

**Brief aan de leden
T.a.v. het college en de raad**

informatiecentrum tel. (070) 373 8393	uw kenmerk	bijlage(n) 1
betreft Ledenbrief Schaarse Vergunningen	ons kenmerk ECLBR/U201700100 Lbr. 17/012	datum 7 maart 2017

Samenvatting

De Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State (verder in deze brief: de Afdeling) heeft 2 november 2016 uitspraak gedaan in de zaak over een speelautomatenhal (ECLI:NL:RVS:2016:2927) die consequenties heeft voor vergunningverlening door gemeenten bij zgn. schaarse vergunningen. Kort samengevat bepaalt de uitspraak:

- Een gemeentelijke verordening kan niet worden gebruikt om de regels zo toe te snijden op een concrete situatie dat het er feitelijk op neer komt dat er maar één van tevoren beoogde ondernemer voor vergunning in aanmerking komt.
- Bij verordening kan mededingingsruimte wel worden beperkt maar niet worden uitgesloten.
- De uitspraak sluit geen manieren van verdeling uit. Vergunningverlening op volgorde van binnenkomst van aanvragen is mogelijk.
- Daar waar sprake is van een beperkt aantal vergunningen waarbij het aantal gegadigden het aantal vergunningen overtreft (de zgn. schaarse vergunningen) zijn vergunningen voor onbepaalde tijd in beginsel niet toegestaan.
- Bij schaarse vergunningen is openbaarheid en transparantie verplicht zodat alle potentiële gegadigden een eerlijke kans hebben mee te dingen naar de vergunning.

De VNG is voornemens expertbijeenkomsten te organiseren om de te nemen acties verder te bespreken en uit te werken. Met name het feit dat sommige vergunningen die nu voor onbepaalde tijd zijn verstrekt op termijn zullen moeten worden herzien zal een gevoelig dossier kunnen blijken.

De leden wordt met name geadviseerd om er nu al rekening mee te houden dat sommige vergunningen niet langer voor onbepaalde tijd kunnen worden verstrekt, en om waar nodig te bezien of de verdeling van schaarse vergunningen op een voldoende transparante manier is vormgegeven.

Tot zo ver de beknopte samenvatting. Hieronder volgt nog een beknopte weergave van de belangrijkste punten, die in de verdere brief uitvoeriger worden behandeld.

Consequenties

- In de zaak die speelde bij deze uitspraak sneed de verordening de regels zo toe op een concrete situatie dat het er feitelijk op neer kwam dat er maar één van tevoren beoogde ondernemer voor vergunning in aanmerking kwam. Dat is met deze uitspraak niet langer mogelijk.
- Als bij verordening de mededingingsruimte wordt beperkt zal moeten blijken dat aan dat aspect bij de totstandkoming van de verordening aandacht is besteed.
- Mogelijk moeten sommige vergunningen die voor onbepaalde tijd zijn verstrekt op termijn worden herzien.
- De zgn. transparantieverplichting, die in de rechtspraak al langer werd toegepast bij de beoordeling van zaken rond de verdeling van subsidies, kan er toe leiden dat gemeenten zich nog eens de vraag moeten stellen of potentiële gegadigden wel altijd gelijke kansen wordt geboden om mee te dingen naar schaarse vergunningen.

Advies

- Bij speelautomatenhallen zou de gemeente moeten nagaan of er een dergelijk zaak speelt of zou kunnen spelen, of de geldende verordening de mededinging beperkt en zo ja, of is onderbouwd op welke gronden de mededinging wordt beperkt.
- Daar waar schaarse vergunningen zijn verstrekt voor onbepaalde tijd, zullen die wellicht op termijn moeten worden herzien, zeker als dat daadwerkelijk betekent dat nieuwe gegadigden geen zicht hebben op een vergunning. Uiteraard is het voor de bestaande vergunninghouders ingrijpend als de looptijd van hun vergunningen wordt beperkt. Zo'n actie kan alleen plaatsvinden in samenspraak met de ondernemers, en de bestaande vergunninghouders moet een redelijke termijn worden geboden om op de veranderingen te anticiperen. Uiteraard is het raadzaam om nu al te beginnen nieuwe vergunningen in zulke gevallen niet voor onbepaalde tijd te verstrekken.
- Screening: gemeenten kunnen overwegen na te gaan of de verdelingsprocedures in de praktijk zo 'duidelijk, precies en ondubbelzinnig' dat nieuwe gegadigden gelijke kansen wordt geboden.
- Forum op het VNG forum Gemeenterecht is gelegenheid voor vragen, suggesties en discussie: <https://forum.vng.nl/do/login>

Acties VNG

- De VNG heeft voorafgaand aan deze uitspraak in 2016 een factsheet uitgebracht: <https://vng.nl/onderwerpenindex/recht/apv/nieuws/normenstelsel-schaarse-besluiten-factsheet-voor-gemeenten> . Na de uitspraak heeft de schrijver van de factsheet een blog gewijd aan deze uitspraak: <https://wetgevingswerken.nl/blog/schaarse-vergunningen-regelen>
- De VNG kijkt waar het nodig is om haar modelverordeningen of de toelichting daarbij aan te passen. Dit wordt voorgelegd aan de Commissie Bestuur en Veiligheid en de juridische adviescommissie. Een overzicht verderop in deze brief.

- Over deze zaak valt veel uitvoeriger te discussiëren dan binnen de omvang van deze brief mogelijk is. De VNG is voornemens daarover expertbijeenkomsten te organiseren.
- Aanpassen van vergunningen van onbepaalde naar beperkte looptijd is uiteraard ingrijpend voor de betrokken ondernemers. De VNG gaat daarover in gesprek met de betrokken ondernemersorganisaties.

Verder lezen:

Over deze zaak is inmiddels meer geschreven dan in het bestek van deze brief kan worden behandeld. Onderaan deze brief vindt u een aantal mogelijkheden voor verder lezen.



Aan de leden

informatiecentrum tel. (070) 373 8393	uw kenmerk	bijlage(n) 1
betreft Ledenbrief Schaarse Vergunningen	ons kenmerk ECLBR/U201700100 Lbr. 17/012	datum 7 maart 2017

Geacht college en gemeenteraad,

De Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State (verder in deze brief: de Afdeling) heeft 2 november 2016 uitspraak gedaan in de zaak over een speelautomatenhal (ECLI:NL:RVS:2016:2927). De uitspraak heeft consequenties voor veel vergunningverlening door gemeenten, daar waar het gaat om zogenaamde schaarse vergunningen.

In deze brief zetten wij, na een korte schets van de achtergronden van deze uitspraak, de consequenties voor gemeenten en de te ondernemen acties van de VNG uiteen.

De voorraag: Wat is een schaarse vergunning?

Voordat zij tot haar uitspraak kwam heeft de Afdeling aan Advocaat-Generaal (A-G) Widdershoven gevraagd om een conclusie over deze zaak. Dat heeft de A-G uitvoerig gedaan: (ECLI:NL:RVS:2016:1421). A-G Widdershoven geeft aan dat er sprake is van een schaarse vergunning als het aantal gegadigden het aantal beschikbare plaatsen overtreft. In de factsheet die de VNG heeft uitgegeven <https://vng.nl/onderwerpenindex/recht/apv/nieuws/normenstelsel-schaarse-besluiten-factsheet-voor-gemeenten> wordt het iets uitvoeriger beschreven: Van schaarse vergunningen is sprake als het vergunningstelsel de toegang tot de markt voor potentiële aanbieders getalsmatig beperkt. Dat kan zijn doordat het aantal plaatsen met zoveel woorden tot een bepaald aantal is beperkt (de zondag openstelling voor supermarkten onder de oude Winkeltijdenwet, aanwijzen inzamelaar afvalstoffen, speelautomatenhallen, vergunningen rondvaartboten), of doordat uit de aard der zaak duidelijk is dat het aantal plaatsen beperkt is, ook zonder dat er expliciet een getal is genoemd (markten en standplaatsen).

Vuistregel zou kunnen zijn dat er sprake is van schaarse vergunning als er een verdelingsvraag aan de orde is, of concreet: zou een vergunningsaanvraag kunnen worden afgewezen, niet vanwege de inhoud van de aanvraag, maar omdat het beschikbare aantal plaatsen al is gevuld? Daarbij zal overigens altijd wel een mate van discussie blijven. Op het forum Gemeenterecht is bijvoorbeeld opgemerkt dat, ook al is op een bepaalde locatie het aantal evenementen beperkt, dat niet betekent dat een aanvrager niet op een andere locatie in de gemeente terecht zou kunnen.

Het gelijkheidsbeginsel strekt in de woorden van de Afdeling tot het bieden van gelijke kansen aan potentiële gegadigden. “Het beginsel van gelijke kansen” maakt helder waarover wij het hier hebben: gegadigden voor een schaarse vergunning moeten gelijke kansen hebben om mee te dingen voor die vergunning.

De consequenties van de uitspraak:

De uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak gaat uiteraard over een zeer specifieke situatie rond de vergunning van een speelautomatenhal. Voor dat soort zaken is de consequentie van de uitspraak:

Een gemeentelijke verordening kan niet worden gebruikt om de regels zo toe te snijden op een concrete situatie dat het er feitelijk op neer komt dat er maar één van tevoren beoogde ondernemer voor vergunning in aanmerking komt. In deze zaak was dat wel het geval, en de Afdeling achtte de verordening daarom onverbindend vanwege strijd met het gelijkheidsbeginsel. Maar de uitspraak heeft bredere consequenties die ook in andere situaties van toepassing kunnen zijn. De Afdeling beperkt zich in haar uitspraak bijvoorbeeld niet met zoveel woorden tot vergunningen voor ondernemers, zodat de criteria die zij hier aanlegt ook opgaan voor schaarse vergunningen waarbij geen economische activiteit aan de orde hoeft te zijn, zoals ligplaatsen of parkeerplaatsen. Het is mogelijk om de discussie verder te verbreden tot andere situaties waarin andere schaarse middelen worden verdeeld (in bestuursrechtelijke vaktaal: ‘schaarse publieke rechten’, zoals subsidies). In deze ledenbrief beperken wij ons verder tot de consequenties voor het verlenen van vergunningen.

De VNG is voornemens om expertbijeenkomsten te beleggen waarin al dit soort vragen aan de orde kunnen komen.

Men kan zich ook de vraag stellen of de kwestie zelfs niet nog breder moet worden getrokken, bijvoorbeeld of de uitspraak ook consequenties zou moeten hebben voor ruimtelijke besluiten, omdat ook op ruimtelijke gronden een beperking van de fysieke ruimte voor ondernemerschap kan worden gecreëerd. Wij gaan er niet van uit dat de Afdeling dat met deze uitspraak heeft bedoeld, maar ook dit aspect zou in de bijeenkomsten kunnen worden besproken.

Consequenties voor verordening en vergunningverlening:

- Bij verordening kan mededingingsruimte worden beperkt maar niet worden uitgesloten. Bij een beperking van de mededingingsruimte zou dan, bijvoorbeeld uit de toelichting bij de verordening, moeten blijken dat het belang van de mededingingsruimte wel is meegewogen en de redenen van de beperking worden onderbouwd. Dit zou bijvoorbeeld uitkomst kunnen bieden in die gevallen waarin er duidelijk zwaarwegende belangen zijn om aantallen te beperken, bijvoorbeeld in het coffeeshopbeleid.
- Het gelijkheidsbeginsel sluit geen manieren van verdeling uit. Vergunningverlening op volgorde van binnenkomst van aanvragen is mogelijk. Hoewel de Afdeling de conclusie van de A-G hierover niet met zoveel woorden bekrachtigt is er geen reden om te veronderstellen dat de Afdeling hier heel anders over zou denken.

- Daar waar sprake is van schaarste zijn vergunningen voor onbepaalde tijd in beginsel niet toegestaan. De gedachte daar achter is dat daarmee de markt voor langere tijd ontoegankelijk zou zijn voor nieuwe gegadigden. Dit zou in concrete situaties in het land kunnen spelen, bijvoorbeeld op warenmarkten en rond standplaatsen. De vraag is of zo'n situatie dan op de één of andere manier zou moeten worden 'opengebrouwen' door vergunningen niet langer doorlopend te laten zijn of door extra ruimte te creëren voor nieuwe aanbieders. Het spreekt vanzelf dat dit grote consequenties kan hebben voor de gevestigde ondernemers en dat een gemeente hierbij niet over één nacht ijs kan gaan. De VNG is voornemens hierover in gesprek te gaan met landelijke ondernemersorganisaties.

Advies op dit moment is om na te gaan of een markt daadwerkelijk 'op slot' zit in de zin dat nieuwkomers worden afgewezen. Zoals Wolswinkel aangeeft in zijn annotatie bij de uitspraak ((AB 2016/426): "Door vergunningverlening voor onbepaalde tijd wordt de vergunninghouder namelijk onevenredig bevoordeeld, omdat het voor nieuwkomers dan nagenoeg onmogelijk is om nog toe te treden tot de markt". Hoewel het uiteraard voor de overheid ook van belang is om formeel-juridisch correct te handelen, is de urgentie om te handelen aanzienlijk groter als dit zich ook daadwerkelijk voordoet. Als er bijvoorbeeld op een weekmarkt, ondanks doorlopende vergunningen sprake is van een gezonde doorstroom met geregeld nieuwe ondernemers, is met het voor beperkte tijd verlenen van nieuwe vergunningen al een belangrijke stap gezet. Als de markt wel daadwerkelijk 'op slot' zit ligt het meer voor de hand om na te gaan of het mogelijk is extra of alternatieve ruimte te creëren of op termijn nodig is een einde te maken aan de situatie met doorlopende vergunningen. Uiteraard is het raadzaam om nu al te beginnen nieuwe vergunningen in zulke gevallen niet voor onbepaalde tijd te verstrekken.

- Een passende mate van openbaarheid en transparantie (transparantieverplichting). Uit het gelijkheidsbeginsel, het 'beginsel van gelijke kansen' vloeit voort dat een potentiële gegadigde tijdig op de hoogte moet kunnen zijn van de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, de periode dat een aanvraag kan worden ingediend, hoe de verdeling in zijn werk gaat en welke criteria worden gehanteerd bij de verdeling (in de woorden van de A-G: de regels moeten 'duidelijk, precies en ondubbelzinnig' zijn). Dit criterium is sterk vergelijkbaar met de regels die in de rechtspraak gelden voor de verdeling van subsidies. In de praktijk van vergunningverlening zou dit bijvoorbeeld een aandachtspunt kunnen zijn bij het vergunnen van evenementen, waar vaak jaar in jaar uit zaken wordt gedaan met dezelfde partijen. Het kan raadzaam zijn om hier als gemeente de vraag te stellen of een potentiële nieuwkomer wel alle kans heeft om 'er tussen' te komen of dat deze in de praktijk een oneerlijke informatieachterstand heeft op ondernemers die de situatie al kennen. De verplichting tot openbaarheid gaat ver maar is niet volstrekt onbegrensd, blijktens twee andere uitspraken uit 2016: bij een al jaren vrije plaats hoefde niet actief mededinging worden gezocht toen zich uiteindelijk iemand meldde, appellant had kunnen weten dat de plek al die tijd beschikbaar was (ABRvS 9 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:661), maar in een situatie waarin bekend was dat er een mogelijke andere gegadigde was moest die wel worden uitgenodigd (Vz. ABRvS 26 mei 2016 ECLI:NL:RVS:2016:1545).

Advies

- In de zeer specifieke situaties rond speelautomatenhallen zou de gemeente moeten nagaan of er een dergelijk zaak speelt of zou kunnen spelen, en of de geldende verordening ruimte laat voor mededinging en onderbouwd op welke gronden de mededinging wordt beperkt.
- Daar waar schaarse vergunningen zijn verstrekt met een onbeperkte looptijd, zullen die wellicht op termijn moeten worden herzien, zeker als dat daadwerkelijk betekent dat nieuwe gegadigden geen zicht hebben op een vergunning. Uiteraard is het voor de bestaande vergunninghouders ingrijpend als de looptijd van hun vergunningen wordt beperkt. Zo'n actie kan alleen plaatsvinden in samenspraak met de ondernemers, en de bestaande vergunninghouders moet een redelijke termijn worden geboden om op de veranderingen te anticiperen. Uiteraard is het raadzaam om nu al te beginnen nieuwe vergunningen in zulke gevallen niet voor onbepaalde tijd te verstrekken.
- Screening: gemeenten kunnen overwegen na te gaan of de verdelingsprocedures in de praktijk zo 'duidelijk, precies en ondubbelzinnig' dat nieuwe gegadigden gelijke kansen wordt geboden.
- Forum: gemeenten kunnen vragen, problemen etc. voorleggen aan medegemeenten op het forum Gemeenterecht <https://forum.vng.nl/do/login>

Acties VNG

- De VNG heeft voorafgaand aan deze uitspraak in 2016 een factsheet uitgebracht: <https://vng.nl/onderwerpenindex/recht/apv/nieuws/normenstelsel-schaarse-besluiten-factsheet-voor-gemeenten> na de uitspraak heeft de schrijver van de factsheet een notitie gewijd aan deze uitspraak: <https://wetgevingswerken.nl/blog/schaarse-vergunningen-regelen>
- De VNG bekijkt waar het nodig is om haar modelverordeningen of de toelichting daarbij aan te passen. Dit wordt voorgelegd aan de Commissie Bestuur en Veiligheid en de juridische adviescommissie. Een overzicht is bij deze brief gevoegd.
- Over deze zaak valt veel uitvoeriger te discussiëren dan binnen de omvang van deze brief mogelijk is. De VNG is voornemens daarover expertbijeenkomsten te organiseren.
- Aanpassen van vergunningen van onbepaalde naar beperkte looptijd is uiteraard ingrijpend voor de betrokken ondernemers. De VNG gaat daarover in gesprek met de betrokken ondernemersorganisaties.

Verder lezen

De Afdeling heeft voorafgaand aan haar uitspraak conclusie gevraagd aan Advocaat-Generaal Widdershoven. In deze conclusie (ECLI:NL:RVS:2016:1421) gaat de A-G uitvoerig in op deze kwestie. Hij geeft daarbij ook een overzicht van de eerdere rechtspraak in dit soort zaken. Inmiddels hebben diverse vooraanstaande juristen zich over deze zaak gebogen: C.J. Wolswinkel in AB 2016/426, verwijst ook uitvoerig naar andere literatuur over het onderwerp. Prof. mr. Barkhuizen en mr. drs. Span in JG 2016/64
L.J.M. Timmermans in JB 2017/1
En diverse anderen op de site recht.nl: <https://www.recht.nl/nieuws/staatsrecht/151252/gelijke-kansen-en-transparantie-bij-de-verdeling-van-schaarse-vergunningen/>

MODELVERORDENINGEN WAARBIJ SCHAARSE VERGUNNINGEN OF ANDERE SCHAARSE RECHTEN AAN DE ORDE ZIJN OF KUNNEN ZIJN:

Uiteraard is dit een voorlopige inschatting, vandaar ook dat we dit aan u voorleggen. Uw opmerkingen of aanvullingen kunt u aangeven op het forum gemeenterecht van de VNG:

<https://forum.vng.nl/do/login>

De Algemene Plaatselijke Verordening (APV):

Diverse vergunning en ontheffingen zijn schaars of zouden dat kunnen zijn. De VNG bekijkt ook of de bepaling in hoofdstuk 1 die regelt dat vergunningen en ontheffingen in beginsel voor onbepaalde tijd worden verleend, aanpassing behoeft.

De model Marktverordening: schaarse vergunningen voor een beperkt aantal standplaatshouders.

Modelverordening Warenmarkt (organisatiemodel): dit model vergunt de organisatie van één markt aan één vergunninghouder. Dat is evident schaars. De looptijd van de vergunning is beperkt, maar de gemeenteraad kan de periode zelf invullen

Afvalstoffenverordening: hier wordt een beperkt aantal inzamelaars aangewezen.

Parkeerverordening: hier mist het economische aspect, maar er kunnen wel verdeelkwesties aan de orde zijn.

Model speelautomatenhallenverordening: vrijwel altijd beperkt tot een klein aantal vergunningen

Winkeltijdenverordening: vrijstellingen voor zon- en feestdagen.

Ligplaatsenverordening (VNG?).

Parkeerverordening (VNG?)

Voor het overige:

In veel gemeenten zal de vraag spelen of deze uitspraak consequenties zou moeten hebben voor het softdrugs- en coffeeshopbeleid. De VNG heeft daarvoor geen modelverordening (?).

Hoogachtend,

Vereniging van Nederlandse Gemeenten



J. Kriens
Voorzitter directieraad

Deze ledenbrief staat ook op www.vng.nl onder brieven.