



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

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:ROBR: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 vrijgevallen 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 intrekkingsgrond 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. Relevantier 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 (Telecommunicatiewet), 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 zondagavondenopeningstelling (bijvoorbeeld de Winkeltijdenverordening gemeente Geldermalsen 2014). Ook zijn er gemeenten die het aantal ontheffingen voor zondagavondenopeningstelling 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

124 CBb 29 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3763, r.o. 6.2, AB 2011/180, m.nt. C.J. Wolswinkel.

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 chocoladecoraties.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 chocoladecoraties 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 (*chocoladecoraties*).

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 transparantieplichting 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 transparantieplichting.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 afwezig 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 rechtsnorm 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 richtlijnbevestiging 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 hernummering 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 uitlatingen 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.