

sluitend personen die hun Zwitserse bankrekeningen niet aan de Nederlandse belastingdienst hadden gemeld. In de onderhavige casus gaat het om belastingplichtigen die mogelijk hun registratiebelasting op autoverkoop niet hebben voldaan. Er is geen zekerheid dat de gekozen populatie overwegend bestaat uit personen die hun fiscale verplichtingen niet zijn nagekomen. Maar de populatie omvat wel alle personen die een auto verkopen wat tot verschuldigdheid van belasting leidt.

12. De populatie kan dus te omvangrijk zijn, wat in conflict komt met het beginsel van 'minimale gegevensverwerking' van artikel 5 lid 1, sub c van de AVG. De nationale rechter moet beoordelen of aan het daarin tot uitdrukking gebrachte evenredigheidsbeginsel is voldaan.

13. In Nederland wordt de verhouding tussen het platform en de belastingdienst genormeerd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Bij derdenonderzoeken op basis van artikel 53 AWR is het evenredigheidsbeginsel van toepassing. De te onderzoeken populatie moet beperkt zijn tot relevante belastingplichtigen om aan het AVG-beginsel van gegevensminimalisatie te voldoen. Per 1 januari 2024 treedt de Richtlijn 2021/514 in werking, waarbij is voorzien in automatische uitwisseling van door platformexploitanten gerapporteerde inlichtingen (waaronder de totale tegenprestatie die is betaald tijdens elk kwartaal van de rapportageperiode en het aantal relevante activiteiten waarvoor de verkoper is betaald of gecrediteerd). Na de implementatie van die richtlijn krijgt de uitvraag van persoonsgegevens bij platforms dan een specifieke wettelijke grondslag geregeld. Zie ook Memorie van Toelichting Wet implementatie EU-richtlijn gegevensuitwisseling digitale platformeconomie (*Kamerstukken II*, 36063, nr. 3, 23 maart 2022).

L.E.C. Neve

AB 2022/174

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

22 december 2021, nr. 202100064/1/A
(Mrs. N. Verheij, P.H.A. Knol, W. den Ouden)
m.nt. J. Wieland*

Art. 7:11 lid 1 Awb

ECLI:NL:RVS:2021:2918

Beginsel van effectieve rechtsbescherming noopt tot *ex tunc*-beoordeling in bezwaar.

* Mr. J. Wieland is advocaat bij Stijl Advocaten te Amsterdam.

Volgens vaste rechtspraak van het Hof wordt het in Unierechtelijke zaken toepasselijke procesrecht bij gebreke van Unierechtelijke voorschriften beheerst door de beginselen van gelijkwaardigheid, doeltreffendheid en effectieve rechtsbescherming. Op grond van het beginsel van effectieve rechtsbescherming moet een particulier de bescherming van zijn door het Unierecht toegekende rechten doeltreffend in rechte kunnen afdwingen (...). Door de Regeling 2022 ook toe te passen in lopende procedures tegen afwijzingen van aanvragen die reeds vóór de vergunningstop zijn gedaan, zijn die procedures zinloos gemaakt. In de kern wordt daarmee immers bewerkstelligd dat geen inhoudelijke heroverweging in een al lopende procedure plaatsvindt, maar wordt de aanvrager tegengeworpen dat hij niet alsnog een nieuwe aanvraag heeft ingediend. Toepassing van de Regeling 2022 op die procedures is daarmee niet verenigbaar met het beginsel van effectieve rechtsbescherming.

Omdat toepassing van de Regeling 2022 in dit geval niet verenigbaar is met het beginsel van effectieve rechtsbescherming, moet worden afgeweken van het uitgangspunt dat bij het nemen van een besluit op bezwaar het recht moet worden toegepast zoals dat ten tijde van dat besluit op bezwaar geldt. Niet valt in te zien hoe het afdoen van bezwaren tegen de afwijzing van oude aanvragen met toepassing van de regels die daarvoor golden ten tijde van de aanvraag, in de weg staat aan een procedure voor de verdeling van vergunningen die transparant is en aanvragers gelijke kansen op een exploitatievergunning biedt. Omdat de aanvraag van bedrijf was ingediend voor de vergunningstop en omdat de Afdeling in haar uitspraak van 27 januari 2016 heeft geoordeeld dat het volumebeleid in strijd is met de Dienstenrichtlijn, zodat de criteria van het Uitgifte-reglement geen toepassing kunnen vinden, had het college moeten beoordelen of die aanvraag in overeenstemming was met de voorschriften voor vergunningverlening op grond van de Vob. De rechtbank heeft dit niet onderkend.

Uitspraak op het hoger beroep van appellant, eigenaar van bedrijf, te Amsterdam, appellant, tegen de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 21 december 2020 in zaak nr. 19/1275 in het geding tussen:

Bedrijf,

en

Het college van burgemeester en wethouders van Amsterdam.

Procesverloop

Bij besluit van 26 april 2017 heeft het college de aanvraag van bedrijf voor een exploitatievergunning

ning voor het vervoeren van passagiers met het bedrijfsvaartuig afgewezen.

Bij besluit van 22 januari 2019 heeft het college het door bedrijf daartegen gemaakte bezwaar opnieuw ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 21 december 2020 heeft de rechtbank het door bedrijf daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; red.).

Tegen deze uitspraak heeft bedrijf hoger beroep ingesteld.

Het college heeft een schriftelijke uiteenzetting gegeven.

Bedrijf heeft een nader stuk ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting gelijktijdig behandeld met zaken nrs. 202100065/1/A3, 202100066/1/A3, 202100102/1/A3, 202100105/1/A3, 202100126/1/A3, 202100127/1/A3, 202100129/1/A3 en 202100131/1/A3 op 5 oktober 2021, waar bedrijf, vertegenwoordigd door mr. J. Monster, rechtsbijstandverlener te Amsterdam, en het college, vertegenwoordigd door mr. K. van Driel, bijgestaan door A. van Beek, zijn verschenen.

Overwegingen

Inleiding

1. Op 2 november 2016 heeft bedrijf een aanvraag gedaan voor een exploitatievergunning voor het vervoeren van passagiers met het vaartuig bedrijfsvaartuig. Het college heeft aan die aanvraag een rangnummer toegekend. Omdat dit rangnummer hoger was dan het aantal beschikbare vergunningen is de aanvraag afgewezen.

Bij besluit van 13 juni 2018 heeft het college het bezwaar van bedrijf tegen de afwijzing ongegrond verklaard, omdat er een vergunningstop gold.

Bij uitspraak van 13 december 2018 heeft de rechtbank het beroep van bedrijf tegen het besluit van 13 juni 2018 gegrond verklaard, dat besluit vernietigd en het college opgedragen een nieuw besluit op bezwaar te nemen.

Op 8 januari 2019 heeft het college de Regeling uitgifteronde 2022 voor exploitatievergunningen passagiersvaart (hierna: Regeling 2022) vastgesteld. In artikel 1, eerste lid, van die regeling is bepaald dat een exploitatievergunning voor passagiersvaart slechts wordt verleend indien daarvoor een aanvraag is ingediend in de periode tussen 1 maart 2020 en 31 maart 2020. In het tweede lid is bepaald dat aanvragen die zijn ingediend in een andere periode worden afgewezen. Bij het besluit van 22 januari 2019 heeft het college de afwijzing van de aanvraag opnieuw gehandhaafd. Het college heeft daarbij de Regeling 2022 toegepast en vastgesteld dat de aanvraag niet in de periode tussen 1 maart 2020 en 31 maart 2020 is ingediend.

Hoger beroep

2. Bedrijf betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat de aanvraag voor een exploitatievergunning terecht is beoordeeld naar het recht dat van toepassing was ten tijde van het besluit van 22 januari 2019 (ex nunc). De aanvraag had in dit geval, in afwijking van de hoofdregel, getoetst moeten worden aan de voorschriften voor vergunningverlening op grond van de Verordening op het binnenwater 2010 (hierna: Vob), die gold ten tijde van de aanvraag. Dit volgt uit artikel 10, tweede lid, onder f, en artikel 13 van de Richtlijn 2006/123/EG van het Europees parlement en de raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (hierna: Dienstenrichtlijn). In die bepalingen, die mede als doel hebben om het recht op vrijheid van ondernemerschap te waarborgen, is bepaald dat vergunningsvoorwaarden en vergunningprocedures vooraf bekend worden gemaakt. Het toepassen van de Regeling 2022 is ook onterecht, omdat het college in strijd met het doel en strekking van artikel 13 van de Dienstenrichtlijn bewust de beslistermijn heeft laten verlopen totdat die regeling in werking was getreden. Volgens bedrijf dienen prejudiciële vragen te worden gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) over de uitleg van de artikelen 10 en 13 van de Dienstenrichtlijn, voor zover daarover onduidelijkheid bestaat.

Wet- en regelgeving

2.1. Het juridisch toetsingskader is vermeld in de bijlage, die deel van deze uitspraak uitmaakt.

Beoordeling van het hoger beroep

– Toepassing van de Regeling 2022

2.2. In artikel 10 en 13 van de Dienstenrichtlijn worden inhoudelijke eisen gesteld aan vergunningstelsels en -procedures. Die bepalingen bevatten geen regels over de rechterlijke toetsing of de wijze waarop een lidstaat zijn bestuursrechtelijke procedure heeft ingericht (zie de uitspraak van de Afdeling van 12 september 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2958). Voor het oordeel dat het college de Regeling 2022 in afwijking van het nationale bestuursprocesrecht en dus in strijd met die bepalingen heeft toegepast is daarom geen grond. Wat bedrijf heeft aangevoerd doet geen twijfels rijzen over de uitleg van het Unierecht, zodat geen aanleiding bestaat tot het stellen van de door hem voorgestelde prejudiciële vragen (arrest van het Hof van 6 oktober 1982, Cilfit, ECLI:EU:C:1982:335, punt 16).

2.3. Artikel 7:11, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) bepaalt dat op grondslag van het bezwaar een volledige her-

overweging van het primaire besluit plaatsvindt. Als uitgangspunt geldt daarbij dat bij het nemen van een besluit op bezwaar het recht moet worden toegepast zoals dat ten tijde van de heroverweging geldt. De Afdeling zal beoordelen of in deze zaak een uitzondering op deze regel geldt.

2.4. Ten tijde van de besluitvorming op de aanvraag van bedrijf voerde het college een volumebeleid. Op grond van dat beleid werden exploitatievergunningen voor passagiersvervoer uitsluitend verleend nadat het college had besloten tot een uitgifteronde waarbij het aantal te verlenen vergunningen per segment voor een vergunninggebied werd vastgesteld. Het college had besloten tot een uitgifteronde in 2016 voor exploitatievergunningen voor vaartuigen in het segment bemand groot. Daartoe was een uitgiftereglement vastgesteld waarin criteria waren opgenomen waaraan aanvragen werden getoetst. Op grond van de uitkomst van een toetsing aan die criteria is de aanvraag van bedrijf afgewezen. In haar uitspraak van 27 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:160, heeft de Afdeling geoordeeld dat het volumebeleid in strijd is met de Dienstenrichtlijn.

Op 13 juni 2017 heeft het college artikel 1.3 van de Regeling passagiersvaartuigen Amsterdam 2013 gewijzigd en daarin een vergunningstop voor onbepaalde tijd opgenomen. Op grond van die vergunningstop werden met ingang van die datum geen exploitatievergunningen meer verleend. De vergunningstop is ingevoerd om tijd te scheppen om nieuw beleid te ontwikkelen om de strijd met de Dienstenrichtlijn weg te nemen. Bij het nemen van het besluit op bezwaar van 13 juni 2018 heeft het college de afwijzing gehandhaafd op grond van de vergunningstop. Bij uitspraak van 13 december 2018 heeft de rechtbank het beroep van bedrijf tegen het besluit van 13 juni 2018 gegrond verklaard, omdat de Afdeling in haar uitspraak van 12 september 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2958, de vergunningstop voor onbepaalde tijd onredelijk heeft geacht. Het college heeft het besluit van 22 januari 2019 genomen ter uitvoering van de uitspraak van de rechtbank van 13 december 2018. Daarbij heeft het college de Regeling 2022 toegepast, die ter vervanging van de vergunningstop is vastgesteld en die op dat moment gold. Die regeling houdt in dat aanvragen om een exploitatievergunning voor passagiersvaart die zijn ingediend buiten de periode van 1 maart 2020 tot 31 maart 2020, worden afgewezen.

Volgens vaste rechtspraak van het Hof wordt het in Unierechtelijke zaken toepasselijke procesrecht bij gebreke van Unierechtelijke voorschriften beheerst door de beginselen van gelijkwaardigheid, doeltreffendheid en effectieve rechtsbescherming. Op grond van het beginsel van effectieve

rechtsbescherming moet een particulier de bescherming van zijn door het Unierecht toegekende rechten doeltreffend in rechte kunnen afdwingen (arresten van 18 maart 2010, *Alassini e.a.*, ECLI:EU:C:2010:146, punten 47 tot en met 49 en 22 december 2010, *DEB*, ECLI:EU:C:2010:811, punten 29 tot en met 31). Door de Regeling 2022 ook toe te passen in lopende procedures tegen afwijzingen van aanvragen die reeds vóór de vergunningstop zijn gedaan, zijn die procedures zinledig gemaakt. In de kern wordt daarmee immers bewerkstelligd dat geen inhoudelijke heroverweging in een al lopende procedure plaatsvindt, maar wordt de aanvrager tegengeworpen dat hij niet alsnog een nieuwe aanvraag heeft ingediend. Toepassing van de Regeling 2022 op die procedures is daarmee niet verenigbaar met het beginsel van effectieve rechtsbescherming.

Omdat toepassing van de Regeling 2022 in dit geval niet verenigbaar is met het beginsel van effectieve rechtsbescherming, moet worden afgeweken van het uitgangspunt dat bij het nemen van een besluit op bezwaar het recht moet worden toegepast zoals dat ten tijde van dat besluit op bezwaar geldt. Niet valt in te zien hoe het afdoen van bezwaren tegen de afwijzing van oude aanvragen met toepassing van de regels die daarvoor golden ten tijde van de aanvraag, in de weg staat aan een procedure voor de verdeling van vergunningen die transparant is en aanvragers gelijke kansen op een exploitatievergunning biedt. Omdat de aanvraag van bedrijf was ingediend voor de vergunningstop en omdat de Afdeling in haar uitspraak van 27 januari 2016 heeft geoordeeld dat het volumebeleid in strijd is met de Dienstenrichtlijn, zodat de criteria van het Uitgiftereglement geen toepassing kunnen vinden, had het college moeten beoordelen of die aanvraag in overeenstemming was met de voorschriften voor vergunningverlening op grond van de Vob. De rechtbank heeft dit niet onderkend.

Het betoog slaagt. De overige gronden behoeven daarom geen bespreking meer.

– *Lex silencio positivo*

2.5. Bedrijf betoogt dat in artikel 1.2.4, derde lid, van de Vob ten onrechte is bepaald dat de zogeheten *lex silencio positivo* niet van toepassing is op een aanvraag om een exploitatievergunning voor passagiersvaart. Omdat in de toelichting op de Vob niet deugdelijk is gemotiveerd waarom de *lex silencio positivo* niet van toepassing is, is artikel 1.2.4, derde lid, van de Vob geen redelijke beleidsbepaling. Omdat het college niet binnen de wettelijke termijn een besluit heeft genomen is de aangevraagde vergunning ingevolge artikel 13, vierde lid, van de Dienstenrichtlijn van rechtswege verleend, aldus bedrijf.

2.6. Artikel 4:20a, eerste lid, van de Awb, bepaalt dat paragraaf 4.1.3.3 van de Awb (de positieve beschikkingen bij niet-tijdig beslissen) van toepassing is, indien dit bij wettelijk voorschrift is bepaald. In het algemeen geldt hier dus het uitgangspunt: "niet van toepassing, tenzij". In artikel 13, vierde lid, van de Dienstenrichtlijn is echter bepaald dat wanneer niet-tijdig op een aanvraag wordt besloten, de aangevraagde vergunning wordt geacht te zijn verleend, tenzij een andere regeling wordt vastgesteld als dat gerechtvaardigd is om dwingende redenen van algemeen belang. Daarmee geldt voor vergunningen die onder de reikwijdte van deze bepaling vallen dus, anders dan in de Awb is bepaald, het uitgangspunt "wel van toepassing, tenzij".

In artikel 1.2.4, derde lid, van de Vob is bepaald dat de regeling over positieve beschikkingen bij niet-tijdig beslissen van paragraaf 4.1.3.3 van de Awb niet van toepassing is op de aanvraag om een vergunning voor passagiersvaart.

2.7. Bij de beoordeling van het betoog over artikel 1.2.4, derde lid, van de Vob is sprake van een zogenoemde exceptieve toetsing. Een rechter kan een algemeen verbindend voorschrift dat geen wet in formele zin is, in een zaak over een besluit dat op dat voorschrift gebaseerd is, toetsen op rechtmatigheid. In het bijzonder gaat het daarbij om de vraag of het voorschrift in strijd is met hogere regelgeving. De rechter kan beoordelen of dit algemeen verbindend voorschrift een voldoende deugdelijke grondslag biedt voor het besluit waarover de zaak gaat. Bij deze indirecte toetsing van het algemeen verbindend voorschrift vormen de algemene rechtsbeginselen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een belangrijk richtsnoer. De toetsing wordt verricht op de wijze die de Afdeling heeft uiteengezet in haar uitspraak van 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452 (ow. 6). Zoals in die uitspraak is overwogen, kan de enkele strijd met formele beginselen zoals het beginsel van zorgvuldige besluitvorming (artikel 3:2 van de Awb) en het motiveringsbeginsel (artikel 3:46 van de Awb) niet leiden tot het onverbindend achten van een algemeen verbindend voorschrift. Als de bestuursrechter als gevolg van een onzorgvuldige voorbereiding of gebrekkige motivering van het voorschrift niet kan beoordelen of er strijd is met hogere regelgeving, de algemene rechtsbeginselen of het evenredigheidsbeginsel, kan hij echter het voorschrift wel buiten toepassing laten en een daarop gebaseerd besluit vernietigen.

2.8. In de toelichting op artikel 1.2.4, derde lid, van de Vob, staat:

"[...] Vanaf 2012 geldt de *lex silencio positivo* voor vergunningstelsels die onder de Dienstenrichtlijn vallen van rechtswege, tenzij de

lex silencio positivo voor deze vergunningstelsels expliciet wordt uitgesloten op grond van een dwingende reden van algemeen belang. Dat is voor de ligplaatsvergunning (artikel 2.4.1) en de exploitatievergunning (artikel 2.4.5) voor bedrijfsvaartuigen gebeurd."

Op 14 december 2012 is artikel 1.2.4, derde lid, van de Vob in die verordening opgenomen. In de toelichting op de Vob van die datum staat:

"Derde lid: *lex silencio positivo*

[...].

De ligplaatsvergunning (artikel 2.4.1) en de exploitatievergunning (artikel 2.4.5) voor bedrijfsvaartuigen vallen onder de Dienstenrichtlijn, aangezien deze vergunningen invloed hebben op het al dan niet kunnen uitoefenen van diensten door ondernemers. Deze vergunningen beogen de belangen van ordening, de (verkeers)veiligheid, het (stedelijk) milieu en de vlotte en veilige doorvaart te beschermen. Gezien deze belangen zou het onwenselijk zijn als de ligplaatsvergunning en de exploitatievergunning voor bedrijfsvaartuigen van rechtswege worden verleend voordat er een inhoudelijke toets van de aanvraag heeft plaatsgevonden en is voltooid. Toepassing van de *lex silencio positivo* is hier dan ook niet wenselijk om dwingende redenen van algemeen belang, in het bijzonder de bescherming van de veiligheid en het milieu. Paragraaf 4.1.3.3 Awb wordt niet van toepassing verklaard."

Uit bovenstaande toelichtingen volgt dat de *lex silencio positivo* niet van toepassing is verklaard op aanvragen om een exploitatievergunning voor passagiersvaart om te voorkomen dat een vergunning van rechtswege wordt verleend zonder dat daarbij een beoordeling is verricht naar de ordening, de (verkeers)veiligheid, het (stedelijk) milieu en de vlotte en veilige doorvaart, terwijl de belangen daarvan in het geding kunnen komen. Die redenen zijn dwingende redenen van algemeen belang (vergelijk uitspraak van 7 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1520). Het betoog dat in de toelichting niet deugdelijk is gemotiveerd waarom de *lex silencio positivo* niet van toepassing wordt verklaard kan daarom niet worden gevolgd. Voor het oordeel dat artikel 1.2.4, derde lid, van de Vob onverbindend is of buiten toepassing moet worden verklaard is geen grond.

Het betoog faalt.

Slotsom

3. Het hoger beroep is gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling het beroep tegen het besluit van 22 januari 2019 alsnog gegrond verklaren en dat besluit vernietigen. Dit betekent dat het colle-

ge opnieuw op de bezwaren zal moeten beslissen.

Met het oog op een efficiënte afdoening van het geschil ziet de Afdeling aanleiding om met toepassing van artikel 8:113, tweede lid, van de Awb te bepalen dat tegen het te nemen nieuwe besluit op bezwaar slechts bij haar beroep kan worden ingesteld.

4. Het college moet de proceskosten vergoeden.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

- I. verklaart het hoger beroep gegrond;
- II. vernietigt de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 21 december 2020 in zaak nr. 19/1275;
- III. verklaart het beroep gegrond;
- IV. vernietigt het besluit van het college van burgemeester en wethouders van Amsterdam van 22 januari 2019;
- V. bepaalt dat tegen het te nemen nieuwe besluit alleen bij de Afdeling beroep kan worden ingesteld;
- VI. veroordeelt het college van burgemeester en wethouders van Amsterdam tot vergoeding van bij appelland, eigenaar van bedrijf, in verband met de behandeling van het beroep en het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 2.244 (zegge: tweeduizend tweehonderdvierenveertig euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;
- VII. gelast dat het college van burgemeester en wethouders van Amsterdam aan appelland, eigenaar van bedrijf, het door hem voor de behandeling van het beroep en het hoger beroep betaalde griffierecht ten bedrage van € 615 vergoedt.

Bijlage

Richtlijn 2006/123/EG van het Europees parlement en de raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt

Artikel 10

1. Vergunningstelsels zijn gebaseerd op criteria die beletten dat de bevoegde instanties hun beoordelingsbevoegdheid op willekeurige wijze uitoefenen.
2. De in lid 1 bedoelde criteria zijn:
[...]
f. vooraf openbaar bekendgemaakt
[...]

Artikel 13

1. De vergunningsprocedures en -formaliteiten zijn duidelijk, worden vooraf openbaar gemaakt en bieden de aanvragers de garantie dat hun aanvraag objectief en onpartijdig wordt behandeld.
[...]

4. Bij het uitblijven van een antwoord binnen de overeenkomstig lid 3 vastgestelde of verlengde termijn wordt de vergunning geacht te zijn verleend. Andere regelingen kunnen niettemin worden vastgesteld, wanneer dat gerechtvaardigd is om dwingende redenen van algemeen belang, met inbegrip van een rechtmatig belang van een derde partij.

Dienstenwet

Artikel 28

1. In afwijking van artikel 4:20a, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht is paragraaf 4.1.3.3 van die wet van toepassing op een aanvraag om een vergunning, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald.

Verordening op het binnenwater 2010, zoals die luidde ten tijde van belang

Artikel 1.2.4 Beslistermijn

[...].

3. Paragraaf 4.1.3.3 van de Algemene wet bestuursrecht is niet van toepassing op de aanvraag om een vergunning of ontheffing als bedoeld in de artikelen 2.4.1 en 2.4.5 van deze verordening.

Artikel 2.4.5 Exploitatie (bedrijfs)vaartuigen voor vervoer van goederen dan wel passagiers

1. Het is een ieder verboden met een vaartuig of object tegen betaling of andere vergoeding, goederen of passagiers te vervoeren of vaartochten te verzorgen.
[...].

Wijziging Regeling Passagiersvaart Amsterdam 2013 (zoals bekend gemaakt op 13 juni 2017)

Artikel 1.3 komt als volgt te luiden:

1. Tot een nader door het college van burgemeester en wethouder te bepalen tijdstip worden er geen exploitatievergunningen en vervangings- en verbouwingsvergunningen voor vaartuigen verleend.
2. Vervalt
3. Vervalt
4. Vervalt
5. Vervalt
6. Vervalt
7. Vervalt
[...].

Regeling uitgifteronde 2022 voor exploitatievergunningen passagiersvaart

Artikel 1

1. Een vergunning als bedoeld in artikel 2.4.5, eerste lid, van de Verordening op het binnenwater 2010 wordt slechts verleend indien daarvoor een aanvraag is ingediend in de periode tussen 1 maart 2020 om 8:00 en 31 maart 2020 om 18:00.

2. Aanvragen die zijn ingediend in een andere dan de in het eerste lid genoemde periode worden afgewezen.

Artikel 2

Een vergunning als bedoeld in artikel 1 wordt verleend met ingang van 1 maart 2022.

Noot

Inleiding

1. Deze uitspraak is een signalering waard, omdat de Afdeling bestuursrechtspraak daarin – bij mijn weten voor het eerst – een uitzondering op de zogenoemde *ex nunc*-beoordeling in bezwaar baseert op het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Deze uitspraak wijkt daarmee bovendien af van een uitspraak van de Afdeling van 12 september 2018 die – evenals de hier opgenomen uitspraak – betrekking had op een weigering van het college van burgemeester en wethouders van Amsterdam om een exploitatievergunning voor het vervoeren van passagiers te water te verlenen, maar waarin *geen* uitzondering op de *ex nunc*-beoordeling in bezwaar, gebaseerd op het beginsel van effectieve rechtsbescherming, werd aangenomen (ECLI:NL:RVS:2018:2958, AB 2018/411, m.nt. C.J. Wolswinkel).

Voorgeschiedenis

2. De verdeling van schaarse vergunningen voor passagiersvaartuigen in de Amsterdamse grachten is al langere tijd onderwerp van een gestage stroom aan uitspraken van de bestuursrechter. Om de grachten te beschermen en het gebruik ervan te reguleren voerde de gemeente Amsterdam sinds 1948 een zogenoemd volumebeleid voor passagiersvervoer te water. Dit beleid hield in dat er een beperkt aantal vergunningen werd verleend voor passagiersvervoer te water. Een vergunning kon alleen worden verleend als er sprake was van een uitgifteronde of als een aanvraag betrekking had op een bijzonder initiatief met milieuvriendelijke aandrijving of op een innovatief vervoersconcept. Bovendien werden de vergunningen voor onbepaalde tijd verleend. Bij uitspraak van 27 januari 2016 in de zaak *Trijber* (ECLI:NL:RVS:2016:160) oordeelde de Afdeling

dat het volumebeleid in strijd is met de Dienstenrichtlijn. Aan dat oordeel heeft de Afdeling ten grondslag gelegd dat schaarse vergunningen alleen voor bepaalde tijd mogen worden verleend.

3. Het gevolg van het decennialang voeren van een volumebeleid was dat de Amsterdamse markt voor passagiersvervoer te water op slot zat en nieuwe gegadigden vrijwel geen kans hadden om een vergunning te krijgen. Voor het gemeentebestuur was dat aanleiding om in 2013 het volumebeleid te herzien en de markt – in elk geval deels – te openen. Onderdeel van dit nieuwe beleid was de indeling van passagiersvaartuigen in segmenten, gebaseerd op maat (lengte en breedte), karakter (open of gesloten) en al dan niet professionele besturing (bemand of onbemand). Het nieuwe beleid hield kort gezegd het voornemen in om voor vaartuigen met een lengte tot en met 14 meter het beschikbare aantal vergunningen te verruimen met als eindperspectief het vrijgeven van het aantal vergunningen in 2020. Het aantal vaartuigen groter dan 14 x 3,75 meter (segment 'Bemand Groot') dat in het meest lucratieve centrumgebied mag varen, bleef gemaximeerd op het toenmalige aantal. Dit beleid is uitgewerkt in de Regeling Passagiersvaart Amsterdam 2013 (hierna: de RPA 2013). De RPA 2013 bevat beleidsregels die het college hanteert bij de beoordeling van vergunningaanvragen op grond van de Verordening op het binnenwater 2010 (Vob).

4. Om nieuwkomers niet alleen op papier een kans te geven om in aanmerking te komen voor een schaarse vergunning voor het segment 'Bemand Groot', heeft het college besloten om de voordien reeds voor onbepaalde tijd verleende vergunningen om te zetten in vergunningen voor bepaalde tijd. Eind 2013 is het college ook daadwerkelijk overgegaan tot het intrekken van de vergunningen voor onbepaalde tijd voor vaartuigen in het segment 'Bemand Groot' en het opnieuw verlenen van die vergunningen voor bepaalde tijd. De Afdeling oordeelde bij uitspraak van 7 juni 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:1520, AB 2017/249, m.nt. C.J. Wolswinkel) echter dat de in het nieuwe beleid gehanteerde segmentindeling te grofmazig was, aangezien daarbij geen rekening was gehouden met boten met een moderne stuurinrichting. De Afdeling concludeerde dat de beperking van het aantal vergunningen voor het segment 'Bemand Groot' niet wordt gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang, omdat deze beperking niet evenredig was (lees: het beperken van het aantal vergunningen voor het segment 'Bemand Groot' is geen geschikt middel om het doel van een vlotte en veilige doorvaart en het voorkomen van daarmee samenhangende overlast). Die vergunningen konden om die reden niet in stand blijven en de Afdeling verklaarde de RPA

2013 in zoverre onverbindend. Dit betekende dat de oude vergunningen die voor onbepaalde tijd waren verleend, herleefden.

5. Vrijwel direct na de vernietigende uitspraak van de Afdeling van 7 juni 2017 heeft het college als reactie daarop een vergunningstop voor onbepaalde tijd ingesteld voor alle segmenten. Daartoe heeft het college op 13 juni 2017 de RPA 2013 gewijzigd. Het doel hiervan was tijd te scheppen om nieuw beleid te ontwikkelen om de strijd met de Dienstenrichtlijn weg te nemen. De Afdeling heeft bij uitspraak van 12 september 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:2958, AB 2018/411, m.nt. C.J. Wolswinkel) evenwel geoordeeld dat het invoeren van een vergunningstop in het kader van het formuleren van nieuw beleid om een situatie die in strijd is met de Dienstenrichtlijn te herstellen in beginsel redelijk is, maar dat een vergunningstop voor onbepaalde tijd, zoals aan de orde was, niet redelijk is. Wederom een streep door de Amsterdamse rekening.

De hier afgedrukte uitspraak

6. Waar ging het in de hier afgedrukte uitspraak om? Appellant heeft op 2 november 2016 een aanvraag ingediend voor een exploitatievergunning voor het vervoeren van passagiers met een bedrijfsvaartuig. Op dat moment gold het volumebeleid uit 2013. Op grond van dat beleid werden vergunningen uitsluitend verleend nadat het college had besloten tot een uitgifteronde, waarbij het aantal te verlenen vergunningen werd vastgesteld. Het college had besloten tot een uitgifteronde in 2016. Daartoe was een uitgifte-reglement vastgesteld, waarin criteria waren opgenomen waaraan aanvragen werden getoetst. Op grond van de uitkomst van een toetsing aan die criteria is de aanvraag van appellant op 26 april 2017 afgewezen. Op 13 juni 2018 werd het bezwaar van appellant tegen de afwijzing ongegrond verklaard. Daaraan legde het college ten grondslag dat er op dat moment de inmiddels door haar op 13 juni 2017 ingestelde algehele vergunningstop gold. Op 13 december 2018 heeft de rechtbank het tegen het besluit van 13 juni 2017 ingestelde beroep gegrond verklaard, aangezien de Afdeling ondertussen in de hiervoor genoemde uitspraak van 12 september 2018 de vergunningstop voor onbepaalde tijd alweer onredelijk heeft geacht en deze stop derhalve niet meer kon worden tegengeworpen.

Ondertussen heeft het college op 8 januari 2019 de Regeling uitgifteronde 2022 voor exploitatievergunningen passagiersvaart vastgesteld. Daarin is bepaald dat een exploitatievergunning slechts wordt verleend indien daarvoor een aanvraag is ingediend in de periode tussen 1 maart 2020 en 31 maart 2020 en dat aanvragen die zijn

ingediend in een andere periode worden afgewezen. Ter uitvoering van de uitspraak van de rechtbank heeft het college vervolgens bij besluit van 22 januari 2019 het bezwaar opnieuw ongegrond verklaard en de afwijzing van de aanvraag gehandhaafd. Het college heeft daarbij het recht toegepast zoals dat op dat moment gold (*ex nunc*). Het college heeft dus de Regeling uitgifteronde 2022 toegepast, vastgesteld dat de aanvraag van appellant niet tussen 1 en 31 maart 2020 is ingediend (want die aanvraag dateerde van 2 november 2016) en geoordeeld dat de aanvraag derhalve terecht is afgewezen.

7. De Afdeling oordeelt in de hier opgenomen uitspraak dat het toepassen van de Regeling uitgifteronde 2022 op procedures tegen afwijzingen van aanvragen die reeds vóór de vergunningstop zijn gedaan, die procedures zinledig maakt. Zo wordt immers bewerkstelligd dat geen inhoudelijke heroverweging in een al lopende procedure plaatsvindt, maar de aanvrager wordt tegengeworpen dat hij niet alsnog een nieuwe aanvraag heeft ingediend. De Afdeling acht dit niet verenigbaar met het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Dat oordeel lijkt mij juist. Immers, als het college niet in eerste instantie de later onrechtmatig gebleken vergunningstop had tegengeworpen aan appellant, dan had er een inhoudelijke beoordeling van zijn bezwaar moeten plaatsvinden. Daarbij had het dan moeten gaan om de vraag of zijn aanvraag terecht op basis van een toetsing aan de in de uitgifteronde 2016 geldende criteria op een bepaalde (te lage) plaats in de rangorde is geëindigd. Door in bezwaar de voor een nieuwe (latere) aanvraagronde geldende aanvraagtermijn tegen te werpen lijkt het college de aanvraag van appellant in het kader van de uitgifteronde 2016 als het ware te converteren naar een aanvraag voor de uitgifteronde 2022, die dan dus buiten de aanvraagperiode (want te vroeg) is ingediend. Ik zou menen dat het college de aanvraag uit 2016 dan had moeten aanmerken als een premature aanvraag en appellant in de gelegenheid had moeten stellen om zijn aanvraag alsnog binnen de voor de uitgifteronde 2022 gestelde aanvraagtermijn in te dienen. Ook langs die weg had dan alsnog in een inhoudelijke beoordeling van de aanvraag kunnen plaatsvinden. Door dit allemaal niet te doen, lijkt het college door het toepassen van een 'trucje' de aanvraag van appellant buiten de deur te willen houden. Dit heeft tot gevolg dat, zoals ook de Afdeling overweegt, de (bezwaar)procedure tegen de afwijzing van de aanvraag voor de uitgifteronde 2016 zinledig wordt gemaakt. De Afdeling acht dit terecht in strijd met het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Immers, appellant kan de

rechten die hij (mogelijk) ontleent aan de Dienstenrichtlijn niet effectueren.

8. De Afdeling voegt met deze uitspraak een nieuwe uitzondering toe aan de hoofdregel dat bij het nemen van een besluit op bezwaar het recht moet worden toegepast zoals dat ten tijde van de heroverweging geldt (*ex nunc*-beoordeling). Eerder werden uitzonderingen aangenomen omdat bijvoorbeeld de aard van het besluit zich tegen *ex nunc*-beoordeling verzet (bijv. besluiten die betrekking hebben op een tijdvak dat in het verleden ligt) of er sprake is van het rangschikken van aanvragen (bijv. tendersubsidies). Zie voor een uitvoerig overzicht van uitzonderingen op het uitgangspunt van *ex nunc*-beoordeling in bezwaar met verwijzingen naar jurisprudentie: M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2017, p. 504-508 en R.J.N. Schlössels e.a., *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2017, p. 239-240.

In de hier opgenomen uitspraak wordt daar een uitzondering op grond van het beginsel van effectieve rechtsbescherming aan toegevoegd. Overigens had de Afdeling m.i. in dit geval de uitzondering op de *ex nunc*-beoordeling ook kunnen baseren op het feit dat er sprake is van het rangschikken van aanvragen. De aanvraag was immers ingediend voor de uitgifteronde 2016 en kan in bezwaar dus niet worden beoordeeld aan de hand van het recht dat van toepassing is op de uitgifteronde 2022 (vgl. ABRvS 26 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX8283, AB 2012/397, m.nt. A. Drahmman, met dien verstande dat het in die uitspraak ging om de feiten die waren gewijzigd ten tijde van het nemen van het besluit op bezwaar, terwijl het hier gaat om een wijziging van het recht/beleid).

9. De consequentie van het oordeel van de Afdeling is dat het college bij het nemen van een nieuw besluit op bezwaar het recht had moeten toepassen, zoals dat gold ten tijde van de uitgifteronde 2016. Dit betekent dat het college in beginsel het uitgiftereglement 2016 dat destijds gold had moeten toepassen. Omdat de Afdeling in de uitspraak van 27 januari 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:160) echter had geoordeeld dat het volumebeleid in strijd is met de Dienstenrichtlijn, kon dat uitgiftereglement geen toepassing meer vinden. Dit betekent dat het college had moeten beoordelen of de aanvraag van appellant in overeenstemming was met de voorschriften voor vergunningverlening op grond van de Vob. De Afdeling draagt het college dan ook op dat alsnog te doen.

Op zichzelf een terecht oordeel, lijkt mij. Maar mij is nog niet duidelijk waar dit toe moet leiden. Als uit de heroverweging bijvoorbeeld volgt dat appellant hoger in de rangorde had moeten eindigen en achteraf bezien toch in aanmerking had

moeten komen voor een vergunning, dan leidt dat tot overschrijding van het vergunningenplafond. Geldt dan dat het bieden van effectieve rechtsbescherming belangrijker is dan de dwingende reden van algemeen belang die aan het instellen van het plafond ten grondslag ligt? Of kan de conclusie dat appellant achteraf bezien toch een vergunning had moeten krijgen in dit geval nog slechts tot vervangende schadevergoeding leiden? Kortom, waar de opdracht van de Afdeling aan het college toe moet leiden, is nog niet helemaal duidelijk.

ABRvS 12 september 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:2958)

10. De hier opgenomen uitspraak is niet de eerste uitspraak waarin de Afdeling voor de vraag werd gesteld of op grond van het beginsel van effectieve rechtsbescherming een uitzondering moet worden gemaakt op het uitgangspunt dat bij het nemen van een besluit op bezwaar het recht moet worden toegepast zoals dat ten tijde van de heroverweging geldt. Die vraag was ook aan de orde in de uitspraak van 12 september 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:2958, AB 2018/411, m.nt. C.J. Wolswinkel), maar toen zag de Afdeling geen reden om af te wijken van dat uitgangspunt. Wat was er in die zaak aan de hand? Appellanten in die zaak hadden in februari en maart 2016 aanvragen ingediend voor exploitatievergunningen voor het vervoeren van passagiers. Ook toen gold al het volumebeleid uit 2013. Bij besluiten van 28 en 29 juni 2016 heeft het college de aanvragen afgewezen. Het college heeft daaraan ten grondslag gelegd dat er geen sprake was van een uitgifteronde. Bij besluiten van 25 oktober 2016 heeft het college de bezwaren van appellanten ongegrond verklaard, omdat de RPA 2013 op 14 oktober 2016 is gewijzigd, met dien verstande dat tot 1 februari 2017 voor vaartuigen kleiner dan 14 meter een vergunningstop gold (dit is overigens een andere vergunningstop dan de op 13 juni 2017 ingevoerde algehele vergunningstop voor onbepaalde tijd). Gelet op deze vergunningstop moest volgens het college de afwijzing van de aanvraag in bezwaar worden gehandhaafd. In hoger beroep lag (onder meer) de vraag voor of de vergunningstop ten grondslag had mogen worden gelegd aan de beslissing op bezwaar. Volgens appellanten had in dit specifieke geval niet *ex nunc* op het bezwaar moeten worden beslist, maar *ex tunc*. De Afdeling ging daar niet in mee en volgde de rechtbank in haar oordeel dat bij het nemen van het besluit op bezwaar in beginsel het recht (en ook het beleid) moet worden toegepast zoals dat op dat moment gold. De Afdeling zag geen aanleiding om van dit uitgangspunt af te wijken. In dat kader overweegt de Afdeling – voor zover voor deze noot relevant – dat toe-

passing van artikel 7:11 Awb geen schending van het Unierechtelijke beginsel van gelijkwaardigheid, doeltreffendheid en effectieve rechtsbescherming oplevert, omdat artikel 7:11 Awb geldt voor zowel nationale als Unierechtelijke beroepen en het de effectuering van de rechten die appellanten aan de Dienstenrichtlijn ontnemen niet onmogelijk of uiterst moeilijk maakt.

11. De vraag is hoe dit oordeel valt te rijmen met de hier afgedrukte uitspraak. Opvallend is immers dat uit de uitspraak uit 2018 volgt dat een vergunningstop die op het moment van aanvragen (en primair beslissen) nog niet gold *wel* mag worden toegepast bij het beslissen op bezwaar (en dat geen strijd met het beginsel van effectieve rechtsbescherming oplevert) en dat uit de uitspraak uit 2021 volgt dat het nieuwe beleid voor een nieuwe uitgifteronde *niet* mag worden betrokken bij de beoordeling in bezwaar.

In de situatie die aan de orde was in de hier afgedrukte uitspraak (2021) heeft het college in wezen de aanvraag in het kader van de uitgifteronde 2016 geconverteerd naar een aanvraag in het kader van de uitgifteronde 2022 en geoordeeld dat die buiten de daarvoor geldende aanvraagtermijn is ingediend. In de uitspraak uit 2018 was van een dergelijke 'conversie' geen sprake. Een ander verschil tussen beide zaken is dat in de uitspraak uit 2021 sprake was van een *in primo* inhoudelijk beoordeelde aanvraag, terwijl in de uitspraak uit 2018 sprake was van een aanvraag die niet inhoudelijk was beoordeeld, omdat deze buiten een uitgifteronde was ingediend. Zit daar dan het verschil in dat ertoe leidt dat in de hier opgenomen uitspraak het beginsel van effectieve rechtsbescherming noopt tot een *ex tunc*-beoordeling in bezwaar en in de uitspraak van 2018 niet? Maakt het feit dat er *in primo* geen inhoudelijke beoordeling heeft plaatsgevonden, dat het toepassen van nieuw beleid ten tijde van het nemen van een besluit op bezwaar niet leidt tot het niet kunnen effectueren van rechten die appellanten aan de Dienstenrichtlijn ontnemen? In retrospectief ben ik niet overtuigd van de juistheid van het oordeel van de Afdeling op dit punt in de uitspraak uit 2018.

Afronding

12. De Afdeling voegt met deze uitspraak voor het eerst een op het beginsel van effectieve rechtsbescherming gebaseerde uitzondering toe aan de hoofdregel dat bij het nemen van een besluit op bezwaar het recht moet worden toegepast zoals dat ten tijde van de heroverweging geldt. Wanneer een rechtzoekende (mogelijk) rechten ontleent aan het Unierecht (zoals in dit geval aan de Dienstenrichtlijn) en hij die door een strikte *ex nunc*-beoordeling in bezwaar niet kan

effectueren als gevolg van een wijziging van het toe te passen recht of beleid, dan kan dat nopen tot een *ex tunc*-beoordeling in bezwaar. De hier opgenomen uitspraak is daarvan een mooie illustratie. Wel valt op dat de Afdeling in eerdere rechtspraak die stap niet heeft willen zetten, hoewel daarop zichzelf toch ook aanleiding voor bestond. Toekomstige rechtspraak kan wellicht verduidelijken waarom het beginsel van effectieve rechtsbescherming in het ene geval wel en in het andere geval niet tot een *ex tunc*-beoordeling in bezwaar noopt.

J. Wieland

AB 2022/175

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

24 november 2021, nr. 202101775/1/A2

(Mrs. C.H.M. van Altena, J.E.M. Polak, B. Meijer)
m.nt. H.E. Bröring

Art. 6:177a lid 1 BW

ABkort 2021/682

O&A 2022/6

ECLI:NL:RVS:2021:2631

Het bewijsbeleid van het IMG, dat voor dit bestuursorgaan strenger is dan de Hoge Raad eist, is deels juist en deels onjuist toegepast.

Het Panel van Deskundigen heeft op 22 januari 2019 advies uitgebracht. In dit advies is vermeld dat bij de aanvraag om vergoeding van fysieke schade het bewijsvermoeden is weerlegd indien in een concreet geval evident en aantoonbaar een andere oorzaak als uitsluitende oorzaak voor de fysieke schade valt aan te wijzen dan beweging van de bodem als gevolg van de aanleg of de exploitatie van een mijnbouwwerk ten behoeve van het winnen van gas uit het Groningenveld.

Met inachtneming van het in dit advies neergelegde bewijsbeleid en de daarbij behorende werkinstructie toetsen deskundigen of zij met een voldoende grote mate van zekerheid kunnen uitsluiten dat de schade door bodembeweging door mijnbouwactiviteiten is ontstaan, en zo ja, waardoor de schade dan wel is ontstaan. Dit betekent dat de deskundige het bewijsvermoeden niet weerlegd zal achten indien hij het weliswaar aannemelijk acht dat een schade niet door bodembeweging als gevolg van gaswinning is ontstaan of verergerd, maar hij onvoldoende zekerheid kan geven over de vraag waardoor de schade dan wel is ontstaan of verergerd.

In het kader van de vergewisplicht toetst het Instituut aan de hand van welke feiten en omstandig-