Tilburg University

De rollen van de wetgever bij de verdeling van schaarse vergunningen

Wolswinkel, Johan

Published in:
RegelMaat

DOI:
[10.5553/RM/0920055X2017032001002](https://doi.org/10.5553/RM/0920055X2017032001002)

Publication date:
2017

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Wolswinkel, J. (2017). De rollen van de wetgever bij de verdeling van schaarse vergunningen. *RegelMaat*, 32(1), 6-30. <https://doi.org/10.5553/RM/0920055X2017032001002>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

ARTIKELEN

De rollen van de wetgever bij de verdeling van schaarse vergunningen

C.J. Wolswinkel

1. Inleiding

Schaarste en overheidsregulering zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden. De toedeling van schaarste vormt – al dan niet terecht¹ – een van de redenen voor overheidsinterventie, aldus het rapport *Eenvoudig vergunnen*.² Hoewel overheidsinterventie op deze grond niet automatisch noodzaakt tot een stelsel van schaarse vergunningen, is een dergelijk ‘gelimiteerd’ of ‘gesloten’ vergunningstelsel waarbij het aantal te verlenen vergunningen vooraf is beperkt tot een maximum, al decennialang een vertrouwd instrument om een bepaalde activiteit slechts in beperkte mate toe te staan.³ Klassieke voorbeelden zijn in dit verband de wettelijke kansspelmonopolies, concessies voor het verrichten van openbaar vervoer en schaarse gebruiksrechten voor radiofrequenties en nummers. Daartegenover is relatief nieuw de aandacht voor de (nieuwe) reguleringsmogelijkheden die de verdeling van schaarse vergunningen biedt en – in samenhang hiermee – de eisen die aan een dergelijke verdeling worden gesteld.

De literatuur over de verdeling van schaarse vergunningen – of breder: schaarse publieke rechten – stelt doorgaans het perspectief van het verdelende bestuur voorop: welke normen moet het bestuur in acht nemen bij de verdeling van schaarse vergunningen?⁴ In dat kader is in de rechtspraak een belangrijke rol weggelegd voor de algemene beginselen van behoorlijk bestuur: uit deze beginselen kunnen zogeheten ‘algemene regels van verdelingsrecht’ worden afgeleid die op elke verdeling van schaarse vergunningen van toepassing zijn, ongeacht of bijzon-

- 1 Zo vormt schaarste van de ether een klassiek argument voor overheidsingrijpen op het terrein van de omroep (*Kamerstukken II* 2007/08, 31356, 3, p. 1).
- 2 Taskforce Vereenvoudiging vergunningen, *Eenvoudig vergunnen*, Den Haag 2005, p. 58. De verhouding tussen de begrippen ‘verdeling’ en ‘toedeling’ is dat een *verdeling* van schaarse goederen over aanvragers leidt tot een *toedeling* van schaarse goederen aan bepaalde aanvragers (met uitsluiting van andere aanvragers).
- 3 Zie bijv. reeds R. Kranenburg, *Inleiding in het Nederlandsch administratief recht*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1941, p. 14.
- 4 Zie voor een actueel overzicht van deze – inmiddels niet meer schaarse – literatuur voetnoot 4 van de conclusie van A-G Widdershoven van 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421 (*speelautomatenhal Vlaardingen*). In het verlengde hiervan krijgt ook de rol van de bestuursrechter bij de beslechting van geschillen over de verdeling van schaarse vergunningen veel aandacht. Zie meest recent J.M.J. van Rijn van Alkemade, *Effectieve rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom juridisch 2016.

dere wetgeving specifiek in deze regels voorziet.⁵ Deze dominante rol van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de rechtsontwikkeling lijkt in elk geval deels te wijten aan het optreden, of juist het gebrek daaraan, van de wetgever: juist wanneer wetgeving onvoldoende richting geeft aan de verdeling van een bepaalde schaarse vergunning, ziet de rechter zich genoodzaakt deze lacune op te vullen met ‘rechterlijk verdelingsrecht’.

Deze bijdrage stelt daarom de rol van de wetgever bij de verdeling van schaarse vergunningen centraal.⁶ Overigens kan beter worden gesproken over de *rollen* van de wetgever, omdat de wetgevingspraktijk per schaarse vergunning sterk blijkt te verschillen, uiteenlopend van een zwijgende wetgever tot een overijverige wetgever. De overkoepelende vraag is op welke wijze de wetgever kan bijdragen aan een optimale verdeling van schaarse vergunningen. Daarbij zal dus de ‘gouden middenweg’ moeten worden gevonden tussen wetgeving die te weinig richting geeft aan de verdeling van schaarse vergunningen en wetgeving die onvoldoende ruimte biedt om maatwerk in de verdeling te realiseren.

Deze bijdrage richt zich voornamelijk op de rol van de *bijzondere* wetgever, primair op het niveau van wetgeving in formele zin, maar hiervan afgeleid ook op het niveau van gedelegeerde wetgeving.⁷ Voorts is van belang vooraf op te merken dat de rollen van wetgever en bestuur juist bij de verdeling van schaarse vergunningen niet altijd strikt te scheiden zijn: met grote regelmaat is sprake van gedelegeerde ‘verdelingswetgeving’ die tot stand wordt gebracht door hetzelfde orgaan dat de schaarse vergunningen vervolgens verdeelt.⁸

De opbouw van dit artikel is als volgt. In paragraaf 2 wordt een typering van de eigen aard van schaarse vergunningen gegeven. Vervolgens wordt in paragraaf 3 aan de hand van voorbeelden ontleend aan uiteenlopende verdelingswetgeving beschreven welke verschillende houdingen de wetgever in de praktijk aanneemt tegenover de verdeling van schaarse vergunningen. In paragraaf 4 worden vervolgens de contouren geschetst van optimale verdelingswetgeving. Afgesloten wordt met een slotbeschouwing (par. 5).

- 5 Zie uitgebreider over deze benadering C.J. Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten. Op zoek naar algemene regels van verdelingsrecht* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 46-50.
- 6 Zie over de rol van de (nationale) wetgever F.J. van Ommeren, ‘Wetgevingsbeleid: remedies en instrumenten’, in: S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer 2012, p. 194-197, en Wolswinkel 2013, p. 785-789.
- 7 Zie over de rol van de algemene wetgever F.J. van Ommeren, ‘Challenges for the National Legislator: The Allocation of Limited Rights by the Administration’, in: P.C. Adriaanse, F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Scarcity and the State I. The Allocation of Limited Rights by the Administration*, Cambridge: Intersentia 2016, p. 73-91.
- 8 Zo is de minister van Economische Zaken niet alleen bevoegd tot vergunningverlening voor het gebruik van frequentieruimte (art. 3.13 Telecommunicatiewet (hierna: Tw)), maar is hij ook bevoegd om regels te stellen omtrent de toepassing en uitvoering van de veiling of de vergelijkende toets (art. 3.16 Tw jo. art. 10 lid 1 Frequentiebesluit 2013).

2. De eigen aard van schaarse vergunningen

2.1 *Schaarse vergunningen in soorten en maten*

Vergunningen zijn schaars als het aantal aanvragers dat in aanmerking komt voor vergunningverlening, het aantal voor verlening beschikbare vergunningen overstijgt.⁹ Schaarse vergunningen veronderstellen dus een zogeheten ‘vergunningsplafond’, dat aangeeft hoeveel vergunningen *ten hoogste* kunnen worden verleend. Wanneer het aantal aanvragers daadwerkelijk groter is dan het aantal beschikbare vergunningen,¹⁰ moet het bestuur door middel van een verdelingsprocedure bepalen aan welke aanvragers wel en aan welke aanvragers niet een vergunning wordt verleend. Bekende verdelingsprocedures zijn in dit verband de verdeling op volgorde van binnenkomst, de loting, de veiling, de vergelijkende toets en de evenredige verdeling.¹¹

Waar de term ‘schaarse vergunning’ inmiddels is ingeburgerd in de literatuur en de jurisprudentie,¹² geldt dat in mindere mate in wetgeving. Dat is niet verwonderlijk, aangezien de (wettelijke) vaststelling van een vergunningenplafond niet noodzakelijk leidt tot een schaarse vergunning: eerst als het aantal (gekwalificeerde) aanvragers het vergunningenplafond overstijgt, zijn de vergunningen daadwerkelijk schaars en moet een verdelingsprocedure worden toegepast om een keuze te maken tussen de verschillende aanvragers. Door de vaststelling van een vergunningenplafond is de betreffende vergunning dus hooguit *potentieel* schaars.¹³ Vanuit wetgevingsperspectief is het daarom zuiverder om te spreken over een ‘gesloten’ of ‘gelimiteerd’ vergunningstelsel, waarmee (slechts) tot uitdrukking wordt gebracht dat het aantal voor verlening beschikbare vergunningen is beperkt tot een maximum.¹⁴

Gesloten vergunningstelsels (ofwel schaarse vergunningen) kunnen op verschillende wijzen worden gecategoriseerd. Een eerste categorisering sluit aan bij de *omvang* van het vergunningenplafond en maakt onderscheid tussen exclusieve

9 Zie reeds F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemene bestuursrecht* (oratie Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2004, p. 2.

10 De aanvullende veronderstelling hierbij is dat iedere aanvrager slechts één vergunning kan verkrijgen.

11 Zie voor een nadere bespreking van deze verdelingsprocedures onder meer Van Ommeren 2004, p. 9-22, C.J. Wolswinkel, ‘Verdelingsprocedures: een zoektocht naar een zinvol onderscheid’, in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 177-201, en Wolswinkel 2013, p. 140-177.

12 Zie recent ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, AB 2016/426 m.nt. C.J. Wolswinkel (*speelautomatenhal Vlaardingen*).

13 Zie voor dit onderscheid Wolswinkel 2013, p. 36-37.

14 Illustratief is in dit verband de Wet van 16 juni 1994, houdende wijziging van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen, het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering in verband met de doorbreking van het exclusieve recht van de concessiehouder in hoofdzaak door middel van de invoering van een *gelimiteerd vergunningstelsel* voor specifieke vormen van openbare mobiele telecommunicatie (mobiele telecommunicatie), *Stb.* 1994, 628. Zie in de (oudere) literatuur bijv. G.P. Kleijn, ‘Het zorgvuldigheidsbeginsel en gelimiteerde vergunningstelsels’, *Gst.* 1988/6850, p. 73-78.

vergunningen, waarbij het aantal te verlenen vergunningen is beperkt tot één, en andere schaarse vergunningen ('bijzondere vergunningen'):¹⁵ terwijl een exclusieve vergunning concurrentie *op* de markt (althans binnen een bepaald gebied) volledig uitsluit, is in geval van bijzondere vergunningen dergelijke concurrentie in beperkte mate mogelijk naast concurrentie *om* de markt.¹⁶ Een tweede relevant onderscheid sluit aan bij de *reden* voor het vergunningenplafond. Aan de ene kant van het spectrum zijn er 'natuurlijk' schaarse vergunningen, waarbij het aantal te verlenen vergunningen is beperkt omdat de te vergunnen activiteit betrekking heeft op het gebruik van een natuurlijke hulpbron die slechts in beperkte mate beschikbaar is (zoals radiospectrum of delfstoffen). In die gevallen wil de overheid mogelijk wel meer vergunningen verlenen, maar kan zij dit eenvoudigweg niet doen vanwege de grenzen die voortvloeien uit de natuur in combinatie met de stand van de technologie.¹⁷ Daartegenover staan 'kunstmatig' schaarse vergunningen, waarbij beleidsmatige overwegingen ten grondslag liggen aan een beperking van het aantal beschikbare vergunningen. In die gevallen *kan* de overheid weliswaar meer vergunningen verlenen, maar *wil* zij dit bewust niet doen. Een bekend voorbeeld hiervan betreft het beperkte aanbod van kansspelvergunningen om kansspelverslaving te voorkomen, de consument te beschermen en fraude en criminaliteit tegen te gaan.¹⁸

Ondanks deze diversiteit in de verzameling van schaarse vergunningen, hebben alle 'gesloten vergunningstelsels' gemeenschappelijk de aanwezigheid van een vergunningenplafond en de noodzaak tot toepassing van een verdelingsprocedure indien de vraag het aanbod overstijgt. Daarin onderscheiden 'gesloten vergunningstelsels' zich van 'open vergunningstelsels'. Tegelijk hebben gesloten en open vergunningstelsels gemeenschappelijk dat ze altijd op een wettelijke grondslag moeten berusten, aangezien een vergunning per definitie een individuele uitzondering op een algemeen (wettelijk) verbod inhoudt.¹⁹ Deze bijdrage neemt daarom tot uitgangspunt dat de (bijzondere) wetgever betrokken is bij elk vergunningstelsel, open of gesloten, door een wettelijke bevoegdheid tot vergunningverlening te creëren met een aantal weigeringsgronden. Idealiter gaat deze bevoegdheid tot vergunningverlening gepaard met een bevoegdheid om de vergunning onder beperkingen te verlenen of hieraan voorschriften te verbinden en wordt ze

- 15 Dit onderscheid is gebaseerd op het Unierechtelijke onderscheid tussen exclusieve en bijzondere rechten (art. 106 VWEU), hoewel de term 'bijzondere vergunningen' minder is ingeburgerd dan de term 'exclusieve vergunningen'.
- 16 Zie over dit onderscheid de nota 'Publieke belangen en marktordening. Liberalisering en privatisering in netwerksectoren' (*Kamerstukken II* 1999/2000, 27018, 1).
- 17 Overigens moet deze laatste conclusie niet te snel worden getrokken, want soms is gedeeld gebruik van een hulpbron mogelijk. Zie het recente arrest *Promoimpresa*, waarin het Hof van Justitie overweegt dat schaarste van natuurlijke hulpbronnen niet zonder meer een beperking van het aantal beschikbare vergunningen rechtvaardigt: HvJ EU 14 juli 2016, AB 2016/320 m.nt. C.J. Wolswinkel, r.o. 42-43.
- 18 Zie recent *Kamerstukken II* 2015/16, 34471, 3, p. 2.
- 19 F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd. De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiele wetsbegrip* (diss. Amsterdam VU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 150-151. Zie ook Ar 24.

gecompleteerd door een afzonderlijke bevoegdheid tot wijziging en intrekking van eenmaal verleende vergunningen.

2.2 Algemene regels van verdelingsrecht

Aan de verdeling van schaarse vergunningen (en andere schaarse rechten) worden eisen gesteld die niet, althans niet in dezelfde mate, worden gesteld aan ‘reguliere’ vergunningverlening. Deels vloeien deze eisen voort uit sectorspecifieke wetgeving, al dan niet ter implementatie van Unierecht. Zo mag de minister van Economische Zaken bij de verlening van vergunningen voor het gebruik van frequentieruimte (frequentievergunningen) slechts gebruik maken van een beperkt aantal verdelingsprocedures, namelijk de veiling, de vergelijkende toets en verdeling op volgorde van binnenkomst (en een aantal combinaties van deze procedures).²⁰ Bij de verlening van opsporingsvergunningen voor delfstoffen moet diezelfde minister van Economische Zaken na ontvangst van de eerste aanvraag een aankondiging in de Staatscourant plaatsen om andere gegadigden uit te nodigen een zogeheten ‘concurrerende aanvraag’ in te dienen.²¹

Naast deze sectorspecifieke ‘verdelingsnormen’ in bijzondere wetgeving blijken ook uit algemene rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur bepaalde ‘verdelingsnormen’²² voort te vloeien. Kenmerkend voor deze ‘algemene regels van verdelingsrecht’ is dat ze een *algemeen* karakter hebben en dus op elke verdeling van schaarse vergunningen van toepassing zijn. Zo moeten alle (potentiële) gegadigden in de gelegenheid worden gesteld om mee te dingen naar de schaarse vergunning, mogen schaarse vergunningen in beginsel niet voor onbepaalde tijd worden verleend en kan de verdelingsprocedure na ontvangst van de eerste aanvraag niet meer worden gewijzigd, althans niet ten nadele van deze eerste aanvraag.²³ In de jurisprudentie van het College van Beroep voor het bedrijfsleven is wat betreft de rechtsgrondslag van deze ‘verdelingsnormen’ een belangrijke rol weggelegd voor de beginselen van rechtszekerheid en zorgvuldigheid. In de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie vormen de fundamentele verkeersvrijheden, met name het vrije verkeer van diensten (art. 56 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU)) en de vrijheid van vestiging (art. 49 VWEU), een belangrijk ankerpunt voor de normering van de verdeling van schaarse vergunningen. In het bijzonder wordt uit deze verkeersvrijheden en het beginsel van gelijke behandeling een zogeheten ‘transparantieverplichting’²⁴ afgeleid, die vereist dat voorafgaand aan een verdeling van

20 Art. 3.10 Tw.

21 Zie art. 15 en 26b Mijnbouwwet.

22 In vaste jurisprudentie van het CbB worden deze verdelingsnormen aangeduid als ‘zware eisen’. Zie onder meer CbB 8 januari 2010, AB 2010/73 m.nt. I. Sewandono, JB 2010/75 m.nt. C.J. Wolswinkel (*zondagavondwinkel Heemstede*).

23 Zie Wolswinkel 2013 voor een uitgebreider overzicht van deze ‘algemene regels van verdelingsrecht’.

24 Zie uitgebreider over deze transparantieverplichting of dit transparantiebeginsel A.W.G.J. Buijze, *The Principle of Transparency in EU Law* (diss. Utrecht), Den Bosch: BOXPress 2013, en A. Drahmman, *Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2015.

schaarse vergunningen ‘een passende mate van openbaarheid’ wordt gerealiseerd ten behoeve van iedere gegadigde die in de schaarse vergunning geïnteresseerd kan zijn.²⁵ Uit dit beginsel wordt verder afgeleid dat wezenlijke wijzigingen van een schaars recht nadat het eenmaal is verleend, zijn uitgesloten.²⁶

In de recente uitspraak *speelautomatenhal Vlaardingen* van 2 november 2016 heeft (een grote kamer van) de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) na een conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven getracht enige orde te scheppen in deze ‘verdelingsnormen’ door een algemeen juridisch kader inzake mededingingsruimte bij de verdeling van schaarse vergunningen te formuleren. In lijn met advocaat-generaal Widdershoven overweegt de Afdeling dat (ook) naar nationaal recht een rechtsnorm geldt 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. De Afdeling baseert deze ‘mededingingsnorm’, *voor zover* de wet daaromtrent geen nadere regels voorschrijft, op het gelijkheidsbeginsel, dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen. Verder moet het verdelende bestuursorgaan, om gelijke kansen te realiseren, een passende mate van openbaarheid verzekeren met betrekking tot (1) de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, (2) de verdelingsprocedure, (3) het aanvraagtijdvak en (4) de toe te passen criteria. Het bestuursorgaan 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. *Voor zover* de wet daaromtrent geen nadere regels voorschrijft, vloeit deze eis van een ‘passende mate van openbaarheid’ voort uit de transparantieplichting, die op haar beurt weer voortvloeit uit het gelijkheidsbeginsel.²⁷

Al deze ‘algemene regels van verdelingsrecht’ moeten worden begrepen tegen de achtergrond van een wezenskenmerk van schaarse vergunningen, namelijk dat onvoldoende vergunningen beschikbaar zijn om iedere gegadigde het verrichten van de begeerde activiteit toe te staan. Omdat het voor geïnteresseerde partijen (in beginsel) onmogelijk is om een schaarse vergunning te verwerven zodra het vergunningenplafond is bereikt, wordt de druk op de kenbaarheid en de voorspelbaarheid *vooraf* van het verdelingsproces vergroot: aanvragers moeten weten waar zij aan toe zijn op het moment dat zij een aanvraag indienen, juist omdat zij maar één kans hebben. Bovendien brengt de omstandigheid dat niet iedere aanvrager daadwerkelijk de markt zal kunnen betreden, mee dat aan het belang van gelijke behandeling van aanvragers *tijdens* de procedure van vergunningverlening buitengewoon veel gewicht toekomt. Om die reden is het niet verwonderlijk dat de bovengenoemde algemene regels van verdelingsrecht met name uit de beginse-

25 HvJ EU 3 juni 2010, AB 2011/17 m.nt. A. Buijze, JB 2010/171 m.nt. C.J. Wolswinkel (*Sporting Exchange*); HvJ EU 14 juli 2016, AB 2016/320 m.nt. C.J. Wolswinkel (*Promoimpresa*).

26 HvJ EU 13 april 2010, ECLI:EU:C:2010:182 (Wall).

27 Zie ABRvS 2 november 2016, AB 2016/426 m.nt. C.J. Wolswinkel (*speelautomatenhal Vlaardingen*), r.o. 8.

len van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid worden afgeleid. Tegelijk hebben deze algemene regels van verdelingsrecht een minimaal karakter, in de zin dat ze slechts ondergrenzen inhouden voor de verdeling van schaarse vergunningen.²⁸ Zo sluit de genoemde ‘mededingingsnorm’ geen enkele verdelingsprocedure op voorhand uit, ook niet verdeling op volgorde van binnenkomst, zolang het wettelijke voorschrift waarop de vergunningverlening berust, zich niet tegen een bepaalde vorm van verdeling verzet.²⁹

2.3 *Schaarse vergunningen als (nieuw) reguleringsinstrument*

Vanaf 1994 is onder impulsen van het Unierecht en nationale MDW-trajecten³⁰ niet alleen aandacht besteed aan de eisen die aan de verdeling van schaarse vergunningen worden gesteld, maar eerst en vooral aan de mogelijkheden van (meer) marktwerking bij de verdeling van schaarse rechten. Exclusieve rechten werden niet langer onderhands toegekend aan een bevoorrechte onderneming, vaak een overheidsbedrijf, maar voortaan competitief verdeeld in bijvoorbeeld een veiling of een aanbesteding, waarbij het geprivatiseerde overheidsbedrijf met andere marktpartijen moest concurreren om het schaarse recht. Deze privatisering van overheidsbedrijven leidde overigens niet alleen tot competitie *om* de markt: bepaalde markten werden verder geliberaliseerd in de zin dat meerdere marktpartijen in beperkte mate werden toegelaten tot de markt, waardoor ook (beperkte) competitie *op* de markt ontstond. De huidige modernisering van het casinobeleid illustreert deze ontwikkeling: de voorgenomen privatisering van Holland Casino zal gepaard gaan met een ‘gesloten meervergunningenstelsel’, waarbinnen ruimte bestaat voor meerdere speelcasinooanbieders onder een vergunningenplafond van zestien vergunningen.³¹

Een tweede ontwikkeling die met deze privatisering en liberalisering samenhangt, is de schaalvergroting van markten. In het verleden was het aantal ondernemingen, doorgaans van nationale afkomst, dat geïnteresseerd was in een bepaalde vergunning niet noodzakelijk groter dan de omvang van het vergunningenplafond, waardoor geen aanleiding bestond om (goed) na te denken over de wijze van verdeling. De laatste decennia kloppen echter als gevolg van een groeiende interne markt zonder binnengrenzen ook buitenlandse ondernemingen steeds nadrukkelijker aan de deur, bijvoorbeeld in de vervoersmarkt en in de kansspelmarkt. Waar de vraag steeds verder toeneemt onder een gelijkblijvend aanbod van vergunningen, wordt de overheid niet alleen gedwongen om beter na te denken over de wijze waarop schaarse rechten worden verdeeld, maar doen zich ook

28 F.J. van Ommeren, ‘Schaarse publieke rechten: een verplichting tot het creëren van mededingingsruimte?’, in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 235-265, spreekt in dit verband over een ‘zwakke rechtsnorm’.

29 Zie ABRvS 2 november 2016, AB 2016/426 m.nt. C.J. Wolswinkel (*speelautomatenhal Vlaardingen*), r.o. 12. Zie ook CBb 21 april 2011, AB 2011/192 m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade (*zon-dagavondwinkel Uden*).

30 MDW staat in dit verband voor Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit.

31 *Kamerstukken II* 2015/2016, 34471, 2.

nieuwe mogelijkheden voor om te profiteren van toegenomen concurrentie tussen marktpartijen.

Het MDW-rapport *Veilen en andere allocatiemechanismen* uit 2002 bevatte in dit verband een handreiking voor de verdelende overheid.³² Bij de verdeling van schaarse rechten moet de overheid volgens dit rapport steeds een zestal stappen doorlopen: (1) vaststelling van de allocatiedoelstellingen, (2) vaststelling van het aantal en de omvang van de te alloceren rechten, (3) keuze en vormgeving van het allocatiemechanisme, (4) confrontatie van de te alloceren rechten en het allocatiemechanisme met de allocatiedoelstellingen, (5) uitvoering van het allocatiemechanisme en (6) evaluatie van het allocatiemechanisme.³³ Hoewel de naamgeving van het rapport anders suggereert, richtte dit MDW-rapport zich uitsluitend op de keuze tussen de veiling en de vergelijkende toets (*beauty contest*). Andere verdelingsprocedures, zoals de loting en verdeling op volgorde van binnenkomst, bleven buiten beschouwing, omdat die in verdelingseigenschappen altijd inferieur zouden zijn aan de veiling of de vergelijkende toets.³⁴ Wanneer deelname aan een verdelingsprocedure wordt benaderd als een strategisch spel waarin rationele marktpartijen ernaar streven hun eigen nut te maximaliseren,³⁵ dan heeft de veiling inderdaad als eigenschap dat ze kan resulteren in een efficiënte uitkomst, in de zin dat de vergunning terecht komt bij degene die hieraan de meeste waarde toekent of hiermee de meeste waarde kan genereren.³⁶ Een vergelijkende toets biedt daarentegen de mogelijkheid om marktpartijen ook op kwaliteit te vergelijken, hetgeen aangewezen kan zijn indien de gewenste kwaliteit niet op voorhand door de overheid kan worden vastgesteld.³⁷

32 Illustratief is in dit verband dat de juridische eisen voor de verdeling van schaarse rechten (slechts) onderdeel zijn van een 'juridisch achtergrondrapport' bij het MDW-rapport *Veilen en andere allocatiemechanismen*.

33 Bijlage bij *Kamerstukken II* 2001/02, 24036, 254. Zie hierover ook Van Ommeren 2004, p. 9.

34 *Veilen en andere allocatiemechanismen*, p. 10-11.

35 Vgl. R.A. McCain, *Game Theory and Public Policy*, Cheltenham: Edward Elgar 2015.

36 De motivering voor de keuze van de veiling in de voorgestelde wetgeving voor speelcasino's steekt hierbij schril af: 'Als "gangbare" wijze van vergunningverlening is in het wetsvoorstel gekozen voor de methode van een veiling.' Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34471, 3, p. 15-16.

37 Zie uitgebreider onder meer E.E.C. van Damme, *Aanbesteding en veilingmechanismen: economische theorie en toepassingen*, Erasmus Universiteit Rotterdam 1997. Zie ook A.I. Ogus, *Regulation. Legal Form and Economic Theory*, Oxford: Clarendon Press 1994, p. 214 en 318, met een onderscheid tussen 'licensing' en 'public franchising'. Zie voor een vergelijkbaar onderscheid tussen open vergunningstelsels ('licensing') en gesloten vergunningstelsels ('governmental franchising') R. Baldwin, M. Cave & M. Lodge, *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 166. Deze tendens naar meer marktwerking is sterk geïnspireerd door economische theorieën van marktordening. Zie onder meer J.-J. Laffont & J. Tirole, *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, Cambridge: MIT Press 1993.

Hoewel er zeker wel enige indicaties zijn voor het succes van marktwerking bij de verdeling van schaarse vergunningen,³⁸ wordt het (theoretische) potentieel van de verschillende verdelingsprocedures in de praktijk lang niet altijd (volledig) gerealiseerd. De oorzaken hiervoor liggen niet alleen aan de kant van marktpartijen, in de zin dat ze onvoorspelbaar marktgedrag vertonen. Ook onzekerheid over de (juridische) spelregels kan de uitkomst van een verdeling negatief beïnvloeden: niet alleen zullen marktpartijen door een gebrek aan informatie mogelijk conservatief biedgedrag vertonen, maar ook durft het verdelende bestuur soms niet een verdelingsprocedure op een bepaalde manier vorm te geven, omdat wetgeving hiervoor geen adequate grondslag zou bieden.³⁹

3. De verdelende wetgever: een probleemanalyse

3.1 Betekenis van de wet voor de verdeling van schaarse vergunningen

Zoals aangegeven in paragraaf 2.2, vormen de beginselen van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid een belangrijke grondslag voor de ‘algemene regels van verdelingsrecht’, die grenzen stellen aan het verdelende bestuur. Juist de wet kan, gelet op haar algemene karakter en haar wijze van totstandkoming, bij uitstek deze waarden van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid dienen. Tegelijk zijn rechtsgelijkheid en rechtszekerheid niet exclusief verbonden aan de figuur van de wet:⁴⁰ gelijkheid kan bij de verdeling van schaarse vergunningen ook op andere wijzen worden gerealiseerd, bijvoorbeeld doordat het verdelende bestuursorgaan een beleidsregel vaststelt, terwijl rechtszekerheid voldoende kan worden gerealiseerd wanneer aanvragers voorafgaand aan de verdeling op de hoogte worden gesteld van de toepasselijke verdelingsregels en deze regels vervolgens niet meer worden gewijzigd. Ook anderszins moeten de verwachtingen van de wet niet overspannen zijn: een wettelijke bevoegdheidsgrondslag voor het verdelende bestuur garandeert immers nog niet dat het bestuur deze bevoegdheid ook uitoefent in overeenstemming met (algemene) regels van verdelingsrecht.

Dit gezichtspunt heeft consequenties voor het vervolg van deze bijdrage. Zoals uit algemene beginselen van behoorlijk bestuur algemene regels van verdelingsrecht kunnen worden afgeleid voor het ‘verdelende bestuur’, zo zouden uit beginselen

38 Zie bijv. K. van Buiren, M. Gerritsen, L. Leussink & J. van der Voort, ‘Het effect van aanbesteden op de kwaliteit van het openbaar vervoer’, *TPEdigitaal* 2012, p. 63-74. Voor zover het succes wordt bepaald aan de hand van de veilingopbrengst, worden de UMTS-veiling uit 2000 (f 5,9 miljard) en de Multiband-veiling uit 2012 (€ 3,8 miljard) als grote successen beschouwd. Daartegenover staat een schamele opbrengst van € 14 in de WLL 26 GHz-veiling (*Kamerstukken II* 2004/05, 26643, 64).

39 Zie expliciet *Kamerstukken II* 2000/01, 24095, 55.

40 S.E. Zijlstra, ‘Wetgeven in een democratische rechtsstaat’, in: S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer 2012, p. 83.

van behoorlijke wetgeving⁴¹ specifieke eisen van wetgevingskwaliteit kunnen worden afgeleid voor het optreden van de ‘verdelende wetgever’. Aan deze top-down benadering kleefde echter het bezwaar dat ze wederom resulteert in een verzameling van algemene en minimale eisen die onvoldoende het reguleringspotentieel van schaarse vergunningen benut (vergelijk par. 2.3). Daarom wordt in deze bijdrage de voorkeur gegeven aan een bottom-up benadering, waarbij uit de ervaringen (en knelpunten) in de praktijk van verdelingswetgeving meer algemene gezichtspunten over optimale verdelingswetgeving worden afgeleid.⁴² Daartoe volgt in deze paragraaf allereerst een karakterisering van een aantal knelpunten in de verdeling van schaarse vergunningen, die (mede) het gevolg zijn van het optreden van de wetgever.

3.2 De ‘zwijgende’ wetgever

In een aantal wetten heeft de wetgever zich amper uitgelaten over het schaarse karakter van de vergunning en de consequenties die hieraan moeten worden verbonden. Voorbeelden hiervan zijn de Wet op bijzondere medische verrichtingen⁴³ en (deels) de Wet op de kansspelen (Wok). Gevolg van dit zwijgen is dat het verdelende bestuur niet alleen in het duister tast over de bedoeling van de wetgever, maar ook in het verlengde daarvan het verdelingspotentieel van de schaarse vergunning in kwestie onvoldoende dreigt te benutten. Een bekende reactie is namelijk dat het verdelende bestuur ‘op safe’ speelt door de vergunningen op volgorde van binnenkomst van de aanvragen te verdelen om de enkele reden dat de relevante wetgeving geen grondslag biedt voor een andere verdelingsprocedure. Binnen deze categorie van ‘wetsarme’ schaarse vergunningen kan nader onderscheid worden gemaakt tussen twee verschillende situaties. Allereerst kan zich de situatie voordoen dat de wetgever die een vergunningstelsel heeft ingesteld, hierbij geen vergunningenplafond heeft vastgesteld noch een expliciete grondslag hiervoor heeft gecreëerd. In die gevallen rijst de vraag of de wetgever heeft willen toestaan of juist heeft willen uitsluiten dat het vergunningverlenende bestuursorgaan zelf een vergunningenplafond vaststelt, bijvoorbeeld in de vorm van een beleidsregel. Zo is het vergunningstelsel voor goede-doelenloterijen wettelijk gezien open,⁴⁴ maar in de praktijk werd tot voor kort een – door nieuwe marktpartijen zwaar betwist – ‘maximumbeleid’ van vier vergunningen voor niet-incidentele loterijen gehanteerd.⁴⁵ Juist bij ‘beleidsmatig’ schaarse vergunningen zal de vraag naar de toelaatbaarheid van een vergunningenplafond rijzen, omdat

41 Een geschikt aanknopingspunt hiervoor zouden de zes wetgevingskwaliteitseisen uit de notitie *Zicht op wetgeving* kunnen zijn (zie ook Ar 254), namelijk (a) rechtmatigheid en verwerkelijking van rechtsbeginselen, (b) doeltreffendheid en doelmatigheid, (c) subsidiariteit en evenredigheid, (d) uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid, (e) onderlinge afstemming en (f) eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid.

42 Zie uitgebreider over deze benadering: Wolswinkel 2013, p. 46.

43 Zie hierover ABRvS 6 maart 2013, *JB* 2013/69 m.nt. R.J.N. Schlössels, *AB* 2014/51 m.nt. A.T. Marseille.

44 Art. 3 Wok.

45 Zie hierover reeds ABRvS 18 juli 2007, *AB* 2007/302 m.nt. J.H. Jans, en recent Rb. Amsterdam 12 mei 2016, *ECLI:NL:RBAMS:2016:3120 (Lottovate)*, waarin de rechter een streep haalde door dit maximumstelsel.

inherent aan het gebruik van een beperkt beschikbare natuurlijke hulpbron is dat ook beperkingen aan het gebruik hiervan worden gesteld.⁴⁶

Daarnaast kan zich de situatie voordoen dat de wetgever weliswaar een vergunningenplafond heeft vastgesteld, maar zich niet heeft uitgelaten over de wijze van verdeling.⁴⁷ Zo bepaalt de Wok voor een aantal kansspelen (zoals de lotto, de totalisator en het speelcasino) dat maximaal één vergunning kan worden verleend. De Wok bepaalt echter niet *op welke wijze* deze exclusieve vergunningen vervolgens moeten worden verdeeld.⁴⁸ Wellicht valt dit zwijgen van de wetgever historisch te verklaren uit het feit dat ten tijde van de introductie van deze vergunningenplafonds in de Wok er steeds slechts één geschikte kandidaat was en dus geen verdelingsprocedure hoefde te worden toegepast. Inmiddels liggen de marktomstandigheden echter anders en zal het verdelende bestuur, als gevolg van toenemende vraag van (buitenlandse) marktpartijen naar deze schaarse vergunningen, een bepaalde verdelingsprocedure moeten kiezen. Dan rijst de vraag welke betekenis het verdelende bestuur moet toekennen aan het zwijgen van de wetgever over de wijze van verdeling. Heeft de wetgever bewust ruimte willen geven aan het bestuur om zelf een geschikte verdelingsprocedure te kiezen, is de wetgever vergeten een verdelingsprocedure te kiezen of heeft de wetgever impliciet voor een bepaalde verdelingsprocedure gekozen? In de rechtspraak valt geen eenduidig antwoord op deze vraag te vinden. Enerzijds wordt aanvaard dat het bestuur in geval van zwijgende wetgeving een (impliciete) praktijk van vergunningverlening op volgorde van binnenkomst hanteert.⁴⁹ Anderzijds wordt ook aanvaard dat het bestuursorgaan voor een andere verdelingsprocedure kiest, zoals een loting of een vergelijkende toets.⁵⁰

Kenmerkend voor deze 'wetsarme' schaarse vergunningen is dat veel nadruk komt te liggen op het leerstuk van de 'geïmpliceerde bevoegdheden':⁵¹ impliceert de (wettelijke) bevoegdheid tot vergunningverlening de bevoegdheid om het aantal te verlenen vergunningen op voorhand te beperken tot een maximum en de bevoegdheid om vervolgens een bepaalde verdelingsprocedure te kiezen? Met name ten aanzien van de veiling of andere verdelingsprocedures met een prijsmechanisme bestaat grote onzekerheid of een dergelijke procedure zonder wettelijke

46 Zo werd bij de verlening van vergunningen voor de exploitatie van windparken op zee onder de voormalige Wet beheer rijkswaterstaatswerken uit de weigeringsgrond 'doelmatig gebruik' afgeleid dat voor een bepaalde locatie niet tweemaal een vergunning kon worden verleend, waardoor de vergunning een schaars (exclusief) karakter kreeg. Dit stelsel is inmiddels vervangen door de Wet windenergie op zee.

47 Zie ook Van Ommeren 2011, p. 210.

48 Zie art. 9, 14b, 16, 24, 27b en 27h Wok.

49 Zie CBb 28 april 2010, AB 2010/186 m.nt. C.J. Wolswinkel (*speelautomatenhal Zwolle*) en ABRvS 9 maart 2016, AB 2016/324 m.nt. C.J. Wolswinkel (*speelautomatenhal Rotterdam*).

50 Zie bijv. CBb 29 april 2011, AB 2011/180 m.nt. C.J. Wolswinkel (*zondagavondwinkel Tiel*) en CBb 16 december 2011, AB 2012/161 m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade, JB 2012/59 (*zondagavondwinkel Haarlemmermeer*).

51 Zie F.J. van Ommeren, 'Het legaliteitsbeginsel in het staats- en bestuursrecht: opkomst en ondergang van de geïmpliceerde bevoegdheden?', *RMThemis* 2002, afl. 5, p. 123-137.

grondslag kan worden toegepast.⁵² Dat kan ertoe leiden dat het bestuursorgaan veiligheidshalve (of zelfs onbewust) kiest voor verdeling op volgorde van binnenkomst.

3.3 De ‘dralende’ wetgever

Enigszins verwant met de ‘zwijgende’ wetgever is de ‘dralende’ wetgever. In dat geval is wetgeving weliswaar in voorbereiding, maar kan het bestuur nog geen gebruik maken van deze wetgeving omdat die nog niet definitief is. Met name de herverdeling van schaarse vergunningen biedt voorbeelden van een dergelijke dralende wetgever. Bij een herverdeling kunnen namelijk verschillen bestaan tussen zittende vergunninghouders en nieuwe marktpartijen, die een ongelijke behandeling van aanvragers zouden rechtvaardigen. Tegelijk biedt wetgeving soms nog geen expliciete basis voor het nemen van dergelijke asymmetrische maatregelen, eenvoudigweg omdat die maatregelen bij de initiële verdeling nog niet nodig waren. In dat geval bestaat het risico dat hetzij dergelijke (noodzakelijke) maatregelen bij de herverdeling achterwege worden gelaten, hetzij dergelijke maatregelen worden gebaseerd op zeer algemene delegatiegrondslagen, waarbij de vraag rijst of de wetgever dergelijke maatregelen wel heeft willen toestaan.⁵³ In hoeverre het verdelende bestuur wordt gehinderd door een trage wetgever,⁵⁴ hangt overigens sterk af van de kaders die de verdelingswetgeving in kwestie stelt. Zo is onlangs een ‘transparante gunningsprocedure’ gestart voor de vergunning voor het organiseren van een totalisator, terwijl de Wok hierover slechts bepaalt dat ten hoogste één vergunning mag worden verleend.⁵⁵

- 52 Illustratief is in dit verband de volgende opmerking in de kabinetsreactie op het MDW-rapport *Veilen en andere allocatiemechanismen (Kamerstukken II 2001/02, 24036, 254)*: ‘Zonder zich op enige wijze uit te spreken over de rechtmatigheid van veilingen zonder wettelijke grondslag in het verleden, acht het kabinet het op grond van de aanbevelingen van de werkgroep wenselijk om in de toekomst veilingen van publiekrechtelijke vermogensrechten (bijvoorbeeld vergunningen) die uitgaan van het Rijk te funderen op een wettelijke grondslag. Hiertoe zal worden onderzocht of het nuttig en mogelijk is om een modelbepaling te ontwikkelen.’ Deze modelbepaling is er overigens nooit gekomen.
- 53 Illustratief is in dit verband de discussie over de toelaatbaarheid van een reservering van frequentievergunningen voor nieuwkomers: terwijl de regering van mening was dat de Tw geen grondslag hiervoor bood (*Kamerstukken II 2000/01, 24095, 55*), oordeelde het CBb dat dit wel het geval was (CBb 29 maart 2004, *Mediaforum* 2004/26 m.nt. A.W. Hins, AB 2005/293 m.nt. G.J.M. Cartigny (*UMTS*)). Zie over de wettelijke grondslag voor een zogeheten ‘cap’, die het aantal vergunningen dat een aanvrager kan verwerven maximeert: CBb 24 mei 2012, AB 2013/66 m.nt. C.J. Wolswinkel (*cap 2,6 GHz-veiling*).
- 54 Omgekeerd ziet de wetgever zich soms ook genoodzaakt het dralende bestuur te hulp te schieten, bijv. wanneer het bestuur onvoldoende tijdig op een aanstaande herverdeling anticipeert en het gevaar dreigt dat de verleende schaarse vergunningen aflopen op een moment dat nog geen nieuwe vergunningen zijn verleend. Zie in dit verband het Besluit continuïteit mobiele telecomcommunicatiedienstverlening, *Stb.* 2012, 352.
- 55 Zie [www.kansspelautoriteit.nl/onderwerpen/sitemap-0/start-procedure/\(geraadpleegd op 10 januari 2017\)](http://www.kansspelautoriteit.nl/onderwerpen/sitemap-0/start-procedure/(geraadpleegd%20op%2010%20januari%202017)).

3.4 De ‘overijverige’ wetgever

Aan de andere kant van het spectrum bevinden zich ‘wetsrijke’ schaarse vergunningen, dus schaarse vergunningstelsels met een uitgebreid wettelijk kader. Voorbeelden hiervan zijn de Telecommunicatiewet (Tw) ten aanzien van de verlening van frequentievergunningen en de Mijnbouwwet ten aanzien van vergunningverlening voor de opsporing, winning en opslag van delfstoffen. Met name hoofdstuk 3 Tw is sinds de introductie hiervan in 1998 gestaag uitgebreid met een gevarieerde en verfijnde verzameling van regels over de verdeling van (schaarse) frequentievergunningen.⁵⁶

De verdelingspraktijk laat echter ook zien dat te gedetailleerde wetgeving het bestuur onnodig kan beknellen in een optimale verdelingskeuze. Illustratief is in dit verband de discussie rond de geruchtmakende ‘zero base’-verdeling van commerciële radiofrequenties in 2003.⁵⁷ Destijds bood de Tw de keuze tussen de veiling, de vergelijkende toets en verdeling op volgorde van binnenkomst van de aanvragen. Op grond van het Frequentiebesluit, een algemene maatregel van bestuur op grond van de Tw, had de veiling in beginsel de voorkeur boven een vergelijkende toets. Toen de staatssecretaris van Economische Zaken deze frequenties wilde verdelen door middel van een vergelijkende toets, was dus wijziging van de betreffende algemene maatregel van bestuur noodzakelijk alvorens deze keuze kon worden gerealiseerd.⁵⁸ Een ander voorbeeld van ‘knellende’ wetgeving in de Tw betrof de wettelijke bepaling dat – uit een oogpunt van gelijke behandeling en rechtszekerheid – een ‘vergelijkbare verdelingsprocedure’ moet worden toegepast bij elke vervolgvelding binnen een bepaalde bestemming.⁵⁹ Met dit voorschrift lag de keuze van de verdelingsprocedure dus feitelijk voor een langere periode vast. Dit kan uit een oogpunt van rechtszekerheid als een voordeel worden beschouwd, maar heeft als keerzijde dat het bestuur hierdoor mogelijk onvoldoende flexibiliteit geniet bij het kiezen van de optimale verdelingsprocedure. In de hernieuwde regeling van hoofdstuk 3 Tw is deze verdelingsnorm van een vergelijkbare verdelingsprocedure dan ook weggelaten.

3.5 De ‘wispelturige’ wetgever

Als vierde kan worden gewezen op het verschijnsel van de ‘wispelturige’ wetgever. Waar, gelet op haar wijze van totstandkoming, de wet in formele zin (en in mindere mate de algemene maatregel van bestuur) kan bijdragen aan rechtszekerheid over een langere periode, blijken de belangen bij de verdeling van schaarse vergunningen soms zo groot dat deze rust slechts relatief is. Deels kan die wispeltu-

56 Zie voor een recente beschrijving C.J. Wolswinkel, ‘The Allocation of Radio Frequencies in the Netherlands’, in: P.C. Adriaanse, F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Scarcity and the State II. The Allocation of Limited Rights by the Administration. Member State Reports on the Allocation of Gambling Licences, Radio Frequencies and CO2 Emission Permits*, Cambridge: Intersentia 2016, p. 155-173.

57 Zie uitgebreider C.J. Wolswinkel, ‘De zero-base-verdeling: enig in haar soort?’, in: M.J. Geus e.a. (red.), *25 jaar Mediaforum*, Amsterdam: Otto Cramwinckel, p. 102-108.

58 Zie uitgebreider over de politieke dimensie van deze beleidswijziging Van Ommeren 2004, p. 21-22.

59 Art. 3.3 lid 9 Tw (oud).

righeid een reactie zijn op de hiervoor gesignaleerde overdaad aan ijver. Maar ook daarbuiten toont de bijzondere wetgever zich regelmatig wispelturig. Zo bevat artikel 61 van de Wet personenvervoer 2000 (WPV 2000) een aanbestedingsplicht voor regionaal openbaar vervoer per bus, tram of metro, maar lange tijd bestond een *tijdelijke* uitzondering hierop voor de (vier) grote steden, doordat bij algemene maatregel van bestuur de genoemde aanbestedingsplicht voor deze steden steeds werd uitgesteld. Na herhaaldelijk uitstel van deze verplichting werd uiteindelijk een wetsvoorstel ingediend om deze uitzonderingspositie op te heffen en ook het openbaar vervoer in de grote steden aanbestedingsplichtig te maken.⁶⁰ Toen dit wetsvoorstel in het zicht van de haven door de Eerste Kamer was verworpen daags nadat het kabinet-Rutte I was gevallen, werd terstond een initiatiefwetsvoorstel ingediend en aangenomen, dat aan deze (uitgestelde) aanbestedingsverplichting voor de grote steden juist een definitief einde maakte.⁶¹

Het ligt voor de hand dat verdelingswetgeving niet kan worden gewijzigd, althans dat een wijziging geen betekenis meer kan hebben, zodra een verdelingsprocedure is aangevangen en aanvragers hun aanvragen hebben ingediend. Dergelijke wijzigingen staan immers op gespannen voet met verwachtingen van aanvragers op het moment dat zij een aanvraag indienden. De vraag is echter of verdelingswetgeving voor de volledige duur van de looptijd van de schaarse vergunning moet worden 'bevroren'. Zoals aangegeven in paragraaf 2.2, wordt uit het beginsel van gelijke behandeling en de hieruit voortvloeiende transparantieplichting een verbod op 'wezenlijke wijzigingen' afgeleid: wanneer de mogelijkheid van een bepaalde wijziging, zoals een verlenging van de looptijd van een schaarse vergunning, niet expliciet kenbaar is gemaakt voorafgaand aan de verdelingsprocedure, is een dergelijke wijziging tijdens de looptijd van de schaarse vergunning in beginsel uitgesloten. Dit zou dus ook kunnen betekenen dat nieuwe wetgeving niet mag worden toegepast, omdat die toepassing in strijd zou komen met het gelijkheidsbeginsel. Juist omdat de betekenis van het verbod op 'wezenlijke wijzigingen' voor de verdeling van schaarse vergunningen nog niet volledig is uitgekristalliseerd,⁶² verdient het daarom de voorkeur wanneer de wetgever zo veel mogelijk vooraf duidelijkheid biedt over de gevallen waarin wijziging van een schaarse vergunning geoorloofd is.

3.6 De 'geïsoleerde' wetgever

Een laatste verschijnsel betreft de geïsoleerde wetgever. Regelmatig zijn voor een bepaalde economische activiteit meerdere schaarse rechten (vergunningen, toestemmingen, subsidies en dergelijke) nodig. Het gevaar dreigt dat de wettelijke kaders voor de verlening van die schaarse rechten onvoldoende op elkaar zijn afgestemd. Dit kan er bijvoorbeeld toe leiden dat gegadigden tweemaal moeten meedingen in een competitieve procedure, waarna ze aan het einde van de rit alsnog met lege handen komen te staan. Deze situatie deed zich tot voor kort voor

60 Kamerstukken II 2009/10, 32376, 2

61 Kamerstukken II 2010/11, 32845, 2.

62 CBb 28 december 2015, JB 2016/55, AB 2016/131 m.nt. J. Wieland (*Qbuzz*).

bij de vergunningverlening voor windmolenparken op zee: nadat diverse aanvragers – op volgorde van binnenkomst – een schaarse vergunning voor de exploitatie van een windmolenpark op zee hadden bemachtigd, bleef een aantal van hen alsnog met lege handen (en dubbele aanvraagkosten) staan omdat zij in de hierop volgende subsidietender onvoldoende hoog werden gerangschikt.

Daarnaast kan zich de situatie voordoen dat in een bepaalde ‘wetgevingskolom’ weliswaar ruimte voor mededinging wordt geboden, maar deze mededingingsruimte feitelijk teniet wordt gedaan door de besluitvorming in een andere wetgevingskolom. Deze situatie leek zich voor te doen in de genoemde zaak *speelautomatenhal Vlaardingen*, waar voor verlening van een schaarse vergunning niet alleen overeenstemming met het vergunningenplafond noodzakelijk was, maar ook overeenstemming met het bestemmingsplan. Doordat op grond van het bestemmingsplan slechts één locatie geschikt was voor vergunningverlening, zou daardoor de noodzakelijke mededinging om de schaarse vergunning voor de exploitatie van de speelautomatenhal feitelijk wegvallen.⁶³ Een betere afstemming tussen beide wetgevingskolommen zou een dergelijk wegvallen van mededinging kunnen opvangen.

4. Naar optimale verdelingswetgeving?

4.1 Tekortkomingen in de verdeling

Bovenstaande knelpunten in verdelingswetgeving maken een *rechtmatige* verdeling van schaarse vergunningen niet onmogelijk. Zo kan – ondanks een zwijgende (of dralende) wetgever – het verdelende bestuur enkel op grond van zijn (wettelijke) bevoegdheid tot vergunningverlening een rechtmatige verdeling van schaarse vergunningen realiseren, mits daarbij wordt gehandeld in overeenstemming met de algemene regels van verdelingsrecht die uit algemene beginselen van behoorlijk bestuur voortvloeien. Eventueel kan het bestuur zelf ten behoeve van de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid beleidsregels vaststellen over de uitoefening van zijn bevoegdheid.⁶⁴

Een andere vraag is of deze knelpunten in verdelingswetgeving een *optimale* verdeling van schaarse vergunningen in de weg kunnen staan. Dat is zeker het geval. Het zwijgen van de wetgever kan er bijvoorbeeld toe leiden dat het bestuur een bepaalde keuze die zou bijdragen aan een optimale verdeling, niet durft te maken omdat het meent daartoe niet bevoegd te zijn. De wet kan dus niet alleen aan (potentiële) aanvragers, maar ook aan het verdelende bestuur meer zekerheid bieden over het toepasselijke verdelingsrecht. De wetgever kan daarbij een stap verder gaan dan de rechter door niet alleen ‘algemene regels van verdelingsrecht’ te concretiseren voor de verdelingscontext van een specifieke schaarse vergunning, maar deze eisen ook ‘op te waarderen’ voor de schaarse vergunning in kwestie.

63 Zie hierover met name punt 7 van de conclusie van A-G Widdershoven van 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421.

64 Vgl. art. 4:81 Awb.

4.2 Brede oriëntatie op het Unierecht (geïsoleerde wetgever)

Het is vanzelfsprekend dat de bijzondere wetgever bij het opstellen van verdelingswetgeving rekening moet houden met het Unierecht dat op 'zijn' schaarse vergunning betrekking heeft.⁶⁵ Recente ontwikkelingen in de rechtspraak laten echter zien dat de nationale wetgever twee stappen verder moet gaan in zijn oriëntatie op het Unierecht en zodoende geïsoleerde wetgeving kan tegengaan. Allereerst blijkt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie dat de keuze van de Uniewetgever om een bepaalde sector of een bepaalde schaarse vergunning op een bepaalde wijze te reguleren, *niet* impliceert dat andere sectoren of andere schaarse vergunningen niet zijn onderworpen aan vergelijkbare eisen. Zo verplicht artikel 12 Dienstenrichtlijn tot een transparante en onpartijdige selectieprocedure voor natuurlijk of technisch schaarse dienstenvergunningen, maar hieruit kan niet *a contrario* worden afgeleid dat de verdeling van andere, 'beleidsmatig' schaarse dienstenvergunningen niet onderworpen is aan een vergelijkbare transparantieverplichting.⁶⁶ Een ander voorbeeld betreft de eis dat een beperking van een verkeersvrijheid slechts geschikt kan zijn indien de betreffende activiteit op een samenhangende en stelselmatige wijze wordt beperkt. Omdat deze eis aanvaankelijk binnen de kansspeljurisprudentie van het Hof is ontwikkeld,⁶⁷ is het niet verwonderlijk dat deze eis terugkeert bij de totstandkoming van nationale kansspelwetgeving. Het Hof leidt deze eis echter af uit de fundamentele verkeersvrijheden, zodat die evenzeer van belang is voor andere (economische) activiteiten die in omvang worden beperkt.

Daarnaast moet het onderscheid tussen schaarse vergunningen met en zonder grensoverschrijdend karakter steeds verder worden gerelativeerd. De Unierechtelijke verkeersvrijheden zijn weliswaar slechts van toepassing indien sprake is van een economische activiteit met een grensoverschrijdend karakter,⁶⁸ maar aan deze voorwaarde van grensoverschrijdendheid wordt al voldaan zodra niet kan worden uitgesloten dat een buitenlandse onderneming in de betreffende (economische) activiteit geïnteresseerd kan zijn.⁶⁹ Juist bij de verdeling van schaarse vergunningen zal dit laatste niet snel kunnen worden uitgesloten, omdat dergelijke vergunningen vanwege hun schaarse karakter doorgaans een grote economi-

65 Zie hierover C.J. Wolswinkel, 'The Need for Optimal Choice. Exploring a Hierarchy between Allocation Procedures for Limited Authorisations under EU Law', in: P. Adriaanse e.a., *Scarcity and the state I*, Tilburg, Department for Public Law, Jurisprudence and Legal History 2016, p. 187-218.

66 HvJ EU 14 juli 2016, AB 2016/320 m.nt. C.J. Wolswinkel (*Promoimpresa*). Opvallend genoeg is in Ar 131d lid 3, waarin de verplichting van art. 12 Dienstenrichtlijn is opgenomen, deze beperking tot natuurlijk of technisch schaarse vergunningen weggevallen en wordt – terecht – een transparante selectieprocedure voor alle schaarse dienstenvergunningen onder de Dienstenwet voorgeschreven.

67 Zie HvJ EG 6 november 2003, ECLI:EU:C:2003:597 (*Gambelli*).

68 HvJ EU 22 december 2010, ECLI:EU:C:2010:808 (*Omalet*).

69 Zie over deze grensoverschrijdendheid in de context van de Dienstenrichtlijn: HvJ EU 1 oktober 2015, AB 2015/437 m.nt. A. Drahmman (*Trijber en Harmsen*), r.o. 41-43. Zie ook A. Drahmman, 'De werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn in Nederland: is aanvullende implementatie wenselijk?', *NTB* 2016/17, p. 145-148 en M.R. Botman, 'Rechtspraak Dienstenrichtlijn: de stand van zaken', *SEW* 2016/84, afl. 5, p. 200-201.

sche waarde vertegenwoordigen. De reeds genoemde uitspraak *speelautomatenhal Vlaardingen* van de Afdeling gaat nog een stap verder door een nationale ‘verdelingsnorm’ inzake transparantie te erkennen, die – althans in bewoordingen – identiek is aan de Unierechtelijke transparantieverplichting. Deze koppeling van een nationaalrechtelijke aan een Unierechtelijke norm faciliteert dat Unierechtelijke ontwikkelingen ten aanzien van de transparantieverplichting direct doorwerken in ‘nationale’ verdelingen die niet zijn onderworpen aan de Unierechtelijke verkeersvrijheden, zoals verdelingen van schaarse vergunningen zonder (duidelijk) grensoverschrijdend belang én verdelingen van vergunningen voor niet-economische activiteiten. De wetgever zal zich van deze ‘olievlek’-werking van Unierechtelijke verdelingsnormen bewust moeten zijn bij het opstellen van nationale verdelingswetgeving.

4.3 Concrete keuzes in wetgeving (zwijgende en dralende wetgever)

De Aanwijzingen voor de regelgeving schrijven voor dat bij de verdeling van de elementen van een regeling over de wet in formele zin en algemeen verbindende voorschriften van lager niveau de wet in formele zin ten minste de hoofdelementen van de regeling moet bevatten.⁷⁰ Wat zijn nu die hoofdelementen van een gelimiteerd vergunningstelsel waarover de wetgever in formele zin zich in elk geval zou moeten uitspreken?⁷¹

- *Doelstellingen*

In lijn met de eerste stap in het MDW-rapport *Veilen en andere allocatiemechanismen* dient de wetgever zich allereerst uit te spreken over de doelstellingen die met de verdeling van schaarse vergunningen moeten worden nagestreefd. Hier moeten drie typen doelstellingen worden onderscheiden: het doel dat met het vergunningstelsel als zodanig wordt nagestreefd (‘vergunningsdoel’), het doel dat met de beperking van het aantal vergunningen wordt nagestreefd (‘beperkingsdoel’) en het doel dat met de verdeling van deze schaarse vergunningen wordt nagestreefd (‘verdelingsdoel’). Bovendien dient binnen het verdelingsdoel te worden onderscheiden tussen doelstellingen ten aanzien van de uitvoering van de verdelingsprocedure, zoals een transparante procedure, en doelstellingen ten aanzien van de uitkomst van de verdelingsprocedure, zoals een efficiënte verdeling of inkomsten voor de overheid.⁷² Deze categorieën van doelstellingen kunnen overlap vertonen, maar hoeven dat niet noodzakelijk te doen. Zo kan uit een oogpunt van openbare orde een vergunningvereiste gelden en het aantal te verlenen vergunningen tot een maximum zijn beperkt, maar hoeft dit nog niet te betekenen dat openbare orde tevens als verdelingscriterium wordt gehanteerd. Alleen wanneer de wetgever deze (verschillende) doelstellingen voldoende expliciteert, kan het verdelende bestuur zijn bevoegdheid tot vergunningverlening uitoefenen in over-

70 Ar 22.

71 Zie voor de elementen die de algemene wetgever zou moeten regelen: Van Ommeren 2016, p. 80-89.

72 M.C.W. Janssen, ‘Introduction’, in: M.C.W. Janssen (red.), *Auctioning Public Assets. Analysis and Alternatives*, Cambridge: Cambridge University Press 2004, p. 2-4.

eenstemming met én ter verwezenlijking van deze doelen. Een gevaar waarvan de wetgever zich bewust moet zijn, is dat een overdaad aan verdelingsdoelstellingen mogelijk niet gelijktijdig kan worden gerealiseerd.⁷³

- *Verdelers*

Een vervolgvraag is wie de verdeling van schaarse vergunningen ter hand moet nemen. Doorgaans zal op rijksniveau een minister bevoegd zijn tot vergunningverlening, maar het laatste decennium rijst steeds vaker de vraag of de verdeling van schaarse vergunningen niet op afstand van de politiek (en de gedelegeerde wetgever) moet worden geplaatst. Ten aanzien van de Tw is dit nog niet gerealiseerd,⁷⁴ maar binnen de kansspelwetgeving is inmiddels de raad van bestuur van de Kansspelautoriteit bevoegd tot vergunningverlening in plaats van de minister van Veiligheid en Justitie.

- *Vergunningenplafond*

Het is wenselijk dat de wetgever hetzij een vergunningenplafond zelf vaststelt, hetzij aan het bestuur expliciet de bevoegdheid toekent om een vergunningenplafond vast te stellen. Deze behoefte geldt met name indien het aantal vergunningen om beleidsmatige redenen wordt beperkt. De omvang van het vergunningenplafond zal door de wetgever moeten worden gemotiveerd, waarbij in het bijzonder de vraag moet worden beantwoord waarom een vergunningenplafond, dat de mededinging op de betreffende markt immers beperkt, geschikt en noodzakelijk is om bepaalde reguleringsdoelen te verwezenlijken. De vaststelling van een vergunningenplafond brengt verder wetstechnisch mee dat aan de bestaande catalogus van weigeringsgronden van het vergunningstelsel een weigeringsgrond moet worden toegevoegd: een vergunning moet tevens worden geweigerd indien door verlening hiervan het vergunningenplafond zou worden overschreden.⁷⁵

- *Verdelingsprocedure*

De bijzondere wetgever dient richting te geven aan de door het bestuur toe te passen verdelingsprocedure zodra hij (de mogelijkheid van) een vergunningenplafond heeft ingesteld. Het is daarbij niet nodig dat de wetgever één specifieke verdelingsprocedure kiest.⁷⁶ Wanneer de wetgever echter aan het bestuur de keuze tussen verschillende verdelingsprocedures laat, is het wenselijk om aanvullende criteria te formuleren die het bestuur bij het maken van deze keuze in acht moet nemen.⁷⁷ De keuze voor één of meer verdelingsprocedures laat onverlet dat de

73 Zie bijv. de evaluatie van de 2,6 GHz-veiling (*Kamerstukken II* 2010/11, 24095, 262).

74 Zie voor een pleidooi in deze richting N.A.N.M. van Eijk & A.W. Hins, 'Verdeling van radiofrequenties', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 67-68.

75 ABRvS 14 maart 2007, AB 2007/212 m.nt. J.H. Jans (*Holland Casino*).

76 Zo biedt art. 3.10 Tw aan de minister van Economische Zaken de keuze uit zes verschillende verdelingsprocedures.

77 Art. 3.10 lid 3 Tw geeft bijv. aan dat een veiling of vergelijkende toets niet wordt toegepast indien het redelijkerwijs te verwachten is dat de voor verdeling beschikbare frequentieruimte voldoende is om aan de vraag te voldoen.

inrichting hiervan nader zal moeten worden geregeld in lagere regelgeving; een uitputtende karakterisering van een verdelingsprocedure in een wet in formele zin is niet noodzakelijk om de gewenste rechtszekerheid en rechtsgelijkheid te realiseren en kan het bereiken van bepaalde verdelingsdoelstellingen wegens het gebrek aan maatwerk juist in de weg staan.⁷⁸

- *Additionele verdelingselementen*

Bepaalde onderdelen in het ontwerp van een verdeling zijn niet beperkt tot een bepaalde verdelingsprocedure, maar kunnen terugkeren bij elke verdelingsprocedure. Voorbeelden hiervan zijn de verplichting tot betaling van een reserveringsbedrag, de reservering van bepaalde vergunningen voor bepaalde categorieën van aanvragers of de oplegging van een zogeheten ‘cap’, waardoor een grens wordt gesteld aan het aantal vergunningen dat een individuele aanvrager kan verwerven. De bijzondere wetgever zal zich moeten uitspreken over de vraag of dergelijke additionele elementen in een verdelingsprocedure kunnen worden opgenomen. In het verleden bestond namelijk grote terughoudendheid om algemene delegatiegrondslagen te hanteren voor dergelijke aanvullende en soms asymmetrische maatregelen, zodat het gevaar dreigt dat het bestuur dergelijke noodzakelijke elementen noodgedwongen achterwege laat.⁷⁹

- *Oproep tot mededinging (en uitzonderingen hierop)*

Uit het gelijkheidsbeginsel vloeit de (minimale) eis van ‘een passende mate van openbaarheid’ voort. Omdat deze open norm tot rechtsonzekerheid kan leiden voor zowel aanvragers als het bestuur, is het mijns inziens aan de bijzondere wetgever om hieraan concrete betekenis te geven voor een specifieke schaarse vergunning. Omdat in bijzondere wetgeving mijns inziens het zwaartepunt moet worden gelegd bij ‘rule-based’ wetgeving,⁸⁰ is een verplichting in bijzondere wetgeving tot het hanteren van een ‘transparante selectieprocedure’ onvoldoende.⁸¹ Om die reden heeft de wetgever mijns inziens terecht artikel 12 Dienstenrichtlijn⁸² niet geïmplementeerd door middel van een algemene bepaling in de Dien-

78 Zo bepaalt art. 61 WPV 2000 dat concessies worden verleend na een aanbesteding, maar wordt de vaststelling van de toepasselijke aanbestedingsregels overgelaten aan de regering. Om onduidelijke redenen verklaart art. 37 Besluit personenvervoer 2000 nog steeds een aantal bepalingen uit het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten van overeenkomstige toepassing. Deze AMvB is inmiddels ingetrokken en vervangen door de Aanbestedingswet 2012, die bovendien door de implementatie van de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen uit 2014 ingrijpend is herzien. Hierdoor is momenteel niet geheel duidelijk welk regime de aanbesteding van concessies voor het verrichten van openbaar vervoer beheerst.

79 Zie par. 3.3.

80 Van Ommeren 2016, p. 90, spreekt zich uit voor een combinatie van ‘rule-based’ en ‘principle-based’ wetgeving als het gaat om een *algemeen* wetgevingskader voor de verdeling van schaarse vergunningen.

81 Zo verplicht art. 15 lid 1 Postwet 2009 de minister van Economische Zaken ertoe om op basis van een *transparante selectieprocedure* voor onbepaalde tijd een postvervoerbedrijf aan te wijzen dat belast is met de universele postdienst of een gedeelte hiervan.

82 Zie in algemene zin hierover M.R. Botman, *De Dienstenrichtlijn in Nederland* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom juridisch 2015.

stenwet, maar die implementatie overgelaten aan sectorspecifieke wetgeving.⁸³ Bovendien kan bijzondere wetgeving sectorspecifieke uitzonderingen op deze verplichting tot een passende mate van openbaarheid formuleren. Het voorgestelde artikel 27i lid 2 Wok over de aankondiging van de veiling over speelcasino's hinkt daarom te veel op twee gedachten door enerzijds te verplichten tot een tijdige *passende openbaarheid* van het voornemen tot het houden van een veiling van een speelcasinovergunning en anderzijds *in ieder geval* te verplichten tot aankondiging van dit voornemen in de Staatscourant.⁸⁴ Mijns inziens verdient het de voorkeur wanneer bijzondere wetgeving eenduidig de wijze van aankondiging (exact) voorschrijft.⁸⁵

- *Verdelingsafhankelijke beperkingen en voorschriften*

Uit de jurisprudentie volgt dat schaarse vergunningen (in beginsel) voor bepaalde tijd moeten worden verleend. Omdat de looptijd een beperking vormt waaronder de vergunning wordt verleend, kan het realiseren van deze rechtsnorm op zich worden overgelaten aan het verdelende bestuur. Niettemin verdient het aanbeveling dat de bijzondere wetgever de buitengrenzen van deze bevoegdheid aangeeft, niet slechts door te bepalen dat een vergunning voor bepaalde tijd wordt verleend,⁸⁶ maar door te bepalen dat deze voor ten hoogste x jaar wordt verleend. Ook dient de wetgever een afzonderlijke grondslag te creëren voor voorschriften die specifiek samenhangen met de uitkomst van de verdelingsprocedure. Zo moet de wetgever buiten twijfel stellen dat de vergunninghouder wordt verplicht tot nakoming van zijn bod, als dat ertoe heeft geleid dat hij als winnaar in de verdelingsprocedure is aangewezen.

- *Wijziging van schaarse vergunningen*

Doorgaans zal een wettelijk vergunningstelsel een aantal wijzigings- of intrekingsgronden voor het bestuur bevatten, maar bij schaarse vergunningen verdienen bepaalde wijzigingen in een eenmaal gerealiseerde verdeling extra aandacht. Dat betreft allereerst, juist vanwege de beperkte looptijd van schaarse vergunningen, de *verlenging* van dergelijke vergunningen. Het wettelijke kader dient duidelijk te maken of, en zo ja onder welke omstandigheden, schaarse vergunningen kunnen worden verlengd. Eenzelfde bijzondere aandacht dient de wetgever te besteden aan de mogelijkheid en wijze van *overgang* van schaarse vergunningen. Wanneer het vergunningenplafond is bereikt, hebben gegadigden immers geen andere mogelijkheid om een schaarse vergunning te verwerven dan door middel

83 Daarvoor gaf de regering twee redenen: allereerst zou slechts sporadisch sprake zijn van een dergelijke 'natuurlijk schaarse vergunning' en daarnaast zou de aard van dit voorschrift zich niet direct lenen voor omzetting in de Dienstenwet, omdat implementatie van de eis van een transparante selectieprocedure onvoldoende richting zou geven aan de keuzes bij de selectieprocedures (*Kamerstukken II* 2007/08, 31579, 3, p. 112).

84 *Kamerstukken II* 2015/16, 34471, 2.

85 Een mooi voorbeeld hiervan betreft art. 26b Mijnbouwwet, dat bepaalt dat zodra een aanvraag om een opslagvergunning is ingediend, de minister van Economische Zaken door een uitnodiging in de Staatscourant anderen in de gelegenheid stelt om 'concurrerende aanvragen' in te dienen.

86 Zie bijv. art. 33 Dienstenwet.

van overgang. Hierbij dient de wetgever zich steeds ervan bewust te zijn dat het creëren van een specifieke bevoegdheidsgrondslag voor verlenging of overgang van een schaarse vergunning niet voldoende is voor een rechtmatige uitoefening van deze bevoegdheid. Zoals aangegeven brengt het verbod op wezenlijke wijzigingen van een schaarse vergunning mee dat voorafgaand aan de verdeling zo nauwkeurig mogelijk de gronden voor tussentijdse wijziging (verlenging, overgang) van een schaarse vergunning moeten worden geformuleerd. Wanneer de wetgever deze wijzigingsbevoegdheid vooraf onvoldoende begrenst, kan het bestuur deze wijzigingsbevoegdheid vervolgens niet rechtmatig uitoefenen wegens een gebrek aan een voorzienbare toepassing van deze bevoegdheid voor aanvragers.

4.4 *Begrensde ruimte voor het verdelende bestuur (overijverige wetgever)*

Bovenstaande uitwerking van de hoofdelementen voor verdelingswetgeving zou de indruk kunnen wekken dat wetgeving in formele zin zo volledig mogelijk moet zijn. Dat is echter niet het geval: het algemene karakter van de wet stelt grenzen aan de keuzes die de (bijzondere) wetgever in formele zin kan maken. Omdat de marktomstandigheden rond de ene verdeling net iets anders kunnen liggen dan rond een andere verdeling, leert de economische veilingtheorie dat het ontwerp van verdelingsprocedures (gedetailleerd) maatwerk is.⁸⁷ Dat betekent allereerst dat herhaalde (of voortdurende) toepassing van bepaalde verdelingsregelingen, hoewel niet uitgesloten,⁸⁸ geen doel op zich moet zijn. Integendeel: het bestuur moet voldoende ruimte worden geboden om steeds de juiste verdelingsprocedure te kiezen en deze procedure vervolgens op de juiste wijze in te richten. Om deze redenen sluit het Europese aanbestedingsrecht ook expliciet uit dat de nationale wetgever – in plaats van het verdelende bestuur – een (te) categorische keuze maakt voor een bepaalde verdelingsprocedure.⁸⁹

Dit neemt niet weg dat de wetgever het bestuur richting kan geven in het benutten van die ruimte. Naast het beperken van de inhoudelijke keuzevrijheid van het bestuur, bijvoorbeeld door het beperken van het aantal verdelingsprocedures waaruit het verdelende bestuur kan kiezen, kan de wetgever ook het bestuur ertoe aanzetten om enige stappen vooruit te denken. Zo kan de wetgever het bestuursorgaan ertoe verplichten om bepaalde keuzes voorafgaand aan de verdeling bekend te maken. Een mooi voorbeeld hiervan vormt de figuur van de ontwerpvergunning in artikel 3.10 Tw: de minister van Economische Zaken moet bij zijn keuze voor een bepaalde verdelingsprocedure (en de aanvang hiervan) voor zover mogelijk tevens de voorschriften en beperkingen vaststellen die aan de vergunning zullen worden verbonden. Ook een wettelijke verplichting tot vaststelling (en bekendmaking) van een aanvraagtijdvak waarbinnen aanvragen kunnen wor-

87 P. Klemperer, 'What Really Matters in Auction Design', *Journal of Economic Perspectives* 2002, p. 169-189.

88 Bekende voorbeelden van verdelingsregelingen die herhaaldelijk toepasbaar zijn, zijn de Regeling verdeling op afroep (Tw), de Regeling verplichte overdracht (Tw) en de Regeling veiling benzine-stations.

89 HvJ EG 7 oktober 2004, ECLI:EU:C:2004:593 (*Sintesi*).

den ingediend en een verplichting tot bekendmaking van de verdelingsdoelen, het vergunningenplafond en de verdelingsprocedure voorafgaand aan de opening van dit aanvraagtijsvak kunnen het bestuur stimuleren om tijdig 'een passende mate van openbaarheid' te realiseren.⁹⁰

Ruimte voor het verdelende bestuur vraagt in dit verband ook om een creatieve wetgever. Zo is onlangs een wettelijke grondslag gecreëerd voor de figuur van de 'gewogen' loting, die het mogelijk maakt aan de verschillende aanvragers lotnummers met een verschillend gewicht toe te kennen.⁹¹ Hiermee wordt feitelijk een combinatie van een loting en een vergelijkende toets mogelijk gemaakt. Ook kan de procedure van verdeling op volgorde van binnenkomst worden 'verfijnd' met de figuur van voorindiening van aanvragen, waardoor administratieve problemen, zoals overbelasting van het ambtelijk apparaat op de eerste dag van indiening, kunnen worden voorkomen.⁹² Ook ten aanzien van de fase na de verdeling zijn de afgelopen jaren nieuwe rechtsfiguren tot ontwikkeling gekomen, zoals de figuur van de verplichte overdracht,⁹³ de mogelijkheid tot samenvoeging of splitsing van schaarse vergunningen,⁹⁴ de verplichting tot betaling van een geldbedrag bij verlenging op basis van een hypothetische veiling⁹⁵ en de zogeheten transitievergunning,⁹⁶ die mogelijk breder kunnen worden ingezet.

4.5 Consistentie en coherentie van wetgeving (*wispelturige en geïsoleerde wetgever*)

Bovenstaande gezichtspunten hebben alle betrekking op de betekenis van wetgeving voor een *individuele* verdeling. De wetsfiguur kan juist ook meerwaarde hebben voor het versterken van de samenhang tussen verschillende verdelingen. Allereerst kan de wet door haar wijze van totstandkoming voor een zekere stabiliteit en voorspelbaarheid zorgen *binnen* een bepaalde kolom van verdelingswetgeving, dus ten aanzien van een bepaalde schaarse vergunning. Door bepaalde verdelingselementen in wetgeving in formele zin (in plaats van lagere regelgeving) op te nemen kan tot op zekere hoogte de consistentie van verdelingen over een langere periode worden versterkt.

Wat betreft de verhouding *tussen* verschillende kolommen van (bijzondere) verdelingswetgeving kan de wetgever door het hanteren van een consistente terminologie en structuur een zekere eenheid creëren in verdelingswetgeving. Uiteraard rijst dan direct de vraag of algemene regels van verdelingsrecht in de Algemene wet bestuursrecht (Awb) moeten worden opgenomen. Maar ook op andere wijzen kan eenheid in wetgeving wordt bevorderd, bijvoorbeeld via de Aanwijzingen voor de regelgeving.⁹⁷ In dit verband is relevant dat een regeling in de Awb weinig hou-

90 Vgl. de regeling van het subsidieplafond in afd. 4.2.2 Awb.

91 *Stb.* 2014, 309.

92 Zie bijv. art. 8 lid 4 Regeling aanwijzing categorieën duurzame energieproductie 2010, zoals toegelicht in *Stcrt.* 2010, 6575.

93 Art. 3.19a Tw.

94 Art. 19 Mijnbouwwet.

95 Art. 3.15 Tw.

96 Art. 3.8a Tw.

97 Zie in dit verband Ar 131 inzake schaarse dienstenvergunningen.

vast zou bieden voor een concrete verdeling, omdat deze hoogstwaarschijnlijk slechts minimumeisen zou bevatten waaraan het verdelende bestuur moet voldoen.⁹⁸

Van groter belang is momenteel de afstemming tussen de verdelingen van verschillende schaarse rechten. Zo biedt de huidige Wet windenergie op zee een mooi voorbeeld van de integratie van twee verdelingsprocedures: indien subsidie wordt verleend voor windenergie op zee, moet de aanvraag om een vergunning in hetzelfde tijdvak worden ingediend als de subsidieaanvraag en volgt de vergunningverlening de subsidieverlening: wie als hoogste wordt gerangschikt in de procedure van subsidieverdeling, ontvangt tevens de schaarse vergunning voor de exploitatie van een windpark.⁹⁹

Op andere terreinen is een dergelijke afstemming nog grotendeels afwezig. Een acuut aandachtspunt vormt in dit verband de verhouding tussen het economisch bestuursrecht en het omgevingsrecht. Zoals aangegeven in paragraaf 3.6, kan de uitkomst van de competitieve verdeling van een schaarse vergunning voor een economische activiteit, zoals de exploitatie van een speelautomatenhal, feitelijk al zijn bepaald door de uitkomst van het *niet-competitieve* proces van ruimtelijke besluitvorming, bijvoorbeeld wanneer slechts aan één locatie de bestemming 'speelautomatenhal' is toegekend. De Afdeling heeft in dit verband bevestigd dat de verplichting om mededingingsruimte te bieden ook kan worden beperkt door de besluitvorming over andere vergunningen, die op grond van wettelijke voorschriften voor het realiseren van de te vergunnen activiteit zijn vereist, maar hieraan de verplichting gekoppeld dat het wettelijk voorschrift dat de mededinging beperkt, althans de geschiedenis van de totstandkoming daarvan, er blijk van moet geven dat het belang van het bieden van mededingingsruimte is meegewogen.¹⁰⁰ Daarmee legt de rechter de bal weer primair bij de wetgever. Interessant is dat advocaat-generaal Widdershoven twee andere opties verkende om deze onwenselijke situatie van beperking van mededinging te voorkomen, namelijk (1) het doorschuiven van de mededingingsplicht van het bestuur naar de eigenaar van de locatie (als een soort 'verlengde arm') en (2) het competitief verdelen van een schaarse vergunning door het bestuur, waarna de eigenaar van de locatie verplicht is een contract te sluiten met de winnaar van de verdelingsprocedure. Advocaat-generaal Widdershoven kwam uiteindelijk echter tot de conclusie dat de contractsvrijheid van de eigenaar moest prevaleren boven de mededingingsplicht van het bestuur en meende dat niet de rechter, maar de wetgever zo nodig maatregelen zou moeten treffen om deze onwenselijke situatie op te heffen.¹⁰¹ Niettemin laten deze alternatieve opties zien dat juist de wetgever op meerdere wijzen

98 Zie C.J. Wolswinkel, 'Schaarse publiekrechtelijke rechten: een algemeen leerstuk gerelativeerd', *NTB* 2014/7, afl. 2-3, p. 65. Zie over de huidige doelstellingen van de Awb B.J. Schueler, 'De verschuivende functies van de Awb', *RegelMaat* 2015, afl. 6, p. 428-431.

99 Zie art. 22 t/m 25 Wet windenergie op zee.

100 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927 (*speelautomatenhal Vlaardingen*), r.o. 8.

101 Concl. A-G Widdershoven 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421, punten 7.7 en 7.8.

afstemming van wetgeving kan realiseren en daarbij – anders dan de rechter – nieuwe oplossingsrichtingen kan voorschrijven.

5. Slotbeschouwing

Rechtsgelijkheid en rechtszekerheid zijn belangrijke waarden bij de verdeling van schaarse vergunningen. De figuur van de wet kan een belangrijke bijdrage leveren aan het realiseren van deze waarden, maar is hierin niet uniek. Ook door de tijdige vaststelling van verdelingsbeleid kan het verdelende bestuur binnen de kaders van zijn (wettelijke) bevoegdheid tot vergunningverlening duidelijkheid creëren over het toepasselijke verdelingsrecht en een gelijke behandeling van aanvragers verzekeren. De vraag is daarom hoe de wetgever kan bijdragen aan een optimale verdeling van schaarse vergunningen.

Op zoek naar optimale verdelingswetgeving laat bestaande verdelingswetgeving een zeer divers beeld zien. Sommige wetgeving biedt amper aanknopingspunten voor het verdelende bestuur. Dat zwijgen van de wetgever lijkt niet alleen aanleiding voor rechterlijke procedures over de aanvaardbaarheid van verdelingskeuzes van het bestuur, maar kan het bestuur ook aanzetten tot ‘veilige’ keuzes, die in het licht van de doelstellingen van de verdeling niet optimaal zijn. Omgekeerd kan een overdaad aan verdelingswetgeving als gevolg van een voortdurend proces van ‘rechtsverfijning’ het verdelende bestuur te veel in een keurslijf plaatsen of juist aanleiding zijn om de verdelingsregels voortdurend te wijzigen. Ook een overdaad aan verdelingswetgeving kan een optimale verdeling van schaarse vergunningen dus in de weg staan.

Optimale verdelingswetgeving zal dus aan het verdelende bestuur (meer) houvast moeten bieden zonder het bestuur te belemmeren in ‘verdelingsmaatwerk’. De bijzondere wetgever zal daarbij minstens enige inhoudelijke richting moeten verschaffen ten aanzien van de keuzes die het bestuur moet maken en daarnaast met behulp van procedurele voorschriften het bestuur moeten dwingen tot het maken van (tijdige) keuzes. Verder is van groot belang dat juist de wetgever oog houdt voor de algemene vraagstukken die terugkeren bij elke verdeling van schaarse vergunningen en de samenhang tussen verschillende verdelingsregimes vergroot door een consequente terminologie en aanpak.

Juist nu (algemene) regels van verdelingsrecht steeds meer lijken te zijn uitgekristalliseerd in de jurisprudentie, is niet uitgesloten dat de rechter de teugels in de toekomst verder zal aanhalen en het optreden van het verdelende bestuur strenger zal beoordelen. In het licht van die ontwikkeling dient de wetgever zich nadrukkelijker te bemoeien met de verdeling van schaarse vergunningen. In dit verband is opvallend dat het in 2002 opgestelde afwegingskader in het kader van het MDW-rapport *Veilen en andere allocatiemechanismen*, hoewel nog steeds relevant voor keuzes omtrent de verdeling van schaarse vergunningen, momenteel nog slechts een zeer bescheiden rol speelt in de besluitvorming over de verdeling

C.J. Wolswinkel

van schaarse vergunningen.¹⁰² Mijns inziens is niet alleen een herwaardering, maar ook een herijking van dit afwegingskader noodzakelijk, waarbij nieuwe verdelingsvragen die in de afgelopen vijftien jaar zijn gerezen, bijvoorbeeld rond verlenging en herverdeling, worden verdisconteerd om een systematische aanpak van de verdeling van schaarse vergunningen ook in de toekomst te faciliteren.

102 Zie recent het Besluit digitale ethertelevisie, *Stcrt.* 2016, 20198, en het Besluit bekendmaking veiling kavels B27 en B31, *Stcrt.* 2016, 47763.