

## Tilburg University

### De ordening van schaarse ruimte

Nijmeijer, Tonny; Wolswinkel, Johan

*Published in:*  
Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht

*Publication date:*  
2021

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

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

*Citation for published version (APA):*  
Nijmeijer, T., & Wolswinkel, J. (2021). De ordening van schaarse ruimte. *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, 2021(10), 649-658. Article 2021/310.

#### 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.

# De ordening van schaarse ruimte

NTB 2021/310

## 1. Inleiding: twee gescheiden werelden?

Niemand zal betwisten dat ruimte schaars is. Het ordenen van de fysieke ruimte door middel van planologische besluiten heeft daarom naar zijn aard betrekking op een schaars goed. Toch impliceert dat niet, of niet zonder meer, dat planologische besluitvorming de verdeling van schaarse rechten inhoudt in de betekenis die inmiddels juridisch gemeengoed is geworden. Sterker nog: lange tijd leek de ontwikkeling van het bestuursrechtelijke 'verdelingsrecht' zich te voltrekken buiten het ruimtelijke ordeningsrecht om. Een van de verklaringen hiervoor kan zijn dat elk van beide rechtsgebieden, met inbegrip van de verdeelproblematiek daarbinnen, voer voor specialisten is.

Hierin is echter de afgelopen jaren verandering gekomen. Allereerst is directe overlap tussen het ruimtelijke ordeningsrecht en het economisch ordeningsrecht zichtbaar geworden in het arrest *Visser Vastgoed*, waarin het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft geoordeeld dat voorschriften in bestemmingsplannen die specifiek zijn gericht tot personen die economische activiteiten in een bepaald gebied willen ontwikkelen, binnen de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn als instrument van economische ordening vallen.<sup>2</sup> Daarmee komen ook de bepalingen in de Dienstenrichtlijn over de verdeling van schaarse vergunningen in het werkingsgebied van het ruimtelijke ordeningsrecht. Daarnaast heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (verder: de Afdeling) in *Speelautomatenhal Vlaardingen* als afgeleide van het gelijkheidsbeginsel een nationaal verdelingskader ontwikkeld, waarvan het toepassingsbereik – anders dan dat van het marktgeoriënteerde Unierecht – niet is beperkt tot schaarse vergunningen voor economische activiteiten en dus ook binnen het bereik van het ruimtelijke ordeningsrecht kan komen.<sup>3</sup>

In het licht van die beide ontwikkelingen is niet verwonderlijk dat de voorzitter van de Afdeling twee jaar na *Speelautomatenhal Vlaardingen* in de zaak die leidde tot de uitspraak *Windpark Zeewolde*, een conclusie aan staatsraad advocaat-generaal (verder: A-G) Widdershoven vroeg over schaarse rechten in het ruimtelijke ordeningsrecht. Hoewel A-G Widdershoven een omvangrijke conclusie aanreikte,<sup>4</sup> nam de Afdeling in haar uitspraak niet over alle onderdelen uit die conclusie een duidelijk standpunt in.<sup>5</sup> De rechtsontwikkeling lijkt de jaren daarna evenmin tot bloei te zijn gekomen, waardoor (nog steeds) onduidelijk is in hoeverre het leerstuk van de verdeling van schaarse rechten binnen de ruimtelijke ordening van toepassing is. In deze bijdrage staan daarom twee vragen centraal:

- a) In hoeverre is bij planologische besluiten sprake van de verdeling van schaarste?
- b) Hoe verhoudt die schaarste zich tot het leerstuk van de verdeling van schaarse rechten?

Wij richten ons in deze bijdrage specifiek op algemene planologische besluiten, in het bijzonder het bestemmingsplan, omdat de rechtsontwikkeling met name hier lijkt te stagneren. Niettemin kan de samenhang met individuele planologische besluiten, zoals omgevingsvergunningen voor afwijkend gebruik, zodanig zijn dat juist uit het samenstel van bestemmingsplan en omgevingsvergunning de aanwezigheid van schaarse rechten in het ruimtelijke ordeningsrecht volgt. Bij die verhouding tussen algemene en individuele planologische besluiten is overigens van belang dat zowel het bestemmingsplan als de omgevingsvergunning geen realisatierechten toekent aan *gegadigde personen*, maar aan *locaties* (ofwel aan de rechthebbende op die locatie).<sup>6</sup>

Deze bijdrage is als volgt opgebouwd. Eerst karakteriseren wij de sturingsinstrumenten van het ruimtelijke ordeningsrecht en het economisch bestuursrecht als vormen van ordeningsrecht (par. 2). Vervolgens bespreken wij de rechtsontwikkeling die zich sinds *Windpark Zeewolde* heeft voltrokken (par. 3). In paragraaf 4 laten wij zien hoe de rechtsontwikkeling verder gestalte kan krijgen. Wij sluiten af met een conclusie en doen enkele aanbevelingen (par. 5).

1 Prof.mr. A.G.A. Nijmeijer is hoogleraar omgevingsrecht aan de Radboud Universiteit en staatsraad advocaat-generaal in de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State. Prof.mr.dr. C.J. Wolswinkel is hoogleraar Bestuursrecht, Markt & Data aan Tilburg University.

2 HvJ EU 30 januari 2018, ECLI:EU:C:2018:44, AB 2018/181, m.nt. A.G.A. Nijmeijer (*Visser Vastgoed*). Zie hierover ook: J.C. van Oosten & A. Drahmann, 'De gevolgen van Appingedam en Zeewolde voor het Nederlands bestuursrecht, in het bijzonder voor ruimtelijke besluiten', *JBplus* 2018-3; M.R. Botman & D.S.P. Roelands-Fransen, 'De uitwerking van de Dienstenrichtlijn in het Nederlandse stelsel van ruimtelijke ordening', *TO* 2019-2, p. 34-42, en A.G.A. Nijmeijer, 'Dienstenrichtlijn en bestemmingsplan. Over een 'goede ruimtelijke ordening' en de 'Twijfel aan de juistheid'-toets', *TO* 2018-1, p. 32-38.

3 Overigens geldt specifiek voor de exploitatie van speelautomatenhallen dat dit weliswaar een economische activiteit is, maar buiten het bereik van de Dienstenrichtlijn valt (art. 2 Dienstenrichtlijn). Op de verdeling van schaarse kansspelvergunningen is daarom het primaire Unierecht (art. 49 en 56 VWEU) van toepassing, mits sprake is van een grensoverschrijdende situatie.

4 Conclusie A-G Widdershoven 6 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1847 (*Windpark Zeewolde*).

5 ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4198, AB 2019/111, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Windpark Zeewolde*).

6 Zie ook J. Struiksma & M.A.M. Dieperink, 'Schaarse rechten en het ruimtelijk beleid', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 118.

## 2. Ordenend bestuursrecht

### 2.1 Verdelen is (een vorm van) ordenen

Een van de functies van het bestuursrecht is ordenen.<sup>7</sup> Het algemeen belang vraagt om ordening door de overheid ter voorkoming van chaos: hulpbronnen kunnen te snel worden uitgeput (*tragedy of the commons*), gezamenlijk gebruik van voorzieningen kan leiden tot storing of interferentie, et cetera.<sup>8</sup> Waar besturen neerkomt op het voortdurend maken van keuzes, is bestuursrecht zelfs naar zijn aard ordenend: elke rechtsregel brengt een zekere ordening teweeg tussen diegenen die wel en diegenen die niet onder die regel vallen.

Schuyt heeft de ordenende functie van het bestuursrecht nadrukkelijk in verband gebracht met de verdelende functie van het bestuursrecht. Hij vat de ordenende functie van het bestuursrecht beperkt op als het stellen van algemene regels. Die ordenende functie van het bestuursrecht contrasteert hij met de toedelende of verdelende functie van het bestuursrecht: wie krijgt wat in abstracto en in concreto? Overigens is Schuyt de eerste om te erkennen dat verdelende regels ook een ordenende functie hebben. Niettemin is naar zijn mening vanwege de zeer uiteenlopende bijzondere rechtsgebieden met ieder een eigen (verdeel)problematiek, aparte aandacht voor deze meer individueel gerichte verdelende functie op zijn plaats.<sup>9</sup>

Schuyt noemt het ruimtelijke ordeningsrecht expliciet in het kader van de verdelende functie van het bestuursrecht.<sup>10</sup> Het maken van keuzes in de trant van 'wie krijgt wat in abstracto en in concreto?' is echter niet beperkt tot het ruimtelijke ordeningsrecht. Ook op terreinen als het sociale zekerheidsrecht, het milieurecht, het subsidierecht en het vreemdelingenrecht doet een dergelijke individueel gerichte verdeling zich voor. Wij menen dat het inderdaad verdedigbaar is om 'verdelen' te beschouwen als een vorm van 'ordenen', terwijl ordenen niet per definitie een vorm van verdelen is.<sup>11</sup> De vervolgvraag is dan wat binnen die ordenende functie de 'eigen (verdeel)problematiek' van het economisch bestuursrecht en het ruimtelijke ordeningsrecht is.

7 Vgl. C.J.M. Schuyt, 'Overheid en burger in het digitale tijdperk: een vergelijking met vele onbekenden', in: M.M. Groothuis, J.E.J. Prins & C.J.M. Schuyt, *De digitale overheid* (VAR-reeks 146), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 126-131, die in dit verband spreekt van de ordenend-normerende functie van het bestuursrecht. Zie ook C.J. Wolswinkel, 'Verdelingsrecht en algemeen bestuursrecht. Naar een Algemeen Deel Verdelingsrecht?', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb in eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 805.

8 Zie in dit verband ook O. Kwast, 'Economie en omgevingsrecht: schaarse vergunningen voor natuurlijke schaarste', *TO* 2018-3, p. 142-144.

9 Hij spreekt afwisselend van de 'ordenend-normerende' en de 'normerend-ordenende functie' van het bestuursrecht (Schuyt 2011, p. 126-131).

10 Schuyt 2011, p. 128.

11 Als vier appels in een fruitschaal worden gelegd, is dat een vorm van ordenen zonder dat verdeling plaatsvindt. Worden de vier appels verdeeld over twee personen, dan worden de appels tegelijkertijd (opnieuw) geordend.

### 2.2 Economische ordening: van algemeen naar individueel

Waar het vrij gangbaar is te spreken over het 'ruimtelijke ordeningsrecht', geldt dat veel minder voor het 'economisch ordeningsrecht'.<sup>12</sup> Toch heeft het economisch bestuursrecht met zijn gerichtheid op de regulering van markten bij uitstek een ordenend karakter. Die ordening voltrekt zich aan de hand van drie centrale marktreguleringsinstrumenten die in een duidelijke onderlinge verhouding staan: algemene regels, vergunningen en schaarse vergunningen.

Voor zover marktregulering al noodzakelijk is, bestaat onder het Unierecht een uitgesproken voorkeur voor algemene regels. Een vergunningstelsel impliceert namelijk dat een marktpartij vooraf individuele toestemming moet vragen voor het verrichten van een bepaalde activiteit. Hierdoor vormt een vergunningstelsel een extra drempel voor een marktpartij om zijn goederen of diensten aan te bieden. Een vergunningstelsel kan daarom slechts aan de orde zijn indien het (legitieme) doel dat met de marktregulering wordt nagestreefd, niet met algemene regels kan worden bereikt.<sup>13</sup> Niettemin hebben zowel algemene regels als vergunningen bij uitstek een ordenende functie: marktpartijen die niet aan de algemene regels of aan de criteria voor vergunningverlening voldoen, kunnen de betreffende economische activiteit niet uitoefenen.

Binnen de categorie van vergunningstelsels vormen zogeheten 'gelimiteerde vergunningstelsels' een deelcategorie. Van een dergelijk 'gelimiteerd vergunningstelsel' is sprake wanneer het aantal beschikbare vergunningen is beperkt tot een maximum. Wanneer het aantal aanvragers dit maximum ('plafond') overstijgt, wordt gesproken over *schaarse vergunningen*.<sup>14</sup> De verlening van deze schaarse vergunningen kan – in het verlengde van de verlening van andere vergunningen – worden beschouwd als een vorm van ordening, maar betreft ook bij uitstek een vorm van verdeling: de verlening van een schaarse vergunning aan de ene marktpartij impliceert dat een andere marktpartij deze vergunning niet kan verwerven.

Aangezien een gelimiteerd vergunningstelsel competitie op de markt beperkt of zelfs elimineert, worden aan de competitie om de markt zware eisen gesteld. Zo is in het Unierecht een transparantieverplichting tot ontwikkeling gekomen, op grond waarvan het bestuur een passende mate van openbaarheid moet verzekeren.<sup>15</sup> Verder mogen

12 Zie voor een uitzondering hierop E. Steyger, 'De Awb en het economisch ordeningsrecht: een ontregelende relatie', in: W. den Ouden, J.E.M. Polak & T. Barkhuysen (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Bju 2011, p. 655.

13 Zie nadrukkelijk art. 9 Dienstenrichtlijn.

14 Zie reeds F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemeen bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 2.

15 Hvj EU 3 juni 2010, C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307 (*Sporting Exchange*) en art. 12 Dienstenrichtlijn ten aanzien van vergunningen die in aantal beperkt zijn vanwege 'schaarste van beschikbare natuurlijke hulpbronnen of bruikbare technische mogelijkheden'.

schaarse vergunningen op grond van het Unierecht (in beginsel) niet voor onbepaalde tijd worden verleend.<sup>16</sup> Vergelijkbare eisen heeft de Afdeling binnen het nationale recht ontwikkeld, met name in de context van het gelijkheidsbeginsel, in de uitspraak *Speelautomatenhal Vlaardingen*. Op grond van deze uitspraak moet het bestuur potentiële gegadigden de mogelijkheid bieden om mee te dingen naar een schaarse vergunning. Bovendien moet bij die verdeling van schaarse vergunningen een passende mate van openbaarheid worden betracht en mogen schaarse vergunningen in beginsel niet voor onbepaalde tijd worden verleend.<sup>17</sup>

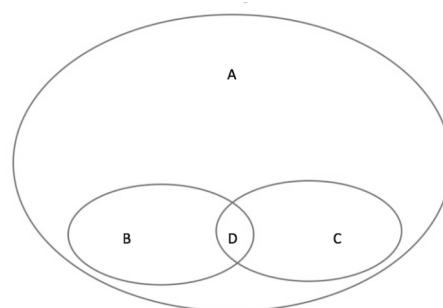
### 2.3 Ruimtelijke ordening: algemeen is individueel

Het ruimtelijke ordeningsrecht heeft betrekking op de ordening van de fysieke ruimte, waarbij de grond het aangrijpingspunt voor die ordening vormt.<sup>18</sup> Om die ordening tot stand te brengen, staan het bestuur (gemeente, provincie, Rijk) op basis van de Wet ruimtelijke ordening (Wro) verschillende instrumenten ter beschikking, zoals het bestemmingsplan,<sup>19</sup> algemene regels en de omgevingsvergunning voor met het bestemmingsplan strijdig gebruik. Het bestemmingsplan vervult bij de ordening van de fysieke ruimte een centrale rol. Een bestemmingsplan kent bestemmingen toe aan gronden en bouwwerken en stelt regels met het oog op de toegekende bestemmingen. Wanneer deze gronden of reeds gerealiseerde bouwwerken vervolgens worden gebruikt in overeenstemming met het bestemmingsplan, is geen afzonderlijke toestemming in de vorm van een omgevingsvergunning nodig.<sup>20</sup> Dat is wel het geval voor zover nieuwe bouwwerken worden opgericht (omgevingsvergunning bouwen) of voor zover wordt afgeweken van het bestemmingsplan.<sup>21</sup>

Een bestemmingsplanregeling kwalificeert als een algemene regel, maar normeert op perceelsniveau. De regels in het plan hebben daarmee direct rechtsgevolg voor het gebruik van gronden en bouwwerken door individuele (rechts) personen. Maatgevend voor de inhoud van een bestemmingsplanregeling is volgens art. 3.1 lid 1 Wro het criterium van 'een goede ruimtelijke ordening'. De planwetgever (in het geval van een bestemmingsplan: de gemeenteraad)<sup>22</sup>

heeft een grote mate van beleidsruimte om te bepalen welke bestemming aan een locatie wordt toegekend en welke regels met het oog op die bestemming nodig zijn.<sup>23</sup> Vertrekpunt is daarom dat de mogelijkheden voor de gemeenteraad om binnen de territoriale gemeentegrenzen bestemmingen en daarbinnen toe te laten gebruiksdoel-einden toe te kennen in een bestemmingsplan, in beginsel onbegrensd zijn. De gemeenteraad moet weliswaar een keuze voor een bepaalde bestemming maken,<sup>24</sup> maar welke bestemming aan welk perceel wordt toegekend, is primair ter vrije keuze van de gemeenteraad. Deze keuzeruimte van de planwetgever kan echter nader zijn begrensd, zowel om juridische redenen als om locatiespecifieke redenen. Om die reden onderscheiden wij drie categorieën ten aanzien van het toedelen van bestemmingen: (a) *onbegrensd* planologische keuzes, (b) *juridisch-begrensd* planologische keuzes en (c) *locatiebegrensd* planologische keuzes, waarbij de laatste twee categorieën overlap kunnen vertonen (zie (d)).

Figuur 1. Planologische keuzes



Van *onbegrensd* planologische keuzes is sprake wanneer de planwetgever bij de toekenning van bestemmingen niet wordt begrensd door juridische of locatiespecifieke restricties.

Een voorbeeld hiervan betreft de situatie waarin de bestemming 'wonen' aan elke locatie van het plangebied kan worden toegekend.

Binnen de ruimtelijke ordening komt echter ook regelmatig de situatie voor dat de planologische keuzevrijheid van een planwetgever door bovengemeentelijke of andere gemeentelijke regelingen is begrensd. Bij dergelijke *juridisch-begrensd* planologische keuzes, waarbij sprake is van een

16 Zie in het bijzonder art. 11 en 12 Dienstenrichtlijn, waaruit zelfs een verbod op vergunningverlening voor onbepaalde tijd volgt.

17 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Speelautomatenhal Vlaardingen*), r.o. 8.

18 Onder grond wordt mede begrepen de onder- en bovengrond op verschillende niveaus, alsmede water, de territoriale zee en de exclusieve economische zone (art. 1.1 lid 2 onder a Wro).

19 Op provinciaal- en rijksniveau in de vorm van een inpassingsplan, zie art. 3.26 en art. 3.28 Wro.

20 Dit kan overigens anders zijn in een bestemmingsplan met verbrede reikwijdte dat wordt vastgesteld op grond van de Crisis- en herstelwet. In zo'n plan kan gebruik conform de bestemmingsplanregeling worden gekoppeld aan een verbod behoudens omgevingsvergunning (zie A.G.A. Nijmeijer, 'De bestemmingsplanactiviteit als experimentele voorloper van het omgevingsplan: de schijnflexibiliteit van een 'uitnodigende' planregeling', *TBR* 2017/113).

21 Art. 2.1 lid 1 onder a resp. onder c Wet algemene bepalingen omgevingsrecht.

22 Wijzigingsplannen en uitwerkingsplannen gelden als bestemmingsplan, maar worden vastgesteld door het college van burgemeester en wethouders (art. 3.6 lid 1 onder a resp. onder b Wro).

23 Zie onder meer ABRvS 29 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2168, r.o. 2: 'Bij de vaststelling van een bestemmingsplan moet de raad bestemmingen aanwijzen en regels geven die de raad uit een oogpunt van een goede ruimtelijke ordening nodig acht. De raad heeft daarbij beleidsruimte en moet de betrokken belangen afwegen. De Afdeling beoordeelt aan de hand van de beroepsgronden of het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan in overeenstemming is met het recht. De Afdeling stelt niet zelf vast of het plan in overeenstemming is met een goede ruimtelijke ordening, maar beoordeelt aan de hand van die gronden of de raad zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat het plan strekt ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening.'

24 Daarbij kan een bestemming ruim of minder ruim worden gedefinieerd en moet deze nader worden ingevuld door de doeleindenomschrijving (art. 3.1.3 Bro).

voor de planwetgever bindende regeling (dus niet een vorm van beleid), zoals een provinciale verordening ex art. 4.1 lid 1 Wro, ontstaat een limitering in de te maken planologische keuzes. Die juridische begrenzing kan verschillende vormen hebben, waarbij ook mengvormen denkbaar zijn. Zo is denkbaar dat een begrenzing plaatsvindt naar locatie (de bestemming 'wonen' mag alleen worden toegekend in gebied X), naar aantal (binnen de bestemming 'wonen' zijn maximaal 15 woningen toegestaan) of naar gebruiksvorm (binnen de bestemming wonen zijn alleen eengezinswoningen toegestaan). Niet elke juridische begrenzing leidt ertoe dat in het bestemmingsplan schaarse rechten worden verdeeld, maar een dergelijke begrenzing kan wel tot die situatie leiden.

Zo hoeft een beperking naar gebruiksvorm niet neer te komen op de verdeling van schaarse rechten. Een begrenzing naar aantal komt weliswaar neer op de introductie van een plafond, maar de verdeling daarvan hoeft niet noodzakelijk plaats te vinden in het plan zelf. Zo kan het plan een verbod behoudens omgevingsvergunning bevatten op grond waarvan na de vaststelling van het plan hoogstens 15 vergunningen door het bevoegd gezag mogen worden verleend.

Van een voor de planwetgever bindende juridische begrenzing is wat ons betreft ook sprake wanneer in een *andere* door de gemeenteraad vastgestelde gemeentelijke verordening (zoals een gemeentelijke speelautomatenhalverordening) een maximum is opgenomen, bijvoorbeeld maximaal één vergunning voor de exploitatie van een speelautomatenhal.

Tot slot kan zich de situatie voordoen dat de planologische keuzes van de planwetgever niet om juridische redenen, maar vanwege locatiespecifieke kenmerken begrensd zijn. Bestemmingen worden immers toegekend aan gronden en bouwwerken en zijn daardoor locatiegebonden. Vanuit het perspectief van een goede ruimtelijke ordening is niet iedere willekeurige locatie geschikt voor toedeling van iedere willekeurige bestemming. De zogenoemde 'situeringskenmerken' van een locatie kunnen in de weg staan aan een bepaalde bestemming, bijvoorbeeld vanwege geofysische omstandigheden van de betreffende locatie of vanwege de verhouding tot omliggende functies.<sup>25</sup> In die gevallen zijn de planologische keuzes locatiespecifiek begrensd.

Zo laat de toedeling van de bestemming 'wonen' in de directe nabijheid van een bedrijf dat geurhinder voor de woonomgeving veroorzaakt, zich niet of slechts met een in acht te nemen zonering vanuit een goede ruimtelijke ordening motiveren.<sup>26</sup> Hier is sprake van een locatiespecifieke beperking die tevens een juridische beperking inhoudt (op

grond van de Wet geurhinder en veehouderij). Een locatie-specifieke beperking zonder juridische beperking doet zich bijvoorbeeld voor bij het bestemmen van ligplaatsen voor woonschepen, omdat vanuit de verkeersveiligheid op het water of vanwege de bereikbaarheid van de kade en openbare nutsvoorzieningen niet iedere locatie geschikt is voor het innemen van ligplaats met de bestemming 'wonen'.<sup>27</sup> Een tweede voorbeeld is een bestemming die de aanleg van een betaalde parkeervoorziening toelaat. Niet iedere locatie is gelet op de infrastructurele voorzieningen (aan- en afvoer van voertuigen) en de omliggende bebouwing (geluidgevoelige objecten) voor dat gebruik geschikt. Een derde voorbeeld betreft een bestemming die toelaat dat een locatie mag worden gebruikt voor zandwinning. Niet iedere locatie is gelet op de bodemsamenstelling daarvoor geschikt. Tot slot kan bij wijze van voorbeeld worden gedacht aan een bestemming die de vestiging van detailhandel in volumineuze goederen toestaat. Uit logistiek oogpunt is een dergelijke bestemming niet mogelijk op plaatsen in een historische binnenstad die niet met (vracht)auto's bereikbaar zijn.

Uit de voorbeelden blijkt dat zich ook overlap kan voordoen tussen juridisch-begrensde en locatiebegrensde planologische keuzes. Wij komen op deze overlap in par. 4 terug, als we de eisen van transparantie en mededinging bespreken.

### 3. Meerdere begrippen van schaarste

#### 3.1 Windpark Zeewolde

Hoewel A-G Widdershoven in 2016 in zijn conclusie in *Speelautomatenhal Vlaardingen* al aandacht vroeg voor de rol die het ruimtelijke ordeningsrecht kan spelen bij het beperken van de mededinging,<sup>28</sup> vond de Afdeling in die zaak nog een 'olifantenpaadje', waardoor zij in het midden kon laten in hoeverre het door haar ontwikkelde nationale verdelingsregime ook van toepassing is binnen het ruimtelijke ordeningsrecht. In 2018 vroeg de voorzitter van de Afdeling echter om een conclusie over de vraag of planologische besluiten (plannen en omgevingsvergunningen voor afwijken van plannen) en omgevingsvergunningen ter uitvoering van planologische besluiten (bijvoorbeeld voor het bouwen) onder omstandigheden als besluiten kunnen worden aangemerkt waarbij schaarse rechten worden toegedeeld. In zijn lijvige conclusie betoogde de A-G dat bestemmingsplannen geen besluiten zijn die schaarse rechten toedelen. Omgevingsvergunningen zijn volgens hem in de regel evenmin besluiten die een schaars recht toebedelen, omdat zij doorgaans alleen kunnen worden aangevraagd door degene die over de grond kan beschikken en er voor de vergunning dus niet meer gegadigden kunnen zijn dan vergunningen.

25 Zie over deze 'situeringskenmerken': P. van der Ree, *Met woord en kaart. Over detaillering en reikwijdte van bestemmingsplanregeling* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2000, p. 249 e.v.

26 Bijv. ABRvS 23 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1337 (toepassing richtlijnen bedrijven en milieuzonering).

27 Zie over de (beleidsmatige) keuze om ligplaatsen slechts beperkt toe te staan bijvoorbeeld ook ABRvS 8 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1013, AB 2021/54, m.nt. C.J. Wolswinkel.

28 Conclusie A-G Widdershoven 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421 (*Speelautomatenhal Vlaardingen*).

Niettemin kan in bijzondere situaties een omgevingsvergunning wél een besluit zijn dat een schaars recht toekent.<sup>29</sup>

Afgezet tegen de lijvige conclusie van de A-G, geeft de uitspraak van de Afdeling in *Windpark Zeewolde* weinig richting.<sup>30</sup> De Afdeling geeft weliswaar het standpunt van de A-G weer,<sup>31</sup> maar betreft zelf geen stelling in het juridische debat over verdeling van schaarse rechten in het ruimtelijke ordeningsrecht. Wel oordeelt de Afdeling dat het bestreden rijksinpassingsplan “geen schaarste creëert anders dan de schaarste die kenmerkend is voor ruimtelijke plannen waarin een bepaald gebruik van de grond [...] beperkt is tot de daartoe bestemde locatie.” Volgens de Afdeling hebben de aangevoerde beroepsgronden over het beginsel van gelijke kansen geen betrekking op de verdeling van deze, aan ruimtelijke plannen inherente schaarste, maar enkel op het uitgangspunt dat slechts één initiatiefnemer het project mag uitvoeren.<sup>32</sup> Daarmee lijkt de Afdeling in de uitspraak *Windpark Zeewolde*<sup>33</sup> meerdere begrippen van schaarste te onderscheiden, zodat steeds de vraag moet worden gesteld welk schaarstebegrip nu eigenlijk aan de orde is.

Kenmerkend voor ‘ruimtelijke schaarste’ is dus voor de Afdeling dat ruimtelijke plannen een bepaald gebruik van de grond beperken tot de daartoe bestemde locatie. Immers, door een bepaalde locatie een bepaalde bestemming te geven, wordt een andere bestemming voor die locatie uitgesloten. Tevens kan die bestemming tot gevolg hebben dat diezelfde bestemming niet op andere locaties geldt. Een dergelijke ‘ruimtelijke schaarste’ heeft daarmee eerder het karakter van ordening dan van verdeling, zoals aan de orde is bij de verdeling van schaarse rechten.

### 3.2 Voorbij *Windpark Zeewolde*

Na *Windpark Zeewolde* leek de rechtsontwikkeling ten aanzien van schaarse rechten in het ruimtelijke ordeningsrecht tot stilstand gekomen. Toch begint de Afdeling langzaam met instemming naar de conclusie van A-G Widdershoven te verwijzen ten aanzien van de vraag of door de vaststelling van een bestemmingsplan een schaars recht wordt toegekend. In 2019 heeft de Afdeling – nog zonder verwijzing naar de conclusie van de A-G – in *Supermarkten Centrum Duiven* ten aanzien van een bestemmingsplan dat de uitbreidingsmogelijkheden van de drie binnen het plangebied gevestigde supermarkten beperkte, overwogen dat:

“[...] het plan zelf niet een schaars recht creëert in die zin dat het plan het aantal aanvragen voor een omgevingsvergunning, dat op grond van [...] de planregels kan worden ingediend, beperkt. Wel leidt toepassing van de planregels ertoe dat niet voor alle in het plangebied aanwezige supermarkten eenzelfde mogelijkheid tot uitbreiding bestaat. Dit komt doordat de specifieke eigenschappen van de onderscheiden locaties, waar de supermarkten zijn gevestigd, verschillen. Indien [...] de uitbreidingsruimte feitelijk maar bij één partij zou kunnen terechtkomen, is dat niet een gevolg van een bij het plan gemaakte keuze uit een aantal in gelijke mate in aanmerking komende locaties. Het is een gevolg van de specifieke eigenschappen van de onderscheiden locaties: eigenschappen die bepalend zijn voor het antwoord op de vraag of een locatie planologisch geschikt is voor uitbreiding. Nu bij het plan geen schaarste zoals bedoeld door [appellante sub 2] is gecreëerd, kan van toedeling van een schaars recht ook geen sprake zijn.”<sup>34</sup>

Daargelaten of een plan schaarste kan creëren door het aantal aanvragen te beperken, blijken in de argumentatie van de Afdeling de locatiespecifieke eigenschappen (‘situeringskenmerken’) van de verschillende locaties doorslaggevend te zijn. Verschillen tussen locaties kunnen meebrengen dat niet alle locaties ‘in gelijke mate’ in aanmerking komen voor een door de bestemmingsplanregeling geboden uitbreidingsmogelijkheid, maar dat betekent niet dat schaarse rechten worden verdeeld.

In 2020 heeft de Afdeling in *Hornbach* verder naar de conclusie van A-G Widdershoven toe bewogen. In dit bestemmingsplan wordt (enkel) de vestiging van een bouwmarkt op een specifieke locatie mogelijk gemaakt. Concurrenten van Hornbach stellen dat de verkoop aan Hornbach van gemeentegronden waarop dit bestemmingsplan ziet, niet transparant is verlopen, omdat deze gronden in strijd met het formele gelijkheidsbeginsel zonder openbare inschrijving zijn verkocht.<sup>35</sup> Nadat de Afdeling eerst heeft benadrukt dat de wijze waarop de gronduitgifte heeft plaatsgevonden, geen deel uitmaakt van de bestemmingsplanprocedure en daarom niet in het kader van deze procedure aan de orde kan worden gesteld,<sup>36</sup> herhaalt zij de bevindingen van A-G Widdershoven in *Windpark Zeewolde*, namelijk dat algemene planologische besluiten geen besluiten zijn die schaarse rechten toedelen en dat omgevingsvergunningen in de regel evenmin een schaars recht toedelen, maar dat op die regel uitzonderingen kunnen bestaan. Hoewel de Afdeling zich opnieuw niet uitsprekt over de juistheid van die bevindingen van de A-G, constateert zij wel dat ‘een dergelijke uitzondering’ zich in deze zaak niet voordoet. Daarmee

29 Conclusie A-G Widdershoven 6 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1847 (*Windpark Zeewolde*), punt 4.24.

30 Zie F.J. van Ommeren, ‘Geen ‘harde knip’ tussen bestemmings- en verdelings-schaarste. De andere kant van de schaarse publieke rechten’, in: L.W. Verboeket e.a. (red.), *Bestuursrecht in het echt*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 174.

31 *Windpark Zeewolde*, r.o. 17.3.

32 *Windpark Zeewolde*, r.o. 17.5. In het verlengde daarvan kan van toedeling van een schaars recht “in evenbedoelde zin” bij de omgevingsvergunning (voor het bouwen van het windpark) ook geen sprake zijn (*Windpark Zeewolde*, r.o. 17.7).

33 Zie ook punt 5 van de annotatie van Wolswinkel onder *Windpark Zeewolde* en Van Ommeren 2021, p. 174.

34 ABRvS 4 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4101 (*Supermarkten Centrum Duiven*), r.o. 16.2.

35 ABRvS 29 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:283 (*Hornbach*).

36 Inmiddels heeft de Hoge Raad de rechtsvraag of overheden bij privaatrechtelijke gronduitgifte gebonden zijn aan de normen inzake mededinging en transparantie onomwonden bevestigend beantwoord. Zie HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778 (*supermarkt Didam*).

lijkt de Afdeling te doelen op een uitzondering op de regel dat omgevingsvergunningen geen schaars recht toedelen, maar in deze zaak gaat het primair om een bestemmingsplan (ter uitvoering waarvan een omgevingsvergunning voor bouwen is verleend). Los hiervan is de vraag of de Afdeling met haar constatering dat 'een dergelijke uitzondering' zich niet voordoet, enkel doelt op de uitzonderingssituaties die de A-G heeft geïdentificeerd of in meer algemene zin is nagegaan of zich een uitzondering voordoet. In elk geval wijst de Afdeling erop dat uit art. 3.1 Wro en art. 3.1.6 Bro, dat voorschrijft dat de plantoelichting een verantwoording van de in het plan gemaakte keuze van bestemmingen moet bevatten, geen absoluut maximum volgt voor het aantal bouwmarkten dat kan worden gerealiseerd.<sup>37</sup> Hieruit leidt zij af dat het bestemmingsplan geen schaarste creëert,

"[...] anders dan de schaarste die kenmerkend is voor ruimtelijke plannen waarin een bepaald gebruik van de grond [...] beperkt is tot de daartoe bestemde locatie of in het licht van de behoeftevraag gevolgen heeft voor de mogelijkheid elders een soortgelijke ontwikkeling te realiseren."

Met deze zinsnede sluit de Afdeling niet alleen aan bij haar eerdere bewoordingen uit *Windpark Zeewolde*, maar voegt zij ook een tweede dimensie toe aan 'ruimtelijke schaarste', namelijk "of een bepaald gebruik van de grond [...] in het licht van de behoeftevraag gevolgen heeft voor de mogelijkheid elders een soortgelijke ontwikkeling te realiseren". Deze toevoeging houdt verband met de eis uit het Bro om een nieuwe stedelijke ontwikkeling specifiek toe te lichten vanuit de behoefte aan die ontwikkeling.<sup>38</sup> Tegelijk rijst de vraag of dit behoefteaspect van schaarste uniek is voor ruimtelijke ordening. Immers, ook de verlening van een vergunning voor een economische activiteit kan gevolgen hebben voor de mogelijkheid om in de toekomst een vergelijkbare vergunning te verlenen. Wanneer dat laatste het geval is, is mogelijk juist wél sprake van de verdeling van schaarse vergunningen.<sup>39</sup> Met andere woorden: de schaarste die kenmerkend wordt geacht voor 'ruimtelijke schaarste', overlapt met de schaarste die kenmerkend is voor de verdeling van schaarse vergunningen.

Het voorlopige sluitstuk (of tussenstation) in de rechtsontwikkeling is de uitspraak *Haarlemmerweg*,<sup>40</sup> waarin de Afdeling zich de overwegingen van A-G Widdershoven eindelijk eigen heeft gemaakt. In reactie op het betoog dat het plan *Haarlemmerweg* moet worden aangemerkt als een besluit tot toedeling van schaarse rechten, omdat het plan slechts twee ligplaatsen met bouw mogelijkheden mogelijk maakt terwijl er minimaal vijf gegadigden zijn, stelt de

Afdeling onder expliciete verwijzing naar de conclusie van de A-G voorop dat:

"algemene planologische besluiten, zoals onder meer een bestemmingsplan, het gebruik van gronden weliswaar territoriaal of kwantitatief bindend kunnen beperken, maar zelf *in beginsel* geen besluiten zijn die schaarse rechten toedelen [curs. auteurs]."

De 'in beginsel'-formule van de Afdeling biedt meer ruimte dan de conclusie van de A-G om bij de vaststelling van bestemmingsplannen de verdeling van schaarse rechten te identificeren.<sup>41</sup> Ten aanzien van het plan *Haarlemmerweg* concludeert de Afdeling echter dat dit geen besluit is dat zelf schaarse rechten toedeelt. Met een herhaling van de bewoordingen van *Windpark Zeewolde* (maar zonder de extra dimensie van *Hornbach* betreffende de behoeftevraag) overweegt de Afdeling dat het in dit geval gaat om schaarste die kenmerkend is voor ruimtelijke plannen waarin een bepaald gebruik van de grond beperkt is tot de daartoe bestemde locatie. Zoals hiervoor aangegeven, kan die ruimtelijke schaarste echter overlap vertonen met de schaarste die kenmerkend is voor de verdeling van schaarse vergunningen, zodat dit op zichzelf niet doorslaggevend is om te stellen dat geen sprake is van de verdeling van schaarse vergunningen.

### 3.3 Een derde vorm van schaarste?

De worsteling in het ruimtelijke ordeningsrecht staat niet op zichzelf. Ook buiten het ruimtelijke ordeningsrecht wordt de rechtspraak regelmatig geconfronteerd met de vraag of sprake is van schaarse rechten wanneer gebruik wordt gemaakt van een bepaalde locatie. Het meest relevant is in dit verband de *Fastned*-jurisprudentie over vergunningverlening voor de plaatsing van energielaadpunten op verzorgingsplaatsen langs rijkswegen op grond van de Wet beheer rijkswaterstaatswerken (Wbr). Deze jurisprudentie spitst zich toe op de vraag of de houders van zogeheten 'basisvoorzieningen' (in het bijzonder wegrestaurants en benzinstations) bij uitsluiting gerechtigd zijn om energielaadpunten als aanvullende voorziening bij hun basisvoorziening te plaatsen.

In 2019 overwoog de Afdeling in dit verband dat een Wbr-vergunning voor een e-laadstation als aanvullende voorziening geen schaarse vergunning is, omdat de verlening van deze vergunning geen gevolgen heeft voor de mogelijkheid voor andere exploitanten van een bestaande basisvoorziening om daarbij een laadpaal te plaatsen of voor de mogelijkheid van Fastned om meer laadpalen te plaatsen bij haar snellaadstation op de verzorgingsplaats. Aangezien het aantal vergunningen dat de minister wil afgeven voor een energielaadpunt als aanvullende voorziening niet beperkt

37 Uit de plantoelichting zelf kunnen overigens geen bindende regels volgen.

38 Art. 3.1.6 lid 2 Bro. Dit wordt ook wel de 'ladder voor duurzame verstedelijking' of - kortweg - 'laddertoets' genoemd.

39 Zie reeds M.M. van Es & C.J. Wolswinkel, 'Tussen schaarste en open einde. Eisen aan de verlening van vergunningen met schaarse effecten', GSt. 2015/51.

40 ABRvS 21 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1615 (*Haarlemmerweg*).

41 A-G Widdershoven beschouwt enkel een wijzigingsplan waarin een herverdeling van - wettelijk gemaximeerde - milieugebruiksruimte plaatsvindt, als een algemeen planologisch besluit waarbij schaarse rechten worden verdeeld (Conclusie A-G Widdershoven 6 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1847 (*Windpark Zeewolde*), punten 4.12 en 4.24).

is, is volgens de Afdeling geen sprake van een schaarse vergunning.<sup>42</sup>

Hoewel de Afdeling in latere jurisprudentie vasthoudt aan dit standpunt door te overwegen dat het aantal aanvullende voorzieningen op een verzorgingsplaats niet is gemaximeerd (en dus geen sprake kan zijn van een schaarse vergunning), overweegt zij tegelijk dat er gelet op de inrichtingseisen van een verzorgingsplaats en de beschikbare ruimte wel grenzen zijn aan het aantal te realiseren aanvullende voorzieningen.<sup>43</sup> Om die reden is de minister weliswaar niet verplicht om de eisen in acht te nemen die aan de verdeling van schaarse vergunningen worden gesteld (dat zou een ‘te verstreckende opdracht’ zijn), maar kan de minister andere partijen dan het wegrestaurant niet zonder meer uitsluiten van een vergunning voor een e-laadpunt als aanvullende voorziening bij een basisvoorziening. Ook andere partijen moeten volgens de Afdeling de mogelijkheid krijgen een aanvraag daarvoor in te dienen die inhoudelijk wordt beoordeeld. Dit betekent dat de minister bij de beoordeling van de voorliggende aanvraag ook rekening moet houden met mogelijke aanvragen van andere gegadigden.<sup>44</sup> Uit latere jurisprudentie blijkt dat de minister niet verplicht is om vooraf te inventariseren welke andere partijen dan vergunninghouders mogelijk een concurrerende aanvraag willen indienen. Met andere woorden: een oproep tot mededinging als onderdeel van de verdelingsnorm van ‘een passende mate van openbaarheid’ is niet vereist. Tegelijk betreft de minister in zijn beoordeling wel concurrerende aanvragen die al daadwerkelijk zijn ingediend en – voor zover dat nog niet het geval is – maakt hij een inschatting van de gevolgen van vergunningverlening voor mogelijke aanvragen in de toekomst,<sup>45</sup> als gevolg waarvan zijn handelwijze sterk doet denken aan de (transparante) handelwijze die verplicht is gesteld bij de verdeling van schaarse vergunningen.

In relatie tot het ruimtelijke ordeningsrecht zijn twee aspecten van deze jurisprudentie van (de omgevingskamer van) de Afdeling relevant. Allereerst brengt de enkele omstandigheid dat geen sprake is van schaarse vergunningen, niet mee dat aan de vergunningverlening geen bijzondere (extra) eisen worden gesteld die juist verband houden met de beperkte beschikbaarheid van ruimte op een bepaalde locatie. In die zin moet de noodzaak om bepaalde besluitvorming als de verdeling van schaarse rechten aan te merken, worden gerelativeerd. Concreet: zelfs als ‘ruimtelijke schaarste’ niet volledig zou samenvallen met de verdeling van schaarse rechten, kunnen aan de regulering van die schaarste wel bijzondere eisen worden gesteld. Daarnaast is voor het oordeel van de Afdeling dat geen sprake is van

een schaarse vergunning, de omstandigheid doorslaggevend dat de verlening van een vergunning “geen gevolgen [heeft] voor de mogelijkheid voor andere exploitanten” om een soortgelijke vergunning aan te vragen. Als de vergunningverlening dus *wel* gevolgen zou hebben gehad voor die mogelijkheden van concurrenten, zou wel sprake zijn geweest van schaarse vergunningen. Maar in *Hornbach* verwijst de Afdeling juist naar “de schaarste die kenmerkend is voor ruimtelijke plannen waarin een bepaald gebruik van de grond [...] in het licht van de behoeftevraag gevolgen heeft voor de mogelijkheid elders een soortgelijke ontwikkeling te realiseren” om te onderbouwen dat *geen* sprake is van schaarse rechten. Met andere woorden: de maatstaf die de Afdeling hanteert om schaarse van niet-schaarse rechten te onderscheiden, lijkt niet eenduidig te worden toegepast. Wij pleiten daarom – in ieder geval als het gaat om de vaststelling van bestemmingsplannen – voor een duidelijker onderscheid en werken dat in de volgende paragraaf nader uit.

#### 4. Contouren van planverdelingsrecht

##### 4.1 Verdeling van schaarse rechten in bestemmingsplan

Het beeld dat uit de rechtspraak naar voren komt, is dat verschillende begrippen van schaarste met elkaar worden gecontrasteerd om de toepassing van het leerstuk van de verdeling van schaarse rechten in bepaalde gevallen te vermijden. Tegelijk rijst de vraag of die schaarstebegrippen elkaar daadwerkelijk uitsluiten. Dat is wat ons betreft niet het geval, terwijl de rechtsontwikkeling evenmin tot die conclusie aanleiding geeft.

Met de uitspraak van de Afdeling in *Haarlemmerweg* heeft de rechtsontwikkeling het punt bereikt dat algemene planologische besluiten in beginsel geen schaarse rechten toekennen. Daarbij heeft de Afdeling het oog op schaarse rechten in de strikte zin van het woord: rechten zijn schaars “als de som van de omvang van de aanvragen het aantal beschikbare publieke rechten overtreft”. Deze definitie impliceert dat het aantal beschikbare publieke rechten beperkt is en dat voor wat betreft het aantal te verlenen rechten een maximum of plafond bestaat. Hieraan voegt de Afdeling nadrukkelijk toe dat een plafond ook kan zijn ‘verstopt’ en dus niet altijd expliciet hoeft te worden genoemd.<sup>46</sup>

Deze benadering van de Afdeling brengt mee dat in bepaalde omstandigheden *wel* aanleiding kan bestaan om de vaststelling van een bestemmingsplan aan te merken als een besluit waarbij schaarse rechten worden verdeeld. De Afdeling heeft zich nog niet uitgelaten over de vraag wanneer hiervan sprake kan zijn, maar wat ons betreft zal de kring van uitzonderingen ruimer moeten worden getrokken dan A-G Widdershoven in zijn conclusie heeft gedaan. De

42 ABRvS 31 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2645.

43 ABRvS 2 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2607, AB 2021/276, m.nt. C.J. Wolswinkel, r.o. 8.1.

44 ABRvS 2 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2607, AB 2021/276, m.nt. C.J. Wolswinkel, r.o. 12.1.

45 ABRvS 18 augustus 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1837, AB 2021/277, m.nt. C.J. Wolswinkel, r.o. 11.2.

46 Zie onder meer ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2892; ABRvS 8 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1013 en ABRvS 23 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:3081.



door hem genoemde uitzondering van een wijzigingsplan waarbinnen een ‘herverdeling’ van – wettelijk gemaximeerde – milieugebruiksruimte plaatsvindt, laat al zien dat de kring ruimer kan worden getrokken: als in het wijzigingsplan sprake is van een *herverdeling* van milieugebruiksruimte, dan moet in het door de gemeenteraad vastgestelde (moeder)bestemmingsplan sprake zijn geweest van een initiële verdeling van die gebruiksruimte.<sup>47</sup>

Voor het antwoord op de vraag wanneer de vaststelling van een bestemmingsplan aan te merken is als een besluit waarbij schaarse rechten worden verdeeld, kan wat ons betreft worden voortgebouwd op de theorievorming ten aanzien van omgevingsvergunningen. Een omgevingsvergunning kan als schaars worden beschouwd indien (i) het bestemmingsplan zelf een beperking van het aantal vergunningen bevat of (ii) een ander wettelijk voorschrift dan het bestemmingsplan een beperking van het aantal vergunningen bevat en een voldoende sterke (wettelijke) koppeling bestaat tussen beide wettelijke voorschriften.<sup>48</sup> In het verlengde hiervan zou als criterium voor de beantwoording van de vraag of de vaststelling van een bestemmingsplan de verdeling van schaarse rechten inhoudt, moeten gelden of de planologische keuzevrijheid van de planwetgever *juridisch* is begrensd. In een dergelijke situatie (categorie b in figuur 1) moet de planwetgever bezien of er binnen het desbetreffende bestemmingsplangebied meer dan één locatie geschikt is voor het realiseren van de desbetreffende planologische keuze (bijvoorbeeld de bouw van woningen of de aanleg van een bedrijventerrein). Als dat laatste het geval is, dan *kan* naar ons idee sprake zijn van de verdeling van een schaars recht bij de vaststelling van het bestemmingsplan. Dat is het geval wanneer het bestemmingsplan zelf de keuze maakt om slechts aan één bepaalde locatie de betreffende bestemming toe te kennen. In de praktijk komt het echter ook voor dat het bestemmingsplan niet zelf de aanwijzing van de locatie bevat, maar slechts een verbod behoudens omgevingsvergunning introduceert en daarbij bepaalt dat slechts een beperkt aantal omgevingsvergunningen voor afwijkend gebruik kan worden verleend. In dat geval vindt pas door de verlening van die omgevingsvergunning de verdeling van schaarse rechten plaats en zijn de eisen die aan die verdeling worden gesteld in de fase van vergunningverlening van toepassing.<sup>49</sup>

Wanneer de situeringskenmerken van bepaalde locaties zodanig zijn dat een bepaalde bestemming slechts aan een specifieke locatie of een beperkt aantal locaties kan worden toegekend, brengt dit mee dat de realisatie door andere gegadigden op andere locaties beperkt of geheel uitgesloten wordt of dat planologische keuzes vanwege locatie-specifieke

omstandigheden bij voorbaat afvallen. Bij locatiebegrensde planologische keuzes bepaalt immers uiteindelijk de locatiespecifieke begrenzing welke planologische keuzes mogelijk zijn. In termen van schaars en niet-schaars, is in zo'n geval naar onze mening het ‘aanbod’ in de zin van geschikte locaties weliswaar beperkt, maar hoeft dit geen aanleiding te zijn tot een competitieve verdeling van schaarse rechten aangezien slechts één locatie kan ‘meedingen’ naar die bestemming. Voorkomen moet echter worden dat een planologische keuze zodanig wordt ‘opgetuigd’ dat een bepaalde bestemming slechts aan één locatie kan worden toegekend zonder dat die bestemming of de situeringskenmerken als zodanig daartoe aanleiding geven. In dat geval dreigt het risico dat een situatie van juridische begrenzing (waarbij *wel* sprake kan zijn van de verdeling van schaarse rechten) wordt omgevormd tot een situatie waarin geen sprake hoeft te zijn van een competitieve verdeling van schaarse rechten (namelijk een locatiespecifieke begrenzing).

#### 4.2 Inhoud van planverdelingsrecht

Wanneer wordt aangenomen dat een bestemmingsplan in geval van categorie b) en categorie c) schaarse rechten kan toekennen, maar in geval van categorie c) geen aanleiding hoeft te geven tot een competitieve verdeling, is de vervolgvraag of ‘bijzondere’ eisen aan de vaststelling van het plan moeten worden gesteld.<sup>50</sup> Uit *Speelautomatenhal Vlaardingen* vloeit immers de verplichting voort om bij de verdeling van schaarse vergunningen potentiële gegadigden mededingingsruimte te bieden, deze vergunningen in beginsel voor bepaalde tijd te verlenen en om een passende mate van openbaarheid (‘transparantie’) te verzekeren bij de verdeling van deze vergunningen met betrekking tot de beschikbaarheid van de vergunning, het aanvraagtijdvak, de verdelingsprocedure en de toe te passen criteria. Gelden vergelijkbare eisen ook bij de vaststelling van een bestemmingsplan?

Hoewel de aandacht voor de verdeling van schaarse rechten zich vooral heeft gericht op individuele vergunningverlening en het niet gebruikelijk is om het planvaststellingsrecht in die termen te duiden, blijken juist bij de vaststelling van plannen vanwege het karakter van algemene normstelling (en daarmee ordening) meerdere waarborgen te bestaan ten aanzien van ‘mededinging’ en transparantie’. De verplichting om een bestemmingsplan voor te bereiden met toepassing van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure (afdeling 3.4 Awb), met inbegrip van terinzagelegging van het ontwerpbestemmingsplan, geldt als een waarborg voor transparantie vooraf.<sup>51</sup> Het is echter de vraag of met deze vorm van transparantie voldoende mededingingsruimte wordt geboden wanneer in het bestemmingsplan

47 Zie in deze zin reeds C.J. Wolswinkel, ‘Schaarse rechten in het omgevingsrecht? Een tegenconclusie voor de rechtsontwikkeling’, *TO* 2018-3, p. 116.

48 Vgl. Wolswinkel 2018, p. 115-116, waarin de verschillende door A-G Widdershoven geïdentificeerde uitzonderingen worden samengebracht tot twee hoofdcategorieën.

49 Vgl. bijv. ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2332 (*Havenbedrijf Amsterdam*).

50 A-G Widdershoven bespreekt in dit geval enkel de wijzigingsbevoegdheid van een bestemmingsplan, die wat hem betreft in overeenstemming met de eisen van *Speelautomatenhal Vlaardingen* kan worden uitgeoefend met uitzondering van de eis van vaststelling voor beperkte duur (Conclusie A-G Widdershoven 6 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1847 (*Windpark Zeewolde*), punten 4.18-4.20).

51 Art. 3.8 Wro.

zelf schaarse rechten worden verdeeld. Een ontwerpbestemmingsplan dat de (ontwerp)keuze maakt om schaarse rechten op een bepaalde wijze te verdelen, zet alternatieve verdelingen op achterstand. Wanneer binnen een bestemmingsplan de verdeling van schaarse rechten aan de orde is, verdient het daarom aanbeveling om de transparantie die nodig is om 'gelijke kansen' te creëren, zo ver mogelijk naar voren te halen, bijvoorbeeld door inspraak in een eerder stadium mogelijk te maken (bij het voorontwerpbestemmingsplan) en die inspraakprocedure actiever in te vullen door zelf potentiële gegadigden op te roepen om hun belangstelling kenbaar te maken.<sup>52</sup> De ultieme variant hiervan is dat voordat enige ontwerpversie van het bestemmingsplan wordt vastgesteld, een oproep wordt gedaan aan potentiële gegadigden om binnen een bepaalde periode hun belangstelling kenbaar te maken. Ten opzichte van het huidige planvaststellingsrecht moet het moment van mededinging dus naar voren worden gehaald als de verdeling van schaarse rechten aan de orde is en moet nadrukkelijker worden gecommuniceerd met potentiële gegadigden (waartoe vanwege de locatiespecifieke situeringskenmerken overigens niet 'een ieder' te rekenen is) hoeveel schaarse rechten beschikbaar zijn en hoe die worden verdeeld.

In aanvulling hierop zijn enkele 'bijzonderheden' van het ruimtelijke ordeningsrecht van belang. Allereerst vindt de vaststelling van een bestemmingsplan regelmatig plaats op verzoek van een bepaalde partij. Op zich verzetten de verdelingsnormen van *Speelautomatenhal Vlaardingen* zich niet tegen een verdeling op initiatief van een marktpartij ('verdeling op afroep'), maar ook in dat geval zal als hoofdregel aan andere belangstellenden dan de eerste aanvrager de mogelijkheid moeten worden geboden om hun interesse kenbaar te maken als de betreffende bestemming slechts in beperkte mate wordt toegestaan.<sup>53</sup> Dit hoeft dus niet te leiden tot een matiging van de eisen uit *Speelautomatenhal Vlaardingen*. Wel zal juist bij een plan dat op een bepaalde locatie is toegespitst, de vaststelling of wijziging van dit plan niet zonder meer neerkomen op een verdeling van schaarse rechten (*Hornbach*). Het is immers niet uitgesloten dat een soortgelijke ontwikkeling op een andere locatie eveneens mogelijk kan worden gemaakt. In dat laatste geval heeft de toekenning van een bestemming aan de ene locatie niet (direct) gevolgen voor andere locaties en is er geen sprake van de verdeling van schaarse rechten.

Ten tweede zijn er in het ruimtelijke ordeningsrecht niet verschillende gegadigden, maar juist verschillende 'locaties' die 'meedingen' naar een bepaalde bestemming. Het bestuur zal daarom allereerst de geschiktheid van die locaties voor een bepaalde bestemming moeten beoordelen.

Daarbij kunnen niet alleen situeringskenmerken een rol spelen, maar ook juridische overwegingen als het belang van rechtszekerheid en de eerbiediging van 'historische rechten'. Dit ordeningsproces kan ertoe leiden dat slechts een specifieke locatie resteert voor een bepaalde bestemming, waarbij de verdeling dus 'van nature' is gegeven. Dat is op zich niet bezwaarlijk, maar vraagt wel om een nauwkeurige plantoelichting. Juist bij de verdeling van schaarse rechten is immers van belang – in de bewoordingen van *Speelautomatenhal Vlaardingen* – 'dat het wettelijk voorschrijft dat de mededingingsruimte beperkt, althans de geschiedenis van de totstandkoming daarvan, er blijk van geeft dat het belang van het bieden van mededingingsruimte is meegewogen.' Dit kan worden beschouwd als een aanscherping van de algemene eis dat het bestuursorgaan bij de keuze van een bestemming een afweging moet maken van alle belangen die betrokken zijn bij de vaststelling van het bestemmingsplan en daarbij beleidsruimte heeft, maar dat de voordelen en nadelen van alternatieven wel in die afweging moeten worden meegenomen.<sup>54</sup> Juist waar schaarse rechten worden toegekend, zal de uitkomst van die afweging nadrukkelijk(er) in de plantoelichting moeten worden gemotiveerd. Om die reden is wat ons betreft van belang dat telkens wanneer een bepaalde bestemming tot een bepaalde locatie wordt beperkt (dus met uitsluiting van andere locaties), de keuze voor dit 'plafond' wordt onderbouwd in de plantoelichting. Dat geldt dus zowel bij een juridische als bij een locatiespecifieke begrenzing. Alleen dan kan worden beoordeeld of terecht een oproep tot mededinging achterwege is gebleven omdat geen andere locaties zouden kunnen meedingen naar de betreffende bestemming dan wel of wordt voldaan aan de mededingingsnorm en transparantienorm zoals die voortvloeien uit *Speelautomatenhal Vlaardingen*. Toepassing van de verdelingsnorm inzake de beperkte looptijd is bij de vaststelling van algemene planologische besluiten overigens zinledig in de gevallen waarin een locatiespecifieke begrenzing tot de toegekende bestemming heeft geleid. Er zijn immers geen alternatieven voor die locatie. In andere gevallen kan een beperkte looptijd niet wenselijk zijn om redenen van rechtszekerheid en vanwege de bescherming van het fundamentele eigendomsrecht.<sup>55</sup> Het verdelingskader van *Speelautomatenhal Vlaardingen* laat ook expliciet ruimte voor die conclusie, aangezien in die gevallen het – uit het gelijkheidsbeginsel voortvloeiende – belang tot het bieden van mededingingsruimte moet worden afgewogen tegen andere belangen, die dan zwaarder kunnen wegen.

## 5. Conclusie

In deze bijdrage staat de vraag centraal in hoeverre bij de vaststelling van bestemmingsplannen sprake is van de verdeling van schaarste en hoe die schaarste zich verhoudt tot de verdeling van schaarse rechten. Onze conclusie is dat bij

52 Op grond van art. 150 Gemeentewet kan in een inspraakverordening worden geregeld in welke gevallen dergelijke inspraak mogelijk moet zijn.

53 Eenzelfde benadering kan worden gevolgd bij een omgevingsvergunning voor afwijkend gebruik in geval van een verbod behoudens omgevingsvergunning in het bestemmingsplan. In dat geval kan het bestemmingsplan zelf de wijze van verdeling aankondigen, bijvoorbeeld verdeling op volgorde van binnenkomst of door middel van een vergelijkende toets.

54 *Windpark Zeewolde*, r.o. 32.2.

55 Vgl. Conclusie A-G Widdershoven 6 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1847 (*Windpark Zeewolde*), punt 4.20.

de vaststelling van een bestemmingsplan schaarse rechten kunnen worden verdeeld. Of daarvan in een concreet geval sprake is, kan worden bepaald aan de hand van de categorisering die wij hebben voorgesteld. De conclusie zal steeds moeten worden gegoten in de kwalificatie 'schaars' of 'niet-schaars'. De introductie van tussenvormen van schaarste werkt vertroebelend en draagt naar ons idee niet bij aan de rechtsontwikkeling. Wat ons betreft moet geen onnodige terughoudendheid bestaan om schaarse rechten in het ruimtelijke ordeningsrecht te identificeren. Wanneer immers sprake is van schaarse rechten, betekent dit niet onmiddellijk dat de mededingingsnorm en transparantienorm moeten worden toegepast: er bestaat ruimte om bij een locatie die vanwege haar situeringskenmerken als enige geschikt is voor een bepaalde bestemming, een oproep tot mededinging achterwege te laten, maar een dergelijke situatie moet dan wel expliciet worden gerechtvaardigd in de plantoelichting. Het is daarom zinvoller om te kijken naar de eisen die worden gesteld aan besluitvorming waarbij schaarste in het geding is en te bezien in hoeverre besluitvorming op het terrein van de ruimtelijke ordening kan voldoen aan de eisen van transparantie en mededinging.

Het huidige planvaststellingsrecht biedt naar onze mening diverse waarborgen om te voldoen aan eisen inzake transparantie en mededinging, zelfs als de verdeling van schaarse rechten in strikte zin niet aan de orde is. Wel dient de planwetgever erop bedacht te zijn dat bij de verdeling van schaarse rechten het moment van het bieden van transparantie en mededinging naar voren moet worden gehaald om te voorkomen dat locaties die even geschikt zijn, geen gelijke kans hebben om een bepaalde bestemming te verwerven. In dat geval zal de planwetgever de potentiële gegadigden (de rechthebbenden van de locaties) ook proactiever moeten benaderen dan anderen ('een ieder'), omdat voor die gegadigden van belang is op welke wijze het schaarse recht wordt verdeeld. Bovendien dient de planwetgever erop bedacht te zijn dat aan de motivering van een plan waarbij schaarse rechten worden toegekend, extra eisen worden gesteld. In het bijzonder zal de plantoelichting duidelijk moeten maken waarom enkel bepaalde locaties geschikt zijn voor een bepaalde (schaarse) bestemming en waarom – indien slechts één locatie geschikt is bevonden – een oproep tot mededinging achterwege is gebleven.