

Handreiking voor gemeenten

Schaarse vergunningen



Inhoudsopgave

1	Inleiding	5
2	Rechtspraak over schaarse vergunningen	6
2.1	Gelijke kansen op schaarse vergunningen	6
2.2	Evenredigheid van schaarse vergunningsstelsels	10
2.3	Naar een deugdelijk verdelingsbeleid?	12
3	De definiërende kenmerken van stelsels met schaarse vergunningen	14
3.1	Publiekrechtelijke regeling	14
3.2	Beperken activiteit, in bepaald gebied, tot één of meer gegadigden	16
3.3	Aantal vergunningen beperken voor legitiem doel	20
3.4	Beïnvloedt kansen van anderen op de activiteit	22
3.5	Belang van de kenmerken	22
4	Keuzes en aanknopingspunten voor verdelingsbeleid	23
4.1	Verordening, beleid of vergunningverlening?	23
4.2	Uitzonderingen op de mededingingsruimte?	23
4.3	Welk verdelingsmechanisme voor de vergunningen?	24
4.4	Welke duur bepalen van de vergunning?	27
5	Nawoord	29

Colofon

Deze handreiking is opgesteld door Wetgevingswerken in opdracht van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten.

Auteur

Olaf Kwast (Wetgevingswerken)

Opmaak

Chris Koning (VNG)

November 2018

1 Inleiding

Deze handreiking is bedoeld voor gemeenteambtenaren die met schaarse vergunningen te maken krijgen in het kader van vergunningverlening, beleid of regelgeving. Beoogd is een zo eenvoudig mogelijk inzicht te geven over het onderwerp van schaarse vergunningen.

De handreiking bestaat uit drie delen. Het eerste deel (paragraaf 2) beschrijft de ontwikkeling van het juridische kader voor de verdeling van schaarse vergunningen aan de hand van de rechtspraak.

Het tweede deel (paragraaf 3) analyseert de vraag wanneer precies wel en wanneer niet van schaarse vergunningen sprake is, aan de hand van onderscheidende kenmerken van de vergunningstelsels waarin deze geregeld zijn.

Het derde deel (paragraaf 4) identificeert aanknopingspunten voor de relevante keuzes die gemeentebesturen kunnen maken om een evenredig verdelingsbeleid te voeren dat verzekert dat aan alle (potentiële) gegadigden gelijke kansen worden geboden.

Verdieping is mogelijk op alle onderdelen. De nadruk van deze handreiking ligt op een zo duidelijk mogelijke presentatie van de samenhang tussen verschillende onderdelen van het onderwerp.

Deze handreiking vervangt de factsheet van de VNG van 2016, die door de ontwikkelingen in de rechtspraak niet meer actueel is, al is de uiteenzetting van verdeelmechanismen nog bruikbaar als het in samenhang wordt gelezen met deze handreiking. Het onderwerp van schaarse vergunningen zal ook voorlopig nog in ontwikkeling blijven.

De tekst van deze handreiking op 19 oktober afgesloten, zodat geen rekening kon worden gehouden met de op dat moment nog niet beschikbare uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State over ruimtelijke besluiten in de zaak over het rijksinpassingsplan Windpark Zeewolde. Wel is aan de conclusie van de staatsraad-advocaat generaal in die zaak aandacht besteed.

2 Rechtspraak over schaarse vergunningen

In dit deel wordt het onderwerp geïntroduceerd aan de hand van het juridisch kader voor de verdeling van schaarse vergunningen dat de afgelopen jaren in de rechtspraak is ontwikkeld. Voorop staan daarbij het gelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel. Deze rechtspraak heeft als consequentie dat gemeentebesturen voor elk gemeentelijk vergunningstelsel waarin de beschikbare vergunningen in aantal zijn beperkt, een verdelingsbeleid moeten voeren dat verzekert dat aan alle gegadigden gelijke kansen wordt geboden en dat de instrumentkeuzes die daarbij worden gemaakt evenredig zijn in verhouding tot het met deze schaarse vergunningen te dienen legitieme doel.

2.1 Gelijke kansen op schaarse vergunningen

Speelautomatenhal Vlaardingen-uitspraak.

In 2016 is door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State het bestaan erkend van een nationale rechtsnorm die gevolgen heeft voor de besluitvorming over schaarse vergunningen (ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, *Speelautomatenhal Vlaardingen*). Het gelijkheidsbeginsel betekent volgens deze uitspraak voor de verdeling van schaarse vergunningen dat het gemeentebestuur aan (potentiële) gegadigden gelijke kansen moet bieden om in aanmerking te komen voor deze vergunningen.

Drie concrete verplichtingen.

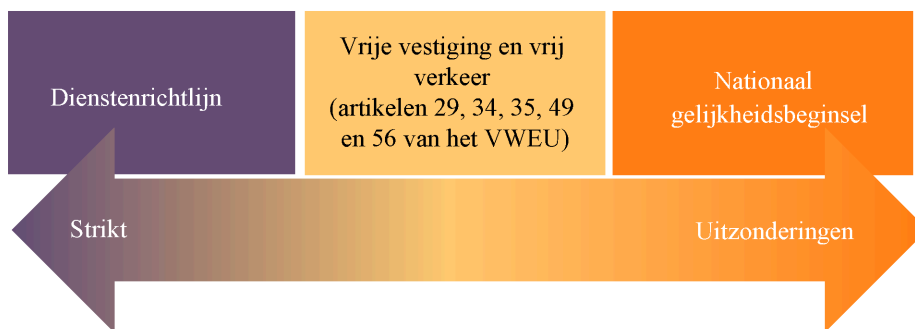
Het bieden van gelijke kansen houdt voor het bestuur ieder geval drie concrete verplichtingen in tegenover de gegadigden: (1) bied ruimte om naar een beschikbare vergunning mee te dingen; (2) maak vooraf kenbaar door een passende mate van openbaarheid dat één of meer schaarse vergunningen beschikbaar zijn, in welk tijdvak aanvragen ingediend kunnen worden, hoe deze worden verdeeld over de gegadigden en welke criteria daarbij gehanteerd worden, zodat de gegadigde zijn aanvraag daarop kan afstemmen; en (3) laat de duur van een vergunning niet onbepaald en maak deze niet buitensporig lang, zodat de vergunninghouder niet onevenredig wordt bevoordeeld ten opzichte van andere gegadigden. In paragraaf 4 van deze handreiking wordt nader op de inhoud van deze verplichtingen ingegaan.

Drie relevante bronnen.

Deze drie verplichtingen op grond van het gelijkheidsbeginsel vloeiden op dat moment ook al voort uit twee Unierechtelijke bronnen van het transparantiebeginsel: Hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn (hierna ook: Drl) en de bepalingen over non-discriminatie, vrijheid van vestiging en vrijheid van goederen- en dienstenverkeer in het Verdrag inzake de Werking van de Europese Unie (hierna ook: Werkingsverdrag of VWEU).

Het nationaalrechtelijke gelijkheidsbeginsel vormt daarmee een aanvulling op die Europese instrumenten, zodat er drie relevante rechtsbronnen zijn voor de norm van gelijke kansen:

1. De Dienstenrichtlijn,
2. het Werkingsverdrag van de EU en
3. het nationaalrechtelijke gelijkheidsbeginsel, als beginsel van gelijke kansen.



Figuur 1. Overzicht van de rechtsbronnen

Ad 1. Dienstenrichtlijn.

De belangrijkste, althans de meest strikte rechtsbron, is de Dienstenrichtlijn. Het gaat dan om Hoofdstuk III waarin voorschriften zijn gegeven voor vergunningstelsels in het algemeen, inclusief vergunningstelsels waarin de beschikbare vergunningen in aantal zijn beperkt. Criteria voor vergunningverlening dienen niet-discriminatoire te zijn, gerechtvaardigd om dwingende reden van algemeen belang, evenredig, duidelijk en ondubbelzinnig, objectief, vooraf openbaar bekendgemaakt, transparant en toegankelijk (art. 10 Drl). De procedures moeten duidelijk zijn, vooraf openbaar gemaakt, en aan aanvragers de garantie bieden dat hun aanvraag objectief en onpartijdig wordt behandeld (art. 13 Drl). Voor gevallen waarin de vergunning in aantal is beperkt om reden van schaarste van natuurlijke hulpbronnen (natuurlijke schaarste) of schaarse technische capaciteit (technische schaarste) is een selectieprocedure vereist die alle waarborgen biedt voor onpartijdigheid en transparantie, met inbegrip van een toereikende bekendmaking van de opening, uitvoering en afsluiting van de procedure (art. 12 Drl). Schaarse vergunningen mogen bovendien niet voor onbepaalde tijd worden verleend. Daarbij bestaat geen beoordelingsruimte voor bestuursorganen (zie art. 11 Drl en het arrest van het Hof van Justitie van de EU van 1 oktober 2015 in de zaken *Harmsen en Trijber* (C-340/14 en C-341/14) over de exploitatie van raamprostitutie (ABRvS 27 januari 2016, ECLI:NL:2016:160, Gst 2016/48 m.nt. Hessel) en over de exploitatie van een rondvaartboot in Amsterdam (ABRvS 27 januari 2016, ECLI:NL:2016:168, Gst 2016/49 m.nt. Hessel).

Ad 2. VWEU.

Daarnaast speelt het Verdrag een rol voor andere economische activiteiten, in het bijzonder de bepalingen over vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten (art. 49 en 56 VWEU). Deze bepalingen zijn onder meer van belang voor grensoverschrijdende situaties waar gokactiviteiten bij betrokken zijn. Hoewel speelautomatenhallen diensten zijn, is dit een door de Dienstenrichtlijn uitgezonderde categorie. Het was op grond van deze verdragsregels dat het Hof strijd constateerde met het beginsel van gelijke behandeling en een daaruit voortvloeiende transparantieverplichting, door een exclusieve vergunning voor kansspelen in Nederland zonder enige oproep tot mededinging stilzwijgend te verlengen (zie HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, *Betfair*).

Ad 3. Het nationale gelijkheidsbeginsel.

Tot slot is er dus de rechtsnorm van gelijke kansen op basis van het nationale gelijkheidsbeginsel, dat is erkend in de hierboven als eerste genoemde uitspraak over de *Speelautomatenhal Vlaardingen*.

Verskil tussen Unierechtelijke of nationaalrechtelijke normering?

Deze nationale rechtsnorm vormt de nationale equivalent van Unierechtelijke vereisten van non-discriminatie, transparantie en evenredigheid die van toepassing zijn op schaarse vergunningen voor diensten die onder de Dienstenrichtlijn vallen, of onder de regels over vrijheid van vestiging en over het vrij verkeer van goederen of diensten in het Verdrag inzake de Werking van de Europese Unie. Op hoofdlijnen komen de verplichtingen onder alle drie de regimes op hetzelfde neer, maar houd er rekening mee dat er wel een gradueel verschil bestaat in de intensiteit van die normstelling. Zo is de Dienstenrichtlijn in de regel strikter en fijnmaziger dan op basis van het nationale gelijkheidsbeginsel of evenredigheidsbeginsel mogelijk is.

Een praktische manier om hiermee om te gaan is om uit te gaan van het Unierechtelijke kader en vervolgens – voor zover van belang – rekening te houden met eventuele mogelijkheden tot uitzondering of nuancering onder het nationale recht. De norm dat gelijke kansen geboden moet worden houdt dus in elk van deze rechtsbronnen dezelfde drie concrete verplichtingen in: (a) mededingingsruimte bieden, (b) transparant zijn en (c) de duur van vergunningen bepalen. Wel kan de intensiteit van de norm verschillen per rechtsbron. De Dienstenrichtlijn biedt daarin de minste ruimte voor uitzonderingen, het nationale gelijkheidsbeginsel de meeste ruimte. Op de keuzes die daarbinnen mogelijk zijn wordt in paragraaf 4 verder ingegaan.

Het nationale gelijkheidsbeginsel verliest terrein aan de Dienstenrichtlijn sinds de uitspraak Appingedam.

Sinds de uitspraken in de zaak *Appingedam* (zie kader hieronder) staat vast dat detailhandel een dienst is (dus vrijwel alle economische activiteiten die bestaan uit het aanbieden van goederen of diensten aan consumenten) in de zin van de Dienstenrichtlijn. Bovendien bleek uit die uitspraak dat de regels van Hoofdstuk III van de richtlijn over de vrijheid van vestiging, waaronder de regels over vergunningstelsels en schaarse vergunningen, ook van toepassing zijn op zuiver interne situaties.

Appingedam-uitspraak

(HvJEU 30 januari 2018, ECLI:EU:C:2018:44 en ABRvS 20 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2062). Van belang is dat deze uitspraak heeft geleid tot het inzicht dat er meer onder de Dienstenrichtlijn (en dus de Dienstenwet) valt dan tot nu toe werd aangenomen (omdat er eerder sprake is van detailhandel dan werd aangenomen, en omdat ook zuiver interne situaties onder de Dienstenrichtlijn vallen), zodat eerder sprake is van (al dan niet verdachte) eisen aan diensten in de zin van artikelen 14 en 15 van de Dienstenrichtlijn.

De Dienstenrichtlijn is daarmee (nog) belangrijker geworden dan de nationale norm van gelijke kansen. De nationale norm is immers uitsluitend nog relevant voor economische activiteiten die niet onder de Dienstenrichtlijn vallen en die geen grensoverschrijdend aspect hebben, voor de zogenoemde niet-economische activiteiten en voor andere rechtsfiguren zoals gelijke kansen bij subsidieverlening of schaarse bekostigingsbesluiten.

Nationaalrechtelijke norm van gelijke kansen uitgebreid naar bekostigingsbesluiten

Al eerder werden bekostigingsbesluiten, waarbij een recht op bekostiging en een daaruit voortvloeiend recht op gemeentelijke huisvesting wordt toegekend, als schaarse publieke rechten aangemerkt waarop de rechtsnorm van gelijke kansen van toepassing is, omdat de Wet op het voortgezet onderwijs voorziet in een stelsel van gereguleerde concurrentie tussen schoolbesturen (ABRvS 18 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:86, *Stichting Tjalling Koopmans College*, en ABRvS 20 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2552, *Stichting de Ozonlaag*).

En subsidieregelingen

Een subsidieregeling van de provincie Noord-Brabant voorzag in verdeling op volgorde van binnenkomst van de aanvragen, maar het systeem waarmee aanvragen gedaan konden worden en waarmee het tijdstip van binnenkomst geregistreerd werd raakte in het ongereede, zodat deze methode niet kon worden toegepast. In het belang van de gelijke kansen mocht het provinciebestuur met terugwerkende kracht de regeling aanpassen om een loting te houden van alle binnengekomen aanvragen. Dit was een gerechtvaardigde afwijking van de vereiste rechtszekerheid (ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310, *Subsidieregeling provincie Noord-Brabant*).

Overigens is niet alles een dienst onder de Dienstenrichtlijn: fietstaxi's vormen bijvoorbeeld een vervoersdienst die niet onder de Dienstenrichtlijn valt (ABRvS 21 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:602, *Fietstaxi's Amsterdam*). Rondvaartboten vallen wel onder de Dienstenrichtlijn (zie HvJEU 1 oktober 2015, C-340/14 en C-341/14, *Trijber en Harmsen*, en ABRvS 7 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1520, *Rondvaartboten Amsterdam*). Zie voor meer informatie over de Dienstenrichtlijn ook het recent verschenen factsheet Dienstenrichtlijn 2018 van Europa Decentraal.¹

Nuanceringen mogelijk in nationaalrechtelijke situaties.

Een voorbeeld van een uitspraak waaruit blijkt dat er onder de nationaalrechtelijke norm meer ruimte bestaat is de zaak over een standplaatsvergunning op grond van de APV Utrechtse Heuvelrug voor een locatie in Doorn. Alhoewel deze zaak zelf ging om een economische activiteit, is door de Afdeling bestuursrechtspraak uitdrukkelijk bevestigd dat op het verbod op het verlenen van een vergunning voor onbepaalde tijd een uitzonderingsmogelijkheid bestaat voor niet-economische activiteiten (ABRvS 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:994, *vaste standplaatsvergunning Doorn*). In het geval van schaarse vergunningen voor niet-economische activiteiten - en dat betekent in feite nationaalrechtelijke normering - is denkbaar dat aan de rechtszekerheid van vergunninghouders een groter gewicht wordt toegekend. Dat moet dan wel duidelijk zijn overwogen. Bij economische activiteiten is dit volgens de Afdeling "niet goed denkbaar" (vgl. de zaak *Trijber* waarin het Hof duidelijk heeft gemaakt dat geen beoordelingsruimte bestaat: onder de Dienstenrichtlijn bestaat dus een absoluut verbod op vergunningen voor onbepaalde tijd). Zie over dit verschil ook paragraaf 3.4 van deze handreiking.

Toepassing van de norm ook aan de orde voor niet-schaarse vergunningen?

De norm van gelijke kansen kan zich in bepaalde gevallen ook uitstrekken over vergunningen die op zichzelf niet als schaarse vergunningen gezien zouden worden. Dit is aan de orde als het verkrijgen van een vergunning die wél schaars is, mede afhankelijk is gemaakt van het verkrijgen van deze niet-schaarse vergunning. In dat geval is afstemming van procedures vereist en moet ook voor de niet-schaarse vergunningverlening aan de transparantieverplichting worden voldaan en aan de eis van een bepaalde duur. Dit speelt vaak bij omgevingsvergunningen.

Afstemmen procedure schaarse vergunning met procedure voor (ruimtelijke) omgevingsvergunningen.

De normen voor schaarse vergunningen werken door in de besluitvorming over omgevingsvergunningen, die zelf niet schaars zijn, maar die nauw verbonden zijn met de verlening van wat wél schaarse vergunningen zijn. Een manier waarop dat kan gebeuren is door de planologische toelaatbaarheid (in het bestemmingsplan) een voorwaarde te maken voor de verlening van een schaarse vergunning. Dat heeft als gevolg dat het bovengenoemde normstelsel dat van toepassing op een schaarse vergunning, zoals een schaarse exploitatievergunning voor een speelautomatenhal, ook van toepassing is op de verlening van een omgevingsvergunning voor het afwijken van het bestemmingsplan. Dan moet dus ook passende openbaarheid worden betracht ten aanzien van de beschikbaarheid van de afwijkvergunning, de het aanvraagtijdvak, de verdelingsprocedure en de te hanteren (ruimtelijk relevante) criteria. Bovendien mag de afwijkvergunning dan niet voor onbepaalde tijd worden verleend. (ABRvS 27 september 2018, ECLI:NL:RVS:2017:2611, *Afwijkvergunning Speelautomatenhal Helmond*). Let er overigens op dat voor bouwvergunningen wel van onbepaalde tijd sprake kan zijn (ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2331, 2332, 2333 en 2316).

Conclusie over ruimtelijke besluiten.

De Afdeling bestuursrechtspraak zal binnenkort uitspraak doen over de betekenis van ruimtelijke besluiten voor schaarse vergunningen. Staatsraad advocaat-generaal Widdershoven heeft in deze zaak geconcludeerd (zie ABRvS 6 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1847) dat ruimtelijke besluiten, zoals bestemmingsplannen en omgevingsvergunningen voor het afwijken van bestemmingsplannen, in de regel geen schaarse publieke rechten opleveren, tenzij zich één van drie situaties voordoet waarin dat wel moet worden aangenomen. Een daarvan is een zodanige samenloop met schaarse vergunningen, dat de verdeling van die laatste (mede) afhankelijk wordt gemaakt van planologische medewerking van de overheid. De andere twee situaties zijn die waarin het bestemmingsplan

¹ <https://europadecentraal.nl/wp-content/uploads/2018/07/Europa-decentraal-Rechtspraak-over-de-toepassing-van-de-Europese-Dienstenrichtlijn-2018.pdf>

een plafond bevat of wanneer het bestemmingsplan bewust mogelijk maakt dat er meerdere gegadigden voor een locatie zijn. Op het moment dat de tekst van deze handreiking werd afgesloten was er nog geen uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak in deze zaak beschikbaar.

Verdelingsbeleid.

Gelet op de voorgaande bespreking, zal duidelijk zijn dat bij de toepassing van gemeentelijke vergunningstelsels waarin schaarse vergunningen een rol spelen, een zodanig verdelingsbeleid gevoerd zal moeten worden dat aan elke potentiële gegadigde voor een beschikbare schaarse vergunning gelijke kansen wordt geboden.

2.2 Evenredigheid van schaarse vergunningstelsels

Andere normen.

Bij alle aandacht die sinds *Speelautomatenhal Vlaardingen* voor het beginsel van gelijke kansen is ontstaan, zou haast vergeten worden dat op de verdeling van schaarse vergunningen ook andere bestuursrechtelijke normen van toepassing blijven. Van die andere normen kan in deze handreiking geen uitputtende beschrijving worden gegeven. Toch zijn twee beginselen in het bijzonder van belang: het evenredigheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Evenredigheidsbeginsel.

Dit beginsel is in het bijzonder van belang omdat het een kader vormt voor de beoordeling van het stelsel van vergunningen, waarmee de verdeling van schaarse vergunningen in de praktijk wordt uitgevoerd: dus ook voor de beoordeling van het verdelingsbeleid dat nodig is om te voldoen aan het beginsel van gelijke kansen. Het door de gemeente te hanteren verdelingsbeleid voor schaarse vergunningen dient evenredig te zijn. Dat heeft vooral in de context van de Dienstenrichtlijn een fijnmazige uitwerking gekregen die voor schaarse vergunningen in het bijzonder van belang is. Net zoals voor het gelijkheidsbeginsel geldt, wordt in de nationale context (buiten de Dienstenrichtlijn) het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht, niet altijd met diezelfde intensiteit toegepast.

Relevant kader.

Er bestaat ook relevante en zeer instructieve rechtspraak over de betekenis van het evenredigheidsbeginsel voor de verdeling van schaarse vergunningen onder de Dienstenrichtlijn. Daarin wordt een fijnmazige maar ingrijpende beoordeling gehanteerd aan de hand van de volgende elementen van het evenredigheidsbeginsel:

1. Legitieme doelstelling (algemeen belang beschermen of behartigen);
2. Geschikte maatregelen (om doel te bereiken, coherent en stelselmatig: horizontaal consistent en 'hard to vary' criteria);
3. Noodzakelijke maatregelen (beginsel van de minste pijn);
4. Proportionele gevolgen (nadelen niet onredelijk in verhouding tot het te dienen doel);
5. Evenwichtige verdeling van gevolgen (nadeel belast niet onevenredig een bepaalde groep – NB: onevenredig *voordeel*, zoals door een vergunning voor onbepaalde tijd, valt hier niet onder, maar onder het gelijkheidsbeginsel).

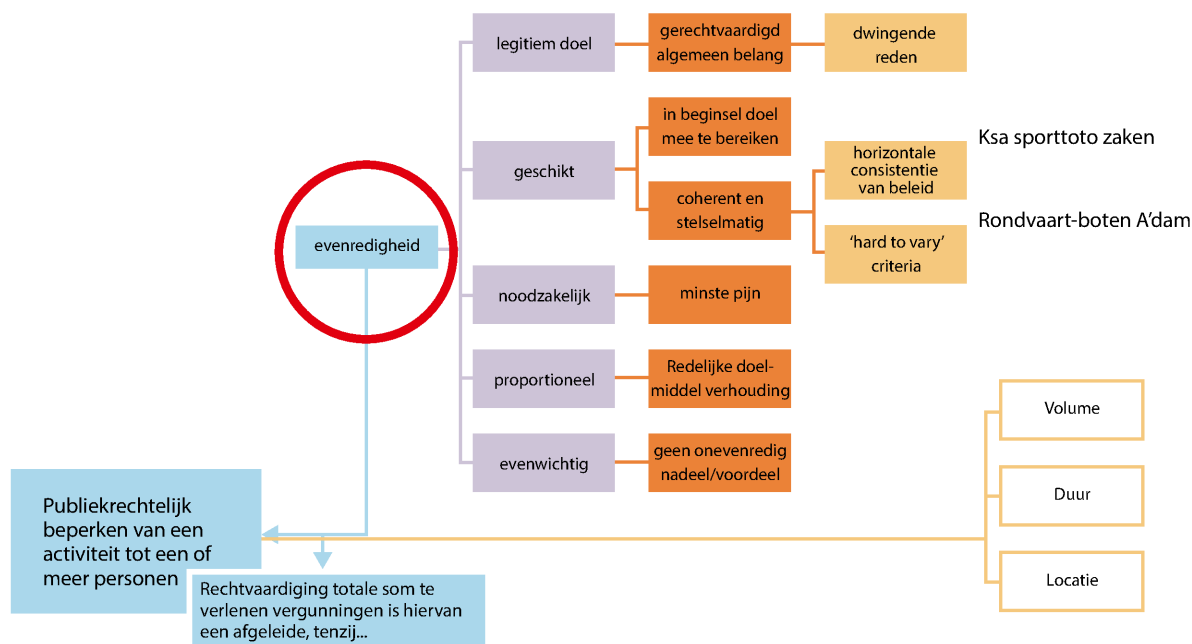
Geschikt en noodzakelijk?

Voor deze handreiking zijn vooral de criteria van geschiktheid en noodzaak van belang, omdat die van toepassing zijn op de gemaakte keuzes van een gemeente in het verdelingsbeleid. Dat speelde onder meer in de zaak over de exploitatievergunningen voor rondvaartboten in Amsterdam en in twee parallelle zaken over exclusieve vergunningen die door de Kansspelautoriteit waren toegekend. In deze zaken en ook in de zaak Appingedam, is een strikte toepassing gegeven aan de geschiktheid van het verdelingsbeleid voor het daarmee te dienen legitieme doel.

Coherent en systematisch nastreven (horizontale consistentie).

Deze vereisten brengen mee dat de maatregelen niet alleen in theorie geschikt moeten zijn om het beoogde doel te dienen, ook moet onderbouwd duidelijk zijn dat dat doel ook op coherente en systematische wijze wordt nagestreefd door die maatregelen. Die toets is meeromvattend dan een oordeel over een individueel besluit van verlening of weigering. Gekeken wordt bijvoorbeeld naar

of de keuzes over het instellen van een vergunningenplafond, die het bestuursorgaan voor een vergelijkbaar segment heeft gemaakt, 'horizontaal consistent' zijn. Dat was in twee zaken van de Kansspelautoriteit over twee besluiten, elk voor een ander soort kansspel, volgens de Afdeling onvoldoende gemotiveerd. Dat betekent dus dat in de sleutel van het evenredigheidsbeginsel naar de instrumentkeuze wordt gekeken niet op het niveau van de individuele vergunningverlening, maar op horizontaal niveau naar de consistentie van meerdere besluiten. Dat wil zeggen dat beoordeeld wordt of de in de individuele besluiten gehanteerde vergunningenplafonds wel passen in een meer programmatische (althans onderlinge coherente en stelselmatige) benadering van het daarmee beoogde doel.



Figuur 2. Evenredigheidsbeginsel als kader voor verdelingsbeleid

Rondvaartboten Amsterdam.

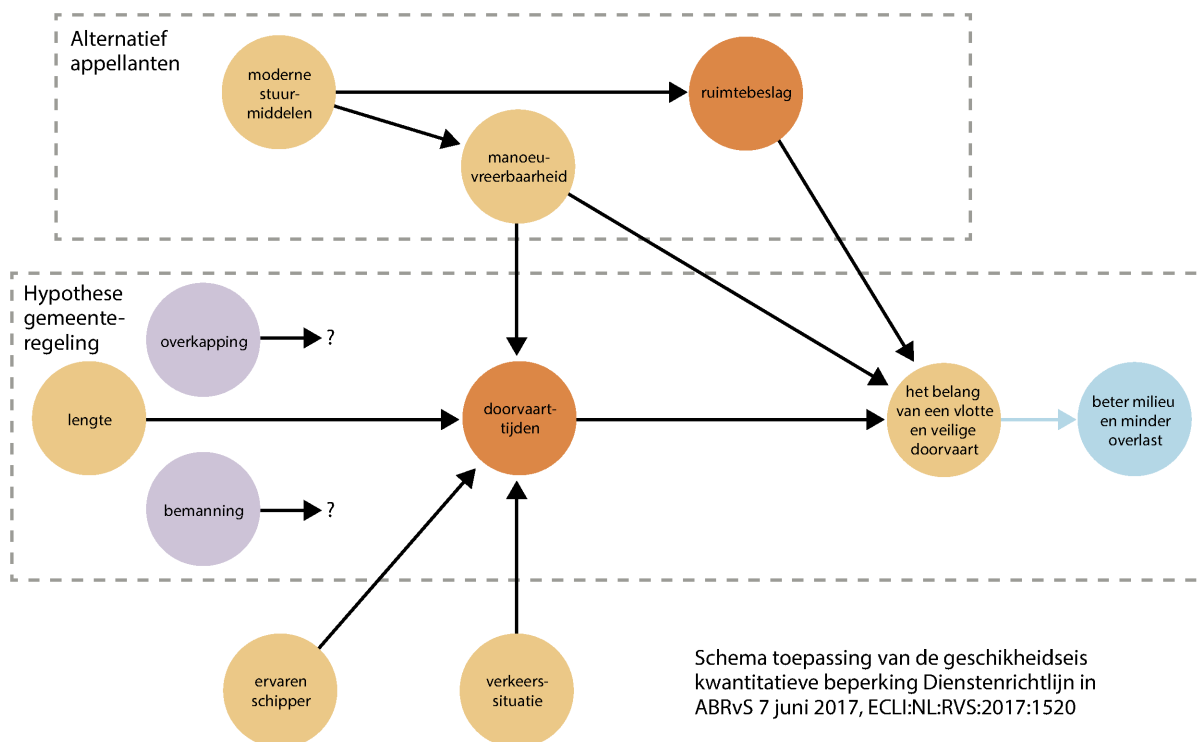
Een vergelijkbare eis als die van horizontale consistentie tussen verschillende segmenten van de markt voor kansspelen, was aan de orde in de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 7 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1520, *Rondvaartboten Amsterdam*. Het gemeentelijke verdelingsbeleid voor het centrumgebied hield in dat het aantal rondvaartboten was beperkt op basis van een beleidshypothese dat als de doorvaarttijden zouden worden beperkt, het belang van een vlotte en veilige doorvaart zou worden gediend. Dit zou bijdragen aan het uiteindelijke doel van een beter leefmilieu en vermindering van overlast. In de gemeentelijke regeling waren voor de segmentering een aantal criteria opgenomen met het oog op de doorvaarttijden, waaronder de lengte van het schip, of er al of geen overkapping was, en bemanning aan boord.

Volgens de Afdeling zijn een aantal aspecten van belang in het licht van de eis van een coherent en systematisch nastreven van het doel. Factoren waarvan duidelijk was dat die van invloed zijn op de doorvaarttijden, zoals de ervaring van de schipper en de verkeerssituatie, waren niet meegenomen. Dat hoeft niet problematisch te zijn, maar wijst erop dat er aannames zijn gedaan dat die factoren niet doorslaggevend ten nadele van het doelbereik zouden uitpakken. Ook waren factoren wel meegenomen in de regeling die niet relevant zijn voor het te dienen doel, zoals de aanwezigheid van een overkapping of bemanning.

Geschiktheid is een beleidshypothese.

Doorslaggevend voor de uitspraak was echter het met een onderzoek onderbouwde betoog van appellanten, dat een cruciale factor voor de doorvaarttijden en de daarmee te dienen vlotte en veilige doorvaart, ook niet was meegenomen in de regeling. Dit betrof de manoeuvreerbaarheid van het schip en het ruimtebeslag; factoren die beide mede afhangen van de vraag of moderne

stuurmiddelen werden gebruikt. Het lukte de appellanten daarmee om de beleidshypothese die ten grondslag lag aan regeling van de gemeente Amsterdam te falsificeren. Die hypothese was 1. *Als de schepen een bepaalde lengte hebben en de aanname is juist dat de ervaring van de schipper en de verkeerssituatie van een bepaald niveau zullen zijn, dan worden de doorvaarttijden beperkt.* En 2. *Als de doorvaarttijden worden beperkt, dan wordt een vlotte en veilige doorvaart voldoende gediend.*



Figuur 3. Casus Rondvaartboten Amsterdam

Alternatieven?

Betekent het toepassen van de geschiktheidseis - dat wil zeggen dat sprake moet zijn van een logisch en systematisch nastreven van het legitieme beleidsdoel - nu dat altijd alle alternatieven moeten worden onderzocht? Nee, niet per definitie. Het betekent wel dat alle relevante feiten van het voorgenomen alternatief moeten worden onderzocht (vgl. art. 3:2 Awb). Een nuttige test daarvoor is om na te gaan of factoren in de beleidshypothese moeilijk te variëren zijn. Als er factor afvalt of bijkomt, verandert dat dan iets, of verklaart de gekozen mix van factoren heel duidelijk dat het doel bereikt kan worden? Een goede beleidshypothese of onderbouwing bestaat uit specifieke criteria die zodanig coherent en stelselmatig samenhangen, dat het moeilijk is om daar enige variatie in aan te brengen zonder daarmee afbreuk te doen aan het geheel.

2.3 Naar een deugdelijk verdelingsbeleid?

Verdelingsbeleid.

Kern van de ontwikkelingen in de rechtspraak is dus dat gemeentebesturen in elk door hen gehanteerd vergunningstelsel waarin het aantal vergunningen is beperkt, een zodanig *verdelingsbeleid* zullen moeten voeren, dat aan alle gegadigden gelijke mededingingskansen (naar die vergunningen) wordt geboden. Bovendien zal het gekozen verdelingsbeleid evenredig moeten zijn in verhouding tot het relevante te dienen legitieme doel van het stelsel. Gecombineerd met een zorgvuldige voorbereiding (van zowel het beleid als de besluitvorming) kunnen de zorgvuldigheid, gelijke kansen en evenredigheid van een schaarse vergunning als volgt in onderling verband worden gebracht.

Gevolgen voor de bestaande vergunningstelsels.

De uitspraak in de zaak *Speelautomatenhal Vlaardingen* heeft duidelijke gevolgen voor bestaande gemeentelijke vergunningstelsels, al is de praktische betekenis van de nationale norm minder belangrijk geworden dan die van de Dienstenrichtlijn. Relevante vragen van de praktijk zijn sindsdien onder meer de volgende:

1. Wat maakt dat sprake is van schaarse vergunningen? Een belangrijk gevolg van de uitspraak *Speelautomatenhal Vlaardingen* voor bestaande gemeentelijke vergunningstelsels is dat duidelijk moet worden of sprake is van schaarse vergunningen, terwijl dat niet uitdrukkelijk bij de totstandkoming van het vergunningstelsel of de inhoud van die stelsels is onderkend. In paragraaf 3 wordt daarom uitgebreid stilgestaan bij de definiërende kenmerken van schaarse vergunningen.
2. Op welke wijze wordt mededingingsruimte vormgegeven? Is de beperking zelf (het 'plafond') evenredig? Volstaat een aselechte verdeling op volgorde van binnenkomst of door loting? Of is een selectie nodig aan de hand van inhoudelijke criteria? Moeten er wachtlijsten worden gebruikt of een gegadigdenregistratie? Is veilen van vergunningen door gemeentebesturen eigenlijk mogelijk?
3. Is sprake van een passende mate van openbaarheid zodat (potentiële) gegadigden hun aanvragen daarop kunnen afstemmen?
 - a. Wordt de beschikbaarheid van een schaarse vergunning op passende wijze openbaar gemaakt?
 - b. Is sprake van kenbare aanvraagtijdvakken?
 - c. Is de verdelingssystematiek duidelijk?
 - d. Is ook duidelijk met welke criteria?
4. Zijn vergunningen voor onbepaalde tijd of buitensporig lange tijd verleend? Nu vaststaat dat dit niet is toegestaan, zullen gemeentebesturen de vergunningen voor onbepaalde tijd moeten omzetten naar een niet buitensporig lange bepaalde tijd, om niet in strijd te komen met de gelijke kansen.
5. Moeten vergunningenstelsels opnieuw doorgelicht worden? Hoe snel moeten bestaande situaties aangepakt worden? En hoe moet dat? Is er overgangsrecht mogelijk?
6. In de zaak zelf kwam het nog tot een verzoek om voorlopige voorziening, waarin de vergunning voorwaardelijk werd geschorst. De opschortende voorwaarde is het met bekwame spoed aanpassen van de verordening naar aanleiding van de uitspraak van de Afdeling (Vz. ABRvS 21 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1664).

In de volgende paragrafen wordt zo veel mogelijk geprobeerd handreikingen te geven voor het vinden van antwoorden op deze vragen. Daar helpt de ontwikkeling in de jurisprudentie deels bij, deels roept die nieuwe vragen op, deels zijn vragen nog niet aan de rechter voorgelegd.

3 De definiërende kenmerken van stelsels met schaarse vergunningen

Wanneer is precies sprake van een schaarse vergunning? Voor welke vergunningstelsels is verdeelingsbeleid noodzakelijk? In dit deel van de handreiking worden deze vragen beantwoord door een systematische analyse van de kenmerken waarmee stelsels van schaarse vergunningen zich onderscheiden van andere rechtsfiguren waarvoor andere regels gelden.

Vergunningstelsels als dragers van verdelingsbeleid.

Gemeentebesturen moeten voor schaarse vergunningen een zodanig verdelingsbeleid voeren dat verzekerd wordt dat aan alle (potentiële) gegadigden gelijke kansen worden geboden. Door de aandacht te richten op de voor schaarse vergunningen definiërende kenmerken en de onderlinge verhouding daarvan in het vergunningstelsel, kan deze handreiking op enigszins systematische wijze praktische aanknopingspunten bieden voor het maken van keuzes die mogelijk zijn binnen de beperkingen van het normenstelsel. In dit deel van de handreiking staat daarom niet de casuïstiek en het verloop van de jurisprudentie voorop, maar de structurele, definiërende kenmerken van de stelsels waarin het aantal beschikbare vergunningen door gemeentebesturen wordt beperkt en verdeeld.

Vier kenmerken.

Van een stelsel van schaarse vergunningen is sprake als dat de volgende vier kenmerken combineert:

1. Het is een publiekrechtelijke regeling²,
2. dat strekt tot het in een bepaald geografisch gebied beperken van een bepaalde activiteit tot één of meer gegadigden,
3. voor met het oog op een legitiem doel in aantal beperkte vergunningen, en
4. zo de kansen van anderen om in dat gebied dezelfde activiteit onder vergelijkbare voorwaarden uit te oefenen wezenlijk beïnvloedt.

Hieronder worden deze vier kenmerken toegelicht. Een helder begrip van deze elementen geeft een sleutel om schaarse vergunningen in de praktijk te herkennen.

3.1 Publiekrechtelijke regeling

Bij schaarse vergunningen heeft het publiekrecht het primaat in de beperking van de activiteit tot één of meer personen.

Het eerste kenmerk van een stelsel van schaarse vergunningen is dat de beperking van de activiteit tot één of meer personen door het in aantal beperken van vergunningen een gevolg is van een *publiekrechtelijke regeling*. Een duidelijk voorbeeld is een verordening waarin de beschikbare vergunningen voor verkooppunten voor consumentenvoorwerk tot een bepaald aantal wordt beperkt.

Dus publiekrechtelijke, geen privaatrechtelijke, allocatie van het schaarse diensten- of goederen-aanbod.

Het hiervoor genoemde kenmerk is een belangrijk onderscheid ten opzichte van privaatrechtelijke regulering van schaarste (bijvoorbeeld door overdracht van gebruiksrechten op overheids eigendom). Als het verrichten van de te vergunnen activiteit afhankelijk is van privaatrechtelijke toestemming van de rechthebbende op een locatie (doorgaans de eigenaar), dan kan dat betekenen dat

2 Hier opgevat als één of meer wettelijke voorschriften of beleidsregels (zie paragraaf 4.1).

een publiekrechtelijke beperking van een activiteit tot één of meer gegadigden niet aan de orde is. De vergunning adresseert dan alleen de eigenaar. De allocatie verloopt dan niet via de verdeling van een schaarse vergunning maar via de markt voor het betrokken private recht.³

Is de privaatrechtelijke toestemming afhankelijk van publiekrechtelijke vergunning?

Het voorgaande is anders als de privaatrechtelijke toestemming op zijn beurt in de verordening afhankelijk is gemaakt van de *publiekrechtelijke* verlening van een locatiegebonden vergunning (zoals in veel verordeningen voor standplaatsen aan de orde is). Dan gaat de allocatie via het privaatrecht niet op en is toch sprake van een schaarse vergunning. Zo werd in ieder geval in de zaak over de *vaste standplaatsvergunning Doorn* (ABRvS 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:994) vastgesteld dat er sprake was van een schaarse vergunning omdat er maar één vergunning beschikbaar was voor een locatie met twee gegadigden. Door de privaatrechtelijke toestemming bij verordening alleen aan vergunninghouders toe te staan, trekt de gemeente de verdeling weer naar de vergunningverlening.⁴

Is de publiekrechtelijke vergunning afhankelijk van planologische medewerking?

Een andere vorm van publiekrechtelijke beperking is in samenhang met ruimtelijke besluiten. Verordeningen kunnen vergunningverlening mede afhankelijk maken van planologische medewerking (lees: in overeenstemming met ruimtelijke besluiten over de locatie) van het gemeentebestuur. Als dat het geval is, kan deze planologische besluitvorming (over een wijziging van een bestemmingsplan of een omgevingsvergunning) vanwege een sterke verbondenheid met de schaarse vergunning zijn onderworpen aan dezelfde transparantieplichting als de schaarse vergunning die van die ruimtelijke besluitvorming afhankelijk is gemaakt (ABRvS 27 september 2018, ECLI:NL:RVS:2017:2611, *Afwijkvergunning Speelautomatenhal Helmond*).

Legaliteit (beleid of verordening?).

Een tweede element van het kenmerk dat sprake moet zijn van een publiekrechtelijke regeling heeft te maken met legaliteit. Het is naar de huidige stand van het recht geen vereiste om het verdeelingsbeleid, volgens de hier genoemde kenmerken of anderszins, steeds bij wettelijk voorschrift (wet, verordening, nadere regels) te regelen. Het is veel gevallen ook mogelijk om met (aanpassing van) beleidsregels daarin te voorzien. Het is echter niet ondenkbaar dat op termijn, naarmate de jurisprudentie meer is uitgekristalliseerd en ingeburgerd, in de jurisprudentie of de wetgeving alsnog essentialia worden geformuleerd waarvoor regeling op het niveau van wettelijke voorschriften wel vereist is (vgl. bijvoorbeeld art. 4:25, eerste lid, van de Awb over het subsidieplafond). Dat vindt ook nu in medebewindswetgeving al wel plaats (zo eist de Wet op de kansspelen dat het plafond voor speelautomatenhallen bij verordening wordt vastgesteld). Waar in deze paragraaf wordt gesproken over 'publiekrechtelijke regeling', dan worden daaronder behalve wettelijke voorschriften vooralsnog echter ook beleidsregels verstaan.

Gedogen.

Gelet op het legaliteitsvereiste speelt bij het bestuursrechtelijk gedogen geen vraagstuk van schaarse publieke rechten, nu een grondslag in een wettelijk voorschrift daarvoor per definitie ontbreekt (het gaat immers om uitzonderingen op de beginselplicht tot handhaving van wettelijke voorschriften). Dat onderwerp blijft hier verder buiten beschouwing.

Autonoom of in medebewind?

De publiekrechtelijke regeling zal soms in medebewind (bijvoorbeeld op grond van de Wet op de kansspelen), soms autonoom (bijvoorbeeld in het geval van standplaatsen) zijn vastgesteld. Het spreekt voor zich dat in dat laatste geval meer ruimte is voor eigen afwegingen door het gemeentebestuur. In dat laatste geval is ook de vraag naar het beste niveau van regeling een opgave voor de gemeente.

3 Een andere manier om hiernaar te kijken is door dergelijke gevallen te zien als een situatie waarin er maar één gegadigde kan zijn (de eigenaar), zodat van schaarse vergunningen geen sprake is (aldus Widdershoven in de conclusie over ruimtelijke besluiten, ABRvS 6 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1847).

4 Vgl. in dit verband de gerechtigdheid op gebruik van de locatie overeenkomstig de vergunning die het publiekrecht meebrengt en ook voor de privaatrechtelijke toestemming tot uitgangspunt strekt. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:-BH7845, AB 2009, 327 m.nt. G.A. van der Veen (*Gemeente Amsterdam/Geschiere*).

3.2 Beperken activiteit, in bepaald gebied, tot één of meer gegadigden

Het tweede kenmerk betreft het toepassingsbereik van de beperkende publiekrechtelijke regeling van de schaarse vergunning, aan de hand van de activiteit, het geografisch gebied en de gegadigden voor die activiteit (en dus de vergunning).

Toepassingsbereik.

Een dergelijk vergunningvereiste geldt altijd voor een bepaalde activiteit, een bepaald gebied – doorgaans de gemeente als geheel, maar er kan ook sprake zijn van een territoriale beperking binnen de gemeentegrenzen – en een bepaalde doelgroep van gegadigden (wie is de normadres-saat).

De activiteit is van belang omdat de activiteit bepalend is voor de toepassing van de Dienstenrichtlijn of het VWEU, dan wel alleen het nationale gelijkheidsbeginsel. Dit heeft gevolgen voor de toelaatbaarheid van territoriale beperkingen. Bovendien is de kwalificatie van de activiteit relevant voor de wijze waarop de vergunning ingrijpt op de verhoudingen van de doelgroep: als vorm van marktordening of anderszins.

3.2.1 Beperkende regulering

Verboden zonder vergunning.

Regeling van schaarse vergunningen is, voor wie de activiteit wil verrichten, beperkende regeling. De activiteit waar het om gaat is in eerste instantie *verboden* zonder ontheffing, vergunning of een andere vorm van (publiekrechtelijk geregelde) toestemming.

Dit element onderscheidt een stelsel van schaarse vergunningen van regelingen die zien op overheidsbekostiging van activiteiten in het algemeen belang of subsidiëring van activiteiten.

Bekostiging

Een ander voorbeeld betreft de bekostiging en huisvesting van scholen ("gereguleerde concurrentie tussen schoolbesturen" en 'schaars' leerlingenpotentieel (zie artikel 65, eerste lid, van de Wet op het voortgezet onderwijs: het gaat om scholen waarvan redelijkerwijs kan worden aangenomen dat deze, gelet op de belangstelling voor de desbetreffende schoolsoort, de verlangde richting en het leerlingverloop, blijkens statistische gegevens onder meer verstrekt door het CBS, zal worden bezocht door ten minste een x aantal leerlingen per onderwijstype). ABRvS 18 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:86 (*bekostiging Tjalling Koopmans College*). Een andere zaak ging over een bekostigingsbesluit op basis van de Wet op het voortgezet onderwijs, waaruit voortvloeit dat het college zorg draag voor voorzieningen in de huisvesting van de scholen (vgl. ABRvS 20 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2552 (*Stichting de Ozonlaag*)). Dat is geen subsidie, maar een besluit dat gelijk is gesteld met een subsidie. Opvallend, nu als gevolg van de Wet markt en overheid de toepassing van het mededingingsrecht op het onderwijs juist is uitgesloten (artikel 25h, eerste lid, van de Mededingingswet).

Zoals uit bovenstaand en onderstaand kader blijkt, speelt ook bij die regelingen de norm van gelijke kansen, maar deze werkt daar op een andere wijze uit dan voor vergunningen, zodat dit toch een relevant onderscheidend element is. Het subsidieplafond zit bijvoorbeeld anders in elkaar dan een vergunningenplafond. In bezwaar of beroep kan een subsidieplafond zo nodig worden doorbroken. Dat gaat niet direct ten koste van bepaalde algemene belangen of concurrentiebelangen, maar 'slechts' van de publieke middelen. Bij een schaarse vergunning die verkeerd is verleend ligt dat rechtsherstel anders: alsnog verlenen aan een partij die onterecht geweigerd is, zal immers consequenties hebben voor de andere partij aan wie dan onterecht is verleend. Ook op een ander punt is er verschil: de duur en het opzeggen van duursubsidies is in de Awb geregeld.

Subsidies

Overigens is in een andere zaak de norm wel van toepassing verklaard op subsidies omdat sprake is van “verdeling van schaarse subsidiemiddelen” (ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2130 (*Subsidieregeling Noord-Brabant*)). Het ging in die zaak om een provinciale subsidieregeling waarin een subsidieaanspraak vergeven zou worden aan de hand van een procedure waarin “wie het eerst komt, die het eerst maalt”. Toen de daarvoor gehanteerde ICT in het ongereede kwam, is deze methode met terugwerkende kracht vervangen door een procedure van loting.

“Uit het rechtszekerheidsbeginsel vloeit voort dat de regels voor het verdelen van de subsidie voorafgaand aan het aanvraagtijdvak vastgesteld en bekend gemaakt dienen te worden. Een wijziging met terugwerkende kracht past daar niet in. In dit geval zou de onverkorte toepassing van het hier aan de orde zijnde rechtszekerheidsbeginsel evenwel een inbreuk op het gelijkheidsbeginsel als onder 7.1 omschreven inhouden. Het college heeft door de gekozen wijze van loting in overeenstemming met de onder 7.1. genoemde rechtsnorm gehandeld.” (ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2130 (*Subsidieregeling Noord-Brabant*)).

3.2.2 Activiteiten: economisch of niet-economisch

De activiteit.

Het gaat bij dit aspect niet om de beperking van het aantal vergunningen (schaarheid van de vergunning) maar om de beperking van *de activiteit* die er het voorwerp van is (de ‘economische’ schaarste van het gereguleerde dienstenaanbod, etc.) tot één of meer personen.

De activiteit is bepalend voor het toepasselijke regime.

Is sprake van een economische activiteit? Zo ja, is dat een dienst waarop Hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn (over vergunningstelsels) van toepassing is? Ook bij zuiver interne situaties moet deze vraag gesteld worden. Dit hoofdstuk kent een strikter regime voor de motivering van beperkingen van diensten en voor het stellen van eisen daaraan, zoals territoriale beperkingen (artikel 10 tot en met 15 van de Dienstenrichtlijn).

Is de Dienstenrichtlijn niet van toepassing op de economische activiteit maar betreft de activiteit wel een grensoverschrijdende situatie in verband met het vrij verkeer van goederen of diensten of de vrijheid van vestiging, dan zijn de daarvoor relevante bepalingen van het Verdrag inzake de Werking van de Europese Unie van toepassing. Deze hebben in de rechtspraak een vergelijkbare uitleg gekregen als de normen die gelden op basis van de Dienstenrichtlijn, in ieder geval als het gaat over non-discriminatie, transparantie en evenredigheid van beperkingen.

Is de betreffende economische activiteit geen dienst onder de Dienstenrichtlijn en ook geen grensoverschrijdende situatie in verband met het vrij verkeer van goederen of diensten of de vrijheid van vestiging, dan is het nationale gelijkheidsbeginsel van toepassing zoals dat is uitgelegd in *Speelautomatenhal Vlaardingen* en de daarop voortbouwende jurisprudentie. Dat geldt ook voor niet-economische activiteiten (en voor een aantal andere rechtsfiguren dan vergunningen).

Economische activiteiten.

In juridische zin is sprake van een economische activiteit als goederen of diensten worden aangeboden op een markt. Dat kan zijn aan andere ondernemingen (B2B) voor hun economische activiteiten, aan consumenten (B2C; detailhandel), of door consumenten onderling (C2C; marktplaats.nl, *sharing economy*).

Het gaat om het diensten- of goederenaanbod op een markt.

Het gaat bij economische activiteiten steeds om de regulering van het **aanbieden** van diensten of goederen op een markt. Niet alle activiteiten kunnen aan vergunningen onderworpen worden (denk aan de Dienstenrichtlijn die voor het **afnemen** van diensten geen vergunningstelsels toelaat).

Voorbeelden.

Gemeenten gebruiken schaarse vergunningen regelmatig voor het reguleren van economische activiteiten. Voorbeelden van economische activiteiten waarvoor gemeenten schaarse vergunningen gebruiken, die zijn ontleend aan de rechtspraak en gemeentelijke verordeningen, zijn o.a.:

- de exploitatie van speelautomatenhallen;
- de exploitatie van rondvaartboten;
- het innemen van standplaatsen voor het als ondernemer, bedrijf of instelling bedrijven van ambulante handel in de openbare ruimte;
- het hebben van een verkooppunt voor consumentenvuurwerk als bedoeld in het Vuurwerkbesluit;
- het exploiteren van fietstaxi's voor personenvervoer;
- de exploitatie van smart-, head- en growshops;
- de exploitatie van coffeeshops;
- de exploitatie van seksbedrijven;
- het organiseren van evenementen of collectieve festiviteiten.

Niet-economische activiteiten.

Hoe zit dat met niet-economische activiteiten? Schaarse vergunningen komen eveneens voor in de regulering van niet-economische activiteiten. Voorbeelden daarvan zijn het met een pleziervaartuig innemen van een ligplaats in openbaar vaarwater of het parkeren met een motorvoertuig op de openbare weg. Deze voorbeelden gaan vaak juist over het **afnemen** van diensten die niet worden aangeboden op een markt. Het 'aanbod' komt in deze gevallen van een overheid die niet-economische activiteit verricht (aanbieden openbare parkeergelegenheid door gemeenten op de openbare weg bijvoorbeeld). Daarom is de stelling dat het parkeren een niet-economische activiteit is eigenlijk irrelevant. Het gaat er vooral om dat de aanbodzijde in vergelijking met economische activiteiten ook een niet-economische activiteit kan zijn, maar bijvoorbeeld een overheidsprestatie, waarvan de 'afnemers' (gebruikers) gereguleerd kunnen worden met vergunningen (vgl. Rechtbank Amsterdam 22 juni 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:4456, *ligplaats onderhoudsboot*).

Vergunningparkeren

Een bijzondere vergunningsfiguur is de parkeervergunning van artikel 225 van de Gemeentewet. Deze wordt in veel gemeenten gebruikt voor het zogenoemde vergunningparkeren. Het bijzondere is dat het hebben van deze vergunning een belastbaar feit vormt, waarvoor een ander (lager) tarief geldt dan voor bezoekersparkeren of voor naheffingsparkeren: het onbetaald, niet als bezoeker bij de app of automaat of als parkeervergunninghouder, parkeren.

Het voorbeeld van de schaarse parkeervergunningen als niet-economische activiteit is dus niet zozeer een voorbeeld van een klassiek 'recht' op een activiteit zoals bij vergunningen gebruikelijk is – het is immers niet verboden om zonder vergunning te parkeren, als maar het daarvoor geldende tarief wordt betaald – maar van een 'fee', een bijzondere wettelijke tariefregeling voor het gebruik van openbare parkeergelegenheid.

Schaarse vergunningen voor niet-economische activiteiten onderscheiden zich ook weer van andere publieke rechten voor de medewerking van de overheid aan activiteiten van algemeen belang. De beperking van een activiteit tot één of meer personen kan ook betrekking hebben op het gebruik van een publieke dienst, of voortvloeien uit de wens om medewerking van de overheid aan een activiteit waarvan deze verwacht dat die een algemeen belang zal behartigen, doelmatig te houden: dit speelt bijvoorbeeld bij de bekostiging en huisvesting van voortgezet onderwijs aan schoolbesturen die in gereguleerde onderlinge concurrentie staan.

Tot slot onderscheiden schaarse vergunningen voor niet-economische activiteiten zich van publieke rechten op bepaalde overheidsprestaties waarvan het moeilijk voorstelbaar is dat ze tot één of meer personen zouden worden beperkt, zoals het leveren van langdurige zorg of de vrijheid om deel te nemen aan het openbaar verkeer op de openbare weg.

3.2.3 Een bepaald geografisch gebied

Het derde element van het toepassingsbereik is de geografische afbakening. Dat is een punt wat op zichzelf bij allerlei regelingen speelt en niet specifiek onderscheidend is voor schaarse vergunningen. Wel is het van belang dat er een aantal aandachtspunten zijn voor specifieke aspecten.

Gemeentegrenzen vertrekpunt.

Het grondgebied van de gemeente als territoriale begrenzing van de regelgevende bevoegdheid van de gemeente is doorgaans het (stilzwijgend aanvaarde) vertrekpunt.⁵ Als een verordening zwijgt over het geografische toepassingsbereik, geldt deze voor het gehele gemeentelijke grondgebied. Dat kan dan impliciet blijven: "het is verboden zonder vergunning [impliciet: op het grondgebied van de gemeente]" enz. enz.).

Locatiekeuze afhankelijk gemaakt van planologische medewerking.

In dat geval moet de besluitvorming op elkaar worden afgestemd (ABRvS 27 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2611, *Speelautomatenhal Helmond*). Zie hierover paragraaf 3.1.

Territoriale beperkingen als verdachte eisen.

Territoriale beperkingen van activiteiten zijn verdachte eisen in de zin van de artikelen 14 en 15 van de Dienstenrichtlijn, zodat een zwaardere motiveringseis geldt. Zie ABRvS 20 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2062, *Appingedam*.

Segmentering van de schaarste in verschillende gebieden.

Welke segmentering van het gebied is er, is dat horizontaal consistent in het licht van het te dienen doel? De vraag is dan wat buiten deze grens geldt: een totaalverbod of juist een vrijheid of een ander aantal vergunningen (segmentering)?

Let op einzelfallgesetzgebung.

In het geval van speelautomatenhallen kan het zijn dat het aantal te vergeven vergunningen wordt gesteld op één speelautomatenhal. In ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, *Speelautomatenhal Vlaardingen* is duidelijk gemaakt dat het gemeentebestuur dan niet al de verordening mag toeschrijven naar één locatie. Dat werd in deze uitspraak overwogen omdat de gemeente op grond van de Wet op de kansspelen alleen algemene regels mag stellen en dus onbevoegd is om de verordening toe te schrijven op een concreet geval. Maar ook buiten de context van die specifieke wet is *einzelfallgesetzgebung* problematisch, omdat van daadwerkelijke mededingingsruimte voor gegadigden dan geen sprake meer is. En hoewel (onder het nationale gelijkheidsbeginsel en dus buiten de context van de Dienstenrichtlijn of het Unierecht) de mededingingsruimte bij verordening mag worden beperkt, als het belang van die mededinging uitdrukkelijk is meegewogen, mag deze niet geheel worden uitgesloten. Het toekennen van een exclusieve vergunning bij verordening zou daarom alleen mogelijk zijn als bij de voorbereiding van die verordening gelijke kansen zouden zijn geboden door de gemeenteraad tegenover de potentiële gegadigden.

3.2.4 Eén of meer gegadigden voor de activiteit

Eén of meer gegadigden.

Wie is gegadigde? Hoe weet je vooraf of er meerdere gegadigden zijn voor een activiteit? Dat hangt vooral af van de hoedanigheid van degene die de betreffende activiteit verricht. Bij een economische activiteit is dat per definitie een onderneming en zijn de gegadigden in concurrentie om het verrichten van die activiteit. Bij niet-economische activiteiten hebben de normadressaten een andere hoedanigheid (bijvoorbeeld wijkbewoners voor vergunningparkeren voor bewoners) en daardoor een onderlinge verhouding. De rivaliteit om de schaarse vergunning is dan ook anders, wat maakt dat bij deze niet-economische activiteiten andere afwegingen gemaakt zullen worden dan voor ondernemingen in mededinging, bijvoorbeeld op het punt van de duur van een vergunning.

⁵ Het HvJEU suggereert in het arrest d.d. 14 juli 2016, C-458/14 (*Promoimpresa*) dat dit als uitgangspunt kan worden genomen voor de beantwoording van de vraag of sprake is van 'natuurlijke schaarste' die noodzakelijkerwijs zou moeten leiden tot in aantal beperkte vergunningen.

Rivaliteit.

In alle gevallen is het een kenmerk van de schaarse vergunning dat die vergunning de inzet vormt voor een zekere rivaliteit om de activiteit waarom het gaat. Als ik de vergunning krijg, krijg jij die vergunning niet. Het gaat altijd om één of meer gegadigden die de activiteiten mogen uitvoeren, met (tijdelijke) uitsluiting van anderen in de groep van gegadigden. Dit kenmerk vloeit direct voort uit de *inhoudelijke* motieven om de activiteit tot één of meer personen te beperken. Dat hangt rechtstreeks samen met het legitieme doel dat met de schaarse vergunning zal worden gediend. Zie verder onder 3.4 en 4.

De vraag of er meerdere gegadigden zijn voor een activiteit moet worden onderscheiden van de vraag of er meer gegadigden zijn voor een vergunning. In de jurisprudentie wordt nu vooral die tweede vraag vooropgesteld. Het aantal gegadigden voor de vergunning kan echter ook afhangen van de mate waarin het bestuur gelijke kansen biedt: als geen ruimte wordt geboden om mee te dingen naar een vergunning, zijn er ook geen gegadigden in beeld. Belangrijker is echter of er meerdere gegadigden zijn voor de activiteit. Het gaat erom dat *die groep* gelijke kansen krijgt om mee te dingen naar de schaarse vergunning die uiteindelijk maar naar één of een aantal van hen zal gaan.

Maar een gegadigde voor de vergunning dus niet schaars?

In de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven over ruimtelijke besluiten (ABRvS 6 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1847, *rijksinpassingsplan Windpark Zeewolde*) wordt gesuggereerd dat als maar één partij voor een locatiegebonden omgevingsvergunning in aanmerking komt, omdat die partij per definitie over de locatie moet beschikken, alleen die partij gegadigde is. En dat als er maar één gegadigde is voor een vergunning, van een schaarse vergunning geen sprake is. Het is nog niet duidelijk of de Afdeling bestuursrechtspraak deze lijn zal volgen. De vraag is dan immers hoe zich dat verhoudt tot situaties waarin de overheid eigenaar is en tot de rechtspraak van de Afdeling over schaarse standplaatsvergunningen omdat er twee gegadigden zijn voor een locatie. De vraag is ook of deze redenering in de conclusie nodig is – is hier niet eigenlijk een situatie aan de orde waarin het contracteren met de locatie-eigenaar over het gebruik van de locatie (dus op de vastgoedmarkt) het verdelingsmechanisme is, zodat de publiekrechtelijke regeling voor omgevingsvergunningen niet in aantal beperkt is omdat in beginsel een ieder vrij is met de eigenaar te contracteren over gebruiksrechten?

Soms is een activiteit alleen mogelijk voor degene die de medewerking krijgt van de eigenaar van de locatie waar die activiteit plaatsvindt. Dan nog kan de groep gegadigden voor een activiteit meer dan één persoon inhouden. De allocatie van die activiteit onder die gegadigden voor die activiteit verloopt dan in principe privaatrechtelijk (via een contract met de eigenaar) op de vastgoedmarkt. Als een omgevingsvergunning of bestemmingsplan ertoe strekt om voor dergelijke activiteiten de ruimte te bieden, bijvoorbeeld: in het belang van een goede ruimtelijke ordening zijn de locaties x, y en z bestemd voor dat soort activiteiten, dan verandert dat principe niet en is geen sprake van een schaarse vergunning omdat er geen publiekrechtelijke beperking van de activiteit tot één of meer personen is.

3.3 Aantal vergunningen beperken voor legitiem doel

Vergunningenplafond (volumebeleid).

Het kenmerkende middel waarmee een activiteit publiekrechtelijk wordt beperkt tot één of meer personen door schaarse vergunningen is door de beschikbare vergunningen *in aantal te beperken*. Dat aantal kan dus zijn één vergunning, wat tot een uitsluitend of exclusief (publiek) recht leidt, of meer vergunningen, die dan dus bijzondere (publieke) rechten opleveren.

Het aantal vergunningen kan als plafond zijn opgenomen in een verordening of in beleid, maar bijvoorbeeld ook in een bestemmingsplan. Welk aantal dat precies is, moet verband houden met de beoogde beperking van de activiteit: het beoogde volumebeleid, dat wordt gevoerd vanwege een legitiem doel.

Legitieme doelen voor schaarse vergunningen voor economische activiteiten.

Het plafond, de beperking van het aantal vergunningen, dient altijd gericht te zijn op een legitiem doel dat dus verband houdt met de relevante aspecten van de activiteit (het dienstenaanbod of

goederenaanbod voor de gebruikers) dat voorwerp is van de vergunningen. Ofwel omdat het een activiteit betreft die schaars gemaakt moet worden (beperken van het volume om dwingende redenen van algemeen belang), of omdat er een noodzaak is om natuurlijke schaarste of technische schaarste te managen (regulering van het volume om uitputting te voorkomen of een optimale capaciteitsverdeling te bewerkstelligen).

Impliciete plafonds?

In veel gevallen zijn er in de regeling wel inhoudelijke gronden opgenomen die dergelijke legitieme doelen vormen, maar is dat niet gepaard gegaan met een duidelijke keuze voor het daarvoor geschikte volume/aantal vergunningen. Het is juist in die situaties onduidelijk of sprake is van schaarse vergunningen, en zo ja, vanaf welk moment dat het geval is. In deze gevallen wordt ook wel van 'impliciete plafonds' gesproken, die verscholen liggen in (kwalitatief geformuleerd) beleid, tot ze zich manifesteren bij de aanvraag die rivaliserend blijkt te zijn met andere aanvragen of al verleende vergunningen. Denk bijvoorbeeld aan twee aanvragen voor dezelfde standplaatsvergunning, of meerdere aanvragen voor een evenement op dezelfde plaats en tijd.

Of niet tijdig onderkende schaarste?

In deze situaties komt de onderlinge verhouding tussen de aanvragers voor de vergunningverlener in beeld in het licht van inhoudelijke weigeringsgronden. Dat betekent dat dan op basis van die weigeringsgronden een selectie gemaakt zou mogen worden voor de vraag wie dat belang het beste dient of het minste schaadt. De eigenaardigheid in deze situaties is echter dat het schaarse karakter van de vergunningen niet op voorhand is onderkend, zodat ook niet aan de verplichting is voldaan om voorafgaand aan het aanvraagtijdstip duidelijk te maken op welke wijze met dit soort situaties zou worden omgegaan, etc.

In de rechtspraak – bijvoorbeeld bij standplaatsen – wordt die uiterste consequentie nog niet getrokken: zolang de gelijke kansen maar niet uit het oog worden verloren, werd een gebrek aan transparantie (dat beide gegadigden betrof) bijvoorbeeld voor lief genomen in ABRvS 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:994, *vaste standplaatsvergunning Doorn*. Dat betekent uitdrukkelijk niet dat besturen **niet** aan de transparantieplichtingen moeten voldoen. Van gemeenten mag verwacht worden dat ze enige regie voeren over de eigen vergunningstelsels en – in het licht van de normen voor schaarse vergunningen – vooraf onderkennen of het vergunningstelsel en de daarmee te dienen belangen in de praktijk zal gaan leiden tot verdelingsvraagstukken en hoe die worden afgehandeld.

Motieven voor schaarse vergunningen voor niet-economische activiteiten.

De legitieme motieven voor schaarse vergunningen voor economische activiteiten komen voort uit reacties op marktfalen: de allocatie van die activiteiten vindt niet maatschappelijk optimaal plaats op de markt (door eigendomsrechten en contract). Voor niet-economische activiteiten kan geen sprake zijn van marktfalen, omdat er geen markt is waarop het betreffende goederen- of dienstenaanbod betrekking heeft. Niet-economische activiteiten zijn vaak *zelf* juist al een *reactie* op marktfalen: overheden die publieke goederen of diensten aanbieden. Bij de niet-economische activiteiten zullen dus doorgaans te dienen doelen betrokken zijn die betrekking hebben op die publieke goederen of diensten, en komt het in aantal beperken van de vergunningen in beeld als een mogelijke instrumentkeuze voor het veilig, duurzaam of doelmatig gebruik daarvan.

Belang van het onderscheid.

Het oogmerk of motief om een bepaalde activiteit te reguleren verschilt per activiteit. Wat het legitieme doel is maakt uit:

- voor het doel waarvoor de bevoegdheid om vergunningen te verlenen wordt toegekend (wat gelet op het specialiteitsbeginsel de 'specialiteit' van de bevoegdheid genoemd kan worden);
- voor het bepalen van het beschermingsbereik van de bijbehorende verbodsbepaling (de 'relativiteit' van de regel in het licht van het relativiteitsvereiste), en
- wellicht het meest belangrijk: voor het bepalen van de geschiktheid, noodzaak en proportionaliteit van het instrument (de evenredigheid).
- ook kan het uitmaken voor de keuze van het verdelingsmechanisme, waarmee het doel wordt gediend: is dat een aselekt mechanisme dat vergunningen verdeelt die slechts een bepaald

algemeen belang beschermen tegen de activiteit, of dat selectief om de activiteit te vergunnen die het algemeen het beste zal behartigen? Artikel 12 van de Dienstenrichtlijn bevat hierover mogelijk zelfs een norm die selectie voorschrijft in geval van het motief van natuurlijke of technische schaarste (zie ook paragraaf 4.5).

De doelstelling van de regulering met schaarse vergunningen is in de praktijk daarom belangrijk bij voor het formuleren van verdelingsbeleid, ook bij de instrumentkeuzes, zoals het verdeelmechanisme (zie onder). Dat is zeker het geval als de Dienstenrichtlijn van toepassing is, en de geschiktheid van de gekozen instrumenten wordt beoordeeld aan de hand van de vraag of het beoogde doel daarmee logisch en systematisch wordt nagestreefd.

3.4 Beïnvloedt kansen van anderen op de activiteit

Wat is de aard van de rivaliteit?

In paragraaf 3.2.4 werd al ingegaan op de groep van gegadigden voor een activiteit als de groep die gelijke kansen moeten krijgen voor de schaarse vergunning, en werd de rivaliteit genoemd tussen de 'peers' in deze doelgroepen van schaarse vergunningstelsels.

Kansen op de vergunning en kansen op de activiteit.

De reden waarom gelijke kansen moeten worden geboden bij het meedingen naar de vergunning, is dat het stelsel waarin die vergunning schaars is, de kansen beïnvloedt van anderen dan de gelukkigen die vergunninghouder worden, *om deze activiteit* in het betreffende gebied (de gemeente of een deel daarvan, zie § 3.2.3), onder vergelijkbare voorwaarden uit te oefenen. Mededingingsruimte naar *de schaarse vergunning* mag niet volledig worden uitgesloten omdat ook de toegang naar de activiteit daarmee volledig wordt uitgesloten (onevenredig bevoordelen van de vergunninghouder).

Welke verhoudingen ordent het stelsel?

Bij economische activiteiten gaat het om concurrentie tussen ondernemingen, maar bij niet-economische activiteiten kan het gaan om de ordening van verhoudingen tussen bijvoorbeeld (huidige en toekomstige) bewoners in een wijk (parkeren). De invloed van *het stelsel* op de gelijke kansen om de *activiteit* uit te mogen oefenen zijn dus een belangrijk kenmerk van schaarse vergunningen. Als die invloed er niet is, omdat er geen 'peers' van de vergunninghouder worden uitgesloten, of omdat er helemaal geen 'peers' zijn (uniciteit), dan zou geen sprake zijn van een regeling met schaarse vergunningen.

Reminder.

Het moet dus steeds *de publiekrechtelijke regeling* (het vergunningstelsel) zijn die de kansen verdeelt – of in het geval van economische activiteiten: de markt ordent. Dus als *alternatief* voor de markt of, bij niet-economische activiteiten, als alternatief voor planmatige verdeling door de overheid (vgl. bijvoorbeeld de verdeling van water over gebruikers bij waterschaarste aan de hand van de verdringingsreeks in het Waterbesluit). Dat is anders als *de vrije markt* zelf de verdeling doet: dat geldt bijvoorbeeld voor bouwactiviteiten, die door de privaatrechtelijk rechthebbende wordt ondernomen, in overeenstemming met het bestemmingsplan. De verdeling van deze bouwtitels is een kwestie van de vastgoedmarkt.

Op monopolie gelijkende positie?

Deze beperking heeft tot gevolg dat de gegadigden die uiteindelijk vergunning krijgen, een op een monopolie of machtspositie gelijkende positie krijgen om de betreffende activiteit te verrichten.

3.5 Belang van de kenmerken

Hiervoor is een definitie gegeven van schaarse vergunningen aan de hand van de kenmerken van het stelsel waarbinnen de beschikbare vergunningen in aantal zijn beperkt. Daarbij speelde de aard van de regulering een rol (publiekrechtelijk karakter), het reële toepassingsbereik (gebied, activiteit, gegadigden) en de aangrijpingspunten voor twee belangrijke normen die in de jurisprudentie voorop staan (evenredigheid in verhouding tot een legitiem doel en gelijke kansen voor alle gegadigden). Op de praktische betekenis van deze normering wordt in de volgende paragraaf ingegaan.

4 Keuzes en aanknopingspunten voor verdelingsbeleid

4.1 Verordening, beleid of vergunningverlening?

Communicerende vaten.

De opgave om de nieuw uit de jurisprudentie verworven normatieve inzichten voor het gemeentebestuur om te zetten in een deugdelijk verdelingsbeleid komt uiteindelijk terecht bij de vergunningverleners. Dat is niet onmogelijk, maar wel een aanzienlijke uitdaging. Zeker als in de onderliggende regelgeving en bestaande beleidsoverwegingen aan dat onderwerp niet eerder aandacht is besteed. De situatie brengt immers niet alleen de behoefte aan nieuw verdelingsbeleid mee, maar ook aan een antwoord op de vraag hoe de bestaande vergunningen en praktijken daarmee in overeenstemming moeten worden gebracht. Het is daarom verstandig ook de noodzaak tot aanpassing van de regelgeving en bestaand beleid te onderzoeken.

Doelmatigheid.

Ook zonder juridische verplichting kan het verstandig zijn om gebruik te maken van bestaande mogelijkheden om het verdelingsbeleid op onderdelen in de verordening te regelen, zodat niet alleen vergunningverleners maar ook gegadigden meer houvast hebben. In een aantal gevallen zijn bepaalde uitzonderingen op in de rechtspraak geformuleerde normen alleen mogelijk als die bij wettelijk voorschrift (dus bijvoorbeeld in een verordening) worden geregeld. Het lijkt in ieder geval onwenselijk om de verantwoordelijkheid voor een op de hieronder geïdentificeerde elementen toegespitst verdelingsbeleid volledig neer te leggen bij de feitelijke gedragslijn van vergunningverleners.

4.2 Uitzonderingen op de mededingingsruimte?

Mededingingsruimte beperken bij niet-economische activiteiten.

In paragraaf 3.4 is al aangegeven dat de aard van de verhoudingen tussen degenen die de te regelen activiteit willen verrichten, een rol kan spelen bij de eventuele beperking van de mededingingsruimte. Dit speelt vooral bij niet-economische activiteiten.

Beperkingen van de mededingingsruimte naar een vergunning voor een niet-economische activiteit of het hanteren van een vergunning voor onbepaalde tijd in die gevallen, kan onder het nationale gelijkheidsbeginsel worden gerechtvaardigd vanuit de aard van de rivaliteit in de groep die het betreft. Voorwaarden voor dergelijke beperkingen zijn wel dat de beperking bij wettelijk voorschrift is geregeld (dus in de verordening, niet het beleid) en dat het belang van die mededingingsruimte bij de totstandkoming daarvan uitdrukkelijk is meegewogen.

Het gaat dan dus steeds om de invloed op de kansen van anderen om de activiteit in het betreffende gebied uit te oefenen. Factoren als natuurlijk verloop kunnen daarin eerder een rol spelen dan bij economische activiteiten het geval is.

Mededingingsruimte beperken bij economische activiteiten?

Voor economische activiteiten is het beperken van mededingingsruimte alleen denkbaar in situaties die niet onder de Dienstenrichtlijn vallen en ook niet onder het Werkingsverdrag (dus zuiver nationale situaties buiten de Dienstenrichtlijn). Dit zal sterk gemotiveerd moeten worden en bij de beperking moet het belang van de mededingingsruimte uitdrukkelijk worden overwogen. Zie voor deze situatie ook paragraaf 3.2.3, hierboven.

4.3 Weik verdelingsmechanisme voor de vergunningen?

4.3.1 Aselecte of selectieve methoden

Algemeen belang beschermen tegen, of dienen met de activiteit?

Het door de gemeente met schaarse vergunningen te voeren verdelingsbeleid komt neer op de verwachting dat het in aantal beperken van beschikbare vergunningen (een instrumentkeuze) voor een bepaalde activiteit, geschikt is om het diensten- of goederenaanbod van die activiteit op een gewenst niveau te brengen. Dit ter *bescherming* van een bepaald algemeen belang dat door die activiteit wordt *geraakt*, of ter *verzekering* van een algemeen belang dat door die activiteit zal worden *gediend*.

Aselecte of selectieve vormen van verdeling.

De keuze voor een verdelingsmechanisme is daarom in de eerste plaats een keuze tussen *aselecte* en *selectieve* vormen van verdeling van vergunningen. De *aselecte* methoden van verdeling zijn:

- verlenen op volgorde van binnenkomst;
- loten.

De *selecte* methoden zijn:

- administratieve selectie na een vergelijkende toets;
- veilen.

Anything goes?

Volgens de conclusie van A-G Widdershoven in de zaak *Speelautomatenhal Vlaardingen* sluit de norm van gelijke kansen geen van deze mechanismen op voorhand uit. Dat neemt niet weg dat in het algemeen betoogd kan worden dat *aselecte* methoden geschikter zijn voor vergunningstelsels die strekken ter bescherming van een concreet belang tegen de activiteit, terwijl *selectieve* methoden geschikter lijken voor een vergunningstelsel dat vooral gericht is op het verzekeren dat de activiteit een algemeen belang zal behartigen. Combinaties van deze ideaaltypen zijn denkbaar. Administratieve selectie vergt duidelijk kenbare criteria.

Selectie soms verplicht?

Bovendien suggereert artikel 12 van de Dienstenrichtlijn dat als het vergunningstelsel schaarse vergunningen inzet voor activiteiten waarbij schaarse natuurlijke hulpbronnen of technische capaciteit moeten worden verdeeld, een procedure moet worden gevolgd voor de selectie uit verscheidende gegadigden. Volgens overweging 62 bij de Dienstenrichtlijn met het oog op de kwaliteit en voorwaarde van het dienstenaanbod voor de gebruikers. Belangrijke vraag is of het gebruik van de term 'selectie' hier zo moet worden gelezen dat daarmee *aselecte* procedures zijn uitgesloten. Vgl. in het aanbestedingsrecht HvJEU 1 maart 2018, ECLI:EU:C:2018:142, C-9/17 *Tirkkonen*.

Hieronder worden de voor- en nadelen van de verschillende methoden kort besproken.

4.3.2 Volgorde van binnenkomst: een wachtrij?

Als niets bepaald is.

In situaties van impliciete vergunningenplafonds is vaak niets bepaald over de verdelingsmethode. Algemeen wordt dan aangenomen dat verlening op volgorde van binnenkomst wordt toegepast. Dat komt dan voort uit een inhoudelijke grond (beleidsmatig), zoals openbare orde en veiligheid, die dan op een gegeven moment dwingt om niet méér toe te staan dan al is toegestaan (beleidsmatig schaars maken). Soms is dat al gedeeltelijk voorzien en wordt de (impliciet beperkt) beschikbare ruimte al geoptimaliseerd door timesharing (deze de ene dag en gene de andere dag) of door materiële voorschriften om activiteiten op elkaar af te stemmen of bestaand gebruik niet verstoren.

Niet altijd de meest doelmatige methode voor gegadigden.

Ook in deze gevallen zou het, in het licht van de transparantieverplichting die uit het beginsel van gelijke kansen voortvloeit, wenselijk zijn als ook de volgorde van binnenkomst bewust wordt gekozen waar dat gepast lijkt. Het is namelijk vanuit economisch perspectief de minst optimale vorm van verdeling. Wie het eerst komt, die het eerst maalt is immers in feite een wachtrij, waarin – vanwege de tijdelijkheid van de vergunning – uiteindelijk iedereen aan de beurt komt. Althans, in theorie,

want het mag duidelijk zijn dat dit verdelingsmechanisme alleen gunstig is voor degene die tijd heeft om te wachten of voor degene die persisteert in het meedingen naar de vergunning en daarmee in potentie vaker kans heeft om zijn aanvraag als één van de eerste ingediend te hebben. Bij een fysieke wachtrij komt degene die het langst heeft gewacht aan de beurt. Bij vergunningen is dat iets genuanceerder. Een wachtrij betekent voor vergunningen in wezen een wachtlijst (in enigerlei vorm, zie onder), tenzij de 'laatkomers' in een ronde 'afvallers' zijn en de volgende ronde "nieuwe ronde, nieuwe kansen" is.

Wachtlijsten.

In de gemeentelijke praktijk komen verschillende vormen van wachtlijsten voor, waaronder deze drie:

- Een wachtlijst voor belangstellenden, die bij het beschikbaar komen van een vergunning op volgorde, een aanvraag mogen doen.
- Een wachtlijst voor gedane aanvragen, die worden aangehouden tot een vergunning beschikbaar komt. Dit heeft als belangrijk nadeel dat de beslistermijn doorloopt (let op de vergunning van rechtswege!), terwijl wellicht later nog actualisatie van de aanvraag nodig zal zijn.
- Een wachtlijst die wordt bijgehouden van aanvragers wiens aanvraag is afgewezen omdat er geen vergunning beschikbaar is, en daarop zijn uitgenodigd als belangstellende op de lijst.

Het spreekt voor zich dat de eerste optie het meest elegant is, ook vanuit het oogpunt van administratieve lasten, en vanwege de eventuele mogelijkheid van leges voor het administreren van de wachtlijst los van aanvragen.

Het tijdstip van binnenkomst van een aanvraag als een criterium voor verlening is dus geen selectie op de merites van de aanvragen. Er vindt geen beoordeling plaats welke aanvraag het te beschermen belang het beste dient. Een ander punt is dat de wachtenden geen keuze hebben voor welke concrete vergunning waarop ze zich inschrijven: ze zullen het moeten doen met wat als eerste beschikbaar komt. Voor standplaatsen met verschillende locaties maakt dit mogelijk wel degelijk uit. En in beginsel (zie hierboven) kan iedere potentiële gegadigde uiteindelijk aan de beurt komen, gegeven de tijdelijkheid van de vergunning. Tenzij geen wachtlijsten worden gebruikt maar slechts beperkte rondes, waarin elke nieuwe ronde, nieuwe kansen gelden.

Als het juist is dat deze methode geen selectie maakt uit verscheidene gegadigden en als het juist is dat de term 'selectie' hier zo moet worden gelezen dat daarmee aselecte procedures zijn uitgesloten, dan kan deze methode niet worden gebruikt voor de verdeling van schaarse vergunningen die nodig zijn in verband met natuurlijke schaarste of technische schaarste als bedoeld in artikel 12 van de Dienstenrichtlijn.

4.3.3 Loten

Bij loting krijgen alle aanvragen bij binnenkomst een nummer. Na sluiting van het aanvraagtijdvak wordt vervolgens in een openbare loting, al dan niet in aanwezigheid van een notaris, bepaald welke aanvragen worden gehonoreerd. De overige aanvragen worden afgewezen.

Loting is een verdelingsmechanisme naar een willekeurig geselecteerd lotnummer en staat onverschillig ten opzichte van de gegadigde en zijn aanvraag, zolang aan de wettelijke voorwaarden voor rechtmatige verlening is voldaan.

Anders dan de verdeling op volgorde van binnenkomst, is loting alleen mogelijk onder aanvragen die gedurende een vooraf bepaald tijdvak zijn ontvangen.

Loten is ook een terugvaloptie, desnoods ten koste van rechtszekerheid, als een andere vorm misgaat en kan dan zelfs gebruikt worden om alsnog gelijke kansen te verzekeren. Zo kan loting bijvoorbeeld ook gehanteerd worden als aanvullend verdelingsmechanisme, wanneer de volgorde van binnenkomst van twee of meer aanvragen niet met zekerheid vastgesteld kan worden. Zie: ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2130. Zie al eerder: Vzr. Rb. Den Haag 16 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:14662.

4.3.4 Administratieve selectie door een vergelijkende toets

Inhoudelijke selectie.

Selectie hoeft geen aanbesteding te zijn. In de praktijk wordt hiervoor wel gesproken over een vergelijkende toets op één of een aantal inhoudelijke criteria. Selectie valt of staat met de juiste criteria en het logisch en systematisch toepassen ervan. Zie voor een goed voorbeeld Rb. Amsterdam 18 juli 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:5161, 5159 en 5147 over de afwijzing van een aanvraag voor een fietstaxivergunning op basis van een vergelijkende toets aan de hand van criteria.

Criteria.

Selectiecriteria kunnen niet dezelfde zijn als de voorwaarden voor verlening die voor allen gelden. Selectiecriteria moeten objectief en voldoende onderscheidend zijn tussen de gegadigden, maar relevant zijn voor de met de vergunningverlening of de ordening te bereiken doelen, en zee mogen niet discriminerend zijn. Zie over het belang van goede criteria ook paragraaf 2.2 over de geschiktheid van criteria voor het met het stelsel te dienen belang.

Artikel 12 Dienstenrichtlijn.

Wel heeft in het aanbestedingsrecht de term 'selectie' een specifieke betekenis (HvJEU 1 maart 2018, ECLI:EU:C:2018:142, C-9/17, *Tirkkonen*) die mogelijk ook gevolgen heeft voor het bepalen van de reikwijdte van artikel 12 Dienstenrichtlijn over selectie van schaarse vergunningen vanwege natuurlijke of technische schaarste.

Tien jaar geleden zag de regering bij de totstandkoming van de Dienstenwet geen reden om artikel 12 (selectie uit diverse gegadigden) van de Dienstenrichtlijn te implementeren, onder meer omdat de verwachting was dat zich op decentraal niveau geen situaties zouden zijn waarin van natuurlijke schaarste sprake zou zijn.

"Op het terrein van de medeoverheden zijn in het geheel geen stelsels bekend voor vergunningen als bedoeld in de richtlijn die schaars zijn als gevolg van beschikbare hulpbronnen of bruikbare technische mogelijkheden. Voor dat onderwerp is dan ook geen structurele regeling nodig in dit wetsvoorstel." *Kamerstukken II 2007/08*, 31 579, nr. 3, par. 3.4.1.

In HvJEU 14 juli 2016, C-458/14 en C-67/15, *Promoimpresa*, heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie geoordeeld dat de vraag of het aantal vergunningen voor kustgebieden in Italië noodzakelijkerwijs beperkt is door schaarste van de natuurlijke hulpbronnen, een voorwaarde voor de toepassing van artikel 12 Drl, aan de nationale rechter is. Om te bepalen of de gebieden beperkt zijn in aantal, moet in aanmerking worden genomen dat de vergunningen ('concessies') op gemeentelijk niveau zijn verleend.

4.3.5 Veilen

Bij het gebruik van natuurlijke hulpbronnen of andere gemeenschappelijke of openbare zaken leidt de verlening van een schaarse vergunning om niet (gratis, afgezien van leges) ertoe dat het voordeel van die hulpbronnen naar die private partij gaat die het recht krijgt. Ook zal er bij de aselechte verdeling daarvan geen garantie zijn dat deze partij er het beste gebruik van zal maken. Zelfs als dat laatste door overdraagbaarheid van het recht in de secundaire markt of door een vergelijkende toets wordt opgelost, gaat de waarde van het mogen exploiteren van de hulpbronnen of diensten naar de (eerste) private vergunninghouder. Dit kan de bedoeling zijn — als het anders niet waarschijnlijk is dat exploitatie van de grond zal komen. Maar er zijn ook overwegingen denkbaar op grond waarvan in dit soort situaties een prijs geboden zou moeten worden zodat die waarde terugvloeit in de publieke middelen. De veiling is daarvoor dan een denkbaar instrument. Praktisch gezien is veilen vooral aan de orde bij situaties van technische of natuurlijke schaarste (zoals etherfrequenties) en minder snel bij beleidsmatige schaarste. Daar bestaat immers het risico dat een vergunning schaars wordt gemaakt, alleen om er vervolgens een slaatje uit te slaan.

Kunnen gemeenten vergunningen veilen?

De vraag is of een veiling van een vergunning door gemeenten is toegestaan. Vast staat dat het hier

niet gaat om de veiling van grond of andere private rechten, maar van vergunningen waarvoor de gemeente het bevoegd gezag is. Ondanks het spraakgebruik van 'beschikbare vergunningen' is een vergunning niet een publiek recht wat aan de overheid toekomt en vervolgens wordt overgedragen. De vergunning ontstaat pas, als toestemming, bij het besluit waarmee verlof wordt gegeven van het verbod. Een veiling kan dus niet de overdracht zijn, zoals bij veilingen doorgaans het geval is. In wezen komt het neer op aanvragen die gepaard gaan met een financieel bod, waarbij het hoogste bod wint. Economisch gezien is de ratio van een veiling dat de waarde van het geveilde bij de partij terecht komt die dat het meeste waardeert, terwijl die waarde in ieder geval gedeeltelijk terecht komt in de publieke middelen, in plaats van die waarde 'gratis' over te dragen op de eerste vergunninghouder (die dat te gelde kan maken door hem over te dragen).

Bij het maken van deze handreiking zijn geen voorbeelden aangetroffen van zuiver publiekrechtelijke veilingen op grond van gemeentelijke verordeningen, zoals dat in formele wetgeving wel mogelijk is gemaakt. Dat betekent niet dat veilen op voorhand is uitgesloten, maar wel dat een duidelijk voorbeeld van een uitgewerkte gemeentelijke regeling ontbreekt.

Zonder risico is het opstellen van een dergelijke regeling niet. Vooropgesteld moet worden dat Hoofdstuk XV van de Gemeentewet niet voorziet in een 'recht' (art. 229) of een andere gemeentelijke belasting die hier gebruikt kan worden, mede gelet op de tariefnormering. Ook ligt het voor de hand dat activiteiten waarvoor op basis van dat hoofdstuk al belastingen worden geheven, zoals het vergunningparkeren, niet een veiling kan worden gehanteerd. Als belasting kan het dus niet worden vormgegeven, dat zou in strijd komen met Hoofdstuk XV van de Gemeentewet.

Als een wet voorziet in de gemeentelijke vergunningverlening (medebewind) zal die wet daarover uitsluitend moeten geven.

4.4 Welke duur bepalen van de vergunning?

Welke duur bepalen?

De duur van vergunningen moet bepaald worden. Deze mogen namelijk niet voor onbepaalde tijd worden afgegeven. En waar dat voor een schaarse vergunning toch al is gebeurd, moet alsnog een termijn bepaald worden. Welke termijn moet worden gekozen?

Niet buitensporig lang.

Het is lastig in het algemeen een concrete termijn voor te stellen. De uiterste grens voor economische activiteiten is dat deze niet buitensporig lang mag zijn (zie overweging 62 van de Dienstenrichtlijn). Een lange termijn is dus niet per se onrechtmatig, maar zal wel gemotiveerd moeten kunnen worden, en mag niet buitensporig lang zijn. Een termijn is buitensporig lang als die, gelet op de invloed die uitgaat op de kansen van anderen om de activiteit uit te oefenen, niet meer in redelijke verhouding staat tot de tijdsbesteding die inherent is aan de betreffende activiteit.

Economische activiteiten.

Voor economische activiteiten betekent dit volgens de al genoemde overweging van de Dienstenrichtlijn dat de vrije mededinging zo min mogelijk belemmerd of beperkt moet worden, althans niet meer dan nodig is met het oog op de afschrijving van de investeringen en een billijke vergoeding van het geïnvesteerde kapitaal.

Aanknopingspunten.

Dat betekent dat praktische aanknopingspunten of uitgangspunten gevonden kunnen worden in de termijnen die bij relevante kapitaalgoederen aan de orde zijn, zoals de standaard huurtermijn van 5 jaar in het BW voor bedrijfsvastgoed. Let wel, het gaat om *uitgangspunten*, de aard en omstandigheden van de activiteit kunnen soms een langere of kortere termijn rechtvaardigen. Andere aanknopingspunten kunnen gevonden worden in termijnen die verbonden zijn aan andere productiefactoren dan kapitaalgoederen die input vormen voor economische activiteiten, zoals arbeidskrachten, natuurlijke hulpbronnen of technologie. De gevolgen van de looptijd voor de rechtszekerheid van het personeel van de vergunninghouder kan ook een factor zijn om mee rekening te houden.

Niet-economische activiteiten. Voor niet-economische activiteiten moeten andere aanknopingspunten worden gezocht, gelet op de aard van de verhoudingen tussen gegadigden voor die activiteiten.

Afstemmen op volgende ronde van verlening.

Bij het bepalen van de looptijd van een vergunning is ook van belang dat die wordt afgestemd op de voorgenomen procedures voor de volgende ronde van vergunningverlening. Die zullen in het belang van de continuïteit van het aanbod gestart moeten worden vóórdat een vergunning verloopt. Bovendien moet rekening gehouden worden met enige tijd waarin een zittende vergunninghouder, als die niet in de nieuwe ronde opnieuw een vergunning krijgt, zijn activiteit kan beëindigen, rekening houdend met het eventueel overnemen van personeel en huurovereenkomsten door de nieuwe vergunninghouder.

5 Nawoord

Schaarse publieke rechten zijn een soort paradox. Het zijn instrumenten die activiteiten beperken tot één of meer personen, in de vorm van een publiek recht. Hoewel de kwalificatie 'schaarste' relatief nieuw is en daardoor de aandacht trekt, is dat op zichzelf niet waar het om gaat. Belangrijker is de vraag hoe een recht schaars kan zijn maar toch zijn publieke karakter behoudt en niet verwordt tot een voorrecht. Dat is waar het normenstelsel van schaarse vergunningen om draait.

Vergunningstelsels met schaarse vergunningen hebben een complexe gelaagdheid. Het inzicht daarin wordt bemoeilijkt door een dubbelzinnig gebruik van de term 'schaarste'. Enerzijds als label (bijvoeglijk naamwoord) voor in aantal beperkte vergunningen, anderzijds als aanduiding van de (beoogde – kunstmatige – of als uitgangspunt genomen – natuurlijke, technische) toestand van het diensten- of goederenaanbod dat voorwerp is van die vergunningen.

Het totaal van de in deze handreiking beschreven kenmerken schetst een beeld van de complexiteit van het leerstuk van schaarse vergunningen voor de praktijk. Die complexiteit heeft twee oorzaken. Ten eerste zijn de verschillende kenmerken meestal ook onderscheidende criteria met andere rechtsfiguren en normen, zodat het evenzoveel kansen zijn op het nemen van "de verkeerde afslag" in het doolhof rond de juiste verdeling, met alle rechtsgevolgen van dien. De zich nog immer ontwikkelende rechtspraak getuigt ervan dat dit in de praktijk ook aan de orde is.

Een tweede oorzaak van de complexiteit voor de praktijk is dat de rechtspraak een nogal summiere 'definitie' van schaarse vergunningen tot uitgangspunt heeft genomen, die ook in de literatuur wel wordt gehanteerd. Dat is het idee dat sprake is van schaarse vergunningen als de som van de aanvragen groter is dan het aantal beschikbare vergunningen. Deze definitie is voor de bestuurspraktijk slecht hanteerbaar, omdat het geen begrip vormt aan de hand van definiërende kenmerken van de rechtsfiguur, maar de kwalificatie van schaarse vergunningen afhankelijk maakt van een casuïstisch zeer beperkte situatie die vooral achteraf pas blijkt. Met andere woorden, het is een definitie die past bij het perspectief van een rechter die gevraagd wordt achteraf over een concreet geval van 'vergunningverdeling' te oordelen. Voor het bestuur van wie een deugdelijk *stelsel* voor de verdeling van schaarse vergunningen verwacht wordt, biedt het geen praktische aanknopingspunten om de relevante aspecten daarvan bij voorbaat te onderkennen. Deze handreiking helpt deze complexiteit hopelijk enigszins hanteerbaar te maken.

Vereniging van
Nederlandse Gemeenten

Nassaulaan 12
2514 JS Den Haag
+31 70 373 83 93
info@vng.nl

november 2018

vng.nl