Tilburg University

Inbesteding bij schaarse vergunningen?

Wildemors, Roy; Wolswinkel, Johan

Published in:
Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht

DOI:
[10.5553/NtER/138241202019025304008](https://doi.org/10.5553/NtER/138241202019025304008)

Publication date:
2019

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

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

Citation for published version (APA):
Wildemors, R., & Wolswinkel, J. (2019). Inbesteding bij schaarse vergunningen? Institutionele excepties op de transparantieplicht. *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 2019(3/4), 119-127.
<https://doi.org/10.5553/NtER/138241202019025304008>

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.

Inbesteding bij schaarse vergunningen?

Institutionele excepties op de transparantieverplichting

Mr. drs. R.G.J. Wildemors en prof. mr. dr. C.J. Wolswinkel*

Bij de verdeling van schaarse vergunningen moet de overheid in beginsel mededingingsruimte voor potentiële gegadigden creëren. Op deze mededingingsplicht zijn echter uitzonderingen denkbaar die onderhandse vergunningverlening rechtvaardigen. Een van die uitzonderingen is van institutionele aard en richt zich op de bijzondere relatie tussen de vergunningverlener en de vergunninghouder. Deze uitzonderingscategorie is aanvankelijk in het aanbestedingsrecht onder de noemer van (quasi-)inbesteding ontwikkeld. Centraal in deze bijdrage staan de vragen in hoeverre vergelijkbare institutionele excepties ook van toepassing zijn bij de verdeling van schaarse vergunningen en hoe die excepties kunnen worden ingepast in het Unierecht en in het nationale verdelingsrecht.

Inleiding

Schaarse vergunningen verschillen van andere vergunningen doordat het aantal voor verlening beschikbare vergunningen op voorhand beperkt is. De overheid moet dus een keuze maken tussen concurrerende aanvragen indien het aantal geschikte aanvragen dit zogeheten ‘vergunningsplafond’ overtreft. In de afgelopen jaren heeft het Unierecht, met name via de verkeersvrijheden van artikel 49 en 56 VWEU en via de Dienstenrichtlijn,¹ een stevige impuls gegeven aan de ontwikkeling van een algemeen juridisch kader voor de verdeling van deze schaarse vergunningen. In reactie hierop heeft

de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) een nationaal verdelingskader ontwikkeld dat weliswaar is geïnspireerd door de Unierechtelijke rechtsontwikkeling, maar uiteindelijk is geworteld in het (nationale) gelijkheidsbeginsel.²

Hoewel op het eerste gezicht grote overeenkomsten bestaan tussen beide verdelingskaders, is bij nader inzien de vraag of beide kaders volledig samenvallen.³ Een aspect dat in dit verband nog onderbelicht is gebleven, betreft de vraag in hoeverre de Unierechtelijke en nationale verdelingskaders ruimte laten voor zogeheten ‘institutionele excepties’, dat wil zeggen uitzonderingen op de mededingingsplicht⁴ en de hiermee verbonden transparantieverplichting vanwege de bijzondere institutionele verhouding tussen de vergunningverlener en de vergunninghouder. Het aanbestedingsrecht kent in dit verband de figuur van (quasi-)inbesteding als ontsappingsroute: wanneer een overheid een opdracht zelf wil uitvoeren, dan hoeft zij de regels van het aanbestedingsrecht, waaronder de verplichting tot voorafgaande aankondiging van de opdracht, niet toe te passen. In zijn conclusie over schaarse vergunningen uit 2016 voor de Afdeling overweegt staatsraad advocaat-generaal Widdershoven weliswaar in voorzichtige bewoordingen dat een uitzondering op de Unierechtelijke mededingingsplicht voor schaarse vergunningen ‘lijkt te zijn geïnspireerd door’ de aanbestedingsrechtelijke uitzonderingen van ‘inbesteding’ en ‘quasi-inbesteding’, maar laat hij de betekenis van die exceptie voor het nationale verdelingskader verder onbesproken.⁵

In dit artikel staat daarom de vraag centraal in hoeverre onder het Unierecht en onder het nationale recht bij de

119

* Mr. drs. R.G.J. (Roy) Wildemors is als senior jurist werkzaam bij de Kansspelautoriteit en heeft deze bijdrage op persoonlijke titel geschreven. Prof. mr. dr. C.J. (Johan) Wolswinkel is hoogleraar Bestuursrecht, Markt & Data aan Tilburg University en tevens als *research partner* verbonden aan de Kansspelautoriteit. Vanwege deze betrokkenheid wordt in deze bijdrage zo min mogelijk inhoudelijk ingegaan op zaken waarbij de Kansspelautoriteit partij is (geweest).

1. Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, *PbEU* 2006, L 376/36.

2. ABRvS 2 november 2016, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel (*speelautomatenhal Vlaardingen*).

3. Zie nader C.J. Wolswinkel, ‘Concurrerende verdelingsregimes? Schaarse vergunningen onder Unierecht en nationaal recht na Vlaardingen en Appingedam’, *SEW* 2018, nr. 7/8, p. 288-301.

4. Met ‘mededingingsplicht’ wordt in deze bijdrage de verplichting van het bestuur bedoeld om mededingingsruimte te creëren voor potentiële gegadigden.

5. Conclusie A-G Widdershoven 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421, punten 3.8 en 6.17.

verdeling van schaarse vergunningen ruimte bestaat voor institutionele excepties op het verdelingskader. Daartoe worden eerst in algemene zin het Unierechtelijke verdelingskader en de mogelijkheid tot uitzonderingen hierop beschreven. Vervolgens wordt de ruimte voor institutionele excepties voor de verdeling van schaarse vergunningen onder het Unierecht geanalyseerd, gevolgd door een beknopte analyse van de mogelijkheid van institutionele excepties onder het nationale verdelingskader. Afgesloten wordt met een conclusie waarin de bevindingen voor Unierecht en nationaal recht met elkaar worden verbonden.

Institutionele excepties onder Unierecht

Transparantieverplichting en excepties

In 2000 overwoog het Hof van Justitie in *Telaustria* dat uit het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit (en daarmee uit de Unierechtelijke verkeersvrijheden⁶) een transparantieverplichting voortvloeit voor de gunning van concessies. Deze verplichting houdt in dat de concessieverlenende instantie een passende mate van openbaarheid betracht, opdat de concessie voor mededinging openstaat en de gunningsprocedure op onpartijdigheid kan worden getoetst.⁷ Omdat deze transparantieverplichting wordt afgeleid uit de Unierechtelijke verkeersvrijheden (art. 49/56 VWEU), geldt zij niet onverkort, maar is haar reikwijdte beperkt tot concessies met een duidelijk grensoverschrijdend belang: de verlening van een dergelijke concessie aan een in de lidstaat van de aanbestedende dienst gevestigde onderneming, zonder dat er sprake is van enige transparantie, levert een ongelijke behandeling op ten nadele van de in een andere lidstaat gevestigde ondernemingen die in deze concessie geïnteresseerd kunnen zijn. Een dergelijke ongelijke behandeling is behoudens objectieve rechtvaardiging verboden door artikel 49 of 56 VWEU.⁸ Met deze objectieve rechtvaardiging wordt bedoeld dat het ontbreken van een oproep tot mededinging kan worden gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang⁹ en dat het ontbreken van deze oproep ook evenredig is.¹⁰ Onder de verkeersvrijheden van het primaire Unierecht vormt het

ontbreken van transparantie dus een inbreuk op een beginsel (als afgeleide van de Unierechtelijke verkeersvrijheden) die moet worden gerechtvaardigd. Hoewel de rechtvaardiging van een dergelijke inbreuk in de jurisprudentie van het Hof van Justitie vooralsnog vrijwel niet blijkt te slagen, erkent het Hof van Justitie de (theoretische) mogelijkheid van een legitieme exceptie op de transparantieverplichting wel expliciet.

Voor een antwoord op de vraag wat een dergelijke exceptie op de transparantieverplichting concreet zou kunnen inhouden, kan secundair Unierecht een bron van inspiratie zijn. Dit geldt in het bijzonder voor het Unierechtelijke aanbestedingsrecht met betrekking tot de plaatsing van overheidsopdrachten, aangezien de transparantieverplichting als afgeleide verplichting van het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers hier tot ontwikkeling is gekomen.¹¹ De huidige Aanbestedingsrichtlijn¹² stelt gunning op basis van een oproep tot mededinging voorop,¹³ maar biedt tegelijk de mogelijkheid een opdracht te gunnen op basis van een in de Aanbestedingsrichtlijn geregelde 'onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking'. Die mogelijkheid bestaat onder meer indien een dienst alleen door één bepaalde ondernemer kan worden verricht (uniciteit van dienstverrichters) of in geval van dwingende spoed.¹⁴ Van geheel andere orde dan bepalingen die een uitzondering toestaan op de specifiek in de Aanbestedingsrichtlijn opgenomen verplichting om een oproep tot mededinging te plaatsen, zijn bepalingen in de Aanbestedingsrichtlijn die bepaalde typen opdrachten volledig uitzonderen van de reikwijdte van de Aanbestedingsrichtlijn. Zij leiden echter tot hetzelfde resultaat, namelijk het ontbreken van een verplichting tot het plaatsen van een oproep tot mededinging. Dit geldt niet alleen voor een aantal specifieke dienstenopdrachten,¹⁵ maar ook in het algemeen voor opdrachten die worden uitgevoerd door 'gecontroleerde rechtspersonen'.¹⁶ Deze exceptie, die bekend staat als 'quasi-inbesteding', ligt in het directe verlengde van inbesteding waarbij de aanbestedende dienst de opdracht zelf uitvoert.

Opdrachten en concessies: quasi-inbesteding

De exceptie van quasi-inbesteding is ontwikkeld in de rechtspraak van het Hof van Justitie. In 1999 oordeelde het Hof van Justitie in *Teckal* dat van een overheidsopdracht in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen slechts sprake is wanneer een overeenkomst is gesloten tussen

6. De Unierechtelijke verkeersvrijheden, waaronder de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van diensten (art. 49 en 56 VWEU), zijn immers bijzondere uitdrukkingen van het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit (art. 18 VWEU) (zie HvJ 13 april 2010, zaak C-91/08, *Wall*, ECLI:EU:C:2010:182, punt 32).

7. HvJ 7 december 2000, zaak C-324/98, *Telaustria*, ECLI:EU:C:2000:669, punten 60-62 en nadien nog explicieter onder meer HvJ 21 juli 2005, zaak C-231/03, *Coname*, ECLI:EU:C:2005:487, punten 17-19.

8. HvJ 17 juli 2008, zaak C-347/06, *ASM Brescia*, ECLI:EU:C:2008:416, punten 59-60.

9. HvJ 14 november 2013, zaak C-221/12, *Belgacom*, ECLI:EU:C:2013:736, punt 38, HvJ 14 juli 2016, gevoegde zaken C-458/14 en C-67/15, *Promoimpresa*, ECLI:EU:C:2016:558, punten 70 en 71.

10. Zie expliciet HvJ 9 september 2010, zaak C-64/08, *Engelmann*, ECLI:EU:C:2010:506, punt 43.

11. HvJ 25 april 1996, zaak C-87/94, *Commissie/België*, ECLI:EU:C:1996:161, punten 53-55.

12. Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG, *PbEU* 2014, L 94/65 (hierna: Aanbestedingsrichtlijn).

13. Art. 26 lid 1 Aanbestedingsrichtlijn.

14. Art. 32 lid 2 sub b en c Aanbestedingsrichtlijn.

15. Voorbeelden van dergelijke 'dienstafhankelijke excepties' betreffen diensten inzake civiele verdediging, civiele bescherming en risicopreventie die worden verleend door non-profitorganisaties en -verenigingen, zoals ambulancediensten (zie nader hierover HvJ 21 maart 2019, zaak C-465/17, *Falck*, ECLI:EU:C:2019:234, punt 51) en openbaar personenvervoer per trein of metro (art. 10 sub h en i Aanbestedingsrichtlijn).

16. Art. 12 Aanbestedingsrichtlijn.

een aanbestedende dienst en een rechtspersoon die daarvan rechtens onderscheiden is. Dat is niet het geval wanneer de aanbestedende dienst ‘op de betrokken persoon toezicht uitoefent als op [haar] eigen diensten en deze persoon tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die hem beheersen’.¹⁷ De achterliggende gedachte is dat hoewel sprake is van twee juridisch te onderscheiden entiteiten, geen opdracht ‘in de markt gezet’ wordt wanneer de overheidsinstantie de werkzaamheden feitelijk zelf verricht via een gecontroleerde rechtspersoon. Het gevolg hiervan is dat het gelijkheidsbeginsel en de hieruit voortvloeiende transparantieverplichting niet van toepassing zijn in het geval van quasi-inbesteding. Met deze exceptie van quasi-inbesteding wordt dus in het verlengde van inbesteding uitdrukking gegeven aan de opvatting dat een overheidsinstantie haar taken van algemeen belang kan vervullen met haar eigen administratieve, technische en andere middelen, zonder dat zij een beroep hoeft te doen op externe lichamen die niet tot haar diensten behoren.¹⁸ Daarom is het niet verwonderlijk dat het Hof van Justitie in *Stadt Halle* oordeelde dat de deelneming van een particuliere onderneming in het kapitaal van de opdrachtnemer hoe dan ook uitsluit dat de aanbestedende dienst op de opdrachtnemer toezicht kan uitoefenen zoals op haar eigen diensten.¹⁹ Niet alleen hebben particulieren andere belangen dan overheidsinstanties en streven zij dus ook andere doelstellingen na,²⁰ maar ook zou een dergelijke particulier ten onrechte bevoordeeld worden ten opzichte van zijn concurrenten.²¹

In latere rechtspraak heeft het Hof van Justitie deze *Teckal*-exceptie, die primair was ontwikkeld voor ‘overheidsopdrachten’, ook toegepast op de gunning van openbaredienstenconcessies. Hoewel de gunning van deze concessies destijds niet was onderworpen aan secundaire Uniewetgeving,²² maar slechts aan de Unierechtelijke verkeersvrijheden,²³ overwoog het Hof van Justitie in *Parking Brixen* dat het gelijkheidsbeginsel en het daarop gebaseerde verbod van discriminatie op grond van nationaliteit in de context van de gunning van opdrachten en concessies van toepassing zijn wanneer een overheidsinstantie ‘een derde belast met de verrich-

ting van economische activiteiten’.²⁴ Daarvan is volgens het Hof van Justitie echter geen sprake ‘indien de concessieverlenende overheidsinstantie op de concessiehouder toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten én deze concessiehouder bovendien het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van de instantie die hem beheerst’.²⁵ Het Hof van Justitie past de *Teckal*-exceptie dus ook toe op de gunning van concessies, met dien verstande dat ditmaal het primaire Unierecht (de verkeersvrijheden) als grondslag voor deze exceptie fungeren in plaats van het begrip ‘overheidsopdracht’ uit de aanbestedingsrichtlijnen.

Schaarse vergunningen: strenge controle

Na *Telaustria* was de vervolgvraag in hoeverre ook schaarse vergunningen aan de transparantieverplichting onderworpen zouden zijn. Deze vraag werd in 2010 door het Hof van Justitie bevestigend beantwoord in *Sporting Exchange*: de omstandigheid dat de afgifte van één vergunning niet gelijkstaat aan een concessieovereenkomst voor diensten, kan er op zich geen rechtvaardiging voor vormen dat bij de verlening van een administratieve vergunning de uit artikel 56 VWEU voortvloeiende vereisten, met name het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieverplichting, niet in acht worden genomen. Deze verplichting moet naar het oordeel van het Hof van Justitie daarom ook worden toegepast in een systeem waarin de autoriteiten van een lidstaat in het kader van de uitoefening van hun overheidsbevoegdheden aan één enkele ondernemer vergunning verlenen, aangezien de gevolgen van een dergelijke vergunning jegens in andere lidstaten gevestigde ondernemingen, die mogelijk geïnteresseerd zouden zijn in het verrichten van deze activiteit, dezelfde zijn als die van een concessieovereenkomst voor diensten.²⁶

Wanneer de gevolgen voor het vrije verkeer tot uitgangspunt worden genomen, is deze stap van openbaredienstenconcessies naar exclusieve vergunningen inderdaad geen grote stap. Het Hof van Justitie maakt in *Sporting Exchange* verder duidelijk dat het ontbreken van enige oproep tot mededinging strijd oplevert met de transparantieverplichting en daarom in beginsel neerkomt op indirecte discriminatie op grond van nationaliteit.²⁷ Ook overweegt het Hof van Justitie dat de beperkingen van het vrije verkeer van diensten die specifiek voortvloeien uit de procedures voor de verlening en de verlenging van een vergunning aan slechts één exploitant, ‘hoe dan ook gerechtvaardigd’ kunnen worden geacht indien de betrokken lidstaat zou besluiten de vergunning te verlenen aan of te verlengen voor een openbare exploitant wiens beheer onder rechtstreeks toezicht staat van de Staat of een particuliere exploitant op wiens activiteiten de overheid een strenge controle kan uit-

17. HvJ 18 november 1999, zaak C-107/98, *Teckal*, ECLI:EU:C:1999:562, punt 50. In art. 12 lid 1 sub b Aanbestedingsrichtlijn is dit laatste criterium inmiddels geconcretiseerd in tachtig procent van de werkzaamheden.

18. HvJ 11 januari 2005, zaak C-26/03, *Stadt Halle*, ECLI:EU:C:2005:5, punt 48.

19. *Stadt Halle*, punt 49. In art. 12 lid 1 sub c Aanbestedingsrichtlijn is inmiddels gepreciseerd dat directe participatie door een particuliere ondernemer in het kapitaal van de gecontroleerde rechtspersoon is uitgesloten.

20. Dit geldt zelfs als de particulier geen winstoogmerk heeft (HvJ 19 juni 2014, zaak C-574/12, *SUCH*, ECLI:EU:C:2014:2004, punt 44).

21. *Stadt Halle*, punten 50 en 51.

22. Sinds 2014 bestaat dit secundaire Unierecht wel in de vorm van de Concessierichtlijn (Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten, *PbEU* 2014, L 94/1).

23. *Coname*, punt 17.

24. HvJ 13 oktober 2005, zaak C-458/03, *Parking Brixen*, ECLI:EU:C:2005:605, punt 61.

25. *Parking Brixen*, punt 62.

26. HvJ 3 juni 2010, zaak C-203/08, *Sporting Exchange*, ECLI:EU:C:2010:307, punten 46-47.

27. *Sporting Exchange*, punt 51.

oefenen.²⁸ In dergelijke situaties, aldus het Hof van Justitie, blijkt de toekenning of de verlenging van exclusieve rechten voor de exploitatie van kansspelen ten gunste van één exploitant, zonder oproep tot mededinging, gelet op de met de kansspelwetgeving nagestreefde doelstellingen, 'niet onevenredig'.²⁹ Dit brengt het Hof van Justitie tot het oordeel dat het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting van toepassing zijn op procedures voor de verlening en de verlenging van een vergunning aan één exploitant op het gebied van 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.³⁰ Deze tweeledige uitzondering op de mededingingsplicht, enerzijds voor de openbare exploitant en anderzijds voor de particuliere exploitant, staat ook wel bekend als de *Betfair*-exceptie.

Ruim baan voor 'strenge controle' onder Unierecht?

Quasi-inbesteding versus strenge controle

De institutionele excepties op de transparantieplichting voor opdrachten en concessies enerzijds en voor exclusieve vergunningen anderzijds lijken sterk op elkaar. In de literatuur is zelfs gesuggereerd dat de zogeheten *Betfair*-exceptie (voor vergunningen) is geïnspireerd door de *Teckal*-exceptie (voor aanbestedingen van opdrachten en concessies).³¹ Toch lijkt de *Betfair*-exceptie om meerdere redenen niet met de *Teckal*-exceptie te moeten worden vereenzelvigd.

Allereerst valt op dat de *Betfair*-exceptie ruimte laat voor onderhandse toekenning aan een *particuliere* exploitant. Voor de gunning van opdrachten en concessies geldt daarentegen op grond van het hierboven genoemde arrest *Stadt Halle* dat geen sprake meer is van quasi-inbesteding als een particuliere onderneming deelneemt in het kapitaal van de opdrachtnemer. Het Hof van Justitie heeft met de *Betfair*-exceptie de mogelijkheden voor onderhandse vergunningverlening dus ruimer willen afbakenen. Het Hof van Justitie stelt immers dat onderhandse vergunningverlening ook mogelijk is in geval van een streng gecontroleerde marktdeelnemer. Dit staat haaks op de conclusie van

advocaat-generaal Bot bij *Sporting Exchange*, waarin hij betoogde dat de *Teckal*-jurisprudentie ook van toepassing is op éénvergunningstelsels voor kansspelen en dat dus geen ruimte bestaat voor onderhandse toekenning aan een particuliere exploitant.³² Ter onderbouwing van zijn oordeel verwijst het Hof van Justitie dan ook niet naar de *Teckal*-jurisprudentie, maar naar eerdere kansspeljurisprudentie.³³

In de tweede plaats moet worden benadrukt dat de *Teckal*-exceptie uiteenvalt in twee criteria: het toezichtcriterium ('toezicht uitoefenen als op eigen diensten') en het merendeelcriterium ('het merendeel van zijn werkzaamheden verrichten ten behoeve van het lichaam of de lichamen die hem beheersen'). Om vast te stellen of aan het toezichtcriterium is voldaan, is beslissend dat de opdrachtverlenende instantie de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van de opdrachtnemer doorslaggevend kan beïnvloeden.³⁴ Als de opdrachtverlenende instantie het volledige kapitaal van de vennootschap waaraan de opdracht wordt gegund in handen heeft, is dat een belangrijke indicatie dat aan het toezichtcriterium is voldaan.³⁵ Bij de *Betfair*-exceptie wordt daarentegen in geval van een openbare exploitant slechts gesproken over 'rechtstreeks toezicht van de Staat'. Daargelaten de vraag of het beheer van een openbare exploitant niet per definitie onder rechtstreeks toezicht staat van de Staat, komt dit criterium sterk in de buurt van het toezichtcriterium van de *Teckal*-exceptie ('toezicht als op eigen diensten'). Het Hof van Justitie verwijst echter niet expliciet naar de *Teckal*-exceptie, waarmee het de mogelijkheid openlaat dat 'rechtstreeks toezicht van de Staat' niet volledig gelijk staat aan 'toezicht als op eigen diensten'.³⁶

In de derde plaats en van groter belang is dat het merendeelcriterium van de *Teckal*-exceptie niet terugkeert in de *Betfair*-exceptie. Dit kan worden verklaard door het verschillende karakter van vergunningen en concessies. Weliswaar wordt de scheidslijn tussen vergunning en concessies niet altijd eenduidig getrokken in het Unierecht,³⁷ maar een van de genoemde verschillen is dat

28. *Sporting Exchange*, punt 59.

29. *Sporting Exchange*, punten 59 en 60. Zie hierover ook J.C.M. van der Beek, 'Het Nederlandse hoofdstuk in de Europese goksaga', *NtEr* 2010/9, p. 305-317.

30. *Sporting Exchange*, punt 62.

31. Zie in deze richting onder meer S. Van den Bogaert en A. Cuyvers, "'Money for nothing": The case law of the EU Court of Justice on the regulation of gambling', *Common Market Law Review* 2011, nr. 4, p. 1175-1213; M.E. Koppenol-Laforce, H.W. Wefers Betting en A.P. Koburg, 'Online kansspelen in Nederland, the next level', *Mediaforum* 2012, nr. 9, p. 276; H.M. Stergiou, 'Het Hof van Justitie: Engelsen bewaarder van het transparantiebeginnsel', *NtEr* 2011/3, p. 83, en A-G Widdershoven 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421, punt 3.8.

32. Conclusie A-G Bot 17 december 2009, gevoegde zaken C-203/08 en C-258/08, *Sporting Exchange*, ECLI:EU:C:2009:791, punt 160.

33. De aanduiding 'streng gecontroleerde marktdeelnemer' wordt gehanteerd in de aangehaalde zaak *Liga Portuguesa en Bwin* (HvJ 8 september 2009, zaak C-42/07, *Liga Portuguesa en Bwin*, ECLI:EU:C:2009:519, punt 67), hoewel het Hof van Justitie daarbij geen expliciet onderscheid maakt tussen een openbare en een particuliere exploitant. In de aangehaalde zaak *Läämä* (HvJ 21 september 1999, zaak C-124/97, *Läämä*, ECLI:EU:C:1999:435, punt 34) is sprake van een exclusief recht van een openbaar lichaam, hetgeen lijkt te wijzen op een openbare exploitant.

34. *Parking Brixen*, punten 65 en 67. Zie hierover ook de noot van R.J.M.H. de Greef en F.H.K. Theissen onder HvJ 29 november 2012, gevoegde zaken C-182/11 en C-183/11, *Econord, Gst.* 2013/41.

35. HvJ 11 mei 2006, zaak C-340/04, *Carbotermo*, ECLI:EU:C:2006:308, punt 37.

36. Zo wordt in art. 12 Aanbestedingsrichtlijn overwogen dat toezicht als op eigen diensten ook kan worden uitgeoefend door een andere rechtspersoon, die zelf op dezelfde wijze door de aanbestedende dienst wordt gecontroleerd, waarmee dus eigenlijk sprake is van niet-rechtstreeks toezicht.

37. Zie *Belgacom*, punt 33, en *Promoimpresa*, punten 41 en 46-47, en de overwegingen 13 tot en met 15 van de Concessierichtlijn. Zie nader C.J.

concessies normaliter activiteiten betreffen die, gezien hun aard en object en de regels waaraan zij zijn gebonden, onder de verantwoordelijkheid van de Staat kunnen vallen,³⁸ in tegenstelling tot activiteiten die aan een vergunningstelsel onderworpen zijn. Waar een concessie dus wordt verleend ten behoeve van en op initiatief van de concessieverlenende instantie zelf, ontbreekt dit element bij vergunningverlening en is het onmogelijk om bij het verrichten van de vergunde activiteit onderscheid te maken tussen dienstverlening ten behoeve van de overheid en dienstverlening ten behoeve van andere partijen. De eis dat een vergunninghouder het merendeel van zijn activiteiten ten behoeve van de vergunningverlenende instantie verricht, zou dan zinledig zijn. Bij onderhandse vergunningverlening aan een *particuliere* exploitant vereist het Hof van Justitie geen ‘rechtstreeks toezicht van de Staat’, maar ‘strengere controle van de overheid’. Aan de ratio en de inhoud van dit criterium heeft het Hof van Justitie vooralsnog geen verdere invulling gegeven. Volgens de Afdeling heeft dit criterium betrekking op de bijzondere relatie die de particuliere exploitant aan wie de vergunning wordt verleend, heeft met de overheid die als gevolg daarvan een strenge controle kan uitoefenen, die de overheid niet kan uitoefenen op een exploitant met wie zij een zodanige relatie niet heeft. Via die strenge controle wordt het algemeen belang, de met de kansspelwetgeving nagestreefde doelstellingen, geborgd, zoals diezelfde borging bij de openbare exploitant is verzekerd door het rechtstreeks toezicht door de Staat. Een enkele vergunningrelatie waarbij de vergunninghouder wordt gebonden aan vergunningvoorschriften, volstaat naar het oordeel van de Afdeling niet om te kunnen spreken van ‘strengere controle’ door de overheid, omdat een dergelijke relatie in beginsel met iedere exploitant kan worden aangegaan.³⁹ Overigens lijkt niet noodzakelijk dat de strenge controle door de vergunningverlener zelf wordt uitgeoefend; strenge controle door de overheid kan ook worden uitgeoefend door een ander onderdeel van de overheid.⁴⁰

De Afdeling beschouwt ‘strengere controle’ op een particuliere exploitant dus als een noodzakelijke schakel ter borging van het algemeen belang, zoals ‘rechtstreeks toezicht’ dat is voor een openbare exploitant. In beide gevallen wordt een nadrukkelijk verband gelegd met het doel van onderhandse vergunningverlening, namelijk de borging van algemene belangen waarop de betrokken

regelgeving ziet: als de overheid een activiteit zelf uitvoert of de uitvoerende instantie voldoende met de overheid is verbonden, dan is de veronderstelling dat het algemeen belang hierdoor wordt geborgd. Daarmee is dus niet zozeer het doel van de *Betfair*-exceptie om een exploitant op grond van een toezichtcriterium feitelijk tot de overheid te rekenen (zoals het geval is bij quasi-inbesteding),⁴¹ maar enkel om zodanige controle te realiseren dat borging van het algemeen belang verzekerd is.

Strengere controle voor andere economische activiteiten?

Bovenstaande analyse laat zien dat de *Betfair*-exceptie niet moet worden gelijkgesteld met de *Teckal*-exceptie, maar meer ruimte laat voor onderhandse verlening, met name doordat onderhandse vergunningverlening aan particuliere exploitanten onder bepaalde voorwaarden mogelijk is. De vraag is vervolgens wat de reikwijdte van deze *Betfair*-exceptie van ‘strengere controle’ is. De door het Hof van Justitie gehanteerde bewoordingen zijn in elk geval zodanig algemeen dat deze exceptie, evenals de *Teckal*-exceptie, ook op andere diensten of economische activiteiten dan kansspelen zou kunnen worden toegepast.

Tot nog toe heeft het Hof van Justitie dat echter niet gedaan. Ook de gevallen waarin de Afdeling de *Betfair*-exceptie heeft toegepast, zijn beperkt tot kansspelen. Dit roept de vraag op of de *Betfair*-exceptie moet worden beschouwd als een ‘dienstafhankelijke’ exceptie die specifiek samenhangt met de aard van de economische activiteit in kwestie, namelijk het aanbieden van kansspelen, en dus naar haar aard een beperkt toepassingsbereik heeft. In dit verband is van belang dat zowel het Hof van Justitie als de Afdeling nadrukkelijk een verband legt tussen de exceptie van strenge controle en de (legitieme) doelstellingen die met de Nederlandse kansspelwetgeving worden nagestreefd.⁴² Deze drie doelstellingen van consumentenbescherming, verslavingspreventie en bestrijding van fraude en criminaliteit, houden verband met het buitengewoon risicovolle karakter van het aanbieden van kansspelen.⁴³ Juist vanwege dit risicovolle karakter is het aanbieden van kansspelen niet zomaar een economische activiteit, maar een economische activiteit waarbij de overheid snel en adequaat wil kunnen ingrijpen. Die behoefte aan adequaat ingrijpen leidt dan tot de *Betfair*-exceptie van strenge controle bij particuliere exploitanten (of rechtstreeks toezicht bij openbare exploitanten).

Wanneer de aard van de activiteit, namelijk het buitengewoon risicovolle karakter van een activiteit, aanleiding geeft tot de exceptie van strenge controle, rijst de vraag of andere (economische) activiteiten een vergelijkbaar

Wolswinkel, ‘Concession meets authorisation: New demarcation lines under the Concessions Directive’, *EPPPL* 2017, nr. 4, p. 396-407, en P.H.L.M. Kuypers en M. de Wit, ‘De concessie in het Nederlandse aanbestedingsrecht’, *TBR* 2018/72.

38. Zie Interpretatieve mededeling van de Commissie over concessieovereenkomsten in het communautaire recht, *PbEG* 2000, C 121/4.

39. ABRvS 23 maart 2011, *JB* 2011/131, *AB* 2011/230, m.nt. C.J. Wolswinkel, punt 2.10.8. Anders dan in de uitspraak van 2011 ging de Afdeling in haar uitspraak van 2018 er wel van uit dat aan de exceptie van strenge controle op een particuliere exploitant was voldaan (ABRvS 2 mei 2018, *AB* 2018/443, m.nt. A. Drahmman).

40. Zo is in ABRvS 2 mei 2018, *AB* 2018/443, m.nt. A. Drahmman, (de raad van bestuur van) de Kansspelautoriteit de vergunningverlenende instantie, maar oefent de Staat de strenge controle op de vergunninghouder uit.

41. In geval van een ‘openbare exploitant wiens beheer onder rechtstreeks toezicht staat van de Staat’ kan sowieso worden betoogd dat deze exploitant tot de overheid behoort.

42. *Sporting Exchange*, punt 60, en ABRvS 23 maart 2011, *JB* 2011/131, *AB* 2011/230, m.nt. C.J. Wolswinkel, punt 2.10.8.

43. Zie in deze zin ook *Sporting Exchange*, punten 33 en 34, en *Liga Portuguesa en Bwin*, punt 70, waarin de risico’s van online kansspelen als ernstiger worden beschouwd dan die van traditionele kansspelen.

risicovol karakter hebben. Gedacht zou kunnen worden aan andere activiteiten op het grensvlak van legaal en illegaal aanbod, zoals prostitutie en verkoop van softdrugs. Ook voor deze activiteiten kan gelden dat de overheid snel en adequaat wil kunnen ingrijpen, zodat behoefte bestaat aan een *Betfair*-exceptie. Voor de verkoop van softdrugs geldt echter dat de verkeersvrijheden hierop niet van toepassing zijn,⁴⁴ terwijl prostitutie (evenals de meeste andere diensten) inmiddels is onderworpen aan het regime van de Dienstenrichtlijn.⁴⁵ Omdat de Dienstenrichtlijn juist ten aanzien van vergunningstelsels bepalingen bevat die volledige harmonisatie beogen, vormen de verkeersvrijheden van artikel 49 en 56 VWEU niet langer het relevante toetsingskader voor deze vergunningstelsels.⁴⁶ In de Dienstenrichtlijn ontbreekt echter een bepaling over de selectieprocedure van beleidsmatig schaarse vergunningen, terwijl het juist bij risicovolle activiteiten voor de hand ligt dat de beperking van het aantal beschikbare vergunningen het gevolg is van een beleidsmatige keuze. Voor een beoordeling van de selectieprocedure van dergelijke schaarse vergunningen moet dus nog steeds worden teruggeval- len op het primaire Unierecht onder artikel 49 en 56 VWEU.⁴⁷ De *Betfair*-exceptie zou hier dus inderdaad nog steeds kunnen worden toegepast, mits de schaarse vergunning een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont.⁴⁸ Minder evident is of nog ruimte bestaat voor de *Betfair*-exceptie in die gevallen waarin de Dienstenrichtlijn zelf het toepasselijke toetsingskader voor de selectieprocedure vormt, zoals het geval is indien het aantal vergunningen is beperkt vanwege schaarste van de beschikbare natuurlijke hulpbronnen of de bruikbare technische mogelijkheden.⁴⁹ Uiteraard moet het secundaire Unierecht worden toegepast in overeenstemming met het primaire Unierecht, maar dat sluit niet uit dat excepties die onder het primaire Unierecht nog waren toegestaan, zoals de *Betfair*-exceptie, onder het secundaire Unierecht worden beperkt.

Overigens sluit het primaire Unierecht zeker niet uit dat een bepaalde exceptie slechts is voorbehouden aan een bepaald type diensten en dus wordt beschouwd als een dienstafhankelijke exceptie. Zo verzetten volgens het Hof van Justitie artikel 49 en 56 VWEU zich niet tegen een nationale regeling die lokale overheden toestaat een opdracht voor het verrichten van medische vervoers- diensten rechtstreeks en zonder enige vorm van bekend-

making te gunnen aan vrijwilligersorganisaties, mits het wettelijke en contractuele kader waarbinnen die organisaties werken, daadwerkelijk bijdraagt aan het sociale doel en aan de doelstellingen van solidariteit en kosten- efficiëntie.⁵⁰ Hoewel bij deze exceptie niet de controle op de exploitant centraal staat, maar het ontbreken van winstoogmerk bij vrijwilligersorganisaties en de bijdrage die daardoor kan worden geboden aan de betaalbaarheid van het systeem, is ook hier sprake van een bepaald type activiteit (medische nooddiensten) die in combinatie met een bepaald type marktpartij (vrijwilligersorganisa- tie) leidt tot een gerechtvaardigde exceptie op de transparantieplichting. In dezelfde zin lijkt ook de *Betfair*- exceptie, anders dan de *Teckal*-exceptie, specifiek ver- band te houden met de aard van de vergunde activiteit en dus niet zonder meer op andere economische activi- teiten te kunnen worden toegepast.

Exceptie: gerechtvaardigde inbreuk of niet- toepasselijk beginsel?

Tot dusverre is in algemene zin gesproken over excep- ties of uitzonderingen op de mededingingsplicht. De vraag is echter hoe dergelijke uitzonderingen op de mededingingsplicht moeten worden gekwalificeerd. Wanneer het ontbreken van transparantie een inbreuk vormt op een algemeen beginsel (het gelijkheidsbeginsel en de hieruit voortvloeiende transparantieplichting), dan moet deze inbreuk worden gerechtvaardigd als legitiem. Wanneer daarentegen het gelijkheidsbeginsel en de hieruit voortvloeiende transparantieplichting sowieso niet van toepassing zijn, kan van een inbreuk logischerwijs geen sprake zijn en is rechtvaardiging van de exceptie dus ook niet aan de orde.⁵¹

Onder het primaire Unierecht lijkt quasi-inbesteding niet daadwerkelijk als exceptie op het gelijkheidsbegin- sel te worden beschouwd. Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie op het gebied van dienstenconces- sies zijn het beginsel van gelijke behandeling en de bijzondere uitdrukkingen daarvan – met name het ver- bod van discriminatie op grond van nationaliteit en artikel 49 en 56 VWEU – niet van toepassing wanneer een overheidsinstantie een dergelijke derde belast met het verrichten van een economische activiteit. Conse- quentie van deze niet-toepasselijkheid is dat een inbreuk op dit beginsel niet hoeft te worden gerechtvaardigd.

Deze benadering lijkt te verschillen van andere uitzon- deringen op de mededingingsplicht, die wel beschouwd worden als inbreuken op het gelijkheidsbeginsel en de hieruit voortvloeiende transparantieplichting en die dus wel nadrukkelijk moeten worden gerechtvaardigd. Toch is het beeld bij nader inzien genuanceerder. De in secundaire Uniewetgeving opgenomen aanbestedings- rechtelijke excepties van dwingende spoed en uniciteit van dienstverrichters zijn namelijk geformuleerd als uit- zondering op een specifieke wettelijke bepaling die een

44. HvJ 16 december 2010, zaak C-137/09, *Josemans*, ECLI:EU:C:2010:774, punt 42.

45. HvJ 1 oktober 2015, gevoegde zaken C-340/14 en C-341/14, *Trijber en Harmsen*, ECLI:EU:C:2015:641.

46. Uit *Promoimpresa*, punten 59-62, blijkt dat in geval van de Dienstenrichtlijn sprake is van volledige harmonisatie, zodat de Dienstenrichtlijn het exclusieve toetsingskader vormt.

47. *Promoimpresa*, punt 62.

48. Zie hierover nader C.J. Wolswinkel, 'Concurrerende verdelingsregimes? Schaarse vergunning onder Unierecht en nationaal recht na Vlaardingen en Appingedam', *SEW* 2018, nr. 7/8, p. 299, en C.J. Wolswinkel, 'Schaarse rechten in het omgevingsrecht? Een tegenconclusie voor de rechtsontwikkeling', *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2018, nr. 3, p. 113-114. Anders: Conclusie A-G Widdershoven 6 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1847, punt 3.13.

49. Art. 12 Dienstenrichtlijn.

50. HvJ 11 december 2014, zaak C-113/13, *Spezzino*, ECLI:EU:C:2014:2440, punt 65, en HvJ 28 januari 2016, zaak C-50/14, *CASTA*, ECLI:EU:C:2016:56, punt 67.

51. De vraag is zelfs of in dat geval kan worden gesproken van een 'exceptie'.

oproep tot mededinging voorschrijft.⁵² Dit betekent echter niet dat deze excepties moeten worden beschouwd als (legitieme) inbreuken op het beginsel van gelijke behandeling. Voor dwingende spoed kan dat wel het geval zijn, omdat het belang van het bieden van mededingingsruimte aan alle potentiële gegadigden in dat geval wordt overtroffen door het belang van dwingende spoed, dat in de weg kan staan aan toepassing van een transparante verdelingsprocedure met de nodige doorlooptijd. In geval van uniciteit van dienstverrichters kan daarentegen worden bepleit dat het gelijkheidsbeginsel niet van toepassing is: omdat de betreffende dienstverrichter uniek is, kan geen sprake kan zijn van ongelijke behandeling van gelijke gevallen.⁵³ Onzes inziens vormt uniciteit van dienstverrichters daarom geen legitieme inbreuk op de transparantieplichting, maar staat deze omstandigheid in de weg aan toepassing van het gelijkheidsbeginsel en de hieruit voortvloeiende transparantieplichting.

Zo gezien is ook de *Betfair*-exceptie voor tweeërlei uitleg vatbaar, namelijk als uitzondering op de transparantieplichting of juist als een situatie waarop de transparantieplichting in het geheel niet van toepassing is. Dat ambigue karakter van de *Betfair*-exceptie wordt wellicht verklaard door de verschillende soorten situaties die de *Betfair*-exceptie beoogt te omvatten. In geval van de openbare exploitant die onder rechtstreeks toezicht staat van de Staat, lijkt sprake van een exceptie die is ontleend aan de figuur van quasi-inbesteding uit het aanbestedingsrecht. In dat geval zou het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers dus niet aan de orde zijn en komt een rechtvaardiging van de exceptie dus niet in beeld. In geval van de particuliere exploitant die onder strenge controle van de overheid staat, gaat die redenering minder vanzelf op. In dat geval zou kunnen worden betoogd dat vanwege de aanwezigheid van meerdere marktdeelnemers het beginsel van gelijke behandeling van toepassing is, maar wijst de exceptie van de particuliere exploitant onder strenge controle in de richting van uniciteit van dienstverrichters.

Voor een antwoord op de vraag of de *Betfair*-exceptie al dan niet als uitzondering op de transparantieplichting moet worden beschouwd, is verder van belang dat het Hof van Justitie in *Betfair* een koppeling aanbrengt tussen de beperking die voortvloeit uit een éénvergunningstelsel en de beperking van de transparantieplichting door de exceptie van strenge controle. Het Hof van Justitie overweegt immers expliciet dat de beperkingen die specifiek voortvloeien uit de procedures voor de verlening en de verlenging van een vergunning aan slechts één exploitant, 'hoe dan ook gerechtvaardigd' zijn in geval van een openbare exploitant onder rechtstreeks beheer of een particuliere exploitant onder strenge controle. In dergelijke situaties is de toekenning of de verlenging van exclusieve rechten voor de exploitatie

van kansspelen ten gunste van één exploitant, zonder oproep tot mededinging, gelet op de met de kansspelwetgeving nagestreefde doelstellingen, niet onevenredig.⁵⁴ Opvallend is dat het Hof van Justitie hier in het kader van de evenredigheidsstoetsing niet specifiek ingaat op de eisen van geschiktheid en noodzakelijkheid. Daarmee worden de situaties van een openbare exploitant onder rechtstreeks beheer of een particuliere exploitant onder strenge controle dus zonder meer uitgezonderd van de transparantieplichting in geval van een éénvergunningstelsel, zonder dat hiervoor een aanvullende rechtvaardiging is vereist.⁵⁵ Dit zou dan tot de conclusie kunnen leiden dat de exceptie van de strenge controle op de transparantieplichting alleen kan worden toegepast in geval van een exclusieve vergunning: zodra er naast de door de overheid streng gecontroleerde vergunninghouder nog andere vergunninghouders zijn, verliest de overheid in zekere mate de beheersing over de aan de vergunde activiteit verbonden risico's. Juist omdat de exceptie slechts betekenis heeft indien slechts één vergunning beschikbaar is, komt de exceptie neer op een argument van uniciteit, in welk geval feitelijk geen sprake kan zijn van gelijke behandeling van gelijke gevallen en dus geen betekenis toekomt aan de hieruit voortvloeiende transparantieplichting. Terwijl doorgaans bij de exceptie van uniciteit nog afzonderlijk moet worden gerechtvaardigd waarom de opdracht of concessie zodanig is ingericht dat ze slechts aan één specifieke dienstverrichter kan worden verleend, is in geval van verlening van een exclusieve kansspelvergunning aan een particuliere exploitant onder strenge controle een dergelijke aanvullende rechtvaardiging niet meer noodzakelijk, maar vloeit ze direct voort uit het risicovolle karakter van de activiteit.

Institutionele excepties onder nationaal recht?

Mededingingsplicht en excepties

Ook in het nationale recht hebben de verplichting om mededingingsruimte te bieden en de hiermee samenhangende transparantieplichting inmiddels hun intrede gedaan. Eind 2016 formuleerde de Afdeling in *Speelautomatenhal Vlaardingen* een algemeen kader voor de verdeling van schaarse vergunningen, op grond waarvan het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet bieden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen en een passende mate van openbaarheid moet verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, de verde-

52. Art. 26 Aanbestedingsrichtlijn.

53. C.J. Wolsinkel, *De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten. Op zoek naar algemene regels van verdelingsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 346.

54. *Sporting Exchange*, punten 59 en 60.

55. In *Engelmann*, punt 43, wordt de rechtvaardiging van beide beperkingen (het vergunningenplafond en het ontbreken van een oproep tot mededinging) wel nadrukkelijk van elkaar onderscheiden, maar in die zaak is sprake van twaalf concessies in plaats van één.

lingsprocedure, het aanvraagtijdvak en de toe te passen criteria.⁵⁶

Tegelijk biedt ook de Afdeling ruimte voor een legitieme exceptie op de verplichting om mededingingsruimte te bieden (en daarmee op de transparantieplichting). Volgens de rechtspraak van de Afdeling kan de verplichting om mededingingsruimte te bieden, worden beperkt door het wettelijk voorschrift dat in de schaarse vergunning voorziet of door de besluitvorming over andere vergunningen die op grond van wettelijke voorschriften voor het realiseren van de te vergunnen activiteit zijn vereist. 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.⁵⁷

Wat opvalt aan de formulering van deze exceptie, is het dubbele karakter hiervan. Enerzijds mag een beperking niet leiden tot uitsluiting van mededingingsruimte, maar anderzijds lijkt volledige uitsluiting van mededingingsruimte toch niet geheel uitgesloten mits die beperking kenbaar een rol heeft gespeeld bij de totstandkoming van het wettelijk voorschrift dat de mededinging beperkt. Verder is deze *Vlaardingen*-exceptie zeer algemeen geformuleerd en biedt zij weinig concrete houvast. Uit latere jurisprudentie kan echter worden afgeleid dat in elk geval uniciteit van dienstverrichters onder deze ruime exceptie zou kunnen worden gebracht.⁵⁸ Voor dwingende spoed is dit minder evident, omdat een vergunning slechts een toestemming inhoudt om een bepaalde activiteit te verrichten zonder dat hiertoe een verplichting bestaat.⁵⁹ De vraag is dus waarom vergunningverlening op korte termijn noodzakelijk zou zijn en dus zonder oproep tot mededinging zou moeten plaatsvinden.

Institutionele excepties?

Juist omdat de Afdeling zelf bij de ontwikkeling van haar verdelingskader heeft verwezen naar de Unierechtelijke transparantieplichting,⁶⁰ ligt het voor de hand om ook voor de betekenis van die institutionele excepties onder het nationale verdelingskader eerst naar het Unierecht te kijken. Een dergelijke institutionele exceptie onder nationaal verdelingsrecht zou concreet betekenis kunnen hebben in zaken waarin noch de bepalingen uit de Dienstenrichtlijn, noch de verkeersvrijheden van het Unierecht van toepassing zijn, bijvoorbeeld omdat sprake is van een zuiver interne situatie ten aanzien van

een dienst die niet onder de Dienstenrichtlijn valt (zoals het aanbieden van kansspelen).

Voor het antwoord op de vraag of ruimte is voor een dergelijke institutionele exceptie, is allereerst van belang dat de nationale mededingingsnorm wordt afgeleid uit het gelijkheidsbeginsel, dat in een verdelingscontext strekt tot het bieden van gelijke kansen. Bovendien is van belang dat de Afdeling nadrukkelijk heeft erkend dat haar verdelingskader is geïnspireerd door het Unierecht. In theorie is dus inderdaad denkbaar dat ook onder het nationale recht een institutionele exceptie op de mededingingsnorm wordt gecreëerd, die zelfs zou kunnen leiden tot een volledige uitsluiting van mededingingsruimte. Ook de algemene beperkingsclausule dat de beperking kenbaar een rol moet hebben gespeeld bij de totstandkoming van het wettelijk voorschrift dat de mededingingsruimte beperkt, zou ruimte laten voor een dergelijke institutionele exceptie van strenge controle op een particuliere exploitant. Wezenlijk verschil is wel dat het nationale verdelingskader, anders dan het Unierecht, een duidelijk wettelijke inbedding van de *Betfair*-exceptie vereist, tenzij vergunningverlening aan een streng gecontroleerde marktdeelnemer niet als beperking van mededingingsruimte wordt beschouwd.

Conclusie

De rechtsontwikkeling inzake de verdeling van schaarse vergunningen is sterk geïnspireerd door het (Unierechtelijke) aanbestedingsrecht en de hierbinnen ontwikkelde transparantieplichting. Als het gaat om ‘institutionele excepties’ op die transparantieplichting lijkt echter sprake van divergerende wegen. Binnen het aanbestedingsrecht dat op grond van de verkeersvrijheden is ontwikkeld, geldt de transparantieplichting namelijk niet indien sprake is van *quasi-inbesteding*, dat wil zeggen indien de concessieverlenende overheidsinstantie op de concessiehouder toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten én deze concessiehouder bovendien het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van de instantie die hem beheerst. Deelname van privaat kapitaal in deze concessiehouder is daarom zonder meer uitgesloten. Voor schaarse vergunningen is daarentegen in *Betfair* expliciet bepaald dat de transparantieplichting niet van toepassing is in geval van een openbare exploitant wiens beheer onder rechtstreeks toezicht staat van de Staat of een particuliere exploitant op wiens activiteiten de overheid een strenge controle kan uitoefenen.

Uit deze bijdrage volgt dat de *Betfair*-exceptie niet moet worden beschouwd als het ‘schaarse vergunningen’-equivalent van de *Teckal*-exceptie, maar als een exceptie *sui generis* die op haar eigen merites moet worden beoordeeld. Dit betekent dat de *Betfair*-exceptie ondanks haar algemene bewoordingen niet zonder meer van toepassing is op andere activiteiten dan kansspelen. In het bijzonder lijkt de exceptie aansluiting te zoeken bij het risicovolle karakter van de activiteit, waaruit de nood-

56. ABRvS 2 november 2016, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel (*speelautomatenhal Vlaardingen*), punt 8.

57. ABRvS 2 november 2016, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel (*speelautomatenhal Vlaardingen*), punt 8.

58. Zie ABRvS 27 september 2017, AB 2017/389, m.nt. C.J. Wolswinkel (*speelautomatenhal Helmond*), punt 9.1, en eerder CBb 3 juni 2009, AB 2009/373, m.nt. C.J. Wolswinkel (*speelautomatenhal Den Haag*).

59. Zie ook Wolswinkel 2013, p. 345, en A-G Widdershoven 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421, punt 6.17.

60. ABRvS 12 april 2017, AB 2017/300, m.nt. C.J. Wolswinkel (*standplaats Doorn*).

zaak van strenge controle voortvloeit. Dat betekent dat de *Betfair*-exceptie hooguit van betekenis zou kunnen zijn bij de verdeling van exclusieve vergunningen voor andere risicovolle economische activiteiten en daarmee een ‘dienstafhankelijk’ karakter heeft. Deze exceptie zou hierdoor wellicht minder goed passen in het door het Unierecht geïnspireerde *algemene* kader van de Afdeling voor de verdeling van de schaarse vergunningen. Tegelijk zou de Afdeling in bijzondere omstandigheden aan de *Betfair*-exceptie inspiratie kunnen ontlelen om op grond van het nationale gelijkheidsbeginsel te oordelen dat de transparantieplichting niet van toepassing is vanwege de bijzondere institutionele verhouding tussen vergunningverlener en vergunninghouder.