

---

## Gst. 2018/151

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State  
13 juni 2018, nr. 201704693/1/A3  
(Mrs. D.A.C. Slump, N. Verheij en J.J. van Eck)  
m.nt. R.J. Lucassen<sup>1</sup>

(Art. 1:3 lid 4 Awb, art. 4:84 Awb)

ECLI:NL:RVS:2018:1923

---

<sup>1</sup> Mr. R.J. Lucassen is advocaat bij CMS, sectie Vastgoed & Overheid.

## **Exploitatieovereenkomst inzake de verhuur van fluisterboten. Vraag of gemeente onrechtmatig heeft gehandeld dan wel haar contractuele verplichtingen heeft geschonden en deswege schadelijkt is, is voorbehouden aan de civiele rechter. (Utrecht)**

*Sloepdelen (appellante) heeft in 2013 een exploitatieovereenkomst met de gemeente Utrecht gesloten, die haar het recht geeft om fluisterboten te verhuren op de wateren binnen de gemeente Utrecht. In 2015 verleent de gemeente echter ook exploitatievergunningen aan derde-partijen die eveneens fluisterboten verhuren. Voor zover Sloepdelen betoogt dat de gemeente en haar bestuursorganen de overeenkomst onvoldoende nakomen en een verkeerde uitleg geven aan de overeenkomst, heeft de rechtbank terecht overwogen dat Sloepdelen de vraag of de gemeente uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen heeft geschonden aan de civiele rechter dient voor te leggen. Beantwoording van de vragen of de gemeente of haar bestuursorganen onrechtmatig hebben gehandeld tegen Sloepdelen dan wel tekort zijn geschoten in de nakoming van de overeenkomst en de vragen of daaruit een recht op schadevergoeding of een verplichting tot wijziging van de overeenkomst voortvloeit, is voorbehouden aan de civiele rechter. De Afdeling komt aan deze betogen dan ook niet toe.*

Uitspraak op het hoger beroep van:  
Sloepdelen B.V., gevestigd te Amsterdam, appellante, tegen de uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland van 25 april 2017 in zaken nrs. 16/389, 16/390, 16/391 en 16/1545 in het geding tussen:  
Sloepdelen  
en  
het college van burgemeester en wethouders van Utrecht.

### **Procesverloop**

Bij besluiten van 1 september 2015 heeft het college aan Kanoverhuur Utrecht, Botenverhuur De Rijnstroom en Sloepje-HurenUtrecht (hierna tezamen: derde-partijen) exploitatievergunningen verleend voor de exploitatie van de verhuur van elektrische boten type 2 (hierna: fluisterboten). Bij besluit van 22 september 2015 heeft het college het verzoek van Sloepdelen om handhavend op te treden tegen Kanoverhuur Utrecht, Botenverhuur De Rijnstroom en Sloepje-HurenUtrecht afgewezen. Bij besluiten van 7 december 2015 heeft het college de door Sloepdelen tegen de verlening van de exploitatievergunningen gemaakte bezwaren ongegrond verklaard. Bij besluit van 3 februari 2016 heeft het college het door Sloepdelen tegen de weigering om handhavend op te treden gemaakte bezwaar ongegrond verklaard. Bij uitspraak van 25 april 2017 heeft de rechtbank de door Sloepdelen tegen de bestreden besluiten ingestelde beroepen ongegrond verklaard. (...) Tegen deze uitspraak heeft Sloepdelen hoger beroep ingesteld. Het college en Botenverhuur de Rijnstroom hebben een schriftelijke uiteenzetting gegeven.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 9 april 2018, waar Sloepdelen, vertegenwoordigd door [gemachtigde A], bijgestaan door mr. M.A. Schricker, advocaat te Amsterdam, en het college, vertegenwoordigd door mr. H. de Keijzer, zijn verschenen.

Voorts zijn ter zitting Botenverhuur De Rijnstroom, vertegenwoordigd door mr. M.M. Breukers, rechtsbijstandverlener te Den Bosch, en Kanoverhuur Utrecht, vertegenwoordigd door [gemachtigde B], gehoord.

### **Overwegingen**

#### **Inleiding**

(...)

#### **Gronden van hoger beroep**

2. Sloepdelen betoogt dat zij op grond van een tussen haar en de gemeente Utrecht op 1 juli 2013 gesloten exploitatieovereenkomst (hierna: de overeenkomst) het exclusieve recht heeft om fluisterboten te verhuren op de wateren binnen de gemeente Utrecht. Onderdeel daarvan is volgens Sloepdelen dat het college handhavend zal optreden tegen andere partijen die fluisterboten verhuren. In de Nota van Inlichtingen bij de aanbesteding, die onderdeel uitmaakt van de overeenkomst, staat een ondubbelzinnige toezegging daartoe. De bij besluit van 25 juni 2015 gewijzigde Havenverordening doet niet af aan de verplichtingen die uit de overeenkomst voortvloeien. Het college had gelet op de overeenkomst geen vergunningen aan de derde-partijen kunnen verlenen, ook al is dit in overeenstemming met de gewijzigde Havenverordening. De gemeente had op het moment dat zij zich niet langer aan de overeenkomst wenste te houden voor een andere oplossing kunnen kiezen door de overeenkomst aan te passen of vergunningen te verlenen aan Sloepdelen. Dat heeft de gemeente nagelaten.

Voorts betoogt Sloepdelen dat het college door op 25 juni 2015 de Havenverordening te wijzigen het mogelijk heeft gemaakt dat derde-partijen inbreuk maken op de in de overeenkomst overeengekomen exclusiviteit. Bij het vaststellen van de wijziging van de Havenverordening heeft de raad onvoldoende rekening gehouden met de verplichtingen uit de overeenkomst. Dat is in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het rechtzekerheidsbeginsel, aldus Sloepdelen. Ook moet Sloepdelen op grond van de overeenkomst aan technische en financiële verplichtingen voldoen, waaraan de derde-partijen niet hoeven te voldoen. Daardoor wordt zij benadeeld.

2.1. Voor zover Sloepdelen betoogt dat de gemeente en haar bestuursorganen de overeenkomst onvoldoende nakomen en een verkeerde uitleg geven aan de overeenkomst, heeft de rechtbank terecht overwogen dat Sloepdelen de vraag of de gemeente uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen heeft geschonden aan de civiele rechter dient voor te leggen. Beantwoording van de vragen of de gemeente of haar bestuursorganen onrechtmatig hebben gehandeld tegen Sloepdelen dan wel tekort zijn geschoten in de nakoming van de overeenkomst en de vragen of daaruit

een recht op schadevergoeding of een verplichting tot wijziging van de overeenkomst voortvloeit, is voorbehouden aan de civiele rechter. De Afdeling komt aan deze betogen dan ook niet toe.

2.2. Tussen partijen is niet in geschil dat de exploitatievergunningen aan derde-partijen op 1 september 2015 zijn verleend conform de op dat moment geldende Havenverordening en dat in de Havenverordening geen weigeringsgronden staan op grond waarvan de vergunningen geweigerd hadden kunnen worden. De rechtbank komt ook tot die conclusie en overweegt terecht dat de gronden van Sloepdelen zich richten tegen de gewijzigde Havenverordening. Alleen als Sloepdelen er in slaagt de Havenverordening met succes aan te vechten, kan de conclusie volgen dat de verleende exploitatievergunningen geen stand kunnen houden.

2.3. In de Nota van Inlichtingen bij het bestek van aanbesteding fluisterboten van 22 maart 2013 staat in randnummer 7 en 27 dat er vooralsnog geen plannen zijn om het aantal verhuurlocaties uit te breiden. Indien dit wel gebeurt, zal dat in overleg met de concessiehouders gebeuren. Onder randnummer 23 staat de vraag of Sloepjehurenrecht.nl, Kanoverhuurrecht.nl en Kano- en botenverhuur de Rijnstroom vergunningen hebben en hoe het college gaat handhaven. Daarop is geantwoord dat deze partijen geen vergunning voor het verhuren van elektronisch aangedreven boten hebben en dat de gemeente zal gaan handhaven en indien nodig bestuursdwang zal toepassen.

In een brief van de advocaat van de gemeente van 16 mei 2014 aan Sloepdelen in reactie op een ingebrekestelling van de nakoming van de overeenkomst door Sloepdelen staat:

“De gemeente zal handhavend gaan optreden tegen de verhuur van fluisterboten in de openbare wateren binnen de gemeente door andere professionele partijen dan de concessiehouders. De gemeente is reeds in overleg gegaan met de door u genoemde betrokken partijen en zal wanneer dat nodig mocht blijken daadwerkelijk handhavingsmaatregelen treffen. Zodra wij een vooraanschrijving bestuursdwang naar deze partijen moeten versturen, wanneer blijkt dat zij zich niet aan de afspraken houden, dan zullen wij u daarvan een kopie toesturen. Verder zullen wij u telefonisch op de hoogte stellen van de wijze waarop wij praktisch uitvoering aan de handhavingsmaatregelen willen geven. Hiermee hebben wij voldaan aan uw verzoek om actief de handhaving te starten en u op de hoogte te stellen van de gang van zaken.”

2.4. De rechtbank heeft terecht geoordeeld dat de antwoorden in de Nota van Inlichtingen en het antwoord van de gemeenteadvocaat geen concrete ondubbelzinnige toezeggingen betreffen dat met de overeenkomst een exclusief recht op het verhuren van fluisterboten is gevestigd en dat geen vergunning zal worden verleend voor de exploitatie van fluisterboten aan andere bedrijven. Uit de bewoordingen blijkt geen ondubbelzinnige toezegging dat binnen de looptijd van de overeenkomst geen verandering van de regelgeving zal worden doorgevoerd. Deze mogelijkheid

wordt zelfs onder randnummer 7 en 27 met de eventuele mogelijkheid van uitbreiding van de vergunningen open gehouden. Zoals de rechtbank terecht heeft geoordeeld, faalt het betoog dat op grond van het vertrouwensbeginsel en het rechtzekerheidsbeginsel de Havenverordening onverbindend dient te worden geacht.

De rechtbank heeft voorts terecht geoordeeld dat de wijziging van de Havenverordening niet in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. De regels omtrent de exploitatievergunningen zijn voor Sloepdelen hetzelfde als voor de derde-partijen en andere partijen. Mogelijke ongelijkheid vloeit voort uit de overeenkomst tussen Sloepdelen en de gemeente en niet uit de Havenverordening.

Er bestaat daarom geen grond voor het onverbindend verklaren van artikel 2.4.2 en 4.4.1 van de Havenverordening. Omdat Sloepdelen niet betwist dat de weigeringsgronden uit artikel 4.4.1 van de Havenverordening niet van toepassing zijn bij de verleende vergunningen, heeft de rechtbank dan ook terecht geoordeeld dat het college het bezwaar tegen de verlening van de exploitatievergunningen aan derde-partijen terecht ongegrond heeft verklaard.

Sloepdelen betwist niet dat derde-partijen niet in strijd met de aan hen verleende exploitatievergunningen of de Havenverordening handelen. Omdat de Havenverordening niet is overtreden, kan het college niet handhavend optreden. De rechtbank heeft terecht geoordeeld dat het college de bezwaren tegen de weigering om handhavend op te treden terecht ongegrond heeft verklaard.

3. Het betoog van Sloepdelen dat het college op grond van artikel 4:84 van de Awb had moeten afwijken van de Havenverordening, faalt reeds omdat artikel 4:84 van de Awb slechts van toepassing is op beleidsregels als bedoeld in artikel 1:3, vierde lid, van de Awb. De Havenverordening is geen beleidsregel maar een algemeen verbindend voorschrift waarop artikel 4:84 van de Awb niet van toepassing is.

## Conclusie

4. Het hoger beroep is ongegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.
5. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

## Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State bevestigt de aangevallen uitspraak.

## Naschrift

1. In de zaak waarop deze betrekkelijk korte uitspraak betrekking heeft, gaat het in feite om een concurrentiegeschil. Sloepdelen (de appellante in hoger beroep) heeft in 2013 een exploitatieovereenkomst met de gemeente Utrecht gesloten, die blijkens de aangevallen uitspraak (zie Rechtbank Midden-Nederland 24 april 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:2550) eerst op 1 november 2020

zal eindigen. Op grond van die overeenkomst heeft zij het recht om zogeheten fluisterboten te verhuren op de wateren binnen de gemeente Utrecht. In 2015 verleent de gemeente Utrecht op grond van de dan geldende Havenverordening exploitatievergunningen aan een drietal andere exploitanten om eveneens fluisterboten te verhuren voor een vaartochtje over diezelfde wateren. Sloepdelen is daarover ontstemd en stelt dat zij op grond van haar overeenkomst met de gemeente een exclusief recht op de verhuur van fluisterboten binnen de gemeente heeft en dat uit die overeenkomst in samenhang met de nota van inlichtingen bij de aanbesteding die indertijd is gehouden, volgt dat het college van burgemeester en wethouders handhavend zal optreden tegen andere partijen die illegaal fluisterboten verhuren. Voorts is Sloepdelen van mening dat de gemeente geen exploitatievergunningen aan de derde-partijen had mogen verlenen, ook al zou die verlening in overeenstemming zijn met de gewijzigde Havenverordening. Volgens Sloepdelen had de gemeente voor een andere oplossing kunnen kiezen door de overeenkomst aan te passen of vergunningen te verlenen aan Sloepdelen. Evenals de rechtbank, is de Afdeling van oordeel dat dit allemaal beroepsgronden zijn die gaan over de vraag, of de gemeente onrechtmatig jegens Sloepdelen heeft gehandeld dan wel tekort is geschoten in de nakoming van de overeenkomst, of over de vraag of daaruit een recht op schadevergoeding of een verplichting tot wijziging van de overeenkomst voortvloeit, en dat dit soort vragen dienen te worden beantwoord door de civiele rechter.

Ook betoogt Sloepdelen dat de raad bij het vaststellen van de wijziging van de Havenverordening onvoldoende rekening heeft gehouden met de verplichtingen [van de gemeente – red.] uit de exploitatieovereenkomst. Volgens Sloepdelen heeft de raad aldus gehandeld in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel. De Afdeling overweegt dat alleen als Sloepdelen erin slaagt de Havenverordening met succes aan te vechten, de conclusie kan volgen dat de aan andere exploitanten verleende exploitatievergunningen geen stand kunnen houden.

2. Bij haar uitspraak van 25 april 2017 had de rechtbank de door Sloepdelen ingestelde beroepen ongegrond verklaard. Deze beroepen waren gericht tegen de beslissingen van het college van burgemeester en wethouders van Utrecht op de door Sloepdelen ingediende bezwaren tegen respectievelijk de verlening van de exploitatievergunningen aan de derde-partijen en de weigering om handhavend op te treden tegen die vergunninghouders. Evenals in het kader van het beroep bij de rechtbank, leunt het betoog van Sloepdelen in hoger beroep bij de Afdeling vrijwel uitsluitend op argumenten die zij meent te kunnen ontlenen aan de door haar met de gemeente gesloten exploitatieovereenkomst. Met deze overeenkomst verleent de gemeente als eigenares van de betrokken wateren aan Sloepdelen het recht om daarvan met haar fluisterboten gebruik te maken. In beginsel gaat het hier dus om een zuiver privaatrechtelijke overeenkomst. Sloepdelen daarente-

gen houdt een betoog dat de gemeente zich bij deze overeenkomst heeft verbonden tot een bepaalde uitoefening van enkele publiekrechtelijke bevoegdheden, waardoor de overeenkomst een gemengd publiek-/privaatrechtelijk karakter zou dragen. Sloepdelen meent dat zij op grond van die overeenkomst een exclusief recht heeft verkregen op het exploiteren van fluisterboten voor de verhuur, waaruit zij afleidt dat het college zich jegens haar heeft verplicht om handhavend op te treden tegen derden die ook fluisterboten verhuren. Er is in de nota van inlichtingen bij het bestek van aanbesteding fluisterboten in 2013 in antwoord op een vraag hoe het college gaat handhaven, door de gemeente geantwoord dat zij zal handhaven en indien nodig bestuursdwang toepassen. Omdat deze nota van inlichtingen een onlosmakelijk onderdeel vormt van de exploitatieovereenkomst, is het mijns inziens begrijpelijk dat Sloepdelen daarin een toezegging tot handhavend optreden leest. De Afdeling evenwel laat zich hierover in nogal vage bewoordingen uit door in r.o. 2 te overwegen:

“Onderdeel daarvan [van het exclusieve exploitatierecht – red.] is volgens Sloepdelen dat het college handhavend zal optreden tegen andere partijen die fluisterboten verhuren.” (Ik neem aan dat bedoeld zal zijn: optreden tegen andere partijen die dat illegaal doen, Red.).

Vervolgens wijst de Afdeling wel op een brief van de advocaat van de gemeente aan Sloepdelen van 16 mei 2014, waarin is meegedeeld dat de gemeente handhavend zal optreden tegen de verhuur van fluisterboten door anderen dan de concessiehouders. De rechtbank was op dit punt stilliger met haar overweging:

“Het enige waarop eiseres mocht vertrouwen is de toezegging dat gehandhaafd zou worden in illegale situaties.”

Of de rechtbank zich voor die overweging baseerde op de nota van inlichtingen en/of de brief van de advocaat van de gemeente is onduidelijk, omdat geen van beide stukken in de rechtbankuitspraak worden genoemd. Feit is in elk geval dat de eerste toezegging inzake handhavend optreden werd gedaan in het kader van de totstandkoming van de exploitatieovereenkomst en de tweede toezegging na de totstandkoming daarvan, ruim een jaar vóór de vergunningverlening aan de derde-partijen.

Het verzoek van Sloepdelen aan het college om handhavend op te treden tegen de andere exploitanten van fluisterboten, was mosterd na de maaltijd aangezien deze exploitanten inmiddels over een exploitatievergunning beschikten. Door de rechtbank was vastgesteld dat tussen partijen niet in geschil was dat de vergunningverlening aan de derde-partijen op 1 september 2015 had plaatsgevonden conform de op dat moment geldende Havenverordening. De rechtbank had dan ook overwogen dat Sloepdelen in feite wilde dat haar handhavingsverzoek alsnog werd beoordeeld naar de feiten zoals ze zich in 2013 en 2014 voordeden en naar de toen gel-

dende regelgeving. Het karakter van handhaving verzet zich daar echter tegen, omdat daarbij per definitie moet worden bekeken of er een overtreding is die voor de toekomst moet worden bestreden, aldus de rechtbank. De toezegging van 16 mei 2014 om handhavend op te treden ingeval van illegale fluisterbootverhuur, had haar belang verloren door de vergunningverlening.

Men kan zich overigens nog afvragen of de gemeente zich überhaupt door middel van een overeenkomst jegens Sloepdelen zou hebben kunnen verplichten om handhavend op te treden tegen illegale verhuur van fluisterboten door derden. Naar mijn mening niet, omdat dat volgens de *Windmill*-doctrine (HR 26 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0965) een onaanvaardbare doorkruising van de publiekrechtelijke regeling inzake handhaving zou hebben opgeleverd nu via de publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan worden bereikt. Wie wil dat een bestuursorgaan handhavend optreedt tegen een overtreding van een derde, kan bij dat orgaan een aanvraag daartoe indienen (hetgeen in de voorliggende zaak ook was gebeurd, zij het om de genoemde reden zonder succes). Bovendien kan men zich afvragen wat een dergelijke contractuele regeling zou toevoegen, nu sinds eind jaren negentig van de vorige eeuw in de bestuursrechtelijke jurisprudentie een beginselplicht tot handhaving wordt aangenomen.

3. Rechtsoverweging 2.1, waarin de Afdeling overweegt dat de rechtbank terecht heeft overwogen dat Sloepdelen de vraag of de gemeente uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen heeft geschonden aan de civiele rechter dient voor te leggen, komt bij eerste lezing misschien wat merkwaardig over. Want is het niet zo dat sinds het arrest van de Hoge Raad inzake *Etam/Zoermeer* (HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3057; AB 2011/298 m.nt. F.J. van Ommeren en G.A. van der Veen), de contractspartij die nakoming verlangt van een overeenkomst waarbij de overheid zich heeft verplicht tot het tot stand brengen van een bepaald resultaat in de vorm van een besluit, zich daarvoor tot de bestuursrechter moet wenden en dat de civiele rechter, indien daartoe benaderd, de desbetreffende vordering niet ontvankelijk moet verklaren omdat de bestuursrechter exclusief bevoegd is te oordelen over appellabele besluiten?

Het antwoord is dat die regel in dit geval niet opgaat, omdat de voorliggende exploitatieovereenkomst nu juist géén afspraken bevat waardoor de gemeente Utrecht zich jegens Sloepdelen heeft verplicht tot uitoefening van één of meer haar toekomstige publiekrechtelijke bevoegdheden. Weliswaar had Sloepdelen (deels impliciet) betoogd dat dit het geval was, maar de daarvoor aangevoerde argumenten (de gemeente zou zich verplicht hebben tot handhavend optreden, tot het niet-verlenen van exploitatievergunningen voor fluisterboten aan derden en tot het niet wijzigen van de Havenverordening) gingen stuk voor stuk in beide instanties onderuit. Hoewel de Afdeling niet met zoveel woorden overweegt dat de exploitatieovereenkomst niet kwalificeert als bevoegdhedenovereenkomst, is dat klaar-

blijkelijk wel haar oordeel. Zij komt dan ook niet toe aan toepassing van het leerstuk uit het arrest *Etam/Zoermeer*. Om tot dat oordeel te geraken, moest de Afdeling logischerwijs eerst vaststellen dat de gemeente Utrecht zich niet tot het (niet) nemen van dergelijke besluiten jegens Sloepdelen had verbonden, vóórdat zij tot haar overweging inzake de verwijzing naar de civiele rechter kon komen. Die volgorde wordt echter niet gevolgd, en in die zin lijkt de positionering van rechtsoverweging 2.1 in de uitspraak mij nogal prematuur.

4. Uit de Afdelingsuitspraak volgt ook dat Sloepdelen zich door de vergunningverlening aan de derde-partijen benadeeld acht, aangezien Sloepdelen in tegenstelling tot die anderen aan allerlei technische en financiële verplichtingen moet voldoen. Dat nadeel is echter direct terug te voeren tot de door Sloepdelen met de gemeente gesloten exploitatieovereenkomst. De rechtbank had daarover overwogen dat zij zich kon verplaatsen in de beleving van Sloepdelen dat zij niet gelijk en zelfs oneerlijk wordt behandeld, maar dat zij civielrechtelijke stappen zal moeten ondernemen indien zij niet langer gebonden wil zijn aan deze overeenkomst. Ik veronderstel dat de rechtbank daarbij het oog heeft gehad op de bevoegdheid die artikel 6:258 BW de civiele rechter biedt om op verlangen van een der partijen de gevolgen van een overeenkomst te wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk te ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Daar teken ik dan wel bij aan dat dit instrument blijkens de wetsgeschiedenis met terughoudendheid dient te worden toegepast en dat de jurisprudentie leert dat dit ook in de praktijk wordt nagevolgd. Wellicht is een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid als bedoeld in artikel 6:248 lid 2 BW wat kansrijker om onder bepaalde contractuele verplichtingen uit te komen, al geldt ook daar een hoge drempel in die zin dat onverkorte handhaving van de contractuele afspraak "onaanvaardbaar" zou zijn. Het beroep op het gelijkheidsbeginsel ketst echter daarop af, dat de gewijzigde Havenverordening zelf geen aanknopingspunt biedt voor het verwijt van ongelijke behandeling. Sloepdelen kan immers, net als ieder ander, een exploitatievergunning aanvragen op grond van die verordening en deze zal aan haar worden verleend als zij aan de daarin gestelde voorwaarden voldoet.

5. Het betoog van Sloepdelen dat de raad bij het vaststellen van de wijziging van de Havenverordening onvoldoende rekening zou hebben gehouden met de verplichtingen uit de overeenkomst en aldus in strijd zou hebben gehandeld met het zorgvuldigheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel, richt zich tegen de gewijzigde Havenverordening. Zou dat betoog slagen, dan zou de Havenverordening onverbindend zijn en zou zij niet hebben kunnen dienen als grondslag voor de verleende exploitatievergunningen. Want hoewel tegen de Havenverordening als algemeen verbindend voorschrift (a.v.v.) geen beroep kan worden ingesteld (artikel 8:3, lid 1

aanhef en onder a Awb), kan de verbindendheid van a.v.v.'s (met uitzondering van wetten in formele zin) aan de kaak worden gesteld in het kader van de zogeheten exceptieve toetsing, dat wil zeggen dat in een procedure tegen een ander besluit de rechtmatigheid van de onderliggende wetgeving aan de orde komt (A.T. Marseille & H.D. Tolsma (red.), *Bestuursrecht: rechtsbescherming tegen de overheid*, Den Haag: Boom Juridisch 2016, p. 428). Sinds enkele jaren luidt de standaardoverweging van de Afdeling inzake exceptieve toetsing als volgt:

“Deze exceptieve toetsing houdt in dat de rechter een niet door de formele wetgever gegeven voorschrift buiten toepassing dient te laten, indien dit voorschrift in strijd is met een hogere regeling. Een zodanig voorschrift kan voorts wegens strijd met een algemeen rechtsbeginsel buiten toepassing worden gelaten indien het desbetreffende overheidsorgaan, in aanmerking genomen de feitelijke omstandigheden en de belangen die aan dit orgaan ten tijde van de totstandbrenging van het voorschrift bekend waren of op grond van deugdelijk onderzoek behoorden te zijn, in redelijkheid niet tot vaststelling van dat voorschrift heeft kunnen komen. De rechter heeft echter niet tot taak om de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan de betrokken belangen moet worden toegekend naar eigen inzicht vast te stellen. Het is aan het regelgevend bevoegd gezag de verschillende belangen en de feiten en omstandigheden die bij het nemen van een besluit inhoudende algemeen verbindende voorschriften betrokken zijn, tegen elkaar af te wegen.” (ABRvS 23 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3120, r.o. 7).

Voor meer uitvoerige beschouwingen over dit onderwerp verwijs ik kortheidshalve naar de op 22 december 2017 door advocaat-generaal Widdershoven genomen conclusie over de exceptieve toetsing van een a.v.v. door bestuursrechters (ECLI:NL:RVS:2017:3557).

In de voorliggende zaak kwam de Afdeling in navolging van de rechtbank tot het oordeel dat er geen grond was voor gedeeltelijke onverbindendverklaring van de Havenverordening wegens strijd met het vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel, omdat er geen sprake was van concrete, ondubbelzinnige toezeggingen van gemeentezijde inzake een exclusief recht op het verhuren van fluisterboten of het niet zullen verlenen van exploitatievergunningen aan andere bedrijven dan wel het niet doorvoeren van veranderingen in de Havenverordening gedurende de looptijd van de met Sloepdelen gesloten exploitatieovereenkomst.

R.J. Lucassen