

De verdeling van schaarse publieke rechten

Stibbe



Inleiding

- Van opdrachten en concessies... naar vergunningen en subsidies
- Bij de verdeling van vergunningen en subsidies moeten het gelijkheidsbeginsel en de transparantieplichting ook in acht worden genomen op grond van
 - VWEU
 - Dienstenrichtlijn
 - Nationaal recht: ongeschreven beginselen

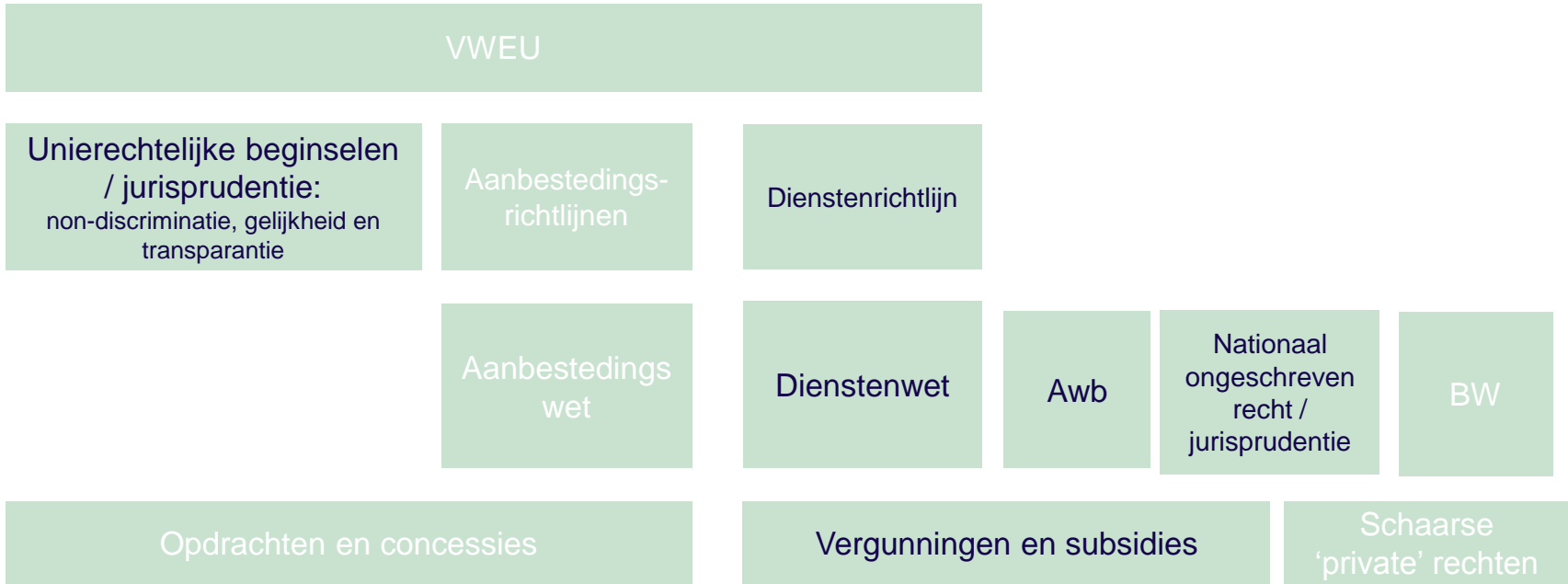
Essentie van schaarse vergunningen

- Een bestuursorgaan kan het aantal te verlenen vergunningen beperken (plafond)
- Er is dan potentieel meer vraag dan aanbod.
- Er ontstaat een vorm van competitie tussen de aanvragers.
- Het bestuursorgaan zal moeten kiezen tussen de aanvragen.
- Een verleningsprocedure wordt een verdeelprocedure.
- Zijn er op zo'n verdeelprocedure bijzondere rechtsnormen van toepassing die het bestuursorgaan in acht moet nemen op grond van het Unierecht en/of nationale recht?

Voorbeelden van schaarste in het bestuursrecht

- Kansspelvergunningen
- OV-concessies
- Frequentievergunningen
- Vergunningen voor windparken op zee
- Ontheffingen voor de zondagopenstelling van supermarkten
- Terrasvergunningen
- Evenementenvergunningen
- Kramenzet- en standplaatsvergunningen
- Exploitatievergunningen voor rondvaartboten
- Programmatische aanpak stikstof (PAS)
- Alle subsidies waarvoor een plafond is vastgesteld
- Besluit over bekostiging onderwijs (ABRS 18/01/17, ECLI:NL:RVS:2017:86)

Juridisch kader



Unierecht



VWEU: het Betfair-arrest

Het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting zijn ook van toepassing op éénvergunningstelsels.

HvJEU 3 juni 2010, C-203/08:

“Artikel 49 EG moet aldus worden uitgelegd dat het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting van toepassing zijn op procedures voor de verlening en de verlenging van een vergunning aan één exploitant op het gebied van de kansspelen, voor zover het niet gaat om een openbare exploitant wiens beheer onder rechtstreeks toezicht staat van de Staat of om een particuliere exploitant op wiens activiteiten de overheid een strenge controle kan uitoefenen.”

Dienstenrichtlijn



Dienstenrichtlijn

- Richtlijn 2006/123/EG
- Doel van de richtlijn:
algemene bepalingen ter vergemakkelijking van de uitoefening van de
vrijheid van vestiging van dienstverrichters en het vrije verkeer van
diensten
- Geïmplementeerd in de Dienstenwet

Dienstenrichtlijn

Artikel 10 Vergunningsvoorwaarden

Vergunningstelsels moeten zijn gebaseerd op criteria die o.a. niet-discriminatoir, duidelijk en ondubbelzinnig, objectief, vooraf openbaar bekendgemaakt en transparant en toegankelijk zijn.

Artikel 11 Vergunningsduur

Een vergunning heeft geen beperkte geldigheidsduur, tenzij in gevallen waar o.a. het aantal beschikbare vergunningen beperkt is door een dwingende reden van algemeen belang.

Artikel 12 Selectie uit diverse gegadigden

Wanneer het aantal beschikbare vergunningen voor een activiteit beperkt is door schaarste van de beschikbare natuurlijke hulpbronnen of de bruikbare technische mogelijkheden, maken de lidstaten een selectie uit de gegadigden volgens een selectieprocedure die alle waarborgen voor onpartijdigheid en transparantie biedt, met inbegrip van met name een toereikende bekendmaking van de opening, uitvoering en afsluiting van de procedure.

Dienstenrichtlijn & vergunningen: de uitspraak Trijber

- HvJEU 1 oktober 2015, C-340/14 en C-341/14:
 - Exploitatievergunning voor rondvaartboot in de Amsterdamse grachten valt binnen reikwijdte Dienstenrichtlijn.
 - De vergunningen zijn ten onrechte voor onbepaalde tijd verleend, want het aantal verleende vergunningen is beperkt om dwingende redenen van algemeen belang.
- ABRvS 7 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1520
 - Beperking aantal exploitatievergunningen is een dwingende reden van algemeen belang, maar is in casu niet evenredig.

Dienstenrichtlijn & “concessies”: de uitspraak Promoimpresa

- HvJEU 14 juli 2016, C-458/14
 - “Concessie” voor de exploitatie van o.a. een kiosk langs de Italiaanse kust
 - Concessie is een vergunning in de zin van de Dienstenrichtlijn
 - Automatische verlenging is in strijd met art. 12 Dienstenrichtlijn

Dienstenrichtlijn en bestemmingsplannen: de zaak Appingedam

- Conclusie A-G over de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn (Appingedam) (18 mei 2017, C-360/15 en C-31/16)
 - Detailhandel (verkoop aan consumenten van goederen zoals schoenen en kleding) is een dienst idzv de richtlijn;
 - Hoofdstuk III van de richtlijn is ook van toepassing in zuiver interne situaties.
 - Een bestemmingsplan is geen vergunningstelsel, maar wel een “eis” idzv de richtlijn.
 - Een bestemmingsplan op grond waarvan uitsluitend bepaalde soorten detailhandel zijn toegestaan, behelst een territoriale beperking idzv de richtlijn die kan worden gerechtvaardigd indien wordt aangetoond dat daarmee op evenredige wijze de bescherming van het stedelijk milieu wordt nagestreefd.

Het Unierecht is niet van toepassing op zuiver interne situaties

- Wanneer is sprake van een duidelijk grensoverschrijdend belang?
- Is deze beperking wel wenselijk als het gaat om een rechtsnorm?

Nationaal recht: ongeschreven recht



Nationaal recht: de uitspraak Vlaardingen

- Historische achtergrond:
 - Vergunningen zijn meestal niet schaars;
 - vergunningen worden in beginsel voor onbepaalde tijd verleend;
 - op basis van “wie het eerst komt, eerst maalt”.
- Deze wijze van vergunningverlening klemt bij de verdeling van schaarse vergunningen.

Schaarse vergunningen: de zaak Vlaardingen

- ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927
- De casus in essentie:
 - In Vlaardingen heeft een ondernemer (de appellant) al vanaf 1987 herhaaldelijk bij de gemeente geïnformeerd naar de mogelijkheid een speelautomatenhal te exploiteren in de gemeente. Het gemeentebestuur heeft hier nooit medewerking aan willen verlenen.
 - Vanaf 2005 is het gemeentebestuur voornemens om een bioscoop, casino en restaurant te vergunnen aan het Veerplein 132-134 die zal worden geëxploiteerd door Hommerson. Hiertoe wordt o.a. de Kansspelverordening gewijzigd.
- Had het gemeentebestuur naast Hommerson ook de andere ondernemer in staat moeten stellen in aanmerking te komen voor de benodigde vergunningen?

Het oordeel van de ABRvS: Mededingingsruimte, algemeen

- In het Nederlands recht geldt een **rechtsnorm** 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.
- Op het moment dat er ruimte ontstaat een vergunning te verlenen, moeten andere ondernemers in beginsel de mogelijkheid moet worden geboden mee te dingen naar de schaarse vergunning.
- Deze rechtsnorm is gebaseerd op het **gelijkheidsbeginsel dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen.**

Het oordeel van de ABRvS: Mededingingsruimte, algemeen

- Uit deze rechtsnorm vloeit voort dat schaarse vergunningen in beginsel **niet voor onbepaalde tijd**, doch alleen tijdelijk kunnen worden verleend.
- De verplichting om mededingingsruimte te bieden, kan worden **beperkt**. Een **zodanige beperking kan evenwel niet zover gaan dat iedere mededingingsruimte volledig wordt uitgesloten**. Een eis die in ieder geval geldt, is dat het wettelijk voorschrift dat de mededingingsruimte beperkt, althans de geschiedenis van de totstandkoming daarvan, er blijk van geeft dat het belang van het bieden van mededingingsruimte is meegewogen.
- Dit laat onverlet dat de **eigenaar van een pand** beslist over de wijze waarop het pand wordt gebruikt en door wie.

Het oordeel van de ABRvS: Mededingingsruimte, algemeen

- Om gelijke kansen te realiseren moet het bestuur een **passende mate van openbaarheid** verzekeren met betrekking tot:
 - de beschikbaarheid van de schaarse vergunning,
 - de verdelingsprocedure,
 - het aanvraagtijdvak en
 - de toe te passen criteria.
- Het bestuur moet hierover 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.

Afronding



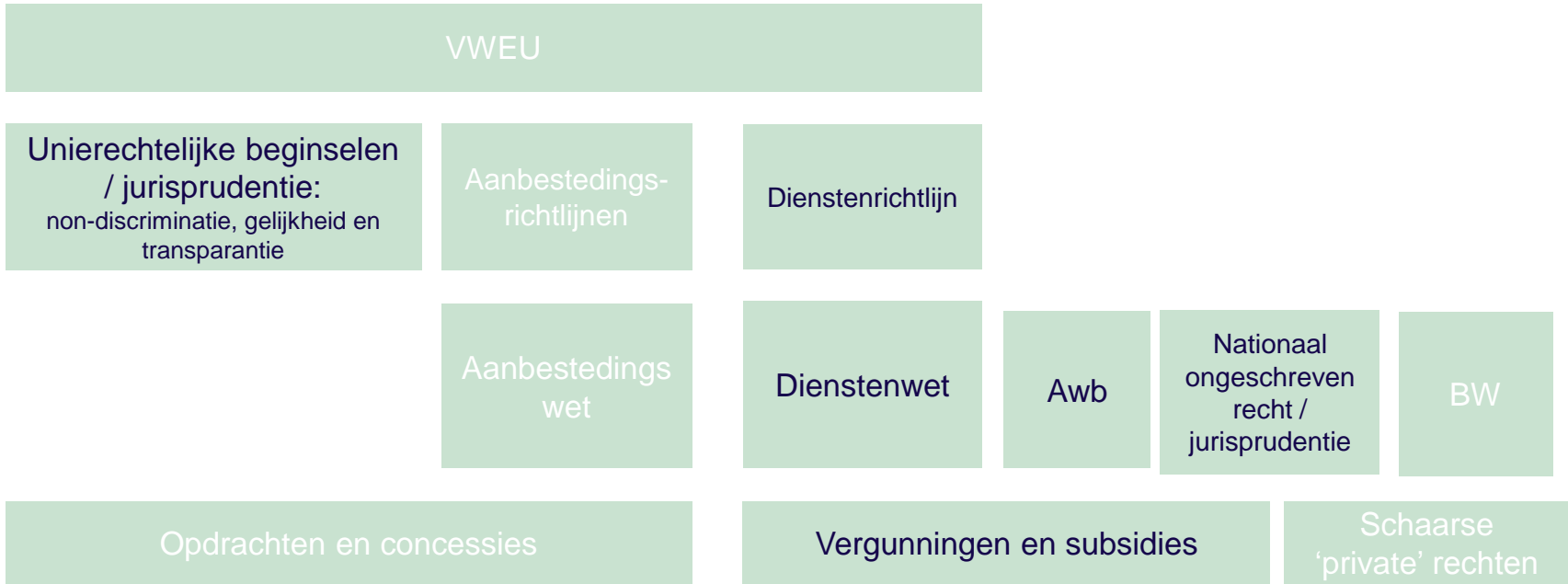
Verschilt dit nationale gelijkheidsbeginsel van het Unierecht en het aanbestedingsrecht?

- Conclusie van A-G Widdershoven bevat overzicht van o.a. eerdere jurisprudentie Cbb over m.n. schaarse subsidies en ontheffingen;
- Waarover zwijgt de ABRvS t.o.v. de Conclusie?
 - Mogelijke uitzonderingen (uniciteit)?
 - Welk medium is geschikt om een passende mate van openbaarheid te realiseren?
 - De eis over de duidelijke, precieze en ondubbelzinnige formulering van de ‘verdeelregels’
 - De eis dat de verdelingscriteria gelijkelijk moeten worden toegepast op alle aanvragen
 - De eis dat de verdelingsprocedure niet tussentijds mag worden gewijzigd.

Andere nieuwe / openstaande vragen

- Wanneer is sprake van een schaarse vergunning?
 - Omgevingsvergunning/bestemmingsplan?
 - Parkeervergunningen? Ligplaatsvergunningen?
- Ook andere besluiten dan vergunningen: subsidies, bekostiging?
- Wat te doen met bestaande situaties (overgangssituaties)?
- Wanneer komt een vergunning “beschikbaar”?
- Wat zijn de uitzonderingen op dit gelijkheidsbeginsel/mededingingsplicht?
- Hoe moet een verdelingsprocedure worden vormgegeven?

Juridisch kader: resumerend



Meer weten over schaarse vergunningen?

- www.stibbeblog.nl
- www.stibbe.com
- www.linkedin.com/in/drahmann



Annemarie Drahmann
Senior Associate Amsterdam
T +31 20 546 06 04
annemarie.drahmann@stibbe.com



Bedankt

Stibbe

Stibbe.com