

Hoe kan een gemeente gelijke kansen bieden bij de verdeling van schaarse vergunningen?

Gst. 2017/55

Een artikelnoot bij de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927.

Bij de verdeling van schaarse vergunningen moeten potentiële gegadigden gelijke kansen krijgen om in een transparante procedure mee te dingen naar die schaarse vergunning. Dit volgt uit een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 2 november 2016.² Deze uitspraak kan daarmee gevolgen hebben voor de vaststelling van gemeentelijke verordeningen en de daarop volgende vergunningverlening. Deze gevolgen worden in dit artikel beschreven.

1. Inleiding

In de uitspraak die in dit artikel centraal staat, oordeelt de Afdeling voor het eerst onomwonden dat er in het Nederlands recht een rechtsnorm geldt die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen. Dat betekent dat op het moment dat er ruimte ontstaat een schaarse vergunning te verlenen, aan alle ondernemers in beginsel de mogelijkheid moet worden geboden mee te dingen naar die schaarse vergunning. Deze rechtsnorm is, aldus de uitspraak, gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen. In de uitspraak wordt een aantal eisen geformuleerd waaraan een gemeentelijke verordening moet voldoen als deze verordening het aantal beschikbare vergunningen beperkt. Daarnaast beschrijft de uitspraak aan welke eisen de vergunningverleningsprocedure moet voldoen. Hierna zal op beide aspecten worden ingegaan, maar eerst wordt kort de casus die de aanleiding vormde voor de uitspraak geschetst.

2. De casus

De casus die hier centraal staat, speelt zich af in Vlaardingen. De appellante in de zaak heeft sinds 1987 interesse getoond in het kunnen exploiteren van een speelautomatenhal in die gemeente, maar het gemeentebestuur heeft telkens aangegeven dat er geen verordening die het exploiteren van een speelautomatenhal toelaat, zal worden vastgesteld. In 2005 verschijnt een persbericht van de gemeente Vlaardingen waarin staat dat het college op initiatief van de

(toenmalige) eigenaar van het pand aan het Veerplein 132-134, heeft besloten de vestiging van een bioscoop, casino en restaurant in dat pand te onderzoeken. Die eigenaar heeft met exploitant Hommerson een huurovereenkomst gesloten voor de exploitatie van de speelautomatenhal. In reactie daarop geeft appellante bij het college aan (nog steeds) een speelautomatenhal te willen ontwikkelen en wel op de locatie Westhavenkade 35/36. Deze locatie ligt ongeveer 500 meter bij het Veerplein vandaan.

In de periode 2006-2008 worden de plannen voor het Veerplein uitgewerkt. Daartoe wordt onder meer een verzoek om vrijstelling van het bestemmingsplan ingediend en een aanvraag voor een bouwvergunning. Verder wordt er tussen de eigenaar en de gemeente een 'studieovereenkomst' gesloten. Eind 2007 stemt de gemeenteraad in met de uitvoering van het leisureconcept aan het Veerplein.

Eind 2008 wordt vervolgens door de gemeenteraad een gemeentelijke verordening vastgesteld waarin wordt bepaald dat de burgemeester bevoegd is voor maximaal één speelautomatenhal een exploitatievergunning te verlenen. Deze hal moet zijn gevestigd in het gebied zoals aangegeven op de bij de verordening behorende kaart. Verder is bepaald welke stukken bij de aanvraag moeten worden overgelegd, waaronder een verklaring waaruit blijkt dat de ondernemer gerechtigd is over de ruimte te beschikken. De inwerkingtreding van de verordening wordt echter uitgesteld tot een nader te bepalen tijdstip. De reden hiervoor is dat het college daarmee wil voorkomen dat op basis van de verordening aanvragen zouden worden ingediend, terwijl de benodigde planologische besluiten (vaststelling bestemmingsplan en verlenen omgevingsvergunning) nog niet waren genomen. Op dezelfde raadsvergadering waar de verordening is vastgesteld, heeft de raad ook ingestemd met het sluiten van een realisatieovereenkomst tussen de eigenaar van het Veerplein en de gemeente. In 2010 en 2011 worden de benodigde bouwvergunningen verleend en het bestemmingsplan vastgesteld, waarna de gemeentelijke verordening in maart 2011 in werking treedt. Van belang is verder nog dat voor de inwerkingtreding van de verordening, namelijk in januari 2010, Hommerson al een aanvraag indient voor een exploitatievergunning voor een speelautomatenhal in het pand aan het Veerplein. Deze vergunning wordt verleend in 2012. In dat jaar wordt ook de vergunningaanvraag van appellante voor de alternatieve locatie aan de Westhavenkade geweigerd. Tegen deze besluiten heeft appellante rechtsmiddelen aangewend.

Uit de feiten in deze zaak blijkt dat appellante in deze procedure eigenlijk geen gelijke kans heeft gehad om in aanmerking te komen voor de exploitatievergunning die uiteindelijk aan Hommerson is verleend. De kernvraag die in deze procedure centraal staat, is of het gemeentebestuur op enigerlei wijze gehouden was om wel die "gelijke kans" te bieden en zo ja, hoe dat dan gedaan had moeten worden.

¹ Annemarie Drahmman is advocaat bij Stibbe te Amsterdam en universitair docent aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden.
² ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, *Gst.* 2017/57, *JG* 2016/64, m.nt. Barkhuysen & Span, *JB* 2017/1, m.nt. Timmermans, *AB* 2016/426, m.nt. Wolswinkel, *BR* 2017/5, m.nt. Van de Sanden.

3. **Schaarse vergunningen in een gemeentelijke verordening**

De Afdeling overweegt allereerst dat in dit geval sprake is van een zogenaamde "schaarse vergunning". In de verordening is immers bepaald dat er slechts één vergunning kan worden verleend voor een speelautomatenhal. Van belang is dat in dit geval sprake is van beleidsmatig gecreëerde schaarste. Daarmee wordt bedoeld dat de gemeenteraad over beleidsvrijheid beschikt bij het vaststellen van verordeningen. In dit geval heeft de gemeenteraad van Vlaardingen die vrijheid ingevuld door te bepalen dat er in de gemeente slechts één hal geëxploiteerd kan worden. Andere gemeenteraden zouden ervoor kunnen kiezen om geen maximum vast te stellen of een ander aantal hallen toe te staan.

Als besloten wordt dat het vaststellen van een maximum wenselijk is dan heeft het introduceren van deze schaarste in beginsel tot gevolg dat op enigerlei wijze aan potentiële gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare vergunning mee te dingen. Dit op basis van het gelijkheidsbeginsel.

In de uitspraak overweegt de Afdeling dat de verwezenlijking van de verplichting om mededingingsruimte te creëren kan worden beperkt door het wettelijk voorschrift dat in de schaarse vergunning voorziet (in dit geval de gemeentelijke verordening) of door de besluitvorming over andere vergunningen die op grond van wettelijke voorschriften voor het realiseren van de te vergunnen activiteit zijn vereist (in dit geval het bestemmingsplan en/of omgevingsvergunning). De Afdeling benadrukt echter dat een dergelijke beperking evenwel niet zover kan gaan dat iedere mededingingsruimte volledig wordt uitgesloten. Daarom geldt, zo blijkt uit de uitspraak, in ieder geval de eis dat het wettelijk voorschrift dat de mededingingsruimte beperkt, althans de totstandkomingsgeschiedenis ervan, er blijk van geeft dat het belang van het bieden van mededingingsruimte is meegewogen.

De advocaat-generaal heeft er in zijn conclusie³ op gewezen dat op grond van het Unierecht beperking van reële mededingingskansen alleen mogelijk is als zij in voldoende mate wordt gerechtvaardigd door een dringende reden van algemeen belang. Bij een speelautomatenhal kan daarbij worden gedacht aan consumentenbescherming alsmede het bestrijden van criminaliteit en gokverslaving. In louter nationale zaken waarin het EU-recht niet aan de orde is, zouden beperkingen van de verplichting mogelijk zijn voor zover zij in voldoende mate kunnen worden gerechtvaardigd door een algemeen belang of de bescherming van de rechten van andere burgers, bijvoorbeeld door de contractsvrijheid van de eigenaar van de locatie.

Naast bovenstaande algemene eisen aan de verordening, is ook van belang dat als in een bijlage bij de verordening een beperkt gebied wordt aangewezen, dit gebied enige vorm van mededinging mogelijk maakt en dus niet de facto slechts één mogelijke locatie aanwijst.

Het in de Vlaardingse verordening vastgestelde gebied omvatte het Veerplein en één aansluitend blok bebouwing. De Westhavenkade viel buiten dit gebied. De Afdeling constateert dat alle overige panden binnen het aangewezen gebied te klein zijn om het leisureconcept te kunnen verwezenlijken. Daarom moet het ervoor worden gehouden dat binnen het op de kaart aangewezen gebied geen alternatieve locaties aanwezig zijn. Dit acht de Afdeling in strijd met het gelijkheidsbeginsel. De combinatie van het beperken van het aantal vergunningen en het beperken van het aantal geschikte locaties op de kaart heeft immers tot gevolg dat de mededinging volledig is uitgesloten. De vergunning kan immers alleen verleend worden aan degene die over dat ene pand op de locatie aan het Veerplein beschikt. De Afdeling komt dan ook tot het oordeel dat de raad bij de afweging van de belangen die heeft geleid tot de vaststelling van de verordening de mededingingsruimte niet kenbaar een rol heeft laten spelen met als resultaat dat de mededinging volledig is uitgesloten. De vastgestelde verordening is in strijd met het gelijkheidsbeginsel toegesneden op één concrete situatie.

Uit deze uitspraak volgt dan ook een aantal concrete richtsnoeren voor gemeentebesturen die een verordening willen vaststellen waarin een vergunningstelsel met schaarse vergunningen wordt geïntroduceerd. Allereerst zal het bestuur zich er bewust van moeten zijn dat het de mededinging beperkt en zal het moeten motiveren waarom het voor deze regeling heeft gekozen. Die motivering kan betrekking hebben op de reden waarom (op grond van welk algemeen belang) een maximum aantal beschikbare vergunningen wordt vastgesteld en waarom dat maximum passend is. Daarnaast is ook de geldigheidsduur van de te verlenen vergunning een relevant aspect om te kunnen bepalen of de beperking van de mededinging evenredig is. Hierop zal in de volgende paragraaf nog nader worden ingegaan. Ten slotte is van belang dat als in een bijlage bij de verordening een gebied wordt aangewezen dit gebied niet kan zijn toegesneden op één specifieke locatie.

4. **De wijze van verdeling van schaarse vergunningen**

Naast de verordening zelf, zal ook bij de procedure waarbij de schaarse vergunningen worden verleend gelijke kansen dienen te worden geboden aan alle aanvragers. In de uitspraak wordt een aantal concrete eisen genoemd waaraan moet worden voldaan.

Allereerst kunnen schaarse vergunningen in beginsel niet voor onbepaalde tijd worden verleend. De vergunninghouder zou dan immers onevenredig worden bevoordeeld, omdat het voor nieuwkomers dan nagenoeg onmogelijk is om nog toe te treden tot de markt. De advocaat-generaal wijst er in zijn conclusie op dat de geldigheidsduur van de vergunning redelijk moet zijn. Bij het bepalen van deze redelijke vergunningsduur kan rekening worden gehouden met de tijd die nodig is om de investeringen die moeten worden

³ Conclusie d.d. 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421.

gedaan om van de schaarse vergunning gebruik te kunnen maken, terug te verdienen.

Ten tweede moet een passende mate van openbaarheid worden verzekerd met betrekking tot:

- (1) de beschikbaarheid van de schaarse vergunning;
- (2) de verdelingsprocedure;
- (3) het aanvraagtijdvak; en
- (4) de toe te passen criteria.

Het bestuursorgaan moet hierover bovendien 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.

Om te kunnen bepalen aan wie de beschikbare vergunning wordt verleend, zijn verschillende verdeelmethodes denkbaar, bijvoorbeeld een tender (kwalitatieve toets), loting of de volgorde van binnenkomst van (ontvankelijke) aanvragen. De Afdeling oordeelt dat ook deze laatste verdeelmethode is toegestaan, mits de potentiële gegadigden een gelijke kans hebben om te kunnen wedijveren om het schaarse publieke recht.

In de Vlaardingse casus is ook aan deze eisen niet voldaan. In dit geval was de gemeentelijke verordening in 2008 vastgesteld en pas in 2011 gepubliceerd en in werking getreden. Al in 2010 (veertien maanden voor de publicatie van de verordening) heeft Hommerson haar aanvraag voor een exploitatievergunning ingediend. Door deze gang van zaken, is niet iedere gegadigde in de gelegenheid geweest als eerste een aanvraag in te dienen. De burgemeester had namelijk publiekelijk kenbaar moeten maken dat en gedurende welke periode het mogelijk was een aanvraag voor de exploitatie van een speelautomatenhal in te dienen. Een dergelijke expliciete uitnodiging tot mededinging heeft ten onrechte niet plaatsgevonden. Ook hadden potentiële gegadigden op de hoogte gesteld moeten worden van de verdelingsprocedure die van toepassing was, van de duur van het aanvraagtijdvak en van de vergunningsvereisten.

Nu derden niet de kans hebben gehad mee te dingen naar de exploitatievergunning, heeft geen tijdige en adequate bekendmaking van de beschikbare exploitatievergunning plaatsgevonden. Daarmee is, in strijd met de op het gelijkheidsbeginsel gebaseerde transparantieplichting, geen passende mate van openbaarheid betracht.

De Afdeling vernietigt daarom de beslissing op bezwaar. Dat betekent dat de burgemeester opnieuw moet beslissen op de bezwaren van appellante. De Afdeling geeft enkele wenken hoe de burgemeester dit zou kunnen doen. Als de burgemeester nog steeds een vergunning wil verlenen dan zal de burgemeester dit besluit pas kunnen nemen nadat op enigerlei wijze alsnog mededingingsruimte is geboden. Dit zou kunnen worden bewerkstelligd door eerst de kaart bij de gemeentelijke verordening zodanig aan te passen dat meerdere locaties vergunbaar zijn. Vervolgens zal er een hernieuwde aanvraagprocedure moeten worden gevolgd die voldoet aan de in de uitspraak genoemde eisen.

In deze uitspraak had in het geheel geen transparante verdeelprocedure plaatsgevonden. De bestreden besluiten

kunnen daarom, als gezegd, niet in stand blijven. De Afdeling volstaat echter niet met deze constatering, maar geeft ook hier een aantal concrete handreikingen voor gemeentebesturen die een schaarse vergunningen willen verlenen. De Afdeling geeft namelijk concreet aan welke informatie vooraf verstrekt moet worden om te kunnen voldoen aan het gelijkheidsbeginsel. Dit is, samen met de al bestaande literatuur en jurisprudentie over schaarse vergunningen,⁴ een goed startpunt voor de verdere ontwikkeling van de jurisprudentie over de verdeling van schaarse vergunningen. Het vaststellen van een regeling voor de verdeling van schaarse vergunningen is maatwerk waarbij gemeenten over beleidsvrijheid beschikken, bijvoorbeeld over de keuze van het verdelingswijze en de verdeelcriteria. Desalniettemin zou de VNG kunnen overwegen om een aantal model-bepalingen op te stellen die voldoen aan de in deze uitspraak genoemde eisen.

5. Samenloop tussen een gemeentelijke verordening en de ruimtelijke ordening

Ten slotte is de Vlaardingse verordening ook om een andere reden in strijd met het gelijkheidsbeginsel. Volgens de Afdeling is namelijk ten onrechte gewacht met de inwerkingtreding daarvan totdat de benodigde planologische besluiten waren genomen. Dat appellante tegen deze planologische besluiten niet is opgekomen (waardoor deze besluiten onherroepelijk zijn geworden) doet daaraan niet af, omdat zij daarmee niet had kunnen bereiken dat zij zelf in het pand Veerplein of op een andere locatie een speelautomatenhal kon exploiteren. Deze (korte) overweging van de Afdeling is mijns inziens terecht, omdat het gemeentebestuur met de uitgestelde inwerkingtreding uitdrukkelijk wilde voorkomen dat een vergunning zou kunnen worden aangevraagd voor een andere locatie dan het Veerplein. Ook daarmee werd dus de mogelijkheid om gelijke kansen te bieden aan derden uitgesloten.

De advocaat-generaal wijst er in zijn conclusie op dat tot op heden op grond van de Wro en de Wabo en de jurisprudentie van de Afdeling, het bevoegd gezag bij het vaststellen van een bestemmingsplan of het verlenen van een omgevingsvergunning beoordeelt of de beoogde ontwikkeling uit oogpunt van een 'goede ruimtelijke ordening' aanvaardbaar is. Concurrentieverhoudingen en mededingingsaspecten vormen bij een planologische belangenafweging in beginsel geen in aanmerking te nemen belang. Dit is niet problematisch als het gemeentebestuur bereid is om ook voor verschillende locaties planologische toestemming te verlenen. Niet uitgesloten is immers dat meerdere locaties vanuit een goede ruimtelijke ordening aanvaardbaar zijn. In dat geval zou een duidelijke tweedeling kunnen worden aangebracht

4 In de conclusie van de advocaat-generaal wordt uitgebreider ingegaan op de eis van een passende mate van openbaarheid. Zie tevens mijn dissertatie: A. Drahmman, 'Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten; een onderzoek naar de toegevoegde waarde van een transparantieplichting bij de verdeling van schaarse besluiten in het Nederlandse bestuursrecht', Deventer: Kluwer 2015. Ook via open access beschikbaar via <https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/31687>.

tussen de planologische aanvaardbaarheid enerzijds en de openbare orde-aspecten van de exploitatievergunning anderzijds, waarbij alleen bij het exploitatiestelsel sprake is van schaarste. Er zijn echter ook bestemmingsplannen die in de voorschriften bepalen dat er slechts één speelautomatenhal (of andere schaarse activiteit) planologisch wordt toegestaan. Daarmee creëert het bestemmingsplan (naast de verordening) schaarste en rijst de vraag of de verplichting om mededingingsruimte te creëren ook zou moeten gaan gelden bij bestemmingsplannen.

Een ander aandachtspunt waar de advocaat-generaal in zijn conclusie terecht op wijst is de contractsvrijheid van de eigenaar. Als het gebied dat door de gemeente geschikt wordt geacht voor een speelautomatenhal in handen is van één eigenaar en de exploitant bij de aanvraag om een vergunning een huurovereenkomst met de eigenaar moet overleggen, dan is het de facto de eigenaar die bepaalt aan wie de vergunning zal moeten worden verleend en niet het gemeentebestuur. Bij het aanwijzen van het mogelijke vestigingsgebied zal dan ook aandacht moeten worden besteed aan de eigendomsposities om daadwerkelijke mededinging te kunnen realiseren. Daarnaast zal dan onderzoek moeten worden gedaan in het kader van de vereiste zorgvuldige voorbereiding.

Deze ruimtelijke aspecten komen in deze uitspraak niet aan de orde. Het is dan ook afwachten hoe de Afdeling hierover zal oordelen. Tot die tijd zou een praktische oplossing natuurlijk kunnen zijn om de planologische besluitvorming en de exploitatievergunningprocedure tegelijk te laten verlopen. Op deze manier kunnen de aspecten tegelijk worden beoordeeld en wordt gewaarborgd dat de vereiste mededingingsruimte wordt gecreëerd. Concreet zou dat betekenen dat alle geïnteresseerde partijen in staat worden gesteld om een aanvraag om een omgevingsvergunning en exploitatievergunning in te dienen. Deze procedure dient te voldoen aan de in de uitspraak genoemde eisen. Alle ingediende aanvragen kunnen vervolgens worden getoetst aan de relevante wettelijke kaders. Daarnaast zou ik willen benadrukken dat in de uitspraak de Afdeling in algemene zin heeft geoordeeld dat er op grond van het gelijkheidsbeginsel een rechtsnorm geldt die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen op enigerlei wijze aan potentiële gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare vergunningen mee te dingen en dat een beperking van deze verplichting niet zover kan gaan dat iedere mededingingsruimte volledig wordt uitgesloten. Dit betekent mijns inziens dat het gelijkheidsbeginsel niet kan worden uitgehold via het planologische spoor. Een ruimtelijk besluit dat iedere vorm van mededinging uitsluit, is dan ook in beginsel onaanvaardbaar.

6. Afronding

De uitspraak van de Afdeling is belangrijk voor de verlening van schaarse vergunningen. De Afdeling geeft in de uitspraak een duidelijk kader waaraan zowel de verordening als de vergunningprocedure moeten voldoen.

Ten eerste oordeelt de Afdeling 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. Deze rechtsnorm is gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen.

Gemeentebesturen moeten bij de verlening van schaarse vergunningen deze rechtsnorm in acht nemen. De verplichting om mededingingsruimte te bieden, kan onder omstandigheden worden beperkt, maar een dergelijke beperking kan evenwel niet zover gaan dat iedere mededingingsruimte volledig wordt uitgesloten.

Daarnaast moet het gemeentebestuur om gelijke kansen te kunnen realiseren, een passende mate van openbaarheid verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdstip en de toe te passen criteria. Hierover moet tijdig (voorafgaand aan de start van de aanvraagprocedure) duidelijkheid worden gegeven door informatie over deze aspecten bekend te maken via een zodanig medium dat potentiële gegadigden daarvan kennis kunnen nemen.

Het belang van deze uitspraak reikt veel verder dan de exploitatievergunning voor speelautomatenhallen. De rechtsnorm moet immers bij alle schaarse vergunningen in acht worden genomen. De uitspraak heeft tot gevolg dat via het gelijkheidsbeginsel het belang van mededingingsruimte voortaan al bij het ontwerpen van een verordening en een verdeelprocedure in acht moeten worden genomen. Het vaststellen van een dergelijke regeling voor de verdeling van schaarse vergunningen is maatwerk waarbij gemeentebesturen over beleidsvrijheid beschikken (bijvoorbeeld over de keuze van het verdelingsmethode en de verdeelcriteria). Veel gemeenten hebben al enige ervaring opgedaan met de verdeling van schaarse vergunningen, maar toch kan nog altijd gesproken worden van een leerstuk in ontwikkeling. Daarom zou de VNG kunnen overwegen om een aantal model-bepalingen over de verdeling van schaarse vergunningen op te stellen die voldoen aan de in deze uitspraak genoemde eisen.

Ten slotte is niet uitgesloten dat het vereiste van mededingingsruimte ook gevolgen heeft voor planologische besluitvorming die deze ruimte mogelijk beperkt. Daarover zal een volgende uitspraak van de Afdeling duidelijkheid moeten bieden.