



# Schaarse vergunningen: een handreiking vanuit wetgevingsjuridisch perspectief

Olaf Kwast, 7 juni 2018

**WET  
GEVINGS  
WERKEN**

# De vraag

**Hoe kunnen gemeenten in het algemeen belang en rechtmatig  
schaarste managen door middel van vergunningstelsels, zonder  
wezenlijke inbreuk te maken op de gelijke kansen?**

# Achtergrond en context

- **Europese en nationale rechters drijven de rechtsontwikkeling**

Van aanbestedingsrecht, naar concessieovereenkomsten, naar *Betfair*, Dienstenrichtlijn en nationaal bestuursrecht

- **Wetgeving, waaronder gemeentelijke verordeningen, beleidsregels en gedragslijnen voldoen niet altijd aan normen voor de verdeling van schaarse vergunningen**
- **Zolang de (gemeentelijke) wetgever de rechtspraak blijft voeden met onvolkomenheden uit verordeningen en daarop gebaseerde besluiten, duurt de situatie voort**
- **Gemeentelijke wetgever is dus aan zet, ten goede of ten kwade**

# De VNG handreiking

- Gemeentebesturen kunnen door regeling en bestuur deels regie voeren over de rechtsontwikkeling van gemeentelijke schaarse vergunningstelsels en de regeling daarvan in de verordeningen.
- De handreiking ondersteunt gemeenten, met informatie over de rechtspraak en aanbevelingen over mogelijkheden tot het aanpassen of aanvullen van gemeentelijke beleid of regelgeving (wetgevingsperspectief)

# Betrokkenen

- Gemeentebesturen: het college maar ook de raad i.v.m. evt. aanpassen van verordeningen
- Ambtelijk: beleidsafdelingen en juridische zaken
- Stakeholders: potentiële gegadigden/vergunninghouders waarvan de onderlinge relatie worden geordend en overige belanghebbenden
- NB: let op artikel 15 van de Dienstenrichtlijn en de betrokkenheid van individuele ondernemingen of brancheorganisaties.

# Potentiële uitdagingen

- Horizontale werking van vergunningen (overdraagbaarheid, vrijwarende werking). Buiten scope van deze handreiking. Worden slechts genoemd.
- Voortgaande rechtsontwikkeling. Gisteren: conclusie ruimtelijke besluiten. Handreiking wordt kort na uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak in deze zaak afgerond.
- Reikwijdte nieuw erkende normen. Laat de jurisprudentie onduidelijkheid bestaan over de reikwijdte van de nieuwe mededingingsnorm naar nationaal bestuursrecht? Met name bij niet-economische activiteiten?

# Meer info en ondersteuning

- De VNG factsheet uit 2016 is verouderd en ingehaald door de jurisprudentie.
- Zie de site van Europa Decentraal over de Dienstenrichtlijn en jurisprudentie daarover.
- Conclusie AG Widdershoven over ruimtelijke besluiten van 6 juni 2018, uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak moet nog volgen
- Kort na de uitspraak wordt de handreiking afgerond en vastgesteld.
- Themanummer van Tijdschrift voor Omgevingsrecht komt in september

# Wat is een schaarse vergunning?

**Publiekrechtelijk instrument:**

**strekt tot het beperken van een activiteit tot een of meer  
personen (regeling) &  
tot het verdelen daarvan over de gegadigden (bestuur)**

**Private waarde en de inzet van rivaliteit tussen de houder(s) en  
andere potentiële gegadigden (ordening)**



Hoe managen gemeenten  
schaarste?

**REGELING**  
Door een activiteit  
publiekrechtelijk te beperken tot  
een of meer personen

**BESTUUR**  
Door een doelmatige verdeling  
van schaarse publieke rechten

Legitiem doel

Geschikt

Noodzakelijk

Proportioneel

Evenredigheid

Gelijkheid

Gelijke kansen

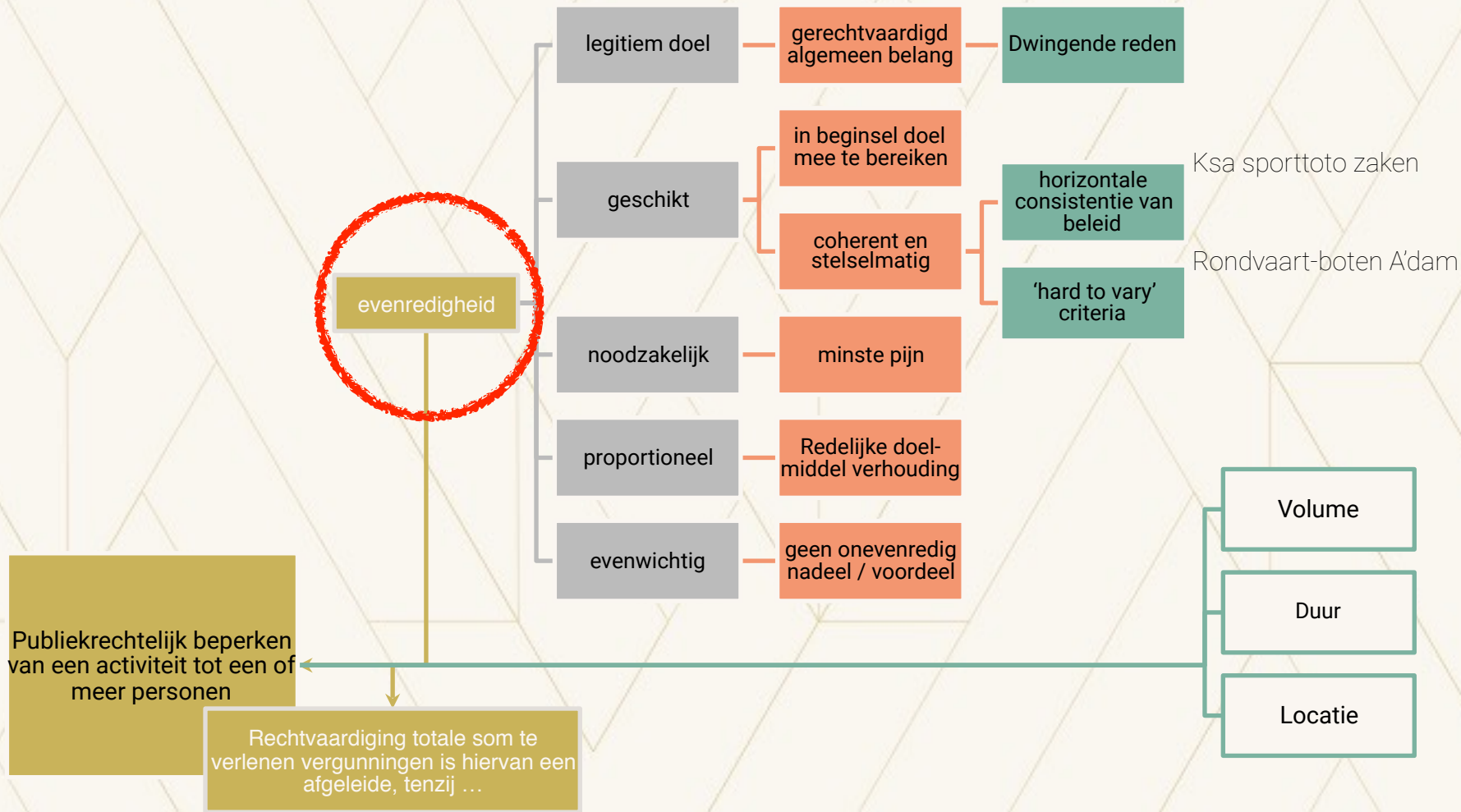
Mededingings  
ruimte

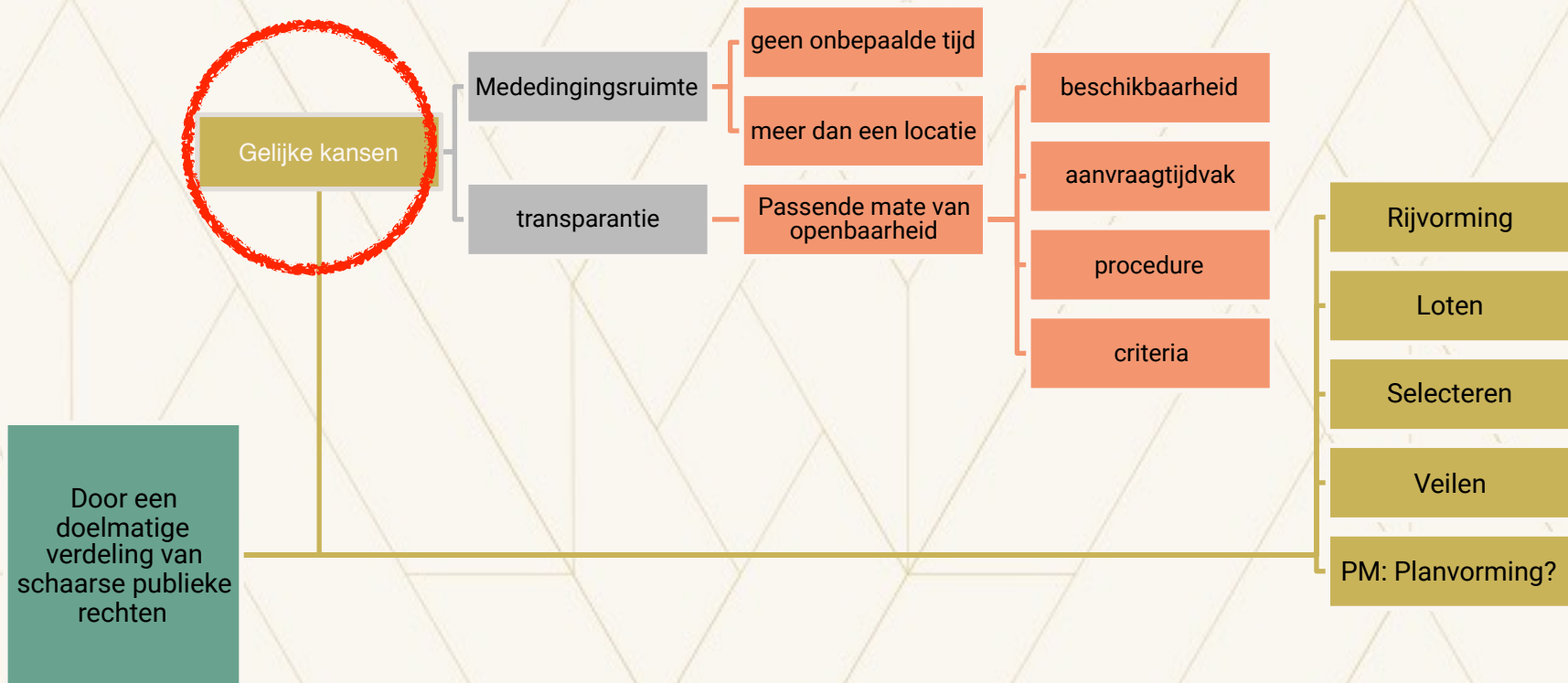
Transparantie

Passende mate  
van openbaarheid

Welke  
normenkaders gelden?

Dwingende  
redenen van  
algemeen  
belang





# De 3 normenkaders in logisch verband



geldigheidsduur vergunning  
norm voor bestuursorgaan  
besluit blijkt achteraf onrechtmatig  
formele rechtskracht

na  
verloop van tijd: geldig tot  
intrekking, of naar hun aard geen  
blijvende rechten?

onbepaalde tijd

bepaalde tijd

Nieuwe ronde,  
gelijke kansen?

# Welke toepassing krijgen deze normen?

Dienstenrichtlijn  
(ook interne gevallen)

Vrij verkeer en vrijheid van  
vestiging  
(geen interne situaties)

Nationale mededingingsnorm



Diensten

Appingedam uitspraak!  
Territoriale beperking is  
verdachte eis

Art. 49, 56 en 29  
jo 34/35 VWEU  
O.a. kansspelen

Speelautomaten  
hal Vlaardingen

Intensiever

Hangt af van de activiteiten

Minder intensief

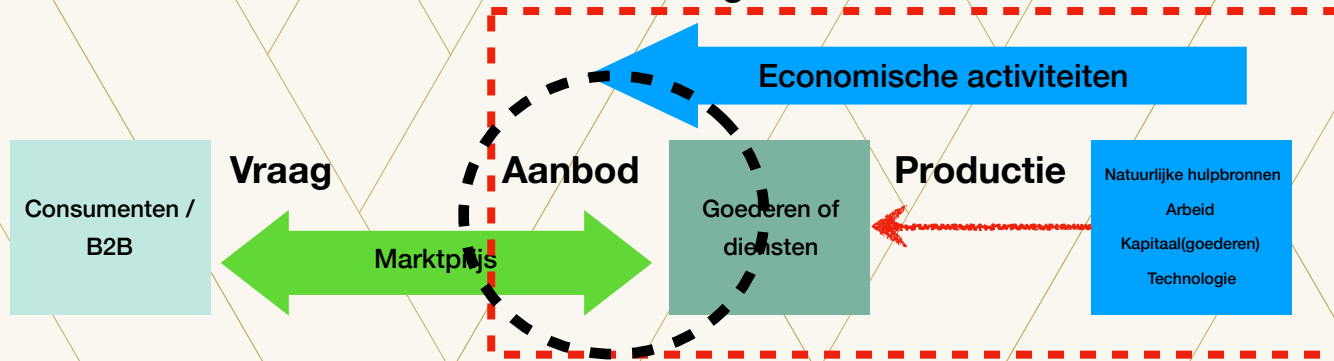
# Niet-economische activiteiten?

- Wat zijn niet-economische activiteiten?
- vaak: **beperken van overheidsdiensten/-prestaties**
- ook: andere rechtsfiguren (geen klassieke vergunning)
  - bekostigen en huisvesten van voortgezet onderwijs (Tjalling Koopmanscollege)
  - bieden van schaarse parkeergelegenheid op de openbare weg (fiscale parkeervergunningen, art. 225 Gem.wet)
  - subsidies? (let op: structureel andere rechtsfiguur, geen beperking van/recht op activiteit maar beperking van/recht op financiële middelen)
- soms: omgevingsvergunning (bij uitzondering, zie conclusie AG Widdershoven).
- Rechtszekerheid kan een belangrijkere rol spelen bij de duur van de vergunning

# Variaties

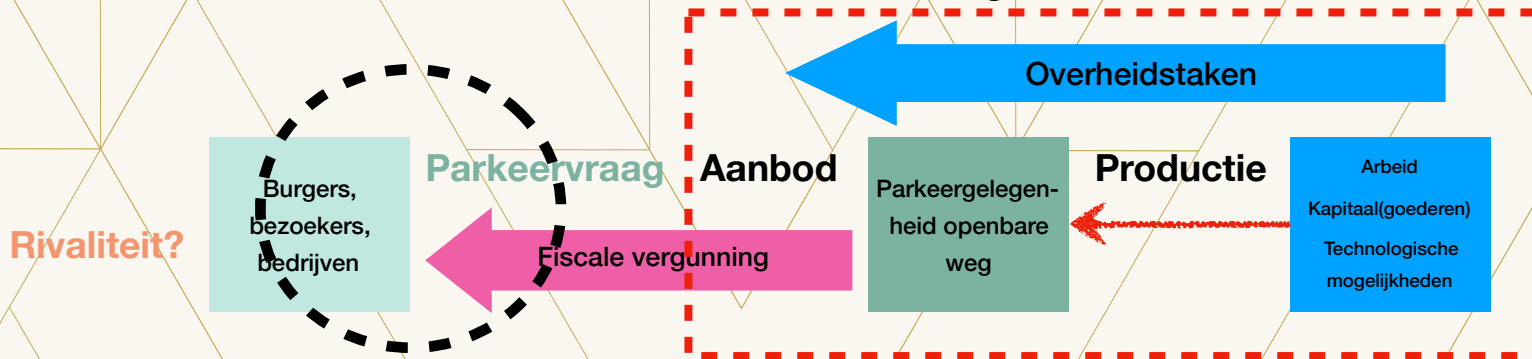
## 1. Economische activiteit

Ondernemingen in concurrentie



## 2. Overheidsprestaties

Overheidsbevoegdheid

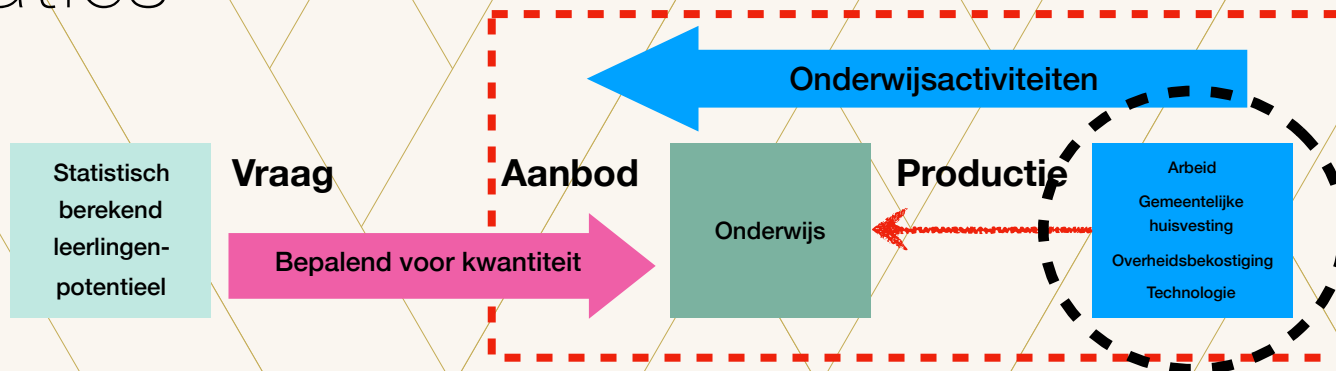




# Variaties

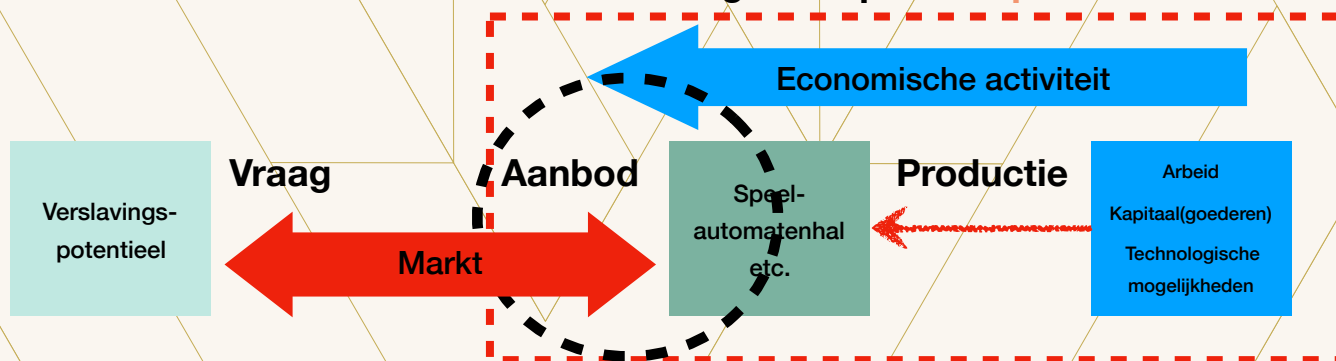
## 3. Onderwijsbekostiging

Schoolbesturen in concurrentie



## 4. Kansspelen

Onderneming kansspelen beperken concurrentie



# Wat kan het gemeentebestuur doen?

Gemeenten managen schaarste door:

- Creëren van schaarste vanwege dwingende redenen van algemeen belang (die tegen de activiteit beschermd moeten worden).
- Beheren van schaarste van beschikbare natuurlijke hulpbronnen of van bruikbare technische mogelijkheden voor zover daardoor schaarse vergunningen noodzakelijk worden
  - denktrant: zonder schaarse vergunningen zou de exploitatie niet van de grond komen of te maken krijgen met congestie.

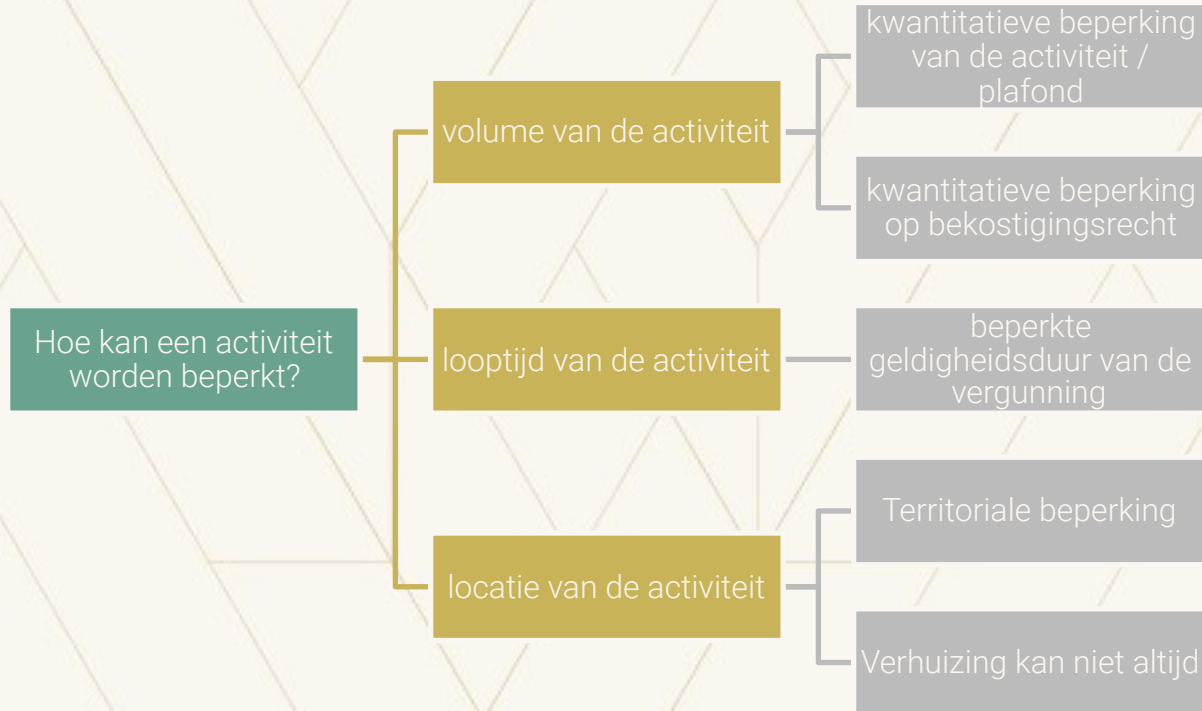
# Hoe? Doel en strekking van de regeling

- Legitiem doel van de regeling:
  - dwingende redenen van algemeen belang
- Strekking: beperken van activiteiten tot een of meer personen
  - Geen gegadigden, geen schaarste? Neen.
  - Als er slechts een persoon kan handelen, dan is er geen beperking, en dus geen schaarse vergunning.

# Geschiktheid van de regeling/beperking

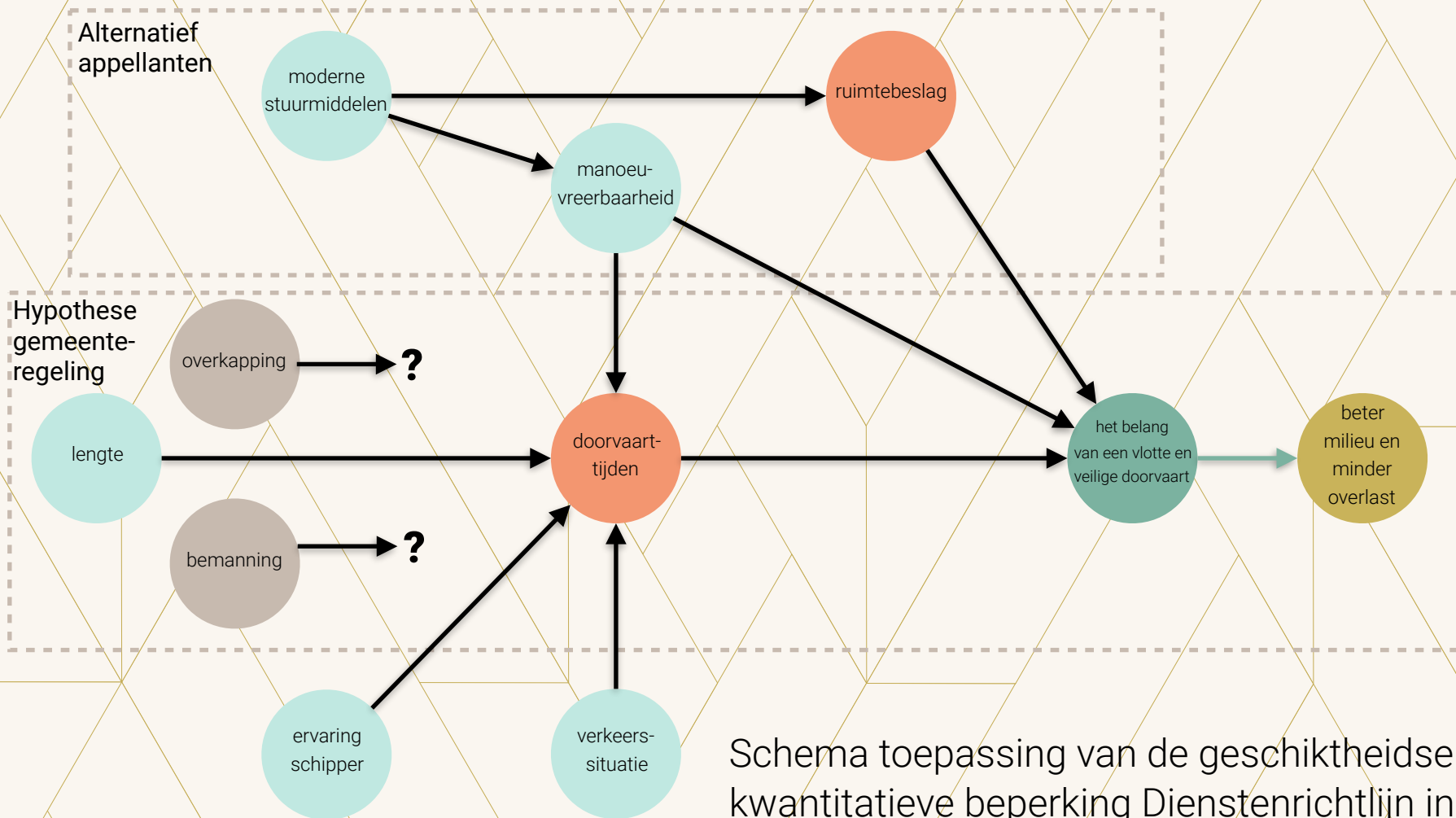


# Geschiktheid van de beperkingen



# Geschiktheid: coherent en systematisch

- Volumebeleid
  - Aantal rechten in relatie tot beperkt volume? Alle rechten gelijkwaardig?
  - Criteria voor segmentering “hard to vary” in verklaren doelbereik? (Rondvaartboten)
  - Onderdeel van groter geheel: horizontale consistentie? (Kansspelautoriteit Lotto / Goededoelenloterij?)
- Locatiebeleid
  - Locatiegebonden rechten of flexibel? (verhuizen is verlies, nieuwe ronde?)
  - Territoriale beperkingen gemotiveerd? (Appingedam)
  - Zie ook conclusie Widdershoven Ruimtelijke besluiten
- Looptijdbeleid
  - Verbod op vergunning voor onbepaalde tijd bij economische activiteiten, geen beoordelingsvrijheid (Trijber)
  - Bij niet-economische activiteiten is dat anders: dan afwegen tegen rechtszekerheid kan bij niet-economische activiteiten doorslag geven (Utrechtse Heuvelrug)



Schema toepassing van de geschiktheidseis  
kwantitatieve beperking Dienstenrichtlijn in  
ABRvS 7 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1520

# Welke verdeling kiezen?

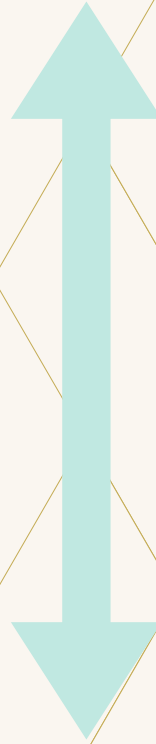
**“Generally speaking, the state hardly ever has the information it needs to make allocation decisions by itself.”**

**—Jean Tirole, Economics for the Common Good (2017)**



# Verdeling van de schaarste

- Niet toegestaan:
  - corruptie, favoritisme, geweld
- Beschermen tegen de activiteit
  - Rijvorming
  - Loten
- Optimaliseren van de activiteit
  - Selecteren uit gegadigden
  - Veilen
- Niet verplicht
  - Aanbesteding



# Beschermen tegen de activiteit?

- Rijvorming (volgorde van binnenkomst)
  - wachtlijst: regelen, keuzes, beoordelen vooraf of pas als vergunning vrijkomt?
  - géén selectie - in theorie komt iedereen ooit aan de beurt?
  - relatief gunstig voor wie tijd heeft om te wachten, al krijg die tijd nooit een tegenprestatie
- Loten
  - wiens lot wordt getrokken krijgt het recht,
  - niet wie de meeste waarde hecht aan het recht
  - veronderstelt dus net als bij rijvorming een zekere mate van equivalente rechten qua volume, duur en locatie

# Optimaliseren van de activiteit?

- Selecteren door het bestuur
  - Selecteren tussen gegadigden: om “de beste aanvraag” van geschikte kandidaten
  - “Selectie” begrip in art. 12 (en overweging 67) Dienstrichtlijn relevant? Dat zou loten of rijvorming uit kunnen sluiten bij situaties van natuurlijke schaarste (beperkt uitgelegd)?
  - Valt of staat met de criteria; kan aanleiding zijn voor “*rent-seeking*”
- Veilen:
  - Profijtbeginself: het voordeel dat van het recht wordt genoten, of van daarbij betrokken natuurlijke hulpbronnen van de overheid, gaat niet uitsluitend naar de private partij
  - Moet wel mogen: naast gemeentebelastingen
  - Veilen via privaatrecht?

# Verdeling van de schaarste

- Mededingingsnorm
- Duur van de vergunning niet onbepaald (5 jaar of meer?)
- Transparante besluitvorming
- Passende mate van openbaarheid over:
  - Beschikbaarheid van de vergunning
  - Aanvraagtijdvak
  - Procedure
  - Criteria voor verdeling

# Conclusies

- Onvolkomen regeling en bestuur drijft rechtsontwikkeling door de rechter
  - Piecemeal engineering, duurt lang, vrijwel geen invloed op
- Regie voeren over eigen vergunningsstelsels vergt coherent en relevant beleid: kennis over de relevante activiteiten en aard van de rivaliteit nodig - wat zijn de verhoudingen die je ordent?
- Of een vergunningstelsel strekt tot management van schaarste moet door de gemeente helder gemaakt worden; ook als dat nu nog niet helder is
- Niet alleen gelijke kansen en mededingingsnorm relevant, ook evenredigheid krijgt bijzondere invulling bij schaarse vergunningen
- Op grond van welk regime de normen toegepast worden maakt uit voor intensiteit en voor concrete uitwerking, niet voor algemene aanpak
- Eventueel aanpassen, met aandacht voor overgangsrecht: maar let op het harde verbod van onbepaalde duur bij economische activiteiten.

# Praktische vragen

- Hoeveel vergunningen? Is een kwestie van volume van de activiteit, de verdeling ervan over een x aantal vergunningen, zijn alle vergunningen equivalent? Is van belang voor verdelingsmechanisme (werkt niet bij rijvorming of loting: dan kun je je niet goed inschrijven en “de verkeerde krijgen”)
- Hoe bepaal je de duur?
  - 5 jaar en evt. meer i.v.m. terugverdientijd?
  - houd rekening met structuur economische activiteit:
    - Inputs – process outputs
- Geen gegadigden dus niet schaars?
- Flexibel meenemen naar andere locatie? Nee, niet bij kansspelen
- Kun je bepaalde partijen de voorkeur geven boven anderen? (Nee, alleen op objectieve criteria, non-discriminerend, etc.; tenzij het niet om gelijke gevallen gaat) NB voor niet-economische activiteiten speelt dit mogelijk nog wel
- Overdragen aan ander?
- Vrijwarende werking?
- Alle alternatieven onderzoeken? Nee, wel “hard to vary” hypothese voor beleidsdoel



Dank voor uw aandacht!

**Olaf Kwast**

Wetgevingsjurist en oprichter

+31 6 144 852 46

[okwast@wetgevingswerken.nl](mailto:okwast@wetgevingswerken.nl)

**Wetgevingswerken**

Nieuwe Binnenweg 77A, 3014 GE Rotterdam

Postbus 23062, 3001 KB Rotterdam

<https://wetgevingswerken.nl>

**WET  
GEVINGS  
WERKEN**