



FACTSHEET

Het nieuwe normenstelsel voor schaarse besluiten: keuzes voor gemeenten

Dit factsheet is bestemd voor gemeentelijke bestuursorganen en de gemeentelijke wetgever. Het gaat over schaarse besluiten in gemeentelijke verordeningen en beleid. Vooral bij vergunningen voor economische activiteiten is het belangrijk om te weten of deze besluiten 'schaars' zijn. Er gelden dan andere eisen aan de verdeling, procedure, criteria en geldingsduur van vergunningen. Bevat de verordening van uw gemeente schaarse vergunningen? En zo ja, is de verdeling en verlening daarvan adequaat geregeld? Zijn er alternatieven? Op deze vragen bieden het Europese recht (Dienstenrichtlijn), Dienstenwet en gemeentelijke verordeningen vaak geen bevredigend antwoord. Mede daarom wordt de rechtsontwikkeling op dit onderwerp vooral bepaald door (Europese) jurisprudentie. Dit factsheet signaleert die ontwikkeling en beantwoordt een aantal vragen ter verbetering van gemeentelijke verordeningen en beleid.

Inleiding

Wat zijn schaarse besluiten?

1. Schaarse besluiten zijn in de eerste plaats besluiten.¹ Deze open deur is relevant omdat het hier om een gebied gaat wat zich heeft ontwikkeld in aansluiting op en analoog aan het aanbestedingsrecht voor opdrachten of concessieovereenkomsten.²

¹ Artikel 1:3 van de Algemene wet bestuursrecht.

² Zie HvJEU *Betfair* zaak C-203/08 en C-258/08, ECLI:EU:C:2010:307. Zie o.a. A. Drahmman, *Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten* (diss. Leiden), Kluwer 2015, H. Botter, T. Schäfers en S. Bakhtari, 'Schaarse publieke rechten en vrij verkeer binnen de EU', in: D. Van Tilborg en S. Bakhtari (red.), *De mark(on)macht van de overheid. De overheid als opdrachtgever, ondernemer, financier en marktmeester*, Den Hollander, Deventer 2013, p. 153-168, F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Boom Juridische uitgevers 2011, J.H. Jans, S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven, *Europeanisation of Public Law*, 2nd ed., Europa Law Publishing 2015, p. 251 e.v.

2. In het aanbestedingsrecht is het al langer gebruikelijk dat er eisen gelden voor de verlening van overheidsopdrachten. Het gaat dan over de actieve verstrekking van informatie onder inschrijvers en potentiële inschrijvers: voor, tijdens en na de aanbestedingsprocedure.³ Ook voor regelingen waarin slechts één vergunning beschikbaar is, kan volgens Europese rechtspraak een vergelijkbare problematiek aan de orde zijn. Hierbij brengen het Europese recht op een vrij verkeer van diensten en het transparantiebeginsel met zich mee, dat informatie over het optreden van de overheid *beschikbaar, toegankelijk en duidelijk* moet zijn, en dat *ruimte voor mededinging* moet worden gegeven.⁴
3. Niet alle besluiten die schaars kunnen zijn komen hier aan de orde. Zo is de verstrekking van subsidies waarvoor een plafond is vastgesteld ook schaarse besluitvorming. Subsidies, inclusief een plafond, kennen echter al een algemene regeling in de Algemene wet bestuursrecht en blijven hier verder buiten beschouwing.
4. De schaarse besluiten waarvoor het verdelingsrecht met name relevant is, zijn besluiten (bijv. vergunningen, ontheffingen, concessies, etc.) die publieke rechten toekennen voor het verrichten van economische activiteiten, waaronder diensten.
5. Voor het fenomeen schaarse besluiten is dus niet alleen relevant of het aantal aanvragen groter is dan het beschikbare aantal besluiten. Het gaat steeds om het effect van de beperking van het aantal besluiten op de gelijke kansen van potentiële gegadigden voor die besluiten in het economische verkeer. Het gaat dan om effecten op de mogelijkheid om toegang te krijgen tot een economische activiteit of om deze uit te oefenen, of vanwege de vermogenswaarde van een besluit dat een dergelijk recht toekent. Is zo'n effect aanwezig, dan is er sprake van een schaars besluit waarvoor de mededingingsnorm en het transparantiebeginsel gelden.

Voorbeelden

6. Voorbeelden van schaarse besluiten zijn:
 - APV-vergunning seksbedrijf
 - Vergunning speelautomatenhal
 - Toegang rondvaartbranche
 - Ontheffing nachtopening winkels
 - Nachtontheffing horeca
 - Aanwijzing inzameldienst huishoudelijke afvalstoffen
7. Veel schaarse besluiten waarvoor het nieuwe normenkader relevant is, zijn vergunningen. Vergunningen hebben grotendeels een vergelijkbare 'grammatica' in verordeningen.⁵ Voor zover het gaat om vergunningen onder de Dienstenrichtlijn zijn deze steeds herkenbaar volgens (een variant op) het bijgaande model.

3 Zie over overheidsopdrachten andere publicaties van de VNG op <https://vng.nl/onderwerpenindex/recht/aanbesteden/brieven-en-documenten> en de website van Europa decentraal: <https://www.europadecentraal.nl/onderwerp/aanbestedingen/overheidsopdrachten/>

4 HvJEU Betfair zaak C-203/08 en C-258/08. A.J.C. de Moor-van Vugt, commentaar op Zaak C-203/08, Sporting Exchange Ltd (h.o.d.n. Betfair)/ Minister van Justitie, *SEW* 2011/2, p. 83: "Het Hof ... oordeelt dat de transparantieverplichting een dwingende prealabele voorwaarde van het recht van een lidstaat is om aan één ondernemer het exclusieve recht te verlenen om een economische activiteit te verrichten, ongeacht de wijze van selectie van deze ondernemer. Het Hof erkent uitdrukkelijk dat de afgifte van één vergunning niet gelijkstaat aan een dienstenconcessie. Maar wat betreft de gunning is er geen verschil, omdat het niet gaat om de rechtsvorm, maar om de gevolgen van de concessie of vergunning, te weten de mogelijkheid om kansspelen te exploiteren. Die gevolgen zijn voor in andere lidstaten gevestigde ondernemers, die mogelijk geïnteresseerd zijn in het verrichten van de economische activiteit, bij een vergunning dezelfde als bij de concessieovereenkomst (r.o. 47)."

5 Zie voor de grammatica van rechtsregels W. Konijnenbelt, *100 Ideeën voor de gemeentelijke regelgever* (2e dr. 2015), blz. 37 e.v.



8. Aan elk onderdeel van een vergunningbepaling kun je relevante vragen koppelen voor de toepasselijkheid van de Dienstenrichtlijn. Waarom is er een vergunningstelsel? Het vergunningstelsel (“het is verboden”) moet zijn ingevoerd om een dwingende reden van algemeen belang. Gaat het om een interne situatie? Het betreft doorgaans niet een zuiver interne (niet landsgrensoverschrijdende) situatie als het stelsel geldt voor eenieder, omdat daar ook inwoners van andere lidstaten onder kunnen vallen. Dit toepassingsbereik is overigens vaak impliciet gelaten. Gaat het om een vergunning voor een dienst of een andere economische activiteit? Het verbod zonder vergunning geldt voor een activiteit die als een dienst kwalificeert in de zin van artikel 1 van de Dienstenrichtlijn. En ten slotte de vraag: levert de vergunning een aanspraak op die ofwel de toegang tot de dienst beperkt (om dwingende reden van algemeen belang) of een aanspraak op het gebruik van beperkte natuurlijke hulpmiddelen of technische mogelijkheden (de vergunning is dan ‘schaars’). Op deze verschillen gaan we hieronder nader in.

Waarom dit factsheet?

9. Schaarre besluiten zijn relevant omdat bestuursorganen deze besluiten (bijvoorbeeld een vergunning) *verdelen*: het verlenen van een recht aan de één betekent in omstandigheden van schaarste het niet-verlenen van dat recht aan een ander. Schaarre besluiten zijn het onderwerp van recente ontwikkelingen in Europese en nationale jurisprudentie.⁶
10. Uit de jurisprudentie blijkt dat bestuursorganen die schaarre besluiten verdelen ruimte moeten geven voor mededinging van gegadigden, door het transparantiebeginsel in acht te nemen. Dat betekent een einde aan de praktijk van het één-voor-één, per geval verlenen of niet-verlenen, zonder acht te slaan op effecten voor andere (potentiële) aanvragers. Dit factsheet beschrijft een actueel normenstelsel voor gemeentelijke bestuursorganen en de gemeentelijke wetgever.

6 In het bijzonder het arrest van het Hof van Justitie van de EU van 1 oktober 2015 in de zaken Harmsen en Trijber (C-340/14 en C-341/14) over de exploitatie van raamprostitutie (ABRvS 27 januari 2016, ECLI:NL:2016:160, Gst 2016/48 m.nt. Hessel) en van een rondvaartboot in Amsterdam (ABRvS 27 januari 2016, ECLI:NL:2016:/168, Gst 2016/49 m.nt. Hessel), en de Conclusie van Staatsraad Advocaat-Generaal R.J.G.M. Widdershoven van 25 mei 2016 in zaak 201406676/2/A3 over de exploitatie van een speelautomatenhal in de gemeente Vlaardingen. In deze laatste zaak dient de Afdeling bestuursrechtspraak nog uitspraak te doen.

Besluitvorming over schaarse rechten

Een nieuwe praktijk van vergunningverlening

11. De rechtsontwikkeling gebeurt vooral in de jurisprudentie. Dat komt doordat in de regelingen van deze besluiten (of het nu om wetten gaat of verordeningen) vaak nauwelijks regels zijn opgenomen voor gevallen van schaarste of de verdeling van de besluiten in die omstandigheid. In dergelijke situaties verloopt de behandeling van aanvragen in de praktijk één-voor-één. Totdat duidelijk wordt dat de koek op raakt en een beperking in zicht komt, die meebrengt dat een volgende aanvraag, ook als die aan alle voorwaarden voldoet, een weigering zal opleveren (terwijl aanvankelijk vergunningen misschien zelfs voor onbepaalde tijd werden verleend).
12. Aan deze praktijk is door de jurisprudentie een einde gemaakt. Sinds het arrest van het Hof van Justitie in de zaken Trijber en Harmsen, is duidelijk dat de Dienstenrichtlijn aan vrijwel alle schaarse vergunningen voor diensten eisen stelt, waaronder de eis dat deze niet voor onbepaalde tijd mogen worden verleend.⁷ De beschikbaarheid van schaarse vergunningen moet bovendien voorafgaand aan het aanvraagtijdstip bekend worden gemaakt. De schaarste van besluiten waarmee publieke rechten worden toegekend voor economische activiteiten moet dus tijdig herkend worden. En als er een stelsel van schaarste is, dan is één voor één afdoen niet meer voldoende. Er moet een transparant *verdelingsmechanisme* worden gekozen dat consistent wordt toegepast.

Hoe weet je of een beperking van het aantal besluiten bestaat?

13. Het bestaan van een beperking van het aantal beschikbare besluiten kan voortvloeien uit schaarste van natuurlijke hulpbronnen of technische mogelijkheden (zogenoemde *natuurlijke schaarste*). Een beperking uit natuurlijke schaarste is bijvoorbeeld de toekenning van een radiofrequentie. Het bestaan van een beperking van het aantal beschikbare besluiten kan ook voortvloeien uit dwingende redenen van algemeen belang. Zoals de volksgezondheid, de doelstellingen van het sociaal beleid, de gezondheid en de veiligheid van werknemers of zelfstandigen, de bescherming van het milieu of het behoud van cultureel erfgoed (*beleidsmatige schaarste of volumebeleid*).⁸
14. Het zal bij *natuurlijke schaarste* vaak gaan om een besluit (bijv. een concessie) over de exploitatie van schaarse natuurlijke hulpbronnen of technische mogelijkheden die de overheid op zichzelf wenselijk acht op grond van het door haar *te behartigen* algemeen belang. Maar waarbij, indien ondernomen, de overheid wel zekerheid wil en invloed op de kwaliteit waarmee dat gebeurt.⁹ Bij beperkt beschikbare natuurlijke hulpbronnen of technische mogelijkheden waarop de uitvoering van die besluiten rechtstreeks betrekking heeft, moet de gemeentelijke regelgever zich dus goed realiseren dat als gevolg daarvan sprake is van een beperking van het aantal besluiten, zodat een regeling daarvan een regeling van schaarse besluiten is. Volgens de memorie van toelichting bij de Dienstenwet was deze categorie – voor zover het diensten betrof – in de praktijk voor gemeenten nauwelijks van belang.¹⁰
15. De hiervoor genoemde parallel tussen de exploitatie van schaarse hulpbronnen en het bij de (concessie) besluitvorming te behartigen belang, bestaat niet bij een klassieke vergunning. Bij vergunningen staat de overheid neutraal of onverschillig tegenover (het oogmerk) van de activiteit die op grond van de vergunning uitgevoerd mag worden. De daaraan voorafgaande toestemming is vereist vanwege *de bescherming* van een algemeen belang. Dat belang is mogelijk zelfs tegengesteld aan het belang van de activiteit. Een beperking van het aantal vergunningen is hier niet vanwege natuurlijke schaarste aan de orde, maar vanwege deze dwingende redenen van algemeen belang.
16. Dit factsheet betreft vooral deze tweede categorie, waarin een beperking van het aantal beschikbare besluiten voortvloeit uit een dwingende reden van algemeen belang. De beperking van het aantal beschikbare besluiten kan in dat geval tot uitdrukking komen in de verordening of het wettelijk voorschrift waaraan het bestuursorgaan zijn bevoegdheid tot het nemen van deze besluiten ontleent. Dat hoeft overigens niet altijd het geval te zijn. De beperking kan ook opgenomen zijn in een beleidsregel van dat bestuursorgaan (meestal van burgemeester en

7 HvJEU 1 oktober 2015, C-340/14 en C-341/14. Zie ook A. Drahmman, De gevolgen van de Dienstenrichtlijn op vergunningverlening: de zaken Trijber en Harmsen, *Gst* 2016/13, p. 68 e.v.

8 Dit onderscheid tussen natuurlijke schaarste en beleidsmatige schaarste wordt gemaakt in de Dienstenrichtlijn.

9 Een klassiek voorbeeld was de 'concessie' van de Minister van (destijds) Verkeer en Waterstaat voor droogmakerijen en indijkingen op grond van de inmiddels in de Waterwet opgegaane Wet droogmakerijen en indijkingen. Deze werd gebruikt voor landaanwinning, laatstelijk voor Maasvlakte II.

10 In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel voor de Dienstenwet werd hierover het volgende opgemerkt: "Op het terrein van de medeoverheden zijn in het geheel geen stelsels bekend voor vergunningen als bedoeld in de richtlijn die schaars zijn als gevolg van beschikbare hulpbronnen of bruikbare technische mogelijkheden. Voor dat onderwerp is dan ook geen structurele regeling nodig in dit wetsvoorstel." *Kamerstukken II* 2007/08, 31 579, nr. 3, par. 3.4.1.

wethouders, soms de burgemeester). Een voorbeeld is de model-APV waarin het aantal seksbedrijven is beperkt vanwege openbare orde, het concentreren van de toezichtscapaciteit en de uitstraling op het woon- en leefklimaat.

Stelsel van schaarse besluiten als keuze voor de wetgever

(Wetgevings)alternatieven voor een stelsel van schaarse besluiten

17. In de praktijk is bij schaarse besluiten dus vaak sprake van een beperking om een dwingende reden van algemeen belang. Dit zijn de algemene belangen die met het vergunningstelsel gediend worden. Een stelsel van schaarse besluiten moet geschikt en evenredig zijn om deze algemene belangen te dienen.
18. De gemeentelijke wetgever is niet altijd gehouden om een stelsel van schaarse *besluiten* te kiezen. Een dergelijk stelsel betekent dat de wet of verordening een verbod-zonder-vergunning regelt, en ook de vaststelling van het plafond voor het aantal vergunningen (al dan niet gedelegeerd of overgelaten aan een beleidsregel van het bevoegde bestuursorgaan). Er zijn verschillende alternatieve opties denkbaar waarbij de schaarste zich niet in (het aantal) besluiten manifesteert maar via beperkende algemene regels.¹¹ Bijvoorbeeld door een geografische beperking van het vergunningenregime (terwijl daar buiten een absoluut verbod geldt): een vergunning kan dan alleen worden verkregen in een bepaalde straat of een bepaald afgeperkt gebied. Een ander voorbeeld is het hanteren van een inhoudelijk strikter regime aan de hand van voorwaarden, zoals een koppeling aan het bestemmingsplan of de weigeringsgronden van de Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (hierna: Wet Bibob). In beide situaties bepaalt men niet rechtstreeks het aantal te verstrekken besluiten, maar wel de feitelijke vraag: er zullen minder aanvragen mogelijk zijn zodat van schaarse besluiten strikt genomen geen sprake meer is. Beide alternatieve constructies lichten we hieronder toe.

Geografische beperking van de vergunningplicht

19. Als eerste alternatieve optie kan de gemeenteraad op het niveau van de verordening (tenzij de wet daarvoor geen ruimte laat) regelen dat alleen in een bepaald gebied een verbod-zonder-vergunning geldt, terwijl daarbuiten een absoluut verbod van toepassing is. Er is dan geen beperking van het aantal besluiten ten opzichte van de mogelijke aanvragen, maar een (geografische) beperking van het toepassingsbereik van de algemene regel die bepaalt wanneer een vergunning vereist is.¹²
20. Net als bij een stelsel van schaarse vergunningen geldt voor een stelsel waarin de reikwijdte van de bepaling van de vergunningplicht door de gemeenteraad bij verordening is begrensd, dat deze regels geschikt moeten zijn om het (als dwingende reden) ingeroepen algemeen belang te dienen. Bovendien mag de beperking van dat vrije verkeer niet onevenredig zijn in verhouding tot dat belang.¹³

Aanscherpen belangenkader (evt. met beroep op andere stelsels)

21. Een tweede alternatieve optie is om schaarste uit de weg te gaan door in de verordening aanvullende voorwaarden op te nemen in het toetsingskader. Door aanvraagvereisten of weigeringsgronden te verzwaren voldoen immers naar verwachting minder aanvragen aan de eisen. Deze verzwarende maatregelen moeten wel passen binnen het daarvoor toelaatbare, eventueel wettelijke, belangenkader van de verordening. Een voorbeeld is het voorzien in een weigeringsgrond die inhoudt dat de voorgenomen activiteit op de betreffende locatie is toegestaan volgens het bestemmingsplan. In dit kader is relevant dat de Afdeling bestuursrechtspraak [prejudiciële vragen](#) heeft gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie.¹⁴ Een ander voorbeeld is een aanvraagvereiste dat verband houdt met de Wet Bibob en het verwerven van inzicht in de wijze waarop een activiteit wordt gefinancierd.

11 Vgl. S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Kluwer: Deventer 2012, p. 194-195.

12 Volgens de Conclusie van AG Widdershoven is in dit geval geen sprake van schaarse besluiten.

13 Aangenomen wordt dat de vergunning een activiteit betreft die onder het vrij verkeer van vestiging of diensten valt. Valt het stelsel buiten het Unierecht omdat geen sprake van een situatie die het vrij verkeer van diensten raakt of een zuiver interne situatie betreft, dan gelden deze Europeesrechtelijke eisen niet en is er wat meer ruimte voor een keuze van de gemeentelijke wetgever om uitzondering te maken op het transparantiebeginsel.

14 Uitspraak van 13 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:75. Prejudicieel verzoek van de ABRvS over detailhandel in een bestemmingsplan en de toepasselijkheid van de Dienstenrichtlijn daarop.

22. Beide alternatieven zijn keuzes van wetgevingstechniek op het niveau van de verordening, die tot gevolg kunnen hebben dat de mogelijkheid van schaarste vervalt, omdat op een andere wijze wordt bewerkstelligd dat er minder aanvragen om besluiten zullen zijn. Of dat zo is, zal steeds afhangen van de omstandigheden van het geval.
23. Een sprekend voorbeeld uit de praktijk is de situatie waarin de verordening een begrenzing bevat (in een kaartbijlage) van het gebied waar een vergunningplicht geldt. Ook bevat de verordening de voorwaarde van een planologische bestemming. En de verordening stelt een Bibob-gerelateerd aanvraagvereiste over de beschikbaarheid van ruimte (overleggen van huurovereenkomst bijvoorbeeld). Als onder deze regels de eigenaar van een pand binnen dat gebied als enige over de geschikte locatie beschikt, dan bepaalt deze eigenaar in feite aan wie de vergunning wordt verleend. Die eigenaar is echter geen normadressaat van de verordening.
24. Deze situatie doet zich voor in de nog aanhangige zaak van de gemeente Vlaardingen, waarin Staatsraad Advocaat-Generaal R.J.G.M. Widdershoven zijn al genoemde conclusie heeft genomen.¹⁵ De AG acht deze constructie toelaatbaar, al twijfelt hij aan de wenselijkheid. De Afdeling bestuursrechtspraak moet in deze zaak nog uitspraak doen.¹⁶

Verdelingsmechanismen

Volgorde van binnenkomst als verdelingsmechanisme

25. Hierboven passeerden mogelijkheden de revue om te regelen dat de schaarste zich niet in de besluitvorming manifesteert (en dus niet daar wordt verdeeld), maar in een gebiedsbegrenzing of zelfs in de contractsvrijheid van derden. Het gevolg van die regels is dat aan verdeling niet wordt toegekomen en één-voor-één verlening van vergunningen mogelijk blijft, in de verwachting dat daarmee een beperking van het aantal beschikbare besluiten niet nodig zal zijn.
26. Wie het eerst komt, wie het eerst maalt, wordt pas een verdelingsmechanisme als de stap wordt gemaakt van het één-voor-één behandelen, naar een behandelingswijze waarin de volgorde van binnenkomst een selectiecriteria is voor de verdeling van vergunningen over alle (potentiële) aanvragen die gelijk en onpartijdig behandeld worden. Iemand die al vergunninghouder is mag niet worden bevoordeeld, daarom moet de geldigheidsduur beperkt worden. In het geval van een vergunning voor diensten is op die beperkte geldigheidsduur geen uitzondering mogelijk.
27. Belangrijk aandachtspunt hierbij is dat ook een verlenging van een vergunning aan hetzelfde selectiecriteria van de volgorde van binnenkomst moet voldoen. De vergunninghouder die om de verlenging verzocht heeft mag niet worden bevoordeeld ten opzichte van anderen. Een stilzwijgende verlenging is dus niet mogelijk.
28. De looptijd van een vergunning mag overigens niet buitensporig lang zijn. De duur zou volgens de overwegingen bij de Dienstenrichtlijn niet langer mogen zijn dan nodig is met het oog op de afschrijving van de investeringen en een billijke vergoeding van het geïnvesteerde kapitaal.¹⁷

Vergelijkende toets

29. Het is ook mogelijk om de schaarste te benutten en een competitie te regelen voor mededinging door gegadigden. Dit is de vergelijkende toets, zoals die ook toepassing krijgt bij openbare aanbesteding van overheidsopdrachten. Dit verdelingsmechanisme vereist in beginsel regeling in de verordening of de wet. Met alleen een verleningsbevoegdheid en inhoudelijke weigeringsgrond kan namelijk niet worden volstaan, zoals in veel verordeningen het geval is. Alle partijen die "het niet zijn geworden" moeten geweigerd kunnen worden. Uitdrukkelijk *niet* omdat die partijen kwalificeren voor een weigeringsgrond in het algemeen belang van de

¹⁵ op 25 mei 2016 zaak 201406676/2/A3 over de exploitatie van een speelautomatenhal in de gemeente Vlaardingen.

¹⁶ Indien de Afdeling deze constructie eveneens toelaatbaar acht, is een belangrijk aandachtspunt dat de gemeentelijke verordening mogelijk – op een andere markt zoals die van het aanbieden van ruimtes – een bijzonder of uitsluitend recht toekent. De problematiek verschuift dan van schaarse besluiten naar de vraag of de gemeenteraad bij het vaststellen van de verordening mededingingsruimte had moeten bieden voor dat recht onder artikel 106 van het Verdrag van de Werking van de Europese Unie.

¹⁷ Dienstenrichtlijn (Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt) overweging 62. Zie ook artikel 11, eerste lid, onder b, van de Dienstenrichtlijn zoals dat is uitgelegd door het Hof van Justitie in de zaken Trijber en Harmsen.

verordening, maar omdat ze *niet zo gunstig* waren als een ander. In veel verordeningen wordt (nog) niet voorzien in die weigeringsgrond.

Keuze tussen 'volgorde van binnenkomst' en 'vergelijkende toets'

30. De keuze voor verdelingsmechanismen is niet genormeerd. Het transparantiebeginsel verbiedt de gemeente niet om voor het ene of het andere mechanisme te kiezen. Wel moet men volgens het gelijkheidsbeginsel een eenmaal gekozen en bekendgemaakt verdelingsmechanisme volgen. Het bestuursorgaan mag niet overstappen naar een ander mechanisme.
31. Het kan zijn dat een bepaald verdelingsmechanisme meer of minder geschikt is om een betrokken algemeen belang te dienen. Als een verdelingsmechanisme geheel ongeschikt blijkt te zijn voor dat doel of een onevenredige beperking oplevert dan staat dit de keuze voor dat mechanisme in de weg. Waar het om een keuze van de gemeentelijke wetgever gaat, zal dit een afweging van belangen zijn waarbij politiek-bestuurlijke inzichten een belangrijke rol spelen.
32. Er zijn wel algemene richtingen aan te geven. Het criterium 'volgorde van binnenkomst' past bij een onverschilligheid van de gemeente ten aanzien van (de kwaliteit van) de uit te voeren activiteit, zolang maar aan de wettelijke voorwaarden ter bescherming van enig algemeen belang wordt voldaan. Als verdelingsmechanisme past deze daarom goed bij een vergunningstelsel waarin de overheid ook neutraal staat tegen de uit te voeren activiteit zelf, en zich daarmee slechts bemoeit ter bescherming van een specifiek algemeen belang.
33. Bij een vergelijkende toets stelt de gemeente wel rechtstreeks een algemeen belang in de te verrichten activiteit. Met de vergelijkende toets trekt de gemeente een vergelijkend oordeel over de meest gunstige aanvraag naar zich toe, in het licht van de daarvoor gekozen en vooraf bekendgemaakte selectiecriteria. Dat past veeleer bij de klassieke concessie¹⁸, waarbij de gemeente het algemeen belang in de uit te voeren activiteit zelf erkent en deze daarom ook wenselijk acht. Zoals de goedkeuring van de exploitatie van schaarse natuurlijke hulpbronnen in het algemeen belang.

Loting

34. De hiervoor beschreven verdeling naar volgorde van binnenkomst of verdeling door de vergelijkende toets is de belangrijkste keuze om te maken. Deze keuze hangt onder meer af van het belang dat de gemeente stelt in de kwaliteit van de activiteit.
35. Loting is een verdelingsmechanisme naar een willekeurig geselecteerd lotnummer en staat onverschillig ten opzichte van de gegadigde en hun aanvragen, zolang aan de wettelijke voorwaarden voor rechtmatige verlening is voldaan. Anders dan de verdeling naar volgorde van binnenkomst is loting alleen mogelijk onder aanvragen, die gedurende een vooraf bepaald tijdvak zijn ontvangen.
36. Loting kan een subsidiair verdelingsmechanisme zijn, als aanvragen die verdeeld moeten worden na een vergelijkende toets niet tot een beslissende uitkomst leiden.¹⁹

Wachtlijst

37. Ongeacht het verdelingsmechanisme, kan men werken met een wachtlijst. De juridische vormgeving van de wachtlijst kan verschillen, maar vereist waarschijnlijk regeling in de verordening. Er zijn drie varianten denkbaar: (a) Een aanvraag wordt aangehouden tot er een nieuwe vergunning beschikbaar komt (bijvoorbeeld door het einde van de geldigheidsduur van een verleende vergunning). Of (b) Een vergunning wordt verleend maar onder opschortende voorwaarde van de beschikbaarheid binnen een bepaalde periode. Of (c) De wachtlijst kan werken als 'reservelijst' om eventueel onbenutte looptijd van al verstrekte vergunningen te gebruiken of als manier om – op volgorde van binnenkomst – een rollend stelsel van aanvragen en verlening te accommoderen.
38. Belangrijk aandachtspunt bij dergelijke mechanismen is de geldigheidsduur van de vergunningen, omdat deze niet onbeperkt mag zijn. De verhouding tot de *lex silentio* regel – de verstrekking van rechtswege bij het overschrijden van de beslistermijn is bij diensten vaak hoofdregel – en eventuele criteria van anciënniteit. Ook mogen huidige vergunninghouders niet bevoordeeld worden ten opzichte van anderen.

18 Zie voor meer informatie over concessies de FAQ van Europa decentraal (onderdeel B op pagina 19 e.v.): <https://www.europadecentraal.nl/wp-content/uploads/2016/05/veelgestelde-vragen-voorlichtingsbijeenkomsten-ED-mei.pdf>

19 Vgl. Vzr. Rb. Den Haag 16 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:14662.

Nieuw normenstelsel voor schaarse besluiten²⁰

De norm tot ruimte voor mededinging

39. Welke verdelingsprocedure bestuursorganen ook kiezen om schaarse besluiten te verdelen, zij moeten ruimte geven voor mededinging van gegadigden door het transparantiebeginsel in acht te nemen.

Het transparantiebeginsel

40. Dat betekent dat bestuursorganen zorgen voor een *passende mate van openbaarheid* van (a) de beschikbaarheid van een schaars besluit, (b) de verdelingsprocedure, (c) het aanvraagtijdvak en (d) de criteria voor verdeling. De bekendmakingen over deze vier onderwerpen doen zij daarom *tijdig* (lees: voorafgaand aan de aanvragen), *adequaat* voor de kennisneming door potentiële gegadigden (lees: op de website van de gemeente, niet uitsluitend in een huis-aan-huiskrant die alleen binnen de gemeente wordt verspreid) en *duidelijk, precies en ondubbelzinnig* zodat de aanvraag daarop kan worden afgestemd.²¹
41. De selectiecriteria worden bovendien gelijkelijk toegepast op de gegadigden en daarvan wordt niet afgeweken. Na de bekendmaking van een selectieprocedure mag niet worden afgeweken van die procedure. Een vergunning kan in beginsel niet voor onbepaalde tijd worden gegeven.

Grondslagen

42. Er zijn twee grondslagen voor deze eisen. Ten eerste het Unierecht, waarin het transparantiebeginsel, als uitvloeisel van het gelijkheidsbeginsel in het economische recht is erkend in het kader van de fundamentele vrijheden van diensten, vestiging (artikelen 49, 56 van het Verdrag van de Werking van de Europese Unie en de Dienstenrichtlijn). Ten tweede het nationaalrechtelijke formele gelijkheidsbeginsel en, voor zover het de context van het verdelingsrecht betreft, het transparantiebeginsel.

Uitzonderingen

43. Wat dit concreet betekent, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Als beginsel is de eis van een "passende mate van openbaarheid" vaag en flexibel. Op zichzelf dicteert de eis van een passende mate van openbaarheid geen concreet resultaat en kan op verschillende manieren voldaan worden aan de hierboven geschetste voorwaarden die daaruit voortvloeien.
44. Ook kan in beperkte mate sprake zijn van een uitzondering op de norm voor een bepaald wettelijk stelsel van besluiten. Het is voor het vaststellen van de ruimte voor een dergelijke uitzondering relevant om te weten waarop (op welke norm) deze uitzondering wordt gemaakt. Voor zover de schaarse besluiten in een Unierechtelijke context staan, is uitzondering slechts mogelijk als het verdrag het toestaat of als er een dwingende reden van algemeen belang is. De uitzonderingen die in de jurisprudentie van het Hof zijn aanvaard lijken te wijzen op een analogie van het aanbestedingsrecht (quasi-inbesteden in *Betfair* werd toegestaan zonder oproep tot mededinging). Voor zover de schaarse besluiten in de nationaalrechtelijke context staan kan eerder een uitzondering worden gemaakt. Bijvoorbeeld vanuit het wettelijke kader, omdat de normen gebaseerd zijn op het gelijkheidsbeginsel: een beginsel laat eerder uitzondering toe dan een harde regel.

20 Deze paragraaf volgt het normenstelsel van de conclusie van AG Widdershoven. Er is in de zaak waarop de conclusie betrekking heeft nog geen uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak waarin dit normenstelsel bevestigd wordt of niet.

21 In deze termen vat AG Widdershoven de huidige stand van het recht samen.

Implementatie van een nieuw normenstelsel

Algemeen

45. Gelet op het voorgaande doen gemeenten er goed aan de schaarse vergunningen te inventariseren in hun verordeningen:
- Welke vergunningen voor economische activiteiten zijn schaars?**
 - Waarom is dat zo: natuurlijke schaarste of volumebeleid om dwingende redenen van algemeen belang?**
 - Welk verdelingsmechanisme is gekozen, is dat geschikt gelet op het met de vergunning te dienen algemeen belang?**
 - Bevat de verordening voldoende duidelijke regels voor een passende mate van openbaarheid over:**
 - De beschikbaarheid van het schaarse besluit**
 - De verdelingsprocedure**
 - Het aanvraagtijdvak**
 - De criteria voor verdeling?**
 - Bevat de verordening een passende geldigheidsduur voor verlening?**
46. Voor vergunningverleners zijn bovenstaande vragen eveneens van belang, omdat ook zij met deze eisen te maken kunnen krijgen als de verordeningen (nog) niet volledig zijn aangepast.
47. Een belangrijk aandachtspunt bij een inventarisatie van schaarse besluiten zijn alternatieve regelingen. Het gaat dan om gevallen waarin de gemeenteraad met de verordening een alternatieve keuze heeft gemaakt, door geen uitdrukkelijke beperking te regelen voor het aantal beschikbare vergunningen voor een economische activiteit (dus geen beperkt aanbod van publieke rechten), maar waarin de verordening de vraag naar die rechten beperkt.
48. Voor alle gevallen geldt dat het normenkader voor schaarse besluiten nog in ontwikkeling is. De vraag is bijvoorbeeld of, en in hoeverre, de conclusie van AG Widdershoven in de jurisprudentie wordt overgenomen. Het is belangrijk te erkennen dat dit normenkader in de rechtspraak (nog) niet geheel tot duidelijk uitgekristalliseerde regels heeft geleid (behalve op het punt van de geldigheidsduur van vergunningen). Dat betekent enerzijds dat gemeenten nog enigszins flexibel zijn en gebruik kunnen maken van keuzeruimte. Anderzijds betekent het dat gemeenten er goed aan doen die keuzes helder te maken en waar nodig/ mogelijk te verankeren in verordeningen of beleidsregels.

Moet u verordeningen aanpassen?

49. Verordeningen waarin de beperkte geldigheidsduur van vergunningen ontbreekt of onvoldoende grondslagen zijn om te weigeren moeten worden aangepast.
50. Het verdient daarnaast aanbeveling om – waar bewust wordt gekozen om het bestuursorgaan (burgemeester en wethouders of burgemeester) zelf volumebeleid te laten bepalen – het volgende op te nemen in de verordening: de inherente afwijkingsbevoegdheid van beleidsregels geldt niet bij de toepassing van in dat beleid weergegeven selectiecriteria of het gekozen verdelingsmechanisme.
51. Ook is mogelijk een aanpassing nodig van de regels over bekendmaking, in het bijzonder de bekendmaking van beschikbare vergunningen.
52. Het ligt in de rede om vergunningen die onherroepelijk zijn in beginsel te eerbiedigen. Zijn daarvan ernstige nadelige effecten op de gelijke kansen van aanvragers te verwachten, dan zou u de duur van die vergunningen via overgangsrecht bij wijziging van een verordening kunnen regelen. Belangrijk aandachtspunt daarbij is dat de vergunningen vermogenswaarde kunnen hebben.

Meer informatie

53. Over onderwerpen die aan bod zijn gekomen dit factsheet, zoals de Dienstenrichtlijn, concessies en beperkingen van fundamentele vrijheden in het Unierecht, is ook informatie beschikbaar via [Europa Decentraal](#).