



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Gelijke kansen bij het verdelen van schaarse vergunningen

Drahmann, A.

Citation

Drahmann, A. (2016). Gelijke kansen bij het verdelen van schaarse vergunningen. *Bedrijfsjuridische Berichten*, 2017(1), 7-9. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/67800>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/67800>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Gelijke kansen bij het verdelen van schaarse vergunningen

Bb 2017/3

Bij de verdeling van schaarse vergunningen moeten potentiële gegadigden gelijke kansen krijgen om in een transparante procedure mee te dingen naar zo'n vergunning. In een verordening mogen beperkingen worden gesteld aan de mededinging, maar die mag daarmee niet volledig worden uitgesloten. Dit volgt uit een recente uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

1. Inleiding

In het Nederlands recht geldt een rechtsnorm die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen. Dat betekent dat op het moment dat er ruimte ontstaat een vergunning te verlenen, alle ondernemers in beginsel de mogelijkheid moet worden geboden mee te dingen naar de schaarse vergunning. Dit blijkt uit de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) van 2 november 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:2927). In deze bijdrage zal ik kort beschrijven wat deze nieuwe rechtsnorm voor ondernemers kan betekenen.

2. Wat zijn schaarse vergunningen?

Als u voor uw bedrijf een vergunning nodig heeft, vraagt u deze aan, waarna het bevoegd gezag beoordeelt of u aan de voorwaarden voldoet. Als dat het geval is dan ontvangt u de vergunning. Bij schaarse vergunningen heeft het bevoegd gezag een maximum vastgesteld voor het aantal vergunningen dat zij wil verlenen. Als dat maximumaantal – ook wel een plafond genoemd – is bereikt dan worden alle aanvragen vanaf dat moment geweigerd. Bekende voorbeelden van schaarse vergunningen zijn OV-concessies, frequentievergunningen, de ontheffing voor de zondagopenstelling van supermarkten, terrasvergunningen, evenementenvergunningen, kramenzet- en standplaatsvergunningen, exploitatievergunningen voor rondvaartboten en kansspelvergunningen.

In de gemeente Vlaardingen was geen speelautomatenhal aanwezig. Met de vaststelling van de Verordening Speelautomaten Vlaardingen werd het mogelijk om één vergunning te verlenen voor de exploitatie van één speelautomatenhal in de gemeente. Op basis van deze verordening werden er vervolgens twee aanvragen voor die ene vergunning ingediend. De burgemeester van Vlaardingen moest dus kiezen tussen een van de twee aanvragers: slechts één onderne-

ming zou het recht verkrijgen om in Vlaardingen een casino te exploiteren.

Door het vaststellen van een maximumaantal beschikbare vergunningen rijzen vragen over de verlening – en vooral de verdeling – van deze vergunningen, zoals aan wie moet de vergunning worden verleend (aan degene die als eerste een aanvraag indient of aan degene die de beste aanvraag heeft ingediend) en mag die vergunning voor onbepaalde tijd worden verleend (waardoor concurrenten geen toegang meer hebben tot die markt)? De uitspraak van 2 november jl. geeft antwoord op deze vragen.

3. Wat houdt het recht op mededinging in?

De Afdeling heeft in deze uitspraak voor het eerst geoordeeld dat er in het Nederlands recht een rechtsnorm geldt die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen. Dit betekent dat geen beroep (meer) hoeft te worden gedaan op Europese rechtsnormen, zoals het vrij verkeer van diensten, maar direct een beroep kan worden gedaan op een Nederlands beginsel van behoorlijk bestuur, namelijk het gelijkheidsbeginsel dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen.

In de zaak Vlaardingen ging het aantal beschikbare vergunningen van 0 naar 1 en dus moest deze norm in acht worden genomen. De vervolgvraag is dan wat deze rechtsnorm concreet inhoudt.

Allereerst vloeit uit de rechtsnorm voort dat schaarse vergunningen in beginsel niet voor onbepaalde tijd, maar alleen tijdelijk kunnen worden verleend. De reden hiervoor is, zo oordeelt de Afdeling, dat de vergunninghouder anders onevenredig zou worden bevoordeeld, omdat het voor nieuwkomers dan nagenoeg onmogelijk is om nog toe te treden tot de markt.

Daarnaast is het om gelijke kansen te kunnen realiseren noodzakelijk dat het bevoegd gezag een passende mate van openbaarheid verzekert. Dat betekent dat het bevoegd gezag bekend moet maken: (i) dat de schaarse vergunning beschikbaar komt; (ii) welke verdelingsprocedure gevolgd zal worden; (iii) in welke periode aanvragen kunnen worden ingediend; en (iv) welke criteria zullen worden toegepast. Deze informatie moet tijdig (voor de start van de aanvraagprocedure) en via een geschikt medium worden bekend gemaakt.

4. Waarom was in deze uitspraak het gelijkheidsbeginsel geschonden?

In Vlaardingen had een ondernemer al vanaf 1987 herhaaldelijk bij de gemeente geïnformeerd naar de mogelijkheid

¹ Annemarie Drahmann is advocaat bij Stibbe te Amsterdam en universitair docent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden.

een speelautomatenhal te exploiteren in de gemeente. Het gemeentebestuur heeft hier nooit medewerking aan willen verlenen. In 2004 kwam het pand aan het Veerplein 132-134 leeg. De toenmalige eigenaar van het pand heeft zich gewend tot de gemeente met het initiatief om in het pand een amusementshal met een bioscoop, casino en restaurant te ontwikkelen. Voor de exploitatie van het casino is de eigenaar in onderhandeling gegaan met Hommerson. De gemeente stond positief tegen de plannen voor het Veerplein en besloot om zowel planologisch (via het bestemmingsplan en omgevingsvergunningen) als met het vaststellen van de verordening mee te willen werken. In de vastgestelde verordening werd bepaald dat de burgemeester bevoegd is voor maximaal één speelautomatenhal een exploitatievergunning te verlenen, gevestigd in het gebied zoals aangegeven op de bij deze verordening behorende kaart. Het aangewezen gebied op die kaart was zo klein dat feitelijk alleen het pand aan het Veerplein als geschikte locatie werd aangewezen. De vraag is of dit mag op grond van het gelijkheidsbeginsel, zeker nu die andere ondernemer in 2005 had aangegeven ook een pand te hebben gevonden op een locatie die slechts 500 meter verderop lag. De Afdeling constateert dat met de verordening in deze vorm de mededinging volledig wordt uitgesloten: de toegang tot de markt wordt feitelijk voorbehouden aan de locatie Veerplein 132-134 en dus aan degene die over het pand op die locatie beschikt. De vastgestelde verordening is volgens de Afdeling in strijd met het gelijkheidsbeginsel toegesneden op één concrete situatie. Daarbij is van belang dat de gemeenteraad bij de afweging van de belangen de ruimte voor mededinging niet kenbaar een rol heeft laten spelen.

Daarnaast is relevant dat de verordening al werd vastgesteld in 2008, maar pas in werking trad in 2011, namelijk op het moment dat de ruimtelijke procedures voor het pand Veerplein 132-134 waren afgerond. Hommerson diende echter al in 2010 – dus voor de inwerkingtreding van de verordening – een aanvraag in voor een exploitatievergunning. Ook hierdoor is strijd met het gelijkheidsbeginsel ontstaan.

Bij de verlening is als maatstaf de volgorde van binnenkomst van aanvragen gehanteerd. Deze maatstaf is volgens de Afdeling toegestaan, mits alle potentiële gegadigden een gelijke kans hebben gehad om te kunnen wedijveren om het schaarse publieke recht. Met de inwerkingtreding van een verordening wordt de mogelijkheid tot het verlenen van een exploitatievergunning voor een speelautomatenhal gecreëerd. Door de publicatie van de verordening konden alle gegadigden op de hoogte zijn van de mogelijkheid om een vergunning te vragen. In dit concrete geval heeft de publicatie van de verordening echter pas in 2011 plaatsgevonden, terwijl partijen al sinds 2005 in onderhandeling met elkaar waren en Hommerson al in 2010 (14 maanden voor de publicatie van de verordening) haar vergunningaanvraag heeft ingediend. De Afdeling oordeelt dat door deze gang van zaken geen passende mate van openbaarheid is betracht en in strijd met de transparantieverplichting is gehandeld.

Bovendien oordeelt de Afdeling dat de enkele bekendmaking en inwerkingtreding van de verordening niet voldoende was om te kunnen bewerkstelligen dat iedere gegadigde

in beginsel gelijke kans had op de hoogte te zijn van de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdstip en de toe te passen criteria. Het gemeentebestuur heeft voor noch na de inwerkingtreding van de verordening publiekelijk kenbaar gemaakt dat en gedurende welke periode het mogelijk was een aanvraag voor de exploitatie van een speelautomatenhal in te dienen. Een expliciete uitnodiging tot mededinging heeft dus niet plaatsgevonden. Potentiële gegadigden zijn ook niet op de hoogte gesteld van de verdelingsprocedure die van toepassing was noch van de duur van het aanvraagtijdstip en van de vergunningsvereisten. Derden hebben dus ten onrechte niet de kans gehad mee te dingen naar de exploitatievergunning.

Zowel de door de gemeenteraad vastgestelde verordening als de door de burgemeester gevolgde vergunningverleningsprocedure waren dus in dit geval in strijd met het gelijkheidsbeginsel. De Afdeling vernietigt daarom de beslissing op de bezwaarschriften. Dat betekent dat de burgemeester opnieuw moet beslissen op de bezwaren van de concurrent van Hommerson. De Afdeling geeft de burgemeester daarvoor als richtsnoer dat als de burgemeester een kansspelvergunning zal willen verlenen, de burgemeester dit pas kan doen nadat op enigerlei wijze alsnog ruimte is geboden voor mededinging. Dat zou kunnen door de kaart bij de verordening zodanig aan te passen dat alsnog een reële keuze wordt geboden tussen meerdere locaties. Bovendien dient een hernieuwde aanvraagprocedure te worden gevolgd die voldoet aan de in de uitspraak geformuleerde eisen.

5. Nog niet alle vragen zijn beantwoord

De uitspraak van de Afdeling geeft antwoorden op een aantal belangrijke vragen over de verdeling van schaarse vergunningen. Toch zijn nog niet alle vragen beantwoord. Ik zal er hieronder twee kort noemen.

Ten eerste blijkt uit deze uitspraak dat schaarse vergunningen slechts voor bepaalde tijd mogen worden verleend. Uit de uitspraak blijkt echter nog niet wat bedrijven en gemeenten kunnen doen als in het verleden vergunningen voor onbepaalde tijd zijn verleend. Kan een concurrent zich nu tot de gemeente wenden met de vraag om die vergunning in te trekken? Mijns inziens zullen gemeenten (al dan niet op verzoek van een onderneming) hun huidige verordeningen moeten screenen op de vraag of zij voldoen aan de in deze uitspraak geformuleerde eisen. Als dit niet het geval is dan ligt een wijziging van die vergunningstelsels voor de hand. Daarbij zal echter ook belang moeten worden gehecht aan de belangen van de huidige vergunninghouders, waaronder het rechtzekerheidsbeginsel. Een overgangperiode waarbij alle partijen zich op een toekomstige verdeelprocedure kunnen voorbereiden lijkt voor deze situaties nodig.

Ten tweede roept de uitspraak een aantal vervolgvragen op over de verhouding tussen de rechtsnorm om mededingsruimte te bieden en de planologische aspecten. In de uitspraak wordt gesteld dat het recht van de eigenaar van een pand om te beslissen over de wijze waarop het pand wordt gebruikt en door wie gerespecteerd moet worden. Om deze reden mag niet maar één locatie als geschikte lo-

catie worden aangewezen. Hoe groot dat gebied dan wel moet zijn, is nog onduidelijk. Ook speelde in deze procedure geen rol dat de andere onderneming niet tegen het bestemmingsplan en de omgevingsvergunningen was opgekomen, zodat deze besluiten onherroepelijk waren geworden. In dit geval had, zo oordeelt de Afdeling, de onderneming met deze planologische procedures niet kunnen bereiken dat zij zelf een speelautomatenhal kon gaan exploiteren. De verordening stond hier immers aan in de weg. Onduidelijk is echter nog hoe in andere omstandigheden de Afdeling zal oordelen over een samenloop tussen (procedures over) een bestemmingsplan en een schaarse vergunning.

Het gaat de omvang van dit artikel te buiten om op deze – en andere – vragen over de verdeling van schaarse vergunningen verder in te gaan. Ik verwijs u hiervoor graag naar mijn aan de Universiteit Leiden verdedigde proefschrift.²

6. Afronding

Deze uitspraak maakt duidelijk dat er een recht op mededingingsruimte bestaat voor ondernemingen. Bestuursorganen moeten bij de verlening van schaarse vergunningen het beginsel van gelijke kansen en de transparantieplichting in acht nemen. Dit betekent dat als een schaarse vergunning beschikbaar komt, het bevoegd gezag tijdig en adequaat bekend moet maken dat en gedurende welke periode een aanvraag voor een vergunning kan worden ingediend, welke eisen aan de aanvraag worden gesteld en welke verdelingsmaatstaven zullen worden gehanteerd.

Deze uitspraak is niet alleen voor de kansspelsector van belang, maar voor alle bedrijven die te maken hebben met schaarse vergunningen. De komende maanden en jaren zullen steeds meer schaarse vergunningen transparant verdeeld (moeten) gaan worden. Als uw bedrijf voor een dergelijke vergunning in aanmerking wil komen dan verdient het dus aanbeveling om de bekendmakingen van overheden goed te volgen. Zo komt u erachter welke vergunningen beschikbaar komen en hoe u ervoor in aanmerking kunt komen. Anderzijds is het wanneer uw onderneming al beschikt over een schaarse vergunning van belang om in de gaten te houden welke maatregelen overheden nemen ter uitvoering van het vereiste om mededingingsruimte te creëren. Daarbij kan in ieder geval het bieden van een redelijke overgangstermijn worden verlangd, maar ook anderszins kan mogelijk invloed worden uitgeoefend op de te kiezen verdeelmethode- en procedure.

² A. Drahmann, 'Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten; een onderzoek naar de toegevoegde waarde van een transparantieplichting bij de verdeling van schaarse besluiten in het Nederlandse bestuursrecht', Deventer: Kluwer 2015. Ook als open access beschikbaar via <https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/31687>.