



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De bescherming van concurrentiebelangen in het bestuursrecht

Wieland, J.

Citation

Wieland, J. (2017, December 13). *De bescherming van concurrentiebelangen in het bestuursrecht*. The Meijers Research Institute and Graduate School of the Leiden Law School of Leiden University. Boomjuridisch, Den Haag. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/58098>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/58098>

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

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/58098> holds various files of this Leiden University dissertation

Author: Wieland, J.

Title: De bescherming van concurrentiebelangen in het bestuursrecht

Date: 2017-12-13

De bescherming van concurrentiebelangen in het bestuursrecht

De bescherming van concurrentiebelangen in het bestuursrecht

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. C.J.J.M. Stolker,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op woensdag 13 december 2017
klokke 13.45 uur

door

Jaap Wieland

geboren te Westervoort

in 1979

Co-promotor: prof. mr. Y.E. Schuurmans

Promotiecommissie: prof. mr. F.J. van Ommeren (Vrije Universiteit)
 prof. mr. R.J.N. Schlössels (Radboud Universiteit)
 prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven (Universiteit Utrecht)
 prof. mr. T. Barkhuysen
 mr. dr. A. Drahmman
 prof. mr. S.C.G. Van den Bogaert

Woord vooraf

Na mijn studie rechtsgeleerdheid had ik een sluimerende wens om ooit nog eens een proefschrift te schrijven. Lange tijd bleef het bij een wens, want altijd was er wel een reden om het niet te doen. Toen Jaap Polak mij eind 2011 vroeg of ik wel eens had overwogen om promotieonderzoek te doen, hoefde ik echter niet lang na te denken. Zo gebeurde het dat ik in april 2012 als buitenpromovendus bij de Afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden begon aan een onderzoek naar de bescherming van concurrentiebelangen in het bestuursrecht. Het onderzoek werd begeleid door Willemien den Ouden, Jaap Polak en Ymre Schuurmans. Hen wil ik in de eerste plaats hartelijk bedanken voor de prettige begeleiding. Hun positief-kritische houding en hun enthousiasme hebben mij enorm gestimuleerd. En dankzij hun praktische insteek is het gelukt om het onderzoek binnen net iets meer dan vijf jaar af te ronden.

De leden van de beoordelingscommissie – prof. mr. T. Barkhuysen, mr. dr. A. Drahmann, prof. mr. F.J. van Ommeren, prof. mr. R.J.N. Schlössels, prof. mr. S.C.G. Van den Bogaert en prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven – dank ik voor hun waardevolle commentaar op het manuscript.

Dank gaat verder uit naar mijn werkgever, de Raad van State. Op het plan een proefschrift te schrijven is zonder uitzondering positief gereageerd. Dat de kans bestond dat het onderzoek tot een kritische noot bij uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak zou leiden heeft dat niet anders gemaakt. De directie Bestuursrechtspraak heeft ervoor gezorgd dat ik het proefschrift niet volledig in mijn eigen tijd heb hoeven schrijven, door mij gedurende vier jaar voor één dag per week te detacheren bij de Universiteit Leiden. Mijn unithoofden Henk van Geel (†) en Ko van Malde hebben mij daarnaast de nodige ruimte en flexibiliteit geboden om het schrijven van een proefschrift te kunnen combineren met een baan als jurist bij de Raad van State. Veel dank ook aan Jan Koreneef en Marloes van Loon van de bibliotheek, die mij steeds van de door mij gevraagde literatuur hebben voorzien, ook als deze niet voorhanden was in de eigen bibliotheek. Zij hebben mijn leven als promovendus daarmee een stuk makkelijker gemaakt. Mijn collega's bij de Raad van State dank ik tot slot voor de belangstelling die zij toonden in de voortgang van mijn onderzoek.

Olaf van Loon en Marcel Rijdsdijk dank ik voor de rol die zij hebben gespeeld bij de voltooiing van het onderzoek. Olaf heeft verschillende versies van het manuscript nauwgezet gelezen en van waardevol commentaar voorzien.

Ook kon ik altijd bij hem terecht met allerlei praktische vragen, vooral in de afrondende fase van het onderzoek. Marcel was mijn kamergenoot van juni 2011 tot juni 2016 en heeft daardoor het grootste deel van het schrijven van het proefschrift van dichtbij meegemaakt. Hij was de eerste die ik lastig-viel met ideeën en theorieën, waarop hij vaak met scherpe observaties reageerde. Ook zorgde hij er bij tijd en wijle voor dat ik het onderzoek niet te serieus nam.

Mijn ouders dank ik voor hun steun bij de keuzes die ik heb gemaakt en de mogelijkheden die zij mij hebben geboden om te gaan studeren. Een studie, waarvan dit proefschrift in zekere zin de voltooiing is. In de eindfase hebben zij in korte tijd het toch lijvige manuscript nauwgezet doorgelezen en er de nodige taal- en typefouten uitgehaald. Veel dank daarvoor.

Jurien bedank ik in het bijzonder. Niet alleen omdat zij delen van het boek heeft meegelezen en vaak met me heeft meegedacht, maar vooral ook voor de ruimte en onvoorwaardelijke steun die ze mij heeft gegeven om het schrijven van dit boek te kunnen combineren met een baan en een druk gezinsleven met onze drie opgroeiende jongens. Zij heeft daarmee een niet te onderschatten bijdrage geleverd aan de voltooiing van het proefschrift. Joa, Juul en Jins ben ik tot slot buitengewoon dankbaar, gewoon omdat ze er zijn!

Amsterdam, juli 2017

Inhoudsopgave

WOORD VOORAF	V
LIJST MET GEHANTEERDE AFKORTINGEN	XVII
1 INLEIDING	1
1.1 Inleiding	1
1.2 Ontwikkelingen in het bestuursrecht	2
1.2.1 Subjectivering van het bestuursrecht	2
1.2.1.1 Verwachtingen bij de invoering van het relativiteitsvereiste	3
1.2.1.2 Eerste ervaringen met het relativiteitsvereiste	4
1.2.2 Europeanisering van het bestuursrecht	5
1.3 Onderzoeksvraag	7
1.4 Relevantie van het onderzoek	9
1.5 Afbakening van het onderzoek: wat komt niet aan bod?	11
1.5.1 Het handelen van ondernemingen en het mededingingsrecht	11
1.5.2 De overheid als marktpartij en de Wet markt en overheid	12
1.5.3 Rechtsbescherming door de burgerlijke rechter	15
1.5.4 Rechtsbescherming door het Hof van Justitie en het EHRM	15
1.6 Opzet van het onderzoek	16
1.7 Onderzoeksmethode	17
2 CONCURRENTIEBELANGEN EN HET BELANG VAN CONCURRENTIE	21
2.1 Inleiding	21
2.2 Concurrentie	22
2.2.1 De markt	23
2.2.2 Prijsmechanisme	23
2.2.3 Concurrentie	26
2.3 Concurrentiebelangen	28
2.3.1 Concurrentieoorlog: het belang om gevrijwaard te blijven of verlost te worden van concurrenten	29
2.3.2 Gelijk speelveld: het belang van gelijke kansen	30
2.3.3 Het belang van (ongehinderde) bedrijfsuitoefening	30
2.4 Het belang van concurrentie	32
2.4.1 Volkomen concurrentie leidt tot optimale welvaart	32
2.4.2 Het algemeen belang van een gelijk speelveld	35
2.4.3 Samenloop van individuele en algemene belangen	36

2.4.4	Gelijkheid, gelijke kansen en een gelijk speelveld	37
2.4.5	De rol van overheid en recht bij het realiseren en handhaven van gelijke kansen	39
2.5	Conclusie	40
3	CONCURRENTIEBELANGEN EN BELANGHEBBENDHEID	41
3.1	Inleiding	41
3.2	De belanghebbende in de zin van artikel 1:2 Awb	41
3.2.1	Het belang van het zijn van belanghebbende	41
3.2.2	Vereisten voor het aannemen van belanghebbendheid	42
3.2.2.1	Eigen belang	43
3.2.2.2	Objectief bepaalbaar belang	43
3.2.2.3	Actueel belang	44
3.2.2.4	Persoonlijk of individueel belang	46
3.2.2.5	Categoriaal belanghebbenden	47
3.2.2.6	Rechtstreeks betrokken belang	48
3.2.3	De persoon van de belanghebbende	50
3.2.4	Tussenconclusie	52
3.3	De concurrent als belanghebbende	53
3.3.1	De relevante markt in het bestuursprocesrecht	54
3.3.2	Criterium 1: Het marktsegment	56
3.3.2.1	Een inventarisatie van de rechtspraak	56
3.3.2.2	Vastgoedeigenaren	60
3.3.2.3	Marktsegment: een glijdende schaal	64
3.3.2.4	De corrigerende werking van de doelgroep	66
3.3.2.5	Beperkt gebrek aan rechtseenheid	68
3.3.3	Criterium 2: Het verzorgingsgebied	71
3.3.4	Omzetverlies als derde criterium?	73
3.3.5	Potentiële concurrenten	79
3.3.6	Intermezzo: procesbelang van concurrenten bij de verdeling van schaarse publieke rechten	82
3.3.7	Tussenconclusie	83
3.4	De relevante markt in het mededingingsrecht	85
3.4.1	Afbakening van de relevante markt	85
3.4.2	Een voorbeeld: de markt voor gespreksdoorgifte	87
3.4.3	Verskil in gedetailleerdheid van de marktafbakening	88
3.4.4	Lessen uit het mededingingsrecht	90
3.4.5	Tussenconclusie	91
3.5	Invloeden uit het Unierecht	92
3.6	Conclusie	96
4	CONCURRENTIEBELANGEN IN HET UNIERECHT	99
4.1	Inleiding	99
4.2	Geschiedenis en doel van de Europese economische integratie	101
4.2.1	Het marktintegratieproces	101
4.2.2	De veranderende rol van de overheid	104

4.2.3	Het uitdijende toepassingsbereik van het Europese recht	106
4.2.4	Het doel van een vreedzame en welvarende samenleving	111
4.2.5	Vooruitblik	113
4.3	Het gelijkheidsbeginsel	115
4.4	De verkeersvrijheden	116
4.4.1	Inleidende opmerkingen	116
4.4.2	Het discriminatieverbod	119
4.4.3	Het verbod van belemmerende maatregelen zonder onderscheid	120
4.4.3.1	Vergunningstelsels	122
4.4.3.2	Schaarse vergunningen	123
4.4.3.3	Materiële eisen	125
4.4.3.4	Niet altijd een belemmering	126
4.4.3.5	Tussenconclusie en vooruitblik	127
4.4.4	Gerechtvaardigde belemmeringen	127
4.4.4.1	Rechtvaardiging van discriminatoire maatregelen	127
4.4.4.2	Rechtvaardiging van maatregelen zonder onderscheid	128
4.4.4.3	De 'rule of reason'	128
4.4.4.4	Toetsingskader	130
4.4.5	Dwingende redenen van algemeen belang	130
4.4.6	Evenredigheid	131
4.4.6.1	Geschiktheid van de maatregel: consistent beleid	131
4.4.6.2	Proportionaliteit van de maatregel: nuttig effect en transparantie	133
4.4.7	Tussenconclusie	135
4.5	De Europese mededingingsregels, in het bijzonder het staatssteunrecht	136
4.5.1	Inleidende opmerkingen	136
4.5.2	Kartelverbod en het verbod op misbruik van een economische machtspositie	137
4.5.3	Staatsmonopolies	139
4.5.4	Het staatssteunrecht	139
4.5.4.1	Het staatssteunverbod	141
4.5.4.2	Uitzonderingen op het staatssteunverbod	142
4.5.4.3	Toezicht op de staatssteunregels: de standstill-verplichting	146
4.5.4.4	Toezicht op de staatssteunregels: de terugvorderingsverplichting	147
4.5.4.5	Modernisering van het staatssteunbeleid	148
4.5.5	Tussenconclusie mededingingsregels	150

4.6	Intermezzo: Unierecht en effectieve rechtsbescherming	152
4.6.1	De nationale rechter als Unierechter	152
4.6.2	Het doeltreffendheidsbeginsel	153
4.6.3	Effectieve rechtsbescherming	154
4.6.4	Beroepen van particulieren	156
4.7	Conclusie	156
5	CONCURRENTIEBELANGEN EN DOELGEBONDEN AFWEGINGSKADERS	157
5.1	Inleiding	157
5.2	Concurrentiebelangen in het Nederlandse bestuursrecht	158
5.2.1	Geen algemene doelstelling	158
5.2.2	Mededingingsregels en de Wet markt en overheid	158
5.2.3	De Algemene wet bestuursrecht	159
5.2.4	Bijzondere bestuursrechtelijke wetgeving	161
5.2.5	Tussenconclusie	161
5.3	Het doelgebonden karakter van bestuursbevoegdheden	163
5.3.1	Het legaliteitsbeginsel en de belangenafweging door de wetgever	164
5.3.1.1	De rechtsstaatidee	164
5.3.1.2	Wettelijke grondslag voor overheidshandelen	165
5.3.1.3	Belangenafweging door de wetgever	165
5.3.1.4	De ‘verbestuurlijking’ van normstelling	167
5.3.2	Het verbod van détournement de pouvoir	168
5.3.3	Het specialiteitsbeginsel	169
5.3.3.1	Grenzen aan de belangenafweging	170
5.3.3.2	Drie opvattingen over specialiteit	171
5.3.4	Tussenconclusie	174
5.4	De bescherming van concurrentiebelangen op grond van de wet	175
5.4.1	Ruimtelijke besluiten	175
5.4.1.1	De vaststelling van bestemmingsplannen	176
5.4.1.2	De verlening van omgevingsvergunningen	178
5.4.1.3	Uitzondering 1: duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau	179
5.4.1.4	Uitzondering 2: feitelijke beïnvloeding van de concurrentieverhoudingen en schaarse bestemmingen	180
5.4.1.5	Meeliften met ruimtelijk relevante belangen	182
5.4.2	De verlening van niet-schaarse vergunningen en ontheffingen	182
5.4.2.1	De verlening van parallelhandelsvergunningen	183
5.4.2.2	De verlening van drank- en horecavergunningen	186
5.4.2.3	De verlening van exploitatie- en evenementenvergunningen	188

5.4.3	De verlening van schaarse vergunningen en ontheffingen	190
5.4.3.1	Schaarse publieke rechten en dubbele concurrentie	190
5.4.3.2	De verdeling van frequentieruimte	192
5.4.3.3	De verlening van ontheffing voor zondagsopening	197
5.4.4	De verlening van subsidies	203
5.4.4.1	Subsidieregelingen en de subsidietitel in de Awb	203
5.4.4.2	De rol van concurrentiebelangen bij de inhoudelijke beoordeling van een subsidieaanvraag	204
5.4.4.3	De rol van concurrentiebelangen bij de keuze voor een te subsidiëren instelling	205
5.4.5	Handhavingsbeslissingen	207
5.4.5.1	De beginselplicht tot handhaving	208
5.4.5.2	De reikwijdte van de beginselplicht	210
5.4.5.3	Belangenafweging	212
5.4.6	Tussenconclusie	214
5.5	Bescherming van concurrentiebelangen op grond van rechtsbeginselen	215
5.5.1	Formele en materiële rechtsbeginselen	216
5.5.2	De aanvullende werking van rechtsbeginselen bij de verdeling van schaarse publieke rechten	217
5.5.2.1	De verplichting om mededingingsruimte te creëren	218
5.5.2.2	De reikwijdte van de verplichting om mededingingsruimte te creëren	225
5.5.2.3	Eisen aan de verdeelprocedure	229
5.5.2.4	De rechtsgrondslag voor het creëren van mededingingsruimte	231
5.5.2.5	De looptijd van schaarse vergunningen en ontheffingen	233
5.5.2.6	De verhouding met het specialiteitsbeginsel	234
5.5.2.7	Tussenconclusie	236
5.5.3	De aanvullende werking van het gelijkheidsbeginsel op andere terreinen van het bestuursrecht	236
5.5.4	Tussenconclusie	239
5.6	De bescherming van concurrentiebelangen op grond van het Unierecht en het EVRM.	240
5.6.1	Beroepen op rechtstreeks werkend Unierecht	240
5.6.1.1	De doorwerking van het Unierecht in bestuursrechtelijke geschillen	241
5.6.1.2	De betekenis van het Unierecht voor concurrentiegeschillen	245

5.6.2	Beroepen op het EVRM	252
5.6.2.1	Concurrentiebelangen in het EVRM	253
5.6.2.2	De doorwerking van het EVRM in bestuursrechtelijke geschillen	256
5.6.2.3	De betekenis van het EVRM voor concurrentiegeschillen	261
5.6.3	Tussenconclusie	262
5.7	Conclusie	262
6	CONCURRENTIEBELANGEN EN HET RELATIVITEITSVEREISTE	265
6.1	Inleiding	265
6.2	Het relativiteitsvereiste	265
6.2.1	De achtergrond van het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste	266
6.2.1.1	Het privaatrechtelijke relativiteitsvereiste	266
6.2.1.2	Motieven voor een bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste	267
6.2.1.3	De plaats van het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste	269
6.2.2	De getroffen belangen	275
6.2.2.1	Eigen en algemene belangen	276
6.2.2.2	Tegengestelde belangen	277
6.2.2.3	Parallele belangen	278
6.2.2.4	Verweven belangen	279
6.2.3	De beweerdelijk geschonden rechtsregel	280
6.2.3.1	Gelede normstelling en de nadere invulling van algemene normen	280
6.2.3.2	Rechtsnormen zonder specifiek beschermingsbereik en algemene beginselen van behoorlijk bestuur	282
6.2.4	De relatie tussen belangen en normen: relativiteit in drie stappen	285
6.2.5	De verhouding tussen het specialiteitsbeginsel en het relativiteitsvereiste	287
6.2.6	Tussenconclusie	288
6.3	Concurrentiebelangen in de relativiteitsrechtspraak	289
6.3.1	Omgevingsrechtelijke besluiten	290
6.3.1.1	De bevoegdheid om bestemmingsplannen vast te stellen	291
6.3.1.2	De norm van een goede ruimtelijke ordening	292
6.3.1.3	Branchering	294
6.3.1.4	De ladder voor duurzame verstedelijking	295
6.3.1.5	De (financiële) uitvoerbaarheid van bestemmingsplannen	299
6.3.1.6	Parkeer- en verkeersnormen	302
6.3.1.7	Provinciale regelgeving	303

6.3.1.8	Duurzame ontvricting van het voorzieningenniveau	304
6.3.1.9	Milieuvoorschriften – algemeen	306
6.3.1.10	Milieueffectrapportage	306
6.3.1.11	Lucht- en bodemkwaliteitseisen en geur- en geluidsnormen	307
6.3.1.12	Externe veiligheid	310
6.3.1.13	Natuur- en soortenbescherming	311
6.3.1.14	Tussenconclusie	312
6.3.2	Handhavingsbesluiten	313
6.3.2.1	Beschermingsbereik van de beweerdelijk geschonden norm	313
6.3.2.2	Het belang van eerlijke concurrentie	314
6.3.2.3	De verhouding met de beginselplicht	314
6.3.2.4	Vaak geen toepassing van het relativiteits- vereiste	315
6.3.2.5	Tussenconclusie	316
6.3.3	Overige besluiten	316
6.3.3.1	Relativiteit bij de toetsing van subsidie- besluiten	317
6.3.4	Tussenconclusie	318
6.4	De correctie Widdershoven en het beschermingsbereik van het gelijkheidsbeginsel	319
6.4.1	Uitzonderingen op het relativiteitsvereiste	319
6.4.2	Inspiratie: de privaatrechtelijke correctie Langemeijer	321
6.4.3	Een bestuursrechtelijke variant: de correctie Widdershoven	323
6.4.3.1	De casus	323
6.4.3.2	De conclusie van staatsraad advocaat- generaal Widdershoven	324
6.4.3.3	De uitspraak van de Afdeling	325
6.4.3.4	Correctie of zelfstandige vernietigingsgrond?	326
6.4.4	De betekenis van de correctie Widdershoven voor de praktijk	327
6.4.4.1	Aanvankelijke scepsis	327
6.4.4.2	Een belangrijke mijlpaal voor de bescherming van eerlijke concurrentie	330
6.4.5	Tussenconclusie	332
6.5	Het relativiteitsvereiste en beroepen op het Unierecht en het EVRM	332
6.5.1	De verdragsrechtelijke toelaatbaarheid van het relativiteitsvereiste	333
6.5.1.1	Het relativiteitsvereiste en het Unierecht	333
6.5.1.2	Het relativiteitsvereiste en het EVRM	339
6.5.2	Toepassing van het relativiteitsvereiste bij een beroep op Unierecht	340

6.5.2.1	Een beroep op staatssteunregels	340
6.5.2.2	Een beroep op de vrij-verkeerbepalingen en de Dienstenrichtlijn	351
6.5.2.3	Een beroep op andere Unierechtelijke normen	355
6.5.3	Tussenconclusie	355
6.6	Conclusie	356
7	SLOTBESCHOUWING	359
7.1	Inleiding	359
7.1.1	Onderzoeksvraag	360
7.1.2	Concurrentie, concurrentiebelangen en het belang van concurrentie	361
7.2	Deelconclusie 1: ruime toegang tot de bestuursrechtelijke procedure	362
7.2.1	Criterium 1: marktsegment	362
7.2.2	Criterium 2: verzorgingsgebied	364
7.2.3	Invloed op de omzet als derde criterium?	365
7.2.4	Slotsom: ruime toegang tot rechtsbescherming	365
7.3	Deelconclusie 2: beperkt meewegen van concurrentiebelangen	366
7.3.1	Concurrentiebelangen en het doelgebonden karakter van bestuursbevoegdheden	366
7.3.2	De bescherming van concurrentiebelangen op grond van het gelijkheidsbeginsel	371
7.3.3	De bescherming van concurrentiebelangen op grond van het Unierecht en het EVRM	373
7.3.4	Slotsom: beperkt meewegen van concurrentiebelangen	375
7.4	Deelconclusie 3: het relativiteitsvereiste als struikelblok voor concurrenten	375
7.4.1	Concurrentiebelangen zijn vooral in het ruimtelijk bestuursrecht geen te beschermen belangen	376
7.4.2	De correctie Widdershoven	377
7.4.3	Het relativiteitsvereiste in het licht van het Unierecht en het EVRM	379
7.4.4	Slotsom: het relativiteitsvereiste als struikelblok voor concurrenten	380
7.5	Conclusie: beperkte bescherming van concurrentiebelangen	381
7.6	Naar een betere bescherming van concurrentiebelangen	383
7.6.1	Het probleem	383
7.6.2	Noodzaak van een oplossing	385
7.6.3	Op zoek naar een oplossing	386
7.6.3.1	Uitbreiding van de 'gelijke kansen-norm' die geldt bij de verdeling van schaarse rechten	386
7.6.3.2	Uitbreiding van de correctie Widdershoven	387
7.6.3.3	Toepassing van het zorgvuldigheidsbeginsel door de burgerlijke rechter	388

7.6.3.4	De Duitse Konkurrentenklage	394
7.6.3.5	Unierechtelijke invulling van het gelijkheidsbeginsel	396
7.6.4	Op weg naar gelijkere kansen voor concurrenten	397
7.6.4.1	Rechtsgrondslag	397
7.6.4.2	Niet de vergelijkbaarheid van gevallen, maar het onderscheid als beginpunt van de toetsing	399
7.6.4.3	Een evenredigheidsbenadering	401
7.6.4.4	Geen wereld van verschil ten aanzien van de uitkomst, maar wel meer duidelijkheid ten aanzien van de toetsingsgrondslag	403
7.6.5	Van gelijkheidsbeginsel naar gelijke kansen beginsel	405
SUMMARY		407
LIJST VAN GERAADPLEEGDE LITERATUUR		423
RECHTSPRAAKREGISTER		441
TREFWOORDENREGISTER		453
CURRICULUM VITAE		459

Lijst met gehanteerde afkortingen

AA	Ars Aequi
ABRvS	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
ACM	Autoriteit Consument en Markt
AFM	Autoriteit Financiële Markten
AG	Advocaat-Generaal
AGVV	Algemene Groepsvrijstellingsverordening
APV	Algemene Plaatselijke Verordening
ARRvS	Afdeling Rechtspraak van de Raad van State
Awb	Algemene wet bestuursrecht
Bb	Bedrijfsjuridische berichten
Bevi	Besluit externe veiligheid inrichtingen
BR	Bouwrecht
Bro	Besluit ruimtelijke ordening
BW	Burgerlijk Wetboek
CBb	College van Beroep voor het bedrijfsleven
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
Chw	Crisis- en herstelwet
CMLR	Common Market Law Review
Commissie	Commissie van de Europese Unie
CRvB	Centrale Raad van Beroep
daeb	diensten van algemeen economisch belang
Dhw	Drank- en horecawet
diss.	dissertatie
ECLI	European Case Law Identifier
EEG	Europese Economische Gemeenschap
EEG-Verdrag	Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap
EG	Europese Gemeenschappen
EG-Verdrag	Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap
EGA	Europese Gemeenschap voor Atoomenergie
EGKS	Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EStAL	European State Aid Law Quarterly
EMU	Economische en Monetaire Unie
EU	Europese Unie
Euratom	Europese Gemeenschap voor Atoomenergie
EVRM	Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
Ffw	Flora- en faunawet
Gst.	De Gemeentestem

GvEU	Gerecht van de Europese Unie
Gw	Grondwet
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
JAAN	Jurisprudentie Aanbestedingsrecht
JAF	Jurisprudentie Afval
JB	Jurisprudentie Bestuursrecht
JBO	Jurisprudentie Bodem
JBplus	Jurisprudentie Bestuursrecht plus
JG	Jurisprudentie voor gemeenten
JGR	Jurisprudentie Gezondheidsrecht
JHV	Jurisprudentie Huur en Verhuur
JIN	Jurisprudentie in Nederland
JM	Jurisprudentie Milieurecht
Gmw	Geneesmiddelenwet
JOM	Jurisprudentie Omgevingsrecht
ktr.	kantonrechter
M en R	Milieu en Recht
m.e.r.	milieueffectrapportage
MKB	midden- en kleinbedrijf
m.nt.	met noot
NALL	Netherlands Administrative Law Library
Nbw 1998	Natuurbeschermingswet 1998
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NTB	Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht
NTER	Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht
MvT	Memorie van Toelichting
Mw	Mededingingswet
O&A	Overheid en Aansprakelijkheid
OPTA	Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit
PB	Tijdschrift voor Praktisch Bestuursrecht
PbEG	Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen
PbEU	Publicatieblad van de Europese Unie
Rb.	rechtbank
REALaw	Review of European Administrative Law
r.o.	rechtsoverweging
SER	Sociaal-Economische Raad
SEW	SEW Tijdschrift voor Europees en economisch recht
SSNIP	Small but Significant Non-transitory Increase in Price
Stb.	Staatsblad
TBR	Tijdschrift voor Bouwrecht
TGMA	Tijdschrift voor Gezondheidsschade, Milieuschade en Aansprakelijkheidsrecht
TO	Tijdschrift voor Omgevingsrecht

TvAR	Tijdschrift voor Agrarisch Recht
USZ	Uitspraken Sociale Zekerheid
VAR	Vereniging voor Bestuursrecht
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
VNO-NCW	Verbond van Nederlandse Ondernemingen – Nederlands Christelijk Werkgeversverbond
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
VwGO	Verwaltungsgerichtordnung (Duitsland)
Vz.	voorzitter
Wab	Wet aanpassing bestuursprocesrecht
Wabo	Wet algemene bepalingen omgevingsrecht
Wav	Wet arbeid vreemdelingen
Wbb	Wet bodembescherming
Wgh	Wet geluidhinder
Wgv	Wet geurhinder en veehouderij
Wks	Wet op de kansspelen
Wmg	Wet marktwerking gezondheidszorg
Wmm	Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag
WODC	Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum
Wro	Wet ruimtelijke ordening
WVO	Wet op het Voortgezet Onderwijs

1.1 INLEIDING

De laatste vijftien jaar vormen concurrentiebelangen in toenemende mate inzet van bestuursrechtelijke procedures.¹ Het gaat daarbij vaak om ondernemers die opkomen tegen besluiten van de overheid die negatieve invloed hebben of kunnen hebben op hun concurrentiepositie. Een bekend voorbeeld zijn ondernemers – vaak exploitanten van bouwmarkten of supermarkten – die opkomen tegen de vaststelling van een bestemmingsplan dat voorziet in concurrerende economische activiteiten. Vaak hopen zij op die manier de voorziene ruimtelijke ontwikkeling tegen te houden en aldus gevrijwaard te blijven van nieuwe concurrentie. Ook procederen ondernemers regelmatig over de verlening van subsidies, vergunningen en ontheffingen, omdat die besluiten concurrenten in staat stellen bepaalde concurrerende activiteiten te ontplooiën. Verder procederen ondernemers over handhavingsbesluiten, omdat zij vinden dat de overheid ten onrechte niet of onvoldoende handhavend optreedt jegens een concurrent die bepaalde voorschriften overtreedt. Wat al deze procedures met elkaar gemeen hebben, is dat steeds de vraag kan worden gesteld in hoeverre concurrentiebelangen een rol kunnen spelen bij de besluitvorming en de toetsing daarvan door de bestuursrechter. Die vraag kan van oudsher slechts op beperkte aandacht rekenen in het Nederlandse bestuursrecht. Dat laat onverlet dat ondernemers steeds op zoek gaan naar nieuwe en andere manieren om voor hun concurrentiebelangen op te komen, onder andere door middel van beroepen op het Unierecht. Dit heeft er in de loop der tijd voor gezorgd dat bestuursorganen en de bestuursrechter steeds vaker worden geconfronteerd met de vraag in hoeverre concurrentiebelangen een rol kunnen spelen in het bestuursrecht. Daarin is dan ook het belang van dit proefschrift gelegen.

1 Een verder ongefilterde zoekopdracht op www.rechtspraak.nl over de periode 2000 tot en met 2016 met als zoekterm 'concurr*' levert de volgende aantallen bestuursrechtelijke uitspraken op: 2000:74, 2001:90, 2002:139, 2003:146, 2004:133, 2005:223, 2006:242, 2007:270, 2008:280, 2009:261, 2010:282, 2011:325, 2012: 304, 2013: 297, 2014: 289, 2015: 298 en 2016: 334. Over de hele linie gezien is dus sprake van een gestage toename van concurrenten-rechtspraak, met dien verstande dat na een piek in 2011 er enige tijd een lichte daling heeft plaatsgevonden. In 2016 bereikte het aantal zaken echter een nieuw hoogtepunt. Zie over de toename van de concurrenten-rechtspraak ook Daalder, Geleijnse & Elzackers 2015, p. 2431.

1.2 ONTWIKKELINGEN IN HET BESTUURSRECHT

Het antwoord op de vraag in hoeverre concurrentiebelangen een rol kunnen spelen bij het nemen van besluiten en het toetsen daarvan wordt beïnvloed door een aantal ontwikkelingen in het Nederlandse bestuursrecht die zich in het recente verleden hebben voorgedaan en nog voortduren. De belangrijkste ontwikkelingen bespreek ik kort in deze paragraaf.

1.2.1 Subjectivering van het bestuursrecht

Van oudsher bestaan er twee opvattingen over de functie van het bestuursprocesrecht: de objectieve opvatting en de subjectieve opvatting. De objectieve opvatting houdt in dat de bestuursrechtspraak in hoofdzaak het algemeen belang bij rechtmatig overheidsoptreden dient. De bestuursrechter heeft in die opvatting primair tot taak toe te zien op de rechtmatigheid van het handelen van de overheid (*recours objectif*). Tegenover de objectieve opvatting staat de subjectieve opvatting. In die opvatting staat niet de controle op de rechtmatigheid van het overheidsoptreden centraal, maar de bescherming van de belangen van individuen en de beslechting van geschillen (*recours subjectif*).² Het gaat om twee uitersten die niet in zuivere vorm voorkomen, maar die worden gebruikt om onderdelen en aspecten van het bestuurs(proces)recht te karakteriseren. Het Nederlandse bestuursprocesrecht heeft een objectieve oorsprong, wat onder meer de centrale positie die het besluit inneemt bij de rechterlijke toetsing verklaart.³ In de loop der tijd zijn er echter steeds meer subjectieve elementen aan het bestuursprocesrecht toegevoegd. Met de invoering van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) in 1994 is de handhaving van het objectieve recht meer naar de achtergrond verschoven en is rechtsbescherming de primaire doelstelling geworden van het bestuursprocesrecht.⁴ Dit komt onder meer tot uitdrukking in artikel 8:69 lid 1 Awb, dat bepaalt dat de rechter uitspraak doet op de grondslag van het beroepsschrift, en in het verbod van *reformatio in peius*. Nadat het vervolgens een tijd betrekkelijk rustig is geweest, is met de inwerkingtreding van de Crisis- en herstelwet (Chw) op 31 maart 2010 en de Wet aanpassing bestuursprocesrecht (Wab) op 1 januari 2013 een belangrijke nieuwe stap gezet in de subjectivering van het bestuursprocesrecht. In de eerste plaats is voorzien in de invoering van het relativiteitsvereiste in het bestuursprocesrecht.⁵ Op grond van dit vereiste vernietigt de bestuursrechter een besluit niet langer op de grond dat het in strijd is met een geschreven of ongeschre-

2 Zie over beide opvattingen en de subjectivering van het bestuursprocesrecht o.a. Schreuder-Vlasblom 2017, p. 45-59, Schlössels 2014, p. 256-257, Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 557-558, Barkhuysen & Claessens 2012, p. 84, De Poorter & De Graaf 2011, p. 15-16, De Poorter 2010, p. 32-33, en Polak 2009, p. 378-383.

3 De Poorter & De Graaf 2011, p. 16.

4 *Kamerstukken II* 1991/92, 22495, 3, p. 30-38, en *Kamerstukken II* 2009/10, 32450, 3, p. 9-12. Zie ook De Poorter & De Graaf 2011, p. 26.

5 Artikel 1.9 Chw en artikel 8:69a Awb.

ven rechtsregel of algemeen rechtsbeginsel, indien deze regel of dit beginsel kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich erop beroept. Anders dan voorheen het geval was, is schending van de norm op zichzelf dus niet meer voldoende voor vernietiging van het bestreden besluit. De geschonden norm moet tevens strekken tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept. Ook zijn de mogelijkheden voor de rechter om gebreken te passeren verruimd.⁶ Een besluit waartegen bezwaar is gemaakt of beroep is ingesteld, kan, ondanks een schending van een geschreven of ongeschreven rechtsregel of algemeen rechtsbeginsel, door het orgaan dat op het bezwaar of beroep beslist in stand worden gelaten indien aannemelijk is dat belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld. Ook hier wordt een relatie gelegd tussen de geschonden norm en de belangen van betrokkenen. Deze wijzigingen van het bestuursprocesrecht houden in dat niet langer het besluit als zodanig, maar veeleer het beweerdelijk getroffen belang van de rechtszoekende centraal staat als voorwerp van het geding.⁷ Dit getuigt van een steeds verdergaande subjectivering van het bestuursrecht.

1.2.1.1 *Verwachtingen bij de invoering van het relativiteitsvereiste*

Het meest verstrekkend in het kader van de subjectivering van het bestuursrecht is de introductie van het relativiteitsvereiste. Op 1 januari 2013 is artikel 8:69a Awb in werking getreden. Daarmee heeft dit vereiste toepassing gekregen over de hele breedte van het bestuursrecht.⁸ Het relativiteitsvereiste houdt een beperking in van de bevoegdheid van de bestuursrechter om besluiten te vernietigen. Hij mag dit niet meer doen wanneer de geschonden norm niet kennelijk strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich erop beroept. Een in het kader van dit proefschrift belangrijke vraag is wat dit betekent voor ondernemers die bij de bestuursrechter willen opkomen tegen besluiten waardoor zij in hun concurrentiebelangen worden getroffen. Meer concreet gaat het daarbij om de vraag in hoeverre concurrentiebelangen worden beschermd door de normen waarop concurrenten een beroep doen.⁹ Ook de wetgever heeft zich die vraag gesteld. In de toelichting op de Wab is in dat verband verwezen naar een in 2004 in opdracht van het WODC uitgevoerd onderzoek naar de eventuele invoering van een relativiteitsvereiste in het bestuursrecht met als doel 'oneigenlijk gebruik' van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen te gaan.¹⁰ Onderdeel van dat onderzoek was een inventarisatie van de gevolgen van de invoer-

6 Artikel 1.5 Chw en artikel 6:22 Awb.

7 De Poorter & De Graaf 2011, p. 28.

8 Artikel 1.9 Chw, dat vanaf 31 maart 2010 tot de inwerkingtreding van artikel 8:69a Awb gold, was alleen van toepassing op ruimtelijke besluiten die onder de werking van de Chw vielen.

9 Die vraag komt aan de orde in de hoofdstukken 5 en 6.

10 *Kamerstukken II* 2009/10, 32450, 3, p. 19. Zie voor het onderzoek De Poorter e.a. 2004.

ring van een relativiteitsvereiste voor de praktijk. Daarbij is erop gewezen dat de mate waarin een relativiteitsvereiste zich zal manifesteren afhankelijk is van het type zaak, het type appellant en het soort gronden dat wordt aangevoerd. Ten aanzien van het type zaken is opgemerkt dat het relativiteitsvereiste vooral gevolgen zal hebben voor gevallen waarin niet alleen de belangen van de geadresseerde van het besluit zijn betrokken, maar ook de belangen van anderen (derden). Hierbij moet vooral worden gedacht aan het omgevingsrecht, omdat besluiten op dat terrein naar hun aard vele, vaak diffuse, belangen raken.¹¹ Ten aanzien van het type appellant is de verwachting uitgesproken dat de invoering van een relativiteitsvereiste vooral grote consequenties zal hebben voor concurrenten.¹² Zij worden namelijk al gauw als derde belanghebbende aangemerkt in gevallen waarin bijvoorbeeld aan een ondernemer een vergunning wordt verleend of wordt geweigerd handhavend op te treden tegen een ondernemer. Voor veel normen waarop concurrenten zich beroepen geldt echter dat ze niet de belangen van concurrenten beogen te beschermen. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de normen uit de Wet milieubeheer of het Bouwstoffenbesluit. Dit betekent, zo werd verwacht, dat vooral concurrenten in veel zaken van beroep zullen worden uitgesloten.¹³ De wetgever heeft dit effect van het relativiteitsvereiste bij de totstandkoming van de Wab onder ogen gezien en ook aanvaard. Sterker nog, het was juist de bedoeling van de wetgever om ervoor te zorgen dat – onder andere – concurrenten niet langer tegen besluiten beroepsgronden kunnen aanvoeren die geen verband houden met hun concurrentiebelang.¹⁴

1.2.1.2 *Eerste ervaringen met het relativiteitsvereiste*

De invoering van het relativiteitsvereiste is inmiddels een feit en het vereiste heeft zijn eerste lustrum zelfs al achter de rug. Ook is het relativiteitsvereiste in 2015 geëvalueerd.¹⁵ Deze evaluatie bestaat – logischerwijs – voor een belangrijk deel uit een analyse van de rechtspraak. Uit deze analyse is naar voren gekomen dat, zoals vooraf werd verwacht, vrijwel alle rechtspraak over het relativiteitsvereiste betrekking heeft op omgevingsrechtelijke zaken. De verklaring daarvoor is dat het in het omgevingsrecht vaak gaat om meerpartijengeschillen. Verder is naar voren gekomen dat de toepassing van het relativiteitsvereiste in de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) nauw aansluit bij de bedoelingen die de regering in de memorie van toelichting heeft geformuleerd. Dat wil zeggen dat de bestuursrechter niet zozeer onderzoekt of, zoals artikel 8:69a Awb voorschrijft, de geschonden norm kennelijk strekt

11 De Poorter e.a. 2004, p. 36.

12 De Poorter e.a. 2004, p. 42.

13 De Poorter e.a. 2004, p. 46.

14 *Kamerstukken II* 2009/10, 32450, 3, p. 19 en 53-54.

15 Nijmeijer e.a. 2015. Het evaluatieonderzoek ziet op artikel 8:69a Awb, alsmede op artikel 6:22 Awb.

tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept, maar veeleer of er een verband is tussen de beroepsgrond en het daadwerkelijke of achterliggende belang van eiser. Een besluit wordt slechts vernietigd als dit belang feitelijk wordt of dreigt te worden geschaad. Ook is naar voren gekomen dat het relativiteitsvereiste vooral wordt tegengeworpen aan eisers die zich beroepen op de schending van de belangen van anderen in plaats van op de schending van hun eigen belangen. Opvallend is dat de evaluatie geen antwoord geeft op de vraag voor welk type appellanten het relativiteitsvereiste de grootste gevolgen heeft. Niet is getoetst of de voorafgaand aan de invoering van het relativiteitsvereiste uitgesproken verwachting van de wetgever dat dit vereiste vooral grote consequenties zal hebben voor concurrenten uitgekomen is. De literatuur die de afgelopen jaren is verschenen over het relativiteitsvereiste is hier duidelijker over. Zo concludeert Gerritsen na bestudering van de rechtspraak van de Afdeling dat het relativiteitsvereiste het voor de concurrent veel moeilijker heeft gemaakt om succesvol op te komen tegen een hem onwelgevallig ruimtelijk besluit. Hij sluit zijn bijdrage zelfs af met de opmerking dat het er alle schijn van heeft dat 'de Afdeling de buik vol heeft van concurrenten die elkaar over en weer het leven zuur proberen te maken met beroepsprocedures'.¹⁶ Lagrouw concludeert in een noot onder een uitspraak van de Afdeling, waarin een beroep van een concurrent op een parkeernorm uit de Bouwverordening op het relativiteitsvereiste afketste, dat uit een aantal uitspraken in zaken waarin concurrenten omgevingsrechtelijke besluiten aanvochten, blijkt dat concurrenten sinds de invoering van het relativiteitsvereiste vaak bot vangen.¹⁷ Swagemakers en Daalder e.a. concluderen dat het relativiteitsvereiste het veel moeilijker maakt voor ondernemers om de komst van concurrenten te dwarsbomen door op te komen tegen ruimtelijke besluiten.¹⁸ Kortom, uit de literatuur komt het beeld naar voren dat, in elk geval wanneer het gaat om ruimtelijke besluiten, het relativiteitsvereiste de proceskansen voor ondernemers die bij de bestuursrechter procederen ter bescherming van hun concurrentiebelangen aanzienlijk beperkt.

1.2.2 Europeanisering van het bestuursrecht

Een tweede belangrijke ontwikkeling met het oog op de vraag in hoeverre concurrentiebelangen een rol kunnen spelen bij de toetsing van een besluit door de bestuursrechter betreft de europeanisering van het bestuursrecht.¹⁹ Het nationale bestuursrecht en de toepassing daarvan worden in toenemen-

16 Gerritsen 2015, p. 7.

17 K. Lagrouw, annotatie bij ABRvS 11 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1146, *Gst.* 2014/22, p. 86.

18 Swagemakers 2015, p. 12, en Daalder, Geleijnse & Elzackers 2015, p. 2439.

19 Zie over de europeanisering van het bestuursrecht o.a. Widdershoven 2014, p. 9-31, Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 31-50, Hofmann, Rowe & Türk 2011 en Widdershoven e.a. 2007, p. 1-2.

de mate beïnvloed door het recht van de Europese Unie (het Unierecht). Dit heeft meerdere oorzaken. In de eerste plaats brengt de Europese Unie een groeiende stroom regelgeving tot stand op steeds meer terreinen, waaronder in toenemende mate ook op terreinen die voor het bestuursrecht van belang zijn. Belangrijk voor concurrenten zijn bijvoorbeeld de aanbestedingsrichtlijnen en de Dienstenrichtlijn. De lidstaten moeten zorgen voor implementatie, toepassing en handhaving van deze Unierechtelijke regelgeving in de nationale rechtsorde.²⁰ Dit heeft tot gevolg dat steeds meer nationaal bestuursrecht een Unierechtelijke basis en inhoud krijgt en er in wezen dus steeds minder sprake is van nationaal bestuursrecht. Bestuursorganen brengen bij de toepassing van die nationale regelgeving steeds vaker feitelijk Unierecht ten uitvoer. Niet alleen komt er steeds meer Europese regelgeving, ook wordt de invulling van nationale regels in toenemende mate beïnvloed door het Unierecht. Een tweede oorzaak van de Europeanisering van het bestuursrecht is dat de eisen die het Unierecht stelt aan de toepassing en handhaving van het Unierecht in de nationale rechtsorde bestuursorganen en de bestuursrechter er onder omstandigheden toe dwingen om nationaal procesrecht opzij te zetten en soms het materiële bestuursrecht zo uit te leggen dat toepassing van dat recht geen afbreuk doet aan het Unierechtelijke doeltreffendheidsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Overigens wijst Widdershoven er op dat deze beginselen het algemene deel van het bestuursprocesrecht wel inkaderen, maar de daadwerkelijke Europeanisering van het Nederlands bestuursrecht op basis hiervan tot nu toe beperkt is gebleven.²¹ Een laatste oorzaak die mijns inziens bijdraagt aan de europeanisering, maar die in de literatuur daarover niet wordt genoemd, is dat het Hof van Justitie van de Europese Unie (Hof van Justitie) steeds sneller bereid lijkt om aan te nemen dat zich in een bepaalde zaak een aanknopingspunt met het Unierecht voordoet en dus de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van toepassing zijn.²² Dit is al het geval als van een dienst gebruik *kan* worden gemaakt door burgers uit andere lidstaten.²³ Het vorenstaande betekent ook dat de bescherming van concurrentiebelangen in het bestuursrecht in toenemende mate wordt beïnvloed door Unierechtelijke normen en beginselen.

Een belangrijke constatering in het kader van dit proefschrift is dat concurrentieverhoudingen, en in het bijzonder het gelijke speelveld tussen concurrenten, een centrale plaats innemen in het Unierecht. Het Unierecht bevat een norm die in algemene zin voorschrijft dat de overheid zich bij de uit-

20 Verhoeven, Van den Brink & Drahmman 2010, p. 10.

21 Widdershoven 2014, p. 14.

22 Zie over de tendens om sneller aan te nemen dat sprake is van een aanknopingspunt met het Unierecht Botman 2015, p. 132-133, en Sevinga 2014, p. 198-202.

23 HvJ EU 1 oktober 2015, C-340/14 en C-341/14, ECLI:EU:C:2015:641 (*Trijber en Harmsen*), punt 41, en HvJ EU 14 november 2013, C-221/12, ECLI:EU:C:2013:736 (*Belgacom*), punt 31. In HvJ EU 15 november 2016, C-268/15, ECLI:EU:C:2016:874 (*Ullens de Schooten*), punten 49 en 55, is op dit punt sprake van enige inkadering. Zie daarover paragraaf 4.4.1.

oefening van publiekrechtelijke bevoegdheden heeft te onthouden van een (onevenredige) verstoring van het gelijke speelveld.²⁴ In combinatie met de Europeanisering van het nationale bestuursrecht betekent dit dat de Nederlandse bestuursrechter gehouden is een zeker niveau van bescherming te bieden aan ondernemers die door een besluit in hun concurrentiepositie worden getroffen. Concurrenten zien dat ook en dit verklaart dan ook – in elk geval voor een deel – waarom ondernemers steeds vaker bij de bestuursrechter procederen over concurrentiebelangen.

1.3 ONDERZOEKSVRAAG

In de literatuur wordt, als gezegd, het beeld geschetst dat het slecht is gesteld met de bescherming van concurrentiebelangen in het bestuursrecht. Weliswaar worden concurrenten snel als belanghebbende bij een besluit aangemerkt, maar met hun belangen kan in veel gevallen maar heel beperkt rekening worden gehouden in de besluitvorming en bij de toetsing daarvan door de rechter. De bescherming van concurrentiebelangen lijkt met de invoering van het relativiteitsvereiste alleen maar te zijn afgenomen. Dit algemene gevoel, gezien tegen de achtergrond van de hiervoor geschetste ontwikkelingen, doet de vraag rijzen hoe het gesteld is met de bescherming van concurrentiebelangen in het Nederlandse bestuursrecht. Dit leidt tot de volgende onderzoeksvraag:

In hoeverre biedt het Nederlandse bestuursrecht bescherming aan ondernemers die door een besluit van de overheid in hun concurrentiepositie worden getroffen?

Deelvragen

Een primaire voorwaarde voor rechtsbescherming in het bestuursrecht is dat degene die stelt door een besluit te worden benadeeld toegang heeft tot de bestuursrechtelijke procedure. Zonder die toegang is er immers in het geheel geen rechtsbescherming. Toegang tot de bestuursrechtelijke procedure hebben belanghebbenden (artikel 1:2 Awb). Een ondernemer die door een besluit in zijn concurrentiepositie wordt getroffen heeft er dus in de eerste plaats belang bij om in zijn hoedanigheid van concurrent als belanghebbende bij dat besluit te worden aangemerkt.

Is een ondernemer op grond van zijn concurrentpositie belanghebbende, en is verder voldaan aan alle andere ontvankelijkheidsvoorwaarden, zoals het tijdig instellen van beroep en het betalen van griffierecht, dan kan de desbetreffende ondernemer deelnemen aan de bestuursrechtelijke procedure. Dit betekent onder andere dat hij bezwaar kan maken en beroep kan instellen tegen een besluit, zodat het besluit kan worden heroverwogen en getoetst. Een vraag die daarbij centraal staat is in hoeverre concurrentie-

24 Deze norm komt aan bod in hoofdstuk 4.

belangen een rol kunnen spelen in de besluitvorming. Bestuursbevoegdheden hebben een doelgebonden karakter. Dit betekent dat de norm of rechtsregel die het bestuursorgaan aan het bestreden besluit ten grondslag heeft gelegd en de nadere normering daarvan een belangrijke toetsingsmaatstaf vormen. Aan de hand daarvan moet worden vastgesteld welke belangen bij de besluitvorming en dus ook bij de rechtsbescherming een rol kunnen spelen. Het specialiteitsbeginsel speelt een belangrijke rol hierbij. Voor een ondernemer die door een besluit in zijn concurrentiepositie wordt getroffen is het dus van belang te onderzoeken in hoeverre een bestuursorgaan de ruimte geeft om bij het nemen van een besluit met zijn (concurrentie)belangen rekening te houden.

Niet alleen moet een besluit, voor zover mogelijk, berusten op een zorgvuldige afweging van de betrokken belangen. Ook mag het niet in strijd zijn met wet- en regelgeving. Dit betekent dat bij de toetsing van een besluit kan worden getoetst in hoeverre dit het geval is. Een belangrijke beperking bij deze toetsing door de bestuursrechter vloeit voort uit het relativiteitsvereiste, op grond waarvan de bestuursrechter een besluit niet langer vernietigt indien de geschonden norm kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich erop beroept. Voor een ondernemer die door een besluit in zijn concurrentiepositie wordt getroffen is het gelet hierop van belang om te onderzoeken in hoeverre de normen waar hij een beroep op doet of kan doen, ertoe strekken concurrentiebelangen te beschermen.

Uit het vorenstaande volgt dat de centrale vraag in dit proefschrift zal worden onderzocht aan de hand van de volgende deelvragen:

- In hoeverre kunnen ondernemers op grond van hun concurrentiepositie als belanghebbende bij een besluit worden aangemerkt?
- In hoeverre kunnen concurrentiebelangen een rol spelen in de door het bestuur in het kader van de uitoefening van een bestuursbevoegdheid te maken belangenafweging en de toetsing daarvan door de bestuursrechter?
- In hoeverre vormt het relativiteitsvereiste een belemmering voor de bescherming van concurrentiebelangen bij de toetsing van een besluit door de bestuursrechter?

Inkadering

Om de centrale vraag en de deelvragen in te kaderen, is het in de eerste plaats van belang antwoord te geven op de vraag wat moet worden begrepen onder concurrentiebelangen en wat de waarde is van eerlijke concurrentie. Duiding van het begrip concurrentiebelangen is noodzakelijk om te weten over welke belangen we het precies hebben die beschermd moeten worden door de bestuursrechter. Het bepalen van de waarde van eerlijke concurrentie is vervolgens noodzakelijk om een normatief oordeel te kunnen geven over de stand van zaken van de door de bestuursrechter geboden bescherming aan concurrentiebelangen.

Normatief kader

De kern van het onderzoek vormt een analyse van de rechtspraak van de bestuursrechter, aan de hand waarvan de hiervoor geformuleerde deelvragen zullen worden beantwoord. Dit maakt het onderzoek overwegend beschrijvend en analyserend van aard. Het is niettemin verleidelijk om ook iets te zeggen over hoe de uitkomsten moeten worden gewaardeerd. Dat zal ik dan ook doen, al merk ik daarbij op dat daar niet de nadruk op zal liggen in dit onderzoek. Wel is het met het oog hierop noodzakelijk om ten minste de contouren van een normatief kader te schetsen. Dit kader wordt enerzijds gevormd door het belang dat de samenleving als geheel heeft bij een bepaalde vorm en mate van concurrentie en anderzijds door de eisen die het Unierecht stelt aan de bescherming van concurrentiebelangen door de nationale rechter.

Knelpunten oplossen

Naast het beantwoorden van de genoemde deelvragen heeft het onderzoek tot doel om knelpunten ten aanzien van de bescherming van concurrentiebelangen in kaart te brengen. In dat verband zal ik proberen om aan het slot tot enkele praktische aanbevelingen te komen ten aanzien van de inrichting van het bestuursprocesrecht om te zorgen dat de bescherming van concurrentiebelangen in het bestuursrecht op het maatschappelijk en juridisch gewenste niveau is.

1.4 RELEVANTIE VAN HET ONDERZOEK

Dit onderzoek is in meerdere opzichten relevant.

Maatschappelijke relevantie

De vraag naar hoe het is gesteld met de bescherming van concurrentiebelangen in het bestuursrecht is in de eerste plaats maatschappelijk relevant. Dit kan om te beginnen worden afgeleid uit het feit dat er een Informatiepunt Oneerlijke Concurrentie bestaat waarop onder meer voorbeeldbrieven te vinden zijn die ondernemers aan overheden kunnen sturen wanneer die naar hun oordeel het gelijke speelveld onvoldoende respecteren en handhaven.²⁵ Fundamenteeler voor de maatschappelijke relevantie van dit onderzoek is de aanname dat een markt met perfecte concurrentie, waarbij ondernemers op voet van gelijkheid met elkaar kunnen concurreren, uiteindelijk zal leiden tot optimale welvaart. Het is dus in het algemeen belang dat het bestuursrecht concurrentiebelangen, in het bijzonder het belang van een gelijk speelveld, in een zekere mate beschermt. In dit onderzoek komt de vraag aan de orde of de mate van bescherming die de bestuursrechter op dit moment biedt voldoende is om tot een zo optimaal mogelijke welvaart te leiden.

25 Zie www.oneerlijkeconcurrentie.nl (laatstelijk geraadpleegd op 6 juli 2017).

Relevantie voor de rechtspraak

Dat het onderzoek ook relevant is voor de rechtspraak kan worden afgeleid uit het feit dat de voorzitter van de Afdeling in 2015 en 2016 staatsraad advocaat-generaal Widdershoven conclusies heeft gevraagd in twee zaken waarin het ging om concurrentiebelangen die door besluiten van de overheid werden getroffen. De eerste zaak betrof de vaststelling van een bestemmingsplan dat voorzag in economische activiteiten die concurreerden met de activiteiten van een reeds gevestigde ondernemer.²⁶ De zittende ondernemer voerde onder meer aan dat ten onrechte geen vormvrije milieueffectbeoordeling was gemaakt als bedoeld in de Wet milieubeheer (Wm) en dat het plan was vastgesteld in strijd met externe veiligheidseisen als neergelegd in het besluit externe veiligheid inrichtingen (Bevi). Beide normstelsels beogen niet de concurrentiebelangen te beschermen, zodat een beroep op die normen op het relativiteitsvereiste zou moeten afstuiten. Aan de staatsraad advocaat-generaal werd de vraag voorgelegd of er een correctie op het relativiteitsvereiste zou moeten worden toegepast, inhoudende dat een handeling die in strijd is met een geschreven rechtsregel die niet de belangen van eiser beschermt, tevens in strijd kan zijn met een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm die wél de belangen van eiser beschermt. De tweede zaak betrof een hoger beroep over de vestiging van een speelautomatenhal in Vlaardingen.²⁷ Appellant had graag zelf een vergunning willen hebben, maar zijn aanvraag werd afgewezen. Hij voerde hiertegen aan dat hij in de besluitvormingsprocedure geen reële kans had gehad om mee te dingen naar de exploitatievergunning. De voorzitter van de Afdeling vroeg de staatsraad advocaat-generaal of er naar Nederlands recht een rechtsnorm bestaat die ertoe strekt dat bij verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur in enigerlei wijze aan potentiële gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare vergunningen mee te dingen. Het ging dus om de vraag of concurrenten gelijke kansen moeten krijgen om de voor het verrichten van bepaalde economische activiteiten vereiste vergunningen te krijgen. Beide vragen om een conclusie laten zien dat de bestuursrechter zich ervan bewust is dat overheidsbesluiten gevolgen kunnen hebben voor de concurrentiepositie van ondernemingen. Hij worstelt echter met de vraag of, en zo ja in hoeverre, concurrentiebelangen een rol kunnen spelen bij de toetsing van die besluiten door de bestuursrechter.

Wetenschappelijke relevantie

Tot slot is er ook vanuit de rechtswetenschap belangstelling voor het onderwerp van dit onderzoek. Dit blijkt uit het feit dat er de laatste jaren al het nodige is geschreven over ondernemers die in het bestuursrecht over hun concurrentiebelangen procederen. Verschillende onderwerpen zijn daarbij

26 Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680 (*bestemmingsplan Blaloweg*). Deze conclusie komt aan bod in paragraaf 6.4.

27 Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421 (*speelautomatenhal Vlaardingen*). Deze conclusie komt aan bod in paragraaf 5.5.2.

aan bod gekomen, zoals de vraag in welke gevallen een ondernemer in zijn hoedanigheid van concurrent als belanghebbende bij een besluit kan worden aangemerkt²⁸ en de vraag wat de gevolgen van het relativiteitsvereiste zijn voor de proceskansen van concurrenten in procedures over (vooral ruimtelijke) besluiten.²⁹ Wat in de literatuur echter ontbreekt, is een integrale analyse van de mate waarin concurrentiebelangen in de procedure bij de bestuursrechter worden beschermd. De literatuur beperkt zich in hoofdzaak tot de vraag in hoeverre concurrenten met succes kunnen opkomen tegen *ruimtelijke* besluiten. Andere typen besluiten blijven grotendeels buiten beschouwing. Verder worden er in de literatuur nauwelijks dwarsverbanden gelegd tussen de verschillende invloeden die verschillende bestuursrechtelijke leerstukken hebben op de kansen van concurrenten om met succes bij de bestuursrechter voor hun belangen op te komen. Het ontbreekt dan ook aan een systematische analyse van de knelpunten waar concurrenten die bij de bestuursrechter procederen over concurrentiebelangen mee worden geconfronteerd en een poging om daarvoor zo nodig een systematische en structurele oplossing te vinden. Dit proefschrift vormt een aanzet om tot een meer integrale benadering van de bescherming van concurrentiebelangen in het bestuursrecht te komen.

1.5 AFBAKENING VAN HET ONDERZOEK: WAT KOMT NIET AAN BOD?

Dit onderzoek gaat over de bescherming van concurrentiebelangen in het bestuursrecht. Hierin ligt een aantal begrenzingsbesloten ten aanzien van de onderwerpen die in dit boek aan bod komen. In aanvulling daarop is het om praktische redenen noodzakelijk om ook op enkele andere punten het onderzoek af te bakenen. In deze deelparagraaf komt aan de orde wat in dit boek *niet* aan bod komt.

1.5.1 Het handelen van ondernemingen en het mededingingsrecht

Centraal in het onderzoek staan besluiten die van invloed zijn op concurrentieverhoudingen. Het gaat om besluiten in de zin van artikel 1:3 Awb waartegen bezwaar en beroep openstaat. In dit onderzoek gaat het dus om handelen van de overheid dat van invloed is op de concurrentieverhoudingen. Dit betekent dat concurrentieverstorend of -vervalsend handelen van ondernemingen geen voorwerp van onderzoek is. Dat neemt natuurlijk niet weg dat ondernemingen, bijvoorbeeld door het maken van prijsafspraken, de

28 Bijvoorbeeld Boogers & Wannink 2014, p. 4-6, Heeremans, Baas & Kortmann 2013, p. 239-241, en Wieland 2013, p. 81-89.

29 Bijvoorbeeld Swagemakers 2015, p. 11-12, Gerritsen 2015, p. 4-7, en De Poorter 2010, p. 51. Zie ook uitvoerig concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680 (*bestemmingsplan Blaloweg*). Voorts K. Lagrouw, annotatie bij ABRvS 11 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1146, *Gst.* 2014/22.

concurrentie ernstig kunnen verstoren. Dikwijls vormt dergelijk gedrag dan ook aanleiding voor de Autoriteit Consument en Markt (ACM) om – soms op verzoek van een concurrent – handhavend op te treden tegen ondernemer(s) die de concurrentie verstoren. Het gaat daarbij om toepassing van het mededingingsrecht. Hoewel ook in dat geval sprake is van besluiten in de zin van artikel 1:3 Awb, laat ik die in dit onderzoek buiten beschouwing. De reden daarvoor is dat het mededingingsrecht naar zijn aard is gericht op het beschermen van concurrentiebelangen, zodat er op dat terrein geen al te ernstige problemen mogen worden verwacht als het gaat om de bescherming van concurrentiebelangen in het bestuursrecht. Om dezelfde reden blijft het aanbestedingsrecht buiten beschouwing. Dat is immers een gereguleerde vorm van concurrentie om overheidsopdrachten.

1.5.2 De overheid als marktpartij en de Wet markt en overheid

Dat het in dit onderzoek om besluiten gaat die van invloed zijn op concurrentieverhoudingen, houdt ook een beperking in ten aanzien van het *soort* handelen van de overheid dat aan bod komt. Het gaat in dit proefschrift om handelen dat op rechtsgevolg is gericht. Feitelijk handelen van de overheid dat van invloed is op de concurrentieverhoudingen blijft buiten beschouwing. Dat neemt niet weg dat feitelijk optreden van de overheid wel degelijk van invloed kan zijn op de concurrentieverhoudingen. Bepaald feitelijk handelen van de overheid is bovendien onderworpen aan het toezicht van de ACM en kan aanleiding vormen voor de ACM om handhavend op te treden. Feitelijk handelen leidt dan dus tot een besluit. Gelet hierop is het nuttig hier toch iets dieper in te gaan op feitelijk handelen van de overheid. Daarbij moet onderscheid worden gemaakt tussen het verrichten van economische en niet-economische activiteiten door de overheid.

De overheid verricht feitelijke economische activiteiten wanneer zij als ondernemer optreedt. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de gemeente die eigenaar is van een aanloophaven³⁰ en concurreert met een particuliere jachthaven, de gemeente die pasfotohokjes plaatst bij de afdeling burgerzaken van het stadsdeelkantoor en zo concurreert met fotodetaillisten,³¹ de gemeente die een schoolgebouw waarvan zij de eigenaar is buiten schooltijd verhuurt aan bijvoorbeeld verenigingen of als vergaderlocatie en zo concurreert met particuliere vastgoedeigenaren en Staatsbosbeheer dat boomstammen verkoopt aan de houtindustrie en zo concurreert met particuliere bosbeheerders. Uit hoofde van haar publieke taak beschikt de overheid bij het ontplooien van deze commerciële activiteiten vaak over oneigenlijke niet-marktconforme voordelen, onder andere

30 Een aanloophaven is een haven waar (plezier)schepen onderweg gedurende korte tijd kunnen aanleggen.

31 Rb. Amsterdam (ktr.), 19 mei 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3070, *JHV* 2016/24, m.nt. H. Ferment.

omdat de overheid goedkoper financiering kan aantrekken, *de facto* niet failliet kan gaan en vaak beschikt over informatie die bij de uitoefening van haar publieke taak is verkregen. Wanneer de overheid van deze concurrentievoordelen gebruik maakt, bijvoorbeeld door lagere prijzen te rekenen voor de aangeboden diensten dan de prijzen die op de markt tot stand komen, worden de concurrentieverhoudingen op de markt verstoord. Dit gaat ten koste van de welvaart, omdat de producten en diensten die de overheid voortbrengt vaak doelmatiger door de markt kunnen worden geleverd en bovendien de belastingbetaler aan de niet-doelmatige levering van goederen en diensten door de overheid meebetaalt.³²

Op 1 juli 2012 is de Wet markt en overheid in werking getreden. Het doel van deze wet is het indammen van de risico's voor de concurrentieverhoudingen die gepaard gaan met het verrichten van economische activiteiten door de overheid om een zo gelijk mogelijk speelveld te creëren tussen overheden en particuliere ondernemingen.³³ Om dit doel te bereiken voorziet de Wet markt en overheid in vier gedragsregels waar de overheid zich bij het verrichten van economische activiteiten aan moet houden.³⁴ In de eerste plaats moeten overheden de afnemers van de betrokken producten of diensten de integrale kosten daarvan in rekening brengen. In de tweede plaats mogen overheden hun eigen overheidsbedrijven niet bevoordelen, bijvoorbeeld door niet-marktconforme financiering te verstrekken. In de derde plaats mogen overheden gegevens waarover zij uit hoofde van de uitoefening van hun publieke taak beschikken niet gebruiken voor commerciële activiteiten. Tot slot moeten overheden, wanneer zij commerciële activiteiten verrichten en op hetzelfde terrein een bestuurlijke rol vervullen, zorgen voor functiescheiding. De ACM is belast met het toezicht op de naleving van de Wet markt en overheid. Dit kan leiden tot handhavingsbesluiten. Deze besluiten zal ik slechts zijdelings in mijn onderzoek betrekken, omdat de focus van het onderzoek ligt op het algemeen bestuursrecht en niet op het economisch bestuursrecht. Hoewel voor dit onderzoek verder niet zo relevant, zal ik voor een volledig beeld nog kort iets zeggen over de eerste ervaringen met de Wet markt en overheid. Het gevoel bij het bedrijfsleven is dat de wet ondernemers nauwelijks beschermt tegen oneerlijke concurrentie door de overheid. Gewezen kan worden op het in december 2015 door VNO-NCW en MKB Nederland gepubliceerde 'Zwartboek: Naar een nieuwe Wet markt en overheid'.³⁵ De gebrekkige bescherming zou het gevolg zijn van het beperkte toepassingsbereik van de wet. Zo is de wet niet van toepassing op onderwijsinstellingen,³⁶ zodat door het Rijk bekostigde onderwijsinstel-

32 *Kamerstukken II* 2007/08, 31354, 3, p. 5.

33 *Kamerstukken II* 2007/08, 31354, 3, p. 10.

34 Artikelen 25i tot en met 25l Wet markt en overheid.

35 Te raadplegen op www.vnoncw.nl (laatstelijk geraadpleegd op 6 juli 2017). Zie ook de Initiatiefnota van de leden Ziengs en Verhoeven over de Wet markt en overheid, waarin zij dezelfde knelpunten signaleren en voorstellen de Wet markt en overheid op een aantal punten aan te passen (*Kamerstukken II* 2015/16, 34316, 2).

36 Artikel 25h lid 1 Mw.

lingen private initiatieven kunnen blijven ontplooiën die concurreren met particuliere onderwijsinstellingen. Ook is de wet niet van toepassing wanneer decentrale overheden besluiten dat bepaalde economische activiteiten plaatsvinden in het algemeen belang.³⁷ Voorbeelden van activiteiten waarvoor dit gebeurd is, zijn het verhuren van een theatercomplex, het verhuren van ligplaatsen in een passantenhaven, het exploiteren van zwembaden en parkeergarages, het verlenen van een exploitatiesubsidie en het beschikbaar stellen van gebouwen door gemeentelijke diensten aan bewoners, verenigingen of maatschappelijke organisaties.³⁸ Er lijkt op grote schaal gebruik te worden gemaakt van deze ‘algemeen belang-uitzondering’. De Wet markt en overheid is voorts niet van toepassing wanneer overheden ervoor kiezen om bepaalde activiteiten niet meer aan te besteden maar in eigen beheer uit te voeren (inbesteden). Een voorbeeld hiervan is de keuze van een gemeente om de BHV-cursussen van het personeel niet meer aan te besteden maar deze cursussen te laten verzorgen door de brandweer, waardoor particuliere BHV-trainingscentra buiten spel worden gezet. Kortom, de Wet markt en overheid lijkt door de verschillende uitzonderingen een discutabel beschermingsbereik te hebben, waardoor klachten van ondernemers bij de ACM tot dusverre weinig opleveren³⁹ en de bescherming van ondernemers tegen oneerlijke concurrentie door de overheid te wensen overlaat.⁴⁰

Niet alleen economische activiteiten van de overheid kunnen de concurrentieverhoudingen beïnvloeden. Ook niet-economisch feitelijk handelen kan de concurrentieverhoudingen beïnvloeden. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de gemeente een parkeerterrein aanlegt en dit terrein zich in de buurt van een supermarkt bevindt. De desbetreffende supermarkt profiteert van een toename van het aantal parkeerplekken in de buurt, omdat klanten hun auto daardoor makkelijk kunnen parkeren en dit het doen van

37 Artikel 25h lid 5 Mw. Deze vaststelling is vergelijkbaar met de aanwijzing van een dienst van algemeen economisch belang (daeb).

38 Deze voorbeelden zijn ontleend aan besluiten van decentrale overheden die zijn opgenomen op de website van Europa Decentraal: <https://www.europadecentraal.nl/onderwerp/europees-mededingingsrecht/gedragsregels-markt-en-overheid/het-algemeen-belang-besluit/#praktijk> (laatstelijk geraadpleegd op 6 juli 2017).

39 *Kamerstukken II* 2015/16, 34 316, nr. 2, p. 3.

40 Gewezen zij in dit verband op de in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken in 2015 uitgevoerde evaluatie van de Wet markt en overheid. Deze evaluatie is neergelegd in het rapport ‘Evaluatie Wet Markt en Overheid 2012-2015’ van 6 augustus 2015 (te vinden op: <http://sportengemeenten.nl/wp-content/uploads/2016/07/ECorys-Bird-en-Bird-2015.-Evaluatie-Wet-Markt-en-Overheid-2012-2016.pdf>; laatstelijk geraadpleegd op 6 juli 2017). Geconcludeerd wordt dat de Wet markt en overheid overheden heeft gedwongen meer rekening te houden met marktpartijen, waardoor de risico’s op ongelijke concurrentie wordt verlaagd. Veel van de irritaties die ondernemers aangeven te ondervinden vallen echter buiten de reikwijdte van de wet of onder één van de uitzonderingsgronden. Met name als gevolg van de algemeen belanguitzondering wordt de reikwijdte van de wet flink ingeperkt, waardoor het beoogde effect van de wet wordt ondergraven. De mate waarin de wet heeft bijgedragen aan gelijke concurrentieverhoudingen is derhalve volgens de onderzoekers suboptimaal.

boodschappen in die supermarkt aantrekkelijk(er) maakt. Andere supermarkten kunnen hiervan concurrentienadeel ondervinden wanneer bij hen in de buurt minder makkelijk kan worden geparkeerd. De klanten van die supermarkten zullen, wanneer aanbod, prijs en serviceniveau in de supermarkt verder ongeveer gelijk zijn, er in veel gevallen voor kiezen om naar de supermarkt te gaan waar wel makkelijk kan worden geparkeerd. Deze situatie blijft in dit onderzoek buiten beschouwing, omdat er in dit geval geen sprake is van een besluit waarover bij de bestuursrechter kan worden geprocedeerd. Een ondernemer die concurrentienadeel ondervindt van niet-economisch feitelijk handelen van de overheid is voor de bescherming van zijn belangen aangewezen op de burgerlijke rechter.

1.5.3 Rechtsbescherming door de burgerlijke rechter

Dit onderzoek heeft betrekking op de bescherming van concurrentiebelangen in het bestuursrecht. Dit betekent dat ik slechts heel beperkt aandacht zal besteden aan de mogelijkheid voor ondernemers om buiten het bestuursrecht bescherming van hun concurrentiebelangen te zoeken. De bescherming van concurrentiebelangen door de strafrechter komt niet aan de orde. In het kader van het zoeken naar een mogelijkheid om de bescherming van concurrentiebelangen in het bestuursrecht te verbeteren zal ik, ter inspiratie, wel enige aandacht besteden aan enkele uitspraken van de burgerlijke rechter.⁴¹ Het gaat daarbij om de burgerlijke rechter die over het handelen van de overheid oordeelt en dus in zeker zin als bestuursrechter optreedt. De burgerlijke rechter die oordeelt over het handelen van concurrerende ondernemers laat ik in dit onderzoek buiten beschouwing. De reden voor deze beperking is in de eerste plaats dat het in dit onderzoek gaat om *besluiten* die van invloed zijn op concurrentiebelangen, zodat de bestuursrechter de meest gerede rechter is. Daarnaast speelt de wens om het onderzoek hanteerbaar te houden een rol.

1.5.4 Rechtsbescherming door het Hof van Justitie en het EHRM

In dit onderzoek staat de bescherming die het Nederlandse bestuursrecht biedt aan concurrenten die door een besluit van de overheid in hun concurrentiepositie worden getroffen centraal. Dit betekent dat ik voorbij zal gaan aan de mogelijkheden voor concurrenten om op Europees niveau bescherming te zoeken, bijvoorbeeld door een klacht in te dienen bij de Europese Commissie of door het Hof van Justitie of het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) te benaderen. Dat neemt niet weg dat de rechtspraak van beide hoven belangrijke betekenis heeft voor de aard en omvang van de rechtsbescherming die de Nederlandse bestuursrechter moet bieden aan concurrenten. Dat betekent dat de rechtspraak van het Hof van Justitie en

41 Paragraaf 7.6.3.3.

het EHRM uiteraard wel aan bod komt. Daarbij moet evenwel worden opgemerkt dat bij de keuze van de besproken rechtspraak heeft meegespeeld dat de nadruk ligt op de bescherming van concurrentiebelangen in het Nederlandse bestuursrecht, zodat, voor zover mogelijk, voorbeelden zijn gebruikt die betrekking hebben op de Nederlandse situatie.

1.6 OPZET VAN HET ONDERZOEK

Centraal in dit onderzoek staat de vraag welke bescherming het Nederlandse bestuursrecht biedt aan ondernemers die door een besluit in hun concurrentiepositie worden getroffen. Deze vraag valt uiteen in drie deelvragen die achtereenvolgens aan de orde komen in de hoofdstukken 3, 5 en 6. Aan de hand van drie klassieke bestuursrechtelijke leerstukken wordt in die hoofdstukken ingegaan op de vraag in hoeverre concurrentiebelangen in de besluitvorming en bij de toetsing daarvan een rol kunnen spelen. Aan de orde komen het belanghebbendebegrip, het doelgebonden karakter van bestuursbevoegdheden en het relativiteitsvereiste. De keuze voor deze leerstukken hangt samen met de gesignaleerde knelpunten voor de bescherming van concurrentieposities in het bestuursrecht.

Voordat in de hoofdstukken 3, 5 en 6 aan beantwoording van de drie deelvragen wordt toegekomen, wordt in hoofdstuk 2 het economische begrip concurrentie uiteengezet en wordt een beschrijving gegeven van de verschillende soorten concurrentiebelangen. Ook wordt stilgestaan bij het belang van concurrentie voor de samenleving en de rol die het recht en de overheid kunnen vervullen om dat belang te behartigen. Dit hoofdstuk is in hoofdzaak gebaseerd op algemene economische literatuur.

In hoofdstuk 3 komt de eerste deelvraag aan bod. Centraal in dit hoofdstuk staat de vraag in hoeverre ondernemers op grond van hun concurrentiepositie als belanghebbende kunnen worden aangemerkt bij een besluit. Dit hoofdstuk heeft daarmee betrekking op een formeel aspect van de bescherming van concurrentiebelangen. Het gaat immers over de toegang tot de bestuursrechtelijke procedure. Daarmee onderscheidt hoofdstuk 3 zich van de hoofdstukken 5 en 6, waarin de materiële vraag aan de orde komt in hoeverre bij het nemen van besluiten en bij de toetsing daarvan door de bestuursrechter concurrentiebelangen een rol kunnen spelen.

Hoofdstuk 4 is een tussenhoofdstuk dat dient als opmaat naar de hoofdstukken 5 en 6. In dit hoofdstuk wordt de plaats die concurrentiebelangen innemen in het Unierecht beschreven. Duidelijk zal daarbij worden dat het belang van eerlijke en vrije concurrentie een centrale plaats inneemt in het Unierecht. Het Unierecht benadert daardoor de ideaaltypische situatie, waarin concurrentiebelangen in de besluitvorming en de toetsing daarvan volop kunnen worden betrokken. Dit hoofdstuk dient daarmee ook als een referentiekader bij de beschrijving van het nationale materiële bestuursrecht in de hoofdstukken 5 en 6.

In hoofdstuk 5 komt de tweede deelvraag aan bod. Centraal in dit hoofdstuk staat de vraag in hoeverre concurrentiebelangen een rol kunnen spelen in de besluitvorming die zijn grondslag vindt in doelgebonden afwegingskaders. Daarbij komt aan bod dat het Nederlandse bestuursrecht betrekkelijk weinig regels kent die als doel hebben het belang van eerlijke concurrentie te beschermen. Samen met het doelgebonden karakter van bestuursbevoegdheden zorgt dat ervoor dat het bestuur bij het nemen van besluiten vaak maar beperkt rekening kan houden met het belang van een gelijk speelveld. Bezien zal worden of rechtsbeginselen en het Unierecht en EVRM hierin enige verbetering kunnen brengen.

In hoofdstuk 6 komt de derde deelvraag aan bod. Waar in hoofdstuk 5 de nadruk ligt op de rol die concurrentiebelangen spelen in de besluitvormingsfase, ziet hoofdstuk 6 in hoofdzaak op de toetsing van besluiten door de bestuursrechter. Hierbij staat de vraag centraal in hoeverre het relativiteitsvereiste een belemmering vormt voor de bescherming van concurrentiebelangen door de bestuursrechter. Net als in hoofdstuk 5 komt ook in dit hoofdstuk aan bod in hoeverre rechtsbeginselen en het Unierecht niettegenstaande het relativiteitsvereiste bescherming kunnen bieden.

Het onderzoek wordt in hoofdstuk 7 afgesloten met een slotbeschouwing. In dit hoofdstuk worden de antwoorden op de drie deelvragen besproken en in onderling verband geplaatst. Tot slot wordt ingegaan op manieren waarop de bescherming van concurrentiebelangen in het Nederlandse bestuursrecht kan worden verbeterd.

1.7 ONDERZOEKSMETHODE

Centraal in het onderzoek staat de vraag in hoeverre het Nederlandse bestuursrecht bescherming kan bieden aan ondernemers die door een besluit van de overheid in hun concurrentiepositie worden getroffen. De kern van dit onderzoek vormt een analyse van de rechtspraak van de Nederlandse bestuursrechters. Die analyse staat centraal in de hoofdstukken 3, 5 en 6. Daarbij zal steeds worden begonnen met een algemene schets van de inhoud en strekking van het leerstuk dat centraal staat in het desbetreffende hoofdstuk. Daarbij wordt voornamelijk gebruik gemaakt van de literatuur, aangevuld met een bespreking van 'vaste' rechtspraak over het leerstuk die in de literatuur wordt genoemd. Omwille van de omvang van het onderzoek is op dit punt slechts beperkt eigen rechtspraakonderzoek verricht. Ook zullen de drie leerstukken niet worden geproblematiseerd, nu dat het bestek van dit onderzoek te buiten gaat. Daar komt bij dat er over de drie leerstukken al veel is geschreven,⁴² zodat problematisering daarvan weinig nieuws zou

42 Over de belanghebbendheid o.a. Wiggers-Rust 2011, Schlössels 2004, De Poorter 2003, Koetser 1994 en Van Buuren 1978. Over het specialiteitsbeginsel o.a. Tolsma 2013, Voermans 2011, Heldeweg 2009, Tolsma 2008, Stoter 2000 en Schlössels 1998. Over het relativiteitsvereiste o.a. De Poorter & Van Ettekovon 2013, Wiggers-Rust 2011, Verburg 2011 en Schueler 2011.

brenghen. Het tweede – en dus ook omvangrijkste – deel van de hoofdstukken 3, 5 en 6 is steeds het belangrijkste deel, omdat daarin de vraag aan de orde komt in hoeverre het desbetreffende leerstuk van invloed is op de wijze waarop en mate waarin in het bestuursrecht rekening kan worden gehouden met concurrentiebelangen. Dit deel van het onderzoek bestaat in overwegende mate uit een analyse van de rechtspraak van de bestuursrechter, al worden de bevindingen wel zoveel mogelijk getoetst aan de opvattingen in de literatuur.

Omdat het onmogelijk is om binnen het tijdsbestek waarbinnen dit onderzoek heeft plaatsgevonden alle bestuursrechtelijke rechtspraak waarin concurrentiebelangen aan de orde zijn te bestuderen en te bespreken, is om praktische redenen een aantal beperkingen aangebracht bij de selectie van uitspraken. Om te beginnen is ervoor gekozen in beginsel slechts uitspraken te onderzoeken die na 1 januari 2010 zijn gewezen. De keuze voor deze datum hangt samen met de invoering van het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste in 2010.⁴³

Een tweede beperking betreft de keuze voor onderzoek naar de rechtspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) en de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (Afdeling). De rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep (CRvB) is buiten beschouwing gelaten, aangezien op het terrein van het bestuursrecht waarop de CRvB bevoegd is (vooral sociale zekerheid en ambtenarenrecht) – logischerwijs – nauwelijks wordt geprocedeerd over concurrentiebelangen in zuiver economische zin. Ook is de fiscale rechtspraak van de Hoge Raad buiten beschouwing gelaten. De reden daarvoor is het in het belastingrecht geldende gesloten stelsel van rechtsbescherming (artikel 26a lid 1 Algemene wet inzake rijksbelastingen). Dit stelsel heeft tot gevolg dat wanneer een onderneming een belastingvoordeel ontvangt, een andere onderneming daartegen niet in bezwaar of beroep kan gaan, zelfs niet als hij van het belastingbesluit, gericht aan een concurrent, concurrentienadeel ondervindt.⁴⁴ Concurrenten hebben dus geen toegang tot de procedure bij de belastingrechter. Dit alles neemt niet weg dat de belastingrechter bij zijn beslissing wel degelijk rekening kan houden met de gevolgen van een fiscaal besluit voor de concurrentieverhoudingen. Het is echter niet de concurrent zelf die dit kan bepleiten. Tot slot zijn, om het onderzoek hanteerbaar te houden, uitspraken van rechtbanken in beginsel buiten beschouwing gelaten. Een enkele keer wordt toch verwezen naar een rechtbankuitspraak, als die uitspraak kan dienen ter verduidelijking van het onderzoek. Er is echter geen structureel onderzoek gedaan naar de rechtspraak van rechtbanken.

43 Op 31 maart 2010 is artikel 1.9 Chw in werking getreden. Daarmee is voor het eerst een relativiteitsvereiste in het Nederlandse bestuursrecht geïntroduceerd.

44 Zie ook Metselaar 2016, p. 166-167.

Een laatste beperking betreft de deelterreinen van het bestuursrecht waarnaar onderzoek is gedaan. Deels hangt die beperking samen met de keuze om de rechtspraak van de CRvB en de Hoge Raad buiten beschouwing te laten. Maar ook ten aanzien van de terreinen ten aanzien waarvan het CBB en de Afdeling bevoegd zijn is een verdere beperking aangebracht. Uitspraken op het terrein van het bestuursstrafrecht en het vreemdelingenrecht zijn in beginsel buiten beschouwing gelaten, omdat op die terreinen nauwelijks door concurrenten wordt geprocedeerd. Verder is het mededingingsrecht buiten beschouwing gelaten, niet omdat op dat terreinen niet door concurrenten wordt geprocedeerd, maar juist omdat het op dat terrein primair gaat om bescherming van concurrentiebelangen. Op dat terrein zijn dus weinig problemen te verwachten.

Voor de selectie van uitspraken ten behoeve van de analyse van de rechtspraak is gebruik gemaakt van de *website* www.rechtspraak.nl. Daarbij is gezocht op de term 'concurr*'. Voor deze ruime zoekterm is gekozen, omdat in de rechtspraak veel verschillende varianten op de woorden concurrent en concurrentie voorkomen en ik heb willen voorkomen dat door gebruik te maken van specifiekere zoektermen uitspraken die relevant zijn voor het onderzoek buiten de selectie terecht komen. Een nadeel van de gekozen ruime zoekterm, is dat ook uitspraken waarin het niet gaat om concurrentie tussen ondernemingen, maar bijvoorbeeld om non-concurrentiebedingen of concurrerend ruimtegebruik, in de selectie terechtkwamen. Deze voor dit onderzoek niet relevante uitspraken zijn bij het onderzoek buiten beschouwing gelaten. Ook buiten beschouwing gelaten zijn uitspraken waarin wel een in het onderzoek gebruikte concurrentieterm voorkomt, maar waarin niet wordt geprocedeerd door ondernemers, maar door bijvoorbeeld omwonenden of natuurbeschermingsorganisaties. In die zaken is de inzet van de procedure immers niet de concurrentiepositie van een onderneming als zodanig.

Het onderzoek naar de rechtspraak is afgerond op 1 juli 2017 en telt 955⁴⁵ uitspraken. Het gaat hierbij om zowel relevante als niet-relevante uitspraken. Bij nadere bestudering blijkt dat iets minder dan de helft van de uitspraken niet relevant is voor dit onderzoek, meestal omdat concurrentiebelangen niet de inzet van de procedure vormen. Dit is bijvoorbeeld het geval in zaken waarin omwonenden tegen een bestemmingsplan opkomen of waarin een ondernemer opkomt tegen de afwijzing van zijn eigen subsidieaanvraag. Ook zijn de meeste zaken waarin een ondernemer opkomt tegen een aan hem zelf opgelegde sanctie – vaak een boete – door mij niet relevant geacht. Hoewel het belang van een gelijk speelveld in de meeste gevallen in de weg staat aan matiging van een boete, is dat belang vaak geen inzet van de procedure. Verder zijn de meeste Wob-zaken en zaken over de verlening

45 Uitgesplitst naar jaren gaat het om de volgende aantallen: 2010:127, 2011:115, 2012:122, 2013:139, 2014:145, 2015:115, 2016:144 en 2017:48.

of weigering van een verklaring omtrent gedrag om dezelfde reden niet relevant geacht. Ook zijn mededingings- en marktordeningszaken, waaronder tariefbeschikkingen, die, omdat ze niet als zodanig zijn gelabeld op rechtspraak.nl toch in de selectie terecht zijn gekomen, buiten het onderzoek gelaten. Wat overblijft, zijn een kleine 500 uitspraken van de Afdeling en het CBb over de periode van 1 januari 2010 tot 1 juli 2017. De resultaten van het onderzoek zijn hierop gebaseerd.

2.1 INLEIDING

Dit boek gaat over de bescherming van concurrentiebelangen. Het is daarom nuttig om te bepalen wat moet worden verstaan onder concurrentiebelangen. Ik zal dat doen in dit hoofdstuk. Eerst wordt ingegaan op de vraag wat onder concurrentie moet worden begrepen (paragraaf 2.2). Daarna komen de verschillende concurrentiebelangen aan de orde (paragraaf 2.3). Tot slot wordt ingegaan op het belang dat de samenleving heeft bij concurrentie (paragraaf 2.4). Duidelijk zal worden dat het belang van de samenleving bij concurrentie soms samenvalt met de concurrentiebelangen van individuele ondernemers, maar in veel gevallen ook niet. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie (paragraaf 2.5).

Economische theorie

Het gaat in dit boek over concurrentie in de economische betekenis, zodat het onvermijdelijk is om enige aandacht te besteden aan de economische theorie. Hierbij past evenwel de opmerking dat het om een economisch hoofdstuk in een juridisch proefschrift gaat. Het doel is dus niet een wetenschappelijke verhandeling te houden over het begrip concurrentie. Het gaat er om enkele economische begrippen te duiden en enige achtergrondinformatie te geven over de werking van de markt en concurrentie. Op die manier kan worden uitgelegd waarom een bepaalde vorm en mate van concurrentie voor een samenleving van belang is. Hierbij wordt aangesloten bij de neoliberale opvatting van de *homo economicus* die door het maken van rationele keuzes probeert de voor hem beste resultaten te bereiken,¹ omdat deze opvatting ten grondslag ligt aan het economisch beleid in veel Westerse landen, waaronder Nederland. Opmerking verdient dat de economische wetenschap inmiddels de strikte neoliberale opvatting heeft verlaten, omdat economische transacties binnen een reële samenleving met instituties en regels plaatsvinden. De *homo economicus* kan dus niet geïsoleerd als een atomistisch individu zijn eigen belang nastreven.² Het is zaak er steeds van bewust te zijn dat de samenleving een complex geheel is, waarin de *homo economicus* niet tot volle wasdom kan komen.³ Belangrijke kritiek op het

-
- 1 Zie over de neoliberale opvatting en andere economische opvattingen uitvoerig bijvoorbeeld Decoster 2013, p. 76 e.v.
 - 2 Decoster 2013, p. 102 en 591.
 - 3 Decoster 2013, p. 103.

neoliberalisme komt erop neer dat de markt geen doel op zichzelf is, maar een middel om uiteenlopende beleidsdoelstellingen te verwezenlijken (de sociale markteconomie).⁴ Daarbij geldt dat zelfs een markteconomie die optimaal werkt, niet toereikend is om alle maatschappelijk wenselijke doelstellingen te verwezenlijken. Als het gaat om zaken als milieu, duurzaamheid en sociaal beleid is overheidsoptreden vaak noodzakelijk om ervoor te zorgen dat huidige sociaal zwakkere burgers en toekomstige generaties niet de dupe worden van het op korte termijn streven naar winst.⁵ Hessel wijst er op dat in het Unierecht de waarde van een sociale markteconomie wordt onderkend.⁶ Als belangrijk uitgangspunt geldt volgens het Unierecht immers wel dat belemmeringen van het vrij verkeer verboden zijn, maar tegelijkertijd voorziet het Unierecht in een uitgebreid regime van uitzonderingen op dat verbod.⁷ Daarbij vindt steeds een afweging plaats tussen het belang van marktwerking enerzijds en allerlei andere politieke, maatschappelijke en sociale belangen anderzijds.⁸

Genoemde kritiek op de neoliberale opvatting laat onverlet dat het economisch gedragsmodel dat is gebaseerd op de *homo economicus* nog steeds een belangrijke plaats inneemt in de economische wetenschap en bij de totstandbrenging van economisch beleid. Ik neem die opvatting in dit hoofdstuk daarom als uitgangspunt.

2.2 CONCURRENTIE

Voor een goed begrip van de verschillende soorten concurrentiebelangen die ondernemers kunnen hebben en van het belang dat de samenleving als geheel heeft bij een bepaalde vorm en mate van concurrentie, is het nuttig enig inzicht te hebben in het verschijnsel concurrentie. Omdat het een economisch concept betreft,⁹ is het zinvol eerst enkele economische begrippen te verduidelijken (paragrafen 2.2.1 en 2.2.2). Daarna komt het verschijnsel concurrentie zelf aan de orde (paragraaf 2.2.3).

4 Hessel 2016, p. 835-836. Kritisch over de markteconomie is ook Haegens 2015. Hij stelt dat de markteconomie de grootste show op aarde is.

5 Hessel 2016, p. 836.

6 Hessel 2016, p. 836.

7 Zie hierover hoofdstuk 4.

8 In gelijke zin Barnard 2016, p. 173-174, en Sauter & Schepel 2009, p. 40-41.

9 Het begrip concurrentie heeft niet alleen een economische betekenis. Zo heeft het begrip bijvoorbeeld ook een meetkundige en een biologische betekenis. In die laatste betekenis komt het voor in ABRvS 17 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:403. Het spreekt evenwel voor zich dat het in dit boek uitsluitend om concurrentie in economische zin gaat.

2.2.1 De markt

Concurrentie vindt plaats op een markt. Een markt bestaat uit vragers (kopers) naar en aanbieders van bepaalde goederen of diensten.¹⁰ Een onderscheid kan worden gemaakt tussen de markt in concrete zin en de markt in abstracte of theoretische zin. De markt in concrete zin is de fysieke plaats waar goederen en diensten worden gevraagd en aangeboden, zoals de Albert Cuyp in Amsterdam, een vlooiemarkt op het plaatselijke dorpsplein of een bloemenveiling. De markt in abstracte zin is het geheel van vraag naar en aanbod van een bepaald¹¹ goed of bepaalde dienst, zonder dat daarbij wordt gekeken naar de fysieke plaats waar het goed of de dienst wordt aangeboden.¹² Voorbeelden zijn de oliemarkt, de graanmarkt, de telecommarkt en de markt voor levensmiddelen. Als in dit boek het begrip ‘markt’ wordt gebruikt, wordt daarmee de markt in abstracte zin bedoeld, tenzij anders vermeld. Op zowel de concrete als de abstracte markt komt concurrentie voor, zodat het gemaakte onderscheid voor dit proefschrift in zoverre niet zo relevant is. Het onderscheid is echter wel relevant om economische concepten, zoals marktwerking, beter te kunnen begrijpen, omdat deze concepten vaak betrekking hebben op de markt in abstracte zin.

2.2.2 Prijsmechanisme

De Nederlandse economie heeft – net als de meeste Westerse economieën¹³ – in overwegende mate het karakter van een markteconomie. In een markteconomie worden beslissingen over wie, wat en voor wie gaat produceren en op welke wijze en plaats dat zal gebeuren (allocatie van productiemiddelen) overgelaten aan de markt.¹⁴ Een markteconomie onderscheidt zich daarmee van een planeconomie, waarin de overheid zich intensief bemoeit met de productie en distributie van goederen en diensten en het doen van investeringen. Nederland heeft geen volledige markteconomie, omdat bijvoorbeeld de productie en distributie van bepaalde publieke goederen, zoals de gezondheidszorg en openbaar vervoer, niet volledig aan de markt worden overgelaten. De opkomst van het vrijemarktdenken (neoliberalisme) in de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw heeft een belangrijke verschuiving teweeggebracht in de rol van de overheid. De gedachte was dat het gebrek aan marktwerking in publieke sectoren in de weg stond aan doelmatige besteding van publieke middelen. Het invoeren van concurrentie-

10 Mankiw 2004, p. 64.

11 Concurrentie in economische zin komt in principe alleen voor op een markt waar vergelijkbare of inwisselbare producten of diensten worden aangeboden. Om te weten of dit het geval is, moet de markt worden afgebakend. Dit komt verder aan de orde in hoofdstuk 4.

12 Zie voor deze definitie van een markt onder andere Kanning & Kerkmeester 2008, p. 46, Van Gent, Van Bergeijk & Heuten 2004, p. 19, en Andriessen & Heertje 1994, p. 227.

13 Decoster 2013, p. 592.

14 Decoster 2013, p. 98-99, en Mankiw 2004, p. 83-85.

prikkels in (voormalige) publieke sectoren zou moeten leiden tot innovatie, efficiëntere productie en keuzevrijheid voor de consument en daarmee tot een efficiëntere behartiging van publieke belangen en uiteindelijk tot meer welvaart. Ook was de gedachte dat de private sector efficiënter werkt dan de overheid. Deze ontwikkeling heeft geleid tot liberalisering en privatisering in tal van (voormalige) publieke sectoren. Bij liberalisering gaat het om het introduceren van concurrentie in sectoren waarin van oudsher één aanbieder actief was. Er is de laatste jaren overigens stevige kritiek geuit op de introductie van marktwerking in publieke sectoren. Gewezen kan worden op het jaarverslag van de Raad van State van 2008, waarin de toenmalige vicepresident van de Raad van State, Herman Tjeenk Willink, heeft gewaarschuwd dat de 'vermarkting' van publieke taken ertoe heeft geleid dat de publieke verantwoordelijkheden van de overheid ten aanzien van het waarborgen van het algemeen belang uit het oog is verloren. Winst en groei lijken belangrijker te zijn geworden dan het algemeen belang. Hij stelt dan ook dat waar marktwerking niet blijkt op te leveren wat wél werd voorgespiegeld, opnieuw moet worden nagegaan welke taken zo essentieel zijn voor het maatschappelijk verkeer dat ze niet aan de private sector alleen kunnen worden overgelaten.¹⁵ Deze kritiek laat zien dat de hierna in paragraaf 2.4 te bespreken vraag welke vorm en mate van concurrentie uit maatschappelijk oogpunt wenselijk is niet in de eerste plaats een wetenschappelijke maar vooral een politiek-normatieve discussie is.

Vraag...

Een markteconomie werkt volgens het prijs- of marktmechanisme, waarin prijzen een centrale rol spelen.¹⁶ Aan de vraagzijde van de markt bevinden zich vragers naar goederen en/of diensten. In de eerste plaats kunnen dit ondernemingen zijn die vragen naar bijvoorbeeld grondstoffen, machines, verpakkingsmiddelen en transport- en logistieke diensten. Interessanter zijn echter de consumenten die eindproducten kopen. Het is immers de vraag van de finale consument die uiteindelijk bepaalt wat de markt voortbrengt. In de economische theorie wordt verondersteld dat consumenten streven naar een zo groot mogelijke bevrediging van hun behoeften (nutsmaximalisatie).¹⁷ Dit houdt in dat zij met hun beperkte inkomens zullen proberen een goederen- en dienstenpakket te verwerven waarmee zij

15 Raad van State 2008 p. 17-19. Zie voor kritiek op marktwerking bij de behartiging van publieke belangen ook Bos 2010 en SER 2010. Ook zijn er in de media de laatste jaren kritische kanttekeningen geplaatst bij marktwerking in publieke sectoren, o.a. naar aanleiding van het mislukken van het tot stand brengen van een hogesnelheidslijn tussen de Randstad en Brussel (de Fyra) (*de Volkskrant* 29 oktober 2015, 'Veel schuldigen, maar geen oplossing') en de crisis bij De Nederlandse Munt (*de Volkskrant* 5 november 2015, 'Chileens debacle stort Munt in crisis').

16 Decoster 2013, p. 107.

17 Kanning & Kerkmeester 2008, p. 51, en Andriessen & Heertje 1994, p. 177.

hun behoeften zo optimaal mogelijk kunnen bevredigen.¹⁸ Het prijsmechanisme gaat ervan uit dat naarmate de prijs voor een goed of dienst lager is, een rationeel handelende consument (de *homo economicus*) eerder geneigd zal zijn dat goed of die dienst aan te schaffen. Dit negatieve verband wordt de vraagfunctie genoemd.¹⁹

... en aanbod...

Aan de aanbodzijde van de markt bevinden zich de aanbieders van goederen en/of diensten. Vaak zijn dit ondernemingen, maar het kunnen ook particulieren zijn die bijvoorbeeld hun spullen en diensten op een veiling-site aanbieden. Omdat particuliere aanbieders van goederen of diensten echter zelden procederen over hun concurrentiebelangen, laat ik die groep hier verder buiten beschouwing.²⁰ In de economische theorie wordt er van uitgegaan dat ondernemingen streven naar een zo groot mogelijke winst (winstmaximalisatie).²¹ In het algemeen geldt dat naarmate voor een goed of dienst een hogere prijs kan worden verkregen, dat goed of die dienst winstgevender is. Dit betekent dat een rationeel handelende producent bij een hogere prijs van een goed of de dienst eerder geneigd zal zijn om dat goed of die dienst aan te bieden. Dit positieve verband wordt de aanbodfunctie genoemd.²²

... leiden tot een evenwichtsprijs...

Daar waar op de markt vraag en aanbod elkaar ontmoeten, komt de prijs van een bepaald goed of dienst tot stand (evenwichtsprijs), waarbij vraag naar en aanbod van dat goed of die dienst aan elkaar gelijk zijn (evenwichtshoeveelheid). Het marktmechanisme zorgt er voor dat productie en consumptie zich steeds op elkaar afstemmen.

18 Mankiw 2004, p. 68. Belangrijk om op te merken is dat consumenten meestal niet hun hele inkomen consumeren. Vaak wordt een deel gespaard.

19 Decoster 2013, p. 110, en Mankiw 2004, p. 65. Het gaat niet om een oneindig verband. Er komt een punt waarop de prijs zo hoog is, dat geen consument nog bereid is om die voor het goed of de dienst te betalen.

20 Voor de volledigheid wijs ik erop dat natuurlijke personen ook op niet-commerciële basis met elkaar kunnen concurreren, bijvoorbeeld als het gaat om benoeming in overheidsdienst (CRvB 25 februari 1999, ECLI:NL:CRVB:1999:ZB8194, AB 1999, 270, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens) of het innemen van een standplaats op een woonwagenlocatie (ABRvS 7 juli 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN0470). Hoewel over deze vorm van concurrentie soms wordt geprocedeerd, blijft dat in dit onderzoek verder buiten beschouwing.

21 Van Gent, Van Bergeijk & Heuten, 2004, p. 165, en Andriessen & Heertje 1994, p. 218. Het begrip winst moet overigens niet te letterlijk worden genomen. Het gaat doorgaans niet zozeer om het behalen van een zo hoog mogelijke winst op een specifieke transactie, maar om het behalen van een zo gunstig mogelijk bedrijfsresultaat op de langere termijn en het zorgen voor continuïteit in de bedrijfsvoering.

22 Decoster 2013, p. 116, en Mankiw 2004, p. 71. Het gaat niet om een oneindig verband. Er komt een punt waarop de prijs zo laag is dat geen producent nog bereid is om het goed of de dienst (voor langere tijd) te leveren.

... die kan worden gebruikt bij het berekenen van de welvaart

De evenwichtsprijs speelt in de economische wetenschap een belangrijke rol bij het berekenen van de welvaart in de samenleving. Aan de hand daarvan kunnen namelijk het consumentensurplus en het producentensurplus worden berekend. Dit betreft economische concepten die worden gebruikt als maatstaf om de welvaart in de samenleving te meten. Het consumentensurplus is het verschil tussen de evenwichtsprijs en de prijs die een consument bereid is te betalen voor een goed of dienst.²³ Als bijvoorbeeld een brood € 2 kost en een consument, gelet op onder meer zijn inkomen, bereid is om voor een brood ten hoogste € 3,50 neer te tellen, dan is zijn surplus € 1,50. Het producentensurplus is het verschil tussen de evenwichtsprijs en de prijs waarvoor een producent bereid is om een goed of dienst op de markt te brengen.²⁴ Als bijvoorbeeld een brood € 2 kost en een producent, gelet op onder andere de prijs van grondstoffen en zijn eigen inspanningen, bereid is een brood voor minimaal € 1,50 op de markt te brengen, dan is zijn surplus € 0,50. De totale welvaart in de samenleving is de optelsom van het consumenten- en producentensurplus. In het geval er één brood wordt verkocht, betekent dit dat de welvaart met € 1,50 + € 0,50 = € 2 toeneemt. Door het surplus van alle consumenten en producenten bij elkaar op te tellen kan de totale welvaart in de samenleving worden bepaald.²⁵ Als we aannemen dat een bepaald welvaartsniveau gewenst is, dan betekent dit dat de evenwichtsprijs ook van belang is om een normatief oordeel te kunnen geven over hoe de markt er uit zou moeten zien en over welke mate en vorm van concurrentie wenselijk is. Ik kom daar verderop in dit hoofdstuk op terug.

2.2.3 Concurrentie

Concurrentie aan de aanbodzijde

Consumenten streven naar een zo groot mogelijke behoeftebevrediging. Dit vergt het opofferen van inkomen. Omdat het inkomen van consumenten niet onbeperkt is, zullen zij keuzes moeten maken. Zij zullen goederen en diensten verwerven die hun behoeften zo optimaal mogelijk bevredigen. Zo zal een consument moeten kiezen tussen wit en bruin brood en tussen een nieuwe auto of een vakantie. Daarnaast zal een consument op zoek gaan naar de producent die een bepaald goed of een bepaalde dienst voor een zo gunstig mogelijke prijs en onder zo gunstig mogelijke voorwaarden – zoals kwaliteit en service – kan leveren. Een lage prijs betekent immers dat er inkomen overblijft voor het verwerven van andere goederen en diensten. Naast

23 Decoster 2013, p. 111-112, Loozen 2010, p. 230, en Mankiw 2004, p. 138.

24 Decoster 2013, p. 117-118, Loozen 2010, p. 230, en Mankiw 2004, p. 143.

25 Voor de goede orde zij opgemerkt dat het hier om een economische berekening van de welvaart gaat. Daarmee is niets gezegd over de maatschappelijk wenselijke verdeling van de welvaart over de samenleving. Ook zegt welvaart niets over welzijn. Dit laatste is vooral een gevoel en valt derhalve niet aan de hand van economische cijfers te berekenen. Wel is het zo dat welvaart van invloed kan zijn op het welzijn van burgers.

een beperkte vraag is in Nederland veelal sprake van een groot aanbod van diensten en goederen. Voor heel veel producten, zoals bijvoorbeeld levensmiddelen, televisies, bloemen, fietsen en zelfs auto's en vliegvakanties, geldt dat ze in beginsel nooit geheel uitverkocht raken en dat zelfs als dit onverhoopt toch dreigt te gebeuren, de aanbieder zijn inkoop- of productiebeleid doorgaans zo kan aanpassen dat er weer voldoende voorraad komt. Omdat de vragers op een markt hun euro echter maar één keer kunnen besteden, moeten zij keuzes maken. De totale vraag op een markt bepaalt welke winst in totaal op die markt kan worden behaald. De aanbieders van goederen en diensten streven naar maximalisatie van hun winst. Om dit doel te kunnen bereiken zal een ondernemer proberen om zoveel mogelijk consumenten te bedienen en aldus een zo groot mogelijk marktaandeel te verwerven. Hierbij zal de strijd moeten worden aangaan met andere (potentiële) aanbieders op dezelfde markt. In deze strijd zijn innovatie en efficiënte bedrijfsvoering van belang, omdat hierdoor voor de consument meer keuzemogelijkheden tegen een lagere prijs ontstaan en dus zijn behoeften optimaler worden bevredigd. Ook verlagen producenten in de strijd om de gunst van de consument – al dan niet tijdelijk – hun prijzen. De 'supermarktoorlog' is een bekend voorbeeld hiervan. Daarbij gaat het er steeds om dat ondernemingen proberen marktaandeel te verwerven of te behouden. Dit gaat ten koste van het marktaandeel van andere ondernemingen. Dit gevecht tussen ondernemingen om de gunst van de consument vormt de essentie van concurrentie.

Concurrentie aan de vraagzijde

Ook aan de vraagzijde van de markt is sprake van rivaliteit. Hier bevinden zich de vragers naar een bepaald goed of een bepaalde dienst die streven naar een maximale bevrediging van hun behoefte. Als voor een goed of dienst geldt dat het aanbod niet onbeperkt is en de vraag het aanbod overstijgt is sprake van schaarste,²⁶ en zal een strijd ontstaan tussen de verschillende vragers naar dat goed of die dienst, waarbij uiteindelijk niet aan ieders vraag kan worden voldaan. Een voorbeeld vormt de markt voor studentenkamers in grote studentensteden als Utrecht en Amsterdam. Aan het begin van elk collegejaar zijn er weer meer nieuwe studenten dan dat er kamers beschikbaar zijn. De behoefte is dus groter dan de vraag en een kamer is dan ook slechts voor een beperkt aantal studenten weggelegd. Dit heeft tot gevolg dat er in september, aan het begin van het collegejaar, een strijd woedt tussen studenten om het beperkte aantal beschikbare kamers. Een voor dit proefschrift relevanter voorbeeld vormen de schaarse publieke rechten. Voor veel economische activiteiten is een ontheffing of vergunning

26 In de economie wordt dit aangeduid met de term absolute schaarste. Daarnaast bestaat er relatieve schaarste (ook wel schaarste in de economische zin). Daarmee wordt bedoeld dat er productiemiddelen of tijd moeten worden opgeofferd om een product voort te brengen. Bijvoorbeeld om een brood te produceren moeten eerst de productiemiddelen graan, energie en tijd worden opgeofferd. Brood is – althans in Nederland – alleen in relatieve zin schaars.

van de overheid nodig. Soms is het aantal vergunningen beperkt. Zo geldt voor het organiseren van kansspelen een zogenoemd één-vergunningstelsel, op grond waarvan aan slechts één ondernemer een ontheffing wordt verleend voor het organiseren van het betreffende kansspel. Dikwijls zijn er echter meerdere ondernemers die voor die ontheffing in aanmerking willen komen. Zij moeten dus tegen elkaar strijden om die ene te vergeven ontheffing. Deze voorbeelden laten zien dat wanneer de vraag groter is dan het aanbod er een strijd zal ontstaan tussen vragers onderling voor de gunst van de wederpartij (de aanbieder), waarbij geldt dat winst (in de zin van het verwerven van het schaarse goed of recht) voor de ene vrager meestal verlies (in de zin van het niet verwerven van het schaarse goed of recht) betekent voor de andere vrager(s).

Concurrentie is strijd, waarbij winst van de één verlies voor de ander betekent

Dit proefschrift gaat vooral over concurrentie aan de aanbodzijde van de markt, daar waar aanbieders van diensten en goederen met elkaar concurreren. Wanneer het echter gaat om de verdeling van schaarse publieke rechten komt ook concurrentie aan de vraagzijde aan de orde. Het gaat dan om concurrentie tussen de gegadigden voor een schaars publiek recht. De concurrentie tussen de vragers naar een goed of dienst komt niet aan de orde. Uit het vorenstaande volgt dat concurrentie kan worden gedefinieerd als de strijd tussen vragers onderling en aanbieders onderling om de gunst van de wederpartij.²⁷ Daarbij geldt dat de gunst van de wederpartij vaak slechts voor één of een beperkt aantal partijen is weggelegd en winst voor de ene partij meestal verlies betekent voor andere partijen. Het gaat dus om een vorm van competitie. De aldus gegeven definitie heeft betrekking op de verhouding tussen individuele marktdeelnemers, zodat wel wordt gesproken over concurrentie in een subjectieve betekenis.²⁸ Het begrip concurrentie kan daarnaast ook in een objectieve betekenis worden gebruikt. Het gaat dan om een beschrijving van de concurrentiesituatie op de markt als geheel. Dit betreft de kenmerken van de markt die de aard van de concurrentie onder de marktdeelnemers bepalen. Het verschil tussen de twee betekenissen van concurrentie komt terug in de volgende paragrafen waarin wordt onderzocht welke belangen enerzijds individuele marktdeelnemers en anderzijds de samenleving als geheel hebben als het gaat om concurrentie.

2.3 CONCURRENTIEBELANGEN

Hiervoor heb ik beschreven wat concurrentie is. Vervolgens is het interessant om na te gaan welke belangen van individuele marktdeelnemers, gelet op hun concurrentiepositie, betrokken kunnen zijn bij de uitoefening van een

27 Verkade 1986, p. 4.

28 Zie voor het onderscheid tussen een subjectieve en een objectieve betekenis van het begrip concurrentie Hellingman & Mortelmans 1989, p. 151.

publiekrechtelijke bevoegdheid door de overheid. Uit de door mij onderzochte rechtspraak kan worden afgeleid dat ondernemers – gelet op hun concurrentiepositie – een aantal belangen hebben waarover zij procederen. Daarbij merk ik op dat in een concreet geval lang niet altijd eenvoudig is vast te stellen waar het een procederende ondernemer werkelijk om te doen is.

2.3.1 Concurrentieoorlog: het belang om gevrijwaard te blijven of verlost te worden van concurrenten

In de strijd om de gunst van de consument hebben ondernemers er in de eerste plaats belang bij dat zij zo min mogelijk concurrentie hebben. Het gevrijwaard blijven van concurrerend aanbod in het eigen verzorgingsgebied is voor veel ondernemers dan ook een belangrijke drijfveer om over besluiten van de overheid te procederen. Via de band van het bestuursrecht – in veel gevallen het omgevingsrecht – worden dan ook geregeld ‘concurrentieoorlogen’ uitgevochten. Veelvuldig wordt door ondernemers geprocedeerd over besluiten tot vaststelling van een bestemmingsplan, omdat het plan voorziet in de vestiging van concurrerende bedrijvigheid.²⁹ Ook wordt vaak geprocedeerd over ruimtelijke besluiten die een concurrent iets extra's of meer – zoals meer parkeerplaatsen, extra winkeloppervlak of nieuwe reclamezuilen³⁰ – toestaan. Soms wordt er zelfs alleen maar geprocedeerd om de realisatie van het plan van een concurrent te vertragen, om (extra) concurrentie zo lang mogelijk tegen te houden. Maar ook buiten het terrein van het ruimtelijk bestuursrecht wordt door ondernemers wel geprocedeerd met het doel concurrentie tegen te gaan. Zo wordt soms opgekomen tegen de verlening van een vergunning of ontheffing die vereist is voor het mogen verrichten van concurrerende activiteiten.³¹ Het belang bij zo min mogelijk concurrentie betekent ook dat ondernemers er belang bij hebben om verlost te worden van bestaande concurrenten. De inzet van een bestuursrechtelijke procedure is in dat geval dat concurrenten hun activiteiten beperken of liefst zelfs beëindigen. In dit licht wordt soms verzocht om handhavend op te treden tegen een concurrent, omdat die bepaalde normen niet zou naleven. Zo kan een kruidenier verzoeken handhavend op te treden tegen een supermarkt, omdat zijn bedrijfspand niet voldoet aan bepalingen uit de bouwverordening,³² of kan een pizzeria verzoeken om handhavend op te treden tegen een Turkse bakker die in strijd met het bestemmingsplan een snackbar exploiteert.³³

29 ABRvS 5 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2472, BR 2016/4, m.nt. A. Huijgen en E.C. Rozeboom, en ABRvS 21 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:96, r.o. 7.4, JB 2015/39, m.nt. R.J.N. Schlössels.

30 Voorbeelden ontleend aan R.J.N. Schlössels, annotatie bij ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:732, JB 2016/88. Zie ook ABRvS 24 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2316.

31 ABRvS 17 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY0374, AB 2013/24, m.nt. H.D. Tolsma.

32 Voorbeeld ontleend aan Bakker & Bastein 2004, p. 337.

33 ABRvS 28 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:487.

2.3.2 Gelijk speelveld: het belang van gelijke kansen

In de strijd om de gunst van de consument hebben ondernemers er in de tweede plaats belang bij dat áls er dan concurrenten zijn, zij ten minste dezelfde kansen krijgen als die concurrenten. Om die reden procederen ondernemers regelmatig over besluiten, omdat zij van oordeel zijn dat met die besluiten de concurrentie wordt vervalst. Hierbij kan een onderscheid worden gemaakt tussen twee situaties. In de eerste plaats kan zich de situatie voordoen waarin de overheid een ondernemer door middel van een besluit een voordeel geeft dat een concurrerende ondernemer, die zich overigens in een zelfde situatie bevindt, niet heeft. Het gaat dan vaak om de situatie waarin de voorschriften die verbonden worden aan vergunningen of ontheffingen van verschillende ondernemers van elkaar verschillen met als gevolg dat de ene ondernemer bijvoorbeeld langer open kan zijn of een aantrekkelijker assortiment kan aanbieden dan een andere – concurrerende – ondernemer. Ook doet zich soms de situatie voor dat een ondernemer bepaalde voorschriften – zoals milieuvoorschriften of APV-bepalingen over bijvoorbeeld openingstijden – overtreedt die door een concurrent wel worden gerespecteerd en de overheid nalaat om tegen de overtreding op te treden.³⁴ In deze gevallen gaat het om concurrerende ondernemers die onder ongelijke condities aan de markt willen deelnemen.

De tweede situatie waarbij sprake is van een verstoring van het gelijke speelveld hangt samen met de toegang tot de markt. Vaak is voor het verrichten van bepaalde economische activiteiten een vergunning of ontheffing van de overheid nodig. Wanneer ondernemers geen gelijke kansen krijgen om voor een dergelijke vergunning of ontheffing in aanmerking te komen is eveneens sprake van een verstoring van het gelijke speelveld. Dit belang speelt vaak een rol in procedures over de verdeling van schaarse publieke rechten, waarbij aan een onderneming de enige beschikbare vergunning of ontheffing wordt verleend en een concurrent automatisch geen toegang tot de markt krijgt.³⁵

2.3.3 Het belang van (ongehinderde) bedrijfsuitoefening

Een laatste reden voor ondernemers om over besluiten te procederen, is dat die besluiten van invloed zijn op hun eigen bedrijfsvoering en daarmee op hun concurrentiepositie. Het gaat hier om een gevarieerde groep besluiten. Ondernemers procederen regelmatig over ruimtelijke besluiten, omdat zij vrezen dat de met die besluiten mogelijk gemaakte ruimtelijke ontwikkeling

34 ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3453, AB 2017/112, m.nt. B.J.P. Stramrood (*SlijtersUnie*), en ABRvS 19 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:942, BR 2014/90, m.nt. H.J. Breeman en R.J.G. Bäcker (*zandwinning Gasselte*).

35 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Speelautomatenhal Vlaardingen*), en ABRvS 23 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP8768, AB 2011/230, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Betfair*).

een aantasting vormt van het ondernemersklimaat, bijvoorbeeld omdat die ontwikkeling tot leegstand in de omgeving van het eigen bedrijfspand zou kunnen leiden,³⁶ of omdat de op een buurperceel voorziene bedrijvigheid zich slecht verhoudt met de eigen bedrijvigheid.³⁷ Voor consumenten is het dan minder aantrekkelijk om nog naar de desbetreffende winkel toe te gaan. Soms procederen ondernemers tegen ruimtelijke besluiten, omdat zij vrezen dat zij worden beperkt in hun eigen uitbreidingsmogelijkheden.³⁸ Ook komt het voor dat zij procederen omdat de mogelijk gemaakte ruimtelijke ontwikkelingen of juist het behoud van een bepaalde ruimtelijke situatie³⁹ hun eigen bedrijfsvoering belemmert, bijvoorbeeld omdat het bestemmingsplan voorziet in 'kwetsbare' bestemmingen (bijvoorbeeld een woonwijk of een basisschool),⁴⁰ omdat het bestemmingplan voorziet in onvoldoende bedrijfsoppervlak,⁴¹ omdat door een nieuw plan een calamiteitenroute wordt geblokkeerd⁴² of omdat een windturbinepark op zee de toegang tot de haven belemmert.⁴³ Een andere categorie besluiten die kan worden genoemd betreft de weigering van vergunningen of ontheffingen die noodzakelijk zijn voor het verrichten van bepaalde economische activiteiten. Zonder vergunning of ontheffing immers geen bedrijfsvoering.⁴⁴ Ook procederen ondernemers wel tegen de toekenning van een schaars publiek recht aan een ander, niet omdat die ander een concurrent is, maar omdat zij vrezen dat de verlening van het schaarse recht aan een ander leidt tot uitputting van de pot met schaarse rechten, hetgeen tot gevolg heeft dat zij zelf niet meer in aanmerking komen voor de schaarse vergunning of subsidie en daardoor de beoogde economische activiteiten niet meer kunnen verrichten.⁴⁵

36 ABRvS 30 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:867.

37 ABRvS 29 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2398.

38 ABRvS 30 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:867, en ABRvS 13 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:75.

39 ABRvS 28 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2793.

40 ABRvS 2 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1144.

41 ABRvS 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1400.

42 ABRvS 18 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:847, r.o. 13.1.

43 Rb. Rotterdam 1 juni 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ6678. Het ging in deze zaak om verlening van een vergunning aan een energiemaatschappij voor de oprichting van een windturbinepark in de Noordzee voor de kust van Katwijk aan Zee. Het Havenbedrijf Rotterdam kwam hiertegen op, omdat het te bouwen windturbinepark was gelegen in de nabijheid van belangrijke scheepvaartroutes van en naar de Rotterdamse haven en belangrijke ankergebieden voor de Rotterdamse haven. Realisatie van het windturbinepark was derhalve van invloed op het scheepvaartverkeer van en naar de haven. Optimale bereikbaarheid en bereikbaarheid onder de veiligst mogelijke omstandigheden was daardoor in het geding, hetgeen van invloed kan zijn op de concurrentiepositie van de Rotterdamse haven ten opzichte van de havens van Amsterdam en Antwerpen.

44 CBb 23 augustus 2016, ECLI:NL:CBB:2016:279, en CBb 23 maart 2016 ECLI:NL:CBB:2016:68.

45 ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258, AB 2016/453, m.nt. W. den Ouden (*Holland Opera*), en CBb 6 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW7911, AB 2012/371, m.nt. J. Wieland.

Tot besluit van deze paragraaf nog twee opmerkingen. In de eerste plaats merk ik op dat het belang van ondernemers bij ongehinderde bedrijfsuitoefening, strikt genomen geen concurrentiebelang is. Dit belang heeft immers primair betrekking op de eigen bedrijfsuitoefening en staat daarmee wat verder af van de strijd tussen ondernemers om de gunst van de consument als zodanig. Uiteraard neemt dat niet weg dat ook de eigen bedrijfsvoering voor de concurrentiepositie van een onderneming van groot belang is. Om die reden moet het belang hier wel genoemd worden, maar in het verdere onderzoek komt dit slechts beperkt aan de orde. Een tweede opmerking is dat de hiervoor gemaakte indeling in drie typen concurrentiebelangen niet statisch is. Vaak lopen de motieven om tegen een bepaald besluit op te komen samen of door elkaar heen. Vooral het belang van ongehinderde bedrijfsuitoefening overlapt naar zijn aard in veel gevallen met de andere twee belangen. Het onderscheid zit hem vaak in de partijstelling. Wanneer een ondernemer in zijn hoedanigheid van concurrent opkomt tegen een besluit, dan is vaak ofwel het belang van een ongehinderde bedrijfsuitoefening, ofwel het belang om gevrijwaard te blijven van concurrentie aan de orde. Wanneer daarentegen een ondernemer niet in zijn hoedanigheid van concurrent procedeert, maar wel opkomt omdat zijn concurrentiepositie in het geding is, dan is meestal het belang van een ongehinderde bedrijfsuitoefening aan de orde.

2.4 HET BELANG VAN CONCURRENTIE

In de vorige paragraaf kwam aan de orde welke belangen individuele marktdeelnemers hebben, gelet op hun streven naar winstmaximalisatie. Niet alleen individuele marktdeelnemers hebben echter belang bij een bepaalde vorm en vooral mate van concurrentie. Ook de samenleving als geheel heeft daar belang bij, omdat dit leidt tot een verbetering van de welvaart. In deze paragraaf komt dit belang nader aan de orde.

2.4.1 Volkomen concurrentie leidt tot optimale welvaart

In de economische wetenschap geldt als belangrijk neo-liberaal uitgangspunt dat als in een markt van perfecte concurrentie de prijsvorming vrij wordt gelaten, de evenwichtsprijs tot optimale welvaart leidt.⁴⁶ Een ideaaltypische markt met volkomen concurrentie wordt als theoretisch vertrek-

46 Dit staat bekend als het eerste fundamentele theorema van de welvaartseconomie. Decoster 2013, p. 309, Mankiw 2004, p. 142, Cooter & Schäfer 2011, p. 155-163, Loozen 2010, p. 234 en 241, Baarsma & Theeuwes 2009, p. 25, en Van Gent, Van Bergeijk & Heuten 2004, p. 159-161. Onder optimale welvaart wordt hier verstaan de situatie waarin de economische welvaart voor de samenleving als geheel maximaal is. Daarmee wordt dus niets gezegd over de maatschappelijk wenselijke verdeling van de welvaart over de samenleving.

punt genomen. Een markt met volkomen concurrentie heeft een aantal specifieke kenmerken.⁴⁷ In de eerste plaats zijn er zeer veel vragers en aanbieders op de markt actief. Dit heeft tot gevolg dat zij ieder voor zich maar een zeer beperkt marktaandeel hebben en dientengevolge geen invloed kunnen uitoefenen op de prijs voor een goed of dienst (prijsnemerschap). Er is met andere woorden geen sprake van marktmacht. Een tweede kenmerk is dat het verhandelde goed of de verhandelde dienst homogeen is. Consumenten hebben daardoor geen voorkeuren voor de producten en diensten van bepaalde aanbieders. Een derde kenmerk is dat vragers en aanbieders beschikken over volledige informatie over de markt. Zij weten daardoor precies welke andere aanbieders en vragers op de markt actief zijn en voor welke prijs zij willen kopen of verkopen. In de vierde plaats is sprake van vrije toe- en uittreding, waarbij geldt dat nieuwe aanbieders precies dezelfde kostenstructuur hebben als de al actieve aanbieders. In de laatste plaats kenmerkt een markt met volkomen concurrentie zich door het ontbreken van transactiekosten. Goederen en diensten kunnen daardoor kosteloos worden verkocht en doorverkocht. Deze ideaaltypische kenmerken of uitgangspunten zorgen ervoor dat het in paragraaf 2.2.2 beschreven prijsmechanisme optimaal werkt. Dat leidt ertoe dat op het punt in de markt waar vraag en aanbod elkaar ontmoeten het voor geen enkele consument of producent mogelijk is om nog extra voordeel te behalen zonder dat een andere consument of producent er op achteruit gaat. Het totale consumenten- en producentensurplus is in dat geval maximaal. Deze situatie wordt de Pareto-optimale situatie of allocatieve efficiëntie genoemd.⁴⁸ Als in deze situatie bijvoorbeeld een aanbieder zijn prijs verlaagt en het product aanbiedt voor een prijs die lager ligt dan de marktprijs, dan trekt hij weliswaar op korte termijn alle vragers naar zich toe, maar doet hij zichzelf uiteindelijk tekort. Vragers beschikken namelijk over volledige informatie over de markt, zodat zij weten waar zij de laagste prijs betalen. Bovendien gaat het om een homogeen product, zodat het voor vragers niets uitmaakt bij welke aanbieder zij het product kopen. Het enige dat telt is de prijs. Hoe lager die is, hoe beter. Dit alles betekent dat de aanbieder die zijn prijs heeft verlaagd te maken krijgt met veel toeloop. Dit heeft tot gevolg dat hij snel door zijn voorraad heen zal zijn. Zijn voorraad is immers beperkt omdat hij maar een klein marktaandeel heeft. Vragers die achter het net vissen zullen noodgedwongen moeten uitwijken naar een van de vele andere aanbieders. Daar moet de marktprijs worden betaald. Als de ene aanbieder die zijn prijs heeft verlaagd gewoon de marktprijs had gevraagd, zou hij uiteindelijk waarschijnlijk net zoveel hebben verkocht, maar voor een hogere prijs. Hij is dus een dief van eigen portemonnee geweest door zijn prijs te verlagen. Andersom geldt ook dat een aanbieder die zijn prijs verhoogt in de hoop zo meer winst te maken,

47 Zie over de kenmerken van een markt met volkomen concurrentie uitgebreider Decoster 2013, p. 286, en Mankiw 2004, p. 64.

48 Decoster 2013, p. 304, Loozen 2010, p. 234, Baarsma & Theeuwes 2009, p. 26, en Stiglitz 1991, p. 2.

zichzelf tekort doet. Vragers zullen uitwijken naar andere aanbieders die het product voor de marktprijs aanbieden. Dit voorbeeld laat zien dat geen enkele andere manier om vraag en aanbod met elkaar te verbinden kan leiden tot hogere welvaart, dan een situatie van volkomen concurrentie.⁴⁹ De term ‘volkomen concurrentie’ is dus niet helemaal gelukkig, omdat in een situatie van volkomen concurrentie eigenlijk niets zichtbaar is van de kern van concurrentie, namelijk rivaliteit. Elke vorm van strijd om de gunst van de wederpartij wordt door de markt de kop in gedrukt.⁵⁰

Volkomen concurrentie is een ideaaltype en komt in de praktijk niet voor. Concurrentie is doorgaans onvolkomen,⁵¹ doordat de voor volkomen concurrentie noodzakelijke omstandigheden zich vrijwel nooit voordoen (marktfalen). Zo is meestal geen sprake van een groot aantal aanbieders, maar is slechts een klein aantal aanbieders (oligopolie), of zelfs maar één aanbieder (monopolie)⁵² actief op een markt. Dit komt onder meer doordat ondernemers van nature de neiging hebben om samenwerking te zoeken, omdat een situatie van maximale concurrentie leidt tot een zeer onrustig bestaan.⁵³ Om voor rust te zorgen maken ondernemers daarom vaak afspraken over prijzen en de verdeling van de markt. Daarnaast doen zich dikwijls schaalvoordelen voor waardoor het eigenlijk helemaal niet efficiënt is dat zich veel ondernemers met de productie van een bepaald goed of het aanbieden van een bepaalde dienst bezig houden. Een aantal ondernemers zal de markt dan ook verlaten. Ook is vaak geen sprake van homogene goederen en diensten. Dit komt door de wens van ondernemers om zich te onderscheiden van concurrenten. Dit leidt tot productdifferentiatie waarbij ondernemers, door middel van specifieke productkenmerken, marketing (imago) of het bieden van service, consumenten voor zich proberen te winnen (monopolistische concurrentie). Hoewel productdifferentiatie een positief effect kan hebben op de welvaart omdat dit vaak leidt tot producten die beter aansluiten op de wensen van consumenten, betekent de daarmee

49 Een belangrijke kanttekening hierbij is dat de term welvaart enigszins gemankeerd is omdat alleen wordt gekeken naar goederen die een prijs hebben en die via de markt worden verhandeld. Goederen waarvoor dat niet het geval is, zoals collectieve goederen, vrije tijd en een schoon milieu, blijven buiten beschouwing. Het gaat hier dus slechts om materiële of economische welvaart (welvaart in enge zin).

50 Hellingman en Mortelmans 1989, p. 148-149.

51 Decoster 2013, p. 316.

52 In de economische wetenschap wordt een monopolistische markt vaak als tegenpool beschouwd van een markt met volledige concurrentie. Deze voorstelling van zaken is juist voor zover het gaat om het aantal aanbieders op de markt en de mate waarin die aanbieders het evenwicht kunnen beïnvloeden. Het onderscheid zegt echter niets over de concurrentie op de markt. Zelfs in een monopolistische situatie kan sprake zijn van concurrentie. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer een monopolist te maken krijgt met andere aanbieders die dezelfde markt willen betreden (potentiële toetreders) of een andere aanbieder een product op de markt brengt dat het product dat de monopolist aanbiedt kan vervangen (substitutie effect).

53 Baarsma & Theeuwes 2009, p. 34.

gepaard gaande beperking van het aantal aanbieders op een markt meestal ook dat de prijs die op de markt tot stand komt voor een product of dienst hoger is dan de prijs die in een situatie van volledige concurrentie tot stand zou zijn gekomen. Een laatste onvolkomenheid van de concurrentie die ik hier noem is het bestaan van informatiegebreken. Vaak is helemaal niet bekend welke prijzen concurrenten hanteren en welke kosten zij moeten maken. De hiervoor besproken ‘verstoringen’ van de situatie van volkomen concurrentie zijn onvermijdelijk en zorgen ervoor dat in de praktijk een situatie ontstaat met onvolmaakte maar rivaliserende concurrentie.⁵⁴ De Pareto-optimale situatie wordt in die situatie niet bereikt en er zal dus geen sprake zijn van optimale welvaart. De markt blijkt met andere woorden niet in staat de maatschappelijk gewenste Pareto-optimale situatie tot stand te brengen. Dat doet er evenwel niet aan af dat hoe meer een markt kenmerken vertoont van een markt met volkomen concurrentie, hoe groter de welvaart is. Het nastreven van een situatie met marktwerking blijft dus van groot belang voor de welvaart. De gedachte is dat de concurrentie die met marktwerking gepaard gaat ondernemers dwingt tot innovatie en het efficiënter maken van de bedrijfsvoering om hun positie op de markt te behouden en daarmee leidt tot een verhoging van de welvaart.

2.4.2 Het algemeen belang van een gelijk speelveld

Meer concurrentie dwingt marktpartijen tot efficiëntie en innovatie om hun positie te handhaven en zorgt zo voor meer welvaart. Innovatieve en efficiënte bedrijfsvoering leidt immers tot een toename van de keuzemogelijkheden voor consumenten tegen een lagere prijs. In de ideale situatie van een markt met volkomen concurrentie neemt derhalve het consumentensurplus toe, wat tot optimalisering van de welvaart leidt. Het product voldoet immers in verdergaande mate aan de behoefte van de consument, terwijl tegelijkertijd de prijs die ervoor betaald moet worden lager is. Andersom geldt dat in een monopolistische markt de prijzen worden gezet met als enig doel het maximaliseren van de winst van de monopolist. Bij gebrek aan concurrentie zal dit niet tot de laagste prijs leiden met als gevolg dat het consumentensurplus afneemt en dus ook de welvaart daalt.⁵⁵ Volkomen concurrentie vereist een situatie waarin alle marktpartijen gelijke kansen hebben in de strijd om de gunst van de consument. Concurrentie kan alleen volkomen zijn wanneer sprake is van een gelijk speelveld (*level playing field*). Een gelijk

54 Baarsma & Theeuwes 2009, p. 43.

55 Deze premisse ligt ook ten grondslag aan de praktijk van de tariefbesluiten, waarbij toezichthouders als de ACM de tarieven vaststellen voor bepaalde sectoren (bijvoorbeeld de energiesector) waarin bepaalde ondernemingen een monopolistische positie hebben. Een voorbeeld van een dergelijke ondernemer is TenneT, dat het landelijke hoogspanningsnet beheert. Bij gebrek aan concurrentie bestaat het risico dat TenneT misbruik maakt van zijn inherente machtspositie en te hoge tarieven hanteert. Om dit te voorkomen stelt de ACM de te hanteren tarieven vast. Bijvoorbeeld CBb 30 augustus 2016, ECLI:NL:CBB:2016:263, en CBb 30 augustus 2016, ECLI:NL:CBB:2016:264.

speelveld – in de zin van gelijke condities voor alle marktdeelnemers – zorgt ervoor dat de markt zo optimaal mogelijk zijn werk kan doen. Efficiënte en innovatieve bedrijven worden winstgevender en inefficiënte bedrijven worden minder winstgevend en zullen uiteindelijk uit de markt worden geconcentreerd. Er bestaat dus een positieve relatie tussen een gelijk speelveld en optimale welvaart.

Een gelijk speelveld kenmerkt zich door eerlijke en vrije concurrentie. Concurrentie is eerlijk wanneer ondernemingen in een gelijke uitgangspositie verkeren. Dit vereist enerzijds dat wet- en regelgeving op alle ondernemingen gelijk van toepassing is en ook gelijk wordt toegepast. Anderzijds verdraagt eerlijke concurrentie geen verstoring van de gelijkheid, doordat bijvoorbeeld ondernemers afspraken maken over verdeling van de markt of de overheid een bepaalde onderneming steun of ander voordeel verleent. Dergelijk handelen zorgt er immers voor dat de prikkel voor ondernemingen om te innoveren of de bedrijfsvoering efficiënter in te richten verdwijnt. De mededinging wordt dan beperkt, weliswaar ten gunste van het particuliere ondernemersbelang, maar ten koste van het algemene belang (welvaart). Eerlijke concurrentie is dus in het belang van de welvaart. Concurrentie is vrij, als het voor elke onderneming die dat wil mogelijk is om de markt te betreden. Vrije toetreding tot de markt vormt voor zittende en nieuwe ondernemingen een prikkel om hun bedrijfsvoering efficiënter in te richten en te innoveren en is dus ook in het belang van de welvaart.

2.4.3 Samenloop van individuele en algemene belangen

Volgens de hiervoor besproken opvatting over marktwerking en concurrentie heeft de samenleving als geheel belang bij een marktsituatie waarbij de concurrentie zo volkomen mogelijk is. Het gaat om een situatie waarbij er zoveel mogelijk aanbieders op de markt zijn die zoveel mogelijk op voet van gelijkheid met elkaar kunnen concurreren. Het belang van een gelijk speelveld verdient op grond van het algemeen belang dan ook bescherming. Het individuele belang van marktpartijen bij eerlijke concurrentie valt samen met dit te beschermen algemeen belang. Het belang van marktpartijen om gevrijwaard te blijven van concurrenten, staat daarentegen op gespannen voet met het belang van de samenleving als geheel bij volkomen concurrentie en een gelijk speelveld. Dit betreft dan ook geen belang dat bestuursrechtelijke bescherming behoeft. Een aanwijzing dat ook de bestuursrechter zelf er zo over denkt is te vinden in een uitspraak van de Afdeling waarin het ging om een kaashandelaar die beschikte over een vergunning voor het innemen van een standplaats op de zaterdagmarkt te Sneek voor de verkoop van zuivelproducten.⁵⁶ Hij verzocht het college van burgemeester en wethouders om vergoeding van de schade die hij stelde te hebben geleden als

56 ABRvS 3 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2151.

gevolg van een besluit, waarbij het college aan een andere ondernemer een vergunning had verleend voor het innemen van een standplaats op de zaterdagmarkt te Sneek voor de verkoop van delicatessen, zoals kaas, mosterd, jam en worst. De kaashandelaar was niet opgekomen tegen de vergunningverlening, zodat zijn verzoek werd opgevat als een verzoek om vergoeding van schade op grond van het *égalité*-beginsel. De Afdeling oordeelde dat omzetschade als gevolg van de toetreding van een concurrent tot de markt tot het normale ondernemersrisico behoort en derhalve niet op grond van het *égalité*-beginsel voor vergoeding in aanmerking komt.

2.4.4 Gelijkheid, gelijke kansen en een gelijk speelveld

Eerlijke concurrentie komt in essentie neer op het hebben van gelijke kansen in de strijd om de gunst van de wederpartij.⁵⁷ Zie in dit verband ook Scheltema:

‘Het is interessant te constateren dat het belang van een goede marktwerking, en het publiekrechtelijke belang dat de overheid haar burgers gelijk en zorgvuldig behandelt, in sterke mate parallel met elkaar lopen. Een goede werking van de markt vergt dat die markt toegankelijk is voor alle potentiële aanbieders, en dat er voldoende transparantie bestaat om ervoor te zorgen dat aanbieders worden geselecteerd op basis van hun prijs of kwaliteit, en niet om andere redenen. (...) De publiekrechtelijke beginselen vergen dat de overheid haar burgers gelijk behandelt, dat zij zich zichtbaar verantwoordt voor haar keuzes, en ook overigens zorgvuldig ten opzichte van haar burgers handelt.’⁵⁸

Formele en materiële gelijkheid

Tegen deze achtergrond is het nuttig kort in te gaan op de aard van het gelijkheidsbeginsel. In de klassiek bestuursrechtelijke betekenis gaat het bij het gelijkheidsbeginsel om het vereiste dat gelijke gevallen niet ongelijk en ongelijke gevallen niet gelijk worden behandeld, tenzij dit objectief gerechtvaardigd en evenredig is.⁵⁹ Het gaat hierbij om gelijkheid tussen de relaties die verschillende burgers met de overheid hebben. Het gelijkheidsbeginsel in deze betekenis schrijft voor dat de overheid wetten en andere regels in gelijke gevallen gelijk toepast. Dit betekent dat wetten en regels op ieder individu op gelijke wijze worden toegepast en geen rekening wordt gehouden met de specifieke kenmerken van het individu (zonder aanzien des persoons).⁶⁰ In de klassiek-liberale rechtsstaat was toepassing van het gelijkheidsbeginsel beperkt tot dit formele aspect ervan. Met de opkomst van de sociale rechtsstaat in de twintigste eeuw is de rol van de overheid veranderd. De overheid vervult een actieve rol bij het realiseren van vrijheid en gelijkheid van individuen. De overheid moet door middel van beschermende, stimulerende en herverdelende maatregelen zorgen voor gelijke kansen en mogelijkheden

57 Zie ook Burkens e.a. 2012, p. 24.

58 Scheltema 2010, p. 127.

59 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 322, Wolswinkel 2013, p. 43-44, en Burkens e.a. 2012, p. 96.

60 Hellingman & Mortelmans 1989, p. 306.

voor individuen om een menswaardig bestaan te kunnen leiden en zichzelf te kunnen ontplooien.⁶¹ Formele gelijkheid biedt daarbij onvoldoende waarborgen, omdat gelijke toepassing van wet- en regelgeving niet automatisch leidt tot een materieel gelijk eindresultaat. Onder invloed van dit inzicht heeft het gelijkheidsbeginsel een materiële dimensie gekregen, op grond waarvan ongelijke gevallen ongelijk worden behandeld naar de mate waarin zij op relevante punten ongelijk zijn. Deze gelijkheid kan worden bereikt door tot op zekere hoogte te differentiëren in de regelgeving en de toepassing daarvan.⁶²

Gelijke kansen en een gelijk speelveld

Dit onderzoek draait om het creëren en waarborgen van gelijke kansen voor concurrenten in de strijd om de gunst van de consument. Hierbij kan een onderscheid worden gemaakt tussen concurrentie *op* de markt en concurrentie *om* de markt. Voor ondernemers die op een markt voor bepaalde goederen of diensten met elkaar concurreren geldt dat zij er belang bij hebben om zo veel mogelijk op voet van gelijkheid met elkaar te kunnen concurreren. De situatie waarin dit het geval is wordt aangeduid met het begrip 'gelijk speelveld' (*level playing field*). Een gelijk speelveld wordt bereikt wanneer de op een markt opererende concurrenten in een zo gelijk mogelijke uitgangspositie worden gebracht. Het gaat hierbij om toepassing van het materiële gelijkheidsbeginsel. Het is de *uitkomst* van de besluitvorming die gelijk moet zijn. Soms is ook sprake van concurrentie *om* de markt. Dit is vooral het geval wanneer voor het ontplooien van bepaalde activiteiten een vergunning vereist is, maar het aantal vergunningen gemaximeerd is (schaarse vergunningen).⁶³ In een dergelijk geval kan niet aan elke ondernemer die de markt wil betreden een vergunning worden verleend. Er is daardoor sprake van concurrentiestrijd om de markt. Ook in die strijd is het van belang dat ondernemers gelijke kansen krijgen. Het gaat om een ander soort gelijkheid. Het is niet de uitkomst van de besluitvorming die gelijk moet zijn – dat kan zelfs niet nu het aantal vergunningen schaars is – maar om de kansen om voor de schaarse vergunning in aanmerking te komen die gelijk moeten zijn. Het gelijkheidsbeginsel wordt in dit geval in formele zin toegepast. Opmerking verdient tot slot dat het begrip 'gelijke kansen' in twee betekenissen wordt gebruikt. Enerzijds gaat het in meer algemene zin om gelijke kansen in de strijd om de gunst van de consument (gelijke kansen in ruime zin) en anderzijds meer specifiek om gelijke kansen om voor een schaarse vergunning in aanmerking te komen (gelijke kansen in enge zin). In de eerste betekenis ziet het begrip vooral op concurrentie *op* de markt en in de tweede betekenis op concurrentie *om* de markt.

61 Heijnsbroek 2013, p. 14, Burkens e.a. 2012, p. 24, en Hellingman & Mortelmans 1989, p. 307-308.

62 Hellingman & Mortelmans 1989, p. 307.

63 Zie over schaarse vergunningen en de verdeling daarvan verder de paragrafen 5.4.3.1 en 5.5.2.

2.4.5 De rol van overheid en recht bij het realiseren en handhaven van gelijke kansen

Het is de taak van de overheid om publieke belangen te behartigen. Wat een publiek belang is, is een politieke vraag.⁶⁴ Het is uiteindelijk de overheid zelf die bepaalt welke belangen zij behartigt. Volgens Baarsma en Theeuwes veronderstellen beleidseconomen dat de overheid in haar beleid streeft naar het zoveel mogelijk benaderen van een situatie met eerlijke en vrije concurrentie (*level playing field*).⁶⁵ Ook uit de parlementaire geschiedenis van veel wetgeving op het terrein van economische ordening komt naar voren dat de overheid veel belang hecht aan eerlijke en vrije concurrentie en bij het bereiken daarvan een belangrijke rol voor zichzelf weggelegd ziet.⁶⁶ Gesteld kan dus worden dat eerlijke en vrije concurrentie een publiek belang betreft. Dit betekent dan ook dat een belangrijke rol voor de overheid is weggelegd bij het realiseren en handhaven van eerlijke en vrije concurrentie. Die rol heeft verschillende facetten.

In de eerste plaats dwingt het klassieke gelijkheidsbeginsel de overheid om bij de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden (vooral het nemen van besluiten) gelijke gevallen gelijk en ongelijke gevallen ongelijk te behandelen zodat particulieren, waaronder concurrenten, zoveel mogelijk gelijk worden behandeld (formele gelijkheid). Het gaat om het bieden van gelijke kansen.⁶⁷ Volgens Van Gerven is dit gewenst ter bescherming van ieders persoonlijkheidsrecht op economisch gebied en omdat een voldoende graad van mededinging in onze samenleving economisch en politiek wenselijk wordt geacht.⁶⁸ In dit kader rust op de overheid de taak om ondernemers toegang tot de markt te verschaffen, bijvoorbeeld door de noodzakelijke vergunning te verschaffen. Daarbij moeten ondernemers gelijke kansen krijgen als hun concurrenten.

In de tweede plaats dient de overheid de randvoorwaarden te scheppen voor eerlijke en vrije concurrentie (materiële gelijkheid). Om te beginnen betekent dit dat de overheid ook bij uitoefening van klassieke overheids-taken – wetgeving en bestuur – de concurrentie niet mag verstoren. Enerzijds houdt dit in dat de overheid zich dient te onthouden van besluiten die de concurrentie verstoren, bijvoorbeeld doordat de ene ondernemer wordt bevoordeeld ten opzichte van een andere ondernemer. Anderzijds betekent het dat de overheid niet mag nalaten op te treden tegen het gedrag van een onderneming dat de concurrentie verstoort. In de praktijk wordt aan deze taak invulling gegeven door mededingingswetgeving vast te stellen en

64 Schlössels & Zijlstra 2017, p. 181, en Vermeulen 2003, p. 24.

65 Baarsma & Theeuwes 2009, p. 45.

66 Bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2005/06, 30536, 3, p. 1-2, 5 en 7-9 (MvT Postwet), *Kamerstukken II* 2004/05, 301886, 3, p. 2 en 4 (MvT Wet marktordening gezondheidszorg), en *Kamerstukken II* 1996/97, 25533, 3, p. 4-6 (MvT Telecommunicatiewet).

67 Heijnsbroek 2013, p. 15.

68 Van Gerven 1971, p. 411.

toezichthouders aan te wijzen – zoals de ACM en de Autoriteit Financiële Markten (AFM) – die erop toezien dat marktpartijen de concurrentie niet op een voor de welvaart schadelijke wijze beperken door (prijz)afspraken te maken en misbruik te maken van machtsposities. Daarnaast mag de overheid ook wanneer zij zelf commerciële activiteiten ontplooit de concurrentie niet verstoren. De Wet markt en overheid is daarop van toepassing en de ACM houdt daarop toezicht.

2.5 CONCLUSIE

In dit onderzoek wordt concurrentie gedefinieerd als de strijd tussen ondernemers om de gunst van de wederpartij. Daarbij geldt dat de gunst van de wederpartij vaak slechts voor één of een beperkt aantal ondernemers is weggelegd en winst voor de ene ondernemer dus meestal verlies betekent voor andere ondernemers. De wederpartij waar het in het onderzoek om gaat is meestal de consument en de gunst is dan de vraag van die consument naar het goed of de dienst dat een ondernemer aanbiedt. De concurrentie tussen ondernemers vindt in dat geval plaats aan de aanbodzijde van de markt voor het desbetreffende goed of dienst. Soms is de wederpartij van een ondernemer de overheid en is de gunst waar het om gaat een schaarse vergunning of ontheffing. In dat geval vindt de concurrentie aan de vraagzijde van de markt voor de vergunning of ontheffing plaats.

We hebben geconstateerd dat concurrenten in hoofdlijnen drie soorten concurrentiebelangen kunnen hebben. In de eerste plaats hebben ondernemers er belang bij om gevrijwaard of verlost te worden van concurrerende ondernemers. In de tweede plaats hebben ondernemers belang bij eerlijke concurrentie. In de derde plaats hebben ondernemers belang bij ongehinderde bedrijfsvoering. Dit laatste belang is strikt genomen geen concurrentiebelang, zodat dit belang in dit proefschrift slechts zijdelings aan de orde komt. Ook hebben we gezien dat de samenleving als geheel belang heeft bij een markt met vrije, eerlijke en onvervalste concurrentie, omdat dit tot zo optimaal mogelijke welvaart leidt. Het individuele belang van ondernemers bij eerlijke concurrentie valt hier samen met het algemeen belang en verdient om die reden bescherming. Op de overheid rust dan ook de taak om te zorgen voor gelijke kansen tussen concurrenten, zowel op de markt als om de markt.

3 Concurrentiebelangen en belanghebbendheid

3.1 INLEIDING

De noodzakelijke eerste stap voor de bescherming van concurrentiebelangen is het hebben van toegang tot de bestuursrechtelijke procedure. Dit betekent in de eerste plaats dat een ondernemer die door een overheidsbesluit in zijn concurrentiebelang wordt getroffen moet kunnen worden aangemerkt als belanghebbende bij het aangevochten besluit. De vraag wanneer dat het geval is staat centraal in dit hoofdstuk. Begonnen wordt met een algemene beschouwing over de vraag wanneer iemand kan worden aangemerkt als belanghebbende in de zin van de Awb (paragraaf 3.2). Daarna wordt ingegaan op de vraag wanneer een concurrent als belanghebbende wordt aangemerkt (paragraaf 3.3).¹ Vervolgens wordt een uitstapje naar het mededingingsrecht gemaakt om te zien hoe daar wordt vastgesteld of sprake is van concurrenten (paragraaf 3.4). Daarna komen enkele Unierechtelijk aspecten aan de orde (paragraaf 3.5). Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie die kort gezegd inhoudt dat de toegang tot de bestuursrechter voor concurrenten tamelijk ruim is (paragraaf 3.6).

3.2 DE BELANGHEBBENDE IN DE ZIN VAN ARTIKEL 1:2 AWB

Voordat wordt toegekomen aan bespreking van de in het bestuursrecht gehanteerde maatstaf bij de beoordeling of een concurrent belanghebbende is bij een besluit, is het nuttig eerst in algemene zin iets te zeggen over het begrip belanghebbende. Daarbij komt aan de orde waarom het van belang is om belanghebbende te zijn (paragraaf 3.2.1) en aan welke vereisten daarvoor moet worden voldaan (paragraaf 3.2.2).

3.2.1 Het belang van het zijn van belanghebbende

Het begrip belanghebbende speelt – naast enkele andere begrippen, waaronder het besluitbegrip en het begrip bestuursorgaan – een centrale rol in de Awb. Dit volgt reeds uit de plaatsing van het begrip in het eerste hoofdstuk van de Awb. Het is om ten minste twee redenen van belang om aangemerkt te worden als belanghebbende. In de eerste plaats betekent het zijn van

1 Grote delen van de paragrafen 3.3 en 3.4 zijn eerder verschenen in het *NTB* (Wieland 2013) en in annotaties in de *AB*.

belanghebbende dat iemand zodanig bij een besluit is betrokken dat hij bij de voorbereiding ervan een bijzondere positie inneemt. Zo moet op grond van artikel 3:4 lid 2 Awb bij het nemen van een besluit acht worden geslagen op de belangen van belanghebbenden en hebben op grond van artikel 4:8 Awb belanghebbenden onder omstandigheden het recht te worden gehoord over een voorgenomen besluit. In de tweede plaats is het zijn van belanghebbende van belang in het kader van de rechtsbescherming tegen besluiten. De artikelen 7:1 lid 1 en 8:1 lid 1 Awb bepalen immers dat alleen belanghebbenden bezwaar kunnen maken en beroep kunnen instellen tegen een besluit. Ben je geen belanghebbende bij een besluit, dan is het daartegen ingestelde bezwaar of beroep niet-ontvankelijk.² Het begrip heeft in dat kader dus het karakter van een ontvankelijkheidsvereiste. In de rechtspraak en literatuur komt de vraag of iemand belanghebbende is in de meeste gevallen aan de orde in het kader van de rechtsbescherming tegen besluiten. Ook in dit proefschrift staat dit belang van het zijn van belanghebbende centraal.

3.2.2 Vereisten voor het aannemen van belanghebbendheid

De wetgever heeft met het belanghebbendebegrip een zekere begrenzing beoogd van de kring van personen die bij de voorbereiding van een besluit een bijzondere positie innemen en die tegen het besluit kunnen opkomen. Deze beperking is noodzakelijk geacht om de uitvoering van de administratieve wetgeving en de in dat kader plaatsvindende procedures efficiënt en slagvaardig te kunnen doen doorlopen.³ Het gaat erom dat je moet beschikken over een belang waardoor je je onderscheidt van willekeurige anderen en dat bovendien voldoende rechtstreeks bij het besluit is betrokken. Het is uitdrukkelijk niet de bedoeling van de wetgever geweest dat eenieder, in welke hoedanigheid ook, of iemand met slechts een verwijderd of indirect belang, als belanghebbende kan worden beschouwd en bij de besluitvorming moet worden betrokken, bezwaar kan maken of beroep kan instellen. Om als belanghebbende in de zin van artikel 1:2 Awb te kunnen worden aangemerkt, moet aan een aantal vereisten worden voldaan. Deze – vaste – vereisten hebben zich grotendeels in de rechtspraak ontwikkeld. Als vereisten worden meestal genoemd: het vereiste van een *eigen belang*, het vereiste van een *objectief bepaalbaar* belang, het vereiste van een *actueel* belang, het vereiste van een *persoonlijk* belang en het vereiste van *rechtstreekse betrokkenheid* van het belang bij het voorliggende besluit.⁴ Van de vijf genoemde vereisten neemt dat van rechtstreekse betrokkenheid een enigszins bijzon-

2 Dit laatste geldt in het geval dat rechtstreeks beroep wordt ingesteld tegen een besluit. Als het beroep volgt op bezwaar, dan zal het bezwaar niet-ontvankelijk zijn en het tegen het besluit op bezwaar ingesteld beroep ongegrond.

3 *Kamerstukken II* 1988/90, 21221, 3, p. 32.

4 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 67, Wiggers-Rust 2011, p. 60-69, en Schlössels 2004, p. 55-88. De Poorter 2003, p. 149, behandelt slechts vier van de vijf genoemde vereisten. Het vereiste van actueel belang kan volgens hem beter niet als een apart criterium worden beschouwd.

dere positie in.⁵ Niet alleen omdat dit vereiste, anders dan de overige vereisten, met zoveel woorden in artikel 1:2 lid 1 Awb is genoemd, maar ook en vooral omdat dit vereiste niet het belang als zodanig betreft, maar de relatie tussen het belang en het besluit. De andere vereisten betreffen de aard van het belang als zodanig en vloeien alle voort uit de woorden 'degene wiens belang' in artikel 1:2 lid 1 Awb. Het onderscheid is evenwel niet zo scherp als het vorenstaande wellicht doet vermoeden. Vooral de vereisten van een actueel belang en een persoonlijk belang zijn nooit helemaal goed te scheiden van het vereiste van rechtstreekse betrokkenheid bij het aan de orde zijnde besluit.⁶ Het is derhalve van belang de hier genoemde vereisten in hun onderlinge samenhang te bezien. Elk van de vijf vereisten wordt hierna in algemene zin nader bezien. In paragraaf 3.3 zullen vervolgens deze eisen worden toegepast op de vraag wanneer een ondernemer in zijn hoedanigheid van concurrent belanghebbende is.

Voordat wordt toegekomen aan bespreking van de vereisten om als belanghebbende te kwalificeren, past hier nog de opmerking dat bij de beoordeling of iemand belanghebbende is, geen rol speelt of het bij het besluit betrokken belang een rol kan spelen bij de besluitvorming.⁷ De belanghebbende-vraag is een vraag van louter feitelijke aard.

3.2.2.1 *Eigen belang*

Op grond van artikel 1:2 lid 1 Awb kan slechts worden opgekomen voor een eigen belang. Op deze hoofdregel worden twee beperkte uitzonderingen gemaakt in het tweede en derde lid. Het gaat om de aan een bestuursorgaan toevertrouwde belangen en algemene en collectieve belangen die worden beschouwd als de belangen van een rechtspersoon. Gaan we uit van de hoofdregel, dan geldt dat een persoon of entiteit zich niet 'spontaan' de belangen van iemand anders kan aantrekken.⁸ Wie toch andermans belang wil behartigen moet over een machtiging van die ander beschikken. Daarbij geldt uiteraard dat die ander wel een eigen belang moet hebben bij het besluit.

3.2.2.2 *Objectief bepaalbaar belang*

Het vereiste dat het belang objectief bepaalbaar moet zijn, houdt in dat een louter subjectief gevoel van betrokkenheid bij een besluit, hoe sterk dat gevoel ook is, niet voldoende is om te kunnen spreken van een rechtstreeks bij een besluit betrokken belang.⁹ Het belang mag niet te persoonlijk

5 De Poorter 2003, p. 133.

6 Schlössels 2004, p. 59 en 61.

7 Zie ook paragraaf 6.2.1.3. Daar staan ook verwijzingen naar rechtspraak.

8 Schlössels 2004, p. 55.

9 *Kamerstukken II 1988/90, 21221, 3, p. 32.*

zijn.¹⁰ Een in de literatuur vaak genoemd voorbeeld is dat van de dochter van een lid van het Concertgebouworkest die de verbouwing van het Concertgebouw een aantasting achtte van de gaafheid van het gebouw waaraan de herinnering van haar vader was verbonden. Zij werd niet-ontvankelijk verklaard omdat haar belang niet objectief bepaalbaar was.¹¹ Een recenter voorbeeld betrof een zaak over een door de minister vastgesteld inpasingsplan dat voorzag in de ontpoldering van de Hedwigepolder.¹² Een van de appellanten woonde op 50 kilometer afstand van de Hedwigepolder, maar voerde onder meer aan dat zij meerdere dagen per jaar in de polder verbleef. Dit was voor de Afdeling onvoldoende om een objectief bepaalbaar belang aan te nemen. Schlössels merkt op dat het vereiste van een objectief bepaalbaar belang zich soms oplost in de afwezigheid van een rechtstreeks betrokken belang.¹³ Het gaat immers slechts om gevoelsmatige betrokkenheid van een eigen belang bij een besluit. Het eigen belang is echter niet rechtstreeks betrokken bij het besluit.

3.2.2.3 Actueel belang

Het vereiste van een actueel¹⁴ belang houdt in dat het belang op het moment van de besluitvorming daadwerkelijk moet bestaan. Een toekomstig belang voldoet dus niet.¹⁵ Volgens De Poorter kan er bij het vereiste van een actueel belang worden gedacht aan twee situaties.¹⁶ In de eerste plaats wijst hij op de situatie waarin het belang als feit nog onvoldoende zeker is op het moment dat het besluit wordt genomen. Het belang bestaat met andere woorden *nog niet*. Het voorbeeld dat hij daarbij noemt is dat van een bouwvergunning voor een bouwmarkt die wordt aangevochten, omdat betrokkene zelf van plan is een bouwmarkt te beginnen.¹⁷ Onder de eerste situatie die De Poorter noemt, valt ook de situatie waarin een belang weliswaar heeft bestaan, maar op het moment van het nemen van het besluit *niet meer* bestaat. Gedacht kan worden aan de situatie waarin een saneringsplan werd vastgesteld voor een verontreinigd terrein, waarbij appellant niet als belanghebbende werd aangemerkt, onder meer omdat hij het terrein inmiddels had verkocht en dus

10 Koetser 1992, p. 143.

11 Vz. ARRvS 13 oktober 1986, ECLI:NL:RVS:1986:AH1485, AB 1988, 194, m.nt. D.A. Lubach. Zie voor een recenter voorbeeld ABRvS 28 april 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM2619, r.o. 2.1.

12 ABRvS 12 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4074, r.o. 1.2, JBO 2015/14, m.nt. D. van der Meijden.

13 Schlössels 2004, p. 57.

14 In de meeste literatuur wordt gesproken over actueel belang, maar soms wordt ook wel de term bepaalbaar belang gebruikt. Zie bijvoorbeeld Wiggers-Rust 2011, p. 64.

15 Schlössels 2004, p. 58.

16 De Poorter 2003, p. 149-150.

17 ABRvS 13 juni 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AA9807, r.o. 2.2.1, Gst. 2000-7129, m.nt. C.P.J. Goorden.

niet langer de eigenaar was.¹⁸ De tweede situatie die De Poorter bespreekt, is het geval waarin het belang als feit weliswaar voldoende zeker is (en dus bestaat), maar waarin schending ervan nog afhankelijk is van toekomstige, onzekere ontwikkelingen. Een in de literatuur vaak genoemd voorbeeld is dat van de 'Vrienden van Twickel'.¹⁹ Zij vroegen om schorsing van een door de gemeente afgegeven verklaring van geen bezwaar voor de bouw van bejaardenwoningen. Zij deden dat niet zozeer omdat zij tegen de bouw van die woningen waren, maar omdat zij vreesden dat als gevolg van de bouw de bouwgrondreserves van de gemeente sneller op zouden raken en daardoor het moment dichterbij kwam dat de gemeente ook op de gronden van landgoed 'Twickel' zou gaan bouwen. De voorzitter oordeelde dat het een te onzeker toekomstig belang betrof waarvan de aantasting afhankelijk was van allerlei nog te ontwikkelen inzichten en te nemen besluiten.

De Poorter noemt het vereiste van een actueel belang niet als apart vereiste voor het aannemen van belanghebbendheid, omdat volgens hem in de eerste hiervoor bedoelde situatie er in het geheel nog geen belang is of er geen belang meer is en in de tweede situatie strikt genomen niet is voldaan aan het vereiste dat het belang rechtstreeks bij het besluit is betrokken.²⁰ Ook deze benadering is mijns inziens niet onjuist. Wat vooral duidelijk wordt, is dat, zoals hiervoor al opgemerkt, het vereiste van een actueel belang niet goed te onderscheiden is van dat van rechtstreekse betrokkenheid van dat belang bij het aan de orde zijnde besluit.

Tot slot wijs ik er op dat het vereiste van een actueel belang in de praktijk wel eens tot misverstanden leidt, omdat uit het oog wordt verloren dat slechts vereist is dat het *belang* feitelijk moet bestaan op het moment van de besluitvorming en niet de *schending* van dat belang. Meestal is het zo dat de schending van het belang in de toekomst ligt, aangezien eerst nadat het besluit is genomen de activiteit die tot schending van het belang leidt feitelijk mag worden verricht. Dit staat er op zichzelf echter niet aan in de weg dat het belang actueel is.

18 ABRvS 3 september 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AI1790, r.o. 2.1.1, *JB* 2003/294, m.nt. R.J.N. Schlössels.

19 Vz. ARRvS 2 februari 1978, tB/S IV, nr. 12, m.nt. Ten Berge en Stroink. Zie over deze uitspraak Schlössels 2004, p. 59, en De Poorter 2003, p. 150.

20 De Poorter 2003, p. 149-151.

3.2.2.4 Persoonlijk of individueel belang

Het vereiste van een persoonlijk belang houdt in dat men door het besluit persoonlijk moet worden geraakt, in die zin dat men zich onderscheidt van willekeurige anderen.²¹ Het vereiste wordt gebruikt voor afbakening van de kring van belanghebbenden.²² Waar het om gaat is dat betrokkene beschikt over bepaalde kenmerken waarover anderen niet beschikken. Dit betekent in de eerste plaats dat een persoonlijk belang ontbreekt wanneer wordt opgekomen voor naar hun aard boven-individuele belangen, zoals de verkeersveiligheid in algemene zin of het behoud van natuurschoon. Dergelijke belangen laten zich naar hun aard niet verbinden aan de persoon van de aanlegger, met uitsluiting van anderen.²³

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt echter dat een persoonlijk of individueel belang tevens ontbreekt in het geval een persoon van wie misschien nog wel gezegd kan worden dat hij enig belang heeft, zich op dat punt niet voldoende onderscheidt van grote aantallen anderen.²⁴ Ter illustratie kan worden gewezen op een zaak waarin het ging om een ventvergunning die was verleend voor het promoten en aanbieden van een product van een energiemaatschappij door middel van een huis-aan-huisactie gedurende de maanden juni en juli 2009 in de gehele gemeente Leiderdorp.²⁵ Een inwoner van Leiderdorp kwam hiertegen op, omdat de promotiemedewerkers een inbreuk op zijn eigendomsrecht konden maken en overlast konden veroorzaken, nu zij zijn erf konden betreden en konden aanbellen. De Afdeling oordeelde dat hij geen belanghebbende was en nam in aanmerking dat *alle* inwoners van de gemeente Leiderdorp – en niet slechts de bewoners van één straat of wijk in deze gemeente – konden worden geconfronteerd met de wervingsactiviteiten en dat appellant zich dus niet van de overige bewoners van de gemeente Leiderdorp onderscheidde. Hij had dus geen persoonlijk belang dat bij het besluit was betrokken. Een bezwaar tegen deze benadering is dat ook een burger, die gelet op de andere vereisten wel de *kwaliteit* van belanghebbende heeft, op basis van een *kwantitatief* argument van de rechtsbescherming wordt afgehouden. Ik deel dan ook de opvatting van De Poorter dat de gekozen benadering juridisch-dogmatisch niet helemaal juist is.²⁶ Daar staat tegenover – en dat weegt blijkens genoemde uitspraak

21 Van Buuren 1978, p. 86, stelt dat de term persoonlijk belang het beste kan worden gereserveerd voor de eis dat de appellant een kenmerkend belang heeft, zodanig dat zijn hoedanigheid hem in voldoende mate onderscheidt van de amorfe massa der bestuurden. Zie ook ABRvS 25 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW3854, r.o. 2.4.1, AB 2012/164, m.nt. A. van Hall.

22 Schlössels 2004, p. 60. Zie ook *Kamerstukken II* 1988/90, 21221, 3, p. 32.

23 De Poorter 2003, p. 143.

24 *Kamerstukken II* 1988/90, 21221, 3, p. 32.

25 ABRvS 29 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX5936, r.o. 2.3.2, AB 2012/ 363, m.nt. H.D. Tolsma. Zie ook ABRvS 7 september 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU2167, r.o. 2.3, AB 2006, 146, m.nt. F.R. Vermeer.

26 De Poorter 2003, p. 142-143.

zwaarder – dat wordt voorkomen dat de besluitvorming ernstig wordt vertraagd door een groot aantal procedures. Ter relativering zij erop gewezen dat er weinig rechtspraak is over het vereiste van een persoonlijk belang. In de praktijk speelt dit vereiste dus geen grote rol.

3.2.2.5 Categoriële belanghebbenden

In het kader van het persoonlijk of individueel belang moet nog worden gewezen op het verschijnsel van categoriële belanghebbenden. Hoewel in beginsel aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval moet worden beoordeeld of een betrokkene als belanghebbende in de zin van artikel 1:2 lid 1 Awb kan worden aangemerkt, wordt in de literatuur ten aanzien van bepaalde categorieën van mogelijk belanghebbenden gebruik gemaakt van een categoriële benadering.²⁷ Deze benadering houdt in dat ten aanzien van bepaalde categorieën personen of entiteiten wordt uitgegaan van een in beginsel onweerlegbaar rechtsvermoeden.²⁸ Schlössels wijst er naar mijn idee echter terecht op dat ook in de categoriële benadering de bestuursrechter de eisen die voortvloeien uit artikel 1:2 lid 1 Awb niet uit het oog mag verliezen.²⁹ Voor sommige auteurs is dat een reden om deze benadering niet te volgen. De Poorter meent dat het onderscheiden van categoriële belanghebbenden, de vraag of een betrokkene een eigen, persoonlijk, objectief bepaalbaar en actueel belang heeft bij een besluit, versluiert.³⁰ Betrokkene wordt slechts *geacht* te beschikken over een eigen, persoonlijk, objectief bepaalbaar (actueel) belang.³¹ Ik deel deze opvatting en meen dan ook dat veeleer sprake is van een weerlegbaar rechtsvermoeden, waarbij degene die tot een bepaalde categorie behoort in beginsel als belanghebbende kan worden aangemerkt. Daarbij geldt steeds dat de vier hiervoor besproken vereisten corrigerend kunnen werken.

Twee soorten categoriële belanghebbenden zijn hier het vermelden waard.³² De meest voor de hand liggende groep categoriële belanghebbenden betreft de geadresseerde van een besluit.³³ Die wordt *geacht* belanghebbende te zijn bij een aan hem gericht besluit.³⁴ Dit roept de vraag op wie geadresseerde is van een besluit. Vaak zal dat degene zijn die het besluit krijgt toegezonden of die daar om heeft verzocht.³⁵ Zuiverder is naar mijn

27 Het begrip categoriële belanghebbende is geïntroduceerd door Koetser 1992, p. 109 en 117-130. Zie ook Wiggers-Rust 2011, p. 60-61, en Schlössels 2004, p. 64.

28 Koetser 1992, p. 109.

29 Schlössels 2004, p. 65.

30 De Poorter 2003, p. 137.

31 De Poorter 2003, p. 136-137. Zie ook Wiggers-Rust 2011, p. 60.

32 Koetser 1992, p. 117-130, noemt tien verschillende categorieën. De Waard 2010, p. 68, noemt in het bijzonder de werkgever in sociale-zekerheidszaken als categoriële belanghebbende.

33 Schlössels 2004, p. 65.

34 Schreuder-Vlasblom 2017, p. 241, Schlössels 2004, p. 65, en Koetser 1992, p. 117.

35 Schreuder-Vlasblom 2017, p. 240-241, lijkt van deze benadering uit te gaan.

idee de benadering van Van Buuren, die onder geadresseerde verstaat, degene voor wie het besluit in het bijzonder rechten of verplichtingen in het leven roept, dan wel teniet doet gaan.³⁶ Waar het om gaat is dat degene tot wie het besluit zich inhoudelijk richt als belanghebbende kan worden aangemerkt.³⁷ Gaan we uit van deze definitie, dan is de geadresseerde van een besluit per definitie belanghebbende.

Een tweede hier te noemen groep categoriaal belanghebbenden, die gelet op het onderwerp van dit proefschrift zeer interessant is, betreft de groep van de concurrenten.³⁸ Leidt een besluit dat betrekking heeft op de uitvoering van bedrijfsmatige activiteiten tot omzetverlies bij een concurrent, dan wordt die concurrent in beginsel als belanghebbende beschouwd. In deze benadering bepaalt het antwoord op de vraag of betrokkene een concurrent is van de geadresseerde van het besluit of hij belanghebbende is bij dat besluit. Wanneer dat het geval is, komt uitvoerig aan de orde in paragraaf 3.3.

3.2.2.6 *Rechtstreeks betrokken belang*

Om als belanghebbende te kunnen worden aangemerkt is ingevolge artikel 1:2 lid 1 Awb vereist dat het belang van betrokkene rechtstreeks is betrokken bij het besluit. Anders dan bij de vier hiervoor genoemde vereisten gaat het hierbij niet om een vereiste dat geldt voor het belang als zodanig, maar om een vereiste dat geldt voor het verband dat moet bestaan tussen het gestelde belang en het (te nemen) besluit. Uit de rechtspraak blijkt evenwel dat het vereiste van rechtstreeks betrokkenheid nauw verweven is met de andere vereisten. Het vereiste van rechtstreeks betrokkenheid houdt in dat er een voldoende causaal verband moet bestaan tussen het (mogelijk) betrokken belang en het (te nemen) besluit. Wanneer het besluit tot één of meer personen is gericht, wordt in het algemeen aangenomen dat er voldoende causaal verband bestaat tussen het belang van de geadresseerde(n) en het besluit.³⁹ Bij anderen dan geadresseerden moet per geval worden beoordeeld of er een voldoende causaal verband bestaat tussen de (mogelijke) belangenaantasting en het besluit. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt niet hoe de wetgever de causaliteitsgedachte heeft willen invullen.⁴⁰

36 Van Buuren 1978, p. 75.

37 De Poorter 2003, p. 160.

38 Wiggers-Rust 2011, p. 60.

39 Dat is alleen niet het geval als om het besluit is verzocht door een niet-belanghebbende. Ingevolge artikel 1:3 lid 3 Awb is een verzoek van een belanghebbende om een besluit te nemen een aanvraag. Een verzoek van een niet-belanghebbende is geen aanvraag. Een afwijzende beslissing op een verzoek van een niet-belanghebbende is geen besluit in de zin van de Awb. De verzoeker is dan evenmin belanghebbende bij de beslissing op het verzoek. Schreuder-Vlasblom 2017, p. 240.

40 Schlössels 2004, p. 78.

De Poorter onderscheidt twee benaderingen. In de eerste plaats noemt hij de ‘*causa proxima*-leer’, waarbij alleen de laatste factor van de causale keten relevant wordt geacht.⁴¹ Het nadeel van deze benadering is dat deze erg statisch is, omdat niet zelden een andere factor uit de causale keten meer bepalend is voor de belangenschending dan de laatste, aldus De Poorter. Hij geeft het voorbeeld van een besluit om een ambtenaar over te plaatsen, dat vaak niet meer is dan het in concreto vaststellen van wat reeds uit het achterliggende reorganisatiebesluit voortvloeide. De vraag is of het dan nog wel redelijk is om geen causaal verband aan te nemen tussen het reorganisatiebesluit en het belang van de ambtenaar in kwestie. Een ander voorbeeld is de verlening van een bouwvergunning die doorgaans niets anders is dan de uitwerking van het onderliggende bestemmingsplan. Is het dan redelijk om geen causaal verband aan te nemen tussen de vaststelling van het bestemmingsplan en het belang van de ondernemer die vreest geconfronteerd te worden met de vestiging van een concurrerende onderneming in de buurt? In de rechtspraak wordt deze vraag doorgaans bevestigend beantwoord, hetgeen betekent dat de *causa proxima*-leer wordt afgewezen. Een volgens De Poorter bevredigender alternatief is de in het civiele- en strafrecht ontwikkelde theorie van de adequate veroorzaking, waarbij die handeling als oorzaak kan worden beschouwd, waarvan redelijkerwijs dit gevolg te voorzien is. Een rechtsreeks bij het besluit betrokken belang moet dan eerder worden aangenomen naarmate de belangenschending waarschijnlijker is.⁴²

Het vereiste van een rechtstreeks betrokken belang brengt ook met zich dat in beginsel geen belanghebbendheid wordt aangenomen in geval van een zogeheten afgeleid belang. Dat wil zeggen in de situatie waarin het besluit slechts indirect – meestal via een contractuele relatie – de betrokken belangen raakt.⁴³ Op deze regel wordt een uitzondering gemaakt wanneer het afgeleide belang tegengesteld is aan het rechtstreeks betrokken belang⁴⁴ of als de afgeleid belanghebbende dreigt te worden geraakt in een fundamenteel recht.⁴⁵ Een in het kader van dit onderzoek aardig voorbeeld van deze laatste situatie deed zich voor in een zaak, waarin de werknemers van een bedrijf verzochten om handhavend op te treden tegen een concurrent van

41 De Poorter 2003, p. 146-147.

42 Schlössels 2004, p. 78, en De Poorter 2003, p. 147.

43 De Poorter 2003, p. 154-159. Zie ook ABRvS 6 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:4, ABRvS 11 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3434, CBb 30 januari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:31, en CBb 2 februari 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BV5176, AB 2012/187, m.nt. B.W.N. de Waard.

44 ABRvS 19 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY6710, en CBb 7 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW7748, JOR 2012/254, m.nt. V.H. Affourtit en M.M. van den Broek (*Trafalgar*).

45 ABRvS 1 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1481, ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3516, en ABRvS 21 november 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB8396, AB 2018/9, m.nt. B.W.N. de Waard (*T-mobile*).

hun werkgever.⁴⁶ In deze zaak ging het om twee zeesleepdiensten, A en C, die actief waren in het havengebied van Amsterdam en IJmuiden. Bedrijf B deed de *payrolling* voor bedrijf A. De werknemers van bedrijf C en de vakbond Nautilus International vroegen de minister van SZW om op te treden tegen bedrijven A en B. Aan dat verzoek legden zij ten grondslag dat A en B zich schuldig maakten aan oneerlijke concurrentie door illegale tewerkstelling (in strijd met de Wet arbeid vreemdelingen) en onderbetaling van hun buitenlandse werknemers (in strijd met de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag) en zij daardoor, als werknemers van bedrijf C, het risico liepen hun werk te verliezen. Op het verzoek van de werknemers werd niet beslist omdat zij volgens de minister geen belanghebbenden waren. Op het verzoek van de vakbond werd wel beslist, maar het bezwaar van de vakbond was niet-ontvankelijk, omdat ook de vakbond volgens de minister geen belanghebbende was. In hoger beroep lag de vraag voor of de vakbond en de werknemers belanghebbenden waren bij handhavingsbesluiten jegens een concurrent van bedrijf C. Welbeschouwd was het bedrijf C dat concurrentienadeel van de gestelde overtredingen door bedrijven A en B ondervond. De werknemers werden slechts via een contractuele relatie (arbeids-overeenkomst) in hun belangen getroffen. In de zaak van de werknemers oordeelde de Afdeling dat, aangezien de minister overtreding van de Wmm en de Wav kon bestrijden met het opleggen van een bestuurlijke boete, het aan het fundamentele recht op arbeid ontleend belang van de werknemers rechtstreeks was betrokken bij een besluit tot boeteoplegging aan bedrijf A of bedrijf B, dat de minister kon nemen indien hij naar aanleiding van het handhavingsverzoek zou constateren dat bedrijf A en bedrijf B de Wmm en de Wav hadden overtreden. De betrokkenheid van het fundamentele recht op arbeid maakte dat in dit geval, ondanks dat het om een afgeleid belang ging, toch belanghebbendheid werd aangenomen.

3.2.3 De persoon van de belanghebbende

Tot besluit van deze paragraaf is het nuttig om kort in te gaan op de vraag *wie* belanghebbende kan zijn. Belanghebbende in de zin van artikel 1:2 lid 1 Awb is *degene* wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken. Met de gekozen terminologie wordt tot uitdrukking gebracht dat, anders dan het geval was onder de Wet Arob, niet slechts natuurlijke- of rechtspersonen als belanghebbenden kunnen worden aangemerkt.⁴⁷ In het tweede en derde lid wordt de groep van subjecten die belanghebbende kunnen zijn aangevuld.

46 ABRvS 5 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2649, AB 2017/22, m.nt. R. Stijnen. Zie ook ABRvS 5 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2645, AB 2017/23, m.nt. R. Stijnen, waarin het handhavingsverzoek van de vakbond voorlag.

47 *Kamerstukken II* 1988/90, 21221, 3, p. 33-34. Zie ook De Poorter 2003, p. 137.

Voor bestuursorganen geldt ingevolge het tweede lid dat de hun toevertrouwde belangen als hun belangen worden beschouwd. In het kader van dit hoofdstuk, dat gaat over de concurrent als belanghebbende, speelt deze bepaling geen rol, aangezien bestuursorganen in de regel niet met elkaar concurreren. Hooguit is denkbaar dat publiekrechtelijke rechtspersonen met elkaar concurreren, bijvoorbeeld om de verkrijging van een schaarse subsidie. In dat geval zal een tot die rechtspersoon behorend bestuursorgaan optreden als vertegenwoordiger van de rechtspersoon. Het is dan echter niet het bestuursorgaan zelf dat in rechte opkomt en artikel 1:2 lid 2 Awb ziet dan ook niet op deze situatie.⁴⁸

Interessanter in het kader van dit onderzoek is artikel 1:2 lid 3 Awb. Op grond hiervan geldt voor rechtspersonen dat mede als hun belangen worden beschouwd de algemene en collectieve belangen die zij krachtens hun doelstellingen en blijkens hun feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen. Deze bepaling is interessant, omdat ondernemingen die worden gedreven door een rechtspersoon niet alleen belanghebbende kunnen zijn in de zin van artikel 1:2 lid 1 Awb, maar ook in de zin van artikel 1:2 lid 3 Awb.⁴⁹ Een rechtspersoon is belanghebbende in de zin van het eerste lid, indien het eigen concurrentiebelang van die rechtspersoon in het geding is. De meeste rechtspraak – ook die in dit hoofdstuk wordt besproken – heeft betrekking op die situatie. Het komt echter – zij het minder vaak – voor dat een rechtspersoon niet voor het *eigen* concurrentiebelang opkomt, maar voor het *collectieve* concurrentiebelang dat die rechtspersoon in het bijzonder behartigt. Het gaat dan bijvoorbeeld om winkeliers- of ondernemersverenigingen⁵⁰ of om brancheorganisaties die de belangen van de bij hen aangeslo-

48 Schlössels 2004, p. 93.

49 Schlössels 2004, p. 45.

50 Als uitgangspunt geldt dat een belangenorganisatie die voor het belang van haar leden opkomt, daarmee opkomt voor een collectief belang, tenzij het tegendeel blijkt. Zie bijvoorbeeld ABRvS 25 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:537, r.o. 2.2, en ABRvS 23 augustus 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY6762, r.o. 2.1.2, *Gst.* 2007, 79, m.nt. A.M.M.M. Bots. Soms komt het voor dat de leden van een belangenorganisatie die gelijktijdig met die belangenorganisatie opkomen tegen een besluit, het collectieve belang niet onderschrijven. Zie bijvoorbeeld voorzieningenrechter CBb 11 maart 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH5474, *Gst.* 2009, 73, m.nt. W.P. Adriaanse. In deze zaak ging het om een besluit waarbij een toeristisch regime werd ingesteld voor het gehele stadsdeel Amsterdam-Noord. Hierdoor werd het mogelijk om in het stadsdeel winkels op zondag open te stellen. Een aantal winkeliers en een winkeliersvereniging kwamen hiertegen op, omdat op grond van het besluit aan hun concurrenten wordt toegestaan om op zondag hun winkels geopend te hebben, terwijl het voor hen feitelijk of financieel niet mogelijk is om ook op zondag hun winkels geopend te hebben. Zij vrezen daardoor omzet te zullen derven. Als derde neemt de vereniging MKB Amsterdam aan het geding deel, die als belang heeft gesteld dat iedere ondernemer in Amsterdam de vrije keuze moet hebben op zondag geopend te zijn. Adriaanse wijst op de discrepantie tussen het belang dat MKB Amsterdam stelt en de belangen van enkele van de aangesloten leden. Dit levert vermoedelijk geen probleem op voor de belanghebbendheid van MKB Amsterdam, omdat in dit geval slechts door enkele leden apart geprocedeerd wordt en dus maar van enkele leden vaststaat dat zij het niet eens zijn met de stellingname van MKB Amsterdam.

ten ondernemers behartigen. Een voorbeeld van een zaak waarin het ging om de behartiging van een collectief concurrentiebelang betreft een zaak waarin de SlijtersUnie de gemeente Someren had gevraagd om handhavend op te treden tegen Albert Heijn, omdat Albert Heijn een slijterij geopend had zonder dat daarin permanent een leidinggevende aanwezig was.⁵¹ Volgens de SlijtersUnie overtrad Albert Heijn daarmee artikel 24 Drank- en horecawet (Dhw) en had zij daardoor een onrechtmatig concurrentievoordeel. Door geen leidinggevende aanwezig te hebben maakt Albert Heijn immers minder kosten dan zelfstandige slijterijen waar wel steeds een leidinggevende aanwezig is. De Afdeling zag zich gesteld voor de vraag of de SlijtersUnie belanghebbende was en overwoog als volgt:

‘Volgens artikel 3, eerste lid, van de statuten van de SlijtersUnie is het doel van de SlijtersUnie het behartigen van de sociale en economische belangen van haar leden, voor zover betrekking hebbende op het slijtersbedrijf, en het bestrijden van al hetgeen deze belangen zou kunnen schaden. Het doel van de SlijtersUnie is derhalve op te komen voor de belangen van haar leden, zijnde natuurlijke en rechtspersonen die het slijtersbedrijf uitoefenen. De SlijtersUnie wordt ook in dit geding geacht voor deze belangen op te komen. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (bijvoorbeeld in de uitspraak van 23 augustus 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY6762), komt een belangenorganisatie die opkomt voor de belangen van haar leden daarmee op voor een collectief belang, tenzij het tegendeel blijkt. *Niet is gebleken dat de SlijtersUnie in dit geval slechts voor een enkel lid opkomt.* De doelstelling van de SlijtersUnie is weliswaar in territoriaal opzicht onbegrensd, maar duidelijk is dat de doelstelling in functioneel opzicht beperkt is tot het behartigen van belangen die direct verband houden met slijtersbedrijven. Uit het verweerschrift van de SlijtersUnie, bezien in samenhang met het door Albert Heijn en CBL in de hogerberoepschriften vermelde citaat van de website van de SlijtersUnie, kan worden opgemaakt dat *de SlijtersUnie opkomt voor het belang van eerlijke concurrentie.*’⁵² (curs. JW)

De Afdeling merkte de SlijtersUnie vervolgens aan als belanghebbende. Dit voorbeeld laat zien dat concurrentiebelangen onder omstandigheden kunnen worden aangemerkt als collectieve belangen in de zin van artikel 1:2 lid 3 Awb die door een rechtspersoon in het bijzonder worden behartigd.

3.2.4 Tussenconclusie

In deze paragraaf werd in algemene zin het belanghebbendebegrip verkend. In de eerste plaats is het zijn van belanghebbende noodzakelijk om bij de totstandkoming van een te nemen besluit te kunnen worden betrokken. Daarnaast is het zijn van belanghebbende noodzakelijk om bezwaar en beroep tegen een besluit te kunnen instellen. Kortom, het zijn van belang-

51 ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3453, r.o.7.1, AB 2017/112, m.nt. B.J.P. Stramrood (*SlijtersUnie*). Zie ook CBb 1 september 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BJ8176, r.o. 5.1, AB 2009, 396, m.nt. I. Sewandono, ABRvS 28 januari 2009, ECLI:NL:RVS:2009: BH1128, r.o. 2.4, JB 2009/77, m.nt. redactie, en, impliciet, ABRvS 14 januari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BG9758, AB 2009, 53, m.nt. T.E.P.A. Lam.

52 ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3453, r.o. 7.1, AB 2017/112, m.nt. B.J.P. Stramrood (*SlijtersUnie*).

hebbende maakt betrokkene van toeschouwer tot deelnemer in het bestuursrechtelijke spel tussen overheid en burger. Teneinde de uitvoering van de administratieve wetgeving en de in dat kader plaatsvindende procedures efficiënt en slagvaardig te kunnen doen doorlopen, heeft de wetgever de kring van personen die bij de voorbereiding van een besluit een bijzondere positie inneemt en die tegen het besluit kan opkomen, begrensd. Alleen zij die beschikken over een eigen, persoonlijk, objectief bepaalbaar en actueel belang, dat bovendien rechtstreeks bij het (te nemen) besluit is betrokken, kunnen worden aangemerkt als belanghebbenden in de zin van artikel 1:2 lid 1 Awb.

3.3 DE CONCURRENT ALS BELANGHEBBENDE⁵³

Als uitgangspunt geldt dat degene wiens concurrentiebelang rechtstreeks bij een besluit betrokken is, belanghebbende is bij dat besluit.⁵⁴ De vraag wanneer een concurrentiebelang rechtstreeks bij een besluit is betrokken komt in deze paragraaf aan de orde. Vooraf past daarbij de opmerking dat bij beantwoording van die vraag het in paragraaf 2.3 gemaakte onderscheid tussen de verschillende concurrentiebelangen geen rol speelt. Het enkele feit dat het concurrentiebelang van een ondernemer – ongeacht welk concurrentiebelang dat is – bij een besluit betrokken is, maakt die ondernemer tot belanghebbende bij dat besluit. Geheel los daarvan staat de vraag of dat belang een belang is waar in de besluitvorming of de toetsing van een besluit door de bestuursrechter een rol kan spelen of zou moeten spelen.⁵⁵ Die vraag komt aan de orde in de hoofdstukken 5 en 6. Verder moet worden opgemerkt dat het in dit hoofdstuk uitsluitend gaat om de vraag wanneer een ondernemer belanghebbende is op basis van zijn concurrentiepositie. Is een ondernemer niet in zijn hoedanigheid van concurrent belanghebbende, dan is niet uitgesloten dat hij dat wel is in een andere hoedanigheid, bijvoorbeeld omdat hij is gevestigd in of nabij het plangebied, of omdat hij vist uit dezelfde pot met beperkte schaarse publiekrechtelijke rechten als de begunstigde van een

53 Delen van deze paragraaf zijn eerder verschenen in het *NTB*: Wieland 2013.

54 ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1309, r.o. 3.3, ABRvS 19 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1097, r.o. 3.3, ABRvS 1 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1519, r.o. 6.1, CBb 26 mei 2016, ECLI:NL:CBB:2016:146, r.o. 2.3.2, ABRvS 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1422, r.o. 3.1, *TvAR* 2016/5852, m.nt. T.J.H. Verstappen en P.P.A. Bodden, ABRvS 4 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1211, r.o. 15, *JAF* 2016/610, m.nt. D. van der Meijden, ABRvS 29 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1327, r.o. 45.1, *JBO* 2015/166, m.nt. D. van der Meijden, CBb 31 mei 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ7228, r.o. 6.5, ABRvS 4 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ3428, r.o. 2.3.2, *AB* 2011/ 317, m.nt. W. den Ouden (*Aquacultuur*), en ABRvS 7 maart 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA0085, r.o. 2.3, *Gst.* 2007, 59, m.nt. A.G.A. Nijmeijer.

55 ABRvS 29 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1327, r.o. 45.1, *JBO* 2015/166, m.nt. D. van der Meijden. Zie hierover nader paragraaf 6.2.1.3.

besluit.⁵⁶ In dat geval heeft de concurrent via een ander belang toegang tot de bestuursrechtelijke procedure.

In deze paragraaf komen niet alle in de vorige paragraaf besproken vereisten om als belanghebbende te kunnen worden aangemerkt aan de orde, omdat een aantal van die vereisten bij de vraag of een concurrent belanghebbende is nauwelijks een probleem geven. Dit geldt in de eerste plaats voor het vereiste dat het om een eigen belang moet gaan. Het is moeilijk voor te stellen dat een ondernemer voor het concurrentiebelang van een ander opkomt. Concurrentiebelangen worden in de rechtspraak dan ook altijd als eigen belang aangemerkt. Hetzelfde geldt voor het vereiste dat het moet gaan om een persoonlijk belang. Het enkele feit dat een ondernemer als concurrent kwalificeert, onderscheidt hem immers van willekeurige andere ondernemers. Tot slot levert ook het vereiste van een objectief bepaalbaar belang in de praktijk voor concurrenten geen problemen op. Concurrentie is immers geen subjectief gevoel, maar een objectief vast te stellen marktsituatie. Het vorenstaande betekent dat in deze paragraaf uitsluitend nog de relatie tussen het belang van de concurrent en het (te nemen) besluit en de actualiteit van dat belang aan de orde komen.

3.3.1 De relevante markt in het bestuursprocesrecht

Zoals gezegd is het vaste rechtspraak dat degene wiens concurrentiebelang rechtstreeks betrokken is bij een besluit, belanghebbende is. Dit criterium zegt eigenlijk niet zoveel, omdat het alleen zegt *dat* een concurrentiebelang rechtstreeks bij een besluit betrokken kan zijn, maar niet *wanneer* dit het geval is. Per soort besluit wisselt het door de bestuursrechter gehanteerde criterium om vast te stellen of een concurrentiebelang rechtstreeks bij een besluit is betrokken enigszins. Gaat het om een besluit waarbij een bestemmingsplan wordt vastgesteld, dan neemt de Afdeling belanghebbendheid aan als appellant werkzaam is in hetzelfde marktsegment en verzorgingsgebied als de bedrijvigheid die is voorzien in het bestemmingsplan.⁵⁷ Gaat het om een beslissing op een verzoek om handhaving dan is volgens de Afdeling en het CBb het concurrentiebelang van een ondernemer rechtsreeks

56 ABRvS 17 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2236, r.o. 4.1. In deze zaak beoordeelde de Afdeling niet alleen of appellante op grond van haar concurrentiebelang als belanghebbende bij de verlening van een omgevingsvergunning kon worden aangemerkt, maar ook of dat kon omdat appellante, naar zij stelde, zelf niet meer voor een vergunning in aanmerking zou komen (uitputting). De Afdeling kwam tot de conclusie dat appellante geen belanghebbende was.

57 ABRvS 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1422, r.o. 3.1, *TvAR* 2016/5852, m.nt. T.J.H. Verstappen en P.P.A. Bodden, ABRvS 4 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1211, r.o. 15, *JAF* 2016/610, m.nt. D. Van der Meijden, ABRvS 14 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3180, r.o. 4, ABRvS 3 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1744, r.o. 1.2, *JBO* 2015/229, m.nt. D. van der Meijden (*Leisure Center Belfeld*), en ABRvS 11 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:715, r.o. 4.1.

betrokken, wanneer de verzoekende ondernemer werkzaam is binnen hetzelfde verzorgingsgebied en marktsegment als de ondernemer jegens wie om handhaving is verzocht.⁵⁸ Gaat het om subsidiebesluiten, dan hanteert de Afdeling als criterium dat een derde op grond van zijn concurrentiepositie als belanghebbende bij een besluit tot subsidieverlening kan worden aangemerkt indien de subsidie strekt tot ondersteuning van bedrijfsactiviteiten, uit te voeren binnen hetzelfde marktsegment en verzorgingsgebied als waarbinnen de derde werkzaam is.⁵⁹ Het CBb hanteert bij subsidiebesluiten een enigszins afwijkend criterium.⁶⁰ Een ondernemer is volgens het CBb in zijn hoedanigheid van concurrent belanghebbende bij een subsidiebesluit gericht tot een andere onderneming, wanneer hij (gedeeltelijk) op dezelfde markt opereert als de begunstigde van dat besluit.⁶¹ In het geval van de verlening van vergunningen of concessies om bepaalde economische activiteiten uit te voeren, geldt volgens de rechtspraak van het CBb en de Afdeling dat een ondernemer als belanghebbende bij het besluit valt aan te merken als hij in een concurrerende positie op dezelfde markt opereert of wil gaan opereren als de begunstigde van het besluit.⁶²

Hoewel dit – niet uitputtende – overzicht laat zien dat het antwoord op de vraag wanneer een concurrentiebelang rechtstreeks bij een besluit is betrokken steeds net iets anders wordt geformuleerd, valt uit de rechtspraak wel een algemeen criterium te destilleren: een onderneming is volgens vaste rechtspraak van de Afdeling en het CBb op grond van zijn concurrentiepositie als belanghebbende aan te merken bij een aan een andere onderneming gericht besluit wanneer zij beide op dezelfde markt opereren of willen gaan opereren. De markt wordt daarbij gedefinieerd door het marktsegment en het verzorgingsgebied. Samen vormen deze elementen het uit het mededingingsrecht afkomstige begrip ‘relevante markt’.⁶³ Om op grond van een con-

58 ABRvS 20 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:91, r.o. 4, CBb 5 november 2015, ECLI:NL:CBB:2015:369, r.o. 4.2, *Gst.* 2016/54, m.nt. W.P. Adriaanse, en CBb 31 mei 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA1615, r.o. 8.1, *AB* 2013/246, m.nt. H.D. Tolsma.

59 ABRvS 29 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA1378, r.o. 4.1, *AB* 2013/264, m.nt. W. den Ouden, ABRvS 6 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ0794, r.o. 4.1, *AB* 2013/263, m.nt. W. den Ouden (*Vogelaar II*), ABRvS 17 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR5195, r.o. 2.5.1, *AB* 2011/316, m.nt. W. den Ouden (*Edufax*), en ABRvS 13 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ1072, r.o. 2.5.1, *AB* 2011/215, m.nt. J. Dijkgraaf (*chocoladedecoraties*).

60 In paragraaf 3.3.2.5 komt het verschil in de door de Afdeling en het CBb gehanteerde criteria nader aan de orde.

61 CBb 28 mei 2014, ECLI:NL:CBB:2014:250, r.o. 4, *AB* 2014/380, m.nt. J. Wieland, CBb 31 mei 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA1615, r.o. 5.4, *AB* 2013/246, m.nt. H.D. Tolsma, en CBb 28 april 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BM4375, r.o. 6.1, *AB* 2010/186, m.nt. C.J. Wolswinkel.

62 ABRvS 1 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1519, r.o. 6.1, CBb 15 april 2016, ECLI:NL:CBB:2016:178, r.o. 6, CBb 5 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ0455, r.o. 6.3, *AB* 2011/112, m.nt. I. Sewandono, en CBb 28 april 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BM4375, r.o. 6.1, *AB* 2010/186, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Pierik & Meson*).

63 De term relevante markt wordt in de bestuursrechtelijke rechtspraak met betrekking tot de belanghebbendheid van concurrenten zelden gebruikt. Zie voor een uitzondering op die regel ABRvS 28 november 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB8940, r.o. 2.4.2, *AB* 2008, 73, m.nt. K.F. Bolt (*Bookall*).

currentiepositie als belanghebbende te kunnen worden aangemerkt is het dus noodzakelijk dat voor beide elementen van de relevante markt sprake is van overlap. Eenvoudig gezegd, ondernemingen die dezelfde activiteit verrichten, maar elk in een ander verzorgingsgebied, zijn niet elkaars concurrent. Zo is de bakker in Amsterdam Noord geen concurrent van de bakker in Amsterdam Zuid en is de slager in Amsterdam Zuidoost geen concurrent van de slager in Amsterdam West. Ondernemingen die wel in elkaars verzorgingsgebied actief zijn, maar daar niet dezelfde activiteiten verrichten zijn evenmin concurrenten. De slager in Amsterdam Zuid is bijvoorbeeld geen concurrent van de bakker in Amsterdam Zuid. Het is aan de partij die stelt (potentiële) concurrent te zijn, om dit aannemelijk te maken.⁶⁴

De bestuursrechter hanteert in de regel twee criteria bij de beoordeling van de belanghebbendheid van concurrenten: het marktsegment en het verzorgingsgebied. Deze criteria komen achtereenvolgens aan de orde in de paragrafen 3.3.2 en 3.3.3. Daarna komt de vraag aan de orde welke rol omzetverlies speelt bij de beoordeling van de belanghebbendheid van concurrenten (paragraaf 3.3.4). Vervolgens komt de situatie aan bod waarin een ondernemer nog niet actief is op een bepaalde markt, maar wel plannen heeft om dat te gaan doen en dus een potentiële concurrent is (paragraaf 3.3.5). Tot slot komt kort het procesbelang van concurrenten in procedures over de verdeling van schaarse rechten aan de orde (paragraaf 3.3.6). Afgesloten wordt met een conclusie (paragraaf 3.3.7).

3.3.2 Criterium 1: Het marktsegment

De eerste vraag die bij de afbakening van de markt een rol speelt, is wanneer de producten of diensten die verschillende ondernemingen aanbieden, met elkaar concurreren. Het gaat hierbij om het bepalen van het marktsegment. Wanneer zijn ondernemingen actief in hetzelfde marktsegment? Deze vraag blijkt minder eenvoudig te beantwoorden dan het op het eerste gezicht wellicht lijkt.

3.3.2.1 Een inventarisatie van de rechtspraak

Chocoladedecoraties en slachtafval

Als het gaat om de productie van of handel in min of meer identieke producten zal al snel kunnen worden aangenomen dat sprake is van vergelijkbare activiteiten. Wanneer is evenwel sprake van identieke producten? In dit verband kan in de eerste plaats worden gewezen op een zaak waarin het ging om de verlening van subsidie aan een Nederlandse onderneming

64 ABRvS 14 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3180, r.o. 4, ABRvS 29 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA1378, r.o. 4.2, AB 2013/264, m.nt. W. den Ouden.

voor een project dat betrekking had op het in Vietnam produceren en verpakken van voor de export bedoelde, arbeidsintensieve, handgemaakte chocoladedecoraties.⁶⁵ Een in Vietnam gevestigde onderneming, die plannen had om net als de subsidieontvanger deels handgemaakte chocoladedecoraties te produceren in Vietnam voor de export, vreesde dat zij daardoor in haar bedrijfsbelangen zou worden geschaad en maakte daarom bezwaar. De Afdeling oordeelde dat de begunstigde van het subsidiebesluit ook op een bepaalde wijze arbeidsintensieve, geheel of gedeeltelijk met de hand gemaakte chocoladedecoraties wilde gaan produceren in Vietnam voor gedeeltelijk dezelfde exportmarkt. Volgens de Afdeling is dus sprake van min of meer hetzelfde product dat beide ondernemingen (willen gaan) produceren. Op het eerste gezicht valt hier weinig op af te dingen. Het valt evenwel op dat het product waar het om gaat in het kader van de beoordeling van de belanghebbendheid in algemene termen is omschreven. Beide ondernemingen produceren chocoladedecoraties, maar zijn die wel min of meer vergelijkbaar? Het zou best kunnen dat de ene onderneming de decoraties maakt van *'fair trade'* chocolade en de andere niet. Zijn beide ondernemingen in dat geval ook werkzaam in hetzelfde marktsegment? Opmerkelijk hierbij is dat de Afdeling verderop in de uitspraak – als het om een inhoudelijke beoordeling gaat van de vraag of de subsidie had moeten worden geweigerd omdat het te subsidiëren project concurreert met bestaande, vergelijkbare commerciële activiteiten in het betreffende land – oordeelt dat de door de Nederlandse onderneming te produceren chocoladedecoraties voor een belangrijk deel met de hand worden gemaakt ten behoeve van een bijzondere en verfijnde vormgeving en dat deze producten vanwege hun fragiliteit op een speciale wijze worden verpakt. Zij onderscheiden zich daarmee, naar het oordeel van de Afdeling, in betekenende mate van de producten die de Vietnamese onderneming maakt en levert. Bij nadere beschouwing is dus helemaal geen sprake van concurrerende producten. Dit doet echter niet af aan de belanghebbendheid van de Vietnamese onderneming, aangezien, zoals de Afdeling zelf opmerkt, de belanghebbendtoets in het kader van de ontvankelijkheidsvraag ten aanzien van het aspect concurrentie minder strikt is dan de inhoudelijke toets aan het subsidie criterium.

In een zaak waarin het ging om de verlening van een revisievergunning aan een bloedverwerkend bedrijf in Loenen werd uitvoeriger ingegaan op de vraag of beide bedrijven vergelijkbare activiteiten verrichtten.⁶⁶ Krachtens de vergunning mocht vergunninghouder slachtafval van categorie 3 verwerken. Een ander bedrijf, dat ook beschikte over een vergunning voor het verwerken van slachtafval van categorie 3, kwam tegen de vergunningverlening

65 ABRvS 13 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ1072, AB 2011/215, m.nt. J. Dijkgraaf (*chocoladedecoraties*).

66 ABRvS 16 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW5909, r.o. 2.2.3.

in het geweer. De Afdeling onderzocht in hoeverre de bedrijfsactiviteiten vergelijkbaar waren en overwoog dat het ene bedrijf bloed afkomstig van varkens- en runderslachthuizen verwerkte en het andere bedrijf het bloed van pluimvee. Dit was op zichzelf evenwel onvoldoende voor de conclusie dat beide bedrijven niet in hetzelfde marktsegment werkzaam waren. De Afdeling overwoog echter voorts dat, hoewel beide bedrijven slachtbloed verwerkten tot – onder meer – grondstoffen voor diervoeder, de grondstoffen die vergunninghouder produceerde van een andere en meer hoogwaardige samenstelling en functionaliteit waren dan het bloedmeel dat het in het geweer komende bedrijf produceerde. Aldus was niet aannemelijk dat beide bedrijven in hetzelfde marktsegment werkzaam waren.

Claresse of Afrikaanse meerval

De twee hiervoor genoemde voorbeelden maken duidelijk dat zelfs als op het eerste gezicht sprake lijkt te zijn van producten of activiteiten die homogeen zijn, dat bij nader inzien niet zo hoeft te zijn. Het zal niet verbazen dat naarmate de producten of diensten minder homogeen zijn, de vraag of sprake is van activiteiten die worden verricht in hetzelfde marktsegment moeilijker te beantwoorden is. Een voorbeeld waarin het ging om activiteiten die niet helemaal gelijk waren vormt een zaak waarin het ging om subsidie die was verstrekt voor de duurzame kweek van tilapia.⁶⁷ Appellanten in die zaak, die zelf een ander soort vis (Afrikaanse meerval) kweekten, hadden op zichzelf geen bezwaar tegen de subsidieverlening. Dat veranderde evenwel toen bleek dat de subsidieontvanger deels overstapte op de kweek van claresse, een meervalsoort. Appellanten meenden dat sprake was van concurrentievervalsing omdat de subsidie die was verkregen voor de duurzame kweek van tilapia nu deels werd gebruikt om claresse te kweken. Zij verzochten daarom om intrekking van de vaststellingsbeschikking en terugvordering van de verstrekte subsidie. De Afdeling achtte appellanten belanghebbend, omdat de bedrijfsactiviteiten van de subsidieontvanger en van appellanten bestonden uit het kweken van zoetwatervis, meer in het bijzonder van meervalsoorten. Deze zowel door subsidieontvanger als appellanten bedrijfsmatig gekweekte vis was bestemd voor de consumentenmarkt. Dit betekende dat de doelgroep van zowel subsidieontvanger als appellanten dezelfde was. In dit verband achtte de Afdeling van belang dat het prijsverschil tussen claresse en Afrikaanse meerval niet zo significant was dat hierdoor sprake was van twee verschillende doelgroepen en dus van een ander marktsegment. Verder overwoog de Afdeling dat geen beslissende betekenis toekwam aan het feit dat claresse in tegenstelling tot Afrikaanse meerval werd gekweekt onder het milieukeurmerk, aangezien aannemelijk was dat er sprake was van overlap in dit marktsegment. In deze zaak ging het aldus om minder homogene activiteiten dan in de gevallen

67 ABRvS 4 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ3428, r.o. 2.3.4, AB 2011/317, m.nt. W. den Ouden (*Aquacultuur*).

van de chocoladedecoraties en het slachtafval. Misschien juist wel omdat het in deze zaak minder homogene activiteiten betrof, ging de Afdeling in deze zaak betrekkelijk uitvoerig in op de vraag of sprake was van activiteiten die worden uitgevoerd binnen hetzelfde marktsegment.

Hop on, hop off per boot of bus

Een zaak waarin sprake was van nog heterogenere activiteiten betrof de verlening van een ontheffing voor het aanbieden van busvervoer aan toeristen volgens het *'hop on, hop off'*-principe in Amsterdam.⁶⁸ De Vereniging van Exploitanten van Vaartuigen in de Amsterdamse Grachten kwam tegen de verlening van de ontheffing in het geweer met het betoog dat de milieueisen die aan de ontheffing waren verbonden – de autobussen dienden te voldoen aan de Euro V norm – minder zwaar waren dan de aan haar leden gestelde eisen. In het kader van de vergunningverlening voor de uitbreiding van exploitatie van passagiersschepen in de Amsterdamse wateren was in 2006 met het oog op de luchtkwaliteit de eis van geen emissie gesteld. Appellante zag hierin een ongelijke behandeling van op zichzelf vergelijkbare activiteiten, omdat de inhoud van de dienst en de plaats waar de activiteiten werden uitgeoefend duidelijke overeenkomsten vertoonden. Het CBB achtte de vereniging niet belanghebbend, omdat rondvaarten over het water en rondritten over de weg wezenlijk verschillende producten zijn en derhalve de exploitanten van vaartuigen in de grachten van Amsterdam geen concurrenten waren van een onderneming die een ontheffing had gekregen voor het verzorgen van busvervoer voor toeristen volgens het *'hop on, hop off'*-principe in Amsterdam. Op het oordeel van het CBB valt wel wat af te dingen. Gaat het werkelijk om verschillende activiteiten? Beide exploitanten verzorgen vervoer van toeristen door Amsterdam, waarbij *sightseeing* voorop staat. Is het verschil tussen weg en gracht daarbij zo wezenlijk dat moet worden aangenomen dat het toch om verschillende activiteiten gaat? Die vraag is terecht, nu de meeste klanten toeristen zullen zijn die doorgaans kortere tijd in Amsterdam zijn. Om de stad te bezichtigen zullen zij een keuze maken tussen de boot en de bus. Vanuit dat perspectief is de vraag gerechtvaardigd of het CBB de relevante markt in het kader van de beoordeling van de belanghebbendheid van appellante niet te krap heeft afgebakend.

Brocante en levensmiddelen

Tot slot zijn er in de rechtspraak voorbeelden te vinden van gevallen waarin goederen evident van elkaar verschillen en om die reden geen sprake is van aanbieders die werkzaam zijn in hetzelfde marktsegment. Zo oordeelde het CBB in een zaak waarin het ging om de verlening van een ontheffing van de Winkeltijdenwet voor twee zondagen in 2015 aan een brocante voor een Slow Food Markt, dat een kaaswinkel, een winkel in elektrische apparaten,

68 CBB 1 september 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BJ8176, r.o. 5.1, AB 2009, 396, m.nt. I. Sewandono.

een fietsspeciaalzaak en een dierenwinkel, zich in een ander marktsegment bevinden dan de brocante, die is gericht op de verkoop van curiosa en artikelen voor woninginrichting.⁶⁹ Dat er op het terrein bij de brocante tijdens bedoelde markt ook levensmiddelen, onder meer zuivelproducten, worden verkocht, maakt niet dat de brocante daarmee in hetzelfde marktsegment opereert als een van de appellanten, aldus het CBb. Een ander voorbeeld waarin evident geen sprake was van hetzelfde marktsegment betrof eveneens de ontheffing van de Winkeltijdenwet.⁷⁰ In dit geval ging het om een ontheffing voor een supermarkt. De exploitant van een schoenen- en lederwarenwinkel kwam hiertegen op. Het CBb oordeelde, niet verwonderlijk, dat zij in een ander marktsegment opereert dan de supermarkt. Zij kon dus niet op grond van haar concurrentiepositie als belanghebbende worden aangemerkt. Opgemerkt moet volledigheidshalve worden dat de schoenenwinkel in dit geval desondanks als belanghebbende werd aangemerkt. Het ging er daarbij om dat de schoenenwinkel aan hetzelfde plein was gevestigd als de supermarkt en dat de exploitant van de schoenenwinkel onweersproken had aangevoerd dat de zondagopenstelling van de supermarkt een omzetsdaling met zich brengt, doordat de schoenenwinkel voor de omzet voor een belangrijk deel afhankelijk is van aankopen die consumenten op zaterdag doen, nadat zij de supermarkt hebben bezocht (impulsaankopen). En als die consumenten nu op zondag de supermarkt bezoeken, dan zal de schoenenwinkel op zaterdag te maken krijgen met een dalend aantal klanten. In dit geval is de exploitant van de schoenenwinkel dus belanghebbende, omdat zij door het besluit wordt getroffen in haar bedrijfsvoering.⁷¹

3.3.2.2 *Vastgoedeigenaren*

Aparte vermelding verdient de belanghebbendheid van vastgoedeigenaren, aangezien het steeds vaker voorkomt dat zij opkomen tegen besluiten die een bouwplan mogelijk maken ten gunste van een andere vastgoedeigenaar.⁷² Het gaat dan bijvoorbeeld om de situatie waarin de eigenaar van een winkelpand dat wordt verhuurd aan een supermarktketen wordt geconfronteerd met de vaststelling van een bestemmingsplan dat voorziet in een nieuw winkelpand in de buurt.⁷³ De vraag rijst dan of de verhuurder van het bestaande winkelpand als belanghebbende aangemerkt kan worden omdat hij als concurrent van de initiatiefnemer van het voorziene winkelpand

69 CBb 15 april 2016, ECLI:NL:CBB:2016:178, r.o. 6. Zie ook CBb 5 november 2015, ECLI:NL:CBB:2015:369, r.o. 4.3, *Gst.* 2016/54, m.nt. W.P. Adriaanse, waarin het CBb oordeelde dat een dierenwinkel, een noten- en dropwinkel en een hifi-zaak niet werkzaam waren in hetzelfde marktsegment als een bakkerij.

70 CBb 3 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:61 r.o. 5.3, *Gst.* 2016/104, m.nt. W.P. Adriaanse.

71 CBb 3 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:61 r.o. 5.4, *Gst.* 2016/104, m.nt. W.P. Adriaanse.

72 Zie voor een uitvoerige bespreking van de rechtspraak van de Afdeling over de belanghebbendheid van vastgoedeigenaren Van Heusden 2016.

73 ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1242, r.o. 2.2.

rechtstreeks in zijn concurrentiebelang wordt geraakt,⁷⁴ bijvoorbeeld omdat de verhuurbaarheid van zijn pand afneemt.

Marktsegment en verzorgingsgebied- twee benaderingen

De beoordeling of een vastgoedeigenaar op grond van zijn concurrentiepositie als belanghebbende bij een besluit kan worden aangemerkt verloopt langs dezelfde lijnen als het geval is bij de beoordeling of een ondernemer op grond van zijn concurrentiepositie als belanghebbende kan worden aangemerkt. Dit betekent dat moet worden bezien of de vastgoedeigenaar zich richt op hetzelfde marktsegment en verzorgingsgebied als de eigenaar of initiatiefnemer van de voorziene bedrijvigheid.⁷⁵ Van Heusden signaleert terecht dat de Afdeling bij die beoordeling de ene keer uitgaat van de activiteiten van de appellerende vastgoedeigenaar zelf en de andere keer van de activiteiten van de exploitant van het bedrijfspand.⁷⁶ Een voorbeeld van de eerste benadering, waarbij wordt gekeken naar de activiteiten van de vastgoedeigenaar zelf, is te vinden in een zaak waarin het ging om de vaststelling van een bestemmingsplan dat voorzag in een planologische regeling voor de vestiging van twee supermarkten en een drogisterij in Heerlen.⁷⁷ De eigenaar van een 400 meter verderop gelegen winkelcentrum kwam hiertegen op, omdat hij vreesde dat het permanent mogelijk maken van detailhandel in de omvang waarin het plan voorzag, negatieve gevolgen zou hebben voor zijn concrete bouwplannen voor een herstructurering van zijn winkelcentrum. De Afdeling oordeelde dat appellant zich als verhuurder van bedrijfspanden op hetzelfde marktsegment en verzorgingsgebied richtte als de verhuurder van de in het plan voorziene bedrijvigheid en kwam tot de conclusie dat het belang van appellant rechtstreeks was betrokken bij het bestreden besluit.

Een voorbeeld van de tweede benadering, waarbij wordt gekeken naar de activiteiten van de exploitant van het bedrijfspand, is te vinden in een zaak die betrekking had op de vaststelling van een bestemmingsplan dat voorzag in de vestiging van detailhandel, waaronder supermarkten, in Coe-

74 Voor de volledigheid zij opgemerkt dat vastgoedeigenaren ook als belanghebbende kunnen worden aangemerkt bij de vaststelling van een bestemmingsplan als dat plan voorziet in bedrijvigheid in de directe nabijheid (zichtcriterium). Die situatie blijft verder buiten beschouwing.

75 ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1309, r.o. 3.3, ABRvS 14 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2451, r.o. 3.5, ABRvS 13 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:49, r.o. 3.2, ABRvS 11 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:715, r.o. 4.1, 28 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:183, r.o. 2.2, ABRvS 22 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:119, r.o. 3.2, en ABRvS 20 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1997, r.o. 2.2.

76 Van Heusden 2016, p. 530.

77 ABRvS 22 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:119, r.o. 3.2. Zie ook ABRvS 19 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2751, r.o. 3.3, ABRvS 11 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:715, r.o. 4.2 en 4.3, ABRvS 25 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:537, r.o. 2.1, en ABRvS 12 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA2897, r.o. 1.2.

vorden.⁷⁸ De eigenaar van een op 170 meter van het plangebied gelegen winkelcentrum, waarin onder meer twee supermarkten werden geëxploiteerd, kwam hiertegen op. De Afdeling oordeelde dat de supermarkten die in het winkelcentrum van appelland gevestigd zijn en de in het plangebied voorziene detailhandel, waaronder drie supermarkten, zich richtten op hetzelfde verzorgingsgebied en marktsegment, zodat niet was uitgesloten dat de verhuurbaarheid van de winkelruimten in het winkelcentrum van appelland ten gevolge van het plan negatief zouden worden beïnvloed. Naar het oordeel van de Afdeling werd appelland daarom door het plan rechtstreeks in zijn belangen geraakt.

Met Van Heusden vermoed ik dat in de kern geen sprake is van verschillende beoordelingskaders, maar slechts van een verschil in formulering.⁷⁹ Hoewel het het meest zuiver is om bij de beoordeling van de vraag of een vastgoedeigenaar op grond van zijn concurrentiepositie belanghebbende is te bepalen in welk marktsegment en verzorgingsgebied hij zelf werkzaam is, is daarbij wel degelijk relevant aan welke partij het vastgoed wordt verhuurd.

De bestemming van het pand

In welk marktsegment een vastgoedeigenaar werkzaam is, wordt bepaald door de bestemming voor het pand en, wanneer sprake is van bestaande huur, de bedrijfsmatige activiteiten van de exploitant van het pand (de huurder). Voorbeelden van dit laatste heb ik hiervoor al besproken. Een voorbeeld van een zaak waarbij de Afdeling aansluiting zocht bij de bestemming voor het pand is te vinden in een zaak waarin het ging om de vaststelling van een bestemmingsplan dat voorzag in de vestiging van een zogeheten full-servicesupermarkt aan de Veldstraat te Ulft met een winkelvloeroppervlakte van maximaal 1.900 m².⁸⁰ De eigenaar en verhuurder van een ander bedrijfspand in Ulft kwam hiertegen op. De gemeenteraad stelde zich op het standpunt dat hij geen belanghebbende was, omdat ten tijde van de vaststelling van het plan in zijn pand geen supermarkt (meer) was gevestigd en het pand tevens voor andere vormen van detailhandel kon worden verhuurd. De Afdeling oordeelde echter dat gelet op het voor zijn gronden geldende bestemmingsplan zijn pand nog steeds kon worden verhuurd ten behoeve van de vestiging van een supermarkt, zodat niet kan worden uitgesloten dat de verhuurbaarheid van zijn pand door het plan niet negatief werd beïnvloed. De Afdeling kwam dan ook tot het oordeel dat het belang van appelland rechtstreeks was betrokken bij het genomen besluit.

78 ABRvS 20 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1997, r.o. 2.2. Zie ook ABRvS 21 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3395, r.o. 2.

79 Van Heusden 2016, p. 530.

80 ABRvS 18 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2201, r.o. 3.2.

Multifunctionele panden

Tot slot dient hier nog enige aandacht te worden besteed aan de vraag hoe de belanghebbendheid van een vastgoedeigenaar moet worden beoordeeld als het om een multifunctioneel pand gaat dat voor meerdere verschillende doeleinden kan worden ingezet. Uit de rechtspraak van de Afdeling volgt dat dit een rol kan spelen bij de beoordeling van de belanghebbendheid van vastgoedeigenaren. Van Heusden wijst er op dat die rechtspraak niet helemaal consistent is.⁸¹ Soms is het multifunctionele karakter van een pand namelijk de doorslaggevende reden om aan te nemen dat de vastgoedeigenaar niet rechtstreeks in zijn belangen wordt geraakt. Dit was bijvoorbeeld het geval in een zaak waarin het ging om een aan een vastgoedeigenaar verleende bouwvergunning voor het veranderen van een bedrijfsruimte naar een fitnessruimte.⁸² De eigenaar van een 400 meter verderop gelegen pand, waarin een sportclub was gevestigd, kwam tegen de vergunningverlening op, omdat hij vreesde dat zijn pand minder verhuurbaar zou worden door de verbouwing van de nabijgelegen bedrijfsruimte tot een fitnessruimte. De Afdeling oordeelde dat appellant beschikte over een multifunctioneel pand dat niet slechts ten behoeve van een gebruik als fitnesscentrum, maar voor allerlei doeleinden kon worden verhuurd. Dit betekende naar het oordeel van de Afdeling dat het belang van appellant niet rechtstreeks was betrokken bij het besluit tot verlening van de bouwvergunning.⁸³ In andere zaken heeft de Afdeling juist geoordeeld dat het multifunctionele karakter van een pand er niet aan afdoet dat de vastgoedeigenaar rechtstreeks in zijn belangen wordt geraakt. Dit was bijvoorbeeld het geval in een zaak waarin het ging om de vaststelling van een bestemmingsplan dat onder meer de realisatie van een winkelcentrum mogelijk maakte.⁸⁴ De eigenaar van een 400 meter verderop gelegen pand dat werd verhuurd aan de exploitant van een supermarkt, kwam hiertegen op, omdat hij vreesde dat de in het plan voorziene ontwikkeling de verhuurbaarheid van zijn pand nadelig zou beïnvloeden. De Afdeling oordeelde dat gelet op de omstandigheid dat het plan voorziet in een supermarkt op een afstand van ongeveer 400 meter van het pand van appellant, appellant in hetzelfde marktsegment en verzorgingsgebied werkzaam is als de in het plan voorziene bedrijvigheid. Volgens de Afdeling was dan ook niet uitgesloten dat het plan de verhuurbaarheid van het pand van appellant nadelig zou beïnvloeden. De enkele omstandigheid dat het pand tevens gebruikt kan worden voor andere doeleinden dan detailhandel laat naar het oordeel van de Afdeling onverlet dat het voorziene winkelcentrum nadelige gevolgen kan hebben voor de verhuurbaarheid van het pand van appellant.

81 Van Heusden 2016, p. 533.

82 ABRvS 24 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ8437, r.o. 5.

83 Zie ook ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1242, r.o. 2.2, al hebben in die zaak mogelijk casus-specifieke omstandigheden een rol gespeeld.

84 ABRvS 12 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA2897, r.o. 1.2.

Volgens Van Heusden moet in het geval van multifunctionele bedrijfspanden een onderscheid worden gemaakt tussen de situatie waarin een vastgoedeigenaar het pand verhuurt aan een exploitant die zich op hetzelfde marktsegment en verzorgingsgebied richt als de mogelijk gemaakte bedrijvigheid en de situatie waarin het pand niet wordt verhuurd of wordt verhuurd aan een exploitant die zich niet richt op hetzelfde marktsegment en verzorgingsgebied als de mogelijk gemaakte bedrijvigheid.⁸⁵ In het eerste geval is het aannemelijker dat de vastgoedeigenaar nadelige gevolgen ondervindt voor de verhuurbaarheid van zijn pand, omdat het risico bestaat dat zijn huurder verhuist naar de nieuwe locatie. Dat risico bestaat daarentegen niet op het moment dat het pand niet is verhuurd of is verhuurd aan een exploitant die zich op een ander marktsegment richt. In dit laatste geval zou gezegd kunnen worden dat sprake is van verschillende marktsegmenten waarop de verschillende vastgoedeigenaren actief zijn. Zij verhuren hun pand immers niet aan dezelfde soort exploitanten. Een betere benadering lijkt mij echter om aan te nemen dat de vastgoedeigenaar zich wel richt op hetzelfde marktsegment, aangezien hij zijn pand, gelet op het multifunctionele karakter, wel *kan* verhuren aan een exploitant die zich op het zelfde marktsegment richt als de voorziene bedrijvigheid. De omstandigheden van het geval maken echter dat een uitzondering moet worden gemaakt op de hoofdregel dat wanneer een vastgoedeigenaar zich (mede) richt op hetzelfde marktsegment als de initiatiefnemer van de in het plan voorziene bedrijvigheid, hij rechtstreeks door het besluit wordt geraakt. Dat het pand wordt verhuurd aan een exploitant die zich op een ander marktsegment richt dan de voorziene bedrijvigheid of dat het leeg staat betekent dat de causaliteit tussen het besluit en de verminderde verhuurbaarheid van het pand van de vastgoedeigenaar wordt verbroken.

3.3.2.3 *Marktsegment: een glijdende schaal*

De in de paragrafen 3.3.2.1 en 3.3.2.2 besproken voorbeelden laten zien dat sprake is van een glijdende schaal bij de beoordeling of twee ondernemingen werkzaam zijn in hetzelfde marktsegment. Vanaf een bepaalde mate van heterogeniteit van de verrichtte activiteiten is geen sprake meer van eenzelfde marktsegment waarin betrokkene en zijn gestelde concurrent werkzaam zijn. Hoewel er ogenschijnlijk evidente gevallen zijn, wordt uit de rechtspraak niet duidelijk waar precies de grens ligt. Van geval tot geval wordt door de rechter bekeken of sprake is van diensten of producten die vergelijkbaar zijn. Daarbij valt op dat vaak maar summier wordt ingegaan op de vraag of ondernemingen werkzaam zijn in hetzelfde marktsegment.

85 Van Heusden 2016, p. 534.

Hoewel in een enkele uitspraak uitvoeriger wordt ingegaan op de vraag of betrokkene en de begunstigde van het besluit concurrenten van elkaar zijn⁸⁶, wordt dikwijls in slechts één of enkele zinnen volstaan met de constatering dat zij binnen hetzelfde marktsegment en verzorgingsgebied werkzaam zijn.⁸⁷ Een enkele keer wordt in de uitspraak zelfs alleen maar geconstateerd dat sprake is van concurrenten en wordt in het geheel niet aangegeven waarom dat zo is.⁸⁸ Het summiere karakter van de overwegingen met betrekking tot de vraag of sprake is van eenzelfde marktsegment laat zich verklaren, doordat deze vraag vooral van belang is voor de beoordeling van de belanghebbendheid van de concurrent. De bestuursrechter beoordeelt de belanghebbendheid ambtshalve.⁸⁹ Daarbij geldt in de eerste plaats dat de rechter de voor die beoordeling noodzakelijke gegevens zelfstandig zal moeten achterhalen.⁹⁰ Hij is daarbij afhankelijk van wat partijen hebben aangevoerd. Uiteraard kan hij nadere informatie aan partijen vragen, maar ook dan is hij afhankelijk van hetgeen partijen aanleveren.⁹¹ Dit betekent dat als partijen weinig aanvoeren over het marktsegment, de rechter daarover ook weinig kan zeggen. Overigens komt dit voor rekening en risico van de partij die stelt concurrent te zijn, aangezien het aan die partij is aannemelijk te maken dat zijn concurrentiebelang is betrokken bij een besluit.⁹² Verder geldt dat ambtshalve te beoordelen aspecten in beginsel niet in de uitspraak worden vermeld, als die beoordeling niet leidt tot het oordeel dat de concurrent geen belanghebbende is.⁹³ Dit is slechts anders als een van de partijen aanvoert dat de ander geen belanghebbende is. In dat geval zal de rechter op dat betoog moeten ingaan. Het vorenstaande betekent dat summiere overwegingen over het marktsegment er op duiden dat (1) partijen in veel gevallen niet aan de orde stellen dat de ander niet in hetzelfde marktsegment actief is en (2) het voor de rechter meestal duidelijk is dat partijen in hetzelfde markt-

86 ABRvS 4 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ3428, r.o. 2.3.4, AB 2011/317, m.nt. W. den Ouden, en CbB 18 maart 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL8527 r.o. 5.2-5.6.

87 CbB 3 november 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU3219, r.o. 6.1, ABRvS 17 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR5195, r.o. 2.5, AB 2011/316, m.nt. W. den Ouden (*Edufax*), CbB 31 mei 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ7228, r.o. 6.5, en ABRvS 17 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL7749, r.o. 2.2.1.

88 ABRvS 5 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:918, r.o. 1, CbB 22 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW9146, r.o. 5.1.4, JB 2012/193, CbB 3 februari 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BP3045, r.o. 6.3, JB 2011/76, en CbB 29 juli 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN4119, r.o. 6.2, AB 2010/303, m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade.

89 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 638, en Schlössels 2004, p. 2.

90 Schreuder-Vlasblom 2017, p. 661.

91 Overigens blijken rechters steeds vaker zelfstandig naar voor een geschil relevante informatie te zoeken op internet. Zie daarover Schuurmans, Pill & Groothuis 2012, p. 250-260. Zie ook HR 15 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP5612, r.o. 3.6.2, waaruit blijkt dat deze werkwijze is toegestaan, mits partijen in de gelegenheid worden gesteld zich over de gevonden informatie uit te laten.

92 ABRvS 14 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3180, r.o. 4, en ABRvS 29 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA1378, r.o. 4.2, AB 2013/264, m.nt. W. den Ouden (*Edufax II*).

93 Jansen & Van der Leek 2012, p. 254.

segment opereren. In zaken waarin het gaat om een verzoek om het treffen van een voorlopige voorziening wordt vaak uit de aard van de procedure maar zeer oppervlakkig ingegaan op de vraag of sprake is van eenzelfde marktsegment.⁹⁴

In de zaken waarin wel enige overwegingen zijn gewijd aan de afbakening van het marktsegment, valt op dat de activiteiten die worden verricht dikwijls in nogal algemene bewoordingen worden omschreven, zonder dat naar het precieze assortiment wordt gekeken. Ook dit laat zich deels verklaren doordat de rechter afhankelijk is van wat partijen aanvoeren. Dat neemt niet weg dat het opmerkelijk is dat de rechter slechts in algemene termen iets zegt over de activiteit die wordt verricht. Bij de afbakening van de relevante markt geldt immers dat hoe enger de markt wordt gedefinieerd, hoe kleiner de kans is dat de markt waarop twee ondernemingen actief zijn dezelfde is en zij derhalve concurrenten van elkaar zijn. De afbakening van de markt is dus zeer bepalend voor het antwoord op de vraag of een onderneming in de hoedanigheid van concurrent als belanghebbende bij een besluit kan worden aangemerkt. Tegen deze achtergrond kan de vraag worden gesteld of het niet wenselijk is om preciezer invulling te geven aan het begrip marktsegment, zoals dat bijvoorbeeld gebeurt in het mededingingsrecht. Dit komt in paragraaf 3.4 nader aan de orde. Opmerkelijk is verder, en dat was goed te zien in de uitspraak van de Afdeling over de chocoladedecoraties, dat duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen de beoordeling van de concurrentie in het kader van de belanghebbendentoets en de beoordeling daarvan in het kader van de inhoudelijke toets aan het toepasselijke toetsingskader. Als bij de belanghebbendentoets wordt geoordeeld dat sprake is van concurrentie, maar bij inhoudelijke beoordeling van de zaak alsnog blijkt dat bij nadere bestudering toch geen sprake is van concurrentie, dan leidt dat niet alsnog tot een niet-ontvankelijkverklaring.

3.3.2.4 *De corrigerende werking van de doelgroep*

Bij de beoordeling of ondernemingen activiteiten verrichten in hetzelfde marktsegment wordt vooral gekeken naar de vraag of de aangeboden producten of diensten met elkaar vergelijkbaar zijn. Soms speelt echter bij de beoordeling of twee producten of diensten behoren tot hetzelfde marktsegment tevens een rol aan wie ze worden aangeboden. Het gaat daarbij niet primair om de geografische markt waarop het product of de dienst wordt aangeboden,⁹⁵ maar om de doelgroep binnen die geografische markt aan wie het product of de dienst wordt aangeboden.

94 Vz. ABRvS 25 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY9925, r.o. 3.2, *JBO* 2013/32, m.nt. D. van der Meijden.

95 De geografische markt (verzorgingsgebied) komt aan de orde in paragraaf 3.3.3.

Een voorbeeld van een zaak waarin ook de doelgroep een rol speelde, is de hiervoor al genoemde zaak waarin het ging om een subsidie die was verstrekt voor de duurzame kweek van tilapia.⁹⁶ In die zaak ging het om op het eerste gezicht vergelijkbare producten. Toch keek de Afdeling verder en onderzocht of beide soorten vis ook door dezelfde doelgroep werden gekocht. Omdat het prijsverschil tussen clausse en Afrikaanse meerval niet erg significant was, kwam de Afdeling in dit geval tot de slotsom dat er geen sprake was van twee verschillende doelgroepen en beide vissoorten dus tot hetzelfde marktsegment behoorden.⁹⁷ Maar ook in andere zaken achtte de Afdeling van belang dat dezelfde doelgroep werd bediend. Zo oordeelde de Afdeling in een zaak die betrekking had op de vaststelling van een bestemmingsplan dat voorzag in de realisering van een hotel dat het verschil tussen een drie- en een viersterren hotel niet zodanig is dat moet worden aangenomen dat partijen in verschillende marktsegmenten actief zijn.⁹⁸

Ook in de zaak over de Vietnamese chocoladedecoraties lijkt de doelgroep een rol te spelen. Van belang was dat beide ondernemingen zich richtten op de exportmarkt.⁹⁹ Overigens kan daarbij wel de kanttekening worden geplaatst dat uit de uitspraak niet blijkt of beide zich op dezelfde exportmarkt richtten. Misschien dat de een zich wel richtte op de Aziatische markt en de ander op de Europese markt. In dat geval kan naar mijn idee, ondanks de vergelijkbaarheid van het aangeboden product, niet worden gesproken van hetzelfde marktsegment.

Uit vorenstaande voorbeelden volgt dat de doelgroep waaraan een product of dienst wordt aangeboden, mede bepalend kan zijn voor de beoordeling of sprake is van één marktsegment. Uit de rechtspraak lijkt te volgen dat de doelgroep als het ware corrigerend kan werken. Daarmee bedoel ik dat sprake kan zijn van min of meer dezelfde producten of diensten die worden aangeboden, maar er toch geen sprake is van één marktsegment, omdat de producten of diensten zijn bestemd voor verschillende doelgroepen. In dat geval is uiteindelijk toch geen sprake van concurrenten. Overigens lijkt het om een asymmetrisch mechanisme te gaan, nu het vooralsnog andersom niet corrigerend lijkt te werken. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van de al genoemde zaak waarin het ging om een ontheffing voor het

96 ABRvS 4 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ3428, r.o. 2.3.4, AB 2011/317, m.nt. W. den Ouden (*Aquacultuur*).

97 Ook in de eerder genoemde zaak over de verlening van een revisievergunning aan een bedrijf in Loenen voor het verwerken van slachtafval gold dit in zekere zin, omdat het ene bedrijf het bloed van varkens en runderen verwerkte en het andere bedrijf het bloed van pluimvee. Zij werkten ieder dus voor een verschillende doelgroep. ABRvS 16 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW5909, r.o. 2.2.3.

98 ABRvS 20 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1064 r.o. 5.3. Zie ook ABRvS 5 november 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG3388, r.o. 2.3, en ABRvS 21 februari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ8995 r.o. 2.4.

99 ABRvS 13 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ1072, r.o. 2.5.2, AB 2011/215, m.nt. J. Dijkgraaf (*chocoladedecoraties*).

verzorgen van busvervoer voor toeristen volgens het *'hop on, hop off'*-principe in Amsterdam.¹⁰⁰ Verdedigbaar is immers dat, hoewel busvervoer en bootvervoer verschillende activiteiten zijn, beide activiteiten hoofdzakelijk worden aangeboden aan toeristen, zodat toch sprake is van hetzelfde marktsegment. Het CBb oordeelde echter dat het feit dat het ging om dezelfde potentiële klantenkring onvoldoende is om aan te nemen dat de aanbieder van busvervoer en die van bootvervoer concurrenten zijn.

3.3.2.5 Beperkt gebrek aan rechtseenheid

In paragraaf 3.3.1 werd gesteld dat de Afdeling en het CBb bij de beoordeling of een onderneming in de hoedanigheid van concurrent belanghebbende is een *soortgelijk* criterium hanteren. Die opmerking verdient enige nuancering. De maatstaf die het CBb hanteert bij de beoordeling of een concurrent belanghebbend is bij een besluit tot subsidieverlening en de maatstaf die de Afdeling daarbij hanteert wijken namelijk enigszins van elkaar af. Volgens vaste rechtspraak van het CBb is een concurrent – in die hoedanigheid – als belanghebbende aan te merken bij een subsidiebesluit dat is gericht tot een andere onderneming, wanneer zij (gedeeltelijk) op dezelfde markt opereert als de begunstigde van dat besluit. Daartoe is onder meer vereist dat zij een soortgelijk, concurrerend product of dienst op dezelfde markt brengt.¹⁰¹ De Afdeling hanteert als maatstaf dat een derde op grond van zijn concurrentiepositie als belanghebbende bij een besluit tot subsidieverlening wordt aangemerkt indien de subsidie strekt tot ondersteuning van bedrijfsactiviteiten, uit te voeren binnen hetzelfde marktsegment en verzorgingsgebied als waarbinnen de derde werkzaam is. Daarbij kan worden meegewogen dat de met subsidie ondersteunde bedrijfsactiviteiten leiden tot (dreigend) omzetverlies bij de derde.¹⁰² De belangrijkste overeenkomst tussen beide rechtspraaklijnen is dat zowel het CBb als de Afdeling beoordelen of de beweerdelijk concurrerende activiteit wordt aangeboden op *dezelfde markt*. Alleen als het gaat om activiteiten die worden verricht in hetzelfde marktsegment en hetzelfde verzorgingsgebied, is sprake van concurrerende activiteiten. Een in het oog springend verschil tussen beide maatstaven is echter dat het CBb onderzoekt of de *begunstigde van het besluit* op dezelfde markt opereert als degene die door dat besluit beweerdelijk in zijn concurrentiebelang wordt getroffen. De Afdeling kijkt daarentegen niet naar *wie* de

100 CBb 1 september 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BJ8176, r.o. 5.1, AB 2009, 396, m.nt. I. Sewandono.

101 CBb 31 mei 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA1615, r.o. 5.2, AB 2013/246, m.nt. H.D. Tolsma, en CBb 28 april 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BM4375, r.o. 6.1, AB 2010/186, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Pierik & Meson*).

102 ABRvS 29 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA1378, r.o. 4.1, AB 2013/264, m.nt. W. den Ouden (*Edufax II*), ABRvS 6 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ0794, r.o. 4.1, AB 2013/263, m.nt. W. den Ouden (*Vogelaar II*), en ABRvS 13 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ1072, r.o. 2.5.1, AB 2011/215, m.nt. J. Dijkgraaf (*chocoladedecoraties*).

begunstigde van het subsidiebesluit is, maar naar de *bedrijfsactiviteiten* die met de subsidie worden ondersteund. In die benadering is het, anders dan bij toepassing van de maatstaf van het CBb, niet van belang dat de begunstigde van het besluit die bedrijfsactiviteiten ook zelf uitvoert. Dit zou dus kunnen betekenen dat ook als de subsidie niet is verleend aan degene die de bedrijfsactiviteiten onderneemt, de concurrent toch belanghebbende kan zijn bij het besluit tot subsidieverlening. In zoverre is de door de Afdeling gehanteerde maatstaf ruimer dan de door het CBb gehanteerde maatstaf, al wordt die extra ruimte wel beperkt doordat de Afdeling als eis stelt dat de subsidie *strekt* tot ondersteuning van de concurrerende bedrijfsactiviteiten. Is dat niet het geval, bijvoorbeeld omdat de subsidie met een ander doel is verstrekt dan waarvoor deze wordt aangewend, dan wordt er kennelijk vanuit gegaan dat er een te ver verwijderd verband bestaat tussen het besluit en het belang dat daarbij is betrokken. Hoewel in verreweg de meeste gevallen de begunstigde van een (subsidie)besluit ook degene is die de concurrerende activiteiten uitvoert en het voor de beoordeling van de belanghebbendheid van een concurrent niet veel uitmaakt of de maatstaf van het CBb of de Afdeling wordt gebruikt, komt het een heel enkele keer voor dat beide maatstaven tot een andere uitkomst ten aanzien van de belanghebbendheid leiden. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van een uitspraak van het CBb over de verlening van Europese landbouwsteun aan de Coöperatieve telersvereniging Zuidoost-Nederland.¹⁰³

De in de genoemde zaak verleende steun is toegekend voor onder meer de in het jaar 2010 gemaakte kosten voor afvalverwerking en recycling. De telersvereniging en de daarbij aangesloten telers van groente en fruit verwerken echter zelf geen afval. De telers bieden daarom hun agrarische groenafval ter verwerking aan een afvalverwerker aan. De steun houdt in dat de kosten voor afvalverwerking voor 50% worden vergoed, maar alleen als het afval wordt verwerkt door een afvalverwerker die door de telersvereniging is geselecteerd. De andere 50% moet zelf worden vergoed door de aangesloten telers. Waar het in feite dus om gaat, is dat de bij de telersvereniging aangesloten telers een 'korting' van 50% krijgen als zij hun afval laten verwerken door de door de telersvereniging geselecteerde afvalverwerker. Uit de uitspraak volgt weliswaar dat de telersvereniging een afvalverwerker heeft geselecteerd, maar niet duidelijk is hoe en op grond van welke criteria

103 CBb 28 mei 2014, ECLI:NL:CBB:2014:250, AB 2014/380, m.nt. J. Wieland. Het ging om een zogeheten GMO-subsidie, die door het Productschap Tuinbouw kan worden verleend op grond van de Integratie GMO-verordening. Deze verordening heeft tot doel de gemeenschappelijke landbouwmarkten, waaronder die voor groente en fruit, te ordenen. Daartoe kan onder meer steun worden verleend aan telersverenigingen (artikel 103 bis).

dat is gebeurd.¹⁰⁴ Wat hier ook van zij, het moge duidelijk zijn dat het hier om een complexe subsidieverhouding gaat. De ontvanger van de subsidie is de telersvereniging, maar zij is niet degene die uiteindelijk het voordeel daarvan geniet. In de eerste plaats profiteren de bij de telersvereniging aangesloten telers van de subsidie, omdat zij hun afval goedkoper kunnen laten verwerken, mits zij gebruik maken van de diensten van de geselecteerde afvalverwerker. Maar ook de geselecteerde afvalverwerker zelf profiteert mee. Doordat de subsidie wordt verleend voor de verwerking van afval door een door de telersvereniging geselecteerde afvalverwerker is het voor de telers immers niet langer aantrekkelijk hun afval bij een andere afvalverwerker ter verwerking aan te bieden. De geselecteerde afvalverwerker weet zich aldus verzekerd van een vaste schare afnemers van haar diensten.

Een niet-geselecteerde afvalverwerker, Milieu Service Zuid, ziet de bui al hangen. Hij vreest dat zijn concurrentiepositie zal worden aangetast, omdat de bij de telersvereniging aangesloten telers als gevolg van de subsidieverlening eerder geneigd zullen zijn om hun agrarische groenafval ter verwerking aan te bieden bij de geselecteerde afvalverwerker en niet bij hem. Zij maakt dan ook bezwaar tegen het besluit tot subsidieverlening. De eerste vraag die vervolgens rijst is of Milieu Service Zuid belanghebbende is bij dat besluit. Deze vraag staat centraal in de uitspraak van het CBb. Het CBb oordeelt dat Milieu Service Zuid geen belanghebbende is bij het besluit tot subsidieverlening aan het Productschap Tuinbouw, omdat niet is gebleken dat hij door dat besluit rechtstreeks wordt geraakt. Daartoe overweegt het CBb dat de benadeling van Milieu Service Zuid volgt uit de keuze van de telersvereniging voor een andere afvalverwerker en niet rechtstreeks uit de aan de telersvereniging toegekende subsidie. Volgens het CBb is bovendien niet gebleken dat de subsidietoekenning directe invloed heeft op het selecteren van de afvalverwerker door de telersvereniging.

De begunstigde van het subsidiebesluit, het Productschap Tuinbouw, verwerkt zelf geen agrarisch groenafval en opereert derhalve niet op dezelfde markt als Milieu Service Zuid. Dit betekent dat in dit geval – op grond van de gebruikelijke maatstaf van het CBb – Milieu Service Zuid niet als belanghebbende kan worden aangemerkt bij het besluit tot subsidieverlening aan de telersvereniging. Dit zou pas anders kunnen zijn, als de telersvereniging de subsidie zou hebben gebruikt om *zelf* actief te worden op de markt voor verwerking van agrarisch groenafval. Toepassing van de maatstaf van de Afdeling zou vermoedelijk tot een andere uitkomst hebben geleid, omdat de nadruk daarbij ligt op de activiteiten die met de subsidie worden ondersteund. De subsidie in deze zaak is toegekend, onder meer voor in het jaar 2010 gemaakte kosten voor afvalverwerking en recycling.

104 In dit verband breng ik onder de aandacht dat wanneer eindontvangers van een Europese subsidie bij de uitvoering van een project gebruik willen maken van de diensten van derden, zij, teneinde concurrentievervalsing te voorkomen, in beginsel verplicht zijn deze diensten aan te besteden. Zie hierover uitgebreider Van den Brink 2012, p. 389 en 759-762.

Dit zijn activiteiten die ook Milieu Service Zuid verricht. Op grond van de gebruikelijke maatstaf van de Afdeling zou Milieu Service Zuid dus wel als belanghebbende moeten worden aangemerkt bij het aan de telersvereniging gerichte subsidiebesluit.

De hiervoor besproken zaak maakt duidelijk dat toepassing van de maatstaf die de Afdeling hanteert bij de beoordeling of een concurrent belanghebbende is bij een subsidiebesluit, gericht aan een derde, leidt tot een ruimere afbakening van de kring van belanghebbenden dan de toepassing van de maatstaf van het CBb. De benadering van de Afdeling verdient om drie redenen de voorkeur. In de eerste plaats is de benadering van de Afdeling uit juridisch-dogmatisch oogpunt juist. Om als belanghebbende bij een besluit te kunnen worden aangemerkt is het immers voldoende dat het belang van betrokkene *feitelijk* bij dat besluit betrokken is. Dat een besluit dat strekt tot ondersteuning van concurrerende activiteiten min of meer toevallig niet is gericht aan degene die die activiteiten uitvoert mag dus niet aan het aannemen van belanghebbendheid in de weg staan als feitelijk aannemelijk is dat een concurrent last heeft van dat besluit. In het verlengde van vorenstaand argument ligt het argument dat ook uit het oogpunt van de bescherming van het gelijke speelveld de benadering van de Afdeling de voorkeur geniet. Door niet de begunstigde van het besluit maar de bedrijfsactiviteiten centraal te stellen wordt immers inzichtelijk dat het subsidiebesluit gevolgen heeft voor de gelijkheid van het speelveld. Bovendien wordt het mogelijk om in rechte tegen de verstoring van het gelijke speelveld op te komen. De derde reden waarom de benadering van de Afdeling de voorkeur verdient is een meer principiële. Een ruime toegang tot de bestuursrechter doet het meest recht aan het in de artikelen 6 EVRM en 47 Handvest van de grondrechten van de EU neergelegde beginsel van effectieve rechtsbescherming, dat er onder meer toe strekt dat in beginsel een ieder die – al dan niet ontleend aan het Unierecht – individuele rechten heeft, toegang moet hebben tot de rechter teneinde de handhaving van deze rechten te kunnen afdwingen.

Hoewel het in deze paragraaf ging om een probleem dat zich niet zo vaak zal voordoen, omdat in veel gevallen de begunstigde van een subsidiebesluit ook degene is die de concurrerende activiteiten verricht, vormt het vorenstaande mijns inziens aanleiding voor het CBb om de door hem gehanteerde maatstaf nog eens kritisch te overdenken.

3.3.3 Criterium 2: Het verzorgingsgebied

Voor het aanmerken van een ondernemer als belanghebbende bij een aan een concurrent gericht besluit is niet voldoende dat beide activiteiten verrichten in hetzelfde marktsegment. Vereist is tevens dat zij die activiteiten verrichten binnen hetzelfde verzorgingsgebied.¹⁰⁵ Het gaat hierbij om het

105 ABRvS 24 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1374, r.o. 2.1, *Gst.* 2017/118, m.nt. A. Snijders, en ABRvS 11 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3434, r.o. 5.1.3.

geografische gebied dat wordt bediend. Bepalend voor het verzorgingsgebied is in de eerste plaats de aard van de economische activiteit die wordt verricht. Het spreekt voor zich dat het verzorgingsgebied in het algemeen groter is, naarmate de activiteit die een onderneming verricht exclusiever is. Zo zal bijvoorbeeld een supermarkt een kleiner verzorgingsgebied hebben dan een outdoor- of outletwinkel. Illustratief in dit verband is de zaak van een ontwikkelaar van een *factory outlet center* in Roosendaal, die verzocht om handhaving van milieuwetgeving bij het *factory outlet center* in Lelystad.¹⁰⁶ De Afdeling overwoog onder meer dat de gevestigde outlet centers zich richtten op klanten uit een zeer groot gebied en het aannemelijk was dat deze gebieden, ondanks de aanzienlijke afstand tussen de twee outlet centers, elkaar deels overlappen.

In de tweede plaats wordt het verzorgingsgebied bepaald door de omgeving waarin een onderneming is gevestigd.¹⁰⁷ Hoe grofmaziger het systeem van voorzieningen, hoe ruimer doorgaans het verzorgingsgebied is. Een supermarkt in de binnenstad van Amsterdam heeft bijvoorbeeld een verzorgingsgebied dat zich slechts enkele honderden meters uitstrekt, terwijl een supermarkt op één van de Zeeuwse eilanden misschien wel een verzorgingsgebied heeft dat meer dan tien kilometer bestrijkt.¹⁰⁸ Hoe hoger de bevolkingsdichtheid ter plaatse, hoe groter dus de kring met potentiële afnemers en hoe beperkter het verzorgingsgebied.

Gezien de beperkte rechtspraak op dit punt lijkt de afbakening van het verzorgingsgebied waarin concurrenten actief zijn in de rechtspraktijk weinig problemen op te leveren.

Een interessant fenomeen in dit verband vormt nog de opkomst van ondernemers die hun producten of diensten via internet aanbieden en binnen heel Nederland verzenden en soms zelfs daarbuiten. De aard van het product of de dienst (exclusiviteit) is niet langer bepalend voor de omvang van het verzorgingsgebied, aangezien tegenwoordig ook de alledaagse boodschappen via internet kunnen worden gedaan. Al snel zal dan ook sprake zijn van een verzorgingsgebied dat heel Nederland en soms zelfs omringende landen of de hele wereld bestrijkt. In potentie dus een enorme uitbreiding van de kring van belanghebbenden. Een aardig voorbeeld in dit verband betreft een zaak waarin het ging om de verlening van een subsidie aan een onderneming voor het opzetten van het project 'Platform met Rijsscholenkiezer'.¹⁰⁹ Het betreft een *online* platform met als doel jongeren te helpen bij het kiezen van een kwalitatief goede rijopleiding. Twee andere ondernemers

106 ABRvS 7 maart 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA8719, r.o. 2.3, *Gst.* 2007, 59, m.nt. A.G.A. Nijmeijer (*Factory Outlet Centra*).

107 Zie ook Van Heusden 2016, p. 531.

108 ABRvS 19 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1097, r.o. 4.1.

109 Rb. Zeeland-West-Brabant 22 april 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:2533, r.o. 3 (*Team Alert*). Zie ook ABRvS 28 november 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB8940, r.o. 2.4.2, *AB* 2008, 73, m.nt. K.F. Bolt (*Bookall*).

komen tegen de subsidieverlening op. De een exploiteert de *website* klantenvertellen.nl, met *reviews* over 32 branches, waaronder de rijschoolbranche. De ander exploiteert de *website* RijschoolRegister.nl, waarop Nederlandse rijscholen worden vergeleken en potentiële rijschooll leerlingen wegwijs worden gemaakt in het aanbod van rijscholen. De rechtbank overweegt dat beide eisers in essentie hetzelfde aanbieden als de ontvanger van de subsidie: een vergelijking van Nederlandse rijscholen op basis van kwaliteit. Naar het oordeel van de rechtbank zijn zij dan ook belanghebbenden, omdat zij bedrijfsactiviteiten binnen hetzelfde marktsegment en verzorgingsgebied ontplooiën als de subsidieontvanger. Het valt op dat de rechtbank zonder enige inhoudelijke overweging tot het oordeel komt dat partijen werkzaam zijn in hetzelfde verzorgingsgebied. Aangenomen mag worden dat daarbij een rol speelt dat het gaat om ondernemers die hun diensten op het internet aanbieden.

Hoewel het fenomeen internetonderneming dus wel zal zorgen voor enige vervaging van het criterium van het verzorgingsgebied, verwacht ik niet dat dit in de praktijk zal leiden tot een grote toename van het aantal ondernemingen dat als belanghebbende kwalificeert. In de eerste plaats is het soort besluiten waarbij de concurrentiebelangen van internetondernemingen betrokken zijn beperkt door de aard van de onderneming. Zo zal doorgaans geen sprake zijn van een fysieke bedrijfsruimte van waaruit het product of de dienst wordt aangeboden. Dat betekent dat de concurrentiebelangen van internetondernemers nauwelijks betrokken zullen zijn bij ruimtelijke besluiten. Daarnaast blijft het criterium van hetzelfde marktsegment uiteraard gewoon gelden.

3.3.4 Omzetverlies als derde criterium?

Hiervoor hebben we gezien dat als uitgangspunt geldt, dat als komt vast te staan dat een derde bedrijfsactiviteiten uitvoert binnen (1) hetzelfde marktsegment en (2) hetzelfde verzorgingsgebied als de begunstigde van een besluit, hij op grond van zijn concurrentiepositie als belanghebbende bij dat besluit kan worden aangemerkt. In sommige uitspraken van de Afdeling lijkt evenwel een extra criterium te worden opgevoerd aan de hand waarvan wordt beoordeeld of een derde op grond van zijn concurrentiepositie als belanghebbende kan worden aangemerkt. Gekeken wordt of een besluit kan leiden tot omzetverlies bij een derde. Zo niet, dan lijkt te gelden dat het concurrentiebelang niet rechtstreeks bij het bestreden besluit is betrokken. Ook hier valt echter op dat in de rechtspraak vaak nauwelijks is uitgewerkt waarom een bepaald besluit al dan niet zou leiden tot omzetverlies.

Van omzetverlies als onzelfstandig criterium...

In de eerste plaats kan worden gewezen op de al meermaals genoemde uitspraak over de Vietnamese chocoladedecoraties.¹¹⁰ Daarin oordeelde de Afdeling dat uit het gegeven dat betrokkene op bepaalde wijze arbeidsintensieve, geheel of gedeeltelijk met de hand gemaakte chocoladedecoraties wilde gaan produceren in Vietnam voor gedeeltelijk dezelfde exportmarkt, zij daartoe concrete plannen had en was begonnen met de uitvoering daarvan, *kon worden afgeleid dat de markt van chocoladedecoraties werd beïnvloed door de subsidieverlening*. Kortom, het is kennelijk niet voldoende dat beide ondernemers op dezelfde markt actief zijn. Ook moet het besluit de markt beïnvloeden. Waarom dat in deze zaak het geval was, wordt niet duidelijk uit de uitspraak. Wat explicieter is een zaak waarin het ging om de verlening van een ontheffing en bouwvergunning voor het verplaatsen van een opslagvoorziening voor een bouwmarkt.¹¹¹ Drie doe-het-zelfzaken kwamen tegen dit besluit op. De Afdeling oordeelde dat niet was uitgesloten dat het besluit omzetverlies bij de concurrerende doe-het-zelfzaken tot gevolg kon hebben, zodat die doe-het-zelfzaken als belanghebbenden moesten worden aangemerkt. Ook hier werd niet nader gemotiveerd waarom verlies van omzet al dan niet aannemelijk was. Gelet op de summiere motivering op dit punt gaat het er kennelijk om dat een besluit *in theorie* kan leiden tot omzetverlies.¹¹² Daarvoor lijkt voldoende te zijn dat een besluit bedrijfsactiviteiten faciliteert in hetzelfde marktsegment en verzorgingsgebied als waarin de derde die tegen dat besluit opkomt werkzaam is. In zoverre lijkt omzetverlies dus geen extra criterium te vormen bij de beoordeling of een derde op grond van zijn concurrentiepositie belanghebbende is, maar slechts een bevestiging dat het om concurrenten gaat. Van een aanscherping van het belanghebbende-begrip ten aanzien van concurrenten is in zoverre dus geen sprake.

... naar omzetverlies als zelfstandig criterium...

Een iets zelfstandiger betekenis lijkt het omzetcriterium te krijgen in een zaak die betrekking had op de verlening van een subsidie voor het winnen van mosselzaad.¹¹³ De Afdeling stelde eerst vast dat de subsidieontvanger alsmede een derde die tegen de subsidieverlening opkwam, actief waren in hetzelfde – landelijke – marktsegment en zij dus concurrenten van elkaar waren. Dit was kennelijk niet voldoende om de derde op grond van zijn concurrentiepositie als belanghebbende aan te merken, want de Afdeling ging vervolgens na of de subsidieverlening tot omzetverlies zou kunnen leiden.

110 ABRvS 13 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ1072, r.o. 2.5.1, AB 2011 / 215, m.nt. J. Dijkgraaf (chocoladedecoraties). Zie ook ABRvS 29 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA1378, r.o. 4.1, AB 2013/264, m.nt. W. den Ouden (*Edufax II*).

111 19 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP1354, r.o. 2.3.3, AB 2011/86, m.nt. A.G.A. Nijmeijer.

112 Adriaanse & Van Angeren 2010, p. 677.

113 ABRvS 14 februari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ8484, r.o. 2.3, AB 2008, 76, m.nt. N. Verheij.

In dat verband werd overwogen dat de subsidieverlening zag op een zodanige uitbreiding van het aantal netten met het doel 25.000 ton mosselzaad extra per jaar te winnen, dat sprake zou zijn van een substantieel extra aanbod van mosselzaad. De subsidieontvanger was door de subsidie in staat om mosselzaad op de markt te brengen tegen aanzienlijk lagere kosten dan zijn concurrent. Naar het oordeel van de Afdeling was dan ook *aannemelijk* dat de derde als gevolg daarvan omzetverlies zou ondervinden. Zonder subsidieverlening zou dat aanbod, in die vorm en omvang, immers niet zijn ontstaan.

Vergelijkbaar is een uitspraak van de Afdeling die ging over de bijdrageheffing in het kader van de wijkenaanpak van minister Vogelaar. In het kader van de wijkenaanpak werd aan een beperkt aantal woningcorporaties bijzondere projectsteun verleend om de leefbaarheid in bepaalde wijken (de zgn. Vogelaarwijken) te verbeteren.¹¹⁴ Om deze steun te kunnen financieren werd aan een groot aantal andere corporaties een heffing opgelegd. Deze corporaties kwamen tegen die steunverlening op. Zij voerden onder meer aan dat zij door verlening van de steun in hun concurrentiepositie werden getroffen. Voor een groot deel van die corporaties gold evenwel dat zij niet actief waren in hetzelfde verzorgingsgebied als de corporaties die steun ontvingen, zodat zij reeds daarom niet op grond van hun concurrentiepositie konden worden aangemerkt als belanghebbende. Ten aanzien van de corporaties die wél werkzaam waren in hetzelfde verzorgingsgebied als de steunontvangende corporaties oordeelde de Afdeling dat zij niet hadden *aangeetoond* dat de steunbesluiten rechtstreeks gevolgen hadden voor hun concurrentiepositie, aangezien niet *aannemelijk* was gemaakt dat de steun tot omzetverlies zou leiden. Ook uit deze uitspraak kan worden afgeleid dat het voor het op grond van zijn concurrentiepositie aanmerken als belanghebbende van een derde niet voldoende is dat die derde in hetzelfde marktsegment en hetzelfde verzorgingsgebied werkzaam is als de begunstigde van het steunbesluit. Kennelijk moet degene die stelt door een besluit in zijn concurrentiepositie te worden getroffen – teneinde op grond daarvan als belanghebbende te worden aangemerkt – óók *aannemelijk* maken dat het besluit leidt tot omzetverlies. Zoals Den Ouden terecht opmerkt in haar noot onder deze uitspraak, wordt aldus door de Afdeling een apart en cumulatief criterium geïntroduceerd bij de beoordeling van de belanghebbendheid van concurrenten. Dit criterium ziet op de vraag of er een verband bestaat tussen het besluit en de aantasting van de concurrentiepositie van de derde en niet op de vraag of sprake is van concurrenten. Ik acht de aldus gekozen benadering van de Afdeling niet bepaald gelukkig, omdat het bij de beoordeling van de belanghebbendheid moet gaan om een eerste eenvoudige beoordeling die er op is gericht om willekeurige belangstellenden buiten de deur te houden. Daarbij past niet

114 ABRvS 6 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ0794, r.o. 4.2, AB 2013/263, m.nt. W. den Ouden (*Vogelaar II*).

een benadering die er op neerkomt dat appellant zelf aannemelijk moet maken dat een bepaald besluit zal leiden tot verlies van omzet.¹¹⁵

Soms lijkt het omzetcriterium ook een rol te spelen, zonder dat dit expliciet wordt overwogen. Gewezen kan worden op een zaak over de vaststelling van een bestemmingsplan dat voorzag in de juridisch planologische regeling voor onder meer een *fietsexperience center* in Ede.¹¹⁶ Volgens de planregels is een *fietsexperience center* een recreatieve voorziening in de vorm van een bedrijf waar alles op het fietsgebied in de meest brede zin wordt gepresenteerd en te koop wordt aangeboden, zij het dat levering van goederen niet is toegestaan. Media Markt in Ede kwam op tegen de vaststelling van het bestemmingsplan, omdat zij elektrische fietsen en alle elektronische accessoires die daarbij behoren verkoopt. Zij was dus beducht voor nieuwe concurrentie. Bij de beoordeling van de belanghebbendheid neemt de Afdeling in aanmerking dat Media Markt een elektronicadetailhandel is en gericht is op de verkoop van consumentenelektronica, huishoudelijke elektronische apparatuur en witgoed. De activiteiten van Media Markt onderscheiden zich daarmee qua doelgroep en aanbod in zodanig betekende mate van die van het *fietsexperience center*, dat niet kan worden geoordeeld dat beide bedrijven in hetzelfde marktsegment actief zijn en daarmee concurrenten van elkaar zijn. Tot zover gaat het om een gewone toepassing van de twee gebruikelijke criteria voor de beoordeling van de belanghebbendheid van concurrenten. De Afdeling overweegt echter ook dat de stelling van Media Markt dat zij elektrische fietsen en daaraan gerelateerde elektronische accessoires verkoopt, het vorenstaande niet anders maakt, nu ter zitting is komen vast te staan dat het een ondergeschikt onderdeel van het assortiment van Media Markt betreft. Media Markt heeft daarom geen rechtstreeks bij het besluit betrokken concurrentiebelang, aldus de Afdeling. Hoewel niet expliciet, lijkt de Afdeling ook hier de invloed van de komst van een concurrent op de omzet, te betrekken in de beoordeling van de belanghebbendheid. Die invloed is in dit geval beperkt, omdat het concurrerende aanbod maar een klein deel van de totale omzet van Media Markt vertegenwoordigt. Interessant is tot slot de vraag hoe de beoordeling van de belanghebbendheid zou hebben uitgepakt als de situatie andersom zou zijn geweest en het *fietsexperience center* zou worden geconfronteerd met een planologisch regime dat de vestiging van een Media Markt, waar ook elektrische fietsen worden verkocht, mogelijk maakt. Ik sluit niet uit dat in dat geval wel belanghebbendheid zou worden aangenomen, omdat de verkoop van elektrische fietsen niet een ondergeschikt onderdeel is van de economische activiteiten van het *fietsexperience center*. Dit heeft iets ongerijmds.

115 Overigens kan aan de in de zaak *Vogelaar II* gekozen benadering van de Afdeling wel een argument worden ontleend ter onderbouwing van het standpunt dat ten aanzien van concurrenten geen sprake is van een onweerlegbaar rechtsvermoeden dat sprake is van een belanghebbende en een categorale benadering niet aangewezen is.

116 ABRvS 17 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1870, r.o. 2.3.

... en hoe verder?

De vraag is of de Afdeling met de hiervoor besproken zaken heeft bedoeld de toegang tot de bestuursrechter voor concurrenten te beperken door het belanghebbendebegrip aan te scherpen. Daar lijkt het niet op.¹¹⁷ In de eerste plaats is daarbij van belang dat het in de zaak *Vogelaar II* om een bijzondere situatie ging. De Afdeling had namelijk eerder, in de procedure over de aan de betalende corporaties opgelegde bijdrageheffingen, geoordeeld dat de steunbesluiten geen onrechtmatige staatssteun opleverden.¹¹⁸ Gelet daarop was de Afdeling er mogelijk minder toe genegen om opnieuw een inhoudelijk oordeel te vellen over dezelfde steunbesluiten. De aanpak van de Afdeling in deze zaak lijkt dus vooral ingegeven door pragmatische motieven. In de tweede plaats is van belang dat de Afdeling de eis dat aannemelijk moet zijn dat een besluit waardoor een concurrent wordt begunstigd tot omzetverlies zal leiden in latere rechtspraak niet – althans niet expliciet – heeft herhaald en ook andere bestuursrechters dat niet hebben gedaan.¹¹⁹ Gewezen kan in dit verband nog worden op een zaak waarin het ging om een verzoek van de exploitant van een kartcentrum aan burgemeester en wethouders van Assen om handhavend op te treden tegen de exploitant van het TT-circuit in Assen in verband met het rijden met karts en het houden van kartraces op de zogeheten ‘Junior Track’ op het TT-circuit in Assen.¹²⁰ De exploitant van het TT-circuit, voerde bij wijze van verweer onder meer aan dat het TT-circuit zich in hoofdzaak richt op de motor- en autosport en niet op de kartsport. Naar het oordeel van de Afdeling richtte het handhavingsverzoek zich op het zonder vergunning rijden met karts op de Junior Track van het TT-circuit Assen. Verder was niet in geschil dat in 2014 en 2015 zowel op de Junior Track als op het kartcircuit van appellant kartwedstrijden hadden plaatsgevonden. Dit betekende volgens de Afdeling dat beide actief zijn in hetzelfde marktsegment en verzorgingsgebied. De Afdeling acht hierbij niet relevant dat op de Junior Track en op het TT-circuit hoofdzakelijk andere activiteiten plaatsvinden dan kartwedstrijden en de kartwedstrijden voor haar in financieel opzicht van ondergeschikt belang zijn. Deze situatie doet sterk denken aan de hiervoor besproken zaak over het *fietsexperience center*, waarin geen belanghebbendheid werd aangenomen. De exploitant van het TT-circuit beriep zich dan ook op die uitspraak. Naar het oordeel van de Afdeling tevergeefs. Mogelijk omdat het een omgekeerde situatie betrof, maar mogelijk ook omdat toch minder belang moet worden gehecht aan de gevolgen van een besluit op de omzet van een concurrent.

117 Zie ook Metselaar 2016, p. 176-178.

118 ABRvS 2 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU3143, AB 2012, 156, m.nt. S.C.G. van den Bogaert en A.J. Metselaar (*Vogelaar I*).

119 ABRvS 29 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA1378, r.o. 4.1, AB 2013/264, m.nt. W. den Ouden (*Edufax II*), en CbB 30 januari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:31, r.o. 4.1.2.

120 ABRvS 5 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2648, r.o. 2.2.

Tot slot moet er op worden gewezen dat ook in de rechtspraak over de belanghebbendheid van vastgoedeigenaren soms een soort omzetcriterium wordt toegepast. In paragraaf 3.3.2.2 kwam aan de orde dat ook de belanghebbendheid van vastgoedeigenaren op grond van hun concurrentiepositie wordt bepaald aan de hand van het marktsegment en het verzorgingsgebied. Als sprake is van hetzelfde marktsegment en verzorgingsgebied, dan wordt aangenomen dat niet is uitgesloten dat de verhuurbaarheid van het pand nadelig wordt beïnvloed. Een enkele keer wordt echter beoordeeld of *aannemelijk* is dat de vermogenspositie van de appellerende vastgoedeigenaar door de in het plan voorziene ontwikkeling in nadelige zin zal worden beïnvloed. Ter illustratie kan worden gewezen op een zaak waarin de eigenaar en verhuurder van een pand, waarin door Nettorama een supermarkt werd geëxploiteerd, opkwam tegen een bestemmingsplan dat voorzag in de vestiging van een supermarkt 400 meter verderop.¹²¹ Blijkens de toelichting bij het plan ging het om verplaatsing van een Aldi-vestiging. De Afdeling oordeelde dat appellante niet aannemelijk had gemaakt dat haar vermogenspositie door de in het plan voorziene ontwikkeling in nadelige zin zou worden beïnvloed. De gestelde verminderde verhuurbaarheid was volgens de Afdeling dan ook niet het directe gevolg van de vaststelling van het bestemmingsplan.¹²² Ook hier geldt dat ik de aldus gekozen benadering van de Afdeling niet bepaald gelukkig acht om de hiervoor genoemde reden.¹²³

De slotsom is dat, hoewel bij de beoordeling of een concurrent als belanghebbende bij een besluit kan worden aangemerkt voldoende is dat hij activiteiten ontplooit in hetzelfde marktsegment en hetzelfde verzorgingsgebied als de begunstigde van het besluit. Een heel enkele keer lijkt de Afdeling belang te hechten aan de invloed die een toename van de concurrentie heeft op de omzet. Dit moet naar mijn idee vooral worden gezien als een nadere uitwerking van de twee andere criteria. Als een besluit van invloed is op de omzet, dan bevestigt dat een concurrentieverhouding. Het omzet-criterium is dus geen zelfstandig criterium en moet dat ook niet worden, omdat het toepassen van dat criterium een wat complexer economische analyse vergt die niet goed past bij het karakter van de beoordeling van de belanghebbendheid die er toch vooral op is gericht willekeurige derden buiten de deur te houden.

121 ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1242, r.o. 2.2. Zie ook ABRvS 24 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ8437, r.o. 5, en ABRvS 10 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7677, r.o. 7.2, *JBO* 2013/75, m.nt. D. van der Meijden.

122 Zie voor een geval waarin werd geoordeeld dat niet was uitgesloten dat aantasting van de verhuurbaarheid van winkelpanden het gevolg was van een uitwerkingsplan en derhalve sprake was van belanghebbendheid ABRvS 27 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7483, r.o. 1.6.

123 Zie ook Van Heusden 2016, p. 532.

3.3.5 Potentiële concurrenten

Hiervoor hebben we gezien dat ondernemingen die in hetzelfde marktsegment en verzorgingsgebied actief *zijn* als concurrenten worden aangemerkt en in die hoedanigheid belanghebbende zijn bij aan de ander(en) gerichte besluiten. In de rechtspraak van het CBb en de Afdeling wordt er van uitgegaan dat dit óók het geval is als een derde nog niet actief *is* op dezelfde markt als de begunstigde van een besluit, maar wel *concrete plannen* heeft om op die markt *te gaan* opereren.¹²⁴ In dat geval is sprake van een voldoende actueel belang. De vraag is vervolgens wanneer dan sprake is van concrete plannen. Niet genoeg is het enkele verlangen om op een bepaalde markt te gaan opereren.¹²⁵ Er moet meer zijn. Van concrete plannen is in elk geval sprake als betrokkene een optie op een pand heeft genomen, om daarin een filiaal te openen van waaruit concurrerende activiteiten zullen worden verricht¹²⁶ of als een vergunning is aangevraagd voor het verrichten van bepaalde activiteiten.¹²⁷ Ook in de zaak van de Vietnamese chocoladedecoraties oordeelde de Afdeling dat de Vietnamese onderneming die opkwam tegen de subsidieverlening aan een Nederlandse onderneming concrete plannen had om de markt voor chocoladedecoraties te betreden en was begonnen met de uitvoering daarvan. In de uitspraak valt evenwel niet te lezen waaruit bleek dat er concrete plannen waren om de markt te betreden en op welke wijze met de uitvoering van die plannen was begonnen. In een zaak waarin het ging om het gedogen dat bepaalde percelen zouden worden gebruikt voor de aanleg en exploitatie van een tijdelijk maïsdoolhof oordeelde de Afdeling dat appellant, die met ingang van het seizoen 2010 ieder jaar een maïsdoolhof had gerealiseerd, belanghebbende was, ondanks het feit dat hij het doolhof ten tijde van de bezwaarfase niet heeft kunnen openen omdat het college hem dat verbood.¹²⁸ Dit betekent volgens de Afdeling namelijk niet dat hij in die periode niet met de uitvoering van zijn plannen was begonnen.

Een voorbeeld van een zaak waarin *geen* sprake was van concrete plannen om concurrerende activiteiten te verrichten betreft een zaak waarin het ging om een aan een exploitant van een amusementscentrum verleende vrijstelling en bouwvergunning voor het veranderen van een bedrijfsruimte in een casino annex speelautomatenhal in Apeldoorn.¹²⁹ Betrokkene, een exploitant van speelautomaten, kwam op tegen de verlening van de vrijstelling en de bouwvergunning. Volgens de Afdeling was niet gebleken dat

124 ABRvS 15 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:694, r.o. 8.2, ABRvS 21 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3395, r.o. 2, ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2834, r.o. 3.3, ABRvS 17 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:338, r.o. 2.1, en CBb 28 april 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BM4375, r.o. 6.1, AB 2010/186, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Pierik & Meson*).

125 Van Rijn van Alkemade 2012, p. 7. Zie ook ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2834, r.o. 3.3, en ABRvS 14 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2451, r.o. 3.5.

126 ABRvS 26 september 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AT4615.

127 ABRvS 21 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3395, r.o. 2.

128 ABRvS 17 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:338, r.o. 2.1.

129 ABRvS 13 mei 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI3688, AB 2009, 206, m.nt. R. Ortlep.

betrokkene in hetzelfde marktsegment en hetzelfde verzorgingsgebied werkzaam was. Daarbij werd in aanmerking genomen dat niet aannemelijk was gemaakt dat betrokkene in Apeldoorn of de directe omgeving daarvan betrokken was bij de exploitatie van speelautomaten en evenmin was gebleken van concrete plannen ter zake. Het enkele voornemen om een speelautomatenhal op te richten was daartoe onvoldoende. Een ander voorbeeld van een zaak waarin geen actueel belang werd aangenomen betreft een uitspraak van de Afdeling waarin het ging om een besluit tot vaststelling van een bestemmingsplan dat voorzag in de vestiging van twee hotels.¹³⁰ De vraag was aan de orde of de eigenaar van een perceel in een buurgemeente op 1,3 kilometer afstand, die voornemens was om op dat perceel een hotel op te richten, belanghebbende was bij dat besluit. De Afdeling oordeelde dat dit niet het geval was, omdat het enkele voornemen om mogelijk in de toekomst binnen hetzelfde marktsegment en hetzelfde verzorgingsgebied een project te realiseren onvoldoende is om aan te nemen dat sprake is van een voldoende objectief bepaalbaar en actueel belang dat rechtstreeks bij het besluit is betrokken.

Om van concrete plannen om de markt te betreden te kunnen spreken is niet altijd noodzakelijk dat stappen zijn gezet om een onderneming te starten. Wolswinkel wijst er op dat als het om de verdeling van schaarse vergunningen gaat, er soms vanuit lijkt te worden gegaan dat, door deel te nemen aan de verdeling van die vergunningen, blijkt wordt gegeven van een begin van uitvoering van de plannen en daarom kan worden gesproken over concrete plannen.¹³¹ Een aardig voorbeeld van een zaak waarin dit *niet* het geval was, betreft een zaak die ging over de verlenging van de looptijd van een concessie voor openbaar vervoer.¹³² Aan Qbuzz was een concessie verleend voor het exploiteren van het stads- en streekvervoer in de provincies Groningen en Drenthe. Deze concessie werd – voor de tweede maal – verlengd. Een aantal concurrenten van Qbuzz – Arriva, Veolia en Connexxion – kwam hiertegen op met het argument dat een nieuwe aanbesteding had moeten plaatsvinden. Een eerste vraag die in deze zaak aan de orde kwam, was of Veolia belanghebbende was bij het besluit waarbij de looptijd van de concessie werd verlengd. Het CBb oordeelde dat dit niet het geval was, omdat Veolia destijds niet had ingeschreven op de uitgeschreven aanbesteding en ook niet was gebleken dat zij dat wel zou doen als nu een aanbesteding zou worden uitgeschreven. Haar concurrentiebelang was derhalve niet actueel, zodat niet gesproken kon worden van een concurrent en zij in die hoedanigheid dus ook geen belanghebbende was. Het hier genoemde voor-

130 ABRvS 22 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA0691, r.o. 2.3. Zie voor een ander voorbeeld waarin geen sprake was van concrete plannen ABRvS 15 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:694, r.o. 8.3.

131 C.J. Wolswinkel, annotatie bij CBb 28 april 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BM4375, AB 2010/186 (*Pierik & Meson*).

132 CBb 28 december 2015, ECLI:NL:CBB:2015:408, r.o. 6.2, AB 2016/131, m.nt. J. Wieland.

beeld had betrekking op de verdeling van een schaars publiek recht (concessie) op grond van een vergelijkende toets (aanbesteding). Daarbij geldt als criterium dat degene die niet aan de verdeling heeft deelgenomen geen concurrent is, omdat hij, door niet deel te nemen, kennelijk geen concrete plannen heeft om de relevante markt te betreden. Bij de toekenning van het schaarse recht aan een ander is hij dan ook geen belanghebbende in zijn hoedanigheid van concurrent. Dat belang is immers niet actueel. Voormeld criterium biedt, naar Wolswinkel terecht opmerkt, geen uitkomst bij de verdeling van schaarse publieke rechten op basis van volgorde van binnenkomst van de aanvraag (wie het eerst komt, het eerst maalt). Wordt in dat geval opgekomen tegen een verdelingsbesluit, dan komt geen betekenis toe aan de omstandigheid dat betrokkene *nadien* (alsnog) een aanvraag voor die schaarse vergunning heeft ingediend of wil indienen. Dat doet er immers niet aan af dat op het moment dat het verdelingsbesluit werd genomen niet duidelijk was dat betrokkene concrete plannen had om de markt te betreden en hij op dat moment dus geen belanghebbende was. Op dat moment was er immers geen sprake van een actueel belang.

Interessant is tot slot hoe de hiervoor genoemde uitspraak over de verlenging van een ov-concessie voor het stads- en streekvervoer in de provincies Groningen en Drenthe zich verhoudt tot een soortgelijke uitspraak van het CBb waarin het ging om een door het dagelijks bestuur van de Stadsregio Rotterdam aan – eveneens – Qbuzz verleende ov-concessie.¹³³ Connexxion en Arriva hadden daartegen bezwaar gemaakt en gelijktijdig het CBb gevraagd een voorlopige voorziening te treffen. Het CBb verklaarde hen echter niet-ontvankelijk, omdat zij niet hadden deelgenomen aan de aanbesteding van de concessie. In zoverre lijken beide zaken op elkaar. Een belangrijk verschil is echter de reden waarom niet was meegedaan aan de aanbesteding. In het geval van Veolia was dat kennelijk omdat zij (nog) geen concrete interesse had in de concessie. In het geval van Connexxion en Arriva was de reden daarentegen een heel andere. Zij deden niet mee aan de aanbesteding, omdat volgens hen de bestekvoorwaarden een te groot financieel risico vormden. Het CBb oordeelde dat hun stelling dat sprake was van onregelmatigheden in de aanbestedingsprocedure te speculatief was om te kunnen gelden als een voldoende concreet en objectief bepaald belang en kwam langs die weg alsnog tot een niet-ontvankelijkverklaring. Kennelijk speelt de reden waarom niet aan de verdeelprocedure is deelgenomen slechts een zeer beperkte rol bij de beoordeling of een concurrentiebelang actueel is. Op het oordeel van het CBb in deze zaak valt wel wat af te dingen, aangezien in dit geval mijns inziens niet zonder meer kan worden gezegd dat er geen concrete plannen waren om de markt te betreden. Dat een derde die op zichzelf wel concrete interesse heeft in de concessie en dus eigenlijk ook wil deelnemen aan de

133 Voorzieningenrechter CBb 24 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BG1734, r.o. 6.1-6.7, JB 2009/25.

aanbesteding, maar daar vanaf ziet omdat volgens hem de aanbesteding niet deugt, neemt mijns inziens geenszins weg dat hij een actueel belang heeft dat bij het aanbestedingsbesluit betrokken is. De zaak verschilt aldus wezenlijk van de zaak van Veolia, aangezien de reden voor Veolia om geen offerte in te dienen niet was gelegen in een – naar gesteld – ondeugdelijke aanbestedingsprocedure, maar enkel in het (nog) niet hebben van concrete interesse in de concessie.

De slotsom is dat weliswaar in beginsel *eenieder* als potentiële concurrent kan worden beschouwd, maar er concrete plannen moeten zijn om op de markt toe te treden, wil sprake zijn van een voldoende actueel belang bij een aan een concurrent gericht besluit.

3.3.6 Intermezzo: procesbelang van concurrenten bij de verdeling van schaarse publieke rechten

Voor toegang tot de rechter is het niet alleen noodzakelijk om belanghebbende te zijn, er moet ook een procesbelang zijn. Het procesbelang is het belang dat een belanghebbende heeft bij de uitkomst van een procedure. Het betreft niet de vraag óf een belanghebbende gelijk heeft, maar de vraag of hij belang heeft bij het gelijk, als hij dat zou krijgen.¹³⁴ Het belang moet dus reëel zijn – in de zin dat nog sprake is van een geschil met betrekking tot een besluit – en actueel – in de zin dat het doel dat belanghebbende voor ogen staat met het rechtsmiddel nog moet kunnen worden bereikt en voor hem feitelijk van betekenis is.

In dit verband kan worden gewezen op de verschillende belangen van concurrenten die aan de orde kunnen zijn bij besluiten waarbij schaarse publieke rechten worden verdeeld. De verliezer van een verdeelprocedure kan verschillende belangen hebben die betrokken kunnen zijn bij de toekenning van een schaars publiek recht aan een concurrent. In de eerste plaats betekent de toekenning van het schaarse publieke recht aan een ander, dat de verliezer dat schaarse publieke recht zelf niet krijgt. De verliezer zal in eerste instantie rechtsmiddelen aanwenden om te bewerkstelligen dat hij alsnog het door hem gewenste schaarse publieke recht krijgt. Daartoe zal hij om te beginnen zijn eigen afwijzingsbesluit moeten bestrijden. Zo kan de rechtmatigheid van de eigen afwijzing worden beoordeeld en wordt bovendien voorkomen dat de eigen afwijzing formele rechtskracht krijgt. Vaak is het echter niet genoeg om alleen de eigen afwijzing te bestrijden. Dit geldt vooral als de aard van het schaarse publieke recht zich ertegen verzet dat

134 Schreuder-Vlasblom 2017, p. 429. In CBb 6 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW7911, r.o. 7.2.2-7.2.3, AB 2012/371, m.nt. J. Wieland, werd procesbelang van een concurrent aanwezig geacht, terwijl in CBb 13 september 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6991, r.o. 5.1-5.8, AB 2013/115, m.nt. A.J. Metselaar en W. den Ouden, het procesbelang van een concurrent ontbrak.

alsnog rechtsherstel plaatsvindt nadat is vastgesteld dat een onjuiste verdeling heeft plaatsgevonden. Dat is bijvoorbeeld het geval bij ov-concessies of radiofrequenties.¹³⁵ Op het moment dat een ov-concessie of radiofrequentie is toegekend is het niet meer mogelijk om deze nog aan een ander toe te kennen indien zou blijken dat aan die ander in eerste instantie ten onrechte geen ov-concessie of radiofrequentie is toegekend. Daarnaast verzet de rechtszekerheid zich ertegen dat een ov-concessie of frequentie die – bij nader inzien – ten onrechte aan een ander is toegekend, wordt ‘teruggehaald’ en alsnog wordt toegekend aan de oorspronkelijke verliezer van de verdeelprocedure. Om te voorkomen dat rechtsherstel niet meer mogelijk is, moet de verliezer ook rechtsmiddelen aanwenden tegen de toekenning van het begeerde recht aan een ander, daargelaten of dat nu een concurrent is of niet. Doet hij dat niet, dan kan hij vaak nog slechts verzoeken om vergoeding van schade, hetgeen vaak weinig succesvol zal zijn.¹³⁶ Overigens acht ik niet ondenkbaar dat wordt aangenomen dat in een dergelijk geval het beroep van degene die met lege handen staat tegen zijn eigen afwijzing tevens aangemerkt wordt als te zijn gericht tegen de verleningsbesluiten aan een ander.

Een tweede belang van de verliezer bij de toekenning van het gewenste recht aan een andere partij kan zijn gelegen in de concurrentieverhoudingen die daardoor kunnen worden verstoord. Dit is uiteraard alleen het geval als de verliezer een concurrent is van degene aan wie het schaarse publieke recht is toegekend. De verliezer wordt dan geconfronteerd met een concurrent die een voorsprong krijgt in de strijd om dezelfde klanten. Zo betekent de toekenning van een ov-concessie of frequentie aan de een niet alleen dat een ander die niet krijgt, maar ook dat hij daardoor (een deel van) de winst die daarmee kan worden behaald niet kan behalen. Ook dit concurrentiebelang kan procesbelang opleveren.

3.3.7 Tussenconclusie

In paragraaf 3.3 stond de vraag centraal wanneer een ondernemer op grond van zijn concurrentiepositie als belanghebbende bij een besluit kan worden aangemerkt. Het is vaste rechtspraak van het CBb en de Afdeling dat het concurrentiebelang van een ondernemer rechtstreeks bij een besluit is betrokken wanneer hij activiteiten ontplooit in hetzelfde marktsegment en verzorgingsgebied als de begunstigde van het besluit of als hij van plan is om dat te gaan doen.

Ondernemingen zijn in hetzelfde marktsegment werkzaam wanneer ze min of meer vergelijkbare producten of diensten aanbieden aan dezelfde doelgroep. Uit een inventarisatie van de rechtspraak van de Afdeling en het CBb kan worden afgeleid dat weliswaar sprake is van een glijdende

135 Zie voor een voorbeeld van het laatste CBb 6 juni 2012, AB 2012/371, m.nt. J. Wieland.

136 Van Rijn van Alkemade 2016, p. 118.

schaal waarbij op een gegeven moment de aangeboden producten of diensten te heterogeen zijn om nog tot hetzelfde marktsegment te kunnen worden gerekend, maar dat de bestuursrechter al met al toch vrij snel aanneemt dat sprake is van hetzelfde marktsegment. Daarbij valt op dat voor zover de bestuursrechter al enige overwegingen wijdt aan de afbakening van het marktsegment, hij dat dikwijls in nogal algemene bewoordingen doet. Dit laat goed zien dat het om een eenvoudige eerste beoordeling gaat die er op is gericht willekeurige belangstellenden buiten de deur te houden. Enige corrigerende werking gaat nog wel uit van de doelgroep waaraan de producten of diensten worden aangeboden. Wanneer producten of diensten aan verschillende doelgroepen worden aangeboden is geen sprake meer van hetzelfde marktsegment.

Bij de beoordeling of ondernemingen in hetzelfde verzorgingsgebied werkzaam zijn speelt in de eerste plaats de aard van de activiteiten een rol. Hoe exclusiever, hoe groter het verzorgingsgebied. In de tweede plaats speelt een rol waar de activiteiten worden verricht. Hoe hoger de plaatselijke bevolkingsdichtheid, hoe beperkter het verzorgingsgebied. Het in sterke mate opkomende fenomeen van internetondernemingen zorgt inmiddels wel voor enige vervaging van het criterium van hetzelfde verzorgingsgebied.

In sommige zaken lijkt de bestuursrechter naast de criteria van het marktsegment en het verzorgingsgebied een derde criterium te hanteren bij de beoordeling of een ondernemer op grond van zijn concurrentiepositie belanghebbende is bij een besluit. Het gaat dan om de vraag of aannemelijk is dat het besluit leidt tot omzetverlies. Dit criterium werd bijvoorbeeld toegepast in de zaak *Vogelaar II*. Toepassing van dit criterium past niet goed binnen de vaste rechtspraak van het CBB en de Afdeling op grond waarvan een concurrent als belanghebbende wordt aangemerkt bij een besluit als hij werkzaam is in hetzelfde marktsegment en verzorgingsgebied en gaat er bovendien aan voorbij dat het bij de beoordeling van de belanghebbendheid moet gaan om een eerste eenvoudige beoordeling die er op is gericht om willekeurige belangstellenden buiten de deur te houden. Omdat het omzetcriterium maar een enkele keer en bovendien meestal om pragmatische redenen lijkt te zijn toegepast, moet aan dit criterium in de praktijk niet te veel betekenis worden gehecht.

Tot slot kwam aan de orde dat ook het concurrentiebelang van een ondernemer die nog niet op een markt actief is actueel kan zijn en hem als belanghebbende kan kwalificeren. Daarvoor is dan wel vereist dat hij concrete plannen heeft om op die markt te gaan opereren, bijvoorbeeld omdat een bedrijfspand is aangekocht of wordt deelgenomen aan de procedure waarbij de voor de voorgenomen activiteiten noodzakelijke schaarse vergunningen of ontheffingen worden verdeeld. Een enkel voornemen om een onderneming te starten en bepaalde activiteiten te gaan ontplooien is niet voldoende voor een actueel belang.

3.4 DE RELEVANTE MARKT IN HET MEDEDINGINGSRECHT

Mededingingsregels dienen in de eerste plaats de marktintegratie en hebben daarnaast tot doel het verzekeren van een goed functionerende markt. Dat wil zeggen dat deze regels ervoor moeten zorgen dat het marktmechanisme ongestoord zijn werk kan doen.¹³⁷ Om dat te bereiken, verbiedt artikel 6 Mededingingswet (Mw) ondernemingen afspraken te maken die de mededinging op de Nederlandse markt, of een deel daarvan, verhinderen, beperken of vervalsen (kartelverbod). Ook is het ingevolge artikel 24 Mw verboden om misbruik te maken van een economische machtspositie. Hoewel het hier om in Nederlandse wetgeving neergelegde verboden gaat, is het goed er op te wijzen dat het (Nederlandse) mededingingsrecht sterk onder invloed van het Unierecht staat. Dat betekent dat de Mededingingswet, maar bijvoorbeeld ook de Telecommunicatiewet en de Wet marktordening gezondheidszorg in belangrijke mate zijn gebaseerd op het Europese mededingingsrecht en veel van de van toepassing zijnde regelgeving afkomstig is uit Europa. Op diverse plaatsen in de Nederlandse wetgeving wordt ook verwezen naar Europese normen voor mededinging.

3.4.1 Afbakening van de relevante markt

Mededinging vindt altijd plaats op een bepaalde markt. Dat betekent dat altijd eerst de relevante markt moet worden afgebakend voordat iets kan worden gezegd over mededinging en de vervalsing daarvan.¹³⁸ De relevante markt bestaat uit een relevante product- of dienstenmarkt en een relevante geografische markt.¹³⁹

De relevante productmarkt omvat alle producten en/of diensten die daarmee substitueerbaar of voldoende uitwisselbaar zijn, niet alleen op grond van hun objectieve kenmerken waardoor ze bijzonder geschikt zijn om

137 Amtenbrink & Vedder 2017, p. 384, Craig & De Búrca 2015, p. 1001-1002, Slot & Swaak 2012, p. 3-4, en Dashwood e.a. 2011, p. 765.

138 Amtenbrink & Vedder 2017, p. 393, Appeldoorn & Vedder 2013, p. 9, Slot & Swaak 2012, p. 6, en Dashwood e.a. 2011, p. 768. Zie ook CBB 2 juli 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN0929, r.o. 6.2.

139 Amtenbrink & Vedder 2017, p. 393-394, Craig & De Búrca 2015, p. 1056-1061, Appeldoorn & Vedder 2013, p. 8, Slot & Swaak 2012, p. 7-15, en Dashwood e.a. 2011, p. 768-775. Zie ook de Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijk mededingingsrecht (97/C 372/03) (hierna: Bekendmaking inzake de marktbeoordeling) en de Richtsnoeren van de Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijke regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (2002/C 165/03) (hierna: Richtsnoeren voor de marktanalyse). Naast de relevante product- of dienstenmarkt en geografische markt, wordt ook wel het temporele aspect van de markt genoemd. Omdat markten steeds veranderen is de relevante markt in tijd vaak begrensd, aldus Craig & De Búrca 2015, p. 1060, Slot & Swaak 2012, p. 15, en Dashwood e.a. 2011, p. 775.

in een constante behoefte van de consumenten te voorzien (zoals prijs of beoogde toepassing ervan) maar ook op grond van de mededingingsvoorwaarden en/of de structuur van vraag en aanbod op de betreffende markt.¹⁴⁰ Hieruit blijkt dat het er bij de afbakening van de relevante productmarkt in het mededingingsrecht niet zozeer om gaat of producten, omdat ze bepaalde kenmerken hebben, met elkaar *vergelijkbaar* zijn, maar of ze *inwisselbaar* (substitueerbaar) zijn.¹⁴¹ Daarbij kan een onderscheid worden gemaakt tussen substitutie aan de vraagzijde en substitutie aan de aanbodzijde.¹⁴² Substitueerbaarheid aan de vraagzijde is een maat voor de bereidheid van een consument om de betrokken dienst of het betrokken product te vervangen door andere diensten of producten.¹⁴³ Substitueerbaarheid aan de aanbodzijde geeft daarentegen aan in hoeverre andere leveranciers dan die welke de betrokken producten of diensten aanbieden, bereid zijn hun productielijn op (zeer) korte termijn om te schakelen dan wel de betrokken producten of diensten aan te bieden zonder aanzienlijke extra kosten.¹⁴⁴ Een vaak gebruikte methode in het mededingingsrecht om te beoordelen of sprake is van substitueerbare producten is de zogenoemde SSNIP-test.¹⁴⁵ Daarbij staat SSNIP voor ‘*Small but Significant Non-transitory Increase in Price*’ (ook wel de ‘test van de hypothetische monopolist’ genoemd).¹⁴⁶ Bij deze test wordt onderzocht wat er zou gebeuren als er een kleine, maar significante (5-10%),¹⁴⁷ duurzame (d.w.z. blijvende) verhoging zou plaatsvinden van de prijs voor een bepaald product of dienst, in de veronderstelling dat de prijzen van alle overige producten of diensten constant blijven. Als consumenten overstappen op andere producten of diensten, dan behoren deze tot de relevante markt en zijn de aanbieders daarvan concurrenten van elkaar. Blijven consumenten daarentegen trouw aan het product of de dienst waarvan de prijs wordt verhoogd, dan behoort het andere product of de andere dienst niet tot dezelfde relevante productmarkt en zijn de aanbieders geen concurrenten.¹⁴⁸

140 Richtsnoeren voor de marktanalyse, punt 44. Zie ook HvJ EG 14 november 1996, C-333/94 P, ECLI:EU:C:1996:436 (*Tetrapak*), punt 13, en HvJ EG 11 december 1980, 31/80, ECLI:EU:C:1980:289 (*L'Oréal*), punt 25. Om de relevante markt te bepalen heeft de Commissie in 1997 een bekendmaking gepubliceerd over de bepaling van de relevante markt voor het EG-kartelrecht, *PbEG* 1997, C-372/5.

141 Craig & De Búrca 2015, p. 1056, Slot & Swaak 2012, p. 7, en Dashwood e.a. 2011, p. 769.

142 Bekendmaking inzake de marktbepalings, punten 13 e.v., en de Richtsnoeren voor de marktanalyse, punten 38 e.v.

143 Craig & De Búrca 2015, p. 1056.

144 Craig & De Búrca 2015, p. 1057, en Dashwood e.a. 2011, p. 770. Zie ook Richtsnoeren voor de marktanalyse, punt 39.

145 Zie over deze test Craig & De Búrca 2015, p. 1061, Appeldoorn & Vedder 2013, p. 9-10, en Dashwood e.a. 2011, p. 769.

146 Deze methode wordt ook beschreven in de bekendmaking van de Commissie over de bepaling van de relevante markt voor het EG-kartelrecht, *PbEG* 1997, C-372/5.

147 Bekendmaking inzake de marktbepalings, punten 17 en 18.

148 Amttenbrink & Vedder 2017 p. 393, en Slot & Swaak 2012, p. 7.

De relevante geografische markt is het gebied waarbinnen de betrokken ondernemingen een rol spelen in de vraag naar en het aanbod van goederen of diensten, waarbinnen de concurrentievoorwaarden voldoende homogeen zijn en dat van aangrenzende gebieden kan worden onderscheiden doordat daar duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden heersen.¹⁴⁹ De vaststelling van de grenzen van de geografische markt verloopt op dezelfde manier als bij de productmarkt het geval is. Gekeken wordt naar wat er gebeurt bij een kleine, maar significante, duurzame verhoging van de prijs voor een bepaald product of dienst, in de veronderstelling dat de prijzen van dezelfde producten of diensten elders constant blijven.¹⁵⁰ Als in dat geval consumenten overstappen op producten of diensten die van elders komen, dan bevindt de aanbieder van die andere producten of diensten zich kennelijk binnen de relevante geografische markt.

3.4.2 Een voorbeeld: de markt voor gespreksdoorgifte

Hoe werkt het vorenstaande nu in de praktijk? Ter illustratie wijs ik op een uitspraak waarin het ging om een zogenoemd marktanalysebesluit als bedoeld in hoofdstuk 6a Telecommunicatiewet.¹⁵¹ Eerst iets over het systeem van toezicht op de telecommunicatiemarkt. Nederland is op grond van Europese regelgeving verplicht om elke drie jaar de Nederlandse telecommunicatiemarkt te analyseren. In de Aanbeveling relevante markten bepaalt de Europese Commissie welke (deel-)markten in elk geval moeten worden onderzocht. De ACM (voorheen de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit; OPTA) voert vervolgens elke drie jaar een marktanalyse uit. Daarbij wordt onderzocht of sprake is van ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht en of er daadwerkelijke concurrentie plaatsvindt op de markt. Als blijkt dat er een onderneming is met aanmerkelijke marktmacht kan de ACM *ex ante* ingrijpen, onder meer door een aanbieder verplichtingen op te leggen. Deze hele procedure begint met het afbakenen van de relevante markt om te kunnen bepalen welke diensten met elkaar concurreren.

Dan nu de zaak zelf. Deze had betrekking op een analyse van de *wholesalemarkt* voor gespreksdoorgifte. Gespreksdoorgifte is het transport van een (telefoon)gesprek van de centrale van het netwerk waarop de beller is aangesloten naar de centrale van een ander netwerk, waarop de ontvanger

149 Craig & De Búrca 2015, p. 1059-1060, Appeldoorn & Vedder 2013, p. 10, Slot & Swaak 2012, en Dashwood e.a. 2011, p. 773-775, p. 12-15. Zie ook Richtsnoeren voor de marktanalyse, punt 56. Zie voorts HvJ EG 9 november 1983, 322/81, ECLI:EU:C:1983:313 (*Michelin*), r.o. 26, en HvJ EG 14 februari 1978, 27/76, ECLI:EU:C:1978:22 (*United Brands*), punt 44.

150 Richtsnoeren voor de marktanalyse, punt 57.

151 CBB 1 februari 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BV2285. Zie voor andere voorbeelden van marktanalysebesluiten met betrekking tot de telecommunicatiemarkt bijvoorbeeld CBB 3 mei 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3135 en CBB 30 november 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AZ3361. Zie voor een voorbeeld uit de gezondheidszorg bijvoorbeeld CBB 7 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW7731.

is aangesloten. De OPTA onderscheidt, zoals blijkt uit de uitspraak, twee methoden om gespreksdoorgifte tussen netwerken tot stand te brengen. In de eerste plaats directe interconnectie, waarbij koppeling van het netwerk waarop de beller is aangesloten en dat waarop de ontvanger is aangesloten, plaatsvindt zonder tussenliggend netwerk van een derde aanbieder. Een tweede methode die wordt onderscheiden is transit, waarbij het doorgeven van het verkeer van het ene netwerk naar het andere plaatsvindt door en over het netwerk van een derde partij. De OPTA zag zich gesteld voor de vraag of de *wholesalemarkt* voor gespreksdoorgifte beide manieren van doorgifte omvat, omdat ze in dezelfde functie voorzien. Beslissend daarvoor is, zo staat in de uitspraak, of directe interconnectie een substituut vormt voor transit. Vervolgens wordt in de uitspraak zeer uitvoerig stilgestaan bij de afbakening van de markt. Daarbij speelt de SSNIP-test een belangrijke rol. Bij toepassing van die test in dit geval, ging het om de vraag of in geval van een verhoging van de prijs voor transit met 10%, zoveel afnemers van transit zouden kiezen voor directe interconnectie, dat een hypothetische monopolist (die transit aanbiedt) van zo een verhoging zou moeten afzien. Na nog verschillende aspecten van directe interconnectie en transit te hebben belicht, komt het CBb met de OPTA tot de slotsom dat de (monopolistische) aanbieder van transit zou moeten afzien van het verhogen van de prijs met 10%. Anders gezegd, directe interconnectie en transit behoren tot dezelfde markt.

Dit voorbeeld laat zien dat in het mededingingsrecht op zeer uitvoerige wijze de relevante markt wordt afgebakend. Anders dan bij de afbakening van de relevante markt in het kader van de beoordeling van de belanghebbendheid van een concurrent, wordt niet volstaan met een in algemene bewoordingen omschreven markt, zoals die voor gespreksdoorgifte.

3.4.3 Verschil in gedetailleerdheid van de marktafbakening

In het mededingingsrecht wordt bij de afbakening van de markt vaak een uitgebreide marktanalyse gemaakt, terwijl bij de beoordeling van de belanghebbendheid van een concurrent dikwijls slechts in heel algemene bewoordingen wordt aangegeven wat de markt is waarop betrokkene en zijn concurrent werkzaam zijn. De gedetailleerdheid waarmee de relevante markt wordt afgebakend, verschilt dus aanzienlijk.

Dit roept in de eerste plaats de vraag op hoe het verschil in gedetailleerdheid van de afbakening van de relevante markt kan worden verklaard. In de kern kan het verschil worden verklaard door de context waarbinnen de markt wordt afgebakend. In het mededingingsrecht is de marktafbakening van belang voor de vraag of een onderneming een machtspositie inneemt op een bepaalde markt. De vraag naar de grenzen van de relevante markt is in dat geval een materiële, terwijl die vraag in het kader van de beoordeling van de belanghebbendheid een formele is. Het gaat dan immers om de toegang tot de rechter. Een zeer gedetailleerde analyse en afbakening van de markt verhoudt zich niet goed met deze formele kwestie. Eén

van de uitgangspunten van de Awb is immers dat het bestuursprocesrecht laagdrempelig moet zijn en de kosten ervan beperkt moeten blijven.¹⁵² Een uitgebreide(re) marktanalyse aan de hand van complexe economische modellen, waarvoor dikwijls kostbare expertise noodzakelijk is, past daar niet bij. Naast deze fundamentele verklaring voor de weinig gedetailleerde marktanalyse bij de beoordeling van de belanghebbendheid, kan ook een meer praktische verklaring worden gegeven. De vraag naar de toegang tot de rechter is van openbare orde. De bestuursrechter beoordeelt die vraag ambtshalve en moet de daarvoor noodzakelijke gegevens in beginsel zelf achterhalen, zij het dat het aan de partij die stelt (potentiële) concurrent te zijn is, om dit aannemelijk te maken.¹⁵³ Daarmee verhoudt zich naar mijn idee niet goed dat de rechter de markt zeer gedetailleerd analyseert en afbakt. Daarvoor is immers gedetailleerde informatie over die markt en de daarop aangeboden diensten en producten noodzakelijk, terwijl de bestuursrechter daar niet altijd over beschikt. Het vorenstaande leidt tot de slotsom dat de ontvankelijkheidsvraag zich niet goed leent voor het binnenhalen van zeer complexe materiële vraagstukken, als die van de afbakening van de relevante markt.

Na een verklaring te hebben gegeven voor het verschil in gedetailleerdheid van de afbakening van de markt, kan worden gekeken naar de consequentie van dat verschil. Voor belanghebbendheid lijkt voldoende dat een besluit *in theorie* tot omzetverlies (schade) bij een concurrent kan leiden, terwijl in het mededingingsrecht, getuige de SSNIP-test, een hogere mate van waarschijnlijkheid van omzetverlies nodig lijkt om te kunnen spreken van twee ondernemingen die op één markt opereren. Heel precies wordt onderzocht welke producten inwisselbaar zijn en derhalve als concurrerend met elkaar kunnen worden beschouwd. Deze benadering draagt zowel een beperking als een verruiming van de relevante markt in zich. Gaan we uit van de *vergelijkbaarheid* van producten of diensten, zoals bij de beoordeling van de belanghebbendheid gebeurt, dan geldt in beginsel dat hoe algemener de markt wordt gedefinieerd, hoe meer producten of diensten binnen de grenzen van die markt vallen. Zo vallen chocoladedecoraties die niet van *fair trade* chocolade zijn gemaakt binnen de algemeen gedefinieerde markt voor chocoladedecoraties, maar buiten de specifiekere gedefinieerde markt voor *fair trade* chocoladedecoraties. Dit betekent dat bij de beoordeling van de belanghebbendheid eerder sprake zal zijn van concurrentiebelangen die betrokken zijn bij een besluit en derhalve de toegang tot de rechter voor concurrenten betrekkelijk ruim is. In dat opzicht draagt de gedetailleerdere afbakening van de markt in het mededingingsrecht een beperking van de relevante markt in zich. In een ander opzicht trekt de mededingingsrechtelijke benadering de grenzen van de relevante markt echter juist ruimer.

152 *Kamerstukken II* 1991/92, 22495, 3, p. 33 (MvT tweede tranche Awb).

153 ABRvS 14 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3180, r.o. 4, en ABRvS 29 mei 2013 ECLI:NL:RVS:2013:CA1378, r.o. 4.2, AB 2013/254, m.nt. W. den Ouden (*Edufax II*).

Dat komt doordat in het mededingingsrecht niet wordt uitgegaan van de *vergelijkbaarheid* van diensten of producten, maar van de *inwisselbaarheid* ervan. Wordt gekeken naar de inwisselbaarheid, dan kunnen producten of diensten die op het eerste gezicht niet vergelijkbaar zijn, in sommige gevallen toch tot dezelfde relevante markt worden gerekend.

3.4.4 Lessen uit het mededingingsrecht

Uit het voorgaande blijkt dat als gevolg van de weinig gedetailleerde afbakening van de markt in het kader van de beoordeling van de belanghebbendheid van concurrenten de toegang tot de rechter voor concurrenten overwegend ruimer is dan wanneer de markt gedetailleerder zou worden afgebakend, zoals in het mededingingsrecht het geval is wanneer wordt onderzocht of een onderneming een machtspositie heeft. Dit roept de vraag op of ook in het kader van de beoordeling van de belanghebbendheid van concurrenten zou moeten worden gekozen voor een gedetailleerdere markt-afbakening.

Van oudsher was het Nederlandse bestuursproces vooral bedoeld als rechtmatigheidscontrole van besluiten. Besluiten worden binnen een dergelijke opvatting getoetst aan het objectieve recht en als het besluit daarmee in strijd is, volgt vernietiging (*recours objectif*). Dat daardoor ook de rechten van burgers worden beschermd (*recours subjectif*) was een – vanuit rechtsstatelijk oogpunt prettige – bijkomstigheid, maar was geen zelfstandig doel van de bestuursrechtspraak.¹⁵⁴ Sinds het midden van de jaren 90 van de vorige eeuw krijgt in het bestuursrecht de bescherming van individuele rechten steeds meer de nadruk. In dit verband wordt wel gesproken over de subjectivering van de bestuursrechtspraak.¹⁵⁵ Het is tegen de achtergrond van deze ontwikkeling de vraag hoe lang de hier bedoelde ruime toegang tot de bestuursrechter voor concurrenten nog stand zal houden. Gezien de hiervoor gesignaleerde praktische problemen die zouden rijzen bij een gedetailleerdere marktafbakening in het kader van de formele vraag naar de belanghebbendheid van concurrenten, is voorstelbaar dat dit nog wel even zal duren. Dat is vanuit het perspectief van effectieve rechtsbescherming positief. In de eerste plaats blijft op deze manier het belanghebbendebegrip hanteerbaar en beheersbaar. Dit past ook in de traditie dat in het Nederlandse bestuursrecht het belanghebbendenbegrip doorgaans ruim wordt uitgelegd.¹⁵⁶ Bij die ruime uitleg past geen zeer gedetailleerde analyse en afbakening van de markt. Dit betekent ook dat concurrenten vrij snel toegang hebben tot de bestuursrechter. Het belanghebbendevereiste vormt dus niet een echte beperking voor de bescherming van concurrentiebelangen. Tot slot doet een ruime toegang tot de bestuursrechter recht aan het in de artikelen 6 EVRM en 47 Handvest van de grondrechten van de EU neer-

154 De Poorter & De Graaf 2011, en p. 27-29, Schlössels 2004, p. 20-22.

155 Jurgens 2011, p. 202, en De Poorter & De Graaf 2011, p. 27-29.

156 Schlössels 2004, p. 39.

gelegde beginsel van effectieve rechtsbescherming, dat er onder meer toe strekt dat in beginsel eenieder die – al dan niet ontleend aan het Unierecht – individuele rechten heeft, toegang moet hebben tot de rechter om de handhaving van deze rechten te kunnen afdwingen. Gelet op het vorenstaande zal het niet verwonderen dat ik het niet wenselijk acht de in het mededingingsrecht gebruikte methode om de markt zeer gedetailleerd af te bakenen over te nemen in het kader van de beoordeling van de belanghebbendheid van concurrenten.

Desalniettemin kunnen er wel lessen worden getrokken uit het mededingingsrecht. Een les die kan worden getrokken is dat bij de afbakening van de markt niet moet worden onderzocht of de producten of diensten *vergelijkbaar* zijn, maar of ze *inwisselbaar* zijn. Deze tweede benadering is zuiverder, omdat deze niet alleen kijkt naar het product of de dienst zelf, maar ook naar de afnemer daarvan. Op die manier wordt, wat ik eerder heb aangeduid als de corrigerende werking van de doelgroep,¹⁵⁷ geïntegreerd in de bepaling van het marktsegment en zou bovendien de gesignaleerde asymmetrie uit die correctie kunnen worden gehaald. De kans dat ondernemingen ten onrechte niet als concurrenten worden aangemerkt wordt daarmee kleiner. Een zaak waarin sprake lijkt van een onregelmatigheid in de rechtspraak, betreft de zaak waarin het ging om een ontheffing voor het verzorgen van busvervoer voor toeristen volgens de ‘*hop on, hop off*’-principe in Amsterdam. Het CBB constateerde terecht dat busvervoer en bootvervoer verschillende diensten zijn. Op het eerste gezicht leek dus geen sprake van concurrenten. Kijken we echter naar de doelgroep aan wie de diensten werden aangeboden, dan gaat het om toeristen. Niet bij voorbaat uitgesloten is dat voor deze doelgroep busvervoer en bootvervoer inwisselbaar zijn. Het CBB lijkt echter slechts te hebben gekeken naar de vergelijkbaarheid van de aangeboden diensten en niet naar de inwisselbaarheid ervan. Was dat laatste wel gebeurd, dan had misschien moeten worden geoordeeld dat toch sprake is van concurrerende diensten. In dit geval lijkt dus de markt te krap afgebakend, terwijl dat had kunnen worden voorkomen door ook te kijken naar de inwisselbaarheid van de aangeboden diensten vanuit concurrentieperspectief.

3.4.5 Tussenconclusie

In deze paragraaf is gebleken dat in het mededingingsrecht, bij de beoordeling of een onderneming een machtspositie heeft op een bepaalde markt, op zeer gedetailleerde wijze de relevante markt wordt afgebakend. In het kader van de beoordeling van de belanghebbendheid van concurrenten wordt de markt aanmerkelijk minder gedetailleerd afgebakend. Het verschil in gedetailleerdheid laat zich verklaren door het kader waarbinnen de markt moet worden afgebakend. De vraag of sprake is van een economische machts-

157 Paragraaf 3.3.2.4.

positie is een materiële, terwijl de vraag naar de belanghebbendheid een formele is, die door de bestuursrechter ambtshalve dient te worden beoordeeld. Deze laatste vraag leent zich niet voor een zeer gedetailleerde analyse en afbakening van de markt. Het gevolg hiervan is dat de markt in het kader van de beoordeling van de belanghebbendheid doorgaans ruimer wordt afgebakend en er aldus een ruime toegang tot de rechter bestaat voor concurrenten. Voor belanghebbendheid lijkt aldus voldoende dat een besluit tot omzetverlies (schade) bij een concurrent *kan* leiden, terwijl in het mededingingsrecht een hogere mate van waarschijnlijkheid van omzetverlies nodig lijkt om te kunnen spreken van twee ondernemingen die op één markt opereren.

3.5 INVLOEDEN UIT HET UNIERECHT

Een belangrijke vraag in het kader van de beoordeling of een ondernemer op grond van zijn concurrentiepositie als belanghebbende bij een besluit kan worden aangemerkt is in hoeverre de door de Nederlandse bestuursrechter daarbij gehanteerde maatstaf voldoet aan de eisen die de rechtspraak van het Hof van Justitie stelt aan het nationale procesrecht.¹⁵⁸ Deze vraag is relevant, aangezien in de praktijk het Unierecht, in het bijzonder het staatssteunrecht, steeds vaker als ‘juridisch breekijzer’¹⁵⁹ wordt ingeroepen, ook – en misschien wel vooral – door concurrenten.¹⁶⁰ Het is in dat geval aan de nationale rechter om, binnen de grenzen van het nationale procesrecht, de volle werking van het Unierecht te verzekeren.¹⁶¹

Geen Unierechtelijke voorschriften

De vraag of een concurrent als belanghebbende bij een besluit kan worden aangemerkt behoort tot de processuele autonomie van de lidstaten.¹⁶² Hierbij gelden het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel echter wel als ondergrens. Het gelijkwaardigheidsbeginsel geeft doorgaans weinig problemen bij toepassing van artikel 1:2 Awb. Mij zijn althans geen zaken bekend met een Unierechtelijke component waarin zwaardere eisen werden gesteld aan het belang van de eisende partij dan in zaken zonder Unierechtelijke component. Voor het doeltreffendheidsvereiste geldt dat

158 Die eisen komen uitgebreider aan bod in paragraaf 4.6.

159 Term ontleend aan Adriaanse 2011, p. 19.

160 ABRvS 15 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1152, AB 2015/226, m.nt. J.E. van den Brink en W. den Ouden, ABRvS 29 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA1378, AB 2013/264, m.nt. W. den Ouden (*Edufax II*), ABRvS 6 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ0794, AB 2013/263, m.nt. W. den Ouden (*Vogelaar II*), en ABRvS 2 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU3143, AB 2012, 156, m.nt. S.C.G. van den Bogaert en A.J. Metselaar (*Vogelaar I*).

161 Amtenbrink & Vedder 2017, p. 212.

162 ABRvS 19 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP1354, r.o. 2.3.2, AB 2011/ 86, m.nt. A.G.A. Nijmeijer.

de nationale procedureregels de uitoefening van de aan het Unierecht ontleende rechten niet praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken. Centraal bij de toepassing van dit beginsel staat de effectuering van aan het Unierecht ontleende rechten. Een probleem ontstaat dan wanneer een concurrent die aan het Unierecht rechten ontleent, die rechten niet voor de Nederlandse rechter kan of mag inroepen. Op zichzelf sluit dit de toepassing van een belanghebbende-criterium niet op voorhand uit.¹⁶³ Naast de hiervoor genoemde beginselen moet de nationale rechter rekening houden met het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Dit beginsel heeft onder meer betrekking op de toegang tot de (bestuurs)rechter. In dat licht is dit beginsel van groot belang bij de toepassing van artikel 1:2 Awb, dat in de kern gaat om toegang tot de bestuursrechter.

Interessant is de vraag in hoeverre het niet aanmerken van een concurrent als belanghebbende een probleem vormt wanneer die concurrent een recht kan ontleen aan het Unierecht. Dit roept allereerst de vraag op in welke gevallen concurrenten rechten ontleen aan het Unierecht. Die vraag komt aan bod in hoofdstuk 4. Hier wordt volstaan met de opmerking dat concurrenten onder andere rechten kunnen ontleen aan de vrij-verkeerbepalingen en aan de *standstill*-bepaling in artikel 108 lid 3 VWEU. Hoe gaat de Nederlandse bestuursrechter om met het vereiste van belanghebbendheid in zaken waarin door concurrenten een beroep op voormelde bepalingen wordt gedaan? In dit verband springen drie zaken in het oog.

De verlening van een OV-concessie

In de eerste plaats kan worden gewezen op de al eerder genoemde uitspraak van het CBb op het verzoek om hangende het bezwaar van Connexxion en Arriva tegen de verlening van een ov-concessie door de Stadsregio Rotterdam aan Qbuzz een voorlopige voorziening te treffen.¹⁶⁴ In die zaak oordeelde het CBb dat Arriva en Connexxion geen belanghebbenden waren, omdat zij niet hadden deelgenomen aan de aanbesteding van de concessie. De reden dat zij dat niet hadden gedaan, was dat volgens hen de bestekvoorwaarden een te groot financieel risico vormden. Het CBb oordeelde echter dat hun stelling dat sprake was van onregelmatigheden in de aanbestedingsprocedure te speculatief was om te kunnen gelden als een voldoende concreet en objectief bepaald belang en kwam langs die weg tot een niet-ontvankelijkverklaring. Het CBb oordeelde verder dat het beginsel van effectieve rechtsbescherming niet aan haar oordeel over de belanghebbendheid van Arriva en Connexxion in de weg stond, aangezien nog wel een beroep kon worden gedaan op de burgerlijke rechter. Op dit argument van het CBb

163 Metselaar 2016, p. 159.

164 Voorzieningenrechter CBb 24 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BG1734, JB 2009/25. Zie over die uitspraak ook paragraaf 3.3.5. Zie ook CBb 28 oktober 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG1736.

valt wel wat af te dingen. In de zaak *Grossman*¹⁶⁵ oordeelde het Hof van Justitie dat particulieren, ook als zij niet aan de aanbestedingsprocedure hebben deelgenomen, toegang moeten hebben tot de rechter, indien de reden voor het niet indienen van een offerte is gelegen in beweerdelijke discriminerende specificaties in de aanbestedingsdocumenten of in het bestek, die hen juist zouden hebben belet de te plaatsen opdracht volledig uit te voeren. Volgens het Hof van Justitie bestaat in dat geval een recht om rechtstreeks beroep in te stellen tegen de specificaties in de aanbestedingsdocumenten of het bestek. Volgens het CBB stond deze rechtspraak van het Hof van Justitie evenwel niet in de weg aan een niet-ontvankelijkverklaring van Connexxion en Arriva, omdat daarmee de weg naar de rechterlijke toetsing op zich niet is afgesloten. Connexxion en Arriva zouden zich immers tot de civiele rechter kunnen wenden die dan zou moeten beoordelen of zij voldoende belang bij hun vordering hebben. In de literatuur is er terecht kritiek gekomen op dit oordeel van het CBB, omdat de rechtsbescherming met betrekking tot de door het Unierecht gereguleerde aanbesteding van ov-concessies wordt ‘verknippt’ tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter en de burgerlijke rechter de vordering vervolgens zo marginaal toetst dat deze rechtsgang nauwelijks effectieve rechtsbescherming biedt.¹⁶⁶

Vogelaar II en Edufax II

In de tweede plaats kan worden gewezen op de zaak *Vogelaar II*.¹⁶⁷ Als gezegd, oordeelde de Afdeling in die zaak dat de betalende corporaties niet op grond van hun concurrentiepositie konden worden aangemerkt als belanghebbende bij steunbesluiten, gericht aan de in de Vogelaarwijken actieve corporaties. Dit leidde ertoe dat zij niet konden aanvoeren dat de verlening van de steun – die met hun bijdrage was bekostigd – kwalificeerde als staatssteun en derhalve niet had mogen worden verleend. De vraag die direct opkomt is of in dit geval nog wel sprake is van effectieve rechtsbescherming, nu het tegenwerpen van het belanghebbendebegrip betekent dat de betalende corporaties de rechten die zij in hun hoedanigheid van concurrent ontlene aan het staatssteunrecht (de *standstill*-verplichting) niet kunnen effectueren. De Afdeling kwam evenwel tot de conclusie dat de betalende corporaties geen aanspraken kunnen ontlene aan het Unierecht, ‘nu de belangen van de betalende corporaties niet rechtstreeks zijn betrokken bij de steunbesluiten.’ Metselaar merkt op dat deze redenering wat merkwaardig is.¹⁶⁸ Voor toepassing van het doeltreffendheidsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming is het antwoord op de vraag naar het beschermingsbereik van het toepasselijke Unierecht van belang. De Afdeling

165 HvJ EG 12 februari 2004, C-230/02, ECLI:EU:C:2004:93 (*Grossman*), punt 40. Zie ook HvJ EG 19 juni 2003, C-249/01, ECLI:EU:C:2003:359 (*Hackermüller*), punt 29.

166 Widdershoven 2011, p. 103-113, en Pijnacker Hordijk e.a. 2009, p. 595.

167 ABRvS 6 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ0794, AB 2013/263, m.nt. W. den Ouden (*Vogelaar I*).

168 Metselaar 2016, p. 178.

koppelt het beschermingsbereik in dit geval blijkbaar aan de vraag of de corporaties belanghebbenden zijn in de zin van artikel 1:2 Awb. Dit lijkt niet alleen een cirkelredenering, maar doet ook afbreuk aan het grondbeginsel dat het Hof van Justitie de reikwijdte van het Unierecht uitlegt.¹⁶⁹ Hoewel op het eerste gezicht wellicht niet helemaal logisch, valt de uitspraak *Vogelaar II* beter te begrijpen in het licht van de uitspraak *Vogelaar I*. Daarin oordeelde de Afdeling dat de verleende steun geen staatssteun was. De betalende corporaties hadden dus al een oordeel over de rechtmatigheid van de steun, waardoor de effectieve rechtsbescherming niet werkelijk in het geding kwam. Wat hier verder ook van zij, de uitspraak van de Afdeling in de zaak *Vogelaar II* kan worden gerelativeerd door tot slot te wijzen op de niet veel latere uitspraak in de zaak *Edufax II*.¹⁷⁰ Daarin oordeelde de Afdeling dat potentiële concurrenten die rechten ontleen aan het Unierecht betreffende staatssteun als belanghebbenden in de zin van artikel 1:2 lid 1 Awb worden aangemerkt, onder dezelfde voorwaarden als potentiële concurrenten van wie de beroepsgronden uitsluitend ontleend zijn aan het nationale recht. Hier lijkt de vraag of justitiabelen aanspraken aan het staatssteunrecht kunnen ontleen weer te worden losgekoppeld van de invulling van het Nederlandse belanghebbende-begrip. Dat dit ook de bedoeling was in de zaak *Vogelaar II* blijkt uit het feit dat in de uitspraak *Edufax II* naar die uitspraak wordt verwezen.

Conclusie

De conclusie is dat het gelijkwaardigheidsbeginsel, het doeltreffendheidsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming zich op zichzelf niet verzetten tegen toepassing van een belangvereiste in zaken waarin justitiabelen (mede) rechten ontleen aan het Unierecht. Doordat verder de Nederlandse bestuursrechter doorgaans een ruim belanghebbendebegrip hanteert ten aanzien van concurrenten geeft toepassing van artikel 1:2 Awb in gevallen waarin door concurrenten een beroep wordt gedaan op bepalingen van Unierecht in de praktijk weinig problemen als het gaat om de uitoefening van aan het Unierecht ontleende rechten en de effectieve rechtsbescherming. Zodra de bestuursrechter echter – al dan niet om op zichzelf legitieme redenen – beperkingen aanbrengt op het belanghebbendebegrip, zoals gebeurde in de zaak *Vogelaar II*, dan komen de grenzen die het doeltreffendheidsvereiste en het beginsel van effectieve rechtsbescherming aan de processuele autonomie van de lidstaat stellen ineens in zicht. Eventuele spanningen zijn echter betrekkelijk eenvoudig te vermijden door bij toepassing van het belanghebbende-begrip ten aanzien van concurrenten vast te houden aan het marktsegment en het verzorgingsgebied, die criteria ruim op te vatten en daar geen andere elementen aan toe te voegen.

169 Metselaar 2016, p. 178. Zie ook W. den Ouden, annotatie bij ABRvS 6 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ0794, AB 2013/263 (*Vogelaar I*), punt 6.

170 ABRvS 29 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA1378, AB 2013/264, m.nt. W. den Ouden (*Edufax II*).

3.6 CONCLUSIE

Een eerste voorwaarde voor het genieten van rechtsbescherming in een bestuursrechtelijke procedure is het hebben van toegang tot die procedure. Op grond van de artikelen 7:1 lid 1 en 8:1 lid 1 Awb kan alleen een belanghebbende bezwaar maken en beroep instellen tegen een besluit. Dit betekent dat het voor een ondernemer die – omdat hij vindt dat hij door een besluit in zijn concurrentiebelang wordt getroffen – tegen een besluit wil opkomen, van belang is om als belanghebbende in de zin van artikel 1:2 Awb te kunnen worden aangemerkt. De vraag die in dit hoofdstuk centraal stond was wanneer dat het geval is.

Een ondernemer kan op grond van zijn concurrentiepositie als belanghebbende bij een besluit worden aangemerkt als zijn concurrentiebelang rechtstreeks bij het (te nemen) besluit is betrokken. Blijkens de rechtspraak van het CBb en de Afdeling bestuursrechtspraak spelen bij de beoordeling of dit het geval is in beginsel twee criteria een rol.

Criterium 1: marktsegment

Het eerste criterium dat een rol speelt bij de beoordeling van de belanghebbendheid van concurrenten is het marktsegment waarin zij actief zijn. Een ondernemer kan op grond van zijn concurrentiepositie als belanghebbende worden aangemerkt wanneer hij activiteiten ontplooit, of concrete plannen heeft om dat te gaan doen, in hetzelfde marktsegment als de begunstigde van het besluit. Bij de beoordeling of dit het geval is wordt als maatstaf gehanteerd dat beide ondernemingen vergelijkbare producten of diensten moeten aanbieden. Uit de rechtspraak volgt dat daarbij sprake is van een glijdende schaal, waarbij geldt dat hoe homogener de aangeboden producten of diensten zijn, hoe sneller wordt aangenomen dat sprake is van hetzelfde marktsegment. Uit de rechtspraak van het CBb en de Afdeling wordt niet duidelijk waar precies de grens ligt tussen producten en diensten die nog wel vergelijkbaar zijn en producten en diensten die dat niet meer zijn. De bestuursrechter beoordeelt dit van geval tot geval. Daarbij valt op dat vaak betrekkelijk summier wordt ingegaan op de vraag of ondernemingen werkzaam zijn in hetzelfde marktsegment en dat het product- of dienstenaanbod doorgaans in algemene bewoordingen wordt omschreven. Vanuit oogpunt van de bescherming van concurrentiebelangen valt dit toe te juichen. Het betekent namelijk dat vrij snel wordt aangenomen dat ondernemingen actief zijn in hetzelfde marktsegment en dus op grond van hun concurrentiepositie kunnen worden aangemerkt als belanghebbende bij aan de ander gerichte begunstigende besluiten. Wel zou de toegang nog iets verder kunnen worden verruimd, door, net zoals dat gebeurt in het mededingingsrecht, niet alleen te kijken naar welke producten of diensten vergelijkbaar zijn, maar ook, welke producten of diensten inwisselbaar zijn.

Criterium 2: verzorgingsgebied

Het tweede criterium aan de hand waarvan wordt beoordeeld of ondernemers met elkaar concurreren betreft het verzorgingsgebied waarin zij actief zijn. Het gaat daarbij om de geografische ruimte waarin ondernemers actief zijn. Bij de beoordeling of ondernemingen in hetzelfde verzorgingsgebied werkzaam zijn speelt in de eerste plaats de aard van de activiteiten een rol. Hoe exclusiever, hoe groter het verzorgingsgebied. In de tweede plaats speelt een rol waar de activiteiten worden verricht. Hoe hoger de plaatselijke bevolkingsdichtheid, hoe beperkter het verzorgingsgebied.

Inloed op de omzet als derde criterium?

In sommige zaken lijkt de Afdeling naast het marktsegment en verzorgingsgebied een derde criterium te hanteren bij de beoordeling of een ondernemer op grond van zijn concurrentiepositie kan worden aangemerkt als belanghebbende bij een besluit. Het gaat dan om de vraag of aannemelijk is dat het (te nemen) besluit leidt tot omzetverlies bij degene die daartegen opkomt. Het aantal zaken waarin dit criterium is toegepast is op één hand te tellen, zodat niet kan worden gesproken van een bestendige lijn. Daar komt bij dat er ook recente uitspraken zijn waarin de gevolgen van een besluit op de omzet min of meer expliciet buiten beschouwing zijn gelaten bij de beoordeling van de belanghebbendheid. Afgewacht moet dan ook worden hoe de toepassing van het omzet-criterium zich zal ontwikkelen. Als dit criterium zich daadwerkelijk tot een zelfstandig criterium ontwikkelt – waar het overigens niet op lijkt – acht ik dat niet gelukkig, omdat dit vaak een wat complexer economische analyse vergt die niet goed past bij het karakter van de beoordeling van de belanghebbendheid die er toch vooral op is gericht willekeurige derden buiten de deur te houden.

Slotsom: ruime toegang tot rechtsbescherming

Het antwoord op de eerste deelvraag van dit onderzoek is dat, als gevolg van het op summiere wijze en in betrekkelijk algemene bewoordingen afbakenen van de markt, ondernemers die opkomen tegen een besluit al vrij snel als concurrent van de begunstigde van dat besluit en dus als belanghebbende bij dat besluit worden aangemerkt. De aard van het concurrentiebelang waarvoor wordt opgekomen speelt hierbij geen rol, omdat de vraag of iemand belanghebbende is een louter feitelijke vraag betreft. Enige verruiming van de belanghebbendheid van concurrenten kan nog worden bereikt door niet alleen te onderzoeken of producten en diensten vergelijkbaar zijn, maar ook of deze inwisselbaar zijn, zonder daarbij overigens de complexe economische analyses uit het mededingingsrecht te gebruiken. Deze suggestie laat onverlet dat ondernemers die door een besluit in hun concurrentiepositie worden getroffen ook onder het huidige recht reeds ruime toegang hebben tot bestuursrechtelijke procedures. Dit is gunstig voor de bescherming die het bestuursrecht kan bieden aan concurrenten.

4.1 INLEIDING

In het vorige hoofdstuk stond de toegang van concurrenten tot de bestuursrechtelijke procedure centraal. Dat is een eerste noodzakelijke voorwaarde voor rechtsbescherming. Heeft een concurrent eenmaal toegang tot de procedure dan rijst vervolgens de meer materiële vraag in hoeverre een bestuursorgaan bij het nemen van een besluit, en de bestuursrechter bij het toetsen daarvan, rekening kan houden met zijn concurrentiebelangen. Die vraag staat centraal in de hoofdstukken 5 en 6. Vooraf kan worden opgemerkt dat het antwoord op die vraag in belangrijke mate afhangt van het wettelijk kader dat van toepassing is. Meer in het bijzonder gaat het daarbij om de plaats die concurrentiebelangen innemen in de toepasselijke regelgeving. In hoofdstuk 5 en 6 zal duidelijk worden dat in de Nederlandse bestuursrechtelijke regelgeving concurrentiebelangen maar een beperkte plaats innemen. Dit vormt een belemmering voor de bescherming die de bestuursrechter aan die belangen kan bieden. In het Unierecht nemen concurrentiebelangen een veel prominenter plaats in dan in het Nederlandse bestuursrecht. Dit verklaart waarom ondernemers die door een besluit in hun concurrentiepositie worden getroffen vaak een beroep op het Unierecht doen. In dit hoofdstuk zal ik de plaats van concurrentiebelangen in het Unierecht nader bespreken. Dit hoofdstuk dient daarmee als een referentiekader voor de bevindingen in de hoofdstukken 5 en 6. Bovendien kunnen de bevindingen mogelijk dienen als inspiratiebron ter verbetering van de bescherming van concurrentiebelangen in het Nederlandse bestuursrecht. Ik kom daar in hoofdstuk 7 op terug.

Plan van behandeling

De Europese Commissie kent een Directoraat Generaal Concurrentie. Dit is een eerste en belangrijke indicatie dat de Europese Unie veel belang hecht aan concurrentie. In het bijzonder hecht de Europese Unie belang aan een gelijk speelveld waarop concurrenten op gelijke voet en eerlijk met elkaar kunnen concurreren. Dit speelveld wordt aangeduid als de interne markt en vormt het fundament van de Europese Unie.

In dit hoofdstuk staat de interne markt centraal, in het bijzonder het juridisch fundament dat daaraan ten grondslag ligt. De vraag daarbij is op welke wijze dit juridisch fundament de eerlijke en vrije concurrentie beschermt tegen verstoringen door de overheid bij het nemen van besluiten. De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. Ik begin met een historisch schets van de Europese economische integratie die uiteindelijk heeft geleid

tot de totstandkoming van een interne markt (paragraaf 4.2). Hierbij komt uiteraard ook aan de orde wat de interne markt is. De interne markt rust op een aantal pijlers, samen aangeduid als de Europese economische constitutie.¹ Het gaat om het gelijkheidsbeginsel, de vrij-verkeerbepalingen, het mededingingsrecht en de regels inzake de economische en monetaire unie (EMU). De laatste pijler is voor dit proefschrift minder relevant, omdat de regels inzake de EMU niet direct van toepassing zijn op concurrentieverhoudingen. De EMU komt verder dan ook niet meer aan de orde. De andere pijlers komen achtereenvolgens aan de orde in de paragrafen 4.3 (het gelijkheidsbeginsel), 4.4 (de verkeersvrijheden) en 4.5 (de mededingingsregels, in het bijzonder het staatssteunrecht). Belangrijk om hier te vermelden, is dat het niet mijn ambitie is om een alomvattende analyse van de Europese economische constitutie te geven. Het doel van dit hoofdstuk is in de eerste plaats te laten zien dat concurrentiebelangen in het Unierecht een veel prominere plaats innemen dan in het Nederlandse bestuursrecht. Daarvoor is het niet noodzakelijk om de verkeersvrijheden en de mededingingsregels tot in detail te bespreken. De lezer die daarnaar op zoek is, verwijs ik naar de Europeesrechtelijke handboeken.² Daarnaast is het doel van dit hoofdstuk om enig inzicht te krijgen in de manier waarop de overheid bij het nemen van besluiten te maken krijgt met elementen van de Europese economische constitutie. In dit verband is het goed om te realiseren dat de overheid ook bij de uitoefening van tal van andere publiekrechtelijke taken, waaronder het stellen van regels, te maken krijgt met elementen van de Europese economische constitutie. Dit hoofdstuk focust daar niet op. Het vorenstaande houdt een aantal beperkingen in van de onderwerpen die in dit hoofdstuk aan bod komen. Allereerst beperk ik mij tot een bespreking van het primaire Unierecht. Hierin zijn immers de grondbepalingen van de verkeersvrijheden en de mededingingsregels te vinden. Het secundaire Unierecht, waarnaar slechts hier en daar ter illustratie zal worden verwezen, heeft zijn basis in het primaire Unierecht, en is dus een afgeleide daarvan. Daar komt bij dat in het geval regels van secundair Unierecht conflicteren met primair Unierecht, deze laatste voorrang hebben.³ De tweede beperking betreft de in dit hoofdstuk te bespreken rechtspraak van het Hof van Justitie. Er is in de loop der jaren heel veel rechtspraak door het Hof van Justitie voortgebracht over onder meer de verkeersvrijheden en de mededingingsregels. Het gaat de strekking van dit onderzoek te buiten al die rechtspraak in kaart te brengen en te analyseren. In dit hoofdstuk komen slechts enkele klassiekers en uitspraken die relevant zijn voor de Nederlandse praktijk (vaak omdat het om een Nederlandse zaak gaat) aan de orde. Daarbij ligt bovendien de nadruk

1 Zie over de Europese economische constitutie uitgebreider Sauter & Schepel 2009, p. 2-18, Szyszczak 2007, p. 8-31, en Pelkmans 2006, p. 18-35.

2 Bijvoorbeeld Barnard 2016, Craig & De Búrca 2015, Barents & Brinkhorst 2012 en Dashwood e.a. 2011.

3 Zie over de hiërarchie van Unierechtelijke normen uitgebreid Craig & De Búrca 2015, p. 110-121.

op uitspraken die relevant zijn voor de uitoefening van de bevoegdheid van de overheid om besluiten te nemen. Na de bespreking van de elementen van de Europese economische constitutie komen in paragraaf 4.6 de eisen aan bod die het Unierecht stelt aan het nationale procesrecht als het gaat om het bieden van rechtsbescherming. Deze paragraaf vormt de verbinding tussen dit hoofdstuk en de nationaalrechtelijke hoofdstukken 5 en 6. In die hoofdstukken komt namelijk de vraag aan de orde in hoeverre het doelgebonden karakter van bestuursbevoegdheden en het relativiteitsvereiste een belemmering vormen voor de verwezenlijking van op het Unierecht gebaseerde claims. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie (paragraaf 4.7).

4.2 GESCHIEDENIS EN DOEL VAN DE EUROPESE ECONOMISCHE INTEGRATIE

In deze paragraaf komt beknopt de geschiedenis van het Europese economische integratieproces aan de orde. Dit maakt inzichtelijk waar het grote belang dat de Europese Unie aan eerlijke concurrentie hecht vandaan komt. Het gaat om een schets op hoofdlijnen. Het gaat er immers slechts om enige achtergrondinformatie te geven voor een beter begrip van de rol en plaats van de hierna te bespreken Unierechtelijke regelgeving bij de bescherming van het gelijke speelveld.⁴

4.2.1 Het marktintegratieproces

Naoorlogs Europa als voedingsbodem

Aan het einde van de Tweede Wereldoorlog was er van een groot deel van de West-Europese economieën niet veel meer over. De productiviteit was laag en de werkloosheid hoog. Het was dan ook de ambitie van veel West-Europese landen om de economische groei weer op gang te brengen. Een belemmering hiervoor vormde evenwel het verzet – van vooral de Franse minister van buitenlandse zaken, Robert Schuman – tegen het herstel van de economische en politieke macht van Duitsland uit angst voor herbewapening. Deze tweespalt in het naoorlogse Europa vormde de voedingsbodem bij uitstek voor een nieuw concept van internationale samenwerking in West-Europa.⁵ Deze samenwerking was gericht op het onder supranationaal gezag brengen van de voor herbewapening noodzakelijke industrieën (kolen en staal). Met dit doel voor ogen richtten Frankrijk, Italië, Duitsland en de Benelux in 1951 de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal (EGKS) op. Het ging hierbij om sectorale marktintegratie met als onderliggend doel het voorkomen van nieu-

4 Zie uitgebreider over de geschiedenis van de totstandkoming en vorming van de Europese integratie en de verschillende stadia van marktintegratie Craig & De Búrca 2015, p. 1-27, Dashwood e.a. 2011, p. 3-21, Pelkmans 2006, Weiler 1991, p. 2403-2483, en Van de Meerssche 1978.

5 Barnard 2016, p. 28-29, Craig & De Búrca 2015, p. 4, en Szyszczak 2007, p.1.

we oorlogen.⁶ Het ging in wezen om strategische marktintegratie. In de jaren die volgden mislukten pogingen om een Europese Politieke Gemeenschap en een Europese Defensie Gemeenschap op te richten. Nederland deed vervolgens zijn uiterste best om dan in elk geval te komen tot verdere integratie op economisch terrein. Dit leidde in 1957 tot ondertekening van het Verdrag van Rome, waarbij de Europese Economische Gemeenschap (EEG) werd opgericht.⁷ Artikel 2 EEG-Verdrag bepaalde dat de Gemeenschap tot taak had om:

‘door het instellen van een gemeenschappelijke markt en door het geleidelijk nader tot elkaar brengen van het economisch beleid van de Lid-Staten te bevorderen de harmonische ontwikkeling van de economische activiteit binnen de gehele Gemeenschap, een gestadige en evenwichtige expansie, een grotere stabiliteit, een toenemende verbetering van de levensstandaard en nauwere betrekkingen tussen de in de Gemeenschap verenigde staten.’ (curs. JW)

Het EEG-Verdrag

Om een gemeenschappelijke markt te realiseren, voorzag het EEG-Verdrag in de eerste plaats in de afschaffing van douanerechten tussen de lidstaten. In de tweede plaats werden de lidstaten verplicht om belemmeringen voor het vrije verkeer van goederen, diensten, personen en kapitaal (de fundamentele vrijheden) tussen de lidstaten weg te nemen. Hierdoor ontstond een ruimte waarbinnen productiefactoren en de producten die de markt voortbrengt zich vrij over de markt kunnen bewegen. Het EEG-Verdrag voorzag in de tweede plaats in een gemeenschappelijk beleid op het terrein van landbouw en vervoer. Dit was noodzakelijk, omdat de lidstaten tot dan toe deze sectoren hadden onttrokken aan de marktwerking, door bepaalde prijzen voor landbouwproducten te garanderen en infrastructuur aan te leggen en te exploiteren. Deze sectoren konden daardoor niet rauwelijks aan marktwerking worden blootgesteld.⁸ In de derde plaats werd voorzien in mededingingsregels, die het ondernemingen verbood concurrentiebeperkende afspraken te maken en misbruik te maken van economische machtsposities. De gemeenschappelijke markt zou immers niet kunnen functioneren als ondernemingen door zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen belemmeringen zouden opwerpen die in de plaats komen van de weggenomen handelsbelemmeringen door de overheid. Omdat ook nationale wetgeving tot gevolg kan hebben dat ondernemingen in verschillende lidstaten verschillend behandeld worden, voorzag het EEG-Verdrag tot slot in het nader tot elkaar brengen van de wetgeving, aanvankelijk vooral op economisch terrein, maar later ook op tal van andere terreinen. Samenvattend kan worden gesteld dat met het EEG-Verdrag op Europees niveau het fundament is gelegd voor een recht op vrije, eerlijke en onvervalste concurrentie. Wat hierbij evenwel opvalt, is dat het EEG-Verdrag weliswaar de handel *tussen* de lidstaten heeft geliberaliseerd, maar tegelijkertijd de lidstaten in

6 Pelkmans 2006, p. 3.

7 Ook werd daarbij de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie (EGA of Euratom) opgericht.

8 Lennaerts & Van Nuffel 2011, p. 136-137.

belangrijke mate vrij heeft gelaten om hun binnenlandse economische beleid vorm te geven.⁹ Het recht op vrije, eerlijke en onvervalste concurrentie was dus vooral een Europees recht.

Integratie met horten en stoten

Het Europese marktintegratieproces ging voortvarend van start en al snel was de Europese douane-unie een feit. Het proces viel echter stil in de jaren zeventig van de vorige eeuw.¹⁰ Dit kwam onder meer door de groeiende Franse weerstand tegen het supranationale karakter van de Europese Gemeenschappen. Dit zorgde er voor dat ook daar waar het Verdrag meerderheidsbesluitvorming voorschreef, er toch op basis van unanimiteit werd gestemd. Het gevolg hiervan was dat op veel terreinen de harmonisatie stokte en ook op het terrein van economische integratie nog maar moeizaam vooruitgang werd geboekt. In de jaren tachtig van de vorige eeuw kreeg het proces van marktintegratie echter een nieuwe impuls, toen het besef groeide dat het voor de economische groei noodzakelijk was om de concurrentiekracht van de Europese economie te verbeteren. In 1985 werd daarom in het Witboek van de Europese Commissie (*White Paper*) de ambitie neergelegd om de interne markt¹¹ uiterlijk in 1992 te voltooien en daartoe de resterende handelsbarrières tussen de lidstaten op te heffen.¹² Vervolgens werd in 1986 de Europese Akte (*Single European Act*) aangenomen waarbij het concept van de interne markt in het EG-Verdrag werd opgenomen.¹³ De interne markt werd daarbij gedefinieerd als een ruimte zonder binnengrenzen, waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd (voorheen artikel 14 lid 2 EG-Verdrag, thans artikel 26 lid 2 VWEU). In 1992 trad het Verdrag van Maastricht in werking. De voor de interne markt belangrijkste wijziging die met dit Verdrag werd aangebracht, was dat aan

9 Deze combinatie van enerzijds verlies en anderzijds behoud van economische soevereiniteit wordt in de literatuur aangeduid als '*embedded liberalism*' (ingebed liberalisme). Sauter & Schepel 2009, p. 2-3, en Ruggie 1982. Aan dit 'compromis liberalisme' lag de overtuiging ten grondslag dat de staat een belangrijke rol moest vervullen bij het herstel van de economie en welvaart in het naoorlogse Europa. Om dit te bereiken werd het van belang geacht dat de staat de productie van bepaalde diensten en goederen in eigen hand hield. Dit had een groot aantal staatsmonopolies tot gevolg, onder meer op het terrein van de productie en levering van energie, de grondstoffenindustrie en de vervoersector (Szyszczak 2007, p. 1). Een belangrijk argument daarvoor was dat de productie en levering van bepaalde goederen en diensten, zoals energie en transport in het algemeen belang zijn en daarom de primaire verantwoordelijkheid van de overheid. Ook bestond de vrees dat private ondernemingen misbruik zouden maken van natuurlijke monopolies en het dus in het belang van de consument was om die natuurlijke monopolies in overheidshanden te houden. Ter behoud van staatsmonopolies werd in artikel 222 van het EEG-verdrag (thans artikel 345 VWEU) bepaald dat het Verdrag de regeling van het eigendomsrecht in de lidstaten onverlet laat.

10 Barnard 2016, p. 10, spreekt over '*Euro-sclerosis*'.

11 Het begrip 'interne markt' vervangt niet het begrip 'gemeenschappelijke markt, maar staat daarnaast, aldus Mortelmans 1998, p. 101-136.

12 COM(85) 310 final.

13 *PbEG*, 1987, L 169.

het regime van de vier fundamentele vrijheden en het verbod op beperking en verstoring van de mededinging de totstandkoming van een economische en monetaire unie (EMU) als derde element werd toegevoegd aan de interne markt.¹⁴ Nadien zijn in 1999, 2003 en 2009 de Verdragen van Amsterdam, Nice en Lissabon in werking getreden. Deze brengen echter geen grote wijzigingen aan in de doelstellingen en het instrumentarium met betrekking tot de interne markt.

Samenvattend kan worden gesteld dat stabiliteit en economische groei, oftewel vrede en welvaart, de belangrijkste drijfveren zijn geweest voor het tot stand brengen van een interne markt met vrije, eerlijke en onvervalste mededinging.

4.2.2 De veranderende rol van de overheid

In de beginjaren van de Europese Gemeenschappen bestond een betrekkelijk strikte scheiding tussen, enerzijds, private ondernemingen die goederen en diensten voortbrachten en, anderzijds, de overheid die verantwoordelijk was voor het produceren en op de markt brengen van publieke goederen.¹⁵ Deze laatste taak onttrok zich lange tijd vrijwel volledig aan het interne marktregime. De overtuiging was namelijk dat – gelet op de non-exclusieve en niet-rivaliserende aard van publieke goederen – de overheid de productie en vermarkting van deze goederen in eigen hand diende te houden.¹⁶ In de beginjaren van de EG waren staatsbedrijven en staatmonopolies dan ook algemeen geaccepteerd.¹⁷ Publieke goederen werden op die manier buiten de markt gehouden. Dit veranderde in de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw met de opkomst van het vrijemarktdenken (neoliberalisme). De gedachte was dat het gebrek aan marktwerking in publieke sectoren in de weg stond aan doelmatige besteding van publieke middelen. Het invoeren van concurrentieprikkels in voormalige publieke sectoren zou dan ook moeten leiden tot innovatie, efficiëntere productie en keuzevrijheid voor de consument en daarmee tot efficiëntere behartiging van publieke belangen en uiteindelijk tot meer welvaart.¹⁸ Ook was de gedachte dat de private sector

14 Andere belangrijke wijzigingen waren de omvorming van de Europese Gemeenschap tot de Europese Unie en het in dat verband tot stand brengen van de 'pijler structuur', het verheffen van het subsidiariteitsbeginsel tot algemeen principe en de institutionalisering van samenwerking op andere terreinen dan de economie.

15 Publieke goederen zijn goederen of diensten waarvoor geldt dat niemand van het gebruik ervan kan worden uitgesloten (non-exclusief). Daarnaast geldt dat het gebruik van het goed of de dienst door de één niet ten koste gaat van het gebruik daarvan door een ander (niet-rivaliserend). Zie over collectieve goederen bijvoorbeeld Baarsma & Theeuwes 2009, p. 35, Van Gent e.a. 2004, p. 31, en Andriessen & Heertje 1994, p. 352.

16 Szyszczak 2007, p. 1.

17 Bekende Nederlandse voorbeelden van staatsmonopolies waren de NS en de PTT (thans: Post NL).

18 Szyszczak 2007, p. 4.

efficiënter werkt dan de overheid.¹⁹ Deze ontwikkeling heeft geleid tot liberalisering en privatisering in tal van voormalige publieke sectoren.²⁰ Het toelaten van marktwerking betekent niet dat de overheid de verantwoordelijkheid ten aanzien van deze sectoren kwijt is. Integendeel, de overheid bleef en blijft verantwoordelijk voor de behartiging van publieke belangen en derhalve voor de productie en het op de markt brengen van publieke goederen, maar de gedachte was dat marktwerking zou leiden tot betere en efficiëntere behartiging van die belangen.²¹ Marktwerking werd met andere woorden een instrument om de behartiging van publieke belangen te sturen.²² Marktwerking geeft echter ook nieuwe problemen. Een probleem dat zich in het algemeen voordoet bij marktwerking is het verschijnsel van marktimperfecties, zoals informatieachterstand bij marktdeelnemers, waardoor marktwerking niet altijd leidt tot optimale (prijs)efficiëntie. Een specifiek probleem dat speelt bij marktwerking bij de behartiging van publieke belangen heeft betrekking op de aard van het belang zelf, dat door de overheid niet uit het oog mag worden verloren. Marktwerking draait in de kern om het op elkaar afstemmen van vraag en aanbod naar *schaarse* goederen en diensten.²³ Publieke goederen zijn echter non-exclusief en niet rivaliserend en lenen zich daardoor minder goed voor concurrentie. Onbegrensde concurrentie draagt het risico in zich dat op den duur in dunbevolkte gebieden geen bussen en ambulances meer rijden, energiebedrijven niet meer zullen investeren in schonere energievormen en ziekenhuizen mensen met zeldzame ziektes niet meer zullen behandelen, enkel en alleen omdat dit niet winstgevend is. Volledig vrije marktwerking brengt dus de betrouwbaarheid, kwaliteit, veiligheid en maatschappelijke verantwoordelijkheid van de publieke dienstverlening in gevaar. Het is dan ook noodzakelijk dat de overheid tegenwicht biedt aan de markt en de marktwerking in voormalige publieke sectoren bijstuurt.²⁴ Dit kan door het stellen van randvoorwaarden

19 Belangrijk om te vermelden is dat er de laatste jaren stevige kritiek is geuit op de introductie van marktwerking in publieke sectoren. Zie daarover paragraaf 2.2.2.

20 Bij liberalisering gaat het om het introduceren van concurrentie in sectoren waarin van oudsher één aanbieder actief was. Dit betreft bijvoorbeeld de energie-, vervoer-, telecom- en postsector. In al deze sectoren gold dat degene die van de publieke dienst of het publieke goed gebruik wilde maken was aangewezen op één (regionale) aanbieder. Dit veranderde door de liberalisering. De consument kreeg wat te kiezen. Het proces van liberalisering ging gepaard met privatisering van overheidsbedrijven.

21 Zie bijvoorbeeld de Memorie van Toelichting bij de Wet marktwerking gezondheidszorg (Wmg), *Kamerstukken II* 2004/05, 30186, 3, p. 2. Zie voor kritiek op de hier genoemde opvatting WRR 2000, p. 32-34.

22 Hessel 2016, p. 837, en Plug, Van Twist & Geut, 2003, p. 8.

23 Zie hierover paragraaf 2.2.2.

24 Raad van State 2008, p. 16, en Plug, Van Twist & Geut 2003, p. 9. Plug, Twist & Geut 2003, p. 57-75, wijzen er op dat marktwerking maar tot op zekere hoogte door de overheid van bovenaf stuurbaar is. Dat komt door een gebrek aan kennis van andere, vaak complexe, maatschappelijke processen en het politiek omstreden karakter van overheidsinterventie. Sturing door de overheid van bovenaf is dus niet voldoende. Marktwerking vergt ook sturing van onderaf door de burger.

en het instellen van toezichthouders. In de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw en begin deze eeuw heeft dat geleid tot een groot aantal regelingen voor publieke goederen en diensten.²⁵ Dit laat zien dat de rol van de overheid in de markt is veranderd. Waar de overheid eerst nog een monopolistische speler was op de markt voor publieke goederen en diensten, is hij nu de regisseur van een tot op zekere hoogte concurrerende markt.²⁶

4.2.3 Het uitdijende toepassingsbereik van het Europese recht

Zoals gezegd heeft het Unierecht tot doel een interne markt met vrije en onbelemmerde mededinging te realiseren. Dit betekent dat het Unierecht dat betrekking heeft op de interne markt – in dit boek de vrij-verkeerbepalingen en het mededingingsrecht – van toepassing is op *economische* activiteiten. In de eerste jaren van de EEG werd een scherp onderscheid gemaakt tussen, enerzijds, het verhandelen van goederen of diensten op de markt en, anderzijds, het behartigen van publieke belangen. Het eerste werd aangemerkt als economische activiteit, het laatste niet. Dit betekent dat het handelen van de overheid ter behartiging van het publieke belang (publieke activiteit) niet onder de toepassing van het recht betreffende de interne markt viel. Alleen voor zover de overheid zich bezighield met de ordening van de markt voor private goederen en diensten – het terrein van de vrij-verkeerbepalingen – was haar handelen onderworpen aan de regels van Europees recht.²⁷ Dit gold bijvoorbeeld voor het voeren van handelspolitiek. In de loop der jaren is het overheidshandelen dat onder het bereik van het Europese recht betreffende de interne markt valt echter aanzienlijk uitgebreid. Daaraan is een aantal ontwikkelingen debet, die hierna achtereenvolgens worden besproken.

Veranderende rol van de overheid

Een eerste ontwikkeling die heeft bijgedragen aan de uitdijning van het toepassingsbereik van het Europese recht betreffende de interne markt is de hiervoor geschetste verandering in de rol van de overheid. Het proces van privatisering en liberalisering heeft tot gevolg gehad dat de grens tussen publiek en privaat handelen door de overheid is vervaagd.²⁸ De overheid heeft enerzijds op grote schaal de eigendom van staatsbedrijven overgedragen aan private ondernemingen (privatisering). Anderzijds is de overheid zich – met het oog op de behartiging van publieke belangen – steeds meer en intensiever gaan bemoeien met geliberaliseerde markten, door het stellen van regels. Deze ontwikkeling heeft ertoe geleid dat ook de grens tussen

25 Voorbeelden zijn de Telecommunicatiewet, de Energiewet, de Wet marktordening gezondheidszorg en de Postwet.

26 *Kamerstukken II* 1999/00, 27018, 1, p. 7. Zie ook Sauter & Schepel 2009, p. 19.

27 Szyszczak 2007, p. 8-13.

28 Zie over dit proces uitgebreider Sauter & Schepel 2009, p. 19-25, en Szyszczak 2007, p. 8-13.

economische- en niet-economische activiteiten is vervaagd.²⁹ Ter illustratie kan worden gewezen op het arrest *Höfner* uit 1991, waarin het Hof van Justitie overwoog dat:³⁰

‘De omstandigheid dat de arbeidsbemiddeling *gewoonlijk is toevertrouwd aan publiekrechtelijke organen*, doet niets af aan het economisch karakter van deze activiteit. De arbeidsbemiddeling is niet altijd in handen van overheidsdiensten geweest en een dergelijk overheidsmonopolie is ook niet noodzakelijk, met name waar het gaat om de bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel.’ (curs. JW)

Het gevolg van deze ontwikkeling is dat de toepassing van de mededingingsregels, die primair het gedrag van ondernemingen normeren, is uitgebreid naar handelen van de overheid. Het gaat daarbij om het handelen van de overheid op de markt.³¹ Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de overheid een partij selecteert om het openbaar vervoer in een bepaalde regio te verzorgen of wanneer de overheid aandelen – en dus zeggenschap – behoudt in een geprivatiseerde onderneming, zoals in Nederland bijvoorbeeld het geval was bij KPN en nog is bij de NS.

Europese regelgeving op steeds meer terreinen

Een tweede ontwikkeling die ervoor heeft gezorgd dat op steeds meer overheidshandelen Europees recht van toepassing is, is de totstandkoming van Europese regels op terreinen die van oudsher tot het exclusieve domein van de overheid behoorden, maar die inmiddels zijn geliberaliseerd. Zo is bijvoorbeeld met de Telecommunicatiewet en de Postwet uitvoering gegeven aan tal van Europese richtlijnen. Het Europese recht is daarmee van toepassing op het overheidshandelen in die sectoren. Daarnaast heeft de Europese Unie op steeds meer terreinen die nauw verwant zijn aan de interne markt beleid ontwikkeld (zogenoeten flankerend beleid). Op grond van dit beleid is in de loop der jaren op uiteenlopende terreinen Europese regelgeving tot stand gekomen, onder meer op het terrein van volksgezondheid, milieu, energie, consumentenbescherming, sociale politiek en werkgelegenheid.³² Het handelen van nationale overheden op al deze terreinen wordt in meer of mindere mate genormeerd door Europese regelgeving. Bijzondere vermelding op deze plaats verdient de Dienstenrichtlijn,³³ die in de kern tot doel heeft dat dienstverleners in heel Europa zich onbelemmerd in een andere lidstaat kunnen vestigen of tijdelijk diensten kunnen verrichten. Hoewel niet onomstreden,³⁴ moet het toepassingsbereik van deze richtlijn niet worden

29 Szyszczak 2007, p. 10.

30 HvJ EG 23 april 1991, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 (*Höfner*), punt 21.

31 Ter onderscheiding van typische overheidsactiviteiten zoals wetgeving en besluitvorming.

32 Dit verklaart ook de verandering van een Europese *Economische Gemeenschap* naar een Europese Unie. Barnard 2016, p. 28.

33 Richtlijn 2006/123/EG (*PbEU* 2006, L 376/36).

34 Botman 2016, p. 194, Botman 2013, p. 132-137, en Hessel 2011, p. 267-269.

onderschat. Ingevolge artikel 2 lid 1 en artikel 4 is de richtlijn van toepassing op *elke* economische activiteit, anders dan in loondienst, die gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt, zoals bedoeld in artikel 57 VWEU. Het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat het begrip dienst in de Dienstenrichtlijn samenvalt met het begrip dat wordt bedoeld in artikel 57 VWEU. Botman wijst er op dat dit betekent dat de richtlijn van toepassing is op een groot aantal activiteiten.³⁵ In artikel 9 van de Dienstenrichtlijn is als hoofdregel bepaald dat toegang tot en de uitoefening van een dienstenactiviteit door de lidstaat niet afhankelijk mag worden gesteld van een vergunningstelsel. Het begrip vergunning in de Dienstenrichtlijn is veel breder dan het Nederlandse begrip. Een vergunningstelsel is ingevolge artikel 6 lid 4 'elke procedure die voor een dienstverlener of afnemer de verplichting inhoudt bij een bevoegde instantie stappen te ondernemen ter verkrijging van een formeel of stilzwijgend besluit over de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit'. Onder deze definitie vallen bijvoorbeeld ook meldingen, verklaringen van geen bezwaar (bijvoorbeeld een verklaring omtrent gedrag) en certificeringseisen. Tot slot strekt de Dienstenrichtlijn zich mogelijk zelfs uit tot zuiver interne situaties,³⁶ al heeft het Hof van Justitie, hoewel daarom gevraagd,³⁷ zich daar tot op heden niet expliciet over uitgelaten.³⁸ Dit voorbeeld van de Dienstenrichtlijn laat zien dat de greep van het Unierecht op het handelen van de nationale overheid bij de uitoefening van klassieke overheidstaken steeds steviger wordt.

Loyale samenwerking en non-discriminatie

Een laatste ontwikkeling die ik hier noem is de steeds ruimere toepassing die het Hof van Justitie geeft aan de beginselen van loyale samenwerking en non-discriminatie.³⁹ Het beginsel van loyale samenwerking, neergelegd in artikel 4 lid 3 VEU, wordt wel omschreven als het 'bindmiddel van de EU-

³⁵ Botman 2016, p. 194.

³⁶ Botman 2015, p. 133-137, Hessel 2011, p. 258, en Steyger 2008, p. 4.

³⁷ In de zaken *Trijber* en *Harmsen* had de Afdeling het Hof van Justitie in een prejudiciële procedure gevraagd zich daarover uit te laten: ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2488, AB 2015/13, m.nt. A. Drahmman (*Trijber*), en ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2495, AB 2014/450, m.nt. M.R. Botman (*Harmsen*).

³⁸ HvJ EU 1 oktober 2015, C-340/14 en C-341/14, ECLI:EU:C:2015:641 (*Trijber en Harmsen*), AB 2015/437, m.nt. A. Drahmman. Zie voor een kritische bespreking van dit arrest Van Rijn 2016, p. 35-41, en Drahmman 2016, p. 69-71. Van belang om op te merken is dat de Afdeling inmiddels dezelfde vraag opnieuw heeft voorgelegd aan het Hof van Justitie in de zaak *Appingedam*, ABRvS 13 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:75, *Gst.* 2016/39, m.nt. B. Hessel. Op 18 mei 2017 is er in deze zaak een conclusie uitgebracht (Concl. A-G M. Szpunar 17 mei 2017, C-360/15 en C-31/16, ECLI:EU:C:2017:397). Szpunar stelt zich op het standpunt dat de vraag of hoofdstuk III (vrijheid van vestiging) van de Dienstenrichtlijn van toepassing is in situaties waarin de feiten zich beperken tot één lidstaat van de Unie (zuiver interne situaties) bevestigend moet worden beantwoord. Ten tijde van de afronding van dit onderzoek had het Hof van Justitie nog geen uitspraak gedaan in deze zaak.

³⁹ Zie over deze ontwikkeling uitvoerig Szysczak 2007, p. 10.

rechtsorde'⁴⁰ en houdt kort gezegd in dat de lidstaten zich dienen te onthouden van alle maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van de Unie in gevaar kunnen brengen. In de eerste plaats verplicht dit beginsel de Unie en de lidstaten elkaar te respecteren en te steunen bij de vervulling van de taken die uit de Verdragen voortvloeien. Daarnaast moeten de lidstaten alle maatregelen treffen die geschikt zijn om de nakoming van hun Unierechtelijke verplichtingen te verzekeren en moeten zij zich onthouden van maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van de Unie in gevaar kunnen brengen. Widdershoven wijst er op dat dit beginsel ten grondslag ligt aan een groot aantal verplichtingen voor de lidstaten, waaronder de *Costanzo*-verplichting die nationale bestuursorganen verplicht om rechtstreeks werkend Unierecht toe te passen en daarmee strijdig nationaal recht buiten toepassing te laten.⁴¹ Het beginsel van loyale samenwerking verplicht lidstaten dan ook zich te onthouden van maatregelen die afbreuk doen aan verwezenlijking van de interne markt met vrije en eerlijke mededinging. De reikwijdte van het beginsel van loyale samenwerking is aanzienlijk. Het omvat *alle* handelen van de lidstaten. Ook typische overheidsactiviteiten die op zichzelf geen marktactiviteiten zijn, zoals het tot stand brengen van wetgeving en het nemen van besluiten, zijn onderworpen aan het beginsel van loyale samenwerking. Het Hof van Justitie heeft dit in 1988 tot uitdrukking gebracht in het arrest *Van Eycke*:

'Er zij aan herinnerd, dat de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag [thans artikel 101 en 102 VWEU] op zich slechts betrekking hebben op het gedrag van ondernemingen en niet op wettelijke of bestuursrechtelijke maatregelen van de Lid-Staten. Volgens vaste rechtspraak van het Hof volgt evenwel uit de samenhang van de artikelen 85 en 86 met artikel 5 EEG-Verdrag [thans artikel 4, derde lid, VEU], dat de Lid-Staten geen maatregelen, *zelfs niet van wettelijke of bestuursrechtelijke aard*, mogen nemen of handhaven die het nuttig effect van de op de ondernemingen toepasselijke mededingingsregels ongedaan kunnen maken. Volgens die zelfde rechtspraak is dat bijvoorbeeld het geval, wanneer een Lid-Staat het tot stand komen van met artikel 85 strijdige afspraken oplegt of begunstigt dan wel de werking ervan versterkt of aan haar eigen regeling het overheidskarakter ontnemt door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere ondernemingen over te dragen.'⁴² (curs. JW)

Elk handelen van de overheid – of het nu een exclusieve bevoegdheid van de overheid betreft of niet – dat tot gevolg kan hebben dat het nuttig effect van een regel van Unierecht ongedaan wordt gemaakt, is dus verboden.

40 Widdershoven 2015, p. 562. Szyszczak 2007, p. 13, heeft het over 'the tie that binds'.

41 De *Costanzo*-verplichting komt aan bod in paragraaf 5.6.1.1. Zie over die verplichting verder Verhoeven 2011.

42 HvJ EG 21 september 1988, 267/86, ECLI:EU:C:1988:427 (*Van Eycke*), punt 16. Zie ook HvJ EG 9 september 2003, C-198/01, ECLI:EU:C:2003:430 (*CIF*), punten 45 en 46, HvJ EG 19 februari 2002, C-35/99, ECLI:EU:C:2002:97 (*Arduino*), punten 34 en 35, HvJ EG 5 oktober 1995, C-96/94, ECLI:EU:C:1995:308 (*Centro Servizi Spediporto*), punt 20, HvJ EG 9 juni 1994, C-153/93, ECLI:EU:C:1994:240 (*Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft*), punten 14 en 15, HvJ EG 17 november 1993, C-185/91, ECLI:EU:C:1993:886 (*Reiff*), punt 14, en HvJ EG 16 november 1977, 13/77, ECLI:EU:C:1977:185 (*GB-Inno-BM*), punt 31.

Het beginsel van non-discriminatie, neergelegd in artikel 18 VWEU, houdt in dat elke discriminatie op grond van nationaliteit verboden is. Op dit beginsel kan alleen een beroep worden gedaan in situaties die onder de werkingssfeer van het Unierecht vallen. Dat betekent dat sprake moet zijn van een grensoverschrijdend element.⁴³ Is dat eenmaal het geval, dan valt heel veel handelen van de overheid onder de reikwijdte van het beginsel van non-discriminatie. Szyszczak stelt dat zich aan de hand van dit beginsel een nieuw soort burgerrechten heeft ontwikkeld die ook van toepassing zijn op terreinen die traditioneel tot het exclusieve domein van de nationale overheid behoorden.⁴⁴ Een zaak die in dit verband in de literatuur vaak wordt genoemd is de zaak *Cowan*.⁴⁵ In deze zaak ging het om een Brit die in Parijs het slachtoffer werd van een geweldsmisdrijf. Zijn verzoek om een uitkering uit een Frans overheidsfonds voor slachtoffers voor een geweldsmisdrijf werd afgewezen, omdat het fonds slechts kon uitkeren aan slachtoffers met de Franse nationaliteit. Het Hof van Justitie oordeelde dat deze situatie binnen de werkingssfeer van het Unierecht viel, omdat Cowan als toerist gebruik maakte van het vrije verkeer van diensten. Vervolgens oordeelde het Hof van Justitie dat het gemaakte onderscheid een verboden vorm van discriminatie was.

Slotsom

Concluderend kan worden gesteld dat de hiervoor geschetste ontwikkelingen ertoe hebben geleid dat steeds meer activiteiten van de overheid met de economische doelstelling van het Unierecht in verband worden gebracht. Dit geldt dus ook voor typische overheidsactiviteiten, zoals wetgeving en besluitvorming die aanvankelijk als niet-economische activiteit werden aangemerkt en buiten de reikwijdte van het Unierecht werden gehouden. Gaandeweg is het inzicht gekomen dat ook deze op zichzelf niet-economische activiteiten, zoals het verlenen van een bouwvergunning, het vaststellen van een bestemmingsplan of het handhaven van milieuvoorschriften gevolgen (kunnen) hebben voor het gelijke speelveld dat de interne markt in wezen is. Het gaat immers om het toestaan of anderszins faciliteren van economische activiteiten. Het verlenen van een bouwvergunning voor het bouwen van een bedrijfspand, het vaststellen van een bestemmingsplan dat voorziet in de vestiging van een onderneming en het (niet) handhaven van regelgeving die door een ondernemer wordt overtreden beïnvloeden het gelijke speelveld.⁴⁶

43 Zie daarover verder paragraaf 4.4.1.

44 Szyszczak 2007, p. 11.

45 HvJ EG 2 februari 1989, C-186/87, ECLI:EU:C:1989:47 (*Cowan*). Zie ook HvJ EG 15 maart 2005, C-209/03, ECLI:EU:C:2005:169 (*Bidar*), waarin het ging om een Britse regeling die studiefinanciering beperkte tot in het Verenigd Koninkrijk gevestigde personen.

46 Belangrijk om op te merken is dat natuurlijk niet al het overheidshandelen aan het gelijke speelveld raakt. Zo houden het verlenen van een bouwvergunning aan een particulier voor het bouwen van een dakkapel, de afgifte van een paspoort, de vaststelling van een bestemmingsplan dat voorziet in woningbouw en de handhaving van verkeersvoorschriften doorgaans geen verband met economische activiteiten.

Het is voor lidstaten echter verboden om het gelijke speelveld te verstoren, behoudens voor zover daarvoor een rechtvaardiging bestaat. Of dit laatste het geval is, moet worden beoordeeld aan de hand van de Europese beginselen: non-discriminatie, effectiviteit en proportionaliteit. Dit heeft tot gevolg dat, hoewel het EEG-Verdrag en later ook het EG-Verdrag en het VWEU lidstaten vrij laten om hun eigen (interne) economische beleid vorm te geven, de economische orde van de Europese Unie er nu één is van een marktsysteem dat in de kern is gebaseerd op vrije mededinging.

4.2.4 Het doel van een vreedzame en welvarende samenleving

In artikel 3 lid 1 VEU is bepaald dat de Europese Unie als doel heeft de vrede, haar waarden en het welzijn van haar volkeren te bevorderen. Uit de preambules van het VEU en het VWEU volgt dat het daarbij gaat om het tot stand brengen van een steeds hechter verbond tussen de Europese volkeren en een steeds verdergaande convergentie van de Europese economieën.⁴⁷ Het verzekeren en handhaven van de vrede en welvaart in Europa vormen dus belangrijke drijfveren voor het Europese integratieproces.⁴⁸ Eén van de belangrijkste middelen om dit doel te bereiken is het tot stand brengen van de interne markt en het verzekeren van de werking ervan.⁴⁹ Artikel 26 lid 2 VWEU omschrijft de interne markt als een ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd. Het gaat hierbij om economische integratie, waarbij de economieën van de lidstaten samensmelten tot één grote economie en waarbinnen economische grenzen worden weggenomen.⁵⁰ Het fundament van de interne markt wordt gevormd door de vier verkeersvrijheden: goederen-, personen-, diensten- en kapitaalverkeer.⁵¹ Deze vrijheden maken het mogelijk dat goederen, personen, diensten en kapitaal uit alle lidstaten vrij kunnen bewegen en daardoor met elkaar in concurrentie kunnen treden (markttoegang).⁵² Het gaat om het creëren van een gelijk speelveld (*level playing field*). Een onmisbare aanvulling op de verkeersvrijheden vormen de voorschriften van primair en secundair Unierecht die het marktgedrag van particulieren en lidstaten regelen (concurrentieregime). Voorkomen moet immers worden dat het speelveld dat door de verkeersvrijheden wordt gecreëerd, wordt verstoord doordat ondernemingen afspraken maken over de verdeling van de markt of doordat lidstaten steun toekennen aan nationale ondernemingen waardoor die een kunstmatig concurrentievoordeel behalen.

47 Van de Gronden 216, p. 472.

48 Barents & Brinkhorst 2012, p. 42.

49 Artikel 3 lid 3 VEU en artikel 26 lid 1 VWEU.

50 Amtenbrink & Vedder 2017, p. 296, en Barents & Brinkhorst 2012, p. 361.

51 Widdershoven 2015, p. 561. Sauter en Schepel 2009, p. 29, hebben het over de hoekstenen van de interne markt.

52 Barents & Brinkhorst 2012, p. 362.

Het proces van economische integratie is kortom voor een belangrijk deel gericht op het creëren van een gelijk speelveld met vrije mededinging.⁵³ Dit volgt ook uit artikel 119 lid 1 VWEU, waar is bepaald dat het economisch

53 Voor de volledigheid moet worden vermeld dat het Verdrag van Lissabon, dat op 1 december 2009 in werking is getreden, de plaats van het beginsel van vrije mededinging in het Verdrag heeft gewijzigd. Vóór 1 december 2009 was in artikel 3 lid 1, aanhef en onder g, van het toen geldende EG-Verdrag bepaald dat het Verdrag, teneinde een interne markt tot stand te brengen, voorzag in een regime waardoor wordt verzekerd dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst. In het huidige artikel 3 VEU wordt niet meer verwezen naar een regime van onvervalste mededinging. Volgens Barents & Brinkhorst 2012, p. 555, is dit het gevolg van 'politieke koehandel'. Zie ook Amtenbrink & Van de Gronden 2008, p. 323. Wel is aan het VWEU het *Protocol betreffende de interne markt en de mededinging* gehecht (PbEU 2008 C 115/309). Volgens dit protocol omvat de interne markt, als omschreven in artikel 3 VEU, een regime dat verzekert dat de mededinging niet wordt vervalst. Met het Verdrag van Lissabon zijn ook de voorheen in artikel 4 EG-Verdrag opgenomen principes van het economische beleid, waaronder het beginsel van een open markteconomie met vrije mededinging, verplaatst naar artikel 119 VWEU. Deze wijzigingen hebben in de literatuur de vraag opgeroepen of een regime voor onvervalste mededinging niet langer één van de (hoofd)doelstellingen van de Unie is (Loozen 2009, p. 108-110, Steenbergen 2008, p. 141, Amtenbrink & Van de Gronden 2008, p. 323-329, en Riley 2007, p. 703-707). Volgens Steenbergen is dit niet het geval en verandert het Verdrag van Lissabon weinig aan de plaats van het mededingingsbeleid en het mededingingsrecht in de verdragen. Ook Amtenbrink en Van de Gronden menen dat er op de korte termijn weinig verandert, aangezien de kernbepalingen van het economische recht (artikelen 101 en 102 van het VWEU) niet wezenlijk zijn gewijzigd. Zij signaleren echter dat de lidstaten met de met het Verdrag van Lissabon aangebrachte wijzigingen op het terrein van de mededinging en de interne markt nationale belangen hebben willen veiligstellen. Dit zou er op termijn toe kunnen leiden dat niet-mededingingsbelangen – opgesomd in artikel 9 VWEU – een rol gaan spelen bij toepassing van het mededingingsrecht- en beleid. Zij zien het dan ook als een uitdaging om een balans te vinden tussen Europese marktintegratie en andere (nationale) doelstellingen zonder daarbij aan de ene kant in protectionisme en aan de andere kant in eenzijdige nadruk op vrije concurrentie te vervallen. Loozen trekt deze conclusie in twijfel. Zij wijst er daarbij in de eerste plaats op dat onvervalste mededinging nooit een doelstelling van de Unie is geweest, aangezien artikel 3 EG-Verdrag, zoals dat vóór 1 januari 2009 gold, geen doelstellingen behelst, maar middelen om de in artikel 2 EG-Verdrag opgesomde doelstellingen, waaronder de totstandbrenging van een interne markt, te verwezenlijken. Van weglaten van een doelstelling is dus geen sprake. Voorts zet Loozen uiteen dat de mededingingsregels ertoe strekken te verzekeren dat wanneer ondernemingen particuliere belangen nastreven (winstmaximalisatie), dit gebeurt op een manier die overeenstemt met het algemeen belang (effectieve mededinging) en er geen ruimte is om niet-mededingingsbelangen daarbij mee te wegen. Nu, ruim zeven jaar later, is de rook rond deze discussie opgetrokken en kan worden gesteld dat het schrappen van artikel 3 lid 1, aanhef en onder g, EG-Verdrag niets heeft veranderd aan de positie van het mededingingsrecht. In dit verband kan worden gewezen op de zaak *TeliaSonera Sverige*, waarin het Hof heeft geoordeeld dat de mededingingsregels nodig zijn voor de werking van de interne markt (HvJ EU 17 februari 2011, C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83 (*TeliaSonera Sverige*), punten 20-21). Zie over laatstgenoemd arrest ook Barents & Brinkhorst 2012, p. 556.

beleid dat de lidstaten en de Unie voeren is gebaseerd op het beginsel van een open markteconomie met vrije mededinging.⁵⁴

De interne markt gaat uit van het principe van marktwerking. Marktwerking is gebaseerd op het uitgangspunt dat ondernemingen, wanneer zij hun individuele belangen nastreven (maximalisatie van winst), eveneens het algemeen belang dienen doordat zij aldus de welvaart vergroten.⁵⁵ Het streven naar winstmaximalisatie vereist immers innovatieve en efficiënte bedrijfsvoering, waardoor voor de consument meer keuzemogelijkheden tegen een lagere prijs ontstaan. In hoofdstuk 2 werd duidelijk dat een belangrijke voorwaarde voor deze aanname is dat sprake is van eerlijke en vrije concurrentie tussen ondernemingen. Als dat niet het geval is, bijvoorbeeld omdat ondernemers afspraken hebben gemaakt over de verdeling van de markt of omdat de overheid aan een bepaalde onderneming steun verleent, verdwijnt de prikkel voor een onderneming om te innoveren of de bedrijfsvoering efficiënter in te richten. De mededinging wordt in dat geval beperkt, weliswaar ten gunste van het particuliere belang, maar ten koste van het algemene belang (de welvaart). Het gaat er dus niet zozeer om de individuele concurrentiebelangen te beschermen, maar vooral om de eerlijke en vrije mededinging (de mededingingsstructuur⁵⁶) te beschermen. Tot slot merk ik op dat de interne markt geen doel op zich is, maar slechts een middel om de beleidsdoelstellingen van de Europese Unie, in het bijzonder het verbeteren van de consumentenwelvaart, te realiseren. Daarnaast streeft de Europese Unie ook niet-economische belangen na, zoals milieubelangen. Dit betekent dat het streven naar volledig eerlijke en vrije concurrentie niet absoluut is. Steeds moet het belang van eerlijke en vrije mededinging worden afgewogen tegen andere algemene belangen.⁵⁷

4.2.5 Vooruitblik

In deze paragraaf kwam aan de orde dat de interne markt de economische kern van de Europese Unie vormt. Het fundament van de interne markt wordt gevormd door de vrij-verkeerbepalingen en de mededingingsregels. Op beide elementen ga ik in de volgende paragrafen uitvoeriger in. Vooraf

54 Interessant in dit verband is ook een speech van de toenmalige Eurocommissaris voor mededingingsbeleid, Neelie Kroes in 2007: 'The story of European integration – from Rome to Lisbon, via Maastricht, Nice and Amsterdam – has been grounded in one firm conviction. A commitment to open markets with free competition. Pursuit of this conviction has led to the political reunification and economic prosperity of a continent over fifty years. Where the European Defence Community fell, the Internal Market was born. And this has spawned the most unique and the most successful example ever of what you could call regional globalisation.' Zie http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-07-689_en.htm?locale=en, laatst geraadpleegd op 6 juli 2017.

55 Aldus ook Loozen 2009, p. 108. Zie over marktwerking verder paragraaf 2.2.2.

56 Zie over de mededingingsstructuur verder paragraaf 4.5.2.

57 Van de Gronden 2016, p. 472.

valt nog op te merken dat, hoewel zowel de vrij-verkeerbepalingen als de mededingingsregels nodig zijn voor het goed functioneren van de interne markt, het karakter van beide regels verschillend is.

Het karakter van de vrij-verkeerbepalingen

De vrij-verkeerbepalingen zien primair op het *vormen* van een interne markt. Daartoe moeten belemmeringen voor het vrije verkeer worden weggenomen. In dat verband wordt doorgaans gesproken van passieve of negatieve integratie. Het gaat om het wegnemen van belemmeringen. Dit betekent dat de vrij-verkeerbepalingen zich in eerste instantie richten tot de lidstaten. Zij zijn het immers die de handelsbelemmeringen moeten wegnemen. Dat neemt niet weg dat de reikwijdte van de vrij-verkeerbepalingen in de loop der tijd is uitgebreid. In de rechtspraak van het Hof van Justitie is uitgemaakt dat de vrij-verkeerbepalingen tot op zekere hoogte ook horizontale werking kunnen hebben.⁵⁸ Ik laat dit laatste verder buiten beschouwing, omdat het in dit proefschrift gaat om handelen van de overheid dat gevolgen heeft voor de concurrentieverhoudingen en niet om handelen van ondernemers.

Het karakter van de mededingingsregels

De mededingingsregels, waaronder ook het staatssteunrecht geschaard wordt, zien primair op het verzekeren van de *werking* van de interne markt en dus op het handhaven van de eerlijke mededinging. Het gaat daarbij in de eerste plaats om het voorkomen en repareren van verstoringen van de marktwerking. Maar het gaat ook om het 'repareren' van marktfalen. In dit verband wordt wel gesproken van actieve of positieve integratie. Bij de mededingingsregels kan een onderscheid worden gemaakt tussen de regels die betrekking hebben op het marktgedrag van ondernemingen (artikelen 101 en 102 VWEU) en de regels die betrekking hebben op het marktgedrag van overheden (artikelen 107 en 108 VWEU). Omdat eerstgenoemde bepalingen in hoofdzaak betrekking hebben op het gedrag van ondernemingen, blijven die hier grotendeels buiten beschouwing.⁵⁹ Van belang is echter nog wel om op te merken dat het proces van liberalisering en privatisering er voor heeft gezorgd dat steeds meer activiteiten van de staat ook onder de reikwijdte van deze mededingingsregels vallen. De staat gaat immers als marktpartij opereren en laat daarnaast private partijen toe op terreinen die van oorsprong tot het domein van de staat behoorden. Doordat steeds meer staatsactiviteiten onder de reikwijdte van het Unierecht zijn gekomen, in het bijzonder onder de reikwijdte van de Europese economische constitutie, is er een toenemende behoefte ontstaan aan uitzonderingen voor deze atypische marktactiviteiten. Dit is voor een deel geregeld in artikel 106 VWEU, waarin een uitzondering is gemaakt voor diensten van algemeen economisch belang (daeb).

⁵⁸ Barents en Brinkhorst 2012, p. 474-475.

⁵⁹ Wel aan de orde komt de situatie waarin de overheid nalaat om handhavend op te treden als private ondernemingen de mededingingsregels overtreden.

4.3 HET GELIJKHEIDSBEGINSEL

Het fundament onder het Europese integratieproces, en dus ook onder de regels betreffende de interne markt, wordt gevormd door het gelijkheidsbeginsel.⁶⁰ Het Unierecht kent op tal van deelterreinen bepalingen over gelijke behandeling. Van oorsprong hebben deze bepalingen vooral betrekking op gelijke behandeling van mannen en vrouwen.⁶¹ Voor de werking van de interne markt zijn die gelijkheidsregimes minder interessant, zodat die hier buiten beschouwing worden gelaten.⁶² Ik beperk mij tot het algemene gelijkheidsbeginsel dat in algemene zin vereist dat vergelijkbare situaties niet verschillend en verschillende situaties niet gelijk worden behandeld, tenzij dat objectief gerechtvaardigd is.⁶³ Verschil in behandeling is gerechtvaardigd, indien het berust op een objectief en redelijk criterium, dat wil zeggen wanneer het verband houdt met een door de betrokken wetgeving nagestreefd wettelijk toelaatbaar doel, en dit verschil in verhouding staat tot het met de betrokken behandeling nagestreefde doel.⁶⁴

De basis voor de hierna te bespreken verkeersvrijheden vormt artikel 18 VWEU.⁶⁵ Dit artikel verbiedt elke discriminatie op grond van nationaliteit. In de eerste plaats houdt dit verbod in dat geen openlijk onderscheid mag worden gemaakt naar herkomst of bestemming van goederen, diensten en werknemers. Regelingen en maatregelen die een uitdrukkelijk onderscheid naar nationaliteit en herkomst maken, zijn dan ook vrijwel altijd verboden. Daarnaast zijn echter ook maatregelen die geen openlijk onderscheid maken, maar die wel eenzelfde effect hebben, verboden. Het gaat dan om indirecte discriminatie.⁶⁶ Het verbod op indirecte discriminatie is echter niet absoluut. Een verschil in behandeling kan gerechtvaardigd zijn indien het gebaseerd is op objectieve overwegingen die los staan van nationaliteit (non-discriminatie) en evenredig zijn aan de door het nationale recht nagestreefde legitieme doelstelling.⁶⁷ Artikel 18 VWEU is van toepassing voor zover er geen bijzondere bepalingen van toepassing zijn waaraan het gelijkheidsbeginsel ten grondslag ligt, zoals de bepalingen inzake de verkeersvrijheden of de mededingingsbepalingen.⁶⁸ Artikel 18 VWEU vervult dus een vangnetfunctie. Wolswinkel wijst er op dat het nuttig is om het gelijkheidsbeginsel te

60 Barnard 2016, p. 17, Barents & Brinkhorst 2012, p. 469-470, Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 129, en Sauter & Schepel 2009, p. 29.

61 Craig & De Búrca 2015, p. 893.

62 Craig & De Búrca 2015, p. 895-932.

63 HvJ EG 16 december 2008, C-127/07, ECLI:EU:C:2008:728 (*Arcelor*), punt 23.

64 HvJ EG 16 december 2008, C-127/07, ECLI:EU:C:2008:728 (*Arcelor*), punt 47.

65 Barents & Brinkhorst 2012, p. 469-470.

66 Zie over het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie Craig & De Búrca 2015, p. 935-938, en Barents & Brinkhorst 2012, p. 401.

67 HvJ EU 25 januari 2011, C-382/08, ECLI:EU:C:2011:27 (*Neukirchinger*), punt 35, en HvJ EG 15 maart 2005, C-209/03, ECLI:EU:C:2005:169 (*Bidar*), punt 53.

68 Barents & Brinkhorst 2012, p. 470.

beschouwen als een waarde die zoveel mogelijk moet worden verwezenlijkt (optimaliseringsgebod).⁶⁹ Dit kan door eisen te stellen aan het handelen van de overheid op allerlei gebied. Belangrijk in dit verband is de transparantieplichting die inhoudt dat de overheid een passende mate van openbaarheid in acht neemt om elk risico van favoritisme en willekeur – en dus ongelijke behandeling – uit te sluiten.⁷⁰

4.4 DE VERKEERSVRIJHEDEN

4.4.1 Inleidende opmerkingen

De interne markt vereist in de eerste plaats dat productiefactoren (grondstoffen, arbeid en kapitaal) zich vrij over de markt kunnen bewegen. Datzelfde geldt voor de producten (goederen en diensten) die de markt voortbrengt. Het gaat hierbij om het creëren van een gelijk speelveld met gelijke kansen voor marktdeelnemers. Met het oog hierop is het van belang dat belemmeringen voor het vrije verkeer worden weggenomen. Het Hof van Justitie heeft het in dit verband over ‘het afschaffen van alle belemmeringen van het intracommunautaire handelsverkeer, teneinde de nationale markten te verenigen tot één enkele markt die de omstandigheden van een binnenlandse markt zo veel mogelijk benadert’.⁷¹ Dit vergt, enerzijds, een verbod op nationale regels die het vrije verkeer belemmeren (negatieve integratie) en, anderzijds, het harmoniseren van de nationale regelgeving (positieve integratie). In het kader van dit proefschrift, waarin besluiten van overheden die de concurrentie verstoren centraal staan, is vooral het verbod op belemmeringen van het vrije verkeer interessant. Ik beperk mij hier dan ook tot een bespreking van dat verbod.

Het vereiste van grensoverschrijdendheid

Het is vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dat de verkeersvrijheden alleen van toepassing zijn in situaties met een grensoverschrijdend element en niet kunnen worden ingeroepen in zuiver interne situaties.⁷² Dit is op zichzelf logisch, omdat de regels inzake het vrij verkeer tot doel hebben de belemmeringen van het vrij verkeer *tussen* de lidstaten op te heffen. Deze regels zijn dus niet van toepassing op activiteiten die zich in al hun relevante aspecten in één lidstaat afspelen.⁷³ Om een grensoverschrijdend belang vast

⁶⁹ Wolswinkel 2013, p. 41.

⁷⁰ Zie over de transparantieplichting uitgebreid Drahmman 2015.

⁷¹ HvJ EG 5 mei 1982, C-15/81, ECLI:EU:C:1982:135 (*Schul*), punt 33.

⁷² HvJ EU 15 november 2016, C-268/15, ECLI:EU:C:2016:874 (*Ullens de Schooten*), punt 47, en HvJ EU 22 december 2010, C-245/09, ECLI:EU:C:2010:808 (*Omalet*), punt 12. Zie voor een voorbeeld uit de nationale rechtspraak ABRvS 23 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU5444, r.o. 2.5.3.

⁷³ Barnard 2016, p. 35, 209-211 en 523, Prechal 2015, p. 494, en Craig & De Búrca 2015, p. 62-763.

te stellen moet worden gekeken naar alle relevante criteria, zoals het economische belang van de opdracht, de plaats waar de opdracht wordt uitgevoerd en de technische aspecten ervan, waarbij dient te worden gelet op de specifieke kenmerken van de betreffende opdracht.⁷⁴ Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie moet niet te snel worden aangenomen dat sprake is van een zuiver interne situatie.⁷⁵ In bijvoorbeeld het arrest *Berlington* oordeelde het Hof dat wanneer een in een andere lidstaat gevestigde ondernemer *interesse* heeft om zijn goederen of diensten in een andere lidstaat aan te bieden, sprake is van een grensoverschrijdende situatie.⁷⁶ Interessant is ook het arrest van het Hof in de zaken *Trijber* en *Harmsen*.⁷⁷ In dat arrest acht het Hof voor het oordeel dat sprake is van een grensoverschrijdend element voldoende dat van een dienst ook gebruik *kan* worden gemaakt door de burgers van andere lidstaten en de betrokken regeling een belemmering *kan* vormen voor de toegang tot de markt van alle dienstverrichters.⁷⁸ Het heeft er dus alle schijn van dat voor een grensoverschrijdende situatie het niet noodzakelijk is dat de grensoverschrijding daadwerkelijk plaatsvindt of zal plaatsvinden. Drahmman schrijft terecht dat van bijna iedere verleende dienst wel eens iemand uit een andere lidstaat gebruik zou kunnen maken, zodat al snel sprake is van een grensoverschrijdende situatie.⁷⁹ De vraag rijst dan ook of er – in elk geval als het gaat om dienstverrichting⁸⁰ – überhaupt nog situaties denkbaar zijn die *niet* grensoverschrijdend zijn.⁸¹ Belangrijk in dit verband is het arrest van het Hof in de zaak *Ullens de Schooten*. Het ging in deze zaak om een Belg die in België een klinisch laboratorium exploiteerde en de Belgische staat aansprakelijk stelde voor schade die hij had geleden als gevolg van een schending van de vrijheid van vestiging. Het ging dus om een zuiver nationale situatie. Het Hof oordeelde dat als er in een geding geen sprake is van een aanknopingspunt met de vrijheid van vestiging, het

74 HvJ EU 14 juli 2016, C-458/14, ECLI:EU:C:2016:558 (*Promoinpresa*), AB 2016/320, m.nt. C.J. Wolswinkel, punt 66, en HvJ EU 14 november 2013, C-221/12, ECLI:EU:C:2013:736 (*Belgacom*), JAAN 2014/3, m.nt. A. Drahmman, punt 29.

75 Zie over dit onderwerp ook Sevinga 2014, p. 196-202, en Steyger 2014, p. 66-75, m.n. par. 2.

76 HvJ EU 11 juni 2015, C-98/14, ECLI:EU:C:2015:386 (*Berlington*), punt 27.

77 HvJ EU 1 oktober 2015, C-340/14 en C-341/14, ECLI:EU:C:2015:641 (*Trijber en Harmsen*), AB 2015/437, m.nt. A. Drahmman.

78 HvJ EU 1 oktober 2015, C-340/14 en C-341/14, ECLI:EU:C:2015:641 (*Trijber en Harmsen*), punt 41. Zie ook HvJ EU 14 november 2013, C-221/12, ECLI:EU:C:2013:736 (*Belgacom*), JAAN 2014/3, m.nt. A. Drahmman. In die zaak ging het om de vraag wanneer bij de verlening van concessieovereenkomsten voor diensten de uit de artikelen 49 en 56 van het VWEU voortvloeiende transparantieverplichting van toepassing is. Het ging in die zaak dus niet in de eerste plaats om het grensoverschrijdende verkeer van de dienst zelf. Zie kritisch over de door het Hof in de zaak *Trijber en Harmsen* aangelegde toets over de grensoverschrijdendheid Botman 2016, p. 200.

79 Drahmman 2016, p. 70. Zie ook Botman 2017-1, p. 12-13.

80 Voor het goederen- en kapitaalverkeer blijft daadwerkelijke grensoverschrijding – gelet op de aard van de vrijheid – wel een harde eis, aldus Barnard 2016, p. 35 en 523.

81 Tot deze conclusie komt Van Rijn 2016, p. 39. Zie ook Prechal 2015, p. 496. Zie over het vervagen van het criterium dat sprake moet zijn van een grensoverschrijdende situatie verder Mortelmans 2006, p. 13-29.

vrije dienstenverkeer of het vrij verkeer van kapitaal, deze bepalingen geen rechten kunnen scheppen voor degene die zich daarop beroept.⁸² Dit betekent dat de verwijzende rechter, wanneer hij prejudiciële vragen stelt over de uitlegging van het Unierecht in een geschil met een zuiver nationaal karakter, duidelijk moet maken in welk opzicht er – ondanks het zuiver nationale karakter – toch sprake is van aanknoping met de bepalingen van het Unierecht inzake de fundamentele vrijheden.⁸³ Aldus kadert het Hof de gevallen waarin sprake is van een grensoverschrijdende situatie enigszins in.⁸⁴

Primair en secundair Unierecht

De Unierechtelijke regels inzake het vrije verkeer zijn in de eerste plaats terug te vinden in het VWEU. Er is echter ook steeds meer secundair Unierecht, dat regels over het vrije verkeer bevat. Inmiddels misschien wel het bekendste voorbeeld is de Dienstenrichtlijn.⁸⁵ Deze richtlijn heeft als doel een juridisch kader te scheppen om de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van diensten tussen de lidstaten te waarborgen.⁸⁶ Met het oog hierop voorziet de Dienstenrichtlijn in een juridisch regime om de belemmeringen voor de vrijheid van vestiging van dienstverrichters in de lidstaten en het vrije verkeer van diensten tussen de lidstaten die er nog bestaan te verwijderen. Een ander voorbeeld vormen de Europese aanbestedingsregels, zoals die onder meer zijn neergelegd in Richtlijn 2004/18/EG. Deze richtlijn vindt zijn grondslag in artikel 114 VWEU, waaruit kan worden afgeleid dat het een harmonisatiemaatregel betreft ter verwezenlijking van de interne markt. Met de aanbestedingsregels, die hun basis hebben in het vrij verkeer van (overheids)diensten, wordt dus een economisch doel nagestreefd. Het Hof van Justitie heeft dit ook diverse malen benadrukt door te overwegen dat:

‘de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten (...) op Europees vlak [zijn] gecoördineerd om belemmeringen van het vrij verkeer van diensten en goederen op te heffen en dus om de belangen te beschermen van in een lidstaat gevestigde marktdeelnemers die goederen of diensten aan in een andere lidstaat gevestigde aanbestedende diensten wensen aan te bieden’.⁸⁷

Hoewel voor het vrije verkeer dus ook het secundaire Unierecht van groot belang is, beperk ik mij tot een bespreking van het primaire Unierecht, dat het fundament van de regels inzake het vrije verkeer vormt. Het is voldoende het primaire Unierecht te bespreken om het karakter van het vrij-verkeer-regime te schetsen. Het gaat er niet om een gedetailleerde beschrijving te geven van het vrij-verkeer-regime.

82 HvJ EU 15 november 2016, C-268/15, ECLI:EU:C:2016:874 (*Ullens de Schooten*), punt 57.

83 HvJ EU 15 november 2016, C-268/15, ECLI:EU:C:2016:874 (*Ullens de Schooten*), punt 55. Ook Prechal 2015, p. 496, bepleit deze lijn.

84 Prechal 2015, p. 496.

85 Richtlijn 2006/123/EG (*PbEU* 2006, L 376/36).

86 Zie punt 12 van de preambule.

87 HvJ EG 27 februari 2003, C-373/00, ECLI:EU:C:2003:110 (*Adolf Truley*), punt 41, en HvJ EG 12 december 2002, C-470/99, ECLI:EU:C:2002:746 (*Universale Bau*), punt 51.

De vier verkeersvrijheden

Het Unierechtelijke vrij-verkeerregime bestaat uit vier vrijheden: goederen, diensten, personen en kapitaal. Deze vier verkeersvrijheden kennen op grond van zowel het VWEU, als de rechtspraak van het Hof van Justitie verschillende juridische regimes. Dit houdt bijvoorbeeld in dat een maatregel die zou moeten worden getoetst aan het vrij verkeer van goederen, aan andere regels onderworpen is dan een maatregel die zou moeten worden getoetst aan het vrij verkeer van diensten.⁸⁸ In dit hoofdstuk gaat het er niet om deze verschillende regimes te bespreken. De nadruk ligt vooral op de bedoelingen die ten grondslag liggen aan deze juridische regimes. Het is echter niet te vermijden om soms toch wat nader op de juridische regimes in te gaan. Daarbij wordt vooral gezocht naar de gemeenschappelijke doelstelling die daaraan ten grondslag ligt. Omdat voor ondernemers die producten of diensten op een bepaalde markt willen aanbieden vooral het vrije verkeer van goederen en diensten, waaronder vestiging, van belang zijn, beperk ik mij tot deze vrijheden.

Het vrij verkeer van goederen wordt in het Unierecht beschermd tegen zogeheten *tarifaire* en *non-tarifaire* belemmeringen. Bij *tarifaire* belemmeringen gaat het om maatregelen van fiscale aard. Het fiscale recht blijft in dit onderzoek buiten beschouwing,⁸⁹ zodat hier alleen de *non-tarifaire* belemmeringen aan bod komen. Het verbod op deze belemmeringen is neergelegd in de artikelen 34 en 35 VWEU, waarbij artikel 34 ziet op invoerbelemmeringen en artikel 35 op uitvoerbelemmeringen. Artikel 34 VWEU bepaalt dat:

‘Kwantitatieve invoerbeperkingen en alle maatregelen van gelijke werking (...) tussen de lidstaten verboden [zijn].’

Het vrij verkeer van diensten wordt beschermd door artikel 56 VWEU. Dit artikel bepaalt dat:

‘(...) de beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Unie verboden [zijn] ten aanzien van de onderdanen der lidstaten die in een andere lidstaat zijn gevestigd dan die, waarin degene is gevestigd te wiens behoefte de dienst wordt verricht.’

4.4.2 Het discriminatieverbod

De verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer houden in de eerste plaats een discriminatieverbod in. Het verbod van discriminatie op grond van

88 Zie voor een uitvoerig analyse van de verschillende regimes Barnard 2016. Ter zijde merk ik op dat in de literatuur van tijd tot tijd de vraag wordt opgeworpen in hoeverre het mogelijk is de verschillende economische vrijheden met elkaar te laten convergeren tot één fundamentele vrijheid. Zie bijvoorbeeld Tryfonidou 2010, p. 36-56. Tot op heden is daarvan echter weinig terecht gekomen.

89 Paragraaf 1.7.

nationaliteit vormt de basis voor de verkeersvrijheden.⁹⁰ Dit verbod houdt om te beginnen in dat geen openlijk onderscheid mag worden gemaakt naar herkomst of bestemming van productiefactoren en producten. Maatregelen die een uitdrukkelijk onderscheid naar nationaliteit en herkomst maken zijn verboden. Daarnaast zijn echter ook maatregelen die geen openlijk onderscheid maken, maar die wel eenzelfde effect sorteren, verboden. Het gaat dan om indirecte discriminatie. Voorbeelden hiervan zijn eisen die worden gesteld op het gebied van taal⁹¹ of woonplaats⁹², omdat daarvoor in de regel geldt dat alleen onderdanen van de desbetreffende lidstaat aan die eis kunnen voldoen.⁹³ Indirecte discriminatie was bijvoorbeeld aan de orde in de zaak *Josemans*, waarin de toegang tot coffeeshops werd beperkt tot Nederlands ingezetenen. Volgens het Hof van Justitie werkte deze maatregel hoofdzakelijk ten nadele van burgers van andere lidstaten, aangezien niet-ingezetenen vaak niet-staatsburgers zijn.⁹⁴

4.4.3 Het verbod van belemmerende maatregelen zonder onderscheid

Hoewel het discriminatieverbod de basis vormt voor het vrije verkeer, is de reikwijdte van de vrij-verkeerbepalingen in de rechtspraak van het Hof van Justitie aanzienlijk verruimd. Uit de rechtspraak kan zelfs worden afgeleid dat het accent van het Hof van Justitie bij de toepassing van de regels inzake het vrije verkeer is verschoven van het afschaffen van discriminatie, naar het afschaffen van maatregelen die de toegang tot de markt beperken.⁹⁵ Een belangrijk arrest in dit verband, is het arrest *Säger*. Daarin oordeelde het Hof van Justitie dat artikel 56 VWEU:

‘niet alleen de afschaffing van iedere discriminatie van de dienstverrichter op grond van diens nationaliteit verlangt, maar tevens de opheffing van *iedere beperking* – ook indien deze zonder onderscheid geldt voor binnenlandse dienstverrichters en dienstverrichters uit andere Lid-Staten – die de werkzaamheden van de dienstverrichter die in een andere Lid-Staat is gevestigd en aldaar rechtmatig gelijksoortige diensten verricht, *verbiedt of anderszins belemmert*.’⁹⁶ (curs. JW)

90 Amtenbrink & Vedder 2017, p. 311, Barents & Brinkhorst 2012, p. 469-470, Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 129, en Sauter & Schepel 2009, p. 29.

91 HvJ EG 28 november 1989, C- 379/87, ECLI:EU:C:1989:599 (*Groener*), punt 24.

92 HvJ EG 25 juli 1991, C-288/89, ECLI:EU:C:1991:323 (*Collectieve Antennevoorziening Gouda*), punten 10-11.

93 Amtenbrink & Vedder 2017, p. 311, en Barnard 2016, p. 219.

94 HvJ EU 16 december 2010, C-137/09, ECLI:EU:C:2010:774 (*Josemans*), punt 58.

95 Hatzopoulos 2016, p. 170, Barnard 2016, p. 225-226 en 230, Craig & De Búrca 2015, p. 90-695, en Botman 2015, p. 119.

96 HvJ EG 25 juli 1991, C-76/90, ECLI:EU:C:1991:331 (*Säger*), punt 12. Zie ook HvJ EU 12 juli 2012, C-602/10, ECLI:EU:C:2012:443 (*Volksbank Romania*), punt 73, HvJ EU 29 maart 2011, C-565/08, ECLI:EU:C:2011:188 (*Commissie/Italië*), punt 45, en HvJ EG 20 februari 2001, C-205/99, ECLI:EU:C:2001:107 (*Analir*), punt 21.

De vraag is vervolgens wanneer sprake is van een beperking die het vrije verkeer belemmert. Botman merkt hier na een analyse van de rechtspraak over op dat het Hof van Justitie geen kwantificeerbare ondergrens hanteert die moet worden gehaald om te kunnen spreken van een beperking.⁹⁷ Elke maatregel die op welke manier ook een beperking van het vrije verkeer inhoudt valt dus in beginsel onder de reikwijdte van de regels inzake het vrije verkeer. Het gaat in potentie om een grote groep maatregelen. In dit verband kan worden gewezen op een onderzoek dat Hatzopoulos in 2009 heeft verricht, waarbij hij bijna 500 uitspraken van het Hof van Justitie heeft bestudeerd die betrekking hebben op het vrije dienstenverkeer. Hij komt tot de conclusie dat het Hof van Justitie ten aanzien van slechts twee nationale maatregelen heeft geoordeeld dat geen sprake was van een beperking die in strijd was met het VWEU.⁹⁸

Wie of wat kan een beperking van het vrij verkeer veroorzaken?

Nu is geconstateerd dat het Hof van Justitie snel geneigd is aan te nemen dat een nationale maatregel een beperking inhoudt die het vrije verkeer belemmert, rijst de vraag wie of wat een belemmering van het vrij verkeer kan veroorzaken. Over de wie-vraag kan worden opgemerkt dat dit proefschrift gaat over de bescherming van ondernemers die door een besluit⁹⁹ van de overheid worden getroffen in hun concurrentiebelangen. Dit betekent dat ik vooral geïnteresseerd ben in beperkingen die voortvloeien uit overheidshandelen, in het bijzonder uit wettelijke voorschriften en de toepassing daarvan bij het nemen van besluiten. Hoewel uit de rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat ook feitelijk handelen van de overheid¹⁰⁰ of van organen die aan de overheid zijn gelieerd¹⁰¹ en zelfs handelen van particulieren waartegen door de overheid niet wordt opgetreden¹⁰² het vrije verkeer kunnen belemmeren,¹⁰³ laat ik dat handelen verder buiten beschouwing.

Hierna volgen enkele voorbeelden uit de rechtspraak van het Hof van Justitie, waarin werd geoordeeld dat een overheidshandeling een beperking inhoudt die het vrije verkeer belemmert of minder aantrekkelijk maakt.

97 Botman 2015, p. 119. Zie ook Barnard 2016, p. 226.

98 Hatzopoulos 2012, p. 128-133. Zie ook Botman 2015, p. 121, die naar het onderzoek van Hatzopoulos verwijst.

99 Het begrip besluit moet hierbij enigszins ruim worden uitgelegd. Het gaat bijvoorbeeld ook om regelgevende besluiten die via de band van exceptieve toetsing aan de orde kunnen komen bij de bestuursrechter.

100 HvJ EG 17 april 2007, C-470/03, ECLI:EU:C:2007:213 (*A.G.M.-COS.MET*), punt 56.

101 HvJ EG 5 november 2002, C-325/00, ECLI:EU:C:2002:633 (*Commissie/Duitsland*), punten 19-20, en HvJ EG 24 november 1982, C-249/81, ECLI:EU:C:1982:402 (*Buy Irish*), punten 27-30.

102 HvJ EG 9 december 1997, C-265/95, ECLI:EU:C:1997:595 (*Spaanse aardbeien*), punten 30-31.

103 Barnard 2016, p. 76-78, Botman 2015, p. 122-123, en Dashwood e.a. 2011, p. 430-431.

Hierover bestaat een omvangrijke hoeveelheid rechtspraak van het Hof van Justitie. Het gaat het doel van dit onderzoek te buiten om al die rechtspraak hier uitputtend te bespreken. Het gaat er vooral om te illustreren hoe het nemen van een besluit, waarbij uitvoering wordt gegeven aan (wettelijke) voorschriften, een belemmering kan vormen voor de toegang van een ondernemer tot de markt. Bij het selecteren van uitspraken van het Hof van Justitie is gekozen voor enkele klassiekers en voor uitspraken die specifiek zien op de Nederlandse situatie.

4.4.3.1 Vergunningstelsels

Een belemmering die in het licht van de centrale onderzoeksvraag meteen in het oog springt, vormt het vereiste van een voorafgaande vergunning, als voorwaarde om bepaalde economische activiteiten te mogen verrichten.¹⁰⁴ Een ondernemer die geen vergunning van de autoriteiten van de lidstaat krijgt, kan de voorgenomen economische activiteiten niet uitoefenen en wordt aldus beperkt in zijn toegang tot de markt. In de zaak *Analir* ging het om een Spaanse regeling op grond waarvan het verrichten van cabotagediensten¹⁰⁵ met de eilanden¹⁰⁶ afhankelijk werd gesteld van een voorafgaande administratieve vergunning. Het Hof van Justitie oordeelde dat het vereiste van een voorafgaande vergunning, het verrichten van de dienst belemmert of minder aantrekkelijk maakt en dus een beperking op het vrije verkeer vormt.¹⁰⁷

Een andere zaak waarin het ging om een stelsel van voorafgaande vergunningen is de zaak *Hartlauer*.¹⁰⁸ In die zaak ging het om een Oostenrijkse regeling die voorschreef dat voor het oprichten van een zelfstandige polikliniek een voorafgaande vergunning vereist is. Een vergunning werd echter slechts verleend als er behoefte bestond aan de aan te bieden zorg. Daarbij werd gekeken naar het bestaande zorgaanbod. Een in Duitsland gevestigde vennootschap, Hartlauer, verzocht om toelating voor de oprichting van een zelfstandige tandheelkundige polikliniek in Wenen. Dit verzoek werd afgewezen omdat in Wenen voldoende tandheelkundige zorg voor handen was. Hartlauer was het met de afwijzing niet eens en stapte naar de rechter. De verwijzende rechter legde aan het Hof van Justitie de vraag voor of

104 Van Ommeren 2016, p. 580, Adriaanse e.a. 2016, p. 19, en Hatzopoulos 2016, p. 163. Zie ook C.J. Wolswinkel, annotatie bij HvJ EU 3 juni 2010, C-258/08, ECLI:EU:C:2010:308 (*Ladbroke's*), JB 2010/170, punt 4.

105 Cabotage wordt in de Van Dale gedefinieerd als binnenlands vervoer door buitenlandse transporteurs.

106 Onder het begrip cabotage met de eilanden wordt volgens de Spaanse wet verstaan: het vervoer over zee van passagiers tussen havens op het vasteland en een of meer eilanden, alsook tussen havens op eilanden onderling.

107 HvJ EG 20 februari 2001, C-205/99, ECLI:EU:C:2001:107 (*Analir*), punt 22. Zie voor een bespreking van dit arrest Van der Beek 2001, p. 249-252.

108 HvJ EG 10 maart 2009, C-169/07, ECLI:EU:C:2009:141 (*Hartlauer*). Zie voor een bespreking van dit arrest Maasdam & Sluijs 2009, p. 214-219. Zie ook Dashwood e.a. 2011, p. 50.

de hiervoor bedoelde regeling in strijd was met de door artikel 49 VWEU gewaarborgde vrijheid van vestiging. Het Hof van Justitie oordeelde dat de bijkomende administratieve en financiële lasten die gepaard gingen met de verkrijging van de noodzakelijke voorafgaande vergunning alsmede de behoeftetoets die ertoe strekt het aantal dienstverrichters te beperken ondernemingen uit andere lidstaten die hun zorgactiviteiten via een vaste inrichting in Oostenrijk willen uitoefenen afschrikt, zo niet belemmert.¹⁰⁹ Het Hof kwam dan ook tot de conclusie dat de Oostenrijkse regeling de vrijheid van vestiging beperkt in de zin van artikel 49 VWEU.¹¹⁰

4.4.3.2 *Schaarse vergunningen*

Van de hiervoor genoemde ‘behoeftetoets’ is het maar een kleine stap naar schaarse vergunningen. Vergunningen zijn schaars als het aantal voor verlening beschikbare vergunningen beperkt is tot een maximum (plafond) en het aantal aanvragers dat voor vergunningverlening in aanmerking komt, groter is dan dit maximum.¹¹¹ Bij de verdeling van deze vergunningen geldt dat zelfs als een aanvrager voldoet aan alle vereisten om voor een vergunning in aanmerking te komen, hij de vergunning niet zonder meer krijgt, om het enkele feit dat het aantal vergunningen beperkt is.¹¹² Een dergelijke vergunningenplafond vormt dan ook een extra belemmering van het vrije verkeer.¹¹³ Interessant in het kader van de verdeling van schaarse vergunningen zijn de zaken *Ladbroke*¹¹⁴ en *Betfair*¹¹⁵ waarin het Hof van Justitie vragen van de Hoge Raad en de Afdeling over het Nederlandse stelsel van exclusieve kansspelvergunningen beantwoordde.¹¹⁶ In Nederland mag niet iedereen zomaar een loterij organiseren of een casino beginnen. In de Wet op de kansspelen (Wks) is een algemeen verbod op het organiseren van en deelnemen aan kansspelen opgenomen. De Wks geeft echter de mogelijkheid om een ontheffing te verlenen van dit verbod in de vorm van een vergunning, waaraan eventueel voorschriften kunnen worden verbonden. Voor vrijwel alle in de Wks genoemde kansspelen is het aantal vergunningen dat

109 HvJ EG 10 maart 2009, C-169/07, ECLI:EU:C:2009:141 (*Hartlauer*), punten 34-38.

110 HvJ EG 10 maart 2009, C-169/07, ECLI:EU:C:2009:141 (*Hartlauer*), punt 39.

111 Wolswinkel 2013, p. 25. Zie ook Van Rijn van Alkemade 2016, p. 3, Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 19, en Van Ommeren 2004, p. 2.

112 Adriaanse 2016, p. 3.

113 Aldus ook Van Ommeren 2016, p. 580.

114 HvJ EU 3 juni 2010, C-258/08, ECLI:EU:C:2010:308 (*Ladbroke*).

115 HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307 (*Betfair*), AB 2011/17, m.nt. A. Buijze. Het arrest is ook bekend onder de naam *Sporting Exchange*. Zie voor een bespreking van dit arrest Drahmman 2015, hoofdstuk 5, Heijnsbroek 2013, p. 334-338, Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 1858, Drahmman 2011, p. 277, en Van der Beek 2010 p. 305-317.

116 Zie over het Nederlandse vergunningensysteem voor kansspelen Adriaanse, Barkhuysen en Van den Bogaert 2011, p. 160.

kan worden vergeven beperkt tot één.¹¹⁷ Zo had de Stichting de Nationale Sporttotalisator (de Lotto) de exclusieve vergunning voor het organiseren van sportprijsvragen en krasloterijen.¹¹⁸ In de zaak *Ladbroke's* ging het om een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming die sportgerelateerde kansspelen aanbood via internet. Daarnaast bestond de mogelijkheid om via een gratis telefoonnummer aan de door haar georganiseerde weddenschappen deel te nemen. Deze manier van aanbieden maakte het mogelijk dat ook Nederlandse ingezetenen aan de door Ladbroke's georganiseerde weddenschappen konden meedoen. De Lotto vond dat daarmee een inbreuk werd gemaakt op het Nederlandse verbod om sportprijsvragen te organiseren, behoudens de exclusieve vergunning die aan haar was verleend. Zij vorderde daarom bij de civiele rechter dat Ladbroke's zou worden verplicht haar *website* ontoegankelijk te maken voor Nederlandse ingezetenen.

Ook in de zaak *Betfair* ging het om een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming die over een vergunning beschikte om in die lidstaat kansspelen aan te bieden via internet. Betfair wilde haar diensten echter ook op de Nederlandse markt aanbieden en vroeg daarom een vergunning aan. Deze werd geweigerd onder verwijzing naar het gesloten vergunningstelsel van de Wks. Betfair maakte bezwaar tegen de afwijzing van haar aanvragen en tegen de verlenging van de vergunningen van de Lotto en SGR, die ondertussen had plaatsgevonden. In beide zaken vroeg de verwijzende rechter zich af of het gesloten vergunningstelsel van de Wks als zodanig verenigbaar was met het vrij verkeer van diensten (thans artikel 56 VWEU).¹¹⁹ De eerste vraag die in beide zaken werd gesteld was dan ook of artikel 56 VWEU zich verzet tegen het Nederlandse gesloten vergunningstelsel voor kansspelvergunningen. Het Hof van Justitie oordeelde dat een regeling van een lidstaat die een exclusief recht op de organisatie van kansspelen toekent aan één marktdeelnemer en elke andere marktdeelnemer, waaronder een in een andere lidstaat gevestigde marktdeelnemer, verbiedt om op het grondgebied van eerstgenoemde lidstaat via internet diensten aan te bieden die

117 Een iets ander regime geldt voor het aanwezig hebben van kansspelautomaten. Daarvoor geldt in de eerste plaats dat niet de raad van bestuur van de kansspelautoriteit vergunning kan verlenen, maar de burgemeester (artikel 30b Wks). Ook is het aantal aanwezigheidsvergunningen dat kan worden verleend niet geregeld in de Wks. Ten aanzien van aanwezigheidsvergunningen voor kansspelautomaten moet een onderscheid worden gemaakt tussen kansspelautomaten in 'hoogdrempelige horeca' (o.a. cafés en restaurants) en kansspelautomaten in speelhallen. Voor deze laatste categorie geldt dat daarvoor alleen een vergunning kan worden verleend als de gemeenteraad dit bij verordening heeft toegestaan. Gemeente kunnen zelf beslissen of zij regels vaststellen ten aanzien van het verlenen van aanwezigheidsvergunningen ten behoeve van speelhallen. In die regels kunnen zij allerlei beperkingen stellen, onder andere ten aanzien van het aantal te verlenen vergunningen. Dit maakt dat ook aanwezigheidsvergunningen voor speelautomaten in speelhallen in potentie schaars zijn.

118 Krasloterijen zijn in de Wks aangeduid als instantloterijen.

119 HR 13 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC8970, *NJB* 2008, 1395, en ABRvS 14 mei 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD1483.

onder dit stelsel vallen een beperking vormt van het door artikel 56 VWEU beschermde vrije verkeer van diensten.¹²⁰

4.4.3.3 Materiële eisen

Bij de hiervoor besproken beperkingen ging het om beperkingen die uitgaan van de uitoefening van de bevoegdheid als zodanig om besluiten in de zin van artikel 1:3 Awb te nemen. Het enkele feit dat een vergunning vereist is of dat het aantal vergunningen beperkt is, vormt al een beperking. Gezegd zou kunnen worden dat het gaat om beperkingen van formele aard. Het kan echter ook zo zijn dat de beperking schuilt in de toepassing van voorschriften bij de uitoefening van de bevoegdheid om een besluit te nemen, op grond waarvan bijvoorbeeld aan bepaalde voorwaarden moet zijn voldaan om voor een vergunning in aanmerking te komen. De beperking bevindt zich dan op een ander niveau. Het gaat om beperkingen van meer materiële aard. Ik noem enkele voorbeelden.

In *Nertsvoederfabriek Nederland* ging het om een nationale wettelijke regeling die (1) het verwerken van slachtafval voorbehoudt aan de houders van een destructievergunning, (2) de vergunninghouders belast met het onschadelijk maken van alle destructiemateriaal en (3) producenten van slachtafval verplicht dit uitsluitend aan die vergunninghouders af te staan tegen een door de vergunninghouders te betalen vergoeding. Naar het oordeel van het Hof van Justitie hield deze wettelijke regeling een belemmering van het vrij verkeer van goederen in, omdat deze regeling in feite een uitvoerbeperking inhoudt.¹²¹

Een ander voorbeeld biedt de zaak *Alpine Investments*. In die zaak oordeelde het Hof van Justitie dat een door de Nederlandse minister van Financiën aan een financiële dienstverlener opgelegd verbod op telefonische colportage voor financiële diensten (*cold calling*) bij potentiële klanten in Nederland én in andere landen een belemmering vormde van het vrij verkeer van diensten, omdat het verbod de toegang tot de dienstenmarkt in andere lidstaten belemmerde.¹²²

Een recenter voorbeeld van een materiële eis die belemmerend werkt kan worden gevonden in de al genoemde zaak *Josemans*. In deze zaak ging het om het coffeeshopbeleid van de gemeente Maastricht. Met het oog op het beperken van (de overlast door) drugstoerisme was in de APV van Maastricht een ingezetenen criterium opgenomen. Dit hield in dat het voor de houder van een coffeeshop verboden was andere personen dan ingezetenen van Nederland in de coffeeshop toe te laten en daar te laten verblijven. Omdat uit controles was gebleken dat Josemans ook niet-ingezetenen toegang gaf tot zijn coffee-

120 HvJ EU 3 juni 2010, C-258/08, ECLI:EU:C:2010:308 (*Ladbroke's*), punt 16, en HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307 (*Betfair*), punt 24.

121 HvJ EG 6 oktober 1987, C-118/86, ECLI:EU:C:1987:424 (*Nertsvoederfabriek Nederland*), punten 10 en 11.

122 HvJ EG 10 mei 1995, C-384/93, ECLI:EU:C:1995:126 (*Alpine Investments*), punten 28 en 35.

shop besloot de burgemeester de coffeeshop tijdelijk te sluiten. Josemans ging tegen die beslissing in beroep en voerde aan dat het ingezetenen criterium in strijd was met het vrij verkeer van diensten en goederen. Het Hof van Justitie bepaalde allereerst dat een houder van een coffeeshop in het kader van zijn activiteit van verkoop van verdovende middelen – hoewel gedoogd, een illegale activiteit – zich niet kan beroepen op de verkeersvrijheden.¹²³ Voor zover in de coffeeshop alcoholvrije drank en etenswaren werden verkocht, toetste het Hof van Justitie wel aan de vrij-verkeerbepalingen. Geoordeeld werd dat de maatregel, die als onderscheidend criterium de woon- of verblijfplaats hanteert, een verkapte vorm van discriminatie inhoudt, omdat dit hoofdzakelijk ten nadele van andere lidstaten kan werken.¹²⁴ Er was aldus sprake van een beperking van het vrij verkeer van diensten.

4.4.3.4 *Niet altijd een belemmering*

Voor een compleet beeld is het van belang erop te wijzen dat niet elke maatregel die in acht moet worden genomen door een marktdeelnemer volgens het Hof van Justitie een beperking van het vrije verkeer vormt.¹²⁵ Gewezen kan worden op de zaak *ARGE*. Deze zaak betrof een door het Oostenrijkse Bondsministerie van Land- en Bosbouw georganiseerde openbare aanbestedingsprocedure voor monsternemingen en analyses van water van een aantal Oostenrijkse meren en rivieren. Behalve door *ARGE* werden ook aanbiedingen gedaan door dienstverleners uit de openbare sector. *ARGE* kwam hiertegen op, omdat die dienstverleners hoge overheidssubsidies ontvangen en daardoor aanbiedingen kunnen doen met prijzen die veel lager zijn dan die van hun mededingers die geen subsidie ontvangen, zoals *ARGE*. Het Hof van Justitie oordeelde dat het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers als zodanig geen beletsel vormt voor de deelneming van openbare lichamen aan een procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten, omdat een inschrijver in de loop van een selectieprocedure kan worden uitgesloten wanneer de aanbestedende dienst van oordeel is dat hij staatssteun heeft ontvangen die niet in overeenstemming is met het EG-Verdrag, en dat de verplichting de onwettige steun terug te betalen een risico voor zijn financiële gezondheid zou kunnen zijn, zodat deze inschrijver kan worden geacht niet de vereiste financiële of economische waarborgen te bieden.¹²⁶ Het Hof van Justitie oordeelde verder dat steun over het algemeen wordt toegekend aan ondernemingen die op het grondgebied van de steunverlenende lidstaat zijn gevestigd. De praktijk en de ongelijke behandeling die daaruit voortvloeit voor de ondernemingen van andere lidstaten zijn dus inherent aan staatssteun. Op zich kunnen steunmaatregelen evenwel niet als een verkapte discriminatie noch als een beperking van het vrij verrichten van diensten in

123 HvJ EU 16 december 2010, C-137/09, ECLI:EU:C:2010:774 (*Josemans*), punt 53.

124 HvJ EU 16 december 2010, C-137/09, ECLI:EU:C:2010:774 (*Josemans*), punt 58.

125 Botman 2015, p. 120-121.

126 HvJ EG 7 december 2000, C-94/99, ECLI:EU:C:2000:677(*ARGE*), punten 29 en 30.

de zin van artikel 56 VWEU worden aangemerkt.¹²⁷ Kortom, een subsidiestelsel vormt naar het oordeel van het Hof van Justitie als zodanig in beginsel geen beperking van de vrijheid om een economische activiteit te verrichten.

4.4.3.5 *Tussenconclusie en vooruitblik*

Bovenstaande beknopte selectie uit de rechtspraak van het Hof van Justitie is voldoende om te laten zien dat vergunningstelsels, op grond waarvan voor het uitoefenen van bepaalde economische activiteiten een vergunning of ontheffing noodzakelijk is, een beperking inhouden van het vrije verkeer. Daarmee is overigens niet gezegd dat de overheid geen vergunningen meer mag eisen voor economische activiteiten. Dat zou immers tot de onaanvaardbare consequentie leiden dat de overheid niet meer met het oog op de behartiging van het algemeen belang maatregelen kan treffen. Wel is het dus zo dat de overheid regelmatig het vrij verkeer belemmert en de concurrentiepositie van ondernemingen beïnvloedt. In de rechtspraak van het Hof van Justitie hebben zich in dat verband rechtvaardigingsgronden ontwikkeld voor belemmeringen van de verkeersvrijheden. Deze komen in de volgende paragraaf aan de orde.

4.4.4 Gerechtvaardigde belemmeringen

Omdat vrijwel elk overheidshandelen een (potentiële) belemmering van het vrije verkeer vormt, zou het strikt naleven van de vrij-verkeerbepalingen betekenen dat de overheid geen gebruik meer kan maken van de bevoegdheden om economische activiteiten te reguleren. Dat is uiteraard nooit de bedoeling geweest van de Europese wetgever. Maatregelen die het vrije verkeer belemmeren kunnen onder omstandigheden daarom worden gerechtvaardigd.

4.4.4.1 *Rechtvaardiging van discriminatoire maatregelen*

In de eerste plaats voorziet het VWEU in een aantal limitatief opgesomde rechtvaardigingsgronden voor discriminatoire maatregelen. In het geval van bijzondere belangen die in het geding zijn, kunnen maatregelen die onderscheid maken naar nationaliteit of herkomst worden gerechtvaardigd.¹²⁸ Het gaat om uitzonderingen die gelden voor maatregelen ter bescherming van onder andere de openbare zeden, openbare orde en veiligheid, de volksgezondheid, intellectuele eigendom en cultuurgooederen. Omdat het gaat om uitzonderingen op de hoofdregel dat discriminatie verboden is, legt het Hof van Justitie de rechtvaardigingsgronden beperkt uit en moet een lidstaat bewijzen dat alle voorwaarden voor het maken van een uitzondering zijn

127 HvJ EG 7 december 2000, C-94/99, ECLI:EU:C:2000:677 (ARGE), punt 36.

128 Deze uitzonderingen zijn opgesomd in de artikelen 36 (goederen), 51 tot en met 54 (personen), 62 (diensten) en 65 (kapitaal) VWEU.

vervuld.¹²⁹ Voorts mag de nationale maatregel geen middel tot willekeurige discriminatie of een verkapte beperking van de handel tussen de lidstaten vormen. Deze voorwaarde functioneert als een evenredigheidstoets¹³⁰ en leidt er toe dat het niet goed denkbaar is dat een uitzondering zal worden gemaakt voor een maatregel die *direct* onderscheid maakt. Onder strikte voorwaarden kan dus alleen een maatregel die *indirect* onderscheid maakt naar nationaliteit of herkomst worden gerechtvaardigd.

4.4.4.2 Rechtvaardiging van maatregelen zonder onderscheid

Naast de rechtvaardigingsgronden opgenomen in het VWEU, heeft het Hof van Justitie in de loop der jaren verschillende maatregelen die het vrije verkeer belemmeren gerechtvaardigd geacht op aan het algemeen belang ontleende gronden.¹³¹ Deze rechtvaardigingsgronden gelden, anders dan de in het VWEU opgesomde rechtvaardigingsgronden, niet voor discriminatoire maatregelen, maar juist voor maatregelen die geen onderscheid maken naar nationaliteit of herkomst.¹³² Een ander belangrijk verschil met de in het VWEU opgesomde rechtvaardigingsgronden is dat het om een niet-limitatieve lijst gaat.

4.4.4.3 De 'rule of reason'

In het arrest *Cassis de Dijon* heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat bij gebrek aan harmonisatie op een bepaald terrein:

'[b]elemmeringen van het intracommunautaire verkeer als gevolg van dispariteiten van de nationale wettelijke regelingen op de verhandeling der betrokken produkten, moeten worden aanvaard voor zover *dringende behoeften*, onder meer verband houdend met de doeltreffendheid der fiscale controles, de bescherming van de volksgezondheid, de eerlijkheid der handelstransacties en de bescherming van consumenten, ze noodzakelijk maken.'¹³³ (curs. JW)

129 Craig & De Búrca 2015, p. 696, Barents & Brinkhorst 2012, p. 500, en Sauter & Schepel 2009, p. 29.

130 Amtenbrink & Vedder 2017, p. 335.

131 Ook heeft het Hof uitzonderingen aanvaard voor verkoopmodaliteiten (Keck-uitzondering; HvJ EG 24 november 1993, C-267/91 en C-268/91, ECLI:EU:C:1993:905 (*Keck en Mithouard*), punten 16-17) en voor het geval causaal verband tussen een maatregel en de belemmering ontbreekt (Peralta-uitzondering, HvJ EG 14 juli 1994, C-379/92, ECLI:EU:C:1994:296 (*Peralta*), punt 24). Deze uitzonderingen blijven buiten beschouwing, omdat op grond daarvan bepaalde maatregelen niet als beperking van de verkeersvrijheden worden aangemerkt en dus strikt genomen geen sprake is van een rechtvaardiging van een beperking.

132 Zie over dit onderscheid Dashwood e.a. 2011, p. 442, 573-574. Zie kritisch over dit onderscheid Craig & De Búrca 2015, p. 705.

133 HvJ EG 20 februari 1979, C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42 (*Cassis de Dijon*), punt 8. Het arrest *Cassis de Dijon* is ook bekend onder de naam *Rewe Zentral*. Zie ook HvJ EG 10 november 1982, C-261/81, ECLI:EU:C:1982:382 (*Rau*), punt 12.

In de zaak *Cassis de Dijon* ging het om het vrij verkeer van goederen, maar het Hof van Justitie heeft eenzelfde uitzondering ook toegepast in het kader van het vrij verkeer van diensten en vestiging. Zo overwoog het Hof in de zaak *Van Binsbergen* reeds dat:

‘evenwel, in verband met de bijzondere aard van sommige diensten, niet als onverenigbaar met het Verdrag kunnen worden beschouwd specifieke eisen welke aan de dienstverrichter worden gesteld wegens de toepasselijkheid van beroepsregels die hun grond vinden in het algemeen belang – met name regels betreffende organisatie, bekwaamheid, beroepsethiek, toezicht en aansprakelijkheid – en die voor iedereen gelden die gevestigd is op het grondgebied van de Staat waar de dienst wordt verricht, voor zover zulke eisen nodig zijn om te voorkomen dat de dienstverrichter door zijn vestiging in een andere Lid-Staat aan de greep van die regels zou ontsnappen.’¹³⁴

Het Hof heeft deze uitzondering bevestigd in het arrest *Säger*, waarin het overwoog dat:

‘Gelet op de bijzondere aard van bepaalde dienstverrichtingen, kunnen specifieke eisen die aan de dienstverrichter worden gesteld op grond dat de toepassing van de voor de betrokken werkzaamheden geldende regels zulks vereist, niet onverenigbaar met het Verdrag worden geacht. Als grondbeginsel van het Verdrag kan het vrij verrichten van diensten echter slechts worden beperkt door regelingen die hun *rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang* en die gelden voor iedere persoon of onderneming die op het grondgebied van de Lid-Staat van ontvangst werkzaam is, voor zover dit belang niet wordt gewaarborgd door de regels waaraan de dienstverrichter is onderworpen in de Lid-Staat waar hij is gevestigd. De gestelde eisen moeten in het bijzonder objectief noodzakelijk zijn om de naleving van de beroepsregels en de bescherming van de ontvanger van de dienst te waarborgen, en mogen niet verder gaan dan ter bereiking van deze doelstellingen noodzakelijk is.’¹³⁵ (curs. JW)

De ‘Cassis-uitzondering’ houdt in dat wanneer – bij gebrek aan harmonisatie op een bepaald terrein – een nationale maatregel die zonder onderscheid van toepassing is en die op grond van dwingende vereisten noodzakelijk is, niet onder de werking van de in de vorige paragraaf genoemde vrij-verkeerbepalingen valt. Deze uitzondering is bekend geworden als de ‘*rule of reason*’. Bij toepassing van de ‘*rule of reason*’ wordt het belang van marktintegratie afgewogen tegen andere algemene belangen. Sauter en Schepel wijzen er op dat de toepassing van de ‘*rule of reason*’ in de loop der jaren is veranderd.¹³⁶ Aanvankelijk was toepassing ervan vooral gericht op marktintegratie in een situatie met uiteenlopende nationale regelgeving in de lidstaten. Met behulp van de ‘*rule of reason*’ werd gezocht naar een balans tussen de verschillende nationale wettelijke regimes en de uiteenlopende redenen die daarin als dwingend werden aangemerkt. Inmiddels is de marktintegratie in vergaande mate voltooid, en is toepassing van de ‘*rule of reason*’ veel meer

134 HvJ EG 3 december 1974, C-33/74, ECLI:EU:C:1974:131 (*Van Binsbergen*), punt 13.

135 HvJ EG 25 juli 1991, C-76/90, ECLI:EU:C:1991:331 (*Säger*), punt 15. Zie ook HvJ EG 17 december 1981, C-279/80, ECLI:EU:C:1981:314 (*Webb*), punt 20.

136 Sauter en Schepel 2009, p. 40-41.

gericht op marktregulering en wordt vooral gezocht naar een balans tussen de verschillende belangen die de Europese Unie beoogt te behartigen en te beschermen. Daarbij gaat het om een afweging tussen, enerzijds, het belang van een openmarkteconomie met eerlijke mededinging en, anderzijds, allereerst andere politieke en sociale belangen.¹³⁷

4.4.4.4 Toetsingskader

In de rechtspraak van het Hof van Justitie is een algemeen toetsingskader geformuleerd aan de hand waarvan moet worden beoordeeld of een nationale maatregel die feitelijk een beperking inhoudt van de in het VWEU gewaarborgde fundamentele vrijheden toch is toegestaan. Een beperking is slechts toelaatbaar als deze (1) zonder discriminatie wordt toegepast, (2) gerechtvaardigd is wegens dwingende redenen van algemeen belang, (3) geschikt is om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en (4) niet verder gaat dan nodig is voor het bereiken van dat doel.¹³⁸ Het eerste vereiste spreekt redelijk voor zich en wordt hierna daarom niet verder besproken. De andere vereisten komen hierna achtereenvolgens aan de orde, waarbij het derde en vierde vereiste samen worden behandeld als het evenredigheidsvereiste.

4.4.5 Dwingende redenen van algemeen belang

Het begrip dwingende redenen van algemeen belang is een ruim begrip. Het omvat in elk geval de in het VWEU opgesomde dwingende redenen van algemeen belang, zoals de bescherming van de openbare orde, veiligheid en volksgezondheid, die een beperking van de verkeersvrijheden kunnen rechtvaardigen.¹³⁹ In de rechtspraak van het Hof van Justitie is het begrip echter fors uitgebreid.¹⁴⁰ Voorbeelden daarvan zijn de bescherming van

¹³⁷ Aldus ook Amtenbrink & Vedder 2017, p. 337-338, en Barnard 2016, p. 174.

¹³⁸ HvJ EG 6 november 2003, C-243/01, ECLI:EU:C:2003:597 (*Gambelli*), punt 64, HvJ EG 30 november 1995, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 (*Gebhard*), punt 37, HvJ EG 25 juli 1991, C-76/90, ECLI:EU:C:1991:331 (*Säger*), punt 15, HvJ EG 20 september 1988, C-302/86, ECLI:EU:C:1988:421 (*Deense Flessen*), punt 6, en HvJ EG 10 november 1982, C-261/81, ECLI:EU:C:1982:382 (*Rau*), punt 12. Zie over dit toetsingskader bijvoorbeeld Barnard 2016, p. 179-194 (goederen) en p. 489-491 (diensten), en Dashwood e.a. 2011, p. 441-446 (goederen), p. 574-577 (diensten). Craig & De Búrca 2015, p. 834, voegen aan deze eisen nog een extra vereiste toe. Een maatregel is alleen gerechtvaardigd als deze de fundamentele rechten respecteert. Dit volgt uit HvJ EG 11 juli 2002, C-60/00, ECLI:EU:C:2002:434 (*Carpenter*), punt 40.

¹³⁹ Artikelen 36 (goederen) en 62 (diensten) VWEU.

¹⁴⁰ HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307 (*Betfair*), punt 26, HvJ EG 8 september 2009, C-42/07, ECLI:EU:C:2009:519 (*Liga Portuguesa de Futebol Profissional en Bwin International*), punt 56. Barnard 2016, p. 150, merkt op dat deze uitbreiding noodzakelijk was, omdat artikel 36 VWEU uit de jaren vijftig van de vorige eeuw stamt en de samenleving zich sindsdien heeft ontwikkeld, waardoor andere waarden, zoals het milieu en consumentenbescherming, belangrijk zijn geworden.

consumenten en werknemers, dierenwelzijn, de bescherming van intellectuele eigendom, het bestrijden van fraude, het waarborgen van de vrijheid van meningsuiting en het vermijden van maatschappelijke problemen in het algemeen. De lijst heeft een open einde.¹⁴¹ Lidstaten hebben dan ook veel vrijheid om te bepalen wat een dwingende reden van algemeen belang is.¹⁴² Die vrijheid wordt groter, naarmate de morele, religieuze en culturele verschillen die tussen lidstaten over een bepaald onderwerp bestaan groter zijn.¹⁴³ Dit is bijvoorbeeld het geval als het gaat om kansspelen. Het Hof van Justitie stelt als ondergrens wel dat maatregelen die een economisch belang nastreven¹⁴⁴ of die als doel hebben de inkomsten voor de schatkist te maximaleren op zich een beperking van de verkeersvrijheden niet kunnen rechtvaardigen.¹⁴⁵ Voor zover echter een maatregel die in de eerste plaats doelstellingen betreffende dwingende vereisten van algemeen belang nastreeft als bijkomend effect heeft dat deze ten goede komt aan de begroting van de lidstaat, staat dat niet aan rechtvaardiging van de beperking in de weg.¹⁴⁶

4.4.6 Evenredigheid

Het bestaan van een dwingende reden van algemeen belang is op zichzelf niet voldoende om een beperking van de verkeersvrijheden te rechtvaardigen. De maatregel moet bovendien evenredig zijn. Dit houdt in dat de beperkende maatregel (1) geschikt moet zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en (2) niet verder mag gaan dan noodzakelijk is voor het bereiken van dat doel (proportioneel).¹⁴⁷ Bij de beoordeling of dit het geval is laat het Hof van Justitie lidstaten aanzienlijk minder ruimte dan bij de beoordeling of sprake is van een dwingende reden van algemeen belang.¹⁴⁸

4.4.6.1 *Geschiktheid van de maatregel: consistent beleid*

Bij de beoordeling of een maatregel die een beperking van de verkeersvrijheden inhoudt geschikt is om het nagestreefde doel te bereiken, gaat het Hof van Justitie onder meer na of de maatregel past in het beleid dat wordt

141 Barnard 2016, p. 174.

142 Barnard 2016, p. 174, Hatzopoulos 2016, p. 170, en Craig & De Búrca 2015, p. 833.

143 HvJ EU 11 juni 2015, C-98/14, ECLI:EU:C:2015:386 (*Berlington*), punt 56, en HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307 (*Betfair*), punt 28.

144 HvJ EG 28 april 1998, C-120/95, ECLI:EU:C:1998:167 (*Decker*), punt 39, en HvJ EG 28 april 1998, C-158/96, ECLI:EU:C:1998:171 (*Kohl*), punt 41. Zie ook Barnard 2016, p. 74, en Craig & De Búrca 2015, p. 833.

145 HvJ EU 30 april 2014, C-390/12, ECLI:EU:C:2014:281 (*Pfleger*), punt 64, en HvJ EU 15 september 2011, C-347/09, ECLI:EU:C:2011:582 (*Dickinger en Ömer*), punt 55.

146 HvJ EU 11 juni 2015, zaak nr. C-98/14, ECLI:EU:C:2015:386 (*Berlington*), punt 60, en HvJ EG 6 november 2003, C-243/01, ECLI:EU:C:2003:597 (*Gambelli*), punt 62.

147 Barnard 2016, p. 179 en 489, en Dashwood e.a. 2011, p. 445-446.

148 Hatzopoulos 2016, p. 171.

gevoerd. Een maatregel is slechts geschikt wanneer de verwezenlijking van het betrokken doel op coherente en systematische wijze wordt nagestreefd.¹⁴⁹ In dit verband wordt wel gesproken van de ‘hypocrisietest’.¹⁵⁰ Bij deze test wordt gekeken naar het doel dat wordt nagestreefd en het geheel van regels en beleid dat wordt gebruikt om dat doel na te streven. De voorliggende maatregel moet passen binnen dit beleid. Ter illustratie kan worden gewezen op de al eerder genoemde zaak *Ladbroke*s. In die zaak ging het om de beoordeling van het Nederlandse gesloten vergunningstelsel voor kansspelen, waarbij slechts één vergunning per kansspel werd vergeven. Het doel van dit stelsel is het beteugelen van gokverslaving en de bescherming van de maatschappelijke orde door het tegengaan van fraude. De Hoge Raad vroeg zich echter af of deze nationale regeling een samenhangend en stelselmatig beleid waarborgt, nu de Wks weliswaar de hiervoor genoemde doelstellingen nastreeft, maar tegelijkertijd marktdeelnemers die reeds een exclusieve vergunning hebben toestaat nieuwe kansspelen te introduceren en gebruik te maken van reclame om hun aanbod op de markt aantrekkelijk te maken.¹⁵¹ Wolswinkel wijst er op dat het hier om een tweede ‘beperking’ van het vrije verkeer gaat. Het gaat dan niet om de beperking die uitgaat van het aantal vergunningen, maar om een beperking die uitgaat van de schaarse vergunning zelf.¹⁵² Als de schaarse vergunning zelf geen beperkingen kent ten aanzien van de te ondernemen activiteiten, dan gaat daarvan een (tweede) beperking uit voor andere (potentiële) marktdeelnemers. Het gaat dan immers om de keuze van de overheid om op grond van een reeds afgegeven vergunning het kansspel aanbod uit te breiden, in plaats van een tweede vergunning te verlenen voor een ‘nieuw’ kansspel. In dit licht wijst Wolswinkel er terecht op dat het logisch is om de beperking ten aanzien van het aantal vergunningen in samenhang met (het ontbreken van) beperkingen die van de schaarse vergunning zelf uitgaan te bezien. De vraag in de zaak *Ladbroke*s was dan ook of de beperking die uitgaat van de regeling die het voor een marktdeelnemer die een exclusieve vergunning heeft mogelijk maakt om nieuwe kansspelen te introduceren en gebruik te maken van reclame om zijn aanbod op de markt aantrekkelijker te maken evenzeer gerechtvaardigd was. Het Hof van Justitie heeft er in dit verband op gewezen dat een gecontroleerd expansiebeleid in de kansspelsector zeer wel in logisch verband kan staan met de doelstelling om spelers van clandestiene

149 HvJ EU 11 juni 2015, C-98/14, ECLI:EU:C:2015:386 (*Berlington*) punt 64, HvJ EU 12 juli 2012, C-176/11, ECLI:EU:C:2012:454 (*HIT en HIT LARIX*), punt 22, HvJ EU 16 december 2010, C-137/09, ECLI:EU:C:2010:774 (*Josemans*) punt 70, HvJ EG 8 september 2009, C-42/07, ECLI:EU:C:2009:519 (*Liga Portuguesa de Futebol Profissional en Bwin International*), punt 61, en HvJ EG 10 maart 2009, C-169/07, ECLI:EU:C:2009:141 (*Hartlauer*), punt 55.

150 Steyger, Botman & Geursen, 2011, p. 943, Van der Beek 2010, p. 309, en De Koning & Van der Beek 2005, p. 154.

151 HvJ EU 3 juni 2010, C-258/08, ECLI:EU:C:2010:308 (*Ladbroke*s), punt 24.

152 C.J. Wolswinkel, annotatie bij HvJ EU 3 juni 2010, C-258/08, ECLI:EU:C:2010:308 (*Ladbroke*s), JB 2010/170, punt 4.

spelen en weddenschappen, die als zodanig verboden zijn, aan te trekken tot niet-clandestiene spelen en weddenschappen.¹⁵³ Het is echter aan de verwijzende rechter om te beoordelen of de nationale regeling die het toestaat om nieuwe kansspelen te introduceren en reclame te maken, past binnen het kader van een gecontroleerd expansiebeleid in de kansspelsector.¹⁵⁴ Daarbij moet worden beoordeeld of de beperkingen die uitgaan van de nationale regeling (in dit geval het uitbreiden van de kansspelen en het maken van reclame) en die worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang, geschikt zijn om deze doelstellingen te verwezenlijken. Dit wil zeggen dat deze beperkingen ertoe moeten bijdragen dat de activiteiten met betrekking tot weddenschappen op samenhangende en stelselmatige wijze worden beperkt. Er moet met andere woorden sprake zijn van consistent beleid.

4.4.6.2 Proportionaliteit van de maatregel: nuttig effect en transparantie

Bij de beoordeling of een maatregel die een beperking van de verkeersvrijheden behelst proportioneel is, gaat het Hof van Justitie onder meer na of de maatregel het Unierecht niet van zijn nuttig effect berooft. Waar het om gaat, is dat een beperkende maatregel niet beperkender mag zijn dan noodzakelijk, omdat die anders zijn doel voorbij schiet. Dit betekent bijvoorbeeld dat een vergunningstelsel gebaseerd moet zijn op objectieve criteria die niet-discriminerend en vooraf kenbaar zijn.¹⁵⁵ Deze eis is beter bekend als het transparantievereiste.¹⁵⁶ Dit vereiste stelt als het ware grenzen aan de beperkende maatregel, in die zin dat elke geïnteresseerde een eerlijke en gelijke kans moet hebben om een vergunning te krijgen. In dit verband is opnieuw de zaak *Betfair* interessant.

In de zaak *Betfair* stelde de Afdeling het Hof van Justitie de vraag of de rechtspraak van het Hof van Justitie – waarin is geoordeeld dat het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting door concessieverlenende overheidsinstanties in acht moeten worden genomen¹⁵⁷ – ook van toepassing is op vergunningverlening op grond van de Wks. Voorts vroeg de Afdeling of het verlengen van een dergelijke vergunning zonder dat potentiële gegadigden de kans krijgen mee te dingen

153 HvJ EU 3 juni 2010, C-258/08, ECLI:EU:C:2010:308 (*Ladbrokes*), punt 25, en HvJ EG 6 maart 2007, C-338/04, C-359/04 en C-360/04, ECLI:EU:C:2007:133 (*Placanica*), punt 55.

154 HvJ EU 3 juni 2010, C-258/08, ECLI:EU:C:2010:308 (*Ladbrokes*), punt 27. Dit sluit aan bij HvJ EG 6 november 2003, C-243/01, ECLI:EU:C:2003:597 (*Gambelli*), punt 67.

155 HvJ EU 12 juli 2012, C-176/11, ECLI:EU:C:2012:454 (*HIT en HIT LARIX*), punt 22, HvJ EG 10 maart 2009, C-169/07, ECLI:EU:C:2009:141 (*Hartlauer*), punt 64, en HvJ EG 20 februari 2001, C-205/99, ECLI:EU:C:2001:107 (*Analir*), punten 37 en 38. Zie ook Hatzopoulos 2016, p. 172-173.

156 Hatzopoulos 2016, p. 166 en 174. Zie over dit vereiste uitgebreid Drahmman 2015.

157 De Afdeling verwijst naar HvJ EG 13 november 2007, C-507/03, ECLI:EU:C:2007:676 (*An Post*), en HvJ EG 13 september 2007, C-260/04, ECLI:EU:C:2007:508 (*Commissie/Italië*).

naar deze vergunning een geschikt en proportioneel middel is ter realisering van de doelstellingen die gebaseerd zijn op dwingende redenen van algemeen belang. Het Hof van Justitie stelt in zijn antwoord voorop dat de afgifte van een exclusieve vergunning niet gelijkstaat aan een concessieovereenkomst voor diensten, maar voegt daar gelijk aan toe dat dit geen rechtvaardiging vormt voor het bij het verlenen van een vergunning onder de Wks niet in acht nemen van het uit artikel 56 VWEU voortvloeiende beginsel van gelijke behandeling en de transparantieverplichting.¹⁵⁸ Naar het oordeel van het Hof van Justitie is de transparantieverplichting een dwingende prelabelle voorwaarde van het recht van een lidstaat om aan één ondernemer het exclusieve recht (vergunning) te verlenen om een economische activiteit te verrichten, ongeacht de wijze van selectie van deze ondernemer. Hoewel lidstaten – onder voorwaarden – dus de vrijheid hebben om te kiezen voor een éénvergunningstelsel, geeft een dergelijk stelsel de nationale autoriteiten niet de vrijheid om dat recht naar eigen inzicht toe te kennen aan een marktpartij. Artikel 56 VWEU, dat het vrij verkeer van diensten beschermt, wordt daardoor immers van zijn nuttig effect beroofd.¹⁵⁹ Het Hof van Justitie oordeelt dan ook dat een stelsel van voorafgaande administratieve vergunningen gerechtvaardigd is, wanneer het is gebaseerd op objectieve criteria, die niet-discriminerend en vooraf kenbaar zijn. Daardoor wordt een grens gesteld aan de uitoefening van de beoordelingsbevoegdheid van de autoriteiten, zodat deze niet op willekeurige wijze wordt gebruikt.¹⁶⁰ De eerbiediging van het beginsel van gelijke behandeling en van de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting moet noodzakelijkerwijs meebrengen dat aan de objectieve criteria aan de hand waarvan de beoordelingsbevoegdheid van de bevoegde autoriteiten van de lidstaten wordt begrensd, voldoende bekendheid wordt gegeven.¹⁶¹ Het Hof van Justitie overweegt voorts dat voor de verlenging van de vergunningen hetzelfde geldt als voor de verlening ervan. Dat wil zeggen, dat wanneer geen oproep tot mededinging is gedaan, de verlenging van de vergunning in strijd is met artikel 56 VWEU.¹⁶² Het arrest *Betfair* is door het Hof van Justitie diverse keren bevestigd.¹⁶³

Het komt er dus op neer dat dwingende redenen van algemeen belang een beperking op het vrije verkeer, zoals dat door het VWEU wordt beschermd, kunnen rechtvaardigen. Bij toepassing van een vergunningstelsel waarin een

158 HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307 (*Betfair*), r.o. 46.

159 HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307 (*Betfair*), r.o. 48-49.

160 HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307 (*Betfair*), r.o. 50.

161 HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307 (*Betfair*), r.o. 51.

162 HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307 (*Betfair*), r.o. 55.

163 HvJ EU 19 juli 2012, C-470/11, ECLI:EU:C:2012:505 (*Grakalns*), HvJ EU 16 februari 2012, C-72/10 en C-77/10, ECLI:EU:C:2012:80 (*Costa en Cifone*), en HvJ EU 9 september 2010, C-64/08, ECLI:EU:C:2010:506 (*Engelmann*).

dergelijke beperking is aangebracht, moet echter wel het aan de vrij-verkeerbepaling ten grondslag liggende gelijkheidsbeginsel in acht worden genomen. Dit betekent onder meer dat elke gegadigde in aanmerking moet kunnen komen voor een schaarse vergunning. Zou dat niet het geval zijn, dan verliezen de vrij-verkeerbepalingen hun nuttig effect en gaat de beperking van het vrije verkeer verder dan noodzakelijk is om het met de beperking beoogde doel te bereiken. Het Hof van Justitie vult het gelijkheidsbeginsel in aan de hand van de transparantieplichting.¹⁶⁴ Deze verplichting houdt in dat de overheid die een exclusief (of schaars¹⁶⁵) recht verleent aan elke potentiële geïnteresseerde een passende mate van openbaarheid moet garanderen, *zodat* het recht voor mededinging openstaat en de verdeelprocedure op onpartijdigheid kan worden getoetst.¹⁶⁶

4.4.7 Tussenconclusie

In deze paragraaf is duidelijk geworden dat de vrij-verkeerbepalingen zijn gericht op het creëren van een interne markt waarop productiefactoren en de goederen en diensten die de markt voortbrengt vrij kunnen bewegen. Door het wegnemen van belemmeringen versmelten de nationale economieën met elkaar en ontstaat er een gelijk speelveld waarop ondernemingen op voet van gelijkheid met elkaar kunnen concurreren. Aldus beschermen de bepalingen inzake de verkeersvrijheden de onbelemmerde mededinging. Die bescherming is echter niet absoluut. Dwingende redenen van algemeen belang kunnen meebrengen dat het lidstaten is toegestaan om de mededinging te beperken, mits die beperking evenredig is. Het belang van eerlijke en vrije mededinging moet steeds worden afgewogen tegen andere beleidsdoelstellingen van de Europese Unie. De interne markt krijgt daardoor sterk het karakter van een sociale markteconomie.

164 HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307 (*Betfair*), r.o. 39. In de literatuur bestaat kritiek op de opvatting dat de transparantieplichting een uitvloeisel is van het beginsel van gelijke behandeling. Buijze 2011, p. 242, stelt dat het transparantiebeginsel een zelfstandig beginsel is. Een bepaalde mate van transparantie garandeert namelijk niet alleen naleving van het gelijkheidsbeginsel maar draagt ook bij aan het gladjes functioneren van de markt.

165 De zaak *Betfair* had betrekking op de verdeling van een exclusief recht. Drahmman 2015, p. 91-98, betoogt echter op overtuigende wijze dat hetzelfde geldt voor de verdeling van niet exclusieve maar wel schaarse vergunningen.

166 HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307 (*Betfair*), r.o. 41. Het Hof van Justitie verwijst hier naar eerdere aanbestedingsrechtelijke rechtspraak, HvJ EG 13 april 2010, C-91/08, ECLI:EU:C:2010:182 (*Wall*), punt 36, en HvJ EG 13 november 2008, C-324/07, ECLI:EU:C:2008:621 (*Coditel Brabant*), punt 25. Van belang om hier op te merken is dat het hier een specifieke invulling van de transparantieplichting gaat. Buijze 2013 onderscheidt in haar dissertatie zes betekenissen van de transparantieplichting.

4.5 DE EUROPESE MEDEDINGINGSREGELS, IN HET BIJZONDER HET STAATSTEUNRECHT

4.5.1 Inleidende opmerkingen

De tweede belangrijke pijler van de interne markt is het mededingingsrecht. Dit vormt een essentiële aanvulling op de verkeersvrijheden, als het gaat om het tot stand brengen van de interne markt. De verkeersvrijheden vormen de basis van de interne markt, omdat die het mogelijk maken dat goederen, personen, diensten en kapitaal uit alle lidstaten met elkaar in concurrentie treden. Dit garandeert op zichzelf echter geenszins gelijke concurrentiekansen voor alle marktdeelnemers op de Europese markt. Een echte interne markt vereist naast een open markteconomie ook eerlijke en vrije mededinging.¹⁶⁷ Opheffing van handelsbelemmeringen door de lidstaten heeft namelijk geen zin als het gelijke speelveld dat daardoor ontstaat vervolgens wordt verstoord doordat ondernemingen afspraken maken over de verdeling van de markt of doordat lidstaten steun toekennen aan nationale ondernemingen waardoor die een kunstmatig concurrentievoordeel behalen. Het mededingingsrecht is er in hoofdzaak dan ook op gericht de mededinging als zodanig veilig te stellen, wat uiteraard niet wegneemt dat zowel concurrenten als consumenten van toepassing van de mededingingsregels profiteren.¹⁶⁸ De bescherming van onvervalste mededinging is overigens geen doel op zich, maar moet worden gezien tegen de achtergrond van de doelstellingen van het VEU en het VWEU, in het bijzonder het doel van het bevorderen van de consumentenwelvaart.¹⁶⁹ Dit betekent ook dat de te realiseren onvervalste mededinging geen volledig onbeperkte mededinging inhoudt, in de zin dat een oneindig groot aantal ondernemers naast elkaar opereert. Waar het om gaat is dat er werkzame mededinging (*workable competition*) bestaat.¹⁷⁰ Beperking van de mededinging kan gerechtvaardigd zijn, bijvoorbeeld als niet-economische doelstellingen van de Europese Unie daar om vragen.

167 HvJ EG 13 juli 1966, C-56/64 en C-58/64, ECLI:EU:C:1966:41 (*Consten & Grundig*), p. 513. Zie ook de artikelen 119 en 120 VWEU.

168 HvJ EG 6 oktober 2009, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, ECLI:EU:C:2009:610 (*GlaxoSmithKline*), punt 63, en HvJ EG 4 juni 2009, C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343 (*T-Mobile*), punt 38. Zie ook concl. A-G J. Kokott, HvJ EG 19 februari 2009, C-8/08, ECLI:EU:C:2009:110 (*T-Mobile*), punt 58. Overigens wijzen Amtenbrink & Van de Gronden 2008, p. 324, er op dat vertegenwoordigers van verschillende instellingen van de Gemeenschap steeds vaker benadrukken dat de mededingingsbepalingen ernaar streven consumentenwelvaart te realiseren. De doelstelling van marktintegratie (mededinging als zodanig, JW) dreigt daarmee naar de achtergrond te verdwijnen.

169 Amtenbrink & Vedder 2017, p. 395, Van de Gronden 2016, p. 473-474, Barents & Brinkhorst 2012, p. 42, en Loozen 2010, p. 252. In de literatuur wordt overigens wel een onderscheid gemaakt tussen een politiek doel (marktintegratie) en een economisch doel (een goed functionerende markt). Amtenbrink & Vedder 2017, p. 384, en Szyszczak 2007, p. 59.

170 HvJ EG 25 oktober 1977, C-26/76, ECLI:EU:C:1977:167 (*Metro I*), punt 20. Zie ook Loozen 2010, p. 247.

Bij een bespreking van de Europese mededingingsregels kan een grof onderscheid worden gemaakt tussen de ‘klassieke’ mededingingsregels die primair het marktgedrag van ondernemers normeren en de staatssteunregels die primair het gedrag van de overheid normeren. In de artikelen 101 en 102 VWEU is bepaald dat het voor ondernemingen verboden is om door het maken van concurrentiebeperkende (prijs)afspraken of het misbruiken van een economische machtspositie de mededinging te verstoren. Ook voor overheden geldt dat wanneer zij commerciële activiteiten ontplooiën, zoals bijvoorbeeld het verhuren van vastgoed, zij onderworpen zijn aan de ‘klassieke’ mededingingsregels. Daarnaast geldt dat de overheid zich bij het toekennen van steun – een klassieke overheidstaak – heeft te houden aan de staatssteunregels. Omdat dit proefschrift gaat over de schending van concurrentiebelangen van ondernemers bij de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden door de overheid, zal ik in deze paragraaf maar kort stilstaan bij de ‘klassieke’ mededingingsregels. In de volgende paragrafen zal ik uitvoeriger ingaan op de staatssteunregels.

4.5.2 Kartelverbod en het verbod op misbruik van een economische machtspositie

Uitgangspunt in een concurrerende markt is dat ondernemingen onafhankelijk van elkaar het eigen marktgedrag kunnen bepalen. Alleen dan heeft de consument werkelijk de mogelijkheid om te kiezen. Ondernemers hebben van nature echter de neiging om samen te komen en de prijs te verhogen. Om dit te voorkomen is in artikel 101 VWEU voorzien in een kartelverbod. Ook is in artikel 102 VWEU voorzien in een verbod op misbruik van een machtspositie. De mededingingsregels, waaronder de artikelen 101 en 102 VWEU, beogen te voorkomen dat de mededinging wordt vervalst ten nadele van het algemeen belang, de individuele ondernemingen en de verbruikers, aldus het Hof van Justitie.¹⁷¹ Hierbij gaat het niet zozeer om de bescherming van concurrentenbelangen, maar veeleer om de vrijwaring van de mededingingsstructuur.¹⁷² Deze rechtspraak laat aldus zien dat het niet de individuele concurrentiebelangen zijn die beschermd moeten worden, maar de concurrentie als zodanig. Het is immers die concurrentie die zorgt voor welvaart en die derhalve in het algemeen belang is. Dit bevestigt naar mijn idee het belang van de bescherming van een gelijk speelveld voor de samenleving als geheel.

171 HvJ EU 17 februari 2011, C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83 (*TeliaSonera Sverige*), punt 22, en HvJ EG 22 oktober 2002, C-94/00, ECLI:EU:C:2002:603 (*Roquette Frères*), punt 42.

172 HvJ EU 17 februari 2011, C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83 (*TeliaSonera Sverige*), punt 108, en HvJ EG 31 maart 1998, C-68/94 en C-30/95, ECLI:EU:C:1998:148 (*Frankrijk/Commissie*), punt 170.

Interessant in het kader van de bespreking van de artikelen 101 en 102 VWEU is de al eerder genoemde zaak *Van Eycke*. Daarin overwoog het Hof:

‘Er zij aan herinnerd, dat de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag [thans artikelen 101 en 102 VWEU] op zich *slechts betrekking hebben op het gedrag van ondernemingen* en niet op wettelijke of bestuursrechtelijke maatregelen van de Lid-Staten. Volgens vaste rechtspraak van het Hof volgt evenwel uit de samenhang van de artikelen 85 en 86 met artikel 5 EEG-Verdrag [thans artikel 4, derde lid, VEU], dat de Lid-Staten geen maatregelen, zelfs niet van wettelijke of bestuursrechtelijke aard, mogen nemen of handhaven die het nuttig effect van de op de ondernemingen toepasselijke mededingingsregels ongedaan kunnen maken. Volgens die zelfde rechtspraak is dat bij voorbeeld het geval, wanneer een Lid-Staat het tot stand komen van met artikel 85 strijdige afspraken oplegt of begunstigt dan wel de werking ervan versterkt of aan haar eigen regeling het overheidskarakter ontnemt door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere ondernemingen over te dragen.’¹⁷³ (curs. JW)

Deze overweging is om verschillende redenen interessant. In de eerste plaats, omdat het Hof van Justitie daarin duidelijk maakt dat de artikelen 101 en 102 VWEU slechts betrekking hebben op ondernemingen.¹⁷⁴ Dit betekent dat deze bepalingen voor dit onderzoek, dat betrekking heeft op gedrag van overheden dat van invloed is op de concurrentieverhoudingen, niet zo relevant zijn. In de tweede plaats is interessant dat wordt overwogen dat, hoewel de artikelen 101 en 102 VWEU geen betrekking hebben op wettelijke of bestuursrechtelijke maatregelen van de Lid-Staten, dit onverlet laat dat de *nuttig-effectdoctrine*, die voortvloeit uit het beginsel van loyale samenwerking dat in artikel 4 lid 3 VEU is neergelegd, lidstaten verbiedt om het nuttig effect te ontnemen aan bepalingen van Unierecht, waaronder de mededingingsregels. In zoverre zijn deze bepalingen dus ook van invloed op het handelen van de overheid. De nationale overheden moeten zich onthouden van wetgeving en besluiten die een inbreuk maken op de mededingingsregels. De rechtspraak van het Hof van Justitie over de *nuttig-effectdoctrine* voor mededingingsregels heeft in hoofdzaak betrekking op regelgevend optreden van de overheid. Omdat dat onderzoek zich vooral richt op besluiten in enge zin van de overheid, of het uitblijven daarvan, wordt ook om die reden niet verder ingegaan op de eisen die de artikelen 101 en 102 VWEU stellen aan het handelen van de overheid.

173 HvJ EG 21 september 1988, C-267/86, ECLI:EU:C:1988:427 (*Van Eycke*), punt 16. Zie ook HvJ EG 10 januari 1985, C-229/83, ECLI:EU:C:1985:1 (*Leclerc*), punt 14, en HvJ EG 16 november 1977, C-13/77, ECLI:EU:C:1977:185 (*GB-Inno-BM*), punt 14.

174 Het gaat de reikwijdte van dit onderzoek te buiten om het begrip onderneming verder uit te werken. Volstaan wordt met het volgende. Uit HvJ EG 23 april 1991, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 (*Höfner*) punten 21-23, volgt dat het Hof van Justitie een functionele benadering hanteert. Waar het - behoudens uitzonderingen - om gaat, is of een entiteit economische activiteiten uitoefent. Omdat ook overheden economische activiteiten kunnen uitoefenen, kunnen ook activiteiten van overheden onder de reikwijdte van de artikelen 101 en 102 vallen. Het gaat dan om de situatie waarin de overheid zelf als marktdeelnemer optreedt. Die situatie blijft hier echter verder buiten beschouwing. Zie over het begrip onderneming verder Craig & De Búrca 2015, p. 1003-1004.

4.5.3 Staatsmonopolies

Artikel 106 VWEU heeft betrekking op het verlenen van bijzondere of uitsluitende rechten aan publieke ondernemingen (zogeheten wettelijke of staatmonopolies).¹⁷⁵ Daarbij mag niet worden gediscrimineerd (artikel 18 VWEU) en mag niet worden gehandeld in strijd met de mededingingsregels, waaronder het staatssteunrecht. In het tweede lid is een uitzondering opgenomen voor publieke ondernemingen die belast zijn met het beheer van diensten van algemeen economisch belang (daeb). Het gaat hierbij bijvoorbeeld om nutsbedrijven, posten en ambulancediensten. De mededingingsregels zijn hierop niet van toepassing voor zover toepassing van die regels de vervulling van de toevertrouwde bijzondere taak verhindert. Daarbij wordt een afweging gemaakt tussen enerzijds het aan de orde zijnde economische belang en anderzijds de verdragsbepalingen.¹⁷⁶ Amtenbrink en Vedder merken op dat artikel 106 lid 2 VWEU een soort super-Cassisrechtvaardiging inhoudt, omdat daarmee het hele VWEU buiten toepassing kan worden verklaard, zodra dit noodzakelijk is voor het dwingende vereiste van het goed functioneren van een dienst van algemeen economisch belang.¹⁷⁷ Ook hier is weer te zien dat het Unierecht groot belang hecht aan een gelijk speelveld, maar dat om redenen van algemeen belang uitzonderingen mogelijk zijn.

4.5.4 Het staatssteunrecht

Overheden kunnen de mededinging ernstig verstoren door aan bepaalde ondernemingen financiële voordelen (steun) te verschaffen. Controle op overheidssteun aan ondernemingen is dan ook één van de belangrijkste onderdelen van het mededingingsbeleid van de Europese Unie. Het Unierecht bevat daarom regels die betrekking hebben op de selectieve financiële bevoordeling van ondernemingen of sectoren van de economie door overheden van de lidstaten. Dit is het staatssteunrecht. Het doel van deze regels is gelegen in het scheppen van gelijke concurrentievoorwaarden door versterking van de mededinging en uitsluiting van de markt te bestrijden.¹⁷⁸ Anders dan het kartelverbod en het verbod op misbruik van economische machtsposities richt het staatssteunverbod zich tot de overheid.

175 Zie over de reikwijdte van artikel 106 VWEU Craig & De Búrca 2015, p. 1120-1121.

176 Zie voor een geslaagd beroep van een lidstaat op artikel 106, tweede lid, van het VWEU HvJ EG 23 mei 2000, C-209/98, ECLI:EU:C:2000:279 (*Sydhavnsens*), punt 78, en HvJ EG 19 mei 1993, C-320/91, ECLI:EU:C:1993:198 (*Corbeau*), punten 17 en 18.

177 Amtenbrink & Vedder 2017, p. 437.

178 Hancher, Ottavanger & Slot 2012, p. 32, Sauter & Schepel 2009, p. 193, en Szyszczak 2007, p. 177.

Aan het staatssteunverbod ligt de gedachte ten grondslag dat staatssteun het gelijke speelveld waarop ondernemingen met elkaar concurreren verstoort en dus ten koste gaat van de eerlijke mededinging. Daar komt bij dat staatssteun niet-efficiënt producerende ondernemingen in staat stelt om toch hun marktaandeel te behouden. Bacon noemt dit statische marktinefficiëntie.¹⁷⁹ Problematischer is volgens haar, wat zij noemt, dynamische marktinefficiëntie. De verlening van staatssteun gaat ook ten koste van de prikkel voor een onderneming om de bedrijfsvoering efficiënt(er) in te richten en te innoveren om te kunnen blijven concurreren met andere ondernemingen. Ook bestaat het risico dat ondernemingen onnodig grote risico's gaan nemen in de wetenschap dat de markt eventueel falen niet onmiddellijk afstraft. Dergelijk gedrag heeft uiteindelijk tot gevolg dat de prijs die voor een product tot stand komt te hoog is en bovendien de producten onvoldoende tegemoet komen aan de wensen van de consument. De consument betaalt dus een dubbele prijs. Hij krijgt niet alleen een te duur product dat niet (volledig) aan zijn wensen voldoet, ook gaat de verleende steun ten koste van publieke middelen die vaak door de belastingbetaler zijn opgebracht. Staatsteun is dus in meerdere opzichten schadelijk voor de interne markt en meer in het algemeen voor de economie en welvaart.

Uit onderzoek van Metselaar blijkt dat bij de bestuursrechter de staatssteunregels met enige regelmaat aan de orde komen.¹⁸⁰ In de periode tussen 1 november 2005 en 1 november 2015 ging het in totaal om 271 gepubliceerde uitspraken van zowel rechtbanken als de hoogste bestuursrechters. In 42 van die zaken ging het om een voordeel dat aan een concurrent zou zijn toegekend en waarover dus door een concurrent wordt geprocedeerd. Verder zijn de staatssteunregels 143 keer – dat is ruim de helft van het totaal aantal zaken – aan de orde gekomen in geschillen op het terrein van de ruimtelijke ordening. Metselaar stelt dat dit opvallend is, aangezien dit niet het soort geschillen is dat de grondleggers van de Europese Unie voor ogen zullen hebben gehad bij het introduceren van de verdragsbepalingen over staatssteun. Hoewel het in het ruimtelijke ordeningsrecht vaak omwonenden zijn die een beroep doen op de staatssteunregels om een ruimtelijke ontwikkeling tegen te houden, bedienen ook ondernemers zich van dat argument met als doel te voorkomen dat een concurrent zich in hetzelfde verzorgingsgebied vestigt.¹⁸¹ Voormelde cijfers laten zien dat het in het kader van dit onderzoek naar de bescherming van de concurrentiebelangen door de bestuursrechter zinvol is ook aandacht te besteden aan de staatssteunregels.

179 Bacon 2013, p. 10.

180 Metselaar 2016, p. 122-137.

181 Zie hierover verder paragraaf 6.5.2.1.

4.5.4.1 Het staatssteunverbod

Het staatssteunverbod is neergelegd in artikel 107 lid 1 VWEU. Daar is bepaald dat, behoudens de afwijkingen waarin de Verdragen voorzien, steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar zijn met de interne markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.¹⁸² Deze omschrijving van het begrip staatssteun is ruim. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat het niet alleen gaat om positieve prestaties zoals subsidies en kapitaalinjecties, maar ook om maatregelen die lasten verlichten die normaliter op het budget van een onderneming drukken, zoals de kwijtschelding van bijdragen, staatsgaranties en fiscale voorkeursbehandelingen.¹⁸³ Het Hof van Justitie kiest voor een pragmatische aanpak, waarbij het niet gaat om de vorm van de maatregel, maar om het effect ervan.¹⁸⁴

Als aan alle voorwaarden van artikel 107 lid 1 VWEU is voldaan is sprake van niet met de interne markt verenigbare staatssteun. Dergelijke steun wordt meestal aangeduid als ongeoorloofde staatssteun. De eerste voorwaarde is dat de steun moet worden bekostigd uit staatsmiddelen. Er moet sprake zijn van een uitgave of verleende korting die invloed heeft op de schatkist van de overheid. De tweede voorwaarde is dat de maatregel ten goede moet komen aan bepaalde ondernemingen of producties. Dat wil zeggen dat de maatregel selectief moet zijn. Is dat niet het geval, dan profiteert elke onderneming of productie en is geen sprake meer van concurrentievervalsing. De derde voorwaarde is dat het voordeel van niet-marktconforme aard moet zijn. Het moet dus gaan om een voordeel dat van de overheid wordt verkregen, maar dat onder normale omstandigheden niet op de markt kan worden verkregen. De laatste voorwaarde is dat door de maatregel het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig wordt beïnvloed. Dat betekent immers dat sprake is van vervalsing van de concurrentie.

182 Deze omschrijving bevat een aantal elementen. Een uitvoerige bespreking van deze elementen gaat de reikwijdte van dit proefschrift te buiten. Volstaan wordt met een verwijzing naar een greep uit de grote hoeveelheid literatuur hierover: Metselaar 2016, p. 32-49, Saanen 2016, p. 311-318, Bacon 2013, p. 19-90, Hancher, Ottervanger & Slot 2012, p. 49-120, en Santa Maria 2007, p. 15-47.

183 HvJ EU 14 januari 2014, C-518/13, ECLI:EU:C:2015:9 (*Eventech*), punt 33, en HvJ EG 15 maart 1994, C-387/92, ECLI:EU:C:1994:100 (*Banco Exterior de España*), punt 13. Zie hierover verder Hancher, Ottervanger & Slot 2012, p. 54. In 2015 en 2016 is in de media aandacht geweest voor Starbucks, Fiat en Apple die in achtereenvolgens Nederland, Luxemburg en Ierland profiteerden van een fiscaal gunstige regeling. Een dergelijke regeling kwalificeert als staatssteun. Zie over staatssteun in fiscale vorm Hancher, Ottervanger & Slot 2012, p. 321-362.

184 Metselaar 2016, p. 33.

4.5.4.2 Uitzonderingen op het staatssteunverbod

Het uitgangspunt is dat elke steunmaatregel die de mededinging verstoort verboden is.¹⁸⁵ Het zal niet verbazen dat op deze hoofdregel uitzonderingen bestaan.¹⁸⁶

Artikel 107 lid 2 VWEU

In de eerste plaats somt artikel 107 lid 2 VWEU een aantal steunmaatregelen op die zonder meer verenigbaar zijn met de interne markt. Een voorbeeld hiervan zijn steunmaatregelen tot herstel van de schade veroorzaakt door natuurrampen of andere buitengewone gebeurtenissen.¹⁸⁷ Ten aanzien van de in artikel 107 lid 2 VWEU genoemde maatregelen heeft de Europese Commissie (hierna ook aangeduid als de Commissie) niet de bevoegdheid om deze al dan niet goed te keuren. Overigens betekent dit niet dat de in het tweede lid genoemde steunmaatregelen zijn uitgezonderd van de notificatieplicht in artikel 108 lid 3 VWEU. Het doel van notificatie is echter vooral om te kunnen beoordelen of de voorwaarden van artikel 107 lid 2 VWEU zijn vervuld.¹⁸⁸ De in lid 2 genoemde steunmaatregelen komen naar hun aard niet veel voor, zodat de betekenis van deze uitzondering beperkt is.

Artikel 107 lid 3 VWEU

Een tweede uitzondering vormt artikel 107 lid 3 VWEU, dat een aantal maatregelen noemt die als verenigbaar met de interne markt *kunnen* worden beschouwd.¹⁸⁹ Anders dan bij het tweede lid het geval is, geeft het derde lid de Commissie de bevoegdheid om bepaalde steunmaatregelen goed te keuren.¹⁹⁰ De Commissie beschikt over een exclusieve discretionaire bevoegdheid om de genoemde steunmaatregelen als verenigbaar met de interne markt aan te merken. Bij de beoordeling van de verenigbaarheid van een steunmaatregel met de interne markt maakt de Commissie steeds een afweging tussen enerzijds de positieve effecten van een steunmaatregel op het algemeen belang en anderzijds de negatieve effecten van de mogelijke verstoring van de mededinging.¹⁹¹ Amtenbrink en Van de Gronden hebben er op gewezen dat zich in de rechtspraak van het Hof van Justitie een *Cassis de Dijon*-achtige uitzondering (*rule of reason*) lijkt te ontwikkelen.¹⁹² Zij wijzen

185 Szyszczak 2007, p. 182.

186 Metselaar 2016, p. 54-55, en Bacon 2013, hoofdstuk 3.

187 Bacon 2013, p. 97-99, en Hancher, Ottervanger & Slot 2012, p. 140-141.

188 Bacon 2013, p. 95, en Hancher, Ottervanger & Slot 2012, p. 141

189 Bacon, p. 100, en Hancher, Ottervanger & Slot 2012, p. 146-150.

190 Bacon 2013, p. 93, en Hancher, Ottervanger & Slot 2012, p. 146.

191 Hancher, Ottervanger & Slot 2012, p. 147.

192 Amtenbrink & Van de Gronden 2008, p. 325.

daarbij op de zaken *Albany*,¹⁹³ *Wouters*¹⁹⁴ en *Meca-Medina*¹⁹⁵ waarin volgens het Hof van Justitie bij de toepassing van het mededingingsrecht rekening lijkt te willen houden met andere belangen van algemene aard. Loozen nuanceert dit, door te stellen dat uit de genoemde uitspraken volgt dat het mededingingsbelang weliswaar opzij kan worden gezet, maar alleen wanneer de nationale overheid een afweging heeft gemaakt tussen het mededingingsbelang en andere algemene belangen.¹⁹⁶ Voor opzijzetten van het mededingingsbelang is niet alleen vereist dat een afweging wordt gemaakt met andere algemene belangen. Voorts geldt dat de desbetreffende maatregel noodzakelijk en proportioneel moet zijn en dus niet verder mag gaan dan noodzakelijk is voor het bereiken van het beoogde doel.¹⁹⁷ Om te voorkomen dat elke maatregel apart moet worden beoordeeld, ten behoeve van de rechtszekerheid en ter verlaging van de administratieve lasten werkt de Commissie sinds 2001 met groepsvrijstellingen. Voor de praktijk van groot belang is de in 2014 vastgestelde Algemene Groepsvrijstellingsverordening (AGVV).¹⁹⁸ In deze verordening zijn veel steuncategorieën als verenigbaar met de interne markt bestempeld en onder voorwaarden vrijgesteld van de aanmeldingsplicht van artikel 108 lid 3 VWEU (*standstill*-verplichting). Het gaat hierbij onder meer om steun voor het MKB, voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie, voor milieubescherming en hernieuwbare energie, voor breedbandinfrastructuur, voor sportinfrastructuur en multifunctionele recreatieve infrastructuur en voor lokale infrastructuurvoorzieningen. Onder de Algemene Groepsvrijstellingsverordening vallende maatregelen hoeven niet te worden aangemeld bij de Commissie.¹⁹⁹ Volstaan kan worden met de in administratief opzicht lichtere kennisgeving. Voor de beoordeling van steunmaatregelen die buiten de reikwijdte van een groepsvrijstelling vallen gelden omwille van de transparantie en voorspelbaarheid van de beslissingenpraktijk door de Commissie vastgestelde richtlijnen.

Diensten van algemeen economisch belang

Een laatste uitzondering die in het VWEU wordt gemaakt op het staatssteunverbod is de uitzondering die in artikel 106 lid 2 VWEU is opgenomen voor zogeheten diensten van algemeen economisch belang (daeb).²⁰⁰

193 HvJ EG 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany*).

194 HvJ EG 19 februari 2002, C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98 (*Wouters*).

195 HvJ EG 18 juli 2006, C-519/04, ECLI:EU:C:2006:492 (*Meca-Medina*).

196 Loozen 2009, p. 110.

197 Bacon 2013, p. 102.

198 Verordening (EU) 651/2014 van de Commissie van 17 juni 2014 waarbij bepaalde categorieën steun op grond van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag met de interne markt verenigbaar worden verklaard (*PbEU* 2014, L 187/1). Zie voor een bespreking van deze verordening Hessel & Vidal 2014-1, Hessel & Vidal 2014-2 en Saanen 2014, p. 325.

199 Artikel 3 Algemene Groepsvrijstellingverordening.

200 Zie over diensten van algemeen economisch belang Hancher, Ottervanger & Slot 2012, p. 261-293.

Diensten van algemeen economisch belang zijn economische activiteiten waarmee een publiek belang wordt gediend.²⁰¹ Voorbeelden daarvan zijn het openbaar vervoer en de bouw en verhuur van sociale huurwoningen.²⁰² Het gaat hierbij vaak om economisch niet rendabele activiteiten, zodat een marktpartij niet snel geneigd zal zijn de activiteit te verrichten op de manier die sociaal en maatschappelijk wenselijk wordt geacht. Om ervoor te zorgen dat de activiteit toch op de gewenste manier wordt uitgevoerd is vaak sturing en compensatie door de overheid nodig. Voorkomen moet echter worden dat compensatie leidt tot onnodige verstoreng van de mededinging. Ondernemingen die belast zijn met de uitvoering van diensten van algemeen economisch belang vallen in beginsel dan ook onder de reikwijdte van de staatssteunregels, tenzij de publieke dienst daardoor niet (voldoende) gewaarborgd kan worden. Onder omstandigheden kan steun aan die ondernemingen dan ook als met de interne markt verenigbaar worden aangemerkt. Een oordeel hierover is aan de Commissie voorbehouden, zodat steun die onder artikel 106 lid 2 VWEU valt niet is vrijgesteld van de aanmeldingsplicht.²⁰³ In dit verband dient te worden gewezen op het *Altmark*-arrest, waarin het Hof van Justitie oordeelde dat:

‘wanneer een overheidsmaatregel te beschouwen is als een compensatie die de tegenprestatie vormt voor de prestaties die de begunstigde ondernemingen hebben verricht om openbare dienstverplichtingen uit te voeren, zodat deze ondernemingen in werkelijkheid geen financieel voordeel ontvangen en voormelde maatregel dus niet tot gevolg heeft dat deze ondernemingen vergeleken met ondernemingen die met hen concurreren in een gunstiger mededingingspositie worden geplaatst, een dergelijke maatregel niet binnen de werkingssfeer van artikel 92, lid 1, van het Verdrag [thans artikel 107, eerste lid, VWEU] valt.’²⁰⁴

Daartoe moet volgens het Hof echter wel aan een aantal criteria zijn voldaan:²⁰⁵ (1) de begunstigde onderneming moet daadwerkelijk belast zijn met de uitvoering van openbare dienstverplichting en die verplichting moet duidelijk omschreven zijn, (2) de criteria op basis waarvan de compensatie wordt berekend, moeten vooraf op objectieve en doorzichtige wijze worden vastgesteld, om te vermijden dat de compensatie een economisch voordeel bevat waardoor de begunstigde onderneming ten opzichte van concurrerende ondernemingen kan worden bevoordeeld, (3) de compensatie mag niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van de openbare

201 Zij moeten worden onderscheiden van typische overheidsactiviteiten, zoals het handhaven van de openbare orde, de rechtspraak en de zorg voor de zeekering. Deze activiteiten zijn naar hun aard niet-economisch, in de zin dat zij niet op een markt worden aangeboden of gevraagd.

202 Zie bijvoorbeeld de Commissiebeschikking van 15 december 2009 over financiering van Nederlandse corporatiestelsel, C(2009)9963 final.

203 Bacon 2013, p. 114.

204 HvJ EG 24 juli 2003, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415 (*Altmark*), punt 87.

205 HvJ EG 24 juli 2003, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415 (*Altmark*), punten 88-93. Zie voor een nadere bespreking van deze criteria Hancher, Ottervanger & Slot 2012, p. 264-265.

dienstverplichtingen geheel of gedeeltelijk te dekken, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen, geheel of gedeeltelijk te dekken en (4) wanneer de met de uitvoering van openbare dienstverplichtingen te belasten onderneming niet is gekozen in het kader van een openbare aanbesteding, moet de noodzakelijke compensatie worden vastgesteld op basis van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit te voeren, rekening houdend met de opbrengsten en een redelijke winst uit de uitoefening van deze verplichtingen. Is aan die criteria voldaan, dan is geen sprake van staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU. In dat geval hoeft de steun dan ook niet te worden aangemeld bij de Commissie.²⁰⁶

De-minimissteun

Een uitzondering die niet in het VWEU wordt genoemd maar zich in de Commissie-praktijk heeft ontwikkeld geldt voor zogeheten *de-minimissteun*.²⁰⁷ Dit betreft aan één onderneming over een bepaalde periode toegekende steun die een bepaald vastgesteld bedrag niet overschrijdt.²⁰⁸ Dergelijke steun wordt geacht de interstatelijke handel niet te beïnvloeden en derhalve niet aan alle criteria van artikel 107 lid 1 VWEU te voldoen.²⁰⁹ Deze steun valt dan ook niet onder de aanmeldingsprocedure.²¹⁰ De gedachte daarachter is dat, hoewel iedere vorm van financiële steun die aan een onderneming wordt verleend, de concurrentie tussen deze onderneming en haar concurrenten waaraan dergelijke steun niet wordt verleend in meer of mindere mate vervalst of dreigt te vervalsen, niet alle steun een *merkbare* invloed heeft op het handelsverkeer en de concurrentie tussen de lidstaten.²¹¹ Dit geldt met name voor zeer geringe steunbedragen. Het plafond voor vrijgestelde steun bedraagt op dit moment € 200.000 per onderneming over een periode van drie jaren.²¹² Volgens de Commissie is dit plafond noodzakelijk om ervoor te zorgen dat maatregelen die onder de de-minimisverordening vallen, geacht kunnen worden het handelsverkeer tussen de lidstaten niet ongunstig te beïnvloeden en de mededinging niet te vervalsen of dreigen te vervalsen.²¹³

206 Hancher, Ottervanger & Slot 2012, p. 265.

207 Zie over de-minimissteun Hancher, Ottervanger & Slot 2012, p. 234-242.

208 Zie Verordening (EU) 1407/2013 van de Commissie van 18 december 2013 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun (*PbEU* 2013, L 352/1; de-minimisverordening), punt 1 van de preambule.

209 Hancher, Ottervanger & Slot 2012, p. 234.

210 Artikel 3 de-minimisverordening.

211 Mededeling van de Commissie inzake de-minimissteun (*PbEU* 1996, C 68/9).

212 Artikel 3 lid 2 de-minimisverordening. Dit betreft een algemeen plafond. Voor goederenvervoer (€ 100.000), landbouw (€ 15.000), visserij (€ 30.000) en diensten van algemeen economisch belang (€ 500.000) gelden afwijkende plafonds.

213 Punt 3 van de preambule bij de de-minimisverordening.

Conclusie

De hiervoor beschreven uitzonderingen op het staatssteunverbod laten zien dat het staatssteunrecht tot doel heeft te garanderen dat het handelsverkeer tussen de lidstaten niet in al te ernstige mate ongunstig wordt beïnvloed en de mededinging niet wordt vervalst doordat overheden aan bepaalde ondernemingen steun verlenen. Het gaat met andere woorden om het handhaven van het gelijke speelveld tussen ondernemingen uit verschillende lidstaten. Sommige steun wordt door de beperkte omvang ervan geacht dit gelijke speelveld niet te verstoren en is om die reden niet verboden (de-minimissteun). Voor andere categorieën van steun geldt dat die weliswaar vallen onder het in artikel 107 lid 1 VWEU neergelegde verbod, maar er andere algemene belangen zijn die zwaarder wegen dan het behoud van het gelijke speelveld tussen ondernemingen, zodat die steun verenigbaar is of wordt geacht te zijn met de interne markt.

4.5.4.3 Toezicht op de staatssteunregels: de standstill-verplichting

In artikel 108 VWEU is het toezicht door de Commissie op steunmaatregelen geregeld. Het systeem komt er op neer dat de Commissie onderzoekt of een steunmaatregel verenigbaar is met de interne markt (lid 1). Als de Commissie tot de conclusie komt dat geen sprake is van een steunmaatregel, of dat de steun met de interne markt verenigbaar is, dan volgt een daartoe strekkende beschikking en mag de lidstaat de maatregel ten uitvoer leggen. In andere gevallen vangt de Commissie de formele onderzoeksprocedure aan als beschreven in artikel 108 lid 2 VWEU.²¹⁴ Deze procedure wordt afgesloten met een beschikking waarin de Commissie concludeert (1) dat de maatregel toch geen staatssteun vormt, (2) dat de twijfel over de verenigbaarheid met de interne markt is weggenomen, (3) dat de steun als verenigbaar met de interne markt wordt beschouwd indien aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan of (4) dat de steun niet tot uitvoer mag worden gebracht.²¹⁵ Ook het voeren van de formele onderzoeksprocedure betreft een exclusieve bevoegdheid van de Commissie.²¹⁶

214 Zie met betrekking tot deze procedure ook artikel 6 van Verordening (EU) 2015/1589 van de Raad van 13 juli 2015 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (*PbEU* 2015, L 248/9; Procedureverordening).

215 Artikel 7 Procedureverordening.

216 Bacon 2013, p. 434-435, en Hancher, Ottervanger & Slot 2012, p. 947. Zie ook HvJ EG 5 oktober 2006, C-368/04, ECLI:EU:C:2006:644 (*Transalpine Ölleitung*), punt 38. Zie voorts HvJ EU 21 november 2013, C-284/12, ECLI:EU:C:2013:755 (*Deutsche Lufthansa*), punt, 28-44, waarin het Hof van Justitie uitvoerig ingaat op de taakverdeling tussen de Commissie en de nationale rechter.

In artikel 108 lid 3 VWEU is bepaald dat de Commissie van elk voorname tot uitvoering of wijziging van steunmaatregelen tijdig op de hoogte wordt gebracht. Indien zij meent dat zulk een voorname volgens artikel 107 onverenigbaar is met de interne markt, vangt zij onverwijld de in artikel 108 lid 2 bedoelde procedure aan. De laatste volzin van het derde lid bepaalt dat de betrokken lidstaat de voorgenomen maatregelen niet ten uitvoer kan brengen voordat de in het tweede lid bedoelde procedure tot een eindbeslissing heeft geleid. Dit tot de lidstaat gerichte verbod wordt de *standstill*-verplichting of het uitvoeringsverbod genoemd.²¹⁷ Steun die in strijd hiermee tot uitvoering wordt gebracht wordt in de procedureverordening omschreven als onrechtmatige steun.

Terwijl de beoordeling van de verenigbaarheid van steunmaatregelen met de interne markt onder de exclusieve bevoegdheid valt van de Commissie, is het de nationale rechter die toeziet op naleving van de *standstill*-verplichting.²¹⁸ Gelet op de taakverdeling tussen de Commissie en de nationale rechter bij de toepassing van het staatssteunrecht heeft alleen de laatste volzin van artikel 108 lid 3 VWEU directe werking.²¹⁹ Dit houdt in dat particulieren, waaronder concurrenten van een steunontvangende onderneming, in een procedure voor de nationale rechter uitsluitend een beroep kunnen doen op schending van de *standstill*-verplichting. De nationale rechter moet vervolgens alles in het werk stellen om het recht dat de particulier aan die bepaling ontleent te waarborgen.

4.5.4.4 Toezicht op de staatssteunregels: de terugvorderingsverplichting

Als sprake is van steun die in strijd met de *standstill*-verplichting ten uitvoer is gebracht rust op de Commissie op grond van artikel 108 VWEU en 16 Procedureverordening de plicht om de lidstaat te bevelen de steun terug te vorderen. Het doel hiervan is de markttoestand, zoals die was vóórdat de steun werd verleend, te herstellen. Het doel is bereikt als de begunstigde de onrechtmatig verleende steun, vermeerderd met rente,²²⁰ heeft terugbetaald. Hij verliest daardoor immers zijn marktvoordeel dat hij had ten opzichte van zijn concurrenten.

217 Hancher, Ottervanger & Slot 2012, p. 973-975.

218 HvJ EG 12 februari 2008, C-199/06, ECLI:EU:C:2008:79 (*CELF/SIDE*), punt 38, HvJ EG, 5 oktober 2006, C-368/04, ECLI:EU:C:2006:644 (*Transalpine Ölleitung*), punt 38, en HvJ EG 21 oktober 2003, C-261/01 en C-262/01, ECLI:EU:C:2003:571 (*Van Calster*), punt 75. Zie ook Hancher, Ottervanger & Slot 2012, p. 973.

219 HvJ EG 13 januari 2005, C-174/02, ECLI:EU:C:2005:10 (*Streekgewest*), punt 15. Zie ook Bacon 2013, p. 539, en Van Angeren & Den Ouden 2005, p. 169.

220 Artikel 16 lid 2 Procedureverordening.

De Commissie vordert de onrechtmatig toegekende steun niet zelf terug. In artikel 16 lid 3 Procedureverordening is bepaald dat de terugvordering door de lidstaat zonder vertraging en op basis van het nationale recht dient plaats te vinden. In de praktijk doen zich op dit punt geregeld problemen voor, omdat niet altijd een terugvorderingsmogelijkheid op basis van het Nederlandse recht voorhanden is.²²¹ Die problemen laat ik verder voor wat ze zijn. Wel moet worden gewezen op het wetsvoorstel voor de Wet terugvordering staatssteun dat op 4 juli 2017 bij de Tweede Kamer is ingediend en dat voorziet in nationaalrechtelijke grondslagen voor de terugvordering van staatssteun.²²²

4.5.4.5 Modernisering van het staatssteunbeleid

Een onderwerp dat in het kader van het staatssteunrecht tot slot aan de orde moet komen is de recente modernisering van het staatssteunbeleid.²²³ De katalysator voor deze modernisering was de financieel-economische crisis die de eenheid van de interne markt bedreigde en een vergroting van het risico op concurrentieverstorende reacties meebracht. Het doel van de hervorming was dan ook het versterken van de Europese economie.²²⁴ In dit verband heeft de Commissie het belang van concurrentie nog eens onderstreept. Concurrentie is immers een belangrijke aanjager van groei, omdat het ondernemingen prikkelt om markten te betreden, te innoveren en hun productiviteit en concurrentiepositie in een internationale context te verstevigen.

Mededingingsbeleid

De Commissie kent een belangrijke rol toe aan het mededingingsbeleid – waaronder het staatssteuntoezicht – dat ervoor moet zorgen ‘dat het functioneren van de interne markt niet wordt doorkruist door concurrentieverstorende gedragingen van ondernemingen of door lidstaten die bepaalde spelers begunstigen ten koste van anderen.’²²⁵ Tegelijkertijd onderkent de Commissie ook dat bepaalde vormen van staatssteun uiteindelijk juist kunnen bijdragen aan economische groei en dus zijn toe te juichen. Het gaat dan om ‘goede steun’ die innovatie, groene technologie en de ontwikkeling van het menselijk kapitaal stimuleert, schade aan het milieu helpt te voorkomen

221 Bijvoorbeeld ABRvS 15 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1152, AB 2015/226, m.nt. J. van den Brink en W. den Ouden (*Zorg & Zekerheid*).

222 *Kamerstukken II*, 2016/17, 34753, 2.

223 Zie daarover uitgebreider Huurnink & Van den Tweel 2014 en Huurnink & Van den Tweel 2015.

224 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economische en Sociaal Comité en het Comité van de regio's van 8 mei 2012. De modernisering van het EU-staatssteunbeleid, COM(2012)209 final, paragraaf 1.

225 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economische en Sociaal Comité en het Comité van de regio's van 8 mei 2012, De modernisering van het EU-staatssteunbeleid, COM(2012)209 final, punt 2.

en bijdraagt aan banen en het concurrentievermogen van de Europese Unie. Deze steun helpt daarmee bij het realiseren van publieke doelstellingen die anders als gevolg van marktfalen niet of niet goed zouden kunnen worden gerealiseerd.²²⁶ Amtenbrink en Van de Gronden signaleren in dit verband het ontstaan van een op het arrest *Cassis de Dijon* geïnspireerde rechtvaardiging (*rule of reason*), waarbij een afweging wordt gemaakt tussen de eisen van de mededinging en andere algemene belangen.²²⁷ Die afweging dient te worden gemaakt op basis van proportionaliteit. De insteek van de Commissie is dan ook dat deze steun is toegestaan, zolang de markt daardoor niet wordt ontwricht.²²⁸ De Commissie krijgt daardoor de vrijheid om haar handhavingsbeleid toe te spitsen op steunmaatregelen die grote impact hebben op de interne markt. Met het oog hierop voorziet het nieuwe staatssteunbeleid in meer mogelijkheden om vrijgestelde steun te verlenen. Dit heeft geleid tot de Algemene Groepsvrijstellingsverordening (AGVV) waarin veel steuncategorieën zijn vrijgesteld van de aanmeldingsplicht bij de Commissie.²²⁹

Vereenvoudiging van het toezicht

Ook is voorzien in vereenvoudiging van het toezicht en versterking van de samenwerking met de lidstaten op het gebied van handhaving. Voorheen was het zo dat de Commissie verplicht was om iedere aanwijzing dat sprake zou zijn van staatssteun te onderzoeken. De Commissie behoudt de bevoegdheid om aanwijzingen te onderzoeken, maar is daartoe niet langer verplicht.²³⁰ Alleen als het gaat om een klacht, afkomstig van een belanghebbende, is de Commissie verplicht die te onderzoeken. Belanghebbende is een lidstaat, een persoon of een onderneming waarvan de belangen door de toekenning van steun kunnen worden geraakt. Het gaat daarbij in het bijzonder om de begunstigde van de steun en concurrerende ondernemingen.²³¹ De concurrent van een onderneming die steun ontvangt heeft dus een sterke processuele positie. Dit volgt ook uit het feit dat de belanghebbende in het kader van de formele onderzoeksprocedure in de gelegenheid dient te worden gesteld om zijn opmerkingen kenbaar te maken. Dus hoewel de modernisering van het staatssteunbeleid ertoe moet leiden dat de werkdruk van de Commissie vermindert zodat zij zich kan richten op de zware zaken, zijn de belangen van concurrenten die nadeel ondervinden van steunverlening

226 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economische en Sociaal Comité en het Comité van de regio's van 8 mei 2012, De modernisering van het EU-staatssteunbeleid, COM(2012)209 final, punt 12. Zie ook Szyszczak 2007, p. 25.

227 Amtenbrink & Van de Gronden 2009, p. 141-142.

228 Huurnink & Van den Tweel 2014, p. 88.

229 Verordening (EU) 651/2014 van de Commissie van 17 juni 2014 waarbij bepaalde categorieën steun op grond van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag met de interne markt verenigbaar worden verklaard (*PbEU* 2014, L 187/1).

230 Artikel 12 lid 1 Procedureverordening bepaalt dat de Commissie ambtshalve informatie, uit welke bron ook, kan onderzoeken met betrekking tot mogelijk onrechtmatige steun.

231 Artikel 1, aanhef en onder h, Procedureverordening.

gewaarborgd. Interessant is wel de vraag of de prioritering in het staatssteunbeleid die heeft plaatsgevonden er niet toe zal leiden dat vooral grote ondernemingen (multinationals) zullen profiteren van handhaving van het staatssteunrecht door de Commissie. De Commissie zal zich immers gaan toeleggen op aanzienlijke concurrentievervalsingen die het functioneren van de interne markt doorkruisen. Steun van beperkte omvang aan kleine ondernemers zal doorgaans weinig schadelijk zijn voor het goed functioneren van de interne markt als zodanig, zodat de vraag opkomt in hoeverre de bakker of kruidenier om de hoek daadwerkelijk beschermd worden door het staatssteunrecht. Hier is echter een belangrijke rol weggelegd voor de nationale rechter. Die moet, wanneer door bijvoorbeeld een concurrent van een steunontvanger een beroep wordt gedaan op de opschortingsverplichting van artikel 108 lid 3 VWEU, vaststellen of daadwerkelijk sprake is van staatssteun.²³² Als blijkt dat dit het geval is, dan moet de nationale rechter de maatregelen opleggen die onwettigheid van de uitvoering van steunmaatregelen opheffen.²³³ De nationale rechter speelt aldus een belangrijke rol bij de handhaving van het staatssteunrecht.²³⁴ Die rol wordt nog eens benadrukt bij de modernisering van het staatssteunbeleid doordat de samenwerking tussen de Commissie en de nationale rechters is versterkt. De nationale rechter kan zich tot de Commissie wenden met een verzoek om informatie of advies over toepassing van de staatssteunregels.²³⁵

4.5.5 Tussenconclusie mededingingsregels

Daar waar de bepalingen inzake de verkeersvrijheden in hoofdzaak gericht zijn op het *creëren* van een gelijk speelveld, zijn de mededingingsregels in hoofdzaak gericht op het *in stand houden* van dat gelijke speelveld. Het gaat daarbij om het tegengaan van verstoringen van dat gelijke speelveld en de eerlijke mededinging. Aangezien het in dit hoofdstuk gaat om de beïnvloeding van de concurrentie door de overheid, neemt vooral het staatssteunrecht een belangrijke positie in als het gaat om het in stand houden van het gelijke speelveld en de eerlijke mededinging. Staatssteun wordt gezien als een middel dat het gelijke speelveld ernstig kan verstoren en concurrenten

232 HvJ EG 11 juli 1996, C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285 (*SFEI*), punten 42 en 49. De beoordeling van de verenigbaarheid van steunmaatregelen met de gemeenschappelijke markt is overigens een exclusieve bevoegdheid van de Commissie: HvJ EU 21 november 2013, nr. C-284/12, ECLI:EU:C:2013:755 (*Deutsche Lufthansa*), punt 28, en HvJ EG 5 oktober 2006, nr. C-368/04, ECLI:EU:C:2006:644 (*Transalpine Ölleitung Österreich*), punt 38.

233 HvJ EU 21 november 2013, C-284/12, ECLI:EU:C:2013:755 (*Deutsche Lufthansa*), punt 32, en HvJ EU 11 maart 2010, C-1/09, ECLI:EU:C:2010:136 (*CELF/SIDE II*), punt 30. Zie voor een bespreking van de tekortkomingen in de Nederlandse praktijk *Adriaanse & Den Ouden* 2009, p. 15-29.

234 Zie reeds de Mededeling van de Commissie over de handhaving van de staatssteunregels door de nationale rechterlijke instanties (*PbEU* 2009, C 85/01).

235 Artikel 29 Procedureverordening.

en consumenten ernstig kan benadelen.²³⁶ Dit verklaart ook waarom de Commissie en het Hof van Justitie zwaar inzetten op handhaving van de staatssteunregels ter bescherming van de interne markt en de eerlijke mededinging. In het Actieplan Staatssteun omschreef de Commissie het in 2005 als volgt:

“Toezicht op staatssteun vloeit voort uit de noodzaak een gelijk speelveld in stand te houden voor alle ondernemingen die op de Europese interne markt actief zijn, ongeacht in welke lidstaat zij zijn gevestigd. Een bijzonder punt van zorg moet die staatssteun zijn waardoor bepaalde ondernemingen niet te rechtvaardigen selectieve voordelen krijgen, hetgeen voor de marktkrachten belemmerend of afremmend werkt bij het belonen van de meest concurrerende ondernemingen, en zodoende ten koste gaat van het Europese concurrentievermogen in het algemeen. Staatssteun kan ook de marktmacht van bepaalde ondernemingen versterken; dit is bijvoorbeeld het geval wanneer ondernemingen die geen staatssteun krijgen (bv. Buitenlandse ondernemingen) hun aanwezigheid op een markt moeten terugschroeven. Voorts kan staatssteun worden gebruikt om toetredingsbarrières op te werpen. Dit soort concurrentieverstoring kan voor afnemers en klanten resulteren in hogere prijzen, lagere kwaliteit en minder innovatie.”²³⁷ (curs. JW)

De mededingingsregels en de staatssteunregels in het bijzonder geven ondernemers een recht op eerlijke mededinging, zij het dat ook dit recht niet ongeclausuleerd is. Onder omstandigheden wordt een afweging gemaakt tussen enerzijds het belang bij (eerlijke) mededinging en anderzijds andere algemene belangen. Op grond van dwingende redenen van algemeen belang mogen lidstaten de mededinging dus beperken. Een dergelijke beperking is evenwel slechts toelaatbaar, als deze zonder onderscheid wordt toegepast, geschikt is om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en proportioneel is.

Voor de effectuering van het recht op mededinging dat ten grondslag ligt aan de mededingingsregels zijn ondernemers aangewezen op zowel de Commissie als de nationale rechter. Omdat concurrenten van steunontvangers als belanghebbende in de zin van de Procedureverordening worden aangemerkt, kunnen zij bij de Commissie een klacht indienen over vermeende staatssteun. De Commissie is vervolgens verplicht die klacht te onderzoeken. Daarnaast kan een concurrent bij de nationale rechter een rechtstreeks beroep doen op de in artikel 108 lid 3 VWEU neergelegde standstill-bepaling, waardoor tenuitvoerlegging van concurrentieverstorende steun kan worden voorkomen.

236 Szyszczak 2007, p. 24.

237 Commissie, *Actieplan Staatssteun*, COM(2005)107 final.

4.6 INTERMEZZO: UNIERECHT EN EFFECTIEVE RECHTSBESCHERMING

Hiervoor zijn twee materiële rechtsgebieden van het Unierecht besproken die in de kern strekken tot het creëren en beschermen van een gelijk speelveld tussen ondernemingen. Omdat het in de eerste plaats de nationale rechter is die het Unierecht moet toepassen, is het tot besluit van dit hoofdstuk over het Unierecht nuttig om in te gaan op de vraag welke eisen het Unierecht stelt aan het nationale procesrecht. Deze vraag is nuttig, omdat in de hoofdstukken 3, 5 en 6 steeds de vraag terugkomt in hoeverre de daar besproken bestuursrechtelijke leerstukken een belemmering vormen voor de verwezenlijking van op het Unierecht gebaseerde claims. Om deze vraag te kunnen beantwoorden is het noodzakelijk om het op de rechtspraak van het Hof van Justitie gebaseerde beoordelingskader te schetsen.

4.6.1 De nationale rechter als Unierechter

Het Unierecht kent aan particulieren tal van materiële rechten toe. Voor de effectuering van deze rechten zijn particulieren in de eerste plaats aangewezen op de nationale rechter die in dat geval als gedecentraliseerde Unierechter fungeert. Het is aan de nationale autoriteiten, waaronder ook de nationale rechter, om binnen de grenzen van het nationale procesrecht de volle werking van het Unierecht te verzekeren.²³⁸ Uitgangspunt daarbij is het beginsel van procedurele autonomie.²³⁹ Op grond van dit beginsel is het bij afwezigheid van Unierechtelijke procesrechtelijke regels in eerste instantie aan de lidstaat zelf om de bevoegde rechterlijke instanties aan te wijzen en de procesregels vast te stellen voor vorderingen die worden ingediend ter bescherming van de rechten die particulieren aan het Unierecht ontleen.²⁴⁰ Wel stelt het Unierecht randvoorwaarden waaraan het nationale procesrecht moet voldoen.²⁴¹ In het kader van dit proefschrift is in de eerste plaats de *Rewe/Comet*-regel van belang. Deze regel houdt in dat regels van nationaal procesrecht zijn toegestaan, voor zover (1) die regels voor vorderingen gebaseerd op het Unierecht niet ongunstiger zijn dan voor nationaalrechtelijke vorderingen en (2) die regels de uitoefening van het Unierecht niet (nage-

238 HvJ EG 19 juni 1990, C-213/89, ECLI:EU:C:1990:257 (*Factortame*), punt 20, en HvJ EG 9 maart 1978, C-106/77, ECLI:EU:C:1978:49 (*Simmmenthal*), punten 22 en 23.

239 Botman 2017-2, p. 146, en Dashwood e.a. 2011, p. 288.

240 HvJ EG 13 maart 2007, C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163 (*Unibet*), punt 39, HvJ EG 11 september 2003, C-13/01, ECLI:EU:C:2003:447 (*Safalero*), punt 49, HvJ EG 20 september 2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 (*Courage en Crehan*), punt 29, HvJ EG 14 december 1995, C-312/93, ECLI:EU:C:1995:437 (*Peterbroeck*), punt 12, HvJ EG 16 december 1976, C-33/76, ECLI:EU:C:1976:188 (*Rewe*), punt 5, en HvJ EG 16 december 1976, C-45/76, ECLI:EU:C:1976:191 (*Comet*), punt 13.

241 Vaak aangeduid als de *Rewe/Comet*-criteria, naar HvJ EG 16 december 1976, C-33/76, ECLI:EU:C:1976:188 (*Rewe*), en HvJ EG 16 december 1976, C-45/76, ECLI:EU:C:1976:191 (*Comet*), waarin deze criteria voor het eerst zijn geformuleerd. Zie ook Botman 2017-2, p. 146, en Widdershoven 2016-1, p. 81-82.

noeg) onmogelijk maken.²⁴² Deze eisen worden in het kort aangeduid als het gelijkwaardigheids- of equivalentiebeginsel en het doeltreffendheids- of effectiviteitsbeginsel. Omdat het nationale procesrecht doorgaans geen regels bevat die enkel op Unierechtelijke geschillen worden toegepast, levert het gelijkwaardigheidsbeginsel in de Nederlandse bestuursrechtspraktijk nagenoeg geen problemen op. Dit beginsel blijft om die reden verder buiten beschouwing.²⁴³

4.6.2 Het doeltreffendheidsbeginsel

Het doeltreffendheidsbeginsel houdt in dat de nationale procesregels de uitoefening van de aan het Unierecht ontleende rechten niet praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken.²⁴⁴ Zo is het bijvoorbeeld in strijd met het effectiviteitsbeginsel wanneer de overheid bij aanbestedingen een onduidelijk gedefinieerde beroepstermijn hanteert²⁴⁵ of inschrijvers niet op de hoogte stelt van de gunning van een concessie.²⁴⁶ Voor ondernemers die de concessie niet hebben gekregen, wordt het hierdoor immers moeilijker om door middel van het instellen van beroep tegen de concessieverlening op te komen. Steyger geeft het voorbeeld van de in de Awb opgenomen regeling met betrekking tot de bekendmaking van besluiten.²⁴⁷ Op grond van artikel 3:41 lid 1 Awb geschiedt de bekendmaking van besluiten door toezending of uitreiking aan de belanghebbenden, onder wie begrepen de aanvrager. Indien de bekendmaking van het besluit niet kan geschieden op de wijze als voorzien in het eerste lid, dan geschiedt zij op een andere geschikte wijze (lid 2). Vaak is bekend wie de belanghebbenden van een besluit zijn, maar niet altijd. Zo is vaak niet precies bekend wie concurrenten van de begunstigde van een besluit zijn. In dit laatste geval kan eigenlijk niet worden volstaan met toezending van het besluit aan de begunstigde. Toch gebeurt dit in de praktijk vaak wel. Dit levert een probleem op als het bijvoorbeeld gaat om een subsidiebesluit dat (mogelijk) is aan te merken als verboden staatssteun. Als dat besluit niet bekend wordt gemaakt aan een concurrent van de subsidieontvanger, dan wordt het voor hem moeilijk om tijdig beroep in te stellen tegen dat besluit. Desondanks wordt concurrenten die tegen het subsidiebesluit opkomen omdat het mogelijk verboden staatssteun zou kunnen bevatten, de gebruikelijke beroepstermijn tegengeworpen. Hierdoor wordt uitoefening van de aan het Unierecht ontleende rechten op zijn minst bemoeilijkt.²⁴⁸

242 Amtenbrink & Vedder 2017, p. 212, en Barents & Brinkhorst 2012, p. 317-319.

243 Zie hierover verder Craig & De Búrca 2015, p. 246-250, en Dashwood e.a. 2011, p. 292-294.

244 Amtenbrink & Vedder 2017, p. 212, Widdershoven 2016-1, p. 82, en Dashwood e.a. 2011, p. 294.

245 HvJ EU 28 januari 2010, C-406/08, ECLI:EU:C:2010:45 (*Uniplex*).

246 HvJ EG 28 januari 2010, C-456/08, ECLI:EU:C:2010:46 (*Commissie/Ierland*).

247 Steyger 2010, p. 198-199.

248 Steyger 2010, p. 199.

Rechtspraak over dit probleem is mij niet bekend, zodat het – vooralsnog – vermoedelijk om een hypothetisch probleem gaat dat zich in de praktijk niet of nauwelijks voordoet.

4.6.3 Effectieve rechtsbescherming

Naast de twee hiervoor genoemde aan de *Rewe/Comet*-regel ontleende beginselen heeft zich in de rechtspraak van het Hof van Justitie het beginsel van effectieve rechtsbescherming ontwikkeld.²⁴⁹ Dit beginsel vloeit voort uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten, en is neergelegd in de artikelen 6 en 13 EVRM en het daarmee corresponderende artikel 47 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.²⁵⁰ Het beginsel stelt eisen aan de nationale rechtsbescherming in zaken waarin het gaat om vorderingen die aan het Unierecht worden ontleend. Die eisen hebben betrekking op de toegang tot de rechter, de kwaliteit van het proces bij de rechter en de beschikbare rechtswegen en -middelen.²⁵¹ Waar het op neerkomt, is dat een particulier de rechten die hij ontleent aan het Unierecht daadwerkelijk moet kunnen inroepen voor een nationale rechter en de rechter die rechten moet kunnen beschermen.²⁵²

Omdat de rechtspraak van het Hof van Justitie daar niet duidelijk over is, is in de literatuur de vraag opgeworpen hoe het beginsel van effectieve rechtsbescherming zich verhoudt tot het doeltreffendheidsbeginsel.²⁵³ Hoewel sommige auteurs effectieve rechtsbescherming zien als een doorontwikkeling of uitwerking van het doeltreffendheidsbeginsel²⁵⁴ deel ik de opvatting van Widdershoven dat het gaat om twee naast elkaar staande beginselen.²⁵⁵ Van belang daarbij is in de eerste plaats dat een belangrijk verschil tussen het beginsel van effectieve rechtsbescherming en het doeltreffendheidsvereiste

249 Het beginsel is voor het eerst erkend in HvJ EG 15 mei 1986, C-222/84, ECLI:EU:C:1986:206 (*Johnston*), punten 18-19. Zie ook HvJ EU 22 december 2010, C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811 (*DEB*), punt 29, HvJ EG 13 maart 2007, C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163 (*Unibet*), punt 37, en HvJ EG 19 juni 2003, C-467/01, ECLI:EU:C:2003:364 (*Eribrand*), punt 61. Soms, zoals in het arrest *Unibet*, heeft het Hof het over het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming. Daarmee wordt echter hetzelfde bedoeld.

250 HvJ EU 22 december 2010, C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811 (*DEB*), punt 29, en HvJ EG 13 maart 2007, C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163 (*Unibet*), punt 37.

251 Parret 2012, p. 159, Widdershoven 2011, p. 104-105, en Gerbrandy 2009, p. 27.

252 Barents & Brinkhorst 2012, p. 315, en Gerbrandy 2009, p. 18. Zie voor een preciezere definitie Parret 2012, p. 157, Jurgens 2010, p. 91, en Gerbrandy 2009, p. 38.

253 Botman 2017-2, p. 148-149, Widdershoven 2016-1, p. 81-89, Den Houdijker & Schuurmans 2015, p. 148-151, Ward 2014, p. 1273-1275, Parret 2012, p. 159, Prechal & Widdershoven 2011, p. 31-50, Widdershoven 2011, p. 106-108, en Gerbrandy 2009, p. 28.

254 H.C.F.J.A. de Waele en R.J.B. Schutgens, annotatie bij HvJ EG 13 maart 2007, C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163 (*Unibet*), AB 2007, 301. Zie ook Amtenbrink en Vedder 2017, p. 213-214.

255 Widdershoven 2011, p. 107. Zie ook Parret 2012, p. 158-159, en Prechal & Widdershoven 2011, p. 50.

is dat het laatste ook ten nadele van een individu kan werken.²⁵⁶ Verder, en dat is een fundamenteeler punt, is van belang dat het doeltreffendheidsbeginsel zijn oorsprong vindt in de idee dat het Unierecht voorrang heeft en de nationale rechter verplicht is om de volle werking van het Unierecht te verzekeren. Het beginsel is er dan ook op gericht de effectuering van het materiële Unierecht te verzekeren en heeft in hoofdzaak dus een materiële lading. Het gaat met andere woorden eerst en vooral om de handhaving van het objectieve Unierecht. Het beginsel van effectieve rechtsbescherming vindt daarentegen zijn oorsprong in de constitutionele tradities van de lidstaten en het recht op toegang tot de rechter en een effectief rechtsmiddel.²⁵⁷ Zoals Widdershoven terecht stelt, houdt het beginsel van effectieve rechtsbescherming derhalve nauw verband met de rechtsstaat en stelt het behoorlijkheidseisen aan de rechtsbescherming als zodanig. Het beginsel is in dat opzicht – anders dan het doeltreffendheidsbeginsel – niet Uniespecifiek. Niet de handhaving van het objectieve Unierecht, maar het garanderen van de aan het Unierecht ontleende rechten van particulieren staat voorop.²⁵⁸ Het beginsel van effectieve rechtsbescherming heeft in dat opzicht een overwegend formele lading. Den Houdijker en Schuurmans wijzen er echter op dat het Hof van Justitie bij toepassing van het beginsel van effectieve rechtsbescherming onderscheid lijkt te maken tussen de situatie waarin het gaat om de bescherming van door de Unie aan particulieren toegekende rechten en de situatie waarin het gaat om de bescherming van de belangen van de Unie zelf.²⁵⁹ In het laatste geval lijkt het Hof van Justitie het beroep op het beginsel van effectieve rechtsbescherming te vertalen naar een beroep op het doeltreffendheidsvereiste, teneinde het objectieve Unierecht te verwezenlijken. Het beginsel van effectieve rechtsbescherming krijgt dan dus een meer materiële invulling. Zo beschouwd is ook hier een spoor terug te vinden van de ‘objectieve’ rechtsbeschermingsgedachte.²⁶⁰ Overigens is Widdershoven er niet van overtuigd dat het Hof van Justitie het door Den Houdijker en Schuurmans genoemde onderscheid daadwerkelijk maakt.²⁶¹ Hij stelt dat het voor de gebondenheid aan EU-rechtsbeginselen en fundamentele rechten niet zou mogen uitmaken of het Unierecht in kwestie expliciet rechten aan burgers toekent dan wel primair het EU-belang behartigt. Het maken van een dergelijk onderscheid draagt het gevaar in zich dat bij de tweede groep bepalingen, omwille van een effectieve behartiging van de EU-belangen, de lat op het punt van de fundamentele rechten lager wordt gelegd dan bij bepalingen die burgers rechten toekennen. Ik ben het met Widdershoven eens dat dit niet aanvaardbaar is.

256 Prechal & Widdershoven 2011, p. 42, en R.J.G.M. Widdershoven, annotatie bij HvJ EU 22 december 2010, C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811 (*DEB*), AB 2011/222, punten 3-4.

257 HvJ EU 22 december 2010, C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811 (*DEB*), punt 29, en HvJ EG 13 maart 2007, C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163 (*Unibet*), punt 37.

258 Parret 2012, p. 159.

259 Den Houdijker & Schuurmans 2015, p. 149.

260 Aldus ook Schlössels 2014, p. 267.

261 Widdershoven 2016-1, p. 87-88.

4.6.4 Beroepen van particulieren

In dit proefschrift staat de vraag centraal in hoeverre concurrentiebelangen een rol kunnen spelen bij de beoordeling van een besluit door de bestuursrechter. Het gaat dus primair om de vraag in hoeverre particulieren hun – onder meer – aan het Unierecht ontleende rechten kunnen effectueren bij de bestuursrechter. Daarbij is vooral het beginsel van effectieve rechtsbescherming van belang, op grond waarvan particulieren toegang moeten hebben tot de nationale rechter ter uitoefening van de rechten die het Unierecht hen toekent. Ik merk in dit verband op dat toetsing aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming in belangrijke mate samenvalt met de toetsing aan het doeltreffendheidsbeginsel.²⁶² De eerste stap om het materiële Unierecht te effectueren is immers dat een daaraan ontleend recht wordt ingeroepen voor de nationale rechter. Het is dus eerst en vooral van belang dat een particulier zich tot de rechter kan wenden (procesbevoegdheid en procesbelang) en dat de rechter toetsingsbevoegd is. Pas als dit het geval is, kan in sommige gevallen blijken dat de geboden rechtsbescherming onvoldoende is om het materiële Unierecht te kunnen effectueren. In dat geval kan het doeltreffendheidsbeginsel aanvullende eisen aan het nationale procesrecht stellen.

4.7 CONCLUSIE

Alles overziend kan worden gesteld dat concurrentiebelangen, in het bijzonder het belang van een gelijk speelveld, zo alomtegenwoordig zijn in de Unierechtelijke bepalingen inzake het vrije verkeer en de mededingingsregels en de toepassing daarvan door het Hof van Justitie dat gesproken kan worden van een algemene Unierechtelijke norm die strekt ter bescherming van de eerlijke mededinging. Op grond van deze norm moet de overheid zich bij uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden onthouden van een onevenredige verstoring van het gelijke speelveld. De norm heeft daarmee het karakter van een verbod, zij het dat dit verbod niet absoluut is. Onder bepaalde omstandigheden mag concurrentie wijken voor andere algemene belangen. Vereist is dan echter wel dat de betreffende nationale maatregel noodzakelijk en proportioneel is om dat andere algemene belang te behartigen.

262 Parret 2012, p. 159, en Widdershoven 2011, p. 108. Zie voor een iets andere benadering Gerbrandy 2009, p. 28. Zij schrijft dat de eisen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid minimeisen zijn waaraan moet worden voldaan.

5.1 INLEIDING

In hoofdstuk 4 bleek dat concurrentiebelangen, in het bijzonder het belang van een gelijk speelveld waarop concurrenten op gelijke voet met elkaar kunnen concurreren, als een rode draad door de bepalingen van het Unierecht loopt. In de Nederlandse bestuursrechtelijke regelgeving ligt dat anders. Concurrentiebelangen nemen daarin een veel minder prominente plaats in. Dit heeft consequenties voor de rol die concurrentiebelangen kunnen spelen in de besluitvorming. De mate waarin bepaalde belangen een rol kunnen spelen in de besluitvorming en in de toetsing van besluiten door de bestuursrechter hangt namelijk in belangrijke mate af van het toepasselijke wettelijk kader. In dit hoofdstuk wordt daarom eerst de Nederlandse bestuursrechtelijke regelgeving, die het primaire wettelijk kader vormt bij het nemen van besluiten door Nederlandse bestuursorganen, aan een nader onderzoek onderworpen (paragraaf 5.2). In het tweede deel van dit hoofdstuk (paragrafen 5.3 tot en met 5.6) en het volgende hoofdstuk (hoofdstuk 6) komt vervolgens de betekenis van de bevindingen voor de mate waarin een bestuursorgaan bij het nemen van een besluit en de bestuursrechter bij de toetsing daarvan met concurrentiebelangen rekening kunnen houden aan de orde. Hierbij zijn twee aspecten van de besluitvorming van belang. Ten eerste de belangenafweging van het bestuur. Het gaat daarbij om de vraag of een bestuursorgaan bij die afweging de juiste belangen heeft betrokken en aan die belangen het juiste gewicht heeft toegekend. De vraag welk gewicht toegekend moet worden aan bepaalde belangen blijft verder buiten beschouwing. Ik ben vooral geïnteresseerd in de vraag *of* concurrentiebelangen een rol kunnen spelen in de besluitvorming. Die vraag komt aan de orde in de paragrafen 5.3 tot en met 5.6. Naast de belangenafweging als zodanig is in de tweede plaats van belang of een besluit al dan niet in strijd met wet- en regelgeving is genomen. Het relativiteitsvereiste vormt hierbij sinds een aantal jaren een belangrijke belemmering. Op grond van dat vereiste kan nog slechts met succes een beroep op bepaalde voorschriften worden gedaan, als die voorschriften ertoe strekken de belangen van degene die zich erop beroept te beschermen. De vraag in hoeverre het relativiteitsvereiste er aan in de weg staat dat de bestuursrechter een besluit waardoor een ondernemer wordt getroffen in zijn concurrentiepositie nog kan vernietigen, komt aan de orde in hoofdstuk 6.

5.2 CONCURRENTIEBELANGEN IN HET NEDERLANDSE BESTUURSRECHT

In deze paragraaf komt de vraag aan de orde welke plaats concurrentiebelangen in de Nederlandse bestuursrechtelijke regelgeving innemen. Ik doe dat in vogelvucht. In paragraaf 5.4 komen enkele voorbeelden uitvoeriger aan bod.

5.2.1 Geen algemene doelstelling

In het VWEU en het VEU is bepaald dat de Europese Unie streeft naar een vreedzame en welvarende samenleving door middel van – onder meer – het tot stand brengen van een interne markt met vrije mededinging. In het Nederlandse recht is een dergelijke algemene doelstelling niet te vinden. Wel is in sommige bijzondere wetgeving, zoals op het terrein van het mededingingsrecht en het economische orderingsrecht, die doelstelling terug te vinden. Het ontbreken van een algemene focus op het beschermen van een gelijk speelveld met eerlijke concurrentie in het nationale recht, terwijl het Unierecht daar juist in de eerste plaats op gericht is, laat zich grotendeels verklaren door de bijzondere ontstaansgeschiedenis van de Europese Unie. De Europese Unie is van oudsher gericht op vrede, veiligheid en welvaart door middel van *economische* samenwerking. De interne markt met eerlijke concurrentie wordt op Europees niveau gezien als een belangrijk middel om economische doelstellingen te bewerkstelligen.¹ Hoewel vrede, veiligheid en welvaart ook in Nederland belangrijke doelen van het overheidsbeleid zijn en het individualistisch marktdenken sinds 1998 een belangrijke rol speelt bij het vormen van beleid,² valt op dat concurrentiebelangen, en in het bijzonder het belang van een gelijk speelveld, maar een beperkte rol spelen in de Nederlandse bestuursrechtelijke regelgeving.

5.2.2 Mededingingsregels en de Wet markt en overheid

Op het niveau van het nationale recht zijn voor de bescherming van het gelijke speelveld vooral de mededingingsregels, opgenomen in de Mededingingswet (Mw), van belang. Deze wet bevat normen die het marktgedrag van ondernemingen beogen te reguleren. Bij de totstandkoming van de Mw heeft de wetgever aansluiting gezocht bij de Europese mededingingsregels. Dit betekent dat de materiële normen in de Mw vrijwel gelijk zijn aan de klassieke Europese mededingingsregels. Belangrijk zijn vooral het verbod op mededinging beperkende prijsafspraken (artikel 6 Mw) en het verbod op het maken van misbruik van een economische machtspositie (artikel 24 Mw). Voor deze normen geldt, net als voor hun Unierechtelijke equivalenten – de artikelen 101 en 102 VWEU – dat zij het marktgedrag van ondernemingen reguleren. Ook voor overheden die commerciële marktactiviteiten verrichten en dus als ondernemer optreden, geldt dat zij bij het verrichten van

1 De markt is daarbij een middel en geen doel op zich, aldus Hessel 2016, p. 835.

2 Hessel 2016, p. 839.

die activiteiten binnen het kader van de Mw moeten blijven. Dit betekent dat een overheidsorganisatie geen misbruik mag maken van een eventuele economische machtspositie die zij op een bepaalde markt heeft en ook geen prijsafspraken mag maken met andere ondernemers. In de praktijk komt dit echter niet of nauwelijks voor, zodat de klassieke mededingingsregels voor marktgedrag van overheden niet zo relevant zijn.

Een ander probleem dat speelt bij overheden die commerciële activiteiten ontplooiën, houdt verband met de aard van de onderneming. Overheidsbedrijven hebben van nature een gunstiger positie op de markt dan private marktpartijen. Zo kunnen zij bijvoorbeeld vaak profiteren van niet-marktconforme financiering en kunnen zij gebruikmaken van informatie die zij hebben verkregen uit hoofde van de uitvoering van hun publieke taak. Overheidsbedrijven hebben dus een aanmerkelijk concurrentievoordeel. Om te voorkomen dat dit concurrentievoordeel wordt uitgebuit door een overheidsbedrijf en er dus oneerlijke concurrentie optreedt, is op 1 juli 2012 de Wet markt en overheid in werking getreden.³ Deze wet heeft aan de Mw gedragsregels toegevoegd voor overheden die commerciële activiteiten ontplooiën (artikelen 25i – 25l Mw). In hoofdstuk 1 werd gewezen op de kritiek op de Wet markt en overheid.⁴ Kern van de kritiek is dat de wet veel uitzonderingen bevat, waardoor die te vaak niet van toepassing is op marktgedrag van overheden. Deze kritiek op de Wet markt en overheid maakt duidelijk dat het belang dat de Nederlandse wetgever hecht aan een gelijk speelveld in zekere zin beperkt is.

Evenals voor de klassieke mededingingsregels geldt dat de gedragsregels uit de Wet markt en overheid van toepassing zijn op *commerciële activiteiten* van de overheid. Dit betekent dan ook dat de klassieke mededingingsregels en de gedragsregels uit de Wet markt en overheid voor dit onderzoek, dat zich in de kern richt op concurrentievervalsing bij de uitoefening van *publiekrechtelijke* bevoegdheden door de overheid, niet zo relevant zijn.

5.2.3 De Algemene wet bestuursrecht

De regels van het algemeen bestuursrecht zijn neergelegd in de Awb. Het gaat om regels die vooral de bestuursrechtelijke procedures uniformeren. De Awb bepaalt weinig over de inhoud van besluiten.⁵ Schueler merkt in dit verband dan ook op dat de open normen van de Awb niet zeggen *welke* concrete belangen en feiten bij het voorbereiden van besluiten en de toetsing daarvan door de bestuursrechter moeten worden betrokken. Die inhoudelijke aspecten van het bestuursrecht worden aangereikt of opgelegd door middel van bijzondere wetten.⁶ Gelet hierop is niet verwonderlijk dat de term concurrent

3 Stb. 2011, 162. Zie voor de Memorie van Toelichting bij de Wet markt en overheid *Kamerstukken II* 2007/08, 31354, 3.

4 Paragraaf 1.5.2.

5 Schueler 2015, p. 430.

6 Schueler 2015, p. 424.

in de Awb ontbreekt. Ook in de totstandkomingsgeschiedenis van de Awb is de term nauwelijks te vinden. Welgeteld komt de term ‘concurrent’ drie keer voor.

De eerste keer komt de term voor in de memorie van toelichting op de eerste tranche. Daar staat dat in de bezwaarfase niet alle stukken aan alle belanghebbenden ter inzage kunnen worden gelegd.⁷ Dit geldt voor stukken met een vertrouwelijk karakter, zoals *concurrentiegevoelige* bedrijfsgegevens. De tweede keer dat de term concurrent valt, is in de memorie van toelichting bij artikel 4:37 Awb. Dat artikel somt een aantal standaardverplichtingen op die bestuursorganen *in ieder geval* kunnen verbinden aan subsidieverleningen. Deze verplichtingen hoeven dus, anders dan die in artikel 4:38 Awb, niet te strekken tot verwezenlijking van het doel van de subsidie. De in artikel 4:37 opgesomde verplichtingen zijn voor een doelmatig hanteren van het instrument van subsidie van groot belang.⁸ Interessant in het kader van dit onderzoek is vooral lid 1, aanhef en onder g. Daar is bepaald dat de op te leggen verplichtingen onder meer betrekking kunnen hebben op het beperken of wegnemen van de nadelige gevolgen van een subsidie voor derden. In de memorie van toelichting is vermeld dat bijvoorbeeld kan worden gedacht aan verplichtingen met betrekking tot de openingstijden van de kantine van een sporthal, om te voorkomen dat plaatselijke horecaondernemers oneerlijke *concurrentie* wordt aangedaan.⁹ Den Ouden, Jacobs en Verheij wijzen er op dat deze verplichting van een andere aard is dan de andere verplichtingen die artikel 4:37 lid 1 Awb noemt.¹⁰ Die andere verplichtingen strekken allemaal tot de verwezenlijking van het doel van de subsidie en de effectieve controle daarop, terwijl dat bij de onder g genoemde verplichting niet bij voorbaat duidelijk is. Den Ouden, Jacobs en Verheij spreken daarom ook wel van een oneigenlijke verplichting. Wat daar ook van zij, en hoewel dit de *enige* plek is waar in de memorie van toelichting het begrip ‘concurrentie’ voorkomt, is duidelijk dat de Awb-wetgever zich bewust is geweest van het potentieel concurrentieverstorende effect van subsidies. De derde en laatste keer dat de term concurrent voorkomt is in de memorie van toelichting bij de vierde tranche van de Awb.¹¹ Daar is vermeld dat de directe *concurrent* van een overtreder van de mededingingsregels onder omstandigheden een rechtstreeks belang kan hebben bij een boetebesluit. Voor het betrekken van concurrentiebelangen bij de besluitvorming is dit verder niet zo relevant.

Dat de term concurrent maar drie keer voorkomt in de toelichting op de Awb laat zich goed verklaren doordat, zoals gezegd, de Awb vooral als doel heeft bestuursrechtelijke procedures te normeren en te uniformeren. Naar zijn aard leent de Awb zich niet goed voor het aanwijzen van concrete belan-

7 *Kamerstukken II* 1988/90, 21221, 3, p. 149.

8 *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, 3, p. 63.

9 *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, 3, p. 65.

10 Den Ouden, Jacobs & Verheij 2011, p. 86.

11 *Kamerstukken II* 2003/04, 29703, 3, p. 129.

gen – waaronder concurrentiebelangen – die bij het nemen van een besluit moeten worden betrokken.

5.2.4 Bijzondere bestuursrechtelijke wetgeving

Omdat de Awb geen specifieke bescherming biedt aan concurrentiebelangen, zijn ondernemers voor de bescherming van die belangen aangewezen op de bijzondere bestuursrechtelijke wetgeving. In die regelgeving zijn immers de inhoudelijke aspecten van de besluitvorming geregeld. Relevant voor de bescherming van concurrentiebelangen is dus de vraag in hoeverre die belangen in het bijzondere bestuursrecht zijn aangewezen als door het bestuur te behartigen belangen. Het is ondoenlijk om dit binnen het bestek van dit onderzoek voor al het bijzondere bestuursrecht te doen. Ik beperk mij dan ook tot een bespreking van enkele voorbeelden van bijzondere bestuursrechtelijke regelgeving die ten grondslag ligt aan besluiten waarover concurrenten vaak procederen. Deze voorbeelden bespreek ik in paragraaf 5.4, waarin de vraag centraal staat in hoeverre bestuursorganen op basis van de geldende bestuursrechtelijke wetgeving bescherming kunnen bieden aan concurrentiebelangen. Hier wordt volstaan met de constatering dat, anders dan in de Unierechtelijke regelgeving, concurrentiebelangen in het Nederlandse bestuursrecht maar spaarzaam als door het bestuur te behartigen belangen zijn aangewezen. De Nederlandse wetgever lijkt niet erg geneigd om in het bijzondere bestuursrecht regels op te nemen die inhouden dat de overheid bij het uitoefenen van publiekrechtelijke bevoegdheden rekening moet houden met concurrentiebelangen en derhalve de eerlijke en vrije concurrentie niet mag verstoren. Waar het op nationaal niveau aan ontbreekt zijn regels die wat betreft hun inhoud vergelijkbaar zijn met de Unierechtelijke vrij-verkeerbepalingen en de staatssteunregels die van toepassing zijn op de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden door de overheid. Wel kent het Nederlandse mededingingsrecht regels die vergelijkbaar zijn met de Europese mededingingsregels, maar die bepalingen zien primair op het gedrag van ondernemingen en normeren niet in algemene zin de effecten van overheidsbesluiten op concurrentieverhoudingen. Op de regel dat de Nederlandse wetgever weinig oog heeft voor het belang van een gelijk speelveld bestaan overigens wel uitzonderingen. Het is weinig verrassend dat het daarbij in veel gevallen gaat om regels die een uitwerking vormen van Europese regelgeving. Ook deze uitzonderingen komen aan bod in paragraaf 5.4.

5.2.5 Tussenconclusie

De plaats die concurrentiebelangen – buiten het terrein van het mededingingsrecht – innemen in het nationale bestuursrecht is aanmerkelijk minder prominent dan in het Unierecht. In de Awb, waarin de algemene regels van bestuursrecht zijn neergelegd, worden concurrentiebelangen geen enkele keer genoemd. Alleen in de toelichting komen concurrentiebelangen drie

keer ter sprake. Deze marginale plaats van concurrentiebelangen valt gezien de aard van het algemene bestuursrecht te verklaren. De Awb heeft als doel bestuursrechtelijke procedures te normeren en te uniformeren en wijst dus niet de concrete belangen – waaronder concurrentiebelangen – aan die bij het nemen van een concreet besluit moeten worden betrokken. Maar ook in de bijzondere bestuursrechtelijke regelgeving, waarin met een bepaald doel bestuursbevoegdheden worden toegekend, worden concurrentiebelangen maar beperkt aangetroffen.

Een verklaring

Dat de Nederlandse wetgever maar beperkt oog heeft voor concurrentiebelangen bij het tot stand brengen van bijzondere bestuursrechtelijke wetgeving valt historisch gezien wel te verklaren. Het bestuursrecht reikt van oudsher namelijk de overheid het instrumentarium aan om zich actief met de samenleving te bemoeien. Het biedt daarbij de leden van die samenleving bescherming tegen de zich met hun omgeving bemoeiende overheid.¹² De vraag is dan wie de leden van de samenleving zijn die bescherming behoeven. Hiermee komen we terecht bij het mensbeeld dat achter het bestuursrecht in het algemeen en de Awb in het bijzonder schuil gaat. Ten Berge zet uiteen dat achter het moderne bestuursrecht, zoals dat sinds het eind van de negentiende eeuw tot ontwikkeling is gekomen en dat is terug te vinden in de Awb, een mensbeeld schuilt van de ‘onderliggende klassieke arbeider-mens’.¹³ Het gaat hierbij om de ‘zwakke’ mens – en dus niet het ‘sterke’ bedrijfsleven – dat tegen de overheid moet worden beschermd. Het bestuursrecht, gebouwd op het mensbeeld van de klassieke arbeider van eind negentiende en begin twintigste eeuw, is volgens Ten Berge nooit echt principieel bijgesteld.¹⁴ Dit verklaart in belangrijke mate waarom de bestuurswetgever weinig oog heeft (gehad) voor de gevolgen van besluiten en ander publiekrechtelijk optreden van de overheid voor de positie van ondernemingen en hun onderlinge concurrentieverhoudingen. Overigens gaat dit mensbeeld er wel aan voorbij dat bedrijfsleven lang niet alleen bestaat uit grote en sterke multinationals, maar toch ook en vooral uit kleine ondernemers, zoals eenmanszaken.¹⁵

12 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 1.

13 Ten Berge 2011, p. 165. Zie over dit onderwerp ook Damen 1993. Hij schreef aan de vooravond van de inwerkingtreding van de Awb dat de echte Awbmens, met wie de overheid horizontale betrekkingen kan onderhouden, doorgaans een machtige rechtspersoon is en niet zo maar een natuurlijke persoon (p. 128). Het bedrijfsleven bestaat voor het overgrote deel uit kleine bedrijfjes en niet uit grote machtige rechtspersonen. Dit betekent dat in de relatie tussen de overheid en de meeste bedrijven het bestuur domineert en de instrumentaliteit van het bestuursoptreden overheerst. De onderliggende concurrentieverhoudingen zijn daarbij geen onderwerp van betekenis.

14 Ten Berge 2011, p. 167.

15 Volgens de website van het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) (geraadpleegd op 21 februari 2017) waren er in 2015 in Nederland meer dan 1,1 mln. eenmanszaken, bijna 350.000 kleine- en middelgrote bedrijven (2 tot 250 werknemers) en 2.840 grote bedrijven (meer dan 250 werknemers).

Opbouw van dit hoofdstuk

Nu we hebben geconstateerd dat concurrentiebelangen in de Nederlandse bestuursrechtelijke regelgeving maar een beperkte plaats hebben gekregen, rijst de vraag wat dit betekent voor de mate waarin bestuursorganen bij het maken van een belangenafweging en de bestuursrechter bij het toetsen daarvan met die belangen rekening kunnen houden. Die vraag komt aan de orde in de paragrafen 5.3 tot en met 5.6. Begonnen wordt met een algemene analyse van het kader waarbinnen bestuursorganen gebruik moeten maken van doelgebonden bevoegdheden (paragraaf 5.3). Daarna staat de vraag centraal of en in hoeverre op grond van de geldende regelgeving concurrentiebelangen een rol kunnen spelen bij het nemen van besluiten en de toetsing van die besluiten door de bestuursrechter (paragraaf 5.4). Vallen concurrentiebelangen buiten het beschermingsbereik van de toepasselijke regelgeving, dan rijst de vraag of met die belangen toch rekening kan worden gehouden als wordt 'doorgepakt'¹⁶ naar het niveau van de rechtsbeginselen (paragraaf 5.5). Wanneer ook langs die weg geen bescherming kan worden geboden aan concurrentiebelangen, dan rijst tot slot de vraag in hoeverre die bescherming wel moet worden geboden op grond van Europees en/of internationaal recht (paragraaf 5.6) Ik sluit dit hoofdstuk af met een conclusie (paragraaf 5.7).

5.3 HET DOELGEBONDEN KARAKTER VAN BESTUURSBEVOEGDHEDEN

De uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden moet zijn gebaseerd op een belangenafweging. Dit geldt voor zowel wetgeving als bestuur. Een in het kader van dit onderzoek relevante vraag is in hoeverre concurrentiebelangen daarbij een rol kunnen spelen. In deze paragraaf wordt eerst ingegaan op de activiteit en rol van de wetgever (paragraaf 5.3.1). In hoeverre is die vrij om bij het totstandbrengen van regelgeving rekening te houden met concurrentiebelangen? Daarna komt beknopt het verbod van *détournement de pouvoir* aan bod. Dit beginsel staat er aan in de weg dat bestuursorganen bij uitoefening van bevoegdheden de belangen van individuele concurrenten behartigen (paragraaf 5.3.2). Het specialiteitsbeginsel, zoals bestuursorganen dat moeten toepassen, komt daarna aan bod (paragraaf 5.3.3). Afgesloten wordt met een conclusie (paragraaf 5.3.4).

16 Term ontleend aan Schlössels 2007, p. 247. Hij heeft het overigens over doorpakken naar het niveau van de grondrechten. Zie in dat verband ook R.J.N. Schlössels, annotatie bij ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:732, JB 2016/88, punten 13-15. Het niveau van de grondrechten is voor concurrenten mijns inziens minder relevant, omdat het recht op een gelijk speelveld geen grondrecht is. Wel is het recht op gelijke behandeling een fundamenteel rechtsbeginsel.

5.3.1 Het legaliteitsbeginsel en de belangenafweging door de wetgever

5.3.1.1 De rechtsstaatidee

Nederland is een rechtsstaat. In de klassiek-liberale opvatting van de rechtsstaat geldt de vrijheid van het individu als het hoogste goed. Hierbij past een overheid die aan regels is gebonden wanneer zij de burger bindt. De binding van de overheid aan de regels van het recht (het legaliteitsbeginsel) vormt dan ook één van de pijlers van de klassieke rechtsstaatidee.¹⁷ Het legaliteitsbeginsel houdt kort gezegd in dat elk overheidsoptreden moet berusten op een algemene, voor herhaalde toepassing vatbare regel.¹⁸ Dit betekent in de eerste plaats dat bestuursorganen geen andere bevoegdheden hebben dan die hen bij wet zijn toegekend (vereiste van een wettelijke bevoegdheidsgrondslag). Het betekent echter ook dat zij zich bij de uitoefening van die bevoegdheden aan de wet dienen te houden (primaat van de wet).¹⁹ Aldus wordt voorkomen dat bestuursorganen willekeurig en naar eigen inzicht optreden en wordt de voorspelbaarheid, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid bevorderd.²⁰ In de loop der tijd is de opvatting over de rechtsstaat veranderd. In de klassiek liberale opvatting die in de 17e eeuw is ontstaan en in de 18e en 19e eeuw verder is uitgewerkt in constituties en wetten stond bescherming van de individuele vrijheid voorop. De rol van de overheid was zeer terughoudend. In de tweede helft van de 20e eeuw heeft zich de sociale dimensie van de rechtsstaat ontwikkeld. Aanleiding daarvoor was het groeiende besef dat een individu weinig heeft aan zijn vrijheid en andere fundamentele rechten als hij niet tevens de middelen heeft om van die vrijheid en rechten gebruik te maken. Van de overheid werd verwacht dat zij de condities zou scheppen om elk individu het genot van de vrijheid en fundamentele rechten te garanderen. Dit vergde beschermende, stimulerende en herverdelende maatregelen. De rol van de overheid veranderde dus. Hoewel de opvattingen over de rechtsstaat zijn veranderd, neemt het legaliteitsbeginsel – en dus de gebondenheid van bestuursorganen aan de wet – nog altijd een centrale plaats in bij de bestudering van de rechtsstaat.²¹ De heersende opvatting daarbij is dat (in ieder geval) eenzijdig verplichtend over-

17 De andere pijlers zijn machtscheiding (*trias politica*), grondrechten en rechterlijke controle. Zie over de grondslagen van de rechtsstaat VanWijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 34, Burkens 2012, p. 16-23, Gerbrandy 2009, p. 42, WRR 2002, p. 43-48, en Bos 2001, p. 11. Zie over het legaliteitsbeginsel Van Ommeren 1996.

18 Kortmann e.a. 2017, p. 51, Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 34-36 en 320-324, Voermans 2011, p. 14-16, Stoter 2000, p. 119, en Van Ommeren 1996, p. 13.

19 Kortmann e.a. 2017, p. 51-52, en Verhoeven 2010, p. 21-22.

20 Kortmann e.a. 2017, p. 52, Van Wijk/Konijnenbelt 2014, p. 34-36, Voermans 2011, p. 25, en Verheij 1989, p. 190-192. Anders Van Ommeren 1996, p. 320-321. Hij schrijft dat rechtszekerheid en rechtsgelijkheid ook zonder legaliteitsbeginsel gerealiseerd kunnen worden.

21 Schlössels & Zijlstra 2017, p. 102-103, en Voermans 2011.

heidsoptreden op een wettelijke grondslag dient te berusten.²² Voor zover het gaat om niet-verplichtend overheidsoptreden, zoals bijvoorbeeld de zorg voor waterhuishouding, laat dit enige ruimte voor overheidsoptreden zonder wettelijke grondslag.

5.3.1.2 *Wettelijke grondslag voor overheidshandelen*

Het uitgangspunt dat een bestuursorgaan alleen bevoegd is te handelen als dat handelen berust op een formeel wettelijke grondslag, betekent dat de wetgever een belangrijke stempel drukt op het handelen van bestuursorganen. Het is de wetgever die bepaalt of een bestuursorgaan überhaupt mag handelen en, zo ja, ter behartiging van welke belangen (primaat van de wetgever).²³ In dit verband wordt ook wel gesproken van het specialiteitsbeginsel op wetgevingsniveau dat de wetgever verplicht bestuursbevoegdheden aan een bepaald doel te binden.²⁴ Bestuursbevoegdheden mogen slechts worden toebedeeld met het oog op de behartiging van *specifieke* publiekrechtelijke belangen. Niet kan worden volstaan met het op vage wijze normeren van bestuursbevoegdheden, omdat democratische controle op het overheidsoptreden op die manier verloren gaat.²⁵ De burger wordt dan immers tot op zekere hoogte overgeleverd aan de willekeur van het bestuur. Het binden van bestuursbevoegdheden aan een bepaald doel draagt bij aan een effectieve behartiging van specifieke algemene belangen en is van wezenlijk belang voor de rechterlijke controle op de uitoefening van bestuursbevoegdheden. De bevoegdheidsnorm fungeert immers als toetsingsmaatstaf voor de bestuursrechter.

5.3.1.3 *Belangenafweging door de wetgever*

Bij het stellen van algemene normen en het toekennen van bevoegdheden moet de wetgever in de eerste plaats bepalen wát het daarbij te behartigen belang is. In een democratische rechtsstaat geldt daarbij dat het algemeen belang de grondslag vormt voor alle overheidsactiviteit en dus ook voor wetgeving.²⁶ Het algemeen belang kan daarbij worden gekenschetst als datgene wat voor het welzijn van het volk in het algemeen als nuttig, gewenst of nodig wordt beschouwd en waarvoor geldt dat dit het beste op

22 Kortmann 2017, p. 321. Zie Voermans 2011, p. 7, voor een overzicht van de in de literatuur voorkomende opvattingen.

23 Schlössels 1998, p. 384.

24 Tolsma 2013, p. 123-125. Stout 1989, p. 239, stelt in dit verband zelfs dat het de wetgever is die als adressant van het specialiteitsbeginsel moet worden beschouwd en niet het bestuur. Zie ook Helder & Jue 1987, p. 34.

25 Zie over deze en andere functies van het specialiteitsbeginsel op wetgevingsniveau Tolsma 2013, p. 124, Tolsma 2008, p. 91, en Schlössels 1998, p. 127-132. Voermans 2011, p. 10-14, bespreekt de functies van het legaliteitsbeginsel, maar in wezen gaat het om dezelfde functies.

26 Schlössels 1998, p. 74-78.

algemene wijze kan worden geregeld.²⁷ Omdat het algemeen belang een samenstel van een veelheid aan – soms tegenstrijdige – belangen is, moet de wetgever keuzes maken ten aanzien van de bij de uitoefening van een bestuursbevoegdheid te behartigen belangen en na te streven doelen. Dit vergt een afweging van belangen door de wetgever, die resulteert in een keuze ten aanzien van de van het algemeen belang afgeleide deelbelangen die het bestuur bij de uitoefening van de toegekende bestuursbevoegdheid moet behartigen.²⁸ Stoter stelt terecht dat aan die belangenafweging, net als aan de belangenafweging van het bestuur op concreet niveau, eisen kunnen worden gesteld.²⁹ Allereerst moet de wetgever de bij de uitoefening van een bepaalde bestuursbevoegdheid in geding zijnde belangen in kaart brengen. De betrokken belangen moeten vervolgens op evenwichtige wijze worden afgewogen, waarbij de wetgever moet aangeven waarom aan bepaalde belangen voorrang wordt gegeven boven andere belangen. Het doel van de wet staat op zich en de belangenafweging van de wetgever hoeft daarom – in beginsel – niet te passen binnen een hogere doelstelling. Dit betekent dat de wetgever in beginsel een grote vrijheid toekomt bij het aanwijzen van de belangen die het bestuur bij de uitoefening van bepaalde bevoegdheden moet behartigen. Dit kan evenwel anders zijn op het moment dat op een bepaald terrein sprake is van internationaal rechtelijke verplichtingen, in het bijzonder Unierechtelijke verplichtingen. Deze kunnen de keuzemogelijkheden van de wetgever beperken. Een in het kader van dit proefschrift belangrijk voorbeeld is de Dienstenrichtlijn, die strikte eisen stelt aan de inrichting van nationale vergunningstelsels. De wetgever wordt hierdoor beperkt in de vrijheid om vergunningstelsels te creëren. Verder kan worden gewezen op de arresten *Betfair*³⁰ en *Engelmann*.³¹ Hierin oordeelde het Hof van Justitie dat overheden vergunningen en andere exclusieve rechten niet buiten enige

27 Schreuder-Vlasblom 2017, p. 3, merkt in dit verband op dat de duiding van het algemeen belang een overkoepelende visie op de langere termijn op een complex van - mogelijk tegenstrijdige - deelbelangen vergt die prevaleert boven de individuele waardering van eigen winst en verlies op de korte termijn.

28 De hier bedoelde belangenafweging op abstract niveau kan worden onderscheiden van de belangenafweging op concreet niveau bij het uitoefenen van bestuursbevoegdheden. Ten aanzien van de belangenafweging bij het totstandbrengen van wet- en regelgeving kan een onderscheid worden gemaakt tussen de belangenafweging van de decentrale regelgever bij het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften en de belangenafweging van de wetgever bij het vaststellen van wetten in formele zin. In het eerste geval gaat het om een bestuurlijke belangenafweging op abstract niveau, waarop de normen van de Awb van toepassing zijn. In het tweede geval gaat het om belangenafweging van de wetgever, waarop de normen van de Awb niet van toepassing zijn. Zie over dit onderscheid verder Stoter 2000, p. 105. Zij concludeert dat de normering van de wetgever niet principieel afwijkt van de eisen die worden gesteld aan de vaststelling van algemene maatregelen van bestuur. Gelet op die conclusie zal ik hier verder geen aandacht besteden aan dit onderscheid.

29 Stoter 2000, p. 105-106.

30 HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307 (*Betfair*), AB 2011/17, m.nt. A. Buijze.

31 HvJ EU 9 september 2010, C-64/08, ECLI:EU:C:2010:506 (*Engelmann*). Zie over dit arrest ook Stergiou 2011.

vorm van mededinging kunnen opdragen, indien buitenlandse interesse zou kunnen bestaan. Dit betekent volgens het Hof van Justitie dat de wetgever bij de inrichting van vergunningstelsels in dat geval rekening moet houden met het transparantiebeginsel,³² op grond waarvan een ieder in beginsel in aanmerking moet kunnen komen voor het schaarse recht. De wetgever moet een gelijk speelveld creëren voor de verdeling van het schaarse recht. Het algemene belang bij eerlijke concurrentie vormt aldus een belang waarvan het Unierecht de wetgever soms dwingt de behartiging aan het bestuur op te dragen.

5.3.1.4 De 'verbestuurlijking' van normstelling

Een belangrijke – want uit een oogpunt van rechtsbescherming problematische – ontwikkeling die tot slot moet worden genoemd, is wat Schueler aanduidt als 'verbestuurlijking' van de normstelling.³³ In de eerste plaats gaat het hierbij om een verschuiving van het niveau waarop in algemeen verbindende voorschriften in abstracto belangen worden afgewogen en beleidskeuzen worden gemaakt. Het komt steeds vaker voor dat dit niet meer gebeurt op het niveau van een direct democratisch gelegitimeerd orgaan, zoals de wetgever in formele zin of de gemeenteraad, maar dat de bevoegdheid om belangen in abstracto af te wegen en beleidskeuzen te maken wordt gedelegeerd aan bijvoorbeeld de minister of het college van burgemeester en wethouders (bestuurswetgeving). De democratische legitimatie van de algemene regels komt daarmee onder druk te staan. Bovendien kan de bestuursrechter geen tegenwicht bieden aan deze ontwikkeling, omdat in artikel 8:3 lid 1 Awb algemene regels van beroep worden uitgesloten. Hooguit kan langs de weg van exceptieve toetsing een oordeel worden gegeven over de gemaakte beleidskeuze.

In de tweede plaats worden vergunningstelsels steeds vaker vervangen door algemene regels. Op maatwerk gerichte individuele beslissingen maken daarbij plaats voor in algemeen verbindende voorschriften vervatte algemene regels. De rechtsbescherming van burgers wordt door deze praktijk beperkt, omdat tegen algemene regels, anders dan tegen vergunningen, geen beroep openstaat op de bestuursrechter. Burgers zijn aldus veroordeeld tot de hoogdrempelige rechtsbescherming door de burgerlijke rechter. Een ander probleem, waar Schueler op wijst, is dat burgers hun invloed op de normstelling verliezen, omdat de participatie bij de totstandkoming van een vergunning aanmerkelijk intensiever is dan bij de totstandkoming van

32 In de literatuur zijn de meningen verdeeld over de vraag of het transparantiebeginsel een zelfstandig beginsel van behoorlijk bestuur is. Zie voor een overzicht van deze literatuur concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421 (*Speelautomatenhal Vlaardingen*), punten 6.9 tot en met 6.12.

33 Schueler 2015, p. 434-435. Zie ook Barkhuysen & Den Ouden 2016, p. 1009, Barkhuysen 2015, p. 2729, en Schuurmans & Voermans 2010, p. 821-822.

algemene maatregelen van bestuur of verordeningen.³⁴ Efficiëntie-overwegingen winnen het kortom van het belang van burgers om in de bestuurlijke fase en bij de bestuursrechter voor hun rechten te kunnen opkomen.

De hiervoor beschreven ontwikkeling heeft in de literatuur de vraag opgeroepen of artikel 8:3 lid 1 Awb, dat algemene regels van beroep uitsluit, in zijn huidige vorm nog wel wenselijk is.³⁵ Mij gaat het er hier vooral om duidelijk te maken dat het hier geschetste ideaaltype van doelgebonden regelgeving soms nauwelijks uit de verf komt en noch het parlement, noch de rechter ingrijpt. Voor concurrenten kan dit tot gevolg hebben dat hun belangen al in het wetgevingsstadium in het gedrang kunnen komen, bijvoorbeeld doordat de wetgever in algemene voorschriften bepaalde eisen stelt aan de uitoefening van economische activiteiten. Tegen die beleidskeuze op wetgevingsniveau staat dan geen laagdrempelige rechtsbescherming bij de bestuursrechter open.

5.3.2 Het verbod van détournement de pouvoir

Na de invloed van de wetgever op de door het bestuursorgaan te maken belangenafweging te hebben besproken, is het tijd de belangenafweging vanuit bestuurlijk perspectief te bezien. De belangenafweging die een bestuursorgaan moet maken wordt genormeerd door de artikelen 3:2 en 3:4 Awb. Artikel 3:2 Awb bepaalt dat een bestuursorgaan bij de voorbereiding van een besluit de nodige kennis vergaart over de relevante feiten en de af te wegen belangen, terwijl artikel 3:4 lid 1 bepaalt dat het bestuursorgaan de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen afweegt. Deze artikelen beschrijven aldus in abstracto de door het bestuursorgaan te verrichten *activiteit*: het in kaart brengen en afwegen van belangen. Daarmee is echter nog geen antwoord gegeven op de vraag *welke* belangen in concreto moeten worden afgewogen of juist buiten beschouwing moeten worden gelaten. Deze vraag komt aan de orde in deze en de volgende paragraaf (5.3.3).

Een uitvloeisel van het legaliteitsbeginsel is het verbod van *détournement de pouvoir*. In artikel 3:3 Awb is bepaald dat een bestuursorgaan de bevoegdheid tot het nemen van een besluit niet voor een ander doel gebruikt dan waarvoor de wetgever die bevoegdheid heeft verleend. Omdat het algemeen belang als grondslag voor alle overheidsactiviteit dient, betekent dit allereerst dat een bestuursorgaan een door de wetgever toegekende bevoegdheid niet mag gebruiken met het oogmerk om particuliere belangen – zoals de belangen van een *bepaalde* concurrent – te behartigen. Het materiële bestuursrecht dwingt bestuursorganen zich te richten op behartiging van het algemeen belang, als van individuele belangen geabstraheerde en

34 Schueler 2015, p. 435. Zie ook Barkhuysen 2015, p. 2729.

35 Barkhuysen & Den Ouden 2016, p. 1009, Schueler 2015, p. 435, Barkhuysen 2015, p. 2729, en Schuurmans & Voermans 2010, p. 809-831.

geobjectiveerde norm.³⁶ Extreme voorbeelden van gevallen waarin dit niet gebeurde zijn de zaken van de in opspraak geraakte politici Jos van Rey en Ton Hooijmaijers. Zij werden er van verdacht zich door bevriende ondernemers te hebben laten betalen om de bestuurlijke besluitvorming – onder andere de vaststelling van ruimtelijke plannen – rond de ontwikkeling van vastgoedprojecten, in hun voordeel te beïnvloeden. Individuele belangen van bepaalde ondernemers gingen dus voor het algemeen belang.³⁷

Het verbod van *détournement de pouvoir* staat er in de tweede plaats aan in de weg dat een bestuursorgaan een bevoegdheid gebruikt om een *willekeurig* algemeen belang te behartigen. De wetgever wijst bij de toekenning van een bevoegdheid specifieke, uit het algemeen belang afgeleide, *deelbelangen* aan die het bestuursorgaan bij de uitoefening van die bevoegdheid dient te behartigen (de rechtsstatelijke werkverdeling).

Er kan dus een onderscheid worden gemaakt tussen specifieke algemene belangen die de wetgever voor ogen heeft gehad bij het toekennen van de aan de orde zijnde bevoegdheid³⁸ aan de ene kant en andere belangen aan de andere kant. Die andere belangen, onder te verdelen in ‘vreemde’ algemene belangen en particuliere belangen, mogen nooit het motief zijn om van een bevoegdheid gebruik te maken.³⁹

5.3.3 Het specialiteitsbeginsel

Nauw verwant aan het legaliteitsbeginsel en het daaruit voortvloeiende verbod van *détournement de pouvoir* is het specialiteitsbeginsel.⁴⁰ In zekere zin is het specialiteitsbeginsel de keerzijde van het verbod van *détournement de pouvoir*. Waar het verbod van *détournement de pouvoir* ziet op de vraag ter behartiging van welke belangen een bestuursbevoegdheid *niet* mag worden gebruikt, heeft het specialiteitsbeginsel betrekking op de vraag welke belangen bij de gebruikmaking van een bepaalde bestuursbevoegdheid juist *wel* moeten worden meegewogen.⁴¹ Het verbod van *détournement de pouvoir* en het specialiteitsbeginsel zijn dus communicerende vaten.⁴² Ook bestaat er een sterk verband tussen het specialiteitsbeginsel en het legaliteitsvereiste.

36 Heldeweg 2009, p. 93, en Schreuder-Vlasblom 2007, p. 47.

37 Overigens is dat niet alleen een bestuursrechtelijke doodzonde, getuige het feit dat zowel Hooijmaijers als van Rey strafrechtelijk zijn vervolgd en veroordeeld wegens omkoping en ambtelijke corruptie.

38 Schreuder-Vlasblom 2017, p. 19, heeft het over het in de wet als doel van de aanwending van de bevoegdheid aangewezen algemeen belang.

39 Zie over de verschillende te onderscheiden belangen Schlössels & Zijlstra 2017, p. 365-366.

40 Schlössels & Zijlstra 2017, p. 369, en Schlössels 1998, p. 88-89.

41 Aldus ook Damen e.a. 2009, p. 57.

42 Schlössels 2009, p. 442, wijst er op dat het volgens sommige auteurs om synoniemen gaat. Dat gaat mij net iets te ver, nu bij toepassing van het verbod van *détournement de pouvoir* het gebruik van de bevoegdheid centraal staat, terwijl het bij toepassing van het specialiteitsbeginsel om de bij het gebruik van die bevoegdheid af te wegen belangen gaat. Dat beide nauw aan elkaar verwant zijn is evenwel evident.

Het specialiteitsbeginsel komt er in de kern immers ook op neer dat de overheid geen bevoegdheid heeft zonder dat daar een wettelijke grondslag voor is. Het is juist die wettelijke grondslag die bepaalt welke belangen bij de uitoefening van een bevoegdheid kunnen worden meegewogen.

5.3.3.1 Grenzen aan de belangenafweging

Het specialiteitsbeginsel kan in verband worden gebracht met artikel 3:4 lid 1 Awb.⁴³ Dat artikel bepaalt dat het bestuursorgaan de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen afweegt, voor zover niet uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit. De belangen die het bestuursorgaan in zijn afweging mag betrekken, vinden aldus hun begrenzing in de wet. Belangen worden niet betrokken in de afweging als uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit. Soms vloeit uit een wettelijk voorschrift zelf direct voort dat bepaalde belangen buiten beschouwing dienen te blijven. Wanneer bijvoorbeeld in een gemeentelijke verordening is bepaald dat de burgemeester een vergunning voor een evenement slechts kan weigeren als het evenement een gevaar oplevert voor de openbare orde, volgt daaruit dat de vergunning niet kan worden geweigerd omdat andere belangen, zoals bijvoorbeeld milieu- of concurrentiebelangen daardoor worden geraakt. In andere gevallen moet uit de *strekking* van een wettelijke regeling of uit de verhouding van een wettelijke regeling tot andere regelingen worden afgeleid of een bepaald belang in de besluitvorming geen rol mag spelen.⁴⁴ Dit laatste raakt aan de kern van het specialiteitsbeginsel. Het komt er op neer dat de wetgever een bevoegdheid aan een bestuursorgaan toekent met het oog op behartiging van *bepaalde* belangen en het bestuursorgaan bij gebruikmaking van die bevoegdheid juist *die* belangen in zijn afweging betreft. Het specialiteitsbeginsel houdt met andere woorden in dat, gelet op het *doel* van een bestuursbevoegdheid, bepaalde belangen, omdat zij geen verband houden met dat doel – en dus naar hun inhoud beschouwd – van afweging moeten worden uitgesloten.⁴⁵ Het specialiteitsbeginsel stelt aldus grenzen aan het proces van bestuurlijke belangenafweging en houdt een al te bemoeizuchtige overheid op afstand. Het beginsel doet echter niet af aan de in artikel 3:4 lid 1 Awb neergelegde plicht om de bij het besluit betrokken belangen af te wegen. Tussen beide aspecten van de belangenafweging bestaat een wankel evenwicht dat op verschillende manieren kan worden geduid.

43 Zie ook Schlössels & Zijlstra 2017, p. 364-365.

44 *Kamerstukken II* 1988/89, 21221, 3, p. 67-68.

45 Schlössels 2009, p. 444.

5.3.3.2 Drie opvattingen over specialiteit

Globaal genomen bestaan er drie opvattingen over de vraag welke belangen het bestuursorgaan in de belangenafweging mag betrekken.⁴⁶ In de eerste plaats is er de precieze opvatting. Deze opvatting hecht sterk aan het verbod van *détournement de pouvoir* en staat een beperkte belangenafweging voor. Het bestuursorgaan mag slechts die belangen afwegen, die bescherming vinden in de specifieke wet. In zijn meest extreme vorm houdt deze opvatting in dat bij de bestuurlijke belangenafweging *uitsluitend* oog kan zijn voor het specifieke algemene belang dat de betrokken regeling beoogt te beschermen en dat dus zelfs de belangen van de aanvrager niet kunnen worden meegewogen.⁴⁷ Strikt genomen valt er dan niets meer af te wegen. In iets minder strikte zin komt de precieze opvatting erop neer dat bij de bestuurlijke belangenafweging het specifieke algemene belang dat de betrokken regeling beoogt te beschermen, moet worden afgewogen tegen de belangen van de direct-belanghebbende.⁴⁸ Belangen van derden zijn uitgesloten van de belangenafweging, voor zover zij niet samenvallen met het specifieke algemene belang.⁴⁹ Andere belangen zijn ‘vreemd’ en mag het bestuursorgaan niet meewegen. Die laatste belangen kunnen dus de weigering van een vergunning of vrijstelling, dan wel het verbinden van belastende voorwaarden daaraan niet legitimeren.⁵⁰ In deze opvatting heeft artikel 3:4 lid 1 Awb nauwelijks nog zelfstandige betekenis. Dit betekent evenwel niet dat in het geheel geen rekening hoeft te worden gehouden met de betrokken belangen van derden. Uit artikel 3:4 lid 2 Awb volgt dat het bestuursorgaan, als het gebruik maakt van een bevoegdheid met beleidsvrijheid, moet kiezen voor ‘de meest optimale behartiging van (de) betrokken publiekrechtelijke belang(en) onder een gelijktijdige minimale aantasting van de rechtstreeks betrokken (rechts)belangen van de rechtssubjecten’.⁵¹ De hier bedoelde evenredigheid van besluitvorming komt uitsluitend in beeld, als een doel op verschillende manieren kan worden verwezenlijkt en er derhalve verschillende besluiten mogelijk zijn. Is dat het geval, dan noopt de plicht tot het afwegen van belangen ertoe dat het bestuursorgaan kiest voor het – voor derden – minst bezwarende besluit. De plicht tot belangenafweging vormt in deze opvatting evenwel geen grond voor het geven van een bepaalde invulling aan de aan het besluit te verbinden voorwaarden (zoals dat wel kan in de hierna te bespreken gematigde benadering).

46 Schlössels & Zijlstra 2017, p. 368-369, en Schlössels 2016-1, beide met verwijzingen naar de literatuur.

47 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 297.

48 Tolsma 2008 p. 94.

49 Schlössels 1998, p. 205.

50 Schlössels 2001, p. 37-38.

51 Schlössels 1998, p. 385.

Het meest in het oog springende nadeel van de precieze invulling van het specialiteitsbeginsel is de verkokering die het met zich brengt, doordat bepaalde specifieke algemene belangen in het kader van verschillende besluitvormingskaders aan de orde kunnen komen. De schotten tussen de verschillende bevoegdheden staan aan effectief en doelmatig overheids-optreden in de weg.⁵² Op microniveau vindt dan weliswaar bescherming van specifieke publiekrechtelijke belangen plaats, maar op macroniveau kan dat wel eens niet het geval zijn. Dit draagt niet bij aan de doelmatigheid van overheids-optreden. Deze kritiek vormt de voedingsbodem voor de rekkelijke opvatting, waarin wordt gestreefd naar doelmatigheid van het overheids-optreden.⁵³ Om dit te bereiken kent de rekkelijke benadering geen absoluut verbod op mee te wegen belangen, doch hooguit de notie dat soms de vraag moet worden gesteld of sommige belangen niet beter elders kunnen worden meegewogen. In beginsel moeten dus alle betrokken belangen bij de besluitvorming worden betrokken. Dit geldt niet alleen voor het specifieke algemene of publiekrechtelijke belang en belangen van belanghebbenden, maar ook voor vreemde publiekrechtelijke belangen en de belangen van derden. Het gaat met andere woorden om een integrale benadering.⁵⁴ In deze opvatting wordt aldus op zeer ruimhartige wijze uitvoering gegeven aan artikel 3:4 lid 1 Awb.⁵⁵ Hoewel de rekkelijke benadering op gespannen voet staat met het legaliteitsbeginsel achten de rekkelijken dit toelaatbaar, nu de klassieke rechtsstaat zich heeft ontwikkeld naar een sociale verzorgingsstaat waarin de overheid steeds meer belangen ter regulering naar zich toe heeft getrokken en

52 Schlössels 2016-1, p. 451-455, en Tolsma 2013, p. 124.

53 Tolsma 2008, p. 98, en Schlössels 1998, p. 207-208.

54 Tonnaer introduceerde in dit verband het 'integraliteitsbeginsel', aldus Messer & Heldeweg 1990, p. 157. Schlössels 1998, p. 204, spreekt over belangeneliminatie.

55 In ABRvS 14 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3342, r.o. 6, *JB* 2017/25, m.nt. R.J.N. Schlössels (*vuurwerkverkoop Hilversum*), geeft de Afdeling blijk van een – naar mijn idee té – rekkelijke visie. In deze zaak ging het om een gemeentelijk verbod tot het bezigen van consumentenvuurwerk in gedeelten van het centrum van Hilversum. De bevoegdheid om een dergelijk verbod op te leggen is gelegen in de APV, waarin is bepaald dat het verboden is vuurwerk te bezigen op een door het college in het belang van de voorkoming van gevaar, schade of overlast aangewezen plaats. Een aantal in het centrum van Hilversum gevestigde vuurwerkverkopers kwam tegen het verbod op, omdat zij als gevolg van het verbod minder vuurwerk konden verkopen en dus omzetverlies leden. De vraag was onder meer of hun financiële belangen in de besluitvorming een rol konden spelen. De Afdeling oordeelde dat het financiële belang van ondernemers die vuurwerk verkopen zodanig is verweven met het doel van de regeling om het gebruik van vuurwerk voor een bepaald gebied te verbieden, dat het specialiteitsbeginsel zich er niet tegen verzet dat hun belang bij de besluitvorming had moeten worden meegewogen. Op zijn minst een opmerkelijk oordeel, omdat niet goed valt in te zien hoe financiële belangen verweven zijn met het in de APV genoemde belang van de voorkoming van gevaar, schade of overlast. Natuurlijk is omzetschade ook schade, maar de APV doelt toch vooral op materiële schade die door het bezigen van vuurwerk wordt veroorzaakt. Ik deel dan ook de kritiek van Schlössels in zijn noot onder de uitspraak (punt 4) dat het oordeel van de Afdeling zich slecht verhoudt met de democratisch-rechtsstatelijke functie van het specialiteitsbeginsel.

het niet langer noodzakelijk is om aan de wet absolute betekenis toe te kennen.⁵⁶ Het komt er dus op neer dat de af te wegen belangen niet tot een bepaalde wet zijn beperkt en het bestuursorgaan bevoegd is om de belangen die het recht aan zijn zorg heeft toevertrouwd in de belangenafweging te betrekken.

De precieze en rekkelijke opvattingen zijn uitersten.⁵⁷ Er tussenin bevindt zich de gematigde opvatting, die tegenwoordig als heersend wordt gezien.⁵⁸ De gematigde opvatting komt er op neer dat bij de vraag of een besluit ten principale toelaatbaar is (de *id quod*-vraag) uitsluitend de specifieke publiekrechtelijke belangen die de betrokken regeling beoogt te beschermen mogen worden meegewogen. Bij het bepalen van een eventuele modaliteit (de *modus quo*-vraag) kunnen ook de betrokken belangen van derden een rol spelen.⁵⁹ Het gaat dan bijvoorbeeld om het verbinden van voorschriften en beperkingen aan het vergunde handelen of het in territoriaal of temporeel opzicht beperken van de werking van een besluit. Via het evenredigheidsbeginsel wordt op die manier de werking van het specialiteitsbeginsel gemitigeerd.⁶⁰ De gedachte achter deze benadering is dat het verbod van *détournement de pouvoir* er aan in de weg staat dat de bescherming van particuliere belangen ertoe leidt dat een besluit moet worden geweigerd of ingetrokken. De gematigden verwerpen om die reden de rekkelijke benadering. De in artikel 3:4 lid 1 Awb neergelegde plicht om alle rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen af te wegen noopt er evenwel toe om door middel van het stellen van voorschriften de particuliere belangen van derden in het oog te houden. Hoewel dit uit een oogpunt van legaliteit en specialiteit niet helemaal zuiver is, wordt dit wel gerechtvaardigd met de redenering dat in de huidige sociale rechtstaat overheidsingrijpen door burgers meer en meer gewenst wordt geacht.⁶¹ De gematigden achten in dit licht de precieze benadering te rigide, omdat de gevolgen van de verkokering van bevoegdheden volledig bij de burger worden neergelegd.⁶²

56 Tolsma 2008, p. 98-99.

57 Schlössels 1998, p. 205.

58 Schlössels 2016-1, p. 447-451, Schlössels 2009, p. 449, Tolsma 2008, p. 129-130, en Schlössels 2001, p. 42-43. Bekende voorbeelden uit de rechtspraak van de Afdeling zijn ABRvS 22 mei 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE2838, AB 2003, 57, m.nt. B.W.N. de Waard (*Jetski's*), en ABRvS 1 april 1996, JB 1996/155, m.nt. R.J.N. Schlössels (*Velpse Duivenhok*). Zie voor een recenter voorbeeld, waarin wordt verwezen naar de zaak *Velpse Duivenhok*, Rb. Almelo 7 november 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BY3326. Voor de volledigheid moet erop worden gewezen dat de Afdeling in ABRvS 12 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4117, AB 2015/55, m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder (*intocht Amsterdam*), een striktere benadering hanteert, terwijl zij in ABRvS 14 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3342, JB 2017/25, m.nt. R.J.N. Schlössels (*vuurwerkverkoop Hilversum*), juist een opmerkelijk rekkelijke benadering hanteert.

59 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 298, en Heldeweg 2009, p. 89-90. Anders Schlössels 1998, p. 384.

60 R.J.N. Schlössels, annotatie bij ABRvS 14 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3342, JB 2017/25 (*vuurwerkverkoop Hilversum*), punt 4.

61 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 298.

62 Tolsma 2008, p. 100.

De drie hiervoor besproken verschillende opvattingen over de vraag welke belangen het bestuursorgaan in de belangenafweging mag betrekken, doen op zichzelf niet af aan de constatering dat het specialiteitsbeginsel eist dat de inhoud van een besluit moet corresponderen met de inhoud van de wet. Op die manier wordt een al te bemoeizuchtige overheid op gepaste afstand gehouden. Ik heb hierbij een voorkeur voor een gematigde benadering van het specialiteitsbeginsel. De rekkelijke opvatting acht ik te ruim, omdat in beginsel alle belangen daarbij een rol spelen. Hierdoor is het risico groot dat een bestuursorgaan terreinen betreedt waarop het geen bevoegdheden heeft. Dit staat op gespannen voet met de rechtsstatelijke werkverdeling tussen de wetgever en het bestuur en leidt tot uitholling van het legaliteitsbeginsel. Daarnaast leidt de rekkelijke opvatting tot rechtsonzekerheid omdat op voorhand moeilijker valt in te schatten welke kant een besluit op zal vallen. De strikte opvatting schiet mijns inziens de andere kant op te ver door. Hoewel deze opvatting strikt vasthoudt aan het legaliteitsbeginsel, heeft ze te weinig oog voor de huidige, complexe maatschappij waarin er steeds meer wetgeving en andere regelgeving tot stand komt op steeds meer verschillende terreinen. Dit draagt het risico in zich dat er steeds minder belangen bij een besluit mogen worden meegewogen en bestuursorganen zich terugtrekken van terreinen waarop zij (mede) verantwoordelijk zijn. Dit is niet in het belang van de burger, die al snel verstrikt raakt in een wirwar van overheden en besluiten.

5.3.4 Tussenconclusie

Bestuursorganen beschikken over een breed palet aan bevoegdheden. Welke belangen bij uitoefening van die bevoegdheden mogen worden betrokken, wordt in de eerste plaats bepaald door de wetgever. De rechtsstatelijke werkverdeling komt er op neer dat de wetgever in abstracto een belangenafweging maakt en daarbij aan het algemeen belang ontleende deelbelangen aanwijst waar het bestuursorgaan bij de uitoefening van een bevoegdheid rekening mee moet houden. Als een bestuursorgaan beschikt over een discretionaire bevoegdheid betekent dit dat bij het uitvoeren van die bevoegdheid belangen moeten worden afgewogen. Daarbij mogen echter niet alle belangen *zonder meer* worden meegewogen. De doelgebondenheid van bestuursbevoegdheden en het daarmee samenhangende specialiteitsbeginsel brengen een beperking aan. De in de bestuursrechtspraak veelal gehanteerde gematigde visie komt er op neer dat een bestuursorgaan in beginsel *alle* rechtstreeks betrokken belangen in aanmerking moet nemen, maar van geval tot geval moet bezien welk gewicht aan een particulier belang moet worden toegekend. Bepalend hierbij is het specifieke algemene belang dat de wetgever met de toekenning van een bestuursbevoegdheid beoogt te beschermen (het doel van de regeling). Hoe verder het feitelijk betrokken particuliere belang van dit doel verwijderd is, hoe beperkter het gewicht dat dit belang in de schaal legt bij de besluitvorming. In het bijzonder geldt dit voor belangen die primair in een ander besluitvormingskader behoren

te worden afgewogen. Een en ander betekent onder meer dat particuliere belangen, die niet samenvallen met het specifieke algemene belang dat de door de wetgever gegeven bestuursbevoegdheid beoogt te beschermen, de weigering niet kunnen rechtvaardigen. Het legaliteitsbeginsel verzet zich daar tegen. Particuliere belangen die niet samenvallen met het doel van een regeling spelen bij de beslissing om een bepaald besluit te nemen geen rol. Dit betekent echter niet dat ze in het geheel geen betekenis hebben. Met het oog op evenwichtige besluitvorming dient het bestuursorgaan te zoeken naar een besluit dat de belangen van derden zo min mogelijk aantast. Dit kan betekenen dat aan een besluit bepaalde voorwaarden moeten worden verbonden.

5.4 DE BESCHERMING VAN CONCURRENTIEBELANGEN OP GROND VAN DE WET

In paragraaf 5.2 schreef ik dat de wetgever bij het toekennen van bevoegdheden in de bijzondere bestuursrechtelijke regelgeving maar in heel beperkte mate de behartiging van het belang van een gelijk speelveld voor ogen heeft gehad. In paragraaf 5.3 hebben we vervolgens vastgesteld dat het afwegen van belangen in het kader van de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden ten aanzien van de daarbij te betrekken belangen beperkt is tot de belangen die de wetgever met het toekennen van de desbetreffende bevoegdheid heeft beoogd te behartigen. In deze paragraaf worden beide bevindingen samengebracht. Het gaat daarbij om de vraag wat de consequentie is van de beperkte aandacht van de wetgever voor het belang van een gelijk speelveld in combinatie met de gebondenheid van het bestuur aan het doel van de van toepassing zijnde wetgeving voor de rol die het belang van een gelijk speelveld kan spelen in de besluitvorming en de toetsing daarvan door de bestuursrechter. Ik zal mij bij beantwoording van die vraag richten op besluiten waarover door concurrenten relatief veel wordt geprocedeerd. Het gaat achtereenvolgens om ruimtelijke besluiten, besluiten tot verlening van niet-schaarse vergunningen en ontheffingen, besluiten tot verlening van schaarse vergunningen en ontheffingen, besluiten tot verlening van subsidies en handhavingsbesluiten.

5.4.1 Ruimtelijke besluiten

De eerste categorie besluiten waarover door concurrenten wordt geprocedeerd, betreft ruimtelijke besluiten. Over deze besluiten procederen concurrenten verreweg het meest.⁶³ In de meeste gevallen gaat het daarbij om de vaststelling van bestemmingsplannen. Minder vaak, maar toch ook nog met

63 Voor 2016 geldt dat in 44 van de 90 relevant geachte uitspraken een ruimtelijk besluit voorlag. Dat is 49% van de zaken. Voor 2015 geldt zelfs dat in 46 van de 59 relevant geachte uitspraken een ruimtelijk besluit voorlag. Dat is 78% van de zaken.

enige regelmaat, wordt geprocedeerd over de verlening van omgevingsvergunningen voor bouwen, al dan niet in combinatie met een omgevingsvergunning voor het gebruik van gronden in afwijking van het bestemmingsplan.

5.4.1.1 De vaststelling van bestemmingsplannen

Bestemmingsplannen kunnen voorzien in de vestiging of uitbreiding van concurrerende economische activiteiten. Omdat zittende ondernemers daardoor worden geconfronteerd met een toename van de concurrentie, procederen zij regelmatig over de vaststelling van een bestemmingsplan om dat te voorkomen.

Toepasselijke regelgeving: de Wro

De bevoegdheid bestemmingsplannen vast te stellen is neergelegd in artikel 3.1 lid 1 Wro. *Ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening* wordt de bestemming van de in het plan begrepen grond aangewezen en worden met het oog op die bestemming regels gegeven. Met ‘een goede ruimtelijke ordening’ heeft de wetgever een situatie voor ogen gehad waarin sprake is van een goed evenwicht tussen alle gewenste functies binnen een bepaald gebied.⁶⁴ Dit betekent dat de goede ruimtelijke ordening een zeer ruim begrip is, dat uiteenlopende, niet zelden tegenstrijdige, belangen omvat.⁶⁵ Zo kan het belang van omwonenden bij een prettige leefomgeving op gespannen voet komen te staan met het belang van een ondernemer om voldoende uitbreidingsmogelijkheden te hebben. Wat deze belangen echter gemeenschappelijk hebben, is dat ze *ruimtelijk relevant* zijn. Mits onderbouwd met ruimtelijk relevante argumenten, kan een breed scala aan onderwerpen en belangen binnen de reikwijdte van een goede ruimtelijke ordening worden gebracht en mitsdien in een bestemmingsplan worden geregeld.⁶⁶ Concurrentie is een economisch concept en als zodanig niet fysiek waarneembaar en daarom niet ruimtelijk relevant. Het voorkomen, beperken of juist bevorderen van concurrentie is naar zijn aard derhalve niet een ruimtelijk relevant belang.⁶⁷ Dit betekent dat concurrentiebelangen niet kunnen worden geschaard onder de belangen die vallen binnen het kader van een goede ruimtelijke ordening en in zoverre dus geen plaats hebben gekregen in de Wro.

64 *Kamerstukken II* 2002/03, 28916, 3, p. 21.

65 De Poorter en Van Ettehoven 2013, p. 113, spreken in dit verband over een ‘paraplunorm’ of ‘containerbegrip’.

66 A.G.A. Nijmeijer, annotatie bij ABRvS 30 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP9539, AB 2011/229, punt 1.

67 Rb. Oost-Brabant 19 november 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:6602.

Een voorbeeld: Rijnhal Arnhem

Illustratief is een zaak waarin het ging om de vaststelling van een bestemmingsplan dat voorziet in de herontwikkeling van de Rijnhal in Arnhem ten behoeve van de vestiging van een sportwinkel met *leisure* en horeca.⁶⁸ Ook lag in deze zaak de verlening van een omgevingsvergunning ten behoeve van het verbouwen van de Rijnhal voor. Wereldhave, die eigenaar en verhuurder is van winkelcentrum Kronenburg in Arnhem, waarbinnen ongeveer 110 winkels in verschillende branches zijn gevestigd, kon zich niet met het plan verenigen. Zij vreesde voor een toename van de concurrentie. De Afdeling overwoog in dit verband het volgende:

‘Voor zover Wereldhave een toename van concurrentie vreest en aanvoert dat het voortbestaan en de uitbreidingsmogelijkheden van sportzaken en horecabedrijven worden bedreigd alsmede dat haar huurprijzen onder druk zullen komen te staan, overweegt de Afdeling dat de Wro niet ertoe strekt bedrijven tegen de vestiging van concurrerende bedrijven in hun verzorgingsgebied te beschermen. In een mogelijke daling van de omzet van sportzaken en horecaondernemingen of verhuurders van winkelruimte zoals Wereldhave, behoefde de raad dan ook geen aanleiding te zien om tot een andere wijze van bestemmen te komen. Concurrentieverhoudingen vormen immers bij een planologische belangenafweging in beginsel geen in aanmerking te nemen belang, tenzij zich een duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau zal voordoen, die niet door dwingende redenen wordt gerechtvaardigd. Een duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau doet zich voor indien inwoners van een bepaald gebied niet langer op een aanvaardbare afstand van hun woning kunnen voorzien in hun eerste levensbehoeften. Uit hetgeen Wereldhave heeft aangevoerd, volgt niet dat de mogelijkheden die het plan voor grootschalige detailhandel op het gebied van *leisure* en horeca biedt, zullen leiden tot het verdwijnen van een zodanig deel van voorzieningen ten behoeve van de eerste levensbehoeften dat inwoners van Arnhem niet langer op een aanvaardbare afstand van hun woning kunnen voorzien in hun eerste levensbehoeften. Gelet daarop heeft de raad zich in redelijkheid op het standpunt (...) kunnen stellen dat zich in dit geval geen duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau kan voordoen.’⁶⁹ (curs. JW)

Deze uitspraak is een voorbeeld uit vele.⁷⁰ De Afdeling overweegt bij herhaling dat de Wro en de Wabo er niet toe strekken bedrijven te beschermen tegen vestiging van concurrerende bedrijven in hun verzorgingsgebied. Dit

68 ABRvS 14 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3195, TGMA 2015/15, m.nt. E.H. Hulst (*Rijnhal Arnhem*).

69 ABRvS 14 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3195, r.o. 7.10.

70 Zie ook ABRvS 10 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1250, r.o. 11.4, ABRvS 20 juli 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2036, r.o. 7.1, ABRvS 1 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1465, r.o. 4.3, ABRvS 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1422, r.o. 5.1, TvAR 2016/5852, m.nt. T.J.H. Verstappen en P.P.A. Bodden, ABRvS 4 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1211, r.o. 29, JAF 2016/610, m.nt. D. Van der Meijden, ABRvS 9 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:640, r.o. 4.1, ABRvS 13 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:44, r.o. 6.2, ABRvS 13 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:49, r.o. 8.2, ABRvS 18 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:847, r.o. 12.1, ABRvS 11 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:715, r.o. 7.7, ABRvS 25 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:537, r.o. 8.3, ABRvS 18 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1192, r.o. 7.3, BR 2013/153, m.nt. H.J. Breeman en R.J.G. Bäcker, ABRvS 5 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA2094, r.o. 4.3, ABRvS 19 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY6737, r.o. 72.3, en ABRvS 28 november 2012 ECLI:NL:RVS:2012:BY4377, r.o. 9.

betekent ook dat als blijkt dat aan bepaalde planregels de regulering van concurrentieverhoudingen ten grondslag ligt, dat aanleiding vormt voor vernietiging van die regels.⁷¹ Concurrentiebelangen kunnen in zoverre in een planologische afweging geen rol spelen en de bestuursrechter kan ze vervolgens ook niet bij de beoordeling van die afweging betrekken. Dat is niet problematisch, omdat het belang van een ondernemer om gevrijwaard te worden of blijven van concurrentie geen belang is bij de bescherming waarvan de samenleving als geheel belang heeft.⁷²

5.4.1.2 De verlening van omgevingsvergunningen

Een ander type ruimtelijk besluit waarover concurrenten procederen is de verlening van omgevingsvergunningen. Deze vergunningen zijn vaak nodig om een bedrijfspand te kunnen oprichten of verbouwen van waaruit concurrerende activiteiten kunnen worden ontplooid en soms om die activiteiten ook daadwerkelijk te mogen ontplooien vanuit die plek.

Toepasselijke regelgeving: de Wabo

De bevoegdheid om een omgevingsvergunning te verlenen voor gebruik van gronden in afwijking van het bestemmingsplan is neergelegd in artikel 2.12 lid 1 Wabo. Ook daar geldt dat de vergunning slechts kan worden verleend indien de activiteit niet in strijd is met *een goede ruimtelijke ordening*. In zoverre zijn concurrentiebelangen dus geen onderdeel van het afwegingskader.

De bevoegdheid om een omgevingsvergunning voor bouwen te verlenen is neergelegd in artikel 2.10 lid 1 Wabo. Daar is bepaald dat een omgevingsvergunning *wordt* geweigerd als (a) het bouwwerk niet voldoet aan de voorschriften die zijn gesteld in het Bouwbesluit, (b) het bouwwerk niet voldoet aan de eisen die zijn gesteld bij de bouwverordening, (c) het bouwwerk in strijd is met het bestemmingsplan en (d) het bouwwerk niet voldoet aan de redelijke eisen van welstand. Als zich één van de genoemde weigeringsgronden voordoet, dan *moet* de vergunning worden geweigerd. Doet zich daarentegen geen van deze weigeringsgronden voor, dan *mag* de vergunning *niet* worden geweigerd. Ook deze limitatief-imperatieve opsomming omvat geen concurrentiebelangen.

Een voorbeeld: de verkoop van diervoeding

Gewezen kan worden op een zaak waarin het ging om de verlening van een omgevingsvergunning voor het in afwijking van het bestemmingsplan gebruiken van het bedrijfspand ten behoeve van de verkoop van diervoeding en dierbenodigdheden (detailhandel). Een concurrerende dierenwinkel komt op tegen de vergunningverlening. De Afdeling overweegt het volgende:

71 ABRvS 9 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2829, r.o. 7.4.

72 Paragraaf 2.4.

*'concurrentieverhoudingen bij een planologische belangenafweging in beginsel geen in aanmerking te nemen belang vormen, tenzij zich een duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau zal voordoen die niet door dwingende redenen wordt gerechtvaardigd. Voor de beoordeling van de vraag of gevreesd moet worden voor een duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau is doorslaggevend of inwoners van een bepaald gebied niet langer op een aanvaardbare afstand van hun woning kunnen voorzien in hun eerste levensbehoeften. Dierbenodigdheden kunnen niet geacht worden deel uit te maken van de eerste levensbehoeften. Reeds daarom heeft de rechtbank terecht geen aanleiding gevonden voor het oordeel dat het college de gevraagde omgevingsvergunning, gelet op de gestelde belangen van [appellant sub 1], had moeten weigeren.'*⁷³ (curs. JW)

Deze uitspraak laat zien dat ook in het kader van de planologische afweging die in het kader van de verlening van een omgevingsvergunning plaatsvindt concurrentieverhoudingen geen rol kunnen spelen.

5.4.1.3 Uitzondering 1: duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau

Zoals gezegd heeft de Afdeling bij herhaling geoordeeld dat concurrentieverhoudingen *in beginsel* bij een planologische belangenafweging geen in aanmerking te nemen belang vormen. Deze formulering impliceert een uitzondering op de hoofdregel. Deze uitzondering betreft de situatie waarin concurrentieverhoudingen toch ruimtelijke relevantie hebben. Het gaat daarbij om ruimtelijke ontwikkelingen die leiden tot een duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau.⁷⁴ De planwetgever moet rekening houden met de weerslag die concurrentieverhoudingen kunnen hebben op de fysieke leefomgeving. Wanneer – een hevige mate van – concurrentie ertoe leidt dat er ondernemingen failliet gaan, is denkbaar dat dit ten koste gaat van de leefbaarheid in of in de buurt van het plangebied. Dit is het geval als een planologisch besluit leidt tot duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau. Van duurzame ontwrichting die planologisch onaanvaardbaar is, is volgens de Afdeling sprake wanneer gevreesd moet worden dat inwoners van een bepaald gebied als gevolg van de planologische ontwikkeling niet langer op een aanvaardbare afstand van hun woning kunnen voorzien in hun eerste levensbehoeften.⁷⁵ In dat specifieke geval krijgen concurrentiebelangen een ruimtelijke dimensie, in die zin dat ze gevolgen hebben voor het fysieke woon- en leefklimaat van inwoners van het plangebied. Via de band van de belangen van inwoners van het plangebied bij een bepaald niveau aan voorzieningen moet de planwetgever dan rekening houden met de concurrentieverhoudingen in dat gebied. Dit is echter heel iets anders dan dat met die belangen rekening wordt gehouden met het *doel* de concurrentie-

73 ABRvS 9 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:640, r.o. 4.1.

74 Vz. ABRvS 5 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1017, r.o. 6.2, ABRvS 14 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3195, r.o. 7.10, TGMA 2015/15, m.nt. E.H. Hulst (*Rijnhal Arnhem*), en ABRvS 18 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:847, r.o. 12.1.

75 ABRvS 18 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1192, r.o. 7.4, BR 2013/153, m.nt. H.J. Breeman en R.J.G. Bäcker. Onder eerste levensbehoeften valt bijvoorbeeld niet een verkooppunt voor motorbrandstoffen (ABRvS 1 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1465, r.o. 4.3).

positie van bepaalde ondernemers veilig te stellen of te verbeteren. Van belang is verder nog dat de Afdeling heeft overwogen dat niet kan worden uitgesloten dat overcapaciteit kan leiden tot een toename van de leegstand, hetgeen weer kan leiden tot negatieve gevolgen voor het woon- en leefklimaat en het ondernemersklimaat. Hiermee heeft de Afdeling concurrentiebelangen als zodanig niet als ruimtelijk relevant aspect erkend, maar wel onderkend dat concurrentieverhoudingen hun weerslag kunnen hebben op de fysieke leef- en ondernemersomgeving. De bescherming die de bestuursrechter aan concurrentiebelangen kan bieden in procedures over ruimtelijke besluiten is dus hooguit een afgeleide bescherming, in die zin dat concurrentiebelangen onder omstandigheden kunnen meeliften met ruimtelijke belangen.⁷⁶

5.4.1.4 *Uitzondering 2: feitelijke beïnvloeding van de concurrentieverhoudingen en schaarse bestemmingen*

De beïnvloeding van concurrentieverhoudingen mag als gezegd nooit het *doel* zijn van ruimtelijke besluitvorming. Wanneer dat wel het geval is, bijvoorbeeld omdat bij de vaststelling van een bestemmingsplan rekening wordt gehouden met de belangen van een bevriende ondernemer, dan komt het gelijke speelveld in gevaar. In die situatie acht ik het mogelijk voor de bestuursrechter om bescherming te bieden aan een ondernemer die in zijn concurrentiepositie wordt geraakt. Het bestemmingsplan is in dat geval immers niet vastgesteld in het belang van een goede ruimtelijke ordening en derhalve in strijd met artikel 3.1 Wro en meer in het algemeen met het verbod van *détournement de pouvoir*. Rechtspraak op dit punt is mij evenwel niet bekend. Vermoedelijk komt dit doordat het vaak moeilijk is om te bewijzen dat andere dan ruimtelijk relevante belangen een rol hebben gespeeld bij de verder ruimtelijke afweging. Overheden komt immers een grote beleidsruimte toe bij het vaststellen van bestemmingsplannen, zodat veel keuzes vaak op de een of andere manier wel ruimtelijk te rechtvaardigen zijn.

Het vorenstaande laat onverlet dat de vaststelling van een bestemmingsplan en de verlening van een omgevingsvergunning ten behoeve van economische activiteiten vrijwel altijd van invloed zijn op de onderlinge concurrentieverhoudingen. Het enkele feit dat er een ondernemer bij komt of een zittende ondernemer zijn activiteiten uitbreidt betekent immers dat een concurrent te maken krijgt met een toename van de concurrentie. En zelfs de aanleg van bijvoorbeeld een weg of parkeerterrein kan van invloed zijn op de concurrentieverhoudingen, omdat dit de bereikbaarheid van een ondernemer kan verbeteren. Voor al deze gevallen geldt dat de concurrentieverhoudingen worden beïnvloed. Dit is echter onvermijdelijk en zelfs inherent aan het proces van ruimtelijke ordening. Het betekent niet dat die belangen in het kader van de ruimtelijke besluitvorming een rol kunnen spelen.⁷⁷

76 ABRvS 1 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1538.

77 ABRvS 18 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:124, r.o. 8.1.

Enige bijzondere aandacht verdient de situatie waarin een bestemmingsplan of omgevingsvergunning het ontplooiën van bepaalde economische activiteiten slechts op één locatie in het plangebied toestaat. In dat geval is feitelijk sprake van een schaarse bestemming. Een omgevings- of exploitatievergunning voor het daadwerkelijk mogen verrichten van de economische activiteit is dan aan te merken als een schaarse vergunning.⁷⁸ De vraag rijst of in dat geval de planwetgever niet toch ook het belang van concurrenten om een eerlijke kans te krijgen om die ene vergunning te verkrijgen in zijn afweging moet betrekken. Belangrijk in dit verband is de zaak *Speelautomatenhal Vlaardingen*.⁷⁹ In die zaak ging het om de verdeling van een schaarse vergunning voor een speelautomatenhal. De Afdeling oordeelde 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. De vraag is vervolgens hoe aan deze verplichting gestalte kan worden gegeven wanneer op slechts één locatie een bepaalde activiteit wordt toegestaan. Denkbaar is dat het bestuur de verplichting om mededingingsruimte te creëren doorschuift naar de eigenaar van de locatie. Dit grijpt echter diep in in het eigendomsrecht en de contractsvrijheid. Om die reden heeft de Afdeling in de zaak *Speelautomatenhal Vlaardingen* een uitzondering geformuleerd. De verplichting om mededingingsruimte te creëren kan worden beperkt door het wettelijk voorschrift dat in de schaarse vergunning voorziet (bijvoorbeeld een planvoorschrift, JW) of door de besluitvorming over andere vergunningen die op grond van wettelijke voorschriften voor het realiseren van de te vergunnen activiteit zijn vereist (bijvoorbeeld een omgevingsvergunning, JW). Daarbij geldt volgens de Afdeling echter de eis dat het wettelijk voorschrift dat de mededingingsruimte beperkt er blijk van geeft dat het belang van het bieden van mededingingsruimte is meegewogen. Dit lijkt te betekenen dat in de ruimtelijke afweging die ten grondslag ligt aan de vaststelling van een bestemmingsplan of aan de verlening van een omgevingsvergunning, waarbij slechts één specifieke locatie wordt aangewezen voor bepaalde bedrijvigheid, het belang van ondernemers om een eerlijke kans te krijgen om voor de schaarse vergunning in aanmerking te komen moet worden meegewogen. Hier lijkt zich dan ook een tweede uitzondering af te tekenen op het uitgangspunt dat concurrentiebelangen geen rol spelen in de ruimtelijke besluitvorming.⁸⁰ Ik kom hierop terug aan het slot van paragraaf 5.5.2.1.

78 Rb. Oost-Brabant 17 juli 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:3848 (*Supergame*). In deze zaak ging het om de verlening van een omgevingsvergunning en een exploitatievergunning voor een speelautomatenhal. De vergunningen werden als schaars aangemerkt, omdat binnen de gemeente slechts één hal mocht komen. Tegen deze uitspraak liep ten tijde van de afronding van dit onderzoek nog hoger beroep bij de Afdeling.

79 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Speelautomatenhal Vlaardingen*). Zie over deze uitspraak verder paragraaf 5.5.2.1.

80 Zie ook Wolswinkel 2017, p. 16.

5.4.1.5 Meeliften met ruimtelijk relevante belangen

Hiervoor hebben we gezien dat bij de vaststelling van bestemmingsplannen en bij de verlening van omgevingsvergunningen concurrentiebelangen als zodanig geen rol kunnen spelen. De bescherming die het bestuursrecht biedt aan een ondernemer die door de vaststelling van een bestemmingsplan of verlening van een omgevingsvergunning in zijn concurrentiepositie wordt getroffen is dus uiterst beperkt. Dit laat natuurlijk onverlet dat als naast het concurrentiebelang van een ondernemer ook zijn ruimtelijk relevante belang bij een goed ondernemersklimaat bij een besluit betrokken is, bijvoorbeeld omdat hij direct naast het plangebied gevestigd is, hij wel met succes een beroep kan doen op allerhande ruimtelijke normen.⁸¹ Concurrentiebelangen liften in dat geval als het ware mee met ruimtelijke belangen maar genieten geen zelfstandige bescherming.

5.4.2 De verlening van niet-schaarse vergunningen en ontheffingen

Een tweede categorie besluiten waarover concurrenten soms procederen, betreft de verlening van vergunningen of ontheffingen aan concurrenten.⁸² Vaak gaat het om vergunningen of ontheffingen die noodzakelijk zijn om bepaalde economische activiteiten te mogen uitvoeren. Onderscheid kan worden gemaakt tussen schaarse en niet-schaarse vergunningen en ontheffingen.⁸³ Vergunningen of ontheffingen zijn schaars, wanneer de vraag

81 ABRvS 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3698.

82 Voor 2016 geldt dat in 8 van de 90 relevant geachte uitspraken een verlening of weigering van een vergunning of ontheffing voorlag. Dat is 9% van de zaken. Voor 2015 gaat het om 8 van de 59 relevant geachte uitspraken. Dat is 14 % van de zaken.

83 Hoewel er over het algemeen een duidelijke scheidslijn bestaat tussen schaarse en niet-schaarse vergunningen zijn er ook vergunningen die, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, schaars zijn. Gewezen kan in de eerste plaats worden op ABRvS 7 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1520, AB 2017/249, m.nt. C.J. Wolswinkel. Deze zaak betrof de verlening van exploitatievergunningen voor rondvaartboten op de Amsterdamse grachten. In verband met de beperkte ruimte en de veiligheid op de grachten heeft het college het aantal te verlenen vergunningen gemaximeerd. De exploitatievergunningen zijn daardoor schaars. Gewezen kan daarnaast worden op Rb. Oost-Brabant 17 juli 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:3848 (*Supergame*). In die zaak werden een omgevingsvergunning en een exploitatievergunning voor een speelautomatenhal als schaarse vergunningen aangemerkt, omdat binnen de gemeente slechts één speelautomatenhal mocht komen. De rechtbank heeft in dit kader overwogen dat in dit geval, waarin een schaarse vergunning is vrijgevalen waarvan bekend is dat een andere gegadigde daarin interesse heeft, het zorgvuldigheidsbeginsel vergt dat die andere gegadigde in beginsel de gelegenheid wordt geboden mee te dingen naar die schaarse vergunning, waartoe het bestuursorgaan tijdig duidelijk maakt op welke wijze de verdeling van die vergunning plaats vindt. De rechtbank is van oordeel dat in dit geval onder de gegeven omstandigheden geen sprake is geweest van eerlijke mededinging en dat de besluitvorming in de bezwaarfase van zowel de burgemeester als het college niet op een zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden. Tegen deze uitspraak is hoger beroep ingesteld bij de Afdeling. Ten tijde van de afronding van dit onderzoek was nog geen uitspraak gedaan.

ernaar groter is dan het door de overheid gemaximeerde aanbod.⁸⁴ Opmerkelijk is dat uit de bestudeerde rechtspraak naar voren komt dat ondernemers regelmatig procederen over de verlening van een schaarse vergunning of ontheffing aan een concurrent – vaak omdat zij de vergunning of ontheffing ook graag zelf zouden willen hebben – maar dat aanzienlijk minder vaak wordt geprocedeerd over de verlening van niet-schaarse vergunningen of ontheffingen aan een concurrent.⁸⁵ Dat laat onverlet dat een ondernemer er belang bij kan hebben om zich te verzetten tegen de verlening van een niet-schaarse vergunning of ontheffing, bijvoorbeeld omdat die verlening een andere ondernemer de gelegenheid geeft om concurrerende activiteiten te gaan ontplooiën, of omdat een concurrent eenzelfde vergunning of ontheffing krijgt, maar onder gunstiger voorwaarden. Ik zal daarom in deze paragraaf toch enige aandacht besteden aan de verlening van niet-schaarse vergunningen en ontheffingen. In de volgende paragraaf komt de verlening van schaarse vergunningen en ontheffingen aan de orde.

Ondernemers procederen soms over de verlening van een niet-schaarse vergunning of ontheffing aan een concurrent. De reden daarvoor is doorgaans dat zij niet willen dat er een concurrent bijkomt of dat zij vinden dat een concurrent onder gunstiger voorwaarden dezelfde activiteiten kan ontplooiën. De vraag rijst of – vooral – dit tweede belang een rol kan spelen in de besluitvorming en de toetsing daarvan. Lang niet altijd heeft de wetgever bij het totstandbrengen van de toepasselijke regelgeving ook het belang van een gelijk speelveld voor ogen gehad, maar soms is dat wel het geval. Dit is vooral het geval wanneer de toepasselijke bijzondere bestuursrechtelijke regelgeving een uitwerking vormt van Europese regelgeving (situatie 1). In laatstgenoemde regelgeving neemt het belang van een gelijk speelveld immers een centrale plaats in. Maar soms ook neemt de Nederlandse wetgever uit eigen beweging het belang van een gelijk speelveld in ogenschouw bij de totstandbrenging van regelgeving (situatie 2). Het meest voorkomend is echter de situatie waarin de Nederlandse wetgever bij de toekenning van de bevoegdheid om een vergunning of ontheffing te verlenen niet (mede) het oog heeft gehad op de behartiging van het belang van eerlijke concurrentie (situatie 3). Van alle drie deze situaties volgt hierna een voorbeeld.

5.4.2.1 *De verlening van parallelhandelsvergunningen*

De eerste situatie is die waarin de toepasselijke nationale regelgeving een Unierechtelijke oorsprong heeft. Een voorbeeld hiervan is de Geneesmiddelenwet (Gmw).

84 Wolswinkel 2014, p. 58, Wolswinkel 2013, p. 25-26, Van Ommeren 2011, p. 236, Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 1858, en Van Ommeren 2004, p. 2. Het karakter van schaarse rechten komt uitvoeriger aan bod in paragraaf 5.4.3.1.

85 In 2016 had slechts 1 zaak betrekking op een niet-schaarse vergunning en in 2015 zelfs geen enkele.

Om in Nederland medicijnen op de markt te mogen brengen is een handelsvergunning vereist. Om in aanmerking te komen voor zo een vergunning, moet de producent van of handelaar in medicijnen aan bepaalde eisen voldoen. Soms is er reeds een handelsvergunning verleend aan een rechtspersoon voor het op de markt brengen van een bepaald geneesmiddel en wil een andere rechtspersoon hetzelfde geneesmiddel op de markt brengen door dit vanuit een andere lidstaat van de Europese Unie op de Nederlandse markt te brengen. Ook daarvoor is een vergunning vereist. Het gaat om een zogenoemde parallelhandelsvergunning. Om hiervoor in aanmerking te komen moet eveneens aan bepaalde eisen worden voldaan, zij het dat die iets minder streng zijn. Een zittende ondernemer die reeds over een handelsvergunning beschikt, krijgt door de verlening van een parallelhandelsvergunning te maken met een concurrent die de markt betreedt. Op grond van zijn concurrentiepositie zal hij soms willen opkomen tegen de verlening van de parallelhandelsvergunning aan een concurrent.

Toepasselijke regelgeving: de Geneesmiddelenwet

De Gmw regelt hoe medicijnen mogen worden geproduceerd en verhandeld. Op grond van artikel 40 is het verboden een geneesmiddel in het handelsverkeer te brengen zonder handelsvergunning. Artikel 45 bepaalt dat het College ter beoordeling van geneesmiddelen een handelsvergunning verleent indien na onderzoek blijkt dat aan de in die bepaling genoemde vereisten wordt voldaan. Zo moet het geneesmiddel de gestelde therapeutische werking en de opgegeven kwalitatieve en kwantitatieve samenstelling bezitten. De artikelen 40 en 45 betreffen de implementatie van Richtlijn 2001/83/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 november 2001 tot vaststelling van een communautair wetboek betreffende geneesmiddelen voor menselijk gebruik.⁸⁶ Deze richtlijn is gebaseerd op het toenmalige artikel 95 EG (thans artikel 144 lid 1 VWEU) en heeft derhalve als doel bij te dragen aan de instelling en werking van de interne markt. Uit de preambule van de richtlijn volgt dat het doel van de bescherming van de volksgezondheid moet worden bereikt door maatregelen die de ontwikkeling van de farmaceutische industrie en de handel in geneesmiddelen binnen de gemeenschap niet mogen afremmen en dat het van belang is om de verschillen tussen nationale voorschriften op te heffen. Die verschillen hebben tot gevolg dat de handel in geneesmiddelen binnen de gemeenschap wordt belemmerd en zijn daardoor rechtstreeks van invloed op de werking van de interne markt.

In artikel 48 Gmw is de zogeheten parallelhandelsvergunning geregeld. Het gaat hierbij om de situatie waarin een Nederlandse (rechts)persoon een geneesmiddel (X), dat gelijk of nagenoeg gelijk is aan een geneesmiddel (Y) waarvoor het College een handelsvergunning heeft verleend, uit een andere lidstaat van de EU betreft met de bedoeling dit in Nederland in de handel

⁸⁶ PbEG 2001, L 311/67.

te brengen. De invoer van geneesmiddel X in Nederland wordt gezien als parallelle handel ten opzichte van geneesmiddel Y. Geneesmiddel X kan dan niet worden geacht in Nederland voor het eerst in de handel te worden gebracht. Bij parallelhandel dienen gegevens te worden verstrekt, teneinde te kunnen controleren of beide geneesmiddelen inderdaad nagenoeg identiek zijn. Er zijn echter veel minder gegevens vereist dan bij aanvragen om een reguliere handelsvergunning, omdat bij parallelhandel de uitgebreide toets op kwaliteit, veiligheid en werkzaamheid niet meer hoeft plaats te vinden. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat de nationale autoriteiten parallelhandel niet mogen belemmeren door aan parallelhandelaren dezelfde eisen te stellen als aan ondernemingen die voor het eerst een handelsvergunning voor een geneesmiddel aanvragen.⁸⁷

Een voorbeeld: de handel in D-Cure en D-Cura

Een voorbeeld van een zaak die ging over de verlening van een parallelhandelsvergunning betrof het in de handel brengen van de vergelijkbare geneesmiddelen D-Cure en D-Cura.⁸⁸ S.M.B. is houder van de handelsvergunning voor het geneesmiddel D-Cura in Nederland. Fisher Farma wil het geneesmiddel D-Cure, dat in België reeds op de markt is, in Nederland importeren en vraagt met het oog daarop een parallelhandelsvergunning aan. De vergunning wordt verleend. S.M.B. komt hiertegen op. De Afdeling oordeelde in deze zaak dat artikel 48 Gmw onderdeel is van het in die wet opgenomen vergunningstelsel voor het in de handel brengen van geneesmiddelen. Voorts oordeelde de Afdeling – onder verwijzing naar de geschiedenis van de totstandkoming van de Gmw, waaruit blijkt dat in lijn met de doelstelling van Richtlijn 2001/83/EG in het wetsvoorstel is gezocht naar een balans tussen het waarborgen van kwaliteit, veiligheid en beschikbaarheid van geneesmiddelen en het zo min mogelijk belemmeren van de marktwerking⁸⁹ – dat artikel 48 Gmw naast het beschermen van de volksgezondheid ook de goede werking van de interne markt voor geneesmiddelen tot doel heeft. De goede werking van deze markt wordt bevorderd door het scheppen van gelijke concurrentievoorwaarden. Dat strekt tot bescherming van alle marktdeelnemers in de farmaceutische sector, aldus de Afdeling. Het belang van de houder van de handelsvergunning bij een gelijk speelveld met gelijke concurrentievoorwaarden achtte de Afdeling in dit geval evenwel niet geschonden.

Het voorbeeld laat zien dat het belang van een gelijk speelveld een rol kan spelen bij de verlening en toetsing van een parallelhandelsvergunning.

87 HvJ EG 20 mei 1976, C-104/75, ECLI:EU:C:1976:67 (*De Peijper*), punten 23-29.

88 ABRvS 9 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2947, JGR 2017/5, m.nt. J.A. Lisman.

89 *Kamerstukken II* 2003/04, 29359, 3, p. 2-3.

5.4.2.2 De verlening van drank- en horecavergunningen

De tweede situatie is die waarin de toepasselijke nationale regelgeving geen Unierechtelijke oorsprong heeft, maar waarin concurrentiebelangen, in het bijzonder het belang van eerlijke concurrentie, toch op de een of andere manier een plaats hebben gekregen. Een voorbeeld hiervan is de Drank- en horecawet (Dhw).⁹⁰

Toepasselijke regelgeving: de Drank- en horecawet

Op grond van artikel 3 lid 1 Dhw is het verboden om zonder daartoe strekkende vergunning van de burgemeester een horecabedrijf of slijtersbedrijf uit te oefenen. Degene die dus een café of restaurant wil openen en daar alcohol wil schenken, moet daarvoor een vergunning hebben. Datzelfde geldt ook voor bijvoorbeeld een museum dat een museumcafé wil openen of de sportclub die een kantine heeft en daar ook bier en wijn wil kunnen verkopen. Een probleem dat hierbij speelt is dat musea en sportclubs vaak subsidie van de overheid krijgen. Bovendien vallen dergelijke paracommerciële instellingen en organisaties vaak in een gunstiger belastingregime en hoeven ze zich niet altijd in het handelsregister in te schrijven. Het gevolg hiervan is dat wanneer musea en sportclubs horeca-activiteiten gaan ontplooiën, zij een concurrentievoordeel hebben ten opzichte van reguliere horeca. De wetgever heeft hier bij de totstandkoming van de Dhw oog voor gehad.⁹¹

In artikel 4 Dhw is bepaald dat bij gemeentelijke verordening *ter voorkoming van oneerlijke mededinging* regels worden gesteld waaraan paracommerciële rechtspersonen (bijvoorbeeld dorps-, buurt- en clubhuizen, musea en sportkantines) zich moeten houden bij de verstrekking van alcoholhoudende drank. Deze regels hebben onder meer betrekking op de tijden gedurende welke alcoholhoudende drank mag worden verstrekt en de in de inrichting te houden bijeenkomsten van persoonlijke aard, zoals bruiloften en partijen (lid 2). Hiermee voorziet de Dhw in de mogelijkheid voor de burgemeester om aan de verlening van een drank- en horecavergeving beperkingen te verbinden, die gericht zijn op het voorkomen van concurrentie onder ongelijke voorwaarden.

90 Een ander voorbeeld, dat ik hier verder niet zal bespreken, vormen veel gemeentelijke marktverordeningen. Zie bijvoorbeeld ABRvS 29 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:863 en ABRvS 29 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:864, JG 2017/31, m.nt. T. Barkhuysen en A. Span, waarin het ging om de intrekking van een marktvergunning. De intrekking was gebaseerd op de Marktverordening. Daarin is het tewerkstellen van illegale vreemdelingen in strijd met de Wav als intrekkinggrond opgenomen, omdat dit leidt tot oneerlijke concurrentie. Deze uitspraak laat overigens zien dat het belang van concurrentie niet voor alles gaat. In dit geval werd intrekking van de marktvergunning, omdat een vreemdeling die met een beker koffie in de hand wat kleding recht hing en derhalve de Wav werd overtreden, kennelijk onredelijk geacht. Daarbij was van belang dat deze sanctie naar het oordeel van de Afdeling niet in verhouding stond tot de ernst van de overtreding en aan de marktkoopman bovendien al een aanzienlijke boete was opgelegd wegens dezelfde overtreding.

91 *Kamerstukken II* 1988/89, 21128, 3, p. 1-2.

Een voorbeeld: alcoholvrije bruiloft

Ter illustratie kan worden gewezen op een al wat oudere zaak waarin het ging om het verlenen van een vergunning voor het uitoefenen van een horecabedrijf aan een vrijetijdscentrum in de gemeente West Maas en Waal.⁹² Het ging hier om een paracommerciële rechtspersoon als bedoeld in artikel 4 Dhw. Het college van burgemeester en wethouders had aan de verleende vergunning onder meer de beperking verbonden dat het verboden was alcoholhoudende drank te verstrekken bij bijeenkomsten van persoonlijke aard, zoals bruiloften en partijen, omdat binnen een straal van 10 tot 15 kilometer voldoende reguliere horecaondernemingen aanwezig zijn die over faciliteiten beschikten voor het houden van bijeenkomsten van persoonlijke aard en het ingevolge artikel 4, eerste lid, van de Dhw aan een vergunning zodanige voorschriften diende te verbinden, dat geen oneerlijke concurrentie met de reguliere horeca kon ontstaan. Het vrijetijdscentrum was het met de opgelegde beperking niet eens en kwam daarom tegen de aan haar verleende vergunning op en voerde onder andere aan dat het college ten onrechte niet had volstaan met een beperking van het aantal bijeenkomsten van persoonlijke aard, waarbij alcoholhoudende drank mocht worden verstrekt. De Afdeling volgde dat betoog niet en overwoog dat:

‘(...) het college gehouden is beperkingen aan de verstrekking [van alcoholhoudende drank] op te leggen, wanneer door het verstrekken *mededinging wordt veroorzaakt, die uit een oogpunt van ordelijk economisch verkeer als onwenselijk moet worden beschouwd*. Voorts [is] het standpunt van het college dat van zodanige mededinging sprake is, nu in een straal van 10 tot 15 kilometer voldoende reguliere horeca aanwezig is en appellante niet onder *gelijke omstandigheden* als deze horecaondernemingen, aan het economisch verkeer deelneemt, (...) niet onjuist (...). [H]et college [heeft] het verbinden van bedoelde voorwaarde aan de aan appellante verleende vergunning nodig [kunnen] achten.’⁹³ (curs. JW)

Uit de formulering van artikel 4 Dhw volgt dat het belang van een gelijk speelveld niet zozeer een rol speelt bij de beslissing om al dan niet een horecavergunning te verlenen (de *id quod*-vraag), maar vooral bij de beslissing over eventuele beperkingen die aan de te verlenen vergunning worden verbonden (de *modus quo*-vraag).⁹⁴ Dit is niet zo vreemd. Het verlenen van een vergunning leidt op zichzelf wel tot een toename van de concurrentie, maar maakt die concurrentie nog niet per definitie oneerlijk. De concurrentie wordt pas oneerlijk als de voorwaarden waaronder concurrerende ondernemingen aan het economisch verkeer deelnemen verschillen. Deze verschillen worden geredresseerd via de band van artikel 4 Dhw. En de bestuurs-

92 ABRvS 4 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA8746. Deze uitspraak dateert van voor de periode waarop dit onderzoek betrekking heeft. De reden daarvoor is dat door mij geen bruikbaar voorbeeld is gevonden van na die datum, maar ik het desondanks van belang acht deze situatie hier te bespreken, omdat die zich ook nu kan voordoen.

93 ABRvS 4 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA8746, r.o. 2.5.2.

94 Dit valt ook af te leiden uit Rb. Roermond 8 november 2006, ECLI:NL:RBROE:2006:AZ2378.

rechter kan langs die weg concurrentiebelangen dus betrekken in de toetsing van een verleende vergunning.

5.4.2.3 *De verlening van exploitatie- en evenementenvergunningen*

De derde situatie is die waarin de toepasselijke regelgeving geen Unierechtelijke oorsprong heeft en concurrentiebelangen daarin ook geen plaats hebben gekregen. Een voorbeeld – uit vele – vormen Algemene plaatselijke verordeningen (APV)

Toepasselijke regelgeving: de Algemene plaatselijke verordening

In veel APV's is bepaald dat voor bepaalde activiteiten in de gemeente een vergunning vereist is. Vergunningen zijn bijvoorbeeld nodig voor het exploiteren van een bedrijf (exploitatievergunning) of voor het organiseren van een evenement (evenementenvergunning). Het gaat hierbij in veel gevallen om economische activiteiten, zodat de verlening van een vergunning dikwijls van invloed is op de concurrentieverhoudingen. Om die reden komen ondernemers nog wel eens op tegen de verlening van bijvoorbeeld een exploitatie- of evenementenvergunning. Doorgaans zijn in de APV's de gronden waarop het gemeentebestuur de vergunningaanvraag kan afwijzen limitatief opgesomd. Deze houden vaak verband met het voorkomen van gevaar voor de openbare orde, de openbare veiligheid of de volksgezondheid en het beschermen van het milieu of het woon- en leefklimaat. De belangen van concurrenten worden niet genoemd en vormen dus geen onderdeel van het afwegingskader. Hoewel exploitatie- en evenementenvergunningen in de paragraaf over niet-schaarse vergunningen worden besproken, is het goed er hier op te wijzen dat deze vergunningen onder omstandigheden ook schaars kunnen zijn. Dit is het geval wanneer het aantal te verlenen vergunningen voor een bepaalde activiteit is gemaximeerd. Een voorbeeld dat hier kan worden genoemd vormen de exploitatievergunningen die het college van burgemeester en wethouders van Amsterdam verleent voor rondvaartboten op de gemeentelijke grachten. In verband met de beperkte ruimte en de veiligheid op het water is het aantal vergunningen aan een maximum gebonden.⁹⁵ Hierna bespreek ik een voorbeeld waarbij sprake was van een niet-schaarse evenementenvergunning.

Een voorbeeld: evenementen in Dorpshuis 'De Zwaan'

Om evenementen te mogen organiseren is vaak een evenementenvergunning vereist. In de APV van veel gemeenten is daarom bepaald dat het verboden is om zonder vergunning van de burgemeester een evenement te organiseren. Dit was ook het geval in de APV van de gemeente Uitgeest, die aan de orde was in een uitspraak van de Afdeling over de verlening door de burgemeester van Uitgeest van een evenementenvergunning aan de Stich-

95 ABRvS 7 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1520, AB 2017/249, m.nt. C.J. Wolswinkel.

ting Dorpshuis 'De Zwaan' voor het organiseren van evenementen voor het jaar 2011.⁹⁶ Tegen de verlening van de vergunning werd opgekomen door de eigenaar van verschillende horecabedrijven binnen een straal van 10 tot 15 kilometer van Uitgeest. Hij voerde aan dat de evenementenvergunning het dorps huis de mogelijkheid biedt evenementen te organiseren die ook in zijn horecapanden kunnen worden georganiseerd. De toegelaten commerciële nevenactiviteiten gaan verder dan activiteiten met een cultureel, sociaal of educatief doel. Bovendien ontvangt het dorps huis subsidie zodat het voor het dorps huis makkelijker is evenementen te organiseren. Daarnaast laat het dorps huis persberichten plaatsen in kranten waarvoor een horecabedrijf eerst advertentieruimte dient te kopen en derhalve veel geld moet betalen, zodat het dorps huis ook in dat opzicht voordeel heeft ten opzichte van commerciële horecabedrijven, aldus appelland. De Afdeling oordeelde als volgt:

'Een evenementenvergunning kan door de burgemeester op grond van artikel 1:10 van de Apv worden geweigerd in het belang van de openbare orde, de openbare veiligheid, de volksgezondheid of de bescherming van het milieu. De burgemeester heeft zich terecht op het standpunt gesteld dat, nu een weigeringsgrond als bedoeld in dat artikel zich niet voordeed, voor hem geen grond bestond de evenementenvergunning te weigeren. Dat het dorps huis voordelen geniet wegens het ontvangen van subsidie en het plaatsen van persberichten, waarvoor een horecabedrijf eerst advertentieruimte dient te kopen, kan, *wat daar verder van zij*, niet leiden tot het oordeel dat de burgemeester om die reden de evenementenvergunning had moeten weigeren.'⁹⁷ (curs. JW)

Deze uitspraak laat goed zien dat als in de toepasselijke regelgeving de weigeringsgronden voor een vergunning limitatief zijn opgesomd en het belang van een gelijk speelveld niet wordt genoemd, dat belang geen rol kan spelen in de besluitvorming. Door het gebruik van de woorden 'wat daar ook van zij', maakt de Afdeling duidelijk dat zelfs als door het genieten van bepaalde voordelen inderdaad sprake is van oneerlijke concurrentie, dat geen grond vormt voor weigering van de vergunning. Deze uitspraak staat daarmee in schril contrast met de hiervoor genoemde uitspraak van de Afdeling over de verlening van een drank- en horecavergeving, waarbij het belang van eerlijke concurrentie wel een rol kan spelen. Dit is te meer opmerkelijk wanneer in ogenschouw wordt genomen dat het gaat om complementaire vergunningen die paracommerciële ondernemingen – zoals ook Dorps huis 'De Zwaan' – vaak allebei aanvragen. Bij de verlening van drank- en horecavergunningen noopt de wet in formele zin de gemeentelijke wetgever ertoe mede het belang van eerlijke concurrentie te behartigen terwijl de APV daartoe niet noopt bij de verlening van evenementenvergunningen.

96 ABRvS 17 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY0374, AB 2013/24, m.nt. H.D. Tolsma.

97 ABRvS 17 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY0374, r.o. 6.1.

5.4.3 De verlening van schaarse vergunningen en ontheffingen

Een derde categorie besluiten waarover concurrenten procederen betreft de verlening van schaarse vergunningen en ontheffingen. Zoals in de vorige paragraaf al opgemerkt, procederen ondernemers aanmerkelijk vaker over de verlening van schaarse vergunningen of ontheffingen dan over de verlening van niet-schaarse vergunningen en ontheffingen. Relevantanter is dus de vraag in hoeverre in dat kader het belang van een gelijk speelveld op basis van de toepasselijke regelgeving een rol kan spelen in de besluitvorming en de toetsing daarvan. Voordat die vraag wordt beantwoord is het nuttig eerst kort in te gaan op wat schaarse publieke rechten precies zijn en het daarmee samenhangende dubbele karakter van concurrentie.

5.4.3.1 *Schaarse publieke rechten en dubbele concurrentie*

Schaarse publieke rechten

Schaarse publieke rechten zijn rechten die op basis van een publiekrechtelijke bevoegdheid worden verleend én waarvoor geldt dat de vraag naar die rechten groter is dan het door de overheid gemaximeerde aanbod.⁹⁸ Schaarste impliceert aldus het bestaan van een plafond.⁹⁹ Dit plafond kan een fysieke (bijvoorbeeld beperkt beschikbare natuurlijke hulpbronnen), technische (bijvoorbeeld beperkte ruimte in de ether) of beleidsmatige (bijvoorbeeld beperking van het aantal kansspelontheffingen) oorsprong hebben.¹⁰⁰ Voorbeelden van (thans) schaarse publieke rechten zijn etherfrequenties, ontheffingen voor zondagsopenstelling van winkels, vergunningen voor het oprichten van windmolenparken op zee, openbaarvervoerconcessies, emissierechten, kansspelvergunningen en subsidies.¹⁰¹ Inherent aan de verdeling van schaarse rechten is dat niet aan ieders vraag kan worden voldaan. Er zullen altijd gegadigden zijn die niet of minder krijgen dan waarom zij hebben gevraagd. Het is voor het bestuursorgaan dus zaak om de schaarse publieke rechten toe te delen aan degene die daarvoor objectief beschouwd het meest in aanmerking komt. Om dit doel te bereiken zijn verschillende verdeelmethoden denkbaar. In de literatuur wordt een aantal methoden onderscheiden: de verdeling van schaarse publieke rechten op volgorde van

98 Zie voor een omschrijving van het begrip schaarse rechten Wolswinkel 2017, p. 4-5, Van Ommeren 2016, p. 578-579, Wolswinkel 2014, p. 58, Wolswinkel 2013, p. 25-26, Van Ommeren 2011, p. 236, Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 1858, en Van Ommeren 2004, p. 2.

99 Van Ommeren 2016, p. 578.

100 Zie over dit onderscheid en de wijze waarop daar in de Dienstenrichtlijn mee wordt omgegaan Botman 2017-1, p. 7-8.

101 Zie voor een uitgebreidere opsomming Wolswinkel 2013, p. 25. Gewezen zij ook op Rb. Oost-Brabant 17 juli 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:3848 (*Supergame*), waarin een omgevingsvergunning en een exploitatievergunning voor een speelautomatenhal, gezien de specifieke omstandigheden van het voorliggende geval, als schaarse vergunningen werden aangemerkt.

binnenkomst, de loting, de veiling waarbij wordt geselecteerd op basis van het financiële bod, de vergelijkende toets, waarbij op basis van inhoudelijke criteria een selectie plaatsvindt (soms aangeduid als ‘*beauty contest*’) en de aanbesteding.¹⁰² De aard van de schaarste en de keuze voor een bepaalde verdeelmethode blijft hier verder buiten beschouwing. In deze deelparaagraaf staat de vraag centraal in hoeverre het bestuursorgaan bij de verdeling van schaarse publieke rechten op grond van de toepasselijke bijzondere bestuursrechtelijke regelgeving met de belangen van concurrenten rekening moet houden, ongeacht de keuze die wordt gemaakt voor een bepaalde verdeelmethode. De belangen van concurrenten spelen hierbij een soort dubbelrol.

Concurrentie in twee opzichten

Het schaarste-element brengt met zich dat in het geval van de verdeling van schaarse rechten in twee opzichten sprake kan zijn van concurrentie. In de eerste plaats kan de verlening van een vergunning of ontheffing – of die nu schaars is of niet – de concurrentieverhoudingen op een bepaalde markt voor goederen of diensten beïnvloeden. De verlening van een vergunning of ontheffing kan er bijvoorbeeld toe leiden dat de concurrentie toeneemt. Ook kan de concurrentie worden verstoord, doordat aan een nieuwkomer een gunstiger vergunning of ontheffing wordt verleend. Naast deze ‘reguliere’ vorm van concurrentie op een bepaalde markt voor goederen of diensten is bij de verdeling van schaarse rechten sprake van een tweede vorm van concurrentie. Omdat er maar één of een beperkt aantal rechten te vergeven is, terwijl er meerdere gegadigden voor dat recht of die rechten zijn, is sprake van schaarste. Dat betekent automatisch dat sprake is van concurrentie tussen de verschillende gegadigden die met elkaar strijden om voor dat ene of die paar schaarse rechten in aanmerking te komen. Het gaat om concurrentie op de markt voor schaarse rechten en – wanneer het gaat om een recht dat toegang tot een bepaalde markt verschaft – soms tevens om concurrentie om toegang tot een bepaalde product- of dienstenmarkt.

Hoewel bij de verdeling van schaarse rechten naar zijn aard altijd sprake is van concurrentie op de markt voor het schaarse recht, is niet altijd sprake van concurrentie op de markt voor een goed of dienst. Ter illustratie kan worden gewezen op de zaak *Holland Opera*, waarin het ging om de verdeling van activiteitsubsidies voor podiumkunsten.¹⁰³ Meerdere instelling dienden een aanvraag in, maar het subsidieplafond was niet toereikend om alle aanvragen te honoreren. Na een vergelijking van de verschillende aanvragen werd de aanvraag van *Holland Opera* niet goed genoeg bevonden en daarom afgewezen. *Holland Opera* kwam hier – met succes – tegenop.

102 Wolswinkel 2011, p. 187-196.

103 ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258, AB 2016/453, m.nt. W. den Ouden (*Holland Opera*). Zie voor een uitvoerige bespreking van deze uitspraak Van Rijn van Alkemade 2016, p. 159-162.

Holland Opera concurreerde met de andere subsidieaanvragers om dezelfde subsidies. De verschillende aanvragers waren echter geen concurrenten van elkaar op de markt voor goederen of diensten, omdat zij verschillende soorten podiumvoorstellingen maakten voor een verschillend publiek en dus niet in hetzelfde marktsegment en verzorgingsgebied werkzaam waren.

De meeste rechtspraak over de verdeling van schaarse vergunningen heeft zich tot nu toe ontwikkeld op de terreinen van radiofrequenties (Telecomcommunicatiewet), kansspelen (Wet op de kansspelen) en zondagavondwinkels (Winkeltijdenwet).¹⁰⁴ Twee van deze terreinen komen hierna als voorbeeld aan de orde. Daarbij is in de eerste plaats gekozen voor de verdeling van frequentieruimte, omdat in de daarop van toepassing zijnde regelgeving concurrentiebelangen een plaats hebben gekregen. In de op de verdeling van kansspelvergunningen en ontheffingen voor zondagsopenstelling van toepassing zijnde regelgeving is dat niet het geval. Gekozen is voorts voor een bespreking van de verlening van ontheffingen voor zondagavondenstelling, omdat daarover de laatste jaren net even wat vaker is geprocedeerd dan over de verlening van kansspelvergunningen.¹⁰⁵

5.4.3.2 *De verdeling van frequentieruimte*

Een voorbeeld van regelgeving waarin concurrentiebelangen een plaats hebben gekregen vormt de regelgeving over de verdeling van schaarse frequentieruimte.

Radiostations zenden radioprogramma's uit. Zij doen dat via etherfrequenties. Deze zijn (in potentie) schaars.¹⁰⁶ Om radioprogramma's te kunnen uitzenden – maar ook om televisieprogramma's te kunnen uitzenden of mobiele telefoonverbindingen tot stand te kunnen brengen – is het noodzakelijk om over een etherfrequentie te beschikken. Om van een bepaalde etherfrequentie gebruik te mogen maken moet een radiostation een vergunning van het Agentschap Telecom hebben. Het Agentschap Telecom is onderdeel van het ministerie van Economische Zaken en verdeelt de frequentieruimte. Bij die verdeling krijgen publieke omroepen voorrang op commerciële omroepen. De frequenties die dan overblijven voor commerciële omroepen moeten worden verdeeld onder alle gegadigden. Toedeling van frequentie aan de ene omroep betekent dat een andere omroep die frequentie niet krijgt. Er is dus sprake van concurrentie om toegang tot de markt.

104 C.J. Wolswinkel, annotatie bij CBb 29 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3763, AB 2011/180.

105 De bevoegdheid om kansspelvergunningen te verlenen komt bovendien aan bod in paragraaf 5.5.2.

106 Van Eijk & Hins 2011, p. 45-46.

Toepasselijke regelgeving: de Telecommunicatiewet

Omdat frequenties naar hun aard grensoverschrijdend zijn, wordt de regulering en verdeling van frequentieruimte van oudsher internationaal gecoördineerd. Toch staat de nationale autonomie, gelet op het strategisch belang van frequenties, nog steeds voorop. Europa vervult echter een groeiende rol als het gaat om de verdeling van frequentieruimte. Op zich is dat niet vreemd, aangezien frequenties ook een belangrijke economische waarde hebben. Dit betekent dat de Telecommunicatiewet, waarin de regels zijn opgenomen voor de verdeling van frequentieruimte, in belangrijke mate een uitwerking vormt van Europese regelgeving, waaronder de Kaderrichtlijn¹⁰⁷ en de Machtigingsrichtlijn.¹⁰⁸ De invloed van beide richtlijnen is rechtstreeks terug te vinden in de Telecommunicatiewet (Tw). Wat betreft de verdeling van frequenties aan commerciële radio-omroepen voorziet artikel 3.10 lid 1 in zes methoden. Deze zijn in het Frequentiebesluit 2013 nader uitgewerkt. Het gaat in de kern om de verdeling op volgorde van binnenkomst, de vergelijkende toets en de veiling.¹⁰⁹ Met het voorschrijven van deze verdeelmethoden maakt de wetgever duidelijk dat bij het verdelen van frequentieruimte mededingingsruimte moet worden gecreëerd.¹¹⁰ Dat wil zeggen dat alle gegadigden voor een bepaalde frequentie in beginsel een gelijke kans moeten krijgen om voor die frequentie in aanmerking te komen. Hiermee heeft het belang van concurrenten bij gelijke kansen om tot de markt te worden toegelaten een plaats gekregen in de regelgeving die door het Agentschap Telecom moet worden toegepast. Wat hierbij opvalt, is dat de Telecommunicatiewet en het Frequentiebesluit 2013 geen voorschriften bevatten die de gekozen verdeelprocedure verder normeren. Terwijl de richtlijnen voorschrijven dat de verdeelprocedure objectief, transparant, niet-discriminerend en evenredig moet zijn, is dit niet met zoveel woorden in de regelgeving terug te vinden. Van belang is verder dat artikel 3.11 lid 1 de mogelijkheid geeft bij beperkte beschikbaarheid van frequentieruimte zoveel mogelijk partijen in staat te stellen een vergunning voor het gebruik van die frequentieruimte te krijgen. Daartoe is voorzien in de bevoegdheid om bij ministeriële regeling voorafgaand aan de verdeling van schaarse frequentieruimte de hoeveelheid per aanvrager te verkrijgen frequentieruimte te beperken tot een vast te stellen maximum. Daarbij kan de minister rekening houden met frequentieruimte die reeds is verleend. Dit kan in de prak-

107 Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (*PbEG* 2002, L 108/33). De richtlijn is laatstelijk gewijzigd bij Richtlijn 2009/140/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 (*PbEG* 2009, L 337/37).

108 Richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (*PbEG* 2002, L 108/21). De richtlijn is laatstelijk gewijzigd bij Richtlijn 2009/140/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 (*PbEG* 2009, L 337/37).

109 Zie over deze methoden uitgebreider Wolswinkel 2009-2, p. 42-51.

110 Zie ook Van Ommeren 2011, p. 251.

tijk betekenen dat nieuwkomers meer frequentieruimte kunnen verwerven dan zittende partijen.¹¹¹ Ook op deze manier krijgt het belang van een gelijk speelveld een plaats in de regelgeving, omdat voor nieuwkomers en zittende partijen gelijke kansen worden gecreëerd. Interessant is tot slot artikel 3.17, waarin is bepaald dat slechts vergunningen die zijn verdeeld op volgorde van binnenkomst – dit zijn de niet schaarse vergunningen – kunnen worden verlengd. Schaarse vergunningen zijn in beginsel eindig en zullen niet worden verlengd, tenzij zwaarwegende maatschappelijke of economische belangen in het geding zijn.¹¹² Ook dit draagt bij aan eerlijke kansen voor concurrenten. Immers, voorkomen wordt dat een vergunninghouder tot in lengte van dagen een frequentie bezet kan houden en andere radiostations geen kans krijgen om van die frequentie gebruik te maken.

Een voorbeeld: de frequenties voor commerciële radio-omroepen

Illustratief voor de wijze waarop de minister bij toepassing van de Telecommunicatiewet en de rechter bij toetsing daarvan bescherming kan bieden aan ondernemers die door de verdeling van frequenties in hun concurrentiepositie worden getroffen, is een aantal uitspraken van het CBB waarin het ging om de verdeling van vergunningen voor het gebruik van frequenties door commerciële radio-omroepen in 2011.¹¹³ Diverse radiostations, waaronder Sky Radio, beschikten op dat moment al over een FM-vergunning. De vergunningen werden verlengd tot 1 september 2017. Op grond van de verlengde vergunningen mochten de radiostations gebruik maken van de frequentieruimte die behoorde bij de aan hen vergunde kavels. In het geval van Sky Radio ging het om kavel A1. Bij de verlenging van de vergunningen werd aan de zittende vergunninghouders een eenmalige bijdrage opgelegd.¹¹⁴ De hoogte van het te betalen bedrag was gelijk aan een bij ministeriële regeling vast te stellen bedrag dat was gerelateerd aan de in het jaar van de vergunningverlening (in dit geval verlenging) bepaalde waarde van de gedurende de looptijd van de vergunning uit de exploitatie van de vergunning te verwachten voordelen en omzet (o.a. advertentieinkomsten). In het geval van Sky Radio was de eenmalige bijdrage vastgesteld op bijna € 26 mln. Voor de vergunning voor kavel A7 gold in 2011 dat deze nog niet was uitgegeven. De minister besloot deze in dat jaar uit te geven, waarbij werd

111 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 412, 3, p. 19.

112 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 412, 3, p. 5. Zie ook concl. R.J.G.M. Widdershoven 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421 (*speelautomatenhal Vlaardingen*), punt 6.3, en Wolswinkel 2013, p. 774.

113 CBB 8 oktober 2015, ECLI:NL:CBB:2015:317 (*Sky Radio*). Zie ook de uitspraken van dezelfde datum ECLI:NL:CBB:2015:318 (*Q-Music*), ECLI:NL:CBB:2015:319 (*Radio 538*) en ECLI:NL:CBB:2015:320 (*Radio 10*). Zie voor een ander voorbeeld in de sfeer van de verdeling van frequentieruimte CBB 26 april 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BA3858 (*SLAM!FM*). Zie over deze laatste uitspraak ook Van Rijn van Alkemade 2012, p. 3-13, en Van Ommeren 2011, p. 252-253.

114 Dergelijke bijdragen konden op grond van artikel 3.3.a Tw (oud; thans artikel 3.15) worden opgelegd om een optimaal gebruik van frequentieruimte te waarborgen.

voorzien in een vergelijkende toets met inbegrip van een financieel bod. In de Regeling vaststelling eenmalig bedrag landelijke commerciële radio-omroep 2011 was het eenmalig bedrag voor kavel A7 vastgesteld op ruim € 17,5 mln., zijnde 80% van de voor die kavel berekende waarde. Omdat geen van de aanvragen voor kavel A7 in 2011 voldeed aan de gestelde minimumeisen, werd deze kavel uiteindelijk niet vergund in 2011.

Sky Radio stelde beroep in tegen de verlenging van haar vergunning en voerde aan dat de aan haar opgelegde eenmalige bijdrage voor kavel A1 te hoog was vastgesteld. Verder voerde zij aan dat zij bereid was het voor haar kavel vastgestelde bedrag te accepteren, maar alleen als een neerwaartse correctie zou plaatsvinden wanneer kavel A7 alsnog aan een concurrent zou worden vergund onder betaling van een eenmalige bijdrage die minder dan 80% van de berekende waarde van ruim € 21 mln. bedraagt. Het ging Sky Radio er hier dus vooral om haar concurrentiepositie veilig te stellen, door te voorkomen dat zij veel meer betaalt voor haar kavel dan een concurrent voor zijn kavel.

In 2013 werd de frequentieruimte, behorend bij kavel A7 alsnog vergund aan Radio 10 voor een bedrag van € 828.819,-. Dit bedrag was aanzienlijk lager dan de in 2011 voor die kavel vastgestelde eenmalige bijdrage en ook aanzienlijk lager dan de eenmalige bijdragen die Sky Radio en andere radio-stations hadden betaald voor hun vergunningen. Aan Sky Radio e.a. werd evenwel bericht dat de door hen betaalde bijdragen niet zouden worden gecorrigeerd naar aanleiding van de uitgifte van kavel A7 aan Radio 10. In hoger beroep voerde Sky Radio dan ook aan dat de minister voorbij gegaan was aan de verplichting op grond van artikel 13 van de Machtigingsrichtlijn om een gelijk speelveld te creëren. Omdat de economische vergoeding die zij had betaald niet te vergelijken was met en in geen verhouding stond tot de door Radio 10 voor kavel A7 te betalen vergoeding werd volgens Sky Radio het gelijke speelveld verstoord. Het CBb overweegt hierover het volgende:

‘Ingevolge artikel 13 van de Machtigingsrichtlijn moeten de lidstaten bij de vaststelling van de eenmalige bijdrage rekening houden met de doelstellingen van artikel 8 van de Kaderrichtlijn. Ingevolge artikel 8, tweede lid, aanhef en onder b, van de Kaderrichtlijn is één van de doelstellingen dat er in de sector elektronische communicatie *geen verstoring of beperking is van de concurrentie*. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft beslist dat deze doelstelling slechts kan worden gegarandeerd indien wordt gezorgd voor *gelijke kansen voor de onderscheiden marktdeelnemers* (C-85-10, onder 30). Blijkens het arrest Connect Austria (C-462/99, onder 90-93) is sprake van *gelijke kansen* als de vergoedingen die worden gevraagd economische gelijkwaardig zijn. De economische waarde hangt af van het moment waarop elk van de betrokken exploitanten tot de markt is toegetreden (zie ook Bouygues, onder 118). De vaststelling van de waarde van de vergunningen is afhankelijk van de omstandigheden van het geval en staat ter beoordeling aan de nationale rechter.’¹¹⁵ (curs. JW)

Uit deze overweging van het CBb, die zwaar leunt op de rechtspraak van het Hof van Justitie, volgt dat bij het opleggen van een eenmalig bedrag voor het gebruik van frequentieruimte het belang van een gelijk speelveld tussen de verschillende marktdeelnemers (radiostations) niet uit het oog mag worden verloren. Concurrentiebelangen spelen dus een belangrijke rol bij het nemen van besluiten dienaangaande en de toetsing daarvan door de bestuursrechter. Deze rol ligt vast in de regelgeving die van toepassing is en die diepe wortels heeft in Europese regelgeving (de Machtigingsrichtlijn).

Wat vervolgens opvalt, is dat het CBb in deze zaak niet tot de conclusie komt dat het gelijke speelveld wordt verstoord door de aan Sky Radio in 2011 opgelegde eenmalige bijdrage niet te corrigeren naar aanleiding van de in 2013 aan Radio 10 opgelegde vele malen lagere eigen bijdrage. Daartoe acht het CBb van belang dat de waarde voor kavel A1 is gerelateerd aan toetreding in 2011 en Sky Radio die kavel ook daadwerkelijk vanaf 2011 heeft geëxploiteerd. Kavel A7 is pas vanaf een latere datum (2013) geëxploiteerd. Verder heeft het CBb in aanmerking genomen dat, naar de minister heeft gesteld, zich in de tussenliggende periode ongunstige ontwikkelingen hebben voorgedaan op de advertentiemarkt. Dit betekent dat de gedurende de looptijd van de vergunning uit de exploitatie van de vergunning te verwachten voordelen en omzet zijn afgenomen en dus ook de waarde van de kavel is gedaald. Volgens het CBb kan tegen deze achtergrond niet worden geconcludeerd dat de minister de concurrentie heeft verstoord of beperkt door de bijdrage voor kavel A1 te baseren op de situatie in 2011 en voor kavel A7 op de situatie in 2013. Daarbij wordt verwezen naar het arrest *Connect Austria*, waarin het Hof van Justitie oordeelde dat de economische waarde afhangt van het moment waarop elk van de betrokken exploitanten tot de markt is toegetreden.¹¹⁶

De slotsom is dat in dit geval uit de toepasselijke regelgeving volgt dat de overheid bij het opleggen van bijdragen voor het gebruik van frequentieruimte het gelijke speelveld niet mag verstoren. Met dat belang moet dus rekening worden gehouden in de besluitvorming. Dit betekent echter niet altijd dat aan alle marktpartijen een vergelijkbare eenmalige bijdrage moet worden opgelegd. Wanneer er tussen het moment waarop verschillende ondernemingen tot de markt toetreden tijdsverloop zit, moet rekening worden gehouden met economische ontwikkelingen die van invloed zijn op de economische waarde van een kavel. Dit kan de overheid er – juist met het oog op het creëren van een gelijk speelveld – toenopen te variëren met de op te leggen eenmalige bijdrage. Dat Sky Radio daardoor een hogere bijdrage moet betalen dan Radio 10 hangt samen met het moment waarop de economische waarde van de kavel wordt bepaald. Dat economische ontwikkelingen vervolgens met zich brengen dat die waarde achteraf gezien te hoog blijkt te zijn bepaald, behoort tot het ondernemersrisico. Het gelijke speel-

116 HvJ EG 22 mei 2003, C-462/99, ECLI:EU:C:2003:297 (*Connect Austria*), punt 93.

veld kan dus niet worden gebruikt als argument om ondernemers risico's als het verslechteren van de advertentiemarkt door de economische crisis op de overheid af te wentelen.

5.4.3.3 *De verlening van ontheffing voor zondagsopening*

Een voorbeeld van Nederlandse regelgeving betreffende de verdeling van schaarse vergunningen waarbij concurrentiebelangen geen plaats hebben gekregen, vormt de regelgeving over de verlening van ontheffingen voor het op zondag open hebben van een winkel. Dit is de schaarse vergunning waarover concurrenten de afgelopen jaren het meest hebben geprocedeerd.¹¹⁷

Het is van oudsher verboden voor winkels om op zondag open te zijn. Gemeenten hebben echter de mogelijkheid om van dit verbod – een meestal gemaximeerd aantal – ontheffingen te verlenen. Omdat het aantal ontheffingen beperkt is, betekent de verlening van een ontheffing aan een onderneming dat andere ondernemingen niet ook op zondag open kunnen zijn. Zij worden daardoor getroffen in hun concurrentiepositie. Zij kunnen immers de markt niet betreden op zondag en op die dag dus geen omzet halen, terwijl een concurrent dat wel kan. Er wordt dan ook met regelmaat door ondernemers geprocedeerd over de verlening van een ontheffing aan een concurrent. Soms ook komt een zittende ondernemer op tegen de verlening van een ontheffing, omdat hij meent daardoor te worden getroffen in zijn concurrentiebelang.¹¹⁸

Toepasselijke regelgeving: de Winkeltijdenwet en gemeentelijke winkeltijdenverordeningen

In de Winkeltijdenwet is het verbod opgenomen om op zon- en feestdagen een winkel voor publiek geopend te hebben (artikel 2 lid 1).¹¹⁹ Van dit verbod kan de gemeenteraad bij verordening vrijstelling verlenen (artikel 3 lid 1). Ook kan de gemeenteraad bij die verordening burgemeester en wethouders de bevoegdheid verlenen om op daartoe strekkend verzoek ontheffing van die verboden te verlenen (artikel 3 lid 2). Veel gemeenten hebben in hun winkeltijdenverordening het aantal ontheffingen dat voor zondag-

117 In 2016 ging het om 4 van de 7 zaken en in 2015 om 2 van de 8.

118 CBB 3 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:61, *Gst.* 2016/104, m.nt W.P. Adriaanse. In deze zaak kwam de exploitant van een schoenenwinkel op tegen de verlening van een ontheffing voor zondagsopenstelling aan een Jumbo-supermarkt. De reden daarvoor was dat zijn schoenenwinkel aan hetzelfde plein was gevestigd als de Jumbo en de zondagsopenstelling van Jumbo een omzetsdaling met zich brengt doordat de schoenenwinkel voor zijn omzet voor een belangrijk deel afhankelijk is van aankopen die consumenten op zaterdag doen, nadat zij Jumbo hebben bezocht. Als die consumenten nu op zondag komen, komen zij op een moment dat de schoenenwinkel dicht is. Die loopt daardoor dus omzet mis.

119 Dit verbod geldt ook voor werkdagen vóór 6.00 uur en na 22.00 uur.

avondwinkels kan worden verleend gebonden aan een maximum.¹²⁰ Er is dan sprake van een potentieel schaarse vergunning. Veel gemeentelijke winkeltijdenverordeningen bepalen dat een ontheffing kan worden geweigerd, ingetrokken of gewijzigd indien de woon- en leefsituatie of de openbare orde in de omgeving van de winkel naar het oordeel van burgemeester en wethouders op ontoelaatbare wijze nadelig wordt beïnvloed door de openstelling van de winkel.¹²¹ In deze verordeningen hebben de belangen van de openbare orde en een goede woon- en leefsituatie een prominente plaats gekregen. Dat geldt niet voor concurrentiebelangen. Deze worden niet genoemd als belang dat kan worden betrokken bij beslissingen over het verlenen, weigeren, intrekken of wijzigen van een ontheffing. Helemaal logisch is dat overigens niet, aangezien de doelstelling van de eerste winkeltijdenwet uit 1930 onder andere het bevorderen van eerlijke concurrentie was door het creëren van gelijke uitgangsposities.¹²² Ook de Winkeltijdenwet uit 1996, waarbij de regels met betrekking tot openingstijden van winkels zijn geliberaliseerd, had naast het inspelen op veranderende leef- en arbeidspatronen als doel de concurrentiepositie van ondernemers te versterken.¹²³ Blijkens de wetsgeschiedenis hebben concurrentieverhoudingen dus wel degelijk een rol gespeeld bij de totstandkoming van de winkeltijdenwetgeving. Het gaat daarbij evenwel vooral om het belang van ondernemers om hun concurrentiepositie te versterken (bedrijfsvoering) en niet zozeer om het belang van eerlijke concurrentie.

Omdat ontheffingen voor zondagavondwinkels schaars zijn, moet er een selectie plaatsvinden van de winkel of winkels die voor het beperkte aantal ontheffingen in aanmerking komen. Daarbij dient een aantal keuzes te worden gemaakt, die hierna worden besproken. Achtereenvolgens komen aan de orde de keuze voor een verdeelmethode, de keuze ten aanzien van een wijziging van een ontheffing en de keuze ten aanzien van het al dan niet verbinden van voorschriften aan een ontheffing. Steeds kan daarbij de vraag worden gesteld of bij de te maken keuzes concurrentiebelangen een rol kunnen

120 Zie bijvoorbeeld de Verordening winkeltijden Rotterdam 2014. In Rotterdam is uitdrukkelijk de voorheen geldende wettelijke norm omgezet in een gemeentelijke norm (zie de toelichting op artikel 18). Overigens hebben niet alle gemeenten van de mogelijkheid gebruik gemaakt om in hun winkeltijdenverordening de mogelijkheid op te nemen om ontheffing te verlenen voor zondagavondenstelling (bijvoorbeeld de Winkeltijdenverordening gemeente Geldermalsen 2014). Ook zijn er gemeenten die het aantal ontheffingen voor zondagavondenstelling dat kan worden verleend niet hebben gemaximeerd (bijvoorbeeld de Winkeltijdenverordening Tilburg).

121 Bijvoorbeeld Verordening Winkeltijden Amsterdam 2010 (artikel 2 lid 3), Verordening winkeltijden Rotterdam 2014 (artikel 23), Verordening winkeltijden Leiden 2014 (artikel 3 lid 4), Verordening winkeltijden Maastricht 2015 (artikel 6) en Verordening winkeltijden Groningen 2009 (artikel 6 lid 3).

122 *Kamerstukken II* 1994/95, 24266, 3, p. 2-3.

123 *Kamerstukken II* 1994/95, 24266, 3, p. 6, en *Kamerstukken II* 2009/10, 32412, 3, p. 2-3. Deze wetsgeschiedenis komt uitvoerig aan de orde in voorzieningenrechter CBB 6 maart 2015, ECLI:NL:CBB:2015:59, r.o. 7.3.2, AB 2016/154, m.nt. C.J. Wolswinkel.

spelen. Het gaat op deze plaats om de vraag in hoeverre die belangen op grond van de van toepassing zijnde bestuursrechtelijke regelgeving een rol kunnen spelen in de besluitvorming. De vraag in hoeverre die belangen op grond van bijvoorbeeld rechtsbeginselen een rol kunnen spelen komt aan de orde in paragraaf 5.5.

De keuze voor een verdeelmethode

Ontheffingen voor zondagsopenstelling worden doorgaans verleend op volgorde van binnenkomst of op basis van een vergelijkende toets. Gemeenten hebben een grote mate van vrijheid bij de keuze voor een bepaald verdeelsysteem, al worden aan de procedure zelf zware eisen gesteld. Die eisen, die hun grondslag vinden in rechtsbeginselen, komen in paragraaf 5.5.2.3 aan bod. Op deze plaats dient echter te worden gewezen op een zaak over de verlening van ontheffingen voor zondagavondwinkels in de gemeente Tiel, waarbij was gekozen voor verdeling op basis van een vergelijkende toets. Het CBb oordeelde over deze keuze dat:

‘(...) het in beginsel niet onjuist of onredelijk [is] dat de verdeling van de beschikbare ontheffingen wordt gebaseerd op het resultaat van een vergelijkende toets zoals deze in de Beleidsregels is neergelegd. Er zijn geen aanwijzingen dat ook andere belangen dan die genoemd in artikel 5, vierde lid, van de Verordening – de woon- en leefsituatie en de openbare orde – door verweerders bij de besluitvorming zijn betrokken. Weliswaar is rekening gehouden met de verkeers- en de parkeersituatie alsmede met overige aspecten, doch deze aandachtspunten kunnen naar het oordeel van het College worden beschouwd als een nadere invulling van het criterium woon- en leefsituatie. De stelling van appellante dat ook andere belangen dan die genoemd in de Verordening zijn meegewogen slaagt dus niet.¹²⁴’

Met deze overweging maakt het CBb duidelijk dat de verdeling van ontheffingen voor zondagsopening van winkels door middel van een vergelijkende toets is toegestaan. Wel moeten de criteria die daarbij worden gehanteerd verband houden met de belangen die het ontheffingsstelsel beoogt te beschermen. In dit geval, en dat geldt voor verreweg de meeste gemeentelijke winkeltijdenverordeningen, gaat het om de bescherming van de woon- en leefsituatie of de openbare orde. Naar het oordeel van het CBb houdt het voorkomen van verkeers-, parkeer- en overige hinder hiermee verband. Andere belangen, die in het geheel geen verband houden met de woon- en leefsituatie of de openbare orde, kunnen niet bij de vergelijking worden betrokken. Het specialiteitsbeginsel staat daar aan in de weg. Dit betekent ook dat – wanneer gebruik wordt gemaakt van een vergelijkende toets – bij de beslissing om aan een bepaalde ondernemer al dan niet een ontheffing te verlenen voor zondagsopening van diens winkel concurrentiebelangen geen rol kunnen spelen, omdat dit belang geen verband houdt met het belang dat de winkeltijdenverordening beoogt te beschermen. Uit oogpunt van een

gelijk speelveld tussen zittende ondernemers en nieuwkomers is dit niet problematisch. De verlening van een ontheffing zorgt voor een toename van de concurrentie, maar verstoort op zichzelf het gelijke speelveld tussen de verschillende ontheffinghouders – de concurrentie *op* de markt – niet. Ingewikkelder is de positie van andere gegadigden die voor de te vergeven schaarse ontheffing(en) in aanmerking willen komen. Zij hebben belang bij een gelijke kans om tot de markt te worden toegelaten (eerlijke concurrentie *om* de markt). Dit belang kan niet via de band van de doelgebondenheid van de bevoegdheid een rol spelen in de besluitvorming en de rechtsbescherming die de bestuursrechter kan bieden. Dat laat onverlet dat die belangen via een andere weg een rol kunnen spelen in de besluitvorming en rechtsbescherming. In paragraaf 5.5 wordt daarop teruggekomen.

De wijziging van een ontheffing

Soms zijn ontheffingen voor zondagsopenstelling in het verleden voor onbepaalde tijd verleend. Als op een gegeven moment het maximum aantal ontheffingen is bereikt en het gemeentebestuur een volgende aanvrager een kans wil geven om voor een ontheffing in aanmerking te komen, aan een andere winkelier een ontheffing wil verlenen, dient de looptijd van een reeds verleende ontheffing te worden gewijzigd. Deze situatie deed zich voor in een zaak over een aan een C1000-supermarkt in de gemeente Nieuwegein verleende ontheffing voor zondagavondopenstelling.¹²⁵ Aan C1000 was in 2009 een ontheffing verleend voor onbepaalde tijd, omdat op dat moment de vraag naar ontheffingen niet groot was. Dat veranderde echter in de jaren daarna. De vraag naar ontheffingen oversteeg weldra het aantal van vier ontheffingen dat kon worden verleend. De gemeente kwam naar aanleiding hiervan tot het inzicht dat de verlening van een ontheffing voor onbepaalde tijd niet zo gelukkig was en was van plan haar beleid te wijzigen. Deze wijziging hield in dat ontheffingen nog slechts voor twee jaar konden worden verleend. Voor de reeds verleende ontheffingen voor onbepaalde tijd, zoals die van C1000, was voorzien in een overgangsregeling, inhoudende dat de geldigheidsduur zou worden beperkt. Ter uitvoering van dit beleid werd de aan C1000 verleende ontheffing gewijzigd. C1000 kwam hiertegen op en voerde aan dat er geen grondslag was voor de wijziging. Het CBb stelde voorop dat, om gebruik te kunnen maken van de in de winkeltijdenverordening opgenomen wijzigingsbevoegdheid, er een verband moet bestaan tussen enerzijds de veranderde omstandigheden of gewijzigde inzichten die tot wijziging nopen en anderzijds de belangen ter bescherming waarvan de ontheffing is vereist. Het CBb overwoog vervolgens:

125 CBb 17 juli 2013, ECLI:NL:CBB:2013:78, AB 2013/294, m.nt. C.J. Wolswinkel (*zondagavondwinkel Nieuwegein*).

‘Voor zover verweerders van mening zijn dat hun gewijzigde inzicht wijziging van de ontheffingen van appellanten noodzakelijk maakt in verband met *het belang van de bevordering van concurrentieverhoudingen tussen winkeliers*, kan dit belang niet worden aangemerkt als een belang ter bescherming waarvan de ontheffing is verleend. Weliswaar geldt de bevordering van eerlijke concurrentieverhoudingen door het creëren van gelijke uitgangsposities als één van de uitgangspunten van de Wet, maar de bepaling dat slechts één winkel op 15.000 inwoners op zondagavond geopend mag zijn, waarop de ontheffingsmogelijkheid van artikel 6 van de Verordening betrekking heeft, is niet met het oog op die doelstelling geschreven. In hetgeen verweerders overigens ter motivering van de bestreden besluiten naar voren hebben gebracht, kan het College geen beroep ontwaren op enig belang ter bescherming waarvan de ontheffing is vereist. Aangetekend hierbij wordt dat in ieder geval *de belangen van de bescherming van de woon- of de leefsituatie, de veiligheid of de openbare orde in de omgeving van de winkel* als genoemd in artikel 6, vierde lid, van de Verordening, moeten worden beschouwd als belangen ter bescherming waarvan de in dat artikel bedoelde ontheffing is verleend. Verweerders hebben niet gesteld dat hun gewijzigde inzicht verband houdt met deze belangen.’¹²⁶ (curs. JW)

Dit is een duidelijk voorbeeld van toepassing van het specialiteitsbeginsel. Met de wijziging van de looptijd van de ontheffing van C1000 hebben burgemeester en wethouders concurrenten van C1000 een gelijke kans willen geven op toegang tot de markt. Zij hebben met het nemen van het besluit dus de bescherming van het belang van een gelijk speelveld voor ogen gehad. Dit belang houdt evenwel geen verband met de belangen waarop de bevoegdheid om een ontheffing te verlenen en te wijzigen ziet. Dit betekent dat concurrentiebelangen geen rol kunnen spelen bij de beslissing om al dan niet van de wijzigingsbevoegdheid gebruik te maken (de *id quod*-vraag) en de toetsing van die beslissing door de bestuursrechter.¹²⁷ Het specialiteitsbeginsel staat daaraan in de weg. Hoe zich dit verhoudt tot het gelijkheidsbeginsel en het Unierecht (in het bijzonder de Dienstenrichtlijn) komt aan de orde in de paragrafen 5.5 en 5.6.

Het verbinden van beperkingen aan een ontheffing voor zondagavondopening

Tot slot dient de mogelijkheid voor een gemeente om aan een ontheffing beperkingen te verbinden te worden besproken. Anders dan in de hiervoor besproken zaak het geval was, kan een gemeente er ook voor kiezen om de looptijd van een ontheffing op voorhand te beperken. Inmiddels gebeurt dit, onder invloed van onder meer de Dienstenrichtlijn, standaard.¹²⁸ In een zaak

126 CBb 17 juli 2013, ECLI:NL:CBB:2013:78, r.o. 4.1.

127 Zie in dit verband veel impliciet CBb 3 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:61, *Gst.* 2016/104, m.nt. W.P. Adriaanse. Appellanten voerden in die zaak tegen verlening van een ontheffing voor zondagsopenstelling aan een concurrent aan dat artikel 3:4 Awb, gelezen in samenhang met de Wtw met zich brengt dat de belangen van derden in de weg kunnen staan aan het verlenen van een ontheffing. Het CBb overwoog dat het college de ontheffing kon weigeren indien de woon- en leefsituatie in de omgeving van de winkel op ontoelaatbare wijze nadelig wordt beïnvloed door de openstelling van de winkel, maar dat appellanten niet aannemelijk hebben gemaakt dat de openstelling de woon- en leefsituatie in de omgeving van hun concurrent op ontoelaatbare wijze nadelig beïnvloedt.

128 Zie daarover paragraaf 5.5.2.5.

waarin aan een Albert Heijn-supermarkt een ontheffing met een beperkte looptijd was verleend, oordeelde het CBb als volgt:

‘De bevoegdheid om een ontheffing al dan niet voor bepaalde tijd te verlenen is discretionair van aard. Dat betekent dat verweerders bij hun besluit om met gebruikmaking van deze bevoegdheid aan appellant ontheffing te verlenen de daarbij rechtstreeks betrokken belangen dienen af te wegen. Het College wijst er hierbij op dat de belangen die bij die afweging een rol spelen niet beperkt zijn tot de belangen genoemd in artikel 6, vierde lid, van de Verordening 2008. Ook andere belangen mogen daarbij worden betrokken. De rechter mag deze belangenafweging slechts terughoudend toetsen.’¹²⁹ (curs. JW)

Uit deze uitspraak volgt dat wanneer het gaat om het verbinden van beperkingen aan een ontheffing andere belangen, dan waarop de bevoegdheid om een ontheffing te verlenen of te wijzigen ziet, wel een rol kunnen spelen. Het gaat om toepassing van artikel 3:4 lid 1 Awb, op grond waarvan een bestuursorgaan de rechtstreeks bij een besluit betrokken belangen afweegt. Dit betekent in dit geval dat, anders dan bij een beslissing om al dan niet een ontheffing te verlenen of te wijzigen, bij een beslissing over het al dan niet aan een ontheffing verbinden van voorschriften niet alleen belangen die verband houden met de woon- en leefsituatie of de openbare orde in de omgeving van de winkel, maar ook andere belangen, waaronder concurrentiebelangen een rol kunnen spelen. Wolswinkel stelt terecht dat deze benadering aansluit bij de gematigde opvatting over het specialiteitsbeginsel.¹³⁰ Die opvatting houdt immers in dat bij de vraag of een besluit ten principale toelaatbaar is (*id quod*-vraag) uitsluitend de specifieke publiekrechtelijke belangen die de betrokken regeling beoogt te beschermen mogen worden meegewogen, maar bij het bepalen van een eventuele modaliteit – dat wil zeggen het al dan niet verbinden van voorschriften en beperkingen aan het vergunde handelen – (*modus quo*-vraag) ook de betrokken ‘vreemde’ belangen van derden een rol kunnen spelen. Het belang van een gelijk speelveld kan dus tot op zekere hoogte een rol spelen in de besluitvorming en de toetsing daarvan door de bestuursrechter. Deze systematiek is niet geheel onlogisch als we aannemen dat vooral het belang van gelijke kansen voor ondernemers kan worden aangemerkt als een algemeen belang. Verlening van een ontheffing kan weliswaar leiden tot een toe- of afname van de concurrentie (meer aanbieders), maar verstoort als zodanig het gelijke speelveld niet. Een verstoring van het gelijke speelveld doet zich pas voor wanneer de voorwaarden of beperkingen die aan een ontheffing zijn verbonden verschillen van de voorwaarden of beperkingen die aan andere ontheffingen binnen de gemeente zijn verbonden of wanneer die ertoe leiden dat andere ondernemers nu of in de toekomst worden uitgesloten van een ontheffing. Eerst dan kan niet langer worden gesproken van gelijke kansen op en om de markt.

129 CBb 19 februari 2015, ECLI:NL:CBB:2015:27, AB 2016/153, m.nt. C.J. Wolswinkel (*zondagavondwinkel Binnenmaas*).

130 C.J. Wolswinkel, annotatie bij CBb 19 februari 2015, ECLI:NL:CBB:2015:27, AB 2016/153 (*zondagavondwinkel Binnenmaas*), punt 3.

5.4.4 De verlening van subsidies

Een vierde categorie besluiten waarover concurrenten soms procederen betreft subsidiebesluiten.¹³¹ Subsidies zijn, net als de in de vorige paragraaf besproken schaarse vergunningen en ontheffingen schaarse publieke rechten. Het betreft evenwel schaarse publieke rechten met een net wat ander karakter. Dit komt doordat zij – anders dan vergunningen en ontheffingen – *de jure* meestal niet strikt noodzakelijk zijn om bepaalde activiteiten uit te kunnen voeren.¹³² Dat laat onverlet dat de verlening van subsidie invloed kan hebben op de concurrentieverhoudingen. Deze invloed wordt steeds groter ten gevolge van de economisering van het bestuursrecht en dus ook het subsidierecht. Den Ouden wijst er in dit verband op dat hierdoor de voorheen gebruikelijke exploitatiesubsidies op grote schaal worden vervangen door prestatiesubsidies en productsubsidies die aan de – vaak prijstechnisch – gunstigste aanbieder worden verstrekt.¹³³ Het is dan ook begrijpelijk dat aanvragers binnen dergelijke verhoudingen, gemakkelijker dan vroeger, juridische procedures starten tegen weigeringsbesluiten en besluiten tot toekenningen aan concurrenten.¹³⁴

5.4.4.1 Subsidieregelingen en de subsidietitel in de Awb

De Awb bevat een aparte subsidietitel (titel 4.2). Deze titel bevat een uniform kader voor besluiten over subsidies. Het gaat in hoofdzaak om procedurele en formele voorschriften ten aanzien van de verlening van subsidies. Ook hier geldt dat de Awb weinig bepaalt over de inhoud van besluiten. De subsidieregelgeving bestaat dan ook uit meerdere lagen:¹³⁵ de subsidietitel die algemene regels geeft voor het proces van subsidieverlening en de bijzondere subsidieregelgeving die regelt wie, waarvoor en onder welke voorwaarden hoeveel subsidie kan krijgen. Titel 4.2 bevat geen bepalingen waaruit kan worden afgeleid dat bij besluiten over subsidies mede de belangen van concurrenten, waaronder in het bijzonder de belangen van (potentiële) gegadigden voor een subsidie, in ogenschouw moeten worden genomen. Volgens Den Ouden valt dit te verklaren door het feit dat binnen het subsidierecht van oudsher niet ‘marktgericht’ werd gedacht of genormeerd.¹³⁶ Titel 4.2 Awb is opgezet vanuit de idee dat het bij subsidiëring gaat om het ten laste van de openbare middelen bijdragen in de kosten van door de over-

131 In 2016 ging het om 1 van de 90 zaken (1%) en in 2015 om 2 van de 59 zaken (3%), geen grote aantallen derhalve.

132 Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 1864.

133 W. den Ouden, annotatie bij ABRvS 20 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO1191, AB 2011/232 (*Coach4Kids*), punt 6.

134 W. den Ouden, annotatie bij ABRvS 20 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO1191, AB 2011/232 (*Coach4Kids*), punt 6.

135 Den Ouden, Jacobs, Verheij 2011, p. 6.

136 W. den Ouden, annotatie bij ABRvS 20 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO1191, AB 2011/232 (*Coach4Kids*), punt 6.

heid om redenen van algemeen belang wenselijk geachte activiteiten. De belangen die worden beschermd in de subsidietitel van de Awb betreffen vooral de belangen van de overheid en de subsidieontvanger. De concurrent van de subsidieontvanger komt nauwelijks aan bod in de tekst van titel 4.2 Awb of de toelichting daarop, aldus Den Ouden. Voor de bescherming van het belang van een gelijk speelveld is alle hoop dus gevestigd op de bijzondere subsidieregeling. Aan de hand van twee voorbeelden zal ik laten zien dat dit maar ten dele terecht is. Daarbij is onderscheid gemaakt tussen de rol die concurrentiebelangen kunnen spelen bij de inhoudelijke beoordeling van een subsidieaanvraag en de rol die die belangen kunnen spelen bij de keuze voor een te subsidiëren instelling.

5.4.4.2 *De rol van concurrentiebelangen bij de inhoudelijke beoordeling van een subsidieaanvraag*

In de eerste plaats kan nogmaals worden gewezen op de al eerder genoemde zaak over de verlening van subsidie aan een Nederlandse onderneming voor een project dat betrekking had op het in Vietnam produceren en verpakken van voor de export bedoelde, arbeidsintensieve, handgemaakte chocoladedecoraties.¹³⁷ In die zaak was de PSI-regeling van toepassing. Doelstelling van de PSI-regeling is het stimuleren van duurzame economische ontwikkeling door middel van het bevorderen van vernieuwende investeringen in de private sector in ontwikkelingslanden.¹³⁸ Hiermee wordt beoogd een belangrijke bijdrage te leveren aan armoedevermindering door het creëren van economische bedrijvigheid, werkgelegenheid en inkomensverbetering. In de toetsingscriteria aan de hand waarvan een aanvraag om subsidie wordt beoordeeld, is onder andere bepaald dat het project niet mag concurreren met bestaande, vergelijkbare commerciële activiteiten in het betreffende land. Hieruit kan worden afgeleid dat de wetgever zich ervan bewust is dat het verlenen van een subsidie aan één marktdeelnemer die marktdeelnemer een concurrentievoordeel geeft. Dit mag er uiteraard niet toe leiden dat het doel van de PSI-regeling – bevorderen van duurzame economische ontwikkeling – in het gedrang komt. Grand Place, een Vietnamese onderneming met concrete plannen om, net als de Nederlandse onderneming, op een bepaalde wijze arbeidsintensieve, geheel of gedeeltelijk met de hand gemaakte chocoladedecoraties voor de export te gaan produceren, komt op tegen de verlening van de subsidie aan de Nederlandse onderneming. In hoger beroep betoogt zij dat de minister ten onrechte heeft geconcludeerd dat de aanvraag om subsidie van de Nederlandse onderneming voldoet

137 ABRvS 13 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ1072, AB 2011/215, m.nt. J. Dijkgraaf (*chocoladedecoraties*).

138 Zie de Subsidiehandleiding PSI Regulier, bijlage 1, van het besluit van de minister voor Ontwikkelingssamenwerking van 19 november 2008, nr. DDE-838/2008, tot vaststelling van beleidsregels en een subsidieplafond voor het Private Sector Investeringsprogramma (te vinden op www.overheid.nl).

aan de subsidiecriteria in de PSI-regeling. Zij voert aan dat haar commerciële activiteiten in vele opzichten vergelijkbaar zijn met die van de Nederlandse onderneming. Volgens Grand Place is onvoldoende gemotiveerd waarom haar activiteiten in Vietnam niet als bestaande, vergelijkbare commerciële activiteiten zijn aangemerkt. Zij wijst erop dat de minister elders in het besluit heeft geconcludeerd dat wel aannemelijk is dat sprake is van concurrentie, althans dat sprake zal zijn van beïnvloeding van de markt van chocoladedecoraties in Vietnam. De Afdeling volgt dit betoog niet, omdat bij nader inzien geen sprake is van concurrerende producten, zodat het gesubsidieerde project in Vietnam niet concurreert met de bestaande commerciële activiteiten van Grand Place. In wezen acht de Afdeling in dit geval het belang van Grand Place bij een gelijk speelveld niet in het geding, omdat geen sprake is van concurrerende producten.

Hoewel in dit geval de beweerdelijk getroffen concurrentiebelangen niet tot vernietiging van het besluit konden leiden, laat dit voorbeeld zien dat het belang van een gelijk speelveld soms onderdeel is van het doelgebonden afwegingskader. Dit belang kon in dit geval worden betrokken bij het nemen van een besluit en de toetsing daarvan door de bestuursrechter. Belangrijk om te constateren is dat het in dit geval gaat om het belang van een gelijk speelveld tussen ondernemers die op dezelfde markt – in dit geval die voor chocoladedecoraties – opereren dat als te behartigen belang is aangemerkt. Dat geldt niet voor het belang van een gelijk speelveld tussen de gegadigden voor de naar zijn aard beperkt beschikbare subsidie. Het afwegingskader in de PSI-regeling biedt geen aanknopingspunten voor het betrekken van dat belang bij de besluitvorming.

5.4.4.3 De rol van concurrentiebelangen bij de keuze voor een te subsidiëren instelling

Hoewel in veel subsidieregelingen wel voorschriften te vinden zijn met betrekking tot een eerlijke verdeling van de beperkt beschikbare subsidiegelden, zijn er ook subsidieregelingen waarbij dit niet het geval is. Het meest in het oog springend in dit verband is een uitspraak van de Afdeling in een geschil over subsidies voor cultuureducatie aan kinderen.¹³⁹ Coach4Kids houdt zich bezig met zang-, dans- en acteerlessen aan kinderen van 6 tot 16 jaar. Zij biedt lessen aan in verschillende gemeenten en wil dat ook graag doen in de gemeente Haarlemmermeer. Daartoe vraagt zij bij de gemeente subsidie aan. De aanvraag wordt afgewezen, omdat deze niet past binnen het geldende subsidiebeleidskader. Daarin is bepaald dat bij structurele prestatiesubsidies als uitgangspunt geldt dat een integraal aanbod wenselijk is en dat versnippering van subsidiegelden moet worden voorkomen.

139 ABRvS 20 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO1191, AB 2011/232, m.nt. W. den Ouden (Coach4Kids).

Ten aanzien van het cultuurbeleid tot het jaar 2015 is voorts vastgelegd dat zou worden gewerkt met zogenaamde 'kernvoorzieningen' die de basis moeten vormen van een infrastructuur die inwoners van de gemeente de mogelijkheid biedt deel te nemen aan culturele activiteiten. Op het terrein van cultuureducatie en kunstzinnige vorming was het Instituut voor kunst-educatie Pier K al aangewezen als kernvoorziening. De gemeente stelt zich op het standpunt dat het aanbod van Pier K als divers en kwalitatief en kwantitatief dekkend kan worden beschouwd. Door de aanwijzing van Pier K als kernvoorziening was er geen ruimte meer voor subsidiëring van Coach4Kids. Coach4Kids komt tegen de afwijzing op en voert onder andere aan dat het geldende beleid onredelijk is, omdat sprake is van concurrentievervalsing. De subsidie stelt Pier K immers in staat om vergelijkbare activiteiten aan te bieden voor prijzen die ver liggen onder de marktprijzen. De Afdeling acht het beleid waarin ter voorkoming van versnippering één kernvoorziening is benoemd, niet onredelijk. Dat Pier K is aangewezen als enige kernvoorziening acht de Afdeling niet problematisch. Weliswaar heeft dit tot gevolg dat alleen Pier K voor subsidie in aanmerking komt, maar van concurrentievervalsing kan volgens de Afdeling niet worden gesproken. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat Coach4Kids zich richt op specifieke activiteiten waardoor zij geen concurrent is voor het brede aanbod van Pier K. Voorts toont de wachtlijst voor de toelating tot de Coach4Kids-school in Hoofddorp aan dat de vraag naar het aanbod van activiteiten van Coach4Kids substantieel is, aldus de Afdeling.

Den Ouden en Jacobs wijzen er in hun kritische noten onder deze uitspraak op, dat het Coach4Kids in deze zaak natuurlijk vooral te doen is om een eerlijke kans op subsidie te krijgen.¹⁴⁰ Die kans wordt haar ontnomen, doordat Pier K in de cultuurnota als enige kernvoorziening aangewezen is. Deze uitspraak is daarmee een schoolvoorbeeld van 'verbestuurlijking' van de normstelling en laat goed zien dat dit voor de rechtsbescherming in het algemeen en de bescherming in dit geval van het belang van een gelijk speelveld, problematisch is.¹⁴¹ De wens van de gemeente om versnippering van subsidiegelden tegen te gaan en daartoe te kiezen voor het subsidiëren van één kernvoorziening is alleszins verdedigbaar. Daarop ziet mijns inziens ook het oordeel van de Afdeling dat het beleid van de gemeente niet onredelijk is. Door echter de keuze voor Pier K als die ene kernvoorziening neer te leggen in een beleidsregel, wordt het voor instellingen die niet als zodanig zijn aangewezen, zoals Coach4Kids, heel lastig om die keuze aan te vechten en een eerlijke kans op de enige te vergeven subsidie in rechte af te dwingen.

140 W. den Ouden, annotatie bij ABRvS 20 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO1191, AB 2011/232 (*Coach4Kids*), punt 3, en M.J. Jacobs, annotatie bij diezelfde uitspraak, JB 2011/3. Zie ook Jacobs & Den Ouden 2011, p. 55-56.

141 Zie over de verbestuurlijking van de normstelling paragraaf 5.3.1.4.

Op grond van artikel 8:3 lid 1 onder a Awb kan immers geen beroep worden ingesteld tegen een beleidsregel. Andere potentiële gegadigden voor de subsidie worden dus op voorhand buiten spel gezet. De Afdeling lijkt daar in dit geval aan voorbij te gaan. Dat er kennelijk nog vraag is naar de diensten van Coach4Kids omdat Coach4Kids geen last heeft van de concurrentie van Pier K, zoals de Afdeling overweegt, vind ik niet overtuigend. Het feit dat je nog marktaandeel hebt, betekent immers niet dat geen sprake kan zijn van een verstoring van het gelijke speelveld.¹⁴²

5.4.5 Handhavingsbeslissingen

Een laatste categorie besluiten waarover concurrenten procederen – en bovendien betrekkelijk vaak – betreft handhavingsbeslissingen.¹⁴³ Het komt voor dat een ondernemer de overheid verzoekt om handhavend op te treden jegens een concurrent. Daarbij kunnen verschillende motieven een rol spelen. In de eerste plaats kan om handhaving worden verzocht omdat een concurrent bepaalde regels overtreedt en daardoor een direct concurrentievoordeel heeft. De concurrent verstoort met andere woorden het gelijke speelveld en die verstoring kan door middel van handhaving ongedaan worden gemaakt. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer een concurrent zich niet aan de voorschriften die aan de aan hem verleende vergunning zijn verbonden houdt¹⁴⁴ of wanneer een concurrent concurrerende activiteiten verricht zonder over de daarvoor vereiste publiekrechtelijke toestemming (vergunning) te beschikken.¹⁴⁵ Daarnaast kan om handhaving worden verzocht met de enkele reden om van een concurrent verlost te worden. Denk in dit verband aan het in de literatuur genoemde voorbeeld van een kruidenier die opkomt tegen het verlenen van een bouwvergunning aan een concurrerende supermarkt op de grond dat deze strijdig is met technische bepalingen uit de bouwverordening.¹⁴⁶ In deze paragraaf staat de vraag centraal in hoeverre deze verschillende concurrentiebelangen een rol kunnen spelen bij de belangenafweging die aan de beslissing om al dan niet te handhaven ten grondslag ligt.

142 Zie ook W. den Ouden, annotatie bij ABRvS 20 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO1191, AB 2011/232 (*Coach4Kids*), punt 3.

143 In 2016 ging het om 15 van de 90 zaken (17%) en in 2015 om 3 van de 59 zaken (5%). Daarmee staan zaken over handhavingsbesluiten, samen met zaken over de verdeling van schaarse rechten, op ruime afstand van de zaken over ruimtelijke besluiten, op de gedeelde tweede plaats als het om aantallen concurrenten-procedures gaat.

144 ABRvS 19 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:942, BR 2014/90, m.nt. H.J. Breeman en R.J.G. Bäcker (*zandwinning Gasselte*).

145 ABRvS 25 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB0379.

146 De Poorter 2003, p. 62. Zie voor een al wat ouder maar soortgelijk voorbeeld uit de praktijk ABRvS 7 maart 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA8719, Gst. 2007, 59, m.nt. A.G.A. Nijmeijer (*Factory Outlet Centra*).

5.4.5.1 De beginselplicht tot handhaving

Artikel 5:4 lid 1 Awb bepaalt dat de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie slechts bestaat voor zover zij bij of krachtens wet is verleend. Hiermee wordt uitdrukking gegeven aan het legaliteitsvereiste. De bevoegdheid om handhavend op te treden bestaat slechts als die in bijzondere bestuurswetgeving is toegekend. Voorbeelden hiervan vormen artikel 125 lid 1 Gemeentewet, artikel 122 lid 1 Provinciewet, artikel 5.15 Wabo en artikel 56 Mw. Kenmerkend voor deze en andere door de wetgever aan overheden toegekende handhavingsbevoegdheden is dat de wetgever bestuursorganen steeds beleidsvrijheid geeft. Een bestuursorgaan *kan* – uiteraard uitsluitend voor zover sprake is van overtreding van een wettelijke norm – handhaven, maar lijkt daar op grond van de wettekst niet toe verplicht.¹⁴⁷ De vrijheid voor het bestuur is echter aanmerkelijk minder groot dan op het eerste gezicht lijkt. Polak merkt in dit verband op dat het bij handhaving, enerzijds gaat om aan bestuursorganen bij wet toegekende bevoegdheden ten aanzien van de toepassing waarvan een klassieke staats- en bestuursrechtelijke benadering beleidsvrijheid veronderstelt, maar, anderzijds moet worden aangenomen dat die beleidsvrijheid vanwege al evenzeer klassieke rechtsstatelijke noties zeer beperkt moet worden geacht.¹⁴⁸ Tegen deze achtergrond heeft zich in de rechtspraak een ‘beginselplicht tot handhaving’ ontwikkeld.¹⁴⁹

De beginselplicht tot handhaving, zoals wij die thans kennen, stamt uit 2004. De Afdeling oordeelde toen:

‘Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met een last onder bestuursdwang of dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik *moe-*
ten maken. Slechts onder bijzondere omstandigheden mag van het bestuursorgaan worden gevergd, dit niet te doen. Dit kan zich voordoen indien concreet zicht op legalisatie bestaat. Voorts kan handhavend optreden zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien.’¹⁵⁰ (curs. JW)

147 Zie ook Vermeer 2011, p. 59.

148 Polak 2005, p. 202.

149 Zie voor een beschrijving van deze ontwikkeling Michiels, Blomberg & Jurgens 2016, p. 186-188, Albers 2014, p. 467-487, Vermeer 2011, p. 60-61, Van Buuren, Jurgens & Michiels 2014, p. 91-95, en Bakker & Bastein 2004, p. 333-338.

150 ABRvS 30 juni 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AP4683, r.o. 2.2, *JB* 2004, 293, m.nt. C.L.G.F.H. Albers. Zie voor recentere voorbeelden ABRvS 16 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3843, r.o. 4, en ABRvS 8 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3624 r.o. 3. Zie voor een voorbeeld uit de rechtspraak van het CBb, CBb 5 november 2015, ECLI:NL:CBb:2015:369, r.o. 5.7, *Gst.* 2016/54, m.nt. W.P. Adriaanse.

Uit deze standaardoverweging volgt dat het bestuursorgaan bij de te maken belangenafweging groot gewicht moet toekennen aan het algemeen belang dat gediend is met handhaving. Handhaven is dus de regel.¹⁵¹ Het bestuur krijgt niettemin ruimte om van handhaving af te zien.¹⁵² Dit is in de eerste plaats het geval wanneer concreet zicht op legalisatie bestaat. In de tweede plaats kan worden afgezien van handhavend optreden als dit om andere redenen onevenredig is in verhouding tot de daarmee te dienen belangen, zij het dat die ruimte beperkt is. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer sprake is van een overtreding van geringe aard en ernst.¹⁵³ Maar bijvoorbeeld ook wanneer sprake is van een overtreding die niet van geringe aard of ernst is, maar waarbij de gevolgen van handhaving onevenredig zijn voor degene jegens wie wordt gehandhaafd. Een voorbeeld van dit laatste deed zich voor in een zaak waarin enigszins was afgeweken van een bouwplan. Handhaving zou betekenen dat een hele zijwand van een woning 15 centimeter zou moeten worden verplaatst.¹⁵⁴ Handhaving werd onevenredig geacht. Ook heeft de Afdeling geoordeeld dat het onevenredig is om na twaalf jaar als nog handhavend op te treden tegen destijds mondeling toegestane bouwwerken.¹⁵⁵ Hoewel er dus uitzonderingen zijn op de beginselplicht, bestaat deze plicht als zodanig nog steeds. De gedachte daarachter is volgens Kortmann dat het bestuursorgaan een alternatief heeft, namelijk legaliseren van de illegale situatie. Wil of kan het bestuursorgaan dat niet, dan is er kennelijk sprake van een situatie die de wetgever niet wenst en dan is er ook geen reden af te zien van handhavend optreden. Dat past goed bij het uitgangspunt dat concreet zicht op legalisatie een bijzondere omstandigheid kan vormen om van handhavend optreden af te zien.¹⁵⁶

De beginselplicht tot handhaving laat als zodanig de beleidsvrijheid die een bestuursorgaan heeft bij de beslissing over het al dan niet handhavend optreden ten principale onverlet,¹⁵⁷ maar beperkt – door nadruk te leggen

151 Een juistere term voor de beginselplicht tot handhaving is dan ook de ‘in de regel’-rechtspraak, aldus Polak 2005, p. 205.

152 Zie voor een bespreking van de uitzonderingen op de beginselplicht Michiels, Blomberg & Jurgens 2016, p. 197-203.

153 ABRvS 20 februari 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC4684, r.o. 2.6.3, AB 2008/150, m.nt. F.C.M.A. Michiels.

154 ABRvS 29 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3885, r.o. 6.1, AB 2015/111, m.nt. C.N.J. Kortmann. Zie ook CBb 5 september 2016, ECLI:NL:CBB:2016:275, r.o. 4, waarin handhaving niet onevenredig werd geacht.

155 ABRvS 11 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:358, r.o. 3.2, AB 2015/154, m.nt. C.N.J. Kortmann.

156 Annotatie C.N.J. Kortmann bij ABRvS 29 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3885, AB 2015/111, punt 9.

157 Aldus ook Van Buuren, Jurgens & Michiels 2014, p. 95, Vermeer 2010, p. 61, en Vermeer 2011, p. 61. Anders Albers 2004, p. 243. Volgens hem is sprake van een verplichting tot handhaving met een uitzondering voor marginale gevallen. De beperkte ruimte die overblijft om belangen af te wegen fungeert volgens hem vooral als een veiligheidsklep voor onredelijke uitkomsten.

op het algemeen belang dat gediend is met handhaving – de ruimte voor het bestuursorgaan om van handhaving af te zien wel aanzienlijk.¹⁵⁸

5.4.5.2 *De reikwijdte van de beginselplicht*

De beginselplicht geldt niet onverkort voor alle terreinen van het bestuursrecht en voor alle fases van het handhavingstraject.

Om te beginnen moet onderscheid worden gemaakt tussen het houden van toezicht en het opleggen van sancties. De hiervoor weergegeven standaardoverweging heeft alleen betrekking op het opleggen van sancties. Dat wil zeggen dat steeds wanneer een overtreding wordt geconstateerd daartegen moet worden opgetreden, behoudens de hiervoor genoemde bijzondere omstandigheden.¹⁵⁹ Belangrijk om te realiseren is dat aan het opleggen van een sanctie de constatering vooraf gaat dat een overtreding is gepleegd.¹⁶⁰ Hoewel derden, bijvoorbeeld concurrenten, de overheid kunnen wijzen op overtredingen, vormt toezicht een belangrijk middel voor de overheid om overtredingen te signaleren.¹⁶¹ De overheid kan echter nooit alle overtredingen signaleren. Daarvoor is het aantal overtredingen te groot en divers en de handhaving capaciteit van de overheid te beperkt. Gelet hierop is algemeen geaccepteerd dat de overheid prioriteiten stelt bij het houden van toezicht.¹⁶² Dit sluit een beginselplicht voor toezicht uit, in die zin dat van de overheid niet wordt verwacht dat alle overtredingen worden gesignaleerd.¹⁶³ Wel bestaat er, aldus Vermeer, een plicht tot het houden van adequaat toezicht. Dit houdt in dat de overheid op basis van een integrale afweging van relevante (risico)factoren tot een selectief toezicht dient te komen.¹⁶⁴

In de tweede plaats kan een onderscheid worden gemaakt tussen verschillende terreinen waarop de beginselplicht wordt toegepast. De beginselplicht wordt algemeen toegepast op het terrein van het omgevingsrecht en van de regelgeving van lagere overheden.¹⁶⁵ Buiten deze terreinen is de toepassing van de beginselplicht minder vanzelfsprekend, al is ook in niet omgevingsrechtelijke gevallen wel een beginselplicht aangenomen. Zo heeft het CBb ten aanzien van bepalingen uit de Wet personenvervoer 2000,¹⁶⁶ de Wet

158 Bakker & Bastein 2004, p. 336.

159 Vermeer 2011, p. 62.

160 Vermeer 2011, p. 61.

161 Michiels, Blomberg & Jurgens 2016, p. 15, wijzen er op dat ook toezicht een vorm van handhaving is, omdat toezicht er in de praktijk vaak toe leidt dat overtredingen worden voorkomen of beëindigd.

162 Vermeer 2011, p. 62.

163 Michiels, Blomberg & Jurgens 2016, p. 190, en Vermeer 2011, p. 62.

164 Vermeer 2011, p. 62-63.

165 Vermeer 2011, p. 61, en Vermeer 2015, p. 61-62.

166 Voorzieningenrechter CBb 31 oktober 2003, ECLI:NL:CBB:2003:AO1032, r.o. 5, AB 2004/56, m.nt. J.H. van der Veen.

op de kansspelen¹⁶⁷ en de Winkeltijdenwet¹⁶⁸ een beginselplicht aangenomen.¹⁶⁹ Maar ook als er geen beginselplicht wordt aangenomen moet, gezien de rechtsstatelijke verhouding tussen bestuur en wetgever het uitgangspunt zijn dat het bestuur in het geval van een overtreding van een wettelijk voorschrift overgaat tot handhaving.¹⁷⁰ Ook de rechtszekerheid speelt hierbij een rol, vooral wanneer er belangen van derden betrokken zijn. Zij mogen er immers op rekenen dat de overheid de naleving van wet- en regelgeving handhaaft. Toch kan de ruimte om belangen af te wegen soms ruimer zijn dan op grond van de beginselplicht het geval zou zijn. Hoe groot die ruimte is, hangt af van de toepasselijke regelgeving. Vermeer wijst er op dat, hoewel in de literatuur vaak is benadrukt dat de beginselplicht niet geldt voor het economische bestuursrecht als geheel, niet valt in te zien waarom dat het geval zou zijn. Volgens hem wordt het onderscheid tussen toezicht en handhaving onvoldoende onderkend. Bij het toezicht op naleving van economische regelgeving, zoals de Mw, de Wet toezicht effectenverkeer, de Wet toezicht verzekeringsbedrijf en de Tw, heeft het bevoegde bestuursorgaan de mogelijkheid om te prioriteren. Daarbij heeft het beleidsvrijheid. Als echter een overtreding wordt geconstateerd, dan geldt dat de ruimte om van handhaving af te zien vaak niet afwijkt van de ruimte die bestaat in andere delen van het bestuursrecht.¹⁷¹ Handhaving is dus vaak de regel en gedogen de (hoge) uitzondering.

In de laatste plaats kan een onderscheid worden gemaakt naar verschillende type sancties. Algemeen is aanvaard dat de beginselplicht een *herstelsanctie*-plicht behelst.¹⁷² In het bijzonder gaat het daarbij om de verplichting om bij overtreding bestuursdwang toe te passen of een last onder dwangsom op te leggen. De beginselplicht geldt blijkens de rechtspraak niet voor bestraffende sancties, waaronder de bestuurlijke boete.¹⁷³ Dit houdt volgens Vermeer verband met het strafkarakter en met het daarmee samenhangende opportuniteitsbeginsel alsmede met het feit dat belangen van derden doorgaans een ondergeschikte rol spelen.¹⁷⁴ Dit laatste volg ik niet. Zoals Michiels e.a. mijns inziens terecht opmerken kunnen derden wel degelijk belang hebben bij beboeting van een ander, zoals – en dat is met name in het licht van dit onderzoek interessant – een concurrent.¹⁷⁵ Volgens Michiels e.a. valt in het

167 CBb 1 november 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BB7208.

168 CBb 5 november 2015, ECLI:NL:CBB:2015:369, r.o. 5.7, *Gst.* 2016/54, m.nt. W.P. Adriaanse.

169 De eerste twee voorbeelden zijn ontleend aan Vermeer 2011, p. 65-66.

170 Aldus ook C.N.J. Kortmann, annotatie bij ABRvS 29 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3885, AB 2015/111, punt 9. Ook Vermeer 2011, p. 65, beklemtoont dat wetgeving zoveel mogelijk moet worden gehandhaafd.

171 Vermeer 2011, p. 67-71.

172 Michiels, Blomberg & Jurgens 2016, p. 190, Vermeer 2011, p. 60, en Vermeer 2010, p. 61.

173 Michiels, Blomberg & Jurgens 2016, p. 191, Vermeer 2011, p. 72-74, en Vermeer 2010, p. 70-72.

174 Vermeer 2011, p. 72-74, en Vermeer 2010, p. 70-72.

175 Michiels, Blomberg & Jurgens 2016, p. 191.

geval dat de enige bestuurlijke sanctie die kan worden opgelegd een boete is dan ook niet goed vol te houden dat er in het geheel geen verplichting bestaat om die sanctie op te leggen. Er wordt dan immers onvoldoende recht gedaan aan de gedachte dat op een schending van het recht handhaving hoort te volgen, tenzij daar zwaarder wegende belangen tegenover staan.¹⁷⁶

De slotsom is dat de beginselplicht primair geldt voor herstelsancties in het omgevingsrecht, maar dat de rechtsstatelijke verhoudingen tussen bestuur en wetgever en de rechtszekerheid, vooral wanneer er belangen van derden zijn betrokken, maken dat ook op andere terreinen als uitgangspunt geldt dat op een overtreding handhaving moet volgen. Uit de aard van de handhavingsbevoegdheid volgt dan ook bijna automatisch dat de ruimte om belangen af te wegen beperkt is.

5.4.5.3 *Belangenafweging*

Interessant is vervolgens de vraag welke belangen moeten worden betrokken bij de belangenafweging die aan een handhavingsbesluit ten grondslag ligt en welk gewicht aan die belangen toegekend moet worden. Zoals gezegd mag een bestuursorgaan op grond van het specialiteitsbeginsel een aan hem toegekende bevoegdheid alleen uitoefenen ter behartiging van specifieke door de wetgever bepaalde publieke belangen. In het geval van handhaving betekent dit dat het bestuursorgaan in elk geval de belangen moet betrekken die het te handhaven wettelijk voorschrift beoogt te beschermen.¹⁷⁷ Maar ook andere publieke belangen moeten worden betrokken. In dit verband kan worden gewezen op een zaak waarin een ondernemer gedeputeerde staten van Overijssel verzocht om handhaving van de Wet milieubeheer jegens een concurrent.¹⁷⁸ De Afdeling oordeelde dat niet is uitgesloten dat het bevoegd gezag in het kader van een beslissing inzake handhaving van de Wet milieubeheer belangen bij zijn afweging betreft die bij de beslissing op de aanvraag om een vergunning geen doorslaggevende rol mogen spelen. In dit geval had het college van gedeputeerde staten bij de afwijzing van een verzoek om handhaving een rol laten spelen dat de verwachting was gewekt dat de illegale situatie zou worden gelegaliseerd. Tot slot moeten ook de belangen van eventuele derden – waaronder de belangen van concurrenten – bij de belangenafweging worden betrokken. Ingevolge artikel 3:4 lid 1 Awb moet het bestuursorgaan immers de rechtstreeks bij een besluit betrokken belangen afwegen. Daarbij geldt echter wel de beperking dat deze belangen te herleiden moeten zijn tot het door de wet beschermde belang. Het gaat daarbij om het belang dat wordt beschermd door de wet die

176 Michiels, Blomberg & Jurgens 2016, p. 191-192.

177 Bastein & Bakker 2004, p. 334. Zie voor een voorbeeld ABRvS 7 juli 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AP8363, r.o. 2.6.

178 ABRvS 10 april 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE1254, r.o. 2.3.3, AB 2003, 98, m.nt. A.A.J. de Gier.

wordt gehandhaafd. Dit betekent dat als het bijvoorbeeld gaat om handhaving van mededingingsregels concurrentiebelangen moeten worden betrokken in de belangenafweging nu de mededingingsregels bij uitstek tot doel hebben concurrentiebelangen (het belang bij een gelijk speelveld) te beschermen. Anders is het als het gaat om (een verzoek om) handhaving van bijvoorbeeld de voorschriften uit een bestemmingsplan of bepalingen uit de Wro. Deze normen strekken immers uitdrukkelijk niet ter bescherming van concurrentiebelangen. Dit betekent dan ook dat in dat geval concurrentiebelangen geen zelfstandige rol spelen bij de beoordeling van een handhavingsverzoek.

Is eenmaal vastgesteld welke belangen bij de aan een handhavingsbesluit ten grondslag liggende belangenafweging moeten worden betrokken, dan moet het gewicht van die belangen worden bepaald. Op grond van artikel 3:4 lid 2 Awb geldt daarbij als uitgangspunt dat de voor een of meer belanghebbende nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. Het bestuursorgaan moet dus streven naar een zo goed mogelijk evenwicht tussen publieke en private belangen. In het geval van handhaving gaat het om afweging van het zwaarwegende algemeen belang en eventueel het belang van derden bij beëindiging van de illegale situatie dat moet worden afgewogen tegen het private belang van de overtreder. Op grond van de beginselplicht moet hierbij veel gewicht worden toegekend aan het algemeen belang dat is gediend met handhaving. Dit betekent dat de ruimte voor een bestuursorgaan om van handhaving af te zien beperkt is.¹⁷⁹ Het betekent ook dat handhavingsverzoeken van derden in de meeste gevallen moeten worden gehonoreerd, zelfs als de betrokken belangen van die derden geen belangen zijn die bij een vergunningaanvraag een rol kunnen spelen. Het beschermingsbereik van de norm waarvan om handhaving wordt verzocht heeft dus – anders dan in beroep, waar het relativiteitsvereiste van toepassing is¹⁸⁰ – nog slechts marginale betekenis. Bastein en Bakker schrijven in dat verband dat de beginselplicht met zich brengt dat het specialiteitsbeginsel er waarschijnlijk niet aan in de weg staat dat alle aangevoerde belangen – waaronder dus ook concurrentiebelangen – worden meegewogen, zelfs als deze belangen geen enkele relatie vertonen met het belang dat de concrete norm die moet worden gehandhaafd beoogt te beschermen.¹⁸¹ Gezegd zou dan ook kunnen worden dat het algemeen belang van normhandhaving zo groot is dat het vrijwel steeds alle andere belangen overstemt.

De slotsom is dat, hoewel concurrentiebelangen geen zelfstandige rol kunnen spelen bij de door het bestuursorgaan te maken belangenafweging in het kader van een handhavingsverzoek wegens overtreding van een wet-

179 CBb 5 september 2016, ECLI:NL:CBB:2016:275, r.o. 4.

180 Zie verder paragraaf 6.3.2.

181 Bastein & Bakker 2005, p. 337, en Rogier 2005, p. 166.

telijke norm, dit belang in veel gevallen meelift op het algemeen belang dat gediend is met handhaving.

5.4.6 Tussenconclusie

De slotsom is dat de mate waarin concurrentiebelangen op grond van de toepasselijke regelgeving een rol kunnen spelen in de besluitvorming en op die manier worden behartigd en dus beschermd op een schaal is weer te geven. Aan het ene uiterste van de schaal staan ruimtelijke besluiten. De wet- en regelgeving die daarop van toepassing is, is zuiver nationaalrechtelijk en strekt op geen enkele manier tot de behartiging van het belang van een gelijk speelveld. De bescherming van concurrentiebelangen is bij ruimtelijke besluiten dus minimaal, zo blijkt uit de rechtspraak. Alleen wanneer het gaat om handhaving van ruimtelijke voorschriften kunnen concurrentiebelangen meeliften met het algemeen belang dat met handhaving is gediend en worden concurrentiebelangen dus wel beschermd. Aan het andere uiterste van de schaal bevinden zich besluiten die hun grondslag vinden in bestuursrechtelijke regelgeving waarin Unierecht is geïmplementeerd, zoals bijvoorbeeld de Geneesmiddelenwet. Omdat het belang van eerlijke en vrije concurrentie een centrale plaats inneemt in het Unierecht, wordt dat belang met de implementatie van het Unierecht ook onderdeel van het nationale afwegingskader en moet met dat belang rekening worden gehouden in de besluitvorming. Tussen deze twee uitersten zit een groot gebied waarbij concurrentiebelangen soms wel, zoals bij handhavingsbesluiten, maar in veel gevallen niet een rol kunnen spelen in de besluitvorming en de toetsing daarvan. Dit laatste komt doordat de Nederlandse wetgever bij het tot stand brengen van veel bestuursrechtelijke regelgeving weinig oog heeft gehad voor de bescherming van het belang van een gelijk speelveld. Slechts af en toe neemt de Nederlandse wetgever, daartoe niet gedwongen door Unierechtelijke regelgeving, uit eigen beweging het initiatief om het belang van een gelijk speelveld een plaats te geven in de bijzondere bestuursrechtelijke regelgeving. Een voorbeeld daarvan vormt de Drank- en horecawet.

Dat het belang van een gelijk speelveld maar een bescheiden rol kan spelen bij het nemen van besluiten en de toetsing daarvan is overigens lang niet altijd problematisch. Dat is bijvoorbeeld niet het geval wanneer een besluit alleen leidt tot een toename van de concurrentie, zoals het geval is bij veel ruimtelijke besluiten. Zoals gezegd is concurrentie als zodanig geen verschijnsel dat bestreden hoeft te worden. Een ondernemer die te maken krijgt met een toename van concurrentie moet op de markt de strijd aanbinden met nieuwe concurrenten. Problemen ontstaan op het moment dat een besluit niet (alleen) leidt tot een vergroting van het speelveld, maar (ook) tot een verstoring van het speelveld, bijvoorbeeld omdat slechts bepaalde ondernemers tot de markt worden toegelaten en andere niet, of omdat de voorwaarden die aan verschillende vergunningen of ontheffingen worden verbonden – met betrekking tot bijvoorbeeld openingstijden of kwaliteits- of veiligheidseisen – van elkaar verschillen. Het belang van eerlijke concur-

rentie komt dan op de tocht te staan als dat belang niet op de een of andere manier toch een rol kan spelen in de besluitvorming. Door het verbinden van voorschriften en beperkingen aan een besluit kunnen soms de concurrentieverstorende gevolgen van een besluit worden verzacht. Ze worden evenwel niet altijd weggenomen, omdat die voorwaarden het besluit als zodanig niet ongedaan maken. Zo kunnen bijvoorbeeld aan de verlening van een ontheffing voor zondagsopening voorschriften worden verbonden ten aanzien van het assortiment dat mag worden verkocht en de precieze openingstijden, maar dat laat onverlet dat de ene ondernemer wel op zondag open mag zijn en de andere niet. Dit leidt tot de vraag in hoeverre wellicht langs andere weg in verdergaande mate met het belang van een gelijk speelveld rekening kan worden gehouden. Daarom komt hierna de vraag aan de orde in hoeverre buiten het doelgebonden afwegingskader om op grond van rechtsbeginselen (paragraaf 5.5) of het Unierecht en het EVRM (paragraaf 5.6) rekening moet worden gehouden met het belang van een gelijk speelveld bij het nemen en toetsen van besluiten.

5.5 BESCHERMING VAN CONCURRENTIEBELANGEN OP GROND VAN RECHTSBEGINSELEN

In de vorige paragraaf stond de vraag centraal in hoeverre het doelgebonden karakter van bestuursbevoegdheden het mogelijk maakt of er juist aan in de weg staat dat concurrentiebelangen een rol spelen bij het nemen van besluiten en de toetsing daarvan door de bestuursrechter. Gebleken is dat, wanneer de wetgever bij het toekennen van een bevoegdheid niet heeft bedoeld die belangen (mede) te behartigen, die belangen doorgaans niet kunnen worden betrokken bij de beslissing om al dan niet van een bevoegdheid gebruik te maken. Hooguit kunnen zij een rol spelen bij de beslissing om aan een besluit voorwaarden of beperkingen te verbinden om de gevolgen van het besluit voor derden te verzachten. Bestuursorganen zijn bij de uitoefening van hun bevoegdheden echter niet alleen gebonden aan de wet- en regelgeving, maar ook aan algemene rechtsbeginselen. Dit betekent ook dat de bestuursrechter niet alleen naar het beschermingsbereik van de wet- en regelgeving moet kijken, maar moet 'doorpakken' naar het niveau van de rechtsbeginselen en in een voorkomend geval ook naar het niveau van het Unierecht en het EVRM.¹⁸² Het Unierecht en het EVRM komen aan de orde in paragraaf 5.6. In deze paragraaf komt de vraag aan bod of rechtsbeginselen het bestuur ertoe kunnen nopen om belangen – in het bijzonder concurrentiebelangen – die buiten het van toepassing zijnde doelgebonden afwegingskader vallen toch bij de besluitvorming te betrekken.

182 Aldus ook Schlössels 2007, p. 247.

5.5.1 Formele en materiële rechtsbeginselen

Het handelen van bestuursorganen wordt onder meer genormeerd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Voor een deel zijn deze beginselen gecodificeerd in de Awb. Voor zover dat niet het geval is, gelden deze beginselen naast de Awb.¹⁸³ De beginselen worden in de literatuur verdeeld in formele en materiële beginselen.¹⁸⁴ Formele beginselen betreffen het proces van de besluitvorming, terwijl materiële beginselen de inhoud (het rechtsgevolg) van het besluit betreffen.

Als formele beginselen van behoorlijk bestuur worden in de literatuur de volgende beginselen onderscheiden: de formele zorgvuldigheid, het verdedigingsbeginsel, het fair-playbeginsel, het verbod van *détournement de procédure*, het gebod van een draagkrachtige en kenbare motivering en de formele rechtszekerheid.¹⁸⁵ Als materiële beginselen worden de volgende beginselen onderscheiden: het materiële rechtszekerheids- of vertrouwensbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het gebod om een belangenafweging te maken (specialiteitsbeginsel), het verbod van *détournement de pouvoir*, de materiële zorgvuldigheid en het evenredigheidsbeginsel.¹⁸⁶ Tot slot worden enkele meer algemene beginselen voor bestuurshandelen onderscheiden: het verbod van vooringenomenheid en het transparantiebeginsel.¹⁸⁷

Bij beantwoording van de vraag in hoeverre één of meer van de hiervoor opgesomde rechtsbeginselen ertoe kunnen nopen dat een bestuursorgaan bij het nemen van een besluit rekening houdt met het belang van een gelijk speelveld valt een aantal beginselen op voorhand af. In de eerste plaats geldt voor formele beginselen van behoorlijk bestuur dat deze geen betrekking hebben op de inhoud van besluiten, maar op de procedurele aspecten daarvan. Van formele gebreken die aan besluiten kleven wordt algemeen aangenomen dat ze kunnen worden hersteld, zonder dat dit consequenties hoeft te hebben voor de inhoud van het besluit. Een inhoudelijk gebrek noopt evenwel tot het nemen van een ander besluit.¹⁸⁸ Omdat het wel of niet betrekken van bepaalde belangen bij de totstandkoming van een besluit van invloed is op de inhoud van dat besluit betekent het vorenstaande dat formele begin-

183 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 268, en Addink 1999, p. 14-18.

184 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 268, en Schlössels e.a. 2004, p. 24

185 Zie voor een opsomming Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 269-270.

186 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 296-297, kwalificeren dit als een formeel rechtsbeginsel. Hoewel de eis van een belangenafweging op zichzelf een formele eis is, gaat het bij toepassing van het specialiteitsvereiste toch vooral om de vraag welke belangen in de besluitvorming kunnen worden betrokken. Dit maakt dat toch vooral sprake is van een materiaal beginsel. Ook Widdershoven schaaft dit beginsel onder de materiële beginselen, concl. R.J.G.M. Widdershoven 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421 (*speel-automatenhal Vlaardingen*), punt 4.8.

187 R.J.N. Schlössels, annotatie bij ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:732, JB 2016/88, punt 10.

188 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 268.

selen van behoorlijk bestuur een bestuursorgaan er niet toe kunnen nopen om belangen die buiten het doelgebonden afwegingskader vallen bij de besluitvorming te betrekken.

Ook voor sommige materiële beginselen geldt dat deze niet van invloed kunnen zijn op de vraag welke belangen die geen plaats hebben gekregen in het doelgebonden afwegingskader bij de besluitvorming moeten worden betrokken. Dit geldt in ieder geval voor de verplichting voor het bestuur om een belangenafweging te maken (artikel 3:4 lid 1 Awb) en het verbod van *détournement de pouvoir* (artikel 3:3 Awb). Voor deze beginselen geldt dat zij dusdanig verknoopt zijn met het specialiteitsbeginsel, dat zij niet tot een ander antwoord zullen leiden op de vraag welke belangen een rol kunnen spelen in de besluitvorming. Ook niet zo relevant is het vertrouwensbeginsel, omdat het vooral verband houdt met het gedrag van bestuursorganen en niet zozeer met de effecten van een besluit. Het kan er dus wel toe leiden dat met bepaalde belangen rekening wordt gehouden, maar dat is dan niet het gevolg van de aard van de belangen. Wat overblijft als grondslag voor het betrekken van 'vreemde' belangen in de besluitvorming zijn dan dus het evenredigheidsbeginsel, het materiële zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel. Dit laatste beginsel heeft een formele en een materiële variant.¹⁸⁹ Het formele gelijkheidsbeginsel houdt in dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld. Het gaat daarbij om een negatieve verplichting om geen ongerechtvaardigd onderscheid te maken. Een materiële gelijkheidsbenadering houdt daarnaast in dat ook ongelijke gevallen ongelijk worden behandeld naar de mate van hun ongelijkheid. Dit betreft een positieve verplichting om recht te doen aan verschillen tussen particulieren. Het gaat daarbij om het gelijk trekken van ongelijke uitgangsposities.

Omdat de aanvullende werking van rechtsbeginselen het duidelijkst naar voren komt bij de verdeling van schaarse publieke rechten, wordt hierna eerst aandacht besteedt aan dit specifieke deelterrein van het bestuursrecht (paragraaf 5.5.2). Daarna komt de vraag aan de orde in hoeverre bij andere besluiten eveneens op grond van rechtsbeginselen het belang van eerlijke concurrentie een rol kan spelen in de besluitvorming (paragraaf 5.5.3).

5.5.2 De aanvullende werking van rechtsbeginselen bij de verdeling van schaarse publieke rechten

Een terrein waarop rechtsbeginselen een belangrijke rol vervullen als het gaat om de bescherming van concurrentiebelangen betreft de verdeling van schaarse publieke rechten. In dit verband moet in de eerste plaats worden gewezen op een onderzoek van Van Ommeren uit 2011. Na bestudering van de rechtspraak van het CBb en de Afdeling concludeert hij dat zich een norm ontwikkelt die het bestuur verplicht om bij de verdeling van schaarse

189 Zie over dit onderscheid Gerards 2002, p. 12-16.

publieke rechten mededingingsruimte te creëren.¹⁹⁰ Nadien hebben ook andere auteurs zich met het onderwerp beziggehouden.¹⁹¹ De verplichting om ruimte voor mededinging te creëren is ook na 2011 regelmatig toegepast in de rechtspraak van de Afdeling en het CBb,¹⁹² met als – voorlopig – hoogtepunt de conclusie van advocaat-generaal Widdershoven¹⁹³ en de daarop volgende uitspraak van de Afdeling van 2 november 2016.¹⁹⁴ De hier genoemde norm en de rechtspraak en literatuur waarin daaraan aandacht wordt besteed, komen beknopt aan de orde in deze paragraaf.

5.5.2.1 *De verplichting om mededingingsruimte te creëren*

De laatste jaren is in de literatuur en rechtspraak meerdere keren de vraag aan de orde gekomen of er naar Nederlands recht een rechtsnorm bestaat op grond waarvan bestuursorganen bij de verdeling van schaarse publieke rechten aan potentiële gegadigden ruimte moeten bieden om voor het toe te delen recht in aanmerking te komen. Deze literatuur en rechtspraak is in de reeds genoemde conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 25 mei 2016 op zeer overzichtelijke en complete wijze in kaart gebracht en uitvoerig besproken. Gelet op deze conclusie wordt op deze plaats slechts in hoofdlijnen ingegaan op de vraag naar bedoelde rechtsnorm.

De rechtspraak van het CBb

Inmiddels klassiek is de zaak *Swiss Leisure Group*.¹⁹⁵ In die zaak ging het er om dat de gemeente Den Haag de gemeentelijke kansspelverordening had gewijzigd, waardoor naast de twee reeds verleende vergunningen een derde vergunning kon worden verleend voor een speelautomatenhal in de binnenstad. Het maximum aantal in de gemeente als geheel uit te geven vergunningen bleef echter ongewijzigd (acht), waardoor de extra vergunning die voor de binnenstad kon worden vergeven pas kon worden verleend, als elders in de gemeente een vergunning zou worden ingetrokken. Dit laatste gebeurde. Hommerson's beschikte over een vergunning in Scheveningen, maar liet die intrekken om vervolgens in aanmerking te komen voor de extra vergunning voor de binnenstad. Deze uitruil leidde ertoe dat andere gegadigden voor de extra vergunning voor de binnenstad, niet konden meedingen naar die vergunning. *Swiss Leisure Group*, een concurrent van Hommerson's, maakte

190 Van Ommeren 2011, p. 235-265.

191 Drahmman 2015 en Wolswinkel 2013.

192 Zie voor een selectie van de rechtspraak concl. R.J.G.M. Widdershoven 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421 (*speelautomatenhal Vlaardingen*), paragraaf 4.

193 Concl. R.J.G.M. Widdershoven 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421 (*speelautomatenhal Vlaardingen*).

194 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Speelautomatenhal Vlaardingen*).

195 CBb 3 juni 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BI6466, AB 2009, 373, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Swiss Leisure Group*). Deze zaak is ook bekend onder de naam *Hommerson's*. Zie voor een uitvoerige bespreking van deze zaak Van Ommeren 2016.

bezwaar. Het CBb vernietigde het besluit tot vergunningverlening aan Hommerson's en overwoog in dat verband:

'Het zorgvuldigheidsbeginsel vergt in een geval als het onderhavige – dat er door wordt gekenmerkt dat de mogelijkheid wordt gecreëerd van een vergunning voor een derde speelautomatenhal in het centrum, maar er geen ruimte bestaat voor het verstrekken van een vergunning zolang niet een reeds verleende vergunning komt te vervallen dan wel wordt ingetrokken – dat op het moment dat er ruimte ontstaat een vergunning te verlenen, andere ondernemers in beginsel de mogelijkheid wordt geboden *mee te dingen* naar deze schaarse vergunning.

Verweerder heeft, door in het onderhavige geval de vergunning voor de derde speelautomatenhal in het centrum van Den Haag te verlenen onder gelijktijdige intrekking van de vergunning voor de Strandweg in Scheveningen, een situatie in het leven geroepen waarin derden niet van te voren op de hoogte konden worden gebracht van het feit dat een vergunning was vrijgekomen en het maximum van acht vergunningen niet langer was bereikt. Het onder deze omstandigheden verlenen van een vergunning aan Hommerson's voldoet dus in beginsel niet aan *de eisen die op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel kunnen worden gesteld aan de besluitvorming*. Dit zou anders zijn, indien voor verweerder bij voorbaat vaststond dat alleen de litigieuze locatie op de Spuimarkt, waarover Hommerson's gerechtigd is te beschikken, aan de wettelijke voorschriften voldeed, en elke andere aanvraag voor een derde halvergunning in het centrum zou moeten worden afgewezen. Uit het bestreden besluit noch overigens is duidelijk geworden of dit ten tijde van belang het geval was. De enkele ter zitting betrokken stelling van Hommerson's dat alleen haar aanvraag aan de geldende criteria voldeed, acht het College onvoldoende. Het College is dan ook van oordeel dat het bestreden besluit een deugdelijke motivering mist.¹⁹⁶ (curs. JW)

In deze uitspraak formuleert het CBb de norm dat wanneer het gaat om de verdeling van een schaars publiek recht het bestuursorgaan verplicht is om andere gegadigden de mogelijkheid te bieden mee te dingen naar dat schaarse recht. Deze verplichting baseert het CBb op het zorgvuldigheidsbeginsel.¹⁹⁷ Op grond van dit beginsel had het college derden op de hoogte moeten brengen van het vrijkomen van de vergunning.¹⁹⁸ Een soortgelijke verplichting om mededingsruimte te creëren heeft het CBb – zij het vaak wat minder expliciet – aangenomen in andere zaken waarin het ging om de verdeling van schaarse kansspelvergunningen.¹⁹⁹

196 CBb 3 juni 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BI6466, r.o. 6.3.5.

197 Overigens wijzen Van Ommeren 2011, p. 242, en Widdershoven (concl. R.J.G.M. Widdershoven 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421 (*speelautomatenhal Vlaardingen*), punt 4.3, m.n. noot 58) er terecht op dat het opvalt dat het CBb het besluit vervolgens niet vernietigt wegens strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel maar wegens strijd met het motiveringsbeginsel (artikel 7:12 Awb). De verklaring die zij hiervoor geven is dat het CBb vermoedelijk de mogelijkheid open heeft willen houden dat de burgemeester alsnog met en sluitende onderbouwing komt om geen mededinging te hebben hoeven organiseren.

198 Heijnsbroek 2013, p. 381.

199 CBb 28 april 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BM4375, r.o. 6.3-6.4, AB 2010/186, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Pierik & Meson*), en CBb 19 december 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BC2460, r.o. 5.4, JB 2008, 67 (*Lanaut*).

Ook in zaken waarin het ging om de verlening van schaarse ontheffingen voor zondagavondwinkels heeft het CBb een verplichting aangenomen om andere gegadigden de mogelijkheid te bieden om mee te dingen naar dat recht. In de zaak *zondagavondwinkel Wassenaar* werd aan een ondernemer ontheffing verleend om vooralsnog voor onbepaalde tijd haar supermarkt in Wassenaar op zondag tussen 16.00 en 21.00 uur geopend te hebben.²⁰⁰ Het verzoek van een concurrent om eenzelfde ontheffing voor haar supermarkt in Wassenaar werd afgewezen. Het CBb oordeelde als volgt:

'Volgens vaste jurisprudentie van het College dienen aan de besluitvorming met betrekking tot de toekenning van een schaarse ontheffing zoals hier in geding onder meer uit het oogpunt van rechtszekerheid zware eisen te worden gesteld. Naar het oordeel van het College betekent dit dat in het geval van een schaarse ontheffing andere gegadigden – waarvan bekend is dat zij interesse hebben in de beschikbare ontheffing omdat zij ook een aanvraag hebben ingediend – in beginsel *de gelegenheid moet worden geboden om mee te dingen naar de ontheffing*. Door de ontheffing voor onbepaalde tijd aan E te verlenen hebben verweerders de belangen van B om in de toekomst mee te kunnen dingen naar de ontheffing miskend. De ontheffingverlening voor onbepaalde tijd sluit immers uit dat C in de toekomst alsnog een ontheffing kan krijgen. Voor zover bij het bestreden besluit de ontheffingverlening aan E voor onbepaalde tijd is gehandhaafd, hebben verweerders gehandeld in strijd met de in artikel 3:4 van de Algemene wet bestuursrecht neergelegde *zorgvuldigheidsnorm*.'²⁰¹ (curs. JW)

Ook hier wordt dus weer een verplichting aangenomen om andere gegadigden in de gelegenheid te stellen om mee te dingen naar het te verdelen schaarse publieke recht. Opmerkelijk is overigens wel de verhouding tussen deze uitspraak en de in paragraaf 5.4.3.3 besproken uitspraak van het CBb van 17 juli 2013 over een zondagavondwinkel in Nieuwegein, waarin het ging om de omzetting van een ontheffing met een onbeperkte looptijd in een ontheffing met een beperkte looptijd.²⁰² Het college van burgemeester en wethouders van Nieuwegein had daartoe besloten om ook andere winkeliers de kans te geven om op enig moment voor een ontheffing in aanmerking te komen. Het CBb oordeelde in die zaak echter dat het belang van de bevordering van de concurrentieverhoudingen het besluit niet kon dragen, nu dat belang geen verband houdt met het belang ter bescherming waarvan de ontheffing is vereist. In de hierboven besproken uitspraak van 15 mei 2012 oordeelde het CBb echter dat de verlening van een schaarse ontheffing voor onbepaalde tijd in strijd is met het zorgvuldigheidsbeginsel. Er zit een zekere spanning tussen beide uitspraken. Als een bestuursorgaan bij de initiële verlening van een ontheffing daaraan een onbeperkte looptijd verbindt,

200 CBb 15 mei 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW6630, r.o. 2.5, AB 2012/372, m.nt. C.J. Wolswinkel (*zondagavondwinkel Wassenaar*). Zie ook CBb 6 september 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY0528, r.o. 2.5 (*zondagavondwinkel Heemstede*), en CBb 24 augustus 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6540, r.o. 2.5, AB 2012/373, m.nt. C.J. Wolswinkel (*zondagavondwinkel Castricum*).

201 CBb 15 mei 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW6630, r.o. 2.5.

202 CBb 17 juli 2013, ECLI:NL:CBB:2013:78, AB 2013/294, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Zondagavondwinkel Nieuwegein*).

dan is dat in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel, terwijl als het bestuursorgaan een lopende ontheffing die voor onbepaalde tijd is verleend met het oog op het creëren van eerlijke kansen voor concurrenten wijzigt, dat in strijd wordt geacht met het specialiteitsbeginsel. Dit laat zich moeilijk met elkaar rijmen. Belangen die bij de verlening van een schaarse ontheffing via de band van de rechtsbeginselen een rol kunnen spelen, kunnen dat bij wijziging van de looptijd van een reeds verleende vergunning niet. Dit bevestigt dat de norm dat bestuursorganen bij de verlening van schaarse rechten mededingingsruimte moeten creëren teneinde concurrenten gelijke kansen te geven slechts bij de *verdeling* van schaarse publieke rechten geldt, en niet daarbuiten. Ik acht dit niet bevredigend, omdat de wijziging van de looptijd die aan de orde was in de Nieuwegeinse zaak in wezen niets anders is dan onderdeel van de herverdeling van een schaars publiek recht. Ook daarbij zou het bieden van gelijke kansen een rol moeten kunnen spelen.

De rechtspraak van de Afdeling

Ook de Afdeling heeft zich inmiddels enkele keren uitgelaten over de verdeling van schaarse publieke rechten. Gewezen kan bijvoorbeeld worden op de zaak *Schindler* waarin het ging om een door een Duitse ondernemer aangevraagde vergunning voor het organiseren van een zelfstandige loterij in Nederland.²⁰³ De aanvraag werd afgewezen, omdat op grond van het restrictieve kansspelbeleid geen vergunningen voor nieuwe loterijen konden worden afgegeven. Er waren op dat moment drie loterijen die over een vergunning beschikten. Deze vergunningen kregen door verlenging *de facto* een permanent karakter. Schindler voerde tegen de afwijzing van zijn aanvraag aan dat dit een ongeoorloofde beperking opleverde van het vrij verkeer van diensten. De Afdeling oordeelde dat de door de minister genoemde rechtvaardiging voor het door hem gevoerde restrictieve beleid, te weten het reguleren en beheersen van kansspelen, met als doel het beschermen van de consument, het tegengaan van illegaliteit en criminaliteit alsmede het tegengaan van kansspelverslaving, kan worden aangemerkt als dwingende redenen van algemeen belang in de zin van de rechtspraak van het Hof van Justitie. Nu voorts geen sprake was van discriminatie naar nationaliteit diende de vraag te worden beantwoord of het beleid voldeed aan de eisen van geschiktheid en proportionaliteit. De Afdeling oordeelde dat niet aanneemelijk was gemaakt dat het uitsluiten van een enkele extra aanbieder naast de drie reeds toegelaten loterijen geschikt en proportioneel zou zijn om de greep op de markt niet te verliezen. Daarbij werd onder meer in aanmerking genomen dat er enige vorm van aanbesteding moest plaatsvinden, 'waarbij elke potentiële aanbieder op dezelfde voorwaarden naar het verkrijgen

203 ABRvS 18 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA9831, r.o. 2.5.1-2.5.9, AB 2007, 302, m.nt. J.H. Jans (*Schindler*).

[van de vergunning] kan *meedingen*' (curs. JW).²⁰⁴ Ook de Afdeling oordeelt dus dat als het gaat om de verlening van een schaarse vergunning op het bestuursorgaan de plicht rust om elke potentiële gegadigde in de gelegenheid te stellen voor die vergunning in aanmerking te komen. Deze verplichting werd in dit geval gebaseerd op het Europese *proportionaliteitsbeginsel*, ook wel aangeduid als het evenredigheidsbeginsel. De Afdeling heeft een vergelijkbare plicht om mededingingsruimte te creëren aangenomen in een zaak waarin het ging om de verlening van een schaarse kramenzetvergunning²⁰⁵ en in een zaak waarin het ging om de verlening van een vergunning voor het exploiteren van een speelautomatenhal.²⁰⁶ Opmerkelijk is dat de Afdeling in deze laatste zaak naast het zorgvuldigheidsbeginsel ook het gelijkheidsbeginsel noemt als maatstaf bij de verdeling van de schaarse vergunning. Wolswinkel stelt in zijn noot onder die uitspraak dan ook terecht de vraag of de Afdeling hier een voorschot neemt op de beslissing in de zaak *Speelautomatenhal Vlaardingen* waarin een conclusie is gevraagd aan staatsraad advocaat-generaal Widdershoven.

In de zaak *Speelautomatenhal Vlaardingen* ging het om verlening van een exploitatievergunning ten behoeve van een speelautomatenhal en een aanwezigheidsvergunning voor 200 speelautomaten in deze speelautomatenhal.²⁰⁷ In de kansspelverordening van de gemeente Vlaardingen was bepaald dat voor slechts één speelautomatenhal een exploitatievergunning verleend kon worden. Bovendien kon de vergunning slechts worden verleend voor een speelautomatenhal, gevestigd in het gebied, dat het Veerplein en een aangrenzend blok bebouwing omvat. Twee ondernemers dienden een aanvraag in voor een exploitatievergunning voor een speelautomatenhal aan het Veerplein 132-134 te Vlaardingen. Hommerson, dat inmiddels een huurovereenkomst had gesloten voor het pand, kreeg de gevraagde vergunning. De aanvraag van appellante werd afgewezen omdat zij niet kon aantonen dat zij het recht had om over de ruimte aan het Veerplein 132-134 te beschikken en de vergunning bovendien al was verleend aan Hommerson. Appellante kwam op tegen zowel de verlening van de vergunningen aan Hommerson als de afwijzing van haar eigen aanvraag. Zij voerde – kort

204 In zijn noot onder deze uitspraak stelt Jans de vraag of de verplichting tot (enige vorm van) aanbesteding wel kan worden afgeleid uit het vereiste van geschiktheid en proportionaliteit. Volgens hem volgt dit niet uit de rechtspraak van het Hof van Justitie, in het bijzonder HvJ EG 6 november 2003, C-243/01, ECLI:EU:C:2003:597 (*Gambelli*), en HvJ EG 6 maart 2007, C-338/04, C-359/04 en C-360/04, ECLI:EU:C:2007:133 (*Placanica*).

205 ABRvS 6 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW7592, AB 2013/73, m.nt. C.J. Wolswinkel (*kramenzetters Albert Cuypmarkt*).

206 ABRvS 9 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:661, r.o. 5, AB 2016/324, m.nt. C.J. Wolswinkel (*JVH*).

207 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Speelautomatenhal Vlaardingen*). Zie over deze uitspraak in het bredere perspectief van de verdeling van schaarse vergunningen Wolswinkel 2017.

gezegd – aan dat zij geen eerlijke kans had gekregen om voor de gevraagde vergunningen in aanmerking te komen. Gelet op dit betoog zag de Afdeling zich gesteld voor de vraag of er naar nationaal recht een rechtsnorm is die ertoe strekt dat bij verlening van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze reële ruimte moet worden geboden voor (potentiële) gegadigden om naar de beschikbare vergunning mee te dingen. Die vraag is voorgelegd aan staatsraad advocaat-generaal Widdershoven. Op 25 mei 2016 heeft hij geconcludeerd dat een dergelijke norm bestaat.²⁰⁸ De Afdeling deelt vervolgens die conclusie en overweegt dat:

‘De Afdeling deelt de conclusie van de staatsraad advocaat-generaal dat 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. (...) Deze rechtsnorm is *gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel* dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen.’²⁰⁹ (curs. JW)

Wolswinkel merkt op dat de erkenning van deze rechtsnorm als zodanig weinig verrassend is, maar dat de formulering ervan wel enige interpretatievragen oproept.²¹⁰ Zo is het de vraag wat moet worden begrepen onder ‘mededingingsruimte’. Uit de uitspraak kan worden afgeleid dat deze ruimte in elk geval ontbreekt indien de verdeling volledig is toegesneden op één specifieke gegadigde of locatie.²¹¹ Ook wijst Wolswinkel er op dat de Afdeling spreekt over mededingingsruimte ‘op enigerlei wijze’. Hiervan lijkt een beperking uit te gaan. Volgens Wolswinkel zou de toevoeging aldus kunnen worden opgevat dat de mededingingsnorm als zodanig geen enkele verdelingsprocedure op voorhand uitsluit. Tot slot wijst Wolswinkel op de formulering ‘(potentiële) gegadigden’. De vraag is wie tot die kring moeten worden gerekend. De Afdeling lijkt deze kring ruim te zien door aan te nemen dat ook *potentiële* gegadigden ruimte moet worden geboden om mee te dingen. Een belangrijke constatering is tot slot dat de Afdeling kiest voor een andere rechtsgrondslag voor de verdelingsnorm dan in eerdere rechtspraak van de Afdeling en vooral ook het CBb het geval was. In navolging van de conclusie van advocaat-generaal Widdershoven is gekozen voor het gelijkheidsbeginsel als basis.²¹² Overigens lijkt dat voor de inhoud van de norm verder weinig uit te maken.²¹³

208 Concl. R.J.G.M. Widdershoven 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421 (*speelautomatenhal Vlaardingen*).

209 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, r.o. 8.

210 Wolswinkel 2017, p. 12-13.

211 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, r.o. 11.2.

212 Zie hierover verder paragraaf 5.5.2.4.

213 Wolswinkel 2017, p. 13.

Een uitzondering

In de uitspraak in de zaak *Speelautomatenhal Vlaardingen* heeft de Afdeling voorts overwogen:

‘De verplichting om mededingingsruimte te bieden, kan worden beperkt door het wettelijk voorschrift dat in de schaarse vergunning voorziet (...), of door de besluitvorming over andere vergunningen die op grond van wettelijke voorschriften voor het realiseren van de te vergunnen activiteit zijn vereist. Een zodanige beperking kan evenwel niet zover gaan dat iedere mededingingsruimte volledig wordt uitgesloten. Een eis die in ieder geval geldt, is dat het wettelijk voorschrift dat de mededingingsruimte beperkt, althans de geschiedenis van de totstandkoming daarvan, er blijk van geeft dat het belang van het bieden van mededingingsruimte is meegewogen. Dit laat onverlet dat de eigenaar van een pand beslist over de wijze waarop het pand wordt gebruikt en door wie.’²¹⁴

De Afdeling formuleert hier een uitzondering op de verplichting voor het bestuur tot het bieden van mededingingsruimte. Hierbij geldt echter wel dat een beperking van die verplichting niet zo ver mag gaan dat iedere mededingingsruimte volledig mag worden uitgesloten. Ook moet het bestuur er blijk van geven dat bij het tot standbrengen van een wettelijk voorschrift dat de mededinging beperkt het belang van het bieden van mededingingsruimte is meegewogen. Dit laatste vertoont gelijkenissen met de beoordeling door het Hof van Justitie van een maatregel die het vrij verkeer belemmert. Daarbij moet immers steeds een afweging worden gemaakt tussen, enerzijds, het belang van vrije mededinging en, anderzijds, andere algemene belangen. Met de genoemde motiveringsplicht voor de wetgever bij wettelijke voorschriften die de mededinging beperken heeft de Afdeling volgens Wolswinkel gezocht naar een oplossing voor het probleem dat het verdelende bestuur niet in staat is mededingingsruimte te organiseren, omdat de schaarse vergunning vanwege een combinatie van wettelijke voorschriften – in het bijzonder ruimtelijke voorschriften – slechts betrekking kan hebben op één specifieke locatie.²¹⁵ Gedacht moet hierbij worden aan de situatie waarin een bestemmingsplan een bepaalde economische activiteit slechts op één bepaalde locatie toestaat. Het bestuur kan een vergunning voor die activiteit niet zonder meer aan de eigenaar van die locatie verlenen, omdat dit zou betekenen dat potentiële gegadigden geen kans krijgen om voor die vergunning in aanmerking te komen. Voorkomen dient te worden dat de eigenaar van de locatie moet worden gevraagd om zelf mededingingsruimte te creëren of, als het bestuur toch mededingingsruimte zou creëren, de eigenaar van de locatie vervolgens wordt gedwongen om met de winnaar van de schaarse vergunning te contracteren. Hiermee zet de uitspraak van de Afdeling de verhouding tussen ruimtelijk bestuursrecht en economisch bestuursrecht dan ook op scherp. Het ruimtelijk bestuursrecht moet het belang van mededinging *kenbaar* een rol laten spelen indien door de ruimtelijke besluitvorming de mededinging wordt beperkt.²¹⁶ De vraag is hoe

214 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, r.o. 8.

215 Wolswinkel 2017, p. 16.

216 Wolswinkel 2017, p. 21-22.

zich dit verhoudt tot de vaste rechtspraak dat concurrentieverhoudingen en mededingsoverwegingen bij een planologische belangenafweging in beginsel geen rol mogen spelen. Het lijkt er op dat via de band van de op het gelijkheidsbeginsel gebaseerde verplichting voor het bestuur om bij de verdeling van schaarse rechten mededingingsruimte te creëren, het belang van een gelijk speelveld enigszins doorsijpelt in de planologische belangenafweging.²¹⁷ Het specialiteitsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel lijken hier met elkaar te botsen. De planwetgever moet immers de gevolgen van de keuze om een bepaalde activiteit op slechts één locatie toe te staan voor de concurrentieverhoudingen bij de te maken ruimtelijke belangenafweging betrekken. Overigens acht ik niet uitgesloten dat in veel gevallen goede, aan het algemeen belang te ontnemen belangen zijn aan te wijzen die een beperking van het aantal locaties waar een bepaalde activiteit mag worden uitgevoerd kunnen rechtvaardigen, zodat uiteindelijk moet worden geconcludeerd dat het gelijkheidsbeginsel niet is geschonden.²¹⁸

Slotsom

Evenals het CBb neemt de Afdeling dus aan dat er bij de verdeling van schaarse vergunningen op het bestuur een verplichting rust om alle gegadigden in de gelegenheid te stellen om mee te dingen naar die vergunning. Het gaat er daarbij om dat alle potentiële²¹⁹ gegadigden voor een schaarse vergunning of ontheffing met elkaar kunnen wedijveren om die ene te vergeven vergunning of ontheffing.²²⁰ Het belang van concurrenten bij een gelijk speelveld, waaronder een eerlijke kans om de markt te betreden, heeft, als het gaat om de verdeling van schaarse vergunningen en ontheffingen, via de band van de rechtsbeginselen – in het bijzonder het zorgvuldigheids- en gelijkheidsbeginsel – een plaats verworven in de besluitvorming en de toetsing daarvan door de bestuursrechter.

5.5.2.2 De reikwijdte van de verplichting om mededingingsruimte te creëren

De hiervoor besproken rechtspraak van het CBb en de Afdeling, waarin de norm die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse rechten door het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare rechten mee te dingen tot ontwikkeling is gekomen, heeft betrekking op de verdeling van schaarse vergunningen en ontheffingen. Volgens Wolswinkel gaat het om een zodanig algemene

217 Wolswinkel 2017, p. 22.

218 Ik kom daarop terug in paragraaf 7.6.4.

219 Dat ook *potentiële* gegadigden de gelegenheid moet worden geboden om mee te dingen, volgt uit CBb 24 augustus 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6540, AB 2012/373, m.nt. C.J. Wolswinkel (*zondagavondwinkel Castricum*).

220 Aldus ook Van Ommeren 2016, p. 581, Heijnsbroek 2013, p. 383, en Van Ommeren 2011, p. 255. Zie ook Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 1864, en C.J. Wolswinkel, annotatie bij CBb 24 augustus 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6540, AB 2012/373 (*zondagavondwinkel Castricum*), punt 5.

verplichting dat deze kan worden toegepast op de verdeling van schaarse vergunningen voor *elke* economische activiteit.²²¹ De vraag is vervolgens of een vergelijkbare verplichting ook geldt bij de verdeling van andere schaarse publieke rechten, in het bijzonder subsidies. Bijzonder aan subsidies, is dat zij – anders dan vergunningen en ontheffingen – *de jure* meestal niet strikt noodzakelijk zijn om bepaalde activiteiten uit te kunnen voeren.²²² Dat laat onverlet dat de verdeling van schaarse subsidies van invloed is op de concurrentieverhoudingen. Het ligt dan ook voor de hand om ook bij de verdeling van schaarse subsidies een verplichting voor het bestuur om mededingingsruimte te creëren aan te nemen. In de literatuur is daar ook voor gepleit.²²³

Interessant in dit kader is een uitspraak van de Afdeling over een besluit van de staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, waarbij een aanvraag van het Tjalling Koopmans College om een rooms-katholieke scholengemeenschap voor mavo, havo en vwo voor bekostiging in aanmerking te brengen – deels – werd toegewezen.²²⁴ Om voor bekostiging in aanmerking gebracht te kunnen worden is het noodzakelijk dat een school voldoet aan de gemeentelijke stichtingsnorm. Deze norm betreft het minimum aantal leerlingen dat de school moet gaan bezoeken. Het aannemelijk maken dat een school de stichtingsnorm zal halen, gebeurt door het leerlingenpotentieel van de richting van de school in het voedingsgebied te meten. Daarbij wordt het leerlingenpotentieel van bestaande scholen van dezelfde richting binnen het voedingsgebied afgetrokken van het leerlingenpotentieel van de nieuwe school. In de meting worden ook reeds geplande scholen meegenomen, zodat ook het aantal leerlingen dat naar verwachting die school zal gaan bezoeken van het leerlingenpotentieel moet worden afgetrokken. Bij de beoordeling van aanvragen om een school voor bekostiging in aanmerking te brengen is de staatssecretaris gebonden aan de in artikel 66 Wet op het voortgezet onderwijs (WVO) neergelegde jaarcyclus. Deze houdt in dat een aanvraag moet worden ingediend vóór 1 oktober van enig jaar en dat de staatssecretaris vóór 1 mei, volgend op de aanvraag, moet beslissen. De bekostiging vangt dan aan op 1 augustus van enig kalenderjaar, ten vroegste in het eerste en ten laatste in het zesde kalenderjaar na een positief besluit.

Het Tjalling Koopmans College heeft een eerste aanvraag om voor bekostiging in aanmerking te worden gebracht ingediend. Die aanvraag is in 2009 – deels – toegewezen. Daarbij is bepaald dat de uiterste datum waarop de bekostiging aanvangt 1 augustus 2015 is. Het Tjalling Koopmans College heeft op 28 oktober 2014 een nieuwe aanvraag ingediend om een scholen-

221 Wolswinkel 2013, p. 338.

222 Van Ommeren, Den Ouden en Wolswinkel 2011, p. 1864.

223 Drahmman 2015, p. 143-166, en W. den Ouden, annotatie bij ABRvS 20 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO1191, AB 2011/232 (*Coach4Kids*). Zie, zij het wat voorzichtiger, ook Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 1864.

224 ABRvS 18 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:86, *Gst.* 2017, 85, m.nt. P.W.A. Huisman (*Tjalling Koopmans College*).

gemeenschap voor mavo, havo en vwo op algemeen bijzondere en rooms-katholieke grondslag voor bekostiging in aanmerking te brengen. Een probleem daarbij was dat deze school niet aan de stichtingsnorm voldeed, omdat als gevolg van de al eerder voor bekostiging in aanmerking gebrachte school het leerlingenpotentieel te laag was. Op 28 april 2015 liet het Tjalling Koopmans College de staatssecretaris echter weten niet met de in eerste instantie voor bekostiging in aanmerking gebrachte school te zullen starten voor het verstrijken van de uiterste datum van 1 augustus 2015 waarop de bekostiging ingevolge het besluit uit 2009 dient aan te vangen. Hierop volgde op 1 juli 2015 een besluit van de staatssecretaris, waarbij het besluit uit 2009 werd ingetrokken en de nieuwe aanvraag – deels – werd toegewezen. De schoolbesturen van drie in de buurt gevestigde scholen kwamen op tegen dit besluit. Zij vreesden leerlingen kwijt te raken aan de nieuwe school. De schoolbesturen voerden aan dat de staatssecretaris het eerdere bekostigingsbesluit ten onrechte had ingetrokken. De achtergrond van dit betoog was dat het Tjalling Koopmans College op het moment van indienen van de nieuwe aanvraag niet voldeed aan de stichtingsnorm. Bij vaststelling van het leerlingenpotentieel had er rekening mee moeten worden gehouden dat er in 2009 al een scholengemeenschap voor bekostiging in aanmerking was gebracht. Het voor die scholengemeenschap geplande aantal leerlingen had buiten beschouwing moeten worden gelaten, aldus de schoolbesturen.

De Afdeling stelt voorop dat de subsidietitel uit de Awb van overeenkomstige toepassing is op de bekostiging van het onderwijs en onderzoek. Naar het oordeel van de Afdeling was op grond van artikel 4:48 lid 1 Awb de staatssecretaris bevoegd om het besluit uit 2009 in te trekken omdat de daarbij voor bekostiging in aanmerking gebrachte activiteiten niet plaats zullen vinden. De Afdeling oordeelt vervolgens dat de staatssecretaris daarbij echter niet heeft onderkend dat hij met toepassing van artikel 4:48 lid 2 Awb terugwerkende kracht aan de intrekking diende te ontzeggen. Daartoe overweegt de Afdeling het volgende:

‘Zoals de Afdeling heeft overwogen in haar uitspraak van 2 november 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:2927) geldt in het Nederlandse recht 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. Deze rechtsnorm is gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen. Naar het oordeel van de Afdeling is deze rechtsnorm ook van toepassing op de bekostiging van onderwijs op grond van de WVO, omdat deze wet voorziet in een stelsel van gereguleerde concurrentie tussen schoolbesturen.’²²⁵ (curs JW)

Het toepassingsbereik van de 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 wordt aldus uitgebreid naar de bekostiging van onderwijs op grond van de WVO. Van belang daarbij is dat de WVO

225 ABRvS 18 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:86, r.o. 7.5.

voorziet in een stelsel van ‘gereguleerde concurrentie’. Binnen die context is de mededingingsnorm van toepassing.²²⁶

Opmerking verdient hierbij dat de aard van de concurrentie bij onderwijsbekostiging anders is dan bij bijvoorbeeld de toekenning van subsidies of de verdeling van schaarse vergunningen of ontheffingen. Het is namelijk niet zozeer het te verdelen recht – de bekostiging – die schaars is, maar het leerlingenpotentieel dat schaars is en dat maakt dat niet elke potentiële gegadigde een school kan starten. Er is met andere woorden geen ‘plafond’ in de zin van een maximum aan financiële middelen. Huisman wijst er op dat de in artikel 23 leden 2 en 7 Grondwet neergelegde grondwettelijke rechten op stichting van een school en gelijke bekostiging daaraan in de weg staan.²²⁷ Dat laat onverlet dat schoolbesturen met elkaar kunnen concurreren, zij het dat het daarbij gaat om concurrentie ten aanzien van het leerlingenpotentieel. En juist omdat er sprake is van een vorm van concurrentie, is het van belang dat concurrerende schoolbesturen op grond van het gelijkheidsbeginsel in dezelfde uitgangspositie worden gebracht, zodat zij op gelijke voet met elkaar kunnen concurreren.

Omdat de bekostiging van onderwijs een bijzondere vorm van subsidiëring is, is het aannemelijk dat de Afdeling ook in ‘gewone’ subsidiezaken zal oordelen dat de mededingingsnorm van toepassing is. Vermoedelijk zou ook de zaak *Coach4Kids*, die in paragraaf 5.4.4.3 is besproken, als die nu zou zijn voorgelegd aan de Afdeling, tot een andere uitspraak hebben geleid. Bij toepassing van de in de zaken *Speelautomatenhal Vlaardingen* en *Tjalling Koopmans College* genoemde rechtsnorm kan de Afdeling naar alle waarschijnlijkheid niet langer volhouden dat het beleid waarin Pier K als enige kernvoorziening is aangewezen en voor subsidiëring in aanmerking is gebracht niet onredelijk is. Het in paragraaf 5.4.4.3 gesignaleerde tekort in de bescherming van het belang van een gelijk speelveld lijkt nu dan ook te zijn ondervangen via de band van het gelijkheidsbeginsel. Een ontwikkeling die valt toe te juichen. Interessant is de vervolgvraag hoe de bestuursrechter zal oordelen in geval van een incidentele of begrotingssubsidie. Een incidentele subsidie is een subsidie aan een beperkt aantal ontvangers en die voor een beperkt tijdvak wordt verstrekt. Voorbeelden zijn een startsubsidie of subsidies voor eenmalige activiteiten. Het verstrekken van een incidentele subsidie behoort tot de beleidsvrijheid van het bestuursorgaan.²²⁸ Een begrotingssubsidie is ook een subsidie die maar aan een beperkt aantal ontvangers wordt verstrekt. Dit instrument is bedoeld om onevenredig grote wetgevingsinspanning te vermijden voor gevallen waarin één bepaalde instelling wordt gesubsidieerd. Vaak gaat het om exploitatiesubsidies. Voor zowel inciden-

226 Van Ommeren 2017, p. 203.

227 Aldus ook P.W.A. Huisman annotatie bij ABRvS 18 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:86, *Gst.* 2017, 85 (*Tjalling Koopmans College*), punt 6.

228 ABRvS 6 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ0780, r.o. 3.2, AB 2013/215, m.nt. M.A.M. Dieperink, en ABRvS 13 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW8158, r.o. 2.6.

tele als begrotingssubsidies geldt dat naar hun aard geen ruimte wordt geboden aan eventuele andere gegadigden voor subsidie om mee te dingen naar die subsidie. De vraag is of, gelet op de norm die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse rechten op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare rechten mee te dingen, nog wel gebruik kan worden gemaakt van deze subsidie-instrumenten. De tijd moet dat leren.

5.5.2.3 Eisen aan de verdeelprocedure

Uit de rechtspraak van het CBb en de Afdeling kan worden afgeleid dat als het om de verdeling van schaarse vergunningen en ontheffingen gaat, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur – in het bijzonder het zorgvuldigheids- en het gelijkheidsbeginsel – het bestuursorgaan verplichten om op enigerlei wijze mededingingsruimte te creëren, in die zin dat alle gegadigden met elkaar kunnen wedijveren om die vergunning of ontheffing. In wezen gaat het om het creëren van gelijke kansen.²²⁹ Het mededingingsvereiste brengt met zich dat alle geïnteresseerden een gelijke kans moeten hebben gehad om mee te dingen naar het schaarse recht.²³⁰ Dit stelt volgens vaste rechtspraak van het CBb, onder meer uit een oogpunt van rechtszekerheid, zware eisen²³¹ aan de besluitvorming over de toekenning van schaarse publieke rechten. Ook in de rechtspraak van de Afdeling worden soortgelijke bijzondere eisen aan de toekenning van schaarse publieke rechten gesteld.

Om te beginnen dient het bestuursorgaan een passende mate van openbaarheid te bieden. In de zaak *Speelautomatenhal Vlaardingen* oordeelde de Afdeling hierover:

‘De Afdeling deelt de conclusie van de staatsraad advocaat-generaal dat het bestuur om gelijke kansen te realiseren een passende mate van openbaarheid moet verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdstip en de toe te passen criteria. Het bestuur moet hierover tijdig voorafgaand aan de start van de aanvraagprocedure duidelijkheid scheppen, door informatie over deze aspecten bekend te maken via een zodanig medium dat potentiële gegadigden daarvan kennis kunnen nemen.’²³²

229 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, r.o. 8, AB 2015/426, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Speelautomatenhal Vlaardingen*). Zie ook Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 389.

230 Van Ommeren 2011, p. 255.

231 Dit is voor het eerst overwogen in CBb 8 januari 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL3125, r.o. 6.2.2, AB 2010, 73, m.nt. I. Sewandono. Zie ook CBb 15 mei 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW6630, r.o. 2.5, AB 2012/372, m.nt. C.J. Wolswinkel (*zondagavondwinkel Wassenaar*). Zie over de ‘zware eisen’-formulering en de betekenis daarvan voor de samenhang tussen verdelingsvraagstukken en de rechtsaanscherping Wolswinkel 2017, p. 5-6.

232 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, r.o. 8, AB 2015/426, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Speelautomatenhal Vlaardingen*). Zie ook ABRvS 9 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:661, r.o. 5, AB 2016/324, m.nt. C.J. Wolswinkel (*JVH*), CBb 28 april 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BM4375, AB 2010/186, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Pierik & Meson*), en CBb 3 juni 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BI6466, r.o. 6.3.5, AB 2009, 373, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Swiss Leisure Group*).

Het bestuur moet dus aan alle potentiële gegadigden kenbaar maken dat er een schaars publiek recht beschikbaar is en kenbaar maken hoe dat recht verdeeld zal worden. Deze informatie is cruciaal voor een potentiële gegadigde om überhaupt mee te kunnen dingen naar het schaarse publieke recht. Het gaat om een afzonderlijke informatieverplichting voor het bestuur,²³³ die evenwel voortvloeit uit het gelijkheidsbeginsel.²³⁴ Wolswinkel merkt in dat verband op dat de transparantieverplichting een tussenschakel vormt in de argumentatie.²³⁵ Op grond van het gelijkheidsbeginsel moeten aan potentiële gegadigden gelijke kansen worden geboden.²³⁶ Met dat doel dient het bestuur richting die potentiële gegadigden een passende mate van openheid te betrachten. Het ontbreken daarvan is in strijd met de transparantieverplichting.²³⁷

Een tweede belangrijke eis is dat het niet is toegestaan om schaarse publieke rechten voor onbepaalde tijd te verlenen.²³⁸ In de zaak *Speelautomatenhal Vlaardingen* oordeelde de Afdeling hierover:

‘Uit deze rechtsnorm vloeit voort dat schaarse vergunningen in beginsel niet voor onbepaalde tijd, doch alleen tijdelijk kunnen worden verleend. De vergunninghouder wordt immers bij verlening voor onbepaalde tijd onevenredig bevoordeeld, omdat het voor nieuwkomers dan nagenoeg onmogelijk is om nog toe te treden tot de markt.’²³⁹

De Afdeling leidt uit de norm die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze mededingingsruimte moet worden geboden dus af dat schaarse vergunningen in beginsel niet voor onbepaalde tijd mogen worden verleend. Dat is logisch, omdat wanneer dat wel zou gebeuren, uitgesloten is dat andere gegadigden in de toekomst alsnog dat recht zullen krijgen. Opmerkelijk is dat de Afdeling door gebruik van de woorden ‘in beginsel’ nog wel ruimte aanwezig acht om een

233 Wolswinkel 2017, p. 14, en Van Ommeren 2011, p. 241 en 255.

234 Van Ommeren 2017, p. 196.

235 Wolswinkel 2017, p. 7. Van Ommeren 2017, p. 197-199 heeft het over een contextueel beginsel.

236 Van Ommeren 2016, p. 583. Zie over de twee kernfuncties van het transparantiebeginsel Buijze 2013, p. 54-62.

237 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, r.o. 12, AB 2015/426, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Speelautomatenhal Vlaardingen*).

238 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, r.o. 8, AB 2015/426, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Speelautomatenhal Vlaardingen*), CBb 24 augustus 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6540, AB 2012/373, m.nt. C.J. Wolswinkel (*zondagavondwinkel Castricum*), en CBb 15 mei 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW6630, AB 2012/372, m.nt. C.J. Wolswinkel (*zondagavondwinkel Wassenaar*). Zie hierover ook paragraaf 5.5.2.5.

239 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, r.o. 8, AB 2015/426, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Speelautomatenhal Vlaardingen*). Zie ook CBb 24 augustus 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6540, AB 2012/373, m.nt. C.J. Wolswinkel (*zondagavondwinkel Castricum*), en CBb 15 mei 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW6630, AB 2012/372, m.nt. C.J. Wolswinkel (*zondagavondwinkel Wassenaar*).

uitzondering op de regel te maken. Wolswinkel acht die ruimte evenwel uiterst beperkt.²⁴⁰

Een derde eis is dat, hoewel het bestuur in beginsel vrij is in de keuze voor een bepaalde verdeelprocedure,²⁴¹ gedurende de besluitvormingsprocedure in beginsel de verdeelprocedure niet mag worden gewijzigd.²⁴² Alleen op die manier krijgen immers alle gegadigden een gelijke kans om in aanmerking te komen voor het schaarse publieke recht.

5.5.2.4 De rechtsgrondslag voor het creëren van mededingingsruimte

Aanvankelijk heeft alleen het CBb zich uitgelaten over de rechtsgrondslag voor de verplichting voor het bestuur om bij de verdeling van schaarse vergunningen en ontheffingen mededingingsruimte te creëren. Opmerkelijk is daarbij dat het CBb de verplichting om mededingingsruimte te creëren en in dat verband een passende mate van openbaarheid te betrachten aanvankelijk baseerde op met name het zorgvuldigheidsbeginsel en een enkele keer het proportionaliteits- en evenredigheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel. Grote afwezigheid waren dus het gelijkheidsbeginsel en het daaruit voortvloeiende transparantiebeginsel. Deze laatste beginselen lagen wel voor de hand, aangezien het gaat om het creëren van gelijke kansen voor marktdeelnemers die niet zelden elkaars concurrenten zijn. Van Ommeren heeft zich hier ook over verbaasd.²⁴³ Hij noemt als mogelijke verklaring voor de keuze voor andere rechtsbeginselen dat in het Nederlandse bestuursrecht geldt dat een beroep op het gelijkheidsbeginsel zelden slaagt. Widdershoven merkt in zijn conclusie op dat de keuze van het CBb voor het zorgvuldigheidsbeginsel niet onjuist is. De rechtsnorm die het bestuur verplicht om bij de verdeling van schaarse vergunningen en ontheffingen mededingingsruimte te creëren heeft immers te maken met een zorgvuldige voorbereiding van het besluit. Het zorgvuldigheidsbeginsel zegt evenwel niets over de ratio van de norm, aldus Widdershoven.²⁴⁴ Het gelijkheidsbeginsel drukt de ratio van de norm wel uit. Bij het verdelen van schaarse vergunningen en ontheffingen gaat het in de kern immers om het bieden van gelijke kansen.²⁴⁵

240 Wolswinkel 2017, p. 14.

241 CBb 21 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3751, AB 2011/192, m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade (*EM-TÉ*).

242 ABRvS 6 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW7592, AB 2013/73, m.nt. C.J. Wolswinkel (*kramenzetters Albert Cuypmarkt*), en CBb 8 januari 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL3125, AB 2010/73, m.nt. I. Sewandono.

243 Van Ommeren 2017, p. 194, Van Ommeren 2016, p. 584-585, en Van Ommeren 2011, p. 56. Zie ook Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 1864.

244 Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421 (*speelautomaatenhal Vlaardingen*), punt 6.9.

245 Van Ommeren 2017, p. 204, spreekt in dit verband over het beginsel van gelijke kansen als verschijningsvorm van het gelijkheidsbeginsel.

Zoals ook Drahmman opmerkt gaat het daarbij niet om het materiële gelijkheidsbeginsel, maar om het formele gelijkheidsbeginsel.²⁴⁶ Het gaat er immers om dat er bij de verdeling een keuze wordt gemaakt voor één gegadigde, waarbij alle (potentiële) gegadigden een eerlijke kans hebben.

Ik deel de opvatting van Widdershoven dat voor de keuze van een rechtsgrondslag onderscheid moet worden gemaakt tussen, enerzijds, de rechtsworm om bij de verdeling van schaarse publieke rechten reële mededingingsruimte te bieden en, anderzijds, de met het oog daarop gestelde verplichting om een passende mate van openbaarheid te garanderen over die verdeling.²⁴⁷ Zoals gezegd, zou de verplichting om mededingingsruimte te creëren zijn grondslag moeten vinden in het formele gelijkheidsbeginsel. Het gaat immers om het bieden van gelijke kansen. De eis om een passende mate van openbaarheid te garanderen moet volgens Widdershoven worden gebaseerd op het – vooralsnog alleen in de context van het verdelingsrecht te erkennen – beginsel van transparantie.²⁴⁸

In de zaak *Speelautomatenhal Vlaardingen*²⁴⁹ heeft de door Widdershoven voorgestelde verschuiving in rechtsgrondslag voor de verplichting tot het creëren van mededingingsruimte bij de verdeling van schaarse vergunningen en ontheffingen inmiddels plaatsgevonden. In die uitspraak heeft de Afdeling voor het eerst de verplichting gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen. Aangenomen mag worden dat ook het CBB bij een eerstvolgende gelegenheid zal overstappen op deze ‘nieuwe’ rechtsgrondslag, aangezien de uitspraak in de zaak *Speelautomatenhal Vlaardingen* er een is van een grote kamer, waarin ook de waarnemend president van het CBB zitting had. Van Ommeren acht de keuze van de Afdeling voor het gelijkheidsbeginsel – preciezer: het gelijke kansen beginsel – als rechtsgrondslag voor de mededingingsnorm bij de verdeling van schaarse rechten een gelukkige, nu dit beginsel een verklaring biedt voor de betekenis van die norm en die norm rechtvaardigt.²⁵⁰

246 Drahmman 2015, p. 364-367. Zie ook Van Ommeren 2017, p. 201-202, C.J. Wolswinkel, annotatie bij ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, AB 2016/426, r.o. 9 (*Speelautomatenhal Vlaardingen*), en concl. R.J.G.M. Widdershoven 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421 (*speelautomatenhal Vlaardingen*), punt 6.9.

247 Concl. R.J.G.M. Widdershoven 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421 (*speelautomatenhal Vlaardingen*), punten 6.9 en 6.10.

248 Zie ook Van Ommeren 2016, p. 585-586. Overigens wijst hij er op dat het transparantiebeginsel nog niet is erkend als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Zie voorts Drahmman 2015, p. 355.

249 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, r.o. 7, AB 2015/426, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Speelautomatenhal Vlaardingen*).

250 Van Ommeren 2017, p. 201-202.

5.5.2.5 De looptijd van schaarse vergunningen en ontheffingen

Een laatste aspect van de verlening van schaarse publieke rechten dat bespreking verdient, betreft de looptijd van schaarse vergunningen en ontheffingen. Het is vaste rechtspraak dat de looptijd van een schaarse vergunning of ontheffing niet onbeperkt mag zijn. Is dat namelijk wel het geval, dan kan er uiteindelijk in het geheel geen mededinging plaatsvinden. De vergunning of ontheffing komt dan immers in beginsel niet meer vrij. Het is dan ook niet vreemd dat de Dienstenrichtlijn als uitgangspunt heeft dat schaarse dienstenvergunningen voor bepaalde tijd worden verleend (artikelen 11 en 12). In de nationale rechtspraak wordt de regel dat vergunningen een beperkte looptijd moeten hebben in de eerste plaats afgeleid uit artikel 3:4 Awb, op grond waarvan een bestuursorgaan de rechtstreeks bij een besluit betrokken belangen moet afwegen. Ter illustratie kan worden gewezen op een uitspraak in een zaak waarin het ging om de verlening van een voor onbepaalde tijd verleende ontheffing voor zondagavondenstelling van een winkel. De aanvraag van een andere winkelier werd afgewezen. Het CbB oordeelde dat:

‘in het geval van een schaarse ontheffing andere gegadigden (...) in beginsel de gelegenheid moet worden geboden om mee te dingen naar de ontheffing. Door de ontheffing voor onbepaalde tijd aan E te verlenen hebben verweerders de belangen van B om in de toekomst mee te kunnen dingen naar de ontheffing miskend. De ontheffingverlening voor onbepaalde tijd sluit immers uit dat C in de toekomst alsnog een ontheffing kan krijgen. Voor zover bij het bestreden besluit de ontheffingverlening aan E voor onbepaalde tijd is gehandhaafd, hebben verweerders gehandeld in strijd met de in artikel 3:4 van de Algemene wet bestuursrecht neergelegde zorgvuldigheidsnorm.’²⁵¹

Soms ook lijkt de regel dat een schaarse vergunning of ontheffing niet voor onbepaalde tijd verleend mag worden te worden ontleend aan het gelijkheidsbeginsel. Als illustratiemateriaal hiervan kan een uitspraak dienen in een zaak die de verlening van een ontheffing voor zondagavondenstelling van twee supermarkten in Apeldoorn, waaronder DekaMarkt, betrof.²⁵² De ontheffingen waren verleend in 2005 en 2007. Op dat moment gold een plafond van tien ontheffingen, maar was er geen sprake van schaarste, vermoedelijk omdat de vraag naar ontheffingen voor zondagavondenstellingen beperkt was. In de loop der jaren nam de vraag toe en oversteeg de vraag alsnog het ontheffingenplafond. Om te komen tot een gemotiveerde verdeling van de inmiddels schaarse ontheffingen stelde de gemeente beleid op, dat er op neerkwam dat een supermarktorganisatie per stadsdeel maximaal één ontheffing kon krijgen. In het beleid was bepaald dat dit slechts zag op de verdeling van de resterende acht ontheffingen. De twee reeds verleende ontheffingen voor onbepaalde tijd bleven buiten beschouwing. Dit beteken-

251 CbB 15 mei 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW6630, r.o. 2.5, AB 2012/372, m.nt. C.J. Wolswinkel (*zondagavondwinkel Wassenaar*).

252 CbB 5 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:1, AB 2013/293, m.nt. C.J. Wolswinkel.

de dat de twee zittende ontheffinghouders voor de stadsdelen waarvoor zij al over een ontheffing beschikten een tweede ontheffing konden verwerven. Dit gebeurde ook, DekaMarkt ontving voor het stadsdeel Noord-West een tweede ontheffing. Een concurrent (Coop) die voor het betreffende stadsdeel daardoor achter het net viste kwam vervolgens op tegen de afwijzing van de eigen aanvraag. Zij voerde aan dat het beleid DekaMarkt, dat voor het stadsdeel Noord-West al over een onherroepelijke ontheffing beschikte, in een bevoorrechte positie brengt. Het CBb oordeelde dat:

‘de keuze voor een beleid dat ter verdeling van schaarse gelijksoortige ontheffingen over gelijksoortige bedrijven het middel aanwijst van toedeling daarvan op basis van loting telkens voor een relatief korte periode, op zichzelf alleszins verdedigbaar [is]. Het College acht het echter niet verdedigbaar dat met betrekking tot die verdeling een blijvende uitzondering gemaakt wordt voor een zich niet van de andere kandidaten onderscheidend bedrijf op de enkele grond dat dit eerder dan de andere bedrijven om een dergelijke ontheffing verzocht heeft. Het College ziet in dat het feit, dat aan dit bedrijf een ontheffing verleend is zonder dat er op dat moment enige grond bestond die ontheffing aan een termijn te binden, een dergelijk bedrijf een bijzondere positie geeft, maar dat neemt niet weg, *dat een verdelingsbeleid waarbij dit voordeel voor onbepaalde tijd in stand gelaten wordt, de grenzen van een redelijke beleidsbepaling te buiten gaat*. Om recht te doen aan een dergelijke bijzondere positie zal het in een geval als hier aan de orde over het algemeen geboden zijn een, mogelijk zelfs langdurige, overgangsregeling in het leven te roepen, zodat het bedrijf zich kan voorbereiden op de situatie waarin het *op gelijke voet* met de andere bedrijven naar de schaarse ontheffingen moet dingen.’²⁵³ (curs. JW)

Uit genoemde uitspraken volgt dat bij het verbinden van voorschriften aan een schaarse vergunning of ontheffing ten aanzien van de looptijd op grond van artikel 3:4 Awb en het gelijkheidsbeginsel het belang van concurrenten bij een gelijk speelveld een rol moet spelen. Het specialiteitsbeginsel staat daar niet aan in de weg omdat het, enerzijds, gaat om de modaliteit van de vergunning of ontheffing en de gematigde opvatting van het specialiteitsbeginsel de ruimte geeft om daarbij rekening te houden met ‘vreemde’ belangen.²⁵⁴ Anderzijds staat het specialiteitsbeginsel daaraan niet in de weg omdat het niet gaat om de beslissing of wel of niet een ontheffing kan worden verleend, maar om de vraag aan wie en onder welke condities die ontheffing of vergunning kan worden verleend. Het besluit ligt dus niet ten principale voor.

5.5.2.6 De verhouding met het specialiteitsbeginsel

Een interessante vraag die zich hier opdringt is hoe de verplichting om bij de verdeling van schaarse rechten mededingingsruimte te creëren, en dus rekening te houden met concurrentiebelangen, zich verhoudt tot het specialiteitsbeginsel dat een beperking aanbrengt ten aanzien van de mee te wegen belangen.

²⁵³ CBb 5 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:1, r.o. 2.9.

²⁵⁴ Zie ook paragraaf 5.3.3.2.

Hoewel in de praktijk nauwelijks van elkaar te onderscheiden, bestaat een beslissing over de verdeling van een schaars publiek recht uit ten minste drie deelbeslissingen: (1) de beslissing om al dan niet een schaarse vergunning of ontheffing te verlenen, (2) de beslissing over de keuze voor een bepaalde ondernemer en (3) de beslissing over het al dan niet verbinden van voorschriften of beperkingen aan de vergunning of ontheffing. Bij de eerste beslissing speelt het element 'schaarste' nog geen rol. Het gaat alleen om de vraag *of* de vergunning of ontheffing kan worden verleend. Of bij die beslissing rekening kan worden gehouden met concurrentiebelangen²⁵⁵ hangt af van de vraag of die belangen een plaats hebben gekregen in de regelgeving waarin de bevoegdheid is opgenomen om de vergunning of ontheffing te verlenen. In paragraaf 5.4 bleek dat dit vaak niet het geval is. Dit betekent dat het specialiteitsbeginsel er in veel gevallen aan in de weg staat dat bij het nemen van een beslissing over het al dan niet verlenen van een vergunning of ontheffing rekening kan worden gehouden met concurrentiebelangen. Problematisch is dat meestal niet, omdat concurrentiebelangen, althans het belang van een gelijk speelveld, door het verlenen van een schaarse vergunning of ontheffing niet wordt geschonden. Weliswaar wordt het speelveld vergroot, maar de verlening van de vergunning of ontheffing verstoort als zodanig niet de gelijkheid tussen de ondernemers die actief zijn op dat speelveld.

Na de vraag *of* de vergunning of ontheffing kan worden verleend, moet de vraag worden beantwoord aan *wie* die vergunning of ontheffing kan worden verleend. Deze vraag wordt niet in de eerste plaats genormeerd door het specialiteitsbeginsel, maar door algemene rechtsbeginselen, waaronder het zorgvuldigheids- en gelijkheidsbeginsel. Op grond van die beginselen moet elke gegadigde voor de vergunning of ontheffing een gelijke kans krijgen om die vergunning of ontheffing te bemachtigen.²⁵⁶ Dit houdt in dat elke in de schaarse vergunning of ontheffing geïnteresseerde ondernemer een eerlijke en gelijke kans moet krijgen om voor die vergunning of ontheffing in aanmerking te komen. Het gaat hierbij in hoofdzaak om eisen die worden gesteld aan de vormgeving van de verdeelprocedure, waardoor elke geïnteresseerde op gelijke wijze kan meedingen naar het schaarse recht en dus een eerlijke en gelijke kans krijgt om daarvoor in aanmerking te komen. Dat laat natuurlijk onverlet dat het bestuursorgaan een keuze moet maken. Als daarbij gebruik wordt gemaakt van een vergelijkende toets, waarbij wordt nagegaan welke aanvrager het meest tegemoetkomt aan de uit het algemeen belang voortvloeiende wensen van het bestuursorgaan, dan moeten die wensen (selectiecriteria) wel verband houden met de belangen op de behartiging waarvan de toepasselijke regelgeving ziet. In het geval van de verlening van ontheffing voor zondagsopenstelling betekent dit dat de criteria verband moeten houden met de belangen van het woon- en leefklimaat en

255 Het gaat om concurrentie *op* de markt.

256 Het gaat om concurrentie *om* de markt.

de openbare orde.²⁵⁷ In zoverre is het specialiteitsbeginsel ook van invloed op de beslissing aan *wie* de vergunning of ontheffing moet worden verleend. Maar deze invloed reikt niet zover dat het specialiteitsbeginsel er aan in de weg staat dat bij de verdeling als zodanig eerlijke marktkansen worden geboden aan concurrenten. Het is dus niet zo dat het gelijkheidsbeginsel, dat aan de verplichting om mededingingsruimte te creëren ten grondslag ligt, het specialiteitsbeginsel relativeert of opzij zet.

Ter voltooiing van de besluitvorming dient het bestuursorgaan te beslissen over het verbinden van voorschriften of beperkingen aan een verleende vergunning of ontheffing. Het gaat daarbij om de modaliteit van het besluit (de *modus quo*-vraag). Het specialiteitsbeginsel staat er niet aan in de weg dat daarbij wel rekening wordt gehouden met concurrentiebelangen, in het bijzonder het belang van een gelijk speelveld. Dit betekent dat omwille van de gelijke kansen op de markt voorschriften kunnen worden opgenomen ten aanzien van bijvoorbeeld de looptijd van de vergunning of ontheffing en de tijdstippen waarop daarvan gebruik mag worden gemaakt.

5.5.2.7 Tussenconclusie

Uit de hiervoor besproken rechtspraak volgt dat zich in het afgelopen decennium in het bestuursrecht een norm heeft ontwikkeld die inhoudt dat bestuursorganen bij de verdeling van schaarse publieke rechten mededingingsruimte moeten creëren. Dit moet ervoor zorgen dat alle gegadigden voor het schaarse recht een gelijke kans krijgen om voor dat recht in aanmerking te komen en zo toegang tot de markt te krijgen. Op een specifiek deelterrein van het bestuursrecht – bij de verdeling van schaarse publieke rechten – hebben concurrentiebelangen via de band van rechtsbeginselen, in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel, dus een vaste plaats in de besluitvorming gekregen. Het gaat daarbij niet om een correctie op of relativering van het specialiteitsbeginsel, maar om een norm die bestaat naast het specialiteitsbeginsel en de besluitvorming beïnvloedt, in die zin dat bij de beslissing over aan wie het schaarse recht wordt verleend met het belang van een gelijk speelveld rekening wordt gehouden.

5.5.3 De aanvullende werking van het gelijkheidsbeginsel op andere terreinen van het bestuursrecht

Nu is gebleken dat er in het Nederlandse bestuursrecht een op het gelijkheidsbeginsel gebaseerde norm geldt die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse publieke rechten door het bestuur op enigerlei wijze gelijke kansen moeten worden gegeven aan (potentiële) gegadigden, waardoor het gelijk speelveld niet onevenredig wordt aangetast, rijst de vraag of ook buiten het specifieke terrein van de verdeling van de schaarse publieke rechten een

257 Vergelijk Cbb 29 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3763, AB 2011/180, m.nt. C.J. Wolswinkel.

vergelijkbare norm bestaat of zich ontwikkelt. Anders gesteld: bestaat er een op het gelijkheidsbeginsel te baseren *algemene* bestuursrechtelijke norm die het bestuur verplicht om bij het nemen van een willekeurig besluit de eventuele verstorende effecten daarvan op het gelijke speelveld in de besluitvorming te betrekken? Een contra-indicatie in dit verband is de al eerder genoemde uitspraak van het CBb over de wijziging van de looptijd van een ontheffing voor zondagsopenstelling in de gemeente Nieuwegein.²⁵⁸ Het CBb oordeelde dat het belang van de bevordering van de concurrentieverhoudingen, dat de gemeente bij het nemen van het besluit voor ogen had, het besluit niet kon dragen, omdat dit geen verband houdt met het belang ter bescherming waarvan de ontheffing is vereist. Het CBb lijkt dus geen aan algemene rechtsbeginselen ontleende norm te erkennen die in algemene zin – en dus ook buiten het terrein van de verdeling van schaarse rechten – voorschrijft dat het belang van een gelijk speelveld in ogenschouw moet worden genomen bij het nemen van besluiten.

Een belangrijke notie in dit verband is dat de verdeling van schaarse rechten een heel specifiek deelterrein van het bestuursrecht betreft. De schaarste van het te verdelen recht voegt, zoals bleek in paragraaf 5.5.2.6, een extra ‘laag’ toe aan de besluitvorming. Niet alleen wordt er in het besluit een beslissing genomen over het al dan niet uitoefenen van een bepaalde bevoegdheid, maar ook wordt er uitdrukkelijk gekozen voor juist die ene begunstigde van het besluit. Dit laatste element van de besluitvorming is er niet bij besluiten die niet schaars zijn, terwijl de norm, die ertoe strekt dat bij de verdeling gelijke kansen worden geboden aan potentiële gegadigden, juist op *dat* element van de besluitvorming betrekking heeft. Genoemde norm heeft zijn basis in het formele gelijkheidsbeginsel. Dat beginsel verplicht het bestuur gelijke gevallen gelijk te behandelen. In het geval van de verdeling van schaarse publieke rechten zit de relevante gelijkheid van de gevallen in de concurrentie om het schaarse recht. Het feit dat een ondernemer een (potentiële) gegadigde is voor het schaarse recht, maakt nu juist dat diens relevante feitelijke situatie vergelijkbaar is met die van andere (potentiële) gegadigde(n). Dit betekent blijkens de rechtspraak van de Afdeling en het CBb dat sprake is van gelijke gevallen die gelijk moeten worden behandeld en dat beide dus een gelijke kans moeten krijgen om voor het schaarse publieke recht in aanmerking te komen. Wanneer het element van de schaarste wegvalt, dan valt daarmee ook de gelijkheid van de gevallen die uitgaat van de concurrentie om het schaarse recht, weg. De vraag die dan opkomt, is of ook alleen het zijn van concurrent op een bepaalde markt voldoende is om te kunnen zeggen dat sprake is van gevallen die op relevante punten gelijk zijn en daarom gelijk moeten worden behandeld. Daar lijkt het vooralsnog niet op.

258 CBb 17 juli 2013, ECLI:NL:CBB:2013:78, AB 2013/294, m.nt. C.J. Wolswinkel (*zondagavond-winkel Nieuwegein*). Zie over deze uitspraak ook paragraaf 5.4.3.3.

In de praktijk van de bestuursrechter blijken beroepen op het gelijkheidsbeginsel nauwelijks kans van slagen te hebben.²⁵⁹ Gerards wijst de manier waarop de Nederlandse (bestuurs)rechter toetst aan het gelijkheidsbeginsel als belangrijke oorzaak daarvoor aan.²⁶⁰ Die toetsing verloopt doorgaans in twee stappen.²⁶¹ Eerst wordt onderzocht of sprake is van vergelijkbare gevallen (vergelijkbaarheidstoets). Is dat het geval, dan wordt onderzocht of er een rechtvaardiging bestaat voor het ongelijk behandelen van die gevallen (rechtvaardigingstoets). Bij het ontbreken van vergelijkbaarheid volgt in veel gevallen automatisch de conclusie dat het gemaakte onderscheid gerechtvaardigd is en het gelijkheidsbeginsel dus niet is geschonden. Omdat de vergelijkbaarheidstoets in verreweg de meeste gevallen de uitkomst heeft dat geen sprake is van gelijke gevallen, komt de bestuursrechter vrijwel nooit tot de slotsom dat het gelijkheidsbeginsel is geschonden en om die reden een besluit moet worden vernietigd.²⁶² Het is tegen deze achtergrond interessant om na te gaan hoe de bestuursrechter nagaat of sprake is van vergelijkbare gevallen. Gerards wijst er in dat verband op dat het niet mogelijk is om tot een oordeel over de vergelijkbaarheid te komen door louter en alleen naar de feiten van het voorgelegde geval te kijken.²⁶³ Nagegaan moet worden welke verschillen en overeenkomsten voor de vergelijking van belang zijn. Dit vergt een vergelijkingsmaatstaf, of, zoals Hirsch Ballin het noemt, differentiecriteria.²⁶⁴ Volgens Hirsch Ballin eist het gelijkheidsbeginsel primair dát er differentiecriteria zijn.²⁶⁵ Vervolgens is de vraag welke criteria kunnen worden aangelegd. In de rechtspraak zijn weinig aanwijzingen te vinden over de wijze waarop deze vastgesteld worden.²⁶⁶ Het ligt evenwel voor de hand om het doel van het gemaakte onderscheid te kiezen als vergelijkingsmaatstaf.²⁶⁷ Dit doel is, hoewel dat lang niet altijd makkelijk zal zijn, vast te stellen aan de hand van de toepasselijke regelgeving. Vaak zal in de

259 Gerards 2002, p. 654. Schlössels 2016-2, p. 365, schrijft in de kroniek in het *NTB* over rechtsbeginselen: ‘Ten slotte was er, zoals gebruikelijk, de nodige rechtspraak waarin voor een gemaakt onderscheid een objectieve rechtvaardiging bestond, rechtspraak over gevallen waarin situaties onvoldoende vergelijkbaar waren gelet op bijzondere omstandigheden en uitspraken met specifiek bewijsrechtelijke implicaties’ (curs. JW). Zie verder ook Versteden 1985, p. 94-95.

260 Gerards 2002, p. 650-659.

261 Overigens is Gerards 2002, p. 650-651, zeer kritisch over de wijze waarop in de Nederlandse rechtspraak toepassing wordt gegeven aan het gelijkheidsbeginsel, omdat dit leidt tot oncontroleerbaarheid van de toetsing en soms zelfs willekeur. Zij komt dan ook met een voorstel voor een algemeen toetsingsmodel, waarbij niet de vergelijkbaarheid van gevallen voorop staat, maar de vraag of het maken van een bepaald onderscheid leidt tot benadeling. De door Gerards voorgestane benadering kan behulpzaam zijn bij het verbeteren van de bescherming van concurrentiebelangen. Ik kom hier dan ook op terug in paragraaf 7.6.4.

262 Gerards 2002, p. 650-651 en 654.

263 Gerards 2002, p. 60.

264 Hirsch Ballin 1988, p. 9.

265 Hirsch Ballin 1988, p. 9. Zie ook Van Ommeren 2004, p. 45.

266 Gerards 2002, p. 567.

267 Aldus ook Hirsch Ballin 1988, p. 11-13.

wetsgeschiedenis moeten worden gezocht naar de precieze bedoelingen van de wetgever, omdat uit veel regelgeving alleen blijkt *dat* er een onderscheid wordt gemaakt, maar niet *waarom* dat onderscheid wordt gemaakt. In paragrafen 5.2 en 5.4 is gebleken dat het Nederlandse bestuursrecht – afgezien van het mededingingsrecht – maar weinig regels kent die tot doel hebben het gelijke speelveld en dus het belang van eerlijke concurrentie te beschermen. Dit betekent dat in maar weinig gevallen het zijn van concurrenten als vergelijkingsmaatstaf kan dienen. Het enkele zijn van concurrenten maakt op zichzelf dan meestal ook niet dat sprake is van gelijke gevallen.²⁶⁸ Er moet altijd tevens in een ander opzicht sprake zijn van vergelijkbaarheid wil met een kans op succes een beroep op het gelijkheidsbeginsel worden gedaan. Als een ondernemer stelt dat een concurrent door het op een bepaalde wijze toepassen van regelgeving een concurrentievoordeel ondervindt en hij dus geen gelijke kans krijgt, kan alleen aan toepassing van het gelijkheidsbeginsel worden toegekomen, als ook ten aanzien van de voor de desbetreffende regelgeving relevante feiten sprake is van vergelijkbare gevallen. Dat een besluit tot gevolg heeft dat het gelijke speelveld wordt verstoord en ondernemers als gevolg daarvan geen gelijke kansen krijgen in de strijd om de gunst van de consument is dus vaak niet van belang bij de beoordeling of het gelijkheidsbeginsel is geschonden.

Gelet op het vorenstaande kan ik veilig stellen dat in het Nederlandse bestuursrecht (nog) geen aan het gelijkheidsbeginsel te ontleen norm bestaat die ertoe strekt dat het bestuur bij het nemen van besluiten en de bestuursrechter bij het toetsen van die besluiten recht doet aan de gelijke kansen van ondernemers op een bepaalde markt. Een dergelijke norm vergt een andere manier van toetsen aan het gelijkheidsbeginsel. Ik kom daar in paragraaf 7.6.4 op terug. Wel wijs ik er hier nog op dat er met de invoering van de in het volgende hoofdstuk te bespreken correctie Widderhoven enige beweging lijkt te komen in de benadering van het gelijkheidsbeginsel. Dat geldt althans voor het pleidooi van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven om bij de beoordeling of gevallen vergelijkbaar zijn, niet langer relevant te achten dat degene die een beroep doet op het gelijkheidsbeginsel en een ander, met wiens geval hij vergeleken wil worden, te maken hebben met verschillende bestuursorganen. Dit is een eerste stap in de richting van een meer gevolgericht benadering van het gelijkheidsbeginsel.

5.5.4 Tussenconclusie

In paragraaf 5.5 is duidelijk geworden dat als het doelgebonden karakter van bestuursbevoegdheden er aan in de weg staat dat bij het nemen van besluiten en de toetsing daarvan door de bestuursrechter rekening wordt gehouden met het belang van een gelijk speelveld, op grond van rechts-

268 ABRvS 27 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ2477, r.o. 7.15.

beginselen, in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel, soms toch rekening kan worden gehouden met dat belang. Een beperking geldt daarbij wel voor het soort zaken waarin dit het geval is. Vooralsnog geldt alleen op het terrein van de verdeling van schaarse publieke rechten een op het gelijkheidsbeginsel gebaseerde norm die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse rechten door het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare rechten mee te dingen. Buiten het terrein van de verdeling van schaarse rechten geldt een dergelijke algemene norm (nog) niet.

5.6 DE BESCHERMING VAN CONCURRENTIEBELANGEN OP GROND VAN HET UNIERECHT EN HET EVRM.

Tot slot van dit hoofdstuk is de vraag relevant, in hoeverre de toepasselijkheid van bepalingen van het Unierecht en/of het EVRM tot gevolg kunnen hebben dat het bestuur bij het nemen van een besluit en de bestuursrechter bij het toetsen daarvan rekening moet houden met concurrentiebelangen. Als een beroep wordt gedaan op rechtsreeks werkende verdragsbepalingen die strekken tot bescherming van belangen die op grond van het specialiteitsvereiste geen rol kunnen spelen bij het nemen van een besluit en toetsing daarvan door de bestuursrechter rijst de vraag in hoeverre er voor het bestuur en de bestuursrechter een verplichting bestaat om doelgebonden afwegingskaders buiten toepassing te laten of ruimer uit te leggen in het licht van die verdragsbepalingen.²⁶⁹ Die vraag is natuurlijk vooral interessant voor een concurrent die als derde-partij een beroep doet op het Unierecht of het EVRM om te bewerkstelligen dat niet alleen de belangen van een direct belanghebbende worden betrokken in de besluitvorming en uiteindelijk zelfs een ander besluit wordt genomen, zodat zijn concurrentiepositie niet onnodig wordt geschaad. Over die situatie gaat deze paragraaf. Achtereenvolgens komen aan de orde beroepen op het Unierecht (paragraaf 5.6.1) en op het EVRM (paragraaf 5.6.2). De paragraaf wordt afgesloten met een conclusie (paragraaf 5.6.3).

5.6.1 Beroepen op rechtstreeks werkend Unierecht

Ondernemers die door een besluit in hun concurrentiebelangen worden getroffen doen regelmatig een beroep op rechtstreeks werkende bepalingen van Unierecht. Het gaat daarbij onder meer om beroepen op de verkeersvrijheden, de Dienstenrichtlijn en de staatssteunregels. In hoofdstuk 4 werd al duidelijk dat die Unierechtelijke normstelsels er bij uitstek toe strekken een gelijk speelveld tussen ondernemers te creëren en te handhaven. Het is dus

²⁶⁹ De formulering van deze vraag is ontleend aan Schlössels 2015, p. 115. Zie ook Sanderink 2016, p. 317.

niet verwonderlijk dat juist concurrenten vaak een beroep doen op het Unierecht. Relevant is dan ook de vraag in hoeverre met een beroep op het Unierecht kan worden bereikt dat het bestuur en de bestuursrechter rekening houden met concurrentiebelangen. De mate waarin het Unierecht concurrentiebelangen beschermt kwam uitvoerig aan bod in hoofdstuk 4 en blijft hier daarom onbesproken. Eerst komt in algemene zin aan de orde in hoeverre op grond van het Unierecht nationale doelgebonden afwegingskaders buiten beschouwing moeten worden gelaten (paragraaf 5.6.1.1). Vervolgens wordt stilgestaan bij de betekenis van het Unierecht voor de bescherming van concurrentiebelangen (paragraaf 5.6.1.2).

5.6.1.1 De doorwerking van het Unierecht in bestuursrechtelijke geschillen

Het Unierecht heeft een bijzonder karakter. De Europese Unie vormt een zelfstandige rechtsorde ten gunste waarvan de lidstaten – op bepaalde terreinen – hun soevereiniteit hebben beperkt.²⁷⁰ Hierdoor komt het Unierecht op eigen kracht gelding toe in de rechtsorde van de lidstaten. Het verschilt hierin van ‘gewoon’ verdragsrecht, waarvan de doorwerking een exclusieve aangelegenheid van de staat is. Het Unierecht heeft een autonoom karakter op grond waarvan het onmiddellijke werking heeft in de lidstaten als ware het intern recht (beginsel van rechtstreekse werking).²⁷¹ Omdat het nationale recht geen afbreuk mag doen aan het Unierecht, heeft het Unierecht bovendien voorrang.²⁷² Het beginsel van rechtstreekse werking verplicht in de eerste plaats nationale (bestuurs)rechters het Unierecht toe te passen.²⁷³ Maar ook bestuursorganen zijn verplicht rechtstreeks werkend Unierecht toe te passen en, zo nodig, daarmee strijdig nationaal recht buiten toepassing te laten (*Costanzo*-verplichting).²⁷⁴ Voor concurrenten relevante voorbeelden van rechtstreeks werkend Unierecht, zijn de bepalingen inzake het vrij verkeer en de *standstill*-verplichting uit artikel 108 lid 3 VWEU.²⁷⁵ Daarnaast kan ook secundair Unierecht rechtstreekse werking hebben.²⁷⁶

270 HvJ EG 5 februari 1963, C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1 (*Van Gend & Loos*). Zie ook Amtenbrink & Vedder 2017, p. 163, Craig & De Búrca 2015, p. 189, en Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 31-32.

271 HvJ EG 5 februari 1963, C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1 (*Van Gend & Loos*). Zie ook Amtenbrink & Vedder 2017, p. 164, Barents & Brinkhorst 2012, p. 61, en Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 67-68.

272 HvJ EG 15 juli 1964, C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa ENEL*). Zie ook Barents & Brinkhorst 2012, p. 89, en Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 31-32.

273 HvJ EG 9 maart 1978, C-106/77, ECLI:EU:C:1978:49 (*Simmenthal*), punt 21.

274 HvJ EG 22 juni 1989, C-103/88, ECLI:EU:C:1989:256 (*Fratelli Costanzo*), punt 31. Zie ook HvJ EG 9 september 2003, C-198/01, ECLI:EU:C:2003:430 (*CIF*), punt 49, en HvJ EG 29 april 1999, C-224/97, ECLI:EU:C:1999:212 (*Ciola*), punt 30. Zie over de *Costanzo*-verplichting uitgebreid Verhoeven 2011.

275 Zie voor een wat uitgebreidere inventarisatie Barents & Brinkhorst 2012, p. 84.

276 Craig & De Búrca 2015, p. 198-200.

Dit geldt in de eerste plaats voor verordeningen. Maar ook richtlijnen kunnen rechtstreekse werking hebben, wanneer zij niet of niet correct zijn omgezet en de betreffende richtlijnbeeping voldoende duidelijk en onvoorwaardelijk is.²⁷⁷

Het vorenstaande betekent in de eerste plaats dat bestuursorganen en bestuursrechters gehouden zijn rechtstreeks werkende bepalingen van Unierecht toe te passen. In dat verband moeten zij beoordelen of de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid leidt tot strijdigheid met het Unierecht. De bepalingen van Unierecht dienen daarbij als toetsingsmaatstaf voor het nationale recht.²⁷⁸ Als blijkt dat sprake is van een conflict tussen nationaal recht en Unierecht zijn twee oplossingen denkbaar die ik hieronder kort zal bespreken.²⁷⁹ Voor concurrenten is daarbij vooral de vraag relevant of met een beroep op bepalingen van Unierecht kan worden bereikt dat, hoewel concurrentiebelangen op grond van het nationale doelgebonden afwegingskader geen rol kunnen spelen in de besluitvorming, daarmee toch rekening moet worden gehouden en dus het specialiteitsbeginsel wordt doorbroken.²⁸⁰

Unierecht-conforme interpretatie

Bij een conflict tussen een bepaling van Unierecht en nationaal recht kan in de eerste plaats worden getracht dat conflict op te lossen door middel van Unierecht-conforme interpretatie van het nationale recht. De verplichting daartoe volgt uit het Unierechtelijke beginsel van loyale samenwerking, dat is te vinden in artikel 4 lid 3 VEU.²⁸¹ Unierecht-conforme interpretatie houdt in dat het nationale recht wordt uitgelegd in de context van het Unierecht.²⁸² Hoewel dit kan leiden tot een verandering van het bestuurlijke beoordelingskader,²⁸³ is hierbij geen sprake van het opzij zetten of oprekken van het specialiteitsbeginsel. Het is immers nog steeds het nationale recht dat wordt opgediend, zij het met een Europees sausje eroverheen. Hooguit is sprake van enige oprekking van het doelgebonden beoordelingskader. Dit kan voor een ondernemer gunstig uitpakken, wanneer concurrentiebelangen daarmee binnen het beoordelingskader worden gebracht. De mogelijkheid van conforme interpretatie is niet onbeperkt. Het middel is in

277 HvJ EG 19 november 1991, C-6/90 en C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428 (*Francovich*), punt 11, en HvJ EG 19 januari 1982, C-8/81, ECLI:EU:C:1982:7 (*Becker*), punten 24-25. Zie ook Amtenbrink & Vedder 2017, p. 194-195, en Craig & De Búrca 2015, p. 200-205.

278 Verhoeven 2011, p. 39 en 313.

279 Zie over de doorwerking van Unierecht in de nationale rechtsorde uitgebreider Widdershoven 2016-2.

280 Zie over deze vraag Jans 2006, p. 13-28.

281 Sanderink 2016, p. 323, Graig & De Búrca 2015, p. 210, en Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 59.

282 Zie hierover uitgebreid Jans, Prechal & Widdershoven 2011, hoofdstuk 4. Zie ook Barents & Brinkhorst 2012, p. 93.

283 Jans 2006, p. 16.

het bijzonder geschikt wanneer het Unierechtelijke beoordelingskader in het verlengde ligt van het nationale beoordelingskader. Sommige kloven zijn echter onoverbrugbaar. Zo mag Unierecht-conforme interpretatie niet leiden tot *contra legem* uitleg van het nationale recht en kan een *limitatief* stelsel niet via conforme interpretatie in een *enumeratief* stelsel veranderen.²⁸⁴

Buiten toepassing laten nationaal beoordelingskader

Een tweede oplossing voor een conflict tussen een bepaling van Unierecht en nationaal recht, is het buiten toepassing laten van het nationale beoordelingskader op grond van het beginsel van voorrang. Deze oplossing is verstrekkender dan de eerste, zodat, volgens de Afdeling, de eerste oplossing de voorkeur heeft.²⁸⁵ Is Unierecht-conforme interpretatie echter niet mogelijk, dan geldt dat als een derde-belanghebbende bij de bestuursrechter met succes een beroep doet op rechtstreeks werkend Unierecht, de rechter het besluit vernietigt. Dat moet zelfs wanneer het nationale toetsingskader geen ruimte laat om het belang dat de desbetreffende Unierechtelijke bepaling beschermt bij de uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheid te betrekken. In de rechtspraak en de literatuur wordt in ieder geval erkend dat een limitatief-imperatief stelsel, zoals dat bijvoorbeeld geldt voor de beoordeling van een aanvraag voor een omgevingsvergunning voor bouwen, kan worden doorbroken als verlening of weigering van een vergunning op grond van het nationale stelsel strijdig is met rechtstreeks werkend Unierecht.²⁸⁶ Jans betoogt terecht dat in het verlengde hiervan moet worden aangenomen dat het Unierecht het specialiteitsbeginsel kan doorbreken, al was het maar omdat een limitatief-imperatief stelsel een vergaande vorm van specialiteit is.²⁸⁷

Het komt er dus op neer dat in geval van een conflict tussen Unierecht en nationaal recht eerst moet worden onderzocht of het nationale recht zo valt te plooiën dat bij de uitoefening van de nationale publiekrechtelijke bevoegdheid rekening kan worden gehouden met belangen die de Unierechtelijke bepaling beschermt. Lukt dat niet, dan moet – onder omstandigheden – het nationale toetsingskader wijken.

Het soort Unierechtelijke bepaling waar een beroep op wordt gedaan

Van belang voor de beantwoording van de vraag of het Unierecht het specialiteitsbeginsel doorbreekt is tot slot of een beroep wordt gedaan op primair of subsidiair Unierecht. In geval van een beroep op richtlijnbeoordelingen geldt

284 Verhoeven 2011, p. 33-34, Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 63-67, en Jans 2006, p. 17.

285 ABRvS 31 maart 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AA6571, r.o. 2.6 en 2.7, AB 2000/303, m.nt. Ch. Backes. Zie ook Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 58.

286 ABRvS 16 maart 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT0540 r.o. 2.3.2. Van Buuren e.a. 2014, p. 167, en Jans 2006, p. 19.

287 Jans 2006, p. 19. Zie ook Schlössels 1998, p. 9.

dat deze rechtstreekse werking hebben – en door particulieren inroepbaar zijn – wanneer deze onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn en de richtlijn niet tijdig of niet juist is omgezet.²⁸⁸ Aan de rechtstreekse werking van richtlijnen zitten echter nog andere grenzen. Zo is er het verbod van omgekeerde verticale werking (verbod van ‘*inverse direct effect*’). Dit houdt in dat de overheid zich niet op een niet tijdig of niet juist omgezette richtlijn kan beroepen ten laste van een particulier.²⁸⁹ Dit verbod staat er in beginsel aan in de weg dat bij het nemen van een besluit ambtshalve belangen worden betrokken die worden beschermd door een richtlijn die niet tijdig of niet juist is omgezet. Die belangen kunnen volgens de Afdeling pas worden betrokken wanneer een derde zich daarop beroept (zgn. Boxtel-lijn).²⁹⁰ Rechtstreeks werkende richtlijnbevestigingen kunnen dus weliswaar aanleiding geven tot het doorbreken van het specialiteitsbeginsel, maar pas als een derde zich op die bepaling beroept (driehoekssituaties²⁹¹).

Anders is het met beroepen op verordeningen en het primaire Unierecht. Een bestuursorgaan moet daar altijd rekening mee houden op grond van de *Costanzo*-verplichting. Dat betekent dat een door het specialiteitsbeginsel gedicteerd nationaal beoordelingskader *moet* worden doorbroken als toepassing ervan leidt tot strijd met een bepaling van Unierecht, zoals de *stand-*

288 HvJ EG 19 november 1991, C-6/90 en C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428 (*Franovich*), punt 11, en HvJ EG 19 januari 1982, C-8/81, ECLI:EU:C:1982:7 (*Becker*), punten 24-25. Zie ook Amtenbrink & Vedder 2017, p. 194-195, en Craig & De Búrca 2015, p. 200-205.

289 HvJ EG 8 april 1987, C-80/86, ECLI:EU:C:1987:431 (*Kolpinghuis*), punt 8, en HvJ EG 19 januari 1982, C-8/81, ECLI:EU:C:1982:7 (*Becker*), punten 24-25.

290 ABRvS 7 december 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU7583, AB 2006/67, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*Boxtel*). Op deze uitspraak is in de literatuur de nodige kritiek geuit. Zie Widdershoven 2012, Verhoeven 2011, p. 207, Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 88-89, en Jans 2006. De kritiek betreft de ‘spagaat’ waarin bestuursorganen verkeren. Deze spagaat bestaat er uit dat het bestuursorgaan er voor kan kiezen om overeenkomstig het nationale toetsingskader, dus met inachtneming van het specialiteitsbeginsel, een vergunning te verlenen, maar het risico loopt dat wanneer die vergunning in strijd komt met een rechtstreeks erkende richtlijnbevestiging en een derde daartegen beroep instelt, de bestuursrechter de vergunning om die reden vernietigt. Als het bestuursorgaan er daarentegen voor kiest om al bij de beslissing op de vergunningaanvraag rekening te houden met rechtstreeks werkende richtlijnbevestigingen en de vergunning om die reden weigert en de aanvrager daartegen in beroep komt, vernietigt de bestuursrechter het besluit omdat dit neerkomt op een vorm van ongeoorloofde horizontale werking. Volgens Jans is dit laatste niet het geval en volgt uit het arrest *Wells* (HvJ EG 7 januari 2004, C-201/02, ECLI:EU:C:2004:12, AB 2004/150, m.nt. A.J.C. de Moor-van Vugt) dat negatieve gevolgen voor de aanvrager van het buiten toepassing laten van een te beperkt toetsingskader niet als een verboden vorm van horizontale werking kunnen worden beschouwd. Jans 2014, p. 109-115, verwacht overigens dat de Afdeling, naar aanleiding van het arrest *Salzburger Flughafen* (HvJ EU 21 maart 2013, C-244/12, ECLI:EU:C:2013:203, AB 2014/45, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven) de Boxtel-lijn zal verlaten. Widdershoven 2016-2, p. 361, acht niet uitgesloten dat de Afdeling de Boxtel-lijn inmiddels daadwerkelijk heeft verlaten in ABRvS 11 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2120, AB 2014/320, m.nt. S. Handgraaf (*Stegeren*). Hij houdt evenwel een slag om de arm.

291 Zie voor het begrip ‘driehoekssituaties’ of ‘driehoeksverhoudingen’ Sanderink 2016, p. 317, en Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 86.

still-verplichting of de vrij-verkeerbepalingen. Hierbij moet worden opgemerkt dat de rechter het probleem nog wel eens ontloopt door een besluit te vernietigen op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel (artikel 3:2 Awb) of het motiveringsbeginsel (artikel 3:4 Awb) omdat het bestuursorgaan onvoldoende aandacht heeft gehad voor het relevante Unierecht.²⁹² Op deze aanpak is in de literatuur forse kritiek geuit, vooral wanneer het gaat om staatssteunzaken.²⁹³ De kern van de kritiek is dat deze benadering halfslachtig is en niet de bescherming wordt geboden die het Unierecht eist van de nationale rechter. Op grond van de rechtspraak van het Hof van Justitie dient de nationale rechter immers zodanige maatregelen te treffen dat concurrenten van de ontvanger van staatssteun zoveel mogelijk worden beschermd tegen de (mogelijk) onrechtmatige tenuitvoerlegging van een steunmaatregel.²⁹⁴ Metselaar nuanceert deze kritiek, omdat de Afdeling er inmiddels blij van heeft gegeven niet alle lastige vragen ten aanzien van vermeende staatssteun uit de weg te gaan en het soms de vraag is of de bestuursrechter wel zo ver moet gaan dat hij zelf vaststelt of sprake is van onrechtmatige staatssteun.²⁹⁵

5.6.1.2 De betekenis van het Unierecht voor concurrentiegeschillen

In de vorige paragraaf ging het in meer algemene zin over de doorwerking van het Unierecht in het nationale bestuursrecht. In deze paragraaf komt de vraag aan de orde naar de betekenis van het materiële Unierecht voor concurrentiegeschillen. Deze vraag zal worden beantwoord aan de hand van enkele voorbeelden uit de rechtspraak van de Afdeling en het CBB.

De vrij-verkeerbepalingen – Betfair

Op deze plaats roep ik allereerst de in hoofdstuk 4 besproken zaak *Betfair* in herinnering.²⁹⁶ In die zaak ging het om een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming die over een vergunning beschikte om in die lidstaat kansspelen aan te bieden via internet. *Betfair* wilde echter ook kansspelen aanbieden op de Nederlandse markt en vroeg daarvoor vergunningen aan. Deze werden geweigerd. Daarbij stelde de minister zich op het standpunt dat de Wks een gesloten vergunningstelsel kent en er al vergunningen waren verleend aan De Lotto en SGR. *Betfair* maakte bezwaar tegen de

292 ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1245, r.o. 6, AB 2014/290, m.nt. J.R. van Angeren (*Ridderstee*), en ABRvS 17 december 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AO0234, r.o. 2.7, AB 2004/262, m.nt. M.J. Jacobs & W. den Ouden (*Martiniplaza*).

293 Adriaanse 2006, p. 194-195, en Jacobs & Den Ouden 2005, p. 7-8. Zie ook R. Ortlep, annotatie bij ABRvS 1 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ9094, AB 2013/ 345, punt 2.

294 HvJ EU 21 november 2013, C-284/12, ECLI:EU:C:2013:755 (*Deutsche Lufthansa*), punten 30 en 31, en HvJ EU 11 maart 2010, C-1/09, ECLI:EU:C:2010:136 (*CELF/SIDE II*), punt 30. Zie ook Metselaar 2016, p. 87-103.

295 Metselaar 2016, p. 291-293.

296 HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307 (*Betfair*). Zie paragraaf 4.4.

afwijzing van haar aanvraag en de verlening (feitelijk verlenging) van de vergunningen van De Lotto en SGR en voerde onder meer aan dat het één-vergunningstelsel voor kansspelen zoals opgenomen in de Wks, strijdig is met het in artikel 56 VWEU neergelegde vrij verkeer van diensten. Dit betoog kan worden opgevat als een beroep op het recht op een gelijk speelveld, waarbij ondernemers een gelijke kans op toegang tot de markt krijgen. Betfair brengt dus haar concurrentiebelang, waarin zij wordt getroffen door de weigering van de vergunning, in stelling.

Het doel van de Nederlandse kansspelregelgeving is het kanaliseren van de menselijke speelzucht. Enerzijds wordt ruimte geboden aan de in de maatschappij bestaande behoefte om deel te nemen aan kansspelen, terwijl, anderzijds het aanbod wordt gereguleerd om zo kansspelverslaving te voorkomen, voldoende spelersbescherming te kunnen bieden en uitwassen en misstanden, zoals fraude en criminaliteit, te voorkomen.²⁹⁷ De Wks strekt er dus toe een legaal alternatief te bieden voor illegale kansspelen en zo de goklust in goede banen te leiden.²⁹⁸ Op grond van het specialiteitsbeginsel mogen bij de afweging die aan de verlening van een kansspelvergunning ten grondslag wordt gelegd slechts belangen worden betrokken die verband houden met de belangen ter bescherming waarvan de desbetreffende regeling – de Wks – in het leven is geroepen. Dit betekent dat een afweging moet worden gemaakt tussen enerzijds het belang om tegemoet te komen aan de in de maatschappij bestaande behoefte om deel te nemen aan kansspelen en anderzijds het belang om negatieve effecten van kansspelen zoveel mogelijk tegen te gaan. Voor een belangrijk deel is deze afweging al gemaakt in de Wks zelf, doordat voor vrijwel alle in die wet genoemde kansspelen het aantal vergunningen dat kan worden verleend beperkt is tot één.²⁹⁹ Deze plafonds zorgen ervoor dat geen wildgroei aan casino's ontstaat en maken de kansspelmarkt zo beheersbaar en controleerbaar. De plafonds maken echter ook dat kansspelvergunningen in potentie schaars zijn. Dit betekent dat de verlening van een vergunning aan de ene marktpartij ten koste gaat van de concurrentiepositie van de andere marktpartij. Die kan immers de markt niet betreden. Verstoring van het gelijke speelveld ligt op de loer, wanneer bij de toekenning van een kansspelvergunning niet alle geïnteresseerde marktpartijen een gelijke kans krijgen. Dit was het geval in de zaak *Betfair*,

297 *Kamerstukken II* 1995/96, 24557, 2, p. 3, en *Kamerstukken II* 2008/09, 24557, 93, p. 1-2. Zie ook *Kamerstukken II* 2009/10, 32264, 3, p. 1, waar als hoofddoel van het kansspelbeleid wordt genoemd het voorkomen van excessen, zoals witwassen en kansspelverslaving. Ook in de toelichting op het wetsvoorstel 'Wijziging van de Wet op de kansspelen, de Wet op de kansspelbelasting en enkele andere wetten in verband met het organiseren van kansspelen op afstand' (*Kamerstukken II* 2013/14, 33 996, 3) is vermeld dat het hoofddoel van het wetsvoorstel de kanalisering van de menselijke speelzucht is. Zie verder ook Wolswinkel 2009-1, p. 293.

298 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 264, nr. 3, p. 20.

299 Voor het aanwezig hebben van kansspelautomaten geldt een iets ander regime.

omdat de enige vergunning steeds stilzwijgend werd verlengd.³⁰⁰ In dit licht is het opmerkelijk dat de Wks geen regels bevat voor de verdeling van de schaarse rechten. Dit hangt er vermoedelijk mee samen dat, anders dan voor bijvoorbeeld frequentieruimte het geval is, er op het niveau van de EU geen regelgeving bestaat met betrekking tot de regulering van kansspelen.³⁰¹ De in het Unierecht ingebakken bescherming van het gelijke speelveld tussen ondernemers sijpelt daardoor nog niet door naar het nationale niveau. Wat dan overblijft is een rechtstreeks beroep op het Unierecht, zoals dat gebeurde in de zaak *Betfair*.

In de zaak *Betfair* stelde de Afdeling het Hof van Justitie de vraag of de rechtspraak van het Hof van Justitie – waarin is geoordeeld dat het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting door concessie verlenende overheidsinstanties in acht moet worden genomen³⁰² – ook van toepassing is op vergunningverlening op grond van de Wks.³⁰³ Voorts vroeg de Afdeling of het verlengen van een dergelijke vergunning zonder dat potentiële gegadigden de kans krijgen mee te dingen naar deze vergunning een geschikt en proportioneel middel is ter realisering van de doelstellingen die gebaseerd zijn op dwingende redenen van algemeen belang. Het Hof van Justitie antwoordde kort gezegd dat uit het aan artikel 56 VWEU (vrij verkeer van diensten) ten grondslag liggende beginsel van gelijke behandeling volgt dat een éénvergunningstelsel de nationale autoriteiten niet de vrijheid geeft om dat recht naar eigen inzicht toe te kennen aan een marktpartij. Alle geïnteresseerde marktpartijen moeten een gelijke kans krijgen om voor dat recht in aanmerking te komen. Dit betekent dat aan de hand van objectieve criteria moet worden bepaald welke marktpartij voor het recht in aanmerking komt en aan die criteria voldoende bekendheid moet worden gegeven.

In de einduitspraak oordeelde de Afdeling vervolgens dat er geen rechtvaardiging bestond om zonder enige oproep tot mededinging de vergunningen aan De Lotto en SGR te verlenen dan wel te verlengen.³⁰⁴ Vaststond dat de minister de aan De Lotto en aan SGR verleende vergunningen verlengd heeft, zonder dat daar enige oproep tot mededinging aan vooraf is gegaan. De Afdeling komt dan ook tot de conclusie dat de besluiten tot verlenging van de vergunningen van De Lotto en SGR en de weigering de vergunningen aan *Betfair* te verlenen in strijd zijn met artikel 56 VWEU.

300 Dat overheden dat doen is overigens wel begrijpelijk, zeker op een gevoelig terrein als dat van de kansspelen. Als een partij eenmaal heeft bewezen een betrouwbare partner te zijn is het voor de overheid namelijk prettig om de 'samenwerking' te kunnen voortzetten.

301 Adriaanse, Barkhuysen & Van den Bogaert 2011, p. 159-160.

302 De Afdeling verwijst naar HvJ EG 13 september 2007, C-260/04, ECLI:EU:C:2007:508 (*Commissie/Italië*), en HvJ EG 13 november 2007, C-507/03, ECLI:EU:C:2007:676 (*An Post*).

303 ABRvS 14 mei 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD1483.

304 ABRvS 23 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP8768, AB 2011/230, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Betfair*).

De zaak *Betfair* laat zien dat, zoals in paragraaf 5.5.2.6 al werd opmerkt, bij de verdeling van schaarse vergunningen meerdere deelbeslissingen kunnen worden onderscheiden. De eerste beslissing betreft de vraag *of* al dan niet een vergunning ter beschikking wordt gesteld. Deze beslissing wordt genormeerd door het doelgebonden afwegingskader, neergelegd in de Wks. Dat afwegingskader ziet op het beschermen van de maatschappij tegen gokverslaving, fraude en criminaliteit. Concurrentiebelangen houden daarmee geen verband. Het specialiteitsbeginsel staat er dan ook aan in de weg dat die belangen een rol spelen bij de beslissing over het al dan niet verlenen – als zodanig – van de vergunning en de toetsing daarvan door de bestuursrechter. Problematisch is dat niet. De verlening van een vergunning leidt op zichzelf namelijk niet tot een verstoring van het gelijke speelveld. Hooguit krijgt een zittende ondernemer te maken met een toename van concurrentie, maar het bestuursrecht dient niet ter bescherming daartegen. De tweede beslissing betreft de vraag aan *wie* de schaarse vergunning zal worden verleend. Bij die vraag speelt het doelgebonden afwegingskader van de Wks nagenoeg geen rol. De beslissing over de wie-vraag wordt, wanneer het gaat om een grensoverschrijdende situatie, genormeerd door onder andere de vrij-verkeerbepalingen. Op grond van het beginsel van gelijke behandeling dat aan de basis ligt van die bepalingen moet bij verdeling van schaarse vergunningen mededingingsruimte worden gecreëerd. Alleen dan hebben alle geïnteresseerde marktpartijen immers een gelijke kans om de markt te betreden. Het gelijke speelveld wordt op die manier niet verstoord.

De zaak *Betfair* laat verder zien dat met een beroep op de Unierechtelijke verkeersvrijheden kan worden bereikt dat bij het nemen van een besluit op de aanvraag om een kansspelvergunning en de toetsing van dat besluit door de bestuursrechter rekening wordt gehouden met het belang van een gelijk speelveld.

De Dienstenrichtlijn – Harmsen

De laatste jaren wordt in bestuursrechtelijke procedures steeds vaker een beroep gedaan op de Dienstenrichtlijn.³⁰⁵ Deze richtlijn beoogt een concurrerende dienstenmarkt tot ontwikkeling te brengen.³⁰⁶ Met het oog hierop is het noodzakelijk belemmeringen voor de vrijheid van vestiging en voor het vrije verkeer van diensten te verwijderen.³⁰⁷ De Dienstenrichtlijn bevat daartoe voorschriften. Zo is in artikel 9 als hoofdregel bepaald dat lidstaten de toegang tot de uitoefening van een dienst niet afhankelijk stellen van een vergunningstelsel. Vergunningstelsels zijn in beginsel dus verboden. Een veel voorkomende uitzondering op deze regel geldt als een vergunningstelsel niet discriminerend is, gerechtvaardigd is wegens een dwingende reden van algemeen belang en proportioneel is. Als een ondernemer zich bij de

305 Richtlijn 2006/123/EG (*PbEU* 2006, L 376/36).

306 Overweging 2 van de considerans.

307 Overweging 5 van de considerans.

bestuursrechter op de Dienstenrichtlijn beroept gaat het vaak om de situatie waarin geen vergunning wordt verleend voor een bepaalde economische activiteit³⁰⁸ of waarin een bestemmingsplan wordt vastgesteld dat beperkingen inhoudt ten aanzien van de zich op een bepaalde locatie te ontwikkelen bedrijvigheid (o.a. branching).³⁰⁹ In dergelijke gevallen wordt in hoofdzaak opgekomen voor het belang van een ongehinderde bedrijfsvoering en niet zozeer voor het belang om gevrijwaard te blijven van een concurrent of het belang van een gelijk speelveld. Er wordt in dat geval dus niet in de eerste plaats door een ondernemer geprocedeerd in zijn hoedanigheid van concurrent. Dat neemt natuurlijk niet weg dat toegang tot de markt noodzakelijk is om te kunnen concurreren, al zijn concurrentiebelangen niet de inzet van de procedure. Daarom is het nuttig om toch ook stil te staan bij deze situatie. Ter illustratie valt te wijzen op de zaak *Harmsen*, waarin het ging om de afwijzing van een vergunning voor het exploiteren van twee raamprostitutiebedrijven.³¹⁰

Op grond van artikel 3.27 APV 2008 van Amsterdam is het verboden om zonder vergunning van de burgemeester een prostitutiebedrijf te exploiteren.³¹¹ In artikel 3.30 zijn de weigeringsgronden voor een vergunning opgenomen. Deze houden in hoofdzaak verband met de bescherming van het goede woon- en leefklimaat en de openbare orde in de omgeving van het pand en het voorkomen van strafbare feiten ten aanzien van prostituees (o.a. mensenhandel en uitbuiting) en klanten (o.a. beroving en mishandeling). Deze weigeringsgronden houden geen verband met de bescherming van het gelijke speelveld tussen exploitanten van prostitutiepanden. Dit betekent dan ook dat concurrentiebelangen geen rol spelen in de besluitvorming en de toetsing daarvan door de bestuursrechter.

Harmsen exploiteerde in Amsterdam al één raamprostitutiebedrijf. Hij vroeg de burgemeester om vergunningen voor de exploitatie van twee andere raamprostitutiebedrijven. Deze aanvraag werd afgewezen. Daaraan is ten grondslag gelegd dat uit rapporten en bevindingen van toezichthouders is gebleken dat Harmsen in het reeds door hem geëxploiteerde raamprostitutiebedrijf kamers heeft verhuurd aan prostituees uit Hongarije en Bulgarije die bij de intakeprocedure niet in het Engels, Nederlands of in een andere voor Harmsen begrijpelijke taal konden communiceren. Volgens de burgemeester betekent dit dat de bedrijfsvoering van Harmsen niet op zodanige wijze is ingericht dat misstanden worden voorkomen. De burgemeester heeft daarom niet het vertrouwen dat Harmsen de exploitatie van de twee

308 ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2488, AB 2015/13, m.nt. A. Drahmman (*Trijber*), en ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2495, AB 2014/450, m.nt. M.R. Botman (*Harmsen*).

309 ABRvS 13 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:75, *Gst.* 2016/39, m.nt. B. Hessel (*Appingedam*).

310 Verwijzingsuitspraak: ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2495, *Gst.* 2015/3, m.nt. B. Hessel (*Harmsen*), en einduitspraak: ABRvS 27 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:168, *Gst.* 2016/49, m.nt. B. Hessel (*Harmsen*).

311 De APV van Amsterdam is nadien enigszins gewijzigd, waarbij henummering heeft plaatsgevonden. Inhoudelijk is er echter weinig veranderd.

door hem beoogde raamprostitutiebedrijven met zodanige waarborgen zal omkleden dat ten aanzien van de daar werkzame prostituees geen strafbare feiten plaatsvinden.

Harmsen was het met de afwijzing van zijn aanvraag niet eens. Hij voerde in de procedure tegen de afwijzing onder meer aan dat aan hem, in strijd met artikel 10 van de Dienstenrichtlijn, wordt tegengeworpen dat hij kamers heeft verhuurd aan prostituees die de Nederlandse taal niet machtig zijn. Hij stelt daardoor te worden belemmerd in de verhuur van kamers aan prostituees. Hier wordt duidelijk dat het in deze zaak in de kern gaat om het belang van onbelemmerde bedrijfsvoering en dus niet in de eerste plaats om het belang van een gelijk speelveld. Dat laat natuurlijk onverlet dat de Dienstenrichtlijn ertoe strekt dienstverleners vrije en gelijke toegang tot de markt te bieden en aldus het gelijke speelveld te beschermen. Met het beroep van Harmsen op de Dienstenrichtlijn worden dus concurrentiebelangen binnen het afwegingskader gehaald. Het doelgebonden afwegingskader van de APV wordt dan ook 'doorbroken'. Er worden immers belangen in de besluitvorming geïntroduceerd die geen verband houden met de door de in de APV opgesomde weigeringsgronden beschermde belangen. Een beroep op het Unierecht fungeert als een soort breekijzer om concurrentiebelangen toch een plaats te geven in de besluitvorming en de toetsing daarvan door de bestuursrechter.

Het Unierechtelijke breekijzer bleek in deze zaak overigens niet sterk genoeg om Harmsen te verzekeren van een onbelemmerde dienstverrichting. Na het Hof van Justitie daarover een vraag te hebben gesteld,³¹² kwam de Afdeling tot de conclusie dat de gestelde eis dat een prostituee zich aan de exploitant verstaanbaar moet kunnen maken in een voor hem begrijpelijke taal gerechtvaardigd was om een dwingende reden van algemeen belang, zijnde de eerbied voor de menselijke waardigheid.³¹³ Ook was de maatregel naar het oordeel van de Afdeling geschikt om de verwezenlijking van de gerechtvaardigde doelstelling te waarborgen, omdat met de eis dat prostituees zich aan de exploitant verstaanbaar kunnen maken wordt verzekerd dat de exploitant zich vertrouwelijk, zonder bijzijn van derden van wie invloed zou kunnen uitgaan op de uitspraken van de prostituee, kan informeren over haar wensen en situatie.³¹⁴ Tot slot was volgens de Afdeling de maatregel evenredig aan de daarmee te dienen doelen, omdat niet vereist is dat de prostituee de Nederlandse taal machtig is, maar dat zij zich ook in een andere voor de exploitant begrijpelijke taal verstaanbaar kan maken.

De uitspraak van de Afdeling in de zaak *Harmsen* laat goed zien dat er een belangenafweging plaatsvindt, waarbij het door de Dienstenrichtlijn beschermde belang van een openmarkteconomie met eerlijke en vrije concurrentie wordt afgewogen tegen politieke en sociale belangen, zoals in dit

312 HvJ EU 1 oktober 2015, C-340/14 en C-341/14, ECLI:EU:C:2015:641 (*Trijber & Harmsen*).

313 ABRvS 27 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:168, r.o. 9.2.

314 ABRvS 27 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:168, r.o. 9.3.1.

geval het belang van de menselijke waardigheid dat ook één van de doelstellingen van de Europese Unie is.³¹⁵ In dit geval valt de belangenafweging uit ten nadele van de door de Dienstenrichtlijn beschermde belangen. Hoewel concurrentiebelangen dus een plaats hebben gekregen in de besluitvorming en de toetsing daarvan door de bestuursrechter, betekent dat niet zonder meer, dat die belangen altijd beschermd worden. De bescherming van het belang van een gelijk speelveld met vrije en eerlijke markttoegang is dus niet absoluut.

De Dienstenrichtlijn – zondagavondwinkel Nieuwegein

De Dienstenrichtlijn verbiedt niet alleen vergunningstelsels, maar stelt ook eisen aan stelsels die als zodanig gerechtvaardigd zijn. Zo is in artikel 11 bepaald dat vergunningen in beginsel voor onbepaalde duur zijn, tenzij het aantal beschikbare vergunningen beperkt is.³¹⁶ De Dienstenrichtlijn verbiedt dus de verlening van schaarse vergunningen voor onbepaalde tijd, wat in het verleden nog wel eens gebeurde. Wanneer nu bijvoorbeeld een ontheffing voor zondagsopenstelling van een winkel voor onbepaalde tijd wordt verleend, kan een concurrent die achter het net heeft gevestigd bij de bestuursrechter met succes een beroep doen op de Dienstenrichtlijn. In die procedure ligt dan niet de verlening van de ontheffing als zodanig voor, maar wordt een voorwaarde die aan de ontheffing is verbonden ter discussie gesteld. In dat geval wordt wel opgekomen voor het concurrentiebelang van de betreffende ondernemer. De vraag is nu of dit belang een rol kan spelen in de besluitvorming en de toetsing daarvan door de bestuursrechter.

In dit verband herinner ik aan de al eerder besproken uitspraak in de zaak *zondagavondwinkel Nieuwegein*.³¹⁷ In die zaak ging het om de wijziging van een reeds aan C1000 verleende ontheffing voor zondagsopenstelling. De ontheffing was in 2009 voor onbepaalde tijd verleend. In verband met gewijzigd beleid, op grond waarvan alle ontheffingen elke vier jaar voor loting beschikbaar moesten zijn, werd de ontheffing gewijzigd, in die zin dat de geldigheidsduur van de ontheffing werd beperkt. C1000 kwam hiertegen op en voerde aan dat er geen grondslag was voor deze wijziging, omdat het gewijzigde beleid dat aan de wijziging van de looptijd van haar ontheffing ten grondslag was gelegd geen verband hield met de belangen van de bescherming van de woon- of de leefsituatie en openbare orde in de omgeving van de winkel, ter bescherming waarvan een ontheffing vereist was. Het CBb volgde dit betoog en kwam tot de conclusie dat de looptijd van de ontheffing niet had mogen worden gewijzigd. Het specialiteitsbeginsel staat daaraan in de weg. De vraag rijst nu hoe zich dit verhoudt tot het bepaalde in artikel 11 Dienstenrichtlijn. Het CBb heeft daar niets over gezegd. Een

315 Zie bijvoorbeeld ook HvJ EG 14 oktober 2004, C-356/02, ECLI:EU:C2004:614 (*Omega*).

316 De in paragraaf 5.5.2.5 genoemde rechtspraak is onder invloed van de Dienstenrichtlijn tot stand gekomen.

317 CBb 17 juli 2013, ECLI:NL:CBB:2013:78, AB 2013/294, m.nt. C.J. Wolswinkel, (*zondagavondwinkel Nieuwegein*). Zie paragraaf 5.4.3.3.

verklaring daarvoor is dat het gaat om een supermarkt die een ontheffing heeft gevraagd. Dit betekent dat geen sprake is van het verrichten van een dienst en de Dienstenrichtlijn dus niet van toepassing is. Dat laat onverlet dat een beroep kan worden gedaan op de bepalingen inzake het vrij verkeer van goederen. Die strekken immers ter bescherming van dezelfde belangen als de Dienstenrichtlijn. Zou dat in deze zaak zijn gebeurd, dan vermoed ik dat – er van uitgaand dat geen sprake is van een zuiver interne situatie – het besluit geen stand zou hebben kunnen houden. Het laten voortbestaan van een schaarse ontheffing met een onbeperkte geldigheidsduur gaat immers ten koste van het gelijke speelveld. Concurrenten van de houder van een ontheffing komen niet meer voor de ontheffing in aanmerking en hebben derhalve geen gelijke kans meer op toegang tot de markt. Dit betekent dat in deze zaak de gemeente met een beroep op het vrij verkeer van goederen het doelgebonden afwegingskader van de eigen winkeltijdenverordening, naar ik vermoed, had kunnen doorbreken. Rechtstreeks werkend Unierecht heeft immers voorrang op nationaal recht.

Tussenconclusie

De hiervoor besproken voorbeelden laten zien dat met een beroep op het Unierecht, waarin belangen van concurrenten een centrale plaats innemen, bewerkstelligd kan worden dat met die belangen rekening wordt gehouden in de besluitvorming en de toetsing daarvan door de bestuursrechter, zelfs als die belangen geen verband houden met het doel van de uitgeoefende bestuursbevoegdheid. Het is daarbij uiteraard wel noodzakelijk dat de voorliggende situatie binnen het beschermingsbereik van de ingeroepen Unierechtelijke regelgeving valt. Soms, zoals bij de verdeling van schaarse publieke rechten, vult het Unierecht het nationale doelgebonden afwegingskader aan. Soms gaat het om een doorbreking van dat afwegingskader.

5.6.2 Beroepen op het EVRM

Niet valt uit te sluiten dat ondernemers die door een besluit in hun concurrentiebelangen worden getroffen zich beroepen op bepalingen uit het EVRM, al is dit de laatste jaren bij mijn weten niet voorgekomen. Een mogelijke verklaring voor dit laatste is dat concurrentiebelangen en in het bijzonder het belang van een gelijk speelveld, anders dan in het Unierecht, in het EVRM geen centrale plaats innemen. Toch kan het EVRM in theorie een rol spelen bij de bescherming van concurrentiebelangen. Deze rol staat centraal in deze paragraaf. Het gaat hierbij om de rol die het EVRM speelt in het Nederlandse materiële bestuursrecht, voor zover het gaat om de bescherming van concurrentiebelangen.³¹⁸ Dit betekent dat artikel 6 EVRM (recht op een eerlijk proces) en artikel 13 EVRM (recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel) in deze paragraaf niet aan de orde zullen komen. Eerst komt aan

318 Zie in algemene zin over de rol die het EVRM speelt in het Nederlandse materiële bestuursrecht Barkhuysen 2004.

bod in welke mate het EVRM concurrentiebelangen beschermt (paragraaf 5.6.2.1). Daarna komt aan de orde in hoeverre op grond van het EVRM nationale doelgebonden afwegingskaders buiten beschouwing moeten worden gelaten (paragraaf 5.6.2.2). Tot slot wordt stilgestaan bij de vraag naar de betekenis van het EVRM voor de bescherming van concurrentiebelangen.

5.6.2.1 Concurrentiebelangen in het EVRM

In hoofdstuk 4 werd duidelijk dat concurrentiebelangen prominent aanwezig zijn in het Unierecht. In het EVRM is de plaats van concurrentiebelangen minder zichtbaar. In het EVRM en de aanvullende protocollen is een groot aantal rechten en vrijheden opgenomen, maar een gelijk speelveld met eerlijke en vrije concurrentie wordt niet als een mensenrecht genoemd. Een verklaring hiervoor zou kunnen zijn dat grondrechten primair zijn geschreven voor kwetsbare belangen en concurrentiebelangen doorgaans niet als zodanig worden beschouwd. Toch betekent dit niet dat het EVRM helemaal zonder betekenis is voor de bescherming van concurrentiebelangen. Vooral het verbod van discriminatie, neergelegd in artikel 14 en het Twaalfde Protocol, en de bescherming van eigendom, neergelegd in artikel 1 van het Eerste Protocol (hierna: artikel 1 EP), zijn hierbij relevant.

Het verbod van discriminatie

Bij een gelijk speelveld gaat het in de kern om het creëren van gelijke kansen voor (concurrerende) ondernemers. Het ligt dus voor de hand om na te gaan in hoeverre het EVRM een recht op gelijke behandeling beschermt. In de eerste plaats komt artikel 14 EVRM dan in beeld. Dit artikel bepaalt:

‘Het genot van de rechten en vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld, moet worden verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status.’

Dit artikel formuleert het recht op gelijke behandeling en is in potentie dus interessant voor concurrenten. Doordat artikel 14 EVRM een accessoir karakter heeft, is het beschermingsbereik van deze bepaling echter beperkt. Discriminatie wordt niet in algemene zin verboden, maar alleen waar het het verzekeren van de EVRM-rechten betreft.³¹⁹ Het artikel houdt dus geen zelfstandig gelijkheidsbeginsel in.³²⁰ Voor concurrenten die door een besluit in het belang bij een gelijk speelveld worden getroffen ligt een beroep op artikel 14 EVRM daarom niet zo voor de hand, omdat er tevens sprake moet zijn van een beperking van een ander door het EVRM beschermd recht en die andere rechten op zichzelf niet veel verband houden met eerlijke concurrentie.

319 Barkhuysen 2004, p. 81, en Gerards 2002, p. 103-219.

320 Wollenschläger 2015, p. 238.

Interessanter is het Twaalfde Protocol, waarin een zelfstandig discriminatieverbod is neergelegd.³²¹ In artikel 1 is bepaald dat:

‘Het genot van elk in de wet neergelegd recht moet worden verzekerd zonder enige discriminatie op welke grond dan ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status.’

Hoewel hiermee is beoogd het gelijkheidsbeginsel meer op de voorgrond te plaatsen, is de betekenis hiervan voor het gelijke speelveld tussen ondernemingen beperkt. Het gaat vooral om gelijkheid ten aanzien van ‘persoonlijke’ kenmerken en niet zozeer om gelijkheid in economische zin. Anders dan bijvoorbeeld de Unierechtelijke vrijverkeerbepalingen, beschermt het Twaalfde Protocol niet tegen *elke* belemmering van het vrije verkeer en de concurrentie. Volgens Wollenschläger houdt het EVRM dan ook niet de algemene vrijheid in om een beroep uit te oefenen of een onderneming te starten.³²²

Omdat het Unierecht in de praktijk veel betere waarborgen biedt tegen ongelijke behandeling in het algemeen en van concurrenten in het bijzonder,³²³ is de betekenis van het in artikelen 14 EVRM en 1 van het Twaalfde Protocol neergelegde recht op gelijke behandeling voor de bescherming van het belang van concurrenten bij een gelijk speelveld maar van beperkte betekenis.

De bescherming van eigendom

Van groter belang voor concurrenten is artikel 1 van het Aanvullend Protocol bij het EVRM.³²⁴ Hierin is bepaald dat:

‘Iedere natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op het ongestoord genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht.’

Artikel 1 EP beschermt onder meer de mogelijkheid om de eigendom (naar eigen inzicht) te gebruiken en te vervreemden. Maar – en dat is voor concurrenten belangrijker – ook het bezit van eigendom als zodanig wordt beschermd. Het gaat daarbij om het hebben en behouden van eigendom.³²⁵

Bij beantwoording van de vraag of er sprake is van een onrechtmatige inbreuk op een eigendomsrecht hanteert het EHRM drie stappen. De eerste stap is de vraag of er sprake is van eigendom in de zin van artikel 1 EP. De tweede

321 Op dit moment heeft slechts een beperkt aantal landen, waaronder Nederland, Protocol nr. 12 geratificeerd.

322 Wollenschläger 2015, p. 239.

323 Gerards 2004, p. 177.

324 Dit Protocol wordt doorgaans aangeduid als het *Eerste* Protocol, maar strikt genomen is die naam niet juist.

325 Sanderink 2015, p. 57.

stap is dat wordt gezien of sprake is van een inbreuk op dat recht. Zo ja, dan is de derde stap of die inbreuk gerechtvaardigd is.³²⁶ Ik ben hier vooral geïnteresseerd in de vraag welke belangen in artikel 1 EP worden beschermd (het materiële beschermingsbereik), zodat ik vooral stilsta bij de vraag wanneer van eigendom in de zin van artikel 1 EP sprake is (stap 1).

Het begrip eigendom in artikel 1 EP heeft autonome betekenis.³²⁷ Dat houdt in dat de betekenis die het EHRM daaraan geeft losstaat van de betekenis die in de rechtsstelsels van de lidstaten aan het begrip eigendom wordt gegeven.³²⁸ Dit heeft tot gevolg dat het begrip ruimer is dan het begrip eigendom dat wij in het burgerlijk recht kennen (artikel 5:1 BW).³²⁹ Als maatstaf hanteert het EHRM dat het moet gaan om een *'title to a substantive interest'*.³³⁰ Het EHRM heeft hiermee het oog op economische, op geld waardeerbare aanspraken en belangen.³³¹ Het gaat derhalve niet alleen om stoffelijke objecten, maar ook om bijvoorbeeld aandelen, vergunningen³³² en een klantenkring.³³³ Artikel 1 EP is dus in de eerste plaats relevant voor ondernemers, omdat de intrekking van een vergunning of ontheffing om bepaalde economische activiteiten te mogen verrichten onder het regime van artikel 1 EP valt. Daarnaast is artikel 1 EP van belang omdat ook een klantenkring als eigendom wordt aangemerkt. Het verwerven en behouden van een klantenkring – en daarmee marktaandeel – heeft dus financiële waarde. In theorie valt dan ook elk besluit dat tot gevolg heeft dat een ondernemer marktaandeel verliest, bijvoorbeeld omdat aan een concurrent toegang tot de markt wordt verschaft, of omdat een concurrent onder gunstiger condities op de markt

326 Zie over deze stappen Schild 2012, p. 120-144, Tjepkema 2010, p. 614-627, en Barkhuysen 2004, p. 74-78.

327 EHRM 14 mei 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:0514JUD006652911 (*N.K.M./Hongarije*), punt 33, EHRM 29 maart 2010, ECLI:CE:ECHR:20100329JUD003404402 (*Depalle/Frankrijk*), punt 62, en EHRM 30 november 2004, ECLI:CE:ECHR:20041130JUD004893999 (*Öneryildiz/Turkije*), punt 124.

328 Sanderink 2015, p. 53, Schild 2012, p. 122, Tjepkema 2010, p. 615, en Barkhuysen 2004, p. 4.

329 Schild 2012, p. 121, acht het woord 'eigendom' zelfs enigszins misleidend als in aanmerking wordt genomen dat in de oorspronkelijke talen van het EVRM de begrippen *possessions* en *biens* worden gebruikt.

330 EHRM 14 mei 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:0514JUD006652911 (*N.K.M./Hongarije*), punt 33, EHRM 29 maart 2010, ECLI:CE:ECHR:20100329JUD003404402 (*Depalle/Frankrijk*), punt 62, en EHRM 30 november 2004, ECLI:CE:ECHR:20041130JUD004893999 (*Öneryildiz/Turkije*), punt 124. Zie ook Sanderink 2015, p. 53, en Schild 2012, p. 122.

331 Sanderink 2015, p. 54, en Tjepkema 2010, p. 615. Zie in dit verband bijvoorbeeld EHRM 30 november 2004, ECLI:CE:ECHR:20041130JUD004893999 (*Öneryildiz/Turkije*), punt 124.

332 EHRM 13 januari 2015, ECLI:CE:ECHR:20150113JUD006568113 (*Vékony/Hongarije*), punten 35-37, en EHRM 7 juli 1989, ECLI:CE:ECHR:19890707JUD000087384 (*Tre Traktörer Aktiebolag/Zweden*).

333 EHRM 13 maart 2012 ECLI:CE:ECHR:20120313JUD002378008 (*Malik/Verenigd Koninkrijk*), punten 89-93, en EHRM 26 juni 1986, ECLI:CE:ECHR:19860626HUD000854379, (*Van Marle e.a./Nederland*), punt 41.

kan opereren, onder de reikwijdte van artikel 1 EP. Een belangrijke opmerking hierbij is echter wel dat alleen bestaande rechten worden aangemerkt als eigendom.³³⁴ Toekomstige rechten vallen niet onder de bescherming van artikel 1 EP. Dit betekent dat artikel 1 EP in het kader van bijvoorbeeld de verdeling van schaarse publieke rechten veel minder betekenis heeft.³³⁵

Staat eenmaal vast dat sprake is van een inbreuk op een eigendomsrecht, dan beoordeelt het EHRM of die inbreuk gerechtvaardigd is. Daarbij worden drie stappen doorlopen. In de eerste plaats moet de inbreuk bij wet zijn voorzien. Is dat het geval, dan moet de vraag worden beantwoord of de inbreuk een legitieme doelstelling in het algemeen belang heeft. Is ook dat het geval, dan moet tot slot sprake zijn van een redelijk evenwicht tussen de eisen van het algemeen belang van de samenleving en de bescherming van de door het EVRM beschermde rechten.³³⁶ Een inbreuk op een eigendomsrecht is dus niet zonder meer verboden. Hoewel concurrentiebelangen dus wel degelijk onder de bescherming van artikel 1 EP vallen, moet steeds worden nagegaan of die inbreuk in het specifieke geval ook verboden is. Interessant is hoe deze beoordeling kan worden ingepast binnen het doelmatigheidskarakter van het Nederlandse bestuursrecht. Het is daarom nuttig om iets nader in te gaan op de doorwerking van het EVRM in bestuursrechtelijke concurrentiegeschillen.

5.6.2.2 *De doorwerking van het EVRM in bestuursrechtelijke geschillen*

De doorwerking van rechtstreeks werkende verdragsbepalingen – waaronder ook de bepalingen uit het EVRM – is geregeld in de artikelen 93 en 94 Grondwet (Gw). Artikel 93 bepaalt dat bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, die naar hun inhoud een ieder kunnen verbinden, verbindende kracht hebben nadat zij zijn bekendgemaakt (rechtstreekse werking). Het EVRM werkt dus automatisch door in de Nederlandse rechtsorde. Dit betekent dat de wetgever, het bestuur en de rechter daaraan gebonden zijn en niet in strijd met het EVRM mogen handelen.³³⁷ Artikel 94 verplicht vervolgens tot het buiten toepassing laten van voorschriften die onverenigbaar zijn met een ieder verbindende verdragsbepalingen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties (voorrang). Hieruit volgt dat EVRM voorrang heeft op het nationale recht. De verplichting uit artikel 94 Gw geldt in ieder geval voor de rechter, maar inmiddels lijkt alge-

334 EHRM 19 april 2007, ECLI:CE:ECHR:20070419HUD0063235/00 (*Vilho Eskelinen e.a./Finland*), punt 94, AB 2007, 317, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik. Zie ook Schild 2012, p. 122.

335 Wollenschläger 2015, p. 240.

336 Schild 2012, p. 126, en Tjepkema 2010, p. 614.

337 Schild 2012, p. 31, en Barkhuysen 2004, p. 46.

meen aanvaard dat zij ook geldt voor het bestuur.³³⁸ Dit betekent dat zowel de rechter als het bestuur verplicht zijn om toepassing van de nationale wet achterwege te laten als dit leidt tot strijd met het EVRM. In geval van een conflict tussen het nationale afwegingskader en het EVRM hoeft het evenwel niet altijd te komen tot het buiten toepassing laten van het nationale recht. Net als bij conflicten tussen het Unierecht en nationale afwegingskaders, geldt ook bij conflicten tussen het EVRM en nationale afwegingskaders dat er in de kern twee oplossingen zijn om dat conflict op te lossen, waarbij de eerste oplossing minder verstrekkend is dan de tweede oplossing.

EVRM-conforme interpretatie

Verdragsstaten zijn op grond van het internationale recht verplicht om verdragen, waaronder ook het EVRM, te goeder trouw uit te voeren (*pacta sunt servanda*), en mogen zich niet beroepen op bepalingen van nationaal recht om het niet ten uitvoer leggen van een verdrag te rechtvaardigen.³³⁹ Uit deze algemene internationaalrechtelijke verplichting wordt de verplichting afgeleid om nationale wettelijke voorschriften zo veel mogelijk EVRM-conform uit te leggen.³⁴⁰ Net als bij het Unierecht het geval is, geldt dat dit instrument niet onbeperkt kan worden toegepast. Sommige kloven zijn onoverbrugbaar en EVRM-conforme uitleg kan er dan ook niet toe leiden dat een bepaling in strijd met de tekst ervan wordt geïnterpreteerd. Het rechtszekerheidsbeginsel en legaliteitsbeginsel verzetten zich daartegen. In algemene zin kan worden gesteld dat hoe 'opener' de bewoordingen van een toepasselijke wettelijke bepaling zijn, hoe meer ruimte er is voor EVRM-conforme interpretatie. Toch gaat de bestuursrechter niet in alle gevallen waarin sprake is van een 'open' geformuleerde wetsbepaling over tot EVRM-conforme interpretatie van die norm. Ter illustratie valt te wijzen op een uitspraak van de Afdeling over de verlening van een evenementenvergunning voor de intocht van Sinterklaas in Amsterdam.³⁴¹

338 Sanderink 2016, p. 320, Schild 2012, p. 32, en Barkhuysen 2004, p. 47. Overigens bestaat er in de literatuur nog enige discussie over de vraag of de verplichting van artikel 94 GW zich ook tot het bestuur richt. Zie voor een weergave van de standpunten Schlössels 2015, p. 115, Uzman 2013, p. 24-25, en R.J.B. Schutgens, annotatie bij ABRvS 12 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4117, JB 2014/245 (*intocht Amsterdam*). Inmiddels is ook in de rechtspraak algemeen aanvaard dat ook het bestuur toetsingsbevoegd is. Zie bijvoorbeeld ABRvS 12 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4117, r.o. 6.3, JB 2014/245, m.nt. R.J.B. Schutgens, ABRvS 15 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX4660, r.o. 2.4.2, JB 2012/223, m.nt. J.J.J. Sillen, en ABRvS 22 december 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO8342, r.o. 2.4.2 AB 2011, 169, m.nt. A.E.M. Leijten en J. Uzman.

339 Dit is bepaald in de artikelen 26 en 27 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht. Zie hierover Hollis 2012, p. 14, en Shaw 2008, p. 94.

340 Sanderink 2016, p. 318.

341 ABRvS 12 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4117, JB 2014/245, m.nt. R.J.B. Schutgens, AB 2015/55, m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder (*intocht Amsterdam*).

Tegen de verlening van een evenementenvergunning voor de intocht van Sinterklaas in Amsterdam werd door verschillende partijen geprocedeerd vanwege het vermeende discriminatoire karakter van de activiteit in verband met de aanwezigheid van de figuur van Zwarte Piet. Aangevoerd werd dat met de verlening van de vergunning inbreuk werd gemaakt op het verdragsrechtelijk beschermde recht op *'family life'* (artikel 8 EVRM), omdat derden in de openbare ruimte geconfronteerd zouden worden met de verondersteld discriminerende activiteit. Op grond van de APV kon de burgemeester de vergunning slechts weigeren op gronden, verband houdend met de openbare orde en veiligheid. Andersoortige belangen – waaronder de belangen die door artikel 8 EVRM worden beschermd – konden volgens de Afdeling alleen worden betrokken bij de beoordeling voor zover ze voldoende verweven zijn met de belangen die voormeld artikel in de APV beoogt te beschermen. Het belang om gevrijwaard te blijven van discriminatie heeft naar het oordeel van de Afdeling, gelet op de beperkte reikwijdte van het begrip openbare orde, onvoldoende relatie met de openbare orde en is derhalve niet zo nauw verweven met de belangen die de APV beoogt te beschermen dat de burgemeester reeds daarom gehouden was die belangen bij de beoordeling van de aanvraag om een evenementenvergunning mee te wegen.³⁴² De Afdeling ziet dus geen aanleiding om de APV EVRM-conform uit te leggen, hoewel daarvoor, gelet op het 'open' begrip openbare orde, wel ruimte bestond.³⁴³ Bij de keuze om niet te kiezen voor EVRM-conforme uitleg van de APV speelt een rol dat de beweerdelijke schending van artikel 8 EVRM niet rechtstreeks voortvloeit uit het door de burgemeester genomen besluit, maar uit het handelen van derden. Het is immers de organisator van de intocht die daaraan een invulling geeft door onder andere de figuur van Zwarte Piet in te zetten. De rechtmatigheid van het handelen van deze derde kan naar het oordeel van de Afdeling worden beoordeeld door de civiele rechter en de strafrechter. Sanderink merkt op dat hieruit valt af te leiden dat de verplichting om het nationale recht EVRM-conform te interpreteren niet geldt voor alle overheidsorganen in het kader van willekeurig welke bevoegdheid.³⁴⁴

342 Zie kritisch Brouwer & Schilder 2016, p. 692-693. Zij stellen dat het begrip 'openbare orde' in de Amsterdamse APV een veel ruimere betekenis heeft dan alleen 'gevaar voor wanordelijkheden', en dat het begrip 'gevaar voor de openbare orde' ook zou kunnen worden ingevuld met een verdragsrechtelijke verplichting.

343 Zie ook Sanderink 2016, p. 320.

344 Sanderink 2016, p. 320. Zie kritisch Brouwer & Schilder 2016, p. 694. Zij stellen dat de in de evenementenverordening geregelde verplichte tussenkomst door de burgemeester nu juist tot doel heeft conflicten tussen burgers te voorkomen. De burgemeester heeft de bevoegdheid om een evenement in goede banen te leiden en moet daarbij *alle* belangen zorgvuldig afwegen.

Buiten toepassing laten nationaal beoordelingskader

Verstrekkender dan het EVRM-conform interpreteren van een nationaal beoordelingskader is het buiten toepassing laten van dat kader wegens strijd met het EVRM. De grondslag hiervoor is, zoals hiervoor opgemerkt, gelegen in artikel 94 Gw. Deze oplossing komt in beeld als de kloof te groot is om te overbruggen door middel van EVRM-conforme interpretatie. Ook hier kan weer worden gewezen op de uitspraak over de verlening van een evenementenvergunning voor de intocht van Sinterklaas in Amsterdam. Na te hebben geoordeeld dat het door artikel 8 EVRM beschermde belang onvoldoende nauw is verweven met het belang van openbare orde om dat belang te betrekken bij de op grond van de APV te maken belangenafweging (EVRM-conforme interpretatie) komt de Afdeling toe aan de vraag of de burgemeester de uit de APV voortvloeiende begrenzingen ten aanzien van de mee te wegen belangen op grond van artikel 94 Gw *buiten toepassing* had moeten laten, zodat alsnog moet worden getoetst aan artikel 8 EVRM. Ook bij beantwoording van die vraag maakt de Afdeling een onderscheid tussen de situatie waarin schending van de verdragsbepaling rechtstreeks voortvloeit uit het door een bestuursorgaan te nemen besluit en de situatie waaruit die voortvloeit uit het handelen van een derde. In deze zaak ging het, zoals reeds opgemerkt, om de tweede situatie. De verlening van de vergunning bevat immers slechts de publiekrechtelijke toestemming om in het centrum van Amsterdam de in de aanvraag omschreven Sinterklaasintocht te houden en omvat geen toestemming om daarbij inbreuk te maken op andermans grondrechten. De invulling van de intocht en dus ook de aanwezigheid van de figuur van Zwarte Piet betreft het handelen van derden. Hoewel uitgangspunt van het EVRM is dat het door de verdragsstaat moet worden nageleefd, schrijft het EVRM niet voor hoe en door *wie* binnen de staat die naleving moet worden gerealiseerd. In dit geval kan de rechtmatigheid van het handelen van derden die de intocht organiseren worden voorgelegd aan de civiele rechter en de strafrechter, zodat de burgemeester niet gehouden was het nationale toetsingskader buiten beschouwing te laten.³⁴⁵

Negatieve en positieve verdragsverplichtingen

De Sinterklaas-uitspraak laat zien dat een bestuursorgaan niet onder alle omstandigheden verplicht is een nationaal afwegingskader buiten toepassing te laten wanneer aan verdragsbepalingen ontleende rechten in het geding zijn. In dit geval was de burgemeester volgens de Afdeling zelfs niet bevoegd om de vergunningverlening te toetsen aan artikel 8 EVRM. Van belang op dit punt is het onderscheid tussen positieve en negatieve verdragsverplichtingen. Voor veel van de in het EVRM opgenomen grondrechten geldt dat ze niet alleen een verbod inhouden voor de staat om inbreuk te maken op die grondrechten (negatieve verplichting), maar dat het EHRM daaruit ook een rechtsplicht afleidt voor de staat om actief bij te dragen aan

345 Zie ook ABRvS 13 juli 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1975, r.o. 6.3, en ABRvS 6 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2940, r.o. 4.2.

de realisering van die grondrechten (positieve verplichting). Dit geldt bijvoorbeeld ook voor artikel 8 EVRM. In de zaak *Aksu/Turkije* oordeelde het EHRM dat er onder omstandigheden op de overheid een positieve verplichting rust om negatieve stereotyperingen tegen te gaan.³⁴⁶ Ook in de Sinterklaas-uitspraak was deze positieve verplichting die uit artikel 8 EVRM voortvloeit aan de orde. Het ging immers om de vraag of de burgemeester in het kader van de beoordeling van de vergunningaanvraag een actieve rol zou moeten vervullen bij het bestrijden van discriminatie tijdens de intocht. De vraag was hoe ver de positieve verplichting voor de staat reikt. Naar het oordeel van de Afdeling in elk geval niet zo ver dat de burgemeester bij het nemen van een besluit op de vergunningaanvraag moet betrekken dat de organisator van een evenement zich wellicht schuldig zal maken aan een inbreuk op een door het EVRM beschermd recht.

Zoals ook Schutgens in zijn noot onder de Sinterklaas-uitspraak opmerkt, is het in geval van *negatieve* verdragsverplichtingen moeilijk voorstelbaar dat een bestuursorgaan niet aan de verdragsbepaling mag toetsen. Negatieve verplichtingen zijn immers bij uitstek bedoeld als bevoegdheidsbeperking en het kan niet de bedoeling zijn dat de nationale wetgever door de belangen die een bestuursorgaan bij het toepassen van enige wet mag meewegen nauw te omschrijven de toepasselijkheid van de klassieke grondrechten zou kunnen uitschakelen.³⁴⁷ Bij positieve verdragsverplichtingen ligt dit anders volgens Schutgens, omdat deze een taakstelling inhouden, maar niet een concreet verbod.³⁴⁸ De wetgever moet hier het borgen van de positieve verplichting faciliteren. In een rechtsstaat kan niet worden aanvaard dat allerlei organen op basis van globale verdragsrechtelijke taakopdrachten hun bevoegdheden over de uit het doel van de bevoegdheid voortvloeiende grenzen oprekken om bijvoorbeeld discriminatie te bestrijden. Daar zou de rechtszekerheid zeer onder te lijden hebben. Het specialiteitsbeginsel blijft dus van groot belang bij de bepaling van welke belangen in de besluitvorming en de toetsing daarvan een rol kunnen spelen. In de Sinterklaas-uitspraak was doorslaggevend dat niet de burgemeester en dus de bestuursrechter, maar juist de burgerlijke- en de strafrechter bij uitstek bevoegd zijn de door artikel 8 EVRM beschermde belangen in hun oordeel mee te nemen.³⁴⁹ Er is dus sprake van effectieve rechtsbescherming wanneer artikel 8 EVRM door derden (particulieren) wordt geschonden.

346 EHRM 15 maart 2012, ECLI:CE:ECHR:20120315JUD000414904 (*Aksu/Turkije*), punt 59.

347 R.J.B. Schutgens, annotatie bij ABRVS 12 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4117, JB 2014/245, punt 7. Zie ook Sanderink 2016, p. 322, en Schlössels 1998, p. 377-379.

348 Zie ook G. Boogaard en F.M.J. den Houdijker, annotatie bij Rb. Amsterdam, 3 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3888, AB 2014/283.

349 R.J.B. Schutgens, annotatie bij ABRVS 12 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4117, JB 2014/245, punt 8. Zie ook Sanderink 2016, p. 322 en Schlössels 1998, p. 377-379.

5.6.2.3 *De betekenis van het EVRM voor concurrentiegeschillen*

In de vorige paragraaf ging het in meer algemene zin over de doorwerking van het EVRM in nationale bestuursrechtelijke geschillen. In deze paragraaf komt tot slot de vraag aan de orde naar de betekenis van het EVRM voor concurrentiegeschillen. Voorop kan worden gesteld dat concurrentiebelangen als zodanig, anders dan in het Unierecht het geval is, geen door het EVRM beschermde belangen zijn. Dit betekent dan ook dat de betekenis van het EVRM beperkter is dan de betekenis van het Unierecht. Dat laat onverlet dat artikel 1 Twaalfde Protocol (discriminatieverbod) en vooral artikel 1 EP (bescherming van eigendom) wel enige potentie hebben om concurrentiebelangen te beschermen. Vervolgens is dan de vraag of deze bepalingen aanleiding kunnen geven om een nationaal afwegingskader ruimer uit te leggen of zelfs buiten toepassing te laten. Voor wat betreft artikel 1 Twaalfde Protocol acht ik die kans niet groot. Dit artikel houdt een algemeen discriminatieverbod in, maar verbiedt niet *elke* belemmering van de concurrentie. Het Unierecht biedt in dat opzicht meer bescherming aan het belang van eerlijke concurrentie. Daarnaast is het gelijkheidsbeginsel in Nederland erkend als algemeen rechtsbeginsel. In dit licht is de toegevoegde waarde van artikel 1 Twaalfde Protocol beperkt, zeker als het gaat om de bescherming van gelijke kansen voor ondernemers. Het zal dan ook niet snel nopen tot een ruimere uitleg of het opzij zetten van een nationaal afwegingskader. De kansen van een beroep op artikel 1 EP lijken op het eerste gezicht groter, omdat dat artikel meer aanvullende bescherming biedt. Belangrijk bij een beroep op deze bepaling is echter wel de vraag wat precies de oorzaak is van de schending van het door artikel 1 EP beschermde belang. In theorie kunnen uiteenlopende besluiten leiden tot aantasting van de eigendom van een ondernemer. Als bijvoorbeeld een concurrent een vergunning of ontheffing krijgt voor concurrerende activiteiten, dan kan dat leiden tot een verlies van marktaandeel van een zittende ondernemer. De vraag is echter of deze aantasting het directe gevolg is van de verlening van de vergunning of ontheffing of van de bedrijfsactiviteiten van een concurrent. In strikte zin het laatste, al is in dit geval het verband tussen de vergunningverlening en de schending van het door het EVRM beschermde belang wel sterker dan in het geval van de Sinterklaas-uitspraak, omdat de invulling van de vergunde activiteiten veel meer vaststaat. Toch moet mijns inziens de activiteit van een concurrent als meest directe oorzaak worden beschouwd van de aantasting van het marktaandeel en dus het door artikel 1 EP beschermde eigendomsrecht. Ik acht het in concurrentiegeschillen dan ook niet goed voor te stellen dat het EVRM het bestuur ertoe dwingt een nationaal beoordelingskader buiten toepassing te laten. De betekenis van het EVRM voor concurrentiegeschillen lijkt derhalve beperkt, hetgeen ook wordt bevestigd door het vrijwel ontbreken van beroepen op het EVRM in concurrentiegeschillen.

5.6.3 Tussenconclusie

Samenvattend kan worden gezegd dat uit de rechtstreekse werking en voorrang van het Unierecht en uit artikel 94 Gw een algemene verplichting voor de rechter en het bestuur voortvloeit om direct werkende bepalingen van Unierecht en het EVRM toe te passen bij de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden en de toetsing daarvan. Deze verplichting houdt in dat nationale doelgebonden afwegingskaders zo nodig in de geest van het Unierecht of het EVRM moeten worden uitgelegd en, zo dat niet mogelijk is, buiten toepassing moeten worden gelaten als toepassing daarvan leidt tot strijd met het Unierecht of een ieder verbindende verdragsbepalingen. Deze verplichting kan het bestuur en de bestuursrechter er onder omstandigheden toe dwingen om de belangen die door de ieder verbindende verdragsbepaling worden beschermd, bij de besluitvorming en de toetsing daarvan te betrekken, ook als die belangen geen verband houden met de belangen waarop de nationale bevoegdheid ziet. Dit betekent dat soms, wanneer het nationale doelgebonden beoordelingskader geen rekening houdt met concurrentiebelangen, deze belangen toch een rol kunnen spelen in de besluitvorming en de toetsing daarvan. Voor de praktijk zijn vooral de bepalingen van Unierecht van belang voor de bescherming van het belang van een gelijk speelveld en de bepalingen uit het EVRM veel minder. Dit komt doordat het belang van een gelijk speelveld een centrale plaats inneemt in het Unierecht en in het EVRM niet.

5.7 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk stond de vraag centraal in hoeverre het belang van een gelijk speelveld een rol kan spelen bij het nemen van besluiten en de toetsing daarvan door de bestuursrechter. Het antwoord op deze vraag is dat bestuursorganen bij het nemen van besluiten en de bestuursrechter bij het toetsen daarvan vaak maar heel beperkt gewicht kunnen toekennen aan de belangen van concurrenten. Dit heeft twee oorzaken. In de eerste plaats kent het bestuursrecht maar een beperkt aantal regels dat als doel heeft het gelijke speelveld te beschermen. In de tweede plaats hebben het bestuur en de rechter te maken met de rechtsstatelijke werkverdeling tussen wetgever en bestuur. Bestuursbevoegdheden zijn doelgebonden. Dat betekent dat bestuursorganen bij de uitoefening van bevoegdheden de belangen die de wetgever met de toekenning van die bevoegdheid heeft bedoeld te behartigen in ogenschouw moeten nemen. In beginsel zijn alleen die belangen doorslaggevend bij de beslissing om een bepaald besluit te nemen. Vreemde belangen spelen slechts een marginale rol. Een uitzondering op de regel dat beperkt gewicht wordt toegekend aan concurrentiebelangen in de Nederlandse bestuursrechtelijke regelgeving doet zich voor bij besluiten die worden genomen op grond van uit het Unierecht voortvloeiende regelgeving.

Daarnaast geldt voor handhavingsbesluiten dat het algemeen belang dat is gediend met handhaving van wet- en regelgeving vaak zoveel gewicht in de schaal legt dat concurrentiebelangen met dat belang meeliften.

Naast wet- en regelgeving spelen bij de besluitvorming ook rechtsbeginselen een rol. Op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel en vooral het gelijkheidsbeginsel heeft zich op het specifieke terrein van de schaarse vergunningen de norm ontwikkeld die ertoe strekt dat bij de verdeling van die vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen. Het gaat er daarbij om dat het bestuur gelijke kansen moet creëren voor ondernemers die een bepaalde markt willen betreden en daarvoor een vergunning of ontheffing nodig hebben. Het belang van een gelijk speelveld kan hierdoor wel een rol spelen bij de keuze van een bestuursorgaan voor een ondernemer aan wie het schaarse recht wordt toebedeeld. De hier bedoelde norm geldt – vooralsnog – niet buiten het terrein van de verdeling van schaarse rechten. Weliswaar geldt voor het hele bestuursrecht het gelijkheidsbeginsel, maar de uitleg die daaraan wordt gegeven is vaak beperkt. Het gelijkheidsbeginsel heeft meestal de betekenis dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld en ongelijke gevallen ongelijk naar de mate waarin ze ongelijk zijn. Het aspect van het bieden van gelijke kansen verdwijnt daarmee naar de achtergrond. Dit betekent dan ook dat er geen bestuursrechtelijke norm geldt die in algemene zin inhoudt dat het bestuur bij het nemen van besluiten rekening moet houden met het belang van een gelijk speelveld tussen concurrenten.

Tot slot zijn ook het Unierecht en het EVRM van invloed op de uitoefening van bestuursrechtelijke bevoegdheden. Met name voor het Unierecht geldt dat veel bepalingen strekken tot bescherming van het belang van eerlijke concurrentie, terwijl dat belang als gevolg van het doelgebonden karakter van bestuursbevoegdheden vaak geen rol kan spelen bij het nemen van een besluit en de toetsing daarvan door de bestuursrechter. Omdat het Unierecht rechtstreeks doorwerkt in de nationale rechtsorde kan dit betekenen dat wanneer de uitoefening van een bestuursbevoegdheid leidt tot een verstoring van het gelijke speelveld moet worden doorgepakt en het nationale beoordelingskader Unierecht-conform moet worden uitgelegd of zelfs buiten toepassing moet worden gelaten. In die gevallen, die overigens niet vaak voorkomen, omdat de meeste besluiten op zichzelf weliswaar van invloed kunnen zijn op de concurrentieverhoudingen, maar die verhoudingen niet verstoren, kunnen concurrentiebelangen via het Unierecht onderdeel worden van het nationale beoordelingskader.

De slotsom is dat het doelgebonden karakter van bestuursbevoegdheden een belangrijke beperking aanbrengt ten aanzien van het betrekken van concurrentiebelangen bij het nemen van besluiten en de toetsing daarvan, maar

dat met name op het terrein van de verdeling van schaarse publieke rechten rechtsbeginselen en het Unierecht aanvullende bescherming bieden, in die zin dat het belang van het bieden van gelijke kansen daarbij op de voorgrond treedt.

6.1 INLEIDING

In het vorige hoofdstuk stond de vraag centraal in hoeverre het doelgebonden karakter van bestuursbevoegdheden van invloed is op de rol die concurrentiebelangen kunnen spelen in de besluitvorming. In dit hoofdstuk staat de vraag centraal in hoeverre concurrentiebelangen met succes in stelling kunnen worden gebracht bij de bestuursrechter. Het relativiteitsvereiste neemt hierbij sinds 2010 een belangrijke plaats in. Dit vereiste beperkt de vernietigingsbevoegdheid van de rechter tot gevallen waarin de ingeroepen rechtsnorm strekt tot bescherming van het getroffen belang van degene die daar een beroep op doet. Begonnen zal worden met een algemene analyse van het relativiteitsvereiste op hoofdlijnen (paragraaf 6.2). Daarna volgt een analyse van de rechtspraak waarin toepassing is gegeven aan het relativiteitsvereiste (paragraaf 6.3). Daarbij zal duidelijk worden dat concurrenten vooral op het terrein van het ruimtelijk bestuursrecht veel hinder ervaren van het relativiteitsvereiste. Vervolgens komt de vraag aan de orde in hoeverre de zogeheten correctie Widdershoven die hinder enigszins kan wegnemen wanneer concurrentiebelangen in het geding zijn (paragraaf 6.4). Tot slot komt aan de orde in hoeverre concurrenten met een beroep op Unierechtelijke bepalingen, die naar hun aard strekken ter bescherming van hun belangen, kunnen bewerkstelligen dat bij de toetsing van een besluit door de bestuursrechter, ondanks het relativiteitsvereiste, toch rekening kan worden gehouden met hun belangen (paragraaf 6.5). Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie (paragraaf 6.6).

6.2 HET RELATIVITEITSVEREISTE

Artikel 8:69a Awb bepaalt dat de bestuursrechter een besluit niet vernietigt op de grond dat het in strijd is met een rechtsregel of rechtsbeginsel, indien deze regel of dit beginsel kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept. De vernietigingsbevoegdheid van de bestuursrechter wordt dus beperkt. In deze en de volgende paragrafen staat de vraag centraal wat dit betekent voor de proceskansen van concurrenten. Om die vraag goed te kunnen beantwoorden is het van belang om allereerst het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste wat nader te verkennen.

Dat gebeurt in deze paragraaf op hoofdlijnen.¹ Daarbij wordt achtereenvolgens ingaan op de achtergrond van het vereiste (paragraaf 6.2.1), de soorten belangen die aan de orde kunnen zijn bij toepassing van het relativiteitsvereiste (paragraaf 6.2.2), de soorten normen waarop een beroep kan worden gedaan (paragraaf 6.2.3), de relatie tussen vorenbedoelde belangen en normen (paragraaf 6.2.4) en de verhouding tussen het relativiteitsvereiste en het specialiteitsbeginsel (paragraaf 6.2.5). De paragraaf wordt afgesloten met een conclusie (paragraaf 6.2.6).

6.2.1 De achtergrond van het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste

Het relativiteitsvereiste is relatief nieuw in het Nederlandse bestuursrecht. Het beginsel is eerst – bij wijze van proef² – opgenomen in artikel 1.9 Chw dat in werking is getreden op 31 maart 2010. Het vereiste gold toen nog slechts voor omgevingsrechtelijke procedures. Met de inwerkingtreding van de Wet aanpassing bestuursprocesrecht (Wab) op 1 januari 2013 is het vereiste terecht gekomen in artikel 8:69a Awb. Daarmee is het van toepassing geworden over de volle breedte van het bestuursrecht. Hoewel de toepassing van het relativiteitsvereiste zich heel voorzichtig uitbreidt naar andere terreinen van het bestuursrecht, is het in de praktijk nog steeds vooral voor het omgevingsrecht van belang.

6.2.1.1 *Het privaatrechtelijke relativiteitsvereiste*

Reeds in 1928 aanvaardde de Hoge Raad in het privaatrechtelijke aansprakelijkheidsrecht een relativiteitsvereiste.³ Dit vereiste is in 1992 gecodificeerd in artikel 6:163 BW.⁴ Daar is bepaald dat '[g]een verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals benadeelde die heeft geleden'. In de kern komt dit er op neer dat niet elke onrechtmatige daad waardoor een ander schade wordt toegebracht grond vormt voor een vordering tot schadevergoeding. Alleen indien de geschonden norm strekt tot bescherming van het getroffen belang heeft deze benadeelde recht op een schadevergoeding. Wat onrechtmatig

1 De geïnteresseerde lezer die meer wil weten over het relativiteitsvereiste verwijs ik naar Van der Veen 2015, Schlössels 2014, De Poorter & Van Ettekovén 2013, Schueler 2011, Verburg 2011 en Wiggers-Rust 2011.

2 Schlössels 2014, p. 259, spreekt over een 'wettelijke proeftuin'.

3 HR 25 mei 1928, NJ 1928, p. 1688-1694, m.nt. E.M. Meijers (*De Marchant et d'Ansembourg/Staat*). Zie over het relativiteitsvereiste in het privaatrechtelijke schadevergoedingsrecht Asser/Hartkamp & Sieburgh 2015, p. 136-158, Affourtit & Klijnstra, 2007, p. 18-22, en Lankhorst 1992, p. 14 en 20. Zie voor een vergelijking tussen het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste en het privaatrechtelijke relativiteitsvereiste Schlössels 2014, p. 255, Den Hollander 2012, p. 444-445, en Wiggers-Rust 2011, p. 123-191.

4 Strikt genomen is de privaatrechtelijke relativiteit voor een deel ook terug te vinden in artikel 6:162 lid 1 BW.

is jegens de één, hoeft dat dus niet te zijn jegens een ander. Onrechtmatigheid is daarmee een relatief begrip.⁵ Er moet een verband bestaan tussen de beweerdelijk geschonden rechtsnorm en de door benadeelde geleden schade. Het doel van dit vereiste is te voorkomen dat een veroorzaker van schade aansprakelijk is jegens eenieder die als gevolg daarvan schade ondervindt.⁶ Recht op schadevergoeding bestaat pas als aan het relativiteitsvereiste is voldaan. Het relativiteitsvereiste in artikel 6:163 BW is negatief geformuleerd. Dit betekent dat wanneer een gedaagde zich niet tegen de vordering verweert met de stelling dat niet is voldaan aan het relativiteitsvereiste, de relativiteitsvraag in het geding niet aan de orde komt.⁷ Het privaatrechtelijke relativiteitsvereiste verschilt op dit punt van het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste dat ambtshalve kan worden toegepast. Het privaatrechtelijke relativiteitsvereiste is overigens ook in het bestuursrecht niet helemaal vreemd. Het wordt toegepast in bestuursrechtelijke schadezaken.

6.2.1.2 Motieven voor een bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste

In de aanloop naar de invoering van het relativiteitsvereiste, eerst in de Chw en later in de Awb, is in de literatuur uitvoerig gediscussieerd over de vraag of invoering van een relativiteitsvereiste in het bestuursrecht wenselijk is, en zo ja, op welke plaats en in welke vorm. Die vragen gaan het bestek van dit proefschrift te buiten, zodat ik die discussie hier verder laat voor wat die is.⁸ Volstaan wordt met de opmerking dat de beantwoording van deze vragen nauw samenhangt met de opvatting die men heeft over het doel en de functie van de bestuursrechtspraak. Een onderscheid kan hierbij worden gemaakt tussen een objectieve- en een subjectieve opvatting. In de objectieve opvatting dient de bestuursrechtspraak in hoofdzaak het algemene belang bij rechtmatig overheidsoptreden. De bestuursrechter heeft primair tot taak toe te zien op de rechtmatigheid van het handelen van de overheid (*recours objectif*). Tegenover de objectieve opvatting staat de subjectieve opvatting. In die opvatting staat niet de controle op de rechtmatigheid van het overheids-optreden centraal, maar de bescherming van de belangen van individuen

5 Asser/Hartkamp & Sieburgh 2015, p. 140.

6 Asser/Hartkamp & Sieburgh 2015, p. 137. Zie ook Wiggers-Rust 2011, p. 125, en Lankhorst 1992, p. 43

7 Di Bella 2014, p. 123.

8 Zie voor een weergave van de discussie Nijmeijer e.a 2015, p. 20-25, Schlössels 2014, p. 257-259, Schueler 2011, p. 265, en De Poorter 2010, p. 32-35.

en de beslechting van geschillen (*recours subjectif*).⁹ Tegenstanders van de invoering van een relativiteitsvereiste in het bestuursrecht zijn doorgaans aanhangers van de objectieve leer, terwijl de voorstanders vaak de subjectieve leer onderschrijven. In het bestuursprocesrecht is al jaren sprake van subjectivering,¹⁰ waarbij individuele rechtsbescherming en geschilbeslechting steeds meer de overhand krijgt en de algemene rechtmatigheidscontrole aan betekenis inboet. De invoering van een bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste dat de rechterlijke vernietigingsbevoegdheid betreft, past binnen deze ontwikkeling.

De belangrijkste reden voor de wetgever om een bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste in te voeren en op die manier de vernietigingsbevoegdheid van de bestuursrechter te beperken, was het streven naar een slagvaardiger bestuursprocesrecht waarin geschillen vaker definitief worden beslecht.¹¹ Daarbij past niet dat 'Jan en Alleman' tegen een besluit met succes beroep kunnen instellen.¹² In een uitspraak in een zaak waarin de vraag voorlag of het relativiteitsvereiste toelaatbaar is in het licht van het recht op toegang tot de rechter als bedoeld in artikel 6 EVRM oordeelde de Afdeling dat het streven naar een slagvaardig bestuursprocesrecht een rechtmatig doel is.¹³ Daarnaast dient het relativiteitsvereiste er blijkens de wetsgeschiedenis ook toe om oneigenlijk gebruik van bestuursrechtelijke beroepsprocedures tegen te gaan.¹⁴ In hoofdstuk 3 is gebleken dat voor toegang tot de bestuursrechter voldoende is dat men rechtstreeks in *enig* belang is geraakt.¹⁵ Vóór de invoering van het relativiteitsvereiste kon men daarna bij de bestuursrechter een beroep doen op *alle* toepasselijke rechtsnormen, met inbegrip van normen die in het geheel niet strekken tot bescherming van het belang waarin

-
- 9 Zie over beide opvattingen en de subjectivering van het bestuursprocesrecht Schreuder-Vlasblom 2017, p. 45-59, Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 557-558, Schlössels 2014, p. 256-257, Barkhuysen en Claessens 2012, p. 84, De Poorter & De Graaf 2011, p. 15-16, De Poorter 2010, p. 32-33, en Polak 2009, p. 378-383. Gewezen kan ook worden op de parlementaire geschiedenis met betrekking tot de invoering van de Awb. Zie *Kamerstukken II* 1991/92, 22495, 3, p. 30-38. Hier wordt beschreven dat het bestuursprocesrecht van oudsher is gericht op handhaving van het objectieve recht. Het bieden van rechtsbescherming was slechts een bijkomende functie. Met de invoering van de Awb is echter de rechtsbescherming de primaire doelstelling geworden. Zie ook *Kamerstukken II* 2009/10, 32450, 3, p. 9-12 (MvT Wab).
- 10 Schreuder-Vlasblom 2017, p. 65-79, Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 558, en De Poorter & De Graaf 2011, p. 27-29.
- 11 *Kamerstukken II* 2009/10, 32450, 3, p. 9-10. Zie over dit motief bijvoorbeeld ook Schlössels 2014, p. 258, Den Hollander 2012, p. 448, en Barkhuysen & Claessens 2012, p. 83-93.
- 12 Van Ettekovén 2009, p. 75-78.
- 13 ABRvS 21 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:96, r.o. 9.1, JB 2015/39, m.nt. R.J.N. Schlössels.
- 14 *Kamerstukken II* 2009/10, 32450, 3, p. 18. Zie ook Van der Veen 2015, p. 160, De Poorter 2010, p. 33, en Van Ettekovén 2009, p. 75-78.
- 15 Zie paragraaf 3.2.2.

men is geraakt.¹⁶ Het kon dan gebeuren dat de rechter een besluit moest vernietigen wegens schending van een rechtsregel die niet strekte tot bescherming van het belang waarin de eisende partij feitelijk werd geschaad. In de literatuur worden in dat verband verschillende ‘tenenkrommende’ gevallen besproken.¹⁷ Eén van die gevallen betreft het voorbeeld van de bewoners van een villawijk die zich verzetten tegen een besluit tot vestiging van een woonwagenkamp in de directe omgeving en in dat verband aanvoeren dat de woonwagenbewoners te veel last zullen ondervinden van een nabijgelegen spoorlijn of zwembad.¹⁸ Het zal duidelijk zijn dat de villabewoners zich in werkelijkheid drukker maken om hun eigen woongenot, dan dat van de woonwagenkampbewoners. Wat er gebeurt, is dat degenen die zich verzetten tegen de komst van een woonwagenkamp zich bedienen van de belangen van degenen waarvan zij nu juist willen dat ze niet komen. De politiek heeft een dergelijke situatie niet wenselijk geacht en dit was dan ook een reden om het relativiteitsvereiste in het bestuursrecht op te nemen.

Uit het vorenstaande blijkt dat de keuze voor de invoering van een relativiteitsvereiste in hoofdzaak is ingegeven door rechtspolitieke argumenten: geen oneigenlijk gebruik van rechtsbescherming en het streven naar een slagvaardiger bestuursrecht. Voor een volledig beeld is het goed om hier tot slot te wijzen op een interessante bijdrage van Schlössels aan een in 2007 in het *NTB* gevoerde discussie over de invoering van een relativiteitsvereiste.¹⁹ Hij schrijft dat men op principieel-systematische gronden zou moeten kiezen voor een relativiteitsvereiste, zoals dat in de negentiende eeuw in Duitsland is gebeurd, en niet, zoals nu in Nederland gebeurt, op rechtspolitieke gronden. Volgens Schlössels wordt daarmee weinig recht gedaan aan de relativiteitsleer. Ook waarschuwt hij er voor dat de praktische gevolgen van een relativiteitsvereiste worden onderschat. Hij wijst er daarbij op dat de effecten voor het beroep op de bestuursrechter bescheiden zullen zijn en dat het relativiteitsvereiste voor de bestuursrechter én het bestuur extra werk met zich zal meebrengen, zodat het met de winst voor de slagvaardigheid van het bestuursrecht wel zal meevallen.

6.2.1.3 De plaats van het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste

Tot besluit van deze paragraaf over de achtergrond van het relativiteitsvereiste passen enkele opmerkingen over de plaats die het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste inneemt in de bestuursrechtelijke procedure.

16 Commissie Evaluatie Awb II 2001, p. 16.

17 De Poorter 2010, p. 34, en Jurgens 2004, p. 12.

18 *Kamerstukken II* 2009/10, 32450, 3, p. 18 en 53. Zie ook De Poorter 2010, p. 39-40, en Jurgens 2004, p. 4. Het voorbeeld is ontleend aan ABRvS 19 maart 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AF6004, AB 2003/191, m.nt.. A.A.J. de Gier.

19 Schlössels 2007, p. 245-248.

De relatie met het belanghebbendebegrip

In hoofdstuk 3 is uiteengezet dat alleen een belanghebbende bezwaar kan maken en beroep kan instellen tegen een besluit. Bij de beoordeling of iemand als belanghebbende kan worden aangemerkt speelt geen rol of het bij het besluit betrokken belang een rol kan spelen binnen het beoordelingskader dat bij het nemen van dit besluit in acht moet worden genomen.²⁰ Het specialiteitsbeginsel beïnvloedt dus niet het belanghebbendebegrip.²¹ Evenmin speelt bij de beoordeling of iemand belanghebbende is een rol of het bij het besluit betrokken belang wordt beschermd door de op het besluit van toepassing zijnde normen. Dit betekent dan ook dat het relativiteitsvereiste onverlet laat dat een belanghebbende in de zin van artikel 1:2 Awb bij de rechter zal kunnen worden ontvangen. Het vereiste werkt dus niet als een formele ontvankelijkheidsdrempel.²² Zoals Widdershoven terecht stelt is in materieel opzicht weldegelijk sprake van een ontvankelijkheidsdrempel.²³ Uit de rechtspraak van de Afdeling volgt immers dat beroepsgronden die regels betreffen die niet strekken tot bescherming van de belangen van appellanten buiten beschouwing worden gelaten.²⁴ De kans bestaat nu dat een appellant weliswaar als belanghebbende bij een besluit kan worden aangemerkt en zijn beroepsgrond ook nog eens terecht is voorgedragen, maar dit toch niet tot vernietiging van het besluit leidt, om de enkele reden dat de geschonden rechtsregel niet strekt tot bescherming van het belang waaraan hij zijn beroepsrecht ontleent. Toegang tot de bestuursrechter fungeert onder die omstandigheden als een spreekwoordelijke ‘dode mus’.²⁵

Geen relativiteit in bezwaar

Uit de plaatsing van het relativiteitsvereiste in hoofdstuk 8 van de Awb volgt dat dit vereiste alleen in de fase bij de rechter geldt en dus niet bij bestuurlijke voorprocedures (bezwaar).²⁶ De wetgever heeft hier uitdrukkelijk voor gekozen omdat beslissen op bezwaar een wezenlijk ander karakter heeft dan rechtspraak.²⁷ In bezwaar dient een volledige heroverweging *ex nunc* plaats te vinden, waarbij niet alleen de betrokken individuele belangen in

20 ABRvS 20 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:106, r.o. 3.1, *Gst.* 2016/103, m.nt. M. Blokvoort, ABRvS 3 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1744, r.o. 1.2, *JBO* 2015/229, m.nt. D. van der Meijden (*Leisure Center Belfeld*), ABRvS 29 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1327, r.o. 45.1, *JBO* 2015/166, m.nt. D. van der Meijden, en ABRvS 1 mei 2013 ECLI:NL:RVS:2013:BZ9066, r.o. 5.1, *JGR* 2013/10, m.nt. Van Wissen en Lisman.

21 Aldus ook *Kamerstukken I* 2009/10, 32127, C, p. 31.

22 Schlössels 2014, p. 259-260, en De Poorter 2010, p. 44. Zie ook *Kamerstukken II*, 2009/10, 32450, 3, p. 20.

23 Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven, 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680 (*bestemmingsplan Blaloweg*), punt 3.4. Zie ook De Poorter e.a. 2004, p. 30.

24 ABRvS 14 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:82, r.o. 6.3, *JM* 2015/39, m.nt. G.A.J.M. Hoevenaars.

25 Aldus ook Schlössels 2014, p. 259-261.

26 Zie over de relatie tussen het relativiteitsvereiste en de bezwaarprocedure Van der Veen 2015, p. 161-163, Merks 2015, p. 189-211, Benhadi 2014, p. 10-13, en Verburg 2011, p. 15.

27 *Kamerstukken II* 2009/10, 32450, 3, p. 21.

ogenschouw moeten worden genomen, maar ook andere eerder niet betrokken aspecten moeten worden betrokken. Bezwaar is daarmee een vorm van bestuur. De wetgever heeft er op gewezen dat een relativiteitsregel daar niet bij past, omdat de heroverweging dan niet langer integraal kan zijn.²⁸

Dat het relativiteitsvereiste niet van toepassing is in bestuurlijke voorprocedures is in de rechtspraak meermaals bevestigd. Gewezen kan bijvoorbeeld worden op een uitspraak van de Afdeling in een zaak waarin het ging om een omgevingsvergunning die was verleend voor het oprichten van een gebouw met een ondergrondse parkeergarage, commerciële ruimten, horeca en 118 woningen.²⁹ De eigenaar van een op ongeveer 600 meter van het bouwplan gelegen pand, dat hij aan de exploitant van een supermarkt verhuurde, kwam hiertegen op, omdat de in zijn pand gevestigde supermarkt en de met het bouwplan voorziene supermarkt zich richtten op hetzelfde marktsegment en verzorgingsgebied. Er is dus sprake van concurrentie. Appellant had onder meer een beroep gedaan op parkeer- en verkeersveiligheidsnormen. De voorzieningenrechter had in eerste aanleg zelf in de zaak voorzien, in die zin dat hij een nieuw besluit op het bezwaarschrift nam. Daarbij had hij een deel van het bezwaar ongegrond verklaard omdat de ingeroepen normen met betrekking tot de parkeer- en verkeersveiligheidsnormen niet strekten tot bescherming van de belangen van concurrenten. De gestelde strijd met deze regelgeving zou dus niet tot gegrondverklaring van het bezwaar kunnen leiden. Een duidelijke toepassing van het relativiteitsvereiste in bezwaar, zij het dat het de bestuursrechter was die zelf voorziend op het bezwaar besliste. De Afdeling oordeelde hier als volgt over:

‘De voorzieningenrechter heeft met toepassing van artikel 8:72, derde lid, onder b, van de Awb hun bezwaar ongegrond verklaard. (...) [appellante A] heeft terecht aangevoerd dat de voorzieningenrechter, door te overwegen dat het relativiteitsvereiste in de weg zou staan aan het gegrond verklaren van het door [appellante A] en [appellante B] gemaakte bezwaar, niet heeft onderkend dat het relativiteitsvereiste als bedoeld in artikel 8:69a van de Awb in de bezwaarfase niet van toepassing is. Zoals is weergegeven in de memorie van toelichting bij de Wet aanpassing bestuursprocesrecht (Kamerstukken II, 2009-2010, 32 450, nr. 3, blz. 20-21) heeft de wetgever ervoor gekozen om het relativiteitsvereiste zoals neergelegd in artikel 8:69a van de Awb slechts in te voeren voor de fase van het beroep bij de rechter, en niet ook voor de fase van het bezwaar, nu het beslissen op bezwaar een wezenlijk ander karakter heeft dan rechtspraak.’³⁰

-
- 28 Zie hierover kritisch Van der Veen 2015, p. 161. Hij stelt dat de in de memorie van toelichting benadrukte heroverweging op beleidsmatige gronden ook wel mogelijk zou zijn met toepassing van een relativiteitsvereiste op juridische gronden. Bovendien doet de gegeven redenering maar matig opgang voor administratief beroep. Zie ook H.C.W.M. Moesker, annotatie bij ABRvS 18 maart 2015, TBR 2015/127. Hij noemt het niet van toepassing verklaren van het relativiteitsvereiste in bezwaar een ‘weeffout’.
- 29 ABRvS 18 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:842, AB 2015/280, m.nt. R. Ortlep.
- 30 ABRvS 18 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:842, r.o. 12.1 en 12.2.

Deze uitspraak bevestigt dat het relativiteitsvereiste niet mag worden toegepast in de bestuurlijke voorprocedure. Dat geldt voor bestuursorganen, maar dus ook voor de rechter als hij zelf in de zaak voorziend beslist op het gemaakte bezwaar.

In de literatuur is de vraag opgeworpen of, hoewel het verboden is om in bestuurlijke voorprocedures het relativiteitsvereiste toe te passen, bestuursorganen niet toch 'handig' zouden kunnen inspelen op toepassing van dat vereiste in de fase bij de rechter door bijvoorbeeld in een besluit op bezwaar niet in te gaan op bepaalde bezwaargronden.³¹ Gewezen kan in dit verband worden op een uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland waarin het ging om een hangende bezwaar gevraagde voorlopige voorziening.³² De voorzieningenrechter overwoog dat artikel 8:69a Awb niet van toepassing was in bezwaar, maar zag desondanks aanleiding het aan dat artikel ten grondslag liggende uitgangspunt te betrekken bij de door hem te maken belangenafweging, omdat dit artikel wel van toepassing zal zijn op een – mogelijk – later van de zijde van verzoeksters te entameren beroepsprocedure. Ook oordeelde de voorzieningenrechter dat het bestreden besluit, hoewel dat in bezwaar niet zonder meer stand zou houden, wellicht alsnog van een deugdelijke motivering en belangenafweging zou kunnen worden voorzien. De gedachte van de voorzieningenrechter lijkt te zijn geweest dat, na herstel in de bezwaarfase, een beroep op de genoemde rechtsnormen bij de rechter geen succes meer zou kunnen hebben omdat artikel 8:69a Awb zich daartegen zou verzetten.³³ In deze zaak wordt dus niet zozeer vooruitgelopen op de beslissing in bezwaar, waarbij toepassing van het relativiteitsvereiste niet is toegestaan, maar op een eventueel door verzoekers te entameren beroepsprocedure waarin een beroep op de betreffende rechtsnormen geen succes zou hebben. In dit geval werpt het relativiteitsvereiste zijn schaduw dus vooruit naar de bezwaarfase (reflexwerking).

Deze reflexwerking lijkt in strijd met een uitspraak van de voorzitter van de Afdeling op een verzoek om een voorlopige voorziening hangende bezwaar tegen een Nbw-vergunning voor de nieuwvestiging van een melk-rundveehouderij en het bouwen van een stal. Het verzoek werd afgewezen wegens het ontbreken van spoedeisend belang. De voorzitter overwoog voorts:

'De voorzitter zal voorts – waar het thans gaat om een te nemen beslissing op bezwaar – in het midden laten in hoeverre het in artikel 8:69a van de Algemene wet bestuursrecht neergelegde relativiteitsvereiste indien in geval van ongegrondverklaring van het bezwaar daartegen beroep wordt ingesteld, aan gegrondverklaring van dat beroep in de weg staat.'³⁴

31 Nijmeijer e.a. 2015, p. 27-29, Benhadi 2014, p. 10, en Verburg 2011, p. 15.

32 Voorzieningenrechter Rb. Gelderland 12 februari 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:969.

33 Nijmeijer e.a. 2015, p. 28.

34 Vz. ABRvS 26 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1044, r.o. 3.

De voorzitter loopt dus niet vooruit op mogelijke toepassing van het relativiteitsvereiste in beroep en respecteert de 'harde knip' die de wetgever heeft gemaakt tussen bezwaar en beroep. Er is dus sprake van een soort waterscheiding tussen de bestuurlijke voorprocedure enerzijds en beroep anderzijds als het om toepassing van het relativiteitsvereiste gaat.³⁵

Het kennelijkheidsvereiste

Het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste beperkt de vernietigingsbevoegdheid van de rechter en raakt aldus in materieel opzicht aan het fundamentele recht op toegang tot de rechter. Daarmee is het ook van invloed op de omvang van het geding en dus van openbare orde. Het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste is in dit opzicht fundamenteleler dan het privaatrechtelijke relativiteitsvereiste dat 'slechts' de aansprakelijkheid beperkt. De bestuursrechter moet artikel 8:69a Awb dan ook ambtshalve toepassen.³⁶ Dit vormt meteen een zeker risico voor de slagvaardigheid van het bestuursprocesrecht, waar invoering van het relativiteitsvereiste nu juist op was gericht. Dit gevaar wordt groter door de strikte uitleg die de wetgever aan artikel 8:69a Awb geeft.³⁷ Dit houdt in dat de bestuursrechter zo nodig moet vaststellen wat het beschermingsbereik is van de *norm* die (beweerdelijk) geschonden is en niet kan volstaan met het vaststellen van wat het globale doel is van het *regelcomplex* waartoe de norm behoort.³⁸ Dit vergt een intensieve toetsing door de bestuursrechter.³⁹ Tegen deze achtergrond is in de literatuur – vooral door tegenstanders van het relativiteitsvereiste – betoogd dat het relativiteitsvereiste juist tot een lastenverzwaring voor de bestuursrechter leidt.⁴⁰ Lang niet altijd volgt uit de norm zelf wat daarvan de strekking is. Ook laat de wetgever zich daar niet altijd over uit in de toelichting op de norm. Verder wordt steeds vaker een beroep gedaan op normen van Unierecht die een ruim beschermingsbereik kunnen hebben. Dit alles leidt ertoe dat toepassing van het relativiteitsvereiste nog wel eens voor veel extra werk zou kunnen zorgen. En dat was nu juist niet de bedoeling. De wetgever heeft dit onder ogen gezien. Om te voorkomen dat de rechter (te) veel werk heeft aan het relativiteitsvereiste en hij regelmatig prejudiciële vragen moet stellen aan het Hof van Justitie over het beschermingsbereik van het Unierecht heeft de wetgever aan artikel 8:69a Awb toegevoegd dat de beweerdelijk geschonden rechtsregel *kennelijk* moet strekken tot bescherming van de belangen van

35 Overigens denk ik dat het niet mogelijk is om bij de bestuursrechter te klagen over het ten onrechte door een bestuursorgaan toepassen van het relativiteitsvereiste in bezwaar, wanneer de rechter het besluit niet zou vernietigen als het bestuursorgaan de aangevoerde gronden wel, zij het op onjuiste wijze, heeft meegenomen. Het relativiteitsvereiste heeft immers een formeel karakter, zodat het geen zelfstandig beschermingsbereik heeft.

36 *Kamerstukken II* 2009/10, 32450, 3, p. 53. Aldus ook Schlössels 2014, p. 260.

37 Zie over de drie varianten van het relativiteitsvereiste - een ruime en een strikte variant en een verbod om zich te beroepen op contraire belangen - De Poorter 2010, p. 39-41. Zie ook Verburg 2011, p. 12.

38 *Kamerstukken II* 2009/10, 32450, 3, p. 20.

39 Aldus ook Barkhuysen & Claessens 2012, p. 86.

40 Barkhuysen & Claessens 2012, p. 86-87, De Poorter 2010, p. 43, en Schlössels 2007, p. 248.

degene die zich erop beroept.⁴¹ Als dat niet het geval is, stuit het beroep af op het relativiteitsvereiste. Met kennelijk wordt bedoeld dat volstrekt duidelijk moet zijn dat een rechtsnorm de belangen van degenen die zich erop beroept niet beoogt te beschermen.⁴² Bij twijfel moet er gewoon vernietigd worden.⁴³ Of, zoals de minister stelt: ‘als de vraag [naar de strekking van de beweerdelijk geschonden norm] heel moeilijk is, is het antwoord niet evident en dus niet kennelijk in de zin van het voorgestelde artikel 8:69a’.⁴⁴

Het moment van toepassing van het relativiteitsvereiste

Tot slot het moment van toepassing van het relativiteitsvereiste door de bestuursrechter.⁴⁵ Kort gezegd zijn er twee mogelijkheden.⁴⁶ De bestuursrechter kan er voor kiezen om eerst te beoordelen of een beroepsgrond gegrond is. Is dat het geval, dan komt vervolgens de vraag aan de orde of het relativiteitsvereiste niettemin in de weg staat aan vernietiging van het besluit.⁴⁷ Is de beroepsgrond daarentegen ongegrond, dan wordt aan een oordeel over het relativiteitsvereiste niet meer toegekomen.⁴⁸ In dat geval wordt soms een *disclaimer* in de uitspraak opgenomen, door expliciet te overwegen dat het feit dat niets is gezegd over het beschermingsbereik van een bepaalde norm niet betekent dat die norm strekt tot bescherming van degene die daarop een beroep heeft gedaan.⁴⁹ Het kan echter ook andersom, waarbij de bestuursrechter eerst vaststelt dat het relativiteitsvereiste aan vernietiging van het besluit in de weg staat en derhalve de beroepsgrond niet meer inhoudelijk hoeft te worden beoordeeld.⁵⁰ In de praktijk geldt geen vaste volgorde.

41 *Kamerstukken II* 2009/10, 32450, 3, p. 53. Het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste verschilt ook in dit opzicht van het civielrechtelijke relativiteitsvereiste. In het bestuursrecht geldt een ‘ja, tenzij-regel. Een norm wordt geacht te strekken tot bescherming van de belangen van degene die zich erop beroept, tenzij blijkt dat de wetgever het tegendeel heeft bedoeld. In het civiele recht geldt de ‘nee tenzij-regel’. Dit houdt in dat een norm wordt geacht niet te strekken tot bescherming van het privaatrechtelijke belang, tenzij blijkt dat de wetgever wel beoogd heeft dat belang te beschermen (bijvoorbeeld HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077, *JOR* 2006/295, m.nt. D. Busch (*DNB / Vie d’Or*). Zie kritisch over de kennelijkheidstoets De Poorter 2010, p. 43.

42 Schlössels 2014, p. 261.

43 Schueler 2011, p. 270.

44 *Kamerstukken II* 2009/10, 32450, 3, p. 20, en *Kamerstukken II* 2010/11, 32450, 7, p. 23. Volgens Verburg 2011, p. 16-17, geldt dat wanneer er meer dan een halve pagina nodig is om uit te leggen waarom een norm niet strekt tot bescherming van degene die haar inroept, het niet kennelijk is.

45 Zie daarover Van der Veen 2015, p. 177, en Modderman 2012.

46 Modderman 2012, p. 215-219, onderscheidt aan de hand hiervan zes mogelijkheden. Zie ook C.B. Modderman, annotatie bij Vz. ABRvS 27 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA1989, AB 2013/205.

47 Bijvoorbeeld ABRvS 19 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP1352, AB 2011/47, m.nt. A.A.J. de Gier en B.W.N. de Waard (*Elzenbos Brummen*).

48 ABRvS 10 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1248, r.o. 5.6, ABRvS 1 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1465, r.o. 6.3, en ABRvS 20 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1064, r.o. 9.5.

49 ABRvS 20 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1694, r.o. 7.

50 ABRvS 20 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1694, r.o. 4.11.

Overigens zij er op gewezen dat met name de eerstgenoemde volgorde nogal een wrange smaak kan hebben als blijkt dat een grond op zichzelf slaagt, maar niet tot vernietiging kan leiden, omdat het relativiteitsvereiste zich daartegen verzet. Ik deel verder de verwachting van Van der Veen dat naarmate er meer ervaring wordt opgedaan met het relativiteitsvereiste, en dus van steeds meer normen het beschermingsbereik komt vast te staan, sneller geoordeeld zal worden dat het relativiteitsvereiste aan vernietiging in de weg staat en derhalve een inhoudelijke beoordeling van de beroepsgrond achterwege kan blijven.⁵¹

6.2.2 De getroffen belangen

Het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste heeft betrekking op de relatie tussen de belangen van procespartijen en de normen waarop zij een beroep doen. Alvorens die relatie nader te duiden (paragraaf 6.2.4) is het nuttig om eerst iets meer te zeggen over de soorten belangen die een rol kunnen spelen (paragraaf 6.2.2) en de soorten normen waarop een beroep kan worden gedaan (paragraaf 6.2.3).

Artikel 8:69a Awb bepaalt dat de bestuursrechter een besluit niet vernietigt op de grond dat het in strijd is met een rechtsregel of rechtsbeginsel, indien deze regel of dit beginsel kennelijk niet strekt tot bescherming van de *belangen* van degene die zich daarop beroept. De wetgever heeft hiermee de eis willen stellen dat er een verband moet bestaan tussen een beroepsgrond en het belang waarin een belanghebbende door het bestreden besluit dreigt te worden geschaad. De rechter mag een besluit dan ook niet vernietigen wegens schending van een rechtsregel die kennelijk niet strekt tot bescherming van het belang van de belanghebbende.⁵² Aangezien het bij toepassing van artikel 8:69a Awb gaat om de vraag of de (beweerdelijk) geschonden norm strekt tot bescherming van de *belangen* van degene die zich op de norm beroept, wordt gesproken van een belangenrelativiteit.⁵³ Daarmee onderscheidt het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste zich van de civielrechtelijke variant die is neergelegd in artikel 6:163 BW en die is georiënteerd op subjectieve rechten. De vraag is in dat geval of de geschonden norm een persoon beschermt in zijn vermogensrechten. In dat verband wordt wel gesproken over rechtenrelativiteit.⁵⁴

51 Van der Veen 2015, p. 177.

52 *Kamerstukken II* 2009/10, 32127, 3, p. 49, en *Kamerstukken II*, 2009/10, 32450, 3, p. 18. In de rechtspraak van de Afdeling komt deze bedoeling van de wetgever steeds expliciet tot uitdrukking. Zie bijvoorbeeld ABRvS 3 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1776, r.o. 7.1, en Vz. ABRvS 31 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1134, r.o. 5.3.

53 Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680 (*bestemingsplan Blaloweg*), punt 3.3.

54 Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680 (*bestemingsplan Blaloweg*), punt 3.2.

Hierna volgt een beknopte inventarisatie van de verschillende soorten belangen die bij toepassing van het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste betrokken kunnen zijn.

6.2.2.1 *Eigen en algemene belangen*

Zoals gezegd, volgt uit de wetsgeschiedenis dat de bestuursrechter een besluit niet mag vernietigen wegens schending van een rechtsregel die kennelijk niet strekt tot bescherming van een *belang* waarin de eisende partij feitelijk dreigt te worden geschaad en dat hem dus belanghebbende maakt. Hiermee wordt de nadruk gelegd op de verhouding tussen het *particuliere* belang waarin de aanlegger dreigt te worden geschaad en het belang dat de beweerdelijk geschonden norm beoogt te beschermen. Kortom, het relativiteitsvereiste schrijft voor dat – in beginsel⁵⁵ – nog slechts met succes een beroep kan worden gedaan op een rechtsnorm, als die norm het *eigen* belang van degene die er een beroep op doet beoogt te beschermen.⁵⁶ Deze benadering staat op gespannen voet met het rechtsstatelijke uitgangspunt dat het *algemeen* belang de grondslag is voor alle overheidshandelen en publiekrechtelijke regels altijd strekken ter bescherming van bepaalde *algemene* belangen.⁵⁷ Dit betekent dat een publiekrechtelijke norm naar zijn aard nimmer beoogt particuliere belangen te behartigen. Het strikt de hand houden aan dit uitgangspunt zou betekenen dat een particulier in het geheel geen beroep meer kan doen op publiekrechtelijke normen. Het relativiteitsvereiste blokkeert in dat geval de werking van het hele bestuursprocesrecht. Het mag duidelijk zijn dat dit nooit de bedoeling van de wetgever is geweest. De Poorter en Van Ettekovén wijzen er op dat dit knelpunt in de rechtspraak wordt opgelost door te erkennen dat individuele belangen parallel⁵⁸ kunnen lopen met het door een norm beschermde algemene belang en dat – als deze situatie zich voordoet – de betreffende individuele belangen worden geacht binnen het beschermingsbereik van die norm te vallen.⁵⁹ Vereist is dan wel dat de individuele belangen kunnen worden beschouwd als deelbelangen van het ruimere, meer omvattende algemene belang.⁶⁰ Dit is het geval bij bijvoorbeeld milieukwaliteitseisen.⁶¹ Deze normen beogen primair het milieu te beschermen, maar dienen *tevens* ter bescherming van de burgers die de

55 Er zijn enkele ‘uitzonderingen’ (correcties) op het relativiteitsvereiste. Zie daarover paragraaf 6.4.1

56 ABRvS 20 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1064, r.o. 11.2.1, en ABRvS 2 maart 2011 ECLI:NL:RVS:2011:BP6388, r.o. 2.13.4, AB 2011/77, m.nt. A.A.J. De Gier.

57 Aldus ook De Poorter & Van Ettekovén 2013, p. 113, en Schueler 2011, p. 267.

58 Enigszins verwarrend is dat los van de situatie waarin individuele belangen parallel lopen met algemene belangen (zie daarover paragraaf 6.2.2.3), De Poorter & Van Ettekovén de term parallelle belangen gebruiken voor de situatie waarin de belangen van belanghebbende samenlopen met de belangen van andere belanghebbenden.

59 De Poorter & Van Ettekovén 2013, p. 113, en Schueler 2011, p. 267.

60 Schueler 2011, p. 267.

61 Voorbeeld ontleend aan Schueler 2011, p. 267.

gevolgen van overschrijding van de milieukwaliteitseisen kunnen onder- vinden. Voor concurrenten betekent dit dat zij nog slechts met succes een beroep kunnen doen op een norm als het individuele concurrentiebelang dat door een besluit wordt geschaad samenloopt met het algemene belang dat door de norm wordt beschermd. Dit geldt in ieder geval voor mededingingsrechtelijke normen. Deze strekken immers per definitie tot bescherming van eerlijke en vrije concurrentie als zodanig. Heel anders ligt het bij omgevingsrechtelijke normen. In hoofdstuk 5 bleek dat deze normen in het geheel niet strekken tot bescherming van de concurrentie. Dit betekent dan ook dat de mogelijkheid voor een concurrent om met succes een beroep op dergelijke normen te doen vrijwel geheel teniet is gedaan.⁶²

6.2.2.2 Tegengestelde belangen

Soms wordt een beroep gedaan op normen die er niet toe strekken de eigen belangen van degene die zich erop beroept te beschermen, maar ertoe strekken belangen te beschermen die tegengesteld (contraire) zijn aan het eigen belang.⁶³ Verburg merkt terecht op dat dit de ‘tenenkrommende’ gevallen zijn die voor de wetgever een aanleiding zijn geweest om in het bestuursrecht een relativiteitsvereiste in te voeren.⁶⁴ Ter illustratie kan worden gewezen op de eerste zaak waarin de Afdeling toepassing gaf aan het relativiteitsvereiste. Deze zaak betrof de vaststelling van het bestemmingsplan ‘Elzenbos’ in Brummen.⁶⁵ Het plan voorzag in een nieuwe woonwijk met ongeveer 740 woningen. Appellanten – allen omwonenden van het plangebied en in die hoedanigheid dus belanghebbenden – verzetten zich tegen de vaststelling van het plan. Zij voerden in dat verband onder andere aan dat in het plan ten onrechte geen rekening was gehouden met de milieuzone van een in de buurt van het plangebied gevestigd bedrijf, in die zin dat de geplande woningen te dicht in de buurt van dat bedrijf zouden komen te liggen. Appellanten deden ter onderbouwing van hun betoog een beroep op de aan een VNG-brochure ontleende afstandsnormen. Na te hebben geoordeeld dat het bestreden besluit wat betreft de gehanteerde afstandsnormen niet met de vereiste zorgvuldigheid is voorbereid, zag de Afdeling zich gesteld voor de vraag of appellanten zich wel konden beroepen op de gehanteerde afstandsnormen. Naar het oordeel van de Afdeling was dat niet het geval, omdat het appellanten feitelijk ging om het belang dat *zij* gevrijwaard zouden blijven van de aantasting van *hun* uitzicht en meer in het algemeen om het belang van het behoud van *hun* woonomgeving, terwijl

62 Zie daarover paragraaf 6.3.1.

63 Zie over contraire belangen ook De Poorter & Van Ettekoven 2013, p. 109-110, en De Poorter e.a. 2004, p. 19-20.

64 Verburg 2011, p. 11.

65 ABRvS 19 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP1352, AB 2011/47, m.nt. A.A.J. de Gier en B.W.N. de Waard (*Elzenbos Brummen*). Een ander voorbeeld van een bestemmingsplan-zaak waarin een beroep werd gedaan op de afstandsnormen uit de VNG-brochure is ABRvS 20 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1694, JOM 2014/132.

de in geding zijnde afstandsnormen niet de strekking hadden *die* belangen te beschermen. Die normen hadden immers juist tot doel de belangen van de bewoners van de nieuw op te richten woningen – die dus tegengesteld waren aan de belangen van appellanten – te beschermen. De Afdeling kwam dan ook tot de conclusie dat het slagen van de beroepsgrond er niet toe kon leiden dat het bestreden besluit om die reden werd vernietigd.

6.2.2.3 *Parallele belangen*

In de hiervoor besproken uitspraak over de vaststelling van het bestemmingsplan ‘Elzenbos’ in Brummen overwoog de Afdeling ten overvloede:

‘(...) Wel kan een belanghebbende zich beroepen op de normen die de Wet geluidhinder stelt, indien een bestemmingsplan de aanleg of verbreding van een weg mogelijk maakt waarvan ook hij nadelige geluidseffecten voor zijn woonsituatie moet vrezen. Die mogelijkheid bestaat ook indien hij volstaat met aannemelijk te maken dat de aanleg of verbreding zal leiden tot overschrijding van de hoogst toelaatbare geluidbelasting van woningen in zijn directe omgeving en daarmee tot nadelige geluidseffecten op zijn woonsituatie’.⁶⁶

De Poorter en Van Ettekovén merken op dat hieruit volgt dat wanneer iemand een beroep doet op een norm die weliswaar zijn belang beoogt te beschermen, maar die norm niet jegens hem is geschonden, hem toch een beroep op die norm toekomt.⁶⁷ Hij moet dan wel aannemelijk kunnen maken dat de norm is overschreden jegens een ander met een parallel belang. Voorts is vereist dat hij door de schending van die norm jegens een ander wordt geraakt in zijn eigen belang dat door die norm wordt beschermd. Een concreet voorbeeld kan dit illustreren. Het geluidsniveau in een gewone woonstraat ligt overdag op ongeveer 40 dB(A). In artikel 83 lid 3 Wet geluidhinder (Wgh) is bepaald dat in het geval van bestaande woningen de geluidsbelasting als gevolg van de aanleg van een nieuwe weg de grens van 63 dB(A) niet mag overschrijden. Stel nu dat de gemeente een bestemmingplan vaststelt dat voorziet in een nieuwe weg op korte afstand van bestaande woningen. De woning van A ligt dichterbij de nieuwe weg dan die van B. Hierdoor kan het gebeuren dat ten aanzien van de woning van A de wettelijke geluidsnorm wel wordt geschonden, maar ten aanzien van de woning van B niet. Dat neemt niet weg dat ook B te kampen krijgt met een toename van het geluidsniveau, zij het dat de wettelijke norm (net) niet wordt overschreden. In dat geval staat het relativiteitsvereiste er niet aan in de weg dat B toch een beroep doet op de geschonden geluidsnorm. Die norm beoogt immers ook zijn belang te beschermen. Voldoende is echter

66 ABRvS 19 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP1352, r.o. 2.4.3, AB 2011/47, m.nt. A.A.J. de Gier en B.W.N. de Waard (*Elzenbos Brummen*).

67 De Poorter & Van Ettekovén 2013, p. 110. Zie ook Van der Veen 2015, p. 173. Ook Schueler 2011, p. 267, gebruikt de term *parallelle belangen*, maar in een andere betekenis. Hij bedoelt daarmee de situatie waarin individuele belangen parallel lopen met de algemene belangen die een norm beoogt te beschermen.

dat de norm wordt geschonden ten aanzien van een ander. Het belang van B loopt met andere woorden parallel met het belang van A dat door de schending van de norm wel wordt getroffen. Voldoende is dus dat B door de schending van de norm (jegens een ander) feitelijk in zijn eigen belang (dat ook door die norm wordt beschermd) wordt geschaad.

6.2.2.4 Verweven belangen

Tot slot moet worden gewezen op normen die strekken tot bescherming van algemene belangen die – anders dan de in paragraaf 6.2.2.1 genoemde algemene belangen waarmee individuele belangen kunnen samenlopen – niet kunnen worden gekoppeld aan individuele belangen. Dit is bijvoorbeeld het geval voor normen uit de Natuurbeschermingswet 1998 (Nbw 1998) en de Flora- en faunawet (Ffw) die achtereenvolgens strekken tot bescherming van gebieden en soorten. De invoering van het relativiteitsvereiste heeft de vraag doen rijzen of individuen nog met succes kunnen aanvoeren dat een dergelijk belang is getroffen of dat uitsluitend ideële verenigingen en stichtingen dat nog kunnen doen.⁶⁸ Inmiddels heeft de Afdeling duidelijk gemaakt dat de belangen van burgers dusdanig verweven kunnen zijn met de hier bedoelde algemene belangen, dat die particuliere belangen moeten worden geacht te worden beschermd door de normen die de algemene belangen beschermen. Illustratief in dit verband is een zaak die betrekking had op de vaststelling van het bestemmingsplan ‘Tuibrug’ te Hoorn, dat voorzag in de oprichting van 40 woningen.⁶⁹ Appellanten woonden in de directe nabijheid van een Natura-2000 gebied en zij voerden aan dat de vaststelling van het plan in strijd was met de Nbw 1998. De Afdeling overwoog dat bepalen van deze wet met name ten doel hebben om het algemene belang van bescherming van natuur en landschap te beschermen, maar dat de belangen van appellanten bij het behoud van een goede kwaliteit van hun leefomgeving, waarvan het Natura 2000-gebied deel uitmaakte, in dit geval zo waren *verweven* met de algemene belangen die de Nbw 1998 beoogt te beschermen, dat niet kon worden geoordeeld dat de betrokken normen van de Nbw 1998 kennelijk niet strekken tot bescherming van hun belangen. De Nbw 1998 wordt dus geacht ook de belangen van de leefomgeving van burgers die in of nabij een beschermd natuurgebied wonen, te beschermen. Iets voorzichtigter was de Afdeling ten aanzien van de Ffw in een zaak waarin het ging om de verlening van een ontheffing door het oprichten van een windmolenpark.⁷⁰ De Afdeling oordeelde dat niet in alle gevallen op voorhand uitgesloten moet worden geacht dat de Ffw met de bescherming van diersoorten tevens bescherming biedt aan het belang bij het behoud van een goede

68 Verburg 2011, p. 11.

69 ABRvS 13 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR1412, r.o. 2.7.9, *M&R* 2011/189, m.nt. K.J. de Graaf (*Tuibrug*).

70 ABRvS 19 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA3666, r.o. 8.3, *AB* 2013/240, m.nt. W.R. van der Velde.

kwaliteit van de directe leefomgeving van omwonenden. Die situatie deed zich in deze zaak echter niet voor. Het vorenstaande betekent dat een particulier onder omstandigheden toch een beroep kan doen op schending van een norm die in beginsel uitsluitend algemene belangen beoogt te beschermen.⁷¹ Het gaat om de situatie waarin het particuliere belang *naar zijn aard* nauw *verweven* kan zijn met het algemene belang dat de ingeroepen norm beoogt te beschermen.⁷² Het belang van deze constatering is voor concurrenten evenwel zeer beperkt, aangezien de Afdeling heeft uitgemaakt dat de Nbw 1998 en de Ffw niet worden geacht economische bedrijfsbelangen te beschermen.⁷³ Dat zijn dus belangen die naar hun aard niet verweven kunnen zijn met het algemene belang dat de ingeroepen rechtsnorm beoogt te beschermen.

6.2.3 De beweerdelijk geschonden rechtsregel

Artikel 8:69a Awb bepaalt dat de bestuursrechter een besluit niet vernietigt op de grond dat het in strijd is met *een rechtsregel of rechtsbeginsel*, indien deze regel of dit beginsel kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept. In de vorige paragraaf kwam aan de orde welke verschillende soorten belangen bij de toepassing van een norm een rol kunnen spelen. In deze paragraaf staat de vraag centraal van welke norm de bestuursrechter het beschermingsbereik moet bepalen.

6.2.3.1 Gelede normstelling en de nadere invulling van algemene normen

Het bestuursrecht wordt gekenmerkt door een zogeheten gelede normstelling.⁷⁴ Dit houdt in dat bij de uitoefening van een bevoegdheid dikwijls een samenstel van regels moet worden toegepast. In veel gevallen gaat het om algemene normen die meerdere – soms tegenstrijdige – deelbelangen omvatten en die nader worden uitgewerkt in concretere normen, die vaak slechts één deelbelang omvatten. Een goed voorbeeld hiervan vormt artikel 3.1 lid 1 Wro dat bepaalt dat de gemeenteraad voor in een bestemmingsplan begrepen gronden bestemmingen vaststelt *ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening*. Een goede ruimtelijke ordening is een containerbegrip dat tal van – soms tegenstrijdige – deelbelangen omvat. Deze zeer algemene norm wordt nader ingevuld door verschillende normen. In de hiervoor besproken zaak over de vaststelling van het bestemmingsplan ‘Elzenbos’ in Brummen

71 De Poorter & Van Ettehoven 2013, p. 111.

72 De Poorter & Van Ettehoven 2013, p. 111.

73 ABRvS 15 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:75, r.o. 6.3, AB 2014/116, m.nt. A.G.A. Nijmeijer. Zie verder paragraaf 6.3.1.13. Daar staan ook meer verwijzingen naar rechtspraak.

74 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 139-141.

lag een dergelijke deelnorm voor.⁷⁵ Het ging om een concretere afstandsnorm die aan de VNG-brochure werd ontleend. De vraag die in een dergelijk geval rijst, is van welke norm het beschermingsbereik moet worden bepaald: de overkoepelende algemene norm, of de concretiserende norm? In de uitspraak over het bestemmingsplan Brummen overwoog de Afdeling dat het relativiteitsvereiste er niet aan in de weg staat dat belanghebbenden zich in rechte op de norm van een goede ruimtelijke ordening kunnen beroepen om een vernietiging van het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan te bewerkstelligen voor zover die norm betrekking of mede betrekking heeft op hun eigen belangen. Voor zover wettelijke regels eisen stellen aan of randvoorwaarden scheppen voor het aanwijzen van bestemmingen en de daarop betrekking hebbende planregels, leidt een juiste toepassing van het relativiteitsvereiste ertoe dat belanghebbenden zich niet kunnen beroepen op wettelijke voorschriften die onmiskenbaar niet zijn geschreven ter bescherming van hun belangen. Vervolgens beoordeelde de Afdeling het beschermingsbereik van de afstandsnorm. Vergelijkbaar is de werkwijze van de Afdeling in een zaak waarin het ging om een ondernemer die opkwam tegen een bestemmingsplan dat voorzag in concurrerende bedrijvigheid en aanvoerde dat het niet uitvoerbaar was wegens het ontbreken van de benodigde ontheffing van de flora- en faunawetgeving in verband met het verstoren van de verblijfplaatsen van vleermuizen.⁷⁶ De Afdeling oordeelde dat een redelijke toepassing van het relativiteitsvereiste met zich brengt dat belanghebbenden zich niet kunnen beroepen op de normen van de Flora- en faunawet, omdat die normen kennelijk niet strekken tot bescherming van hun belangen, zich evenmin op die normen kunnen beroepen ten betoge dat het bestemmingsplan niet uitvoerbaar is. Beide voorbeelden laten zien dat de rechter bij de beoordeling of een appellant een beroep toekomt op een bepaald samenstel van normen kijkt naar het beschermingsbereik van de nadere normstelling die door middel van een toespitsing op bepaalde deelbelangen de algemene norm invult.⁷⁷ Het gaat dus om het beschermingsbereik van de concreet geschonden norm. Schueler wijst er in dit verband op dat het zaak is steeds goed na te gaan op welke normen een beroep kan worden gedaan. Als een appellant zich niet kan beroepen op een concretere invullende norm omdat deze niet strekt ter bescherming van zijn belang, kan het soms zo zijn dat hij nog wel iets kan bereiken met een beroep op een meer omvattende bovenliggende norm, wanneer die norm een ruimer beschermingsbereik heeft.⁷⁸ Hierbij past mijns inziens wel de kanttekening dat dan het risico bestaat dat het beroep ongegrond is, omdat het betoog onvoldoende is gemotiveerd.

75 ABRvS 19 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP1352, r.o. 2.4.3, AB 2011/47, m.nt. A.A.J. de Gier en B.W.N. de Waard (*Elzenbos Brummen*).

76 ABRvS 15 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:75, r.o. 6.3, AB 2014/116, m.nt. A.G.A. Nijmeijer (*Flamco*).

77 De Poorter & Van Ettekovon 2013, p. 113-114, en Schueler 2011, p. 268.

78 Schueler 2011, p. 268-269.

6.2.3.2 *Rechtsnormen zonder specifiek beschermingsbereik en algemene beginselen van behoorlijk bestuur*

In beroepsprocedures wordt regelmatig een beroep gedaan op beginselen van behoorlijk bestuur en andere bestuursrechtelijke normen die van toepassing zijn op de voorbereiding van besluiten.⁷⁹ De vraag is daarbij steeds wat het beschermingsbereik van deze zeer algemene normen is. Geldt immers niet dat iedereen recht heeft op een zorgvuldig voorbereid en goed gemotiveerd besluit?

Formele rechtsbeginselen

Stel dat een ondernemer opkomt tegen de verlening van een omgevingsvergunning aan een concurrent voor het bouwen van een winkelpand drie straten verderop. Hij voert in bezwaar aan dat het bouwplan niet aan de brandveiligheidseisen voldoet. Het is evident dat deze eisen niet beogen de concurrentiebelangen van de ondernemer te beschermen. Het relativiteitsvereiste geldt echter niet in bezwaar, zodat het bestuursorgaan wel op het betoog moet ingaan. Als het bestuursorgaan vervolgens het bezwaar ongegrond verklaart en de ondernemer in beroep gaat, kan hij niet meer met succes een beroep doen op de brandveiligheidseisen. Artikel 8:69a Awb staat daaraan in de weg. De vraag rijst of hij in beroep niettemin kan aanvoeren dat het bestuursorgaan het besluit op bezwaar niet zorgvuldig heeft voorbereid of geen juiste heroverweging heeft verricht. Wanneer die vraag bevestigend wordt beantwoord, dan zou dat het relativiteitsvereiste in vergaande mate uithollen. Via de band van procedurele normen en beginselen zouden dan immers allerhande materiële normen die er niet toe strekken de belangen van de aanlegger te beschermen, toch bij de bestuursrechter aan de orde kunnen komen en kunnen leiden tot vernietiging van het besluit. De bestuursrechter lost deze problematiek op aan de hand van de leer van de ‘verknoopte’ rechtsnormen.⁸⁰ Deze leer houdt in dat als het om toepassing van het relativiteitsvereiste gaat, aan *formele* voorschriften en beginselen van behoorlijk bestuur geen zelfstandig beschermingsbereik wordt toegekend.⁸¹ Het beschermingsbereik van die voorschriften en beginselen volgt het beschermingsbereik van de materiële ‘moeder’-norm.⁸²

Het vorenstaande kwam impliciet tot uitdrukking in de uitspraak over het bestemmingsplan ‘Elzenbos’ in Brummen.⁸³ De Afdeling oordeelde daarin dat het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan niet met de

⁷⁹ Verburg 2011, p. 15, spreekt over ‘connexe normen’.

⁸⁰ Schlössels 2014, p. 264, en De Poorter & Van Ettehoven 2013, p. 115.

⁸¹ Van der Veen 2015, p. 168-170, Schlössels 2014, p. 263-265, De Poorter & Van Ettehoven 2013, p. 115, Verburg 2011, p. 16, en Schueler 2011, p. 169-170.

⁸² De term is van De Poorter & Van Ettehoven 2013, p. 115. Van der Veen 2015, p. 170, spreekt over een ‘samenhangleer’.

⁸³ ABRvS 19 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP1352, r.o. 2.4.3, AB 2011/47, m.nt. A.A.J. de Gier en B.W.N. de Waard (*Elzenbos Brummen*).

vereiste zorgvuldigheid was voorbereid. Niettemin leidde dat niet tot vernietiging van het besluit, omdat het relativiteitsvereiste verhindert dat appellanten zich op de *achterliggende* afstandsnorm kunnen beroepen. Hieruit volgt dat een belanghebbende geen beroep kan doen op schending van een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, als een beroep op de achterliggende materiële norm afstuit op het relativiteitsvereiste. Duidelijker was een uitspraak van de Afdeling in de zaak *Omega Properties*, die ging over de verlening van een monumentenvergunning aan een projectontwikkelaar voor het uitbreiden van het gemeentehuis van Zeist.⁸⁴ Deze uitbreiding was onderdeel van de herontwikkeling van een deel van het centrum van Zeist. Appellante verhuurde vastgoed in de buurt van het gemeentehuis en kwam op tegen de monumentenvergunning, omdat de uitbreiding van het gemeentehuis van invloed zou zijn op de commerciële aantrekkelijkheid van haar vastgoed. De Afdeling oordeelde dat de normen uit de Monumentenwet kennelijk niet strekken tot bescherming van dit belang, zodat zij zich niet met succes op deze normen kan beroepen. Appellante voerde echter ook aan dat het gemeentebestuur in strijd met het motiveringsbeginsel had gehandeld. De Afdeling oordeelde in reactie hierop dat bij de toepassing van de relativiteitseis aan formele beginselen van behoorlijk bestuur geen zelfstandige betekenis toekomt. Voor de inroepbaarheid daarvan is het beschermingsbereik van de onderliggende materiële norm – in dit geval de normen uit de Monumentenwet – bepalend. Het betoog dat het college het zorgvuldigheidsbeginsel heeft geschonden, is ingegeven door de opvatting van appellante over het beschermingsbereik van die normen, nu zij het college verwijt geen acht te hebben geslagen op het belang van de kwaliteit van de leefomgeving van het monument dat in haar visie binnen dat beschermingsbereik valt, aldus de Afdeling.

Materiele rechtsbeginselen

Wat opvalt aan de zaak *Omega Properties* – en daar wijzen ook De Poorter en Van Ettekovén op⁸⁵ – dat de Afdeling haar oordeel in deze zaak beperkt tot *formele* beginselen van behoorlijk bestuur. Voor dát type beginselen van behoorlijk bestuur geldt dat voor de inroepbaarheid het beschermingsbereik van de onderliggende materiële norm bepalend is.⁸⁶ Lange tijd is de vraag onbeantwoord gebleven of ditzelfde geldt voor meer materiële beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel.⁸⁷

84 ABRvS 18 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX1859, r.o. 2.4.2, AB 2012/343, m.nt. A.T. Marseille en B.W.N. de Waard (*Omega Properties*).

85 De Poorter & Van Ettekovén 2013, p. 115.

86 ABRvS 21 januari 2015 ECLI:NL:RVS:2015:96, r.o.8, JB 2015/39, m.nt. R.J.N. Schlössels, en ABRvS 20 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3092, r.o. 9.2.

87 In ABRvS 11 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1146, r.o. 7.1, Gst. 2014/22, m.nt. K. Lagrouw, ontkomt de Afdeling aan beantwoording van deze vraag, doordat het beroep op het materiële beginsel van behoorlijk bestuur niet is onderbouwd en reeds daarom niet slaagt.

Moeten deze eveneens worden geacht een met de onderliggende materiële norm verknoot beschermingsbereik te hebben of moeten deze worden geacht een zelfstandig beschermingsbereik te hebben? Op die vraag is een antwoord gekomen in een uitspraak waarin de Afdeling – gevolg gevend aan de conclusie van de staatsraad advocaat-generaal⁸⁸ – een correctie op het relativiteitsvereiste heeft aanvaard (de correctie Widdershoven).⁸⁹ De Afdeling overwoog dat de rechter de toepassing van artikel 8:69a Awb in die zin dient te corrigeren dat de schending van een norm die niet de bescherming beoogt van de belangen van een belanghebbende, en die op zichzelf genomen dus niet tot vernietiging zou kunnen leiden, kan bijdragen tot het oordeel dat het vertrouwensbeginsel of gelijkheidsbeginsel is geschonden. Deze correctie komt uitvoerig aan de orde in paragraaf 6.4. Hier wordt volstaan met de opmerking dat uit de uitspraak van de Afdeling volgt dat voor de twee genoemde *materiële* beginselen van behoorlijk bestuur, het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel, geldt dat deze een zelfstandig beschermingsbereik hebben. Dit betekent dat een beroep op die beginselen door de bestuursrechter niet met toepassing van artikel 8:69a Awb achterwege kan worden gelaten, wanneer belanghebbende niet binnen het beschermingsbereik van het toepasselijke normstelsel valt. Dit is voor concurrenten een zeer belangrijke constatering, waar ik later op terugkom.⁹⁰

Andere materiële beginselen hebben naar het oordeel van de staatsraad advocaat-generaal geen zelfstandig beschermingsbereik in die zin dat hun relativiteit niet los kan worden gezien van de materiële norm.⁹¹ Hoewel de Afdeling zich in de uitspraak van 16 maart 2016 niet over het beschermingsbereik van andere dan de twee genoemde materiële beginselen heeft uitgelaten, mag volgens De Poorter e.a. worden aangenomen dat zij eveneens de conclusie van advocaat generaal Widdershoven deelt waar deze van oordeel is dat andere materiële beginselen van behoorlijk bestuur voor de toepassing van het relativiteitsvereiste geen zelfstandige betekenis hebben.⁹² Overigens merkt Schlössels op dat niet ondenkbaar is dat een concurrent bij een vermoeden van ‘vriendjespolitiek’ en belangenverstrengeling een beroep op het verbod van vooringenomenheid (artikel 2:4 Awb) kan doen, ook wanneer de onderliggende materiële norm niet strekt tot bescherming van de belangen van de concurrent.⁹³

88 Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680 (*bestemmingsplan Blaloweg*).

89 ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:732, r.o. 18.1, JB 2016/88, m.nt. R.J.N. Schlössels.

90 Paragraaf 6.4.4.2.

91 Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680 (*bestemmingsplan Blaloweg*), punten 4.8 en 4.9. Schlössels onderschrijft deze conclusie, zie R.J.N. Schlössels, annotatie bij ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:732, JB 2016/88.

92 De Poorter e.a. 2016, p. 119.

93 R.J.N. Schlössels, annotatie bij ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:732, JB 2016/88.

6.2.4 De relatie tussen belangen en normen: relativiteit in drie stappen

De voorgaande twee paragrafen leiden tot een relativiteitsbeoordeling in drie stappen. Deze laten zich als volgt omschrijven.

Stap 1: Zuivere relativiteit

Artikel 8:69a Awb bepaalt dat de bestuursrechter een besluit niet vernietigt op de grond dat het in strijd is met een geschreven of ongeschreven rechtsregel of een algemeen rechtsbeginsel, indien deze regel of dit beginsel kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept. Aldus wordt in de wettekst de nadruk gelegd op het *belang* dat een norm kennelijk beoogt te beschermen. Vernietiging van een besluit blijft achterwege als de beweerdelijk geschonden norm waarop een belanghebbende een beroep doet niet tot bescherming strekt van een belang waarin hij *feitelijk* dreigt te worden geschaad. Bij de beoordeling of dit het geval is geldt de norm zelf als vertrekpunt. Het gaat hier om toepassing van de zuivere relativiteitseis, zoals die is terug te vinden in artikel 8:69a Awb.⁹⁴

Stap 2: De congruentieregel

Wat opvalt in de rechtspraak van de Afdeling⁹⁵ waarin het relativiteitsvereiste wordt toegepast, is dat bij de beoordeling of dat vereiste zich tegen vernietiging van een besluit verzet niet uitsluitend wordt gekeken naar de letterlijke tekst van artikel 8:69a Awb, maar vooral ook naar de bedoelingen van de wetgever.⁹⁶ In dit verband wordt de volgende standaardoverweging gebruikt:

‘Blijkens de geschiedenis van de totstandkoming van de Wet Aanpassing bestuursprocesrecht (Kamerstukken II, 2009/2010, 32 450, nr. 3, blz. 18-20) heeft de wetgever met artikel 8:69a Awb de eis willen stellen dat er een verband moet bestaan tussen een beroepsgrond en het belang waarin appellant door het bestreden besluit dreigt te worden geschaad. De bestuursrechter mag een besluit niet vernietigen wegens schending van een rechtsregel die kennelijk niet strekt tot bescherming van het belang van de appellant.’⁹⁷

94 De Poorter & Van Ettekovén 2013, p. 116.

95 Bij mijn weten is er (nog) geen rechtspraak van het CBb over het relativiteitsvereiste.

96 Schueler 2011, p. 267.

97 ABRvS 10 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1250, r.o. 11.4, ABRvS 3 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1776, r.o. 7.1, en ABRvS 31 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1134, r.o. 5.3. Voorheen luidde de standaardoverweging net even anders en moest er een verband bestaan tussen de beroepsgrond en de *daadwerkelijke (of achterliggende) reden om een besluit in rechte aan te vechten* (ABRvS 11 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1146, r.o. 6, *Gst.* 2014/22, m.nt. K. Lagrouw) in plaats van tussen de beroepsgrond en *het belang waarin appellant door het bestreden besluit dreigt te worden geschaad*. Deze aanpassing lijkt mij terecht, nu het naar de daadwerkelijke of achterliggende reden om een besluit aan te vechten altijd gissen blijft, terwijl het belang waarin iemand door een besluit dreigt te worden geschaad min of meer objectief is vast te stellen. Tevens wordt met de aangepaste overweging mogelijke spanning met een andere uitspraak van de Afdeling vermeden (ABRvS 7 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1669, r.o. 3.2, *AB* 2014/274, m.nt. A.T. Marseille en B.W.N. de Waard). In die uitspraak werd overwogen dat het achterliggende motief voor de indiening van het beroep niet van belang is voor de relativiteitsvraag.

De Poorter en Van Ettekoven wijzen er op dat hierin een tweede regel over relativiteit besloten ligt.⁹⁸ Vernietiging van een besluit blijft ook achterwege als geen verband bestaat tussen een beroepsgrond en het belang waarin betrokkene door het bestreden besluit dreigt te worden geschaad en dat hem tot belanghebbende maakt. Dit wordt aangeduid als de congruentieregel en houdt in dat de aangevoerde beroepsgronden moeten 'samenlopen' met het belang dat appellant tot belanghebbende maakt. Hierbij geldt de beroepsgrond als vertrekpunt.⁹⁹

Stap 3: De causaliteitstoets

Naast de twee hiervoor genoemde regels over relativiteit wijzen Schueler en De Poorter & Van Ettekoven er op dat de Afdeling in haar relativiteitsrechtspraak een causaliteitstoets hanteert.¹⁰⁰ Niet voldoende is dat het belang waarin betrokkene door het bestreden besluit dreigt te worden geschaad bescherming vindt in de geschonden norm. Tevens is vereist dat dit belang feitelijk dreigt te worden geschaad, niet als gevolg van het bestreden besluit,¹⁰¹ maar als gevolg van schending van de ingeroepen norm.¹⁰² Ter illustratie wordt gewezen op een uitspraak die betrekking had op de vaststelling van het 'Tracébesluit wegbuitbreiding Schiphol-Amsterdam-Almere'.¹⁰³ In deze zaak ging het om iemand die op zodanig korte afstand van het voorziene tracé woonde, dat hij als belanghebbende bij het tracébesluit werd aangemerkt. Tegen het tracébesluit voerde hij onder meer aan dat onvoldoende rekening was gehouden met de negatieve gevolgen van het tracébesluit op vijf in de nabijheid gelegen Natura 2000-gebieden. De Afdeling overwoog dat de bepalingen van de Nbw 1998 met name ten doel hebben om het algemene belang van bescherming van natuur en landschap te beschermen. De belangen van omwonenden bij het behoud van een goede kwaliteit van hun leefomgeving, waarvan een Natura 2000-gebied deel uitmaakt, kunnen evenwel zo verweven zijn met de algemene belangen die de Nbw 1998 beoogt te beschermen, dat niet kan worden geoordeeld dat de betrokken normen van de Nbw 1998 kennelijk niet strekken tot bescherming van hun belangen. De Afdeling overwoog vervolgens dat de woning van appellant in Diemen zich op meer dan twee kilometer van het dichtstbij gelegen Natura 2000-gebied 'Markermeer en IJmeer' bevindt en daarvan wordt gescheiden door onder meer het Amsterdam-Rijnkanaal, het Diemerpark en de wijk IJburg te Amsterdam, zodat geen duidelijke verwevenheid van het belang van appellant bij het behoud van een goede kwaliteit van zijn leefomgeving met de algemene belangen die de Nbw 1998 beoogt te beschermen bestaat en moet worden geoordeeld dat de betrokken normen

98 De Poorter & Van Ettekoven 2013, p. 116.

99 De Poorter & Van Ettekoven 2013, p. 116, en Schueler 2011, p. 270.

100 De Poorter & Van Ettekoven 2013, p. 111-112, en Schueler 2011, p. 270.

101 Dat zou immers dezelfde toets inhouden als de belanghebbendentoets, aldus De Poorter & Van Ettekoven 2013, p. 112.

102 De Poorter & Van Ettekoven 2013, p. 112.

103 ABRvS 4 januari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV0106, BR 2912/41, m.nt. W.J. Bosma.

van de Nbw 1998 kennelijk niet strekken tot bescherming van de belangen van appellant. Het vorenstaande komt er aldus op neer dat het belang van appellant bij een goede kwaliteit van de leefomgeving weliswaar bescherming kan vinden in de beweerdelijk geschonden normen van de Nbw 1998, maar dat het belang van een goede kwaliteit van de leefomgeving in dit geval niet feitelijk dreigt te worden geschaad als gevolg van de schending van die normen, aangezien de woning van appellant te ver af ligt van het gebied ten aanzien waarvan die normen worden geschonden.¹⁰⁴ Ook in dat geval stuit het beroep af op het relativiteitsvereiste.

Samenvattend kan worden gesteld dat bij toepassing van het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste drie stappen kunnen worden onderscheiden: een zuivere relativiteitstoets, een congruentietoets en een causaliteitstoets. Als aan één van deze toetsen niet wordt voldaan, dan vernietigt de bestuursrechter het besluit niet.

6.2.5 De verhouding tussen het specialiteitsbeginsel en het relativiteitsvereiste

Tot besluit van deze paragraaf kort iets over de verhouding tussen het specialiteitsbeginsel en het in het vorige hoofdstuk besproken relativiteitsvereiste. In hoofdstuk 5 is het doelgebonden karakter van bestuursbevoegdheden aan de orde gekomen. Daarbij bleek dat het beschermingsbereik van materiële normen beperkt is. Op grond van het specialiteitsbeginsel mag het bestuur een bestuursrechtelijke norm uitsluitend op haar eigen afgebakende terrein toepassen en niet gebruiken om daarbuiten gelegen doelen te bereiken (het verbod van *détournement de pouvoir*).¹⁰⁵ Het specialiteitsbeginsel richt zich dus in hoofdzaak tot het bestuur. Het bakent immers de door het bestuur bij de besluitvorming af te wegen belangen af. Het komt geregeld voor dat de belangen van derden, zoals bijvoorbeeld concurrenten, feitelijk worden geraakt door een besluit, waardoor die derden belanghebbenden zijn bij dat besluit, terwijl tegelijkertijd die belangen geen rol kunnen spelen in de besluitvorming omdat ze geen verband houden met het doel van de toegepaste bestuursbevoegdheid. Het gevolg hiervan is dat het voor de desbetreffende derden vaak weinig zin heeft zich er bij de bestuursrechter op te beroepen dat hun belangen onvoldoende zijn meegewogen in de besluitvorming. Voor hen zit er dan niet veel anders op dan zich bij de rechter te bedienen van het belang van een ander, en aan te voeren dat het desbetreffende

104 Opmerking verdient dat de Afdeling in deze zaak ook zou hebben kunnen oordelen dat geen sprake is van verwevenheid van het particuliere belang van een goede kwaliteit van de leefomgeving en de algemene belangen die de Nbw 1998 beoogt te beschermen, reeds omdat het dichtstbijzijnde Natura 2000-gebied te ver af is gelegen van de woning van appellant om onderdeel uit te maken van zijn leefomgeving. Aan de vraag of het particuliere belang in dit geval feitelijk dreigt te worden geschaad als gevolg van de schending van de normen van de Nbw 1998, wordt dan niet meer toegekomen.

105 Zie daarover uitgebreid Schlössels 1998, p. 1.

belang door de beweerdelijke normschending wordt geschaad. Denk in dit verband aan de belanghebbende die bezwaar heeft tegen de verlening van een omgevingsvergunning voor bouwen voor de vestiging van een concurrent in de nabijheid. Het feitelijke belang dat wordt getroffen is distributieplanologisch van aard. De bevoegdheid om een bouwvergunning te verlenen is niet toegekend met het doel dergelijke belangen te behartigen, zodat het specialiteitsbeginsel er aan in de weg staat dat die belangen bij de verlening van een bouwvergunning een rol kunnen spelen. Voor de belanghebbende zit er dan ook niet veel anders op dan een beroep te doen op de schending van een norm die beoogt andere belangen te beschermen, bijvoorbeeld geluid- en geurnormen, ook al wordt hij zelf – door de afstand tot het vergunde bouwwerk – feitelijk niet getroffen door de schending van dat belang.

Het relativiteitsvereiste is relevant voor het specialiteitsbeginsel, omdat het een verbinding legt tussen het materiële bestuursrecht en het bestuursprocesrecht.¹⁰⁶ Het bepaalt immers in hoeverre belanghebbenden zich in een procedure bij de bestuursrechter kunnen beroepen op schending van een norm die niet beoogt het eigen belang, waarin zij feitelijk zijn getroffen, te beschermen, maar de belangen van anderen. Dat bij de bestuursrechter een beroep wordt gedaan op de belangen van anderen heeft alles te maken met het hiervoor geschetste systeem van belangenafweging, zoals dat wordt gedicteerd door het specialiteitsbeginsel. Met de introductie van het relativiteitsvereiste heeft de wetgever getracht hieraan paal en perk te stellen. Wat dit betekent voor de reikwijdte van de rechtsbescherming is vervolgens afhankelijk van het antwoord op de vraag naar het doel van het materiële bestuursrecht. Het materiële bestuursrecht heeft primair tot doel algemene of publieke belangen en niet particuliere belangen te beschermen.¹⁰⁷ Dit betekent volgens Vlasblom dat ter bescherming van particuliere belangen alleen een beroep kan worden gedaan op rechtsschendingen voor zover deze particuliere belangen samenvallen met de algemene belangen die door de schending worden geraakt.¹⁰⁸ Alleen in die gevallen dient het bestuursprocesrecht een beroepsrecht aan particulieren toe te kennen. Het beroepsrecht wordt aldus, via de band van het relativiteitsvereiste, uitdrukkelijk gekoppeld aan het specialiteitsbeginsel. Gezegd kan dan ook worden dat het specialiteitsbeginsel en relativiteitsvereiste twee zijden van dezelfde medaille zijn, waarbij het doelgebonden karakter van bestuursbevoegdheden als medaille fungeert.

6.2.6 Tussenconclusie

In paragraaf 6.2 stond in algemene zin de vraag centraal naar het doel en de inhoud van het relativiteitsvereiste, zoals dat in artikel 8:69a Awb is neergelegd. Het vereiste stelt grenzen aan de vernietigingsbevoegdheid van de bestuursrechter. De bestuursrechter vernietigt een besluit niet op de grond

¹⁰⁶ Heldeweg 2009, p. 92-94, en Schreuder-Vlasblom 2007, p. 44.

¹⁰⁷ Schreuder-Vlasblom 2007, p. 45.

¹⁰⁸ Schreuder-Vlasblom 2007, p. 48.

dat het in strijd is met een geschreven of ongeschreven rechtsregel of een algemeen rechtsbeginsel, indien deze regel of dit beginsel kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich erop beroept. In de rechtspraak is daar op grond van de toelichting op artikel 8:69a Awb aan toegevoegd dat een besluit evenmin wordt vernietigd als er onvoldoende verband bestaat tussen de beroepsgrond en het belang waaraan appellant zijn beroepsrecht ontleent (causaliteit). De voor dit proefschrift relevante vraag die vervolgens rijst, is in hoeverre artikel 8:69a Awb een beperking vormt voor de mate waarin bij de toetsing van een besluit door de bestuursrechter rekening kan worden gehouden met concurrentiebelangen en in het bijzonder het belang van een gelijk speelveld. Deze vraag komt in de volgende paragrafen aan de orde.

6.3 CONCURRENTIEBELANGEN IN DE RELATIVITEITSRECHTSPRAAK

In deze paragraaf wordt aan de hand van een analyse van de rechtspraak getracht een antwoord te vinden op de vraag in hoeverre het relativiteitsvereiste een belemmering vormt voor het betrekken van concurrentiebelangen bij de toetsing van besluiten door de bestuursrechter.

In 2015 heeft onder auspiciën van het Wetenschappelijk Onderzoeks- en Documentatiecentrum van het Ministerie van Veiligheid en Justitie (WODC) een evaluatie van onder andere artikel 8:69a Awb plaatsgevonden.¹⁰⁹ Een belangrijk onderdeel van deze evaluatie was een analyse van de rechtspraak tot 1 juli 2015. Eén van de conclusies was dat, behoudens enkele uitzonderingen,¹¹⁰

109 Nijmeijer e.a. 2015.

110 In het WODC-rapport wordt gewezen op ABRvS 25 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ2265, r.o. 11.1, AB 2013/146, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen (SNS REAAL). Deze zaak had betrekking op de onteigening van SNS en SNS Reaal. In aanvulling daarop kan worden gewezen op ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, r.o. 13-13.3, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Speelautomatenhal Vlaardingen*), waarin het ging om de verdeling van een schaarse kansspelvergunning. Voorts wijs ik op ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3451, r.o. 9-9.5, AB 2017/110, m.nt. B.J.P. Stramrood, ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3453, r.o. 9-9.5, AB 2017/112, m.nt. B.J.P. Stramrood, en ABRvS 28 december 2016 ECLI:NL:RVS:2016:3454, r.o. 9-9.5, AB 2017/111, m.nt. B.J.P. Stramrood (*SlijtersUnie*). Deze drie zaken hadden betrekking op de handhaving van een bepaling uit de Drank- en horecawet. Voor wat de rechtspraak van de hoogste bestuursrechters betreft, valt tot slot te wijzen op CRvB 21 februari 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:607, r.o. 4.2.8, USZ 2017/156, m.nt. C.W.C.A. Bruggeman en H.W.M. Nacinovic. Dit betrof een zaak op het terrein van het sociale zekerheidsrecht. Van der Veen 2015, p. 164, wijst op enkele rechtbankuitspraken waarin buiten het omgevingsrecht toepassing is gegeven aan het relativiteitsvereiste: Rb. Zeeland-West-Brabant 22 april 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:2533 (*Team Alert*), Rb. Midden-Nederland 13 mei 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:3435, r.o. 8.2, Rb. Limburg 23 mei 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:4608, r.o. 30, Rb. Amsterdam 13 mei 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2569, r.o. 5.3, en Rb. Oost-Brabant 20 juni 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:2702, r.o. 15.

alle rechtspraak over het relativiteitsvereiste betrekking heeft op omgevingsrechtelijke besluiten (milieu en ruimtelijke ordening).¹¹¹ Een verklaring die hiervoor wordt gegeven, is dat in het omgevingsrecht vaak sprake is van meerpartijengeschillen, waardoor vaak ook andere belangen dan die van de geadresseerde van het besluit betrokken zijn. Aan de analyse in het WODC-rapport valt de verwachting te ontlelen dat concurrenten betrekkelijk veel last zullen hebben van het relativiteitsvereiste als het gaat om de bescherming van hun belangen. Zij procederen immers veel over ruimtelijke besluiten en nemen in die procedures bovendien vaak de rol van derde-belanghebbende in.

Hierna volgt een bespreking van de rechtspraak waarin het relativiteitsvereiste is toegepast. Daarbij wordt, gezien het onderwerp van dit proefschrift, een beperking aangebracht, in die zin dat alleen de rechtspraak over besluiten waarbij concurrentiebelangen zijn betrokken aan de orde komen. Ik maak een onderverdeling in aan aantal categorieën besluiten:¹¹² omgevingsrechtelijke besluiten (paragraaf 6.3.1), handavingsbesluiten (paragraaf 6.3.2) en overige besluiten (paragraaf 6.3.3). Afgesloten wordt met een conclusie (paragraaf 6.3.4).

6.3.1 Omgevingsrechtelijke besluiten

Ondernemers procederen veel over ruimtelijke besluiten. In verreweg de meeste gevallen gaat het in die procedures om de vaststelling van bestemmingsplannen, maar soms gaat het om de verlening van een omgevingsvergunning voor bijvoorbeeld bouwen of het gebruik van gronden of bouwwerken in strijd met een bestemmingsplan. Ondernemers hebben in hoofdzaak twee redenen om te procederen over ruimtelijke besluiten. In de eerste plaats kan het gaan om de vrees dat zij door de vaststelling van een bepaald ruimtelijk regime in hun bedrijfsvoering worden beperkt. De procedure is er in dat geval bijvoorbeeld op gericht te voorkomen dat in de buurt een kwetsbare bestemming wordt gerealiseerd waardoor een ondernemer in zijn bedrijfsvoering en uitbreidingsmogelijkheden wordt beperkt of te voorkomen dat juist een overlastgevende bestemming wordt gerealiseerd waardoor in de omgeving van een onderneming het ondernemersklimaat wordt aangetast. In de tweede plaats kan het gaan om vrees voor een toename van de concurrentie. In dat geval is de procedure er op gericht te voorkomen dat zich een nieuwe concurrent in de buurt vestigt of dat een bestaande concurrent zijn activiteiten uitbreidt. Hieronder volgt een inventarisatie van de ver-

111 Nijmeijer e.a. 2015, p. 49. Tot deze conclusie komen ook Van der Veen 2015, p. 164, Swagemakers 2015, p. 9, en Stramrood 2015 p. 831. Overigens werd bij de invoering van het relativiteitsvereiste door de wetgever ook al voorspeld dat dit met name zou worden toegepast in het omgevingsrecht. Zie *Kamerstukken II*, 2009/10, 32450, 4, p. 6.

112 De categorisering in deze paragraaf is deels ontleend aan Stramrood 2016 en Stramrood 2015.

schillende ruimtelijke normen waarop in die procedures een beroep wordt gedaan. Daarbij wordt ingegaan op de vraag in hoeverre het relativiteitsvereiste in de weg staat aan een vernietiging van het ruimtelijke besluit wegens strijd met de desbetreffende norm.

6.3.1.1 *De bevoegdheid om bestemmingsplannen vast te stellen*

Artikel 3.1 lid 1 Wro bepaalt dat de gemeenteraad voor in een bestemmingsplan begrepen gronden bestemmingen vaststelt ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening. Volgens de Afdeling houdt die norm in dat de gemeenteraad een veel omvattende belangenafweging dient te maken die moet resulteren in het leggen van bestemmingen en met het oog op die bestemmingen vaststellen van regels omtrent het gebruik, met inbegrip van mogelijkheden voor bebouwing, van de in het plan begrepen gronden.¹¹³ Een concurrent kan tegen een besluit tot vaststelling van een bestemmingsplan aanvoeren dat het in strijd met artikel 3.1 lid 1 Wro is genomen, omdat onvoldoende rekening is gehouden met zijn concurrentiepositie. De Afdeling heeft ten aanzien van een dergelijk betoog overwogen dat artikel 3.1 van de Wro kennelijk niet strekt ter bescherming van het belang om gevrijwaard te blijven van concurrentie. Dit betekent dat een betoog dat ertoe strekt dat de in het plan voorziene bedrijvigheid de concurrentiepositie van een derde (concurrent) schaadt, op grond van artikel 8:69a Awb niet kan leiden tot vernietiging van het bestreden besluit.¹¹⁴ De toepassing van het relativiteitsvereiste verschilt in dit geval nauwelijks van de toepassing van het specialiteitsbeginsel. In beide gevallen gaat het er om dat een bestemmingsplan niet dient om concurrentieverhoudingen te regelen. Alleen de wijze waarop het betoog wordt ingestoken verschilt. Wordt aangevoerd dat in de belangenafweging onvoldoende rekening is gehouden met de concurrentiepositie van een derde, dan is het betoog ongegrond, omdat concurrentieverhoudingen bij een planologische belangenafweging in beginsel geen in aanmerking te nemen belang vormen. Het specialiteitsbeginsel staat dan aan het meewegen van dat belang in de weg. Wordt aan het betoog toegevoegd dat het besluit, omdat onvoldoende rekening is gehouden met de concurrentiepositie van een derde, in strijd met artikel 3.1 lid 1 Wro is genomen, dan kan het betoog niet tot vernietiging leiden, omdat het relativiteitsvereiste daaraan in de weg staat. Dit laat heel mooi zien dat het specialiteitsvereiste en het relativiteitsbeginsel heel nauw aan elkaar verwant zijn.

113 ABRvS 19 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP1352, r.o. 2.4.3, AB 2011/47, m.nt. A.A.J. de Gier en B.W.N. de Waard (*Elzenbos Brummen*).

114 ABRvS 3 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1744, r.o. 5.3 JBO 2015/229, m.nt. D. van der Meijden (*Leisure Center Belfeld*).

6.3.1.2 De norm van een goede ruimtelijke ordening

Soms doen ondernemers een beroep op de goede ruimtelijke ordening om een bepaalde ontwikkeling tegen te houden. De norm van een goede ruimtelijke ordening vormt het fundament voor vrijwel alle ruimtelijke regelgeving. Deze grondnorm van een 'goede ruimtelijke ordening' is een containerbegrip dat uiteenlopende – soms tegenstrijdige – deelbelangen omvat. Ruimtelijke ordening gaat over het met elkaar in evenwicht brengen van die belangen. Hoewel elke ruimtelijke norm uiteindelijk strekt tot het beschermen van een goede ruimtelijke ordening, geldt voor veel ruimtelijke normen dat ze beogen een specifiek deelbelang te beschermen. Bij de toepassing van het relativiteitsvereiste probeert de rechter in de meeste gevallen te achterhalen of het betrokken belang van appellant valt binnen het specifieke deelbelang dat de ingeroepen norm beoogt te beschermen. Niet altijd is die specifieke regelgeving van toepassing. Dat betekent echter niet dat de effecten van een ruimtelijk besluit voor de omgeving en het milieu geen rol kunnen spelen in de besluitvorming. Bescherming van die aspecten vindt in dat geval plaats door middel van invulling van de overkoepelende norm van een goede ruimtelijke ordening.

Volgens vaste rechtspraak van de Afdeling waarborgt de norm van een goede ruimtelijke ordening zowel de belangen van omwonenden bij een aanvaardbaar woon- en leefklimaat als de belangen van bedrijven bij een ongehinderde bedrijfsuitoefening.¹¹⁵ Dat de norm ook strekt tot bescherming van het belang van ondernemers bij een ongehinderde bedrijfsuitoefening betekent dat het relativiteitsvereiste er niet aan in de weg staat dat een ondernemer, omdat hij kan worden geconfronteerd met klachten van omwonenden over bijvoorbeeld de milieugevolgen of veiligheidsrisico's van zijn bedrijf, aanvoert dat in het plangebied vanwege die milieugevolgen, waaronder de geur- en geluidbelasting, of de veiligheidsrisico's geen aanvaardbaar woon- en leefklimaat is gewaarborgd. Ook kan een ondernemer met succes een beroep op ruimtelijke normen doen, wanneer hij in de directe omgeving van het plangebied is gevestigd.¹¹⁶ Het relativiteitsbeginsel staat er in beide gevallen niet aan in de weg dat de bestuursrechter het besluit vernietigt wanneer een ondernemer terecht aanvoert dat het besluit in strijd is met de norm van een goede ruimtelijke ordening.¹¹⁷ Opmerkelijk hierbij is dat het belang waarvoor de ondernemer opkomt (onbelemmerde bedrijfsuitoefening) tegengesteld is aan de belangen van de omwonenden (beperking van de bedrijfsuitoefening). Dit laat dus zien dat de norm van een goede ruimte-

115 ABRvS 29 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2364, *Gst.* 2015/135, m.nt. F. Limpens-Cuijpers r.o. 8.1 (*plattelandswoning Haaren*), en ABRvS 12 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4030, r.o. 8.6.2.

116 ABRvS 15 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:694, r.o. 11.3.

117 ABRvS 29 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2364, r.o. 8.1, *Gst.* 2015/135, m.nt. F. Limpens-Cuijpers, en ABRvS 6 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1419 r.o. 6.3.

lijke ordening een containerbegrip is dat uiteenlopende belangen omvat die soms tegenstrijdig zijn. Het bestuur moet bij het nemen van een besluit die verschillende belangen tegen elkaar afwegen.

De Afdeling heeft ook geoordeeld dat het behouden en herstellen van een uit ruimtelijk oogpunt goed ondernemersklimaat een onderdeel is van het belang van een goede ruimtelijke ordening.¹¹⁸ Dit betekent dat wanneer aanmerkelijk is dat de vestiging van een concurrent kan leiden tot een minder goed ondernemersklimaat voor een appellant het relativiteitsvereiste niet in de weg staat aan een beroep op de norm van een goede ruimtelijke ordening die aan veel ruimtelijke bepalingen ten grondslag ligt. De Afdeling oordeelde dat dit het geval is als niet op voorhand is uitgesloten dat vestiging van een concurrent zal leiden tot een minder goed ondernemersklimaat door een mogelijke vermindering van het aantal klanten van appellant en daardoor tot een daling van zijn omzet en inkomsten. Deze lijn is opmerkelijk, omdat deze suggereert dat als concurrentie mogelijk leidt tot een daling van de omzet en inkomsten concurrentiebelangen onderdeel uitmaken van een ruimtelijke afweging. Dit is echter niet voldoende om concurrentiebelangen mee te wegen. Daarvoor moet de bedoelde daling van omzet en inkomsten ruimtelijke consequenties (bijvoorbeeld leegstand) hebben.

Tot slot kan zich de situatie voordoen waarin een ondernemer tegen een besluit opkomt, niet omdat hij vreest dat hij daardoor in zijn bedrijfsvoering wordt belemmerd, maar om de enkele reden dat hij wil voorkomen dat zich concurrenten in zijn verzorgingsgebied vestigen. Het gaat dan om het belang om gevrijwaard te blijven van concurrentie. Dit is met afstand de meest voorkomende reden voor ondernemers om over ruimtelijke besluiten te procederen. In hoofdstuk 5 kwam al aan de orde dat de norm van een goede ruimtelijke ordening niet strekt tot bescherming van dát belang.¹¹⁹ De Afdeling heeft dat onder meer uitgemaakt in gevallen waarin was gewezen op de uit het besluit voortvloeiende parkeerdruk,¹²⁰ geur,¹²¹ en geluidsbelasting,¹²² veiligheidsrisico's¹²³, gevolgen voor de luchtkwaliteit¹²⁴

118 ABRvS 24 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1374, r.o. 3.3, *Gst.* 2017/118, m.nt. A. Snijders, en ABRvS 20 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:106, r.o. 7.1, *Gst.* 2016/103, m.nt. M. Blokvoort.

119 Paragraaf 5.4.1.

120 ABRvS 24 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2316, r.o. 7.2, *JBO* 2016/247, m.nt. D. van der Meijden, ABRvS 15 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1664, r.o. 8.1, ABRvS 22 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1224, r.o. 3.2, ABRvS 5 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3926, r.o. 6.2, en ABRvS 11 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1146, r.o. 7.1, *Gst.* 2014/22, m.nt. K. Lagrouw.

121 ABRvS 29 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2364, r.o. 8.1 *Gst.* 2015/135, m.nt. F. Limpens-Cuijpers.

122 ABRvS 29 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2364, r.o. 8.1 *Gst.* 2015/135, m.nt. F. Limpens-Cuijpers, en ABRvS 3 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1776, r.o. 7.2.

123 ABRvS 3 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1776, r.o. 7.2.

124 ABRvS 3 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1776, r.o. 7.2, en ABRvS 20 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1678, r.o. 3.3.

en afstandsnormen.¹²⁵ Het betreft steeds normen voor de bepaling van hetgeen een goede ruimtelijke ordening vereist uit een oogpunt van een goed woon-, leef- en ondernemersklimaat ter plaatse van het te realiseren plan. Dit betekent dan ook dat een ondernemer die bij de bestuursrechter opkomt tegen een besluit omdat hij gevrijwaard wil blijven van concurrentie, zelfs als hij terecht aanvoert dat het besluit in strijd is met de norm van een goede ruimtelijke ordening, zijn beroep ziet stuklopen op het relativiteitsvereiste.

6.3.1.3 Branchering

Ondernemers doen in procedures bij de bestuursrechter over ruimtelijke besluiten vaak een beroep op de ruimtelijke normen die zijn opgenomen in het Besluit ruimtelijke ordening (Bro). Een aantal van die normen passeert in deze en de volgende deelparagrafen de revue. Bij de toetsing aan die normen staat in het kader van de toepassing van het relativiteitsvereiste het beschermingsbereik van de afzonderlijke norm centraal. Dit betekent dat niet zozeer wordt gekeken of het betrokken belang van appellant (het concurrentiebelang) valt binnen het algemene belang van een goede ruimtelijke ordening, maar vooral of dat valt binnen het specifieke deelbelang dat de desbetreffende norm beoogt te beschermen

Artikel 3.1.2 lid 2 onder b Bro bepaalt dat, ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening, een bestemmingsplan regels kan bevatten met betrekking tot branches van detailhandel en horeca. Dit maakt het voor gemeenten mogelijk om in een bestemmingsplan de vestiging van bepaalde branches van detailhandel te beperken of uit te sluiten.¹²⁶ Hierbij geldt dat de eisen zullen moeten worden gemotiveerd vanuit overwegingen van ruimtelijke kwaliteit en niet louter kunnen zijn gegrond op argumenten van concurrentiebeperking. De Afdeling heeft geoordeeld dat artikel 3.1.2 lid 2 Bro ten doel heeft de ruimtelijk economische kwaliteit te bevorderen door in een bestemmingsplan eisen te stellen ten aanzien van de vestiging van bepaalde branches van detailhandel.¹²⁷ Deze bepaling beschermt de bestaande detailhandelsstructuur in dorpen, wijkwinkelcentra en binnensteden.¹²⁸ Als bijvoorbeeld een bestemmingsplan voorziet in de vestiging van een grote supermarkt aan de rand van een stad kan dit betekenen dat de lokale kruidenier, slager, kaasboer en bakker in de binnenstad hun klanten zien overlopen naar die grote supermarkt met als gevolg teruglopende omzetten en mogelijk zelfs faillissementen en leegstand. Gemeenten moeten dit kunnen voorkomen, omdat het niet in het belang van een goede ruimtelijke ordening is.

125 ABRvS 29 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1327, r.o. 46.6.1, JBO 2015/166, m.nt. D. van der Meijden.

126 Nota van Toelichting Bro, *Stb.* 2008, 145, p. 32.

127 ABRvS 5 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3926, r.o. 6.2.

128 *Kamerstukken II* 2004/05, 29435, 154, p. 91.

Het vorenstaande betekent dat wanneer het belang van een ondernemer die tegen een ruimtelijk besluit opkomt is gelegen in een goed ondernemersklimaat, het relativiteitsvereiste niet in de weg staat aan inhoudelijke beoordeling van een beroep op artikel 3.1.2 lid 2 Bro. Tot op zekere hoogte kan echter ook een ondernemer die opkomt voor zijn belang om gevrijwaard te blijven van concurrentie, zonder dat hem het relativiteitsvereiste wordt tegengeworpen, een beroep doen op artikel 3.1.2 lid 2 Bro. Dit is het geval wanneer dat belang samenloopt met het belang van een goed ondernemersklimaat. Wanneer bijvoorbeeld een lokale middenstander te maken krijgt met een bestemmingsplan dat voorziet in de vestiging van een grote supermarkt aan de rand van de stad, ondervindt hij daarvan concurrentienadeel, omdat zijn klanten mogelijk overlopen. Daarnaast bestaat het risico van leegstand en dus aantasting van het goede ondernemersklimaat die het gevolg is van de concurrentiestrijd. Wanneer het een ondernemer echter uitsluitend gaat om het belang gevrijwaard te blijven van concurrentie, dan staat het relativiteitsvereiste aan een inhoudelijke beoordeling van een beroep op artikel 3.1.2 lid 2 Bro in de weg.¹²⁹ Die bepaling heeft immers niet ten doel te beschermen tegen concurrentie als zodanig.

6.3.1.4 De ladder voor duurzame verstedelijking

Een argument dat zittende ondernemers in beroepsprocedures tegen ruimtelijke besluiten de laatste jaren veel gebruiken is dat het besluit in strijd is met artikel 3.1.6 lid 2 Bro. In deze op 1 oktober 2012 in werking getreden bepaling is de zogeheten 'ladder voor duurzame verstedelijking' opgenomen.¹³⁰ Het doel van deze ladder is om te komen tot een zorgvuldigere benutting van de beschikbare ruimte voor verschillende functies. Dit vraagt volgens de minister om een goede onderbouwing van nut en noodzaak van een nieuwe stedelijke ruimtevraag en om een zorgvuldige inpassing van de nieuwe ontwikkeling.¹³¹ Met het oog hierop voorziet artikel 3.1.6 lid 2 Bro in een verplichting om bij nieuwe stedelijke ontwikkelingen steeds een zorgvuldige ruimtelijke afweging te maken. Deze verplichting bestaat uit drie stappen (treden), waarvan de eerste – het in kaart brengen van de actuele regionale behoefte – voor concurrenten het meest relevant is. Deze eerste stap verplicht provinciale en gemeentelijke overheden om nieuwe stedelijke ontwikkelingen af te stemmen op de geconstateerde actuele behoefte. Ook moeten zij de wijze waarop in die behoefte wordt voorzien regionaal afstemmen.¹³²

129 ABRvS 18 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1295, r.o. 12.12, *JB* 2016/124, m.nt. L.J.M. Timmermans.

130 Zie over de ladder voor duurzame verstedelijking Heutink & Franken van Bloemendaal 2015, Heutink & Franken van Bloemendaal 2014, Woodward & Van Aardenne 2014 en Heutink & Franken van Bloemendaal 2013.

131 *Stb.* 2012, 388, p. 34.

132 *Stb.* 2012, 388, p. 49.

Het doel hiervan is te voorkomen dat onder- of overcapaciteit ontstaat. In de toelichting is vermeld dat daarbij ook rekening moet worden gehouden met het voorkomen van winkelleegstand, alsmede met de omstandigheid dat er vanuit het oogpunt van leefbaarheid een lokale behoefte kan zijn aan kleinschalige voorzieningen en detailhandel met primair een functie op buurt- of wijkniveau, zoals de bakker op de hoek, of een wijkcentrum.¹³³ Heutink en Franken van Bloemendaal hebben er – naar mijn idee terecht – op gewezen dat met name bij toepassing van deze eerste stap het gevaar bestaat dat tot op zekere hoogte een economische afweging wordt gemaakt.¹³⁴ De ladder voor duurzame verstedelijking is echter bedoeld om ervoor te zorgen dat tot een zorgvuldige *ruimtelijke* afweging en inpassing van die nieuwe ontwikkeling wordt gekomen. Een goede ruimtelijke ordening blijft dus leidend. Bij de vraag of de voorgenomen stedelijke ontwikkeling voorziet in een regionale behoefte gaat het dan ook niet om behoefte in economische zin, maar om de effecten daarvan op het woon- en leefklimaat.¹³⁵

In een uitspraak van 20 mei 2015 heeft de Afdeling de ruimte voor ondernemingen om in beroep tegen een ruimtelijk besluit aan te voeren dat er geen actuele regionale behoefte bestaat aan de ontwikkeling die met het besluit wordt toegestaan ingeperkt.¹³⁶ In deze uitspraak ging het om een bestemmingsplan dat voorziet in een *wellness*-complex. Een concurrerende sauna betoogde dat de *wellness*-bestemming in strijd was met artikel 3.1.6 lid 2 Bro, omdat er geen actuele regionale behoefte was. De Afdeling overwoog als volgt:

‘Als de concurrent stelt dat het besluit strijdt met artikel 3.1.6, tweede lid, van het Bro dienen daarbij feiten en omstandigheden naar voren te komen die het oordeel rechtvaardigen dat de voorziene ontwikkeling tot een uit oogpunt van een goede ruimtelijke ordening relevante leegstand zal kunnen leiden. In dat geval staat de in artikel 8:69a van de Awb neergelegde relativiteits eis niet aan inhoudelijke beoordeling van de gestelde strijd met artikel 3.1.6, tweede lid, van het Bro in de weg. In het kader van die beoordeling kan aan de orde komen of het bestreden besluit zodanige leegstandseffecten tot gevolg heeft dat dit tot een uit oogpunt van een goede ruimtelijke ordening onaanvaardbare situatie zal

133 Stb. 2012, 388, p. 50.

134 Heutink en Franken van Bloemendaal 2013, p. 929.

135 Heutink en Franken van Bloemendaal 2013, p. 929.

136 ABRvS 20 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1585, BR 2015/71, m.nt. H.J. Breeman. Zie over deze uitspraak De Snoo, 2015, p. 165-167, en Gerritsen 2015, p. 4-7. Zie kritisch Stramrood 2015, p. 832-833. Zij stelt dat de door de Afdeling voorgestane beoordeling een inhoudelijk toets vergt alvorens een oordeel te kunnen geven over de werking van het relativiteitsvereiste. Dit is volgens haar niet in lijn met de systematiek en plaats in de beroepsprocedure van het relativiteitsvereiste; de beoordeling of leegstand relevant is, zou *enkel* onderdeel moeten zijn van de inhoudelijke behandeling van de beroepsgrond. De nieuwe lijn is inmiddels diverse keren bevestigd, bijvoorbeeld ABRvS 10 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1250, r.o. 11.3, ABRvS 14 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3195, r.o. 7.6, TGMA 2015/15, m.nt. E.H. Hulst (*Rijnhal Arnhem*), ABRvS 5 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2472, r.o. 4.4, BR 2016/4, m.nt. J.A. Huijgen en E.C. Rozeboom, en ABRvS 1 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2065, r.o. 9.6, JM 2015/115, m.nt. H.S. de Vries.

kunnen leiden. (...) Voor relevante leegstand als hiervoor bedoeld is onvoldoende dat de voorziene ontwikkeling, die mogelijk wordt gemaakt door een bestemmingsplan of een omgevingsvergunning, leidt of kan leiden tot een verminderde vraag naar producten of diensten en daardoor tot daling van omzet en inkomsten van de eigen onderneming of de betreffende vestiging. Het enkele feit dat de voorziene ontwikkeling kan leiden tot beëindiging van de eigen bedrijfsactiviteiten ter plaatse en daardoor tot leegstand van het in gebruik zijnde bedrijfsgebouw is op zichzelf eveneens onvoldoende om te concluderen dat zich relevante leegstand zal voordoen. Dit kan echter onder omstandigheden anders zijn, bijvoorbeeld indien het bedrijfsgebouw dermate bijzondere bouwkundige dan wel locatie-specifieke eigenschappen heeft, dat andersoortig gebruik – al dan niet door transformatie – niet of onder zeer bezwarende omstandigheden tot de mogelijkheden behoort, hetgeen niet licht zal kunnen worden aangenomen. Voorts zou relevante leegstand zich voor kunnen doen bij leegstand als gevolg van de voorziene ontwikkeling in de omgeving van het bij de concurrent in gebruik zijnde bedrijfspand.¹³⁷

Waar het volgens de Afdeling dus om gaat, is dat de voorziene ruimtelijke ontwikkeling tot een uit het oogpunt van goede ruimtelijke ordening *relevante* leegstand leidt. Daarvan is geen sprake als de ruimtelijke ontwikkeling leidt tot een vermindering van de vraag naar producten en diensten van de eigen onderneming, zelfs niet wanneer dit leidt tot beëindiging van de eigen bedrijfsactiviteiten en eventuele leegstand van het eigen bedrijfsgebouw.¹³⁸ Artikel 3.1.6 lid 2 Bro beschermt dus uitdrukkelijk niet tegen een toename van concurrentie.¹³⁹ De vraag is vervolgens interessant wanneer dan wel sprake is van relevante leegstand. Volgens de uitspraak is dit in de eerste plaats het geval als de voorziene ontwikkeling leidt tot leegstand in de omgeving van het eigen bedrijfspand. In dat geval tast de leegstand immers het ondernemersklimaat aan. Er is dan dus een ruimtelijk belang in het geding. Daarnaast kan ook sprake zijn van relevante leegstand als de voorziene ontwikkeling leidt tot leegstand van het eigen bedrijfsgebouw, indien dat gebouw dermate bijzondere bouwkundige dan wel locatie-specifieke eigenschappen heeft, dat andersoortig gebruik niet of onder zeer bezwarende omstandigheden tot de mogelijkheden behoort. Mij is niet geheel duidelijk hoe deze laatste situatie moet worden geduid. Begrijp ik het goed, dan komt een concurrent in dat geval niet op voor zijn *eigen* belang bij een goed ondernemersklimaat, maar voor het belang van andere ondernemers en omwonenden bij het tegengaan van leegstand met het oog op een goed ondernemers- en leefklimaat. Het belang van de getroffen concurrent zal in dat geval parallel lopen met belangen van anderen.

Uit het vorenstaande volgt dat een ondernemer die door een omgevingsrechtelijk besluit in zijn concurrentiebelang wordt getroffen nog slechts met succes tegen dat besluit kan aanvoeren dat het in strijd met artikel 3.1.6 lid 2

137 ABRvS 20 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1585, r.o. 7.9-7.10, BR 2015/71, m.nt. H.J. Breeman.

138 ABRvS 5 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2472, r.o. 4.6, BR 2016/4, m.nt. J.A. Huijgen en E.C. Rozeboom.

139 ABRvS 4 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1211, r.o. 26, JAF 2016/610, m.nt. D. Van der Meijden.

Bro is genomen, wanneer hij door dat besluit óók in zijn belang van het voorkomen van leegstand in de nabijheid van zijn bedrijfsgebouw wordt getroffen. Het moet daarbij gaan om uit het oogpunt van goede ruimtelijke ordening *relevante* leegstand. Dit is nog slechts het geval als die leegstand zich voordoet in de directe nabijheid van het eigen bedrijfsgebouw. Anders dan waar de Afdeling eerder vanuit ging,¹⁴⁰ is dus niet voldoende dat de voorziene ontwikkeling ergens (in de gemeente) leidt tot leegstand. Ter illustratie kan worden gewezen op een uitspraak van de Afdeling van 9 september 2015.¹⁴¹ Deze uitspraak betrof de komst van een bouwmarkt met tuincentrum in Venlo. Drie concurrerende bouwmarkten kwamen hiertegen op en deden een beroep op artikel 3.1.6 lid 2 Bro. Voor één bouwmarkt (Praxis) gold dat deze was gelegen naast de beoogde nieuwe bouwmarkt. Praxis stelde dat als gevolg van het voorliggende plan leegstand kon ontstaan in de omgeving van haar bedrijf, reeds omdat niet was uitgesloten dat het met het plan voorziene bedrijfspand leeg zou komen te staan. Leegstand kon volgens Praxis leiden tot verloedering en zij stelde dan ook, met het oog op haar ondernemingsklimaat, er belang bij te hebben verloedering in de omgeving te voorkomen. Gelet hierop zag de Afdeling derhalve geen grond voor het oordeel dat artikel 3.1.6 lid 2 Bro kennelijk niet strekt tot bescherming van het belang van Praxis. De Afdeling voegde daar aan toe dat de omstandigheid dat Praxis ook als concurrent werkzaam is in hetzelfde marktsegment als de nieuwe bouwmarkt niet tot een ander oordeel leidt, nu Praxis in deze procedure niet alleen opkwam voor haar concurrentiebelang. Een tweede bouwmarkt (Karwei) was gevestigd op een afstand van 4,3 kilometer van de nieuwe bouwmarkt. Eventuele leegstand van het nieuwe pand leidde in haar geval, gezien de afstand, niet direct tot aantasting van het ondernemingsklimaat. Karwei voerde echter aan dat naast haar bedrijfspand een Praxis-tuincentrum was gevestigd en de vestiging van de nieuwe bouwmarkt met tuincentrum (Bauhaus) zou kunnen leiden tot de sluiting van het naastgelegen Praxis Tuincentrum. Langs die weg kon het bestemmingsplan ook gevolgen hebben voor het ondernemingsklimaat in de omgeving van Karwei. De Afdeling volgde Karwei hierin en zag derhalve evenmin grond voor het oordeel dat artikel 3.1.6 lid 2 Bro kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van Karwei. Een derde bouwmarkt (Gamma) was gevestigd op 2,4 kilometer van de nieuwe bouwmarkt. Gamma had desgevraagd medegedeeld dat vanwege haar geïsoleerde ligging geen relevante leegstand kon ontstaan in haar omgeving die wordt veroorzaakt door het aan de orde zijnde plan. De Afdeling was daarom van oordeel dat hetgeen Gamma heeft aangevoerd over het ontstaan van onaanvaardbare leegstand als bedoeld in artikel 3.1.6 lid 2 Bro vanwege het relativiteitsvereiste niet kan

140 ABRvS 25 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2331, r.o. 6.1.

141 ABRvS 9 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2855 r.o. 5.5-5.10.

leiden tot vernietiging van het bestreden besluit.¹⁴² Uit deze uitspraak volgt dat wanneer het belang van een ondernemer bij de toepassing van artikel 3.1.6 lid 2 Bro *uitsluitend* is gelegen in het concurrentiebelang, artikel 8:69a Awb aan een succesvol beroep op die bepaling in de weg staat. Wanneer het belang echter tevens is gelegen in het eigen ondernemersklimaat en voldaan is aan het nabijheidscriterium, dan kan een ondernemer wel met succes een beroep doen op artikel 3.1.6 lid 2 Bro.¹⁴³ In dat geval lift het concurrentiebelang mee met het ruimtelijke belang van een ondernemer.

Samenvattend geldt dat artikel 3.1.6 lid 2 Bro niet strekt tot bescherming van concurrentiebelangen. Het relativiteitsvereiste staat er evenwel niet aan in de weg dat concurrenten een beroep doen op die bepaling. Dit kan echter nog slechts wanneer de planologische ontwikkeling leidt tot uit het oogpunt van een goede ruimtelijke ordening relevante leegstand. Dit zal niet snel het geval zijn, aangezien dit in de praktijk vergt dat het om een planologische ontwikkeling in de directe nabijheid gaat. Bij bedrijven met een verzorgingsgebied dat ruimer is dan één of enkele straten zal dat niet snel het geval zijn. De uitspraak van de Afdeling van 9 september 2015 laat zien dat het voor concurrenten niet onmogelijk is om een beroep te doen op artikel 3.1.6 lid 2 Bro, maar de rol voor concurrenten wel aanzienlijk is ingeperkt.

6.3.1.5 De (financiële) uitvoerbaarheid van bestemmingsplannen

Uit artikel 3.1.6 lid 1, aanhef en onder f, Bro vloeit de verplichting voort voor de gemeenteraad om te onderzoeken of een bestemmingsplan uitvoerbaar is.¹⁴⁴ Een bestemmingsplan moet op grond van deze bepaling vergezeld gaan van een toelichting die inzichten over de uitvoerbaarheid van het plan moet bevatten.¹⁴⁵ Het gaat om een motiveringsvereiste. Uit dit vereiste is in de rechtspraak van de Afdeling de norm afgeleid dat het bestemmingsplan ook werkelijk uitvoerbaar moet zijn. Deze norm houdt in dat voorafgaand aan de vaststelling van een bestemmingsplan onderzoek moet worden gedaan naar de maatschappelijke en financieel-economische uitvoerbaarheid van het plan. De gedachte daarachter is dat het realistisch moet zijn

142 Zie voor andere voorbeelden waarin de Afdeling oordeelde dat geen sprake was van relevante leegstand en het beroep derhalve afstuitte op het relativiteitsvereiste: ABRvS 15 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:6.7.1, r.o. 5.2, ABRvS 12 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2712, r.o. 5.7, ABRvS 20 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1037, r.o. 6.5, en Vz. ABRvS 12 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3573, r.o. 7.2.

143 ABRvS 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1028, r.o. 5.1.5, ABRvS 21 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3386, r.o. 7.3, AB 2017/242, m.nt. A.J. Metselaar, ABRvS 22 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1717, r.o. 6, Vz. ABRvS 30 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1614, r.o. 7.2, ABRvS 4 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1193, r.o. 8.2, ABRvS 30 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:867, r.o. 3.5, en ABRvS 9 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2856, r.o. 7.5.

144 In artikel 5.1.3 Bro is iets soortgelijks geregeld voor projectbesluiten.

145 Zie over de juridische status van de toelichting op een bestemmingsplan Van der Schoot 2011, p. 165.

om te verwachten dat de ontwikkelingen die het plan mogelijk maakt binnen tien jaar na vaststelling van het plan – de periode waarvoor een bestemmingsplan vastgesteld wordt – ook daadwerkelijk kunnen worden gerealiseerd. Een plan dat niet binnen tien jaar uitvoerbaar is, wordt geacht niet te zijn vastgesteld in het belang van een goede ruimtelijke ordening.

Partijen – waaronder concurrenten – die bezwaar hebben tegen (een deel van) een bestemmingsplan of een projectbesluit kunnen aanvoeren dat het plan niet uitvoerbaar is en dus in strijd met artikel 3.1.6 lid 1, aanhef en onder f, Bro is vastgesteld. Zij voeren daartoe bijvoorbeeld aan dat voor uitvoering van het plan een ontheffing op grond van de Flora- en faunawet (Ffw) noodzakelijk is en er een reële kans bestaat dat die ontheffing niet kan worden verleend,¹⁴⁶ dat niet kan worden voldaan aan de in de planregels vastgelegde parkeernorm¹⁴⁷ of dat sprake is van ongeoorloofde staatssteun die een beletsel is voor de financieel-economische uitvoerbaarheid van het plan.¹⁴⁸ Relevant in dit verband is de vraag naar de beweerdelijk geschonden rechtsnorm waarop het relativiteitsvereiste moet worden toegepast. Gaat het om de – voor bestemmingsplannen in artikel 3.1.6 lid 1, aanhef en onder f, Bro neergelegde – norm dat een plan uitvoerbaar moet zijn of om de materiële norm die daar beweerdelijk aan in de weg staat? Uit de rechtspraak van de Afdeling valt af te leiden dat het antwoord op die vraag afhankelijk is van de ingeroepen materiële norm die beweerdelijk aan de uitvoerbaarheid van het plan in de weg staat. Gaat het om normen die strekken tot bescherming van ruimtelijk relevante belangen, zoals de voorschriften uit de Ffw en parkeernormen, dan onderzoekt de Afdeling of het belang van appellant binnen het beschermingsbereik van de materiële norm valt. De Afdeling maakte dit duidelijk in een uitspraak over de vaststelling van het bestemmingsplan ‘Noorderhaven’ door de gemeenteraad van Zutphen. Een ondernemer die als gevolg van realisering van het plan dreigde te worden geraakt in zijn bedrijfsbelang dat was gelegen in het kunnen voortzetten en uitbreiden van bedrijfsactiviteiten, voerde onder meer aan dat het plan niet uitvoerbaar was, omdat een ontheffing op grond van de Ffw daarvoor noodzakelijk was. De Afdeling plaatste het betoog in de sleutel van het relativiteitsvereiste en overwoog dat:

146 ABRvS 15 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:75, r.o. 6, AB 2014/116, m.nt. A.G.A. Nijmeijer (*Flamco*).

147 ABRs 24 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4648, r.o. 12.

148 Zie voor voorbeelden van zaken waarin ter bestrijding van de financiële uitvoerbaarheid van een bestemmingsplan een beroep werd gedaan op het staatssteunargument ABRvS 21 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3386, r.o. 21, AB 2017/242, m.nt. A.J. Metselaar, ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2892, r.o. 12.3, AB 2017/244, m.nt. A.J. Metselaar, ABRvS 20 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1585, r.o. 12.2, BR 2015/71, m.nt. H.J. Breeman, ABRvS 27 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ2679, r.o. 2.14, *Gst.* 2011, 6,1 m.nt. G.H.J. Heutink (*stadion Fortuna*), en ABRvS 13 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ1077 r.o. 2.18, AB 2012/12, m.nt. T.E.P.A. Lam (*Centrumplan Haaren*).

‘een redelijke toepassing van het relativiteitsvereiste, als vervat in artikel 8:69a van de Awb, brengt met zich dat belanghebbenden die zich niet kunnen beroepen op de normen van de Flora- en faunawet omdat die normen kennelijk niet strekken tot bescherming van hun belangen, zich evenmin op die normen kunnen beroepen ten betoge dat het bestemmingsplan niet uitvoerbaar is’.¹⁴⁹

Bij een beroep op de Ffw in het kader van de uitvoerbaarheid van een bestemmingsplan wordt het relativiteitsvereiste dus toegepast op de materiële norm die beweerdelijk aan de uitvoerbaarheid in de weg staat. Datzelfde geldt wanneer in het kader van de uitvoerbaarheid een beroep wordt gedaan op parkeernormen.¹⁵⁰ Op het beschermingsbereik van de materiële normen die ten grondslag worden gelegd aan een betoog over de uitvoerbaarheid van een ruimtelijk plan, kom ik verderop terug.¹⁵¹

Wordt aangevoerd dat de Europese staatssteunregels in de weg staan aan uitvoerbaarheid van het bestemmingsplan, dan volgt de Afdeling een andere route. Voorop wordt in dat geval gesteld dat de vraag of sprake is van ongeoorloofde staatssteun in een ruimtelijke procedure slechts indirect aan de orde kan komen. Dat gebeurt dan in het kader van de vraag of staatssteun mogelijk een beletsel vormt voor de *financieel-economische* uitvoerbaarheid van een bestemmingsplan. De vraag of sprake is van staatssteun is immers niet relevant in het kader van de beoordeling van de *ruimtelijke* effecten van het plan. Voorts kan het vaststellen van een plan als zodanig niet worden aangemerkt als het verlenen van staatssteun.¹⁵² Dat het gaat om een financieel-economisch argument in een ruimtelijke procedure, in plaats van om een ruimtelijk argument, zoals het geval is bij een beroep op normen uit de Ffw of op parkeernormen, heeft consequenties voor de toepassing van het relativiteitsvereiste. De Afdeling kijkt in dat geval allereerst naar het beschermingsbereik van artikel 3.1.6 lid 1, aanhef en onder f, Bro. Deze bepaling strekt er toe te voorkomen dat belanghebbenden worden geconfronteerd met de nadelige ruimtelijke gevolgen van een bestemming die niet uitvoerbaar is. Aldus beoogt deze bepaling de bij het daadwerkelijk realiseren van een bestemming betrokken belangen te beschermen, waaronder in ieder geval begrepen die van grondeigenaren en grondgebruikers in en om het plangebied. Daaronder worden niet begrepen de belangen van een concurrent die niet in de onmiddellijke nabijheid van het plangebied is gevestigd,

149 ABRvS 15 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:75, r.o. 6, AB 2014/116, m.nt. A.G.A. Nijmeijer (*Flamco*). Zie ook ABRvS 3 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1713 r.o. 5.7, JM2015/127, m.nt. G.A.J.M. Hoevenaars, en ABRvS 12 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:467, r.o. 6.1, TBR 2014/46, m.nt. H.J. de Vries.

150 ABRvS 24 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4648, r.o. 12.1.

151 Zie paragraaf 6.3.1.6 voor beroepen op parkeernormen en paragraaf 6.3.1.13 voor beroepen op de Ffw en Nbw 1998.

152 ABRvS 21 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3386 r.o. 21, AB 2017/242 m.nt. A.J. Metselaar, ABRvS 9 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2975, r.o. 11.1, AB 2017/243, m.nt. A.J. Metselaar, en ABRvS 20 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1585, r.o. 12.2, BR 2015/71, m.nt. H.J. Breeman.

aldus de Afdeling.¹⁵³ Is het belang van een ondernemer niet alleen gelegen in het gevrijwaard blijven van nieuwe concurrentie, maar is hij gevestigd in de onmiddellijke nabijheid van het plangebied, dan wordt toegekomen aan de vervolgvraag¹⁵⁴ of appellant zich in het kader van het onderzoek naar de financieel-economische uitvoerbaarheid kan beroepen op schending van de regels inzake staatssteun.¹⁵⁵ Wanneer in het kader van een beroep tegen een ruimtelijk besluit dus een beroep wordt gedaan op de staatssteunregels, dan leidt dat tot een dubbele relativiteitsbeoordeling. Eerst ten aanzien van de algemene uitvoerbaarheidsnorm en, als die norm tot bescherming van het betrokken belang strekt, ten aanzien van de materiële financieel-economische norm. Ondernemers die tegen een bestemmingsplan opkomen, louter omdat zij gevrijwaard willen blijven van nieuwe concurrentie en niet omdat zij ook in de nabijheid van het plangebied zijn gevestigd en dus te vrezen hebben voor een aantasting van hun ondernemersklimaat zien hun beroep reeds stranden bij de eerste toets.¹⁵⁶

6.3.1.6 Parkeer- en verkeersnormen

Soms wordt in omgevingsrechtelijke procedures een beroep gedaan op parkeer- of verkeersnormen. Aangevoerd wordt dan dat een omgevingsvergunning in strijd met plaatselijke parkeernormen, zoals die bijvoorbeeld zijn opgenomen in bestemmingsplanvoorschriften, de bouwverordening of een parkeernota, is verleend. Volgens de Afdeling strekken parkeernormen ertoe

153 ABRvS 21 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3386, r.o. 22.2, AB 2017/242, m.nt. A.J. Metselaar, en ABRvS 25 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2296, r.o. 4.3. Zie heel summier ABRvS 24 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2316, r.o. 7.2, JBO 2016/247, m.nt. D. van der Meijden, en ABRvS 21 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:96 r.o. 7.4, JB 2015/39, m.nt. R.J.N. Schlössels. Gewezen kan tot slot worden op ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2892, r.o. 12 tot en met 12.6, AB 2017/244, m.nt. A.J. Metselaar. In deze zaak lijkt de eerste stap van de beoordeling impliciet te zijn gezet. Het ging in deze zaak om omwonenden die opkwamen tegen een ruimtelijke ontwikkeling en daartoe een beroep deden op de staatssteunregels. De Afdeling oordeelde niet expliciet dat artikel 3.1.6 lid 1, aanhef en onder f, Bro beoogt hun belangen te beschermen, maar oordeelde gelijk dat artikel 108 lid 3 VWEU kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van appellant. Zie ook ABRvS 22 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:774.

154 Botman 2017-2, p. 157-159, spreekt over twee verschillende aanvliegroutes. Eén via de band van het beschermingsbereik van de staatssteunregels (ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2892) en één via de band van het beschermingsbereik van de norm van de financiële uitvoerbaarheid (ABRvS 9 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2975, AB 2017/243, m.nt. A.J. Metselaar). Ik betwijfel of het om verschillende aanvliegroutes gaat. Naar mijn idee is eerder sprake van één aanvliegroute die uit meerdere elkaar opvolgende stappen bestaat. Voor de uitkomst maakt het verder overigens niets uit.

155 ABRvS 21 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3386 r.o. 22.2, AB 2017/242, m.nt. A.J. Metselaar. Zie ook ABRvS 9 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2975, r.o. 11.1, AB 2017/243, m.nt. A.J. Metselaar, waar niet aan de vervolgvraag werd toegekomen.

156 De vraag of een ondernemer die opkomt tegen een bestemmingsplan binnen het beschermingsbereik van artikel 108 lid 3 VWEU valt, komt aan de orde in paragraaf 6.5.2.1. Daar komt ook aan de orde hoe toepassing van het relativiteitsvereiste in staatssteunzaken zich verhoudt met het beginsel van effectieve rechtsbescherming.

te waarborgen dat voor een bouwplan voldoende parkeerplaatsen aanwezig zijn om zo parkeeroverlast in de directe omgeving van het perceel waarop het bouwplan is voorzien te voorkomen.¹⁵⁷ Dit betekent dat het relativiteitsvereiste niet aan vernietiging van het besteden besluit in de weg staat als een ondernemer een beroep doet op parkeernormen, wanneer zijn bedrijf op een dusdanige afstand van het perceel is gevestigd dat niet onaannemelijk is dat hij parkeeroverlast ondervindt van de vergunde activiteiten. De Afdeling heeft ook geoordeeld dat parkeernormen niet strekken tot bescherming van concurrentiebelangen, zodat een ondernemer die uitsluitend bescherming zoekt van dat belang met een beroep op die norm niet kan bereiken dat het bestreden besluit vernietigd wordt. Het relativiteitsvereiste staat daaraan in de weg.¹⁵⁸ Ook ten aanzien van verkeersnormen heeft de Afdeling geoordeeld dat deze niet strekken tot bescherming van concurrentiebelangen.¹⁵⁹

6.3.1.7 Provinciale regelgeving

Geregeld wordt aangevoerd dat een ruimtelijk plan is vastgesteld in strijd met provinciale regelgeving aangaande ruimtegebruik. Deze regelgeving is meestal neergelegd in provinciale verordeningen. Bij de toepassing van artikel 8:69a Awb beoordeelt de Afdeling per ingeroepen bepaling welke belangen die beoogt te beschermen. Deze bepalingen hebben over het algemeen tot doel de ruimtelijke kwaliteit te beschermen en zorgvuldig ruimtegebruik te bevorderen en strekken er dus niet toe het belang om gevrijwaard te blijven van nieuwe concurrentie te beschermen.¹⁶⁰ Dit betekent dat een ondernemer die wordt geconfronteerd met een besluit dat voorziet in een bepaalde ruimtelijke ontwikkeling in de directe nabijheid van zijn onderneming en die vreest dat het goede ondernemersklimaat daardoor wordt aangetast, niet door het relativiteitsvereiste in zijn beroepsmogelijkheden wordt beperkt.¹⁶¹ Is het een ondernemer daarentegen vooral te doen om gevrijwaard te blijven van nieuwe concurrentie dan staat het relativiteitsvereiste in de weg aan een inhoudelijke beoordeling van het betoog dat het plan in strijd is met de provinciale verordening.

157 ABRvS 15 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1664, r.o. 8.1, ABRvS 22 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1224, r.o. 3.2, en ABRvS 11 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1146, r.o. 7.1, *Gst.* 2014/22, m.nt. K. Lagrouw.

158 ABRvS 24 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2316, r.o. 7.2, *JBO* 2016/247, m.nt. D. van der Meijden, ABRvS 22 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1224, r.o. 3.2, ABRvS 19 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4143, r.o. 6.3, en ABRvS 11 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1146, r.o. 7.1 *Gst.* 2014/22, m.nt. K. Lagrouw.

159 ABRvS 24 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2316, r.o. 7.2, *JBO* 2016/247, m.nt. D. van der Meijden.

160 ABRvS 5 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2472 r.o. 5.4, *BR* 2016/4, m.nt. J.A. Huijgen en E.C. Rozeboom, en ABRvS 20 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1585, r.o. 15.2, *BR* 2015/71, m.nt. H.J. Breeman. Zie impliciet ABRvS 18 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:452, r.o. 6.4.

161 ABRvS 18 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:452, r.o. 6.4, en ABRvS 5 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3926, r.o. 6.2.

6.3.1.8 Duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau

Het is vaste rechtspraak dat concurrentieverhoudingen bij een planologische belangenafweging *in beginsel* geen in aanmerking te nemen belang vormen. Deze formulering impliceert een uitzondering op de hoofdregel. Deze uitzondering betreft de situatie waarin zich een duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau zal voordoen, die niet door dwingende redenen wordt gerechtvaardigd.¹⁶²

Voor de vraag of er het voorzieningenniveau duurzaam zal worden ontwricht acht de Afdeling niet van doorslaggevende betekenis of de planologische ontwikkeling zal leiden tot overaanbod in het verzorgingsgebied en mogelijke sluiting van bestaande detailhandelsvestigingen.¹⁶³ Doorslaggevend is of voor de inwoners van een bepaald gebied een voldoende voorzieningenniveau behouden blijft en zij op een aanvaardbare afstand van hun woning kunnen voorzien in hun eerste levensbehoeften.¹⁶⁴ De gedachte is dat een concurrentiesituatie, waarbij ondernemers elkaar kapot concurreren, ertoe kan leiden dat het voorzieningenniveau in een bepaald gebied onder een bepaald minimumniveau zakt. Dat is natuurlijk niet in het belang van een goede ruimtelijke ordening.

Zittende ondernemers voeren in procedures tegen ruimtelijke besluiten soms aan dat de met een ruimtelijk besluit voorziene uitbreiding van detailhandel zal leiden tot een duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau in hun verzorgingsgebied.¹⁶⁵ Gezien het feit dat volgens de Afdeling bij de beoordeling of sprake is van een duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau van belang is of voor de *inwoners* van een bepaald gebied een voldoende voorzieningenniveau behouden blijft, is het opmerkelijk te

162 Vz. ABRvS 5 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1017, r.o. 6.2, en ABRvS 14 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3195, r.o. 7.10, TGMA 2015/15, m.nt. E.H. Hulst (*Rijnhal Arnhem*).

163 ABRvS 19 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1097, r.o. 14.2, en ABRvS 18 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1192, r.o. 7.4, BR 2013/153, m.nt. H.J. Breeman en R.J.G. Bäcker.

164 ABRvS 18 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1192, r.o. 7.4, BR 2013/153, m.nt. H.J. Breeman en R.J.G. Bäcker. In deze uitspraak heeft de Afdeling het criterium voor het aannemen van duurzame ontwrichting gepreciseerd. Niet langer is bepalend dat inwoners van het verzorgingsgebied van nieuwe detailhandelsvestigingen, op een aanvaardbare afstand van hun woonplaats hun *geregelde inkopen* moeten kunnen doen, maar dat de inwoners op aanvaardbare afstand van hun woning moeten kunnen voorzien in hun *eerste levensbehoeften*. Het gaat daarbij bijvoorbeeld om een supermarkt, aldus ABRvS 22 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:119, r.o. 6.2. Maar een speelgoedwinkel (ABRvS 18 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1192, r.o. 7.5, BR 2013/153, m.nt. H.J. Breeman en R.J.G. Bäcker) of bouwmarkt worden niet tot de eerste levensbehoeften gerekend (ABRvS 11 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2344, r.o. 8.4).

165 ABRvS 22 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:119, r.o. 6-6.2, ABRvS 18 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1192, r.o. 7, BR 2013/153, m.nt. H.J. Breeman en R.J.G. Bäcker, en ABRvS 5 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY5093, r.o. 17.1-17.7, Gst. 2013/13, m.nt. J.C. van Oosten en C.N.J. Kortmann.

noemen dat de Afdeling bij dergelijke beroepen zich lange tijd niet heeft uitgelaten over het beschermingsbereik van de ingeroepen norm.¹⁶⁶ Een mogelijke verklaring daarvoor kan zijn dat, bij mijn weten, in de rechtspraak tot op heden nog nooit een duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau is aangenomen. Tot op heden was er dan ook geen noodzaak voor de Afdeling om zich uit te spreken over het beschermingsbereik van de norm dat een planologische ontwikkeling niet mag leiden tot een duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau.

Begin 2017 heeft de Afdeling zich dan toch uitgelaten over het beschermingsbereik van de norm dat een ruimtelijke ontwikkeling niet tot duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau mag leiden. Het betrof een zaak over een plan dat twee supermarkten en kleinschalige detailhandel mogelijk maakte in de kern van Nieuwerkerk, gemeente Schouwen-Duiveland.¹⁶⁷ De bedoeling was om twee elders in Nieuwerkerk gevestigde filialen van Jumbo en Aldi naar deze locatie te verplaatsen. Onder meer de exploitant van een 3 kilometer verderop gelegen Spar-supermarkt kwam tegen het plan op, omdat hij niet uitgesloten achtte dat als gevolg van de verplaatsing van de supermarkten de verhuurbaarheid van zijn pand nadelig zou worden beïnvloed. Ook kwam een aantal lokale ondernemersverenigingen, die de belangen van in andere kernen van de gemeente gevestigde detaillisten behartigden op tegen het plan. Zij vreesden dat de winkelgebieden om omliggende gemeenten minder aantrekkelijk zouden worden vanwege de in het plan voorziene detailhandel, omdat dit mogelijk tot leegstand in die winkelgebieden zou kunnen leiden. Spar en de ondernemersverenigingen voerden onder meer aan dat het plan zou leiden tot een duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau. Zij voerden daartoe aan dat de supermarkten in Oosterland en Brouwershaven ten gevolge van het plan zouden verdwijnen. Inwoners kunnen dan geen boodschappen meer doen op een aanvaardbare afstand. De Afdeling oordeelde als volgt:

‘De Afdeling is van oordeel dat de ingeroepen norm van de goede ruimtelijke ordening toegespitst op de duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau, (...), strekt tot behartiging van de belangen van inwoners die voor het voorzien in hun eerste levensbehoeften op Oosterland of Brouwershaven zijn aangewezen, en Spar en de ondernemersverenigingen niet tot deze categorie behoren. De Afdeling laat deze beroepsgrond, daargelaten of deze zou slagen, dan ook buiten beschouwing, nu artikel 8:69a van de Awb er niet toe kan leiden dat het bestreden besluit om die reden wordt vernietigd.’¹⁶⁸

Deze overweging betekent dat ondernemers zich niet meer met succes kunnen beroepen op de norm dat een ruimtelijke ontwikkeling niet mag leiden tot een duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau, zelfs niet als

166 ABRvS 14 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3195, TGMA 2015/15, m.nt. E.H. Hulst (*Rijnhal Arnhem*), ABRvS 25 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:537, en ABRvS 21 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:96, r.o. 6.1, JB 2015/39, m.nt. R.J.N. Schlössels.

167 ABRvS 19 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1097.

168 ABRvS 19 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1097, r.o. 14.3.

deze ontvricting zich voordoet in de directe nabijheid van de eigen onderneming. Uitsluitend inwoners van een bepaald gebied kunnen een beroep doen op die norm.

6.3.1.9 Milieuvoorschriften – algemeen

In procedures over omgevingsrechtelijke besluiten wordt soms een beroep gedaan op milieunormen om bepaalde ruimtelijke ontwikkelingen tegen te houden. Dit kan gebeuren in een procedure over een ruimtelijk besluit, door bijvoorbeeld aan te voeren dat de vaststelling van een bestemmingsplan of de verlening van een omgevingsvergunning in strijd is met bepaalde milieunormen. Maar ook in een procedure over de verlening van een vergunning voor een bepaalde activiteit kan worden aangevoerd dat, gelet op de effecten van de vergunde activiteit op de omgeving, de vergunningverlening in strijd is met milieunormen.

In deze en de volgende deelparagrafen volgt een inventarisatie van de verschillende milieunormen waarop in die procedures een beroep wordt gedaan. Daarbij ga ik in op de vraag in hoeverre het relativiteitsvereiste in de weg staat aan een vernietiging van het omgevingsrechtelijke besluit wegens strijd met de desbetreffende norm. Vooraf past de opmerking dat in situaties waarin de hieronder besproken milieurechtelijke regels niet van toepassing zijn – bijvoorbeeld omdat het gaat om de verlening van een omgevingsvergunning voor een bedrijf dat niet is gelegen op een Wgh-gezoneerd bedrijventerrein waardoor de Wet geluidhinder niet van toepassing is – de desbetreffende milieuaspecten toch een rol kunnen spelen in de ruimtelijke besluitvorming. De bescherming van deze milieuaspecten vindt dan echter niet plaats op grond van daarop betrekking hebbende specifieke regelgeving, maar door middel van de invulling van de norm van een goede ruimtelijke ordening, die ten grondslag ligt aan het ruimtelijke orderingsrecht uit de Wro, het Bro en de Wabo.¹⁶⁹

6.3.1.10 Milieueffectrapportage

In artikel 7.2 Wet milieubeheer (Wm) is bepaald dat bij de voorbereiding van besluiten terzake van activiteiten die belangrijke nadelige gevolgen kunnen hebben voor het milieu een milieueffectrapport moet worden gemaakt. De milieueffectrapportage (m.e.r.) brengt de milieugevolgen van een plan in beeld voordat er een besluit over is genomen. Tegen een besluit dat milieugevolgen kan hebben, zoals de vaststelling van een bestemmingsplan, kan worden aangevoerd dat ten onrechte geen m.e.r. is gemaakt. Volgens de rechtspraak van de Afdeling is het doel van de verplichting om een m.e.r. te maken om te voorzien in een hoog milieubeschermingsniveau en bij te dragen

¹⁶⁹ Zie daarover paragraaf 6.3.1.2.

aan de integratie van milieuoverwegingen in de voorbereiding en vaststelling van plannen en programma's door ervoor te zorgen dat bepaalde plannen en programma's die aanzienlijke effecten op het milieu kunnen hebben aan een milieubeoordeling worden onderworpen.¹⁷⁰ Het belang van de bescherming van mensen is onderdeel van dit belang. Dit betekent dat de verplichting om aan de hand van een m.e.r. de gevolgen van een project voor het milieu inzichtelijk te maken tevens strekt tot bescherming van het belang van natuurlijke personen tot behoud van een goed woon- en leefklimaat, mits het gaat om een ontwikkeling in de directe leefomgeving van de persoon die zich op de norm beroept.¹⁷¹ Wanneer een ondernemer opkomt tegen een omgevingsrechtelijk besluit teneinde zich te verzetten tegen toename van de concurrentie die dat besluit mogelijk maakt, dan is zijn belang niet gelegen in een beoordeling van de milieueffecten van het plan. De verplichting om een m.e.r.-beoordeling te maken strekt in dat geval kennelijk niet tot bescherming van het betrokken belang en het betoog dat ten onrechte geen m.e.r. is gemaakt kan dan ook niet leiden tot vernietiging van het plan.¹⁷² Wellicht dat een ondernemer die tegen een omgevingsrechtelijk besluit opkomt omdat hij vreest voor de milieurechtelijke gevolgen van dat besluit voor zijn ondernemersklimaat met een daartoe strekkend betoog nog wel een vernietiging van het besluit kan bewerkstelligen, al wijst het oordeel van de Afdeling dat het gaat om bescherming van het belang van *natuurlijke* personen tot behoud van een goed *woon- en leefklimaat* daar niet direct op. Ik acht echter verdedigbaar dat ook werknemers van een onderneming die is gevestigd in de directe omgeving van een plan belang hebben bij een aanvaardbare milieukwaliteit en het doel van de verplichting om een m.e.r. te maken toch ook is gelegen in de bescherming van dat belang.

6.3.1.11 Lucht- en bodemkwaliteitseisen en geur- en geluidsnormen

Bij de vaststelling van een bestemmingsplan of de verlening van een omgevingsvergunning moeten in bepaalde gevallen de gevolgen van de planologisch toegestane activiteiten voor de fysieke omgeving worden beoordeeld. Het gaat daarbij onder meer om de gevolgen voor de lucht- en bodemkwaliteit en om de gevolgen voor het geluids- en stankniveau. Een ondernemer die een plan wil tegenhouden om te voorkomen dat de concurrentie toeneemt, zou kunnen aanvoeren dat bij het nemen van het besluit onvol-

170 ABRvS 5 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:943, r.o. 11.2, Vz. ABRvS 12 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3573, r.o. 6.2, ABRvS 3 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1713, r.o. 5.6, JM 2015/127, m.nt. G.A.J.M. Hoevenaars, en ABRvS 1 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3554, r.o. 4.8.

171 ABRvS 14 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:50 r.o. 4.5, en ABRvS 24 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4648, r.o. 13.3.

172 ABRvS 24 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2316, r.o. 7.2, JBO 2016/247, m.nt. D. van der Meijden, Vz. ABRvS 20 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3658 r.o. 5.4, en Vz. ABRvS 12 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3573, r.o. 6.2.

doende rekening is gehouden met de negatieve gevolgen voor de fysieke omgeving. Vreest een ondernemer daarentegen dat hij door het stellen van bepaalde milieukwaliteitseisen wordt beperkt in zijn bedrijfsvoering, dan zou hij kunnen aanvoeren dat de te dien aanzien geldende normen te strikt zijn toegepast. In beide gevallen ligt de vraag voor of de beweerdelijk geschonden norm strekt tot het beschermen van het betrokken belang.

Luchtkwaliteit

De milieukwaliteitseisen ten aanzien van de luchtkwaliteit zijn neergelegd in titel 5.2 Wm. Deze titel vormt de implementatie van de Europese luchtkwaliteitsrichtlijn.¹⁷³ Aan de in de bepalingen van titel 5.2 Wm gestelde eisen moet onder meer worden voldaan bij de uitoefening van de bevoegdheid tot de verlening van een omgevingsvergunning voor het oprichten of in werking hebben van een inrichting in de zin van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo). Volgens de rechtspraak van de Afdeling beogen de bepalingen in titel 5.2 Wm:

‘weliswaar in het bijzonder de belangen van de menselijke gezondheid en het milieu te beschermen, doch niet kan worden geoordeeld dat deze normen er kennelijk niet ook toe strekken de belangen te beschermen van diegenen die activiteiten verrichten die invloed kunnen hebben op de luchtkwaliteit.’¹⁷⁴

Dit betekent dat het belang van een ondernemer bij een ongehinderde bedrijfsuitoefening door de normen inzake luchtkwaliteit worden beschermd. Het belang om concurrentie te voorkomen wordt daardoor echter niet beschermd.¹⁷⁵

Geluidhinder

De Wet geluidhinder (Wgh) biedt geluidgevoelige functies – zoals woningen, kinderdagverblijven en ziekenhuizen – bescherming tegen geluidhinder van wegverkeerlawaai, spoorweglawaai en industrielawaai door middel van zonering. In de wet zijn normen opgenomen voor de maximale geluidbelasting van geluidgevoelige functies en worden zones aangewezen waarbinnen bepaalde activiteiten mogen plaatsvinden. Volgens de Afdeling beogen de bepalingen van de Wgh zowel de belangen van de omwonenden bij een goed woon- en leefklimaat als de belangen van bedrijven bij een onge-

173 Richtlijn 2008/50/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2008 betreffende de luchtkwaliteit en schonere lucht voor Europa (*PbEU* 2008, L 152/1).

174 ABRvS 4 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:236, r.o. 3.2, *TBR* 2015/59, m.nt. H.C.W.M. Moesker.

175 ABRvS 24 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2316, r.o. 7.2, *JBO* 2016/247, m.nt. D. van der Meijden, ABRvS 1 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1465, r.o. 7.2, ABRvS 3 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1744, r.o. 5.5, *JBO* 2015/229, m.nt. D. van der Meijden (*Leisure Center Belfeld*), en ABRvS 22 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1224, r.o. 3.2.

hinderde bedrijfsuitoefening te waarborgen.¹⁷⁶ Een ondernemer die tegen de ontwikkeling van bijvoorbeeld een woonwijk opkomt, omdat hij vreest te zullen worden geconfronteerd met klachten van toekomstige omwonenden over geluidhinder, kan bij de bestuursrechter dus een beroep doen op de bepalingen uit de Wgh. Artikel 8:69a van de Awb staat dan niet aan een mogelijke vernietiging van het bestreden besluit in de weg. Ook een ondernemer die opkomt tegen een ruimtelijke ontwikkeling in de directe nabijheid van zijn perceel kan met succes een beroep doen op geluidsnormen.¹⁷⁷ Dat is niet het geval wanneer een ondernemer tegen een besluit opkomt uitsluitend omdat hij nieuwe concurrentie wil voorkomen. Het belang gevrijwaard te blijven van concurrentie wordt immers niet beschermd door de bepalingen uit de Wgh.¹⁷⁸

Geurhinder

In de Wet geurhinder en veehouderij (Wgv) zijn geurnormen opgenomen voor de veehouderij en in de Nederlandse emissierichtlijn Lucht (NeR) zijn geurnormen voor de industrie opgenomen. Voor zover mij bekend heeft de Afdeling zich alleen uitgelaten over het beschermingsbereik van de bepalingen van de Wgv. Deze beogen zowel de belangen van de omwonenden bij een goed woon- en leefklimaat als de belangen van bedrijven bij een ongehinderde bedrijfsuitoefening te waarborgen.¹⁷⁹ Deze twee belangen moeten tegen elkaar worden afgewogen.¹⁸⁰ Ook hier geldt dus dat een ondernemer die tegen de ontwikkeling van bijvoorbeeld een woonwijk opkomt, omdat hij vreest te zullen worden geconfronteerd met klachten van toekomstige omwonenden over geurhinder het relativiteitsvereiste niet zal worden tegengeworpen.¹⁸¹ Voor zover mij bekend heeft de Afdeling zich nog niet uitgelaten over de vraag of de bepalingen uit de Wgv er mede toe strekken het belang van ondernemingen om concurrentie te voorkomen te beschermen. Gezien het oordeel van de Afdeling hierover in zaken waarin een beroep werd gedaan op normen inzake luchtkwaliteit en geluidhinder is aannemelijk dat ook ten aanzien van de bepalingen in de Wgv zal worden geoordeeld dat die er niet toe strekken te beschermen tegen concurrentie.

176 ABRvS 29 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2364, r.o. 8.1, *Gst.* 2015/135, m.nt. F. Limpens-Cuijpers, ABRvS 12 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4030, r.o. 8.6.2, *JBO* 2015/12, m.nt. D. van der Meijden, en ABRvS 15 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:72, r.o. 9.1, *TBR* 2014/25, m.nt. H.J. de Vries.

177 ABRvS 15 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:694, r.o. 24.2.

178 ABRvS 24 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2316, r.o. 7.2, *JBO* 2016/247, m.nt. D. van der Meijden.

179 ABRvS 15 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1177, r.o. 4.3.2, ABRvS 12 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4030, r.o. 8.6.2, *JBO* 2015/12, m.nt. D. van der Meijden, en ABRvS 23 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1485, r.o. 4.3.

180 ABRvS 27 juli 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2085, r.o. 11.2.

181 ABRvS 13 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2015:1495 r.o. 6.7, *JM* 2015/103, m.nt. H.S. de Vries, en ABRvS 19 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY6774, r.o. 7.8.

Bodemkwaliteit

De milieukwaliteitseisen voor de bodemkwaliteit zijn neergelegd in de Wet bodembescherming (Wbb). De Afdeling heeft geoordeeld dat de normen uit de Wbb strekken tot bescherming van de kwaliteit van de bodem¹⁸² en niet tot bescherming van concurrentiebelangen.¹⁸³ Dit betekent dat een beroep van een ondernemer, die het er alleen om te doen is gevrijwaard te blijven van nieuwe concurrentie, niet tot vernietiging van een besluit kan leiden.¹⁸⁴ Opmerkelijk is dat, anders dan het geval is met de bepalingen in titel 5.2 Wm, de Wgh en de Wgv, de bepalingen in de Wbb ook niet strekken tot het belang om gevrijwaard te blijven van nadelige gevolgen voor de bedrijfsvoering.¹⁸⁵ Dit heeft te maken met de aard van het door de Wbb te beschermen belang

6.3.1.12 Externe veiligheid

In procedures over omgevingsrechtelijke besluiten die voorzien in de realisering of uitbreiding van bedrijven wordt soms aangevoerd dat het plan bepaalde veiligheidsrisico's voor de omgeving (externe veiligheid) met zich meebrengt die niet acceptabel zijn. In dit verband wordt vaak een beroep gedaan op de externe veiligheidsnormen die zijn opgenomen in het Besluit externe veiligheid inrichtingen (Bevi). De Afdeling heeft geoordeeld dat de normen van het Bevi niet alleen strekken tot bescherming van eigenaren en gebruikers van gebouwen binnen de veiligheidszone, maar ook tot bescherming van het belang van het risicovolle bedrijf bij een zo min mogelijk belemmerde bedrijfsuitoefening.¹⁸⁶ Dit betekent dat een ondernemer die door de ontwikkeling van bijvoorbeeld een woonwijk vreest in zijn bedrijfsvoering te worden belemmerd, omdat zijn bedrijfsactiviteiten een veiligheidsrisico voor de (nieuwe) omwonenden inhouden, met een beroep op het Bevi kan bewerkstelligen dat het plan wordt vernietigd. Het relativiteitsvereiste verzet zich wel tegen vernietiging van een ruimtelijk besluit als het een ondernemer in een procedure tegen dat besluit alleen maar te doen is om nieuwe concurrentie in zijn verzorgingsgebied te voorkomen.¹⁸⁷

182 ABRvS 1 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:231, r.o. 3.5, *JBO* 2017/51, m.nt. D. van der Meijden, en ABRvS 16 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3045, r.o. 10.1, *JBO* 2016/334, m.nt. D. van der Meijden.

183 ABRvS 30 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2838, r.o. 6.2, *AB* 2015/59, m.nt. D. Korsse.

184 ABRvS 24 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2316, r.o. 7.2, *JBO* 2016/247, m.nt. D. van der Meijden.

185 ABRvS 3 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1744, r.o. 5.5, *JBO* 2015/229, m.nt. D. van der Meijden (*Leisure Center Belfeld*).

186 ABRvS 6 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1419, r.o. 6.3.

187 ABRvS 24 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2316, r.o. 7.2, *JBO* 2016/247, m.nt. D. van der Meijden, en ABRvS 3 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1744, r.o. 5.5, *JBO* 2015/229, m.nt. D. van der Meijden (*Leisure Center Belfeld*).

6.3.1.13 Natuur- en soortenbescherming

In procedures over bestemmingsplannen of omgevingsvergunningen wordt soms een beroep gedaan op bepalingen van de Natuurbeschermingswet 1998 (Nbw 1998)¹⁸⁸ en de Flora- en faunawet (Ffw). Dit gebeurt meestal in het kader van een betoog over de uitvoerbaarheid van een plan. Aangevoerd wordt dat voor uitvoering van het plan een ontheffing op grond van de Ffw of een Nbw-vergunning nodig is en dat er een reële kans bestaat dat die ontheffing niet verleend kan worden.

Volgens de Afdeling strekken de bepalingen van de Nbw 1998 tot bescherming van het algemene belang van natuur en landschap¹⁸⁹ en de bepalingen van de Ffw tot bescherming van bepaalde plant- en diersoorten en hun verblijfplaatsen.¹⁹⁰ Gelet hierop ligt het voor de hand dat vooral de belangen van algemene of collectieve belangenbehartigers die volgens hun statutaire doelstellingen en feitelijke werkzaamheden de algemene belangen behartigen die de Nbw 1998 en de Ffw beogen te beschermen worden beschermd.¹⁹¹ Toch is niet uitgesloten dat ook de belangen van individuele burgers worden beschermd door de bepalingen van de Nbw 1998 en de Ffw. De Nbw 1998 en de Ffw bieden met de bescherming van natuur, landschap en plant- en diersoorten tevens bescherming aan een goede kwaliteit van de directe leefomgeving van omwonenden.¹⁹² Daarvoor is evenwel een direct verband nodig tussen de kwaliteit van de directe leefomgeving van appellant en de te beschermen natuur en plant- en diersoorten. Dit betekent bijvoorbeeld dat individuele belangen van burgers die in of in de onmiddellijke nabijheid van een Natura 2000-gebied wonen bij behoud van een goede kwaliteit van hun directe leefomgeving, zo verweven kunnen zijn met het algemene belang dat de Nbw 1998 beoogt te beschermen, dat niet kan worden geoordeeld dat de betrokken normen van de Nbw 1998 kennelijk niet strekken tot bescherming van hun belangen.¹⁹³

188 Op 1 januari 2017 is de Wet natuurbescherming in werking getreden en is de Nbw 1998 ingetrokken.

189 ABRvS 24 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2316, r.o. 8.1 *JBO* 2016/247, m.nt. D. van der Meijden, ABRvS 20 juli 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2017, r.o. 5.3, ABRvS 3 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1713, r.o. 5.5, *JM* 2015/127, m.nt. G.A.J.M. Hoevenaars, en ABRvS 13 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR1412, r.o. 2.7.9, *M en R* 2011/189, m.nt. K.J. de Graaf (*Tuibrug*).

190 Vz. ABRvS 19 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:515, r.o. 5.2, en ABRvS 22 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1224, r.o. 3.2.

191 ABRvS 20 juli 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2017, r.o. 5.3, en ABRvS 16 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1284, r.o. 9.2.

192 ABRvS 19 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA3666, r.o. 8.3, *AB* 2013/240, m.nt. W.R. van der Velde.

193 ABRvS 24 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2316, r.o. 8.1 *JBO* 2016/247, m.nt. D. van der Meijden, en ABRvS 13 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR1412, r.o. 2.7.9, *M en R* 2011/189, m.nt. K.J. de Graaf (*Tuibrug*).

Volgens de rechtspraak van de Afdeling strekken de bepalingen van de Nbw 1998 en de Ffw niet tot bescherming van bedrijfseconomische belangen¹⁹⁴ en het belang om concurrentie te voorkomen.¹⁹⁵ Dit betekent dat ondernemers die tegen een plan opkomen, omdat zij vrezen voor een toename van de concurrentie of voor een beperking van hun bedrijfsvoering met een beroep op bepalingen van de Nbw 1998 of de Ffw niet kunnen bereiken dat de bestuursrechter het plan vernietigt. Eén keer heeft de Afdeling een uitzondering gemaakt op de regel dat een beroep op een bepaling van de Nbw 1998 niet mogelijk is in verband met bedrijfseconomische belangen.¹⁹⁶ Het betrof een zaak over de verlening van een Nbw-vergunning voor het verbeteren van de vooroevers van drie dijkvakken langs het Natura 2000-gebied Oosterschelde door het storten van granulair materiaal (staalslakken). Een mosselkweker kwam hiertegen op. De Afdeling oordeelde dat het mosselperceel "Hammen 10" van appellant in het Natura 2000-gebied Oosterschelde is gelegen en dat niet in geschil is dat het voortbrengende vermogen van die mosselbank mede wordt bepaald door de staat van instandhouding van de Oosterschelde. Kole wijst er op dat dit laatste een expliciete relatie legt tussen het economische potentieel van de mosselbank en de realisering van een gunstige staat van de instandhoudingsdoelstelling.¹⁹⁷ Het enkele feit dat een economische activiteit in een Natura 2000-gebied plaatsvindt is dus niet voldoende om onder het relativiteitsbeginsel uit te komen. De Afdeling stelt in dit verband strikte eisen.

6.3.1.14 Tussenconclusie

Concluderend kan worden gesteld dat een ondernemer in een omgevingsrechtelijke procedure met succes een beroep kan doen op de meeste omgevingsrechtelijke regelgeving, wanneer zijn belang bij een ongehinderde bedrijfsuitoefening bij het bestreden besluit is betrokken. De meeste regelgeving op het terrein van het omgevingsrecht heeft immers niet alleen ten doel het woon- en leefklimaat van omwonenden te beschermen, maar strekt er tevens toe een goed ondernemersklimaat te beschermen en ondernemers te beschermen tegen klachten van omwonenden vanwege fysieke overlast, zoals geur- of geluidshinder. Een uitzondering hierop vormen beroepen op de duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau, omdat die norm uitsluitend strekt tot bescherming van bewonersbelangen. Een ondernemer

194 ABRvS 24 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2316, r.o. 8.1, *JBO* 2016/247, m.nt. D. van der Meijden (Nbw 1998), ABRvS 22 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1742, r.o. 16.2 (Ffw), ABRvS 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1560, r.o. 7.3 (Nbw 1998), en ABRvS 15 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:75 r.o. 5.2 en 6.3, *AB* 2014/116, m.nt. A.G.A. Nijmeijer (*Flamco*) (Nbw 1998 en Ffw)

195 Vz. ABRvS 20 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3658, r.o. 5.3 (Nbw 1998), ABRvS 22 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1224, r.o. 3.2 (Ffw), en ABRvS 28 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1884, r.o. 19.2 en 20.1 (Nbw 1998 en Ffw).

196 ABRvS 30 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2174, r.o. 6.4.2, *Gst.* 2015/134, m.nt. S.D.P. Kole.

197 S.D.P. Kole, annotatie bij ABRvS 30 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2174, *Gst.* 2015/134.

die uitsluitend andere dan ruimtelijke effecten ondervindt van een omgevingsrechtelijk besluit, zoals een toename van de concurrentiedruk, kan niet met een beroep op bepalingen van omgevingsrecht bereiken dat het besluit wordt vernietigd. Het relativiteitsvereiste staat in dat geval aan een inhoudelijke bespreking van de beroepsgronden in de weg. Daarmee houdt dit vereiste een verstrekkende beperking in van de beroepsmogelijkheden van ondernemers op het terrein van het omgevingsrecht.

6.3.2 Handhavingsbesluiten

Ondernemers vragen de overheid geregeld om handhavend op te treden tegen een concurrent die de regels overtreedt. Wanneer de overheid weigert om te handhaven, of als de handhaving volgens een concurrent niet ver genoeg gaat, leidt dat soms tot een procedure bij de bestuursrechter. Daarbij is de vraag relevant in hoeverre het relativiteitsvereiste aan een vernietiging van het afwijzende besluit in de weg staat. Vooraf merk ik op dat rechtspraak op het terrein van handhaving waarin toepassing is gegeven aan het relativiteitsvereiste tot op heden beperkt is. De rechtspraak die er is, heeft over het algemeen betrekking op de handhaving van omgevingsrechtelijke voorschriften, al heeft de Afdeling eind 2016 drie uitspraken gedaan waarin het ging om handhaving van een voorschrift uit de Drank- en horecawet.

6.3.2.1 Beschermingsbereik van de beweerdelijk geschonden norm

In het geval van handhavingsbesluiten gaat de Afdeling bij de toepassing van het relativiteitsvereiste uit van het beschermingsbereik van de beweerdelijk geschonden norm. Illustratief is de uitspraak over zandwinning in Gasselte.¹⁹⁸ Aan bedrijf A werd in 1989 een vergunning verleend om zand te winnen van een terrein in het Gasselterveld (Drenthe). In artikel A.1 van de vergunning was bepaald dat de vergunning geldig was tot 1 januari 2010 en dat vóór die datum de zandwinning moest zijn gestopt en de locatie moest zijn afgewerkt. Dit laatste was niet gebeurd. Een concurrent, bedrijf B, stelde dat haar concurrentiebelang hierdoor werd geschaad. Niet was immers uitgesloten dat bedrijf A, doordat hij de zandwinlocatie niet had afgewerkt, zijn zandwinactiviteiten zou hervatten. Bedrijf B verzocht daarom het college van gedeputeerde staten om op te treden tegen de overtreding van artikel A.1 door bedrijf A. Het college weigerde dit, waarop bedrijf B beroep instelde bij de Afdeling. De Afdeling oordeelde dat inderdaad sprake was van een overtreding van artikel A.1 en dat het college ter zake had kunnen en moeten optreden. Zij oordeelde echter ook dat met artikel A.1, dat strekt

198 ABRvS 19 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:942 (*zandwinning Gasselte*), BR 2014/90, m.nt. H.J. Breeman en R.J.G. Zie voor een zaak waarin het ging om beweerdelijke schending van een voorschrift uit een bestemmingsplan ABRvS 29 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3840, r.o. 2.3. Zie voor een voorbeeld uit de rechtspraak van de rechtbank Rb. Oost-Brabant, 22 januari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:250.

tot een tijdige afwerking van het ontgrondingssterrein na beëindiging van de winning van specie, ruimtelijke belangen zijn gediend. Artikel A.1 strekt kennelijk niet tot bescherming van het concurrentiebelang waarvoor bedrijf B in deze procedure bescherming zoekt. Dit betekende in dit geval dat het relativiteitsvereiste in de weg stond aan vernietiging van de in bezwaar gehandhaafde weigering om handhavend op te treden. Het concurrentiebelang van bedrijf B kon daardoor geen rol spelen bij de beoordeling van het besluit door de bestuursrechter.

Zoals gezegd gaat het in de meeste handhavingszaken om verzoeken tot handhaving van bepalingen van omgevingsrecht. Maar ook in gevallen waarin werd verzocht om handhaving van bepalingen uit de Drank- en horecawet ging de Afdeling bij de toepassing van het relativiteitsvereiste uit van het beschermingsbereik van de beweerdelijk geschonden bepaling uit die wet.¹⁹⁹

6.3.2.2 *Het belang van eerlijke concurrentie*

Een belangrijke constatering is dat het concurrentiebelang waar het in veel handavingsgevallen om gaat, het belang van eerlijke concurrentie (gelijk speelveld) is. Vaak gaat het om de situatie waarin een concurrent, doordat hij bepaalde voorschriften niet naleeft, zijn activiteiten goedkoper kan uitvoeren of activiteiten kan verrichten die hij niet mag verrichten. Dit is een belangrijk verschil met procedures op het terrein van het omgevingsrecht, waarin het meestal gaat om het belang om gevrijwaard te blijven van nieuwe concurrentie. In hoofdstuk 2 hebben we gezien dat dit laatste belang uit het oogpunt van het algemeen belang geen te beschermen belang is. Dat geldt echter niet voor het belang van eerlijke concurrentie. Eerlijke concurrentie leidt uiteindelijk immers tot optimalere welvaart. Dit betekent dat toepassing van het relativiteitsvereiste op omgevingsrechtelijke normen uit oogpunt van het algemeen belang problematischer is als het gaat om handhaving van die normen. Hoe de bestuursrechter hier mee om gaat komt aan de orde in paragraaf 6.4 over de correctie Widdershoven.

6.3.2.3 *De verhouding met de beginselplicht*

Interessant is nog de vraag hoe de toepassing van het relativiteitsvereiste bij de toetsing van besluiten op handavingsverzoeken zich verhoudt tot de beginselplicht tot handhaving. Op grond van de beginselplicht moet, gelet op het algemeen belang dat is gediend met handhaving, in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met een last onder bestuursdwang of dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik worden gemaakt. Bij de door het bestuurs-

199 ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3453, AB 2017/112, m.nt. B.J.P. Stramrood (*SlijtersUnie*). Deze uitspraak komt uitvoerig aan bod in paragraaf 6.4.4.2.

orgaan te maken belangenafweging kunnen concurrentiebelangen, als onderdeel van het algemeen belang dat met handhaving is gediend, een rol spelen. Bij toetsing van het besluit door de bestuursrechter kunnen die belangen vaak echter geen rol meer spelen. Dit is met het oog op de rechtsbescherming onbevredigend, omdat er als het ware een rechtsbeschermingsvacuüm ontstaat. Het bestuursorgaan *moet* in bepaalde gevallen handhaven, maar de rechter mag die handhaving *niet* toetsen.

6.3.2.4 Vaak geen toepassing van het relativiteitsvereiste

Opvallend is dat de Afdeling niet in alle gevallen waarin een ondernemer opkomt tegen de afwijzing van een verzoek om handhaving jegens een concurrent nagaat of de beweerdelijk geschonden norm er toe strekt het betrokken concurrentiebelang te beschermen. Het relativiteitsvereiste wordt in die zaken niet toegepast, terwijl vaak op zijn minst de vraag kan worden gesteld of de beweerdelijk geschonden norm wel strekt tot bescherming van concurrentiebelangen. Een voorbeeld hiervan is een zaak waarin een fabrikant van zogenoemde *halve step barriers* (een bepaald soort vangrails) de minister voor Wonen en Rijksdienst verzocht om handhavend op te treden tegen het op de markt brengen van niet CE-gecertificeerde bermbeveiligingsvoorzieningen door een concurrent.²⁰⁰ Het ging in deze zaak om de levering van 129 *halve step barriers* zonder CE-markering voor de rijksweg A7 ter hoogte van de afrit Drachten. Volgens appellante was sprake van oneerlijke concurrentie, omdat haar concurrent de *halve step barriers* goedkoper op de markt kon brengen. Omdat de 129 *halve step barriers* zijn geleverd zonder de vereiste CE-markering is in strijd gehandeld met artikel 1.6 van het Bouwbesluit 2012 dat bepaalt dat het verboden is bouwproducten in de handel te brengen waarvoor de Europese Unie een geharmoniseerde Europese norm heeft gepubliceerd, indien dat product niet is voorzien van de daarop betrekking hebbende CE-markering. De minister was gelet op deze overtreding bevoegd om handhavend op te treden. De minister zag evenwel af van handhaving, omdat er concreet zicht op legalisatie bestond. De Afdeling oordeelde dat de rechtbank terecht had geoordeeld dat de minister zich terecht op dat standpunt had gesteld. De beroepsgrond van appellant werd aldus inhoudelijk beoordeeld. De Afdeling heeft zich niet expliciet de vraag gesteld of de geschonden norm wel strekt tot bescherming van het concurrentiebelang van appellant. Het is echter maar zeer de vraag of een dergelijke veiligheidsnorm strekt tot bescherming van concurrentiebelangen. Dat de Afdeling in deze en andere zaken aan de relativiteitsvraag voorbij gaat heeft er mogelijk mee te maken dat de beroepsgrond op inhoudelijke gronden faalt en dus al om die reden niet tot vernietiging van het in beroep bestreden besluit kan leiden.²⁰¹ Wellicht speelt daarnaast een rol dat een

200 ABRvS 16 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3843. Zie ook ABRvS 28 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:192, AB 2015/139, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

201 Zie over de volgorde van toetsing paragraaf 6.2.1.3.

inhoudelijke beoordeling van gronden, ook al valt de beoordeling negatief uit, voor partijen vaak bevredigender is dan het niet bespreken van gronden op grond van het relativiteitsvereiste. Dit leidt tot een betere acceptatie van de uitspraak, al doet dat wel af aan het streven van de wetgever naar een doelmatiger bestuursprocesrecht.

6.3.2.5 *Tussenconclusie*

Uit het gegeven dat de bestuursrechter in veel handhavingszaken het relativiteitsvereiste niet toepast kan worden afgeleid dat het relativiteitsvereiste een minder grote beperking vormt voor de rol die concurrentiebelangen kunnen spelen bij de toetsing van handhavingsbesluiten door de rechter. Als het relativiteitsvereiste wel wordt toegepast, dan leidt dit eerder dan het geval is in procedures over omgevingsrechtelijke besluiten tot onwenselijke uitkomsten. In handhavingszaken gaat het in veel gevallen namelijk om het belang van eerlijke concurrentie, dat uit een oogpunt van het algemeen belang bescherming verdient. Dit belang wordt door veel beweerdelijk overtreden bepalingen echter niet beschermd. Dit draagt het risico in zich dat het belang van eerlijke concurrentie onvoldoende beschermd wordt door de bestuursrechter. In paragraaf 6.4 komt aan de orde hoe de bestuursrechter hier een mouw aan past.

6.3.3 Overige besluiten

Buiten de terreinen van het omgevingsrecht en de handhavingsbesluiten wordt voorts nog weinig toepassing gegeven aan het relativiteitsvereiste. Aan het begin van paragraaf 6.3 heb ik opgemerkt dat mij uit de rechtspraak van de Afdeling slechts drie niet-omgevingsrechtelijke uitspraken bekend zijn waarin het relativiteitsvereiste aan de orde was. Het betrof een zaak over de onteigening van SNS en SNS Reaal,²⁰² een zaak over de verdeling van een schaarse kansspelvergunning²⁰³ en drie zaken over de handhaving van een voorschrift uit de Dhwh.²⁰⁴ Een voor de hand liggende verklaring hiervoor is dat het relativiteitsvereiste weinig betekenis heeft in tweepartijengeschillen, omdat daarin meestal geen ‘vreemde’ belangen aan de orde zijn.²⁰⁵ Dit verklaart echter niet waarom het relativiteitsvereiste nagenoeg niet wordt toegepast op het terrein van de verdeling van schaarse publieke

202 ABRvS 25 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ2265, r.o. 11.1, AB 2013/146, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen (SNS REAAL).

203 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, r.o. 13-13.3, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Speelautomatenhal Vlaardingen*).

204 ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3451, r.o. 9-9.5, AB 2017/110, m.nt. B.J.P. Stramrood, ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3453, r.o. 9-9.5, AB 2017/112, m.nt. B.J.P. Stramrood, en ABRvS 28 december 2016 ECLI:NL:RVS:2016:3454, r.o. 9-9.5, AB 2017/111, m.nt. B.J.P. Stramrood (*SlijtersUnie*).

205 Nijmeijer & Schueler e.a. 2015, p. 26-27, en De Poorter en Van Ettehoven 2013, p. 119.

rechten.²⁰⁶ Daarbij zijn immers bij uitstek de belangen van derden aan de orde. Die belangen vallen echter vrijwel volledig samen met het belang van degene die het schaarse publieke recht krijgt. Ieder van de gegadigden wil immers in aanmerking komen voor het schaarse recht. Dit betekent dat doorgaans geen sprake zal zijn van ‘vreemde’ belangen die niet binnen het beschermingsbereik van de toepasselijke regelgeving vallen.

6.3.3.1 *Relativiteit bij de toetsing van subsidiebesluiten*

Hoewel het relativiteitsvereiste buiten het omgevingsrecht nauwelijks wordt toegepast, zijn er, zoals gezegd, wel enkele uitzonderingen op die regel te vinden. Drie uitzonderingen in de rechtspraak van de Afdeling heb ik al genoemd. Een voor concurrenten relevante uitzondering is echter ook te vinden in een uitspraak van de rechtbank Zeeland-West-Brabant.²⁰⁷ Het ging in die zaak om de verlening van subsidie aan TeamAlert voor het opzetten van een platform met rijsscholenkiezer. Twee andere exploitanten van websites waarop rijsscholen worden beoordeeld en kunnen worden vergeleken komen tegen de subsidieverlening op. Naar het oordeel van de rechtbank concurreert de dienst die TeamAlert in de markt heeft gezet met de websites van eisers. De twee andere exploitanten voeren aan dat de subsidieverlening in strijd is met artikel 2 lid 1 van de Subsidieregeling TeamAlert 2012, waarin is bepaald dat de minister van Infrastructuur en Milieu subsidie kan verstrekken voor het uitvoeren van activiteiten op het gebied van verkeersveiligheid voor jongeren van 12 tot en met 24 jaar, gericht op het creëren van bewustwording, onder andere door educatieve projecten en voorlichtingscampagnes. Volgens eisers is van dit laatste geen sprake. De rechtbank oordeelt dat het platform met rijsscholenkiezer weliswaar een voorlichtingsaspect bevat in de zin van het geven van informatie over rijsscholen, maar volgt eisers in hun betoog dat dit niet kan worden gezien als een voorlichtingscampagne als bedoeld in artikel 2 van de Subsidieregeling. De Subsidieregeling biedt aldus geen grondslag voor subsidiëring van het opzetten en verder ontwikkelen van een platform met rijsscholenkiezer. Volgens de rechtbank zijn de subsidiebesluiten dientengevolge in strijd met artikel 4:23 lid 1 Awb, dat bepaalt dat subsidie slechts kan worden verstrekt op grond van een wettelijk voorschrift dat regelt voor welke activiteiten subsidie kan worden verstrekt. De vraag die vervolgens rijst, is of deze laatste bepaling strekt tot bescherming van de concurrentiebelangen van eisers. Volgens de rechtbank is dat ‘gelet op de concurrentie die eisers van TeamAlert ondervinden’ het geval.

206 De enige mij bekende uitzondering is ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, r.o. 13-13.3, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Speelautomatenhal Vlaardingen*), waarin nota bene de partij die de schaarse kansspelvergunning had gekregen een beroep deed op het relativiteitsvereiste om een klacht van een concurrent die achter het net had gevestigd af te weren. Het beroep op het relativiteitsverweer trof overigens geen doel.

207 Rb. Zeeland-West-Brabant 22 april 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:2533 (*TeamAlert*). Tegen deze uitspraak is geen hoger beroep ingesteld.

Kortom, artikel 4:23 lid 1 Awb strekt naar het oordeel van de rechtbank kennelijk ter bescherming van concurrentiebelangen. Op dit oordeel valt wel het een en ander aan te merken. Om te beginnen is het opmerkelijk dat de rechtbank het beschermingsbereik van artikel 4:23 lid 1 Awb en niet van de geschonden bepalingen van de Subsidieregeling onderzoekt. De Afdeling kijkt doorgaans immers naar het beschermingsbereik van de meest concrete norm. Uit de uitspraak van de rechtbank valt echter af te leiden dat de desbetreffende bepaling uit de Subsidieregeling strekt tot bescherming van concurrentiebelangen, zodat er in dit geval in materieel opzicht geen verschil is. Verder valt de redenering van de rechtbank op. Begrijp ik het oordeel van de rechtbank goed, dan betekent het feit dat eisers door de subsidiebesluiten in hun concurrentiebelang worden getroffen, dat artikel 4:23 lid 1 Awb kennelijk strekt tot bescherming van hun belangen. Deze redenering lijkt mij niet juist. Bij toepassing van het relativiteitsvereiste moet immers de beroepsgrond het uitgangspunt zijn en niet het belang van degene die die beroepsgrond aanvoert. Beoordeeld moet dus worden of het belang dat artikel 4:23 lid 1 Awb beoogt te beschermen, samenvalt met het concurrentiebelang waarin eisers stellen te worden getroffen. Met de conclusie van de rechtbank ben ik het evenwel eens. Mijns inziens moet het er op worden gehouden dat artikel 4:23 lid 1 Awb een ruim beschermingsbereik heeft. Beperkingen daarvan moeten worden gevonden in de desbetreffende subsidieregeling waarin de grondslag voor subsidiering is neergelegd. Hierbij kan er op worden gewezen dat de subsidieregeling voorziet in de verdeling van schaarse subsidiegelden. Dit betekent dat de bepalingen uit de subsidieregeling naar hun aard altijd strekken ter bescherming van andere gegadigden voor subsidie. Daarmee is echter nog niet gezegd dat subsidieregelingen strekken tot bescherming van alle concurrentiebelangen. Dit is van belang in de situatie waarin een ondernemer zelf geen subsidie aanvraagt (of al krijgt) maar tegen een aan een concurrent verleende subsidie opkomt op grond van zijn concurrentiepositie. In dat geval kan het beschermingsbereik van de bepalingen van de subsidieregeling wel eens een verschil maken en aan vernietiging in de weg staan.

6.3.4 Tussenconclusie

Uit het vorenstaande kan de conclusie worden getrokken dat op het terrein van het omgevingsrecht de beroepen van ondernemers die op grond van hun concurrentiebelangen opkomen tegen besluiten vaak stuklopen op het relativiteitsvereiste. In veel gevallen valt de beroepsgrond niet samen met het belang om gevrijwaard te worden van concurrenten, waarvoor de ondernemer opkomt. Dit komt doordat voor veel normen op het terrein van het omgevingsrecht geldt dat deze er niet kennelijk toe strekken concurrentiebelangen te beschermen. Het relativiteitsvereiste beperkt in zoverre dan ook de rol die concurrentiebelangen kunnen spelen bij de toetsing van omgevings-

rechtelijke besluiten door de bestuursrechter aanzienlijk.²⁰⁸ Widdershoven wijst er terecht op dat dit niet vreemd is, aangezien in de wetsgeschiedenis het voorbeeld van de ondernemer die opkomt tegen een aan de concurrent verleende bouwvergunning expliciet wordt genoemd als een voorbeeld van een oneigenlijk beroep.²⁰⁹ De wetgever heeft dus uitdrukkelijk de bedoeling gehad om de mogelijkheid voor ondernemers om met beroepen tegen omgevingsrechtelijke besluiten te voorkomen dat zich concurrenten in hun buurt vestigen te beperken. De ruimte voor concurrenten om nog met succes op te komen tegen ruimtelijke besluiten is in beginsel beperkt tot de situatie waarin een omgevingsrechtelijk besluit *tevens* gevolgen heeft voor de fysieke omgeving van de betrokken onderneming. Het concurrentiebelang kan in dat geval als het ware meeliften met het ruimtelijk relevante belang bij een goed ondernemersklimaat.

Tot slot de vraag of de conclusie dat het relativiteitsvereiste de rol die concurrentiebelangen kunnen spelen bij de toetsing van omgevingsrechtelijke besluiten door de bestuursrechter beperkt is, erg is. Die vraag moet ontkennend worden beantwoord, voor zover omgevingsrechtelijke besluiten het gelijke speelveld niet verstoren. En dat is meestal het geval. Wat er immers in de meeste gevallen gebeurt is dat de mogelijkheid wordt geschapen voor concurrenten om de markt te betreden of hun activiteiten uit te breiden. Het speelveld wordt dus groter, maar de gelijkheid ervan wordt als zodanig niet aangetast. Dat laatste is slechts het geval wanneer de overheid bij het nemen van omgevingsrechtelijke besluiten verschillende ondernemers ongelijk behandelt. De vraag hoe in dat geval toch rekening zou kunnen worden gehouden met concurrentiebelangen komt aan de orde in paragraaf 6.4.

6.4 DE CORRECTIE WIDDERSHOVEN EN HET BESCHERMINGSBEREIK VAN HET GELIJKHEIDSBEGINSEL

6.4.1 Uitzonderingen op het relativiteitsvereiste

Op de in artikel 8:69a Awb neergelegde regel dat de bestuursrechter een besluit niet vernietigt op de grond dat het in strijd is met een rechtsregel of rechtsbeginsel, als deze regel of dit beginsel kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept, hebben zich in de rechtspraak van de Afdeling uitzonderingen ontwikkeld. Het gaat om gevallen waarin het betrokken belang niet door de beweerdelijk geschonden

208 Gerritsen 2015, p. 7, schrijft dat het er de schijn van heeft dat de Afdeling de buik vol heeft van concurrenten die elkaar over en weer het leven zuur proberen te maken met beroepsprocedures.

209 Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680 (*bestemmingsplan Blaloweg*), punt 3.11. Zie ook *Kamerstukken II* 2009/10, 32450, 3, p. 19 en 53.

norm wordt beschermd, maar het relativiteitsvereiste toch niet aan vernietiging van het besluit in de weg staat.

Twee uitzonderingen kwamen al eerder in dit hoofdstuk aan de orde. Het gaat in de eerste plaats om de situatie waarin het belang waarvoor appellant opkomt, maar dat als zodanig niet wordt beschermd door de beweerdelijk geschonden norm, parallel loopt met belangen van andere belanghebbenden die wel door die norm worden beschermd.²¹⁰ Voor de bescherming van concurrentiebelangen acht ik deze uitzondering zonder betekenis, aangezien concurrentiebelangen van ondernemers naar hun aard niet parallel kunnen lopen met de belangen van andere concurrenten. In de tweede plaats gaat het om de situatie waarin het belang waarvoor appellant opkomt verweven is met de algemene belangen die een norm beoogt te beschermen.²¹¹ Ook deze uitzondering heeft maar heel beperkt betekenis voor de bescherming van concurrentiebelangen. Zolang het Nederlandse bestuursrecht geen algemene norm kent die inhoudt dat bestuursorganen bij de uitoefening van aan hen toegekende bevoegdheden het gelijke speelveld niet mogen verstoren, is uitgesloten dat het belang van een ondernemer bij eerlijke concurrentie verweven is met een algemeen belang. Overigens is niet ondenkbaar dat het belang van onbelemmerde bedrijfsvoering van een ondernemer wel verweven is met algemene belangen. Hiervan is mij echter maar één voorbeeld bekend. Het betrof de situatie waarin bedrijfseconomische belangen van een mosselkweker geacht werden dusdanig te zijn verweven met het door de Nbw 1998 beschermde algemene belang van natuurbehoud dat het relativiteitsvereiste niet aan een inhoudelijke bespreking van zijn beroep op bepalingen uit de Nbw 1998 in de weg stond.²¹²

De twee hiervoor genoemde uitzonderingen zijn voor de bescherming van concurrentiebelangen maar heel beperkt van betekenis.²¹³ Veel belangrijker voor de bescherming van concurrentiebelangen en in het bijzonder het belang van een gelijk speelveld is de introductie van de 'correctie Widdershoven' in de rechtspraak van de Afdeling.²¹⁴ Deze correctie houdt in dat het relativiteitsvereiste niet in de weg staat aan een inhoudelijke bespreking van een beroep op een norm die niet strekt tot bescherming van de belangen van appellant, indien als gevolg van schending van de betreffende norm het gelijkheids- of vertrouwensbeginsel wordt geschonden. De correctie verschilt van de twee hiervoor genoemde uitzonderingen, doordat het belang

210 Zie paragraaf 6.2.2.3.

211 Zie paragraaf 6.2.2.4.

212 ABRvS 30 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2174, r.o. 6.4.2, *Gst.* 2015/134, m.nt. S.D.P. Kole. Zie over deze uitspraak verder paragraaf 6.3.1.13.

213 De Graaf & Van der Veen 2016, p. 169, concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680 (*bestemmingsplan Blaloweg*), punt 3.12.

214 ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:732, *JB* 2016/88, m.nt. R.J.N. Schlössels. Zie over het belang van de correctie Widdershoven voor de praktijk Barkhuysen & Den Ouden 2016, p. 1008.

van een belanghebbende niet ‘meelift’ met de belangen van anderen of het algemeen belang, maar er een zelfstandig beschermingsbereik wordt toegekend aan bepaalde materiële beginselen van behoorlijk bestuur. De correctie Widdershoven komt uitvoerig aan de orde in deze paragraaf. Begonnen wordt met een korte bespreking van de privaatrechtelijke correctie Langemeijer waarop de bestuursrechtelijke correctie is geïnspireerd (paragraaf 6.4.2). Daarna volgt een bespreking van de correctie Widdershoven, waarbij wordt stilgestaan bij het belang en de tekortkomingen van de correctie voor de bestuursrechtelijke rechtsbescherming van concurrentiebelangen (paragraaf 6.4.3). Daarna komt de betekenis van de correctie Widdershoven voor de praktijk aan de orde. Belangrijk daarbij zijn de eerste drie uitspraken van de Afdeling waarin de correctie met succes is toegepast (paragraaf 6.4.4). Afgesloten wordt met een conclusie (paragraaf 6.4.5).

6.4.2 Inspiratie: de privaatrechtelijke correctie Langemeijer

Onderdeel van de discussie over de wenselijkheid van een relativiteitsvereiste in het bestuursrecht is de vraag of bij de toepassing daarvan behoefte bestaat aan een Langemeijer-achtige correctie, zoals die geldt ten aanzien van het privaatrechtelijke relativiteitsvereiste.²¹⁵ De wetgever heeft de mogelijkheid voor een dergelijke correctie uitdrukkelijk opengelaten.²¹⁶ Allereerst iets over de correctie Langemeijer zoals die geldt in het privaatrechtelijke schadevergoedingsrecht. Volgens artikel 6:163 BW bestaat geen verplichting tot schadevergoeding, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden. Nu kan zich de situatie voordoen dat de geschonden norm er niet toe strekt de benadeelde tegen de geleden schade te beschermen en dus het relativiteitsbeginsel in de weg staat aan toewijzing van een vordering om schadevergoeding wegens schending van die norm, maar niettemin moet worden geoordeeld dat de schadeveroorzaker zodanig heeft gehandeld jegens de benadeelde, dat zijn handelwijze toch als onrechtmatige daad is te kwalificeren en dus verplicht tot schadevergoeding. De Hoge Raad heeft dit aanvaard in een arrest uit 1958 over Tilburgse tandartsen.²¹⁷ Het ging in die zaak om een aantal gediplomeerde tandartsen dat een schadevergoeding vorderde van een andere tandarts, omdat die zonder opleiding en diploma’s tandheelkundige behandelingen uitvoerde. Feitelijk was aldus sprake van oneerlijke concurrentie. De vorderende tandartsen beriepen zich op de Wet Tandheelkunde.

215 Zie voor de discussie over de invoering van een Langemeijer-achtige correctie in het bestuursrecht Van der Veen 2015, p. 178-179, De Poorter & Van Ettekovén 2013, p. 116, Verburg 2011, p. 16, De Poorter 2010, p. 46-47, en Jurgens 2010, p. 110-111. Zie over de privaatrechtelijke correctie Langemeijer Asser/Hartkamp & Sieburgh 2015, p. 147-148.

216 *Kamerstukken II*, 2009/10, 32450, 3, p. 54, en *Handelingen I*, 2012/13, 11, item 9, p. 74.

217 HR 17 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AG2051, NJ 1961, 568 (*Tilburgse tandartsen*). Zie over de civielrechtelijke relativiteit bij onrechtmatige overheidsdaad Di Bella 2014, hoofdstuk 4.

De daarin gestelde eisen ten aanzien van de vakbekwaamheid van tandartsen strekken volgens het Hof en de Hoge Raad tot bescherming van de volksgezondheid en niet tot bescherming van de commerciële belangen van de vorderende tandartsen. In zoverre stond het privaatrechtelijke relativiteitsvereiste derhalve aan een verplichting tot schadevergoeding in de weg. Geïnspireerd door de conclusie van advocaat-generaal Langemeijer vervolgde de Hoge Raad echter dat de gedraging van de ongediplomeerde tandarts – waar de andere tandartsen door werden benadeeld – kan bijdragen aan het oordeel dat een zorgvuldigheidsnorm is geschonden die wel bescherming biedt tegen de geleden schade.²¹⁸ Hoewel het relativiteitsvereiste dus niet opzij wordt gezet, vindt als het ware een correctie plaats op de uitwerking ervan.

Ook de bestuursrechter lijkt in schadevergoedingszaken, waarin het civiele relativiteitsvereiste van overeenkomstige toepassing is, de correctie Langemeijer toe te passen. Gewezen kan worden op een zaak die de verlening van een vrijstelling voor de oprichting van een benzinepomp op Ameland betrof.²¹⁹ De aanvankelijk verleende vrijstelling bleek in rechte geen stand te kunnen houden wegens strijd met het bestemmingsplan en het college trok deze vijf en een half jaar na de verlening weer in. Tegelijkertijd werd opnieuw een vrijstelling verleend. De exploitant van een nabij gelegen benzinepomp, een concurrent derhalve, verzocht om vergoeding van schade – in de vorm van gederfde inkomsten – die hij stelde te hebben geleden als gevolg van de in eerste instantie verleende en vervolgens weer ingetrokken vrijstelling. De Afdeling overwoog ten aanzien van de beweerdelijk geleden schade dat een bestemmingsplan niet dient om concurrentiebelangen te regelen en derhalve de planvoorschriften niet strekken tot bescherming tegen de schade zoals appellant stelt die te hebben geleden. Het verzoek om schadevergoeding stuitte in zoverre dus af op het privaatrechtelijke relativiteitsvereiste. Dat neemt naar het oordeel van de Afdeling echter niet weg dat het bestemmingsplan en het limitatief-imperatief stelsel van de (toenmalige) Woningwet er mede toe strekken aan belanghebbenden rechtszekerheid te verschaffen en mede te beschermen tegen schade die wordt veroorzaakt door een onrechtmatige inbreuk daarop. Het kwam er aldus op neer dat aan het rechtzekerheidsbeginsel alsnog een gerechtvaardigd beschermd belang kon worden ontleend.

218 Zie ook HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9317 (*Astrazeneca Menzis*).

219 ABRvS 24 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG8294, r.o. 2.3.1, AB 2009, 213, m.nt. B.P.M. van Ravels en A.M.L. Jansen (*Amelandse benzinepompen*).

6.4.3 Een bestuursrechtelijke variant: de correctie Widdershoven

Aan de discussie of ook ten aanzien van het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste een Langemeijer-achtige correctie zou moeten worden ingevoerd is een einde gekomen met de Afdelingsuitspraak van 16 maart 2016.²²⁰ Geïnspireerd door een conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven werd in die uitspraak een correctie op het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste aanvaard.

6.4.3.1 *De casus*

De zaak betreft een klassiek conflict tussen concurrerende bouwmarkten. Het geschil heeft betrekking op de vaststelling van een bestemmingsplan dat vestiging van een bouwmarkt met een tuincentrum van de firma Hornbach mogelijk maakt. Praxis, dat op een afstand van 5 kilometer van het plangebied een bouwmarkt exploiteert, stelt beroep in tegen het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan. In die procedure voert Praxis onder meer aan dat het bestemmingsplan in strijd is met de regelgeving ten aanzien van de externe veiligheid en dat ten onrechte geen vormvrije m.e.r.-beoordeling is verricht. De afstand van 5 kilometer vormt hierbij voor Praxis een struikelblok. Zoals bleek in paragraaf 6.3 hebben de meeste omgevingsrechtelijke normen tot doel de directe omgeving van het plangebied te beschermen. De vestiging van Praxis bevindt zich niet in de directe omgeving van de nieuw te vestigen winkel van Hornbach. Het belang van Praxis bij een goed ondernemersklimaat en onbelemmerde bedrijfsvoering is derhalve niet betrokken bij het bestreden besluit. De belanghebbendheid van Praxis zit dan ook in de betrokkenheid van zijn concurrentiebelang. In verweer wordt door de gemeenteraad een beroep gedaan op het relativiteitsvereiste en wordt aangevoerd dat de ingeroepen normen niet strekken tot bescherming van juist dat concurrentiebelang van Praxis. Praxis brengt daar tegenin dat hij aan het rechtszekerheids-, het zorgvuldigheids- en het gelijkheidsbeginsel de concrete verwachting mocht ontlelen dat het bevoegd gezag in overeenstemming handelt met het recht. Praxis sorteert hiermee voor op een toepassing van een Langemeijer-achtige correctie op het relativiteitsvereiste. Voor de voorzitter van de Afdeling was dit aanleiding om een conclusie te vragen, waarbij de vraag centraal stond of Praxis een beroep kan doen op de genoemde beginselen of dat het relativiteitsvereiste zich daartegen verzet omdat de normen die volgens Praxis zijn geschonden niet strekken ter bescherming van het betrokken belang.

220 ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:732, r.o. 18.1, *JB* 2016/88, m.nt. R.J.N. Schlössels.

6.4.3.2 *De conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven*

Na een uitvoerige analyse van het privaatrechtelijke- en het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste luidt het antwoord van staatsraad advocaat-generaal op voormelde vraag als volgt:

'De rechter dient de toepassing van artikel 8:69a Awb in die zin te corrigeren dat de schending van een wettelijke norm die niet de bescherming beoogt van de belangen van een belanghebbende, en die op zichzelf genomen dus niet tot vernietiging zou kunnen leiden, kan bijdragen tot het oordeel dat het vertrouwensbeginsel of gelijkheidsbeginsel is geschonden, beginselen die wel de bescherming van de belangen van de belanghebbende kunnen beogen. (...) De schending is aldus een noodzakelijke, maar geen voldoende voorwaarde voor het honoreren van het beroep, omdat daartoe ook moet worden voldaan aan de vereisten die voor beide beginselen gelden.'²²¹

Uit deze passage volgt dat voor toepassing van een correctie een dubbele schending vereist is. Eerst moet vaststaan dat de materiële norm – waarvoor geldt dat die het betrokken belang niet beschermt – is geschonden. Vervolgens moet vaststaan dat het vertrouwensbeginsel of het gelijkheidsbeginsel is geschonden. Vooral dit laatste maakt een geslaagd beroep op de correctie Widdershoven geen vanzelfsprekendheid. De lat die de rechtspraak voor een geslaagd beroep op beide materiële beginselen legt ligt namelijk hoog. Zo geldt voor een succesvol beroep op het vertrouwensbeginsel de eis dat het vertrouwen is gewekt door het bevoegde orgaan en dat ten opzichte van degene die zich beroept op het beginsel concrete verwachtingen zijn gewekt dat hij door het geschonden voorschrift zou worden beschermd. Burgers (ondernemers) kunnen er dus niet in algemene zin op vertrouwen dat bestuursorganen de regels naleven.²²² Voor een succesvol beroep op het gelijkheidsbeginsel geldt dat sprake moet zijn van vergelijkbare gevallen. Volgens de conclusie geldt dit in elk geval ten aanzien van de geldende wettelijke voorschriften en de feitelijke situatie. Interessant is dat Widdershoven voor voldoende vergelijkbaarheid – anders dan in de bestuursrechtspraak tot op heden gebruikelijk is – niet noodzakelijk acht dat schending van de materiële norm zich voordoet binnen de bevoegdheidssfeer van hetzelfde bestuursorgaan. Het gelijkheidsbeginsel kan volgens hem ook worden geschonden als twee verschillende bestuursorganen vergelijkbare gevallen verschillend behandelen. Ik ben het met dit standpunt eens, met dien verstande dat dit met name geldt in het geval waarin lokale overheden landelijk geldende regelgeving op – behoudens de geografische ligging – gelijke gevallen toepassen. In die gevallen acht ik het niet juist als de gemeente of provincie waarin een ondernemer min of meer toevallig gevestigd is voor toepassing van de regelgeving verschil maakt. Dit laat evenwel overlet dat Nederland een gedecentraliseerde eenheidsstaat is en dat decentrale overheden

221 Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680 (*bestemmingsplan Blaloweg*), punt 4.12.

222 Barkhuysen en Den Ouden 2016, p. 1007.

eigen regelgevende bevoegdheden hebben. Zij kunnen daarbij een eigen afweging maken ten aanzien van de te behartigen belangen. Bij toepassing van deze decentrale regelgeving acht ik het bestaan van verschillen tussen de decentrale overheden minder problematisch.

Gelet op de strenge eisen die in de rechtspraak worden gesteld voor een geslaagd beroep op het vertrouwens- of gelijkheidsbeginsel spreekt staatsraad advocaat-generaal Widdershoven tot slot de verwachting uit dat de door hem voorgestelde correctie maar zelden succesvol kan worden ingeroepen.²²³

6.4.3.3 De uitspraak van de Afdeling

In de uitspraak in de zaak waarin om de conclusie is gevraagd, volgt de Afdeling de conclusie van de staatsraad advocaat-generaal Widdershoven door te overwegen dat de rechter de toepassing van artikel 8:69a van de Awb in die zin dient te corrigeren dat de schending van een norm die niet de bescherming beoogt van de belangen van een belanghebbende, en die op zichzelf genomen dus niet tot vernietiging zou kunnen leiden, kan bijdragen tot het oordeel dat het vertrouwensbeginsel of gelijkheidsbeginsel is geschonden. De Afdeling laat zich in de uitspraak niet uit over de vraag of zij de conclusie deelt, voor zover daarin uiteen is gezet dat andere materiële beginselen van behoorlijk bestuur dan het vertrouwens- en gelijkheidsbeginsel voor de toepassing van het gelijkheidsbeginsel geen zelfstandige betekenis hebben.²²⁴

De Afdeling gaat vervolgens na of het beroep van Praxis op het vertrouwens- en gelijkheidsbeginsel slaagt en derhalve de toepassing van het relativiteitsvereiste moet worden gecorrigeerd. Volgens de Afdeling heeft Praxis niet aannemelijk gemaakt dat bij haar concrete verwachtingen zijn gewekt dat zij zou worden beschermd door de normen waarop zij een beroep doet, omdat de enkele verwachting dat het bevoegd gezag in overeenstemming handelt met de geldende normen niet kan worden aangemerkt als concrete verwachting. De Afdeling wijst er hierbij terecht op dat, als dit anders zou zijn, dit zou leiden tot een algemene rechtszekerheidscorrectie op het relativiteitsvereiste wat blijkens de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 8:69a van de Awb niet de bedoeling van de wetgever is geweest.²²⁵ Verder oordeelt de Afdeling dat Praxis niet heeft gesteld dat zij in vergelijkbare gevallen aan normen is gehouden die vergelijkbaar zijn met de normen waarop zij een beroep doet.

223 Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680 (*bestemmingsplan Blaloweg*), punt 4.13. Zie voor een voorbeeld waarin een beroep op de correctie niet slaagt omdat sprake was van feitelijk verschillende situaties ABRvS 30 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3180.

224 De Poorter e.a. 2016, p. 119, stellen dat mag worden aangenomen dat dit wel het geval zal zijn.

225 *Kamerstukken II* 2010/2011, 32450, 7, p. 28.

Het beroep van Praxis op het vertrouwens- en gelijkheidsbeginsel slaagt dus niet. Dit heeft tot gevolg dat aan de beoordeling of de materiële norm is geschonden niet wordt toegekomen.

6.4.3.4 *Correctie of zelfstandige vernietigingsgrond?*

De correctie Widdershoven, zoals die nu door de Afdeling is aanvaard, komt er op neer dat met een beroep op het gelijkheids- of vertrouwensbeginsel kan worden bewerkstelligd dat de bestuursrechter een besluit alsnog vernietigt, als blijkt dat de beweerdelijk geschonden materiële norm niet strekt tot bescherming van het betrokken belang van appellant. Een dubbele norm-schending is vereist. Eerst moet vaststaan dat er een materiële norm – die niet strekt tot bescherming van het betrokken belang – is geschonden. Vervolgens moet komen vast te staan dat het gelijkheids- of vertrouwensbeginsel in relatie tot de geschonden materiële norm eveneens is geschonden jegens belanghebbende. Dit lijkt op een toets in drie stappen. De eerste stap bestaat uit de vaststelling of de beweerdelijk geschonden materiële norm strekt tot bescherming van het betrokken belang van belanghebbende. Is dat niet het geval, dan treedt in beginsel het relativiteitsvereiste in werking. Om dat te omzeilen en dus alsnog te kunnen beoordelen of de materiële norm is geschonden, moet vervolgens worden beoordeeld of in het voorliggende geval het vertrouwens- of gelijkheidsbeginsel is geschonden. Dat is de tweede stap. Als dit het geval blijkt te zijn, kan pas aan de derde stap, het alsnog beoordelen of de materiële norm is geschonden, worden toegekomen. De vraag is of de derde stap wel een noodzakelijke stap is. Ik wijs in dit verband op de uitspraak in de zaak waarin de Afdeling de conclusie heeft gevraagd. Na te hebben vastgesteld dat de materiële normen waarop Praxis een beroep heeft gedaan niet strekken tot bescherming van het concurrentiebelang van Praxis, beoordeelt de Afdeling het beroep van Praxis op het vertrouwens- en gelijkheidsbeginsel. De Afdeling overweegt:

‘Nu het beroep van Praxis op het vertrouwens- en gelijkheidsbeginsel niet slaagt, *behoeft* in het kader van haar beroep op deze beginselen niet te worden beoordeeld of de normen die niet ter bescherming van haar belangen strekken, zijn geschonden.’²²⁶ (curs. JW)

In dit geval slaagt het beroep op het vertrouwens- en gelijkheidsbeginsel niet, waardoor niet hoeft te worden beoordeeld of de materiële norm is geschonden. De vraag is of dit anders is als het beroep op het vertrouwens- en gelijkheidsbeginsel wel zou slagen. Met Konijnenbelt ben ik eens dat ook in dat geval niet hoeft te worden toegekomen aan de vraag of de materiële norm is geschonden.²²⁷ De enkele schending van het vertrouwens- en gelijkheidsbeginsel is voldoende voor een vernietiging van het bestreden besluit.

226 ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:732, r.o. 18.4, JB 2016/88, m.nt. R.J.N. Schlössels.

227 Konijnenbelt 2016, p. 160-161, zie ook Stramrood 2016, p. 818.

Dit volgt ook uit artikel 8:77 lid 2 Awb, waarin is bepaald dat indien de uitspraak strekt tot gegrondd verklaring van het beroep, daarin wordt vermeld welke geschreven of ongeschreven rechtsregel *of welk algemeen rechtsbeginsel* geschonden wordt geoordeeld. Er is dus geen sprake van een volwaardige en noodzakelijke derde stap bij de toepassing van de correctie Widdershoven.

Het vorenstaande betekent naar mijn idee ook dat het niet juist is om van een correctie te spreken. Het gaat immers niet om het buiten toepassing laten – en daarmee corrigeren – van het relativiteitsvereiste, maar om de erkenning dat sommige materiële beginselen van behoorlijk bestuur een zelfstandig beschermingsbereik hebben.²²⁸ Dit is een belangrijke constatering. Dit betekent namelijk dat ook wanneer geen sprake is van de schending van een materiële norm, een op zichzelf staand beroep op het gelijkheids- of vertrouwensbeginsel kan worden gedaan. Die beginselen hebben, zo wordt met deze uitspraak erkend, een zelfstandig beschermingsbereik. De bestuursrechter kan een beroep daarop dan ook niet met toepassing van artikel 8:69a Awb afdoen.

6.4.4 De betekenis van de correctie Widdershoven voor de praktijk

In hoofdstuk 2 is uiteengezet dat ondernemers belang hebben bij eerlijke concurrentie in de zin dat zij in de strijd om de gunst van de consument gelijke kansen krijgen als hun concurrenten. Tegen deze achtergrond valt te verwachten dat vooral de ‘correctie’ die van het gelijkheidsbeginsel uitgaat voor concurrenten interessant is.²²⁹ Een ondernemer kan er nu immers bij de rechter over klagen dat hij schade zal lijden doordat in strijd met een bepaalde norm een concurrent in strijd met het recht een vrijstelling krijgt die hem eerder niet is verleend of aan een concurrent een verplichting niet wordt opgelegd die aan hem wel is opgelegd, ook als die norm er niet toe strekt concurrentiebelangen te beschermen. De deur van de bestuursrechter die met introductie van het relativiteitsvereiste voor concurrenten hard is dichtgegooid, is dus weer op een kier gezet. Interessant is de vraag hoe wijd de deur wordt opengezet.

6.4.4.1 Aanvankelijke scepsis

Voor een succesvol beroep op een materiële norm die niet beoogt de belangen van een concurrent te beschermen is vereist dat is voldaan aan de voorwaarden voor het honoreren van een beroep op het vertrouwens- en gelijkheidsbeginsel. Widdershoven merkt in zijn conclusie al op dat dit niet vaak

228 Aldus ook De Poorter e.a. 2016, p. 119, Konijnenbelt 2016, p. 160-161, en Stramrood 2016, p. 818-819.

229 Aldus ook Barkhuysen & Den Ouden 2016, p. 1008.

het geval zal zijn.²³⁰ De eisen die aan het met succes toepassen van beide beginselen in de rechtspraktijk worden gesteld zijn immers hoog. Het vertrouwensbeginsel blijft hier verder buiten beschouwing, nu niet valt in te zien hoe schending van dat beginsel leidt tot een verstoring van het gelijke speelveld.

Voor de bescherming van het belang van eerlijke concurrentie moet het gelijkheidsbeginsel van groter belang worden geacht. Toch waren de verwachtingen over het succes van de correctie op voorhand beperkt.²³¹ Belangrijkste reden daarvoor is dat de bestuursrechter maar zelden tot de conclusie komt dat sprake is van dusdanig vergelijkbare gevallen dat ongelijke behandeling van die gevallen een schending van het gelijkheidsbeginsel inhoudt. Een belangrijke oorzaak hiervan is de manier waarop de Nederlandse bestuursrechter aan het gelijkheidsbeginsel toetst.²³² Daarbij vormt niet het gevolg van een gemaakt onderscheid, maar de vergelijkbaarheid van gevallen het aanknopingspunt bij toetsing van een besluit aan het gelijkheidsbeginsel.

In zijn conclusie noemt Widdershoven drie aspecten die van belang zijn bij de beoordeling of sprake is van vergelijkbare gevallen.²³³ In de eerste plaats is van belang dat beide concurrenten onder vergelijkbare wettelijke voorschriften opereren. Omdat bestuursrechtelijke regels nogal snel veranderen hoeft het niet te gaan om precies dezelfde regeling. Waar het om gaat is dat een opgelegde verplichting voldoende vergelijkbaar is gebleven. Zo kan ondanks de aanscherping van een norm toch sprake zijn van vergelijkbare gevallen. In de tweede plaats is van belang dat de voor de toepassing van het wettelijke voorschrift relevante feitelijke situatie van beide bedrijven voldoende vergelijkbaar is. Het zijn van concurrenten is daarvoor op zichzelf niet voldoende.²³⁴ Dat is ook wel logisch omdat niet dat, maar bijvoorbeeld de fysieke omvang van een onderneming²³⁵ of de ligging ten opzichte van bijvoorbeeld een natuurgebied of woonwijk voor de toepassing van – vooral omgevingsrechtelijke bepalingen – relevant zijn. Tot slot acht Widdershoven voor de vergelijkbaarheid van gevallen niet noodzakelijk dat de schending van de materiële norm zich voordoet binnen de bevoegdheidssfeer van hetzelfde bestuursorgaan. Dit is een interessante afwijking van de geldende rechtspraak, waarin wordt aangenomen dat voor vergelijkbare gevallen

230 Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680 (*bestemingsplan Blaloweg*), punt 4.13.

231 De Graaf & Van der Veen 2016, p. 175-176, Stramrood 2016, p. 818, en T.E.P.A. Lam, annotatie bij ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:732, AB 2016/249, punt 7.

232 Zie daarover paragraaf 5.5.3.

233 Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680 (*bestemingsplan Blaloweg*), punt 4.11.

234 ABRvS 15 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:671, r.o. 9.1, ABRvS 30 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3180, r.o. 16.5, en ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:732, r.o. 18.3, JB 2016/88, m.nt. R.J.N. Schlössels.

235 ABRvS 15 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:671, r.o. 9.1.

sprake moet zijn van hetzelfde bestuursorgaan dat een besluit neemt. Volgens Widdershoven is het voldoende dat bestuursorganen voldoende vergelijkbare wettelijke voorschriften moeten toepassen. Bij gebrek aan adstructie op dit punt, komt de Afdeling in de uitspraak van 19 maart 2016 helaas niet toe aan een oordeel op dit punt.

Ook De Graaf en Van der Veen hebben zich afgevraagd wat uiteindelijk het succes zal zijn van de correctie Widdershoven, onder meer ten aanzien van het gelijkheidsbeginsel.²³⁶ Zij wijzen er in dit verband op dat een bedrijf *daadwerkelijk* benadeeld moet zijn doordat aan hem, in een situatie die wat betreft de geldende regelgeving en de feiten voldoende vergelijkbaar is, verplichtingen zijn opgelegd waaraan een concurrent niet hoeft te voldoen door een onjuiste toepassing van de regelgeving. Hierbij zal het gaan om kostenverhogende en/of opbrengst beperkende regels die aan de zittende ondernemer al zijn opgelegd en aan een nieuwkomer niet. Alleen in die situatie zal immers sprake kunnen zijn van een derde (de zittende ondernemer) die opkomt tegen een aan een concurrent gericht besluit en is het relativiteitsvereiste van toepassing.²³⁷ Een ernstiger schending van het gelijkheidsbeginsel doet zich volgens De Graaf en Van der Veen voor wanneer aan een eerste ondernemer dusdanige eisen zijn gesteld dat hij zich überhaupt niet heeft kunnen vestigen. Er zijn in dat geval uiteindelijk geen verplichtingen opgelegd, maar er is een vestiging verhinderd. Die situatie valt volgens De Graaf en Van der Veen echter niet onder de correctie Widdershoven, naar ik begrijp omdat geen sprake is van voldoende vergelijkbare situaties. De eerste ondernemer is namelijk niet toegetreden tot de markt. Die situatie is vergelijkbaar met de verdeling van schaarse rechten, waarbij niet alle gegadigden tot de markt kunnen worden toegelaten. Bij de verdeling van schaarse rechten gelden zware procedurele vereisten.²³⁸ Die gelden niet bij een 'gewoon' omgevingsrechtelijk besluit. Dit voorbeeld laat dan ook goed zien dat de benadering om als toetsingsingang te kiezen voor de vergelijkbaarheid van gevallen in plaats van voor de nadelige gevolgen van een gemaakt onderscheid, voor ondernemers die een markt willen betreden desastreuze gevolgen kan hebben.

236 De Graaf & Van der Veen 2016, p. 175.

237 In de omgekeerde situatie, waarbij aan een ondernemer die tot de markt toetreedt (de begunstigde van het bestreden besluit) bepaalde kostenverhogende en/of opbrengstbeperkende regels worden opgelegd waaraan een zittende ondernemer niet hoeft te voldoen is ook sprake van een verstoring van het gelijke speelveld, maar is het de begunstigde van het besluit die tegen zijn 'eigen' besluit opkomt en speelt het relativiteitsvereiste geen rol.

238 Zie paragraaf 5.5.2.3.

6.4.4.2 Een belangrijke mijlpaal voor de bescherming van eerlijke concurrentie

Inmiddels heeft de Afdeling een aantal uitspraken gedaan in zaken waarin een beroep was gedaan op het gelijkheidsbeginsel om te ontkomen aan het relativiteitsvereiste. In de meeste gevallen werd de werking van het relativiteitsvereiste niet gecorrigeerd, omdat het beroep op het gelijkheidsbeginsel onvoldoende was onderbouwd,²³⁹ of omdat werd geoordeeld dat geen sprake was van vergelijkbare gevallen.²⁴⁰ Verrassend is dan ook een drietal uitspraken van de Afdeling van 28 december 2016, waarin de correctie Widdershoven succesvol werd toegepast en het relativiteitsvereiste terzijde werd geschoven.²⁴¹ Het gaat in deze zaken om het volgende. De SlijtersUnie heeft de burgemeesters van Sint-Oedenrode, Someren en Schijndel verzocht handhavend op te treden tegen de exploitanten van een in hun gemeente gevestigde supermarkt. Aan de verzoeken ligt ten grondslag dat de in een aparte ruimte in de door hen geëxploiteerde supermarkten een slijterij ('borrelshop') geopend is, zonder dat daar een leidinggevende aanwezig is. Dit is volgens de SlijtersUnie in strijd met artikel 24 lid 1 Dhv. Waar het de SlijtersUnie om gaat, is dat de zelfstandige slijterijen die zij vertegenwoordigt hier concurrentienadeel van ondervinden. Zij moeten immers kosten maken om steeds een leidinggevende aanwezig te hebben in de slijterij. Die kosten maken de exploitanten van de in de supermarkt gevestigde slijterijen niet. De burgemeesters hebben de handhavingsverzoeken afgewezen. Zij hebben daaraan ten grondslag gelegd dat het voldoende is dat in de supermarkt een leidinggevende aanwezig is. In beroep en hoger beroep gaat het primair om de vraag of de supermarkten en de daarin gevestigde slijterijen als één inrichting kunnen worden aangemerkt. Als dat het geval is, is het immers niet noodzakelijk dat er in de slijterij een eigen leidinggevende aanwezig is. Volgens de Afdeling gaat het niet om één inrichting. De burgemeesters hadden dan ook – teneinde vast te stellen of artikel 24 lid 1 Dhv is overtreden – moeten nagaan of de leidinggevende die wel aanwezig was, aanwezig was in de supermarkt of in de slijterij. De Afdeling onderzoekt vervolgens of het relativiteitsvereiste in de weg staat aan vernietiging van de in beroep bestreden besluiten. Volgens de supermarktexploitanten was dat het geval. De Afdeling gaat na ter bescherming van welke belangen artikel 24 lid 1 Dhv strekt. De conclusie is dat de Dhv – en ook artikel 24 lid 1 van die wet – strekt tot bescherming van de volksgezondheid en de openbare orde en niet tot bescherming van het concurrentiebelang van de slijterijen waarvoor de SlijtersUnie opkomt. Dit betekent dat het relativiteitsvereiste in beginsel in

239 ABRvS 29 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:832 r.o. 10.3, en ABRvS 9 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2975, r.o. 14.2, AB 2017/243, m.nt. A.J. Metselaar.

240 ABRvS 15 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:671, r.o. 9.1, ABRvS 15 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:694, r.o. 10.6, en ABRvS 30 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3180, r.o. 16.5.

241 ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3451, ECLI:NL:RVS:2016:3453 en ECLI:NL:RVS:2016:3454, AB 2017/110, AB 2017/111 en AB 2017/112, m.nt. B.J.P. Stramrood. Zie over deze uitspraken Benhadi 2017, p. 8-10.

de weg staat aan vernietiging van de afwijzing van de handhavingsverzoeken. Vervolgens onderzoekt de Afdeling – ambtshalve, zo lijkt het althans – of in dit geval de correctie Widdershoven kan worden toegepast.

De Afdeling stelt voorop dat:

‘voor een succesvol beroep op het gelijkheidsbeginsel nodig is dat een bedrijf daadwerkelijk is benadeeld doordat aan dat bedrijf, *in een situatie die wat betreft de geldende wettelijke voorschriften en de feiten voldoende vergelijkbaar is*, verplichtingen zijn opgelegd waaraan zijn concurrent als gevolg van de schending van de betrokken norm niet hoeft te voldoen.’²⁴² (curs. JW)

Een belangrijke vraag is vervolgens of in dit geval sprake is van een situatie die wat betreft de feiten voldoende vergelijkbaar is. Daarbij is van belang dat de SlijtersUnie opkomt voor de belangen van zelfstandige slijterijen, terwijl de slijterijen jegens welke om handhaving wordt verzocht onderdeel zijn van een supermarkt. De Afdeling benadrukt dit verschil door te overwegen dat bij zelfstandige slijterijen, naar de aard van de onderneming, geen ruimten aanwezig zijn waarin andere activiteiten worden ontplooid dan de verkoop van drank. Toch maakt dit verschil volgens de Afdeling niet dat in dit geval geen sprake is van voldoende vergelijkbare gevallen. De Afdeling overweegt namelijk dat:

‘Voor toepassing van [de correctie Widdershoven] dient in dit geval te worden beoordeeld of zelfstandige slijterijen worden benadeeld doordat aan hen verplichtingen zijn opgelegd waaraan in supermarkten gevestigde slijterijen als gevolg van het uitblijven van handhavend optreden tegen overtreding van artikel 24, eerste lid, van de Dhw niet hoeven te voldoen. Naar het oordeel van de Afdeling is dat het geval. Bij zelfstandige slijterijen zijn, naar de aard van de onderneming, geen ruimten aanwezig waarin andere activiteiten worden ontplooid dan de verkoop van drank. Bij slijterijen die in hetzelfde pand als een supermarkt zijn gevestigd, is dat naar de aard van de onderneming wel het geval. Bij laatstvermelde slijterijen staat de burgemeester – ten onrechte – toe dat een leidinggevende niet in de slijtlokaliteit of een andere tot de inrichting behorende besloten ruimte, maar in de supermarkt aanwezig is. De kosten die voor een leidinggevende moeten worden gemaakt, komen in dat geval niet volledig ten laste van de slijterij, maar gedeeltelijk, zo niet hoofdzakelijk, ook ten laste van de supermarkt. Bij een zelfstandige slijterij komen de kosten van een leidinggevende geheel ten laste van de slijterij, omdat de leidinggevende zich alleen kan bezighouden met het verstrekken van sterke drank en andere, slechts aan het slijtersbedrijf gerelateerde activiteiten. Op deze wijze worden aan zelfstandige slijterijen verplichtingen opgelegd waaraan in supermarkten gevestigde slijterijen niet in die mate hoeven te voldoen, terwijl beide gevallen wat betreft de geldende wettelijke voorschriften en de feiten voldoende gelijkenis vertonen. Hoewel artikel 24, eerste lid, van de Dhw, niet strekt ter bescherming van de belangen van de SlijtersUnie, draagt de hier aan de orde zijnde schending van deze bepaling wel bij aan het oordeel dat het gelijkheidsbeginsel is geschonden.’²⁴³

242 ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3451, r.o. 9.5, ECLI:NL:RVS:2016:3453, r.o. 9.5, en ECLI:NL:RVS:2016:3454, r.o. 9.5.

243 ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3451, r.o. 9.5, ECLI:NL:RVS:2016:3453, r.o. 9.5, en ECLI:NL:RVS:2016:3454, r.o. 9.5.

Hieruit volgt dat juist het feitelijke verschil tussen zelfstandige slijterijen en slijterijen in supermarkten leidt tot onterecht hoge kosten voor zelfstandige slijterijen als het in artikel 24 lid 1 Dhw neergelegde verbod onjuist wordt toegepast.²⁴⁴ Het gelijkheidsbeginsel is volgens de Afdeling dus geschonden en artikel 8:69a Awb staat in dit geval dan ook niet in de weg aan vernietiging van de besluiten van de burgemeesters wegens strijd met artikel 24 lid 1 Dhw. Een belangrijke conclusie die uit de uitspraken van 28 december 2016 kan worden getrokken is dat bij de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel in het kader van de correctie Widdershoven niet de vergelijkbaarheid van gevallen, maar het nadeel dat een partij (ondernemer) ondervindt van een gemaakt onderscheid als aanknopingspunt dient. Het gaat dus niet zozeer om de vraag of sprake is van gelijke gevallen, maar veeleer om de vraag of sprake is van gelijke kansen. En juist die gelijke kansen vormen de kern van eerlijke concurrentie. Ik meen dan ook dat, gezien de wijze waarop de Afdeling in het kader van de correctie Widdershoven beoordeelt of een beroep op het gelijkheidsbeginsel succesvol is, het belang van die correctie voor de bescherming van het belang van eerlijke concurrentie niet kan worden onderschat.

6.4.5 Tussenconclusie

In paragraaf 6.3 werd duidelijk dat de deur van de bestuursrechter met het relativiteitsvereiste voor concurrenten hard is dichtgegooid. Met de aanvaarding van de correctie Widdershoven is de deur echter weer op een kier gezet. Een schending van het vertrouwens- en/of gelijkheidsbeginsel kan het relativiteitsvereiste terzijde schuiven. Bij de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel in de *SlijtersUnie*-zaken stelt de Afdeling het eventuele nadeel dat een partij van een ongelijke behandeling ondervindt voorop. Dit betekent dat de correctie Widdershoven van groot belang is voor de bescherming van concurrentiebelangen door de bestuursrechter.

6.5 HET RELATIVITEITSVEREISTE EN BEROEPEN OP HET UNIERECHT EN HET EVRM

Omdat ondernemers die in hun concurrentiebelangen worden geraakt voor een besluit steeds vaker een beroep doen op bepalingen van Unierecht en het EVRM, is het nuttig stil te staan bij de vraag hoe dit zich verhoudt met het relativiteitsvereiste. Twee onderwerpen zijn relevant. Eerst wordt ingegaan op de vraag in hoeverre het relativiteitsbeginsel op grond van het Unierecht en het EVRM in algemene zin toelaatbaar is (paragraaf 6.5.1). Daarna komt de meer praktische vraag aan bod in hoeverre het relativiteitsvereiste voor

244 B.J.P. Stramrood, annotatie bij ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3453, AB 2017/112 (*SlijtersUnie*), punt 10.

een concurrent in de weg staat aan een rechtstreeks beroep op het Unierecht (paragraaf 6.5.2). Het EVRM blijft daarbij buiten beschouwing, omdat gebleken is dat ondernemers in concurrentiegeschillen nauwelijks een beroep doen op de materiële bepalingen uit het EVRM. Afgesloten wordt met een conclusie (paragraaf 6.5.3).

6.5.1 De verdragsrechtelijke toelaatbaarheid van het relativiteitsvereiste

6.5.1.1 *Het relativiteitsvereiste en het Unierecht*

In het kader van de invoering van het relativiteitsvereiste is uitvoerig stilgegaan bij de Unierechtelijke aanvaardbaarheid van die eis.²⁴⁵ Volgens de regering is het relativiteitsvereiste – uiteraard – niet in strijd met het Europese recht, mits het vaak ruime beschermingsbereik van Unierechtelijke normen in acht wordt genomen.²⁴⁶ Dat laat onverlet dat het relativiteitsvereiste de vernietigingsbevoegdheid van de bestuursrechter inperkt. In een voorkomend geval zou dat kunnen betekenen dat, ondanks schending van het Unierecht een besluit toch niet vernietigd kan worden. De vraag is hoe zich dit verhoudt tot het doeltreffendheidsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming.²⁴⁷ Die vraag komt in deze paragraaf aan de orde. Omdat er in de literatuur reeds de nodige aandacht is gevraagd voor de verhouding tussen het relativiteitsvereiste en het Unierecht,²⁴⁸ beperk ik mij tot de hoofdlijnen van de discussie.

Het beginsel van effectieve rechtsbescherming

Het beginsel van effectieve rechtsbescherming houdt in dat particulieren de rechten die zij ontleen aan het Unierecht in rechte moeten kunnen afdwingen.²⁴⁹ Nationaal procesrecht, waaronder dus ook het relativiteitsvereiste, mag de uitoefening van rechten die particulieren aan het Unierecht ontleen niet praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk maken. Dit betekent dat in het geval dat uit het Unierecht individuele rechten zijn af te leiden, het relativiteitsvereiste niet aan verwezenlijking van die rechten in de weg mag staan.

245 Ook in de literatuur is die vraag aan de orde geweest. Zie bijvoorbeeld Backes 2008, p. 297-308 en recent Botman 2017-2, p. 145-162.

246 *Kamerstukken II* 2009/10, 32450, 3, p. 21 (MvT Wab), en *Kamerstukken I* 2009/10, 32127, C, p. 32.

247 De vraag hoe het relativiteitsvereiste zich verhoudt tot het Unierechtelijke gelijkwaardigheidsbeginsel komt niet aan de orde, omdat de Nederlandse bestuursrechter het vereiste zowel toepast in zaken waarin het gaat om effectuering van aan het Unierecht ontleende rechten als in zuiver nationale zaken. Het gelijkwaardigheidsbeginsel is dus niet in het geding.

248 Botman 2017-2, p. 145-162, R.J.N. Schlössels, annotatie bij ABRvS 21 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:96, *JB* 2015/39, punt 4, Schlössels 2014, p. 266-268, Jurgens 2010, p. 90-96, Schueler 2009, p. 1, Backes 2008, p. 297, De Poorter 2007, p. 29, Jans 2005 en Schueler 2005, p. 114.

249 Zie hierover paragraaf 4.6.3.

Of particulariseren – in dit geval concurrenten – rechten kunnen ontleen aan het Unierecht hangt af van het personele beschermingsbereik van de desbetreffende Unierechtelijke norm. Een probleem dat zich hierbij voordoet, is dat het Hof van Justitie zich in veel gevallen niet duidelijk uitspreekt over het beschermingsbereik van richtlijnbepalingen en verdragsbepalingen. Dit lijkt een bewuste strategie om te zorgen voor een zo breed mogelijke bescherming van de belangen van de Unie (de interne markt). Zolang immers onduidelijkheid bestaat over het beschermingsbereik van bepaalde normen zullen nationale autoriteiten eerder de neiging hebben om die normen in acht te nemen.²⁵⁰ Er gaat als het ware een dreiging van onrechtmatigheid van de norm uit. Daarnaast kent het Hof van Justitie aan sommige normen een zeer ruim beschermingsbereik toe, waardoor sprake lijkt van een *actio popularis*. Dit is met name het geval op het terrein van het milieurecht.²⁵¹

In hoofdstuk 4 bleek dat de verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer, de Dienstenrichtlijn en de *standstill*-bepaling van artikel 108 lid 3 VWEU bescherming bieden aan het belang van een gelijk speelveld. Ondernemers die door een besluit in dit belang menen te worden getroffen kunnen dan ook een beroep doen op deze bepalingen. Wanneer dit beroep op zichzelf terecht is, mag op grond van het beginsel van effectieve rechtsbescherming het relativiteitsvereiste niet aan vernietiging in de weg staan. Hoewel dit laatste zich bij mijn weten nog niet heeft voorgedaan in een procedure bij de Nederlandse bestuursrechter verwacht ik op dit punt weinig problemen. Zodra een Unierechtelijke bepaling aan een particulier rechten toekent, moet die bepaling worden geacht tot bescherming van de belangen van de desbetreffende particulier te strekken. Het relativiteitsvereiste staat dan dus niet aan vernietiging van het bestreden besluit in de weg.²⁵² Denkbaar is wel dat de causaliteitstoets²⁵³ een en ander wat compliceert. Bij toepassing van het relativiteitsvereiste geldt dat een causaal verband moet bestaan tussen het besluit en de schending van de door de betreffende norm beschermde belangen van een particulier. Is dat niet het geval, dan is strikt genomen geen sprake van een schending van een door het Unierecht toegekend recht. Ik kom hier op terug bij de bespreking van de toepassing van het relativiteitsvereiste bij een beroep op het staatssteunrecht in ruimtelijkeordeningszaken.²⁵⁴

250 Aldus ook Baart 2012, par. 5.

251 Backes 2008, p. 299.

252 Jurgens 2010, p. 92, Schueler 2009, p. 49, en Backes 2008, p. 299.

253 Zie paragraaf 6.2.4.

254 Zie paragraaf 6.5.2.1.

Hier is ook het arrest *Commissie/Duitsland* van het Hof van Justitie relevant.²⁵⁵ Het ging in dit arrest om een inbreukactie van de Commissie tegen Duitsland wegens het niet nakomen van verplichtingen krachtens de M.e.r.-richtlijn²⁵⁶ en de Richtlijn industriële emissies.²⁵⁷ In het arrest heeft het Hof van Justitie onder meer geoordeeld over de toelaatbaarheid van § 113 lid 1 *Verwaltungsgerichtordnung* (VwGO; de Duitse equivalent van de Awb). Daarin is bepaald dat voor zover een bestuurshandeling in strijd is met de wet en de rechten van verzoeker daardoor zijn geschonden, de rechter de bestuurs-handeling en eventuele uitspraak op bezwaar vernietigt. Deze bepaling lijkt sterk op het relativiteitsvereiste dat wij in Nederland kennen, zij het dat § 113 lid 1 VwGO het heeft over de schending van de *rechten* van verzoeker, terwijl artikel 8:69a Awb spreekt over bescherming van de *belangen* van degene die zich daarop beroept. Het is echter maar de vraag hoe relevant dit verschil is. Schlössels merkt hierover op dat het Duitse subjectieve recht in zijn toepassing soms maar moeilijk van een belangvereiste valt te onderscheiden.²⁵⁸ Dat maakt het arrest relevant voor de Nederlandse bestuursrechter.²⁵⁹

In artikel 11 M.e.r.-richtlijn en artikel 25 Richtlijn industriële emissies is bepaald dat lidstaten ervoor zorgen dat rechtzoekenden die een voldoende belang hebben, dan wel stellen dat inbreuk is gemaakt op een recht in beroep kunnen gaan bij een rechter. De Commissie stelde zich in de procedure bij het Hof van Justitie op het standpunt dat de uit § 113 lid 1 VwGO voortvloeiende beperking van de rechterlijke toetsing hiermee in strijd is. Het Hof van Justitie oordeelde dat:

‘(...) moet (...) worden beklemtoond dat, indien de betrokken lidstaat bevoegd is om krachtens bovengenoemde bepalingen van de [M.e.r.-richtlijn en Richtlijn industriële emissies] voor de ontvankelijkheid van beroepen die door particulieren worden ingesteld tegen enig binnen de werkingssfeer daarvan vallende besluit, handelen of nalaten, voorwaarden te stellen, zoals het vereiste dat inbreuk is gemaakt op een subjectief recht, *hij tevens mag bepalen dat de voor de nietigverklaring van een overheidsbesluit door de bevoegde rechter vereist is dat jegens de verzoeker een subjectief recht is geschonden*.’²⁶⁰ (curs. JW)

255 HvJ EU 15 oktober 2015, C-137/14, ECLI:EU:C:2015:683 (*Commissie/Duitsland*), AB 2015/447, m.nt. Ch.W. Backes.

256 Richtlijn (EU) 2011/92, *PbEU* 2011, L335/1.

257 Richtlijn (EU) 2010/75, *PbEU* 2006, L334/17.

258 R.J.N. Schlössels, annotatie bij ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:732, *JB* 2016/88, punt 12.

259 Het arrest is voorts relevant voor de toelaatbaarheid van het passeren van gebreken op grond van art. 6:22 Awb (overwegingen 54-67) en van ‘trechters en fuiken’ (68-82). Deze aspecten laat ik onbesproken. Ik verwijs daarvoor naar de annotaties onder het arrest, o.a. AB 2015/447, m.nt. Backes, en *JIN* 2016/92, m.nt. D.G.J. Sanderink.

260 HvJ EU 15 oktober 2015, C-137/14, ECLI:EU:C:2015:683 (*Commissie/Duitsland*), AB 2015/447, m.nt. Ch.W. Backes, punt 32.

Uit dit oordeel valt af te leiden dat de toepassing van het relativiteitsvereiste door de Nederlandse bestuursrechter op de rechterlijke toetsing van besluiten als bedoeld in artikel 11 M.e.r.-richtlijn en artikel 25 Richtlijn industriële emissies als zodanig is toegestaan. In de literatuur is men het erover eens dat ook in meer algemene zin toepassing van het relativiteitsvereiste niet in strijd is met het recht op toegang tot de rechter, zoals dat is neergelegd in artikel 47 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (Handvest).²⁶¹

Het doeltreffendheidsbeginsel

Het tweede Unierechtelijke beginsel waarmee het relativiteitsvereiste op gespannen voet zou kunnen staan is het doeltreffendheids- of effectiviteitsbeginsel (nuttig-effectdoctrine).²⁶² Dit beginsel houdt in dat geen afbreuk mag worden gedaan aan het 'nuttig effect' van het Unierecht. Het gaat hierbij niet, zoals bij het beginsel van effectieve rechtsbescherming het geval is, om de mogelijkheid om aan het Unierecht ontleende subjectieve rechten te effectueren, maar om de mogelijkheid om het objectieve Unierecht als zodanig tot gelding te brengen.²⁶³ De taak van de nationale rechter is om de volle werking van het Unierecht te verzekeren.²⁶⁴ Dit houdt onder meer in dat hij verplicht is om nationaalrechtelijke bepalingen die in strijd zijn met rechtstreeks werkend Unierecht buiten toepassing te laten. De vraag is in hoeverre het relativiteitsvereiste een met het Unierecht strijdige belemmering van die taak vormt. Op het eerste gezicht lijkt deze vraag misschien minder relevant in het kader van een proefschrift dat gaat over de bescherming van subjectieve concurrentiebelangen. Toch is ook deze vraag relevant. Een concurrent kan immers ter bescherming van zijn subjectieve concurrentiebelang een beroep doen op een Unierechtelijke norm die weliswaar niet zijn concurrentiebelang beschermt, maar waar wel aan moet worden getoetst, omdat anders het objectieve Unierecht niet kan worden verwezenlijkt.

Hoewel een particulier zich bij de nationale rechter alleen kan beroepen op rechtstreeks werkende bepalingen van Unierecht is met de kwalificatie van een bepaling als rechtstreeks werkend nog niets gezegd over de vraag of een particulier zich daarop kan beroepen en zo ja, welke particulier dat dan kan doen. Dit hangt af van de personele beschermingsomvang van de betreffende bepaling. Backes wijst op de bepalingen uit de Vogel- en Habitatrichtlijn, waarvoor geldt dat ze de natuur beogen te beschermen en niet de gezond-

261 Stramrood 2016, p. 826, Ch.W. Backes, annotatie bij HvJ EU 15 oktober 2015, C-137/14 (*Commissie/Duitsland*), AB 2015/447, punt 2, en D.G.J. Sanderink, annotatie bij HvJ EU 15 oktober 2015, C-137/14 (*Commissie/Duitsland*), JIN 2016/92, punt 3. Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680 (*bestemmingsplan Blaloweg*), punten 5.5 en 5.6.

262 Zie paragraaf 4.6.2.

263 Schlössels 2014, p. 267, Parret 2012, p. 159, en Jurgens 2010, p. 93.

264 HvJ EG 19 juni 1990, C-213/89, ECLI:EU:C:1990:257 (*Factortame*), punten 20-21, en HvJ EG 9 maart 1978, C-106/77, ECLI:EU:C:1978:49 (*Simmmenthal*), punt 24.

heid van de mens.²⁶⁵ Deze bepalingen lijken dus in het geheel niet te strekken tot de bescherming van de belangen van particulieren. Daarnaast is de situatie denkbaar dat een Unierechtelijke bepaling wel de belangen van bepaalde particulieren beoogt te beschermen, maar niet van de particulier die daar een beroep op doet. Zo valt moeilijk vol te houden dat bepalingen over bijvoorbeeld consumentenbescherming ertoe strekken de belangen van concurrenten te beschermen. Wat betekent het voor de volle werking van het Unierecht wanneer een ondernemer in een procedure tegen een besluit waardoor hij in zijn concurrentiebelang wordt getroffen een beroep doet op normen die er niet toe strekken zijn concurrentiebelang te beschermen? Omdat concurrentiebelangen niet door de ingeroepen normen worden beschermd, staat het relativiteitsvereiste aan toetsing aan die normen in de weg. In het geval van het beroep op de consumentenbeschermingsbepalingen lijkt er niet zo veel aan de hand. Die normen strekken immers ter bescherming van de belangen van *andere* particulieren, zodat er in ieder geval *iemand* is die een beroep kan doen op de betreffende bepalingen. De Afdeling acht dit voldoende om het nuttig effect van het Unierecht te verzekeren.²⁶⁶ In zoverre komt de volle werking van het Unierecht dus niet in gevaar. Botman wijst er op dat de Afdeling in latere uitspraken een tussenstap heeft geïntroduceerd.²⁶⁷ Toetsing aan het doeltreffendheidsbeginsel is pas aan de orde nadat is vastgesteld dat een belanghebbende ook daadwerkelijk rechten kan ontleen aan het Unierecht, die hij voor de rechter moet kunnen afdwingen.²⁶⁸

Problematischer is de situatie waarin sprake is van een rechtstreeks werkende bepaling die uitsluitend is gericht op de bescherming van algemene belangen en die derhalve geen rechten aan particulieren toekent. Eerder bleek dat wanneer een norm tot doel heeft bepaalde algemene belangen, zoals het belang van natuur- en soortenbehoud, te beschermen, de Afdeling in bepaalde gevallen aanneemt dat de belangen van particulieren dusdanig verweven zijn met die algemene belangen, dat die normen er mede toe moeten worden geacht te strekken de belangen van die particulieren te beschermen. Aan hen wordt het relativiteitsvereiste dan niet tegengeworpen.²⁶⁹ Moeizamer is het wanneer het niet voor de hand ligt om verwevenheid van particuliere en algemene belangen aan te nemen. Denk hierbij aan de situatie waarin een ondernemer die opkomt voor zijn concurrentiebelangen een beroep doet op bijvoorbeeld bepalingen uit de Habitatrictlijn, die ertoe strekken de natuur te beschermen. Niet valt in te denken hoe het particuliere

265 Backes 2008, p. 300.

266 ABRvS 25 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:903, r.o. 3.1, *Gst.* 2015/71, m.nt. B. Kaya, en ABRvS 25 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1155, r.o. 5.5, *BR* 2014/95, m.nt. F. Kooijman. Widdershoven kan zich in deze benadering vinden: concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680 (*bestemmingsplan Blaloweg*), punt 5.9.

267 Botman 2017-2, p. 150-151.

268 ABRvS 18 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1295, r.o. 13.3, en ABRvS 18 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1296, r.o. 15.4.1.

269 Zie paragraaf 6.2.2.4.

concurrentiebelang van een ondernemer verweven kan zijn met het algemene belang van natuurbescherming. De vraag rijst of het beginsel van volledige doorwerking van het Unierecht de rechter er in een dergelijk geval toe dwingt beroepen op rechtstreeks werkende bepalingen van het Unierecht toch toe te staan en het relativiteitsvereiste in dat geval opzij moet worden gezet. Interessant is het *Kokkelvisserij*-arrest. Dit arrest volgde op door de Afdeling gestelde prejudiciële vragen over de werking van artikel 6 lid 2 en 3 Habitatrichtlijn. Deze richtlijn ziet op het belang van bescherming van de natuur en niet op bescherming van de gezondheid van de mens. In het arrest overwoog het Hof van Justitie dat:

‘met betrekking tot het recht van een particulier om zich op een richtlijn te beroepen en van een nationale rechter om daarmee rekening te houden, (...) het met de dwingende werking die in artikel 249 EG aan de richtlijn wordt toegekend, onverenigbaar [zou] zijn om principieel uit te sluiten dat de daarbij opgelegde verplichting kan worden ingeroepen door *betroffen personen*. Met name in gevallen waarin het gemeenschapsgezag de lidstaten bij richtlijn heeft verplicht een bepaalde gedragslijn te volgen, zou het nuttig effect van zodanige handeling worden verzwakt, wanneer de justitiabelen zich daarop in rechte niet zouden mogen beroepen (...).’²⁷⁰ (curs. JW)

Backes leidt hieruit af dat het vereiste van volle werking van het Unierecht een nationaal procesrecht verbiedt dat tot gevolg heeft dat *niemand* zich kan beroepen op richtlijnen die potentieel rechtstreekse werking hebben.²⁷¹ Volgens hem moet het relativiteitsvereiste buiten toepassing worden gelaten in de situatie waarin een particulier zich beroept op een rechtstreeks werkende bepaling van Unierecht die geen rechten aan particulieren toekent.²⁷² Ik deel dit standpunt niet. In dit verband is allereerst van belang dat het *Kokkelvisserij*-arrest uitsluitend betrekking had op de kwestie van rechtstreekse werking van de ingeroepen bepaling en de toegang tot de rechter daarin niet aan de orde was.²⁷³ Met Jurgens ben ik het bovendien eens dat niet zeker is dat het arrest zo moet worden gelezen dat daaruit een beperking voortvloeit van de mogelijkheid om rechtstreeks werkende bepalingen buiten de beoor-

270 HvJ EG 7 september 2004, C-127/02, ECLI:EU:C:2004:482 (*Kokkelvisserij*), punt 66.

271 Backes 2008, p. 302 en 304. Zie ook Jans 2005, p. 6.

272 Backes wijst op de situatie waarin een particulier een beroep doet op een rechtstreeks werkende bepaling, zonder dat die bepaling aan particulieren überhaupt rechten toekent. Interessant is nog de vraag of ook in het geval een particulier zich beroept op een rechtstreeks werkende bepaling van Unierecht, die weliswaar niet aan hem, maar wel aan een andere particulier rechten toekent, het relativiteitsvereiste evenzeer buiten toepassing moet worden gelaten. Ik zou menen van wel. Hoewel kan worden betoogd dat het beginsel van effectieve rechtsbescherming niet wordt geschonden door toepassing van het relativiteitsvereiste, is de volledige doorwerking van het Unierecht in deze situatie afhankelijk van de vraag of de particulier aan wie de bepaling wel rechten toekent al dan niet een procedure start (of dat simpelweg niet kan, omdat zijn belang niet rechtstreeks is betrokken bij het aan de orde zijnde besluit en hij dus geen belanghebbende is). De volle werking van het Unierecht komt hierdoor in gevaar.

273 Jurgens 2010, p. 94-95.

deling van de bestuursrechter te houden.²⁷⁴ Van belang is dat het Hof van Justitie spreekt over ‘betroffen personen’ die niet mogen worden uitgesloten van het inroepen van een rechtstreeks werkende bepaling. Daaruit valt af te leiden dat een nationaal procesrecht dat tot gevolg heeft dat *niemand* een beroep kan doen op rechtstreeks werkende richtlijnbepalingen van Unierecht niet is toegestaan. De uitleg die de Afdeling aan het relativiteitsvereiste geeft, zorgt er echter voor dat deze situatie zich niet zal voordoen. In de eerste plaats doordat rechtspersonen op grond van artikel 1:2 lid 3 Awb vaak wel voor algemene belangen kunnen opkomen. Daarnaast heeft de Afdeling aanvaard dat de belangen van particulieren verweven kunnen zijn met algemene belangen die een bepaalde norm beoogt te beschermen. In dat geval wordt het relativiteitsvereiste niet aan de betrokken particulier tegengeworpen. Dit betekent echter niet dat elke willekeurige particulier een beroep moet kunnen doen op deze bepalingen zonder dat hem het relativiteitsvereiste kan worden tegengeworpen.²⁷⁵

6.5.1.2 *Het relativiteitsvereiste en het EVRM*

In de literatuur is beduidend minder aandacht besteed aan de vraag hoe het relativiteitsvereiste zich verhoudt tot het EVRM en dan in het bijzonder artikel 6, dat het recht op toegang tot de rechter garandeert.²⁷⁶ Dit duidt er op dat er in het licht van het EVRM minder problemen zijn te verwachten als gevolg van de toepassing van het relativiteitsvereiste. Dit is ook niet zo vreemd, omdat het EVRM naar zijn aard sterk gericht is op het beschermen van individuele rechten.²⁷⁷ Een relativiteitsvereiste is daarmee te verenigen. Van belang is verder dat artikel 6 lid 1 EVRM bepaalt dat:

‘Bij het vaststellen van *zijn* burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging heeft een ieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld’.

Daargelaten dat artikel 6 EVRM betrekking heeft op toegang tot de rechter en het relativiteitsvereiste de toegang tot de rechter op zichzelf niet beperkt, vereist artikel 6 EVRM geen toegang tot de rechter als een particulier zich beroept op de schending van een norm die strekt tot de bescherming van belangen van anderen of tot bescherming van algemene belangen.²⁷⁸ Mijns inziens blijkt dan ook uit de tekst van artikel 6 EVRM dat het relativiteitsvereiste als zodanig is toegestaan. Inmiddels heeft ook de Afdeling geoordeeld

274 Jurgens 2010, p. 96.

275 Dit kan ook worden afgeleid uit HvJ EU 12 mei 2011, C-115/09, ECLI:EU:C:2011:289 (*Trianel*), punten 45-46.

276 Zie voor een uitzondering op de regel Schueler 2009, p. 57.

277 R.J.N. Schlössels, annotatie bij ABRvS 16 maart 2016, AB 2016/249, JB 2016/88, punt 14.

278 Schueler 2009, p. 57, en De Poorter e.a. 2004, p. 90-92.

dat met artikel 8:69a Awb de toegang tot de rechter niet in de kern wordt aangetast en dat dus niet staande kan worden gehouden dat met dit artikel niet aan de eisen van artikel 6 EVRM wordt voldaan.²⁷⁹

6.5.2 Toepassing van het relativiteitsvereiste bij een beroep op Unierecht

Hiervoor stond de vraag centraal of het relativiteitsbeginsel in algemene zin aanvaardbaar is vanuit het oogpunt van het Unierecht en het EVRM. De conclusie is dat dit het geval is. Dit betekent dat het relativiteitsvereiste ook in het geval een beroep wordt gedaan op rechtsreeks werkend Unierecht of EVRM-bepalingen kan worden toegepast. In deze paragraaf komt de vraag aan bod hoe toepassing van het relativiteitsvereiste in die gevallen in de praktijk uitpakt. Ik beperk mij daarbij tot de gevallen waarin een ondernemer die tegen een besluit opkomt een beroep op bepalingen van Unierecht doet. Achtereenvolgens komen beroepen op de staatssteunregels, op de vrij-verkeerbepalingen en de Dienstenrichtlijn en op andere Unierechtelijke normen aan de orde.

6.5.2.1 Een beroep op staatssteunregels

Aard van het beroep

In verschillende soorten zaken kan een beroep worden gedaan op de Europese staatssteunregels en in het bijzonder op artikel 108 lid 3 VWEU. Metseelaar onderscheidt hierbij zeven categorieën.²⁸⁰ Als het gaat om ondernemers die tegen een besluit opkomen omdat zij daardoor in hun concurrentiepositie menen te worden getroffen, ligt de categorie van zaken waarin aan een concurrent een onrechtmatig voordeel zou zijn toegekend, voor de hand. Te denken valt aan de verlening van een subsidie²⁸¹ of de verlening van een vergunning of concessie onder te gunstige economische condities. Bijzondere aandacht verdient ook de categorie omgevingsrechtelijke zaken. In deze categorie zaken wordt veruit het meest een beroep gedaan op de staatssteunregels.²⁸² Dit is opmerkelijk, omdat het omgevingsrecht op het eerste gezicht weinig van doen lijkt te hebben met het staatssteunrecht dat vooral een financiële lading heeft. De vaststelling van een bestemmingsplan of de verlening van een omgevingsvergunning kunnen als zodanig ook niet worden aangemerkt als het verlenen van steun. De vraag of sprake is van ongeoorloofde staatssteun kan in een omgevingsrechtelijke procedure dan ook slechts indirect aan de orde komen. Dit gebeurt in het kader van de vraag of staatssteun

279 ABRvS 21 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:96, JB 2015/39, m.nt. R.J.N. Schlössels.

280 Metselaar 2016, p. 122-137.

281 ABRvS 17 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR5159, AB 2011/316, m.nt. W. den Ouden (Edufax).

282 Metselaar 2016, p. 125.

mogelijk een beletsel vormt voor de financieel-economische uitvoerbaarheid van een ruimtelijk plan.²⁸³

Het beschermingsbereik van de staatssteunregels

Het algemene verbod van staatssteun is neergelegd in artikel 107 lid 1 VWEU. Deze bepaling bevat enkele aanwijzingen die voor het beschermingsbereik van het staatssteunrecht *in het algemeen* van belang zijn. In artikel 107 lid 1 VWEU staat dat steunmaatregelen van staten in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd die de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties voor zover daardoor het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig wordt beïnvloed verboden zijn. Uit deze formulering – waarbij termen als onderneming, mededinging en handelsverkeer worden gebruikt – valt in de eerste plaats af te leiden dat het staatssteunrecht *als zodanig* is bedoeld ter bescherming van de belangen van ondernemingen of bepaalde producties. Verder valt uit artikel 107 lid 1 VWEU af te leiden dat het daarbij niet gaat om alle belangen van ondernemingen of bepaalde producties, maar om de belangen die betrekking hebben op de mededinging. Aldus lijkt het verbod van staatssteun als zodanig bedoeld ter bescherming van concurrentiebelangen. Dit verbod heeft echter geen directe werking, in de zin dat particulieren daar in een procedure voor de nationale rechter een beroep op kunnen doen. Particulieren kunnen zich in een dergelijke procedure slechts beroepen op de *standstill*-verplichting, neergelegd in artikel 108 lid 3 derde volzin VWEU. In het kader van de toepassing van het relativiteitsvereiste moet derhalve worden onderzocht wat het beschermingsbereik van die bepaling is.

De vraag naar het beschermingsbereik van de *standstill*-verplichting is niet eenvoudig.²⁸⁴ Een eerste probleem dat zich voordoet is dat de *standstill*-verplichting geformuleerd is als een verbod gericht tot de lidstaat, en derhalve niet als een recht voor particulieren.²⁸⁵ Dit heeft tot gevolg dat uit de laatste volzin van artikel 108 lid 3 VWEU niets over het beschermingsbereik van die

283 Zie over de uitvoerbaarheid van ruimtelijke plannen paragraaf 6.3.1.5. Zie voor voorbeelden van zaken waarin in het kader van de financiële uitvoerbaarheid een beroep werd gedaan op staatssteunregels ABRvS 21 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3386, r.o. 21, AB 2017/242, m.nt. A.J. Metselaar, ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2892 r.o. 12.3, AB 2017/244, m.nt. A.J. Metselaar, ABRvS 20 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1585, r.o. 12.2, BR 2015/71, m.nt. H.J. Breeman, ABRvS 27 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ2679, r.o. 2.14, *Gst.* 2011, 61, m.nt. G.H.J. Heutink (*stadion Fortuna*), en ABRvS 13 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ1077, r.o. 2.18, AB 2012/12, m.nt. T.E.P.A. Lam (*Centrumplan Haaren*).

284 Over het beschermingsbereik van de *standstill*-bepaling is in de literatuur reeds een uitvoerig debat gevoerd. Zie Metselaar 2014, Baart 2012, par. 5-5.3, P.C. Adriaanse, annotatie bij ABRvS 11 juni 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD3598, AB 2008, 371 (*Vliegveld Eelde*), Jans 2005, Defares & Goossens 2005, p. 160-163, Wesseling & Neij 2005, p. 467, en A.J.C. de Moor-van Vugt, annotatie bij HvJ EG 13 januari 2005, C-174/02, ECLI:EU:C:2005:10 (*Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*), AB 2005, 118.

285 Baart 2012, par. 5.3.

norm valt af te leiden en dat elders moet worden gezocht naar aanwijzingen daarvoor. Het meest voor de hand zou het liggen om in de rechtspraak van het Hof van Justitie naar aanknopingspunten te zoeken. Het is immers het Hof van Justitie dat in laatste instantie belast is met de uitleg van het Unierecht. Problematisch is echter dat het Hof van Justitie zich tot dusverre niet exact heeft uitgelaten over de precieze reikwijdte van de *standstill*-verplichting. Niettemin bieden de rechtspraak van het Hof van Justitie, alsmede de door de advocaat-generaal genomen conclusies die daar mede aan ten grondslag liggen, wel interessante aanknopingspunten.

In de eerste plaats kan worden gewezen op de zaak *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*.²⁸⁶ In de conclusie van advocaat-generaal Geelhoed in deze zaak wordt een interessante voorzet gegeven:

'het materiële rechtsbelang bij naleving van artikel [108, derde lid VWEU] (...) het voorkomen [is] van concurrentievervalsing door steunmaatregelen van staten door eenzijdig en prematuur optreden van lidstaten.'²⁸⁷

Hieruit volgt dat *in elk geval* concurrentiebelangen binnen het beschermingsbereik van de *standstill*-bepaling vallen. Interessant is ook de overweging dat:

'de noodzaak om de effectiviteit van de rechtstreekse werking van artikel [108 lid 3, slotzin VWEU] te verzekeren, tenminste [vereist] dat op die bepaling een beroep kan worden gedaan door degenen die belanghebbenden zijn in de zin van artikel [108 lid 2 VWEU]. Het gaat hierbij om personen, ondernemingen en verenigingen wier belangen door de toekenning van steun kunnen worden getroffen. Dat laat onverlet dat ingevolge het desbetreffende nationale recht de kring van belanghebbenden ruimer kan zijn omschreven.'²⁸⁸

Geelhoed lijkt hier de kring van personen die zich kunnen beroepen op artikel 108 lid 3 VWEU gelijk te stellen met de kring van belanghebbenden. Dit is op zichzelf vreemd, want dit betekent dat een ieder wiens belang bij de steunmaatregel is betrokken – financieel of niet, dus in het geval van de verlening van steun ter realisering van een bestemmingsplan ook een omwonende – zich kan beroepen op artikel 108 lid 3 VWEU. Dat is vermoedelijk niet de bedoeling. Verder is het jammer dat in de conclusie niet nader is uitgewerkt om welke belangen het gaat die door de toekenning van steun kunnen worden getroffen.

286 HvJ EG 13 januari 2005, C-174/02, ECLI:EU:C:2005:10 (*Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*), AB 2005, 118, m.nt. A.J.C. de Moor-van Vugt.

287 Concl. A-G L.A. Geelhoed bij HvJ EG 4 maart 2004, C-174/02, ECLI:EU:C:2004:124 (*Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*), punt 4.

288 Concl. A-G L.A. Geelhoed bij HvJ EG 4 maart 2004, C-174/02, ECLI:EU:C:2004:124 (*Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*), punt 60.

In het arrest geeft het Hof van Justitie meer houvast:

‘een justitiabele (...) er belang bij [kan] hebben zich voor de nationale rechter te beroepen op de rechtstreekse werking van het uitvoeringsverbod van [artikel 108, lid 3, laatste volzin, VWEU], niet alleen om de negatieve gevolgen ongedaan te laten maken van de door de onrechtmatige steunverlening teweeggebrachte concurrentievervalsing, maar ook om terugbetaling te verkrijgen van een heffing die in strijd met die bepaling was geïnd’.²⁸⁹

Uit het arrest *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant* volgt dat het beschermingsbereik van de *standstill*-verplichting *in elk geval* concurrentiebelangen omvat, maar ook dat het beschermingsbereik breder is dan dat. De vraag is echter hoeveel breder. Uit het feit dat het Hof van Justitie uitgebreid ingaat op de vraag of er procesbelang is, kan worden afgeleid dat het beschermingsbereik van de *standstill*-verplichting niet onbeperkt is. Relevant is dat het Hof van Justitie heeft overwogen dat in het geval een procedure is gericht op de terugbetaling van in strijd met het verbod van staatssteun geïnde heffingen:

‘de vraag of de justitiabele wordt geraakt door de concurrentievervalsing die het gevolg is van de steunmaatregel, niet ter zake [doet] voor de beoordeling van zijn procesbelang. Er dient enkel rekening te worden gehouden met het feit dat de justitiabele aan een heffing is onderworpen die integrerend deel uitmaakt van een steunmaatregel die in strijd met het in deze bepaling neergelegde verbod tot uitvoering is gebracht’.²⁹⁰

Vooraf dit tweede deel van de overweging van het Hof van Justitie is onderwerp geweest van een uitvoerig wetenschappelijk debat. Enerzijds wordt betoogd dat het Hof van Justitie hiermee heeft bedoeld dat concurrentievervalsing *slechts* niet relevant is, in het geval waarin om terugbetaling wordt verzocht van een heffing die integrerend deel uitmaakt van een steunmaatregel die in strijd met artikel 108 lid 3 VWEU tot uitvoering is gebracht.²⁹¹ Deze ‘enge’ lezing leidt tot de conclusie dat de *standstill*-verplichting naast tot bescherming van het concurrentiebelang *uitsluitend* strekt tot bescherming van de belangen van degenen die de heffingen betalen waarmee de steun wordt bekostigd. Daarbij geldt als beperkende factor dat dit uitsluitend het geval is wanneer de heffing als een integrerend onderdeel van de steunmaatregel kan worden aangemerkt, dat wil zeggen als er een dwingend bestem-

289 HvJ EG 13 januari 2005, C-174/02, ECLI:EU:C:2005:10 (*Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*), punt 19.

290 HvJ EG 13 januari 2005, C-174/02, ECLI:EU:C:2005:10 (*Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*), punt 19.

291 P.C. Adriaanse, annotatie bij ABRvS 11 juni 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD3598, AB 2008, 371 (*Vliegveld Eelde*), en A.J.C. de Moor-van Vugt, annotatie bij HvJ EG 13 januari 2005, C-174/02, ECLI:EU:C:2005:10 (*Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*), AB 2005, 118. Ook de Afdeling lijkt in de eerste uitspraak waarin artikel 8:69a van de Awb is toegepast een enge benadering te volgen. Zie ABRvS 25 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ2265, r.o. 11.1, AB 2013/146, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen (*SNS Reaal*).

mingsverband bestaat tussen de heffing en de steun.²⁹² Tegenover deze ‘enge’ opvatting staat een ‘ruime’ opvatting die er op neerkomt dat het Hof van Justitie het beschermingsbereik van de *standstill*-verplichting niet heeft willen beperken tot concurrentiebelangen, maar daaronder ook andere belangen heeft willen scharen, waaronder in dit geval – maar dus niet uitsluitend – die van degenen die de heffing moeten betalen.²⁹³ Welke van beide opvattingen de juiste is, is door het Hof van Justitie tot op heden niet expliciet opgehelderd.²⁹⁴ Niettemin kan uit het arrest *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant* worden afgeleid dat het Hof van Justitie in elk geval een beperking heeft willen aanbrengen in het beschermingsbereik van de *standstill*-verplichting.

Interessant is ook de zaak *Transalpine Ölleitung*, waarin het Hof van Justitie overwoog dat:

‘[n]aargelang van het soort van rechtsvorderingen waarin de nationale rechtsorde voorziet, (...) het aldus mogelijk [is] dat een nationale rechterlijke instantie zich moet uitspreken over een verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen, zoals de opschorting van de betrokken maatregelen, ter bescherming van de belangen van de justitiabelen, en inzonderheid van de partijen die zijn geraakt door een verstoring van de concurrentie als gevolg van de toekenning van de onrechtmatige steun’.²⁹⁵

Ook hieruit valt af te leiden dat concurrentiebelangen binnen het beschermingsbereik van de *standstill*-verplichting vallen. Nog duidelijker volgt dit uit de zaak *CELF/SIDE*, waarin het Hof van Justitie ten aanzien van de taak van de nationale rechter om de rechten van justitiabelen te beschermen tegen een eventuele schending door de nationale autoriteiten van het in artikel 108 lid 3 VWEU neergelegde verbod, overwoog dat:

‘[h]et (...) namelijk van belang [is] om de belangen te beschermen van de partijen die zijn geraakt door een verstoring van de concurrentie als gevolg van de toekenning van de onrechtmatige steun.’²⁹⁶ (curs. JW)

292 HvJ EG 13 januari 2005, C-174/02, ECLI:EU:C:2005:10 (*Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*), punten 19 en 26.

293 Defares & Goossens 2005, p. 160-163. Een m.i. te ruime opvatting is die van Wesseling & Neij 2005, p. 467. Zij schrijven dat *eenieder* de *standstill*-bepaling kan invoeren. Aldus is volgens hen sprake van een soort *actio popularis*. Ook Jans 2005 lijkt van mening te zijn dat sprake is van een soort *actio popularis*, aangezien hij zich op het standpunt stelt dat het arrest *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant* de introductie van een relativiteits eis verhindert.

294 Baart 2012, par. 5, wijst er op dat het niet verwonderlijk is dat het Hof van Justitie zich nooit heeft uitgelaten over het precieze beschermingsbereik van het staatssteunrecht, omdat, indien het beschermingsbereik expliciet wordt vastgesteld, daarmee ook duidelijk wordt wie buiten het beschermingsbereik vallen en in lidstaten die het relativiteitsvereiste kennen dus niet meer met succes tegen vermeende staatssteun kunnen opkomen. Dit heeft tot gevolg dat de dreiging van procedures over de naleving van het staatssteunrecht afneemt, hetgeen kan betekenen dat lidstaten zich minder zullen inspannen om te voorkomen dat zij staatssteun verlenen.

295 HvJ EG 5 oktober 2006, C-368/04, ECLI:EU:C:2006:644 (*Transalpine Ölleitung*), punt 46.

296 HvJ EG 12 februari 2008, C-199/06, ECLI:EU:C:2008:79 (*CELF/SIDE*), punt 38.

Ten opzichte van de hier genoemde arresten vormt het arrest *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant* een uitbreiding van het beschermingsbereik van de *standstill*-verplichting, omdat uit dat arrest volgt dat die bepaling niet uitsluitend strekt ter bescherming van concurrentiebelangen.

In de zoektocht naar de precieze omvang van het beschermingsbereik van de *standstill*-verplichting kan het nuttig zijn te wijzen op de consequenties die verbonden moeten worden aan een schending van die verplichting, omdat dit een interessante inkijk geeft in het doel van het staatssteunrecht. Schending van het in artikel 108 lid 3 VWEU neergelegde uitvoeringsverbod maakt de verleende steun onrechtmatig. In het licht van het nuttig effect van de verdragsbepalingen inzake staatssteun is het vervolgens noodzakelijk dat de situatie van vóór betaling van een onwettige of met de gemeenschappelijke markt onverenigbare steun wordt hersteld.²⁹⁷ Dit betekent dat – in beginsel – de onrechtmatig verleende steun moet worden teruggevorderd, teneinde de vroegere toestand te herstellen.²⁹⁸ Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie is het hoofddoel van de terugvordering van onrechtmatig betaalde staatssteun de versterking van de mededinging op te heffen die voortkomt uit het concurrentievoordeel dat door de onrechtmatige steun wordt verschaft.²⁹⁹ Door de terugbetaling van de steun verliest de begunstigde immers het voordeel dat hij op de markt ten opzichte van zijn concurrenten genoot en wordt de toestand van vóór de steunverlening hersteld.³⁰⁰ Dat aldus het Hof aan schending van de *standstill*-verplichting uitdrukkelijk de consequentie verbindt dat het onrechtmatig verschaft concurrentievoordeel wordt teruggedraaid is een sterke aanwijzing dat de *standstill*-verplichting toch vooral bedoeld is om concurrentiebelangen te beschermen. Gelet hierop heeft het er de schijn van dat een enge lezing van het arrest *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant* de juiste is. Bij gebrek aan een oordeel van het Hof van Justitie is dit echter niet met zekerheid te zeggen.

Uit het vorenstaande volgt dat, zolang het Hof van Justitie zich daarover niet exact heeft uitgesproken, niet met zekerheid te zeggen is wat het precieze beschermingsbereik is van het staatssteunrecht in het algemeen en de *standstill*-verplichting in het bijzonder. De vraag of een particulier zich voor de nationale rechter met succes kan beroepen op de *standstill*-verplichting, of dat dit beroep afstuit op het relativiteitsvereiste blijft aldus moeilijk te beantwoorden. In dat verband is het nog interessant om tot slot aandacht te

297 HvJ EG 20 september 2001, C-390/98, ECLI:EU:C:2001:456 (*Banks*), punt 75.

298 HvJ EU 8 december 2011, C-275/10, ECLI:EU:C:2011:814 (*Residex*), punt 33, en HvJ EG 20 september 2001, C-390/98, ECLI:EU:C:2001:456 (*Banks*), punt 74. Zie ook Bacon 2013, p. 543.

299 HvJ EU 8 december 2011, C-275/10, ECLI:EU:C:2011:814 (*Residex*), punt 34. HvJ EG 17 september 2009, C-520/07, ECLI:EU:C:2009:557 (*Commissie/MTU Friedrichshafen*), punt 57, en HvJ EG 29 april 2004, C-277/00, ECLI:EU:C:2004:238 (*Duitsland/Commissie*), punt 76. Zie ook Bacon 2013, p. 543.

300 HvJ EU 8 december 2011, C-275/10, ECLI:EU:C:2011:814 (*Residex*), punt 34, en HvJ EG 4 april 1995, C-350/93, ECLI:EU:C:1995:96 (*Commissie/Italië*), punt 22.

besteden aan de rol die particulieren spelen bij de toepassing en de handhaving van het staatssteunrecht door de Commissie. Daarbij kan vooraf worden opgemerkt dat het hier gaat om de rol van particulieren in het staatssteunrecht in het algemeen en niet om hun rol bij de handhaving van de *standstill*-verplichting door de nationale rechter. Voorts zij opgemerkt dat deze benadering, waarbij het beschermingsbereik van het staatssteunrecht wordt afgeleid uit de beroepsgerechtigdheid, misschien niet helemaal zuiver is, nu het naar Nederlands recht gaat om twee verschillende leerstukken. Bij gebrek aan duidelijkheid van het Hof van Justitie over het beschermingsbereik van de *standstill*-verplichting kan dit echter toch een manier zijn om vast te stellen wat het beschermingsbereik van de *standstill*-verplichting is.

Ook Baart zoekt aanwijzingen voor de precieze reikwijdte van de *standstill*-verplichting (mede) in de rol die particulieren spelen bij de totstandkoming van Commissiebesluiten ten aanzien van vermeende steunmaatregelen en de mogelijkheid voor particulieren om tegen die besluiten beroep in te stellen bij het Gerecht van de Europese Unie.³⁰¹ Baart wijst er op dat iedere particulier de Commissie op de hoogte kan brengen van vermeende steun,³⁰² maar dat alleen belanghebbenden enkele processuele rechten hebben. Zo krijgt een belanghebbende, wanneer de Commissie besluit dat er onvoldoende gronden zijn om in een zaak een standpunt in te nemen, de gelegenheid om aanvullende opmerkingen in te dienen en krijgt hij, wanneer de Commissie wel een besluit neemt over een aangemelde maatregel, een afschrift van dat besluit.³⁰³ Wanneer de Commissie besluit een formele onderzoeksprocedure te starten³⁰⁴ zijn het ook alleen belanghebbenden die daarbij een, zij het beperkte,³⁰⁵ rol kunnen spelen. In de Procedureverordening wordt de belanghebbende gedefinieerd als 'een lidstaat en een persoon, onderneming of ondernemersvereniging waarvan de belangen door de toekenning van steun kunnen worden getroffen, in het bijzonder de begunstigde van de steun, concurrerende ondernemingen en beroepsverenigingen'.³⁰⁶ Dat wordt gesproken over degenen wier belangen *door de toekenning van steun* kunnen worden getroffen, impliceert mijns inziens dat het vooral om *economische* belangen gaat, waaronder dus ook concurrentiebelangen, die een particulier tot belanghebbende maken. Een ander dan een onderneming zal gelet hierop vrijwel zeker niet als belanghebbende kunnen worden aangemerkt. Verder moet het zo zijn dat de economische belangen door de toekenning van de steun *kunnen* worden getroffen. Hoewel aldus niet noodzakelijk is dat deze belangen ook daadwerkelijk worden getroffen, is enige mate van causaliteit wel vereist.

301 Baart 2012, par 5.1.

302 Dit volgt uit artikel 12 lid 1 Verordening (EU) 2015/1589 (*PbEU* 2015, L 248/9) (Procedureverordening). Daar is bepaald dat de Commissie ambtshalve informatie, *uit welke bron ook*, kan onderzoeken met betrekking tot mogelijk onrechtmatige steun.

303 Artikel 20 lid 2 Procedureverordening.

304 Artikel 6 Procedureverordening.

305 Baart 2012, par. 5.1.

306 Artikel 1, aanhef en onder h, Procedureverordening.

In artikel 263 VWEU is bepaald dat iedere natuurlijke of rechtspersoon beroep kan instellen tegen handelingen die tot hem gericht zijn of die hem rechtstreeks en individueel raken. Aangezien Commissiebeschikkingen ten aanzien van staatssteun altijd zijn gericht tot de lidstaat, zal een belanghebbende, wil hij beroep kunnen instellen tegen een dergelijke beschikking, moeten aantonen dat hij door dat besluit rechtstreeks en individueel wordt geraakt. Het is vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dat natuurlijke en rechtspersonen individueel worden geraakt, indien de beschikking hen betreft uit hoofde van zekere bijzondere hoedanigheden of van een feitelijke situatie, welke hen ten opzichte van ieder ander karakteriseert en hen derhalve individualiseert op soortgelijke wijze als de adressant.³⁰⁷ Bij de beoordeling of dat in staatssteunzaken het geval is moet een onderscheid worden gemaakt tussen, enerzijds, een beslissing van de Commissie waarin wordt geoordeeld dat de aangemelde maatregel geen staatssteun is of met de interne markt verenigbaar is, zodat de formele onderzoeksprocedure niet wordt ingeleid en, anderzijds, een beslissing van de Commissie waarmee de formele onderzoeksprocedure wordt afgerond. In het eerste geval geldt dat een belanghebbende de processuele rechten die hij aan de formele onderzoeksprocedure ontleent niet kan uitoefenen. Dit betekent volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dat hij door dat besluit moet worden geacht rechtstreeks en individueel te worden geraakt, en hij kan dan ook beroep tegen dat besluit instellen, wanneer dat beroep strekt tot bescherming van die rechten.³⁰⁸ Het Hof van Justitie heeft verduidelijkt dat het hier gaat om personen, ondernemingen of verenigingen *die eventueel door de steunverlening in hun belangen worden getroffen*, dat wil zeggen in het bijzonder de ondernemingen die met de steunbegunstigden concurreren, en de beroepsorganisaties.³⁰⁹ Deze maatstaf lijkt iets strenger te zijn dan de in de Procedureverordening gegeven definitie van belanghebbende, nu niet voldoende wordt geacht dat de particulier door de steunverlening *kan* worden getroffen, maar hij daardoor ook *wordt* getroffen. In het geval het gaat om een besluit van de Commissie ter afronding van de formele onderzoeksprocedure waarvan de gegrondheid wordt betwist, geldt dat het feit dat de verzoeker als belanghebbende in de zin van artikel 108 lid 2 VWEU kan worden beschouwd op zich niet meer kan volstaan om het beroep ontvankelijk te verklaren.³¹⁰ Hij zal een bijzondere status in de zin van het arrest *Plaumann/Commissie* moeten aantonen. Daarvan is met name sprake in het geval dat de marktpositie van de verzoeker merkbaar wordt aangetast door de steun waarop de betrok-

307 HvJ EG 15 juli 1963, C-25/62, ECLI:EU:C:1963:17 (*Plaumann/Commissie*), p. 232.

308 HvJ EG 9 juli 2009, C-319/07 P, ECLI:EU:C:2009:435 (3F/*Commissie*), punt 31.

309 HvJ EG 9 juli 2009, C-319/07 P, ECLI:EU:C:2009:435 (3F/*Commissie*), punt 32, en HvJ EG 13 december 2005, C-78/03 P, ECLI:EU:C:2005:761 (*Commissie/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum*), punt 36.

310 GvEU 11 februari 2009, T-86/96, ECLI:EU:T:1999:25 (*Arbeitsgemeinschaft Deutscher Luftfahrt-Unternehmen/Commissie*), punten 47-50, en HvJ EG 11 september 2008, C-75/05 P en C-80/05 P, ECLI:EU:C:2013:458 (*Duitsland/Kronofrance*), punt 40.

ken beschikking betrekking heeft.³¹¹ Hieruit volgt dat het Hof van Justitie van oordeel is dat het met name gaat om particulieren die in hun concurrentiebelangen worden getroffen door een steunmaatregel die zich daartegen in rechte moeten kunnen verweren. Andere particulieren, zoals omwonenden kunnen niet meer doen dan bij de Commissie melden dat sprake is van staatssteun en hebben verder geen procesrechtelijke positie in het staatssteunrecht.

Kortom, ook als we kijken naar de rol van particulieren bij de totstandkoming van besluiten van de Commissie over vermeende staatssteun en de mogelijkheid voor particulieren om tegen die besluiten op te komen, lijkt het toch vooral te gaan om concurrentiebelangen die een rol spelen.

Concluderend kan worden vastgesteld dat uit de tekst van de verdragsbepalingen inzake staatssteun en de rechtspraak van het Hof van Justitie niet met zekerheid kan worden afgeleid wat het precieze beschermingsbereik is van de *standstill*-verplichting. Uit het arrest *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant* valt wel af te leiden dat het beschermingsbereik niet onbeperkt is. Ook kan uit dat arrest worden afgeleid dat het beschermingsbereik in elk geval concurrentiebelangen omvat, maar dat het ruimer is dan dat. Hoeveel ruimer, dat blijft onduidelijk. Ten minste worden ook de belangen van degenen die heffingen die een integrerend onderdeel van de steunmaatregel uitmaken (moeten) betalen beschermd. Aangezien uit de rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat de steun die in strijd met de *standstill*-verplichting is verleend dient te worden teruggevorderd *teneinde de verstoring van de mededinging op te heffen die voortkomt uit het concurrentievoordeel dat door de onrechtmatige steun wordt verschaft*, ontstaat de indruk dat de *standstill*-verplichting overwegend strekt ter bescherming van de belangen van marktdeelnemers. Gelet op het arrest *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant* lijkt het te gaan om belangen die financieel van aard zijn. Ook de rol die particulieren vervullen bij de totstandkoming van Commissiebesluiten en de rechtspraak van het Hof over de bevoegdheid om beroep in te stellen tegen dergelijke Commissiebesluiten wijzen in die richting. Volledige zekerheid over het exacte beschermingsbereik van de *standstill*-verplichting is er echter niet.

Toepassing van het relativiteitsvereiste

De vraag is vervolgens wat het relativiteitsvereiste betekent voor een beroep op de staatssteunregels door ondernemers in een procedure waarin zij opkomen voor hun concurrentiebelangen. Nu hiervoor is gebleken dat de *standstill*-bepaling van artikel 108 lid 3 VWEU strekt tot bescherming van de belangen van – in elk geval – concurrenten lijkt het relativiteitsvereiste voorshands geen beperking in te houden voor de bescherming van concurrentiebelangen. Ook wijst de uitspraak van de Afdeling over de onteigening van SNS en SNS Reaal in die richting. In die zaak oordeelde de Afdeling:

311 HvJ EG 11 september 2008, C-75/05 P en C-80/05 P, ECLI:EU:C:2013:458 (*Duitsland/Kronofrance*), punt 40.

'In dit geding is de vraag aan de orde of appellanten een recht kunnen ontleen aan het Unierecht. Zoals het Hof van Justitie in een zaak die betrekking had op de inroepbaarheid door justitiabelen van artikel 108, derde lid, van het VWEU heeft overwogen (arrest van 13 januari 2005, C-174/02, Streekgewest Westelijk Noord-Brabant, punt 19; www.curia.europa.eu), kan een justitiabele er belang bij hebben zich voor de nationale rechter te beroepen op de rechtstreekse werking van het uitvoeringsverbod van artikel 93, derde lid, van het EG-Verdrag, thans artikel 108, derde lid, van het VWEU, *niet alleen om de negatieve gevolgen ongedaan te laten maken van de door de onrechtmatige steunverlening teweeggebrachte concurrentievervalsing, maar ook om terugbetaling te verkrijgen van een heffing die in strijd met die bepaling was geïnd.*'³¹² (curs. JW)

Hieruit volgt dat wanneer een ondernemer tegen een besluit opkomt omdat hij concurrentienadeel ondervindt, het relativiteitsvereiste niet aan vernietiging van dat besluit door de bestuursrechter in de weg staat. In zoverre vormt het relativiteitsvereiste dus geen belemmering voor de volledige werking van het Unierecht en voor de bescherming van concurrentiebelangen.

Ingewikkelder ligt het als een beroep wordt gedaan op staatssteunregels in een omgevingsrechtelijke procedure. Als gezegd kan de vraag of sprake is van ongeoorloofde steun in een dergelijke procedure slechts indirect aan de orde komen. Dat gebeurt in het kader van de beoordeling van de economische uitvoerbaarheid van het plan. Dit heeft consequenties voor de toepassing van het relativiteitsvereiste. Het gaat om een financieel-economisch argument in een ruimtelijke procedure, zodat het beroep op de staatssteunregels eerst moet worden 'vertaald' naar het omgevingsrecht. In omgevingsrechtelijke termen gaat het er om dat een plan uitvoerbaar is. De Afdeling kijkt in het geval van een beroep op de staatssteunregels in een ruimtelijke procedure daarom eerst naar het beschermingsbereik van artikel 3.1.6 lid 1, aanhef en onder f, Bro. Die bepaling beoogt de bij het daadwerkelijk realiseren van een bestemming betrokken belangen te beschermen. Daaronder worden niet begrepen de belangen van justitiabelen die niet in de onmiddellijke nabijheid van het plangebied wonen of zijn gevestigd.³¹³ Dit betekent voor concurrenten die in een omgevingsrechtelijke procedure een beroep willen doen op het staatssteunrecht, dat dit slechts kan als zij in de onmiddellijke nabijheid van het plangebied zijn gevestigd. Eerst dan wordt toegekomen aan de vraag of hij zich in het kader van het onderzoek naar de financieel-economische uitvoerbaarheid kan beroepen op schending van de staatssteunregels.³¹⁴ Aan deze vervolgvraag werd toegekomen in

312 ABRvS 25 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ2265, r.o. 11.1, AB 2013/146, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen (SNS REAAL).

313 ABRvS 21 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3386, r.o. 22.2, AB 2017/242, m.nt. A.J. Metselaar, ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2892, r.o. 12 tot en met 12.6, AB 2017/244, m.nt. A.J. Metselaar, en ABRvS 25 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2296, r.o. 4.3. Zie heel summier ABRvS 24 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2316 r.o. 7.2, JBO 2016/247, m.nt. D. van der Meijden.

314 ABRvS 21 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3386 r.o. 22.2, AB 2017/242, m.nt. A.J. Metselaar. Zie ook ABRvS 9 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2975, r.o. 11.1, AB 2017/243, m.nt. A.J. Metselaar, waarin niet aan de vervolgvraag werd toegekomen.

een zaak over een bestemmingsplan dat voorzag in een nieuwe bioscoop in het centrum van Leeuwarden.³¹⁵ Twee exploitanten van in het centrum van Leeuwarden gevestigde bioscopen kwamen tegen dit plan op en voerden in beroep onder meer aan dat sprake was van ongeoorloofde staatssteun omdat de prijs voor de koop van de grond voor de bioscoop was bepaald zonder dat daar een voorafgaande en onafhankelijke taxatie aan ten grondslag lag of een openbare biedprocedure had plaatsgehad. De financieel-economische uitvoerbaarheid was daarom volgens hen niet aangetoond. De Afdeling oordeelde dat de twee bioscopen waren gevestigd in het centrum van Leeuwarden, in de onmiddellijke nabijheid van het plangebied, en kwam daarom toe aan de vervolgvraag. De Afdeling oordeelde in dat kader dat:

‘Het belang van Loren B.V. en andere is gelegen in het gevrijwaard blijven van concurrentie door een grote bioscoop in hetzelfde verzorgingsgebied en marktsegment en van de als gevolg daarvan door hen gevreesde negatieve gevolgen voor het ondernemersklimaat voor bioscoopexploitanten in Leeuwarden en omgeving. De Afdeling stelt vast dat Loren B.V. en andere ingeval -zoals zij stellen- ongeoorloofde staatssteun aan de orde zou zijn, in hun concurrentiebelangen kunnen worden geraakt. Er is daarom geen aanleiding voor het oordeel dat artikel 108, derde lid, van het VWEU niet strekt tot bescherming van de belangen van Loren B.V. en andere. Zij kunnen derhalve, anders dan in de zaak die ten grondslag ligt aan de uitspraak van 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2892, schending van dat artikel ten grondslag leggen aan hun betoog dat het bestemmingsplan niet uitvoerbaar is.’³¹⁶

Vervolgens ging de Afdeling over tot een inhoudelijke beoordeling van het staatssteunbetoog en kwam tot de conclusie dat er geen aanleiding was voor het oordeel dat de raad door het vaststellen van het plan in strijd heeft gehandeld met artikel 108 lid 3 VWEU. Het beroep op de staatssteunregels stuit in dit geval dus op inhoudelijke gronden af en niet op het relativiteitsvereiste.

De aldus door de Afdeling gekozen benadering bij de toepassing van het relativiteitsvereiste in een omgevingsrechtelijke procedure waarin een beroep wordt gedaan op staatssteunregels voldoet naar mijn idee aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming en het doeltreffendheidsbeginsel. Het doel van de staatssteunregels is om verstoring van de concurrentie die voortkomt uit het voordeel dat door de onrechtmatige steun wordt verschaft te voorkomen, dan wel op te heffen.³¹⁷ Hieraan ontleent een ondernemer een recht op eerlijke concurrentie. Dat een planologische maatregel het mogelijk maakt dat zich een concurrerende ondernemer in het plangebied vestigt betekent weliswaar dat de concurrentiedruk toeneemt, maar betekent op zichzelf niet dat het gelijke speelveld ook wordt verstoord. Dit betekent dan

315 ABRvS 21 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3386, AB 2017/242, m.nt. A.J. Metselaar.

316 ABRvS 21 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3386, r.o. 22.3.

317 HvJ EU 8 december 2011, C-275/10, ECLI:EU:C:2011:814 (*Residex*), punt 34, HvJ EG 17 september 2009, C-520/07, ECLI:EU:C:2009:557 (*Commissie/MTU Friedrichshafen*), punt 57, en HvJ EG 29 april 2004, C-277/00, ECLI:EU:C:2004:238 (*Duitsland/Commissie*), punt 76. Zie ook Bacon 2013, p. 543.

ook niet dat een zittende ondernemer wordt getroffen in een recht dat hij aan de staatssteunregels ontleent. Daar komt bij dat de toename van de concurrentie in hoofdzaak het gevolg is van de planologische maatregel en niet zozeer van de toekenning van steun. Er is met andere woorden geen sprake van een causaal verband tussen de verlening van steun en de schending van het belang om gevrijwaard te blijven van concurrentie. De getroffen ondernemer ontleent in dat geval dus geen recht aan de staatssteunregels. Toepassing van het relativiteitsvereiste botst dan ook niet met het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Dat kan anders zijn wanneer een ondernemer interesse heeft om het plan te ontwikkelen, maar zich geconfronteerd ziet met een andere ondernemer die met – beweerdelijk – onrechtmatige steun het plan zal gaan realiseren. De steun verstoort dan het gelijke speelveld tussen de twee ondernemingen. Als de daardoor benadeelde ondernemer echter geen ruimtelijke effecten van het plan ondervindt, bijvoorbeeld omdat zijn bedrijf 50 kilometer verderop is gevestigd, dan staat het relativiteitsvereiste er aan in de weg dat hij via de band van een beroep op de financieel-economische uitvoerbaarheid van het bestemmingsplan een beroep doet op de staatssteunregels. Dit betekent echter niet dat de uitoefening van het door de staatssteunregels aan hem verleende recht op eerlijke mededinging uiterst moeilijk of zelfs onmogelijk wordt gemaakt. Daarbij is van belang dat hij de steun rechtstreeks kan aanvechten. Als het om steun gaat in de vorm van privaatrechtelijke transacties, zoals de verkoop van grond onder de marktprijs, is de burgerlijke rechter naar Nederlands recht bevoegd om te oordelen over beweerdelijk ongeoorloofde staatssteun. Gaat het om subsidies, dan dient de benadeelde ondernemer op te komen tegen het besluit tot subsidieverlening. Hij heeft dus niets te zoeken in de omgevingsrechtelijke procedure, maar kan de steunverlening in volle omvang aan de orde stellen buiten het kader van het ruimtelijk bestuursrecht.³¹⁸ Dit laatste betekent dat ook dan de doeltreffendheid van het Unierecht en de effectieve rechtsbescherming niet in het geding komen.

6.5.2.2 Een beroep op de vrij-verkeerbepalingen en de Dienstenrichtlijn

Aard van het beroep

Soms doen ondernemers in bestuursrechtelijke procedures een beroep op de vrij-verkeerbepalingen of de Dienstenrichtlijn. Een dergelijk beroep heeft doorgaans een ander karakter dan een beroep op de staatssteunregels. Bij een beroep op de staatssteunregels gaat het meestal om de situatie waarin een zittende ondernemer wil voorkomen dat een concurrent zich in zijn verzorgingsgebied vestigt. Het gaat dus primair om het *tegenhouden* van concurrerende activiteiten. Dit belang is vaak tegengesteld aan de belangen die de vrij-verkeerbepalingen en de Dienstenrichtlijn beogen te beschermen.

318 Zie ook ABRvS 9 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2975, r.o. 11.1, AB 2017/243, m.nt. A.J. Metselaar.

Deze regels beschermen ondernemers immers juist tegen belemmeringen bij het ontplooiën van hun eigen economische activiteiten. Bij een beroep op de vrij-verkeerbepalingen of de Dienstenrichtlijn zal het dus niet zo snel gaan om concurrentiebelangen in strikte zin die aan de orde zijn, maar vooral om het belang van ongehinderde bedrijfsvoering. Een reeds gevestigde ondernemer zal daarentegen juist vaak profiteren van met de verkeersvrijheden en de Dienstenrichtlijn strijdige belemmeringen waar een nieuwkomer tegenaan loopt. Het vorenstaande betekent dat in deze paragraaf in meer algemene zin wordt ingegaan op de vraag of bedrijfsbelangen via de band van de vrij-verkeerbepalingen of de Dienstenrichtlijn een rol kunnen spelen in bestuursrechtelijke procedures.

Het beschermingsbereik van de vrij-verkeerbepalingen en de Dienstenrichtlijn

Prechal wijst er op dat het Hof van Justitie een ruime uitleg geeft aan het beschermingsbereik van de verdragsvrijheden.³¹⁹ Anders dan bij het staatssteunrecht het geval is,³²⁰ geldt voor het personele beschermingsbereik van de verdragsvrijheden nauwelijks een beperking ten aanzien van de aard van het rechtssubject. Alle rechtssubjecten vallen binnen het beschermingsbereik, ongeacht of het gaat om marktdeelnemers of niet. Zo kan bijvoorbeeld ook de onderdaan van een lidstaat die niet op de markt opereert (niet-marktburger) gebruik maken van de verdragsvrijheden wanneer hij op het grondgebied van een andere lidstaat wil verblijven. Dit houdt echter geen volledige *actio popularis* in. Vereist voor de toepassing van de verdragsvrijheden is immers dat zich een grensoverschrijdend element voordoet. Botman wijst er op dat enigszins problematisch ten aanzien van dit vereiste is dat het Hof van Justitie de laatste jaren zeer ruimhartig is geweest met het aannemen van een grensoverschrijdend element. Soms gaat het Hof van Justitie, hoewel alle relevante aspecten van een zaak zich afspelen binnen de grenzen van één staat, toch over tot beantwoording van de door de nationale rechter gestelde prejudiciële vraag.³²¹ Het zijn dan niet zozeer de feiten die bepalen of het Hof de gestelde vragen beantwoordt, maar veeleer de aard en inhoud van de nationale regeling in kwestie.³²² Er ontstaat hierdoor een uitzondering op de regel dat op zuiver interne situaties de verdragsvrijheden niet van toepassing zijn. De prejudiciële vragen van de Afdeling in de zaken *Trijber*,³²³ *Harmsen*³²⁴ en *Appingedam*³²⁵ laten zien dat het voor de nationale rechter hierdoor op dit moment onduidelijk is onder welke omstandigheden

319 Prechal 2015, p. 496. Zie ook Botman 2017-2, p. 155-156.

320 Zie paragraaf 6.5.2.1.

321 Botman 2017-2, p. 155-156.

322 Prechal 2015, p. 494.

323 ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2488, AB 2015/13, m.nt. A. Drahmman (*Trijber*).

324 ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2495, AB 2014/450, m.nt. M.R. Botman (*Harmsen*).

325 ABRvS 13 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:75, Gst. 2016/39, m.nt. B. Hessel (*Appingedam*).

een beroep op verdragsvrijheden dient te worden gehonoreerd.³²⁶ Dit draagt het risico van oneigenlijk gebruik van de verdragsvrijheden in zich. Om aan een dergelijk gebruik paal en perk te stellen bepleit Prechal de invoering van een ruimhartige relativiteitseis.³²⁷ Het gaat daarbij niet om de eis dat in een concrete zaak degene die zich op de verdragsvrijheid beroept daadwerkelijk en direct bij grensoverschrijdende activiteit betrokken moet zijn. Het gaat er om dat de ingeroepen verdragsvrijheid (mede) strekt tot bescherming van zijn belangen. Het gaat dus om een ‘milde inkadering’ van het beschermingsbereik van de verdragsvrijheden.³²⁸ Een eerste stap in deze richting lijkt het Hof inmiddels te hebben gezet in de zaak *Ullens de Schooten*,³²⁹ al kan dit op basis van één uitspraak natuurlijk nog niet met zekerheid worden gezegd.³³⁰

In artikel 2 lid 1 Dienstenrichtlijn staat dat deze van toepassing is op diensten van dienstverrichters die in een lidstaat zijn gevestigd. Een dienstverrichter is iedere natuurlijke persoon die onderdaan is van een lidstaat of iedere rechtspersoon in de zin van artikel 54 VWEU, die in een lidstaat is gevestigd en een dienst aanbiedt of verricht (artikel 4, onder 2). Dit begrip omvat zowel marktdeelnemers die tijdelijk een dienst verrichten in een andere lidstaat, als marktdeelnemers die duurzaam in een andere lidstaat zijn gevestigd om daar dienstenactiviteiten te ontplooien. In artikel 19 Dienstenrichtlijn is bepaald dat de lidstaten een afnemer geen eisen opleggen die het gebruik van een dienst van een in een andere lidstaat gevestigde dienstverrichter beperken. De Dienstenrichtlijn strekt tot bescherming van de belangen van zowel dienstverleners als dienstontvangers. Daarmee is echter nog niet gezegd welke van hun belangen de richtlijn beschermt. Van belang is daarom voorts dat in artikel 1 lid 1 Dienstenrichtlijn is bepaald dat deze richtlijn algemene bepalingen ter vergemakkelijking van de uitoefening van de vrijheid van vestiging van dienstverrichters en het vrije verkeer van diensten vaststelt, met waarborging van een hoge kwaliteit van de diensten. Het doel van de Dienstenrichtlijn is dus gelegen in het waarborgen van de vrije vestiging van dienstverrichters.³³¹

Toepassing van het relativiteitsvereiste

Interessant in het kader van de toepassing van het relativiteitsvereiste is een uitspraak van de Afdeling in een zaak over de vaststelling van een uitwer kingsplan ‘Spoorallee’ dat voorzag in het realiseren van een *Factory Outlet*

326 Botman 2017-2, p. 156. Zie voor kritiek op de onduidelijke rechtspraak van het Hof van Justitie op dit punt Sevinga 2014, p. 196-202.

327 Prechal 2015, p. 495-496. Zie ook Botman 2017-2, p. 155-156.

328 Prechal 2015, p. 496.

329 HvJ EU 15 november 2016, C-268/15, ECLI:EU:C:2016:874 (*Ullens de Schooten*).

330 Botman 2017-2, p. 156.

331 Zie over het personele beschermingsbereik van de Dienstenrichtlijn en de Dienstenwet uitgebreid Botman 2015, hoofdstukken 6 en 9.

Village en een supermarkt.³³² In het plan is een onderverdeling gemaakt voor verschillende branches van detailhandel die zich in het *Factory Outlet Village* mogen vestigen. Het totale winkeloppervlak mag 12.000 m² beslaan. Het Pensioenfonds van de Metalektro e.a. bezitten winkelvastgoed in de omgeving van het plangebied. Zij komen op tegen het plan en betogen dat de beoogde branchering in strijd is met de Dienstenrichtlijn en de vrijheid van vestiging als bedoeld in artikel 49 VWEU, omdat de vestiging van ondernemers die bepaalde goederen verkopen zowel in aantal als omvang is beperkt. In het kader van de toepassing van het relativiteitsvereiste zag de Afdeling zich gesteld voor de vraag of het Pensioenfonds van de Metalektro e.a. binnen het beschermingsbereik van de door hen ingeroepen Unierechtelijke regelgeving vallen. De Afdeling stelt vast dat de belangen van het Pensioenfonds van de Metalektro e.a. voortvloeien uit hun positie als concurrerende vastgoedeigenaren die vastgoed in de omgeving van het plangebied hebben. Zij hadden geen eigendom binnen het plangebied en waren ook niet voornemens zich te vestigen in dat gebied. Onder deze omstandigheden beschermen de Dienstenrichtlijn en artikel 49 VWEU de belangen van Pensioenfonds van de Metalektro e.a. niet. Hun belangen zijn zelfs tegengesteld aan het belang van vestiging van andere dienstverleners dat de Dienstenrichtlijn en artikel 49 VWEU beogen te beschermen. De Afdeling concludeert dan ook dat het Pensioenfonds van de Metalektro e.a. niet onder de personele beschermingsomvang van de Dienstenrichtlijn vallen. Daarom kent deze richtlijn hun geen rechten toe die zij voor de rechter kunnen afdwingen. De Afdeling acht toepassing van het relativiteitsvereiste op het Pensioenfonds van de Metalektro e.a. dan ook niet in strijd met het gelijkwaardigheids- en doeltreffendheidsbeginsel. De Afdeling laat de aangevoerde beroepsgrond om die reden buiten beschouwing.

Wat opvalt is dat de relativiteitsvraag samenloopt met de vraag of appellanten een recht ontlenen aan het ingeroepen Unierecht. De feitelijke positie waarin appellanten verkeren – en op grond waarvan zij belanghebbende zijn bij het bestreden besluit – is daarbij relevant voor het antwoord op de vraag of zij in dit geval een recht ontlenen aan artikel 49 VWEU en de Dienstenrichtlijn. Is dat niet het geval, dan is daarmee automatisch de relativiteitsvraag beantwoord. Er bestaat in dit geval immers geen verband tussen de beroepsgrond en het belang waarin appellanten door het bestreden besluit stellen te worden geschaad. Gronden en belang congrueren dus niet met elkaar. Omdat appellanten in dit geval geen recht ontlenen aan het ingeroepen Unierecht, staat het beginsel van effectieve rechtsbescherming niet aan toepassing van het relativiteitsvereiste in de weg. Andersom geldt dat in het geval dat geoordeeld wordt dat appellanten wel een recht ontlenen aan het ingeroepen Unierecht, bijvoorbeeld omdat zij zich in het plangebied willen vestigen, hun belang wordt geacht binnen het beschermingsbereik van die

332 ABRvS 18 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1295, r.o. 13.4-13.8, *JB* 2016/124, m.nt. L.J.M. Timmermans.

normen te vallen. De relativiteitsdrempel wordt dan min of meer automatisch gepasseerd. Er is dan immers wel een samenloop tussen de beroepsgrond en het belang waarin appellanten door het bestreden besluit stellen te worden geschaad. Toepassing van het relativiteitsvereiste op Unierechtelijk geïnspireerde beroepen lijkt dus niet snel een risico van schending van het beginsel van effectieve rechtsbescherming in zich te dragen. Ook komt het nuttig effect van de ingeroepen regelgeving niet in gevaar, aangezien aan een belanghebbende die wel binnen het beschermingsbereik van de ingeroepen regelgeving valt, zoals de ondernemer die zich in het plangebied wil gaan vestigen of die daar reeds is gevestigd, het relativiteitsvereiste niet zal worden tegengeworpen. Met de vaststelling dat zijn belang binnen het beschermingsbereik van de ingeroepen norm valt is immers voldaan aan de relativiteitseis.

6.5.2.3 Een beroep op andere Unierechtelijke normen

In verschillende – vooral omgevingsrechtelijke – procedures is door concurrenten een beroep gedaan op andere Unierechtelijke regelingen die al dan niet zijn omgezet in nationale wetgeving. Voor deze regelgeving geldt vaak dat deze niet strekt ter bescherming van concurrentiebelangen. Dit betekent dat die beroepen met toepassing van artikel 8:69a Awb niet tot vernietiging van het bestreden besluit kunnen leiden. De Afdeling heeft onder meer voor de voorschriften uit het Besluit externe veiligheid inrichtingen (Bevi) en de M.e.r.-richtlijn, geoordeeld dat deze niet strekken ter bescherming van concurrentiebelangen.³³³ Dat concurrenten niet meer met succes een beroep op deze en andere bepalingen, zoals bijvoorbeeld uit de Habitatrichtlijn, kunnen doen, betekent niet dat het beginsel van effectieve rechtsbescherming en het doeltreffendheidsbeginsel in het geding komen. Er wordt geen afbreuk gedaan aan de effectieve rechtsbescherming, omdat concurrenten geen rechten ontlenen aan de desbetreffende regelgeving. Daarnaast wordt geen afbreuk gedaan aan de doeltreffendheid van de desbetreffende regelgeving, omdat bijvoorbeeld een particulier of een belangenorganisatie als bedoeld in artikel 1:2 lid 3 Awb wel binnen het beschermingsbereik van die regelgeving kan vallen en daar dus een beroep op kan doen.

6.5.3 Tussenconclusie

In paragraaf 6.5 kwam allereerst de vraag aan de orde in hoeverre het relativiteitsbeginsel in algemene zin toelaatbaar is op grond van het Unierecht en het EVRM. Gebleken is dat het Unierecht, in het bijzonder het doeltreffendheidsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming, niet aan toepassing van een relativiteitsvereiste in de weg staat. Belangrijk in dit verband is het arrest *Commissie/Duitsland* waarin het Hof van Justitie heeft

333 ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:732, r.o. 11 en 12.3, *JB* 2016/88, m.nt. R.J.N. Schlössels.

geoordeeld over de toelaatbaarheid van een met het Nederlandse relativiteitsvereiste vergelijkbare bepaling in het Duitse bestuursrecht. Het Hof van Justitie oordeelde dat een lidstaat mag bepalen dat voor de nietigverklaring van een overheidsbesluit door de bevoegde rechter vereist is dat jegens de verzoeker een subjectief recht is geschonden. Dit is een sterke aanwijzing dat ook het Nederlandse relativiteitsvereiste, dat is neergelegd in artikel 8:69a Awb, uit een oogpunt van effectieve rechtsbescherming toelaatbaar is. Ook staan artikel 6 EVRM en het Unierechtelijk equivalent daarvan, artikel 47 Handvest, niet in de weg aan toepassing van het relativiteitsvereiste, aangezien dat vereiste de toegang tot de rechter niet in essentie aantast.

Verder kwam in paragraaf 6.5 de vraag aan bod hoe toepassing van het relativiteitsvereiste uitpakt in het geval een concurrent een beroep doet op bepalingen van Unierecht. Daarbij is aandacht besteed aan beroepen op de staatssteunregels, de vrij-verkeerbepalingen en de Dienstenrichtlijn. Bij toepassing van het relativiteitsvereiste kijkt de Nederlandse rechter steeds naar het doel en de inhoud van deze regelgeving om daarvan het personele beschermingsbereik vast te stellen. Wanneer het belang van een ondernemer dat bij een besluit is betrokken, en waarvoor hij in een bestuursrechtelijke procedure opkomt, samenvalt met een recht dat hij ontleent aan de ingeroepen Unierechtelijke regelgeving, dan is daarmee min of meer automatisch voldaan aan de relativiteitseis. In dat geval lopen immers de beroepsgrond en het belang waarin appellant door het bestreden besluit dreigt te worden geschaad samen (congruentie). Dit betekent dat, nu de staatssteunregels beschermen tegen verstoring van het gelijke speelveld en de vrij-verkeerbepalingen en de Dienstenrichtlijn tegen de belemmering van het vrije handelsverkeer, ondernemers die tegen een besluit opkomen omdat zij daardoor in die belangen worden getroffen, succesvol een beroep kunnen doen op de desbetreffende bepalingen van Unierecht. Het relativiteitsvereiste staat daar in dat geval niet aan in de weg. Komt een ondernemer daarentegen op voor zijn belang om gevrijwaard te blijven van concurrentie, dan is geen sprake van een belang dat door de genoemde bepalingen wordt beschermd. In tegendeel, dat belang is juist tegengesteld aan het belang van eerlijke en onbelemmerde concurrentie. Dit betekent dan ook dat een beroep op de genoemde Unierechtelijke bepalingen afstuit op het relativiteitsvereiste. Het beginsel van effectieve rechtsbescherming en het doeltreffendheidsbeginsel staan hieraan niet in de weg, aangezien er geen sprake is van een aan het Unierecht ontleend recht dat wordt geschonden.

6.6 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk stond de vraag centraal in hoeverre het relativiteitsvereiste een belemmering vormt voor de bescherming van concurrentiebelangen door de bestuursrechter. Gebleken is dat vooral op het terrein van het omgevingsrecht het relativiteitsvereiste veel wordt toegepast. Dit is ook het ter-

rein van het bestuursrecht waarop concurrenten het meest procederen. Voor zover het een ondernemer in een dergelijke procedure gaat om ruimtelijk relevant belangen, zoals het belang om gevrijwaard te blijven van klachten van omwonenden vanwege fysieke overlast, zoals geur- of geluidshinder, of het belang bij een prettig ondernemersklimaat, is sprake van belangen die door de toepasselijke regelgeving worden beschermd en vormt het relativiteitsvereiste geen belemmering voor de bescherming van de betrokken belangen. Als het een ondernemer daarentegen te doen is om gevrijwaard te blijven van concurrentie, dan gaat het niet om door het omgevingsrecht beschermde belangen. Het omgevingsrecht heeft immers niet tot doel de concurrentieverhoudingen te regelen. Het relativiteitsvereiste vormt in zoverre dan ook een belemmering voor de bescherming van het betrokken belang. Problematisch is dat doorgaans niet, nu het beperken van de concurrentie niet in het algemeen belang is. De rechtszaal van de bestuursrechter is dan ook niet bedoeld om een concurrentieoorlog uit te vechten.

Een probleem doet zich voor wanneer de toepassing van regelgeving, die op zichzelf niet tot doel heeft concurrentiebelangen te beschermen, leidt tot oneerlijke concurrentie, bijvoorbeeld wanneer onjuiste toepassing van die regelgeving ertoe leidt dat concurrenten onder verschillende juridische regimes vallen. In dat geval komt immers het algemeen belang van eerlijke concurrentie, waarbij ondernemers gelijke kansen hebben, in gevaar. Dit probleem is in de rechtspraak onder ogen gezien en heeft geleid tot de aanvaarding van de correctie Widdershoven in 2016. Deze correctie houdt in dat de omstandigheid dat een beweerdelijk geschonden norm niet beoogt de door een besluit getroffen belangen te beschermen en schending van die norm op zichzelf niet tot vernietiging van het bestreden besluit kan leiden, onverlet laat dat het vertrouwens- of gelijkheidsbeginsel kan zijn geschonden. Is dat het geval, dan kan schending van de materiële norm alsnog tot vernietiging van het bestreden besluit leiden. Hiermee is het zelfstandige beschermingsbereik van het vertrouwens- en gelijkheidsbeginsel in het bestuursrecht erkend. Omdat beroepen op beide beginselen in het bestuursrecht bijna nooit slagen werd de correctie Widdershoven aanvankelijk wat sceptisch ontvangen. Belangrijk zijn echter drie uitspraken van de Afdeling van 28 december 2016, waarin voor het eerst met succes toepassing werd gegeven aan de correctie Widdershoven. De Afdeling oordeelde dat:

‘voor een succesvol beroep op het gelijkheidsbeginsel nodig is dat een bedrijf daadwerkelijk is benadeeld doordat aan dat bedrijf, *in een situatie die wat betreft de geldende wettelijke voorschriften en de feiten voldoende vergelijkbaar is*, verplichtingen zijn opgelegd waaraan zijn concurrent als gevolg van de schending van de betrokken norm niet hoeft te voldoen.’³³⁴ (curs. JW)

334 ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3453, r.o. 9.5, AB 2017/112, m.nt. B.J.P. Stramrood (*SlijtersUnie*).

Uit deze cruciale overweging volgt dat bij de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel in het kader van de correctie Widdershoven niet zozeer de vergelijkbaarheid van gevallen, maar veeleer het nadeel dat een partij (ondernemer) ondervindt van een gemaakt onderscheid als uitgangspunt voor de toetsing dient. Valt dat onderscheid niet te rechtvaardigen, dan is sprake van een schending van het gelijkheidsbeginsel en staat artikel 8:69a Awb niet in de weg aan vernietiging van een besluit wegens strijd met een wettelijke bepaling die op zichzelf niet strekt tot bescherming van het getroffen belang. Voor het belang van eerlijke concurrentie is deze ontwikkeling van niet te onderschatten belang. Het beschermen van gelijke kansen komt hiermee op de voorgrond te staan en dat is waar het bij eerlijke concurrentie in de kern om gaat.

Tot slot is het Unierecht van belang voor de bescherming van concurrentiebelangen in een procedure bij de bestuursrechter. De beginselen van effectieve rechtsbescherming en doeltreffendheid verzetten zich op zichzelf niet tegen toepassing van een relativiteitsvereiste, zoals wij dat in Nederland kennen. Dit betekent dat het relativiteitsvereiste ook kan worden toegepast in het geval een concurrent in een bestuursrechtelijke procedure een beroep doet op het Unierecht. Gebleken is dat het staatssteunrecht, de vrij-verkeerbepalingen en de Dienstenrichtlijn strekken tot bescherming van het belang van eerlijke concurrentie. Een ondernemer kan met een beroep op genoemde bepalingen dan ook bereiken dat het besluit wordt vernietigd, mits hij door dat besluit daadwerkelijk in een door een Unierecht beschermd belang wordt getroffen. Dit laatste is met name in het omgevingsrecht, waarin, in het kader van de financiële uitvoerbaarheid van ruimtelijke plannen het meest een beroep wordt gedaan op het staatssteunrecht, niet altijd het geval. Vaak doet een ondernemer een beroep op het staatssteunrecht, omdat een plan de mogelijkheid biedt aan concurrenten om zich in de buurt te vestigen. Meestal is dit echter niet primair het gevolg van de verlening van steun, maar van het ruimtelijke besluit als zodanig. Het ontbreekt in dat geval aan een causaal verband tussen de schending van de staatssteunnorm en het gevolg van het ruimtelijke besluit. Het relativiteitsvereiste staat dan dus in de weg aan vernietiging van het bestreden ruimtelijke besluit. Dit betekent echter niet dat de uitoefening van het door de staatssteunregels aan een ondernemer verleende recht op eerlijke mededinging uiterst moeilijk of zelfs onmogelijk wordt gemaakt. Daarbij is van belang dat de steun rechtstreeks kan worden aangevochten. Als het om steun gaat in de vorm van privaatrechtelijke transacties, zoals de verkoop van grond onder de marktprijs, is de burgerlijke rechter bevoegd om te oordelen over beweerdelijk ongeoorloofde staatssteun. Gaat het om subsidies, dan dient de benadeelde ondernemer bij de bestuursrechter op te komen tegen het subsidiebesluit.

In dit slothoofdstuk wordt de centrale vraagstelling beantwoord. Daarbij zal blijken dat op sommige punten de bescherming van concurrentiebelangen nog kan worden verbeterd. Begonnen wordt met een inleiding op het onderzoek dat zijn weerslag heeft gekregen in dit boek (paragraaf 7.1). Daarna worden in de paragrafen 7.2 tot en met 7.4 de drie deelvragen waaruit de centrale vraagstelling was opgebouwd beantwoord. Vervolgens zal de centrale vraag van dit onderzoek worden beantwoord (paragraaf 7.5). Afgesloten wordt met een suggestie om de bescherming van concurrentiebelangen in het bestuursrecht te verbeteren (paragraaf 7.6).

7.1 INLEIDING

De laatste vijftien jaar vormen concurrentiebelangen in toenemende mate inzet van bestuursrechtelijke procedures. Het gaat daarbij vaak om ondernemers die opkomen tegen besluiten van de overheid die negatieve invloed hebben of zouden kunnen hebben op hun concurrentiepositie, bijvoorbeeld omdat daarmee concurrerende bedrijfsactiviteiten worden toegestaan, of omdat een ander onder gunstigere condities dezelfde activiteiten wordt toegestaan. Om dezelfde reden komen ondernemers soms ook op tegen juist het uitblijven van besluiten, bijvoorbeeld wanneer de overheid niet optreedt tegen een concurrent die bepaalde voorschriften overtreedt en daardoor een concurrentievoordeel heeft. De toename van de ‘concurrenten-rechtspraak’ valt samen met de sterk toenemende integratie tussen het Europese en nationale recht. Naast bijzondere rechtsgebieden, krijgen ook algemene rechtsgebieden, zoals het algemeen bestuursrecht, via Europese regelgeving, – rechtspraak en – rechtsbeginselen meer en meer te maken met het Unierecht. Dit heeft tot gevolg dat de nationale wetgevende, bestuurlijke en rechterlijke instanties hun beslissingen mede op basis van het Unierecht moeten baseren en motiveren. Concurrenten lijken in deze europeanisering van het bestuursrecht een aanknopingspunt te zien voor het feit dat hun belang bij eerlijke concurrentie in bestuursrechtelijke procedures bescherming moet krijgen, waar dat in het verleden moeilijk was. In het Unierecht neemt dat belang namelijk een centrale plaats in.

Tegelijkertijd met de europeanisering van het bestuursrecht en de daarmee samenhangende toename van het aantal bestuursrechtelijke procedures waarin het te doen is om de bescherming van concurrentieposities, is in het bestuursrecht een sterke subjectiveringstendens zichtbaar. Het gaat om een

verschuiving in de functie van de bestuursrechtspraak. Oorspronkelijk was die functie gelegen in het bieden van tegenwicht aan het bestuur door middel van controle door de bestuursrechter op de naleving van het objectieve recht. Wie de bestuursrechter op een door het bestuur gemaakte fout wees, was van ondergeschikt belang. Met de subjectivering van het bestuursprocesrecht heeft de overwegend controlerende functie van het bestuursrecht in belangrijke mate plaats gemaakt voor het bieden van rechtsbescherming aan een partij die opkomt voor haar persoonlijke belang. Het meest in het oog springende element van de subjectiveringstendens is de introductie van een relativiteitseis in het bestuursrecht. Op grond van dit vereiste vernietigt de bestuursrechter een besluit niet langer meer op de grond dat het in strijd is met een geschreven of ongeschreven rechtsregel of algemeen rechtsbeginsel, indien deze regel of dit beginsel kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich erop beroept. Anders dan voorheen het geval was, is schending van de norm op zichzelf niet meer voldoende voor vernietiging van het bestreden besluit. De geschonden norm moet tevens strekken tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept. De vraag of een bepaalde norm strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich erop beroept heeft dan ook flink aan betekenis gewonnen de afgelopen jaren. Uit publicaties over de eerste ervaringen met het relativiteitsvereiste¹ en uit een in 2015 uitgevoerde evaluatie van onder meer dat vereiste² komt naar voren dat vooral concurrenten aanzienlijk in hun beroepsmogelijkheden worden beperkt door de invoering van het relativiteitsvereiste.

7.1.1 Onderzoeksvraag

De hiervoor geschetste ontwikkelingen leiden tot de vraag in hoeverre het Nederlandse bestuursrecht bescherming biedt aan ondernemers die door een besluit van de overheid in hun concurrentiepositie worden getroffen. Die vraag stond in dit onderzoek centraal. Het onderzoek is verricht aan de hand van drie deelvragen.

- In hoeverre kunnen ondernemers op grond van hun concurrentiepositie als belanghebbende bij een besluit worden aangemerkt?
- In hoeverre kunnen concurrentiebelangen een rol spelen in de door het bestuur in het kader van de uitoefening van een bestuursbevoegdheid te maken belangenafweging en de toetsing daarvan door de bestuursrechter?
- In hoeverre vormt het relativiteitsvereiste een belemmering voor de bescherming van concurrentiebelangen bij de toetsing van een besluit door de bestuursrechter?

1 Daalder, Geleijnse & Elzackers 2015, p. 2439, Swagemakers 2015, p. 12, Gerritsen 2015, p. 7, en K. Lagraw, annotatie bij ABRS 11 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1146, *Gst.* 2014/22, p. 86.

2 Nijmeijer e.a. 2015.

7.1.2 Concurrentie, concurrentiebelangen en het belang van concurrentie

In dit onderzoek wordt concurrentie gedefinieerd als de strijd tussen ondernemers om de gunst van de consument. Tegen die achtergrond zijn drie soorten belangen van ondernemers te onderscheiden. In de eerste plaats hebben ondernemers er belang bij om gevrijwaard te blijven of verlost te worden van concurrerende ondernemers. Hoe minder concurrenten, hoe minder strijd er immers hoeft te worden gevoerd om de gunst van de consument en hoe hoger in het algemeen de winst. In de tweede plaats hebben ondernemers belang bij eerlijke concurrentie. Het gaat er daarbij om dat zij op grond van gelijke uitgangsposities kunnen strijden om de gunst van de consument en dus gelijke kansen hebben om die consument aan zich te binden. Deze eerste twee belangen hebben betrekking op de relatie met andere ondernemingen en zijn daarom te kwalificeren als concurrentiebelangen. Tot slot hebben ondernemers belang bij een ongehinderde bedrijfsvoering, zodat zij zo vrij mogelijk kunnen strijden om de gunst van de consument. Dit laatste belang is strikt genomen geen concurrentiebelang, omdat het niet zozeer betrekking heeft op de relatie met andere ondernemers. Dit belang is daarom in dit onderzoek slechts zijdelings aan de orde gekomen.

Elke verlening van een vergunning of ontheffing, vaststelling van een bestemmingsplan, beslissing op een handhavingsverzoek of verlening van een subsidie door de overheid beïnvloedt direct of indirect de marktkansen van ondernemingen. Wanneer bijvoorbeeld een ondernemer een vergunning krijgt om bepaalde economische activiteiten te ontplooiën of wanneer een bestemmingsplan voorziet in de vestiging van een ondernemer, dan betekent dit dat een zittende ondernemer te maken krijgt met een toename van de concurrentie en diensgevolge afnemende marktkansen. Dat wil echter niet zeggen dat in al die gevallen de bescherming van concurrentiebelangen noodzakelijk is. Concurrentie als zodanig is geen verschijnsel dat bestreden moet worden. In tegendeel, een basisgedachte in Westerse markteconomieën is dat volkomen concurrentie uiteindelijk leidt tot optimalisatie van de welvaart. Het is niet in het algemeen belang als het bestuursrecht bescherming biedt tegen concurrentie als zodanig. Concurrentie komt tot stand op een markt en laat zich als zodanig naar haar aard niet door het recht beschermen. Dat wordt anders als de concurrentie wordt verstoord. Op het moment dat concurrentie eerlijk en vrij is, leidt dat tot een uit het oogpunt van welvaart optimale situatie. Wordt de gelijkheid van de kansen verstoord, dan schaadt dat de welvaart en is bescherming van de concurrentie gewenst. In dit proefschrift ging het er dan ook om in hoeverre het belang van eerlijke concurrentie – vaak aangeduid als gelijke kansen of het gelijke speelveld – door het bestuursrecht wordt beschermd.

7.2 DEELCONCLUSIE 1: RUIME TOEGANG TOT DE BESTUURSRECHTELIJKE PROCEDURE

Een eerste voorwaarde voor het genieten van rechtsbescherming in een bestuursrechtelijke procedure is het hebben van toegang tot die procedure. Op grond van de artikelen 7:1 lid 1 en 8:1 lid 1 Awb kan alleen een belanghebbende bezwaar maken en beroep instellen tegen een besluit. Dit betekent dat het voor een ondernemer die – omdat hij vindt dat hij door een besluit in zijn concurrentiebelang wordt getroffen – tegen een besluit wil opkomen, van belang is om als belanghebbende in de zin van artikel 1:2 Awb te kunnen worden aangemerkt. De eerste deelvraag van dit onderzoek was dan ook de vraag wanneer een ondernemer op grond van zijn concurrentiepositie als belanghebbende kan worden aangemerkt.

Een ondernemer kan op grond van zijn concurrentiepositie als belanghebbende bij een besluit worden aangemerkt, als zijn concurrentiebelang rechtstreeks bij het (te nemen) besluit is betrokken. Blijkens de rechtspraak van het CBb en de Afdeling is dit het geval wanneer hij activiteiten ontplooit, of concrete plannen heeft om dat te gaan doen, in hetzelfde marktsegment en hetzelfde verzorgingsgebied als de begunstigde van het besluit. In wezen gaat het hierbij om de vraag of de begunstigde van een besluit een concurrent is van degene die tegen dat besluit opkomt. Dit is het geval als aan twee cumulatieve criteria is voldaan.

7.2.1 Criterium 1: marktsegment

Het eerste criterium aan de hand waarvan wordt beoordeeld of ondernemers met elkaar concurreren betreft het marktsegment waarin zij actief zijn. Ondernemers zijn concurrenten van elkaar als zij actief zijn in hetzelfde marktsegment. Bij de beoordeling of dit het geval is hanteren het CBb en de Afdeling als maatstaf dat beide ondernemingen vergelijkbare producten of diensten moeten aanbieden. Uit de onderzochte rechtspraak volgt dat daarbij sprake is van een glijdende schaal. Wanneer het gaat om min of meer homogene producten of diensten, dan wordt vrijwel automatisch aangenomen dat beide ondernemingen werkzaam zijn in hetzelfde marktsegment en dus over en weer belanghebbende zijn bij aan de ander gerichte begunstigende besluiten. Een voorbeeld hiervan geeft een meermaals in dit proefschrift aangehaalde zaak, waarin het ging om subsidieverlening aan een Nederlands bedrijf voor het in Vietnam handmatig produceren van chocoladedecoraties voor de export. Een Vietnamees bedrijf dat ook plannen had om in Vietnam handgemaakte chocoladedecoraties te produceren voor de export werd als belanghebbende aangemerkt bij het subsidiebesluit. Van belang daarbij was dat beide ondernemers handgemaakte chocoladedecoraties wilden produceren voor de export en dus sprake was van vergelijkbare producten. Naarmate de aangeboden producten of diensten heterogener worden, en dus in mindere mate sprake is van vergelijkbaarheid, wordt

minder snel aangenomen dat sprake is van hetzelfde marktsegment. Zo werd de eigenaar van een kaaswinkel niet aangemerkt als belanghebbende bij de verlening van een ontheffing voor een brocante waar curiosa en artikelen voor woninginrichting werden verkocht. De twee hier genoemde voorbeelden bevinden zich ieder aan de uiteinden van een spectrum. Daar tussenin bevinden zich zaken waarin het minder evident is of al dan niet sprake is van vergelijkbare producten. Zo werd *'hop on, hop off'* toeristenvervoer per boot niet vergelijkbaar geacht met *'hop on, hop off'* toeristenvervoer per bus. Hoewel niet kan worden ontkend dat een boot en een bus van elkaar verschillen, gaat het in beide gevallen om het vervoer van toeristen die kortdurend in Amsterdam zijn en in die tijd zoveel mogelijk van Amsterdam willen zien. Is in dit geval de markt niet te krap afgebakend door uitsluitend naar het vervoermiddel te kijken en niet naar de aard van het vervoer? Vergelijkbaarheid van de diensten was naar mijn idee evenzeer verdedigbaar geweest.

Uit de rechtspraak van het CBb en de Afdeling wordt niet duidelijk waar precies de grens ligt tussen producten en diensten die nog wel vergelijkbaar zijn en producten en diensten die dat niet meer zijn. De bestuursrechter beoordeelt dit van geval tot geval. Daarbij valt in de eerste plaats op dat vaak betrekkelijk summier wordt ingegaan op de vraag of ondernemingen werkzaam zijn in hetzelfde marktsegment. In veel gevallen wordt, na het benoemen van de door de betrokken ondernemingen aangeboden producten of diensten, volstaan met de constatering dat zij werkzaam zijn in hetzelfde marktsegment. In de tweede plaats valt op dat het product- of dienstenaanbod doorgaans in algemene bewoordingen worden omschreven, zonder dat daarbij naar de specifieke kenmerken van het product of de dienst wordt gekeken. Illustratief is opnieuw de zaak over de chocoladedecoraties. Voldoende voor het aannemen van belanghebbendheid was dat beide ondernemingen zich bezig hielden met de handmatige productie van chocoladedecoraties. In het kader van de inhoudelijke beoordeling van de zaak bekeek de Afdeling het aanbod nog eens wat beter en overwoog dat de door de Nederlandse onderneming te produceren chocoladedecoraties voor een belangrijk deel met de hand worden gemaakt ten behoeve van een bijzondere en verfijnde vormgeving en dat deze producten vanwege hun fragiliteit op een speciale wijze worden verpakt. Zij onderscheiden zich daarmee, naar het oordeel van de Afdeling, in betekenende mate van de producten die de Vietnamese onderneming maakt en levert. Bij nadere beschouwing was dus toch geen sprake van concurrerende producten. Dit doet niet af aan de belanghebbendheid van de Vietnamese onderneming, aangezien, zoals de Afdeling zelf opmerkte, de belanghebbendtoets in het kader van de ontvankelijkheidsvraag ten aanzien van het aspect concurrentie minder strikt is dan de inhoudelijke toets aan het toepasselijke subsidie criterium.

Vanuit oogpunt van de bescherming van concurrentiebelangen is het op summiere en weinig specifieke wijze afbakenen van het marktsegment door de bestuursrechter toe te juichen. Dit betekent namelijk dat vrij snel wordt aangenomen dat ondernemingen actief zijn in hetzelfde marktsegment en dus op grond van hun concurrentiepositie kunnen worden aangemerkt als

belanghebbende bij aan de ander gerichte begunstigende besluiten. Toch zou de toegang tot de bestuursrechter verder kunnen worden verruimd, door inspiratie op te doen bij het mededingingsrecht. Op dat terrein wordt in het kader van het toezicht op de markt de relevante markt afgebakend. Ik doel er daarbij beslist niet op dat bij de beoordeling van de belanghebbendheid van ondernemingen toepassing zou moeten worden gegeven aan de in het mededingingsrecht voor het bepalen van de relevante markt gebruikelijke SNIPP-test. Deze test, waarbij aan de hand van een gedetailleerde economische analyse heel precies wordt vastgesteld welke producten concurrerend zijn, heeft als nadeel dat deze zich slecht verhoudt met het uitgangspunt van de Awb dat het bestuursprocesrecht laagdrempelig moet zijn. Het gaat mij er slechts om dat de bestuursrechter bij de beoordeling of een ondernemer op grond van zijn concurrentiepositie belanghebbende is bij een besluit niet alleen zou moeten beoordelen of producten of diensten vergelijkbaar zijn, maar ook, zoals in het mededingingsrecht gebruikelijk is, of producten of diensten inwisselbaar zijn. Als bijvoorbeeld de eigenaar van een snackbar te maken krijgt met de vestiging van een supermarkt in de nabijheid van zijn snackbar, dan is nauwelijks sprake van vergelijkbaar aanbod dat erbij komt. De supermarkt verkoopt immers geen patatje met of kroket en de snackbar verkoopt geen wasmiddel of literpakken zuivel. Op grond van de criteria die het CBb en de Afdeling gebruiken moet dan worden geconcludeerd dat geen sprake is van concurrenten en kan de snackbar niet worden aangemerkt als belanghebbende bij het besluit dat de vestiging van de supermarkt mogelijk maakt. Toch is niet onaannemelijk dat de snackbarhouder concurrentienadeel ondervindt van de komst van de supermarkt. Klanten die eerst voor een snack waren aangewezen op de snacks van de snackbar, kunnen nu ineens ook terecht bij de supermarkt voor bijvoorbeeld een broodje kaas en een blikje cola. Er is dus sprake van inwisselbare producten en dus wel degelijk van concurrentie. Door uit te gaan van de inwisselbaarheid van producten zou in dit geval wel belanghebbendheid moeten worden aangenomen. Een inwisselbaarheid-benadering zou ook in het eerder genoemde geval van *'hop on, hop off'*-vervoer per bus of boot vermoedelijk tot het aannemen van belanghebbendheid hebben geleid. Dergelijke ondernemers zouden toegang moeten kunnen krijgen tot de bestuursrechtelijke procedure in gevallen waarin zij concurrentie ondervinden als gevolg van een besluit van een bestuursorgaan en niet reeds moeten struikelen over het feit dat zij niet dezelfde diensten of producten aanbieden als hun concurrent.

7.2.2 Criterium 2: verzorgingsgebied

Het tweede criterium aan de hand waarvan wordt beoordeeld of ondernemers met elkaar concurreren betreft het verzorgingsgebied waarin zij actief zijn. Het gaat daarbij om de geografische ruimte waarin ondernemers actief zijn. Bij de beoordeling of ondernemingen in hetzelfde verzorgingsgebied werkzaam zijn speelt in de eerste plaats de aard van de activiteiten een rol. Hoe exclusiever, hoe groter het verzorgingsgebied. Zo heeft een *factory outlet*

center een groter verzorgingsgebied dan een supermarkt, omdat consumenten bereid zijn verder te reizen voor een dagje funshoppen, dan voor het doen van hun dagelijkse boodschappen. In de tweede plaats speelt een rol waar de activiteiten worden verricht. Hoe hoger de plaatselijke bevolkingsdichtheid, hoe beperkter het verzorgingsgebied. Zo heeft een supermarkt in de binnenstad van Amsterdam een kleiner verzorgingsgebied dan een supermarkt in een dorp op Schouwen-Duivenland, omdat er in Amsterdam door de grotere klantendichtheid meer supermarkten zijn en een consument dus op kortere afstand een supermarkt kan vinden.

7.2.3 Invloed op de omzet als derde criterium?

In sommige zaken lijkt de Afdeling naast het marktsegment en verzorgingsgebied een derde criterium te hanteren bij de beoordeling of een ondernemer op grond van zijn concurrentiepositie kan worden aangemerkt als belanghebbende bij een besluit. Het gaat dan om de vraag of aannemelijk is dat het (te nemen) besluit leidt tot omzetverlies bij degene die daartegen opkomt. Het aantal zaken waarin dit criterium is toegepast is op één hand te tellen, zodat niet kan worden gesproken van een bestendige lijn. Daar komt bij dat er ook recente uitspraken zijn waarin de gevolgen van een besluit op de omzet min of meer expliciet buiten beschouwing zijn gelaten bij de beoordeling van de belanghebbendheid. Afgewacht moet dan ook worden hoe de toepassing van het omzet-criterium zich zal ontwikkelen. Als dit criterium zich daadwerkelijk tot een zelfstandig criterium ontwikkelt – waar het overigens niet op lijkt – acht ik dat niet gelukkig, omdat dit vaak een wat complexer economische analyse vergt die niet goed past bij het karakter van de beoordeling van de belanghebbendheid die er toch vooral op is gericht willekeurige derden buiten de deur te houden.

7.2.4 Slotsom: ruime toegang tot rechtsbescherming

Het antwoord op de eerste deelvraag van dit onderzoek is dat, als gevolg van het op summiere wijze en in betrekkelijk algemene bewoordingen afbakenen van de markt, ondernemers die opkomen tegen een besluit al vrij snel als concurrent van de begunstigde van dat besluit en dus als belanghebbende bij dat besluit worden aangemerkt. De aard van het concurrentiebelang waarvoor wordt opgekomen speelt hierbij geen rol, omdat de vraag of iemand belanghebbende is een louter feitelijke vraag betreft. Enige verruiming van de belanghebbendheid van concurrenten kan nog worden bereikt door niet alleen te onderzoeken of producten en diensten vergelijkbaar zijn, maar ook of deze inwisselbaar zijn, zonder daarbij overigens de complexe economische analyses uit het mededingingsrecht te gebruiken. Deze suggestie laat onverlet dat ondernemers die door een besluit in hun concurrentiepositie worden getroffen ook onder het huidige recht reeds ruime toegang hebben tot bestuursrechtelijke procedures. Dit is gunstig voor de bescherming die het bestuursrecht kan bieden aan concurrenten.

7.3 DEELCONCLUSIE 2: BEPERKT MEEWEGEN VAN CONCURRENTIEBELANGEN

Heeft een door een besluit in zijn concurrentiebelang getroffen ondernemer eenmaal toegang tot de bestuursrechtelijke procedure, dan rijst de vraag in hoeverre zijn belangen in die procedure een rol kunnen spelen. Kan het bestuur bij de in het kader van de uitoefening van een bestuursbevoegdheid te maken belangenafweging concurrentiebelangen betrekken en kan de bestuursrechter dat bij de toetsing van het besluit en de daaraan ten grondslag liggende belangenafweging? Het antwoord op die vraag wordt in overwegende mate bepaald door de wetgever. In een democratische rechtsstaat bepaalt de wetgever of en, zo ja, ter behartiging van welke belangen het bestuur mag handelen. Om te weten of concurrentiebelangen een rol kunnen spelen in de belangenafweging door het bestuur en de toetsing daarvan door de bestuursrechter is het dus uitermate relevant om na te gaan welke belangen de wetgever met de toekenning van een bepaalde bevoegdheid aan een bestuursorgaan heeft beoogd te behartigen. Daarnaast spelen echter ook rechtsbeginselen en internationale normen een rol bij de beantwoording van de vraag in hoeverre concurrentiebelangen een rol kunnen spelen.

7.3.1 Concurrentiebelangen en het doelgebonden karakter van bestuursbevoegdheden

Anders dan in het Unierecht het geval is, nemen concurrentiebelangen in het nationale bestuursrecht – buiten het terrein van het mededingingsrecht – maar een heel bescheiden plaats in. In de Awb, waarin de algemene regels van bestuursrecht zijn neergelegd, worden concurrentiebelangen geen enkele keer genoemd. Alleen in de toelichting komen concurrentiebelangen (slechts) drie keer ter sprake. Deze marginale aandacht voor concurrentiebelangen valt te verklaren vanuit de aard van het algemene bestuursrecht. De Awb heeft als doel bestuursrechtelijke procedures te normeren en te uniformeren en wijst dus niet de concrete belangen – waaronder concurrentiebelangen – aan die bij het nemen van een besluit moeten worden betrokken. Maar ook in de bijzondere bestuursrechtelijke regelgeving, waarin met een bepaald doel bestuursbevoegdheden worden toegekend, zijn overwegingen met betrekking tot concurrentiebelangen maar zeer beperkt terug te vinden. Het Nederlandse bestuursrecht kent geen regels die wat betreft inhoud vergelijkbaar zijn met de Unierechtelijke vrij-verkeerbepalingen en staatssteunregels, op grond waarvan het de overheid in beginsel niet is toegestaan het interstatelijke handelsverkeer en dus ook de concurrentie te belemmeren.

In hoofdstuk 5 van dit boek is gezocht naar een antwoord op de vraag waar de combinatie van, enerzijds, de beperkte aandacht van de wetgever voor het belang van eerlijke concurrentie bij de toekenning van bestuursbevoegdheden en, anderzijds, de met het doelgebonden karakter van bestuursbevoegdheden samenhangende begrenzing voor het bestuur om belangen te betrekken in de besluitvorming toe leidt als het om de bescherming van het

belang van eerlijke concurrentie gaat. Dat is gebeurd aan de hand van voorbeelden van vijf categorieën besluiten waarover door ondernemers op grond van hun concurrentiepositie regelmatig wordt geprocedeerd.

De eerste categorie besluiten betrof ruimtelijke besluiten. Bij toekenning van de bevoegdheid om bestemmingsplannen vast te stellen en omgevingsvergunningen te verlenen heeft de wetgever de behartiging van het belang van een goede ruimtelijke ordening voor ogen gehad. De Afdeling heeft bij herhaling geoordeeld dat concurrentieverhoudingen – en dat geldt ook voor het belang van een gelijk speelveld – bij een planologische belangenafweging in beginsel geen in aanmerking te nemen belang vormen. Concurrentieverhoudingen kunnen alleen een rol spelen in de besluitvorming en de toetsing daarvan, wanneer een planologische ontwikkeling dusdanige concurrentieverhoudingen tot gevolg heeft dat dit leidt tot een duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau. Waar het om gaat is dat de planwetgever rekening moet houden met de weerslag die concurrentieverhoudingen kunnen hebben op de fysieke leefomgeving. Dit is heel iets anders dan dat met concurrentiebelangen rekening wordt gehouden met het *doel* de concurrentiepositie van bepaalde ondernemers veilig te stellen of te verbeteren. Soms kunnen bepaalde ruimtelijk relevante belangen van een concurrent een rol spelen in de besluitvorming, bijvoorbeeld omdat hij dicht in de buurt van het plangebied is gevestigd en een ruimtelijke ontwikkeling gevolgen heeft voor het ondernemersklimaat. Concurrentiebelangen liften in dat geval mee met ruimtelijke belangen, maar genieten geen zelfstandige bescherming. Het belang van een gelijk speelveld is dus uitdrukkelijk geen te behartigen belang bij het nemen van ruimtelijke besluiten, zodat de bescherming van dat belang minimaal is.

Een tweede categorie besluiten betrof de verlening van niet-schaarse vergunningen (nodig) voor economische activiteiten, zoals een parallelhandelsvergunning voor geneesmiddelen, een drank- en horecavergunning of een exploitatie- of evenementenvergunning. Het gaat om uiteenlopende bevoegdheden waarop uiteenlopende regels van toepassing zijn. Dit heeft tot gevolg dat een minder eenduidig antwoord te geven is op de vraag in hoeverre concurrentiebelangen op grond van die regels beschermd kunnen worden. Wat opvalt is dat wanneer sprake is van een bevoegdheid die geregeld is in regelgeving die een uitwerking vormt van Europese regelgeving, het belang van een gelijk speelveld vaak in de Nederlandse regelgeving is ingebakken. Een voorbeeld vormt de Geneesmiddelenwet die een Europese richtlijn implementeert. De Afdeling oordeelde dat artikel 48 van deze wet, waarin de parallelhandelsvergunning is geregeld, naast het beschermen van de volksgezondheid ook de goede werking van de interne markt voor geneesmiddelen tot doel heeft. Het belang van een gelijk speelveld kan in de besluitvorming dus een rol spelen. Een enkele keer acht de Nederlandse wetgever op eigen initiatief, dus zonder daartoe door Europa te zijn aangespoord, het belang van een gelijk speelveld een te beschermen belang. Zo is in artikel 4 van de Drank- en horecawet bepaald dat bij gemeentelijke verordening ter voorkoming van oneerlijke mededinging regels worden gesteld waaraan bij-

voorbeeld dorps-, buurt- en clubhuizen, musea en sportkantineën zich moeten houden bij de verstrekking van alcoholhoudende drank. Het doel hiervan is de reguliere horeca te beschermen tegen oneerlijke concurrentie van vaak gesubsidieerde instellingen die ook een horecagelegenheid exploiteren. Het belang van een gelijk speelveld vindt dus ook bij de verlening van een drank- en horecavergunning bescherming. Deze wet vormt echter een uitzondering op de regel dat bij de verlening van vergunningen rekening dient te worden gehouden met concurrentiebelangen. Ter illustratie van de hoofdregel is de verlening van exploitatie- en evenementenvergunningen aan de orde gekomen. De bevoegdheid om die vergunningen te verlenen is vaak neergelegd in Algemene plaatselijke verordeningen. Daarin zijn ook de afwijzingsgronden limitatief opgesomd. Deze houden veelal verband met het voorkomen van gevaar voor de openbare orde, de openbare veiligheid of de volksgezondheid en het beschermen van het milieu of het woon- en leefklimaat en niet met het belang van een gelijk speelveld, zodat die belangen geen rol kunnen spelen in de besluitvorming.

Een derde categorie besluiten betrof de verlening van schaarse vergunningen en ontheffingen (nodig) voor economische activiteiten. Het gaat hierbij om rechten waarvoor geldt dat de vraag ernaar groter is dan het door de overheid gemaximeerde aanbod. Het schaarse-element brengt met zich dat in het geval van de verdeling van schaarse rechten in twee opzichten sprake kan zijn van concurrentie: concurrentie tussen twee of meer ondernemers die strijden om een beperkt aantal schaarse rechten en concurrentie tussen twee of meer ondernemers op een bepaalde markt voor goederen of diensten, waarbij uiteindelijk maar aan één of enkele ondernemers een vergunning of ontheffing wordt verleend. Hoewel bij de verdeling van schaarse rechten naar zijn aard altijd sprake is van concurrentie, valt het op dat de Nederlandse wetgever ook bij het toekennen van de bevoegdheid om dergelijke rechten te verdelen, in veel gevallen geen aandacht heeft geschonken aan het belang van eerlijke kansen bij die verdeling. Een uitzondering op deze regel vormt de Telecommunicatiewet op grond waarvan frequenties voor gebruik van etherruimte worden verleend. In de wet zijn regels opgenomen voor de verdeling van die rechten. Ook deze wet implementeert Europese richtlijnen, zodat het niet zo vreemd is dat het belang van een gelijk speelveld in de bevoegdheid om frequentieruimte te verdelen zit ingebakken. Anders ligt dat bij de bevoegdheid om ontheffingen te verlenen voor zondagsopening. Die bevoegdheid is neergelegd in de Winkeltijdenwet en winkeltijdenverordeningen. Uit de regelgeving en rechtspraak volgt dat bij een besluit om een ontheffing te verlenen of te wijzigen vooral het belang van de woon- en leefsituatie en de openbare orde het te behartigen belang is. Het belang van een gelijk speelveld en met het oog daarop eerlijke kansen bij de verdeling van de schaarse ontheffingen is geen belang dat dient te worden behartigd op grond van de regelgeving. Hooguit kan dat belang een rol spelen bij de beslissing om aan de ontheffing beperkingen te verbinden ten aanzien van bijvoorbeeld de looptijd. In zoverre kan het belang van een gelijk speelveld meewegen in de besluitvorming.

Een vierde categorie besluiten betrof de verlening van subsidies. Wie, waarvoor en onder welke voorwaarden hoeveel subsidie kan krijgen, is geregeld in bijzondere subsidieregelgeving. In die regelgeving is soms voorzien in bepalingen over de verdeling van de beschikbare subsidies. Soms ook is het gelijke speelveld als een weigeringsgrond voor subsidie opgenomen. Dit is bijvoorbeeld het geval in de PSI-regeling. Doel van deze regeling is het stimuleren van duurzame economische ontwikkeling door middel van het bevorderen van vernieuwende investeringen in de private sector in ontwikkelingslanden. In de toetsingscriteria aan de hand waarvan een aanvraag om subsidie wordt beoordeeld, is bepaald dat het te subsidiëren project niet mag concurreren met bestaande, vergelijkbare commerciële activiteiten in het betreffende land. Het gaat hier om het belang van een gelijk speelveld tussen de subsidieontvanger en ondernemers die op dezelfde markt voor goederen of diensten actief zijn dat een rol kan spelen in de besluitvorming. Het belang van een gelijk speelveld tussen verschillende gegadigden voor de subsidie speelt daarmee niet automatisch een rol in de besluitvorming. Soms is de te subsidiëren instelling al aangewezen in de van toepassing zijnde beleidsregels. Dit was het geval in de zaak *Coach4Kids*.³ In de cultuurnota van de gemeente Haarlemmermeer was Pier K aangewezen als kernvoorziening voor het aanbieden van cultuureducatie aan kinderen. Andere potentiële aanvragers werden daarmee op voorhand uitgesloten van subsidiëring. Het gaat hier om een goed voorbeeld van verbestuurlijking van besluitvorming. Dit betreft de verschuiving van het niveau waarop in algemeen verbindende voorschriften in abstracto belangen worden afgewogen en beleidskeuzen worden gemaakt van besluiten naar algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels. Uit oogpunt van rechtsbescherming is dit problematisch, omdat algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels niet zelfstandig vatbaar zijn voor beroep. Voor potentiële aanvragers van een subsidie wordt het dus heel lastig om hun eerlijke kans op een subsidie in rechte af te dwingen. Een exceptieve toets geeft immers minder mogelijkheden, omdat de toetsing van het voorschrift niet op zichzelf staat maar onderdeel is van de redenering van de rechter om tot een uiteindelijk oordeel te komen.

Een laatste categorie besluiten die aan de orde kwam, betrof handhavingsbesluiten. Dit is een enigszins bijzondere categorie besluiten. Voor delen van het bestuursrecht, waaronder in het bijzonder het omgevingsrecht en de regelgeving van lagere overheden geldt een beginselplicht, op grond waarvan het bestuur bij het constateren van een overtreding in beginsel gehouden is handhavend op te treden. Maar ook buiten deze terreinen geldt dat de rechtsstatelijke verhoudingen tussen bestuur en wetgever en de rechtszekerheid, vooral wanneer er belangen van derden zijn betrokken, maken dat ook als uitgangspunt geldt dat op een overtreding handhaving moet volgen. Uit de aard van de handhavingsbevoegdheid volgt dan ook bijna

3 ABRvS 20 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO1191, AB 2011/232, m.nt. W. den Ouden (*Coach4Kids*).

automatisch dat de ruimte om belangen af te wegen beperkt is. Het beschermingsbereik van de norm om handhaving waarvan is verzocht heeft daarvoor nog maar beperkte betekenis in de belangenafweging. Het belang van eerlijke concurrentie, dat doorgaans gediend is met handhavend optreden tegen de overtreding van bestuursrechtelijke normen door concurrenten, lift dus mee met het algemeen belang dat met handhaving is gediend, zodat de bescherming van dat belang weinig problematisch is.

De slotsom is dat de mate waarin concurrentiebelangen op grond van de toepasselijke regelgeving een rol kunnen spelen in de besluitvorming en op die manier worden behartigd en dus beschermd op een schaal is weer te geven. Aan het ene uiterste van de schaal staan ruimtelijke besluiten. De wet- en regelgeving die daarop van toepassing is, is zuiver nationaalrechtelijk en strekt op geen enkele manier tot de behartiging van het belang van een gelijk speelveld. De bescherming van concurrentiebelangen is bij ruimtelijke besluiten dus minimaal, zo blijkt uit de rechtspraak. Alleen wanneer het gaat om handhaving van ruimtelijke voorschriften kunnen concurrentiebelangen meeliften met het algemeen belang dat met handhaving is gediend en worden concurrentiebelangen dus wel beschermd. Aan het andere uiterste van de schaal bevinden zich besluiten die hun grondslag vinden in bestuursrechtelijke regelgeving waarin Unierecht is geïmplementeerd, zoals bijvoorbeeld de Geneesmiddelenwet. Omdat het belang van eerlijke en vrije concurrentie een centrale plaats inneemt in het Unierecht, wordt dat belang met de implementatie van het Unierecht ook onderdeel van het nationale afwegingskader en moet met dat belang rekening worden gehouden in de besluitvorming. Tussen deze twee uitersten zit een groot gebied waarbij concurrentiebelangen soms wel, zoals bij handhavingsbesluiten, maar in veel gevallen niet een rol kunnen spelen in de besluitvorming en de toetsing daarvan. Dit laatste komt doordat de Nederlandse wetgever bij het tot stand brengen van veel bestuursrechtelijke regelgeving weinig oog heeft gehad voor de bescherming van het belang van een gelijk speelveld. Slechts af en toe neemt de Nederlandse wetgever, daartoe niet gedwongen door Unierechtelijke regelgeving, uit eigen beweging het initiatief om het belang van een gelijk speelveld een plaats te geven in de bijzondere bestuursrechtelijke regelgeving. Een voorbeeld hiervan vormt de Drank- en horecawet.

Dat het belang van een gelijk speelveld maar een bescheiden rol kan spelen bij het nemen van besluiten en de toetsing daarvan is overigens lang niet altijd problematisch. Dat is bijvoorbeeld niet het geval wanneer een besluit leidt tot alleen een toename van de concurrentie, zoals het geval is bij veel ruimtelijke besluiten. Zoals gezegd is concurrentie als zodanig geen verschijnsel dat bestreden hoeft te worden. En een ondernemer die te maken krijgt met een toename van concurrentie, moet dan ook op de markt de strijd aanbinden met nieuwe concurrenten. Problemen ontstaan op het moment dat een besluit niet (alleen) leidt tot een vergroting van het speelveld, maar (ook) tot een verstoring van het speelveld, bijvoorbeeld omdat slechts bepaalde ondernemers tot de markt worden toegelaten en andere niet, of

omdat de voorwaarden die aan verschillende vergunningen of ontheffingen worden verbonden – met betrekking tot bijvoorbeeld openingstijden of kwaliteits- of veiligheidseisen – van elkaar verschillen. Het belang van eerlijke concurrentie komt dan op de tocht te staan als dat belang niet op de een of andere manier toch een rol kan spelen in de besluitvorming. Door het verbinden van voorschriften en beperkingen aan een besluit kunnen soms de concurrentieverstorende gevolgen van een besluit worden verzacht. Ze worden evenwel niet altijd weggenomen, omdat die voorwaarden het besluit als zodanig niet ongedaan maken. Zo kunnen bijvoorbeeld aan verlening van een ontheffing voor zondagsopening voorschriften worden verbonden ten aanzien van het assortiment dat mag worden verkocht en de precieze openingstijden, maar dat laat onverlet dat de ene ondernemer wel op zondag open mag zijn en de ander niet. Dit leidt tot de vraag in hoeverre wellicht langs andere weg in verdergaande mate met het belang van een gelijk speelveld rekening kan worden gehouden.

7.3.2 De bescherming van concurrentiebelangen op grond van het gelijkheidsbeginsel

Bestuursorganen zijn bij de uitoefening van hun bevoegdheden niet alleen gebonden aan de wet- en regelgeving, maar ook aan algemene rechtsbeginselen. Dit betekent ook dat de bestuursrechter niet alleen naar het beschermingsbereik van de wet- en regelgeving moet kijken, maar moet ‘doorpakken’ naar het niveau van de rechtsbeginselen. Bij eerlijke concurrentie gaat het om het bieden van gelijke kansen. Dit betekent dat het gelijkheidsbeginsel het meest voor de hand ligt als niet-wettelijke basis voor de bescherming van concurrentiebelangen.

In de afgelopen tien jaar is op het terrein van de verdeling van schaarse vergunningen en ontheffingen een rechtsnorm tot ontwikkeling gekomen, die ertoe strekt dat het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet bieden om naar de beschikbare schaarse rechten mee te dingen. Mededingingsruimte moet ervoor zorgen dat alle gegadigden voor een schaarse vergunning of ontheffing een gelijke kans krijgen om voor dat recht in aanmerking te komen en zo toegang tot de markt te krijgen. Om dit te bereiken, moet het bestuur dat de schaarse vergunning of ontheffing toedeelt allereerst alle potentiële gegadigden op de hoogte stellen van de beschikbaarheid van het schaarse publieke recht en de te volgen procedure. Zonder deze informatie kan een potentiële gegadigde simpelweg niet meedingen naar het schaarse publieke recht. Een tweede, belangrijke eis is dat het niet is toegestaan om schaarse publieke rechten nog langer voor onbepaalde tijd te verlenen. Verlening van een schaarse vergunning voor onbepaalde tijd sluit immers uit dat andere gegadigden in de toekomst alsnog dat recht kunnen krijgen. Zij krijgen in dat geval geen gelijke kans in de strijd om de gunst van de consument. Een derde eis is dat, hoewel het bestuur in beginsel vrij is te kiezen voor een bepaalde verdeelprocedure, gedurende de

besluitvormingsprocedure in beginsel de verdeelprocedure niet mag worden gewijzigd. Alleen op die manier krijgen alle gegadigden een gelijke kans om in aanmerking te komen voor het schaarse publieke recht en dus toegang tot de markt. Tot slot mogen schaarse vergunningen niet voor onbepaalde tijd worden verleend. De hier genoemde eisen zorgen ervoor dat concurrenten een gelijke kans hebben om een bepaalde markt te betreden. Uit een uitspraak van de Afdeling van begin 2017 lijkt te kunnen worden afgeleid dat de verplichting om mededingingsruimte te creëren ook geldt bij de verdeling van subsidiegelden die schaars zijn.⁴

Als rechtsgrondslag voor de hier beschreven verplichtingen is lange tijd het zorgvuldigheidsbeginsel gebruikt. Hoewel de keuze voor het zorgvuldigheidsbeginsel niet onjuist is – het bieden van gelijke kansen is immers een vorm van zorgvuldigheid – zegt die keuze niets over de ratio van de norm die verplicht tot het creëren van mededingingsruimte. Staatsraad advocaat-generaal Widdershoven heeft in een conclusie uiteengezet dat het daarom meer voor de hand ligt om het gelijkheidsbeginsel te gebruiken als grondslag voor de ‘mededingingsnorm’.⁵ Gevolg gevend aan deze conclusie wordt sinds eind 2016 in de rechtspraak van de Afdeling het gelijkheidsbeginsel gekozen als grondslag voor de norm die ertoe strekt dat het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet bieden om naar de beschikbare schaarse rechten mee te dingen.⁶ Nu de uitspraak van de Afdeling er een is van een grote kamer, waarin ook de waarnemend president van het CBb zitting had, ligt het voor de hand dat ook het CBb in een volgende uitspraak zal kiezen voor het gelijkheidsbeginsel als grondslag voor het bieden van gelijke kansen bij de verdeling van schaarse rechten.

De hiervoor omschreven norm is geen algemene bestuursrechtelijke norm. Buiten het terrein van de verdeling van schaarse publieke rechten wordt deze niet toegepast. Er is dus geen norm die in meer algemene zin ertoe strekt dat het bestuur bij het nemen van besluiten rekening houdt met het gelijke speelveld tussen concurrenten. Dat is niet helemaal logisch. Ook buiten het terrein van de schaarse rechten kunnen besluiten immers het gelijke speelveld tussen concurrenten beïnvloeden. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer aan twee concurrenten een zelfde soort vergunning wordt verleend maar daaraan verschillende voorwaarden worden verbonden, of wanneer een gemeente handhavend optreedt tegen de overtreding van bepaalde voorschriften, maar een buurgemeente niet handhavend optreedt tegen de overtreding van dezelfde voorschriften door een daar gevestigde concur-

4 ABRvS 18 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:86, *Gst.* 2017, 85, m.nt. P.W.A. Huisman (*Tjalling Koopmans College*).

5 Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421 (*speelautomatenhal Vlaardingen*).

6 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, r.o.8, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Speelautomatenhal Vlaardingen*).

rent. Ook in deze gevallen geldt het gelijkheidsbeginsel, althans het belang bij een gelijke behandeling in verband met het gelijke speelveld. Een beroep op het gelijkheidsbeginsel slaagt echter maar zelden. Dit komt doordat de bestuursrechter bij toetsing aan het gelijkheidsbeginsel doorgaans de vergelijkbaarheid van gevallen als vertrekpunt voor de toetsing hanteert. Pas als sprake is van vergelijkbare gevallen wordt toegekomen aan de vraag of het gemaakte onderscheid gerechtvaardigd is of niet. Hoewel uit de rechtspraak van de bestuursrechter niet altijd duidelijk blijkt wat als vergelijkingsmaatstaf wordt gebruikt, ligt het voor de hand om het doel van het door het bestuursorgaan gemaakte onderscheid te kiezen als vergelijkingsmaatstaf. Dit doel kan worden vastgesteld aan de hand van de toepasselijke regelgeving. Hier dient zich een knelpunt aan. Gebleken is immers dat het Nederlandse bestuursrecht – afgezien van het mededingingsrecht – maar weinig regels kent die tot doel hebben het gelijke speelveld en dus het belang van eerlijke concurrentie te beschermen. Dit betekent dat maar zelden het zijn van concurrenten als vergelijkingsmaatstaf kan dienen. Dit verklaart in belangrijke mate waarom concurrenten vaak tevergeefs een beroep doen op het gelijkheidsbeginsel, terwijl het besluit waartegen zij opkomen wel degelijk het gelijke speelveld kan verstoren.

7.3.3 De bescherming van concurrentiebelangen op grond van het Unierecht en het EVRM

Naast de op een besluit van toepassing zijnde bestuursrechtelijke regelgeving en de rechtsbeginselen bepalen tot slot het Unierecht en het EVRM of concurrentiebelangen een rol kunnen of moeten spelen in de besluitvorming.

Omdat in veel van de Unierechtelijke regelgeving de bescherming van het gelijke speelveld centraal staat is het niet verwonderlijk dat ondernemers die door een besluit in hun concurrentiebelangen – en in het bijzonder in het belang van een gelijk speelveld – worden getroffen, geregeld een beroep doen op het Unierecht in een bestuursrechtelijke procedure. Dat geldt temeer nu, zoals we hebben gezien, die belangen op grond van de Nederlandse bestuursrechtelijke regelgeving en de rechtsbeginselen maar een beperkte rol kunnen spelen in de besluitvorming en de toetsing daarvan door de bestuursrechter. Op grond van het beginsel van rechtstreekse werking zijn de nationale rechter, maar ook het bestuur, gehouden om rechtstreeks werkend Unierecht, waaronder de vrij-verkeerbepalingen en de staatssteunregels, toe te passen en daarmee strijdig nationaal recht buiten toepassing te laten. Een belangrijke beperking daarbij is dat deze verplichting alleen geldt in gevallen die vallen binnen het beschermingsbereik van het Unierecht in het algemeen (grensoverschrijdende situatie) en van de ingeroepen Unierechtelijke regelgeving in het bijzonder. Is dat het geval, dan moet op grond van het toepasselijke Unierecht in de besluitvorming rekening worden gehouden met het belang van een gelijk speelveld. Dit betekent niet dat het

Unierecht altijd de grenzen van het nationale doelgebonden afwegingskader doorbreekt. Het in het Unierecht gewortelde verbod om de interne markt en dus het gelijke speelveld te verstoren is namelijk niet absoluut. Beperkingen van het vrije verkeer kunnen om dwingende redenen van algemeen belang geoorloofd zijn. Steeds moet een afweging worden gemaakt tussen enerzijds het belang van een open markteconomie met eerlijke mededinging en anderzijds allerlei andere politieke en sociale belangen, waarbij het eerste belang natuurlijk wel veel gewicht in de schaal legt. Is er een dwingende reden van algemeen belang, dan moet vervolgens worden beoordeeld of de voorliggende maatregel geschikt is om de verwezenlijking van het daarmee nagestreefde doel te waarborgen en of deze niet verder gaat dan nodig is voor het bereiken van dat doel. Hoewel er dus wel ruimte is om besluiten te nemen die het gelijke speelveld beïnvloeden, moet op grond van het Unierecht het belang van eerlijke concurrentie wel degelijk worden betrokken in de besluitvorming, bijvoorbeeld door algemeen verbindende voorschriften die in strijd zijn met het Unierecht buiten toepassing te laten.

Op grond van artikel 94 Grondwet zijn de rechter en het bestuur ook verplicht om direct werkende verdragsbepalingen toe te passen bij de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden en toetsing daarvan. Dit betekent dat ook EVRM-bepalingen moeten worden toegepast. Gebleken is echter dat de betekenis van het EVRM voor de bescherming van concurrentiebelangen beperkt is. In de eerste plaats komt dit doordat concurrentiebelangen als zodanig, anders dan in het Unierecht het geval is, geen door het EVRM beschermde belangen zijn. Dat laat evenwel onverlet dat artikel 1 Twaalfde Protocol (discriminatieverbod) en vooral artikel 1 EP (bescherming van eigendom) wel enige potentie hebben om concurrentiebelangen te beschermen. De bescherming die artikel 1 Twaalfde Protocol biedt is echter beperkter dan de bescherming die het Unierecht biedt. Het artikel houdt namelijk wel een algemeen discriminatieverbod in, maar verbiedt, anders dan de vrijverkeerbepalingen in het Unierecht niet *elke* belemmering van de concurrentie. De kansen van een beroep op artikel 1 EP lijken op het eerste gezicht groter, omdat dat artikel meer aanvullende bescherming biedt. Belangrijk bij een beroep op deze bepaling is echter wel de vraag wat precies de oorzaak is van de schending van het door artikel 1 EP beschermde belang. In theorie kunnen uiteenlopende besluiten leiden tot aantasting van de eigendom van een ondernemer. Als bijvoorbeeld een concurrent een vergunning of ontheffing krijgt voor concurrerende activiteiten, dan kan dat leiden tot een verlies van marktaandeel van een zittende ondernemer. In veel gevallen is een dergelijke inbreuk gerechtvaardigd om redenen van algemeen belang. Daarnaast is het vaak maar de vraag of de aantasting van een concurrentiepositie het directe gevolg is van de verlening van de vergunning of ontheffing of van de bedrijfsactiviteiten van een concurrent. In veel gevallen moet worden aangenomen dat de bedrijfsactiviteiten van een concurrent het marktaandeel van een ondernemer beïnvloeden, zodat de bescherming van dat belang niet primair via het bestuursrecht dient te lopen.

7.3.4 Slotsom: beperkt meewegen van concurrentiebelangen

Het antwoord op de tweede deelvraag is dat bestuursorganen bij het nemen van besluiten en de bestuursrechter bij het toetsen daarvan in veel gevallen maar beperkt gewicht kunnen toekennen aan de belangen van concurrenten. Dit heeft twee oorzaken. In de eerste plaats kent het bestuursrecht maar een beperkt aantal regels dat als doel heeft het gelijke speelveld te beschermen. In de tweede plaats hebben bestuur en rechter te maken met de rechtsstatelijke werkverdeling tussen de wetgever en het bestuur. Op grond daarvan moet het bestuur bij de uitoefening van een bevoegdheid het belang dat de wetgever met de toekenning van die bevoegdheid heeft beoogd te behartigen voor ogen houden. Uitzonderingen op de regel dat doorgaans maar beperkt gewicht kan worden toegekend aan concurrentiebelangen doen zich voor bij (1) besluiten die worden genomen op grond van uit het Unierecht voortvloeiende regelgeving waarin het belang van een gelijk speelveld zit ingebakken, (2) handhavingsbesluiten waarop de beginselplicht tot handhaving van toepassing is, en (3) de verdeling van schaarse publieke rechten, waarbij op grond van het gelijkheidsbeginsel geldt dat gegadigden voor een schaars recht gelijke kansen moeten krijgen om voor dat recht in aanmerking te komen. Een belangrijke constatering is dat het Nederlandse bestuursrecht, anders dan in het Unierecht het geval is, niet een meer algemene norm bevat die ertoe strekt dat het bestuur bij het nemen van besluiten en de bestuursrechter bij het toetsen daarvan rekening houdt met de gevolgen van dat besluit voor het gelijke speelveld.

7.4 DEELCONCLUSIE 3: HET RELATIVITEITSVEREISTE ALS STRUIKELBLOK VOOR CONCURRENTEN

Voor de bescherming van concurrentiebelangen is niet alleen van belang of die belangen in de door het bestuur te maken belangenafweging als zodanig kunnen worden betrokken, maar ook in hoeverre kan worden getoetst of een besluit al dan niet in strijd is met wet- en regelgeving. Sinds 2011 vormt het relativiteitsvereiste hierbij een serieuze beperking. Het relativiteitsvereiste stelt grenzen aan de vernietigingsbevoegdheid van de bestuursrechter. Op grond van dit vereiste, dat is neergelegd in artikel 8:69a Awb, vernietigt een bestuursrechter een besluit niet op de grond dat het in strijd is met een geschreven of ongeschreven rechtsregel of een algemeen rechtsbeginsel, indien deze regel of dit beginsel kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich erop beroept. In de rechtspraak van de Afdeling is daar op grond van de toelichting op die bepaling aan toegevoegd dat een besluit evenmin wordt vernietigd als er onvoldoende verband bestaat tussen de beroepsgrond en het belang waaraan appellant zijn beroepsrecht ontleent (causaliteit).

7.4.1 Concurrentiebelangen zijn vooral in het ruimtelijk bestuursrecht geen te beschermen belangen

Tot op heden wordt het relativiteitsvereiste voornamelijk toegepast op het terrein van het ruimtelijk bestuursrecht. Dat is precies het terrein waarop het meest door concurrenten wordt geprocedeerd. Dit betekent dan ook dat zij relatief vaak te maken krijgen met het relativiteitsvereiste. Aangezien de op ruimtelijke besluiten van toepassing zijnde wet- en regelgeving er niet toe strekken om ondernemers in hun concurrentiebelangen te beschermen is het relativiteitsvereiste voor concurrenten die tegen ruimtelijke besluiten procederen een haast onneembare drempel geworden. Overigens is dat lang niet altijd problematisch vanuit het perspectief van een gelijk speelveld. In veel omgevingsrechtelijke procedures is het ondernemers er namelijk om te doen concurrentie te voorkomen. Vaak staat daarbij de gelijkheid van het speelveld echter niet op het spel. *Toename* van concurrentie betekent namelijk niet automatisch *verstoring* van concurrentie. Zolang het een ondernemer slechts gaat om het weren van concurrenten is geen sprake van een belang dat uit een oogpunt van het algemeen belang bescherming behoeft. Toch zijn er situaties denkbaar waarin de schending van omgevingsrechtelijke voorschriften leidt tot verstoring van het gelijke speelveld. Dit is bijvoorbeeld het geval als in een bestemmingsplan ten aanzien van een nieuwkomer ten onrechte minder strenge veiligheids- of milieueisen worden gesteld dan ten aanzien van een zittende ondernemer, of wanneer bepaalde wettelijke voorschriften ten aanzien van concurrerende ondernemers verschillend worden toegepast. Toepassing van het relativiteitsvereiste kan in een dergelijk geval voor de benadeelde ondernemer problematisch uitpakken, omdat de geschonden norm niet strekt tot bescherming van zijn concurrentiebelang. Dit betekent dat de bestuursrechter het besluit, hoewel dat leidt tot een aantasting van de gelijke kansen tussen concurrenten, niet kan vernietigen wegens schending van de omgevingsrechtelijke norm. De verstoring van het gelijke speelveld verandert namelijk niets aan het beschermingsbereik van de geschonden norm.

Ook buiten het omgevingsrecht wordt heel af en toe het relativiteitsvereiste toegepast. Op het terrein van handhaving past de bestuursrechter het relativiteitsvereiste toe op de beweerdelijk geschonden wetsbepaling. Strekt die niet tot bescherming van het belang van appellant, dan kan een beroep op schending van de desbetreffende norm in beginsel niet leiden tot vernietiging van het besluit. Dit kan uit oogpunt van bescherming van het belang van eerlijke concurrentie soms problematisch zijn, omdat het niet naleven van voorschriften die op zichzelf niet strekken tot bescherming van dat belang heel wel kan leiden tot een verstoring van het gelijke speelveld. Als ondernemer A zich bijvoorbeeld niet aan bepaalde milieueisen houdt en daardoor kosten uitspaart, terwijl ondernemer B die eisen wel keurig naleeft, dan heeft ondernemer A een onrechtmatig concurrentievoordeel. Dat de geschonden milieunorm niet strekt tot bescherming van de concurrentieverhoudingen doet daar

niets aan af. In dit licht is het interessant of de correctie Widdershoven het geconstateerde gat in de rechtsbescherming kan dichten.

7.4.2 De correctie Widdershoven

Ook de bestuursrechter is zich ervan bewust geweest dat de hiervoor beschreven situatie, waarin een bepaalde norm wordt overtreden die niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept, waardoor niet aan die norm kan worden getoetst, terwijl de overtreding wel degelijk tot gevolg heeft dat de gelijkheid tussen partijen wordt verstoord, niet bevredigend is. Dat blijkt uit het feit dat de voorzitter van de Afdeling in 2015 aan staatsraad advocaat-generaal Widdershoven de vraag heeft voorgelegd of er bij toepassing van het relativiteitsvereiste ruimte bestaat voor een op de civielrechtelijke correctie Langemeijer geïnspireerde correctie die er op neerkomt dat onrechtvaardig geachte uitkomsten van de toepassing van het relativiteitsvereiste worden voorkomen. Het betrof een zaak waarin het ging om een ondernemer die procedeerde over een bestemmingsplan dat voorzag in de vestiging van een concurrent en die erover klaagde dat bepaalde omgevingsrechtelijke normen ongelijk werden toegepast.⁷ In zijn conclusie heeft Widdershoven geantwoord dat de bestuursrechter de toepassing van artikel 8:69a Awb in die zin dient te corrigeren dat de schending van een wettelijke norm die niet de bescherming beoogt van de belangen van een belanghebbende, en die op zichzelf genomen dus niet tot vernietiging zou kunnen leiden, kan bijdragen tot het oordeel dat het vertrouwensbeginsel of gelijkheidsbeginsel is geschonden, beginselen die wel de bescherming van de belangen van belanghebbende kunnen beogen.⁸ Widdershoven wijst er hierbij op dat voor toepassing van deze ‘correctie Widdershoven’ noodzakelijk is dat (1) het ingeroepen wettelijk voorschrift is geschonden, maar ook – en vooral – dat (2) het vertrouwens- of gelijkheidsbeginsel is geschonden. Schending van de wettelijke norm is dus een noodzakelijke, maar geen voldoende voorwaarde voor vernietiging. Vooral voor ondernemers die menen door een besluit in hun concurrentiepositie te worden getroffen, omdat het besluit het gelijke speelveld verstoort, lijkt dit op het eerste gezicht goed nieuws. Toch was de vraag in hoeverre dat werkelijk het geval is. Algemeen werd namelijk verwacht dat, nu een beroep op het gelijkheids- of vertrouwensbeginsel in het bestuursrecht maar zelden slaagt, ook de correctie Widdershoven maar zelden met succes kan worden ingeroepen.

7 ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:732, r.o. 18.1, *JB* 2016/88, m.nt. R.J.N. Schlössels.

8 Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680 (*bestemmingsplan Blaloweg*).

Belangrijk is echter een drietal uitspraken van de Afdeling van 28 december 2016, waarin met succes toepassing werd gegeven aan de correctie Widdershoven.⁹ Het gaat in deze zaken om verzoeken van de SlijtersUnie aan de burgemeesters van Sint-Oedenrode, Someren en Schijndel om handhavend op te treden tegen een in hun gemeente gevestigde supermarktexploitant. Aan de verzoeken ligt ten grondslag dat de supermarktexploitanten in een aparte ruimte in de door hen geëxploiteerde supermarkten een slijterij ('borrelshop') geopend hebben, zonder dat daar een leidinggevende aanwezig is. Dit is volgens de SlijtersUnie in strijd met artikel 24 lid 1 Dhw. Waar het de SlijtersUnie in de kern om gaat, is dat de zelfstandige slijterijen die zij vertegenwoordigt hier concurrentienadeel van ondervinden. Zij moeten immers kosten maken om steeds een leidinggevende aanwezig te hebben in de slijterij. Die kosten maken de exploitanten van de in de supermarkt gevestigde slijterijen niet. De burgemeesters hebben de handhavingsverzoeken afgewezen. Zij hebben daar aan ten grondslag gelegd dat het voldoende is dat in de supermarkt een leidinggevende aanwezig is. In beroep en hoger beroep gaat het primair om de vraag of de supermarkten en de daarin gevestigde slijterijen als één inrichting kunnen worden aangemerkt. Als dat het geval is, is het immers niet noodzakelijk dat er in de slijterij een eigen leidinggevende aanwezig is. Volgens de Afdeling gaat het niet om één inrichting. De burgemeesters hadden dan ook – teneinde vast te stellen of artikel 24 lid 1 Dhw is overtreden – moeten nagaan of de leidinggevende die wel aanwezig was, aanwezig was in de supermarkt of in de slijterij. De Afdeling onderzoekt vervolgens of het relativiteitsvereiste in de weg staat aan vernietiging van de in beroep bestreden besluiten. Volgens de supermarktexploitanten was dat het geval. De Afdeling gaat na ter bescherming van welke belangen artikel 24 lid 1 Dhw strekt. De conclusie is dat de Dhw – en ook artikel 24 lid 1 van die wet – strekt tot bescherming van de volksgezondheid en de openbare orde en niet tot bescherming van het concurrentiebelang van de slijterijen waarvoor de SlijtersUnie opkomt. Dit betekent dat het relativiteitsvereiste eigenlijk in de weg staat aan vernietiging van de afwijzing van de handhavingsverzoeken. Vervolgens onderzoekt de Afdeling of in dit geval de correctie Widdershoven kan worden toegepast.

De Afdeling stelt voorop dat:

'voor een succesvol beroep op het gelijkheidsbeginsel nodig is dat een bedrijf daadwerkelijk is benadeeld doordat aan dat bedrijf, *in een situatie die wat betreft de geldende wetelijke voorschriften en de feiten voldoende vergelijkbaar is*, verplichtingen zijn opgelegd waaraan zijn concurrent als gevolg van de schending van de betrokken norm niet hoeft te voldoen.'¹⁰ (curs. JW)

9 ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3453, AB 2017/112, m.nt. B.J.P. Stramrood (*SlijtersUnie*).

10 ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3453, r.o. 9.5.

Een belangrijke vraag is vervolgens of in dit geval sprake is van een situatie die wat betreft de feiten voldoende vergelijkbaar is. Daarbij is van belang dat de SlijtersUnie opkomt voor de belangen van zelfstandige slijterijen, terwijl de slijterijen jegens welke om handhaving wordt verzocht onderdeel zijn van een supermarkt. De Afdeling benadrukt dit verschil door te overwegen dat bij zelfstandige slijterijen, naar de aard van de onderneming, geen ruimten aanwezig zijn waarin andere activiteiten worden ontplooid dan de verkoop van drank. Toch maakt dit verschil volgens de Afdeling niet dat in dit geval geen sprake is van voldoende vergelijkbare gevallen. Waar het volgens de Afdeling om gaat is of zelfstandige slijterijen worden benadeeld doordat aan hen verplichtingen zijn opgelegd waaraan in supermarkten gevestigde slijterijen als gevolg van het uitblijven van handhavend optreden tegen overtreding van artikel 24, eerste lid, van de Dhw niet behoeven te voldoen. Uit de uitspraken van de Afdeling volgt dat juist het feitelijke verschil tussen zelfstandige slijterijen en slijterijen die gevestigd zijn in een supermarkt leidt tot onterecht hoge kosten voor zelfstandige slijterijen als het in artikel 24 lid 1 Dhw neergelegde verbod onjuist wordt toegepast.¹¹ Het gelijkheidsbeginsel is dus geschonden en artikel 8:69a Awb staat in dit geval dan ook niet in de weg aan vernietiging van de besluiten van de burgemeesters wegens strijd met artikel 24 lid 1 Dhw. Een belangrijke conclusie die hieruit volgt is dat bij de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel in het kader van de correctie Widdershoven niet zozeer de vergelijkbaarheid van gevallen, maar veerleer het nadeel dat een partij (ondernemer) ondervindt van een gemaakt onderscheid als uitgangspunt voor de toetsing dient. Wanneer geen sprake is van gelijke kansen op de markt, is volgens de Afdeling sprake van een schending van het gelijkheidsbeginsel. En dat is pas echt goed nieuws voor de bescherming van het belang van een gelijk speelveld.

7.4.3 Het relativiteitsvereiste in het licht van het Unierecht en het EVRM

Tot slot kwam de vraag aan de orde in hoeverre het relativiteitsbeginsel in algemene zin toelaatbaar is vanuit het Unierecht en het EVRM bezien en in hoe de toepassing van het relativiteitsvereiste uitpakt bij een beroep op bepalingen van Unierecht.

Gebleken is dat het Unierecht, in het bijzonder het doeltreffendheidsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming, niet aan toepassing van een relativiteitsvereiste in de weg staat. In dit verband kan worden gewezen op het arrest *Commissie/Duitsland* waarin het Hof van Justitie heeft geoordeeld over de toelaatbaarheid van een met het Nederlandse relativiteitsvereiste vergelijkbare bepaling in het Duitse bestuursrecht.¹² Het Hof van

11 Aldus ook B.J.P. Stramrood, annotatie bij ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3453, AB 2017/112, punt 10.

12 HvJ EU 15 oktober 2015, C-137/14, ECLI:EU:C:2015:683 (*Commissie/Duitsland*), AB 2015/447, m.nt. Ch.W. Backes.

Justitie oordeelde dat een lidstaat mag bepalen dat voor de nietigverklaring van een overheidsbesluit door de bevoegde rechter vereist is dat jegens de verzoeker een subjectief recht is geschonden. Dit is een sterke aanwijzing dat ook het Nederlandse relativiteitsvereiste, neergelegd in artikel 8:69a Awb, uit oogpunt van effectieve rechtsbescherming toelaatbaar is. Ook staan artikel 6 EVRM en het Unierechtelijk equivalent daarvan, artikel 47 Handvest, niet in de weg aan toepassing van het relativiteitsvereiste, aangezien dat vereiste de toegang tot de rechter niet in essentie aantast.

Bij toepassing van het relativiteitsvereiste bij een beroep op bepalingen van Unierecht, kijkt de Nederlandse bestuursrechter, net als in het geval van beroepen op nationaalrechtelijke bepalingen, naar het doel en de inhoud van deze regelgeving om daarvan het personele beschermingsbereik vast te stellen. Wanneer het belang van een ondernemer dat bij een besluit is betrokken, en waarvoor hij in een bestuursrechtelijke procedure opkomt, samenvalt met een recht dat hij ontleent aan de ingeroepen Unierechtelijke regelgeving, dan is daarmee min of meer automatisch voldaan aan de relativiteitseis. In dat geval lopen immers de beroepsgrond en het belang waarin appellant door het bestreden besluit dreigt te worden geschaad samen (congruentie). Dit betekent dat, nu de staatssteunregels beschermen tegen verstoring van het gelijke speelveld en de vrij-verkeerbepalingen en de Dienstenrichtlijn tegen de belemmering van het vrije handelsverkeer, ondernemers die tegen een besluit opkomen omdat zij daardoor in die belangen worden getroffen, succesvol een beroep kunnen doen op de desbetreffende bepalingen van Unierecht. Het relativiteitsvereiste staat daar in dat geval niet aan in de weg. Komt een ondernemer daarentegen op voor zijn belang om gevrijwaard te blijven van concurrentie, dan is geen sprake van een belang dat door de genoemde bepalingen wordt beschermd. In tegendeel, dat belang is juist tegengesteld aan het belang van eerlijke en onbelemmerde concurrentie. Dit betekent dan ook dat een beroep op de genoemde Unierechtelijke bepalingen afstuit op het relativiteitsvereiste. Het beginsel van effectieve rechtsbescherming en het doeltreffendheidsbeginsel staan hieraan niet in de weg, aangezien er geen sprake is van een aan het Unierecht ontleend recht dat wordt geschonden.

7.4.4 Slotsom: het relativiteitsvereiste als struikelblok voor concurrenten

Het antwoord op de derde deelvraag is dat het relativiteitsvereiste een hoge drempel opwerpt voor ondernemers die over ruimtelijke besluiten procederen bij de bestuursrechter omdat zij menen dat zij daardoor geraakt worden in hun concurrentiebelangen. De belangrijkste oorzaak daarvan is dat concurrentiebelangen nauwelijks onder het beschermingsbereik van het ruimtelijk bestuursrecht vallen. Dit betekent dat de bestuursrechter in veel gevallen niet vernietigingsbevoegd is als een concurrent op zichzelf terecht aanvoert dat een ruimtelijk besluit in strijd is met bestuursrechtelijke voorschriften op het terrein van het ruimtelijk bestuursrecht. Ter nuancering

hiervan moet erop worden gewezen dat in veel gevallen het belang van een gelijk speelveld niet in het geding is, maar bij de bestuursrechter alleen een 'concurrentieoorlog' wordt uitgevochten. Een dergelijke strijd moet aan de markt worden overgelaten, zodat het in die gevallen weinig problematisch is dat een concurrent geen bescherming vindt voor zijn belangen bij de bestuursrechter. In de gevallen waarin het gelijke speelveld wel in het geding is, is toepassing van het relativiteitsvereiste wel een probleem. De correctie Widdershoven vormt een welkome aanvulling van de bescherming die de bestuursrechter in die gevallen kan bieden, aangezien aan het gelijkheidsbeginsel een zelfstandig beschermingsbereik wordt toegekend, vooral nu de Afdeling bij de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel in het kader van de correctie Widdershoven niet zozeer de vergelijkbaarheid van gevallen, maar veerleer het nadeel dat een ondernemer ondervindt van een gemaakt onderscheid als uitgangspunt voor de toetsing neemt. Dit betekent dat het belang van een gelijk speelveld, ook wanneer dat niet wordt beschermd door de beweerdelijk geschonden norm, bij de toetsing van een besluit door de bestuursrechter toch een rol kan spelen.

7.5 CONCLUSIE: BEPERKTE BESCHERMING VAN CONCURRENTIEBELANGEN

In dit proefschrift stond de vraag centraal in hoeverre het Nederlandse bestuursrecht bescherming kan bieden aan ondernemers die door een besluit van de overheid in hun concurrentiepositie worden getroffen. Bij beantwoording van deze vraag kan een onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds de toegang van concurrenten tot de bestuursrechtelijke procedure en anderzijds de mate waarin hun belangen – en dan vooral het belang van een gelijk speelveld – een rol kunnen spelen bij het nemen van besluiten en de toetsing daarvan door de bestuursrechter.

De toegang van concurrenten tot de bestuursrechtelijke procedure is buitengewoon ruim. Bij de beoordeling of een ondernemer op grond van zijn concurrentiepositie als belanghebbende bij een besluit kan worden aangemerkt is van belang of een ondernemer activiteiten ontplooit in hetzelfde marktsegment en verzorgingsgebied als de begunstigde van een besluit. De bestuursrechter bakent de relevante markt over het algemeen in heel algemene termen af, zodat vrij snel sprake is van hetzelfde marktsegment waarin ondernemers actief zijn. Hoewel de toegang dus zeker ruim te noemen is, is nog wel enige verruiming van de toegang te bereiken, door bij de afbakening van de relevante markt niet alleen te kijken naar producten of diensten die vergelijkbaar zijn, maar tevens, net zoals dat in het mededingingsrecht gebeurt bij het bepalen van de relevante markt, oog te hebben voor producten of diensten die inwisselbaar zijn.

Beperking van de mate waarin de bestuursrechter rechtsbescherming kan bieden zit vooral in de beperkte mate waarin concurrentiebelangen een

rol kunnen spelen in de besluitvorming en bij de toetsing daarvan door de bestuursrechter. Hiervoor zijn in de kern twee oorzaken aan te wijzen.

De eerste oorzaak is dat het Nederlandse bestuursrecht maar weinig regels kent die als doel hebben het gelijke speelveld en dus het belang van eerlijke concurrentie te beschermen. In combinatie met het doelgebonden karakter van bestuursbevoegdheden zorgt dit ervoor dat het bestuur bij het nemen van een besluit en de bestuursrechter bij de toetsing daarvan maar zeer beperkt gewicht kan toekennen aan het belang van een gelijk speelveld. Op grond van het specialiteitsbeginsel moet de inhoud van een besluit immers corresponderen met de inhoud en het doel van de daarop van toepassing zijnde regelgeving. Belangen die geen plaats hebben gekregen in die regelgeving kunnen geen rol spelen bij de beslissing ten principale over het wel of niet nemen van een besluit. Hooguit kunnen, door het verbinden van voorschriften of beperkingen aan een verleende vergunning of ontheffing, de gevolgen daarvan voor de concurrentiepositie van andere ondernemers wat worden verzacht. Het gebrek aan bestuursrechtelijke normen die ertoe strekken het belang van een gelijk speelveld te beschermen speelt ook een rol bij toepassing van het relativiteitsvereiste. Het relativiteitsvereiste houdt immers in dat de rechter een besluit niet vernietigt op de grond dat het in strijd is met een rechtsregel of rechtsbeginsel, indien deze regel of dit beginsel kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept.

Een tweede oorzaak waardoor het belang van een gelijk speelveld maar een beperkte rol kan spelen in de besluitvorming is dat het in het Nederlandse bestuursrecht ontbreekt aan een rechtsnorm die er in algemene zin toe strekt dat bij het nemen van een besluit rekening wordt gehouden met de gevolgen daarvan voor het gelijke speelveld. Een dergelijke norm bestaat wel op het specifieke terrein van de verdeling van schaarse publieke rechten. In de rechtspraak van de Afdeling en het CBb is daar de op het gelijkheidsbeginsel gebaseerde rechtsnorm ontwikkeld die ertoe strekt dat het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet bieden om naar de beschikbare schaarse rechten mee te dingen. Hoewel ook op andere terreinen van het bestuursrecht toepassing moet worden gegeven aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het gelijkheidsbeginsel, is er niet een meer algemene norm tot ontwikkeling gekomen die ertoe strekt dat het bestuur de gevolgen die een besluit heeft voor het gelijke speelveld in de besluitvorming betreft. Het achterliggende probleem dat hierbij speelt is dat in het Nederlandse bestuursrecht beroepen op het gelijkheidsbeginsel maar zelden slagen. Dit komt door de wijze waarop de bestuursrechter toetst aan het gelijkheidsbeginsel. Als basis voor de toetsing geldt de vergelijkbaarheid van gevallen en daarvan is nu juist geen sprake. Dit geldt des te sterker in het geval van concurrenten, omdat het zijn van concurrent gezien de strekking van de meeste Nederlandse bestuursrechtelijke regelgeving geen rechtens relevante overeenkomst is. Dus ook al vormt het gelijkheidsbeginsel een zelfstandig criterium waaraan besluiten kunnen worden getoetst, tot een vernietiging leidt dat maar zelden, om de eenvoudige reden dat niet snel wordt aangenomen dat sprake is van vergelijkbare gevallen.

Een uit het perspectief van het gelijke speelveld belangrijke ontwikkeling op dit punt is dat de Afdeling er in de drie *SlijtersUnie*-zaken blijk van heeft gegeven bij de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel – in elk geval voor zover dat gebeurt in het kader van de correctie Widdershoven – niet zozeer van belang te achten of gevallen vergelijkbaar zijn, maar veeleer of een partij nadeel ondervindt van een gemaakt onderscheid. Het belang van gelijke kansen komt daarmee op de voorgrond te staan.

De slotsom is dat, hoewel concurrenten ruime toegang hebben tot de bestuursrechtelijke procedure, de mate waarin daarin bescherming kan worden geboden aan concurrentiebelangen beperkt is, omdat concurrentiebelangen maar in beperkte mate een rol kunnen spelen in de besluitvorming en de toetsing daarvan door de bestuursrechter. In deze constatering zit iets onbevredigends. Voor ondernemers die door een besluit worden getroffen in hun concurrentiebelang is de toegang tot de bestuursrechtelijke procedure ruim, maar vervolgens kan in veel gevallen in die procedure niet de vernietiging van het besluit worden bewerkstelligd. Hier toont zich een spanningsveld tussen de formele ontvankelijkheid, waar het bij toepassing van artikel 1:2 Awb om gaat, en de ‘materiële ontvankelijkheid’, waar het vooral bij de toepassing van artikel 8:69a Awb om gaat. Dit leidt in de eerste plaats tot ergernis en onbegrip bij procespartijen. Daarnaast roept het de meer fundamentele vraag op, of de bestuursrechtelijke procedure niet efficiënter kan worden ingericht, bijvoorbeeld door de relativiteitseis te betrekken bij de beoordeling van de belanghebbendheid. Die vraag laat ik verder rusten. In de volgende paragraaf zal ik mij vooral richten op de vraag hoe de bescherming die in de bestuursrechtelijke procedure kan worden geboden aan ondernemers die door een besluit van de overheid in hun concurrentiepositie worden getroffen kan worden verbeterd.

7.6 NAAR EEN BETERE BESCHERMING VAN CONCURRENTIEBELANGEN

7.6.1 Het probleem

De bescherming die het bestuursrecht kan bieden aan concurrenten omwille van het belang van een gelijk speelveld is, zoals we hebben gezien, beperkt. Dit komt doordat dit belang in veel gevallen maar een beperkte rol kan spelen in de besluitvorming en de toetsing daarvan door de bestuursrechter. Dit is een probleem, omdat ook in gevallen waarin het belang van een gelijk speelveld bij het nemen en toetsen van een besluit geen of slechts een beperkte rol kan spelen, de gelijke kansen van ondernemers op een bepaalde markt wel degelijk in geding kunnen zijn. Ter illustratie kan een aan de rechtspraak ontleend voorbeeld dienen van een ondernemer die vroeg om handhavend optreden jegens een concurrent.¹³ Het ging in die zaak om twee

13 Rb. Oost-Brabant, 22 januari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:250.

ondernemingen die zich bezighielden met het produceren en toepassen van kunstharsproducten ten behoeve van onder andere het vullen van holle ruimten, rioleringen, liften en stabiliseren van vloeren en wegen en het injecteren van grondpakketten. De ene onderneming was gevestigd in Best (Brabant), terwijl de andere was gevestigd in Druten (Gelderland). Uit de uitspraak volgt dat het concurrenten betrof. Volgens de Gelderse onderneming overtrad de Brabantse onderneming de milieuvorschriften met betrekking tot het opslaan en lozen van bepaalde chemische stoffen. Dit had kennelijk invloed op de concurrentieverhoudingen. Naar ik vermoed omdat de Brabantse onderneming een kostenvoordeel had doordat bepaalde kosten voor maatregelen ter bescherming van het milieu niet werden gemaakt. De Gelderse onderneming verzocht daarom de Omgevingsdienst Zuidoost-Brabant om ten aanzien van de Brabantse onderneming te handhaven. Het handhavingsverzoek werd gedeeltelijk afgewezen, omdat de Brabantse onderneming naar het oordeel van de Omgevingsdienst Zuidoost-Brabant geen omgevingsvergunning op basis van artikel 2.1 lid 1 onder e Wabo nodig had en de opslag van het halfproduct 'ureum-formaldehyde hars' voldeed aan de daarvoor geldende regelgeving. De Gelderse onderneming kwam hiertegen op, en voerde in beroep aan dat bij haar concurrent een gaswasser in bedrijf dient te zijn om formaldehyde houdende dampen uit voorraadtanks van ureum-formaldehyde (UF) hars op deugdelijke wijze te behandelen alvorens deze naar de buitenlucht te lozen. De Gelderse onderneming voerde daarbij aan dat zij daar zelf op gecontroleerd en zo nodig aangesproken werd door de omgevingsdienst Nijmegen en zag niet in waarom dit bij haar concurrent niet het geval was. Waar het hier dus om ging, is dat twee concurrenten weliswaar onderworpen zijn aan dezelfde landelijke milieuregelgeving, maar door twee verschillende regionale bestuursorganen op een verschillende manier toezicht wordt gehouden op naleving van die regelgeving. Het beroep van de Gelderse onderneming houdt in de kern een beroep op het gelijkheidsbeginsel in. De rechtbank deed de zaak af op het relativiteitsvereiste en overwoog dat het verbod in artikel 2.1 lid 1 onder e Wabo niet strekt tot bescherming van de (concurrentie)belangen van de Gelderse onderneming. Daarmee was de zaak afgedaan. Opgemerkt moet worden dat ten tijde van deze uitspraak de correctie Widdershoven nog niet was geïntroduceerd. Stel nu dat dit wel het geval was geweest, wat had er dan moeten gebeuren in deze zaak? Op het oordeel van de rechtbank dat de beweerdelijk geschonden norm niet strekt ter bescherming van concurrentiebelangen valt op zichzelf niet veel af te dingen. De vraag is echter of schending van die norm tevens een schending van het gelijkheidsbeginsel inhoudt. Daarbij is van belang dat de twee bedrijven worden gecontroleerd door verschillende omgevingsdiensten. Hoewel Widdershoven ervoor heeft gepleit dat dit de gevallen niet onvergelijkbaar maakt, is mij nog geen rechtspraak bekend waarin de bestuursrechter dat pleidooi volgt. Vermoedelijk zou in dit geval worden geoordeeld dat van vergelijkbare gevallen geen sprake is. Daarnaast is het ook maar de vraag of de feitelijke situatie, zoals de geografische ligging van beide bedrijven

ten opzichte van bijvoorbeeld natuurgebieden en woonkernen, vergelijkbaar is. Een en ander laat echter onverlet dat wanneer tegen het ene bedrijf wel handhavend wordt opgetreden wegens het overtreden van bepaalde omgevingsrechtelijke voorschriften en tegen het andere bedrijf niet er sprake is van een onderscheid dat afbreuk doet aan de gelijke kansen van beide ondernemingen. Het is dan ook onbevredigend dat de gevolgen van het besluit van de Omgevingsdienst Zuidoost-Brabant voor het gelijke speelveld niet in de besluitvorming kunnen worden betrokken.

De kern van het probleem is dus dat het ontbreekt aan een algemeen norm die ertoe strekt dat het bestuur bij het nemen van besluiten en de bestuursrechter bij het toetsen van die besluiten recht doet aan de gelijke kansen van ondernemers op een bepaalde markt.

7.6.2 Noodzaak van een oplossing

Voor ik toekom aan beantwoording van de vraag hoe we de bestuursrechtelijke bescherming zouden kunnen verbeteren, is het nodig om kort stil te staan bij de vraag waarom het van belang is dit te doen.

Daarvoor is een aantal redenen te geven. In dit boek is aan de orde gekomen dat een marktsituatie met eerlijke concurrentie een belangrijke voorwaarde is voor economische welvaart.¹⁴ Dit is dan ook de eerste en wellicht ook de belangrijkste reden om de bestuursrechtelijke bescherming van het gelijke speelveld te verbeteren. In de tweede plaats is het van belang de bestuursrechtelijke bescherming van het gelijke speelveld te verbeteren, omdat dit beter aansluit bij het Unierecht waarin de norm die ertoe strekt dat de overheid bij het uitoefenen van bevoegdheden het gelijke speelveld niet mag verstoren zeer diep geworteld is. Het is zaak te voorkomen dat er een onderscheid ontstaat in de bescherming die aan het gelijke speelveld wordt geboden in situaties waarop het Unierecht (mede) van toepassing is en situaties waarin dat niet het geval is. Tot slot is het van belang om een algemene norm in het bestuursrecht te introduceren omdat uit de in paragraaf 7.6.3.3 te bespreken zaken *Muzy Q* en *De Stolp* valt af te leiden dat de burgerlijke rechter het vacuüm dat de bestuursrechter laat ontstaan in de bescherming van het gelijke speelveld deels kan opvullen. Dit draagt het risico in zich dat naar zijn aard bestuursrechtelijke geschillen buiten het bereik raken van de bestuursrechter. Dat acht ik onwenselijk, omdat de bestuursrechter de meest voor de hand liggende rechter is om geschillen die in de kern bestuursrechtelijk van aard zijn, te beslechten. Ook vormt het verknippen van rechtspraak een risico voor de rechtseenheid.

14 Zie paragraaf 2.4.

7.6.3 Op zoek naar een oplossing

Het ontbreken van een algemeen norm die ertoe strekt dat het bestuur bij het nemen van besluiten en de bestuursrechter bij het toetsen van die besluiten recht doen aan de gelijke kansen van ondernemers op een bepaalde markt heeft zoals gezegd twee oorzaken: (1) het ontbreken van bestuursrechtelijke regelgeving die als doel heeft het gelijke speelveld en dus het belang van eerlijke concurrentie te beschermen en (2) de beperkt aanvullende werking van rechtsbeginselen als het om het betrekken van belangen in de besluitvorming gaat. Dit betekent dat de problemen die samenhangen met het ontbreken van een algemene norm die ertoe strekt dat de overheid bij het nemen van besluiten en de bestuursrechter bij het toetsen van die besluiten recht doet aan de gelijke kansen van ondernemers op een bepaalde markt op twee manieren kan worden aangepakt. Ofwel de wetgever incorporeert een dergelijke norm in de door het bestuur en de bestuursrechter toe te passen regelgeving, ofwel de bestuursrechter ontwikkelt aan de hand van rechtsbeginselen deze norm verder in de rechtspraak. De eerste oplossing ligt minder voor de hand, omdat deze oplossing miskent dat bestuursbevoegdheden zijn gebonden aan een bepaald, door de wetgever gekozen doel. De hieraan ten grondslag liggende specialiteit op wetgevingsniveau draagt bij aan een effectieve behartiging van specifieke algemene belangen en is van wezenlijk belang voor de rechterlijke controle op de uitoefening van bestuursbevoegdheden. Daarbij past niet dat bepaalde specifieke belangen *altijd* veel gewicht moeten krijgen in de besluitvorming. Artikel 3:2 Awb vergt dit ook niet. Meer voor de hand ligt het dus om een verbetering van de bescherming van concurrentiebelangen te zoeken op het niveau van de rechtsbeginselen. Die hebben algemene gelding en toepassing van algemene rechtsbeginselen tast het specialiteitsbeginsel niet ten principale aan. Deze oplossing zal ik hierna verder onderzoeken. Daarbij zal ik eerst een aantal inspiratiebronnen bespreken (paragrafen 7.6.3.1 tot en met 7.6.3.5) om daarna tot een eigen voorstel te komen voor het verbeteren van de bescherming van het belang van een gelijk speelveld (paragraaf 7.6.4).

7.6.3.1 *Uitbreiding van de 'gelijke kansen-norm' die geldt bij de verdeling van schaarse rechten*

In paragraaf 5.5.2 werd duidelijk dat zich in de rechtspraak van het CBb en de Afdeling een op het gelijkheidsbeginsel gebaseerde norm heeft ontwikkeld die ertoe strekt dat het bestuur bij de verdeling van schaarse publieke rechten – althans in elk geval vergunningen en ontheffingen en vermoedelijk ook subsidies – gelijke kansen moet bieden aan (potentiële) gegadigden. Aldus wordt bewerkstelligd dat ondernemers die een bepaalde markt willen betreden, waarvoor zij een vergunning of ontheffing nodig hebben, daartoe een gelijke kans krijgen. Het gelijke speelveld wordt hierdoor zo min mogelijk verstoord. In paragraaf 5.5.3 kwam de vraag aan de orde of de 'gelijke kansen-norm', zoals die geldt op het terrein van de verdeling van schaarse

publieke rechten, zou kunnen worden verheven tot een meer algemene bestuursrechtelijke norm die ertoe strekt dat het bestuur bij het nemen van besluiten in het algemeen de invloed die die besluiten hebben op de gelijkheid van het speelveld bij de besluitvorming moet betrekken. Duidelijk werd dat dit niet zo eenvoudig is. De verdeling van schaarse publieke rechten is een specifiek deelterrein van het bestuursrecht. De 'gelijke kansen-norm' zoals die op dat terrein geldt, heeft zijn oorsprong in het gelijkheidsbeginsel. Als vergelijkingsmaatstaf of differentiatiecriteria geldt daarbij het al dan niet meedingen naar het schaarse recht. Is sprake van concurrentie om het schaarse recht dan is dat voldoende om te kunnen spreken van vergelijkbare gevallen die gelijk moeten worden behandeld. Deze vergelijkingsmaatstaf valt samen met het element schaarste en kan daardoor niet zonder meer buiten het terrein van de verdeling van schaarse publieke rechten worden toegepast. Hoewel het gelijkheidsbeginsel ook buiten het terrein van de verdeling van schaarse publieke rechten geldt, wordt maar zelden aangenomen dat er sprake is van vergelijkbare gevallen. Dit hangt vaak samen met de gekozen vergelijkingsmaatstaf. Niet altijd is de bestuursrechter daar duidelijk over, maar het lijkt van belang dat gevallen vergelijkbaar zijn ten aanzien van de voor toepassing van de regelgeving relevante feiten en omstandigheden. Het ligt dus voor de hand om het doel van het gemaakte onderscheid te kiezen als vergelijkingsmaatstaf.¹⁵ Hier doet zich nu juist het probleem voor dat het Nederlandse bestuursrecht maar weinig regels kent die tot doel hebben het gelijke speelveld te beschermen. Dit betekent dat in maar weinig gevallen het zijn van concurrenten als vergelijkingsmaatstaf kan dienen. Willen we de 'gelijke kansen-norm' tot meer algemene norm verheffen, zonder het doelgebonden karakter van bestuursbevoegdheden uit het oog te verliezen, dan zal gekozen moeten worden voor een andere benadering van het gelijkheidsbeginsel waarbij niet zozeer de vergelijkbaarheid van de gevallen, maar veeleer de ongelijkheid van de uitkomst van het bestuurshandelen (benadeling) als aanknopingspunt dient bij de rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel. Ik kom daarop terug in paragraaf 7.6.4.2.

7.6.3.2 *Uitbreiding van de correctie Widdershoven*

Kort na de invoering van het relativiteitsvereiste in het bestuursrecht kwam het inzicht dat onverkorte toepassing van dat vereiste, waarbij uitsluitend wordt gekeken naar het beschermingsbereik van de beweerdelijk geschonden norm, onder omstandigheden kan leiden tot een onwelgevallige uitkomst. Dit is het geval wanneer schending van de desbetreffende norm een schending van het vertrouwens- of gelijkheidsbeginsel tot gevolg heeft. Met de invoering van de 'correctie' Widdershoven is dan ook aanvaard dat met een beroep op het gelijkheids- of vertrouwensbeginsel kan worden bereikt dat de bestuursrechter een besluit alsnog toetst aan een regel die er niet toe strekt het belang van degene die zich daarop beroept te beschermen. Er is

15 Hirsch Ballin 1988, p. 11-13.

dus een dubbele schending vereist. Eerst moet vaststaan dat er een materiële norm – die als zodanig belanghebbende niet beschermt – is geschonden. Vervolgens moet komen vast te staan dat het gelijkheids- of vertrouwensbeginsel in relatie tot de geschonden materiële norm eveneens is geschonden jegens belanghebbende. Bij de toepassing van de correctie Widdershoven bieden het vertrouwens- of gelijkheidsbeginsel dus bescherming die een aanvulling vormt op de bescherming die de beweerdelijk geschonden materiële norm biedt. Dit is een belangrijke constatering, omdat aldus wordt erkend dat beide beginselen een zelfstandig beschermingsbereik hebben. Vooral de erkenning van het zelfstandige beschermingsbereik van het gelijkheidsbeginsel lijkt voor concurrenten goed nieuws, omdat dit betekent dat zij in gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld. Dit bevordert gelijke kansen en dus het ontstaan van een gelijk speelveld met eerlijke concurrentie. Maar ook hier doet zich het probleem voor dat de bestuursrechter maar af en toe tot de conclusie komt dat sprake is van voldoende vergelijkbare gevallen. Het zijn van concurrenten is als zodanig daarvoor in elk geval niet voldoende. Er moet (tevens) sprake zijn van vergelijkbaarheid ten aanzien van relevante feiten en omstandigheden. Van niet te onderschatten belang in dit verband zijn de uitspraken van de Afdeling van 28 december 2016 over handhaving van een voorschrift uit de Drank- en horecawet.¹⁶ Uit deze uitspraken kan worden afgeleid dat de opvatting over wat in het kader van de toepassing van het gelijkheidsbeginsel als gelijke gevallen moet worden aangemerkt aan het veranderen is. Bij toepassing van het gelijkheidsbeginsel – in elk geval in de context van de correctie Widdershoven – is voor vergelijkbaarheid van gevallen niet langer uitsluitend relevant of ten aanzien van de feiten en omstandigheden die gezien het wettelijk kader relevant zijn sprake is van vergelijkbaarheid. Van belang hierbij zijn tevens de gevolgen van een gemaakt onderscheid. Als een onderscheid leidt tot daadwerkelijk nadeel, dan wordt aangenomen dat sprake is van een schending van het gelijkheidsbeginsel, omdat partijen in ongelijke uitgangsposities worden gebracht. Vooral voor de bescherming van eerlijke concurrentie is dit een belangrijke ontwikkeling.

7.6.3.3 Toepassing van het zorgvuldigheidsbeginsel door de burgerlijke rechter

De twee hiervoor besproken inspiratiebronnen zijn afkomstig uit het bestuursrecht en lagen daarom min of meer voor de hand. Bij het zoeken naar een manier om de bescherming van het belang van een gelijk speelveld te verbeteren kan het echter geen kwaad om verder te kijken dan het eigen terrein. Ik zal in deze paragraaf inspiratie opdoen in de rechtspraak van de burgerlijke rechter. Ook hij krijgt van tijd tot tijd te maken met beslissingen van het bestuur die het gelijk speelveld verstoren maar die, door de vorm waarin ze zijn gegoten, bij de burgerlijke rechter terecht komen.

¹⁶ Die uitspraken zijn besproken in de paragrafen 6.4.4.2 en 7.4.2.

Amsterdam/IKON

Belangrijk is het arrest *Amsterdam/IKON*,¹⁷ omdat de Hoge Raad daarin civielrechtelijk handelen van de overheid toetst aan de beginselen van behoorlijk bestuur. IKON had in Amsterdam een pand gekocht dat in gebruik was als woonhuis. In de erfpachtvoorwaarden was bepaald dat het niet was toegestaan om de bestemming van de grond en de daarop te stichten opstal te veranderen zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van burgemeester en wethouders. Zonder daarvoor toestemming te hebben gevraagd, heeft IKON het pand verbouwd tot kantoorpand en ook als zodanig in gebruik genomen. In een procedure bij de burgerlijke rechter vorderde de gemeente dat het IKON zou worden verboden het pand anders dan als woonhuis te gebruiken. Ter verdediging voerde IKON aan dat de gemeente in andere gevallen geen bezwaar maakte tegen soortgelijke bestemmingswijzigingen, zodat het in strijd met het gelijkheidsbeginsel zou zijn dit ten opzichte van IKON wel te doen. De Hoge Raad oordeelde dat:

‘3.3 Een overheidslichaam behoort bij het uitoefenen van zijn bevoegdheden uit een erfpachtverhouding de algemene beginselen van behoorlijk bestuur – en derhalve ook het gelijkheidsbeginsel als een van die beginselen – in acht te nemen. Voor zover het slot van het onderdeel onder a, betoogt dat het gelijkheidsbeginsel hier slechts aan de orde zou kunnen komen in het kader van de toepassing van een aan de overheid meer ruimte latende redelijkheidsmaatstaf en daarom hier een zwakkere werking dan in het bestuursrecht zou hebben, gaat het uit van een onjuiste rechtsopvatting.’

Hieruit volgt dat een rechtstreekse toetsing van civielrechtelijk handelen van overheidslichamen aan de beginselen van behoorlijk bestuur tot de taak van de burgerlijke rechter behoort. In het geval van IKON ging het om toetsing aan het gelijkheidsbeginsel, maar Scheltema wijst er op dat – voor zover daar nog twijfel over zou bestaan – uit latere rechtspraak van de burgerlijke rechter volgt dat deze zonder enig onderscheid alle beginselen toepast.¹⁸

Twee uitspraken waar in het bijzonder op moet worden gewezen als het gaat om de bescherming van het gelijke speelveld zijn twee uitspraken van rechtbanken in de zaken *MuzyQ* en *De Stolp*.

MuzyQ

In de eerste zaak ging het om een garantstelling door de gemeente Amsterdam voor de ontwikkeling van een muziekmakerscentrum MuzyQ in Amsterdam Oost.¹⁹ De stadsdeelraad van stadsdeel Oost wilde een muziekmakerscentrum realiseren in het stadsdeel. Daartoe werden gesprekken gevoerd met meerdere marktpartijen, waaronder een onderneming die oefenstudio's verhuurt aan muziekgroepen in Amsterdam. Deze onderne-

17 HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5565, AB 1987, 273, m.nt. F.H. van der Burg.

18 Scheltema 2016, p. 181.

19 Rb. Amsterdam 11 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6780, JG 2013/68, m.nt. A.A. al Khatib en T. Barkhuysen (*MuzyQ*).

ming trok zich terug uit de onderhandelingen, omdat de plannen van de gemeente volgens haar onrealistisch waren. Vervolgens is de opdracht om het muziekmakerscentrum te ontwikkelen gegeven aan de Stichting Orfeo Studio's (SOS). Ten behoeve van deze ontwikkeling is aan SOS een lening verstrekt door een bank. De gemeente heeft zich hiervoor garant gesteld, zodat de lening onder gunstige voorwaarden (lage rente) verstrekt kon worden en zo de haalbaarheid van het plan zou worden vergroot.

Het bedrijf dat tijdens de onderhandelingen afhaakte (eiser) stelt zich op het standpunt dat hij concurrentienadeel ondervindt van MuzyQ, omdat zij in dezelfde markt – het aanbieden van oefenruimtes – opereren. Het nadeel bestaat er volgens eiser uit dat de garantstelling heeft geleid tot lagere financieringslasten voor SOS en daardoor mogelijk tot lagere exploitatiekosten voor het muziekmakerscentrum, hetgeen voor de verhuurbaarheid van haar eigen oefenstudio's ongunstig is. Voor eiser is dat aanleiding om naar de rechter te stappen. Omdat de garantstelling de vorm van een overeenkomst heeft, wordt de burgerlijke rechter benaderd.²⁰ Daar vordert eiser een verklaring voor recht dat de gemeente onrechtmatig heeft gehandeld jegens hem door zich garant te stellen. Ook wordt een schadevergoeding gevorderd. Eiser voert onder meer aan dat de garantstelling in strijd is met het in artikel 6 Mw neergelegde kartelverbod en dat deze onrechtmatige staatssteun (artikel 107 lid 1 VWEU) inhoudt. De vordering wordt, voor zover zij hierop is gebaseerd, evenwel afgewezen. Eiser voert echter ook aan dat de garantstelling in strijd is met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De rechtbank overweegt hierover dat de lagere financieringslasten voor SOS mogelijk hebben geleid tot lagere exploitatiekosten voor MuzyQ, waardoor MuzyQ een voordeel heeft gehad ten opzichte van haar concurrenten, waaronder dus ook eiser. Toen de gemeente zich garant stelde had zij zich dit naar het oordeel van de rechtbank moeten realiseren en had zij ook de belangen van de concurrenten van MuzyQ moeten meenemen in haar belangenafweging. Dit leidt de rechtbank tot de conclusie dat:

*'De Gemeente in strijd heeft gehandeld met het zorgvuldigheidsbeginsel door zich garant te stellen voor SOS, wetende dat zij de concurrenten van SOS daarmee mogelijk zou benadelen. De Gemeente heeft daarmee in strijd gehandeld met hetgeen in het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt en dit handelen kan naar het oordeel van de rechtbank aan De Gemeente worden toegerekend.'*²¹ (curs. JW)

Deze uitspraak maakt duidelijk dat concurrentiebelangen niet alleen aan de orde kunnen komen bij de toetsing van de rechtmatigheid van overheids-handelen aan mededingingsrechtelijke bepalingen en staatssteunregels, die

20 Het is min of meer toevallig dat deze zaak bij de burgerlijke rechter terecht is gekomen. In de kern is de garantstelling immers niet veel anders dan een subsidie, in welk geval de zaak bij de bestuursrechter terecht zou zijn gekomen. Zie over garanties als nieuwe vorm van subsidie Van Asperen 2017, p. 536-540, en Van den Brink & Den Ouden 2016, p. 2888-2897.

21 Rb. Amsterdam 11 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6780, r.o. 4.22.

ertoe strekken het belang van een gelijk speelveld te beschermen, maar ook bij de toetsing van dat handelen aan het zorgvuldigheidsbeginsel.

Voor de volledigheid moet nog worden gewezen op de vervolguitspraak in de zaak *MuzyQ*.²² Daarin heeft de rechtbank voor recht verklaard dat de gemeente jegens eisers aansprakelijk is voor de schade die door hen is geleden en eventueel nog zal worden geleden als gevolg van het onrechtmatig handelen van de gemeente jegens eisers door zich garant te stellen voor SOS. De gedachte hierachter is dat het niet alleen niet is toegestaan de concurrentie te verstoren, maar dat de gevolgen van die verstoring ook moeten worden gecompenseerd. De verstoring wordt daarmee als het ware rechtgetrokken.

De Stolp

De tweede uitspraak die hier moet worden vermeld betrof de verkoop van De Stolp.²³ De Stolp is een gemeentelijke sporthal en activiteitscentrum, gelegen in Stolwijk, gemeente Krimpenerwaard. In de Stolp bevond zich ook een 'cultureel gedeelte' dat onder meer bestond uit een restaurant/bar met een keuken en zalen met een ondergelegen toneelkelder met kledruimte. De Stolp was eigendom van de gemeente, maar het culturele gedeelte werd verpacht aan een commerciële exploitant die begin 2012 te kennen heeft gegeven de niet rendabele exploitatie per 1 september 2012 te willen staken. Dit vormde voor de gemeente aanleiding om het culturele gedeelte te verkopen. Daartoe is een verkoopbrochure opgesteld waarin een vraagprijs van € 295.000 is vermeld. Voor de verkoop hebben zich vervolgens twee geïnteresseerden gemeld: een kerkgemeenschap (Pniël) en de Stichting Stolwijk Ontmoet (SSO). Na onderhandelingen bereikt de gemeente overeenstemming met SSO over een pakket voorwaarden met betrekking tot de eigendomsoverdracht van de Stolp aan SSO. Daarbij is overeengekomen dat de gemeente aan SSO een lening verstrekt ter hoogte van de overeengekomen verkoopprijs van € 210.000, tegen een rentepercentage van 2%. Ook neemt de gemeente alle kosten die samenhangen met de verkoop van De Stolp voor haar rekening. In mei 2014 is De Stolp geleverd aan SSO, waarna SSO De Stolp heeft verbouwd. Het horecagedeelte van De Stolp is vervolgens verpacht aan Kwartier Stolwijk, een commerciële horeca-exploitant. In augustus 2014 heeft de gemeente een exploitatievergunning aan SSO verleend.

De eiser in deze zaak is de eigenaar van een restaurant en zalencentrum op 300 meter afstand van De Stolp. Naast de exploitatie van het restaurant, verhuurt hij ook zalen. Sinds de exploitatie van De Stolp door SSO en Kwartier Stolwijk heeft hij te maken met een dalende omzet. Klanten die eerder zalen huurden bij hem, huren nu (ook) zalen in het zalencentrum van De Stolp. Eiser heeft daarom bezwaar gemaakt tegen de exploitatievergunning,

22 Rb. Amsterdam 29 april 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2388.

23 Rb. Den Haag 30 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15812 (*De Stolp*). Zie over deze uitspraak Beeston, De Meij & Geilmann 2016, p. 61-68.

die in strijd met het bestemmingsplan zou zijn verleend. Dit was voor de gemeente aanleiding om het bestemmingsplan ten gunste van De Stolp te wijzigen. Eiser stapt vervolgens naar de burgerlijke rechter. Hij vordert een verklaring voor recht dat de verkoop van De Stolp voor een te lage verkoopprijs, het verstrekken van een financiering voor een te laag rentepercentage en het voor rekening nemen van alle met de verkoop van De Stolp samenhangende kosten, zonder dat het concurrentievervalsende effect daarvan wordt weggenomen onrechtmatig is jegens hem. Eiser stelt de gemeente aansprakelijk voor de hierdoor ontstane schade. Ook in deze zaak wordt aan de vordering ten grondslag gelegd dat sprake is van ongeoorloofde staatssteun. Omdat volgens de rechtbank de maatregelen geen interstatelijk effect hebben, wordt de vordering in zoverre afgewezen. Ook in dit geval voert eiser echter aan dat de gemeente het zorgvuldigheidsbeginsel heeft geschonden door bij het sluiten van de koopovereenkomst en het verstrekken van de lening aan SSO op geen enkele manier rekening te houden met zijn belangen. De rechtbank overweegt in de eerste plaats dat:

[eiser] (...) er belang bij [had] dat hij niet als gevolg van de verkoop van De Stolp aan SSO werd geconfronteerd met oneerlijke concurrentie bij zijn commerciële verhuur van zalen voor feesten en partijen, vergaderingen en andere bijeenkomsten. Het *zorgvuldigheidsbeginsel* vergt van de gemeente (...) – dat zij zich bij de verkoop van De Stolp rekenschap zou geven van de positie van [eiser] als concurrent van de in De Stolp beoogde commerciële verhuur van zalen, dat zij het hiervoor aangeduide belang van [eiser] zorgvuldig zou afwegen en dat zij geen rechtshandeling zou verrichten die een voordeel inhield voor SSO dat mogelijk zou kunnen resulteren in oneerlijke concurrentie van de commerciële zaalverhuur in De Stolp met de commerciële (...) verhuur van zalen [door eiser].²⁴

De rechtbank maakt hier duidelijk dat de gemeente zich bij het nemen van beslissingen die van invloed zijn op het gelijke speelveld tussen ondernemingen rekenschap moet geven van de belangen van concurrenten en die belangen bij de belangenafweging moet betrekken. Interessant is dat de rechtbank vervolgens overweegt dat:

[Het zorgvuldigheidsbeginsel (...) niet van de gemeente [vergt] dat zij een (potentiele) concurrent van [eiser] zou weren uit Stolwijk. Voor zover [eiser] dit (mede) heeft willen betogen (...) gaat hij uit van een onjuiste invulling van het zorgvuldigheidsbeginsel].²⁵

Deze aanvulling lijkt mij volkomen terecht en maakt heel duidelijk dat weliswaar het belang van een gelijk speelveld tussen ondernemingen moet worden beschermd, maar dat dit geenszins geldt voor het belang dat ondernemingen hebben bij het weren van concurrenten. Dit laatste betreft een belang dat aan de markt moet worden overgelaten en waar de overheid derhalve buiten moet blijven.

24 Rb. Den Haag 30 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15812, r.o. 4.14.

25 Rb. Den Haag 30 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15812, r.o. 4.15.

De rechtbank komt in deze zaak tot de conclusie dat:

*'de Gemeente het zorgvuldigheidsbeginsel heeft geschonden, nu niet blijkt dat de gemeente op enige wijze het [belang van eerlijke concurrentie] van [eiser] onder ogen heeft gezien en heeft afgewogen bij de verkoop van De Stolp aan SSO, terwijl zij, zoals de rechtbank hierna zal bespreken, zowel bij de koopovereenkomst als bij de lening een voordeel heeft verstrekt aan SSO dat SSO niet in de markt had kunnen verkrijgen.'*²⁶ (curs. JW)

Ook deze uitspraak illustreert dat de burgerlijke rechter in bepaalde gevallen lijkt aan te nemen dat op de overheid op grond van het bestuursrechtelijke (!) zorgvuldigheidsbeginsel een plicht rust om bij het nemen van beslissingen die van invloed kunnen zijn op het gelijke speelveld, zich rekenschap te geven van de belangen van concurrenten bij een gelijk speelveld en die belangen te betrekken in de belangenafweging.

Om te voorkomen dat het beeld ontstaat dat volgens de burgerlijke rechter op bestuursorganen altijd een plicht rust om doorslaggevende betekenis toe te kennen aan het belang van een gelijk speelveld, wijs ik hier tot slot op een uitspraak van het Hof Amsterdam, waarin het ging om een bloemist die de gemeente aansprakelijk had gesteld omdat hij oneerlijke concurrentie ondervond van bedrijven die in strijd met het bestemmingsplan bloemen en planten verkochten terwijl de gemeente daartegen niet handhavend optrad.²⁷ Het Hof oordeelde dat de gemeente door niet handhavend op te treden tegen bedrijven die in strijd met het bestemmingsplan bloemen verkochten niet in strijd met beginselen van behoorlijk bestuur had gehandeld. Daarbij speelde een rol dat appellante geen rechtsmiddelen had aangewend tegen het uitblijven van een handhavingsbesluit. Er rust op een ondernemer dus wel enige eigen verantwoordelijkheid wanneer het gaat om de bescherming van een gelijk speelveld.

Naar een door de bestuursrechter toe te passen norm?

Hoewel het hiervoor slechts om twee uitspraken van nota bene rechtbanken²⁸ ging, laten die uitspraken wel zien dat de burgerlijke rechter in bepaalde gevallen aanneemt dat overheidslichamen gehouden zijn rekening te houden met de invloed die handelen kan hebben op de concurrentieverhoudingen. In beide uitspraken vormde het zorgvuldigheidsbeginsel hiervoor de grondslag. Dit roept de vraag op of ook de bestuursrechter zou moeten oordelen dat het bestuur bij het nemen van besluiten, op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel gehouden is rekening te houden met concurrentiebelangen. Die conclusie kan mijns inziens niet zonder meer worden getrokken. Daarbij spelen het doelgebonden karakter van bestuursbevoegdheden en het daarmee verbonden specialiteitsbeginsel een belangrijke rol.

26 Rb. Den Haag 30 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15812, r.o. 4.16.

27 Hof Amsterdam 14 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1398.

28 In de zaak *De Stolp* is, voor zover mij bekend, hoger beroep ingesteld.

Op grond hiervan dient het bestuur bij uitoefening van bestuursbevoegdheden in beginsel alleen de belangen te betrekken die de wetgever bij toekenning van de desbetreffende bevoegdheid heeft bedoeld te behartigen. Het specialiteitsbeginsel zou, gelet op de rechtstatelijke werkverdeling tussen wetgever, bestuur en rechter, op onaanvaardbare wijze worden doorkruist als de bestuursrechter het bestuur op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel zou verplichten willekeurige belangen, die bij het voorliggende besluit zijn betrokken, te betrekken in de besluitvorming. In het burgerlijke recht speelt dit geen rol van betekenis, omdat bevoegdheden daar geen doelgebonden karakter hebben en in beginsel vrij zijn. Dit heeft in dit geval tot gevolg dat op het terrein van het burgerlijke recht de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van grotere invloed zijn op het handelen van de overheid dan op het terrein van het bestuursrecht. Gelet op het enigszins onbepaalde karakter van het zorgvuldigheidsbeginsel acht ik het dan ook gelukkig dat de bestuursrechter de norm die ertoe strekt dat het bestuur bij de verdeling van schaarse publieke rechten gelijke kansen moet bieden aan (potentiële) gegadigden niet langer baseert op het zorgvuldigheidsbeginsel, maar op het gelijkheidsbeginsel. Zoals ook Widdershoven opmerkt geeft dat laatste beginsel duidelijker de ratio weer van de verplichting om mededinging te creëren en wordt zo voorkomen dat het zorgvuldigheidsbeginsel wordt gebruikt om allerlei vreemde belangen in de door het bestuur te maken belangenafweging te betrekken die geen enkel verband houden met het doel van de desbetreffende bestuursbevoegdheid.²⁹

7.6.3.4 De Duitse Konkurrentenklage

Een vierde bron van inspiratie vormt het Duitse bestuursrecht (*Verwaltungsrecht*). Anders dan in het Nederlandse bestuursrecht is in het Duitse bestuursrecht de beroepsbevoegdheid (ontvankelijkheid) niet gekoppeld aan een belang, maar aan een recht.³⁰ Op grond van § 42 II *Verwaltungsgerichtsordnung* (VwGO) heeft slechts degene die aannemelijk maakt dat zijn rechten zijn geschonden toegang tot de *Anfechtungsklage* of *Verpflichtungsklage* (Duitse equivalenten van het Nederlandse vernietigingsberoep). In het Duitse bestuursrecht is het voor toegang tot de rechter dus niet voldoende dat de klager feitelijk gevolgen ondervindt van een *Verwaltungsakt* (het Duitse equivalent van een besluit). De gevolgen van een besluit moeten tevens kunnen worden gekwalificeerd als de schending van een recht.³¹ Belangen van de geadresseerde van een besluit worden in het Duitse bestuursrecht per definitie aangemerkt als door het recht beschermd belang. De geadresseerde van een besluit heeft dus altijd toegang tot de bestuursrechtelijke procedure.

29 Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421 (*speelautomatenhal Vlaardingen*), punt 6.9.

30 Hufen 2016, p. 236 en 290, Marseille 2011, p. 239, De Poorter 2003 p. 22, en De Waard, Bok & Gilhuis 2001, p. 101.

31 Marseille 2011, p. 239.

Dat ligt anders als het om een derde gaat. Die moet aannemelijk maken dat hij als gevolg van een besluit in een recht is geschaad. Dat is het geval als de beweerdelijk geschonden rechtsregel beoogt zijn belangen te beschermen (*Schutznorm*), of als een grondrecht in het geding is.³²

Logischerwijs komt het ook in Duitsland voor dat ondernemers opkomen tegen een besluit omdat dit aan een concurrent een voordeel verschaft (*negative Konkurrentenklage*) of omdat zij zelf een voordeel mislopen en daardoor concurrentienadeel ondervinden (*positive Konkurrentenklage*). Voor het aannemen van *Klagenbefugnis* is dan vereist dat de desbetreffende ondernemer aannemelijk maakt dat hij in een recht is geschaad. In het Duitse bestuursrecht worden concurrentiebelangen als door het recht beschermde belangen aangemerkt.³³ Maar niet elke aantasting van een concurrentiepositie houdt ook een schending van dat recht in, aldus Hufen.³⁴ Alleen het feit dat een ondernemer door een besluit in zijn concurrentiebelang wordt getroffen is niet voldoende om te kunnen zeggen dat zijn rechten zijn geschonden in de zin van § 42 II VwGO. Elke verlening van een vergunning, ontheffing of subsidie beïnvloedt immers op zijn minst indirect de marktkansen van anderen.³⁵ Wanneer bijvoorbeeld een ondernemer een vergunning of ontheffing krijgt om bepaalde economische activiteiten te ontplooiën, krijgt een zittende ondernemer te maken met een toename van de concurrentie en diens gevolge afnemende marktkansen. Dat wil echter niet zeggen dat hij als gevolg van de verlening van de vergunning of ontheffing in een recht is geschaad. Het recht beschermt ondernemers immers niet tegen concurrentie als zodanig. Concurrentie komt tot stand op een markt en laat zich als zodanig naar zijn aard niet door het recht beschermen. Belangen van concurrenten die wel door het recht worden beschermd zijn het belang van een eerlijke kans bij de verdeling van schaarse rechten en het belang van onverstoorde mededinging.³⁶ Het vorenstaande sluit aan bij het door mij in het kader van dit onderzoek gemaakte onderscheid tussen, enerzijds, het op zichzelf niet door het bestuursrecht te beschermen belang van ondernemers om gevrijwaard te blijven van concurrentie en, anderzijds, het wel te beschermen belang van ondernemers bij gelijke kansen. Ook sluit dit onderscheid in grote lijnen aan bij de bescherming die het Nederlandse bestuursrecht aan concurrenten biedt. Wel is de toegang tot het Duitse bestuursrecht in een bepaald opzicht iets ruimer, omdat in de Duitse bestuursrechtspraak wordt aangenomen dat wanneer een ondernemer door een aan een concurrent gericht besluit in zijn voortbestaan wordt bedreigd (*Existenzgrundlage*), hij in een grondrecht wordt geschaad en dus toegang heeft tot de bestuursrechtelijke procedure.

32 Marseille 2011, p. 239.

33 De Waard, Bok & Gilhuis 2001, p. 102.

34 Hufen 2016, p. 242.

35 Hufen 2016, p. 242.

36 Hufen 2016, p. 243.

Schlössels wijst in zijn annotatie bij de uitspraak van de Afdeling van 18 maart 2016, waarbij de correctie Widdershoven in het bestuursrecht is geïntroduceerd, op de ervaring die inmiddels in het Duitse bestuursrecht is opgedaan met 'Langemeijer-achtige' correcties op het hiervoor beschreven Schutznormvereiste.³⁷ Ook in het Duitse bestuursrecht vindt een meer algemene correctie plaats op grond van het gelijkheidsbeginsel. Schlössels wijst op Hufen, die daarover opmerkt dat: *'Die wichtigsten Anwendungsfälle sind die Klage gegen eine Begünstigung des konkurrenten (...), die Verletzung der Chancengleichheit im Wahlkampf und die gleichheitswidrige Anwendung von Verwaltungsvorschriften'*.³⁸ Het gaat er dus om dat concurrenten gelijke kansen krijgen in de strijd om klanten en marktaandeel. Dit wordt als een op grond van het gelijkheidsbeginsel door het recht beschermd belang als bedoeld in § 42 II VwGO aangemerkt.

7.6.3.5 Unierechtelijke invulling van het gelijkheidsbeginsel

Een laatste – maar zeker niet de minst belangrijke – bron van inspiratie vormt het Unierecht. De Europese Unie heeft als doel de vrede en welvaart in Europa te verzekeren en te handhaven. Een van de middelen om dit doel tot stand te brengen is een steeds verdergaande convergentie van Europese economieën door middel van het tot stand brengen van een interne markt en het verzekeren van de werking daarvan. De basis van de interne markt wordt gevormd door de vier verkeersvrijheden. Deze maken het mogelijk dat goederen, personen, diensten en kapitaal uit alle lidstaten vrij kunnen bewegen en daardoor met elkaar in concurrentie kunnen treden (markttoegang). Het gaat hierbij om het creëren van een gelijk speelveld met gelijke kansen. Een onmisbare aanvulling op de verkeersvrijheden vormen de voorschriften van primair en secundair Unierecht die het marktgedrag van particulieren en lidstaten reguleren (concurrentieregime). Voorkomen moet immers worden dat de gelijke kansen die door de verkeersvrijheden worden gecreëerd teniet worden gedaan doordat particulieren afspraken maken over de verdeling van de markt of doordat lidstaten steun toekennen aan nationale ondernemingen die daardoor een kunstmatig concurrentievoordeel genieten. De verkeersvrijheden en de mededingingsbepalingen vormen, samen met de bepalingen inzake de Economische en Monetaire Unie (EMU), de economische constitutie van de Europese Unie die ten grondslag ligt aan de interne markt. De economische constitutie is gericht op het creëren van gelijke kansen voor ondernemers. Het gelijkheidsbeginsel vormt dan ook het fundament waarop de economische constitutie is gebouwd.

Omdat de bescherming van de gelijke kansen voor ondernemers alomtegenwoordig is in de Unierechtelijke vrij-verkeerbepalingen en de mededingingsregels kan, mede gezien de toepassing die het Hof van Justitie daaraan

37 R.J.N. Schlössels, annotatie bij ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:732, JB 2016/88, punt 12.

38 Hufen 2016, p. 261.

geeft, worden gesproken van een algemene Unierechtelijke norm die strekt ter bescherming van de eerlijke mededinging. Op grond van deze norm moet de overheid zich bij de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden onthouden van een onevenredige verstoring van de interne markt en dus het gelijke speelveld. De norm heeft het karakter van een verbod, zij het dat dit niet absoluut is. Onder bepaalde omstandigheden mag het belang van eerlijke concurrentie wijken voor andere algemene belangen. Op grond van dwingende redenen van algemeen belang, zoals bijvoorbeeld het belang van de volksgezondheid of de openbare orde, is het lidstaten toegestaan om de mededinging te beperken. Beperkingen zijn evenwel slechts toelaatbaar, als deze (1) zonder onderscheid worden toegepast, (2) geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en (3) proportioneel zijn. Anders gesteld, onder omstandigheden zijn maatregelen die afbreuk doen aan de gelijke kansen van concurrentie toegestaan. Dat een ondernemer daarvan concurrentienadeel kan ondervinden, weegt in dat geval niet op tegen het algemeen belang dat met de desbetreffende maatregel gediend is.

Opmerking verdient dat in de rechtspraak van het Hof van Justitie over de interne markt niet zozeer voorop staat of ondernemers die concurrentienadeel ondervinden van een bepaalde maatregel zich in een vergelijkbare positie bevinden, maar veeleer of er sprake is van een belemmering van het gelijke speelveld als zodanig (de mededingingsstructuur). Anders dan bij toepassing van het gelijkheidsbeginsel door de Nederlandse rechter het geval is, wordt door het Hof van Justitie op een abstracter niveau beoordeeld of sprake is van een belemmering van het gelijke speelveld. Minder relevant daarbij is of een bepaalde ondernemer anders wordt behandeld dan een concurrent. Het gaat in meer algemene zin om de vraag of er als gevolg van een bepaalde maatregel sprake kan zijn van een benadeling van ondernemers. De vergelijkbaarheid van gevallen is dus van ondergeschikt belang.

7.6.4 Op weg naar gelijkere kansen voor concurrenten

Na hiervoor vijf inspiratiebronnen te hebben besproken, is het tijd om te komen tot een eigen voorstel voor het verbeteren van de bescherming van het belang van een gelijk speelveld in het bestuursrecht. Het ligt het meest voor de hand om de oplossing voor het ontbreken van een algemene bestuursrechtelijke norm die ertoe strekt dat het bestuur bij het nemen van besluiten rekening moet houden met het belang van een gelijk speelveld te zoeken op het niveau van de rechtsbeginselen.

7.6.4.1 *Rechtsgrondslag*

Om te beginnen rijst de vraag welk rechtsbeginsel kan dienen als grondslag voor een norm die ertoe strekt dat de overheid bij het nemen van besluiten rekening houdt met het gelijke speelveld. Daarbij valt een aantal rechtsbeginselen direct af, omdat die niet van invloed zijn op de vraag welke belangen een rol kunnen spelen in de besluitvorming. Dat geldt in elk geval voor

de formele rechtsbeginselen. Maar ook materiële beginselen zoals de verplichting voor het bestuur om een belangenafweging te maken (artikel 3:4 lid 1 Awb) en het verbod van *détournement de pouvoir* vallen af. Deze beginselen zijn dusdanig verknoopt met het specialiteitsbeginsel dat zij niet tot een aanvulling kunnen leiden op de belangen die op grond van het specialiteitsbeginsel een rol kunnen spelen in de besluitvorming. Ook het vertrouwensbeginsel is hier niet relevant. Dit beginsel houdt in hoofdzaak verband met het gedrag van bestuursorganen en niet zozeer met de effecten van een besluit. Het beginsel kan er dus wel toe leiden dat met bepaalde belangen rekening moet worden gehouden, maar dat is niet het gevolg van de aard van de belangen. Wat overblijft als mogelijke grondslag voor het meewegen van het belang van een gelijk speelveld zijn het evenredigheidsbeginsel, het materiële zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel.

Het zorgvuldigheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel zouden op zichzelf kunnen dienen als de grondslag voor een rechtsnorm die ertoe strekt dat de overheid bij het nemen van besluiten rekening houdt met het gelijke speelveld. Het betrekken van bepaalde belangen in de besluitvorming is immers een vorm van zorgvuldigheid en kan ertoe leiden dat de uitkomst van de besluitvorming evenredig is. Aan het gebruik van deze twee beginselen als rechtsgrondslag kleven echter ook nadelen. In de eerste plaats geven deze beginselen geen informatie over de ratio van de rechtsnorm.³⁹ Dat het moet gaan om het bieden van gelijke kansen komt hiermee op zichzelf niet tot uitdrukking. In de tweede plaats laten deze beginselen betrekkelijk onbepaald welke belangen zouden moeten meewegen. Voor een breed palet aan belangen kan worden bepleit dat een zorgvuldige en evenredige besluitvorming met zich brengt dat met die belangen rekening wordt gehouden. Dit staat evenwel op gespannen voet met het doelgebonden karakter van bestuursbevoegdheden en ondergraaft het relativiteitsvereiste meer dan noodzakelijk is. Ik meen dan ook dat, anders dan het geval is in de civiele rechtspraak, het zorgvuldigheidsbeginsel en ook het evenredigheidsbeginsel niet de ideale grondslag vormen voor een rechtsnorm die ertoe strekt dat de overheid bij het nemen van besluiten rekening houdt met het gelijke speelveld.

Wat overblijft is het gelijkheidsbeginsel. Dit beginsel geeft de ratio van het bieden van gelijke kansen het beste weer. Ook sluit een keuze voor het gelijkheidsbeginsel aan bij het Unierecht. Het Hof van Justitie gaat van dat beginsel uit als grondslag voor het creëren van gelijke kansen voor ondernemers, zoals blijkt uit bijvoorbeeld het arrest *Betfair*.⁴⁰ Verder heeft de Afdeling op het terrein van de verdeling van schaarse publieke rechten in de uitspraak in de zaak *Speelautomatenhal Vlaardingen* van 2016 het gelijkheidsbeginsel gebruikt als grondslag voor de verplichting van het bestuur

39 Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421 (*speelautomatenhal Vlaardingen*), punt 6.9.

40 HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307 (*Betfair*), AB 2011/17, m.nt. A. Buijze.

om bij de verdeling van schaarse rechten gelijke kansen te bieden.⁴¹ Daarbij past wel de opmerking dat het in zowel de zaak *Betfair* als de zaak *Speelautomatenhal Vlaardingen* ging om verdeling van schaarse ontheffingen. Op dat terrein noopt het formele gelijkheidsbeginsel tot het bieden van gelijke kansen. Maar ook buiten het terrein van de schaarse vergunningen kan het gelijkheidsbeginsel naar mijn idee dienst doen als rechtsgrondslag voor een algemene 'gelijke kansen-norm'. Immers, ook bij niet schaarse besluiten gaat het erom dat de overheid ondernemers gelijke kansen biedt, althans geen besluiten neemt die de gelijkheid van kansen onevenredig verstoort. Omdat het in dat verband vooral gaat om het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van concurrenten, ligt toepassing van het materiële gelijkheidsbeginsel daarbij meer voor de hand.

7.6.4.2 *Niet de vergelijkbaarheid van gevallen, maar het onderscheid als beginpunt van de toetsing*

Een probleem met toepassing van het gelijkheidsbeginsel door de Nederlandse bestuursrechter is dat een beroep op dat beginsel in de praktijk niet vaak slaagt. Dit hangt samen met het door de Nederlandse bestuursrechter gebruikte toetsingsmodel. Als beginpunt van de toetsing geldt een beoordeling van de vergelijkbaarheid van bepaalde gevallen. Zijn gevallen niet vergelijkbaar, dan is naar het oordeel van de bestuursrechter doorgaans geen sprake van ongelijke behandeling en wordt niet toegekomen aan beantwoording van de vraag of het gemaakte onderscheid gerechtvaardigd is. Het is niet mogelijk om tot een oordeel over de vergelijkbaarheid te komen door louter naar de feiten van het voorgelegde geval te kijken.⁴² Bepaald moet worden welke verschillen en overeenkomsten voor de toepassing van het recht relevant zijn. Dit betekent dat de toepasselijke regelgeving, in het bijzonder de doelstelling daarvan, de vergelijkingsmaatstaf of het differentiatie criterium bepaalt.⁴³ Deze betrekkelijk strenge vergelijkbaarheidstoets brengt met zich dat maar zelden wordt geoordeeld dat sprake is van vergelijkbare gevallen en dus ook maar zelden wordt toegekomen aan de vraag of het gemaakte onderscheid wellicht gerechtvaardigd is.⁴⁴ Dit geldt des te sterker in het geval van concurrenten die van mening zijn dat zij door een besluit in hun belang van een gelijk speelveld worden getroffen. Zoals we immers hebben gezien, kent het Nederlandse bestuursrecht nauwelijks regelgeving die strekt tot bescherming van het belang van gelijke kansen. Het verrichten van activiteiten in hetzelfde marktsegment en verzorgingsgebied betekent dus wel dat sprake is van concurrenten, hetgeen voldoende is voor het aannemen van belanghebbendheid, maar

41 ABRvS 2 november 2016 (*Speelautomatenhal Vlaardingen*), ECLI:NL:RVS:2016:2927, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel.

42 Gerards 2002, p. 60.

43 Hirsch Ballin 1988, p. 11-13.

44 Gerards 2002, p. 554.

betekent doorgaans niet dat sprake is van vergelijkbare gevallen. Kortom, door vergelijkbaarheid van gevallen te kiezen als beginpunt van de toetsing zal niet snel worden geoordeeld dat sprake is van ongelijke behandeling. Los daarvan acht Gerards het gebruik van de vergelijkbaarheidstoets ook weinig zinvol, omdat in de volgende fase van de toetsing iedere ongelijke behandeling moet worden gerechtvaardigd, ongeacht of er sprake is van vergelijkbare gevallen of niet.⁴⁵ Als eenmaal is vastgesteld of al dan niet sprake is van vergelijkbare gevallen, dan is de vervolgvraag steeds of het gemaakte onderscheid kan worden gerechtvaardigd. Het is volgens Gerards dan ook zinvoller om bij toetsing aan het gelijkheidsbeginsel niet de vergelijkbaarheid van de gevallen voorop te stellen, maar vooral te kijken naar de gevolgen van een door de overheid gemaakt onderscheid. Een ongelijke behandeling hoeft alleen te worden gerechtvaardigd als aanneemelijk is dat een bepaalde groep of (rechts)persoon daarvan daadwerkelijk nadeel ondervindt.⁴⁶ Van nadeel is bijvoorbeeld sprake als concurrenten geen gelijke kansen krijgen. De functie van het gelijkheidsbeginsel verschuift daarmee van gelijk behandelen (in absolute zin) naar het bieden van gelijke kansen. Van Ommeren spreekt in dat verband over relatieve gelijkheid.⁴⁷ Relatief, omdat de gelijke behandeling in relatie staat tot de marktpositie die een ondernemer ten opzichte van zijn concurrenten inneemt.

Vooraf voor de bescherming van het belang van een gelijk speelveld kan de keuze voor de gevolgen van een gemaakt onderscheid als aanknopingspunt bij toetsing aan het gelijkheidsbeginsel een belangrijke verbetering inhouden. Dat ondernemers zich niet in een rechtens relevante vergelijkbare situatie bevinden hoeft immers niet te betekenen dat zij niet met elkaar concurreren en dat het maken van een onderscheid geen nadelige gevolgen geeft voor hun concurrentiepositie. Door de nadruk te leggen op de gevolgen van het gemaakte onderscheid wint het belang van een gelijk speelveld aan betekenis en is voor toetsing aan het gelijkheidsbeginsel voldoende dat een besluit gevolgen heeft voor de gelijke kansen van concurrenten. Aansluiting zoekend bij Gerards zou het toetsingsmodel er als volgt uit kunnen zien. Eerst wordt de feitelijke vraag beantwoord of sprake is van een onderscheid dat rechtvaardiging behoeft, omdat het daadwerkelijk leidt tot (concurrentie)nadeel voor een partij (ondernemer). Wordt die vraag bevestigend beantwoord, dan moet vervolgens de normatieve vraag worden beantwoord of het gemaakte onderscheid toelaatbaar is. Is dat niet het geval dan moet tot slot worden bezien wat daarvan dan de gevolgen moeten zijn. Dit model sluit aan bij de benadering die het Hof van Justitie kiest bij beoordeling van de vraag of een maatregel van een lidstaat een belemmering van de interne markt en dus het gelijke speelveld inhoudt. Ook daarbij staat de belemmering als zodanig voorop. Een belangrijke stap in de richting van het hier

45 Gerards 2002, p. 72.

46 Gerards 2002, p. 77.

47 Van Ommeren 2017, p. 204, en Van Ommeren 2004, p. 46.

geschetste toetsingsmodel heeft de Afdeling gezet in de uitspraken van 28 december 2016. Deze uitspraken laten zien waar het om gaat, namelijk materiële gelijkheid in de zin van gelijke kansen voor concurrenten.

7.6.4.3 Een evenredigheidsbenadering

Bij het via de band van het gelijkheidsbeginsel introduceren van een norm die ertoe strekt dat het bestuur bij het nemen van een besluit rekening moet houden met het belang van een gelijk speelveld, moeten wel de rechtsstatelijke verhoudingen goed voor ogen worden gehouden. Het is de wetgever die het primaat heeft om keuzes te maken ten aanzien van de met een bestuursbevoegdheid na te streven doelen. De wetgever bepaalt dan ook welke belangen een doorslaggevende rol kunnen spelen bij de beslissing om al dan niet van een bepaalde bevoegdheid gebruik te maken (specialiteit). Dit basisprincipe van de rechtsstaat zou worden geschaad als een bestuursorgaan een vergunning of ontheffing moet weigeren, omdat daarmee het gelijke speelveld wordt verstoord, terwijl dat belang niet binnen het beschermingsbereik van de desbetreffende wet valt. Daar komt bij dat een inbreuk op het gelijke speelveld soms gerechtvaardigd kan zijn. Als bijvoorbeeld een ondernemer zich wil vestigen in een woonwijk of natuurgebied en hij daardoor aan strengere milieueisen moet voldoen dan een concurrent die op een industrieterrein is gevestigd, dan wordt de gelijkheid van het speelveld door die strengere eisen verstoord, maar moet die verstoring gerechtvaardigd worden geacht door het algemeen belang van een gezond milieu. Een op het gelijkheidsbeginsel te baseren norm, inhoudende dat een bestuursorgaan bij het nemen van besluiten rekening moet houden met de gevolgen daarvan voor het gelijke speelveld, kan dan ook nooit een absoluut verbod inhouden op het verstoren van het gelijke speelveld. De norm zou dan ook zo vorm moeten worden gegeven dat een bestuursorgaan zich bij het nemen van een besluit steeds moet afvragen of daardoor het gelijke speelveld wordt verstoord en, als dat zo is, of die verstoring gerechtvaardigd is. Bij die beoordeling kan gebruik worden gemaakt van het stramien dat het Hof van Justitie volgt bij de beoordeling of een inbreuk op het vrije verkeer gerechtvaardigd is. Ook Gerards hanteert een dergelijk toetsingsmodel.⁴⁸

De beoordeling of het gemaakte onderscheid gerechtvaardigd is verloopt volgens een aantal stappen. Allereest moet worden beoordeeld of aan het onderscheid een gerechtvaardigd doel ten grondslag ligt. Deze doeltoets is vooral uit oogpunt van de rechtstatelijke werkverdeling van groot belang. Bij de beoordeling of met een onderscheid een gerechtvaardigd doel wordt gediend, moet om te beginnen worden achterhaald wat het doel is van het gemaakte onderscheid. Het ligt daarbij voor de hand om in de toepasselijke

48 Gerards 2002, p. 28-57. Overigens is dit beoordelingsstramien ook de bestuursrechter niet geheel vreemd. Zie bijvoorbeeld ABRvS 18 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA9831, r.o. 2.5.1-2.5.9, AB 2007, 302, m.nt. J.H. Jans (Schindler).

regelgeving te zoeken naar het doel van het onderscheid. Lukt dat niet, dan zal het verwerende bestuursorgaan moeten aanvoeren waarom een bepaald onderscheid is gemaakt. Door in eerste instantie te kijken naar de toepasselijke bestuursrechtelijke regelgeving wordt het doelgebonden karakter van bestuursbevoegdheden gerespecteerd. Ter toetsing ligt immers voor de vraag of het doel dat de regelgever bij het maken van bepaald onderscheid voor ogen heeft gehad, gerechtvaardigd is. Zo kan bijvoorbeeld een goede ruimtelijke ordening, de bescherming van het milieu, de bescherming van het woon- en leefklimaat of de bescherming van de openbare orde het maken van een bepaald onderscheid rechtvaardigen. Ik wijs hier ook op mijn opmerking in paragraaf 6.4.3.2. dat Nederland een gedecentraliseerde eenheidsstaat is. Dit betekent dat decentrale overheden eigen regelgevende bevoegdheden hebben. Inherent hieraan is dat decentrale overheden met de door hen tot stand gebrachte regelgeving uiteenlopende doelstellingen nastreven. Dat dit lokale of regionale verschillen in de behandeling van ondernemers tot gevolg heeft die tot concurrentienadelen of -voordelen kunnen leiden betekent dan ook niet dat sprake is van een onderscheid dat niet gerechtvaardigd is. De staatsinrichting vormt in dit geval voor een belangrijk deel de rechtvaardiging van het onderscheid. Dient het door het bestuur gemaakte onderscheid een gerechtvaardigd doel, dan moet vervolgens worden beoordeeld of het beoogde doel met het gemaakte onderscheid kan worden bereikt (geschiktheidstoets), of het doel niet door andere, minder verstrekkende middelen kan worden bereikt (subsidiariteitstoets) en of het gemaakte onderscheid in verhouding staat tot de aantasting van het belang van een gelijk speelveld (proportionaliteitstoets).

Nadeelcompensatie

Bij een evenredigheidsbenadering past ook dat wanneer een gemaakt onderscheid gerechtvaardigd moet worden geacht en het besluit derhalve rechtmatig is, de overheid een ondernemer die door dat besluit in zijn concurrentiebelangen wordt getroffen onder omstandigheden schadeloos stelt. Iemand die zich als gevolg van een rechtmatige overheidsdaad benadeeld acht, kan immers op grond van het algemeen rechtsbeginsel van gelijkheid voor de openbare lasten (vaak aangeduid als het beginsel van *égalité devant les charges publiques* of kortweg het *égalité*beginsel) een zuiver schadebesluit uitlokken. Bij de beantwoording van de vraag of het *égalité*beginsel noopt tot schadevergoeding moet worden beoordeeld of sprake is van onevenredige, buiten het normaal maatschappelijk risico vallende en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende schade, die het gevolg is van een op de behartiging van het openbaar belang gericht optreden van een bestuursorgaan. Indien daarvan sprake is, is het desbetreffende bestuursorgaan gehouden tot compensatie van de onevenredige schade die is ontstaan in de uitoefening door dat bestuursorgaan van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid.⁴⁹

49 Zie over nadeelcompensatie op basis van het *égalité*beginsel uitgebreid Tjepkema 2010.

Een interessante vraag is of omzetschade die het gevolg is van een op zichzelf rechtmatig besluit van de overheid op grond van het égalitébeginsel voor vergoeding in aanmerking komt. Hierbij valt een onderscheid te maken tussen besluiten die alleen leiden tot een toename van concurrentie en besluiten die het gelijke speelveld verstoren. In het eerste geval noopt het égalitébeginsel niet tot het vergoeden van schade, omdat het schade betreft die binnen het normaal maatschappelijk ondernemersrisico valt. Inherent aan ondernemen is immers dat je vroeg of laat met (een toename van) concurrentie te maken krijgt.⁵⁰ Is daarentegen sprake van een besluit dat het gelijke speelveld verstoort omdat ondernemers verschillend worden behandeld, maar bestaat voor het onderscheid een rechtvaardiging op grond van aan het algemeen belang ontleende belangen, dan noopt het égalitébeginsel onder omstandigheden tot het vergoeden van omzetschade. Het specialiteitsbeginsel, op grond waarvan concurrentiebelangen de besluitvorming ten principale niet kunnen blokkeren, staat daaraan niet in de weg. Uiteraard moet wel sprake zijn van onevenredige, buiten het normaal maatschappelijk risico vallende en op een beperkte groep ondernemers drukkende schade. Een onderwerp dat bij het toekennen van nadeelcompensatie nog aandacht verdient is dat het Unierechtelijke staatssteunverbod grenzen stelt aan de mate waarin de overheid ondernemers kan compenseren voor omzetverlies als gevolg van een rechtmatig besluit.⁵¹

7.6.4.4 Geen wereld van verschil ten aanzien van de uitkomst, maar wel meer duidelijkheid ten aanzien van de toetsingsgrondslag

Omdat het maken van onderscheid op zichzelf een besluit niet onrechtmatig maakt, maar dit pas het geval is wanneer het onderscheid niet gerechtvaardigd is, zal in de meeste gevallen de keuze om de gevolgen van een gemaakt onderscheid als vertrekpunt te nemen bij de toetsing van een besluit tot dezelfde uitkomst leiden als de huidige klassieke toepassing van het gelijkheidsbeginsel waarbij de vergelijkbaarheid van gevallen als uitgangspunt wordt genomen. Het belangrijkste verschil is dat niet meer zal worden geoordeeld dat geen sprake is van voldoende vergelijkbare gevallen, maar dat het gemaakte onderscheid gerechtvaardigd zal worden geoordeeld. In beide gevallen slaagt het beroep op het gelijkheidsbeginsel evenwel niet. In zoverre maakt de keuze voor de gevolgen van een gemaakt onderscheid als beginpunt van de toetsing weinig verschil. Dat neemt niet weg dat die keuze wel beter inzichtelijk maakt waar het in de kern om gaat. Het gaat niet zozeer om het voorkomen of wegnemen van ongelijke behandeling, maar vooral om het voorkomen of wegnemen van de nadelige *gevolgen* daarvan voor de gelijke kansen van (concurrerende) ondernemers. Door de gevolgen van een door het bestuur gemaakt onderscheid als beginpunt te nemen bij

50 ABRvS 3 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2151.

51 Zie over dit probleem VAR-reeks 135, p. 20-27.

toetsing aan het gelijkheidsbeginsel en dat beginsel dus in te vullen als een gelijke kansen beginsel, is dan ook vooral de rechtszekerheid gediend.⁵²

Hoewel de keuze voor een andere toetsingsingang meestal geen verschil zal maken, zijn er situaties voorstelbaar, waarin de keuze voor het onderscheid als toetsingsingang wel een verschil kan maken. Ter illustratie grijp ik terug op het voorbeeld dat De Graaf & Van der Veen bespreken.⁵³ Zij noemen als voorbeeld een ondernemer (A) die wordt geconfronteerd met dusdanige kostenverhogende en/of opbrengstbeperkende eisen dat hij noodgedwongen afziet van het starten van zijn onderneming. Er zijn in dat geval uiteindelijk dus geen verplichtingen opgelegd, maar wel is de verstiging van een onderneming verhinderd. Vervolgens worden aan een concurrerende ondernemer (B) diezelfde eisen – al dan niet ten onrechte – niet gesteld. Ondernemer A zal daartegen willen opkomen, omdat hij in zijn concurrentiepositie wordt geschaad. Wanneer de regelgeving waarop de aan B niet opgelegde eisen zouden moeten worden gebaseerd niet strekt tot bescherming van concurrentiebelangen van ondernemer A, dan staat het relativiteitsvereiste er aan in de weg dat hij aanvoert dat de eisen ten onrechte niet aan B zijn opgelegd. De vraag is vervolgens of de correctie Widdershoven A kan helpen. Van gelijke gevallen is geen sprake. Ondernemer A heeft uiteindelijk namelijk de markt niet betreden omdat aan hem (te) strenge eisen zijn gesteld, terwijl ondernemer B de markt wel heeft betreden. Beide ondernemers bevinden zich dus in verschillende feitelijke situaties. Wordt bij toetsing aan het gelijkheidsbeginsel als uitgangspunt genomen dat sprake moet zijn van vergelijkbare gevallen, dan slaagt het beroep daarop dus niet. Zou daarentegen het gemaakte onderscheid als aanknopingspunt voor de toetsing worden genomen, dan betekent dit dat moet worden geconstateerd dat het gelijke speelveld tussen beide ondernemers wordt verstoord door het (ten onrechte) niet stellen van eisen aan ondernemer B. In dat geval kan wel aan toepassing van de correctie Widdershoven toegekomen worden. Onderzocht moet vervolgens worden of aan B ten onrechte bepaalde eisen niet zijn gesteld en dus de wet- of regelgeving die op zichzelf niet strekt tot bescherming van het belang van ondernemer A is geschonden. Is dat het geval, dan kan worden bereikt dat het besluit waarbij ondernemer B toegang tot de markt is verschaft moet worden vernietigd, omdat aan hem ten onrechte niet de aan ondernemer A opgelegde kostenverhogende en/of opbrengstbeperkende eisen zijn gesteld. Wanneer wordt geconstateerd dat de van toepassing zijnde wet- en regelgeving niet geschonden is en het maken van onderscheid derhalve gerechtvaardigd is, dan valt te bezien of er aanleiding bestaat om aan A een schadevergoeding op grond van het égalitébeginsel te betalen.

52 Van Ommeren 2017, p. 201.

53 De Graaf & Van der Veen 2016, p. 175.

7.6.5 Van gelijkheidsbeginsel naar gelijke kansen beginsel

De slotsom is dat het wenselijk en bovendien betrekkelijk eenvoudig is om de bescherming van concurrentiebelangen in het bestuursrecht te verbeteren. Daarvoor is geen ingewikkelde wetgevingsexercitie vereist. Door bij de toepassing van het gelijkheidsbeginsel niet langer de vergelijkbaarheid van gevallen als uitgangspunt voor de toetsing te nemen maar in plaats daarvan vooral te kijken naar de gevolgen van een besluit voor de materiële gelijkheid, kan worden bewerkstelligd dat meer recht wordt gedaan aan het belang van ondernemers en de samenleving als geheel bij eerlijke en vrije concurrentie. Dat zal niet tot een in materieel opzicht grote wijziging leiden, maar het geeft wel duidelijk aan dat bestuursorganen zich ervan bewust moeten zijn dat het nemen van besluiten het gelijke speelveld kan beïnvloeden en dat de rechter zal moeten toetsen of zij dat belang voldoende hebben meegewogen in hun besluitvorming. Misschien moeten we er dan ook mee beginnen het gelijkheidsbeginsel in concurrentiegeschillen om te dopen tot het gelijkekansenbeginsel.

Summary

Protection of competitive interests under administrative law

1 INTRODUCTION

Introduction

In the last 15 years, competitive interests have increasingly become the focus of administrative proceedings. That is not really surprising. Government decisions, after all, can have huge impacts on businesses' competitive positions. If, say, chocolate manufacturer A gets a subsidy, and chocolate manufacturer B does not, A has gained a competitive advantage against B. Likewise, if the municipal council adopts a zoning plan which provides for the establishment of a new DIY store, a DIY store already located in the neighbourhood will be faced with heightened competition. What's more, if the new DIY store is also subject to less stringent requirements concerning, for example, fire safety and the environment, a situation of unfair competition has arisen. The growth in 'competitor case law' coincides with two major developments under administrative law. The first development has to do with the sharply increasing integration between European and national law. Through European regulations, case law and legal principles, general administrative law is becoming ever more entwined with EU law. As a result, national legislative, administrative and judicial bodies must base and substantiate their decisions in part on EU law. Because free and fair competition is a critical element of EU law, it seems logical for competitors to seize upon the process of Europeanising administrative law to defend their competitive interests through administrative-law means. The second development pertains to the subjectification trend occurring in administrative law. A shift is going on as regards the purpose of administrative case decisions. Originally, these decisions were meant to provide a counterbalance to administrative authorities through the administrative court's monitoring of compliance with objective law. With the subjectification of procedural administrative law, the predominantly monitoring nature of administrative law is giving way more and more to offering legal protection to individuals. The most eye-catching aspect of the subjectification trend is the introduction of a relativity requirement (*relativiteitsvereiste*) under administrative law. Pursuant to this requirement, an administrative court will no longer reverse a decision based on the fact that it is contrary to a written or unwritten legal rule or general legal principle if this rule or principle is obviously not intended to protect the interests of the party invoking it. Unlike in the past, violation of the standard is no longer sufficient in and of itself to obtain reversal of the disputed decision. The standard violated must also be intended to pro-

tect the interests of the party invoking it. The problem for competitors is that many administrative-law standards are not intended to protect competitive interests.

Problem description

The developments discussed above give rise to the following main research question: to what extent does Dutch administrative law offer protection to businesses whose competitive positions have been affected by government decisions?

The answer to this question involves three traditional administrative-law doctrines: the interested party concept; the purpose-bound administrative powers notion and the relativity requirement. This leads to the following three sub-questions.

- To what extent can businesses, based on their competitive positions, be viewed as interested parties to a decision?
- To what extent can competitive interests be a factor in the weighing of interests to be made by administrative authorities in exercising their administrative power and in the administrative court's review of this?
- To what extent does the relativity requirement impede the protection of competitive interests when an administrative court reviews a decision?

The research takes a practical approach to these issues, and primarily concentrates on identifying potential problems which crop up with the protection of competitive interests under administrative law and on finding solutions to these problems. Because the research focuses on the consequences of government decisions on competitive conditions, competition law, which mainly relates to the market conduct of companies, will not be looked at for the most part. The government's behaviour as a market participant will not be addressed, either.

Research design

Chapters 3, 5 and 6 constitute the crux of the research. The three sub-questions mentioned above will be examined and answered in these chapters. Before this, in chapter 2, the various competitive interests and the importance of competition will be described. Chapter 4 will talk about the position which competitive interests occupy under EU law. This chapter will serve as a prelude to and a frame of reference for chapters 5 and 6, in which the position of competitive interests under Dutch administrative law will be analysed. Finally, in chapter 7, conclusions will be drawn and a proposal will be made to achieve better protection of competitive interests under Dutch administrative law.

2 COMPETITIVE INTERESTS AND THE IMPORTANCE OF COMPETITION

Competitive interests

For purposes of this research, 'competition' is defined as the battle between businesses for the consumer's favour. Against this background, three types of business interests may be distinguished. First, businesses have an interest in remaining safeguarded against or getting rid of competing businesses. In particular, the fewer the competitors, the less of a battle which has to be waged to gain the consumer's favour and, in general, the higher the profits. Second, businesses have an interest in fair competition. This entails their being able to fight for the consumer's favour based on equivalent starting positions and thus having equal opportunities to keep this consumer as a customer. These first two interests concern the relationship with other companies and can therefore be characterised as competitive interests. Finally, businesses have an interest in unhampered business operations, so that they can fight for the consumer's favour as freely as possible. Strictly speaking, this interest does not represent a competitive interest, because it is not really about the relationship with other businesses. Hence, this interest will be discussed only indirectly in this research.

The importance of competition

Every time the government grants a licence/permit or exemption, adopts a zoning plan, takes a decision on an enforcement request or awards a subsidy, the market opportunities of businesses are affected directly or indirectly. For instance, if a business obtains a permit to engage in certain economic activities or if a zoning plan provides for the establishment of a business, an existing business will face increased competition and, consequently, diminishing market opportunities. This is not to say, though, that protection of the competitive interests is necessary in all these cases. Competition is not as such a phenomenon which must be combatted. To the contrary, one of the fundamental ideas in Western market economies is that full competition ultimately results in optimal prosperity and that competition is desirable. It is not in the public interest for administrative law to offer protection against competition as such. In addition, competition arises in markets and, accordingly, by its nature is not amenable to protection by law. This is different, however, if competition becomes distorted. If equal opportunities are not provided, prosperity is harmed and competition needs to be protected. This doctoral thesis, then, ponders the extent to which the importance of fair competition – often referred to as 'equal opportunities' or a 'level playing field' – is protected by administrative courts.

3 COMPETITIVE INTERESTS AND BEING AN INTERESTED PARTY

For legal protection to be offered in administrative proceedings, there has to be access to such proceedings first. Under Sections 7:1(1) and 8:1(1) of the Dutch General Administrative Law Act (*Algemene wet bestuursrecht*), only an interested party may object to and lodge an appeal against a decision. Thus, a business which wants to contest a decision – because it believes that its competitive interest will be affected by the decision – needs to be regarded as an interested party within the meaning of Section 1:2 of this Act. A business will be considered an interested party to a decision based on its competitive position if its competitive interest is directly involved in a decision. Under the case law of the Dutch Trade and Industry Appeals Tribunal (*College van Beroep voor het bedrijfsleven*) ('the Tribunal') and the Dutch Council of State's Administrative Jurisdiction Division (*Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*) ('the Division'), this is so if the business engages in activities, or has specific plans to do this, in the same market segment and the same service area as the beneficiary of the decision. These two criteria will be discussed in more detail below.

Criterion 1: market segment

The first criterion used in assessing whether businesses compete with each other relates to the market segment in which they operate. Businesses are competitors of one another if they operate in the same market segment. In assessing whether this is the case, the Tribunal and the Division apply as a standard whether the two companies offer similar products or services. A sliding scale comes into the picture here. If the two companies offer more or less homogeneous products or services, then it is almost automatically assumed that they are active in the same market segment and, hence, are reciprocal interested parties with respect to decisions directed at the other party. For example, two businesses in Vietnam which manufactured chocolate decorations by hand for export were deemed to be active in the same market segment. The more heterogeneous the products or services offered are (and therefore the less similar they are), the less likely it is to be assumed that the same market segment is at issue. Accordingly, the owner of a cheese shop was not deemed an interested party concerning the granting of an exemption to an antique shop where curios and articles for home furnishings were sold. There is a large area between these two extremes in which it is sometimes more and sometimes less obvious that similar products or services are involved. In one case, for instance, a party providing 'hop on, hop off' transport by boat through the Amsterdam canals protested against the granting of an exemption to another party offering 'hop on, hop off' tourist transport by bus. Although it could not be denied that a boat and a bus differ from each other, both businesses were aimed at transporting tourists who were in Amsterdam for only a brief period and who wanted to see as much of Amsterdam as possible during that period. Still, the Tribunal held that this was not the same market segment.

Research shows that administrative courts determine whether products and services are similar on a case-by-case basis. It is noteworthy that the question whether companies are active in the same market segment is often addressed rather cursory. In many instances, the administrative court, after mentioning the products or services offered by the particular companies, suffices with the remark that they are active in the same market. What is also striking is that the product or service range is usually described in general terms, without the specific characteristics of the product or service being examined. From the standpoint of protecting competitive interests, the administrative courts' cursory and not very specific manner of defining the market segment is to be applauded. To wit, it means that it is quite readily assumed that companies operate in the same market segment and thus, based on their competitive positions, may be seen as an interested party with regard to decisions directed at and in favour of the other party. Yet access to the administrative court can be expanded even further, by not just looking at the similarity of goods and services, but also at the interchangeability of products and services, as occurs in defining the market under competition law. An interchangeability approach in the aforementioned case of 'hop on, hop off' transport by bus or boat would have resulted in accepting that the protesting business in that case was indeed an interested party.

Criterion 2: service area

The second criterion used in assessing whether businesses compete with each other relates to the service area in which they operate. This means the geographic area in which the businesses operate. The first element in assessing whether companies operate in the same service area is the nature of their activities. The more exclusive, the larger the service area is. To take one example, a factory outlet centre has a larger service area than a supermarket, because consumers are willing to travel farther for a day of 'fun shopping' than to pick up their daily groceries. Second, the location where the activities are performed plays a role. The higher the local population density, the more limited the service area is. A supermarket, say, in Amsterdam's city centre has a smaller service area than a supermarket in a village on a remote island. Because of the greater customer density, there are more supermarkets in Amsterdam and a consumer can find a supermarket a shorter distance away.

Effect on the turnover as a third criterion?

In some cases, the Division seems to apply a third criterion besides the market segment and service area in assessing whether a business can be considered an interested party to a decision based on its competitive position. The central issue is whether it is likely that the decision taken (or to be taken) will result in a loss of turnover for the party challenging it. The number of cases in which this criterion has been applied can be counted on one hand, so this cannot be called a consistent trend. Moreover, in a few recent rulings, the consequences of a decision for the turnover were more or less explicitly ignored in assessing whether a business was an interested party. It therefore

remains to be seen how the application of the turnover criterion will evolve. If this criterion actually develops into a separate criterion, this will be unfortunate, I believe, since a somewhat more complex economic analysis is often required here, which is not really in keeping with the nature of the assessment of whether someone is an interested party, which, after all, is primarily focused on keeping random third parties at bay.

Conclusion: broad access to legal protection

The answer to the first sub-question of this research is that, due to the cursory way in which the market is defined (and in rather general wording, too), a business contesting a decision is already quite readily regarded as a competitor of the beneficiary of this decision and therefore as an interested party to the decision. The nature of the competitive interest sought to be defended is not a factor, because whether somebody is an interested party is a purely factual question.

4 COMPETITIVE INTERESTS AND EU LAW

To put the protection of competitive interests under Dutch administrative law into perspective, chapter 4 of this thesis takes a look at the position which competitive interests occupy under EU law. The European Union's goal is to promote peace, its values and the well-being of its peoples. A crucial means for achieving this goal has been establishing the internal market and ensuring that this market operates properly. The internal market is based on the 'free movement' provisions and the competition rules.

The free movement provisions are chiefly geared towards *creating* an internal market in which production factors and the goods and services which the market produces can move about freely. Due to the elimination of barriers, the national economies are blending with each other, and a level playing field is arising in which companies can compete with one another on an equal footing. The competition rules, including state aid law, are specifically intended to *maintain* this level playing field. Countering distortions of that level playing field and fair competition is key.

While protection of fair and free competition is paramount with both the free movement provisions and competition rules, such protection is not absolute. Imperative public-interest considerations may entail Member States being allowed to limit competition. In this context, the importance of free, fair competition must be weighed against the European Union's other policy objectives. There must also be an evaluation of whether the measure is suitable for achieving the envisaged goal and whether the measure does not go beyond what is necessary to accomplish that goal.

5 COMPETITIVE INTERESTS AND PURPOSE-BOUND ASSESSMENT FRAMEWORKS

Occupying centre stage in chapter 5 was the question about the extent to which competitive interests can be a factor in the weighing of interests to be made by administrative authorities in exercising their administrative power and in the administrative court's review of this. The answer to this question is predominantly determined by the legislature. Specifically, in democratic states based on the rule of law, it is the legislature that determines whether administrative authorities may act to promote certain interests and, if so, which interests. Legal principles and international standards are also relevant in figuring out the extent to which competitive interests may be taken into account.

Competitive interests and the purpose-bound nature of administrative powers

Unlike under EU law, competitive interests only play a very modest role under national administrative law (outside of the competition-law arena, that is). The General Administrative Law Act, which sets forth the general rules of administrative law, does not mention competitive interests. Such limited attention to competitive interests can be explained by the nature of general administrative law. The purpose of the General Administrative Law Act is to standardise administrative proceedings and make them uniform. Consequently, the Act does not refer to the specific interests – including competitive interests – which must be considered in taking a specific decision. Likewise, in the special administrative-law regulations, which grant administrative powers for a particular purpose, competitive interests receive only scant attention.

The degree to which competitive interests may, under administrative regulations, play a part in the decision-making, and be promoted and thus protected in that way, can be reflected in a scale. At the one extreme, there are planning and zoning decisions. The laws and regulations in this area are purely national in nature and do not serve in any manner whatsoever to foster the interest in a level playing field. With planning and zoning decisions, then, the protection for competitive interests is minimal. At the other extreme of the scale can be found decisions which are grounded in administrative regulations which elaborate on EU law, such as the Dutch Medicines Act. Because the interest in free, fair competition is critical under EU law, this interest has also become part of the national assessment framework through the implementation of EU law, and the decision-making has to bear this interest in mind. There is a large area between these two extremes, in which competitive interests sometimes can (as with enforcement decisions) play a role in the decision-making and the review of this, but in many cases cannot. The latter situation is so, because, in formulating many administrative regulations, Dutch lawmakers have rarely given thought to protecting the interest in a level playing field. Only occasionally do Dutch legislators take the

initiative on their own (without EU law forcing them) to embed the interest in a level playing field into special administrative regulations. One example is Section 4 of the Dutch Licensing and Catering Act (*Drank- en horecawet*), which states that, in granting alcohol and catering establishment licences to, say, sports canteens and museums, government authorities must take into account regular catering establishments' competitive positions.

The protection of competitive interests pursuant to the equal treatment principle

In exercising their powers, administrative bodies are bound not only by laws and regulations, but by general legal principles as well. Administrative courts must therefore not only look at the scope of protection under the laws and regulations, but also need to go deeper, into the realm of legal principles. Fair competition is about providing equal opportunities. As a result, the equal treatment principle is the most logical non-legislative basis for protecting competitive interests. In the past decade, a legal standard based – for now, anyway – on the equal treatment principle has been developing in the area of distributing scarce licences/permits and exemptions. This standard has entailed that administrative authorities must in some way offer candidates and potential candidates room to compete for the scarce rights available. Competitive room should ensure that, for a scarce licence/permit or exemption, all candidates get an equal opportunity to qualify for that right and thereby gain access to the market.

The aforementioned standard is not a general administrative-law standard. It is not applied outside the context of distributing scarce public rights. There is no standard which generally states that, in taking decisions, administrative authorities must keep in mind the importance of having a level playing field between competitors. This is not entirely logical. After all, even outside the context of scarce rights, decisions can affect the level playing field between competitors, for example, if more stringent requirements are imposed on the one licence/permit holder than on the other licence/permit holder. Invocation of the equal treatment principle is often of little consolation in that instance, as cases are not apt to be regarded as similar.

The protection of competitive interests under EU law and the ECHR

Finally, besides the administrative regulations and the legal principles applicable to a decision, EU law and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) determine whether competitive interests can or must play a part in the decision-making

Because protecting the level playing field is a crucial aspect of many EU regulations, it is not surprising that businesses frequently invoke EU law in administrative cases. National courts and national administrative bodies are obliged to apply EU law that has direct effect, such as the free movement provisions and the state aid rules, and to thereby ignore contrary national law. One limitation here is that this obligation applies only in cases which

fall within the protective scope of EU law in general (cross-border situations) and of the EU regulations relied on in particular. If this is so, however, the interest in a level playing field must be considered under the applicable EU law. Sometimes, national law can be interpreted in such a way that the application of it will not be at odds with EU law. If this is not possible, national law must, in principle, be set aside and the limits of the purpose-bound assessment framework will be pierced. Nonetheless, the prohibition rooted in EU law on distorting the level playing field is not absolute. Restrictions on free movement may be permissible based on imperative public-interest considerations. The interest in, on the one hand, an open market economy with fair competition needs to be balanced against all sorts of other political and social interests, with the first interest being given a lot of weight, of course. While there is latitude, then, for taking decisions which impact the level playing field, the importance of fair competition must, under EU law, indeed be taken into account in the decision-making, for example, by excluding the application of generally binding regulations which conflict with EU law.

Moreover, under Article 94 of the Dutch Constitution, the courts and administrative authorities must apply treaty provisions with direct effect in exercising public-law powers and reviewing this. Accordingly, ECHR provisions must be applied, too. Yet it has become evident that the ECHR has limited significance for the protection of competitive interests. An explanation for this is that, unlike under EU law, competitive interests are not interests which are protected under the ECHR. This does not alter the fact that Article 1 of the Twelfth Protocol (prohibition on discrimination) and especially Article 1 of the First Protocol (protection of property) might potentially protect competitive interests. The protection offered by Article 1 of the Twelfth Protocol is more limited, though, than the protection offered by EU law. Specifically, although the Article contains a general prohibition on discrimination, it does not, unlike the free movement provisions, prohibit *every* barrier to competition. At first glance, the chances that invocation of Article 1 of the First Protocol will be successful seem better, because this Article offers more supplemental protection compared to EU law. A key issue in invoking this provision, however, is what the exact cause is of the infringement of the interest protected by Article 1 of the First Protocol. In theory, very different decisions may adversely affect a business's property. If, say, a competitor gets a licence or exemption for competing activities, an existing business may lose some of its market share. Such an adverse effect, though, may be justifiable in many instances for public-interest reasons. In addition, it is often questionable whether the eroding of a competitive position is a direct result of the granting of a licence or exemption or of a competitor's business activities. The argument can be made in many cases that the business activities of a competitor in particular influence a business's market share, so that protection of that interest should not primarily come from administrative law.

Conclusion: limited consideration of competitive interests

The answer to the second sub-question is that only very limited weight can be given to competitors' interests by administrative bodies in taking decisions and by administrative courts in reviewing those decisions. There are two reasons for this. First, administrative law includes just a limited number of rules which are intended to protect the level playing field. Second, the administrative authorities and courts have to deal with the division of work under the democratic state between lawmakers and administrative authorities, pursuant to which, in exercising a power, administrative authorities must bear in mind the interest which the legislature sought to promote in granting this power. Exceptions to the rule that, in general, only limited weight can be given to competitive interests arise with (1) decisions taken pursuant to regulations ensuing from EU law in which the importance of a level playing field is embedded, (2) enforcement decisions to which the general duty to enforce applies and (3) the distribution of scarce public rights, with regard to which, based on the equal treatment principle, candidates for a scarce right must get equal opportunities to qualify for that right.

6 COMPETITIVE INTERESTS AND THE RELATIVITY REQUIREMENT

Chapter 6 focused on the extent to which the relativity requirement impedes the protection of competitive interests when an administrative court reviews a decision. As regards the protection of competitive interests, it is not only relevant whether those interests may be taken into account when the administrative authorities weigh the interests at stake, but also the extent to which it can be reviewed whether a decision is contrary or not to the laws and regulations. Since 2011, the relativity requirement has constituted a serious limitation here. The relativity requirement sets limits on administrative courts' power to reverse decisions. Pursuant to this requirement, which has been laid down in Section 8:69a of the General Administrative Law Act, an administrative court will not reverse a decision based on the fact that it is contrary to a written or unwritten legal rule or general legal principle if this rule or principle is manifestly not intended to protect the interests of the party invoking it. Based on the explanation to this provision, the Division's case law has added that a decision will not be reversed, either, if there is an insufficient connection between the ground for appeal and the interest from which the appellant derives its right to appeal (causality).

Particularly under planning and zoning law, competitive interests are not interests to be protected

To date the relativity requirement has mainly been applied in the area of planning and zoning law. This is precisely the area in which competitors litigate the most. Hence, they are often confronted with the relativity requirement. Because the laws and regulations applicable to planning and zoning decisions are not intended to protect businesses' competitive interests, the

relativity requirement has become an almost insurmountable obstacle for competitors litigating against these decisions. This, by the way, is not always problematic from an equal opportunities perspective. In many environmental-law cases, businesses are seeking to remain safeguarded against or getting rid of competing businesses. Often, though, the levelness of the playing field is not at stake, since *increased* competition does not automatically translate into *distortion* of competition. As long as a business is only concerned about keeping out competitors, there is not an interest which needs protection from a public-interest point of view. Still, situations can be imagined in which violating environmental-law rules would disrupt the level playing field. For instance, a zoning plan might wrongly set less stringent safety and environmental requires for a newcomer than for an existing business, or certain statutory rules might be applied to competing businesses differently.

The relativity requirement is also applied very occasionally outside environmental law. In enforcement cases, administrative courts apply the relativity requirement to the statutory provisions allegedly violated. If they are not intended to protect the appellant's interest, reliance on the standard concerned cannot, in principle, lead to reversal of the decision. From the standpoint of protecting the interest in fair competition, this can sometimes be a problem, as non-compliance with rules which are not in themselves intended to protect this interest may still very well end up distorting the level playing field. If, say, business A does not comply with certain environmental requirements and thereby saves costs, while business B does properly comply with those requirements, business A will have an unlawful competitive advantage. This is not changed by the fact that the environmental standard violated is not intended to protect the competitive conditions. In this light, the 'Widdershoven correction' developed in the Division's case law is interesting.

The Widdershoven correction

In 2015, the Division's President submitted to State Councillor Advocate General Widdershoven the question whether, in applying the relativity requirement, there is latitude for a correction inspired by the 'Langemeijer civil-law correction', to the effect that outcomes from applying the relativity requirement which are deemed unjust should be avoided. Widdershoven concluded that administrative courts should correct the application of Section 8:69a of the General Administrative Law Act in the sense that the violation of a statutory standard which is not designed to protect the interests of an interested party, and which therefore by itself could not result in reversal, may support the judgment that the legitimate expectations principle or equal treatment principle has been violated, principles which are in fact intended to protect interested parties' interests. This correction has since become known as the 'Widdershoven correction' (*correctie Widdershoven*). For this correction to be applied, it is not only necessary that the statutory provision invoked has been violated, but also – and above all – that the legitimate

expectations or equal treatment principle has been violated. Importantly for competitors, this is a recognition that the equal treatment principle has its own separate protective scope.

The rulings by the Division on 28 December 2016,¹ in which the Widdershoven correction was applied for the first time, are of inestimable importance for protecting the interest in fair competition. These decisions involved three enforcement requests which SlijtersUnie (the Dutch Union of Licensed Victuallers) had filed. SlijtersUnie had asked for enforcement action to be taken against three licensed victuallers located in supermarkets. Specifically, SlijtersUnie wanted the prohibition in Section 24 of the Dutch Licensing and Catering Act on having a victualler operate without a supervisor being present to be enforced against them. At the supermarket victuallers, a supervisor was sometimes only present in the supermarket and not in the associated victualler. The independent victuallers were at a competitive disadvantage, because they always had a supervisor on hand and, consequently, had to incur costs. The enforcement requests were denied, since the victualler and the supermarket represented a single establishment and the fact that there was a supervisor present in the supermarket was deemed sufficient. The District Court and the Division disagreed. The issue was whether this could lead to reversal of the denial decisions. One problem was that the standard violated by the supermarket victuallers was not intended to protect the competitive interest which the independent victuallers asserted, so the relativity requirement precluded reversal of the decisions. The Division then moved on to the application of the Widdershoven correction and examined whether the independent victuallers could invoke the equal treatment principle. Although the enforcement requests had come from independent victuallers, while the victuallers against which enforcement was sought were part of a supermarket, this did not mean that the cases were not sufficiently similar. What was crucial, the Division said, was that the independent victuallers were harmed, because obligations had been imposed on them which victuallers located in supermarkets did not have to fulfil, due to the failure to take enforcement action with respect to the violation of Section 24(1) of the Dutch Licensing and Catering Act. These rulings show that the factual difference between the independent victuallers and the victuallers located in supermarkets would specifically result in unjustifiably high costs for independent victuallers if the prohibition stated in Section 24(1) of the Act were applied wrongly. Thus, application of the equal treatment principle in the context of the Widdershoven correction is not really about whether cases are similar, but rather, whether a party is harmed by the distinction made by the government. The importance of equal opportunities in the market is given a prominent place. In terms of protecting fair competition, this is deeply significant.

1 Dutch Council of State's Administrative Jurisdiction Division, December 28, 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3451, ECLI:NL:RVS:2016:3453 and ECLI:NL:RVS:2016:3454.

The relativity requirement in light of EU law

Businesses do not just invoke national laws and regulations. They often rely on provisions under EU law as well. The relativity requirement is also applicable in that instance. It turns out that EU law, and, in particular, the effectiveness principle and the principle of effective legal protection, does not preclude the application of a relativity requirement. In *Commission v Germany*,² the European Court of Justice ruled on the permissibility of a provision under German administrative law which was comparable to the Dutch relativity requirement. The Court held that a Member State may determine that, for a government decision to be declared invalid by the competent court, a subjective right needs to have been violated with respect to the requesting party. This strongly suggests that the Dutch relativity requirement is likewise permissible from an effective legal protection viewpoint. Article 6 of the ECHR and Article 47 of the European Charter, which state that there must be access to the court, also do not prevent the relativity requirement being applied, seeing as the requirement does not in essence undermine access to courts.

In applying the relativity requirement where EU-law provisions are invoked, the Dutch administrative courts – as in cases where national-law provisions are invoked – look at the purpose and substance of these regulations to ascertain the personal protective scope of them. If the interest of a business which is involved in a decision, and which it fights for in administrative proceedings, coincides with a right which it derives from the EU-law regulations invoked, the relativity requirement will more or less be automatically satisfied. After all, the ground invoked and the appellant's interest which threatens to be harmed by the contested decision converge in that case. In competition disputes, businesses frequently invoke the state aid rules, the free movement provisions and the EU Services Directive. The state aid rules protect against disruptions of the level playing field, and the free movement provisions and the EU Services Directive, against barriers to free trade. So, businesses whose interests are affected by decisions can successfully invoke the relevant EU-law provisions. The relativity requirement does not impede this. As regards the application of EU law in competition disputes, then, the relativity requirement does not pose an obstacle.

Conclusion: the relativity requirement as a stumbling block for competitors

The answer to the third sub-question is that the relativity requirement raises a high threshold for businesses litigating planning and zoning decisions before administrative courts because, they maintain, their competitive interests have been affected. The major reason for this is that competitive interests barely fall under the protective scope of planning and zoning law.

2 Court of Justice EU, October 15, 2015, C-137/14, ECLI:EU:C:2015:683 (*Commission/Germany*).

The relativity requirement sometimes constitutes a barrier in enforcement matters, too, because the standard to be enforced is not designed to protect competitive interests. The foregoing means that, in many cases, administrative courts do not have the power to reverse planning and zoning decisions if a competitor rightly alleges in principle that the decision conflicts with administrative-law provisions concerning planning and zoning law or if a competitor has violated certain provisions. If the level playing field thereby becomes threatened, application of the relativity requirement is problematic. In this connection, however, the Widdershoven represents an important addition to the protection which administrative courts can provide.

7 CONCLUSION: LIMITED PROTECTION OF COMPETITIVE INTERESTS

The main question in this doctoral thesis was the extent to which Dutch administrative law can offer protection to businesses whose competitive positions are affected by government decisions. In the answer to this question, a distinction may be made between, on the one hand, competitors' access to administrative proceedings and, on the other hand, the degree to which their interests – and especially their interest in a level playing field – can be a factor in taking decisions and in the administrative courts' review of these decisions.

Access to administrative proceedings

Competitors have exceptionally broad access to administrative proceedings. With respect to assessing whether a business can be viewed as an interested party to a decision based on its competitive position, it is relevant whether a business engages in activities in the same market segment and service area as the beneficiary of the decision. Generally speaking, administrative courts define the relevant market in very general terms, so that it is quite readily found that the businesses operate in the same market segment. Although the access can therefore certainly be described as broad, the access might nonetheless be further broadened, by, in defining the relevant market, not just looking at whether products or services are similar, but also, as occurs when the relevant market is determined under competition law, at appreciating products or services which are interchangeable.

Consideration of competitive interests

The limitation on the extent to which administrative law can provide protection primarily has to do with the limited degree to which competitive interests may play a part in the decision-making and in the administrative courts' review of this. Two reasons can be cited for this.

First, Dutch administrative law has very few rules whose purpose is to protect the level playing field and thus the interest in fair competition. In combination with the purpose-bound nature of administrative powers, this

ensures that administrative authorities, in taking a decision, and the administrative courts, in reviewing this, can only accord very limited weight to the interest in a level playing field. Specifically, based on the prohibition against misuse of power, the substance of a decision has to correspond with the substance and the purpose of the applicable regulations. Interests which have not been given a place in these regulations cannot be factors in the substantive decision on whether to take a decision or not. At most, the consequences for other businesses' competitive positions may be eased somewhat by attaching provisions or limitations to the licence/permit or exemption granted. The lack of administrative-law standards designed to protect the interest in a level playing field also comes into play with the application of the relativity requirement. In particular, the relativity requirement entails that a court will not reverse a decision on the ground that it is at odds with a legal rule or legal principle if this rule or principle is manifestly not intended to protect the interests of the party invoking it.

A second reason why the interest in a level playing field can merely play a limited role in the decision-making is that Dutch administrative law does not include a legal standard which generally states that, when a decision is taken, consideration will be given to the consequences for the level playing field. Such a standard does exist, though, in the specific area of distributing scarce public rights. In this area, the Division and Tribunal have developed in their case law a legal standard, based on the equal treatment principle, to the effect that administrative authorities must in some way offer room for candidates and potential candidates to compete for the scarce rights available. Although, in other areas of administrative law, too, the principles of proper administration, including the equal treatment principle, must be applied, a more general standard has not evolved which says that administrative authorities have to take into account in the decision-making the consequences which a decision will have for the level playing field. An underlying problem is that invocation of the equal treatment principle under Dutch administrative law is rarely successful. This is due to the way in which administrative courts review actions against the equal treatment principle. The review is based on similarity between cases, but such similarity is often absent. Nevertheless, the aforementioned rulings of 28 December 2016 about the enforcement of a provision in the Dutch Licensing and Catering Act provided reason to be hopeful. The review in that case with regard to the equal treatment principle did not concentrate so much on whether the situations were similar, but rather, whether a party suffered harm as a result of the distinction made. This placed the importance of equal opportunities in the forefront.

The conclusion to be drawn is that, while competitors have broad access to administrative proceedings, the extent to which protection can be offered to competitive interests is limited, because competitive interests can only play a limited role in the decision-making and the administrative court's review of this.

Towards better protection of competitive interests

The limited protection which administrative law can offer to businesses competing fairly with one another is a problem, as this fails to appreciate that government decisions can have a huge impact on competitive conditions and thereby on long-term economic prosperity. Chapter 7 therefore sought to find a means for improving protection of the interest in fair competition.

The crux of the problem is the lack of a general administrative law standard to the effect that, in taking decisions, administrative bodies need to bear in mind the importance of a level playing field. Because fair competition is about there being equal opportunities in a particular market, seeking a solution in the application of the equal treatment principle makes sense. As mentioned, invocation of this principle before Dutch administrative courts is rarely successful. This is because the starting point for these courts' review is an assessment of how similar certain cases are. Since the cases are usually not similar, the question whether the distinction made is legitimate is often not reached. That does not change the fact that making distinctions can have a huge impact on businesses' market opportunities. Accordingly, it would be more appropriate not to make the similarity of cases the paramount concern in the review against the equal treatment principle, but to mainly examine the consequences of a distinction made by the administrative authorities. If it is apparent that a natural person or legal entity is truly harmed as a result, this distinction must be warranted. The review model should then be as follows. First, an answer must be given to the factual question whether there is a distinction which needs to be justified, because it results in an actual competitive or other disadvantage for a party (a business). If the answer to this question is 'yes', the normative question whether the distinction made is permissible has to be answered. Because, in assessing whether a national measure limiting competition in the internal market is permissible, the European Court of Justice also takes as its starting point the consequences of the barrier, following the assessment framework utilised by the European Court of Justice makes sense in assessing whether a distinction made is permissible under national law. Hence, it must be analysed whether the distinction made serves a legitimate purpose, whether that purpose can be achieved with the distinction made (suitability test), whether the purpose may be achieved with less far-reaching means (subsidiarity test) and whether the distinction made is proportionate to the impairment of the interest in a level playing field (proportionality test). Finally, if it is concluded that the distinction is not warranted, the consequences of this conclusion must be looked at. Preferably, the distinction should be done away with, as this will restore the level playing field.

Lijst van geraadpleegde literatuur

Addink 1999

G.H. Addink, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer: Kluwer 1999.

Adriaanse 2006

P.C. Adriaanse, *Handhaving van EG-recht in situaties van onrechtmatige staatssteun* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2006.

Adriaanse 2011

P.C. Adriaanse, 'Procederen over staatssteun voor Nederlandse rechters', *Tijdschrift voor Staatssteun*, 2011, afl. 1, p. 13-21.

Adriaanse, Barkhuysen & Van den Bogaert 2011

P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen en S.C.G. Van den Bogaert, 'Verdeling van schaarse kansspelvergunningen', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 159-174.

Adriaanse e.a. 2016

P.C. Adriaanse e.a. (eds.), *Scarcity and the State I. The Allocation of Limited Rights by the Administration*, Cambridge: Intersentia 2016.

Adriaanse & Van Angeren 2010

P.C. Adriaanse en J.R. van Angeren, 'De Awb en staatssteunvragen', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 669-686.

Adriaanse & Den Ouden 2008

P.C. Adriaanse en W. den Ouden, 'Effectuering van staatssteunrecht in Nederland. Een bestuursrechtelijke blik op de uitvoeringspraktijk en het Wetsvoorstel terugvordering staatssteun', *NTB* 2008, 40, p. 304-315.

Adriaanse & Den Ouden 2009

P.C. Adriaanse en W. den Ouden, 'Enforcement of State Aid Law in the Netherlands. Legislative Initiative for Effective Recovery Procedures in Dutch Law', *EstAL* 2009, 1, p. 15-29.

Affourtit & Klijnstra 2007

V.H. Affourtit en M. Klijnstra, 'Het relativiteitsvereiste in het bestuursprocesrecht', in: V.H. Affourtit, B.J. Schueler en M. Klijnstra (red.), *Verdeling van schaarse rechten door de overheid: risico's en aansprakelijkheid*, Amsterdam: Houthoff Buruma 2007, p. 17-33.

Albers 2004

C.L.G.F.H. Albers, 'De 'beginselplicht' tot handhaving. Een stoelendans tussen rechter en bestuur?', *Gst.* 2004/68, p. 233-243.

Amtenbrink & Van de Gronden 2008

F. Amtenbrink en J.W. van de Gronden, 'Economisch recht en het Verdrag van Lissabon I: mededinging en interne markt', *SEW* 2008, afl. 9, p. 323-329.

Amtenbrink & Vedder 2017

F. Amtenbrink en H.H.B. Vedder, *Recht van de Europese Unie*, Den Haag: Boom juridisch, 2017.

Andriessen & Heertje 1994

J.E. Andriessen en A. Heertje, *Economie in theorie en praktijk*, Houten: Stenfort Kroese 1994.

Van Angeren & Den Ouden 2005

J.R. van Angeren en W. den Ouden, 'Subsidierecht en staatssteun', in: B. Hessel e.a., *Staatssteun op het grensolak van bestuursrecht, Europees recht en fiscaal recht* (VAR-reeks 134), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

Appeldoorn & Vedder 2013

J.F. Appeldoorn en H.H.B. Vedder, *Mededingingsrecht: beginselen van Europees en Nederlands mededingingsrecht*, Groningen: Europa Law Publishing 2013.

Van Asperen 2017

P. van Asperen, 'De puzzel van publieke normen bij subsidies. Een rechtseconomisch perspectief op publiek-private financieringstransacties', *Gst.* 2017/101, p. 532-540.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 2015

A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Baarsma & Theeuwes 2009

B. Baarsma en J. Theeuwes, 'Publiek belang en marktwerking: Argumenten voor een welvaarts-economische aanpak', in: E. van Damme en M.P. Schinkel (red.), *Marktwerking en Publieke Belangen*, Preadviezen van de Koninklijke Vereniging voor de Staathuishoudkunde 2009, p. 23-51.

Baart 2012

M. Baart, 'Staatssteunrecht gerelativeerd – Het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste bezien in het licht van staatssteunrecht', *NALL* 2012, oktober-december, DOI:10.5553/NALL/.000008.

Backes 2008

Ch.W. Backes, 'Europeesrechtelijke implicaties van een eventuele introductie van het relativiteitsvereiste in het Nederlandse bestuursprocesrecht', in: G.H. Addink e.a. (red.), *Grensverleggend Bestuursrecht. Opstellen voor prof.mr. J.B.J.M. ten Berge ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar Staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Utrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 297-308.

Bacon 2013

K. Bacon, *European Union Law of State Aid*, Oxford: Oxford University Press 2013.

Bakker & Bastein 2004

R.C.S. Bakker en B. Bastein, 'Over de beginselplicht tot handhaving en de ruimte om te gedogen', *NTB* 2004, 48, p. 333-338.

Barents & Brinkhorst 2012

R. Barents en L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees Recht*, Deventer: Kluwer 2012.

Barkhuysen 2004

T. Barkhuysen, 'Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht', in: T. Barkhuysen e.a., *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht* (VAR-reeks 132), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Barkhuysen 2015

T. Barkhuysen, 'Inspraak en rechtsbescherming bij algemeen verbindende voorschriften', *NJB* 2015, 1949, afl. 39, p. 2729.

Barkhuysen & Claessens 2012

T. Barkhuysen en M. Claessens, 'Naar een 'slagvaardiger' bestuursrecht met de Wet aanpassing bestuursprocesrecht?', *AA* 2012, p. 83-93.

Barkhuysen & Den Ouden 2016

T. Barkhuysen en W. den Ouden, 'Kroniek van het algemeen bestuursrecht. Over rechterlijke organisatie en rechtsvorming', *NJB* 2016, 741, afl. 15, p. 1003-1013.

Barnard 2016

C. Barnard, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford: Oxford University Press 2016.

Van der Beek 2001

J.C.M. van der Beek, 'Openbare dienstverplichtingen kunnen een voorafgaande vergunning slechts in beperkte gevallen rechtvaardigen', *NTER* 2001, afl. 10, p. 249-252.

Van der Beek 2010

J.C.M. van der Beek, 'Het Nederlandse hoofdstuk in de Europese goksaga', *NTER* 2010, afl. 9, p. 305-317.

Beeston, De Meij & Geilmann 2016

S.J. Beeston, M.J. de Meij en M.C. Geilmann, 'Krimpenerwaard: privaatrechtelijke handhaving van het staatssteunrecht?', *Tijdschrift voor Staatssteun*, 2016, afl. 2, p. 61-68.

Belhadj, Evans & Van de Gronden 2007

E. Belhadj, S.J.H. Evans en J.W. van de Gronden, 'De Dienstenrichtlijn: de gebreken van de deugden? Een eerste verkenning van de Dienstenrichtlijn', *SEW* 2007, afl. 4, p. 141-153.

Benhadi 2014

R. Benhadi, 'De reflexwerking van het relativiteitsvereiste', *PB* 2014/2, p. 10-13.

Benhadi 2017

R. Benhadi, 'De SlijtersUnie-uitspraken: de correctie Langemeijer toegepast op het relativiteitsvereiste', *PB* 2017/2, p. 8-10.

Ten Berge 2011

J.B.J.M. ten Berge, 'De mythische burger: strategische mensbeelden in het bestuursrecht', *NTB* 2011, 22, p. 163-167.

Boogers & Wannink 2014

R.J. Boogers en R.E. Wannink, 'De concurrent in het bestuursrecht: een gepasseerd station?', *PB* 2014/1, p. 4-8.

Bos 2001

A.M. Bos, *Geregeld recht, een rechtspositivistische analyse van de rechtsstaat* (diss. Amsterdam UvA), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2001.

Bos 2010

W. Bos, *De Derde Weg Voorbij*, 21e Den Uyl Lezing, 25 januari 2010.

Botman 2013

M.R. Botman, 'De Dienstenrichtlijn in de bestuursrechtspraak: van lex silencio tot winkeltijden', *JBplus* 2013, p. 129-140.

Botman 2015

M.R. Botman, *De Dienstenrichtlijn in Nederland. De gevolgen van richtlijn 2006/123/EG voor de nationale rechtsorde vanuit Europees perspectief* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015.

Botman 2016

M.R. Botman, 'Rechtspraak Dienstenrichtlijn: de stand van zaken', *SEW* 2016, afl. 5, p. 192-207.

Botman 2017-1

M.R. Botman, 'Kapers op de Italiaanse kust. De gevolgen van het arrest Promoimpresa voor de verdeling van schaarse rechten', *Gst.* 2017/3, p. 6-15.

Botman 2017-2

M.R. Botman, 'Het relativiteitsvereiste en het Unierecht', *JBplus* 2017, p. 145-162.

Van den Brink 2012

J.E. van den Brink, *De uitvoering van Europese subsidieregelingen in Nederland* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012.

Van den Brink & Den Ouden 2016

J.E. van den Brink en W. den Ouden, 'De subsidie nieuwe stijl. Publiek geld verplicht?', *NJB* 2016, 2000, afl. 39, p. 2888-2897.

Brouwer & Schilder 2016

J.G. Brouwer en A.E. Schilder, 'Intocht Sinterklaas Amsterdam. Openbare orde', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek. Standaarduitspraken bestuursrecht, opnieuw en thematisch gannoteerd*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 687-695.

Buijze 2011

A.W.G.J. Buijze, 'Waarom het transparantiebeginsel maar niet transparant wil worden', *NTER* 2011, afl. 7, p. 240-248.

Buijze 2013

A.W.G.J. Buijze, *The Principle of Transparency in EU Law* (diss. Utrecht), 's-Hertogenbosch: Uitgeverij BOXPress 2013.

Burkens e.a. 2012

M.C. Burkens e.a., *Beginnelsen van de democratische rechtsstaat: inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2012.

Van Buuren 1978

P.J.J. van Buuren, *Kringen der belanghebbenden. In het bijzonder in procedures tegen de overheid* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1978.

Van Buuren e.a. 2014

P.J.J. van Buuren e.a., *Hoofdlijnen ruimtelijk bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Van Buuren, Jurgens & Michiels 2014

P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, *Bestuursdwang en dwangsom*, Deventer: Kluwer 2014.

Commissie Evaluatie Awb II 2001

Commissie Evaluatie Awb II, *Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1997-2001*, Den Haag 2001.

Cooter & Schäfer 2011

R.D. Cooter en H.B. Schäfer, 'Make or take, why law can cause growth', in: M. Faure en J. Smits (eds.), *Does Law Matter? On Law and Economic Growth*, Cambridge: Intersentia 2011, p. 155-163.

Craig & De Búrca 2015

P. Craig en G. de Búrca, *EU Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford : Oxford University Press, 2015.

Daalder, Geleijnse & Elzakkers 2015

E.J. Daalder, C.A. Geleijnse en A.A.M. Elzakkers, 'Kroniek van het algemeen bestuursrecht', *NJB* 2015, 1778, afl. 35, p. 2431-2442.

Damen 1993

L.J.A. Damen, 'Bestaat de Awbmens?', in: J.L. Boxum e.a. (red.), *Aantrekkelijke gedachten. Beschouwingen over de Algemene wet bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 1993.

Damen e.a. 2009

L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht 1*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Dashwood e.a. 2011

A. Dashwood e.a., *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, Oxford: Hart Publishing 2011.

Decoster 2013

A. Decoster (red.), *Economie, een inleiding*, Leuven: Universitaire Pers Leuven 2013.

Defares & Goossens 2005

K.J. Defares en S.M. Goossens, 'Streekgewest Westelijk Noord-Brabant: verduidelijking van de kring van beroepsgerechtigden onder de steunregels', *NTER* 2005, afl. 7/8, p. 160-163.

Defares & Goossens 2007

K.J. Defares en S.M. Goossens, 'Het arrest Boiron: de pil verguld?', *NTER* 2007, afl. 1/2, p. 8-13.

Di Bella 2014

L. Di Bella, *De toepassing van de vereisten van causaliteit, relativiteit en toerekening bij de onrechtmatige overheidsdaad* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2014.

Drahmann 2011

A. Drahmann, 'Streven naar een transparante (her)verdeling van schaarse publieke rechten', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 267 – 292.

Drahmann 2015

A. Drahmann, *Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten. Een onderzoek naar de toegevoegde waarde van een transparantieverplichting bij de verdeling van schaarse besluiten in het Nederlandse bestuursrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2015.

Drahmann 2016

A. Drahmann, 'De gevolgen van de Dienstenrichtlijn op vergunningverlening: de zaken Trijber en Harmsen', *Gst.* 2016/13, p. 68-75.

Van Eijk & Hins 2011

N.A.N.M. van Eijk en A.W. Hins, 'Verdeling van radiofrequenties', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 45-69.

Van Ettekovén 2009

B.J. van Ettekovén, 'Bestuursrechtspraak voor Jan en Alleman? Op weg naar een stelsel van subjectieve rechtsbescherming', in: B.J. Schueler, B.J. van Ettekovén en J. Hoekstra, *Rechtsbescherming in het omgevingsrecht* (Preadvies voor de Vereniging voor bouwrecht 2010, nr. 37), Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2009, p. 71-128.

Van Gent, Van Bergeijk & Heuten 2004

C. van Gent, P.A.G. van Bergeijk en H.J. Heuten, *Basisboek Markt- en micro-economie, met de praktijk van het mededingsrecht*, Groningen/Houten: Wolters-Noordhoff 2004.

Gerards 2002

J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel* (diss. Maastricht), Den Haag, Sdu uitgevers 2002.

Gerards 2004

J.H. Gerards, 'Gelijke behandeling en het EVRM. Artikel 14 EVRM: van krachteloze waarborg naar 'norm met tanden'', *NJCM-Bulletin* 2004, nr. 2, p. 176-198.

Gerbrandy 2009

A. Gerbrandy, *Convergentie in het mededingingsrecht. De invloed van het EG-recht op materiële toepassing, toegang, bewijs en toetsing bij de Nederlandse mededingingsbestuursrechter, gezien in het licht van effectieve rechtsbescherming* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Gerritsen 2015

L.J. Gerritsen, 'De (gewijzigde) positie van de concurrent in het bestuursrecht', *PB* 2015/73, p. 4-7.

Van Gerven 1971

W. van Gerven, 'Schets van een Belgisch Economisch Grondslagenrecht', *SEW* 1971, p. 404-428.

Van der Gouw & Timmer 2016

J.J. van der Gouw en M.J.W. Timmer, 'Detailhandel – een dienst die geen dienst mag heten?', *TO* 2016, nr. 3, p. 71-78.

De Graaf & Van der Veen 2016

K.J. de Graaf en G.A. van der Veen, 'De correctie Widdershoven gewogen', *NTB* 2016, 23, p. 169-176.

Van de Gronden 2016

J.W. van de Gronden, 'Europees mededingingsrecht en niet-economische belangen', *SEW* 2016, afl. 11, p. 472-483.

Haegens 2015

K. Haegens, *De grootste show op aarde. De mythe van de markteconomie*, Amsterdam: Ambo | Anthos 2015.

Hancher, Ottervanger & Slot 2012

L. Hancher, T. Ottervanger en P.J. Slot (eds.), *EU State Aids*, London: Sweet & Maxwell 2012.

Hatzopoulos 2012

V. Hatzopoulos, *Regulating services in the European Union*, Oxford: Oxford University press 2012.

Hatzopoulos 2016

V. Hatzopoulos, 'The Allocation of Limited Authorisations under EU Internal Market Rules', in: P.C. Adriaanse e.a. (eds.), *Scarcity and the State I. The Allocation of Limited Rights by the Administration*, Cambridge: Intersentia 2016, p. 163-186.

Heeremans, Baas & Kortmann 2013

D. Heeremans, R. Baas en C.N.J. Kortmann, 'De belanghebbende in het bestuursrecht – concurrenten en omwonenden', *Bb* 2013/73, p. 239-241.

Heijnsbroek 2013

P. Heijnsbroek, *Grond voor gelijkheid. Gelijke kansen op werken bij gronduitgifte door de overheid* (diss. Utrecht), Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2013.

Helder & Jue 1987

E. Helder en R.J. Jue, 'Belangenafweging in het bestuursrecht', in: *Bestuurswetenschappen* 1987, p. 25-41.

Heldeweg 2009

M.A. Heldeweg, 'Specialiteitsbeginsel', *JB Select* 2009, nr. 6, p. 79-96.

Hellingman & Mortelmans 1989

K. Hellingman en K.J.M. Mortelmans, *Economisch publiekrecht. Rechtswaarborgen en rechtsinstrumenten*, Deventer: Kluwer 1989.

Hessel 2007

B. Hessel, 'De Dienstenrichtlijn leidt tot hoofdbreken voor de wetgever', *RegelMaat* 2007, afl. 5, p. 205-217.

Hessel 2011

B. Hessel, 'De Dienstenrichtlijn: nieuwe hoofdbreken bij de implementatie door de (gemeentelijke) wetgever', *RegelMaat* 2011, afl. 5, p. 256-271.

Hessel 2016

B. Hessel, 'Met het Pact van Amsterdam kunnen onze steden de sociale markteconomie van de EU voor Nederland benutten', *Gst.* 2016/154, p. 834-843.

Hessel & Vidal 2014-1

B. Hessel en M. Vidal 'De nieuwe Algemene groepsvrijstellingsverordening voor staatssteun' (deel I), *Gst.* 2014/99, p. 483-490.

Hessel & Vidal 2014-2

B. Hessel en M. Vidal 'De nieuwe Algemene groepsvrijstellingsverordening voor staatssteun' (deel II), *Gst.* 2014/106, p. 512-517.

Van Heusden 2016

L.A. van Heusden, 'De appellerende vastgoedeigenaar. Een overzicht van de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State over de belanghebbendheid van vastgoedeigenaren bij ruimtelijke besluitvorming', *TBR* 2016/82, p. 529-535.

Heutink 2010

G.H.J. Heutink, 'Nieuw licht op detailhandelsbeperkingen, duurzame ontwrichting en goede ruimtelijke ordening in rechtspraak en regelgeving (art. 1.1.2 Bro)', *Gst.* 2010/62, p. 301-310.

Heutink & Franken van Bloemendaal 2013

G.H.J. Heutink en A. Franken van Bloemendaal, 'Art. 3.1.6 lid 2 Bro: de ladder voor duurzame verstedelijking nader beschouwd', *TBR* 2013/137, p. 918-930.

Heutink & Franken van Bloemendaal 2014

G.H.J. Heutink en A. Franken van Bloemendaal, 'De ladder voor duurzame verstedelijking nader beschouwd (deel A)', *TBR* 2014/128, p. 696-708.

Heutink & Franken van Bloemendaal 2015

G.H.J. Heutink en A. Franken van Bloemendaal, 'De ladder voor duurzame verstedelijking nader beschouwd (deel B)', *TBR* 2015/2, p. 3-13.

Hirsch Ballin 1988

E.M.H. Hirsch Ballin, *Artikel 1 van de Grondwet als fundamentele constitutionele norm*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

Hoffmann, Rowe & Türk 2011

H.C.H. Hoffmann, G.C. Rowe en A.H. Türk, *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford: Oxford University Press 2011.

Den Hollander 2012

P.W. den Hollander, 'Het bestuursrechtelijk en het privaatrechtelijk relativiteitsvereiste als tweeeiige tweeling', *AA* 2012, p. 443-454.

Hollis 2012

D.B. Hollis, 'Defining Treaties', in: D.B. Hollis (ed.), *The Oxford Guide tot Treaties*, Oxford: Oxford University Press 2012.

Den Houdijker & Schuurmans 2015

F.M.J. Den Houdijker en Y.E. Schuurmans, 'Geheim bewijs in een doeltreffende voorziening in rechte', *JBplus* 2015, p. 139-159.

Hufen 2016

F. Hufen, *Verwaltungsprozessrecht*, 10. Auflage, München: Verlag C.H. Beck 2016.

Huurnink & Van den Tweel 2014

P.P. Huurnink en R.J.M. van den Tweel, 'Modernisering van het staatssteunbeleid. Deel 1: Formeel recht', *Tijdschrift voor Staatssteun*, 2014, afl. 3, p. 88-98.

Huurnink & Van den Tweel 2015

P.P. Huurnink en R.J.M. van den Tweel, 'Modernisering van het staatssteunbeleid. Deel 2: Materieel recht', *Tijdschrift voor Staatssteun*, 2015, afl. 1, p. 8-20.

Jacobs & Den Ouden 2005

M.J. Jacobs en W. den Ouden, 'De toetsing getoetst. De bestuursrechter en het EG-recht inzake staatssteun', in: W. den Ouden (red.), *Staatssteun en de Nederlandse rechter*, Deventer: Kluwer 2005.

Jacobs & Den Ouden 2011

M.J. Jacobs en W. den Ouden, 'Eerlijk zullen wij alles delen... Ontwikkelingen in de jurisprudentie over de verdeling van de subsidiepot', *JBplus* 2011, p. 35-58.

Jans 2005

J.H. Jans, *Doorgeschoten? Enkele opmerkingen over de gevolgen van de Europeanisering van het bestuursrecht voor de grondslagen van de bestuursrechtspraak* (oratie Groningen), Groningen: Europa Law Publishing 2005.

Jans 2006

J.H. Jans, 'Doorbreking van het specialiteitsbeginsel door het Europees recht?', in: K.J. de Graaf, A.T. Marseille en H.B. de Winter (red.), *Op tegenspraak* (Damen-bundel), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 13-28.

Jans 2014

J.H. Jans, 'Het einde van de 'Boxtel-paradox' (en nog veel meer)?', in: A.G. Bregman, H.E. Bröring & K.J. de Graaf (red.), *Onbegrensde rechtsbeoefening* (Lubach-bundel), Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2014, p. 109-115.

Jans, Prechal & Widdershoven 2011

J.H. Jans, S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011.

Jansen & Van der Leek 2012

J.E. Jansen en D.T. van der Leek, 'Ambtshalve toetsen beperken', *NTB* 2012, 33, p. 253-260.

Jurgens 2004

G.T.J.M. Jurgens, *Relativiteit in het bestuursrecht?* (oratie Utrecht), Deventer: Kluwer 2004 (digitaal geraadpleegd).

Jurgens 2010

G.T.J.M. Jurgens, 'De bestuursrechtelijke relativiteitseis', in: J.C.A. de Poorter, G.T.J.M. Jurgens en H.J.M. Besselink, *De toegang tot de rechter beperkt* (VAR-reeks 144), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Jurgens 2011

G.T.J.M. Jurgens, 'Remedies tegen de ondraaglijke lichtheid van een succesvol beroep op de schending van rechtsnormen', *NTB* 2011, 28, p. 202-206.

Kanning & Kerkmeester 2008

W. Kanning en H.O. Kerkmeester (red.), *Economie en recht*, Groningen: Noordhoff Uitgevers 2008.

Koetser 1992

M.B. Koetser 'Belanghebbende volgens de rechtsprekende afdelingen van de Raad van State', in: *De belanghebbende* (VAR-reeks 108), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1992.

Konijnenbelt 2016

W. Konijnenbelt, 'Een correctie op het relativiteitsvereiste van 8:69a Awb?', *NTB* 2016, 21, p. 159-162.

De Koning & Van der Beek 2005

M. de Koning en J.C.M. van der Beek, 'De Goksaga wederom vervolgd: De Lotto/Ladbrokes', *NTER*, 2005, nr. 7/8, p. 153-159.

Kortmann e.a. 2016

C.A.J.M. Kortmann e.a., *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2016.

Lankhorst 1992

G.H. Lankhorst, *De relativiteit van de onrechtmatige daad* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992.

Lennaerts & Van Nuffel 2011

K. Lennaerts en P. van Nuffel, *Europees recht*, Antwerpen: Intersentia 2011.

Loozen 2009

E.H.M. Loozen, 'Reactie op 'Economisch recht en het Verdrag van Lissabon I: mededinging en interne markt'', *SEW* 2009, afl. 3, p. 108-110.

Loozen 2010

E.M.H. Loozen, *Het begrip mededingingsbeperking zoals neergelegd in artikel 101(1) VWEU: een beslismodel* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Maasdam & Sluijs 2009

Y.A. Maasdam en J.J.M. Sluijs, 'Hartlauer: reguleren van zorgverlening begrensd', *NTER* 2009, afl. 6, p. 214-219.

Mankiw 2004

N.G. Mankiw, *Principles of Economics*, Mason: Thomson 2004.

Marseille 2011

A.T. Marseille, 'Toegang tot de bestuursrechter in Nederland en Duitsland', *AA* 2011, p. 238-245.

Van de Meerssche 1978

P. van de Meerssche, *Europese integratie en desintegratie*, Antwerpen 1978.

Merkx 2015

C.J.A.M. Merkx, 'Reikt de relativiteit tot in bezwaar? Een verkenning van de gewenste verhouding tussen het relativiteitsvereiste in beroep en de volledige heroverweging in bezwaar', in: A.T. Marseille e.a. (red.) *Behoorlijk bestuursprocesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 189-211.

Messer & Heldeweg 1990

E.A. Messer en M.A. Heldeweg, 'Bestuurscompensatie en het specialiteitsbeginsel: een beschouwing over juridische spraakvervalsing, rekkelijken versus preciezen en enkele cryptische wetsartikelen', *Rechtsgeleerd magazijn Themis*, 1990 (afl. 4), p. 147-166.

Metselaar 2014

A.J. Metselaar, 'Who can invoke State aid Law before National Judges? That Floating Question of Legal Interest in the Case Law of Dutch Courts', *EstAL* 2014, p. 250-260.

Metselaar 2016

A.J. Metselaar, *Drie rechters en één norm. Handhaving van de Europese staatssteunregels voor de Nederlandse rechter en de grenzen van de nationale procedurele autonomie* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Michiels, Blomberg & Jurgens 2016

F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg en G.T.J.M. Jurgens, *Handhavingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Modderman 2012

C.B. Modderman, 'Het moment van toepassing van het relativiteitsvereiste door de bestuursrechter', *NTB* 2012, 29, p. 215-219.

Mortelmans 1998

K.J.M. Mortelmans, 'The Common Market, the Internal Market and the Single Market, What's in a Market?', *CMLR* 1998, p. 101-136.

Mortelmans 2006

K.J.M. Mortelmans, 'De interne markt: is er nog ruimte voor binnengrenzen', in: E. Manunza & L. Senden (red.), *De EU, de interstatelijkheid voorbij*, Amsterdam: Blaeu, Willem Jansz. 2006, p. 13-29.

Nijmeijer e.a. 2015

A.G.A. Nijmeijer e.a., *Evaluatie artikel 8:69a Awb en artikel 6:22 Awb. Een onderzoek naar het relativiteitsvereiste en het passeren van gebreken in de (rechts)praktijk*, Den Haag: WODC / Ministerie van Veiligheid & Justitie 2015.

Van Ommeren 1996

F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd. De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Van Ommeren 2004

F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen* (oratie Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2004.

Van Ommeren 2011

F.J. van Ommeren, 'Schaarse publieke rechten: een verplichting tot het creëren van mededingingsruimte?', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 235-265.

Van Ommeren 2016

F.J. van Ommeren, 'Hommerson. Schaarse vergunningen en transparantie', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek. Standaarduitspraken bestuursrecht, opnieuw en thematisch geannoteerd*, Deventer: Wolters Kluwer, 2016, p. 575-597.

Van Ommeren 2017

F.J. van Ommeren, 'Schaarse vergunningen: het beginsel van gelijke kansen als rechtsgrondslag voor de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte. Van doctrinair standpunt naar positief recht', in: M. Bosma e.a. (red.), *De conclusie voorbij* (Polak-bundel), Nijmegen, Ars Aequi Libri 2017, p. 191-208.

Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011

F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel, 'Schaarse publieke rechten. Wat Bard, Betfair en BNR met elkaar gemeen hebben', *NJB* 2011, 1470, afl. 28, p. 1858-1866.

Den Ouden, Jacobs & Verheij 2011

W. den Ouden, R.J. Jacobs en N. Verheij, *Subsidierecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Parret 2012

L.Y.M. Parret, Effectieve rechtsbescherming: eindeloos potentieel, ongeleid projectiel?, *NTER* 2012, afl. 5, p. 157-168.

Pelkmans 2006

J. Pelkmans, *European Integration – Methods and Economic Analysis*, Harlow: Financial Times Prentice Hall 2006.

Pijnacker Hordijk e.a. 2009

E. Pijnacker Hordijk e.a., *Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu uitgevers 2009.

Plug, Van Twist & Geut 2003

P. Plug, M. van Twist en L. Geut, *Sturing van marktwerking. De bestuurlijke gevolgen van liberalisering en privatisering*, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2003.

Polak 2005

J.E.M. Polak, 'Bestuursrechtelijke handhaving: bevoegdheid of verplichting? Hebben juristen niets meer te bieden?', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak (red.), *Recht realiseren. Bijdragen rond het thema adequate naleving van rechtsregels*, Deventer: Kluwer 2005.

Polak 2009

J.E.M. Polak, 'Vijftien jaar geschillenbeslechting onder de Algemene wet bestuursrecht', *Trema* 2009-9, p. 378-383.

De Poorter 2003

J.C.A. de Poorter, *De belanghebbende. Een onderzoek naar de betekenis van het belanghebbende-begrip in het bestuurs(proces)recht* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

De Poorter 2007

J.C.A. de Poorter, 'Subjectiveringstendensen rond het beroepsrecht in Europeesrechtelijk perspectief', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 29-46.

De Poorter 2010

J.C.A. de Poorter, 'Doel en functie van de toegang tot de bestuursrechter: bespiegelingen over ontwikkelingen in het bestuursprocesrecht', in: J.C.A. de Poorter, G.T.J.M. Jurgens en H.J.M. Besselink, *De toegang tot de rechter beperkt* (VAR-reeks 144), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

De Poorter e.a. 2004

J.C.A. de Poorter e.a., *Herijking van het belanghebbende-begrip. Een relativiteitsvereiste in het Awb-procesrecht?*, Den Haag: WODC 2004.

De Poorter e.a. 2016

J.C.A. de Poorter e.a., 'Bestuursprocesrecht' (Kroniek), *NTB* 2016, 14, p. 114-125.

De Poorter & Van Ettekovén 2013

J.C.A. de Poorter en B.J. van Ettekovén, 'Het relativiteitsvereiste in het bestuursrecht: de ene relativiteitseis is de andere niet', *NTB* 2013, 20, p. 109-120.

De Poorter & De Graaf 2011

J.C.A. de Poorter en K.J. de Graaf, *Doel en functie van de bestuursrechtspraak: een blik op de toekomst*, Den Haag: Raad van State 2011.

Prechal 2015

S. Prechal, 'Interne situatie en prejudiciële vragen', *SEW* 2015, afl. 11, p. 494-496.

Prechal & Widdershoven 2011

S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven, 'Redefining the Relationship between 'Rewe effectiveness' and Effective Judicial Protection', *REALaw* 2011-2, p. 31-50.

PWC 2005

PwC, *Onderzoek naar de problematiek Markt en overheid*, Den Haag, PWC 2005.

Raad van State 2008

Jaarverslag van de Raad van State 2008.

Van der Ree 2000

P. van der Ree, *Met woord en kaart. Over detaillering en reikwijdte van bestemmingsplanregeling* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2000.

Van Rijn 2016

T.P.J.N. van Rijn, 'Amsterdamse prostituees en partyboten en de Dienstenrichtlijn: de zaken Trijber en Harmsen', *NTER* 2016, afl. 2, p. 35-41.

Van Rijn van Alkemade 2012

J.M.J. van Rijn van Alkemade, 'Rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse publieke rechten. Lessen uit de *zero base*-casus', *NTB* 2012, 1, p. 3-13.

Van Rijn van Alkemade 2016

J.M.J. van Rijn van Alkemade, *Effectieve rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse publieke rechten* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2016.

Riley 2007

A. Riley, 'The EU reform treaty and the competition protocol: undermining EC competition law', *ECLR* 2007, 28 (12), p. 703-707.

Rogier 2005

L.J.J. Rogier, 'Handhaving van bestuursrecht' (Kroniek), *NTB* 2005, 22, p. 154-167.

Ruggie 1982

J.G. Ruggie, 'International Regimes, Transactions, and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order', *International Organization* 36(2) 1982.

Saenen 2014

N. Saenen, 'De nieuwe Algemene Groepsvrijstellingsverordening', *NTER* 2014, afl. 10, p. 325-331.

Saenen 2016

N. Saenen, 'Staatssteun. Wat is dat?', *NTER* 2016, afl. 9, p. 311-318.

Sanderink 2015

D.G.J. Sanderink, *Het EVRM en het materiële omgevingsrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2015.

Sanderink 2016

D.G.J. Sanderink, 'De doorwerking van het EVRM en het Unierecht in vergunningstelsels in driehoeksverhoudingen', *NTB* 2016, 44, p. 317-330.

Santa Maria 2007

A. Santa Maria (ed.), *Competition and State Aid. An Analysis of the EC Practice*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2007.

Sauter & Schepel 2009

W. Sauter en H. Schepel, *State and Market in European Union Law. The Public and Private Spheres of the Internal Market before the EU Courts*, Cambridge: Cambridge University Press 2009.

Scheltema 2010

M. Scheltema, 'De nieuwe Aanbestedingswet: een duurzaam bouwwerk?', in: J.M. Hebly, E.R. Manunza en M. Scheltema, *Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet*, (Preadvies voor de Vereniging voor bouwrecht 2010, nr. 38), Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2010, p. 121-153.

Scheltema 2016

M. Scheltema, 'IKON. Beginselen van behoorlijk bestuur en privaatrechtelijk handelen van bestuursorganen', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek. Standaarduitspraken bestuursrecht, opnieuw en thematisch geannoteerd*, Deventer: Wolters Kluwer, 2016, p. 177-185.

Schild 2012

A.J.P. Schild, *De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht (diss. Leiden)*, Deventer: Kluwer 2012.

Schlössels 1998

R.J.N. Schlössels, *Het Specialiteitsbeginsel. Over de structuur van bestuursbevoegdheden, wetmatigheid van bestuur en beleidsvrijheid* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu uitgevers 1998.

Schlössels 2001

R.J.N. Schlössels, 'Het specialiteitsbeginsel. Een verkenning van recente rechtspraak', *JBplus* 2001, p. 33-47.

Schlössels 2004

R.J.N. Schlössels, *De belanghebbende*, Deventer: Kluwer 2004.

Schlössels 2007

R.J.N. Schlössels, 'Een Schutznorm in het bestuursproces: selectief winkelen bij de burens?', *NTB* 2007, 34, p. 245-248.

Schlössels 2014

R.J.N. Schlössels, 'Relativiteitsvereiste', *JB Select* 2014, nr. 17, p. 253-268.

Schlössels 2015

R.J.N. Schlössels, 'Beginselen van behoorlijk bestuur' (Kroniek), *NTB* 2015, 14, p. 111-121.

Schlössels 2016-1

R.J.N. Schlössels, 'Jetski's. Het specialiteitsbeginsel', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek. Standaarduitspraken bestuursrecht, opnieuw en thematisch geannoteerd*, Deventer: Wolters Kluwer, 2016, p. 439-455.

Schlössels 2016-2

R.J.N. Schlössels 'Beginselen van behoorlijk bestuur' (Kroniek), *NTB* 2016, 47, p. 356-365.

Schlössels e.a. 2004

R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In beginsel. Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004.

Schlössels & Zijlstra 2017

R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *De Haan/Drupsteen/Fernhout, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat: band 1: grondslagen, begrippen, normering, organisatie, wet- en regelgeving, uitvoering, handhaving*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Van der Schoot 2011

T.H.H.A. van der Schoot, *Wro: bedoeling en bevoegdheden*, Amsterdam: Berghauser Pont Publishing 2011.

Schreuder-Vlasblom 2007

M. Schreuder-Vlasblom, 'Relativiteit in het bestuursrecht; een discussiebijdrage', *NTB* 2007, 8, p. 43-52.

Schreuder-Vlasblom 2017

M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Schueler 2005

B.J. Schueler, 'Hoe ver strekt de rechtsbescherming in het omgevingsrecht? Over subjectivering in het bestuursprocesrecht', *TO* 2005, nr. 4, p. 114-123.

Schueler 2009

B.J. Schueler, 'Tussen te veel en te weinig. Subjectivering en finaliteit in de bestuursrechtspraak', in: B.J. Schueler, B.J. van Ettekovén en J. Hoekstra, *Rechtsbescherming in het omgevingsrecht* (Preadvies voor de Vereniging voor bouwrecht 2010, nr. 37), Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2009, p. 1-70.

Schueler 2011

B.J. Schueler, 'Een relativiteitsleer in wording', *NTB* 2011, 38, p. 265-271.

Schueler 2015

B.J. Schueler, 'De verschuivende functies van de Awb', *RegelMaat* 2015, p. 422-436.

Schuurmans, Pill & Groothuis 2012

Y.E. Schuurmans, K. Pill en M.M. Groothuis, 'De rechter op internet', *Computerrecht*, 2012/118 (afl. 4), p. 250-260.

Schuurmans & Voermans 2010

Y.E. Schuurmans en W.J.M. Voermans, 'Artikel 8:2 Awb: weg ermee!', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 809-831.

SER 2010

Sociaal Economische Raad (SER), *Overheid en Markt: het Resultaat telt. Voorbereiding Bepalend voor Succes*, SER-advies nr. 2010/01.

Sevinga 2014

K. Sevinga, 'Bevoegdheid van het Hof van Justitie: de ene interne situatie is de andere niet', *NTER* 2014, afl. 6, p. 196-202.

Shaw 2008

M.N. Shaw, *International Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2008.

Slot & Swaak 2012

P.J. Slot en Ch.R.A. Swaak, *Inleiding mededingingsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

De Snoo 2015

A. de Snoo, 'Actualiteiten omgevingsrecht: bouwmarkten en ladders', *Vastgoedrecht* 2015/6, p. 165-167.

Steenbergen 2008

J. Steenbergen, 'Het mededingingsbeleid en het Verdrag van Lissabon', *SEW* 2008, afl. 4, p. 136-143.

Stergiou 2011

H.M. Stergiou, 'Het Hof van Justitie: Engelbewaarder van het transparantiebeginsel. Een bespreking van het arrest *Engelmann* (zaak C-64/08) en tien jaar transparantierechtspraak van het Hof van Justitie', *NTER* 2011, afl. 3, p. 77-87.

Steyger 2008

E. Steyger, 'De implementatie van de Dienstenrichtlijn en het algemeen bestuursrecht', *NTB* 2008, 1, p. 1-10.

Steyger 2010

E. Steyger, 'Beroepstermijnen aanbestedingsrecht en het effectiviteitsbeginsel', *NTER* 2010, afl. 6, p. 195-199.

Steyger 2014

E. Steyger, 'Vrij verkeer en mededinging: de interne situatie', *SEW* 2014, afl. 2, p. 66-74.

Steyger, Botman & Geursen 2011

E. Steyger, M.R. Botman en W.W. Geursen, 'Kroniek van het Europees materieel recht', *NJB* 2011, 784, afl. 15, p. 943-951.

Stiglitz 1991

J.E. Stiglitz, *The Invisible Hand and Modern Welfare Economics* (NBER working paper 3641), Cambridge: 1991.

Stoter 2000

W.S.R. Stoter, *Belangenafweging door de rechter* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.

Stout 1989

H.D. Stout, 'Doelmatige bestuurlijke belangenafweging: een speciaal terrein', in: J.W.M. Engels e.a., *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 237-254.

Stramrood 2015

B.J.P. Stramrood, 'Vijf jaar relativiteit. Een overzicht van de toepassing van het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State', *TBR* 2015/140, p. 828-840.

Stramrood 2016

B.J.P. Stramrood, 'Actualiteitenoverzicht bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste. De toepassing van het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State – Stand van zaken', *TBR* 2016/129, p. 816-828.

Swagemakers 2015

P.M.J.J. Swagemakers, 'Het relativiteitsvereiste gezien vanuit vier groepen belanghebbenden', *Bb* 2015/3, p. 9-13.

Szyszczak 2007

E. Szyszczak, *The Regulation of the State in Competitive Markets in the EU*, Oxford & Portland, Oregon: Hart Publishing 2007.

Tjepkema 2010

M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel. Een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010.

Tolsma 2008

H.D. Tolsma, 'Het specialiteitsbeginsel en bemiddelend bestuur', *JBplus* 2008, p. 126-136.

Tolsma 2013

H.D. Tolsma, 'De betekenis van het specialiteitsbeginsel in de context van het omgevingsrecht', *NTB* 2013, 21, p. 121-128.

Tryfonidou 2010

A. Tryfonidou, 'Further steps to convergence among the market freedoms', *ELR* 2010 (35)1, p. 36-56.

VAR-reeks 135

Staatssteun op het grensvlak van Bestuursrecht, Europees recht en fiscaal recht, Verslag van de algemene vergadering gehouden op 20 mei 2005 ter behandeling van de preadviezen van prof. dr. B. Hessel, mr. J.R. van Angeren en mr. drs. W. den Ouden, mr. G.J. van Slooten, VAR-reeks 135, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Uzman 2013

J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten. Over effectieve rechtsbescherming, rechtelijk abtineren en de dialoog tussen rechter en wetgever* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013.

Van der Veen 2015

G.A. van der Veen, 'Het relativiteitsvereiste van artikel 8:69a Awb: de stand van zaken', *JBplus* 2015, p. 160-179.

Verburg 2011

D.A. Verburg, 'Relativiteit in de Crisis- en herstelwet en in het voorstel Wet aanpassing bestuursprocesrecht. Of: Hoe moet het nou met het zeggekorfsakje?', *NTB* 2011, 3, p. 10-17.

Verheij 1989

N. Verheij, 'Rubriek De Lijn. Alleen de wetmatigheid heerscht over ons. Over onwetmatigheid van bestuur', in: *Publiek Domein* nr. 5, mei 1989, p. 188-196.

Verhoeven 2010

M.J.M. Verhoeven, 'Bestuursorganen en legaliteit in communautair perspectief', in: M.J.M. Verhoeven, J.E. van den Brink en A. Drahmman, *Europees offensief tegen nationale rechtsbeginselen? Over legaliteit, rechtszekerheid, vertrouwen en transparantie* (Jonge VAR-reeks 8), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 15-64.

Verhoeven 2011

M.J.M. Verhoeven, *The Costanzo Obligation. The obligations of national administrative authorities in the case of incompatibility between national law and European law* (diss. Utrecht), Antwerpen: Intersentia 2011.

Verhoeven, Van den Brink & Drahmman 2010

M.J.M. Verhoeven, J.E. van den Brink en A. Drahmman, *Europees offensief tegen nationale rechtsbeginselen? Over legaliteit, rechtszekerheid, vertrouwen en transparantie* (Jonge VAR-reeks 8), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Verkade 1986

D.W.F. Verkade, *Ongeoorloofde mededinging*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1986.

Vermeer 2001

F.R. Vermeer, 'De beginselplicht tot handhaving en de ruimte om te gedogen', *JBplus* 2001, p. 76-85.

Vermeer 2010

F.R. Vermeer, *Gedogen door bestuursorganen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2010.

Vermeer 2011

F.R. Vermeer, 'De 'beginselplicht' gedetermineerd. Over de gelding van de beginselplicht voor verschillende gebieden van het bestuursrecht', *JBplus* 2011, p. 59-74.

Vermeulen 2003

B.P. Vermeulen, 'De publieke taak: een veelzijdig begrip', J.W. Sap, B.P. Vermeulen en C.M. Zoethout (red.), *De publieke taak: Staatsrechtconferentie 2002 Vrije Universiteit Amsterdam*, Deventer: Kluwer 2003, p. 13-30.

Verschuur & Nijhof 2010

S. Verschuur en B. Nijhof, 'Het dpo en de Dienstenrichtlijn: einde van een gevestigde ruimtelijke ordeningspraktijk?', *BR* 2010/51 (afl. 4), p. 286-292.

Versteden 1985

C.J.N. Versteden, 'Het falende gelijkheidsbeginsel', in: D.W.P. Ruiter en C.J.N. Versteden, *Het gelijkheidsbeginsel in het administratieve recht* (VAR-reeks XCIII), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1985.

VNO-NCW & MKB 2015

VNO-NCW en MKB-Nederland, *Zwartboek. Naar een nieuwe Wet markt en overheid* (brochure), 2015.

Voermans 2011

W.J.M. Voermans, 'Legaliteit als middel tot een doel', in: *Handelingen Nederlandse Juristen Vereniging*, Deventer: Kluwer 2011.

De Waard 2010

B.W.N. de Waard, 'Afgeleid belang', *JBplus* 2010, p. 62-80.

De Waard, Bok & Gilhuis 2001

B.W.N. de Waard, A.J. Bok en P.C. Gilhuis, *Algemeen bestuursrecht 2001: rechtsvergelijking bestuursrechtspraak. Een bespreking van de stelsels van Frankrijk, Duitsland, Denemarken en Engeland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

Ward 2014

A. Ward, 'Article 47 – Right to an Effective Remedy and to a Fair Trial – E. Evaluation', in: S. Peers et al. (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights – A Commentary*, Oxford: Hart Publishing 2014, p. 1273-1275.

Weiler 1991

J.H.H. Weiler, 'The Transformation of Europe', *Yale Law Journal* 1991, Vol. 100, No. 8, p. 2403 – 2483.

Wesseling & Neij 2005

R. Wesseling en N. Neij, 'Kroniek van het Europees recht', *NJB* 2005, afl. 9, p. 465-470.

Widdershoven 2011

R.J.G.M. Widdershoven, 'Het beginsel van effectieve rechtsbescherming', in: A. van den Brink, S.A. de Vries en M.P.A. De Koninck, *Beginselen bouwen Burgerschap* (Liber amicorum S. Prechal), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 103-113.

Widdershoven 2012

R.J.G.M. Widdershoven, 'De doorwerking van richtlijnen in een samengestelde Europese rechtsorde' in: H.R.B.M. Kummeling e.a. (red.), *De samengestelde Besselink – Bruggen bouwen tussen nationaal, Europees en internationaal recht* (Liber amicorum L. Besselink), Oisterwijk: Wolf legal publishers 2012, p. 207-226.

Widdershoven 2014

R.J.G.M. Widdershoven, 'Europeanisering van het algemeen bestuursrecht: stand van zaken en toekomstperspectief', in: B.J. Schueler en R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Europeanisering van het algemeen bestuursrecht* (VAR 75 jaar), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

Widdershoven 2015

R.J.G.M. Widdershoven, 'Acting apart together. Loyale samenwerking tussen bestuurlijke instanties en de positie van de burger', *SEW* 2015, afl. 11, p. 560-564.

Widdershoven 2016-1

R.J.G.M. Widdershoven, 'Unitrading Revisited. Oncontroleerbaar bewijs tussen eerlijk proces en doeltreffendheid', *NTer* 2016, afl. 3, p. 81-89.

Widdershoven 2016-2

R.J.G.M. Widdershoven, 'Kraaijeveld. Doorwerking van EU-recht in de nationale rechtsorde', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek. Standaarduitspraken bestuursrecht, opnieuw en thematisch geannoteerd*, Deventer: Wolters Kluwer, 2016, p. 351-366.

Widdershoven e.a. 2007

R.J.G.M. Widdershoven e.a., *De Europese agenda van de Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

Wieland 2013

J. Wieland, 'De concurrent in het bestuursrecht: de relevante markt ruim afgebakend', *NTB* 2013, 17, p. 81-89.

Wiggers-Rust 2011

L.F. Wiggers-Rust, *Belang, belanghebbende en relativiteit in bestuursrecht en privaatrecht. Eenheid en verschil, in het bijzonder bij milieubelangen* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014

W. Konijnenbelt en R.M. van Male, *H.D. van Wijk. Hoofdstukken van Bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Wollenschläger 2015

F. Wollenschläger, 'EU Law Principles for Allocating Scarce Goods and the Emergence of an Allocation Procedure. Identifying Substantive and Procedural Standards and Developing a New Type of Administrative Procedure', *REALaw*, 2015-1, p. 205-256.

Wolswinkel 2009-1

C.J. Wolswinkel, 'Diensten tussen frequenties en kansspelen. Contouren van een Europees kader voor het verlenen van een beperkt aantal vergunningen', *SEW* 2009, afl. 7/8, p. 287-299.

Wolswinkel 2009-2

C.J. Wolswinkel, 'De classificatie van verdelingsprocedures voor frequenties in de Telecommunicatiewet. Pleidooi voor een materiële benadering', *Mediaforum* 2009/2, p. 42-51.

Wolswinkel 2011

C.J. Wolswinkel, 'Verdelingsprocedures: een zoektocht naar een zinvol onderscheid', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 177-201.

Wolswinkel 2013

C.J. Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

Wolswinkel 2014

C.J. Wolswinkel, 'Schaarse publiekrechtelijke rechten. Een algemeen leerstuk gerelativeerd', *NTB* 2014, 7, p. 58-66.

Wolswinkel 2017

C.J. Wolswinkel, 'Volwassen verdelingsrecht? Rechtsontwikkeling en rechtseenheid bij de verdeling van schaarse vergunningen', *JBplus* 2017, p. 3-26.

Woodward & Van Aardenne 2014

M.J. Woodward en P.H.J. van Aardenne, 'Ladder voor duurzame verstedelijking: storm in een glas water?', *BR* 2014/100, afl. 9, p. 527-536.

WRR 2000

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Het borgen van publiek belang*, Den Haag: Sdu uitgevers 2000.

WRR 2002

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag: Sdu uitgevers 2002.

Van Zundert 2012

J.W. van Zundert (red.), *Wegwijzer Wro, Opmaat tot de omgevingswet*, Deventer: Kluwer 2012.

Rechtspraakregister

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

- EHRM 26 juni 1986, ECLI:CE:ECHR:19860626HUD000854379 (*Van Marle e.a./Nederland*) | 5.6.2.1
- EHRM 7 juli 1989, ECLI:CE:ECHR:19890707JUD000087384 (*Tre Traktörer Aktiebolag/Zweden*) | 5.6.2.1
- EHRM 30 november 2004, ECLI:CE:ECHR:20041130JUD004893999 (*Öneryildiz/Turkije*) | 5.6.2.1
- EHRM 19 april 2007, ECLI:CE:ECHR:20070419HUD0063235/00 (*Vilho Eskelinen e.a./Finland*), AB 2007, 317, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik | 5.6.2.1
- EHRM 29 maart 2010, ECLI:CE:ECHR:20100329JUD003404402 (*Depalle/Frankrijk*) | 5.6.2.1
- EHRM 13 maart 2012 ECLI:CE:ECHR:20120313JUD002378008 (*Malik/Verenigd Koninkrijk*) | 5.6.2.1
- EHRM 15 maart 2012, ECLI:CE:ECHR:20120315JUD000414904 (*Aksu/Turkije*) | 5.6.2.2
- EHRM 14 mei 2013, ECLI:CE:ECHR:2013.0514JUD006652911 (*N.K.M./Hongarije*) | 5.6.2.1
- EHRM 13 januari 2015, ECLI:CE:ECHR:20150113JUD006568113 (*Vékony/Hongarije*) | 5.6.2.1

Hof van Justitie

- HvJ EG 5 februari 1963, C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1 (*Van Gend & Loos*) | 5.6.1.1
- HvJ EG 15 juli 1963, C-25/62, ECLI:EU:C:1963:17 (*Plaumann/Commissie*) | 6.5.2.1
- HvJ EG 15 juli 1964, C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa ENEL*) | 5.6.1.1
- HvJ EG 13 juli 1966, C-56/64 en C-58/64, ECLI:EU:C:1966:41 (*Consten & Grundig*) | 4.5.1
- HvJ EG 3 december 1974, C-33/74, ECLI:EU:C:1974:131 (*Van Binsbergen*) | 4.4.4.3
- HvJ EG 20 mei 1976, C-104/75, ECLI:EU:C:1976:67 (*De Peijper*) | 5.4.2.1
- HvJ EG 16 december 1976, C-33/76, ECLI:EU:C:1976:188 (*Rewe*) | 4.6.1
- HvJ EG 16 december 1976, C-45/76, ECLI:EU:C:1976:191 (*Comet*) | 4.6.1
- HvJ EG 25 oktober 1977, C-26/76, ECLI:EU:C:1977:167 (*Metro I*) | 4.5.1
- HvJ EG 16 november 1977, 13/77, ECLI:EU:C:1977:185 (*GB-Inmo-BM*) | 4.2.3, 4.5.2
- HvJ EG 14 februari 1978, 27/76, ECLI:EU:C:1978:22 (*United Brands*) | 3.4.1
- HvJ EG 9 maart 1978, C-106/77, ECLI:EU:C:1978:49 (*Simmmenthal*) | 4.6.1, 5.6.1.1, 6.5.1.1
- HvJ EG 24 februari 1979, C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42 (*Cassis de Dijon*) | 4.4.4.3
- HvJ EG 11 december 1980, 31/80, ECLI:EU:C:1980:289 (*L'Oréal*) | 3.4.1
- HvJ EG 17 december 1981, C-279/80, ECLI:EU:C:1981:314 (*Webb*) | 4.4.4.3
- HvJ EG 19 januari 1982, C-8/81, ECLI:EU:C:1982:7 (*Becker*) | 5.6.1.1
- HvJ EG 5 mei 1982, C-15/81, ECLI:EU:C:1982:135 (*Schul*) | 4.4.1
- HvJ EG 10 november 1982, C-261/81, ECLI:EU:C:1982:382 (*Rau*) | 4.4.4.3, 4.4.4.4
- HvJ EG 24 november 1982, C-249/81, ECLI:EU:C:1982:402 (*Buty Irish*) | 4.4.3
- HvJ EG 9 november 1983, 322/81, ECLI:EU:C:1983:313 (*Michelin*) | 3.4.1
- HvJ EG 10 januari 1985, C-229/83, ECLI:EU:C:1985:1 (*Leclerc*) | 4.5.2
- HvJ EG 15 mei 1986, C-222/84, ECLI:EU:C:1986:206 (*Johnston*) | 4.6.3
- HvJ EG 8 april 1987, C-80/86, ECLI:EU:C:1987:431 (*Kolpinghuis*) | 5.6.1.1
- HvJ EG 6 oktober 1987, C-118/86, ECLI:EU:C:1987:424 (*Nertsvoerderfabriek Nederland*) | 4.4.3.3
- HvJ EG 20 september 1988, C-302/86, ECLI:EU:C:1988:421 (*Deense Flessen*) | 4.4.4.4
- HvJ EG 21 september 1988, 267/86, ECLI:EU:C:1988:427 (*Van Eycke*) | 4.2.3, 4.5.2
- HvJ EG 2 februari 1989, C-186/87, ECLI:EU:C:1989:47 (*Cowan*) | 4.2.3
- HvJ EG 22 juni 1989, C-103/88, ECLI:EU:C:1989:256 (*Fratelli Costanzo*) | 5.6.1.1

- HvJ EG 28 november 1989, C-379/87, ECLI:EU:C:1989:599 (*Groener*) | 4.4.2
- HvJ EG 19 juni 1990, C-213/89, ECLI:EU:C:1990:257 (*Factortame*) | 4.6.1, 6.5.1.1
- HvJ EG 23 april 1991, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 (*Höfner*) | 4.2.3, 4.5.2
- HvJ EG 25 juli 1991, C-288/89, ECLI:EU:C:1991:323 (*Collectieve Antennevoorziening Gouda*) | 4.4.2
- HvJ EG 25 juli 1991, C-76/90, ECLI:EU:C:1991:331 (*Säger*) | 4.4.3, 4.4.4.3, 4.4.4.4
- HvJ EG 19 november 1991, C-6/90 en C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428 (*Francovich*) | 5.6.1.1
- HvJ EG 19 mei 1993, C-320/91, ECLI:EU:C:1993:198 (*Corbeau*) | 4.5.3
- HvJ EG 17 november 1993, C-185/91, ECLI:EU:C:1993:886 (*Reiff*) | 4.2.3
- HvJ EG 24 november 1993, C-267/91 en C-268/91, ECLI:EU:C:1993:905 (*Keck en Mithouard*) | 4.4.4.2
- HvJ EG 15 maart 1994, C-387/92, ECLI:EU:C:1994:100 (*Banco Exterior de España*) | 4.5.4.1
- HvJ EG 9 juni 1994, C-153/93, ECLI:EU:C:1994:240 (*Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft*) | 4.2.3
- HvJ EG 14 juli 1994, C-379/92, ECLI:EU:C:1994:296 (*Peralta*) | 4.4.4.2
- HvJ EG 4 april 1995, C-350/93, ECLI:EU:C:1995:96 (*Commissie/Italië*) | 6.5.2.1
- HvJ EG 10 mei 1995, C-384/93, ECLI:EU:C:1995:126 (*Alpine Investments*) | 4.4.3.3
- HvJ EG 5 oktober 1995, C-96/94, ECLI:EU:C:1995:308 (*Centro Seroizi Spediporto*) | 4.2.3
- HvJ EG 30 november 1995, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 (*Gebhard*) | 4.4.4.4
- HvJ EG 14 december 1995, C-312/93, ECLI:EU:C:1995:437 (*Peterbroeck*) | 4.6.1
- HvJ EG 11 juli 1996, C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285 (*SFEI*) | 4.5.4.5
- HvJ EG 14 november 1996, C-333/94 P, ECLI:EU:C:1996:436 (*Tetrapak*) | 3.4.1
- HvJ EG 9 december 1997, C-265/95, ECLI:EU:C:1997:595 (*Spaanse aardbeien*) | 4.4.3
- HvJ EG 31 maart 1998, C-68/94 en C-30/95, ECLI:EU:C:1998:148 (*Frankrijk/Commissie*) | 4.5.2
- HvJ EG 28 april 1998, C-120/95, ECLI:EU:C:1998:167 (*Decker*) | 4.4.5
- HvJ EG 28 april 1998, C-158/96, ECLI:EU:C:1998:171 (*Kohll*) | 4.4.5
- HvJ EG 29 april 1999, C-224/97, ECLI:EU:C:1999:212 (*Ciola*) | 5.6.1.1
- HvJ EG 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany*) | 4.5.4.2
- HvJ EG 23 mei 2000, C-209/98, ECLI:EU:C:2000:279 (*Sydhavens*) | 4.5.3
- HvJ EG 7 december 2000, C-94/99, ECLI:EU:C:2000:677 (*ARGE*) | 4.4.3.4
- HvJ EG 20 februari 2001, C-205/99, ECLI:EU:C:2001:107 (*Analir*) | 4.4.3, 4.4.3.1, 4.4.6.2
- HvJ EG 20 september 2001, C-390/98, ECLI:EU:C:2001:456 (*Banks*) | 6.5.2.1
- HvJ EG 20 september 2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 (*Courage en Crehan*) | 4.6.1
- HvJ EG 19 februari 2002, C-35/99, ECLI:EU:C:2002:97 (*Arduino*) | 4.2.3
- HvJ EG 19 februari 2002, C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98 (*Wouters*) | 4.5.4.2
- HvJ EG 11 juli 2002, C-60/00, ECLI:EU:C:2002:434 (*Carpenter*) | 4.4.4.4
- HvJ EG 22 oktober 2002, C-94/00, ECLI:EU:C:2002:603 (*Roquette Frères*) | 4.5.2
- HvJ EG 5 november 2002, C-325/00, ECLI:EU:C:2002:633 (*Commissie/Duitsland*) | 4.4.3
- HvJ EG 12 december 2002, C-470/99, ECLI:EU:C:2002:746 (*Universale Bau*) | 4.4.1
- HvJ EG 27 februari 2003, C-373/00, ECLI:EU:C:2003:110 (*Adolf Truley*) | 4.4.1
- HvJ EG 22 mei 2003, C-462/99, ECLI:EU:C:2003:297 (*Connect Austria*) | 5.4.3.2
- HvJ EG 19 juni 2003, C-249/01, ECLI:EU:C:2003:359 (*Hackermüller*) | 3.5
- HvJ EG 19 juni 2003, C-467/01, ECLI:EU:C:2003:364 (*Eribrand*) | 4.6.3
- HvJ EG 24 juli 2003, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415 (*Altmark*) | 4.5.4.2
- HvJ EG 9 september 2003, C-198/01, ECLI:EU:C:2003:430 (*CIF*) | 4.2.3, 5.6.1.1
- HvJ EG 11 september 2003, C-13/01, ECLI:EU:C:2003:447 (*Safalero*) | 4.6.1
- HvJ EG 21 oktober 2003, C-261/01 en C-262/01, ECLI:EU:C:2003:571 (*Van Calster*) | 4.5.4.3
- HvJ EG 6 november 2003, C-243/01, ECLI:EU:C:2003:597 (*Gambelli*) | 4.4.4.4, 4.4.5, 4.4.6.1, 5.5.2.1
- HvJ EG 7 januari 2004, C-201/02, ECLI:EU:C:2004:12 (*Wells*), AB 2004/150, m.nt. A.J.C. de Moor-van Vugt | 5.6.1.1
- HvJ EG 12 februari 2004, C-230/02, ECLI:EU:C:2004:93 (*Grossman*) | 3.5
- HvJ EG 29 april 2004, C-277/00, ECLI:EU:C:2004:238 (*Duitsland/Commissie*) | 6.5.2.1
- HvJ EG 7 september 2004, C-127/02, ECLI:EU:C:2004:482 (*Kokkelvisserij*) | 6.5.1.1
- HvJ EG 14 oktober 2004, C-356/02, ECLI:EU:C:2004:614 (*Omega*) | 5.6.1.2

- HvJ EG 13 januari 2005, C-174/02, ECLI:EU:C:2005:10 (*Streekgewest*) AB 2005, 118, m.nt. A.J.C. de Moor-van Vugt | 4.5.4.3, 6.5.2.1
- HvJ EG 15 maart 2005, C-209/03, ECLI:EU:C:2005:169 (*Bidar*) | 4.2.3, 4.3
- HvJ EG 13 december 2005, C-78/03 P, ECLI:EU:C:2005:761 (*Commissie/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum*) | 6.5.2.1
- HvJ EG 18 juli 2006, C-519/04, ECLI:EU:C:2006:492 (*Meca-Medina*) | 4.5.4.2
- HvJ EG 5 oktober 2006, C-368/04, ECLI:EU:C:2006:644 (*Transalpine Ölleitung*) | 4.5.4.3, 4.5.4.5, 6.5.2.1
- HvJ EG 6 maart 2007, C-338/04, C-359/04 en C-360/04, ECLI:EU:C:2007:133 (*Placanica*) | 4.4.6.1, 5.5.2.1
- HvJ EG 13 maart 2007, C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163 (*Unibet*) | 4.6.1, 4.6.3
- HvJ EG 17 april 2007, C-470/03, ECLI:EU:C:2007:213 (*A.G.M.-COS.MET*) | 4.4.3
- HvJ EG 13 september 2007, C-260/04, ECLI:EU:C:2007:508 (*Commissie/Italië*) | 4.4.6.2, 5.6.1.2
- HvJ EG 13 november 2007, C-507/03, ECLI:EU:C:2007:676 (*An Post*) | 4.4.6.2, 5.6.1.2
- HvJ EG 12 februari 2008, C-199/06, ECLI:EU:C:2008:79 (*CELF/SIDE*) | 4.5.4.3, 6.5.2.1
- HvJ EG 11 september 2008, C-75/05 P en C-80/05 P, ECLI:EU:C:2013:458 (*Duitsland/Kronofrance*) | 6.5.2.1
- HvJ EG 13 november 2008, C-324/07, ECLI:EU:C:2008:621 (*Coditel Brabant*) | 4.4.6.3
- HvJ EG 16 december 2008, C-127/07, ECLI:EU:C:2008:728 (*Arcelor*) | 4.3
- HvJ EG 10 maart 2009, C-169/07, ECLI:EU:C:2009:141 (*Hartlauer*) | 4.4.3.1, 4.4.6.1, 4.4.6.2
- HvJ EG 4 juni 2009, C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343 (*T-Mobile*) | 4.5.1
- HvJ EG 9 juli 2009, C-319/07 P, ECLI:EU:C:2009:435 (*3F/Commissie*) | 6.5.2.1
- HvJ EG 8 september 2009, C-42/07, ECLI:EU:C:2009:519 (*Liga Portuguesa de Futbol Profissional en Bwin International*) | 4.4.5, 4.4.6.1
- HvJ EG 17 september 2009, C-520/07, ECLI:EU:C:2009:557 (*Commissie/MTU Friedrichshafen*) | 6.5.2.1
- HvJ EG 6 oktober 2009, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, ECLI:EU:C:2009:610 (*GlaxoSmithKline*) | 4.5.1
- HvJ EU 28 januari 2010, C-406/08, ECLI:EU:C:2010:45 (*Uniplex*) | 4.6.2
- HvJ EG 28 januari 2010, C-456/08, ECLI:EU:C:2010:46 (*Commissie/Ierland*) | 4.6.2
- HvJ EU 11 maart 2010, C-1/09, ECLI:EU:C:2010:136 (*CELF/SIDE II*) | 4.5.4.5, 5.6.1.1
- HvJ EG 13 april 2010, C-91/08, ECLI:EU:C:2010:182 (*Wall*) | 4.4.6.3
- HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307 (*Betfair*), AB 2011/17, m.nt. A. Buijze | 4.4.3.2, 4.4.5, 4.4.6.2, 4.4.6.3, 5.3.1.3, 5.6.1.2, 7.6.4.1
- HvJ EU 3 juni 2010, C-258/08, ECLI:EU:C:2010:308 (*Ladbrokes*), JB 2010/170, m.nt. C.J. Wolswinkel | 4.4.3.1, 4.4.3.2, 4.4.6.1
- HvJ EU 9 september 2010, C-64/08, ECLI:EU:C:2010:506 (*Engelmann*) | 4.4.6.3, 5.3.1.3
- HvJ EU 16 december 2010, C-137/09, ECLI:EU:C:2010:774 (*Josemans*) | 4.4.2, 4.4.3.3, 4.4.6.1
- HvJ EU 22 december 2010, C-245/09, ECLI:EU:C:2010:808 (*Omalet*) | 4.4.1
- HvJ EU 22 december 2010, C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811 (*DEB*) | 4.6.3
- HvJ EU 25 januari 2011, C-382/08, ECLI:EU:C:2011:27 (*Neukirchinger*) | 4.3
- HvJ EU 17 februari 2011, C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83 (*TeliaSonera Sverige*) | 4.2.4, 4.5.2
- HvJ EU 29 maart 2011, C-565/08, ECLI:EU:C:2011:188 (*Commissie/Italië*) | 4.4.3
- HvJ EU 12 mei 2011, C-115/09, ECLI:EU:C:2011:289 (*Trianel*) | 6.5.1.1
- HvJ EU 15 september 2011, C-347/09, ECLI:EU:C:2011:582 (*Dickinger en Ömer*) | 4.4.5
- HvJ EU 8 december 2011, C-275/10, ECLI:EU:C:2011:814 (*Residex*) | 6.5.2.1
- HvJ EU 16 februari 2012, C-72/10 en C-77/10, ECLI:EU:C:2012:80 (*Costa en Cifone*) | 4.4.6.3
- HvJ EU 12 juli 2012, C-602/10, ECLI:EU:C:2012:443 (*Volksbank Romania*) | 4.4.3
- HvJ EU 12 juli 2012, C-176/11, ECLI:EU:C:2012:454 (*HIT en HIT LARIX*) | 4.4.6.1, 4.4.6.2
- HvJ EU 19 juli 2012, C-470/11, ECLI:EU:C:2012:505 (*Grakalns*) | 4.4.6.3
- HvJ EU 21 maart 2013, C-244/12, ECLI:EU:C:2013:203 (*Salzburger Flughafen*), AB 2014/45, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven | 5.6.1.1
- HvJ EU 14 november 2013, C-221/12, ECLI:EU:C:2013:736 (*Belgacom*), JAAN 2014/3, m.nt. A. Drahmman | 1.2.2, 4.4.1

- HvJ EU 21 november 2013, C-284/12, ECLI:EU:C:2013:755 (*Deutsche Lufthansa*) | 4.5.4.3, 4.5.4.5, 5.6.1.1
- HvJ EU 14 januari 2014, C-518/13, ECLI:EU:C:2015:9 (*Eventech*) | 4.5.4.1
- HvJ EU 30 april 2014, C-390/12, ECLI:EU:C:2014:281 (*Pfleger*) | 4.4.5
- HvJ EU 11 juni 2015, C-98/14, ECLI:EU:C:2015:386 (*Berlington*) | 4.4.1, 4.4.5, 4.4.6.1
- HvJ EU 1 oktober 2015, C-340/14 en C-341/14, ECLI:EU:C:2015:641 (*Trijber en Harmsen*), AB 2015/437, m.nt. A. Drahmman | 1.2.2, 4.2.3, 4.4.1, 5.6.1.2
- HvJ EU 15 oktober 2015, C-137/14, ECLI:EU:C:2015:683 (*Commissie/Duitsland*), AB 2015/447, m.nt. Ch.W. Backes | 6.5.1.1, 7.4.3
- HvJ EU 14 juli 2016, C-458/14, ECLI:EU:C:2016:558 (*Promoiimpresa*), AB 2016/320, m.nt. C.J. Wolswinkel | 4.4.1
- HvJ EU 15 november 2016, C-268/15, ECLI:EU:C:2016:874 (*Ullens de Schooten*) | 1.2.2, 4.4.1, 6.5.2.2

Gerecht van Eerste Aanleg

- GvEU 11 februari 2009, T-86/96, ECLI:EU:T:1999:25 (*Arbeitsgemeinschaft Deutscher Luftfahrt-Unternehmen/Commissie*) | 6.5.2.1

Hoge Raad

- HR 25 mei 1928, NJ 1928, p. 1688-1694, m.nt. E.M. Meijers (*De Marchant et d'Ansembourg/Staat*) | 6.2.1.1
- HR 17 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AG2051, NJ 1961, 568 (*Tilburgse tandartsen*) | 6.4.2
- HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5565, AB 1987, 273, m.nt. F.H. van der Burg (*Amsterdam/IKON*) | 7.6.3.3
- HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077, JOR 2006/295, m.nt. D. Busch (*DNB/Vie d'Or*) | 6.2.1.3
- HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9317 (*Astrazeneca Menzis*) | 6.4.2
- HR 13 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC8970, NJB 2008, 1395 | 4.4.3.2

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

- ABRvS 1 april 1996, ECLI:NL:RVS:1996:AH6350, JB 1996/155, m.nt. R.J.N. Schlössels (*Velpse Duivenhok*) | 5.3.3.2
- ABRvS 31 maart 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AA6571, AB 2000/303, m.nt. Ch. Backes | 5.6.1.1
- ABRvS 13 juni 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AA9807, Gst. 2000-7129, m.nt. C.P.J. Goorden | 3.2.2.3
- ABRvS 26 september 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AT4615 | 3.3.5
- ABRvS 10 april 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE1254, AB 2003, 98, m.nt. A.A.J. de Gier | 5.4.5.3
- ABRvS 22 mei 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE2838, AB 2003, 57, m.nt. B.W.N. de Waard (*Jetski's*) | 5.3.3.2
- ABRvS 19 maart 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AF6004, AB 2003/191, m.nt. A.A.J. de Gier | 6.2.1.2
- ABRvS 3 september 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AI1790, JB 2003/294, m.nt. R.J.N. Schlössels | 3.2.2.3
- ABRvS 17 december 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AO0234, AB 2004/262, m.nt. M.J. Jacobs & W. den Ouden (*Martiniplaza*) | 5.6.1.1
- ABRvS 30 juni 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AP4683, JB 2004, 293, m.nt. C.L.G.F.H. Albers | 5.4.5.1
- ABRvS 7 juli 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AP8363 | 5.4.5.3
- ABRvS 16 maart 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT0540 | 5.6.1.1
- ABRvS 7 september 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU2167, AB 2006, 146, m.nt. F.R. Vermeer | 3.2.2.4
- ABRvS 7 december 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU7583, AB 2006/67, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*Boxtel*) | 5.6.1.1
- ABRvS 23 augustus 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY6762, Gst. 2007, 79, m.nt. A.M.M.M. Bots | 3.2.3
- ABRvS 14 februari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ8484, AB 2008, 76, m.nt. N. Verheij | 3.3.4
- ABRvS 21 februari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ8995 | 3.3.2.4

- ABRvS 7 maart 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA8719, *Gst.* 2007, 59, m.nt. A.G.A. Nijmeijer (*Factory Outlet Centra*) | 3.3, 3.3.3, 5.4.5
- ABRvS 4 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA8746 | 5.4.2.2
- ABRvS 18 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA9831, *AB* 2007, 302, m.nt. J.H. Jans (*Schindler*) | 5.5.2.1, 7.6.4.3
- ABRvS 25 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB0379 | 5.4.5
- ABRvS 21 november 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB8396, *AB* 2018/9, m.nt. B.W.N. de Waard (*T-mobile*) | 3.2.2.6
- ABRvS 28 november 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB8940, *AB* 2008, 73, m.nt. K.F. Bolt (*Bookall*) | 3.3.1, 3.3.3
- ABRvS 20 februari 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC4684, *AB* 2008/150, m.nt. F.C.M.A. Michiels | 5.4.5.1
- ABRvS 14 mei 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD1483 | 4.4.3.2, 5.6.1.2
- ABRvS 11 juni 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD3598, *AB* 2008, 371, m.nt. P.C. Adriaanse (*Vliegveld Eelde*) | 6.5.2.1
- ABRvS 5 november 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG3388 | 3.3.2.4
- ABRvS 24 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG8294, *AB* 2009, 213, m.nt. B.P.M. van Ravels en A.M.L. Jansen (*Amelandse benzinepompen*) | 6.4.2
- ABRvS 14 januari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BG9758, *AB* 2009, 53, m.nt. T.E.P.A. Lam | 3.2.3
- ABRvS 28 januari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH1128, *JB* 2009/77, m.nt. redactie | 3.2.3
- ABRvS 13 mei 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI3688, *AB* 2009, 206, m.nt. R. Ortlep | 3.3.5
- ABRvS 17 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL7749 | 3.3.2.3
- ABRvS 28 april 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM2619 | 3.2.2.2
- ABRvS 7 juli 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN0470 | 2.2.2
- ABRvS 20 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO1191, *AB* 2011/232, m.nt. W. den Ouden (*Coach4Kids*) | 5.4.4, 5.4.4.1, 5.4.4.3, 5.5.2.2
- ABRvS 22 december 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO8342, *AB* 2011, 169, m.nt. A.E.M. Leijten en J. Uzman | 5.6.2.2
- ABRvS 19 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP1352, *AB* 2011/47, m.nt. A.A.J. de Gier en B.W.N. de Waard (*Elzenbos Brummen*) | 6.2.1.3, 6.2.2.2, 6.2.2.3, 6.2.3.1, 6.2.3.2, 6.3.3.1
- ABRvS 19 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP1354, *AB* 2011/86, m.nt. A.G.A. Nijmeijer | 3.3.4, 3.5
- ABRvS 2 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP6388, *AB* 2011/77, m.nt. A.A.J. De Gier | 6.2.2.1
- ABRvS 23 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP8768, *AB* 2011/230, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Betfair*) | 2.3.2, 5.6.1.2
- ABRvS 30 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP9539, *AB* 2011/229, m.nt. A.G.A. Nijmeijer | 5.4.1.1
- ABRvS 13 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ1077, *AB* 2012/12, m.nt. T.E.P.A. Lam (*Centrumplan Haaren*) | 6.3.1.5, 6.5.2.1
- ABRvS 13 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ1072, *AB* 2011/215, m.nt. J. Dijkgraaf (*chocoladedecoraties*) | 3.3.1, 3.3.2.1, 3.3.2.4, 3.3.2.5, 3.3.4, 5.4.4.2
- ABRvS 27 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ2679, *Gst.* 2011, 61, m.nt. G.H.J. Heutink (*stadion Fortuna*) | 6.3.1.5, 6.5.2.1
- ABRvS 4 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ3428, *AB* 2011/317, m.nt. W. den Ouden (*Aquacultuur*) | 3.3, 3.3.2.1, 3.3.2.3, 3.3.2.4
- ABRvS 13 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR1412, *M&R* 2011/189, m.nt. K.J. De Graaf (*Tuibrug*) | 6.2.2.4, 6.3.1.13
- ABRvS 17 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR5195, *AB* 2011/316, m.nt. W. den Ouden (*Edufax*) | 3.3.1, 3.3.2.3, 6.5.1.2
- ABRvS 2 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU3143, *AB* 2012, 156, m.nt. S.C.G. van den Bogaert en A.J. Metselaar (*Vogelaar I*) | 3.3.4, 3.5
- ABRvS 23 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU5444 | 4.4.1
- ABRvS 4 januari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV0106, *BR* 2912/41, m.nt. W.J. Bosma | 6.2.4
- ABRvS 25 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW3854, *AB* 2012/164, m.nt. A. van Hall | 3.2.2.4
- ABRvS 16 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW5909 | 3.3.2.1, 3.3.2.4

- ABRvS 6 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW7592, *AB* 2013/73, m.nt. C.J. Wolswinkel
(*kramenzetters Albert Cuypmarkt*) | 5.5.2.1, 5.5.2.3
- ABRvS 13 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW8158 | 5.5.2.2
- ABRvS 18 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX1859, *AB* 2012/343, m.nt. A.T. Marseille en
B.W.N. de Waard (*Omega Properties*) | 6.2.3.2
- ABRvS 15 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX4660, *JB* 2012/223, m.nt. J.J.J. Sillen | 5.6.2.2
- ABRvS 29 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX5936, *AB* 2012/ 363, m.nt. H.D. Tolsma |
3.2.2.4
- ABRvS 17 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY0374, *AB* 2013/24, m.nt. H.D. Tolsma | 2.3.1,
5.4.2.2
- ABRvS 28 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY4377 | 5.4.1.1
- ABRvS 5 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY5093, *Gst.* 2013/13, m.nt. J.C. van Oosten en
C.N.J. Kortmann | 6.3.1.8
- ABRvS 19 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY6710 | 3.2.2.6
- ABRvS 19 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY6737 | 5.4.1.1
- ABRvS 19 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY6774 | 6.3.1.11
- ABRvS 6 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ0780, *AB* 2013/215, m.nt. M.A.M. Dieperink |
5.5.2.2
- ABRvS 6 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ0794, *AB* 2013/263, m.nt. W. den Ouden
(*Vogelaar II*) | 3.3.1, 3.3.2.5, 3.3.4, 3.5
- ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1242 | 3.3.2.2, 3.3.4
- ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1245, *AB* 2014/290, m.nt. J.R. van Angeren
(*Ridderstee*) | 5.6.1.1
- ABRvS 20 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1694 | 6.2.1.3
- ABRvS 25 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ2265, *AB* 2013/146, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen
(*SNS REAAL*) | 6.3, 6.3.3, 6.5.2.1
- ABRvS 27 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ2477, *JOM* 2014/132 | 5.5.3, 6.2.2.2
- ABRvS 27 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7483 | 3.3.4
- ABRvS 10 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7677, *JBO* 2013/75, m.nt. D. van der Meijden |
3.3.4
- ABRvS 24 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ8437 | 3.3.2.2, 3.3.4
- ABRvS 1 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ9066, *JGR* 2013/10, m.nt. Van Wissen en Lisman |
6.2.1.3
- ABRvS 1 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ9094, *AB* 2013/ 345, m.nt. R. Ortlep | 5.6.1.1
- ABRvS 22 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA0691 | 3.3.5
- ABRvS 29 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA1378, *AB* 2013/264, m.nt. W. den Ouden
(*Edufax II*) | 3.3.1, 3.3.2.3, 3.3.2.5, 3.3.4, 3.4.3, 3.5
- ABRvS 5 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA2094 | 5.4.1.1
- ABRvS 12 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA2897 | 3.3.2.2
- ABRvS 19 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA3666, *AB* 2013/240, m.nt. W.R. van der Velde |
6.2.2.4, 6.3.1.13
- ABRvS 17 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:338 | 3.3.5
- ABRvS 11 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1146, *Gst.* 2014/22, m.nt. K. Lagrouw | 1.2.1.2,
1.4, 6.2.3.2, 6.2.4, 6.3.1.2, 6.3.1.6, 7.1
- ABRvS 18 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1192, *BR* 2013/153, m.nt. H.J. Breeman en
R.J.G. Bäcker | 5.4.1.1, 5.4.1.3, 6.3.1.8
- ABRvS 20 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1997 | 3.3.2.2
- ABRvS 11 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2344 | 6.3.1.8
- ABRvS 15 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:72, *TBR* 2014/25, m.nt. H.J. de Vries | 6.3.1.11
- ABRvS 15 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:75, *AB* 2014/116, m.nt. A.G.A. Nijmeijer (*Flamco*) |
6.2.2.4, 6.2.3.1, 6.3.1.5, 6.3.1.13
- ABRvS 22 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:119 | 3.3.2.2, 6.3.1.8
- ABRvS 12 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:467, *TBR* 2014/46, m.nt. H.J. de Vries | 6.3.1.5
- ABRvS 19 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:942 (*zandwinning Gasselte*), *BR* 2014/90,
m.nt. H.J. Breeman en R.J.G. Bäcker | 2.3.2, 5.4.5, 6.3.2.1

ABRvS 25 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1155, *BR* 2014/95, m.nt. F. Kooijman | 6.5.1.1
 ABRvS 2 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1144 | 2.3.2
 ABRvS 16 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1284 | 6.3.1.13
 ABRvS 23 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1485 | 6.3.1.11
 ABRvS 7 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1669, *AB* 2014/274, m.nt. A.T. Marseille en B.W.N. de Waard | 6.2.4
 ABRvS 28 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1884 | 6.3.1.13
 ABRvS 11 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2120, *AB* 2014/320, m.nt. S. Handgraaf (*Stegeren*) | 5.6.1.1
 ABRvS 18 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2201 | 3.3.2.2
 ABRvS 25 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2296 | 6.3.1.5, 6.5.2.1
 ABRvS 25 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2331 | 6.3.1.4
 ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2488, *AB* 2015/13, m.nt. A. Drahmman (*Trijber*) | 4.2.3, 5.6.1.2, 6.5.2.2
 ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2495, *AB* 2014/450, m.nt. M.R. Botman (*Harmsen*) | 4.2.3, 5.6.1.2, 6.5.2.2
 ABRvS 30 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2838, *AB* 2015/59, m.nt. D. Korsse | 6.3.1.11
 ABRvS 6 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2940 | 5.6.2.2
 ABRvS 20 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3092 | 6.2.3.2
 ABRvS 1 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3554 | 6.3.1.10
 ABRvS 8 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3624 | 5.4.5.1
 ABRvS 29 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3840 | 6.3.2.1
 ABRvS 29 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3885, *AB* 2015/111, m.nt. C.N.J. Kortmann | 5.4.5.1, 5.4.5.2
 ABRvS 5 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3926 | 6.3.1.2, 6.3.1.3, 6.3.1.7
 ABRvS 12 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4030, *JBO* 2015/12, m.nt. D. van der Meijden | 6.3.1.2, 6.3.1.11
 ABRvS 12 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4074, *JBO* 2015/14, m.nt. D. van der Meijden | 3.2.2.2
 ABRvS 12 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4117, *AB* 2015/55, m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder (*intoct Amsterdam*) | 5.3.3.2, 5.6.2.2
 ABRvS 19 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4143 | 6.3.1.6
 ABRvS 24 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4648 | 6.3.1.5, 6.3.1.10
 ABRvS 14 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:50 | 6.3.1.10
 ABRvS 14 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:82, *JM* 2015/39, m.nt. G.A.J.M. Hoevenaars | 6.2.1.3
 ABRvS 21 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:96, *JB* 2015/39, m.nt. R.J.N. Schlössels | 2.3.1, 6.2.1.2, 6.2.3.2, 6.3.1.5, 6.3.1.8, 6.5.1.1, 6.5.1.2
 ABRvS 28 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:183 | 3.3.2.2
 ABRvS 28 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:192, *AB* 2015/139, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen | 6.3.2.4
 ABRvS 4 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:236, *TBR* 2015/59, m.nt. H.C.W.M. Moesker | 6.3.1.11
 ABRvS 11 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:358, *AB* 2015/154, m.nt. C.N.J. Kortmann | 5.4.5.1
 ABRvS 18 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:452 | 6.3.1.7
 ABRvS 25 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:537 | 3.2.3, 3.3.2.2, 5.4.1.1, 6.3.1.8
 ABRvS 11 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:715 | 3.3.1, 3.3.2.2, 5.4.1.1
 ABRvS 18 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:842, *AB* 2015/280, m.nt. R. Ortlep | 6.2.1.3
 ABRvS 18 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:847 | 2.3.2, 5.4.1.1, 5.4.1.3
 ABRvS 25 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:903, *Gst.* 2015/71, m.nt. B. Kaya | 6.5.1.1
 ABRvS 15 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1152, *AB* 2015/226, m.nt. J.E. van den Brink en W. den Ouden (*Zorg & Zekerheid*) | 3.5, 4.5.4.4
 ABRvS 15 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1177 | 6.3.1.1
 ABRvS 22 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1224 | 6.3.1.2, 6.3.1.6, 6.3.1.11, 6.3.1.13
 ABRvS 29 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1327, *JBO* 2015/166, m.nt. D. van der Meijden | 3.3, 6.2.1.3
 ABRvS 6 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1419 | 6.3.1.2, 6.3.1.12

- ABRvS 20 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1585, *BR* 2015/71, m.nt. H.J. Breeman | 6.3.1.4, 6.3.1.5, 6.3.1.7, 6.5.2.1
- ABRvS 3 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1713, *JM* 2015/127, m.nt. G.A.J.M. Hoevenaars | 6.3.1.5, 6.3.1.10, 6.3.1.13
- ABRvS 3 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1744, *JBO* 2015/229, m.nt. D. van der Meijden (*Leisure Center Belfeld*) | 3.3.1, 6.2.1.3, 6.3.1.3, 6.3.1.11, 6.3.1.12
- ABRvS 3 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1776 | 6.2.2, 6.2.4, 6.3.1.2
- ABRvS 17 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1870 | 3.3.4
- ABRvS 30 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2174, *Gst.* 2015/134, m.nt. S.D.P. Kole | 6.3.1.13, 6.4.1
- ABRvS 1 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2065, *JM* 2015/115, m.nt. H.S. de Vries | 6.3.1.4
- ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258 *AB* 2016/453, m.nt. W. den Ouden (*Holland Opera*) | 2.3.3, 5.4.3.1
- ABRvS 29 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2364, *Gst.* 2015/135, m.nt. F. Limpens-Cuijpers (*plattelandswoning Haaren*) | 6.3.1.2, 6.3.1.11
- ABRvS 29 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2398 | 2.3.3
- ABRvS 5 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2472, *BR* 2016/4, m.nt. A. Huijgen en E.C. Rozeboom | 2.3.1, 6.3.1.4, 6.3.17
- ABRvS 28 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2793 | 2.3.3
- ABRvS 9 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2829 | 5.4.1.1
- ABRvS 9 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2855 | 6.3.1.4
- ABRvS 9 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2856 | 6.3.1.4
- ABRvS 14 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3180 | 3.3.1, 3.3.2.3, 3.4.3
- ABRvS 14 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3195, *TGMA* 2015/15, m.nt. E.H. Hulst (*Rijnhal Arnhem*) | 5.4.1.1, 5.4.1.3, 6.3.1.4, 6.3.1.8
- ABRvS 11 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3434 | 3.2.2.6, 3.3.3
- ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3516 | 3.2.2.6
- ABRvS 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3698 | 5.4.1.5
- ABRvS 16 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3843 | 5.4.5.1, 6.3.2.4
- ABRvS 6 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:4 | 3.2.2.6
- ABRvS 13 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:49 | 3.3.2.2, 5.4.1.1
- ABRvS 13 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:75, *Gst.* 2016/39, m.nt. B. Hessel (*Appingedam*) | 2.3.3, 4.2.3, 5.4.1.1, 5.6.1.2, 6.5.2.2
- ABRvS 20 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:91 | 3.3.1
- ABRvS 20 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:106, *Gst.* 2016/103, m.nt. M. Blokvoort | 6.2.1.3, 6.3.1.2
- ABRvS 27 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:168 *Gst.* 2016/49, m.nt. B. Hessel (*Harmsen*) | 5.6.1.2
- ABRvS 17 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:403 | 2.2
- ABRvS 28 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:487 | 2.3.1
- ABRvS 9 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:640 | 5.4.1.1, 5.4.1.2
- ABRvS 9 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:661, *AB* 2016/324, m.nt. C.J. Wolswinkel (*JVH*) | 5.5.2.1, 5.5.2.3
- ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:732, *JB* 2016/88, m.nt. R.J.N. Schlössels | 2.3.1, 5.2.5, 5.5.1, 6.2.3.2, 6.4.1, 6.4.3, 6.4.3.4, 6.4.4.1, 6.5.1.1, 6.5.1.2, 6.5.2.3, 7.6.3.4
- ABRvS 30 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:867 | 2.3.3, 6.3.1.4
- ABRvS 20 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1037 | 6.3.1.4
- ABRvS 20 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1064 | 3.3.2.4, 6.2.1.3, 6.2.2.1
- ABRvS 4 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1193 | 6.3.1.4
- ABRvS 4 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1211, *JAF* 2016/610, m.nt. D. van der Meijden | 3.3, 3.3.1, 5.4.1.1, 6.3.1.4
- ABRvS 18 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1295, *JB* 2016/124, m.nt. L.J.M. Timmermans | 6.3.1.3, 6.5.1.1, 6.5.2.2
- ABRvS 18 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1296, *JB* 2016/123, m.nt. L.J.M. Timmermans | 6.5.1.1
- ABRvS 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1400 | 2.3.3
- ABRvS 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1422, *TvAR* 2016/5852, m.nt. T.J.H. Verstappen en P.P.A. Bodden | 3.3, 3.3.1, 5.4.1.1

ABRvS 1 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1465 | 5.4.1.1, 5.4.1.3, 6.2.1.3, 6.3.1.11
 ABRvS 1 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1481 | 3.2.2.6
 ABRvS 1 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1519 | 3.3, 3.3.1
 ABRvS 1 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1538 | 5.4.1.3
 ABRvS 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1560 | 6.3.1.13
 ABRvS 15 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1664 | 6.3.1.2, 6.3.1.6
 ABRvS 22 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1717 | 6.3.1.4
 ABRvS 22 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1742 | 6.3.1.13
 ABRvS 13 juli 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1975 | 5.6.2.2
 ABRvS 20 juli 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2017 | 6.3.1.13
 ABRvS 20 juli 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2036 | 5.4.1.1
 ABRvS 27 juli 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2085 | 6.3.1.11
 ABRvS 3 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2151 | 2.4.3, 7.6.4.3
 ABRvS 17 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2236 | 3.3
 ABRvS 24 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2316, *JBO* 2016/247, m.nt. D. van der Meijden | 2.3.1, 6.3.1.2, 6.3.1.5, 6.3.1.6, 6.3.1.10, 6.3.1.11, 6.3.1.12, 6.3.1.13, 6.5.2.1
 ABRvS 14 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2451 | 3.3.2.2, 3.3.5
 ABRvS 5 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2645, *AB* 2017/23, m.nt. R. Stijnen | 3.2.2.6
 ABRvS 5 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2648 | 3.3.4
 ABRvS 5 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2649, *AB* 2017/22, m.nt. R. Stijnen | 3.2.2.6
 ABRvS 12 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2712 | 6.3.1.4
 ABRvS 19 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2751 | 3.3.2.2
 ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2834 | 3.3.5
 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2892, *AB* 2017/244, m.nt. A.J. Metselaar | 6.3.1.5, 6.5.2.1
 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, *AB* 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Speelautomatenhal Vlaardingen*) | 2.3.2, 5.4.1.4, 5.5.2, 5.5.2.1, 5.5.2.3, 5.5.2.4, 6.3, 6.3.3, 7.6.4.1
 ABRvS 9 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2947, *JGR* 2017/5, m.nt. J.A. Lisman | 5.4.2.1
 ABRvS 9 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2975, *AB* 2017/243, m.nt. A.J. Metselaar | 6.3.1.5, 6.4.4.2, 6.5.2.1
 ABRvS 16 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3045, *JBO* 2016/334, m.nt. D. van der Meijden | 6.3.1.11
 ABRvS 30 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3180 | 6.4.3.2, 6.4.4.1
 ABRvS 14 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3342, *JB* 2017/25, m.nt. R.J.N. Schlössels (*vuurverkoerkoop Hilversum*) | 5.3.3.2
 ABRvS 21 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3386, *AB* 2017/242, m.nt. A.J. Metselaar | 6.3.1.4, 6.3.1.5, 6.5.2.1
 ABRvS 21 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3395 | 3.3.2.2, 3.3.5
 ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3451, *AB* 2017/110, m.nt. B.J.P. Stramrood (*SlijtersUnie*) | 6.3, 6.3.3, 6.4.4.2
 ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3453, *AB* 2017/112, m.nt. B.J.P. Stramrood (*SlijtersUnie*) | 2.3.2, 3.2.3, 6.3, 6.3.2.1, 6.3.3, 6.4.4.2, 6.6, 7.4.2
 ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3454, *AB* 2017/111, m.nt. B.J.P. Stramrood (*SlijtersUnie*) | 6.3, 6.3.3, 6.4.4.2
 ABRvS 18 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:86, *Gst.* 2017, 85, m.nt. P.W.A. Huisman (*Tjalling Koopmans College*) | 5.5.2.2, 7.3.2
 ABRvS 18 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:124 | 5.4.1.4
 ABRvS 1 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:231, *JBO* 2017/51, m.nt. D. van der Meijden | 6.3.1.11
 ABRvS 15 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:671 | 6.3.1.4, 6.4.4.1, 6.4.4.2
 ABRvS 15 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:694 | 3.3.5, 6.3.1.2, 6.2.1.11, 6.4.4.2
 ABRvS 22 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:774 | 6.3.1.5
 ABRvS 29 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:832 | 6.4.4.2
 ABRvS 29 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:863, *AB* 2017/189, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik | 5.4.2.2

ABRvS 29 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:864, AB 2017/190, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik | 5.4.2.2
 ABRvS 5 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:918 | 3.3.2.3
 ABRvS 5 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:943 | 6.3.1.10
 ABRvS 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1028 | 6.3.1.4
 ABRvS 19 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1097 | 3.3, 3.3.3, 6.3.1.8
 ABRvS 10 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1248 | 6.2.1.3
 ABRvS 10 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1250 | 5.4.1.1, 6.2.4, 6.3.1.4
 ABRvS 13 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2015:1495, JM 2015/103, m.nt. H.S. de Vries | 6.3.1.11
 ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1309 | 3.3, 3.3.2.2
 ABRvS 24 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1374, Gst. 2017/118, m.nt. A. Snijders | 3.3.3, 6.3.1.2
 ABRvS 7 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1520, AB 2017/249, m.nt. C.J. Wolswinkel | 5.4.2, 5.4.2.3

Vz. ABRvS 25 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY9925, JBO 2013/32, m.nt. D. van der Meijden | 3.3.2.3
 Vz. ABRvS 27 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA1989, AB 2013/205, m.nt. C.B. Modderman | 6.2.1.3
 Vz. ABRvS 26 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1044 | 6.2.1.3
 Vz. ABRvS 31 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1134 | 6.2.2, 6.2.4
 Vz. ABRvS 12 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3573 | 6.3.1.4, 6.3.1.10
 Vz. ABRvS 20 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3658 | 6.3.1.10, 6.3.1.11
 Vz. ABRvS 19 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:515 | 6.3.1.13
 Vz. ABRvS 5 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1017 | 5.4.1.3, 6.3.1.8
 Vz. ABRvS 30 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1614 | 6.3.1.4

Afdeling rechtspraak van de Raad van State

Vz. ARRvS 2 februari 1978, tB/S IV, nr. 12, m.nt. Ten Berge en Stroink | 3.2.2.3
 Vz. ARRvS 13 oktober 1986, ECLI:NL:RVS:1986:AH1485, AB 1988, 194, m.nt. D.A. Lubach | 3.2.2.2

College van Beroep voor het bedrijfsleven

CBb 30 november 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AZ3361 | 3.4.2
 CBb 26 april 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BA3858 (SLAM/FM) | 5.4.3.2
 CBb 1 november 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BB7208 | 5.4.5.2
 CBb 19 december 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BC2460, JB 2008, 67 (Lanaut) | 5.5.2.1
 CBb 28 oktober 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG1736 | 3.5
 CBb 3 juni 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BI6466, AB 2009, 373, m.nt. C.J. Wolswinkel (Swiss Leisure Group) | 5.5.2.1, 5.5.2.3
 CBb 1 september 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BJ8176, AB 2009, 396, m.nt. I. Sewandono | 3.2.3, 3.3.2.1, 3.3.2.4
 CBb 8 januari 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL3125, AB 2010, 73, m.nt. I. Sewandono | 5.5.2.3
 CBb 18 maart 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL8527 | 3.3.2.3
 CBb 28 april 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BM4375, AB 2010/186, m.nt. C.J. Wolswinkel (Pierik & Meson) | 3.3.1, 3.3.2.5, 3.3.5, 5.5.2.1, 5.5.2.3
 CBb 2 juli 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN0929 | 3.4.1
 CBb 29 juli 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN4119, AB 2010/303, m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade | 3.3.2.3
 CBb 3 februari 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BP3045, JB 2011/76 | 3.3.2.3
 CBb 5 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ0455, AB 2011/112, m.nt. I. Sewandono | 3.3.1
 CBb 21 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3751, AB 2011/192, m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade (EM-TÉ) | 5.5.2.3
 CBb 29 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3763, AB 2011/180, m.nt. C.J. Wolswinkel | 5.4.3.1, 5.4.3.3, 5.5.2.6
 CBb 3 mei 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3135 | 3.4.2
 CBb 31 mei 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ7228 | 3.3, 3.3.2.3

CBb 3 november 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU3219 | 3.3.2.3
 CBb 1 februari 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BV2285 | 3.4.2
 CBb 2 februari 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BV5176, *AB* 2012/187, m.nt. B.W.N. de Waard | 3.2.2.6
 CBb 15 mei 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW6630, *AB* 2012/372, m.nt. C.J. Wolswinkel
 (*zondagavondwinkel Wassenaar*) | 5.5.2.1, 5.5.2.3, 5.5.2.5
 CBb 6 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW7911, *AB* 2012/371, m.nt. J. Wieland | 2.3.3, 3.3.6
 CBb 7 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW7731 | 3.4.2
 CBb 7 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW7748, *JOR* 2012/254, m.nt. V.H. Affourtit en
 M.M. van den Broek (*Trafalgar*) | 3.2.2.6
 CBb 22 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW9146, *JB* 2012/193 | 3.3.2.3
 CBb 24 augustus 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6540, *AB* 2012/373, m.nt. C.J. Wolswinkel
 (*zondagavondwinkel Castricum*) | 5.5.2.1, 5.5.2.3
 CBb 6 september 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY0528 (*zondagavondwinkel Heemstede*) | 5.5.2.1
 CBb 13 september 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6991, *AB* 2013/115, m.nt. A.J. Metselaar en
 W. den Ouden | 3.3.6
 CBb 5 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:1, *AB* 2013/293, m.nt. C.J. Wolswinkel | 5.5.2.5
 CBb 31 mei 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA1615, *AB* 2013/246, m.nt. H.D. Tolsma | 3.3.1, 3.3.2.5
 CBb 17 juli 2013, ECLI:NL:CBB:2013:78, *AB* 2013/294, m.nt. C.J. Wolswinkel
 (*zondagavondwinkel Nieuwegein*) | 5.4.3.3, 5.5.2.1, 5.5.3, 5.6.1.2
 CBb 30 januari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:31 | 3.2.2.6, 3.3.4
 CBb 28 mei 2014, ECLI:NL:CBB:2014:250, *AB* 2014/380, m.nt. J. Wieland | 3.3.1, 3.3.2.5
 CBb 19 februari 2015, ECLI:NL:CBB:2015:27, *AB* 2016/153, m.nt. C.J. Wolswinkel
 (*zondagavondwinkel Binnenmaas*) | 5.4.3.3
 CBb 8 oktober 2015, ECLI:NL:CBB:2015:317 (*Sky Radio*) | 5.4.3.2
 CBb 8 oktober 2015, ECLI:NL:CBB:2015:318 (*Q-Music*) | 5.4.3.2
 CBb 8 oktober 2015, ECLI:NL:CBB:2015:319 (*Radio 538*) | 5.4.3.2
 CBb 8 oktober 2015, ECLI:NL:CBB:2015:320 (*Radio 10*) | 5.4.3.2
 CBb 5 november 2015, ECLI:NL:CBB:2015:369, *Gst.* 2016/54, m.nt. W.P. Adriaanse | 3.3.1,
 3.3.2.1, 5.4.5.1, 5.4.5.2
 CBb 28 december 2015, ECLI:NL:CBB:2015:408, *AB* 2016/131, m.nt. J. Wieland | 3.3.5
 CBb 3 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:61 *Gst.* 2016/104, m.nt. W.P. Adriaanse | 3.3.2.1, 5.4.3.3
 CBb 23 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:68 | 2.3.3
 CBb 15 april 2016, ECLI:NL:CBB:2016:178 | 3.3.1, 3.3.2.1
 CBb 26 mei 2016, ECLI:NL:CBB:2016:146 | 3.3
 CBb 23 augustus 2016, ECLI:NL:CBB:2016:279 | 2.3.3
 CBb 30 augustus 2016, ECLI:NL:CBB:2016:263 | 2.4.2
 CBb 30 augustus 2016, ECLI:NL:CBB:2016:264 | 2.4.2
 CBb 5 september 2016, ECLI:NL:CBB:2016:275 | 5.4.5.1, 5.4.5.3

voorzieningenrechter CBb 24 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BG1734, *JB* 2009/25 | 3.3.5, 3.5
 voorzieningenrechter CBb 11 maart 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH5474, *Gst.* 2009, 73,
 m.nt. W.P. Adriaanse | 3.2.3
 voorzieningenrechter CBb 31 oktober 2003, ECLI:NL:CBB:2003:AO1032, *AB* 2004,56,
 m.nt. J.H. van der Veen | 5.4.5.2
 voorzieningenrechter CBb 6 maart 2015, ECLI:NL:CBB:2015:59, *AB* 2016/154,
 m.nt. C.J. Wolswinkel | 5.4.3.3

Centrale Raad van Beroep

CRvB 25 februari 1999, ECLI:NL:CRVB:1999:ZB8194, *AB* 1999, 270,
 m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens | 2.2.2
 CRvB 21 februari 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:607, *USZ* 2017/156, m.nt. C.W.C.A. Bruggeman
 en H.W.M. Nacinovic | 6.3

Gerechtshoven

Hof Amsterdam 14 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1398 | 7.6.3.3

Rechtbanken

- Rb. Roermond 8 november 2006, ECLI:NL:RBROE:2006:AZ2378 | 5.4.2.2
Rb. Rotterdam 1 juni 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ6678 | 2.3.3
Rb. Almelo 7 november 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BY3326 | 5.3.3.2
Rb. Oost-Brabant 20 juni 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:2702 | 6.3
Rb. Amsterdam 11 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6780, *JG* 2013/68, m.nt. A.A. al Khatib en T. Barkhuysen (*MuzyQ*) | 7.6.3.3
Rb. Amsterdam 13 mei 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2569 | 6.3
Rb. Limburg 23 mei 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:4608 | 6.3
Rb. Amsterdam, 3 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3888, *AB* 2014/283, m.nt. G. Boogaard en F.M.J. den Houdijker | 5.6.2.2
Rb. Oost-Brabant 17 juli 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:3848 (*Supergame*) | 5.4.2, 5.4.1.4
Rb. Oost-Brabant, 22 januari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:250 | 6.3.2.1, 7.6.1
Rb. Amsterdam 29 april 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2388 | 7.6.3.3
Rb. Midden-Nederland 13 mei 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:3435 | 6.3
Rb. Oost-Brabant 19 november 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:6602 | 5.4.1.1
Rb. Den Haag 30 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15812 (*De Stolp*) | 7.6.3.3
Rb. Zeeland-West-Brabant 22 april 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:2533 (*Team Alert*) | 3.3.3, 6.3, 6.3.3.1
Rb. Amsterdam (ktr.) 19 mei 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3070, *JHV* 2016/24, m.nt. H. Ferment | 1.5.2
voorzieningenrechter Rb. Gelderland 12 februari 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:969 | 6.2.1.3

Trefwoordenregister

A

aanbodfunctie | 2.2.2
afstandsnormen | 6.2.2.2, 6.2.3.1
algemene beginselen van behoorlijk bestuur | 6.2.3.2
Algemene plaatselijke verordening | 5.4.2.3, 5.6.1.2, 5.6.2.2
Algemene wet bestuursrecht | 1.2.1, 1.2.1.1, 3.2.1, 3.2.2, 5.2.3, 5.3.2, 5.4.4.1, 5.4.5.1

B

beginselplicht tot handhaving | 5.4.3.1, 5.4.3.2, 5.4.3.3, 6.3.2.3
belang(en)

- actueel | 3.2.2.3
- afgeleid | 3.2.2.6
- algemeen | 5.3.1.3, 5.3.2, 6.2.2.1
- eigen | 3.2.2.1, 3.3, 6.2.2.1
- individueel | 3.2.2.4
- objectief bepaalbaar | 3.2.2.2, 3.3
- parallel | 6.2.2.3
- particulier | 5.3.2, 6.2.2.1, 6.2.2.4
- persoonlijk | 3.2.2.4, 3.3
- rechtstreeks betrokken | 3.2.2.6
- ruimtelijk relevante | 5.4.1.1
- tegengesteld | 6.2.2.2
- verweven | 6.2.2.4, 6.5.1.1
- vreemde | 5.3.2, 5.3.3.2, 6.3.3

belangenafweging | 7.3
belanghebbendheid

- belang van | 3.2.1
- vereisten voor aannemen van | 3.2.2

belemmerende maatregelen zonder onderscheid | 4.4.3
Besluit externe veiligheid inrichtingen | 6.3.1.12, 6.5.2.3
Besluit ruimtelijke ordening | 6.3.1.3, 6.3.1.4, 6.3.1.5, 6.3.1.9
bestemmingsplan | 5.4.1.1, 6.3.1.1
bestuurswetgeving | 5.3.1.4
Betfair | 5.3.1.3, 5.6.1.2
Bodemkwaliteitseisen | 6.3.1.11
branchering | 6.3.1.3
burgerlijke rechter | 1.5.3, 7.6.3.3

C

Cassis-uitzondering | 4.4.4.3, 4.5.3
categoraal belanghebbende | 3.2.2.5
causaliteitstoets | 6.2.4
concurrentie

- belang van | 2.4, 7.1.2
- definitie | 2.2, 2.2.3, 7.1.2
- dubbele | 5.4.3.1

concurrentiebelangen | 2.3, 7.3.1, 7.6.3.3
– soorten | 2.3, 7.1.2
congruentieregel | 6.2.4
consistent beleid | 4.4.6.1
consumentensurplus | 2.2.2, 2.4.1
consumentenwelvaart | 4.5.1
correctie Langemeijer | 6.4.2
correctie Widdershoven | 6.2.3.2, 6.3.2.2, 6.4.3, 6.4.4, 7.4.2, 7.6.3.2
Costanzo-verplichting | 4.2.3

D

de-minimissteun | 4.5.4.2
détournement de pouvoir | 5.3, 5.3.2, 5.3.3, 5.3.3.2, 5.4.1.4, 5.5.1
diensten van algemeen economisch belang | 4.5.3, 4.5.4.2
Dienstenrichtlijn | 4.2.3, 4.4.1, 5.3.1.3, 5.5.2.5, 5.6.1.2, 6.5.1.1, 6.5.2.2
– beschermingsbereik | 6.5.2.2
discriminatieverbod | 4.4.2, 5.6.2.1
doelgebonden afwegingskader | 5.4.4.2, 5.5.1, 5.6.1.1, 5.6.1.2, 5.6.3, 7.3.3
doelgroep | 3.3.2.4
doeltreffendheidsbeginsel | 4.6.2, 6.5.1.1
drank- en horecaverunning | 5.4.2.2
Drank- en horecawet | 5.4.2.2, 6.4.4.2, 7.3.1
Duits bestuursrecht | 7.6.3.4
duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau | 5.4.1.3, 6.3.1.8
dwingende redenen van algemeen belang | 4.4.4.3, 4.4.4.4, 4.4.5, 4.4.6, 4.4.6.1, 4.4.6.2, 5.5.2.1, 5.6.1.2, 7.3.3, 7.6.3.5

E

economische theorie | 2.1
Eerste Protocol | 5.6.2.1, 7.3.3
effectieve rechtsbescherming | 3.3.2.5, 3.4.4, 4.6.3, 4.6.4, 6.5.1.1
égalitébeginsel | 2.4.3, 7.6.4.3
eigendom, bescherming van | 5.6.2.1
europeanisering van het bestuursrecht | 1.2.2, 7.1
Europese economische constitutie | 4.1, 7.6.3.5
Europese economische integratie | 4.2, 4.2.4
evenementenvergunning | 5.4.2.3
evenredig(heid) | 2.4.4, 4.4.4.1, 4.4.6, 5.4.5.1, 5.4.5.3, 7.6.4.1, 7.6.4.3
evenredigheidsbeginsel | 5.3.3.2, 5.5.1, 5.5.2.1, 5.5.2.4, 7.6.4.1, 7.6.4.3
evenwichtsprijs | 2.2.2
EVRM | 5.6, 5.6.2, 5.6.2.1, 5.6.2.2, 5.6.2.3, 6.5.1.2, 7.3.3, 7.4.3
– conforme interpretatie | 5.6.2.2
– doorwerking van het | 5.6.2.2
exploitatievergunning | 5.4.2.3
externe veiligheid | 6.3.1.12

F

financiële uitvoerbaarheid | 6.3.1.5
Flora- en Faunawet | 6.2.2.4, 6.2.3.1, 6.3.1.5, 6.3.1.13
frequentieruimte, verdeling van | 5.4.3.2

G

gelede normstelling | 6.2.3.1
gelijk speelveld | 2.3.2, 2.4.2, 2.4.4, 4.1, 4.2.3, 4.2.4, 4.4.1, 5.6.2.1
gelijke kansen | 2.3.2, 2.4.4, 2.4.5, 7.6.4
gelijke kansen beginsel | 5.5.2.4, 7.6.3.1, 7.6.4.4, 7.6.5

gelijkheidsbeginsel | 2.4.4, 2.4.5, 4.1, 4.3, 4.4.6.2, 5.5.2.1, 5.5.2.4, 5.5.3, 5.6.2.1, 6.2.3.2, 6.4.3.2, 6.4.3.3, 6.4.4.1, 7.3.2, 7.4.2, 7.5, 7.6.3.2, 7.6.3.5, 7.6.4.1, 7.6.4.2, 7.6.4.3, 7.6.4.4
geluidsnormen | 6.3.1.11
Geneesmiddelenwet | 5.4.2.1, 7.3.1
geurnormen | 6.3.1.11
gerechtvaardigde belemmeringen | 4.4.4
goede ruimtelijke ordening | 5.4.1.1, 5.4.1.2, 6.2.3.1, 6.3.1.2, 6.3.1.3, 6.3.1.4, 6.3.1.5, 7.3.1
grensoverschrijdend | 4.4.1, 6.5.2.2, 7.3.3

H

handhaving | 5.4.5, 6.3.2, 6.3.2.1, 6.3.2.2, 6.3.2.3, 7.3.1
homo economicus | 2.1, 2.2.2

I

id quod-vraag | 5.3.3.2, 5.4.2.2, 5.4.3.3
interne markt | 4.1, 4.2.1, 4.2.3, 4.2.4, 4.2.5, 4.5.4, 4.5.4.2
interne situatie | 4.2.3, 4.4.1, 6.5.2.2
internetonderneming | 3.3.3
intocht Amsterdam | 5.6.2.2
inwisselbaar | 3.4.1, 3.4.4

K

kartelverbod | 4.5.2
kennelijkheidsvereiste | 6.2.1.3
Konkurrentenklage | 7.6.3.4

L

ladder voor duurzame verstedelijking | 6.3.1.4
leegstand | 6.3.1.4
legaliteitsbeginsel | 5.3.1.1
level playing field, zie gelijk speelveld
liberalisering | 4.2.2, 4.2.5
loyale samenwerking | 4.2.3, 5.6.1.1
luchtkwaliteitseisen | 6.3.1.11

M

maatregelen zonder onderscheid | 4.4.4.2
markt | 2.2.1, 3.4.1
marttkaandeel | 5.6.2.1
marktafbakening | 3.4.1, 3.4.3
markteconomie | 2.2.2
marktfalen | 2.4.1, 4.2.2, 4.2.5, 4.5.4.5
marktimperfections, zie marktfalen
marktinefficiëntie | 4.5.4
marktmechanisme, zie prijsmechanisme
marktsegment | 3.3.1, 3.3.2, 3.3.2.3, 3.6, 7.2.1
markttoegang | 4.2.4
marktwerking | 2.1, 4.2.2, 4.2.4
mededinging | 4.5.1
mededingingsrecht | 1.5.1, 3.4, 4.2.5, 4.5.1, 5.5.2, 5.2.5
mededingingsruimte | 5.5.2.1, 5.5.2.2
mededingingsstructuur | 4.2.4, 4.5.2, 7.6.3.5
Mededingingswet | 3.4, 5.2.2
milieueffectrapportage | 6.3.1.10
milieukwaliteitseisen | 6.3.1.11
milieuvoorschriften | 6.3.1.9

Monumentenwet | 6.2.3.2
modus quo-vraag | 5.3.3.2, 5.4.2.2, 5.5.2.6
multifunctionele panden | 3.3.2.2

N

nadeelcompensatie | 7.6.4.3
natuurbescherming | 6.3.1.13
Natuurbeschermingswet 1998 | 6.2.2.4, 6.2.4, 6.3.1.13
negatieve verdragsverplichting | 5.6.2.2
neoliberale opvatting | 2.1, 4.2.2
non-discriminatie | 4.2.3
nutsmaximalisatie | 2.2.2
nuttig effect | 4.4.6.2, 4.5.2, 6.5.1.1

O

omgevingsvergunning | 5.4.1.2
omzetverlies | 3.3.4, 7.2.3
ondernemersklimaat | 6.3.1.3, 6.3.1.4, 6.3.1.5
onderscheid
– direct | 4.4.4.1
– indirect | 4.4.4.1
ongehinderde bedrijfsuitoefening, belang van | 2.3.3

P

parallelhandelsvergunning | 5.4.2.1
parkeernormen | 6.3.1.5, 6.3.1.6
positieve verdragsverplichting | 5.6.2.2
potentiële concurrenten | 3.3.5
prijsmechanisme | 2.2.2
privatisering | 4.2.2, 4.2.3, 4.2.5
procedurele autonomie | 4.6.1
procesbelang | 3.3.6
producentensurplus | 2.2.2, 2.4.1
proportionaliteit | 4.4.6.2, 7.6.4.3
proportionaliteitsbeginsel | 5.5.1, 5.5.2.4, 5.5.2.1
provinciale regelgeving | 6.3.1.7
publiek belang | 2.4.5
publieke goederen | 4.2.2
publieke sectoren | 4.2.2

R

rechtsbeginselen | 5.5.1, 5.5.2, 5.5.3
– formele | 5.5.1, 6.2.3.2
– materiële | 5.5.1, 6.2.3.2
rechtsstaatsteek | 5.3.1.1
rechtstreekse werking | 5.6.1.1
rechtszekerheidsbeginsel | 5.5.2.4
recours objectif | 1.2.1, 3.4.4, 6.2.1.2
recours subjectif | 1.2.1, 3.4.4, 6.2.1.2
rechtseenheid, gebrek aan | 3.3.2.5
relativiteitsvereiste | 1.2.1.1, 1.2.1.2, 6.2, 6.2.1, 6.2.2, 6.2.3, 6.2.4, 6.5.1.1, 6.5.2.2, 7.4
– in bezwaar | 6.2.1.3
– motieven | 6.2.1.2
– plaats | 6.2.1.3
– privaatrechtelijk | 6.2.1.1

- reflexwerking | 6.2.1.3
- zuiver | 6.2.4
- relevante markt | 3.3.1, 3.4
- Rewe/Comet-regel* | 4.6.1
- ruimtelijke besluiten | 7.3.1, 7.4.1
- rule of reason* | 4.4.4.3

S

- schaarse vergunningen | 4.4.3.2, 5.4.2, 5.4.3, 5.5.2, 5.5.2.1, 5.5.2.2, 5.5.2.3, 5.5.2.4, 5.5.2.5, 5.5.2.6, 7.3.1
- schaarse publieke rechten | 5.4.3.1, 5.5.2, 5.5.2.1, 5.5.2.2, 5.5.2.3, 5.5.2.4, 5.5.2.5, 5.5.2.6
- Single European Act* | 4.2.1
- SlijtersUnie* | 3.2.3, 6.4.4.2, 7.4.2
- soortenbescherming | 6.3.1.13
- specialiteitsbeginsel | 5.3.1.2, 5.3.3, 5.5.2.6, 6.2.5
 - gematigde opvatting | 5.3.3.2
 - precieze opvatting | 5.3.3.2
 - rekkelijke opvatting | 5.3.3.2
- speelautomatenhal Vlaardingen* | 5.4.1.4, 5.5.2.1, 5.5.2.3
- SSNIP-test | 3.4.1, 7.2.1
- staatsmonopolies | 4.5.3
- staatssteun | 4.5.4, 6.3.1.5, 6.5.2.1
 - beschermingsbereik | 6.5.2.1
 - modernisering | 4.5.4.5
 - uitzonderingen | 4.5.4.2
 - verbod | 4.5.4.1
- standstill*-verplichting | 3.5, 4.5.4.2, 4.5.4.3, 6.5.1.1, 6.5.2.1
- subjectivering van het bestuursrecht | 1.2.1, 7.1
- subsidie | 5.4.4, 5.4.4.1, 5.5.2.2, 6.3.3.1
- subsidietitel | 5.4.4.1, 5.5.2.2

T

- Telecommunicatiewet | 5.4.3.2
- toegang tot de bestuursrechtelijke procedure | 3.1
- transparantie | 4.3, 4.4.6.2

U

- uitvoerbaarheid van bestemmingsplannen, zie financiële uitvoerbaarheid
- Unierecht | 7.3.3, 7.4.3
 - doorwerking van | 5.6.1.1
 - conforme interpretatie | 5.6.1.1

V

- vastgoedeigenaren | 3.3.2.2, 3.3.4
- verbestuurlijking van normstelling | 5.3.1.4
- verdeelpcedure | 5.5.2.3
- vergelijkbaar | 3.4.1, 3.4.3, 3.4.4
- verkeersvrijheden | 4.2.5, 4.4.1, 5.6.1.2, 6.5.2.2
- vertrouwensbeginsel | 5.5.1, 6.2.3.2, 6.4.3.2, 6.4.3.3, 6.4.3.4, 7.4.2, 7.6.3.2
- verzorgingsgebied | 3.3.1, 3.3.3, 3.6, 7.2.2
- volkomen concurrentie | 2.4.1
- voorrang | 5.6.1.1, 5.6.2.2
- vraagfunctie | 2.2.2
- vrijemarktdenken | 4.2.2

W

welvaart | 2.4.1

Wet aanpassing bestuursprocesrecht | 1.2.1, 6.2.1

Wet algemene bepalingen omgevingsrecht | 5.4.1.2, 6.3.1.9

Wet bodembescherming | 6.3.1.11

Wet geluidhinder | 6.2.2.3, 6.3.1.11

Wet geurhinder en veehouderij | 6.3.1.11

Wet markt en overheid | 1.5.2, 2.4.5, 5.2.2

Wet milieubeheer | 6.3.1.10

Wet op de kansspelen | 4.4.3.2, 5.6.1.2

Wet ruimtelijke ordening | 5.4.1.1, 6.3.1.9, 6.3.1.1

winkeltijdenverordening | 5.4.3.3

Winkeltijdenwet | 5.4.3.3

winstmaximalisatie | 2.2.2, 4.2.4

Z

zondagavondwinkel | 5.4.3.3, 5.5.2.1, 5.5.2.5, 5.6.1.2

zondagsopening, ontheffing voor | 5.4.3.3

zorgvuldigheidsbeginsel | 5.5.1, 5.5.2.1, 5.5.2.4, 6.2.3.2, 7.3.2, 7.6.3.3, 7.6.4.1

Curriculum vitae

Jaap Wieland werd geboren op 4 maart 1979 te Westervoort. In 1997 deed hij eindexamen VWO aan Openbare Scholengemeenschap De Rietlanden te Lelystad. Vervolgens studeerde hij Nederlands recht en Internationaal recht aan de Universiteit van Amsterdam, waar hij in 2002 de doctoraalexamens behaalde. Voorts studeerde hij politicologie aan dezelfde universiteit. In 2005 studeerde hij af in de richting Mondiale Politiek. In 2009 voltooide hij de Specialisatieopleiding Algemeen bestuursrecht aan de Grotius Academie (cum laude).

Aansluitend aan zijn rechtenstudie vervulde Jaap docentschappen aan de Universiteit van Amsterdam bij de afdelingen Algemene rechtsleer en Internationaal recht. Van april 2004 tot en met mei 2005 was hij daarnaast in deeltijd werkzaam als juridisch adviseur bij de gemeente Uithoorn. Sinds 1 juni 2005 is hij verbonden aan de directie Bestuursrechtspraak van de Raad van State. Bij Koninklijk Besluit van 20 januari 2010 werd hij benoemd tot ambtenaar van Staat. Binnen de directie bestuursrechtspraak was hij aanvankelijk werkzaam in de Vreemdelingenkamer. Sinds oktober 2007 werkt hij in de Algemene Kamer, waar hij zich bezighoudt met onder meer het financieel bestuursrecht, onderwijsrecht en het recht van decentrale overheden. Op 1 april 2012 is hij als buitenpromovendus begonnen aan zijn promotieonderzoek aan de Universiteit Leiden.

Naast zijn werkzaamheden voor de directie Bestuursrechtspraak vervulde en vervult Jaap verschillende nevenfuncties. Hij is onder meer lid van de Hoor- en Adviescommissie van de provincie Noord-Holland.

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2016 en 2017 verschenen:

- MI-258 J.C.W. Gooren, *Een overheid op drift* (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2015, ISBN 978 94 6203 973 5
- MI-259 S. Tjandra, *Labour Law and Development in Indonesia* (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2016, ISBN 978 94 6203 981 0
- MI-260 R.H.C. van Kleef, *Liability of football clubs for supporters' misconduct. A study into the interaction between disciplinary regulations of sports organisations and civil law* (diss. Leiden), Den Haag: Eleven International Publishing 2016, ISBN 978 94 6236 670 1
- MI-261 C.G. Breedveld-de Voogd, A.G. Castermans, M.W. Knigge, T. van der Linden & H.A. ten Oever (red.), *Core Concepts in the Dutch Civil Code. Continuously in Motion*, BWKJ nr. 30, Deventer: Kluwer 2016, ISBN 978 90 1313 725 5
- MI-262 P.W. den Hollander, *De relativiteit van wettelijke normen*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridisch 2016, ISBN 978 94 6290 235 0
- MI-263 W. Wels, *Dead body management in armed conflict: paradoxes in trying to do justice to the dead*, (Jongbloed scriptieprijs 2015), Den Haag: Jongbloed 2015, ISBN 979 70 9003 825 9
- MI-264 E.A. Fredericks, *Contractual Capacity in Private International Law*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2016
- MI-265 J.H. Crijns, B.J.G. Leeuw & H.T. Wermink, *Pre-trial detention in the Netherlands: legal principles versus practical reality*, Research Report, Den Haag: Eleven International Publishing 2016, ISBN 978 94 6236 687 9
- MI-266 B.E.E.M. Cooreman, *Addressing global environmental concerns through trade measures: Extraterritoriality under WTO law from a comparative perspective*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2016
- MI-267 J.E. van de Bunt, *Het rampenfonds*, (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2016, ISBN 978 90 8219 685 6
- MI-268 J.G.H. Altena, *Het legaliteitsbeginsel en de doorwerking van Europees recht in het Nederlandse materiële strafrecht*, (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2016, ISBN 978 90 1313 885 6
- MI-269 D. van der Blom, *De verhouding van staat en religie in een veranderende Nederlandse samenleving*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2016, ISBN 978 94 6328 032 7
- MI-270 J.M. Hartmann, *A blessing in disguise?! Discretion in the context of EU decision-making, national transportation and legitimacy regarding EU directives*, (diss. Leiden), Amsterdam: University Press 2016
- MI-271 J.M.J. van Rijn van Alkemade, *Effectieve rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse publieke rechten*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2016
- MI-272 J. Wang, *Trends in social assistance, minimum income benefits and income polarization in an international perspective*, (diss. Leiden), Enschede: Gildeprint 2016, ISBN 978 94 6233 373 4
- MI-273 A.J. Metselaar, *Drie rechters en één norm. Handhaving van de Europese staatssteunregels voor de Nederlandse rechter en de grenzen van de nationale procedurele autonomie*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, ISBN 978 90 1313 988 4
- MI-274 E.J.M. Vergeer, *Regeldruk vanuit een ander perspectief. Onderzoek naar de beleving van deregulering bij ondernemers*, (diss. Leiden)
- MI-275 J.J. Oerlemans, *Investigating Cybercrime*, (diss. Leiden), Amsterdam: Amsterdam University Press 2017, ISBN 978 90 8555 109 6
- MI-276 E.A.C. Raaijmakers, *The Subjectively Experienced Severity of Imprisonment: Determinants and Consequences*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing, 2016, ISBN 978 94 0280 455 3
- MI-277 M.R. Bruning, T. Liefwaard, M.M.C. Limbeek, B.T.M. Bahlmann, *Verplichte (na)zorg voor kwetsbare jongvolwassenen?*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2016, ISBN 978 94 624 0351 2
- MI-278 A.Q. Bosma, *Targeting recidivism. An evaluation study into the functioning and effectiveness of a prison-based treatment program*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2016
- MI-279 B.J.G. Leeuw, F.P. Ölçer & J.M. Ten Voorde (red.), *Leidse gedachten voor een modern straf(proces)recht*, Den Haag: Boom Juridisch 2017, ISBN 978 94 6290 392 0
- MI-280 J. Tegelaar, *Exit Peter Paul? Divergente toezichthoudersaansprakelijkheid in de Europese Unie voor falend financieel toezicht, gezien vanuit het Europeesrechtelijke beginsel van effectieve rechtsbescherming*, (Jongbloed scriptieprijs 2016), Den Haag: Jongbloed 2017, ISBN 978 90 8959 129 6
- MI-281 P. van Berlo et al. (red.), *Over de grenzen van de discipline. Interactions between and with-in criminal law and criminology*, Den Haag: Boom Juridisch 2017, ISBN 978 94 6290 390 6
- MI-282 J. Mačić, *Proving Discriminatory Violence at the European Court of Human Rights*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017
- MI-283 D.V. Dimov, *Crowdsourced Online Dispute Resolution*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017, ISBN 978 94 0280 578 9
- MI-284 T. de Jong, *Procedurele waarborgen in materiële EVRM-rechten*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2017, ISBN 978 90 1314 413 0
- MI-285 A. Tonutti, *The Role of Modern International Commissions of Inquiry. A First Step to Ensure Accountability for International Law Violations?*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017
- MI-286 W. de Heer, *Gelijkheid troef in het Nederlandse basisonderwijs*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017, ISBN 978 94 0280 697 7