 Dat lijkt in casu het geval te zijn, aangezien de verlening van concessies voor een duur tot vijftien jaar [...] gerechtvaardigd lijkt, met name gelet op het feit dat de concessiehouder voldoende tijd nodig heeft om de noodzakelijke investeringen voor de oprichting van een casino af te schrijven.

Nationaal recht

- Hoofdregel: verlening voor bepaalde tijd

“Uit deze rechtsnorm [om mededingingsruimte te bieden] 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.” (*Vlaardingen*)

“Deze eis vloeit voort uit het materiële gelijkheidsbeginsel en voorkomt dat de ‘uitverkoren’ vergunninghouder onevenredig wordt bevoordeeld. Bij schaarse vergunningen voor een economische activiteit zijn afwijkingen van deze eis niet goed denkbaar. Bij andere schaarse vergunningen kan onder omstandigheden afwijking hiervan worden gerechtvaardigd door het beginsel van rechtszekerheid.” (*Doorn*)

- Uitzonderingen

- Economische activiteit: ‘niet goed denkbaar’
- Niet-economische activiteit: onder omstandigheden gerechtvaardigd door beginsel van rechtszekerheid

Uitzonderingen

- Algemeen: is het belang tot het bieden van mededingingsruimte (in de toekomst) meegewogen?
 - Wat is problematischer: vergunningverlening voor onbepaalde tijd of vergunningverlening zonder transparantie?
- Voldoende doorstroming?
 - *De facto* onbepaalde tijd: beperkte duur, maar automatische verlenging na voldoen aan vergunningsvoorwaarden (bv. betaling parkeerbelasting bij parkeervergunning)
- Opheffing (of uitbreiding) vergunningenplafond
- Voortdurende mogelijkheid tot betwisting (vgl. art. 15 Postwet 2009)

Uitzonderingen

“Verder is de Afdeling van oordeel dat een vergunning voor het oprichten van een bouwwerk als hier aan de orde [= windturbine] op gronden ook in privaat eigendom zich in beginsel niet leent voor de toepassing van de eis dat een schaarse vergunning alleen tijdelijk wordt verleend. Deze eis kan in dit geval niet worden gesteld.” (*Windturbine Havenbedrijf*)

NB: Wat is de optimale lengte van de vergunning (‘beperkte duur’)?
Alleen terugverdientijd of ook andere overwegingen?

2. Bestaande schaarse vergunningen: aantasten?

Looptijd: bestaande gevallen (Unierecht)

Heeft de Dienstenrichtlijn ook betrekking op bestaande gevallen?

Ja, aldus ABRvS 7 juni 2017 (rondvaart Amsterdam)

“De Afdeling realiseert zich dat deze vergunningen voor onbepaalde tijd zijn verleend, hetgeen in strijd is met artikel 33, eerste lid, van de Dienstenwet zoals uitgelegd in het licht van artikel 11, eerste lid, van de Dienstenrichtlijn, omdat het beleid op basis waarvan deze vergunningen zijn verleend, een volumebeleid is [...]. Deze vergunningen liggen in de onderhavige procedure evenwel niet ter beoordeling voor.”

Maar is dat ook zo?

Artikel 11: kunstmatig schaarse vergunningen

“Een aan een dienstverrichter verleende vergunning heeft geen beperkte geldigheidsduur, tenzij [...] het aantal beschikbare vergunningen beperkt is door een dwingende reden van algemeen belang.”

Trijber en Harmsen (C-340/14 en C-341/14)

“62 [...] dat wanneer het aantal beschikbare vergunningen om een dergelijke dwingende reden van algemeen belang beperkt is, deze vergunningen evenwel een beperkte geldigheidsduur moeten hebben”

“66. [...] dat [artikel 11 Dienstenrichtlijn] eraan in de weg staat dat de bevoegde nationale instanties vergunningen voor onbepaalde tijd verlenen voor de uitoefening van een [dienst], terwijl het aantal door deze instanties daartoe verleende vergunningen beperkt is om dwingende redenen van algemeen belang.”

Tögel, C-76/97

“dat het gemeenschapsrecht een aanbestedende dienst van een lidstaat niet verplicht, op verzoek van een particulier in te grijpen in bestaande rechtsbetrekkingen die voor onbepaalde tijd of voor meerdere jaren zijn aangegaan, wanneer die betrekkingen tot stand zijn gekomen vóór het verstrijken van de termijn voor omzetting van richtlijn 92/50”

Indien de Dienstenrichtlijn geen betrekking heeft op bestaande gevallen, vormt VwEU het relevante verdelingsregime:

Beperkte looptijd, tenzij ...

VwEU (vervolg)

Verlenging van overgangperiode (= langere looptijd) is soms gerechtvaardigd door beginsel van rechtszekerheid (*ASM Brescia*, C-347/06)

“dat de concessie [...] is verleend in 1984, voordat het Hof besliste dat voor overeenkomsten met een duidelijk grensoverschrijdend belang krachtens het primaire gemeenschapsrecht transparantieplichten konden gelden”

Maar niet zonder meer (z.o.z.)!

VwEU (vervolg)

Engelmann, C-64/08

56 Het feit dat de concessies voor de exploitatie van casino's in het hoofdgeding zonder enige vorm van transparantie met ingang van 1 januari 1998 en 1 januari 2001 zijn verleend, is in strijd met de artikelen 43 EG en 49 EG.

57 De Oostenrijkse regering heeft dienaangaande enkel opgemerkt dat de procedure voor de verlening van de concessies in overeenstemming was met het destijds geldende nationale recht, en gesteld dat in die periode geen transparantieverplichting uit de rechtspraak van het Hof kon worden afgeleid. Zij stelt eveneens dat marktdeelnemers die aan de voorwaarden van de toepasselijke wettelijke regeling voldeden, uit eigen beweging naar een concessie konden dingen. Geen van deze omstandigheden vormt evenwel een uitdrukkelijk in het Verdrag genoemde uitzondering of een door de rechtspraak van het Hof erkende dwingende reden van algemeen belang die als zodanig een rechtvaardiging kan vormen voor het feit dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde concessies zonder enige vorm van transparantie zijn verleend.

Nationaal recht

“Vergunningen hebben geen eeuwigheidswaarde.”

‘Het College acht het echter niet verdedigbaar dat met betrekking tot die verdeling een blijvende uitzondering gemaakt wordt voor een zich niet van de andere kandidaten onderscheidend bedrijf op de enkele grond dat dit eerder dan de andere bedrijven om een dergelijke ontheffing verzocht heeft. Het College ziet in dat het feit, dat aan dit bedrijf een ontheffing verleend is zonder dat er op dat moment enige grond bestond die ontheffing aan een termijn te binden, een dergelijk bedrijf een bijzondere positie geeft, maar dat neemt niet weg, dat een verdelingsbeleid waarbij dit voordeel voor onbepaalde tijd in stand gelaten wordt, de grenzen van een redelijke beleidsbepaling te buiten gaat.’

CBb 5 december 2012 (*zondagavondwinkel Apeldoorn*)

3. Aantasting onbepaalde tijd: hoe?

Intrekking: hoe?

- Wettelijke intrekingsgrondslag: gewijzigde omstandigheden / beleid

‘dat verweerders aan [de wijzigingsgrond] (‘indien veranderde omstandigheden of gewijzigde inzichten dit noodzakelijk maken in verband met het belang of de belangen ter bescherming waarvan de ontheffing is vereist’) ten onrechte de bevoegdheid hebben ontleend om de geldigheidsduur van de aan appellanten voor onbepaalde tijd verleende ontheffingen te wijzigen in een [beperkte] geldigheidsduur.’

(CBb 17 juli 2013, *zondagavondwinkel Nieuwegein*)

“De Afdeling is van oordeel dat de vergunningverlening voor onbepaalde duur er niet toe leidt dat de toegang tot de Nederlandse casinomarkt blijvend is afgesloten. [...] dat de verlening van de vergunning voor onbepaalde duur geenszins uitsluit dat een vergunning [...] zou kunnen worden ingetrokken, gewijzigd of op enig moment aan een ander - mogelijk een buitenlandse onderneming - worden verleend, bijvoorbeeld indien maatschappelijke en feitelijke ontwikkelingen in Nederland of de jurisprudentie van het Hof daartoe aanleiding geven.”

(ABRvS 14 maart 2007, *Holland Casino*)

Intrekking: hoe?

- Consistentie (ABRvS 7 juli 2017, *rondvaart Amsterdam*)
- Compensatie:
 - in tijd: redelijke overgangstermijn (vgl. beëindiging langjarige subsidies o.g.v. art. 4:51 Awb)
 - in geld: financiële tegemoetkoming
- Algemene regeling of individuele beoordeling:
 - Gepleegde investeringen?
 - Gelijkschakeling van verdelingsmoment

4. Conclusies

Oplossingsrichtingen

- Nieuwe schaarse vergunningen moeten (in beginsel) voor bepaalde tijd worden verleend.
- De onbepaalde tijd van reeds verleende schaarse vergunningen kan niet oneindig in stand blijven vanwege:
 - Ontbreken van mededinging in de toekomst
 - Ongelijke behandeling tussen zittende partijen en nieuwe toetreders
- Aantasting van schaarse vergunningen die voor onbepaalde tijd zijn verleend, vergt een overgangstermijn, met name indien de vergunningen langer geleden zijn verleend.

Vragen? E-mail: c.j.wolswinkel@uvt.nl

