

Artikel

Schaarse rechten in het omgevingsrecht? Een tegenconclusie voor de rechtsontwikkeling

Mr. dr. C.J. (Johan) Wolswinkel*

1 Inleiding

‘Essentieel voor de overheidsactiviteit ruimtelijke ordening is dat bij de toekenning van gebruiksfuncties aan de schaarse en per definitie beperkte ruimte, een afweging moet plaatsvinden van alle bij de situering van die functies betrokken belangen. Dit onderscheidt het ruimtelijke beleid van bijvoorbeeld het economisch beleid (...). Economisch beleid bijvoorbeeld zal veelal ook ruimtelijk relevant beleid zijn, maar kan zich in beginsel beperken tot de economische gezichtspunten. In het ruimtelijke ordeningsbeleid moeten alle afzonderlijke, veelal onderling tegenstrijdige, belangen en daarop gerichte ruimtelijke claims tegen elkaar worden afgewogen en zo goed mogelijk onderling worden gecoördineerd.’¹

Eind 2016 ontwikkelde de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) in Speelautomatenhal Vlaardingen een algemeen juridisch kader voor de verdeling van schaarse vergunningen. Dit op het gelijkheidsbeginsel gebaseerde verdelingsregime verplicht tot het bieden van mededingingsruimte aan alle (potentiële) gegadigden en – in het verlengde hiervan – tot het realiseren van een passende mate van openbaar-

heid vooraf.² Aan deze uitspraak van (een grote kamer van) de Afdeling ging een lijvige conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven (hierna: de A-G) vooraf.³ Deze conclusie bevestigde grotendeels bestaande jurisprudentie en literatuur over de verdeling van schaarse vergunningen en legde hierdoor een algemeen aanvaard fundament voor verdere rechtsontwikkeling van dit relatief jonge, maar complexe leerstuk.⁴ Echt spannend werd de conclusie pas bij het laatste onderdeel (‘Zaakspecifieke aspecten’),⁵ toen deze het – blijkens bovenstaand citaat – bijzondere en voor schaarse vergunningen onbekende terrein van de ruimtelijke besluitvorming betrad.

Juist ten aanzien van de vraag of het verdelingsregime ook van toepassing was op ruimtelijke besluitvorming leek de A-G in Speelautomatenhal Vlaardingen het ei van Columbus nog niet te hebben gevonden. In haar uitspraak omzeilde de Afdeling vervolgens deze kwestie door een olifantenpaadje te bewandelen: de mededingingsruimte werd reeds in de speelautomatenhalverordening zelf beperkt, zodat de vraag onbeantwoord kon

109

* Mr. dr. C.J. Wolswinkel is universitair hoofddocent bestuursrecht aan Tilburg University en verbonden aan Tilburg Institute for Law and Economics (TILEC) en Tilburg Center for Regional Law and Governance (TiREG).

1. P.J.J. van Buuren, A.G.A. Nijmeijer & J. Robbe, Hoofdlijnen ruimtelijk bestuursrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 2.

2. ABRvS 2 november 2016, AB 2016/426 m.nt. C.J. Wolswinkel (Speelautomatenhal Vlaardingen). Zie uitgebreider over deze uitspraak onder meer C.J. Wolswinkel, Volwassen verdelingsrecht: rechtseenheid en rechtsontwikkeling bij de verdeling van schaarse vergunningen, JBplus 2017, afl. 1, p. 3-26, A. Drahmman, Hoe kan een gemeente gelijke kansen bieden bij de verdeling van schaarse vergunningen?, Gst. 2017/55, p. 294-297 en F.J. van Ommeren, Schaarse vergunningen: het beginsel van gelijke kansen als rechtsgrondslag voor de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte, in: M. Bosma e.a. (red.), De conclusie voorbij. Liber amicorum aangeboden aan Jaap Polak, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 191-208.

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

4. Zie J.E.M. Polak, De conclusie voorbij: hoe nu verder?, NTB 2018/26, afl. 4, p. 165.

5. Conclusie Speelautomatenhal Vlaardingen, punt 7.

blijven of de mededingingsruimte (ook) in het ruimtelijke besluitvormingstraject was beperkt. Dit betekende echter niet dat het verdelingsregime van de Afdeling geen betekenis zou kunnen hebben voor de ruimtelijke besluitvorming. Integendeel, latere jurisprudentie van de Afdeling bevestigde juist de verwevenheid die kan bestaan tussen haar verdelingsregime en de ruimtelijke ordening.⁶

Wellicht is opvallend dat begin 2018, dus slechts twee jaar later, ten behoeve van de rechtsontwikkeling opnieuw is verzocht om een conclusie over schaarse rechten.⁷ Het is echter niet verwonderlijk dat dit verzoek betrekking heeft op schaarse rechten in het ruimtelijk bestuursrecht.⁸ Kort gezegd heeft de voorzitter van de Afdeling aan staatsraad advocaat-generaal Widdershoven gevraagd een conclusie te nemen over de vragen (1) of in de ruimtelijke ordening sprake kan zijn van besluiten waarbij schaarse rechten worden toegeedeeld, en zo ja, (2) welke eisen dan in acht moeten worden genomen. Daarbij heeft de voorzitter expliciet aan de A-G gevraagd om in te gaan op de relevantie van het recente arrest Appingedam van het Hof van Justitie van de Europese Unie,⁹ waaruit volgt dat een bestemmingsplan onder omstandigheden onder het bereik van de Dienstenrichtlijn valt.¹⁰

In dit artikel wordt ingegaan op de betekenis van deze conclusie in Windpark Zeewolde¹¹ voor de rechtsontwikkeling ten aanzien van schaarse rechten in het omgevingsrecht en daarbuiten. Anders dan in de conclusie staat in deze bijdrage niet het Unierecht voorop, maar het nationale verdelingsregime van Speelautomatenhal Vlaardingen (par. 2). Reden hiervoor is niet alleen dat de A-G aan het einde van zijn conclusie de betekenis van het Unierecht voor schaarse rechten in het ruimtelijk bestuursrecht beperkt inschat (par. 3), maar ook dat een (te) sterke oriëntatie op het Unierecht, hoe begrijpelijk ook, de vraag doet ondersneeuwen hoe deze tweede conclusie zich verhoudt tot de eerste conclusie uit 2016 en de op basis daarvan ingezette (nationale) rechtsontwikkeling (par. 4). Vervolgens worden die bevindingen in het bredere perspectief van de ontwikkeling van het verdelingsrecht als geheel geplaatst (par. 5), waarna wordt afgesloten met een conclusie (par. 6).

6. Zie ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2331 (Windturbine Noord-Holland) en ABRvS 27 september 2017, AB 2017/389 m.nt. C.J. Wolswinkel (Speelautomatenhal Helmond).

7. Zie over de redenen om een conclusie te vragen Polak 2018, p. 165-166.

8. In navolging van Van Buuren, Nijmeijer & Robbe 2017, p. 1-2, omvat de term 'ruimtelijk bestuursrecht' in deze bijdrage juist ook de relatie tussen het recht van de ruimtelijke ordening en het algemene bestuursrecht.

9. HvJ EU 30 januari 2018, C-360/15 en C-31/16, ECLI:EU:C:2018:44, AB 2018/181 m.nt. A.G.A. Nijmeijer (Appingedam).

10. Zie uitgebreider over (de gevolgen van) dit arrest het themanummer van TO 2018, afl. 1.

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

2 Terug naar Vlaardingen

2.1 Mededingingsruimte: beginselverplichting met uitzonderingen

In Speelautomatenhal Vlaardingen deelde de Afdeling de conclusie van de A-G dat in het Nederlands recht een rechtsnorm geldt die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen. Deze verplichting leidde de Afdeling af uit het gelijkheidsbeginsel, dat in deze verdelingscontext strekt tot het bieden van gelijke kansen. Tegelijk aanvaardde de Afdeling evenals de A-G dat op deze 'beginselverplichting' legitieme uitzonderingen kunnen bestaan.

De Afdeling bewandelde echter niet precies hetzelfde pad als de A-G wat betreft de inhoud van deze uitzonderingen. De A-G kwam in dit verband tot de volgende conclusie:

'Een uitzondering op de bestuurlijke verplichting om bij de verdeling van schaarse vergunningen potentiële gegadigden op enigerlei wijze reële mededingingskansen te bieden, impliceert een beperking van het (formele) gelijkheidsbeginsel. Voor zover de verplichting voortvloeit uit het Unierecht is beperking alleen mogelijk als zij in voldoende mate wordt gerechtvaardigd door een dringende reden van algemeen belang. In louter nationale zaken kan de verwezenlijking van de verplichting om mededingingsruimte te garanderen worden beperkt door of afstuiten op het formeel-wettelijk kader van de schaarse vergunning zelf of door dat van andere vergunningen die voor de realisering van de te vergunnen activiteit nodig zijn. Bij locatiegebonden activiteiten kunnen beperkingen bijvoorbeeld voortvloeien uit de ruimtelijke wetgeving. Verder zijn beperkingen van de verplichting mogelijk voor zover zij in voldoende mate kunnen worden gerechtvaardigd door een algemeen belang of de bescherming van de rechten van andere burgers, bijvoorbeeld – in het geval van een locatiegebonden activiteit – door de contractsvrijheid van de eigenaar van de locatie. Ten slotte kan op de verplichting een uitzondering worden gemaakt als bij voorbaat vaststaat dat slechts één aanvraag aan de verdelingscriteria voldoet (uniciteit).'¹²

De Afdeling kwam echter tot een andere uitzonderingsclausule:

'De verplichting om mededingingsruimte te bieden, kan worden beperkt door het wettelijk voorschrift dat in de schaarse vergunning voorziet, in dit geval de gemeentelijke verordening, of door de besluitvorming over andere vergunningen die op grond van wettelijk-

12. Conclusie Speelautomatenhal Vlaardingen, zoals weergegeven in ABRvS 2 november 2016, AB 2016/426 m.nt. C.J. Wolswinkel, r.o. 7 (slot).

ke 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. Dit laat onverlet dat de eigenaar van een pand beslist over de wijze waarop het pand wordt gebruikt en door wie.¹³

Een belangrijk verschil is dat de Afdeling – anders dan de A-G met zijn expliciete verwijzing naar het formeel-wettelijk kader – de mogelijkheid om mededingingsruimte te beperken niet voorbehoudt aan wetgeving in formele zin.¹⁴ Volgens de Afdeling kunnen ook lagere wettelijke voorschriften, zoals een gemeentelijke verordening, mededingingsruimte legitiem beperken. Bij de door de Afdeling afzonderlijk genoemde besluitvorming over *andere* vergunningen die op grond van wettelijke voorschriften voor het realiseren van de te vergunnen activiteit zijn vereist, zou juist aan besluitvorming in het ruimtelijke spoor kunnen worden gedacht, zoals de expliciete verwijzing van de A-G naar ruimtelijke wetgeving laat zien. Tegenover deze verruiming door de Afdeling staat (1) dat een dergelijke beperking van mededingingsruimte niet zover kan gaan dat elke mededingingsruimte volledig wordt uitgesloten, en (2) dat het belang van het bieden van mededingingsruimte kenbaar is meegewogen bij het beperken van die mededingingsruimte.

Wat moet allereerst worden verstaan onder het ‘beperken’ respectievelijk ‘uitsluiten’ van mededingingsruimte? In een ruime opvatting is van het beperken van mededingingsruimte reeds sprake indien het aantal beschikbare vergunningen wordt beperkt tot een maximum. In dat geval kunnen niet alle gegadigden die aan de criteria voor vergunningverlening voldoen, daadwerkelijk een vergunning verkrijgen. Daartegenover staat dat door de vaststelling van een dergelijk vergunningenplafond weliswaar niet langer alle potentiële gegadigden uiteindelijk kunnen concurreren op de markt waartoe de vergunning toegang geeft, maar nog steeds om deze markt. In een minder ruime opvatting valt daarom enkel het beperken van het aantal beschikbare vergunningen nog niet onder het beperken van mededingingsruimte: juist omdat de verplichting tot het creëren van mededingingsruimte geldt in de context van schaarse vergunningen, kan buiten die context een beperking van mededingingsruimte niet aan de orde zijn. In deze minder ruime opvatting ziet een beperking van mededingingsruimte niet op het beperken van het aantal voor verlening beschikbare vergunningen (zelfs niet tot één), maar op het introduceren van extra criteria voor vergunning-

verlening, waardoor de kring van potentiële gegadigden verder wordt beperkt. Een voorbeeld van een dergelijk criterium betreft het begrenzen van het gebied waarbinnen een vergunning kan worden verleend. Wanneer die begrenzing ertoe leidt dat slechts één geschikte locatie resteert voor vergunningverlening, is mededingingsruimte volledig uitgesloten indien slechts één partij kan beschikken over die locatie. In Speelautomatenhal Vlaardingen lijkt de Afdeling echter een ruime opvatting van het ‘beperken’ van mededingingsruimte te hanteren:

‘Het moet er derhalve voor worden gehouden dat binnen het op de kaart aangewezen gebied geen alternatieve locaties aanwezig zijn. Door de bij de gemeentelijke verordening behorende kaart waarop het gebied is vastgelegd waarbinnen een speelautomatenhal is toegestaan wordt de mededinging, *die al beperkt is omdat slechts één vergunning beschikbaar is* [curs. CW], volledig uitgesloten. De toegang tot de markt wordt feitelijk voorbehouden aan de locatie [X] en dus aan degene die over het pand op die locatie beschikt.’¹⁵

In de tweede plaats lijkt de motiveringsplicht die de Afdeling aan de lagere wetgever oplegt, cumulatief bedoeld: beperking van mededingingsruimte (1) mag niet leiden tot volledige uitsluiting van mededingingsruimte én (2) moet kenbaar een rol hebben gespeeld in (de totstandkoming van) het wettelijk voorschrift. Bij de toepassing van haar verdelingsregime in Speelautomatenhal Vlaardingen lijkt de Afdeling echter alsnog uit te gaan van alternatieve criteria: zelfs als beperking van mededingingsruimte leidt tot uitsluiting hiervan, kan deze uitsluiting alsnog worden gerechtvaardigd indien die beperking kenbaar een rol heeft gespeeld in de besluitvorming.¹⁶ Daarmee komt deze uitzonderingsroute van de Afdeling wel erg dicht in de buurt van een uitzondering die de A-G afzonderlijk had benoemd, namelijk uniciteit: indien bij voorbaat vaststaat dat slechts één aanvraag voldoet aan de verdelingscriteria, bestaat geen verplichting tot het creëren van mededingingsruimte. Die uitzondering is in het licht van het gelijkheidsbeginsel begrijpelijk: in geval van uniciteit is er slechts één geval, zodat geen sprake is van gelijke gevallen die gelijke kansen zouden moeten krijgen.

2.2 Van schaarse vergunningen naar schaarse rechten

Hoewel de Afdeling in Speelautomatenhal Vlaardingen een verplichting tot het bieden van mededingingsruimte voor schaarse vergunningen formuleerde, liet zij in die uitspraak in het midden wat onder een schaarse vergunning moet worden verstaan.¹⁷ Eerder lijkt de term ‘schaarse vergunning’ als een begrip van algemene

13. ABRvS 2 november 2016, AB 2016/426 m.nt. C.J. Wolswinkel, r.o. 8.

14. In dat geval verzet het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet zich tegen toetsing aan het (ongeschreven) gelijkheidsbeginsel (zie conclusie Speelautomatenhal Vlaardingen, punt 6.18).

15. Speelautomatenhal Vlaardingen, r.o. 11.1 (slot).

16. Speelautomatenhal Vlaardingen, r.o. 11.2.

17. Overigens spreekt de Afdeling eenmalig – al dan niet bewust – over ‘wedijveren om het schaarse publieke recht’ (Speelautomatenhal Vlaardingen, r.o. 12).

bekendheid te zijn gehanteerd. De A-G merkte hierover in zijn conclusie van 2016 op dat schaarse vergunningen een species zijn van het genus schaarse publieke rechten, en dat sprake is van 'schaarse publieke rechten' als de som van de omvang van de aanvragen het aantal beschikbare publieke rechten overtreft.¹⁸ Hoewel die conclusie verder onbesproken laat wat onder een 'recht' moet worden verstaan, maakt deze omschrijving in elk geval duidelijk dat schaarste een relatief karakter heeft, doordat het aanbod (het aantal beschikbare rechten) met de vraag (de som van de aanvragen) wordt vergeleken.

De positionering van 'schaarse vergunningen' als deelverzameling van 'schaarse publieke rechten' maakt duidelijk dat de reikwijdte van het verdelingsregime dat de Afdeling formuleerde in Speelautomatenhal Vlaardingen, niet noodzakelijk hoeft te worden beperkt tot schaarse vergunningen. Het is dan ook niet verwonderlijk dat de Afdeling de reikwijdte van haar verdelingsregime inmiddels heeft verruimd tot onder meer bekostiging van het voortgezet onderwijs en schaarse subsidie-middelen.¹⁹ Door die verruiming wordt de behoefte aan een heldere definitie van 'schaarse rechten' sterker. Dient sprake te zijn van een (subjectief) recht dat op verzoek slechts wordt toegekend aan bepaalde individuen (zoals een schaarse vergunning of subsidie), of kan een schaars 'voordeel' (titel, aanspraak) ook direct uit een algemene norm voortvloeien?²⁰ Wanneer een schaars recht niet op aanvraag wordt verleend, kan dat gevolgen hebben voor de eisen die aan de verdeling van die schaarse rechten worden gesteld. Juist het ruimtelijk bestuursrecht geeft aanleiding om die vragen nadrukkelijk onder ogen te zien en om verschillende soorten schaarse rechten te onderscheiden.

3 Bestemmingsplan

3.1 Toekenning van schaarse rechten?

Een bestemmingsplan kent bestemmingen aan gronden toe en stelt regels met het oog op die bestemmingen.²¹ Bepalend voor deze toekenning en normering van bestemmingen is het criterium van 'een goede ruimtelijke ordening'.²² Voor het gebruik van gronden en reeds gerealiseerde bouwwerken in overeenstemming met dit bestemmingsplan is vervolgens – anders dan voor het realiseren van bouwwerken en voor gebruik in afwijking van het bestemmingsplan (zie par. 4) – geen afzonderlij-

ke vergunning meer nodig.²³ Daarmee kent het bestemmingsplan aan degene die over de betreffende grond kan beschikken, feitelijk een zogeheten 'realisatierecht' toe om de uit het bestemmingsplan voortvloeiende gebruiksmogelijkheden te realiseren.²⁴

De A-G is in zijn conclusie snel klaar met het al dan niet schaarse karakter van een bestemmingsplan: dit plan (of een ander ruimtelijk plan) is geen besluit dat schaarse rechten toekent. Wel kan een dergelijk plan het gebruik van gronden territoriaal of kwantitatief beperken.²⁵ Centraal in zijn argumentatie staat de volgende overweging:

'Diverse planologische besluiten – meer in het bijzonder een gemeentelijk bestemmingsplan, een provinciaal of rijksinpassingsplan, een uitwerkingsplan, een wijzigingsplan en een provinciale ruimtelijke verordening – kunnen het gebruik van gronden territoriaal of kwantitatief bindend beperken. Die beperkingen kunnen in nogal specifieke omstandigheden tot gevolg hebben dat voor het aantal te verlenen omgevingsvergunningen een plafond geldt dat competitief en transparant zal moeten worden vergund. (...) De hiervoor genoemde algemene planologische besluiten, die territoriale of kwantitatieve schaarste kunnen creëren, zijn zelf overigens geen schaarse besluiten. Voor de vaststelling ervan geldt immers geen kwantitatieve beperking.'²⁶

De laatste zin uit deze overweging is wat curieus. Evident is het aantal bestemmingsplannen dat kan worden vastgesteld niet beperkt tot een maximum. De vraag is echter niet of voor de vaststelling van bestemmingsplannen een kwantitatieve beperking geldt,²⁷ maar of bij de vaststelling van bestemmingsplannen schaarse rechten worden toegekend, bijvoorbeeld wanneer een bepaalde gebruiksmogelijkheid slechts tot een maximum wordt toegestaan. Naar mijn mening pakt hier de term 'schaarse besluiten' verwarrend uit²⁸ en wordt een heldere definitie van het begrip 'schaarse rechten' gemist.²⁹

18. Conclusie Speelautomatenhal Vlaardingen, punt 2.5.

19. Zie ABRvS 18 januari 2017, AB 2017/253 m.nt. S. Philipsen (Tjalling Koopmans College) en ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310 (subsidie Geobox), r.o. 7.1.

20. Zie hierover reeds C.J. Wolswinkel, De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten. Op zoek naar algemene regels van verdelingsrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 78.

21. Het gemeentelijke bestemmingsplan geldt in dit artikel als representant van ruimtelijke plannen in het algemeen, waaronder het (rijks)inpassingsplan, dat centraal staat in Windpark Zeewolde.

22. Art. 3.1 Wro.

23. Zie ook conclusie Windpark Zeewolde, punt 4.2 (slot), met verwijzing naar Kamerstukken II 2008/09, 31 953, nr. 3, p. 47.

24. Zie 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.

25. De verwijzing naar 'territoriale of kwantitatieve beperkingen' verraadt de sterke oriëntatie van de conclusie op het Unierecht in het algemeen en art. 15 Dienstenrichtlijn in het bijzonder.

26. Conclusie Windpark Zeewolde, punt 4.4.

27. Het begrip 'kwantitatieve beperking' lijkt hier overigens een andere betekenis te hebben dan de Unierechtelijke betekenis elders in de conclusie.

28. Zie voor eerdere kritiek op deze terminologie Wolswinkel 2013, p. 369 en C.J. Wolswinkel, Schaarse publiekrechtelijke rechten: een algemeen leerstuk gerelativeerd, NTB 2014/7, afl. 2/3, p. 61.

29. Overigens onderkent de A-G wel dat bij schaarse rechten steeds sprake is van een 'voordeel' in welke vorm dan ook (conclusie Windpark Zeewolde, punt 4.3 (slot)).

3.2 Schaarse realisatierechten: beperking van mededingingsruimte?

Wanneer een bepaalde bestemming slechts aan één locatie binnen een plangebied wordt toegekend, wordt aan één partij, namelijk degene die over die locatie kan beschikken, het recht verleend om de betreffende gebruiksmogelijkheid in overeenstemming met dat plan te realiseren. Is een dergelijk, uit het bestemmingsplan voortvloeiend ‘realisatierecht’ een schaars recht? Volgens Struiksma en Dieperink is dat niet het geval:

‘Het realisatierecht houdt in dat gronden die in een bestemmingsplan positief zijn bestemd, overeenkomstig die bestemming kunnen worden ontwikkeld. Dit realisatierecht is een zelfrealisatierecht, aangezien de eigenaar van de grond waarop stedelijke voorzieningen zijn geprojecteerd een exclusieve aanspraak heeft op het kunnen realiseren van die voorzieningen. Vanwege deze exclusieve aanspraak is geen sprake van een vraag die het aanbod overtreft. Om deze reden is het realisatierecht, net als het bouwrecht krachtens de bouwvergunning, niet schaars.’³⁰

Vanwege de exclusieve positie van de grondeigenaar kan volgens Struiksma en Dieperink geen sprake zijn van een situatie waarin de vraag het aanbod overtreft. Dat is op zich waar, maar leidt dat tot de conclusie dat geen sprake is van een schaars recht? Juist de toepassing van het verdelingsregime in Speelautomatenhal Vlaardingen werpt mijns inziens een ander licht op deze vraag. In die uitspraak kwam de Afdeling niet toe aan een beoordeling van het bestemmingsplan, omdat de speelautomatenhalverordening zelf al voorzorg in volledige uitsluiting van mededingingsruimte. De Afdeling overwoog daartoe dat de speelautomatenhal binnen het door de speelautomatenhalverordening aangewezen gebied slechts op één specifieke locatie zou kunnen worden gevestigd.³¹ Wanneer echter binnen dat gebied alternatieve locaties beschikbaar zouden zijn geweest voor de vestiging van een speelautomatenhal, zou de speelautomatenhalverordening de mededingingsruimte (nog) niet volledig hebben uitgesloten. In dat geval zou de volledige uitsluiting van mededingingsruimte enkel hebben plaatsgevonden door het gemeentelijke bestemmingsplan, dat slechts voor één locatie binnen het plangebied voorzorg in de voor een speelautomatenhal noodzakelijke bestemming ‘cultuur en ontspanning’. Een eis die de Afdeling in dat geval stelt, is dat het belang van het bieden van mededingingsruimte is meegewogen bij de totstandkoming van het wettelijk voorschrift dat de mededinging beperkt, dus van het bestemmingsplan. Voor de Afdeling is in een dergelijke situatie dus wel sprake van schaarse rechten en moet de beperking van mededingingsruimte voor deze schaarse rechten worden gerechtvaardigd.

De A-G besteedt in zijn conclusie in Windpark Zeewolde geen aandacht aan deze motiveringsplicht uit Speel-

automatenhal Vlaardingen voor de vaststelling van een bestemmingsplan.³² In plaats daarvan leunt hij sterk op de tweedeling die de Dienstenrichtlijn aanbrengt tussen vergunningstelsels en andere eisen. Zelfs als een bestemmingsplan, althans voor zover het voorschriften bevat die enkel gelden voor dienstverrichters, uitsluitend als een eis in de zin van de Dienstenrichtlijn kan worden aangemerkt (en dus niet als een vergunningstelsel), is de vraag in hoeverre de in dat geval toepasselijke normen daadwerkelijk verschillen van de normen die gelden voor de verdeling van schaarse vergunningen. Zo verplicht art. 12 lid 1 Dienstenrichtlijn in geval van natuurlijk schaarse vergunningen expliciet tot ‘een selectieprocedure die alle waarborgen voor onpartijdigheid en transparantie biedt, met inbegrip van met name een toereikende bekendmaking van de opening, uitvoering en afsluiting van de procedure’. De jurisprudentie van het Hof van Justitie laat echter zien dat het bereik van deze eis van – kortweg – een onpartijdige en transparante selectieprocedure niet beperkt is tot natuurlijk schaarse vergunningen. Als afgeleide verplichting van de Unierechtelijke verkeersvrijheden, in het bijzonder art. 49 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) inzake de vrijheid van vestiging, geldt de transparantieplichting namelijk ook voor de verdeling van kunstmatig schaarse vergunningen, opdat ook die schaarse vergunningen voor mededinging openstaan en hun selectieprocedures

30. Struiksma & Dieperink 2011, p. 122.

31. Speelautomatenhal Vlaardingen, r.o. 11.1.

32. Veelzeggend is dat de A-G bij de toepassing van zijn bevindingen stelt dat de zittingskamer moet oordelen over de vraag of het rijksinpassingsplan, inclusief de daarin geïmpliceerde voorwaarde dat het plan door één initiatiefnemer wordt verricht (en dus slechts één omgevingsvergunning kan worden verleend), uit een oogpunt van ruimtelijke ordening gerechtvaardigd is (conclusie Windpark Zeewolde, r.o. 5.3 (slot)). Veeleer moet mijns inziens de vraag worden beoordeeld of die beperking van mededingingsruimte in het licht van het gelijkheidsbeginsel gerechtvaardigd is.

op onpartijdigheid kunnen worden getoetst.³³ In Garkalns leek zelfs geen sprake meer van een beperking van het aantal vergunningen, maar verbond het Hof van Justitie aan de transparantieplichting de eis dat elke beslissing op een voor het publiek toegankelijke wijze wordt gemotiveerd, waarbij nauwkeurig de redenen worden opgegeven waarom in een bepaald geval een vergunning is geweigerd.³⁴

Wanneer de transparantieplichting wordt geconstrueerd als afgeleide verplichting van de Unierechtelijke verkeersvrijheden (en niet enkel als verplichting onder art. 12 Dienstenrichtlijn), bestaat geen reden om het toepassingsbereik hiervan te beperken tot individuele vergunningverlening. In het bijzonder kan transparantie dan worden geplaatst in de sleutel van de eis van evenredigheid uit art. 15 lid 3 Dienstenrichtlijn: een vergunningstelsel of andere beperking van een verkeersvrijheid zonder passende mate van transparantie geldt als een onevenredige beperking van die verkeersvrijheid.³⁵ Dat geldt dus ook voor de totstandkoming van bestemmingsplannen: indien hierbij onvoldoende transparantie is betracht, is sprake van een onevenredige beperking van de vrijheid van dienstverlening, althans voor zover het plan specifieke voorschriften ten aanzien van dienstverrichters bevat. Feitelijk geeft het slot van de conclusie van de A-G in Windpark Zeewolde ook een aanzet tot theorievorming in die richting, door te overwegen dat de verleningsprocedure wel moet voldoen aan de

‘algemene eisen’ die uit het transparantiebeginsel voortvloeien.³⁶ Welke eisen dat zijn, laat de A-G echter – helaas – in het midden.

Al met al is de conclusie dat in een bestemmingsplan geen (individuele) schaarse rechten worden toegekend wellicht te kort door de bocht. Bovendien kan het bestemmingsplan de mededingingsruimte voor schaarse rechten beperken of zelfs opheffen, zodat het belang van het bieden van mededingingsruimte kenbaar een rol moet hebben gespeeld bij de vaststelling van het bestemmingsplan. Dit betekent dat ook de vaststelling van een bestemmingsplan aan het verdelingsregime van de Afdeling kan en soms zelfs moet worden onderworpen.

4 Omgevingsvergunning: differentiatie in schaarste

4.1 In de regel geen schaarse rechten?

Hoewel onder de noemer ‘omgevingsvergunning’ in de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) een variëteit aan overheids toestemmingen valt, richt de conclusie in Windpark Zeewolde zich in het bijzonder op twee typen omgevingsvergunningen: de omgevingsvergunning voor het bouwen van een bouwwerk en de omgevingsvergunning voor gebruik in afwijking van het bestemmingsplan.³⁷ De laatstgenoemde omgevingsvergunning voor afwijkend gebruik staat een ander gebruik van gronden dan voorzien in het bestemmingsplan alsnog toe. Het criterium van een ‘goede ruimtelijke ordening’, dat bepalend is voor de vaststelling van een bestemmingsplan, speelt eveneens een centrale rol bij de verlening van een omgevingsvergunning voor afwijkend gebruik.³⁸

Terwijl de omgevingsvergunning voor afwijkend gebruik evenals het bestemmingsplan kan worden beschouwd als een planologisch besluit, geldt een omgevingsvergunning voor het bouwen van een bouwwerk als een besluit ter uitvoering van planologische besluitvorming. De samenhang met de ruimtelijke besluitvorming is hierin gelegen dat strijd met het bestemmingsplan een van de (imperatieve) weigeringsgronden vormt voor het verlenen van een omgevingsvergunning voor bouwen, tenzij de beoogde activiteit niet in strijd is met een omgevingsvergunning voor afwijkend gebruik die is verleend met toepassing van art. 2.12 Wabo.³⁹ Vanwege die samenhang met de planologische besluitvorming wordt een aanvraag voor een omgevingsvergunning voor bouwen tevens aangemerkt als een aanvraag voor een omgevingsvergunning voor afwijkend gebruik, indien het

33. Zie HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307 (Sporting Exchange) en HvJ EU 14 juli 2016, C-458/14 en C-67/15, ECLI:EU:C:2016:558, AB 2016/320 m.nt. C.J. Wolswinkel (Promoimpresa). Anders dan de A-G in conclusie Windpark Zeewolde, punt 3.13, ben ik van mening dat deze Unierechtelijke transparantieplichting voor kunstmatig schaarse vergunningen alleen geldt voor zover sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang (zie C.J. Wolswinkel, *Concurrerende verdelingsregimes? Schaarse vergunningen onder Unierecht en nationaal recht na Vlaardingen en Appingedam*, SEW 2018, afl. 7/8, p. 291-292). Weliswaar zijn de bepalingen van hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn ook van toepassing in zuiver interne situaties, maar dit hoofdstuk bevat geen bepaling over de transparantie van de selectieprocedure voor kunstmatig schaarse vergunningen. Voor dit aspect van de verdeling van kunstmatig schaarse vergunningen blijft het primaire Unierecht, in het bijzonder art. 49 VWEU, relevant en geldt dus het vereiste van een duidelijk grensoverschrijdend belang (vgl. Promoimpresa, r.o. 62). Overigens kan in dat geval iedere marktdeelnemer zich beroepen op het ontbreken van een oproep tot mededinging (HvJ EU 14 november 2013, C-221/12, ECLI:EU:C:2013:736 (Belgacom), r.o. 34). Dat de nationale rechter in Promoimpresa om uitlegging van art. 49 VWEU heeft verzocht, lijkt hier niet relevant, omdat de nationale rechter ten onrechte ervan uitging dat onder het Unierecht sprake was van een (niet nader gereguleerde) ‘concessie’ in plaats van een ‘vergunning’. Een vergelijkbare benadering is overigens onder Richtlijn 2004/18/EG reeds gevolgd ten aanzien van overheidsopdrachten voor zogeheten ‘non-prioritaire diensten’. Hoewel de gunning van dit type opdrachten was onderworpen aan enkele bepalingen uit die richtlijn, verplichtte ze niet tot een voorafgaande bekendmaking van dit type overheidsopdrachten. Niettemin waren ook deze opdrachten volgens het Hof van Justitie onderworpen aan de uit de verkeersvrijheden voortvloeiende transparantieplichting, maar alleen voor zover sprake was van een duidelijk grensoverschrijdend belang (HvJ EG 13 november 2007, C-507/03, ECLI:EU:C:2007:676 (Commissie/Ierland), r.o. 29-30).
34. HvJ EU 19 juli 2012, C-470/11, ECLI:EU:C:2012:505 (Garkalns), r.o. 42.
35. Zie B.J. Drijber & H.M. Stergiou, *Public Procurement Law and Internal Market Law*, *Common Market Law Review* 2009, p. 819-820, en ook *Sporting Exchange*, r.o. 60.

36. Conclusie Windpark Zeewolde, punt 5.5.

37. Art. 2.1 lid 1 sub a respectievelijk c Wabo.

38. Art. 2.12 lid 1 sub a Wabo.

39. Art. 2.10 Wabo.

bestemmingsplan de betreffende activiteit niet toestaat.⁴⁰

In Windpark Zeewolde komt de A-G, onder verwijzing naar zijn hierboven weergegeven definitie van schaarse rechten, tot de conclusie dat bij de verlening van bovengenoemde omgevingsvergunningen in beginsel geen sprake is van toekenning van schaarse rechten:

‘Een bouwvergunning [omgevingsvergunning voor bouwen; CW] is in beginsel niet schaars, omdat zij alleen kan worden aangevraagd door degene die over de grond kan beschikken, de grondeigenaar of iemand die met toestemming van de eigenaar wil bouwen. Aldus kunnen er voor de vergunning niet meer gegadigden zijn dan vergunningen. *Dat geldt bijvoorbeeld ook als een bestemmingsplan voorziet in een kwantitatief beperkt aantal kavels voor de oprichting van woningen waarbij de exacte locatie van de bouwtitels is gegeven* [curs. CW]. In dat geval kan per kavel maar één vergunning worden verleend en kan die vergunning alleen worden aangevraagd door en verleend aan degene die over die kavel kan beschikken. Aldus is het aantal vergunningen even hoog als het aantal gegadigden en wordt bij de verlening van de vergunning geen schaars recht toebedeeld. Dat het aantal kavels is beperkt en/of dat ook elders in de gemeente maar weinig mogelijkheden voor de bouw van woningen zijn, maakt dit alles niet anders. Het voorgaande geldt als regel ook voor de omgevingsvergunning voor gebruik in strijd met het bestemmingsplan. Ook deze zal in het algemeen alleen kunnen worden aangevraagd door degene die beschikt over het perceel waarvoor de planregels waarvan afwijking is gewent gelden. Ook voor die vergunning is er in de regel maar één gegadigde en ook deze is dus niet schaars.’⁴¹

Kern van de argumentatie van de A-G is dat een vergunning niet schaars is als er slechts één gegadigde voor die vergunning is. Dat is op zich juist, maar de vraag is waarom er slechts één gegadigde voor die vergunning is. De onderbouwing dat een vergunning niet schaars is omdat er voor die vergunning maar één gegadigde is, namelijk degene die over de locatie kan beschikken, ligt namelijk zeer dicht aan tegen uniciteit als legitieme uitzondering op de mededingingsplicht: indien bij voorbaat vaststaat dat slechts één aanvraag voldoet aan de verdelingscriteria, bestaat geen verplichting tot het creëren van mededingingsruimte. In dat geval is echter niet de *reikwijdte* van het leerstuk van de verdeling van schaarse rechten in het geding, maar de rechtvaardiging van een *beperking* van regels die van toepassing zijn op de verdeling van schaarse rechten. Naar mijn mening is die situatie óók aan de orde indien een bestemmingsplan voorziet in een kwantitatief beperkt aantal kavels voor de oprichting van bouwwerken én daarbij de exacte locatie van de bouwtitels aangeeft. De beperking van mededingingsruimte voor schaarse rech-

ten die daaruit voortvloeit – de schaarse rechten worden al verdeeld in het bestemmingsplan, zodat slechts een beperkt aantal gegadigden in aanmerking kan komen voor een omgevingsvergunning voor bouwen –, dient derhalve te worden gerechtvaardigd.

In dit verband kan een nuttig onderscheid worden gemaakt tussen actuele en potentiële schaarste. Van *potentiële* schaarste is sprake zodra een vergunningenplafond wordt vastgesteld; vanaf dat moment moet het verdelende bestuursorgaan rekening houden met een situatie waarin er meer aanvragers zijn dan beschikbare vergunningen. Van *actuele* schaarste is vervolgens sprake wanneer het aantal geschikte aanvragers het aantal beschikbare vergunningen daadwerkelijk overstijgt. Indien het bestemmingsplan niet alleen het aantal kavels maximeert, maar ook de locatie van deze kavels vastlegt, wordt de potentiële schaarste direct opgeheven, waardoor van actuele schaarste geen sprake meer kan zijn.⁴² Dit betekent niet dat hier geen schaarse rechten worden verdeeld; in het bestemmingsplan zelf heeft deze verdeling van schaarse rechten al plaatsgevonden.

4.2 Schaarse omgevingsvergunningen: een poging tot herschikking en generalisatie

De conclusie dat een omgevingsvergunning ‘in de regel’ niet schaars is, laat ruimte voor uitzonderingen in bijzondere omstandigheden. In een poging die uitzonderingen te omschrijven, valt de A-G terug op voorbeelden die zich in de jurisprudentie van de Afdeling hebben voorgedaan.⁴³ De vraag is of dat een verstandige keuze is met het oog op de rechtsontwikkeling. Het resulterende overzicht van schaarse rechten in het ruimtelijk bestuursrecht is hierdoor fragmentarisch van aard, terwijl een meer volledige karakterisering van schaarse rechten in het ruimtelijk bestuursrecht meer betekenis zou kunnen hebben voor de rechtsontwikkeling. Mogelijk had hier de inzet van een *amicus curiae*⁴⁴ extra inzichten kunnen opleveren, juist nu de A-G zelf erkent dat zijn fantasie mogelijk tekortschiet.⁴⁵

Op basis van de jurisprudentie (en een beetje eigen fantasie)⁴⁶ identificeert de A-G een zestal situaties waarin de verlening van een omgevingsvergunning de toekenning van schaarse rechten kan inhouden.⁴⁷ Naar mijn mening kunnen al deze situaties uiteindelijk worden teruggebracht tot twee situaties, mits wordt geabstraheerd van het specifieke instrumentarium dat momenteel in de ruimtelijke ordening voorhanden is. In het ene geval is het plafond onderdeel van het bestemmingsplan zelf. In dat geval is een omgevingsvergunning (voor bouwen en/of afwijkend gebruik) schaars als het

40. Art. 2.10 lid 2 Wabo.

41. Conclusie Windpark Zeewolde, punt 4.5.

42. Zie Wolswinkel 2013, p. 226 en 368-370.

43. Conclusie Windpark Zeewolde, punt 4.7.

44. Zie voor deze inzet van ‘meedenkers’ conclusie A-G Widdershoven 24 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:249, ten aanzien van de bestuurlijke waarschuwing.

45. Conclusie Windpark Zeewolde, punt 4.28.

46. Zie conclusie Windpark Zeewolde, punt 4.10, ten aanzien van het ‘one-in, one-out’-systeem bij functioneelimitering in een bestemmingsplan.

47. Conclusie Windpark Zeewolde, punten 4.25-4.27.

bestemmingsplan zelf het aantal te vergunnen activiteiten (in absolute of relatieve zin) beperkt tot een maximum. In het andere geval maakt het plafond geen deel uit van het bestemmingsplan. In dat geval is een omgevingsvergunning (voor bouwen en/of afwijkend gebruik) schaars als 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.⁴⁸

In het verlengde van deze twee typen schaarse omgevingsvergunningen kent een bestemmingsplan zelf schaarse rechten toe als een bepaald gebruik of een bepaalde functie is gemaximeerd en er voor het realiseren van dat gebruik meer gegadigden dan dat maximum kunnen zijn. Hier is geen sprake van schaarse vergunningen, maar wel van schaarse rechten. Naar mijn mening moeten juist de voorbeelden in Windpark Zeewolde over functioneelimitering op basis van een 'one-in, one-out'-systeem⁴⁹ en over herverdeling van milieugebruiksruimte⁵⁰ worden geplaatst binnen dit type. Een gemiste kans is daarom dat de A-G alleen ingaat op het schaarse karakter van een wijziging van milieugebruiksruimte en een verplaatsing van een (gelimiteerde) gebruiksfunctie. Een dergelijke wijziging of verplaatsing is namelijk niet meer dan een vorm van *herverdeling*, terwijl de primaire vraag is hoe de initiële verdeling heeft plaatsgevonden, dus hoe de milieugebruiksruimte aanvankelijk in het bestemmingsplan is verdeeld respectievelijk aan welke locaties aanvankelijk een (in omvang gelimiteerde) functie is toegekend. Als uitoefening van de bevoegdheid tot vaststelling van een wijzigingsplan leidt tot een herverdeling van schaarse rechten, dan vormt de vaststelling van het bestemmingsplan zelf de initiële verdeling van die schaarse rechten. Wanneer de wijziging van een bestemmingsplan kan worden onderworpen aan eisen die aan de verdeling van schaarse vergunningen zijn gesteld in Speelautomatenhal Vlaardingen, eventueel in een licht geamendeerde vorm,⁵¹ dan zou dit ook moeten gelden voor de vaststelling van een bestemmingsplan voor zover die een verdeling van schaarse rechten inhoudt. Dat betekent in elk geval dat een passende mate van openbaarheid moet worden verzekerd voorafgaand aan de vaststelling van dit bestemmingsplan, zodat gegadigden hun belangstelling voor een bepaalde (schaarse) bestemming kenbaar kunnen maken.

4.3 Verdeling van schaarse omgevingsvergunningen

Wanneer sprake is van schaarse omgevingsvergunningen, dus niet van schaarse rechten die in het bestemmingsplan zelf worden toegekend, is de vervolgvraag welke eisen voor de verdeling daarvan gelden. De verplichting om een passende mate van openbaarheid te realiseren wordt in de conclusie van de A-G niet uitgebreid geïmpliciteerd. Hooguit wijst de A-G op de problematiek van kenbaarheid van het aantal nog beschikbare vergunningen indien deze op volgorde van binnenkomst worden verleend, en wijst hij op de mogelijkheid van een gemeentelijke website om in dat geval een passende mate van openbaarheid te realiseren.⁵² Deze problematiek is niet uniek voor het ruimtelijk bestuursrecht (zie hierna par. 5): telkens wanneer verdeling op volgorde van binnenkomst plaatsvindt, dus niet gelijktijdig, dient de beschikbaarheid van schaarse vergunningen tussentijds te worden bijgehouden.

Ten aanzien van de keuze van de verdelingsprocedure betoogt de A-G dat schaarse omgevingsvergunningen voor bouwen uitsluitend op volgorde van binnenkomst kunnen worden verleend vanwege het limitatief-imperatieve toetsingskader van art. 2.10 Wabo en de beperkte beslistermijn. Hij neemt daarbij afstand van Drahmman, die eerder heeft geopperd om dergelijke vergunningen te verdelen in een vergelijkende toets, waarbij de aanvragen onderling worden vergeleken op basis van hun ruimtelijke kwaliteit.⁵³ Ten aanzien van omgevingsvergunningen voor afwijkend gebruik is een andere verdelingsprocedure dan verdeling op volgorde van binnenkomst volgens de A-G wel mogelijk, in het bijzonder een vergelijkende toets, mits het verdelingscriterium ruimtelijk relevant is. De genoemde uitspraak Speelautomatenhal Helmond laat zien dat in dat geval het criterium van 'een goede ruimtelijke ordening' wel nader moet worden geconcretiseerd.⁵⁴ De A-G laat zich echter niet expliciet uit over de toelaatbaarheid van andere verdelingsprocedures, zoals de loting, terwijl niet uitgesloten is dat uit het oogpunt van een goede ruimtelijke ordening verschillende aanvragen gelijk kunnen scoren.

De meeste aandacht besteedt de A-G aan de looptijd van schaarse omgevingsvergunningen. In Speelautomatenhal Vlaardingen heeft de Afdeling overwogen dat schaarse vergunningen in beginsel niet voor onbepaalde tijd kunnen worden verleend.⁵⁵ Bij schaarse vergunningen voor een economische activiteit zijn afwijkingen van deze eis niet goed denkbaar, terwijl bij andere schaarse vergunningen onder omstandigheden afwijking hiervan kan worden gerechtvaardigd door het beginsel van rechtszekerheid.⁵⁶ Later heeft de Afdeling in Windturbine Noord-Holland echter overwogen 'dat een vergun-

48. Hieronder vallen ook de voorbeelden van Windturbine Noord-Holland en Speelautomatenhal Helmond.

49. Conclusie Windpark Zeewolde, punt 4.10.

50. Conclusie Windpark Zeewolde, punt 4.12.

51. Zo stelt de A-G in conclusie Windpark Zeewolde, punt 4.26, dat voor de start van de procedure tot vaststelling van een wijzigingsplan een passende mate van openbaarheid moet worden verzekerd met betrekking tot 'het voornemen tot het vaststellen van een wijzigingsplan' (in plaats van de beschikbaarheid van de schaarse vergunning).

52. Conclusie Windpark Zeewolde, punt 4.16 (slot).

53. Zie A. Drahmman, Gelijke kansen bij het verlenen van schaarse vergunningen in het omgevingsrecht, TBR 2017/156, afl. 10, p. 1054.

54. Conclusie Windpark Zeewolde, punt 4.19.

55. Speelautomatenhal Vlaardingen, r.o. 8.

56. ABRvS 12 april 2017, AB 2017/300 m.nt. C.J. Wolswinkel (Standplaats Doorn), r.o. 5.4.

ning voor het oprichten van een bouwwerk (...) op gronden ook in privaat eigendom zich in beginsel niet leent voor de toepassing van de eis dat een schaarse vergunning alleen tijdelijk wordt verleend'.⁵⁷

Ten aanzien van de omgevingsvergunning voor bouwen stelt de A-G zich in Windpark Zeewolde met verwijzing naar Windturbine Noord-Holland op het standpunt dat deze omgevingsvergunning zich *niet* leent voor de eis dat een schaarse vergunning alleen tijdelijk kan worden verleend. Bouwen is namelijk een aflopende activiteit: zodra het bouwwerk is gerealiseerd, is de vergunning 'uitgewerkt'. Het heeft dan ook geen zin om deze schaarse omgevingsvergunningen tijdelijk te verlenen. Ter ondersteuning van zijn standpunt wijst de A-G op art. 2.23 Wabo, dat uitsluitend de mogelijkheid van tijdelijke vergunningverlening biedt in geval van *voortdurende* activiteiten.⁵⁸ De 'afwijking' van de hoofdregel van vergunningverlening vloeit derhalve voort uit de aard van de bevoegdheid, althans uit de aard van de activiteit (aflopend versus voortdurend), en dus uit het formeel-wettelijke stelsel. De A-G voegt hieraan toe dat deze afwijking, voor zover hieraan behoefte bestaat, bovendien wordt gerechtvaardigd door het eigendomsrecht.⁵⁹ Die laatste aanvulling wordt verder niet toegelicht, waardoor eveneens de noodzaak van de toevoeging 'op gronden ook in privaat eigendom' in Windturbine Noord-Holland onopgehelderd blijft.⁶⁰ In die zaak was weliswaar sprake van windturbines die op zowel privaat als publiek eigendom konden worden gerealiseerd,⁶¹ maar de toevoeging 'op gronden ook in privaat eigendom' suggereert *a contrario* dat omgevingsvergunningen voor bouwen wel tijdelijk zouden moeten worden verleend als ze (uitsluitend) op locaties in publiek eigendom betrekking zouden hebben. Ook in dat geval verzet de *aard* van de (aflopende) bevoegdheid zich echter nog steeds tegen vergunningverlening voor bepaalde tijd, zodat de eigendoms kwestie hier naar mijn mening niet doorslaggevend is.

Onverkorte toepassing van de overweging van de Afdeling uit Windturbine Noord-Holland is problematischer als de aanvraag om een omgevingsvergunning voor bouwen tevens een aanvraag om een omgevingsvergunning voor afwijkend gebruik inhoudt. Afwijkend gebruik geldt namelijk wel als een voortdurende activiteit,⁶² zodat tijdelijke vergunningverlening op grond van art. 2.23 Wabo wel mogelijk is. Bovendien sluit de overweging van de Afdeling uit Windturbine Noord-Holland de verlening voor bepaalde tijd van een omgevingsvergunning voor afwijkend gebruik niet uit, omdat die overweging letterlijk slechts betrekking heeft op de aflo-

pende activiteit van het bouwen (oprichten) van een bouwwerk en dus niet op de voortdurende activiteit van afwijkend gebruik.⁶³ De vervolgvraag is echter of de bevoegdheid om deze schaarse omgevingsvergunning voor bepaalde tijd te verlenen, ook een verplichting hiertoe impliceert.⁶⁴ De A-G meent dat dit niet het geval is, omdat tijdelijkheid van de vergunning een grote inbreuk zou inhouden op het eigendomsrecht van degenen die (inmiddels) over het bouwwerk en de grond beschikt. De rechtvaardigingsgrond voor vergunningverlening voor onbepaalde tijd vormt in dat geval volgens de A-G de bescherming van fundamentele rechten van burgers en bedrijven.⁶⁵ Juist in geval van het oprichten van windturbines blijkt het echter mogelijk om de duur van de vergunning af te stemmen op de economische levensduur van de windturbines (en dus de investeringen van bedrijven),⁶⁶ zodat de bescherming van rechten van burgers en bedrijven naar mijn mening nog geen rechtvaardiging inhoudt van vergunningverlening voor onbepaalde tijd. Integendeel, de beperkte economische levensduur maakt het juist mogelijk de beperkte duur van de schaarse vergunning hierop af te stemmen.⁶⁷ Dit betekent dat ook een omgevingsvergunning voor afwijkend gebruik niet alleen voor beperkte tijd *kan* worden verleend, maar in beginsel⁶⁸ ook voor beperkte tijd *moet* worden verleend. Voor zover na die beperkte periode de mogelijkheid tot afwijkend gebruik nog steeds kwantitatief wordt beperkt, zouden na die periode andere gegadigden (met andere locaties) ook moeten kunnen meedingen naar deze schaarse mogelijkheid.

Resumerend is het ten behoeve van de rechtsontwikkeling belangrijk om schaarse rechten in het ruimtelijk bestuursrecht zo algemeen mogelijk te categoriseren. Vanuit die algemene kenmerken is er minder noodzaak om schaarse vergunningen in het ruimtelijk bestuursrecht op voorhand wezenlijk anders te behandelen dan andere schaarse rechten. Integendeel, deze algemene categorisering kan ook voor andere schaarse rechten van groot belang zijn.

57. Windturbine Noord-Holland, r.o. 14.

58. Zie nader hierover Kamerstukken II 2011/12, 33 135, nr. 3, p. 36-37.

59. Conclusie Windpark Zeewolde, punt 4.17 (slot).

60. Zie hierover W.P. Adriaanse, Een interbestuurlijk conflict over windturbines, Gst. 2018/14, afl. 7467, p. 63.

61. Zo was de gemeente Amsterdam eigenaar van de percelen waar het Havenbedrijf Amsterdam zijn windturbines wilde oprichten (Windturbine Noord-Holland, r.o. 4.1).

62. Kamerstukken II 2011/12, 33 135, nr. 3, p. 36.

63. Zie in deze zin ook conclusie Windpark Zeewolde, punt 4.22.

64. Deze vraag doet denken aan HvJ EU 1 oktober 2015, C-340/14 en C-341/14, ECLI:EU:C:2015:641, AB 2015/437 m.nt. A. Drahmman (Trijber en Harmsen), r.o. 63.

65. Conclusie Windpark Zeewolde, punt 4.22.

66. Zie expliciet conclusie Windpark Zeewolde, punt 4.22.

67. Een alternatieve redenering zou zijn dat afwijkend gebruik juist vanwege de beperkte economische levensduur van windturbines een aflopende activiteit is en dus de looptijd van de omgevingsvergunning niet hoeft te worden beperkt.

68. Vergunningverlening voor onbepaalde tijd is niet op voorhand uitgesloten indien andere legitieme redenen daartoe aanleiding geven, maar moet in elk geval niet als uitgangspunt worden gehanteerd.

5 Terug naar algemeen verdelingsrecht

5.1 Bijzonder omgevingsrecht?

In zijn verzoek heeft de voorzitter van de Afdeling aan de A-G gevraagd of planologische besluiten, *mede gelet op de specifieke eigenschappen van deze soort besluiten*, onder omstandigheden kunnen worden aangemerkt als besluiten waarbij schaarse rechten worden toegekend. De vraag is echter of deze planologische besluiten wel zo bijzonder zijn als het verzoek suggereert. Niet voor niets bevat punt 3 van de conclusie van de A-G een tamelijk uitgebreide weergave van de stand van zaken rond het leerstuk van schaarse vergunningen. Die ‘update’ van het verdelingsregime laat zien dat planologische besluiten vanuit het perspectief van het Unierecht in elk geval niet zo bijzonder zijn als soms wordt verondersteld. Het Hof van Justitie laat namelijk in Appingedam zien dat planologische besluitvorming niet categorisch is uitgezonderd van de Dienstenrichtlijn, maar dat per geval moet worden beoordeeld of een ruimtelijk besluit een beperking van een Unierechtelijke verkeersvrijheid inhoudt.

Juist met het oog op de rechtsontwikkeling zou het naar mijn mening verstandiger zijn geweest om het ruimtelijk bestuursrecht niet geïsoleerd te beschouwen, maar te vergelijken met andere rechtsgebieden waarin de rechtsfiguur van het plan een belangrijke rol inneemt. Met name het telecommunicatierecht lijkt hiervoor geschikt. In 1998 is het frequentieplan in de Telecommunicatiewet (Tw) geïntroduceerd naar analogie van het bestemmingsplan uit de ruimtelijke ordening. Dit frequentieplan moest het uitgangspunt voor het nationale frequentiebeheer vormen en daartoe de verdeling van frequentieruimte over te onderscheiden bestemmingen en categorieën van gebruik bevatten.⁶⁹ Daarnaast voorzag de Tw destijds in de introductie van een afzonderlijk frequentieregister, dat een overzicht moest bevatten van frequentieruimte waarvoor vergunningen waren verleend alsmede van de duur waarvoor deze vergunningen golden.⁷⁰ Door het frequentieregister en het frequentieplan naast elkaar te leggen zou een gegadigde voor het gebruik van frequentieruimte altijd een overzicht kunnen krijgen van de nog beschikbare frequentieruimte.⁷¹

Inmiddels bepaalt de Tw dat het frequentieplan niet alleen de bestemmingen van de te onderscheiden frequentiebanden bevat, maar ook de toepasselijke verdelingsprocedure, althans indien een vergunning is vereist voor gebruik van bepaalde frequentieruimte.⁷² Bovendien differentieert het (openbare) frequentieregister, dat aangeeft hoeveel frequentieruimte nog beschikbaar is, naar verdelingsprocedure: ten aanzien van frequentie-

ruimte die op volgorde van binnenkomst wordt verleend, bevat het register een opgave van nog beschikbare frequentieruimte,⁷³ terwijl ten aanzien van verdeling door middel van een vergelijkende toets of een veiling een opgave wordt gegeven van vergunningen die reeds zijn verdeeld en de duur van deze vergunningen.⁷⁴

Het telecommunicatierecht vertoont dus niet alleen grote gelijkenis met het ruimtelijk bestuursrecht als het gaat om de ordening van schaarse ruimte, maar is zelfs een stap verder als het gaat om de wettelijke normering van instrumenten (plan en register) die van belang zijn voor de verdeling. Eenzelfde voorsprong heeft het telecommunicatierecht als het gaat om terminologie:

‘Gekozen is voor de term frequentieplan in plaats van het Nationaal Frequentie Verdelingsplan (...), omdat het plan in feite een bestemmingsplan is en de daadwerkelijke verdeling van frequentieruimte op basis van dit plan eerst plaatsvindt door het verlenen van de vergunningen.’⁷⁵

Dit citaat maakt het belang van het onderscheid tussen ‘bestemmingsschaarste’ en ‘verdelingsschaarste’ inzichtelijk. Bestemmingsschaarste houdt in dat bij het bestemmen van frequentiebanden altijd een keuze moet worden gemaakt tussen verschillende soorten toepassingen. Verdelingsschaarste houdt vervolgens in dat er binnen een bepaalde frequentieband meer gegadigden zijn dan beschikbare vergunningen.⁷⁶ Tegelijk maakt bovengaand citaat duidelijk waar het frequentieplan en het bestemmingsplan uiteenlopen. Op één belangrijk aspect kan frequentieruimte namelijk niet worden gelijkgesteld met grond. Ten aanzien van grond is, anders dan ten aanzien van frequentieruimte, eigendom mogelijk.⁷⁷ Dit betekent dat de toekenning van een bestemming aan grond de toekenning van een ‘realisatierecht’ aan de grondeigenaar impliceert, terwijl de toekenning van een bestemming aan frequentieruimte (in beginsel) nog niet aangeeft *wie* de bestemde frequentieruimte mag gebruiken. Voor dat laatste is de toepassing van een verdelingsprocedure noodzakelijk. Deze tweedeling valt in de ruimtelijke ordening weg, omdat het grondeigendom voorafgaat aan de bestemming van de gronden. Juist om die reden komt de toekenning van bestemmingen in een bestemmingsplan direct neer op een verdeling van (schaarse) realisatierechten. Dat zou naar mijn mening niet moeten betekenen dat ruimtelijke besluitvorming in beginsel is onttrokken aan het verdelingsregime, maar juist dat aan de besluitvorming ten aanzien van een

69. Art. 3.1 Tw (oud).

70. Art. 3.2 Tw (oud).

71. Kamerstukken II 1997/98, 25 533, nr. 3, p. 79-80.

72. Art. 3.1 Tw.

73. Vergunningen die op volgorde van binnenkomst worden verleend, worden in beginsel telkens van rechtswege verlengd (art. 3.17 lid 2 Tw).

74. Art. 3.4 Tw.

75. Kamerstukken II 1996/97, 25 533, nr. 3, p. 79. Zie de Nota Frequentiebeleid uit 1995 (Kamerstukken II 1994/95, 24 095, nr. 2) voor de term Nationaal Frequentie Verdelingsplan.

76. Zie voor deze terminologie de Nota Frequentiebeleid 2005, p. 14 en 18 (bijlage bij Kamerstukken II 2004/05, 24 095, nr. 188).

77. Zie hierover reeds M.L. Verberne, Verdeling van het spectrum, Deventer: Kluwer 2000, p. 109 en D.W.P. Ruiter, Verhandelbare publieke rechten, NTB 2001, afl. 10, p. 277-287.

bestemmingsplan minstens zo zware eisen moeten worden gesteld als aan de vaststelling van een frequentieplan.⁷⁸

Ook ten aanzien van de keuze van de verdelingsprocedure kent het telecommunicatierecht een voorgeschiedenis die voor het ruimtelijk bestuursrecht van belang kan zijn. Zoals weergegeven in paragraaf 4.3, verzet het limitatief-imperatieve toetsingskader van art. 2.10 Wabo in combinatie met de beperkte beslistermijn zich volgens de A-G tegen toepassing van een andere verdelingsprocedure dan verdeling op volgorde van binnenkomst bij schaarse omgevingsvergunningen voor bouwen. Reeds in 1991 werd het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: het College) met een vergelijkbare rechtsvraag geconfronteerd over de Wet op de telecommunicatievoorzieningen (Wtv), de voorganger van de Tw, die voorzorg in de imperatieve weigering van een machtiging indien een doelmatig gebruik van de ether dit vorderde. Het College kwam tot een antwoord dat was toegespitst op een verdelingscontext:

‘Het college overweegt dat de in art. 17, zevende lid onder b WTV genoemde weigeringsgrond niet zo beperkt hoeft te worden opgevat dat alleen maar zou mogen worden gelet op de consequenties die het verlenen van een machtiging zou hebben in de situatie zoals die zich voordoet ten tijde van de beslissing op een voorliggende aanvraag. Aangezien een verleende machtiging ook voor de toekomst haar invloed heeft op het gebruik van de ether, kan, indien te voorzien valt dat op een na verlening van de machtiging gelegen moment een doelmatig gebruik van de ether in gedrang zou komen door het gebruik van die machtiging, daarin een grond worden gevonden de machtiging te weigeren, althans deze niet te verlenen voor onbepaalde tijd.

Wanneer er meer aanvragen voor een machtiging zijn ingediend of in de nabije toekomst naar verwachting zullen worden ingediend dan ingewilligd kunnen worden binnen de grens van de beschikbare technische mogelijkheden, ontstaat een verdelingsvraagstuk. Voor de beantwoording van de vraag hoe in zulk een situatie van schaarste de toetsing aan het begrip “doelmatig gebruik van de ether” moet worden verricht geeft de WTV geen nadere aanwijzingen. Louter technische overwegingen zijn dan niet geschikt om te bepalen welke aanvraag(n) prioriteit behoort (behoren) te krijgen; de constatering dat een doelmatig gebruik van de ether zich ertegen verzet dat alle aanvragen worden ingewilligd lost het verdelingsvraagstuk niet op.

Het college is van oordeel dat in de hierboven geschetste omstandigheden het tot verlenen van

machtigingen bevoegde orgaan niet in strijd met (het doel van) de WTV handelt indien de rangorde tussen de verschillende aanvragers wordt bepaald met inachtneming van overwegingen die niet rechtstreeks aan de tekst van de WTV worden ontleend. Ook kan niet worden gezegd dat de verdeling van de beschikbare ruimte dan noodzakelijkerwijs dient plaats te vinden volgens het principe “wie het eerst komt, die het eerst maalt”. Een beleid waarbij de verschillende aanvragen worden gewogen – gelet op de belangen van iedere individuele aanvrager, de omvang van de doelgroep die de aanvrager met de uitzendingen wil bereiken en het gewicht dat de behoeften van de doelgroep in de schaal leggen, afgewogen tegen de behoefte waarin met een inwilliging van andere (al dan niet potentiële) aanvragen zou worden voorzien – kan evenzeer verenigbaar worden geacht met de WTV.⁷⁹

Aardig genoeg stond in deze uitspraak van het College niet alleen centraal of een imperatief geformuleerde weigeringsgrond zich verzette tegen een andere verdelingsprocedure dan verdeling op volgorde van binnenkomst. Ook de beslistermijn leek roet in het eten te gooien om een andere verdelingsprocedure toe te passen. Het College bood echter uitkomst door te overwegen dat in een dergelijke context van schaarste gedurende de tijd die een bestuursorgaan redelijkerwijs nodig heeft om beleid te ontwikkelen, aanvragen kunnen worden aangehouden of – bij gebreke van een aanhoudingsbevoegdheid – kunnen worden geweigerd.⁸⁰

Deze ‘klassieker’ laat zien dat noch het limitatief-imperatieve toetsingskader, noch de beperkte beslistermijn als zodanig een doorslaggevend argument is om andere verdelingsprocedures dan verdeling op volgorde van binnenkomst uit te sluiten. Eerder lijkt de kernvraag die moet worden beoordeeld, of de weigeringsgronden van het limitatief-imperatieve toetsingskader van de Wabo voor de omgevingsvergunning voor bouwen een aanknopingspunt bieden voor een vergelijking van aanvragen. Als dat het geval is, dan lijken andere wettelijke ‘bezwaren’ tegen een andere verdelingsprocedure dan op volgorde van binnenkomst te kunnen worden weggenomen met een interpretatie die recht doet aan het schaarse karakter van de vergunningen die moeten worden verleend. Dit zou dus ruimte bieden voor andere verdelingsprocedures, zoals de A-G ook heeft mogelijk geacht voor de omgevingsvergunning voor afwijkend gebruik.

5.2 Differentiatie in schaarse vergunningen

Ondanks bovenstaande kanttekeningen bij de conclusie in Windpark Zeewolde moet tegelijk worden vastgesteld dat deze conclusie juist ook een nieuwe impuls geeft aan de rechtsontwikkeling rond de verdeling van schaarse vergunningen in algemene zin. Met name geeft het wettelijke kader rond ruimtelijke besluitvorming (Wro,

78. Momenteel geldt in beide gevallen de eis dat de uniforme openbare voorbereidingsprocedure moet worden gevolgd bij de voorbereiding van het plan en de wijziging daarvan. Zie art. 3.8 en 3.9a Wro en art. 3.3 Tw. Zie voor de terughoudendheid van de toetsing van de vaststelling van een frequentieplan CBB 28 augustus 2018, ECLI:NL:CBB:2018:455, r.o. 5.2

79. CBB 6 november 1991, AB 1994/29.

80. CBB 6 november 1991, AB 1994/29.

Wabo) aanleiding tot differentiatie tussen verschillende typen schaarse vergunningen.

Aardig genoeg betreft die differentiatie niet zozeer het onderscheid tussen natuurlijk en kunstmatig schaarse vergunningen dat de Dienstenrichtlijn aanreikt. Volgens de A-G zou een omgevingsvergunning voor afwijkend gebruik niet als een natuurlijk schaarse vergunning in de zin van art. 12 Dienstenrichtlijn kunnen worden aange-merkt, omdat het aantal vergunningen niet ‘noodzakelijkerwijs’ uit de schaarste van de natuurlijke hulpbron (grond) voortvloeit. Daarom geldt een dergelijke omgevingsvergunning hooguit als een beleidsmatig schaarse vergunning, hoewel de A-G zelfs die kwalificatie als *schaarse* vergunning betwijfelt.⁸¹ Die opvatting is minstens discutabel, aangezien de toelichtende overweging bij art. 12 Dienstenrichtlijn aanvankelijk twee voorbeelden van natuurlijk schaarse vergunningen noemde: de toekenning van analoge radiofrequenties en de exploitatie van hydro-elektrische infrastructuur.⁸² Beide voorbeelden zijn uiteindelijk niet opgenomen in de definitieve versie van de Dienstenrichtlijn: diensten die het gebruik van radiofrequenties inhouden (telecommunicatie, omroep), zijn in art. 2 uitgezonderd van het bereik van de Dienstenrichtlijn, terwijl de productie van elektriciteit (door middel van waterkracht of anderszins) onder het vrije verkeer van goederen en niet onder de vrijheid van dienstverlening valt.⁸³ Niettemin laat deze overweging zien in welke richting moet worden gedacht bij natuurlijk schaarse vergunningen en vallen omgevingsvergunningen voor afwijkend gebruik, die zoals gezegd gelijkenis vertonen met vergunningen voor het gebruik van frequentieruimte, niet zonder meer af.⁸⁴

Het nieuwe onderscheid dat de A-G introduceert, is dat tussen schaarse vergunningen voor voortdurende en aflopende activiteiten. Hoewel dat onderscheid expliciet een plek heeft gekregen in art. 2.23 Wabo, is de relevantie hiervan niet beperkt tot het ruimtelijk bestuursrecht.⁸⁵ Veelzeggend is in dit verband dat art. 33 lid 4 sub a Dienstenwet expliciet bepaalt dat de hoofdregel van onbeperkte duur van dienstenvergunningen niet geldt voor vergunningen die naar hun aard beperkt zijn in tijd:

81. Conclusie Windpark Zeewolde, punten 3.12 en 4.6.

82. Zie overweging 28 van het Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende diensten op de interne markt, COM(2004)2 def. Zie hierover reeds C.J. Wolswinkel, *Diensten tussen frequenties en kansspelen*, SEW 2009, afl. 7/8, p. 289.

83. Zie in deze zin ook conclusie Windpark Zeewolde, punten 3.22 en 5.2. In Nederland is voor de bouw en exploitatie van een waterkrachtcentrale een (water)vergunning op grond van de Waterwet vereist (zie ABRvS 6 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3353). Deze vergunning wordt op termijn geïntegreerd in de Omgevingswet.

84. De MvT noemt als enig voorbeeld van een natuurlijk schaarse vergunning de (opslag)vergunning uit de Mijnbouwwet voor het opslaan van delfstoffen (Kamerstukken II 2007/08, 31 579, nr. 3, p. 112). De ‘complementaire’ vergunning uit de Mijnbouwwet voor het winnen van delfstoffen blijft buiten het bereik van de Dienstenrichtlijn, omdat het winnen van delfstoffen onder het vrije verkeer van goederen valt (Kamerstukken II 2007/08, 31 479, nr. 3, p. 10).

85. Zie in algemene zin R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat I*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 512-513.

‘Het vierde lid, onderdeel a, bepaalt dat het eerste lid niet van toepassing is op vergunningen die naar hun aard beperkt zijn in de tijd, zoals een vergunning voor een specifiek evenement op een bepaalde dag. Het gaat hierbij uitsluitend om vergunningen die hoe dan ook een tijdelijke duur moeten hebben, omdat bijvoorbeeld de dienst inherent slechts van beperkte duur kan zijn of de feitelijke context waaronder deze vergunning wordt verleend na een afgebakend en voorspelbaar tijdsverloop zodanig wijzigt dat de vergunning zijn functie verliest. Het vierde lid, onderdeel a, geeft de bevoegde instanties geen discretionaire bevoegdheid om al dan niet te kiezen voor vergunningen met beperkte geldigheidsduur. Alleen als er objectief sprake is van een vergunning die naar zijn aard slechts een beperkte duur kan hebben, kan afge- weken worden van het principe dat een vergunning voor onbepaalde tijd wordt verleend.’⁸⁶

Opvallend genoeg bevat de Dienstenrichtlijn zelf geen bepaling over (schaarse) dienstenvergunningen die naar hun aard beperkt zijn in tijd. Toch vormt deze bepaling voor de nationale wetgever kennelijk een logische uitwerking van art. 11 en 12 Dienstenrichtlijn. Interessant is in dit verband dat de toelichting op art. 33 Dienstenwet lijkt uit te gaan van vergunningverlening voor *bepaalde* tijd bij vergunningen voor aflopende activiteiten, terwijl art. 2.23 Wabo bij dergelijke vergunningen juist uitgaat van vergunningverlening voor onbepaalde tijd, omdat deze vergunningen vanzelf hun werking verliezen na verloop van tijd. Indien een (schaarse) omgevingsvergunning voor afwijkend gebruik onder bepaalde omstandigheden wordt aangemerkt als een dienstenvergunning in de zin van de Dienstenrichtlijn,⁸⁷ komt de verhouding tussen de conflicterende uitgangspunten van art. 2.23 Wabo en art. 33 Dienstenwet – en in meer algemene zin de verhouding tussen ruimtelijke en economische wetgeving – op scherp te staan.⁸⁸

Naast de accentuering van het onderscheid tussen voortdurende en aflopende activiteiten laat het voorbeeld van de ruimtelijke besluitvorming tevens zien op welke verschillende niveaus schaarste kan worden gecreëerd en hoe die verschillende verschijningsvormen op elkaar ingrijpen. Vertrekpunt in de theorievorming over schaarse rechten in het ruimtelijk bestuursrecht is dat een (bestemmings)plan zelf voorziet in een beperking van het aantal beschikbare vergunningen, in welk geval het plafond is geïnternaliseerd. Het aantal vergun-

86. Kamerstukken II 2007/08, 31 579, nr. 3, p. 112.

87. De A-G sluit zich aan bij de opvatting van Nijmeijer, dat een dergelijke omgevingsvergunning voor afwijkend gebruik een ‘eis’ is (zie A.G.A. Nijmeijer, *Dienstenrichtlijn en bestemmingsplan*, TO 2018, afl. 1, p. 32-33), maar sluit niet uit dat het Hof van Justitie de omgevingsvergunning in bepaalde gevallen toch zal beschouwen als ‘vergunning’ in de zin van de Dienstenrichtlijn, namelijk als de omgevingsvergunning wordt aangevraagd door een dienstverrichter en de vergunning de uitoefening van een dienst mogelijk maakt (zie conclusie Windpark Zeewolde, punt 4.6).

88. De A-G suggereert om in dat geval een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie te stellen (conclusie Windpark Zeewolde, punt 4.22).

ningen kan echter ook worden begrensd door hogere of parallelle wetgeving die op dezelfde activiteit betrekking heeft (zoals een provinciale ruimtelijke verordening respectievelijk een gemeentelijke speelautomatenhalverordening).⁸⁹ In beide gevallen vindt de verdeling in twee stappen plaats door middel van bestemmingsplan én schaarse omgevingsvergunningen. Daarnaast laat het ruimtelijk bestuursrecht zien dat een verdeling van schaarse rechten ook rechtstreeks in één stap kan worden gerealiseerd door het (bestemmings)plan zelf. Omdat aan het einde van het verdelingstraject de uitkomst identiek is, is twijfelachtig of een wezenlijk andere behandeling van deze laatstgenoemde vorm van verdeling gerechtvaardigd is.

6 Conclusie

A-G Widdershoven concludeert in Windpark Zeewolde dat schaarse rechten in het omgevingsrecht vrijwel niet voorkomen: een bestemmingsplan is geen besluit dat schaarse rechten toekent, terwijl de verlening van een omgevingsvergunning in de regel evenmin neerkomt op de verdeling van schaarse rechten. Daarmee kiest de A-G naar mijn mening voor een (te) voorzichtige benadering, die sterk leunt op voorbeelden die toevallig en sporadisch in de ruimtelijke-ordeningsjurisprudentie van de Afdeling zijn langgekomen, maar veel minder op het verdelingsregime dat de Afdeling tot nog toe heeft ontwikkeld. Die fragmentarische benadering resulteert naar mijn mening in een incomplete typologie van schaarse rechten in het omgevingsrecht en leidt ertoe dat een halt wordt toegeroepen aan de rechtsontwikkeling, met name omdat de wisselwerking tussen bestemmings-schaarste en verdelingsschaarste onderbelicht blijft.

In het bijzonder zou moeten worden erkend dat de vaststelling van een bestemmingsplan kan neerkomen op een beperking van mededingingsruimte voor schaarse rechten, namelijk indien reeds door deze vaststelling het aantal locaties wordt beperkt waar een bepaalde activiteit kan worden verricht. Dit is niet alleen het geval indien het bestemmingsplan verlening van een omgevingsvergunning voor een bepaalde functie slechts tot een bepaald maximum toestaat, maar juist ook als het bestemmingsplan zelf bepaalde functies slechts tot een bepaald maximum toestaat. Ongeacht het pad dat wordt bewandeld (directe verdeling in bestemmingsplan of indirecte verdeling door middel van omgevingsvergunningen), is aan het einde van het ruimtelijke besluitvormingstraject de uitkomst identiek, namelijk dat een bepaalde gebruiksmogelijkheid slechts in beperkte mate wordt toegestaan. De erkenning dat in beide gevallen

sprake is van de toekenning van schaarse rechten, brengt enerzijds mee dat een op het gelijkheidsbeginsel gebaseerde mededingingsplicht geldt, en anderzijds dat een beperking van mededingingsruimte kenbaar een rol moet hebben gespeeld bij de besluitvorming omtrent het bestemmingsplan. Dat betekent dat de planwetgever moet ingaan op de vraag waarom het aantal locaties voor een bepaalde functie wordt beperkt en – indien de betreffende functie reeds direct aan specifieke locaties wordt toegekend – op basis van welke afweging die functietoekenning heeft plaatsgevonden.

Al met al is het ruimtelijk bestuursrecht ten aanzien van de verdeling van schaarse rechten naar mijn mening dus minder speciaal dan wordt gesuggereerd. Deze conclusie geldt voor het nationale verdelingsregime wellicht nog sterker dan voor het Unierecht. Van een economische activiteit, het aanknopingspunt voor toepasselijkheid van de verkeersvrijheden, hoeft geen sprake te zijn in de ruimtelijke ordening: normen in de ruimtelijke ordening zijn niet noodzakelijk enkel gericht tot personen die een economische activiteit verrichten, maar kunnen juist gelden voor alle personen die een activiteit met ruimtelijke gevolgen verrichten. Voor het nationale verdelingsregime is daarentegen (in beginsel) irrelevant of sprake is van een economische activiteit, zodat de verdeling van schaarse rechten in het omgevingsrecht sowieso is onderworpen aan dit nationale verdelingsregime. Dit brengt mee dat het nationale verdelingsregime voorop zou moeten staan in de rechtsontwikkeling, inclusief de uitzonderingen die dit regime toestaat op de verplichting om mededingingsruimte te creëren.

Het ruimtelijk bestuursrecht en het economisch bestuursrecht, waar het verdelingsrecht zijn oorsprong heeft, hebben juist veel raakvlakken. In beide gevallen is sprake van ‘ordeningsrecht’ waarin keuzes moeten worden gemaakt voor het gebruik van natuurlijk of kunstmatig schaarse goederen. Daartoe is niet alleen de schaarse vergunning een belangrijk reguleringsinstrument, maar juist ook het plan, dat een eerste ordening c.q. verdeling aanbrengt in verschillende alternatieven die met deze schaarse goederen kunnen worden verwezenlijkt. Die erkenning pleit ervoor om verdelingsrecht te beschouwen als een algemeen leerstuk dat bestaande onderscheidingen, zoals tussen ruimtelijk en economisch bestuursrecht, overstijgt.

89. Zie ook art. 3 lid 4 Winkeltijdenwet (oud), waarin het aantal ontheffingen dat op grond van een gemeentelijke winkeltijdenverordening voor openstelling van winkels op zondagavond kon worden verleend, reeds op het niveau van een wet in formele zin werd beperkt tot hoogstens één per 15.000 inwoners.