

# Rechten uit het verleden bieden geen garantie voor de toekomst: de omgang met ‘historische’ schaarse vergunningen

Gst. 2021/96

**De rechtsontwikkeling binnen zowel het nationale recht als het Unierecht heeft inmiddels duidelijk gemaakt dat schaarse vergunningen voortaan voor bepaalde tijd moeten worden verleend. Minder duidelijk is hoe moet worden omgegaan met schaarse vergunningen die in het verleden voor onbepaalde tijd zijn verleend. Dit artikel laat zien dat ten aanzien van dergelijke ‘historische’ schaarse vergunningen een beginselplicht tot aantasting kan worden aangenomen om te garanderen dat zittende partijen en nieuwkomers in de toekomst op gelijke voet kunnen meedingen naar schaarse vergunningen. Om deze situatie te realiseren is aantasting van de looptijd zelf een mogelijkheid, maar zeker niet de enige mogelijkheid.**

## 1. Inleiding

Sinds enkele jaren staat buiten twijfel dat schaarse vergunningen voortaan voor bepaalde tijd moeten worden verleend: wanneer het bestuur een beperkt aantal vergunningen verleent, moeten die vergunningen na verloop van tijd opnieuw beschikbaar komen voor verdeling. Daarmee is nog niet de vraag beantwoord hoe moet worden omgegaan met schaarse vergunningen die in het verleden voor onbepaalde tijd zijn verleend. Moet de onbeperkte duur van deze vergunningen worden aangetast of kan die gehandhaafd blijven?

De bestuurspraktijk worstelt zichtbaar. Zo wordt in bepaalde gevallen de looptijd van schaarse vergunningen ambtshalve omgezet van onbepaalde naar bepaalde tijd,<sup>2</sup> terwijl in andere gevallen dergelijke ‘historische’ schaarse vergunningen (voorlopig) met rust worden gelaten.<sup>3</sup> Mogelijk komt die worsteling voort uit het gebrek aan houvast dat de bestuursrechtspraak momenteel biedt bij deze confrontatie van het gelijkheidsbeginsel (als rechtsgrondslag voor eisen inzake de verdeling van schaarse vergunningen) met het rechtszekerheidsbeginsel (als rechtsgrondslag voor de eerbiediging van ‘historische rechten’).

Deze bijdrage heeft tot doel te beoordelen langs welke wegen het verdelende bestuur zijn beleid ten aanzien van ‘historische’ schaarse vergunningen kan vormgeven. Daartoe gaan wij eerst in op de betekenis van zowel het nationale als

het Unierecht voor de looptijd van schaarse vergunningen (§ 2).<sup>4</sup> Vervolgens bespreken wij de mogelijkheid dat de onbepaalde looptijd van ‘historische’ schaarse vergunningen wordt aangetast (§ 3). Deze analyse wordt aangevuld met een bespreking van alternatieven voor de omgang met ‘historische’ schaarse vergunningen (§ 4), waarna een korte slotbeschouwing volgt (§ 5).

## 2. De looptijd van schaarse vergunningen

### 2.1 Beperkte looptijd als hoofdregel

In 2016 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) in *Speelautomatenhal Vlaardingen* overwogen dat schaarse vergunningen in beginsel alleen tijdelijk kunnen worden verleend. De vergunninghouder wordt immers bij verlening voor onbepaalde tijd onevenredig bevoordeeld, omdat het voor nieuwkomers dan nagenoeg onmogelijk is om toe te treden tot de markt.<sup>5</sup> De Afdeling leidt deze verplichting af uit het materiële gelijkheidsbeginsel. Afwijkingen van deze rechtsnorm zijn bij schaarse vergunningen voor economische activiteiten ‘niet goed denkbaar’. Wel kan afwijking bij schaarse vergunningen voor niet-economische activiteiten onder omstandigheden worden gerechtvaardigd op basis van het rechtszekerheidsbeginsel.<sup>6</sup> Voorbeelden van dergelijke omstandigheden ontbreken vooralsnog in de rechtspraak. Wel laat de rechtspraak zien dat schaarse vergunningen voor aflopende activiteiten zich niet goed lenen voor toepassing van de regel dat schaarse vergunningen enkel tijdelijk mogen worden verleend.<sup>7</sup>

Deze nationaalrechtelijke eisen zijn nadrukkelijk geïnspireerd door het Unierecht.<sup>8</sup> Met name de Dienstenrichtlijn<sup>9</sup> heeft in dit verband als katalysator voor de rechtsontwikkeling gewerkt, juist omdat voor de toepasselijkheid van

<sup>1</sup> Luuk van de Ven is advocaat bij LXA Advocaten. Johan Wolswinkel is hoogleraar Bestuursrecht, Markt & Data aan Tilburg University.

<sup>2</sup> Zie bijvoorbeeld de Beleidsregels omzetting vergunning passagiersvaart exploitatievergunningen (*Gemeentebled* 2020, 8649) binnen de gemeente Amsterdam.

<sup>3</sup> Zie *Kamerstukken II* 2019/20, 32637, 381, p. 1, over vergunningen voor ambulante handel.

<sup>4</sup> Het Unierechtelijke perspectief op de looptijd van ‘historische’ schaarse vergunningen is eerder aan bod gekomen in C.J. Wolswinkel, ‘Concurrerende verdelingsregimes: Schaarse vergunningen onder Unierecht en nationaal recht na Vlaardingen en Appingedam’, *SEW* 2018, afl. 7/8, p. 295-296, en A. Drahmman, ‘Finding a balance between equal treatment, transparency, and legal certainty when allocating scarce authorisations’, *Review of European Administrative Law* 2020-2, p. 33-53.

<sup>5</sup> ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Speelautomatenhal Vlaardingen*), r.o. 8.

<sup>6</sup> ABRvS 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:994, AB 2017/300, m.nt. C.J. Wolswinkel (*standplaats Doorn*), r.o. 5.4.

<sup>7</sup> ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2331 (*Windturbine Noord-Holland*), r.o. 14. Zie hierover ook C.J. Wolswinkel, ‘Schaarse rechten in het omgevingsrecht: Een tegenconclusie voor de rechtsontwikkeling’, *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2018-3, p. 117.

<sup>8</sup> Zie expliciet ABRvS 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:994, AB 2017/300, m.nt. C.J. Wolswinkel (*standplaats Doorn*).

<sup>9</sup> Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, *PbEG* 2006, L 376/36.

de bepalingen van de Dienstenrichtlijn inzake vergunningstelsels geen grensoverschrijdende situatie is vereist en het begrip 'dienst' in de Dienstenrichtlijn ook de detailhandel in goederen omvat.<sup>10</sup> Het bereik van de Dienstenrichtlijn is dus groot, zij het dat dit bereik nog steeds beperkt blijft tot economische activiteiten.

Artikel 11 Dienstenrichtlijn stelt als hoofdregel voorop dat een vergunning aan een dienstverrichter in beginsel wordt verleend voor onbepaalde tijd. Een van de toegestane uitzonderingen hierop betreft de situatie waarin het aantal vergunningen is beperkt door een dwingende reden van algemeen belang.<sup>11</sup> Volgens het Hof staat artikel 11 Dienstenrichtlijn eraan in de weg dat een beleidsmatig schaarse vergunning voor onbepaalde tijd wordt verleend.<sup>12</sup> Voorts bepaalt artikel 12 Dienstenrichtlijn voor de specifieke situatie waarin het aantal vergunningen is beperkt door schaarste van de beschikbare natuurlijke hulpbronnen of de bruikbare technische mogelijkheden, dat deze 'natuurlijk schaarse' vergunningen voor een passende duur moeten worden verleend en niet automatisch mogen worden verlengd.<sup>13</sup> Voor beide categorieën van schaarse vergunningen ('beleidsmatig schaars' en 'natuurlijk schaars') geldt dus inmiddels een absolute verplichting tot vergunningverlening voor bepaalde tijd.<sup>14</sup>

Indien de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is,<sup>15</sup> blijft het primaire Unierecht van belang, in het bijzonder de vrijheid van vestiging (artikel 49 VWEU) en het vrije verkeer van diensten (artikel 56 VWEU). Voor de toepasselijkheid van beide marktvrijheden is een grensoverschrijdende situatie vereist,<sup>16</sup> aangezien ze uitdrukking geven aan het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit (artikel 18 VWEU).<sup>17</sup> Dit bovenliggende verbod kan op zijn beurt worden beschouwd als een specifieke uitdrukking van het gelijkheidsbeginsel,<sup>18</sup> zodat ook de rechtsnormen inzake schaarse vergunningen die uit de Unierechtelijke verkeersvrijheden voortvloeien, als afgeleide van het gelijkheidsbeginsel kunnen worden beschouwd.

Over de onverenigbaarheid van verlening van schaarse vergunningen voor onbepaalde tijd met de verkeersvrijheden heeft het Hof zich nog niet definitief uitgelaten. Wel wijst

zijn jurisprudentie nadrukkelijk in die richting.<sup>19</sup> Reeds in 2008 overwoog het Hof in *Presstext Nachrichtenagentur* dat het plaatsen van een overheidsopdracht voor onbepaalde tijd weliswaar niet verboden is, maar op zichzelf niet past binnen het stelsel en de doelstelling van de gemeenschapsregels betreffende overheidsopdrachten.<sup>20</sup> In 2010 trok het Hof in *Helmut Müller* deze lijn door naar concessies met de overweging dat er gegronde redenen bestaan, waaronder met name de mogelijkheid tot mededingingshandhaving, om aan te nemen dat concessieverlening voor onbepaalde tijd in strijd is met de rechtsorde van de Unie.<sup>21</sup> De stap van overheidsopdrachten en concessies naar schaarse vergunningen verloopt via de transparantieverplichting, die in 2010 ook op schaarse vergunningen van toepassing is verklaard in *Sporting Exchange*.<sup>22</sup> Waar de transparantieverplichting beoogt te verzekeren dat schaarse vergunningen voor mededinging openstaan, zou die mogelijkheid voor de toekomst teniet worden gedaan bij vergunningverlening voor onbepaalde tijd.<sup>23</sup> De genoemde strijd met de rechtsorde van de Unie bestaat dan hierin dat vergunningverlening voor onbepaalde tijd een (niet-discriminerende) belemmering van de vrijheid van dienstverlening inhoudt, als gevolg waarvan de betreffende activiteit voor nieuwkomers feitelijk is verboden. Een dergelijke beperking moet worden gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang en bovendien geschikt en noodzakelijk zijn in het licht van die reden.<sup>24</sup> Blijkens bovenstaande arresten acht het Hof een dergelijke rechtvaardiging moeilijk voorstelbaar.

## 2.2 Aanvang van 'nieuwe' rechtsnorm

Voor het nationale recht wordt regelmatig verwezen naar *Speelautomatenhal Vlaardingen* (2016) als startpunt van de rechtsontwikkeling.<sup>25</sup> In deze uitspraak verwijst de Afdeling echter nadrukkelijk naar eerdere jurisprudentie van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: het College) uit 2012 waarin reeds is overwogen dat verlening van een ontheffing voor onbepaalde tijd onevenredig is ten opzichte van nieuwkomers.<sup>26</sup> De bewoordingen die het College over de looptijd van deze schaarse ontheffingen hanteert, zijn zodanig algemeen dat deze rechtsnorm wat ons betreft reeds geldt sinds (medio) 2012.

Ten aanzien van de Dienstenrichtlijn liggen de zaken enigszins anders. Deze richtlijn is eind 2006 aangenomen en

10 HvJ EU 30 januari 2018, ECLI:EU:C:2018:44 (*Appingedam*), r.o. 98-110.

11 Artikel 11 lid 1 aanhef en onder b Dienstenrichtlijn. Zie hierover ook M.R. Botman, *De Dienstenrichtlijn in Nederland: De gevolgen van richtlijn 2006/123/EG voor de nationale rechtsorde vanuit Europees perspectief*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 296-298.

12 HvJ EU 1 oktober 2015, ECLI:EU:C:2015:641, AB 2015/437, m.nt. A. Drahmman (*Trijber en Harmsen*), r.o. 66.

13 Zie hierover ook HvJ EU 14 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:558, AB 2016/320, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Promoimpresa*), r.o. 57.

14 Uit ABRvS 8 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1013, *Gst.* 2020/89, m.nt. A. Drahmman, AB 2021/54, m.nt. C.J. Wolswinkel (*New Orange*), r.o. 7.1, blijkt dat schaarse vergunningen ook kunnen voortvloeien uit een combinatie van beide vormen van schaarste.

15 Op gemeentelijk niveau kan hier bijvoorbeeld worden gedacht aan de exploitatie van schaarse vergunningen voor speelautomatenhallen, aangezien kansspelen zijn uitgezonderd van de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn (artikel 2 Dienstenrichtlijn).

16 HvJ EU 15 november 2016, ECLI:EU:C:2016:874, AB 2017/388, m.nt. M.R. Botman (*Ullens de Schooten*), r.o. 47.

17 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 13 april 2010, ECLI:EU:C:2010:182 (*Wall*), r.o. 32.

18 HvJ EG 13 oktober 2005, ECLI:EU:C:2005:605 (*Parking Brixen*), r.o. 48.

19 Zie hierover ook reeds Wolswinkel 2018, p. 295-296, en Drahmman 2020, p. 42.

20 HvJ EU 19 juni 2008, ECLI:EU:C:2008:351 (*Presstext Nachrichtenagentur*), r.o. 73.

21 HvJ EU 25 maart 2010, ECLI:EU:C:2010:168 (*Helmut Müller*), r.o. 79.

22 HvJ EU 3 juni 2010, ECLI:EU:C:2010:307 (*Sporting Exchange*), r.o. 46-47.

23 Zie ook nadrukkelijk HvJ EU 19 juni 2008, ECLI:EU:C:2008:351 (*Presstext Nachrichtenagentur*), r.o. 32 en 34.

24 Zie ook nadrukkelijk HvJ EU 9 september 2010, ECLI:EU:C:2010:506 (*Engelmann*), r.o. 46-48.

25 Zie bijvoorbeeld Drahmman 2020, p. 42.

26 CBB 15 mei 2012 ECLI:NL:CBB:2012:BW6630, AB 2012/372, m.nt. C.J. Wolswinkel, *Gst.* 2012/96, m.nt. W.P. Adriaanse (*zondagavondwinkel Wasse-naar*); CBB 24 augustus 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6540, AB 2012/373, m.nt. C.J. Wolswinkel (*zondagavondwinkel Castricum*).

eind 2009 geïmplementeerd.<sup>27</sup> De Dienstenrichtlijn is dus sowieso van toepassing op vergunningverlening vanaf eind 2009.<sup>28</sup> Omgekeerd is de Dienstenrichtlijn niet zonder meer van toepassing op rechtsverhoudingen die zijn ontstaan vóór het verstrijken van de implementatietermijn.<sup>29</sup> Hoofregel is immers dat een richtlijnbevestiging pas kan worden ingeroepen indien de implementatietermijn van de desbetreffende richtlijn is verstreken of indien vóór het aflopen van die termijn een nationale implementatiemaatregel is genomen. Een uitzondering op deze hoofdregel geldt indien het genomen besluit of de daaraan ten grondslag liggende nationale maatregel de verwezenlijking van het door die richtlijn voorgeschreven resultaat ernstig in gevaar brengt.<sup>30</sup> Specifiek ten aanzien van schaarse vergunningen kan in dit verband worden betoogd dat, wanneer tijdens de implementatietermijn (2006-2009) schaarse vergunningen voor *onbepaalde* tijd zijn verleend, de markt alsnog op het laatste moment op slot is gezet. Daarmee is de verwezenlijking van het door de Dienstenrichtlijn voorgeschreven resultaat, namelijk openstelling van markten, ernstig in gevaar gekomen, zodat reeds vanaf eind 2006 een verplichting tot vergunningverlening voor bepaalde tijd kan worden aangenomen.

Wat betreft het primaire Unierecht kan uit de uitleg door het Hof van artikel 49 en 56 VWEU een 'beginselverplichting' tot verlening voor bepaalde tijd worden afgeleid. In het algemeen geldt dat een prejudiciële uitleg door het Hof de betekenis en strekking van een Unierechtelijk voorschrift verklaart en preciseert zoals het sinds het tijdstip van zijn inwerkingtreding moet of had moeten worden verstaan en toegepast.<sup>31</sup> Aangezien het Hof geen aanleiding heeft gezien om op grond van bijzondere omstandigheden, zoals de rechtszekerheid, de werking van de uitleg van de transparantieplichting in tijd te beperken<sup>32</sup> én de rechtsnorm inzake de beperkte looptijd van schaarse vergunningen direct verband houdt met de transparantieplichting, zou hieruit kunnen worden afgeleid dat schaarse vergunningen reeds vanaf het prille begin van de Europese Economische Gemeenschap in 1957 in beginsel voor bepaalde tijd hadden moeten worden verleend.

### 2.3 Betekenis van 'nieuwe' rechtsnorm voor reeds verleende vergunningen

Zelfs als op grond van het primaire Unierecht al meerdere decennia een beginselverplichting bestaat tot vergunningverlening

voor bepaalde tijd, betekent dit niet zonder meer dat een rechtsplicht bestaat tot aantasting van schaarse vergunningen die in het verleden voor onbepaalde tijd zijn verleend. Onder het primaire Unierecht kan een belemmering van de vrijheid van dienstverlening immers mogelijk worden gerechtvaardigd. Zo heeft het Hof in *ASM Brescia* bij het toestaan van een verlenging van een overgangperiode tot vervroegde beëindiging van concessies onder meer gewicht toegekend aan de omstandigheid dat op het moment van concessieverlening in 1984 de transparantieplichting nog niet was uitgekristalliseerd. Blijkens de conclusie in deze zaak vormt het arrest *Telaustria* (2000) het scharnierpunt: vanaf dat moment kon uit de verkeersvrijheden worden afgeleid dat concessies na een oproep tot mededinging moeten worden verleend.<sup>33</sup> In *Engelmann* overwoog het Hof daarentegen dat de omstandigheid dat de transparantieplichting in 1998 en 2001 nog onvoldoende was uitgekristalliseerd 'als zodanig' geen rechtvaardiging vormde voor het ontbreken van transparantie.<sup>34</sup> In *ASM Brescia* wordt dit argument dan ook nadrukkelijk verbonden met de uit het *rechtszekerheidsbeginsel* voortvloeiende noodzaak om gesloten contracten te eerbiedigen, die niet alleen kan rechtvaardigen, maar ook ertoe kan verplichten dat een overgangperiode in acht wordt genomen. Bovendien was in die zaak van belang dat – bij gebrek aan een juridische verplichting hiertoe in de toepasselijke richtlijn – vervroegde beëindiging van de concessie juist zou leiden tot een *betere* naleving van het Unierecht.<sup>35</sup>

De Dienstenrichtlijn is op dit punt weinig expliciet. Ten aanzien van natuurlijke schaarste volgt uit de formulering van artikel 12 lid 2 Dienstenrichtlijn dat een vergunning moet worden 'verleend' voor een passende duur, waarmee enkel nieuwe schaarse vergunningen lijken te worden geraakt. De hoofdregel van artikel 11 Dienstenrichtlijn dat een vergunning 'geen beperkte geldigheidsduur heeft', lijkt zich echter ook uit te strekken tot reeds verleende vergunningen. Dat is op zich niet verwonderlijk: door het bestuur te verplichten de duur van reeds verleende vergunningen om te zetten in onbepaalde tijd, wordt een belemmering van de vrijheid van dienstverlening weggenomen (namelijk de noodzaak om het bestuur te verzoeken om verlenging) zonder dat de rechtszekerheid van de vergunninghouder negatief wordt aangetast. Het ligt minder voor de hand om die regel te betrekken op beleidsmatig schaarse vergunningen die in het verleden zijn verleend, omdat in die gevallen – anders dan bij de verlening van niet-schaarse vergunningen – het belang dat is gediend met vergunningverlening voor bepaalde tijd juist concurreert met het belang van rechtszekerheid van de vergunninghouder. Het is daarom niet verwonderlijk dat het Hof in *Trijber en Harmsen* heeft overwogen dat de 'verlening' van een vergunning voor onbepaalde tijd niet mogelijk is bij beleidsmatig schaarse vergunningen, waarmee het zich uitsluitend lijkt uit te spreken over een

27 Artikel 33 Dienstenwet inzake de vergunningsduur is op 28 december 2009 in werking getreden.

28 Zie bijvoorbeeld ABRvS 16 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:902, AB 2018/286, m.nt. J. Wieland (*AGRAforce*), r.o. 6.5.

29 Zie in deze zin ook HvJ EU 7 november 2018, ECLI:EU:C:2018:881 (*Commissie/Hongarije*), r.o. 43.

30 Zie reeds HvJ EG 18 december 1997, ECLI:EU:C:1997:628 (*Inter-Environment Wallonie*), r.o. 45, en HvJ EG 4 juli 2006, ECLI:EU:C:2006:443 (*Adeneler*), r.o. 121. Zie hierover uitgebreider R. Ortlep & M.J.M. Verhoeven, 'Richtlijnen: communautaire verplichtingen tijdens de omzettingstermijn', *NTER* 2009/3, p. 113-118.

31 Zie met verdere verwijzingen HvJ EG 6 maart 2007, ECLI:EU:C:2007:132 (*Meilicke e.a.*), r.o. 34.

32 Zie nadrukkelijk A-G Poiares Maduro in zijn conclusie van 24 april 2008, ECLI:EU:C:2008:245 (*ASM Brescia*), punt 43.

33 Conclusie A-G Poiares Maduro 24 april 2008, ECLI:EU:C:2008:245 (*ASM Brescia*), punten 50-51.

34 HvJ EG 8 september 2010, ECLI:EU:C:2010:506 (*Engelmann*), r.o. 56-57.

35 HvJ EG 17 juli 2008, ECLI:EU:C:2008:416 (*ASM Brescia*), r.o. 68.

voortdurende praktijk van vergunningverlening voor onbepaalde tijd.<sup>36</sup> De Afdeling lijkt overigens een strengere interpretatie te hanteren door te overwegen dat schaarse vergunningen die in het verleden voor onbepaalde tijd waren verleend, zijn verleend in strijd met artikel 33 Dienstenwet zoals uitgelegd in het licht van artikel 11 Dienstenrichtlijn.<sup>37</sup> De Afdeling brengt hier dus nadrukkelijk geen temporele beperking aan in de werking van de regel van vergunningverlening voor bepaalde tijd.

De nationale rechtsnorm inzake de beperkte looptijd van schaarse vergunningen lijkt zich niet zonder meer uit te strekken tot historische situaties. In *Zondagavondwinkel Apeldoorn* erkent het College in elk geval dat in het verleden mogelijk geen enkele grond bestond om een schaarse vergunning aan een termijn te binden. Wel gaat een verdelingsbeleid waarbij het voordeel van een dergelijke 'historische' schaarse vergunning vervolgens voor onbepaalde tijd in stand wordt gelaten, een redelijke beleidsbepaling te buiten. Daarom moet het bedrijf dat dit voordeel geniet, zich voorbereiden op de situatie waarin het op gelijke voet met andere bedrijven naar schaarse ontheffingen moet meedingen.<sup>38</sup> Daarmee heeft de 'nieuwe' rechtsnorm inzake de looptijd van schaarse vergunningen dus indirect alsnog gevolgen voor 'historische' schaarse vergunningen.

### 3. Aantasting van de looptijd

#### 3.1 Botsing tussen gelijkheidsbeginsel en rechtszekerheidsbeginsel

Vervolg vraag is hoe moet worden omgegaan met deze 'historische' schaarse vergunningen. De meest voor de hand liggende mogelijkheid betreft de omzetting van de looptijd van onbepaalde in bepaalde tijd. Een dergelijke aantasting doet recht aan het gelijkheidsbeginsel, aangezien na afloop van die bepaalde tijd de schaarse vergunning beschikbaar komt voor verdeling. Tegelijk staat die aantasting op gespannen voet met het (materiële) rechtszekerheidsbeginsel, omdat een vergunninghouder in beginsel erop moet kunnen vertrouwen dat hij van de vergunning gebruik kan maken in overeenstemming met de gestelde beperkingen en voorschriften.<sup>39</sup>

Wanneer de looptijd van een schaarse vergunning wordt gewijzigd van onbepaalde naar bepaalde tijd, heeft de aantasting het karakter van (partiële) intrekking met inachtneming van een overgangperiode, zelfs als de aantasting 'slechts' wordt gepresenteerd als een wijziging van de duur van de vergunning. Om die reden bespreken wij aantasting van de looptijd van schaarse vergunningen tegen de

achtergrond van het leerstuk van de intrekking van begunstigende beschikkingen.

#### 3.2 Veranderde omstandigheden of gewijzigde inzichten

Een eerste intrekking grond die in beeld komt voor de aantasting van de looptijd van een schaarse vergunning, betreft die van veranderde omstandigheden of gewijzigde inzichten,<sup>40</sup> bijvoorbeeld vanwege nieuwe wetgeving, nieuwe wetenschappelijke inzichten of nieuwe jurisprudentie.<sup>41</sup> De Afdeling lijkt weinig streng ten aanzien van het aannemen van een gewijzigd inzicht als gevolg van de rechtsontwikkeling inzake schaarse vergunningen: ook al was uit de rechtspraak reeds bekend dat een schaarse vergunning in beginsel niet voor onbepaalde tijd kan worden verleend, dan kan een voortschrijdend inzicht hierover op een later moment bij het bestuursorgaan ontstaan, zelfs als de schaarse vergunning is verleend na het ontstaan van die rechtspraak. Dit geldt in het bijzonder indien de toepasselijke intrekking grond niet vereist dat het nieuwe inzicht moet zijn gebaseerd op *nieuwe* feiten of omstandigheden.<sup>42</sup>

Een dergelijke ruime interpretatie van 'gewijzigd inzicht' is doorgaans echter niet voldoende voor het activeren van de veelvuldig voorkomende intrekking grond dat veranderde omstandigheden of gewijzigde inzichten intrekking noodzakelijk maken in verband met het belang ter bescherming waarvan de vergunning is vereist.<sup>43</sup> Volgens het College is daarvoor een relatie vereist tussen enerzijds de veranderde omstandigheden of gewijzigde inzichten die wijziging van een ontheffing noodzakelijk maken en anderzijds de belangen ter bescherming waarvan de ontheffing is verleend. Zo werd het bevorderen van eerlijke concurrentieverhoudingen in het kader van de Winkeltijdenwet niet als een zodanig belang beschouwd.<sup>44</sup> In *Rederij Lovers* overweegt de Afdeling daarentegen dat het belang dat ten grondslag ligt aan het vergunningstelsel voor rondvaartexploitatie, namelijk een optimaal nautisch gebruik van het binnenwater van Amsterdam, de wijziging van de looptijd van deze schaarse vergunning rechtvaardigt en dat geen mededingingsrechtelijk belang aan de wijziging ten grondslag is gelegd.<sup>45</sup>

Bij de belangenafweging waartoe deze intrekking grond doorgaans aanleiding geeft, staat vervolgens centraal of het – aan het vergunningstelsel gerelateerde – belang dat wordt

36 Hvj EU 1 oktober 2015, ECLI:EU:C:2015:641, AB 2015/437, m.nt. A. Drahmman (*Trijber en Harmsen*), r.o. 66.

37 ABRvS 7 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1520, AB 2017/249, m.nt. C.J. Wolswinkel, *Gst.* 2017/160, m.nt. M. Dankbaar (*rondvaart Amsterdam*).

38 Cbb 5 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:1, AB 2013/293, m.nt. C.J. Wolswinkel (*zondagavondwinkel Apeldoorn*); Cbb 25 februari 2015, ECLI:NL:CBB:2015:55, AB 2015/307, m.nt. C.J. Wolswinkel (*zondagavondwinkel Zwolle*). Zie ook Rb. Amsterdam 5 augustus 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4960, r.o. 16.3.

39 Vgl. B. de Kam, *De intrekking van beschikkingen, mede in Europees en rechtsvergelijkend perspectief*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 128.

40 Onder omstandigheden kan hier sprake zijn van een geïmpliceerde intrekking grond: Zie W. den Ouden, 'De intrekking van begunstigende beschikkingen door bestuursorganen. Eens gegeven blijft gegeven?', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom juridisch 2010, p. 710; De Kam 2016, p. 22.

41 W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema, 'Schadevergoeding bij de intrekking van begunstigende beschikkingen', *O&A* 2010/78, p. 154; De Kam 2016, p. 55; Zie over de relatie tussen veranderde omstandigheden en gewijzigde inzichten onder meer ABRvS 28 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2523 (*uitwegvergunning Lidl*), r.o. 2.2.

42 ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2892, AB 2019/496, m.nt. C.J. Wolswinkel, *Gst.* 2020/18, m.nt. A. Drahmman (*Rederij Lovers*).

43 Zie ook Den Ouden 2010, p. 710.

44 Cbb 17 juli 2013, ECLI:NL:CBB:2013:78, AB 2013/296, m.nt. C.J. Wolswinkel (*zondagavondwinkel Nieuwegein*).

45 ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2892, AB 2019/496, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Rederij Lovers*). Zie in dezelfde zin reeds Rb. Amsterdam 5 augustus 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4989, r.o. 16.4.



gediend met aantasting van de vergunning vanwege de gewijzigde situatie zwaarder moet wegen dan het belang van de vergunninghouder bij het in stand houden van de vergunning.<sup>46</sup> In het algemeen geldt hierbij dat 'zwaarwegende redenen' moeten bestaan voor intrekking, aangezien het besluit tot vergunningverlening destijds niet onrechtmatig is geweest.<sup>47</sup> Daarnaast is onder meer van belang wanneer en voor welke duur verlening van de vergunning heeft plaatsgevonden.<sup>48</sup> Bij de aantasting van schaarse vergunningen lijkt het gewicht dat aan het rechtszekerheidsbeginsel wordt toegekend, echter te worden beperkt ten gunste van de rechtsgelijkheid. Zo volstaat de Afdeling in *Rederij Lovers* met de overweging dat het bestuursorgaan in zijn afweging niet van 'overwegende betekenis' heeft hoeven te achten dat de vergunninghouder in ieder geval reeds vanaf 1983 een ligplaats inneemt in het betrokken gebied. Omdat de Afdeling niet uitlegt waarom het rechtszekerheidsbeginsel zich niet tegen inkorting van de looptijd verzet, kan hieruit worden afgeleid dat aantasting van de looptijd van een schaarse vergunning in beginsel mogelijk is, tenzij zwaarwegende redenen zich daartegen verzetten.<sup>49</sup> Die 'beginselplicht' tot aantasting kan nog verder worden versterkt in situaties waarin een concurrent verzoekt om intrekking van een schaarse vergunning wegens veranderde omstandigheden, bijvoorbeeld omdat inmiddels blijkt dat de belangstelling voor de betreffende vergunning het aantal voor verlening beschikbare vergunningen overtreft. In dat geval ontkomt het bestuur er niet aan om een situatie te creëren waarbij concurrenten op gelijke voet kunnen meedingen naar een schaarse vergunning.

Uitgangspunt bij aantasting op basis van een gewijzigde situatie is dat deze *ex nunc* plaatsvindt, zodat van de vergunning alleen de toekomstige rechtsgevolgen worden ontnomen.<sup>50</sup> In aanvulling hierop kan juist bij schaarse vergunningen uit een oogpunt van rechtszekerheid de noodzaak bestaan om – tenzij financiële genoegdoening (compensatie) wordt verstrekt<sup>51</sup> – een redelijke, mogelijk langdurige overgangstermijn in acht te nemen, waarbij rekening wordt gehouden met de afschrijvingen van investeringen door de vergunninghouder.<sup>52</sup> Bij meerdere vergunninghouders kan een dergelijke overgangstermijn eventueel een uniform karakter hebben waarbij de looptijd van de verschillende vergunningen gelijktijdig afloopt, in het bijzonder wanneer deze termijn niet bedoeld is als volledige compensatie voor

vergunninghouders, maar enkel om de vergunninghouders de mogelijkheid te bieden zich in te stellen op de nieuwe situatie waarin zij op gelijke voet met concurrenten kunnen meedingen naar schaarse vergunningen.<sup>53</sup> Wel kan dan de noodzaak bestaan om van dit beleid af te wijken (of aanvullende financiële compensatie te verstrekken) wanneer in een individueel geval blijkt dat een vergunninghouder onevenredig wordt benadeeld door toepassing van het beleid.<sup>54</sup>

### 3.3 Een onjuist besluit

Aantasting vanwege gewijzigde inzichten blijkt bij schaarse vergunningen niet altijd goed mogelijk wanneer een duidelijk verband ontbreekt met het belang dat het vergunningstelsel beoogt te dienen. In dat geval komt een andere intrekkinggrond in beeld, namelijk intrekking vanwege een onjuist genomen besluit,<sup>55</sup> in het bijzonder vanwege het onjuist toepassen van nationaal of Unierecht.<sup>56</sup> Vanaf een bepaald moment is verlening van schaarse vergunningen voor onbepaalde tijd onrechtmatig geweest, ongeacht of dit inzicht reeds bestond bij het bestuursorgaan. In de rechtspraak zien wij deze intrekkinggrond echter nog weinig terug.<sup>57</sup>

In het algemeen wordt geen onverkorte verplichting tot aantasting op basis van een onjuist besluit aangenomen,<sup>58</sup> aangezien het evenredigheidsbeginsel vereist dat de onjuistheid van de vergunningverlening en de daaropvolgende aantasting in een redelijke verhouding tot elkaar staan.<sup>59</sup> Bovendien kan tijdsverloop vanaf het moment van de onjuiste vergunningverlening afbreuk doen aan het belang van aantasting.<sup>60</sup> Daarnaast is van belang of de onjuistheid van de verleende vergunning kennelijk of niet-kennelijk is geweest.<sup>61</sup> Bij de kennelijke vergissing is de geadresseerde

46 Den Ouden 2010, p. 709 en 711. Zie bijvoorbeeld ABRvS 24 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ8407, r.o. 4.

47 Zie Den Ouden 2010, p. 710 en 712, met verwijzing naar artikel 4:50 Awb. Zie in deze richting ook ABRvS 28 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2523 (*uitwegvergunning Lidl*), r.o. 2.3.

48 Zie bijvoorbeeld ABRvS 18 augustus 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AQ6993, r.o. 2.4.

49 ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2892, AB 2019/496, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Rederij Lovers*). Zie hierover ook CbB 17 juli 2013, ECLI:NL:CBB:2013:78, AB 2013/296, m.nt. C.J. Wolswinkel (*zondagavondwinkelnieuwegein*).

50 De Kam 2016, p. 125.

51 Den Ouden & Tjepkema 2010, p. 158. Zie over deze samenhang bijvoorbeeld ABRvS 3 mei 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AW7335 (*kampeervergunning Gennep*); ABRvS 29 november 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ3259 (*ontheffing reclameborden A28*).

52 De Kam 2016, p. 140.

53 Zie in deze richting CbB 5 december 2012, ECLI:NL:CBB:2013:BZ2025, AB 2013/293, m.nt. C.J. Wolswinkel (*zondagavondwinkel Apeldoorn*) en Rb. Gelderland 11 februari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:808. Zie in algemene zin ook ABRvS 21 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:809, en ABRvS 16 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2188, waarin sprake was van beëindiging van vergunningverlening na een voortdurende praktijk van verlenging.

54 Rb. Amsterdam 5 augustus 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4989, r.o. 13.3 en 13.4. Zie over de noodzaak van een individuele beoordeling ook Drahmman 2020, p. 43-44.

55 Voor zover geen expliciete wettelijke bevoegdheid hiertoe bestaat, wordt in de rechtspraak onder omstandigheden een geïmpliceerde bevoegdheid aangenomen. Zie Den Ouden 2010, p. 697. Zie bijvoorbeeld CbB 29 september 2009, AB 2009/395, m.nt. Sewandono, en ABRvS 3 november 2010, JB 2011/4, m.nt. De Kam.

56 A.T. Marseille & K.J. de Graaf, 'Het intrekken en wijzigen van onjuiste besluiten: niet alles in één keer goed', in: M. Herweijer, A.T. Marseille, F.M. Noordam, & H.B. Winter (red.), *Alles in één keer goed*, Deventer: Kluwer 2005, p. 306; Den Ouden 2010, p. 696; De Kam 2016, p. 43.

57 Enigszins in de buurt komt ABRvS 23 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:3081, AB 2021/55, m.nt. C.J. Wolswinkel (*De Rederij*). Deze uitspraak ziet echter niet op de intrekking van een schaarse vergunning, maar op de verlening van een schaarse vergunning voor bepaalde tijd. Zie ook Rb. Amsterdam 4 februari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:370, r.o. 4.3.

58 Marseille & De Graaf 2005, p. 313; Den Ouden 2010, p. 711.

59 De Kam 2016, p. 43.

60 Den Ouden 2010, p. 702-703.

61 De Kam 2016, p. 46; Den Ouden & Tjepkema 2010, p. 155; Zie hierover bijvoorbeeld CbB 9 mei 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AX1645; ABRvS 30 december 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK7970, AB 2010/55, m.nt. W. den Ouden (*Reorganisatiekosten*).

ervan op de hoogte dat de vergunning ten onrechte is verleend.<sup>62</sup> Bij de niet-kennelijke vergissing wist de vergunninghouder daarentegen niet of hoefde hij niet te weten dat zijn vergunning ten onrechte is verleend. Uit de nationale rechtspraak blijkt bijvoorbeeld dat strijd met een wettelijke regeling niet zonder meer impliceert dat die strijd voor de vergunninghouder kenbaar is geweest.<sup>63</sup> Ook de omstandigheid dat het bestuursorgaan zelf jarenlang een onjuiste interpretatie van het geldende recht heeft gehanteerd, kan bijdragen aan de kwalificatie als niet-kennelijk onjuist besluit, zelfs als de vergunninghouder een professionele marktdeelnemer is.<sup>64</sup> Uitgangspunt is dat aantasting op basis van een niet-kennelijk onjuist besluit *ex nunc* plaatsvindt, zo nodig met inachtneming van een overgangstermijn of een financiële compensatie.<sup>65</sup> Bij een dergelijk niet-kennelijk onjuist besluit kan zelfs een langere overgangstermijn of een hogere compensatie aangewezen zijn dan bij een gewijzigd inzicht, omdat de vergunninghouder niet bedacht hoefde te zijn op aantasting van zijn vergunning.<sup>66</sup> Indien daarentegen sprake is van een kennelijk onjuist besluit ligt aantasting van de vergunning *ex tunc* meer voor de hand.<sup>67</sup> In dat geval is de vergunninghouder op de hoogte van de onjuistheid van de verkregen vergunning, waardoor een beroep op de rechtszekerheid eerder zal stranden.

Wanneer wij deze ijkpunten betrekken op schaarse vergunningen, is van belang welk ‘verdelingsrecht’ van toepassing is op de betreffende vergunning. Reeds vanaf medio 2012 is de verlening van schaarse vergunningen voor onbepaalde tijd in strijd met nationaal recht vanwege de jurisprudentie hierover van het College. Vanaf eind 2016 (*speelautomatenhal Vlaardingen*) zou deze onjuistheid ook ‘kennelijk’ moeten zijn voor de vergunninghouder, omdat de Afdeling toen een algemene richtinggevende uitspraak hierover heeft gedaan die betrekking heeft op schaarse vergunningen in het algemeen. Vanaf dat moment zou de intrekking dus zelfs *ex tunc* kunnen plaatsvinden. Strijd met het Unierecht gaat zelfs verder terug. Voor zover de Dienstenrichtlijn van toepassing is, kan strijd met het recht eigenlijk al worden aangenomen sinds de aanvang van de implementatietermijn (eind 2006), maar is die in elk geval vanaf het verstrijken hiervan (eind 2009) kenbaar voor vergunninghouders. Bij deze kennelijkheid kan ook een rol spelen of de vergunning natuurlijk of beleidsmatig schaars is, aangezien het Hof eerst in 2015 in *Trijber en Harmsen* heeft bevestigd dat beleidsmatig schaarse vergunningen voor bepaalde tijd *moeten* worden verleend. Voor zover een schaarse vergunning valt onder het bereik van het primaire

Unierecht (artikel 49 en 56 VWEU), bijvoorbeeld omdat die voor 2006 is verleend, geldt dat strijd met het Unierecht eigenlijk altijd heeft bestaan, maar dat eerst vanaf 2010 met de arresten *Sporting Exchange* en *Helmut Müller* deze strijd kenbaar had moeten zijn voor de vergunninghouder, zodat vanaf dat moment minder gewicht toekomt aan het belang van rechtszekerheid aan de zijde van de vergunninghouder. Tegelijk is niet uitgesloten dat het Unierecht ten aanzien van professionele marktpartijen strenger is<sup>68</sup> en dus bij economische activiteiten die vallen onder het bereik van de Dienstenrichtlijn of het primaire Unierecht, eerder aanneemt dat de onjuistheid van de vergunningverlening voor de vergunninghouder al in een eerder stadium kenbaar had kunnen of moeten zijn.

Specifiek in verband met strijd met het Unierecht is tot slot van belang dat wanneer het Unierecht niets regelt over de vraag hoe moet worden omgegaan met de situatie waarin het bestuur heeft gehandeld in strijd met het Unierecht, op basis van het beginsel van procedurele autonomie het nationale recht als uitgangspunt moet worden genomen.<sup>69</sup> In dit verband is verder van belang dat slechts in bijzondere omstandigheden een *verplichting* tot aantasting van een onjuist besluit in strijd met het Unierecht wordt aangenomen.<sup>70</sup> Wel kan uiteraard in de belangenafweging waartoe de intrekking grond van strijd met het recht aanleiding geeft, het beginsel van Unietrouw van invloed zijn op het gewicht dat aan de verschillende belangen, waaronder dat van concurrenten, wordt toegekend.<sup>71</sup> Dat betekent concreet dat ten opzichte van het nationale verdelingsrecht eerder aanleiding kan bestaan om de looptijd van een schaarse vergunning aan te tasten die in strijd met het Unierecht voor onbepaalde tijd is verleend.

#### 4. Alternatieven voor intrekking van ‘historische’ schaarse vergunningen

##### 4.1 Ongemoeid laten van ‘historische’ schaarse vergunningen

De belangenafweging waartoe een intrekkingbevoegdheid aanleiding geeft, zou er ook toe kunnen leiden dat de (onbepaalde) looptijd van schaarse vergunningen niet wordt aangetast. Vanuit het perspectief van het gelijkheidsbeginsel lijkt dit een onbegaanbare weg, maar toch is dit alternatief niet op voorhand uitgesloten. Toetsingsmaatstaf is namelijk uiteindelijk of zittende partijen en nieuwkomers in de toekomst op gelijke voet kunnen meedingen naar (schaarse) vergunningen.

Allereerst bestaat ruimte voor het onaangetast laten van ‘historische’ schaarse vergunningen indien ook nieuwe schaarse vergunningen niet voor bepaalde tijd hoeven te

62 Den Ouden & Tjepkema 2010, p. 155.

63 Cbb 8 mei 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD2204, AB 2008/273, m.nt. I.C. van der Vlies; ABRvS 30 december 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK7970, AB 2010/55, m.nt. W. den Ouden.

64 Cbb 27 juni 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD5867, AB 2008/282, m.nt. R. Ortlep (*De Groene Vlieg I*).

65 Den Ouden 2010, p. 700-701.

66 Den Ouden & Tjepkema 2010, p. 152 e.v. Zie ook Cbb 27 juni 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD5867, AB 2008/282, m.nt. R. Ortlep (*De Groene Vlieg I*), en Cbb 14 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ1933, AB 2011/268, m.nt. W. den Ouden en M.K.G. Tjepkema (*De Groene Vlieg II*).

67 Den Ouden 2010, p. 700.

68 Zie reeds Den Ouden & Tjepkema 2010, p. 156.

69 Zie bijvoorbeeld ABRvS 10 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL6990, AB 2011/68, m.nt. J.E. van den Brink (SAN); Cbb 27 juni 2008,

ECLI:NL:CBB:2008:BD5867, AB 2008/282, m.nt. R. Ortlep (*De Groene Vlieg I*).

70 HvJ EU 13 januari 2004, ECLI:EU:C:2004:17 (*Kühne & Heitz*), r.o. 28.

71 Zie reeds Den Ouden 2010, p. 705-706. Zie ook ABRvS 7 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1520, AB 2017/249, m.nt. C.J. Wolswinkel, Gst. 2017/160, m.nt. M. Dankbaar (*rondvaart Amsterdam*), r.o. 9.

worden verleend. De Afdeling heeft immers overwogen dat, wanneer een schaarse vergunning betrekking heeft op een niet-economische activiteit, juist het rechtszekerheidsbeginsel kan rechtvaardigen dat een dergelijke vergunning voor onbepaalde tijd wordt verleend. Ook schaarse vergunningen voor aflopende activiteiten lenen zich niet altijd voor vergunningverlening voor bepaalde tijd.<sup>72</sup> In die gevallen kan evenmin een verplichting (of zelfs een bevoegdheid) worden aangenomen tot aantasting van de onbepaalde duur van schaarse vergunningen uit het verleden.<sup>73</sup>

Zelfs wanneer nieuwe schaarse vergunningen wel voor bepaalde tijd moeten worden verleend, zou het onaangetast laten van 'historische' schaarse vergunningen een reële mogelijkheid kunnen zijn, indien voldoende doorstroming bij het verkrijgen van schaarse vergunningen bestaat.<sup>74</sup> Dat kan uiteraard aan de orde zijn bij aflopende activiteiten, maar ook 'duurvergunningen' kunnen een natuurlijke doorstroming kennen, bijvoorbeeld omdat vergunninghouders regelmatig niet langer voldoen aan de vergunningvoorschriften.<sup>75</sup> Wanneer schaarse vergunningen regelmatig beschikbaar komen voor herverdeling, dan kunnen nieuwkomers alsnog de markt betreden. Het bieden van gelijke kansen kan in dat geval worden gerealiseerd zonder dat de looptijd van de schaarse vergunning wordt aangetast.

Ook onder het Unierecht lijkt een dergelijke uitkomst niet op voorhand uitgesloten. Zo overwoog het Hof in *Tögel* dat een verzoek van een belanghebbende om in te grijpen in bestaande rechtsbetrekkingen die voor onbepaalde tijd zijn aangegaan, niet hoeft te worden opgevolgd op het moment dat de betrekkingen tot stand zijn gekomen vóór het verstrijken van de implementatietermijn van de richtlijn.<sup>76</sup> Uit dit arrest volgt echter niet dat het *primaire* Unierecht (artikel 49 en 56 VWEU) niet zou kunnen verplichten tot een dergelijke aantasting. Ook in latere jurisprudentie laat het Hof soms in het midden of het rechtszekerheidsbeginsel toestaat of zelfs ertoe verplicht om de gevolgen in stand te laten van een overeenkomst die zonder enige vorm van transparantie is gesloten.<sup>77</sup> Kenmerkend voor die arresten is dat het Hof volstaat met toepassing van het leerstuk van de wezenlijke wijziging, op grond waarvan 'wezenlijke' wijzigingen van reeds verleende schaarse vergunningen niet zijn toegestaan.<sup>78</sup> Een wezenlijke wijziging komt namelijk feitelijk neer op de verlening van een nieuwe schaarse vergunning, die is onderworpen aan de inmiddels

uitgekristalliseerde normen rond de verdeling van schaarse vergunningen, waaronder de beperkte looptijd.<sup>79</sup> Door toepassing van dit leerstuk kunnen schaarse vergunningen die in het verleden voor onbepaalde tijd zijn verleend, niet zomaar tussentijds worden gewijzigd, bijvoorbeeld in de vorm van een uitbreiding of wijziging van de tenaamstelling van de vergunning.<sup>80</sup>

#### 4.2 Van een duurzame naar een aflopende schaarse vergunning

Hoewel het leerstuk van de 'wezenlijke wijziging' als een zwaard van Damocles boven de voor onbepaalde tijd verleende schaarse vergunningen hangt, biedt dit geen garantie dat schaarse vergunningen 'versneld' voor verdeling beschikbaar komen. Om die reden is dit leerstuk niet zonder meer een rechtvaardiging voor het onaangetast laten van 'historische' schaarse vergunningen of het afwijzen van een verzoek van een derde om aantasting van de looptijd.<sup>81</sup> In plaats daarvan zal het bestuur nadrukkelijk moeten motiveren waarom het voldoende is om te 'wachten' op een wezenlijke wijziging in plaats van aanvullende maatregelen te treffen.

Het bestuur kan het beschikbaar komen van een schaarse vergunning dichterbij brengen door een beperking of voorschrift te wijzigen anders dan de duur zelf. Voorbeelden daarvan betreffen het introduceren van het persoonsgebonden karakter van de vergunning (voor zover die zaakgebonden is) of het uitsluiten van de overdraagbaarheid daarvan.<sup>82</sup> Ook het locatiegebonden karakter van de vergunning zou in een vergunning kunnen worden vastgelegd, zodat verplaatsingen van de vergunde locatie voortaan zijn uitgesloten. Een dergelijke wijziging van de vergunning is naar onze mening geen wezenlijke wijziging die direct zou moeten leiden tot een herverdeling van de schaarse vergunning. De vergunninghouder wordt door een dergelijke wijziging immers niet bevoordeeld, maar in plaats daarvan wordt een betere naleving van het nationale recht of het Unierecht dichterbij gebracht. Feitelijk wordt met een dergelijke wijziging het 'aflopende' karakter van de vergunning verzekerd, hoewel onzeker blijft wanneer de vergunning exact zal aflopen. Wanneer hierdoor nog steeds te weinig is gewaarborgd dat nieuwkomers op termijn op gelijke voet kunnen meedingen naar schaarse vergunningen, is dit echter geen reëel alternatief voor aantasting van de looptijd van een schaarse vergunning.

72 Zie expliciet artikel 33 lid 4 aanhef en onder a Dienstenwet, waarover *Kamerstukken II 2007/08*, 31579, nr. 3, p. 112.

73 ABRvS 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:994, AB 2017/300, m.nt. C.J. Wolswinkel (*standplaatsvergunning Doorn*), r.o. 5.4.

74 Zie ook Wolswinkel 2018, p. 296, en Drahmman 2020, p. 52.

75 Een voorbeeld is de schaarse parkeervergunning die vervalt zodra de vergunninghouder verhuist.

76 HvJ EG 24 september 1998, ECLI:EU:C:1998:432 (*Tögel*), r.o. 54. Zie hierover ook Wolswinkel 2018, p. 295-296.

77 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 14 november 2013, ECLI:EU:C:2013:736 (*Belgacom*), r.o. 40 ('voor zover dit beginsel dit gebiedt').

78 Zie HvJ EU 19 juni 2008, ECLI:EU:C:2008:351 (*Pressetext Nachrichtenagentur*), r.o. 34, met verwijzing naar HvJ EG 5 oktober 2000, ECLI:EU:C:2000:543 (*Commissie/Frankrijk*), r.o. 44. Zie ook HvJ EU 14 november 2013, ECLI:EU:C:2013:736 (*Belgacom*) over een uitbreiding van de overeenkomst.

79 Zie ten aanzien van concessies HvJ EU 13 april 2010, ECLI:EU:C:2010:182 (*Wall*), r.o. 38.

80 ABRvS 13 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:771 (*Lotto*), r.o. 5.1 e.v. Zie ook ABRvS 27 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2611, AB 2017/389, m.nt. C.J. Wolswinkel (*speelautomatenhal Helmond*), r.o. 7.1.

81 Zie anders Drahmman 2020, p. 53.

82 Zie over de overgang van schaarse rechten A.R. Neerhof, 'Overgang van schaarse publieke rechten', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden, & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011; p. 325-326.

### 4.3 *Uitbreiding of opheffing van het vergunningenplafond*

Tot slot is van belang dat de hoofdregel van een beperkte looptijd uitsluitend betrekking heeft op schaarse vergunningen. Niet-schaarse vergunningen mogen immers – als hoofdregel – *niet* voor bepaalde tijd worden verleend.<sup>83</sup> Strijd met de rechtsnorm dat schaarse vergunningen voor bepaalde tijd moeten worden verleend, kan dus ook worden opgeheven door het schaarse karakter van de vergunning weg te nemen.<sup>84</sup> Deze mogelijkheid van opheffing van het vergunningenplafond bestaat met name bij beleidsmatig schaarse vergunningen, waarbij de noodzaak van een plafond niet zonder meer bestaat. Wanneer het plafond niet langer wordt gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang of dit belang inmiddels met minder ingrijpende maatregelen kan worden geborgd, vormt het plafond een ongeoorloofde belemmering van de vrijheid van dienstverlening. Wanneer het vergunningenplafond niet langer is gerechtvaardigd, zullen nieuwe vergunningen in beginsel voor onbepaalde tijd moeten worden verleend en ontstaat vanzelf een gelijk speelveld tussen zittende partijen en nieuwkomers. Omdat de duur van de vergunning hier de rechtvaardiging van het plafond volgt, lijkt het evenwel vreemd als enkel vanwege nieuwe jurisprudentie over de *looptijd* van schaarse vergunningen, de dwingende reden komt te vervallen die ten grondslag ligt aan het *plafond*.

Anders dan opheffing is uitbreiding van het vergunningenplafond geen geschikte oplossing om strijd met het nationale recht of het Unierecht weg te nemen.<sup>85</sup> Het resultaat van verlening van extra schaarse vergunningen is namelijk dat zowel marktpartijen met een vergunning voor onbepaalde tijd als marktpartijen met een vergunning voor bepaalde tijd actief zijn op dezelfde markt. De voorsprong die de zittende partijen daardoor hebben, onder meer ten aanzien van de beschikbare terugverdientijd voor investeringen, blijft in die situatie in stand, zodat geen sprake is van een situatie waarin alle marktpartijen op termijn *op gelijke voet* kunnen meedingen naar schaarse vergunningen.<sup>86</sup> In plaats daarvan blijft een ongelijke behandeling van dienstverrichters juist in stand.<sup>87</sup>

## 5. Slot

Voor de omgang met schaarse vergunningen die in het verleden voor onbepaalde tijd zijn verleend, is geen eenduidige oplossing voorhanden. Wel geldt – in bewoordingen die vergelijkbaar zijn met de beginselplicht tot handhaving – dat een bestuursorgaan dat bevoegd is tot aantasting, in de regel van deze bevoegdheid gebruik zal moeten maken

behoudens bijzondere omstandigheden. Deze bijdrage laat zien dat bij die aantasting verschillende mogelijkheden denkbaar zijn, variërend van aantasting van de looptijd zelf tot alternatieven om een gelijk speelveld dichterbij te brengen. Daarbij heeft wat ons betreft de aantastingsgrond van een onjuist besluit inhoudelijk betere papieren dan die van een gewijzigd inzicht, omdat verlening van schaarse vergunningen voor onbepaalde tijd in strijd met het recht is gebleken, ongeacht de inzichten die hierover voorheen bestonden. Een dergelijk onjuist besluit had in elk geval vanaf 2016 (nationaal recht), 2010 (primaire Unierecht) en 2009 (Dienstenrichtlijn) kenbaar kunnen zijn voor de vergunninghouder, maar ook schaarse vergunningen die eerder voor onbepaalde tijd zijn verleend, kunnen niet oneindig blijven voortbestaan.

Steeds opnieuw zal een balans moeten worden gevonden tussen de rechtszekerheid van de vergunninghouder, rechtsgelijkheid tussen concurrenten en het belang dat ten grondslag ligt aan het vergunningstelsel. De stip op de horizon moet steeds zijn dat nieuwkomers niet alleen kunnen meedingen naar schaarse vergunningen, maar dat ook op gelijke voet met zittende vergunninghouders kunnen doen. Als gevolg van deze beginselplicht tot aantasting van ‘historische’ schaarse vergunningen lijkt het relatieve gewicht dat aan rechtsgelijkheid ten opzichte van rechtszekerheid wordt toegekend bij de noodzaak tot aantasting van schaarse vergunningen groter dan gebruikelijk is bij de intrekking van begunstigende beschikkingen. Dit betekent niet dat dit (voornamelijk nationaal gekleurde) leerstuk niet in staat zou zijn om zich te plooiën naar de specifieke eisen die gelden bij de verdeling van schaarse vergunningen: juist waar de relevante intrekkingsgronden doorgaans zijn vormgegeven als discretionaire bevoegdheden, kunnen de specifieke aard van schaarse vergunningen en de eventuele toepasselijkheid van Unierecht worden meegenomen in de belangenafweging. Wel is wat ons betreft een juist gebruik van de toepasselijke intrekkingsgronden aangewezen: waar bij de verdeling van schaarse vergunningen wordt gehecht aan transparantie van de besluitvorming, zal ook bij de intrekking van schaarse vergunningen duidelijk moeten worden gemaakt waarom een bepaalde intrekkingsgrond aantasting van de onbepaalde looptijd van een schaarse vergunning rechtvaardigt en, voor zover die grond niet aanwezig is, alsnog expliciet moeten worden voorzien in een dergelijke intrekkingsgrond.

83 Zie voor een uitzondering hierop ABRvS 6 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:9, r.o. 5.

84 Zie voor deze situatie ABRvS 10 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:522.

85 Zie voor deze ‘uitweg’ HvJ EU 6 maart 2007, ECLI:EU:C:2007:133 (*Placanica e.a.*), r.o. 63.

86 CbB 5 december 2012, ECLI:NL:CBB:2013:BZ2025, AB 2013/293, m.nt. C.J. Wolswinkel (*zondagavondwinkel Apeldoorn*).

87 Wolswinkel 2018, p. 296.