

# 'Eerlijk zal de gemeente alles verdelen'

(Managementsamenvatting)



# 1 Aanleiding

Economische vergunningen zijn een belangrijk instrument voor gemeenten om hun huishouding te reguleren. Van speelautomatenhallen tot standplaatsen en van evenementen tot rondvaartboten. Voor lange tijd is de verdeling en toewijzing van vergunningen zaak van de gemeente zelf geweest. Dat kon zo informeel of formeel als een gemeente zelf wilde. Daar is het afgelopen decennium verandering in gekomen. Via de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en aangespoord door de academische literatuur werd de verdeling van vergunningen aan steeds meer eisen onderhevig.

In de literatuur is het concept **schaarse** vergunning ontwikkeld. Een vergunning is schaars wanneer er meer gegadigden voor de vergunning zijn dan er vergunningen te verdelen zijn. In dergelijke gevallen zou de verdeling van een vergunning aan strengere eisen onderhevig moeten zijn.

De ontwikkeling op het gebied van schaarse vergunningen is de afgelopen twee jaar in een stroomversnelling gekomen door twee rechterlijke uitspraken. In 2016 met *Speelautomatenhal Vlaardingen* van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) en in 2018 met *Visser Vastgoed beleggingen* van het Europese Hof van Justitie (het Hof) in antwoord op prejudiciële vragen van de Afdeling. Deze twee uitspraken hebben de verdeling van schaarse vergunningen in hoge mate gejuridiseerd. Sinds *Speelautomatenhal Vlaardingen* is het beginsel van gelijke kansen van toepassing op de verdeling van schaarse vergunningen terwijl met *Visser Vastgoed beleggingen* de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn is uitgebreid over veel van de economische vergunningen die gemeenten uitgeven. Daarmee is er in korte tijd een nieuw juridisch kader komen te gelden voor een wezenlijk deel van gemeentelijke werkzaamheden. Dat kan gemeenten verplichten tot een ingrijpende wijziging van beleid.

De Vereniging van Nederlandse Gemeenten zag zich ook geconfronteerd met dit nieuwe juridische kader en onderkende het belang om a) zicht te krijgen hoe gemeenten hier mee omgaan en b) mogelijke oplossingen te formuleren. Vandaar dat deze scriptie uiteindelijk de vorm heeft gekregen van een rapport voor de VNG.

*Tim de Graaff,*  
*Masterscriptie*

# 2 Onderzoek

In dit onderzoek staat de volgende vraag centraal:

Wat zijn de gevolgen van het nieuwe juridische kader voor de verdeling van schaarse vergunningen voor de economische vergunningstelsels van Nederlandse gemeenten?

De beantwoording van deze vraag valt uiteen in twee onderdelen:

- Het eerste deel richt zich op de vraag wat op dit moment het geldende juridische kader is voor schaarse vergunningen die op gemeentelijk niveau bestaan. Het tweede deel richt zich op de vraag hoe gemeenten omgaan met dit nieuwe juridische kader en welke knelpunten het nieuwe juridisch kader oplevert.
- Het eerste deel is een klassiek intern juridisch onderzoek. Aan de hand van literatuur, wet- en regelgeving en jurisprudentie worden de normen voor verdeling van schaarse vergunningen uiteengezet. Ondanks dat er sprake is van twee formeel gescheiden kaders - de Europese Dienstenrichtlijn en het nationale beginsel van gelijke kansen -, vallen de normen uit de verschillende stelsels sterk samen.
- Het tweede deel is gebaseerd op een inventarisatie onder gemeenten en is empirisch van aard. Aan de hand van interviews met juristen en beleidsambtenaren is geprobeerd inzicht te krijgen in de knelpunten die het nieuwe juridische kader oplevert voor gemeenten. Daarnaast is er ook gevraagd naar de mogelijke oplossingen voor de knelpunten.

**Disclaimer:**

Omwille van de praktische uitvoerbaarheid is gekozen om het onderzoek te beperken tot economische vergunningen, oftewel toestemming voor een specifiek economische activiteit. Hier vallen parkeervergunningen en ligplaatsvergunningen voor woonboten dus niet onder, ondanks dat deze theoretisch een waarde vertegenwoordigen.

# 3 Twee juridische kaders; een nationale en een Europese

## 1 Reikwijdte

Het nationale beginsel van gelijke kansen en de Europese Dienstenrichtlijn zijn formeel van elkaar gescheiden. Sinds het *Visser Vastgoed beleggingen* arrest van het Hof is de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn uitgebreid over bijna alle economische vergunningen die een gemeente uitdeelt. Het nationale beginsel van gelijke kansen uit *Speelautomatenhal Vlaardingen* lijkt veroordeeld tot de restcategorie. Behoudens speelautomatenhallen, vervoersdiensten en niet-commerciële activiteiten is de Dienstenrichtlijn het uitgangspunt. Voor de verdeling van schaarse vergunningen in de gemeentepraktijk heeft dit onderscheid echter geen gevolgen. Beide kaders zijn gebaseerd op dezelfde grondslagen uit Europese jurisprudentie over de verkeersvrijheden en kennen min of meer dezelfde eisen.

## 2 Algemeen kader

Behoudens het feit dat een vergunningstelsel gerechtvaardigd moet worden op basis van dwingende redenen van algemeen belang kennen beide stelsels dezelfde eisen. Schaarse vergunningen moeten in het licht van mededinging tijdelijk zijn en de hele procedure moet openbaar zijn voor potentiële gegadigden. De dwingende redenen van algemeen belang en het feit dat de criteria voor verdeling evenredig moeten zijn met die redenen is wel een belangrijk onderscheid. Deze eis volgt alleen uit het Europese kader en geldt niet bij het beginsel van gelijke kansen. Deze eis kan verstrekkende gevolgen hebben voor vergunningenstelsels. In het licht van de steeds verder convergerende stelsels en de nuttige toets die de dwingende redenen van algemeen belang vormt betoog ik dat bestuursorganen, ongeacht of het Europese of het nationale kader van toepassing is, altijd deze toets hanteren.

### Samenvatting:

- Er bestaan formeel twee gescheiden kaders met dezelfde normen en uitgangspunten
- Omwille van praktische overwegingen valt aan te raden geen onderscheid te maken bij het ontwerpen van verdelingsprocedures

# 4 Normen van verdeling

## Dwingende redenen van algemeen belang

De Dienstenrichtlijn schrijft voor dat elk vergunningenstelsel gerechtvaardigd wordt door dwingende redenen van algemeen belang. Uit jurisprudentie van het Hof volgt dat bestuursorganen veel vrijheid hebben bij het vaststellen van deze. Denk aan verkeersveiligheid, openbare orde, voorkomen van verslavingsproblematiek etc. Dwingende redenen van algemeen belang zouden ook omschreven kunnen worden als de beleidsdoelen. Lastiger is het feit dat zowel het Hof als de Afdeling intensief toetsen of de gehele verdelingsprocedure evenredig is aan de dwingende redenen van algemeen belang. Het bekendste voorbeeld is de zaak omtrent de Amsterdamse rondvaarbotten waar het hele stelsel van tafel werd geveegd omdat de gemeente alternatieve stuurmiddelen niet mee had genomen in de procedure. De evenredigheidseis houdt in dat het bestuursorgaan de eisen en criteria gehanteerd bij de verdeling moet laten aansluiten op het doel van het vergunningenstelsel. Dit legt een zware motiverings- en onderbouwingsplicht bij bestuursorganen.

## Beginsel van mededinging

De verplichting tot het creëren van mededingingsruimte valt uiteen in twee eisen. Enerzijds mogen schaarse vergunningen niet voor onbepaalde tijd worden afgegeven of automatisch verlengd worden en anderzijds geldt de transparantieplichting. De transparantieplichting onderscheidt zich door een doelmatige en flexibele invulling. Het bestuursorgaan dient een passende mate van openbaarheid te garanderen met betrekking tot de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdstip en de toe te passen criteria. Deze hoeven mijns inziens geen complicaties op te leveren voor het bestuursorgaan en zijn behoorlijk vanzelfsprekend. Daarbij worden deze door de Afdeling flexibel ingevuld en kenmerkt ook het Europese transparantiebeginsel zich door doelmatigheid. De tijdelijkheidseis is vooralsnog strikter.

## Verdelingsmethoden

Over de te hanteren verdelingsmethoden is weinig jurisprudentie en aangenomen mag worden dat bestuursorganen veel ruimte wordt gelaten. De enige eis is dat de verdelingsmethode moet voldoen aan de hierboven aangehaalde eisen van evenredigheid en gelijkheid. Dat houdt dat 'first come, first serve', loting, veiling, gewogen toetreding (beautycontest) of een combinatie allemaal mogelijk zijn. Indien een bestuursorgaan van te voren niet in een verdelingsmethode voorziet geldt dat 'de vaste gedragslijn' geldt, veelal zal dat neerkomen op 'first come, first serve'.

## Beperking van mededinging

Er bestaan drie mogelijkheden voor bestuursorganen om rechtmatig de mededinging te beperken. Ten eerste is dit toegestaan wanneer de beperking ten goede komt aan het doel, lees: de dwingende redenen van algemeen belang, van de regeling. Het doel van kansspelenregulering is bijvoorbeeld om die markt niet te competitief te maken, nu de consument daaronder zou lijden. Ten tweede volgt uit Speelautomatenhal Vlaardingen dat mededinging ingeperkt mag worden bij wettelijk voorschrift, zolang de wetgever de mededinging heeft meegewogen in zijn overwegingen. Tot slot is uniciteit een laatste uitzonderingsmogelijkheid.

### Samenvatting:

- De belangrijkste norm die volgt uit het nieuwe juridische kader is dat een vergunningenstelsel moet beantwoorden aan dwingende redenen van algemeen belang. Kortom; een schaarse vergunning moet een gerechtvaardigd doel hebben
- Criteria en verdelingsmethoden gehanteerd bij de verdeling moeten beantwoorden aan dit gerechtvaardigde doel. De rechter deinst er niet voor terug deze intensief te toetsen
- Het beginsel van mededinging verplicht bestuursorganen
  - tot transparantie over de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdstip en de toe te passen criteria
  - tot het afgeven van tijdelijke vergunningen
- Wat betreft het kiezen van de methode van verdeling ('first come, first serve', loting, veiling, gewogen toetreding) genieten bestuursorganen veel vrijheid
- Mededinging kan in uitzonderlijke gevallen worden uitgesloten.

# 5 Inventarisatie onder gemeenten

## Opzet

Aan de hand van 14 interviews met medewerkers van acht verschillende gemeenten is een inventarisatie gemaakt van de knelpunten die het nieuwe juridische kader oplevert voor gemeenten. Dit is gebeurd aan de hand van het juridische kader. De acht gesignaleerde knelpunten zijn hieronder opgesomd. Naast deze knelpunten zijn er enkele algemene observaties gedaan die eerst besproken zullen worden.

## Algemene observaties

De verdeling van schaarse vergunningen is in veel gemeenten een politiek onderwerp en was in sommige gemeenten echt een onderwerp van de verkiezingen. De komst van een speelautomatenhal, de toekomst van de markt in het centrum van de stad of de rondvaart zijn onderwerpen die leven bij kiezers. Dit heeft een aantal gevolgen. Ten eerste zijn gemeenten huiverig nu snel aan de slag te gaan met de schaarse vergunningen. Het juridische kader is nog niet uitgekristalliseerd en de noodzaak om nu bepaalde branches 'overhoop te gooien' is niet hoog. Dit wordt versterkt door de soms geringe afstand tussen de plaatselijke ondernemers en de gemeente. Tot slot maakt ook de schaal van de gemeente uit; in grote gemeenten is het nieuwe kader een mogelijkheid om verstarde branches herin te richten terwijl het in kleine gemeenten werkende informele relaties verstoord.

### Samenvatting:

- Kwalitatief onderzoek op basis van interviews
- Schaarse vergunningen zijn in veel gemeenten een politiek thema
- Hierdoor zijn gemeenten soms huiverig regelgeving aan te passen.
- Dit wordt versterkt door het nog onduidelijke juridische kader

# 6 Overzicht knelpunten

## Onbekendheid met het leerstuk

Sommige gemeenten zijn nog onbekend met het leerstuk. Zij staan echter wel open voor het aanpassen van hun verouderde beleid. Het leerstuk van schaarse vergunningen is niet alleen essentieel om in acht te nemen, maar kan weldegelijk ook handvatten bieden bij de invulling van het beleid. Daarmee wordt het nieuwe beleid niet alleen juridisch houdbaar, maar leidt het ook tot een procedure die beter aan de beleidsdoelen beantwoordt.

## Wanneer is er sprake van schaarste?

Gemeenten hebben vaak geen goed idee waar schaarste zich voordoet, dat kan ofwel omdat deze zich niet openbaart, ofwel omdat deze beleidsmatig 'opeens' gecreëerd is door aparte beleidsnota's, bestemmingsplannen en branchering. De vraag of er sprake is van schaarste maakt een groot verschil voor de juridische eisen waaraan de vergunningverlening onderhavig is, terwijl het vaststellen van de schaarste zelf heel nauw kan luisteren. Zaak is aan gemeenten om dit voor zichzelf in kaart te brengen en waar nodig het huidige beleid of de regelgeving te herzien.

## Wanneer zijn beleidsdoelen dwingende redenen van algemeen belang?

Bij het ontwerpen van procedures is het belangrijk het doel of de doelen van het stelsel voor ogen te houden. Deze vormen de maatstaf voor de hele procedure. Bij gemeenten lopen (tegenstrijdige) beleidsdoelen soms door elkaar heen of zijn deze gericht op economische ordening. Dat kan de procedure rommelig en daarmee juridisch onhoudbaar maken. Zaak is voor gemeenten om de beleidsdoelen vanaf het begin helder voor ogen te hebben en daar het stelsel op te baseren. Daarin hebben zij veel vrijheid, maar het scheidt wel een zware juridische verantwoordelijkheid.

## Hoe hoog moet een plafond worden vastgesteld?

Ook het plafond en de hoogte moeten gerechtvaardigd worden. Door branchering en in evenementenkalenders stellen gemeenten verschillende plafonds. Bij de plafonds voor evenementen kan volstaan worden met een redelijke onderbouwing, maar branchering vereist een betere onderbouwing. Daarvoor zal objectief onderzoek nodig zijn.

## Welke eisen en criteria zijn evenredig?

Gemeenten worstelen met de evenredigheidseis voor de eisen en criteria van een verdelingsprocedure. De evenredigheidseis is inderdaad gecompliceerd en moet goed onderbouwd worden. Daarnaast hebben gemeenten andere mogelijkheden, zoals het scheiden van eisen en wensen, criteria zo objectief en eenvoudig mogelijk houden en door eisen in algemene regels te vatten.

## Wat voor soort verdelingsmethode moet je hanteren?

Ook bij verdelingsmethoden hebben gemeenten veel vrijheid. Bij gemeenten wordt dit niet als problematisch ervaren, maar men vraagt zich wel af hoe dit in te vullen. 'First come, first serve' blijkt in veel gevallen nog steeds een adequate methode. Daarnaast is het devies ook om het zo simpel mogelijk te houden. Tot slot kunnen gemeenten met slim puzzelen heel veel schaarste van tevoren laten oplossen.

## Zijn wachtlijsten toegestaan?

Wachtlijsten worden nog veel gehanteerd, maar zijn theoretisch problematisch. Ze beperken de mededinging door vergunningen van onbepaalde tijd ongemoeid te laten en beperken de toegang tot de markt. Initiatieven om de markt te openen via branchering of meeloopsystemen bieden enige verbetering. Daarnaast functioneren de branches waar wachtlijsten gehanteerd worden nu tot de tevredenheid van ondernemers en gemeenten. Dit speelt een passieve houding in de hand, toch zullen gemeenten manieren moeten vinden om branches open voor mededinging te stellen.

## Tijdelijkheid

Een groot deel van de onderzochte stelsels is in strijd met het verbod van het verlenen van vergunningen voor onbepaalde tijd. Te meer daar gemeenten aangeven hier nog geen oplossingen voor gevonden te hebben, is dit reden tot zorg. Gemeenten lopen het risico zachte heelmeesters te worden. Een manier om hier iets aan te doen is om een ruime overgangperiode te bieden bij vergunningen die voor onbepaalde tijd zijn verleend. Het hanteren van een uitsterfbeleid is een andere optie. Toch blijft dit grotendeels een onopgeloste kwestie.

### Samenvatting:

- Gemeenten hebben vaak niet goed voor ogen of schaarste en waar schaarste zich voor doet
- Eisen, criteria, wensen, beleidsdoelen lopen gedurende het proces door elkaar heen. Met name voor de evenredigheid van de criteria en eisen m.b.t. het beleidsdoel kan dit complicaties opleveren
- Wachtlijsten en vergunningen voor onbepaalde tijd blijven zich voort slepen



# 7 Uitkomsten

## Juridisch het belangrijkste: Dwingende redenen van algemeen belang

De belangrijkste vernieuwing van het nieuwe juridische kader is dat vergunningstelsels gebaseerd zullen moeten worden op dwingende redenen van algemeen belang, of makkelijker gezegd: gerechtvaardigde beleidsdoelen. Deze mogen heel breed worden ingevuld, zolang er maar geen sprake is van economische sturing van de gemeente. Hoewel deze eis zwaar kan zijn biedt het een bruikbaar uitgangspunt voor de rest van de verdeling. Elk criterium of elke verdelingsmethode moet beantwoorden aan het doel. Een willekeurige loting leent zich bijvoorbeeld niet voor het tegengaan van gokverslavingsproblematiek.

## Gevolg: Juridische en beleidsmatige overwegingen lopen samen

Wat vroeger beleidsoverwegingen waren is nu gejuridiseerd. Welke criteria worden gehanteerd? Hoe wordt er gebrancheerd? Wat doen we met bestaande ondernemers? Maar twee standplaatsen op dit plein? Deze overwegingen moeten nu voorzien worden van een juridische onderbouwing, dat wil zeggen: ze moeten gebaseerd zijn op dwingende redenen van algemeen belang en de instrumenten moeten evenredig zijn.

### Oplossing 1: Houd het simpel

- Door verdelingsprocedures eenvoudig te maken zorgt een bestuursorgaan er voor dat er weinig is wat de procedure onrechtmatig zou kunnen maken. Zorg voor eenvoudige objectieve criteria en eenvoudige procedures. Gezien de intensieve toetsing van de rechter moet elk onderdeel van de procedure goed gemotiveerd kunnen worden.

### Oplossing 2: Vermijd schaarste

- Een tweede manier om als gemeente het werk makkelijker te maken is het 'oplossen' van schaarste. Stem met de gegadigden van te voren af waar zij behoefte aan hebben en probeer dit te laten matchen op wat er mogelijk is. Door van te voren maatwerk te leveren kunnen verdelingsprocedures vermeden worden.

### Oplossing 3: Omarm het nieuwe juridische kader

- Op het oog lijkt het nieuwe juridische kader meer werk op te leveren, maar het biedt weldegelijk mogelijkheden om de verdeling van schaarse vergunningen te verbeteren. Het doel van vergunningstelsels is niet langer het beschermen van een vaste groep ondernemers, maar vergunningstelsels vormen instrumenten om overkoepelende beleidsdoelen voor gemeenten te bereiken.

**Vereniging van  
Nederlandse Gemeenten**

Masterscriptie Tim de Graaff

Nassaulaan 12  
2514 JS Den Haag  
+31 70 373 83 93  
info@vng.nl

november 2018

**vng.nl**