

Notitie

Aan : De Vereniging van Nederlandse Gemeenten
Van : Mr. dr. C.N. van der Sluis, namens de VAN Kansspelen brancheorganisatie
Betreft : VAN Kansspelen / Advies schaarse vergunningen
Datum notitie : 5 december 2017

Inleiding

Ten behoeve van haar standpuntbepaling ten aanzien van schaarse rechten heeft de Vereniging van Nederlandse Gemeenten ("VNG") de VAN Kansspelen brancheorganisatie ("VAN") in de gelegenheid gesteld haar standpunt toe te lichten met een presentatie tijdens de bijeenkomst van de Adviescommissie Gemeenterecht op 7 december 2017. Deze notitie vormt de juridische onderbouwing van die presentatie.

De VAN brengt daarbij het navolgende naar voren:

- A. Er is geen eigenstandige noodzaak tot wijziging van de situatie bij reeds verleende exploitatievergunningen ("vergunningen") voor (on)bepaalde tijd door het initiëren van een wijziging van regelgeving¹ of gemeentelijk beleid. Dit te meer indien blijkt dat geen sprake is van schaarste;
- B. Indien – wegens omstandigheden – het wijzigen van regelgeving of gemeentelijk beleid is aangewezen, is een overgangsregeling noodzakelijk;
- C. De looptijd van vergunningen moet worden bepaald op 15 jaar;
- D. De nieuwe situatie noopt tot een andere invulling van het wettelijk kader (en daarmee de modelverordening van de VNG) (mogelijkheid tot verlengen, wijzigen van ondernemer en verplaatsing);
- E. De verdeling van een of meerdere exploitatievergunningen vindt bij voorkeur plaats via een vergelijkende toets.

Deze onderwerpen c.q. conclusies worden hieronder nader uitgewerkt, soms met een mogelijke bepaling voor de regelgeving. Uitgangspunt vormt de stand van de jurisprudentie, in het bijzonder maar niet uitsluitend hetgeen is bepaald naar aanleiding van de casus Vlaardingen (die bekend wordt verondersteld).² Steeds wordt afgesloten met een tussenconclusie. Aan het einde van deze notitie wordt elk van de tussenconclusies samengevoegd, zodat met een algehele conclusie wordt afgesloten.

¹ Als bedoeld in artikel 30c van de Wet op de Kansspelen ("Wok"). Er zijn gemeenten die werken met bepalingen in de Algemene Plaatselijke Verordening ("APV"), anderen werken met een specifieke verordening voor de exploitatie van speelautomatenhallen.

² ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, AB 2016/426; BR 2017/5; Gst. 2017/57; BR 2017/23; JB 2017/1; JIN 2017/43; JG 2016/64; JOM 2016/1137; BA 2016/295; ModuleAanbesteding 2016/575.

A. Geen noodzaak tot verandering van reeds verleende vergunningen

1. Hoewel de ontwikkelingen sinds 'Vlaardingen' onmiskenbaar van invloed zijn op de wijze waarop wordt gekeken naar de verdeling van vergunningen waar de leden van de VAN mee van doen hebben, wenst de VAN op te merken dat terughoudendheid in het overgaan tot actie gepast is. Het consulteren van de Adviescommissie Gemeenterecht laat zien dat de VNG terughoudend is. In positieve zin overigens, door weloverwogen – onder andere door consultatie van marktpartijen – tot gedachtenvorming over te gaan.
2. Voornoemde terughoudendheid past ook in dit verband gelet op de betrokken belangen. Te denken valt aan belangen als rust in de (gemeentelijke) samenleving (zoals de direct fysieke leefomgeving rondom de speelautomatenhallen), voorkomen van onnodige administratieve lasten en de ondernemersbelangen.
3. Het voorgaande leidt er dan ook toe dat de VAN hierna eerst wil benadrukken dat 'Vlaardingen' en wat daarop volgde niet vanzelf een aanleiding hoeft te vormen voor grootse wijzigingen van regelgeving of beleid. Enerzijds kan dit zijn gelegen in het feit dat in specifieke gemeenten geen sprake is van schaarste. Anderzijds kan het zo zijn dat zich anderszins geen omstandigheden voordoen waardoor toepassing moet worden gegeven aan het gelijkheidsbeginsel.

Is er schaarste?

4. Alvorens gesteld kan worden dat aan de eisen omtrent het verdelen van schaarse vergunningen³ moet worden voldaan, dringt de vraag zich op of in een voorkomend geval wel sprake is van schaarste. Is (nog) geen sprake van schaarste, dan bestaat geen aanleiding en noodzaak om gevolg te geven aan toepassing van het gelijkheidsbeginsel⁴.
5. Dat betekent ook dat de daarop gebaseerde rechtsnorm niet aan de orde is. Voor de duidelijkheid, dit betreft de norm die ertoe strekt dat het bestuur, ook als in de toepasselijke regelgeving daarover geen regels zijn opgenomen, bij de verlening van schaarse vergunningen aan (potentiële) gegadigden op enigerlei wijze reële ruimte moet bieden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen.⁵

³ Zie met name de conclusie van staatsraad A-G Widdershoven: ABRvS 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421 ("Conclusie Widdershoven 2016"), JOM 2016/527; JAAN 2016/137.

⁴ Vgl. ABRvS 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:994, AB 2017/300, JOM 2017/396 r.o. 5.4.

⁵ Conclusie Widdershoven 2016, r.o. 2.3 en 3.12 en ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, r.o. 8.

6. Om te bepalen of gesproken kan worden van schaarse vergunningen, is van belang om vast te stellen wat nu (precies) onder schaarste verstaan dient te worden. In de literatuur wordt de volgende algemene definitie gebruikt:

“als de som van de omvang van de aanvragen het aantal beschikbare publieke rechten overtreft.”⁶

7. Zolang het aantal aanvragen het aantal beschikbare vergunningen niet overtreft, kan geen sprake zijn van een schaarse vergunning. Het bieden van reële mededingingsruimte is dan niet nodig (en onevenredig belastend voor zowel de verdelende instantie als de aanvrager), omdat die ruimte niet benodigd is. Het verdient de voorkeur hier vooraf inzicht in te krijgen door bijvoorbeeld een marktconsultatie te verrichten.
8. Uiteraard bestaat ook de mogelijkheid de toets of sprake is van schaarste in de regeling rond de aanvraag te verdisconteren. Hiermee kan worden voorkomen dat zonder noodzaak een verdelingsprocedure moet worden doorlopen. Gedacht kan worden aan een bepaling waaruit volgt dat een aanvraag kan worden ingediend, dat de indiening bekend wordt gemaakt en dat potentieel gegadigden binnen een bepaalde termijn nog aanvragen kunnen indienen (te denken valt aan een bepaling als artikel 15 van de Mijnbouwwet).

Tussenconclusie

9. Het staat niet op voorhand vast dat in elke situatie, bij iedere gemeente, sprake zal zijn van een vergunning die schaars is. Teneinde te voorkomen dat onnodige procedures moeten worden doorlopen, acht de VAN het wenselijk vooraf te verkennen of sprake is van een schaarse vergunning of hiervoor oog te hebben in de aanvraagprocedure.

⁶ Conclusie Widdershoven 2016, r.o. 2.5 en F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel, 'Schaarse publieke rechten: naar een algemeen leerstuk', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden, C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 17 en 19. Vergelijk: J.M.J. van Rijn van Alkemade, *Effectieve rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse publieke rechten* (diss. Leiden), Leiden: Boom Juridische uitgevers 2016 ("Van Rijn van Alkemade 2016"), p. 3-4 en 96; A. Drahmman, *Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten* (diss. Leiden), Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2015 ("Drahmann 2015"), p. 34-36; C.J. Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013 ("Wolswinkel 2013"), p. 25 en F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemene bestuursrecht* (oratie Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2004 ("Van Ommeren 2004"), p. 12.

Anderszins geen wijzigingsplicht reeds verleende vergunningen voor (on)bepaalde tijd

10. Voorts is van belang op te merken dat niet uit de jurisprudentie (mede omvattend de conclusie van staatsraad A-G Widdershoven) een zelfstandige wettelijke plicht volgt, die gemeenten ertoe verplicht reeds verleende vergunningen voor (on)bepaalde tijd in te trekken of het vigerende speelautomatenbeleid te wijzigen. De noodzaak tot het toepassen van de uit de jurisprudentie volgende verplichtingen ontstaat immers pas ingeval ruimte om een vergunning te verlenen ontstaat:

*"De Afdeling deelt de conclusie van de staatsraad advocaat-generaal 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 rechtsnorm komt ook tot uitdrukking in de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: het CBB) van 3 juni 2009 (ECLI:NL:CBB:2009:BI6466, Swiss Leisure Group). In deze uitspraak heeft het CBB geoordeeld dat andere ondernemers, op het moment dat er ruimte ontstaat een vergunning te verlenen, in beginsel de mogelijkheid moet worden geboden mee te dingen naar de schaarse vergunning. Deze rechtsnorm is gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen."*⁷ [onderstreping CvdS]

11. Zolang die ruimte niet ontstaat – een vergunning voor bepaalde tijd loopt niet af of geen nieuwe partij dient zich aan indien sprake is van een vergunning voor onbepaalde tijd – bestaat geen aanleiding tot het bieden van reële mededingingsruimte.
12. Hierbij is bovendien van belang acht te slaan op het beginsel van de formele rechtskracht. Hieruit volgt dat wanneer tegen een door het bestuur (al dan niet) onrechtmatig genomen besluit geen rechtsmiddelen zijn aangewend, dat besluit als voor rechtmatig wordt gehouden door zowel de burgerlijke rechter als de bestuursrechter. Dit is niet anders indien het instellen van rechtsmiddelen had kunnen leiden tot aantasting van dat besluit.⁸
13. In aanvulling hierop zij derhalve opgemerkt dat het zich melden van een nieuwe potentiële aanvrager na een (net) doorlopen verleningsprocedure van een vergunning voor bepaalde tijd geen consequenties kan hebben voor de verleende vergunning. Dit is ten eerste anders indien diegene zich meldt gedurende de bezwaartermijn van de verleende vergunning. Ten tweede kan het feit dat op enigerlei wijze een gebrek kleeft aan de vergunningverlening (afgegeven voor onbepaalde tijd, gebrek aan transparantie etc.) een procedure over de afwijzing van de latere aanvraag – zo mogelijk via exceptieve toetsing – niet bij voorbaat kansloos worden geacht.

⁷ ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, r.o. 8.

⁸ Zie over formele rechtskracht en de uitzonderingen daar op bijv. R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 1397-1422.

14. Is evenwel een duidelijk gecommuniceerd aanvraagtijdvak verstreken (heeft de gemeente de eisen van transparantie voldoende betracht) en heeft dit geleid tot een vergunning voor bepaalde tijd, dan vist deze nieuwe partij vanzelfsprekend achter het net. Bijzondere omstandigheden zullen dan moeten worden aangedragen om op enigerlei wijze succesvol te kunnen opkomen tegen de uiteindelijk verleende vergunning(en).

Nieuwe situatie(s)

15. Het voorgaande is uiteraard anders wanneer zich een (nieuwe) situatie voordoet, waarin bovendien het aantal aanvragen het aantal beschikbare publieke rechten overtreft.
16. De volgende (nieuwe) situaties kunnen zich voordoen:
 - i. een exploitant die een vergunning heeft, besluit de exploitatie te staken en geeft de vergunning voor bepaalde tijd terug aan de gemeente;
 - ii. de gemeente besluit de voor (on)bepaalde tijd verleende vergunning in te trekken wegens overtredingen van de Wok;
 - iii. de looptijd van verleende vergunning(en) loopt af en er dienen zich (nieuwe) potentiële gegadigden aan.
17. In elk van deze gevallen ontstaat ruimte om een vergunning te verlenen, waardoor de gemeente (nieuwe) potentiële gegadigden de mogelijkheid moet bieden mee te kunnen dingen naar de schaarse vergunning. Daarbij dient wel, op grond van het rechtszekerheidsbeginsel, rekening te worden gehouden met de belangen van de zittende ondernemers door het bieden van een gedegen overgangsrechtelijke bescherming, waarover meer onder onderdeel B.
18. Die ruimte kan worden geboden door het aanpassen van regelgeving of gemeentelijk beleid met inachtneming van hetgeen voortvloeit uit het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel. Hierover meer onder B.

Tussenconclusie

19. Op grond van het voorgaande bestaat er geen op zichzelf staande noodzaak voor gemeenten om regelgeving of gemeentelijk beleid aan te passen. Dat is (mogelijk) pas aan de orde indien sprake is van veranderende omstandigheden (en schaarste). Die veranderende omstandigheden kunnen bestaan uit het aflopen van een (tijdelijke) vergunning of het anderszins van toepassing zijn van een van de intrekingsgronden uit de vigerende verordening. Daarbij dient wel rekening te worden gehouden met de belangen van de zittende ondernemers door het bieden van een gedegen overgangsrechtelijke bescherming.

B. Wijziging regelgeving of gemeentelijk beleid en overgangsrecht

20. Indien aanleiding bestaat om regelgeving of gemeentelijk beleid te wijzigen, dan moet hierbij reële mededingingsruimte worden geboden. Potentiële gegadigden dienen dan immers te kunnen mededingen naar de beschikbare vergunning(en).
21. De VAN wijst erop dat niet alleen rekening gehouden dient te worden met (nieuwe) potentiële aanvragers, maar dat er ook oog dient te zijn voor de belangen van de zittende exploitant(en). Ten aanzien van hen is immers expliciet (door afgeven vergunningen van onbepaalde tijd) of impliciet (door de werkwijze van het vanzelf verlengen van vergunningen voor bepaalde tijd) het vertrouwen gewekt dat zij kunnen exploiteren zonder specifieke einddatum. Zowel het vertrouwensbeginsel als het rechtzekerheidsbeginsel staan aan het onverkort stopzetten van de relatie in de weg.
22. Bovendien hebben de zittende exploitant(en) investeringen gepleegd en zijn zij verplichtingen aangegaan. Ook gelet daarop dient een redelijke overgangsregeling in het leven te worden geroepen.
23. Een en ander vindt ook zijn grondslag in jurisprudentie van de Hoge Raad⁹ en het College van Beroep voor het bedrijfsleven¹⁰ ("CBb"). Het CBb verwoordt het aldus:

*"Het College ziet in dat het feit, dat aan dit bedrijf een ontheffing verleend is zonder dat er op dat moment enige grond bestond die ontheffing aan een termijn te binden, een dergelijk bedrijf een bijzondere positie geeft, maar dat neemt niet weg, dat een verdelingsbeleid waarbij dit voordeel voor onbepaalde tijd in stand gelaten wordt, de grenzen van een redelijke beleidsbepaling te buiten gaat. Om recht te doen aan een dergelijke bijzondere positie zal het in een geval als hier aan de orde over het algemeen geboden zijn een, mogelijk zelfs langdurige, overgangsregeling in het leven te roepen, zodat het bedrijf zich kan voorbereiden op de situatie waarin het op gelijke voet met de andere bedrijven naar de schaarse ontheffingen moet dingen."*¹¹

24. Overgangsrecht ligt in de rede. De criteria voor het opnemen van een overgangsregeling zijn gebaseerd op enerzijds het over voldoende tijd kunnen beschikken om de noodzakelijke investeringen terug te kunnen verdienen en anderzijds het zich kunnen voorbereiden op de situatie waarin het op gelijke voet met andere potentiële gegadigden mededinging mogelijk wordt. Hierbij zij opgemerkt dat deze specifieke branche zich kenmerkt door hoge investeringen en noodzakelijke langdurige verplichtingen.

⁹ Bijv. HR 21 oktober 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1497, *Gst.* 1995-7002/7; *NJ* 1996/231; *RvdW* 1994/213. Zie ook: HR 21 oktober 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1497 (concl. A-G Bloembergen), *NJ* 1996/231, r.o. 2.3.

¹⁰ Bijv. CBb 5 december 2012, ECLI:NL:CBB:2013:BZ2025, *AB* 2013/293 en CBb 17 juli 2013, ECLI:NL:CBB:2013:78, *AB* 2013/294; *NJB* 2013/2031 en CBb 25 februari 2015, ECLI:NL:CBB:2015:55, *AB* 2015/307.

¹¹ CBb 25 februari 2015, ECLI:NL:CBB:2015:55, r.o. 5.2.

25. Nu moeilijk een overgangsregeling in algemene zin valt te stellen, lijkt het vooralsnog ten behoeve van de duidelijkheid en werkbaarheid verstandig aansluiting te zoeken bij de hierna nog te bespreken te bepalen redelijke looptijd van een vergunning en het moment van inwerkingtreding van een nieuwe regeling.
26. Een aantal gemeenten heeft reeds overgangsbepalingen opgenomen in haar (concept)verordeningen. Een eenduidig beeld blijkt hier vooralsnog niet uit. Ter illustratie dienen de volgende voorbeelden.

- Verordening speelautomaten(hallen) gemeente Drimmelen 2017¹²:

"Artikel 15

Vergunningen die voor de inwerkingtreding van deze verordening zijn verleend voor het exploiteren van een speelautomatenhal blijven van kracht totdat op een aanvraag, ingevolge artikel 3 van deze verordening, is beslist."

- Verordening kansspelautomaten Heerlen 2017¹³:

"Artikel 13 Overgangsbepalingen

*Vergunningen die vóór de inwerkingtreding van deze verordening zijn verleend gelden als verleend op grond van deze verordening."*¹⁴

- Speelautomatenhallenverordening Noordwijk 2017¹⁵:

"Artikel 14 Overgangsrecht

*De op grond van de onder artikel 6 van de onder artikel 13 ingetrokken Speelautomatenverordening Noordwijk 2010 verleende vergunningen worden geacht verleend te zijn overeenkomstig de bepalingen van deze verordening."*¹⁶

¹² <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/gmb-2017-165116.html>.

¹³ https://heerlen.raadsinformatie.nl/document/5914267/1/Bijlage_Verordening_Kansspelautomaten_Heerlen_2017, zoals op 29 november 2017 door de gemeenteraad vastgesteld (https://heerlen.raadsinformatie.nl/document/5914268/1/raadsvoorstel_Vaststellen_van_de_Verordening_kansspelautomaten_Heerlen_2017).

¹⁴ Hierbij zij opgemerkt dat uit artikel 7, tweede lid, van de Conceptverordening kansspelautomaten Heerlen 2017 volgt dat de burgemeester de termijn van de te verlenen vergunning nader bepaalt.

¹⁵ <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/gmb-2017-4492.html>.

¹⁶ Hierbij zij opgemerkt dat uit artikel 5, tweede lid, van de Speelautomatenhallenverordening Noordwijk 2017 volgt dat de vergunning voor een termijn van 5 jaar verleend wordt.

27. Het verdient evenwel de voorkeur dat bestaande vergunningen een looptijd hebben die, anders dan mogelijk gesteld in de vigerende vergunning of oude verordening, aanhaakt bij de nieuwe redelijke looptijd. Zodoende wordt ook rekening gehouden met de noodzakelijke investeringen en andere relevante aspecten om te kunnen spreken van een redelijke overgangsregeling. Ter illustratie dienen in dat kader de volgende voorbeelden.

- Conceptverordening Speelautomatenhallen 2017 (Roosendaal)¹⁷:

"Artikel 17 Overgangsrecht

*Op het moment van het inwerkingtreden van deze verordening verleende vergunningen voor het exploiteren van een speelautomatenhal worden aangemerkt als vergunningen krachtens de nieuwe verordening. Voor deze speelautomatenhallen kan zonder, dat daarvoor de procedure wordt gevolgd als bedoeld in de artikelen 6 en 8 van deze verordening, aan dezelfde exploitanten bij het einde van de looptijd van de vergunning een nieuwe vergunning worden verstrekt met een looptijd tot uiterlijk 1 januari 2033."*¹⁸

- De Beleidsregel Gunningscriteria Speelautomatenhallen Zoetermeer¹⁹:

"Artikel 18 Overgangsrecht

- 1. Tijdens de eerste openbare gunningsprocedure, die plaatsvindt nadat wettelijk van kracht is dat de burgemeester drie vergunningen voor de exploitatie van een speelautomatenhal kan verlenen, komen twee vergunningen vrij beschikbaar.*
- 2. De huidige vergunninghouder wordt vrijgesteld van deelname aan de eerste openbare gunningsprocedure.*
- 3. Aan de huidige vergunninghouder wordt een vergunning voor een periode van tien jaar verleend. Na afloop van die tien jaar is deze, derde, vergunning vrij beschikbaar.*
- 4. De bepalingen van afdeling VI zijn ook van toepassing op de huidige vergunninghouder."* [onderstreping CvdS]

¹⁷ <https://www.roosendaal.nl/file/569/download>, zoals op 16 november 2017 aan de gemeenteraad voorgelegd ter vaststelling (<https://raad.roosendaal.nl/Vergaderingen/Commissie/2017/16-november/19:30/Raadsvoorstel-vaststellen-van-de-verordening-speelautomatenhallen.pdf>).

¹⁸ Hierbij zij opgemerkt dat uit artikel 9, derde lid, van de Conceptverordening speelautomatenhallen 2017 slechts volgt dat de te verlenen vergunning voor bepaalde tijd wordt verleend. Voorts wordt opgemerkt dat uit de reactie op de zienswijzen (<https://raad.roosendaal.nl/Vergaderingen/Commissie/2017/16-november/19:30/Bijlage-bij-rvs-Zienswijzenbehandeling-verordening-spelautomatenhallen.pdf>) blijkt dat de overgangstermijn 15 jaar bedraagt.

¹⁹ <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/gmb-2017-151983.html>.

Tussenconclusie

28. Op grond van het voorgaande meent de VAN dat het noodzakelijk is dat een redelijke overgangstermijn – te bepalen op 15 jaar, hetgeen wordt toegelicht onder C – wordt bepaald. Een in de verordening op te nemen bepaling zou als volgt kunnen luiden:

“Op het moment van inwerkingtreden van deze verordening verleende vergunningen voor het exploiteren van een speelautomatenhal worden vanaf dat moment aangemerkt als vergunningen krachtens de nieuwe verordening. Deze vergunningen hebben een geldigheidsduur tot vijftien jaar na inwerkingtreden van deze verordening.”

C. De looptijd van vergunningen

29. De VAN is zich ervan bewust dat indien sprake is van en te verdelen schaarse vergunning, die vergunning in beginsel niet voor onbepaalde tijd kan worden verleend. In zijn conclusie overweegt staatsraad A-G Widdershoven immers:

“Uit de mededingingsrechtsnorm vloeit in beginsel voort dat schaarse vergunningen niet voor onbepaalde tijd, maar alleen tijdelijk kunnen worden verleend, omdat verlening voor onbepaalde tijd de vergunninghouder onevenredig zou bevoordelen boven andere (potentiële) gegadigden en bovendien uitsluit dat die gegadigden in de toekomst naar de vergunning kunnen meedingen. (...) De eis van tijdelijkheid is al geldend recht op grond van de rechtspraak van het CBB (punten 4.8 en 4.9).”²⁰ [onderstreping CvdS]

30. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (“Afdeling”) heeft ten aanzien van de looptijd van een schaarse vergunning – in navolging van de conclusie – overwogen:

“Uit deze rechtsnorm vloeit voort dat schaarse vergunningen in beginsel niet voor onbepaalde tijd, doch 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 nog toe te treden tot de markt. De Afdeling sluit in zoverre aan bij de uitspraken van het CBB van 15 mei 2012 (ECLI:NL:CBB:2012:BW6630) en van 24 augustus 2012 (ECLI:NL:CBB:2012:BX6540).”²¹ [onderstreping CvdS]

²⁰ Conclusie Widdershoven 2016, r.o. 6.3. Zie ook: r.o. 5.8 voor het eenduidige standpunt in de literatuur (Van Ommeren, Wolswinkel, Prechal, Buijze en Drahmman) en r.o. 6.9.

²¹ ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, r.o. 8, zoals bevestigd in onder andere ABRvS 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:994, r.o. 5.4 en ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2336, r.o. 6-6.2.

31. In de praktijk wordt nog weleens gedacht dat één redelijke lengte van de looptijd is te geven voor alle soorten schaarse vergunningen. De VAN hecht eraan te benadrukken dat dit geen recht doet aan de eisen die het recht stelt. Bevestiging van het standpunt dat dit branche-afhankelijk is, vindt de VAN in de conclusie van staatsraad A-G Widdershoven, waarin (vooral) wordt gewezen op verplichtingen die volgen uit het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie ("VWEU"):

*"Het valt wellicht op dat de eis dat schaarse rechten niet voor onbepaalde tijd mogen worden verleend, niet is genoemd bij de bespreking van de uit artikel 49 en 56 VWEU voortvloeiende eisen (punt 3.7). De reden hiervoor is, dat het Hof zich in dat kader nog niet expliciet over dit punt heeft uitgelaten. Wel beschouwt het Hof de verlening van dergelijke rechten voor lange tijd als een zelfstandige beperking van het vrij verkeer van diensten die afzonderlijk moet worden gerechtvaardigd. Een dergelijke rechtvaardiging kan bijvoorbeeld zijn dat de houder van het schaarse recht voldoende tijd moet hebben om de noodzakelijke investeringen om van dat recht gebruik te maken, terug te verdienen. In het licht van deze rechtspraak lijkt het mij vrijwel uitgesloten dat het Hof in het kader van artikel 49 en 56 VWEU de verlening van een schaars recht voor onbepaalde tijd toelaatbaar zal achten. Ik kan althans geen rechtvaardiging voor een dergelijke onbepaalde duur bedenken."*²² [onderstreping CvdS]

32. Ten aanzien van de logische, redelijke looptijd van vergunningen voor speelautomatenhallen ligt het in de rede dat wordt aangesloten bij het thans bij de Eerste Kamer aanhangig zijnde wetsvoorstel Wijziging van de Wet op de kansspelen in verband met de modernisering van het speelcasinoregime ("het wetsvoorstel").²³ Uit het voorgestelde artikel III, derde lid jo. artikel 27h, tweede lid, van het wetsvoorstel volgt dat de vergunning voor bepaalde tijd wordt verleend. In de Memorie van Toelichting wordt vervolgens gesteld:

*"Uitgangspunt zal zijn een geldigheidsduur van vijftien jaar. Enerzijds stelt dit de vergunninghouder, gelet op de voorwaarden waaraan kansspel aanbieder dienen te voldoen, in staat zijn investeringen terug te verdienen. Anderzijds voorkomt deze geldigheidsduur de situatie dat de speelcasinomarkt voor een te lange periode «op slot» gaat."*²⁴ [onderstreping CvdS]

²² Conclusie Widdershoven 2016, r.o. 3.10 en 6.3. Zie ook: *Kamerstukken II* 2015/16, 34 471, nr. 4, p. 6 en Wolswinkel 2013, p. 774 (meer vanuit het noodzakelijkheidsvereiste zoals voortvloeit uit het gelijkheidsbeginsel). Daarnaast verwijst staatsraad A-G Widdershoven nog naar Richtlijn 2006/123/EG, betreffende diensten op de interne markt (*PbEU* 2006, L 376/36) (Dienstenrichtlijn).

²³ *Kamerstukken II* 2015/16, 34 471, nr. 2. Zie voor de stand van zaken:

https://www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/34471_modernisering.

²⁴ *Kamerstukken II* 2015/16, 34 471, nr. 3, p. 16.

en:

*"De vergunningsduur van in beginsel vijftien jaar kan eveneens voldoende worden gerechtvaardigd, aangezien vergunninghouders voldoende tijd nodig hebben om de investeringen voor de vestiging van een speelcasino te kunnen terugverdienen."*²⁵
[onderstreping CvdS]

en:

*"Dit wetsvoorstel beoogt immers niet alleen beëindiging van het exclusieve recht van Holland Casino, maar ook beëindiging van de onbepaalde tijd van diens vergunning. Na vijftien jaar lopen verleende vergunningen af en worden partijen op gelijke voet in staat gesteld om mee te dingen naar iedere vrijkomende vergunning."*²⁶

33. Niet alleen uit de Memorie van Toelichting volgt dat een termijn van 15 jaar redelijk is gezien de tijd die benodigd is om investeringen te kunnen terugverdienen, ook uit de daarbij behorende bijlagen (waarvan er één van de VAN is) volgt:

*"De vergunningstermijn van 15 jaar is volgens deskundigen voldoende om de investeringen terug te verdienen. Voor de nieuwe casinovestigingen is de terugverdientijd ~~kort~~ [langer], doordat de locatie nog moet worden gebouwd (of verbouwd). Hierdoor kan het voor nieuwe toetreders minder aantrekkelijk zijn om een nieuwe vestiging te exploiteren."*²⁷ [correctie en toevoeging CvdS]

en:

*"Uit het onderzoeksrapport van het SEO Amsterdam (juli 2012) is op te maken dat een termijn van 15 jaar voor de verleende vergunning voldoende zou moeten zijn om de investering terug te verdienen."*²⁸

²⁵ Kamerstukken II 2015/16, 34 471, nr. 3, p. 32. Vergelijk: de toelichting bij het raadsvoorstel voor de Conceptverordening speelautomatenhallen 2017 (Roosendaal), (<https://raad.roosendaal.nl/Vergaderingen/Commissie/2017/16-november/19:30/Toelichting-rvs-verordening-speelautomatenhallen.pdf>), p. 2; de ingediende zienswijzen, (<https://raad.roosendaal.nl/Vergaderingen/Commissie/2017/16-november/19:30/Bijlage-bij-rvs-zienswijzen-verordening-speelautomatenhallen.pdf>), p. 1, 7-9, en 14-15 en de reactie daarop, (<https://raad.roosendaal.nl/Vergaderingen/Commissie/2017/16-november/19:30/Bijlage-bij-rvs-Zienswijzenbehandeling-verordening-speelautomatenhallen.pdf>), p. 1-2.

²⁶ Kamerstukken II 2015/16, 34 471, nr. 3, p. 38.

²⁷ Kamerstukken II 2015/16, 34 471, nr. 3, bijlage 744114, p. 24-25.

²⁸ Kamerstukken II 2015/16, 34 471, nr. 3, bijlage 744114, p. 8. Het SEO onderzoek is overigens in opdracht van het ministerie van (thans) Justitie en Veiligheid uitgevoerd.

34. De gekozen termijn van 15 jaar is ook niet vreemd in het licht van jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie. Zo heeft het Hof in het arrest Engelmänn het volgende overwogen:

"(...) Bovendien moet de betrokken nationale regeling, wil zij gerechtvaardigd zijn, geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en niet verder gaan dan ter bereiking daarvan noodzakelijk is (arrest van 9 maart 2006, Commissie/Spanje, reeds aangehaald, punt 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

Dat lijkt in casu het geval te zijn, aangezien de verlening van concessies voor een duur tot vijftien jaar, onder voorbehoud van een door de verwijzende rechter te verrichten verificatie, gerechtvaardigd lijkt, met name gelet op het feit dat de concessiehouder voldoende tijd nodig heeft om de noodzakelijke investeringen voor de oprichting van een casino af te schrijven."²⁹ [onderstreping CvdS]

35. Zie voor een bevestiging van deze lijn de conclusie van A-G Bot van 31 maart 2011 in de zaak Dickinger and Ömer:

"In het reeds aangehaalde arrest Engelmänn heeft het Hof aangegeven dat concessies voor de exploitatie van casino's voor een duur tot vijftien jaar zelf een beperking voor het vrij verrichten van diensten vormen.(40) Dit geldt a fortiori wanneer die looptijd van maximaal vijftien jaar geldt voor de verlening van een monopolie aan een particuliere marktdeelnemer.

In datzelfde arrest heeft het Hof echter geoordeeld dat de verlening van concessies voor die duur gerechtvaardigd kan zijn, met name gelet op het feit dat de concessiehouder voldoende tijd nodig heeft om de noodzakelijke investeringen voor de oprichting van een casino te kunnen afschrijven.(41)

Deze rechtspraak is mijns inziens ook toepasbaar bij de verlening van een monopolie voor de exploitatie van kansspelen via internet, ook al lijken de noodzakelijke investeringen voor de uitoefening voor deze activiteit voorshands lager dan die welke voor de exploitatie van casino's nodig zijn.

*Bovendien zou de verlening van een monopolie voor een te korte duur de marktdeelnemer die houder is van dit exclusieve recht, kunnen aanzetten om zijn winst te maximaliseren. In dat licht kan de verlening van een monopolie voor een voldoende lange duur bijdragen aan de verwezenlijking van de doelstelling te voorkomen dat de consument door gokken wordt aangespoord tot geldverkwisting."*³⁰ [toevoeging CvdS]

²⁹ HvJ 9 september 2010, ECLI:EU:C:2010:506, zaak C-64/08 (*Engelmänn*), NJ 2010/661, punt 46–48. Zie ook: C.J. Wolswinkel, 'Volwassen verdelingsrecht? Rechtsontwikkeling en rechtseenheid bij de verdeling van schaarse vergunningen', *JBPlus* 2017/1 ("Wolswinkel 2017"), p. 3-26; C.J. Wolswinkel, 'De verdeling van schaarse vergunningen. Convergentie in de jurisprudentie?', *JBplus* 2013 ("Wolswinkel 2013a"), p. 68 en 77 en Wolswinkel 2013, p. 293 en 301.

³⁰ Conclusie A-G Bot 31 maart 2011, ECLI:EU:C:2011:195, punt 103-107.

36. De VAN is van mening dat bij het voorgaande moet worden aangesloten, nu bij de exploitatie van kansspelautomatenhallen sprake is van dezelfde noodzakelijke investeringen. Voor die exploitatie is in tegenstelling tot de exploitatie van kansspelen via internet immers wel een fysieke (en uitnodigende) ruimte benodigd.
37. Overigens merkt de VAN op dat naast aspecten als investeringen, ook andere criteria relevant zijn. Te denken valt aan belangen als de bescherming van consumenten (op het gebied van openbare orde, veiligheid, zedelijkheid en preventie), het ondernemersbelang van de exploitanten, een kwalitatieve exploitatie, rust in de gemeente en de administratieve lastenverlichting die de overheid voorstaat. Ook deze aspecten nopen tot een termijn van 15 jaar.
38. In de thans bekende voorbeelden werken gemeenten met een grote variëteit aan looptijden. Een onderbouwing voor een andere looptijd dan 15 jaar wordt niet gegeven. Veelal ontbreekt het sowieso aan een motivering waarom gekozen wordt voor een andere termijn of wordt in de motivering niet of nauwelijks aangegeven op welke wijze wordt gekeken naar aspecten als noodzakelijke investeringen e.d. Derhalve is de VAN van mening dat de thans gekozen looptijden dienen te worden aangepast en dat landelijk aansluiting zou moeten worden gevonden voor een looptijd van 15 jaar.
39. Ter illustratie van een mogelijke bepaling zij verwezen naar de Verordening van de gemeenteraad van de gemeente Zoetermeer houdende gemeentelijke regelgeving op het gebied van openbare orde en veiligheid Algemene plaatselijke verordening Zoetermeer³¹:

"Artikel 2:28

- 1. In de vergunning wordt de naam van de beheerder/worden de namen van de beheerders vermeld. De vergunning wordt verleend voor maximaal 15 jaar."*

Tussenconclusie

40. De VAN meent dat een redelijke looptijd 15 jaar bedraagt. Niet alleen criteria als investeringskosten en terugverdientijd zijn daarbij relevant. Ook belangen als de bescherming van de openbare orde, zedelijkheid en veiligheid, het ondernemersbelang, de kwaliteit van de exploitatie en administratieve lastenvermindering pleiten voor een dergelijke termijn.

³¹

http://decentrale.regelgeving.overheid.nl/cvdr/xhtmloutput/Historie/Zoetermeer/CVDR129535/CVDR129535_9.html.

D. De nieuwe situatie noopt tot een andere invulling van het wettelijk kader (en daarmee de modelverordening van de VNG) (mogelijkheid tot verlengen, wijzigen van ondernemer en verplaatsing)

41. In algemene zin zij opgemerkt dat in hetgeen staatsraad A-G Widdershoven in zijn conclusie heeft opgemerkt, ook oog is voor mogelijk bijzondere omstandigheden die aanleiding geven in bepaalde gevallen de mededingingsruimte te beperken. Gewezen zij op hetgeen hij hier in de conclusie over opmerkt:

*"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)."*³²

42. De Afdeling heeft het voorgaande aldus verwoord:

*"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 wettelijke voorschriften voor het realiseren van de te vergunnen activiteit zijn vereist. Een zodanige beperking kan evenwel niet zover gaan dat iedere mededingingsruimte volledig wordt uitgesloten. Een eis die in ieder geval geldt, is dat het wettelijk voorschrift dat de mededingingsruimte beperkt, althans de geschiedenis van de totstandkoming daarvan, er blijk van geeft dat het belang van het bieden van mededingingsruimte is meegewogen. Dit laat onverlet dat de eigenaar van een pand beslist over de wijze waarop het pand wordt gebruikt en door wie."*³³ [onderstrepingen CvdS]

³² Conclusie Widdershoven 2016. Zie uitgebreider r.o. 6.17-6.18.

³³ ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, r.o. 8. Zie ook: hetgeen Wolswinkel opmerkt in zijn annotatie bij deze uitspraak in AB 2016/426, p. 2683-2684 en Wolswinkel 2017, § 4.3.

43. Dit brengt de VAN tot de navolgende voorstellen, mede ingegeven door de grote invloed van het thema van de schaarse rechten op de bestaande bedrijfsvoering van haar leden. Dit noopt tot de nodige flexibiliteit gedurende de looptijd die ook goed mogelijk is, zolang over die flexibiliteit transparantie is betracht.
44. Wat betreft die flexibiliteit en transparantie zij opgemerkt dat voor de VAN dus evident is dat dergelijke flexibiliteit in regelgeving verankerd moet zijn, zodat dit van tevoren bekend is bij potentiële gegadigden. Er dient een passende mate van openbaarheid te zijn.³⁴ Voor geïnteresseerde partijen is het (in beginsel) immers onmogelijk een schaarse vergunning te verwerven zodra het vergunningenplafond is bereikt. Daardoor wordt de druk op de kenbaarheid en de voorspelbaarheid vooraf van het verdelingsproces vergroot: aanvragers moeten weten waar zij aan toe zijn op het moment dat zij een aanvraag indienen, juist omdat zij maar één kans hebben. Bovendien brengt de omstandigheid dat niet iedere aanvrager daadwerkelijk de markt zal kunnen betreden, mee dat aan het belang van gelijke behandeling van aanvragers tijdens de procedure van vergunningverlening buitengewoon veel gewicht toekomt.³⁵
45. Het vereiste van een passende mate van openbaarheid leidt ertoe dat wezenlijke wijzigingen van een schaars recht nadat het eenmaal is verleend, zijn uitgesloten.³⁶ Met betrekking tot het leerstuk van de wezenlijke wijziging zij gewezen op de parallel die daarin bestaat met het aanbestedingsrecht. Van een wezenlijke wijziging is sprake als: (1) een aanbesteder voorwaarden invoert die, wanneer zij in de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure waren genoemd, zouden hebben geleid tot (a) toelating van andere inschrijvers dan die welke oorspronkelijk waren toegelaten of (b) de keuze voor een andere offerte dan die waarvoor oorspronkelijk was gekozen; (2) een aanbesteder de opdracht in belangrijke mate uitbreidt tot diensten die oorspronkelijk niet waren opgenomen; of (3) een aanbesteder het economisch evenwicht van de overeenkomst wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer op een wijze die door de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht niet was bedoeld.³⁷

³⁴ C.J. Wolswinkel, 'De rollen van de wetgever bij de verdeling van schaarse vergunningen', *Regelmaat* 2017/01 ("Wolswinkel 2017a"), p. 19 en 28; Wolswinkel 2013, p. 678-680 (uitgebreider § 8.3) en Drahmman 2015, onder meer p. 44-60, 116-117, 128-130 en 204-231. Zie ook: Drahmman 2015, p. 31 en 34, waarin Drahmman ingaat op het feit dat de niet-transparante verlengingsprocedure heeft belet dat andere exploitanten hun interesse in de uitoefening van de te vergunnen activiteit kenbaar konden maken.

³⁵ Wolswinkel 2017a, p. 11. Zie ook: A. Drahmman, 'Hoe kan een gemeente gelijke kansen bieden bij de verdeling van schaarse vergunningen?', *Gst.* 2017/55.

³⁶ Wolswinkel 2017a, p. 10-11. Zie ook: Conclusie Widdershoven 2016, r.o. 3.7 en 3.12.

³⁷ Drahmman 2015, p. 57-58, 62 en 73-75. Zie ook: Wolswinkel 2013, p. 584-590.

46. Dat flexibiliteit overigens tot de mogelijkheden behoort, volgt uit literatuur (waar ook de conclusie zich op baseert) en ook meer recente jurisprudentie nu daarin aanleiding is te vinden om minder rigide te kijken naar hetgeen is opgenomen in de uitspraak inzake de casus Vlaardingen. Illustratief is de jurisprudentie van na 'Vlaardingen' waaruit volgt dat niet in alle gevallen het transparantiebeginsel tot volledige transparantie hoeft te leiden.³⁸ Ook is duidelijk dat bepaalde schaarse vergunningen bij uitstek geschikt zijn voor een verlening voor onbepaalde tijd.³⁹

Verlengen van de vergunning

47. Teneinde de administratieve lastenverlichting verder in de hand te werken, kan – mits verankerd in de regelgeving – een optie wordt gecreëerd dat de looptijd van de vergunning wordt verlengd.
48. Daarmee wordt mogelijk gemaakt dat gemeenten een beoordelingsmoment hebben gedurende een bepaalde periode en heeft de exploitant zicht op een langere duur, mits hij aan de daarbij gestelde voorwaarden voldoet.
49. In beginsel staat de optie van verlengen los van de looptijd van 15 jaar. De VAN kan zich voorstellen dat, indien dit wettelijk is verankerd, ook een totale langere termijn (na verlenging) verdedigbaar is. Zeker ingeval deze mogelijkheid van verlengen voor alle potentieel gegadigden bekend was op het moment dat de procedure van verdeling werd opengesteld.
50. Wolswinkel erkent de mogelijkheid van het verlengen van de looptijd, maar stelt wel terecht:

*"Daarnaast is niet per se voldoende dat het betreffende stelsel van publiekrechtelijke rechten een (impliciete) wettelijke bevoegdheidsgrondslag bevat voor de verlenging van deze rechten. Daarnaast moet voorafgaand aan de nulverdeling duidelijk worden bekendgemaakt op welke gronden en voor welke duur een recht kan worden verlengd, zodat aanvragers hun biedgedrag [inschrijving] hierop kunnen afstemmen. Zelfs wanneer de mogelijkheid van verlenging voorwerp is geweest van de initiële verdeling, is een verlenging overigens uitgesloten wanneer de looptijd van het recht een beslissend element is geweest bij de initiële verdeling, bijvoorbeeld als verdelingscriterium."*⁴⁰
[toevoeging CvdS]

51. Voorts is van belang dat de verlenging gerechtvaardigd dient te worden door een legitiem verlengingsdoel en dient te voldoen aan de eisen van geschiktheid en noodzakelijkheid.⁴¹

³⁸ ABRvS 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:994, r.o. 5.3 en ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2336, r.o. 6.2.

³⁹ ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2316, BR 2017/99.

⁴⁰ Wolswinkel 2017a, p. 25-26. Zie ook: ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, r.o. 8; ABRvS 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:994, r.o. 5.4 en ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2336, r.o. 6-6.2

⁴¹ Wolswinkel 2013, p. 620.

52. De VAN is van mening dat – voor zover gekozen zou worden voor de verlenging van de vergunning – het verlengingsdoel gelegen is in het tussentijdse beoordelingsmoment. Het tussentijdse beoordelingsmoment is volgens de VAN daarnaast ook geschikt, juist vanuit de belangen die de Wok en het Speelautomatenbesluit 2000 trachten te beschermen.
53. Voorbeelden van de wijze waarop bepaalde gemeenten het voorgaande hebben verankerd, zijn te vinden in de toelichtingen op de verordeningen van de gemeenten Eemnes en Vlaardingen:

“Als vergunninghouder zich aan de vergunningsvoorwaarden houdt en er geen sprake is van ingrijpende beleidswijzigingen dan zal deze verlenging in beginsel worden toegekend.”⁴²

en:

“Na afloop van de termijn kan de vergunning eventueel met nog eens vijf jaar worden verlengd, mits de omstandigheden niet tot een andere conclusie aanleiding geven. Dit betreft een beslissing van de burgemeester.”⁴³

Tussenconclusie

54. De mogelijkheid van verlenging van de vergunning dient in regelgeving te worden mogelijk gemaakt. Dat kan geschieden met de navolgende bepaling:

“De vergunning wordt voor een periode van [x] jaar, met een eenmalige mogelijke verlenging van [x] jaar verleend.”

Overdragen van de vergunning c.q. overgang van onderneming

55. De VAN is van mening dat, naast de zojuist besproken mogelijkheid van verlenging van de vergunning, het ook mogelijk zou moeten zijn een reeds verleende vergunning over te dragen aan een andere partij. In veel verordeningen is de overgang van de onderneming zodanig gereguleerd dat nagenoeg iedere wijziging in de structuur ertoe leidt dat een nieuwe vergunning moet worden aangevraagd. Dat is onder het huidige bestel niet wenselijk. Dit te meer nu de vergunning op een economische activiteit ziet en zodoende vermogenswaarde heeft.⁴⁴

⁴² Toelichting Verordening speelautomaten Eemnes 2017 (<https://repository.officiële-overheidspublicaties.nl/externebijlagen/exb-2017-14190/1/bijlage/exb-2017-14190.pdf>), p. 2.

⁴³ Toelichting op de Verordening Speelautomatenhal Vlaardingen 2017, zoals opgenomen in [Gemeentebblad 2017, 192715](#).

⁴⁴ Conclusie Widdershoven 2016, r.o. 6.2.

56. Het moge duidelijk zijn dat de ontwikkelingen op het gebied van de schaarse rechten van grote invloed zijn op de bedrijfsvoering van de leden van de VAN. Ook daarin is een grondslag gelegen voor het initiëren van deze mogelijkheid, uiteraard van alle waarborgen voorzien.
57. Bij de overgang van de vergunning wordt uitsluitend de identiteit van de houder gewijzigd, waarbij de partij op wie de vergunning overgaat zowel de houder van een ander recht kan zijn als een partij die nog geen vergunning bezit.⁴⁵ De mogelijkheid van overdraagbaarheid van het recht dient – in lijn met het hiervoor gestelde – van te voren bekend te zijn bij potentiële gegadigden en te stoelen op een wettelijke regeling.⁴⁶
58. Daarnaast wijst de VAN op hetgeen Wolswinkel heeft overwogen ten aanzien van het mogelijk maken van het overdragen van een vergunning:

*"Als een recht daarentegen wel kan overgaan, wordt de kring van potentiële gegadigden uitgebreid tot gegadigden die het recht niet zozeer zelf willen gebruiken als wel (tegen betaling) willen doen overgaan op anderen. In het bijzonder wanneer een schaars publiekelijk recht gratis wordt verdeeld, bijvoorbeeld doormiddel van een loting of op volgorde van binnenkomst, is dergelijk strategisch gedrag niet uitgesloten."*⁴⁷

59. De VAN merkt daarbij op dat de door haar voorgestane verdeling op basis van een kwalitatieve toets, waarover hieronder meer, hierbij van belang is. Hiermee wordt strategische deelname voorkomen, nu daarvoor over het algemeen investeringen gepleegd moeten worden ten behoeve van de inschrijving en zodoende sprake is van een toelatingscriterium:

*"Wanneer elke deelnemer aan de verdelingsprocedure daarentegen een bepaald minimumbedrag (entreegeld) is verschuldigd of een recht slechts wordt toegekend tegen betaling van een minimumprijs, kan dergelijke strategische deelname aan een verdelingsprocedure (deels) worden voorkomen."*⁴⁸

⁴⁵ Wolswinkel 2013, p. 643-644.

⁴⁶ Wolswinkel 2013, p. 656-657.

⁴⁷ Wolswinkel 2013, p. 646.

⁴⁸ Wolswinkel 2013, p. 648 en 661.

60. Daarnaast is van belang op te merken dat de mogelijkheid van overgang van de vergunning de mogelijkheden voor potentiële gegadigden om een vergunning te verwerven juist vergroot.⁴⁹ Voor het overdragen is van belang dat de aard van de vergunning zich daartegen niet verzet. Dat is enkel het geval indien sprake is van een persoonsgebonden vergunning. Een vergunning is persoonsgebonden indien de vergunning zozeer afhankelijk is van de persoon van de rechthebbende dat dit recht alleen aan deze persoon kan toekomen, terwijl een vergunning zaaksgebonden is wanneer de werking ervan betrekking heeft op een bepaald object.⁵⁰
61. De VAN meent dat de onderhavige vergunningen een gemengd karakter hebben. Te meer nu een vergunning in de regel wordt verleend aan een rechtspersoon. Voor overdraagbaarheid pleit dat dit goed past in een 'open markt'.⁵¹ Overigens zijn persoonsgebonden aspecten goed te ondervangen met hetgeen hierna volgt.
62. De VAN merkt op dat in geval van overgang van de vergunning, deze overgang er niet toe mag leiden dat de vergunning in handen komt van een partij die de vergunning niet had kunnen verwerven na het doen van een aanvraag. Ook de partij aan wie de vergunning wordt overgedragen, dient te voldoen aan de (minimum)eisen die gesteld zijn aan de inschrijvers bij de initiële vergunningverlening. Daarbij dient uiteraard gezien te worden in hoeverre die verschillende eisen nog van betekenis zijn tijdens de overgang van de vergunning. Daarbij zou gedacht kunnen worden aan het bieden van een bepaalde mate van kwaliteit.⁵²
63. Wolswinkel overweegt dat de overgang van de vergunning slechts is uitgesloten indien de identiteit van de houder van het recht een beslissend element is geweest bij de verdeling van de vergunning.⁵³ De VAN is van mening dat daarvan geen sprake hoeft te zijn wanneer gekozen wordt voor een vergelijkende toets. In die vergelijkende toets komen immers verschillende facetten van de door de gemeente gewenste bedrijfsvoering naar voren, waarbij de identiteit van de inschrijvers geen doorslaggevend element is bij de verdeling. Te meer dus indien de persoonsgebonden aspecten bij een overgang (licht) getoetst worden.

⁴⁹ Wolswinkel 2013, p. 650, 660 en 667.

⁵⁰ Wolswinkel 2013, p. 652-653.

⁵¹ A.R. Neerhof, 'Overgang van schaarse publieke rechten', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011 ("Neerhof 2011"), p. 333-334. Zie ook *Kamerstukken II* 1997/98, 25 533, nr. 4, p. 22-23, inzake de Telecommunicatiewet waar Neerhof naar verwijst.

⁵² Wolswinkel 2013, p. 653-656 en Neerhof 2011, p. 333-334. De aard van de verdelingswijze, noch de algemene aanbestedingsrechtelijke regel omtrent wezenlijke wijzigingen verzet zich overigens tegen de overdraagbaarheid van de vergunning, aldus Wolswinkel 2013, p. 657-658.

⁵³ Wolswinkel 2013, p. 658-659.

64. Bij de overgang heeft de VAN de voorkeur voor een melding⁵⁴ of een toestemming te meer nu dan geen moment is van het aanvragen van een nieuwe vergunning, waardoor de mededinging weer zou moeten geboden terwijl er een verdeling heeft plaatsgevonden wat geleid heeft tot een gunning (onder andere meer voornoemde voorwaarden, beperkingen en rechten) voor de duur van de toen bepaalde looptijd. Bij die toestemming zou bijvoorbeeld aansluiting gezocht kunnen worden bij het systeem van de Telecommunicatiewet.⁵⁵

Tussenconclusie

65. De mogelijkheid van overdragen van de onderneming binnen de bestaande vergunning dient in regelgeving te worden mogelijk gemaakt. Dat kan geschieden met de navolgende bepaling:

"De vergunning wordt gesteld ten name van de ondernemer en is gedurende de looptijd van de vergunning overdraagbaar aan een partij die aan de indieningsvereisten als bedoeld in artikel [X] van deze verordening kan voldoen"

Wijziging van locatie

66. Op basis van het voorgaande ziet de VAN bovendien ruimte – tevens kijken naar hetgeen mogelijk is gemaakt voor Holland Casino⁵⁶ – voor het opnemen van een wijzigingsmogelijkheid van de vergunning ten aanzien van de locatie. Dat alles uiteraard binnen het door de gemeente geschapen wettelijke kader, bijvoorbeeld door een aan de verordening gehecht kaartje waarop een bepaald gebied is weergegeven waarbinnen speelautomatenhallen geëxploiteerd mogen worden, en slechts binnen de looptermijn van de vergunning. Uiteraard dient de nieuwe locatie ook via het bestemmingsplan – of een (tijdelijke) afwijking daarvan – mogelijk te zijn.
67. Door het bieden van deze ruimte kan het aanbod van kansspelen binnen de gemeenten volgens de VAN optimaal – met oog voor de verschillende belangen – vormgegeven worden.
68. Een dergelijke wijzigingsmogelijkheid dient, zoals in het voorgaande meermaals is aangehaald, uiteraard van te voren kenbaar te zijn bij de potentiële gegadigden.

⁵⁴ ABRvS 12 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4116 (concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven), r.o. 4.7 en 4.33. Zie ook: Willem Konijnenbelt, *100 Ideeën voor de gemeentelijke regelgever* (2e dr. 2015), p. 85-86.

⁵⁵ Neerhof 2011, p. 330-336 (de artikelen zijn inmiddels gewijzigd, de systematiek echter niet).

⁵⁶ Zie artikel 2 van het Besluit casinospelen 1996 en meer uitgebreid ter toelichting *Kamerstukken II* 2015/16, 34 471, nr. 3, p. 13 e.v.

Tussenconclusie

69. De VAN meent dat het mogelijk zou moeten zijn de locatie van de speelautomatenhal gedurende de looptijd van de vergunning te wijzigen. De in de verordening op te nemen bepalingen zou als volgt kunnen luiden:

- “ 1. *Gedurende de looptijd van de vergunning is het mogelijk een wijziging van de vergunning te verlangen teneinde de speelautomatenhal op een andere locatie te exploiteren.*
2. *Het onder het eerste lid bedoelde is enkel mogelijk indien ook op die locatie is voldaan aan de indieningsvereisten als bedoeld in artikel [x].”*

E. De verdeling van vergunningen

70. Dat, zoals uit de conclusie van staatsraad A-G Widdershoven blijkt⁵⁷, verdeling op volgorde van binnenkomst niet is uitgesloten en dat de keuze voor verdeling op volgorde van binnenkomst ook impliciet gemaakt kan (maar niet hoeft⁵⁸ te) worden, houdt volgens de VAN niet in dat vergunningen op volgorde van binnenkomst verdeeld zouden moeten worden.
71. Sterker nog, de VAN is van mening dat gezien de aard van de vergunningen, de redenen voor het instellen van een vergunningplicht – openbare orde, veiligheid en zedelijkheid⁵⁹ – en de eisen die daaraan gesteld worden in het kader van verslavingspreventiebeleid⁶⁰ een vergelijkende toets of *beauty contest*, de aangewezen weg is voor de verdeling van de vergunning.⁶¹

⁵⁷ Conclusie Widdershoven 2016, r.o. 4.6 en 4.18. Zie ook: Wolswinkel 2017a, p. 16; Drahmman 2015, p. 39-40 en Wolswinkel 2013, p. 412.

⁵⁸ Conclusie Widdershoven 2016, r.o. 4.18 en 5.3.

⁵⁹ *Kamerstukken II* 1980/81, 16 481, nr. 3, p. 7 en 13. Zie ook: *Kamerstukken II* 1963/64, 7 603, nr. 3, p. 8; Nota van toelichting op het Speelautomatenbesluit 2000, *Stb.* 2000, 223, p. 3-4, 14, 19 en 30-34; *Kamerstukken II* 2008/09, 24 557, nr. 93, p. 1-2 en de zaak C-203/08 (*Betfair*), ECLI:EU:C:2010:307, waaruit o.a. het voorkomen van consumentenbescherming en criminaliteit als doelstellingen volgen.

⁶⁰ Artikel 30d van de Wok. Zie ook: zaak C-203/08 (*Betfair*), ECLI:EU:C:2010:307, waaruit o.a. het voorkomen van gokverslaving als doelstelling volgt.

⁶¹ Zie voor een voorbeeld van mogelijk te stellen kwalitatieve eisen: ABRvS 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:994, r.o. 4 en ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2336, r.o. 4.1. Gemeenten dienen zich overigens te realiseren dat het systeem van de vergelijkende toets ertoe leidt dat de mogelijkheid geboden dient te worden om de aanvraag aan te vullen, zolang de beschikbare schaarse vergunning nog niet is verleend, aldus Conclusie Widdershoven 2016, r.o. 4.4 en ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2336, r.o. 5.1.

72. Met betrekking tot het begrip vergelijkende toets hanteert de VAN eenzelfde definitie als staatsraad A-G Widdershoven in zijn conclusie⁶²:

"In ruime zin is elke verdelingsprocedure een vergelijkende toets, zij het dat het verdelingscriterium verschilt: bij de verdeling op volgorde van binnenkomst is het criterium het moment van binnenkomst, bij de veilig het financiële bod et cetera. In deze conclusie wordt de term – in lijn met de literatuur en de rechtspraak van het CBB [C.J. Wolswinkel, 'Verdelingsprocedures: een zoektocht naar een zinvol onderscheid', in: Van Ommeren e.a. (red.) 2011 en CBB 19 december 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BC2467; CBB 28 april 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BM4375, AB 2010/186; JB 2010/189 en CBB 8 januari 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL3125, AB 2010/73; JB 2010/75; NJB 2010/511] – in een meer beperkt, maar nog steeds ruime betekenis gehanteerd, namelijk ter aanduiding van procedures waarbij de verdeling niet plaatsvindt op basis van het moment van binnenkomst, het financieel bod of lotnummer, maar op grond van een inhoudelijke vergelijking. Synoniemen hiervoor zijn de kwalitatieve selectie, de tender of de beauty contest." [toevoegingen CvdS]

73. Door het hanteren van een vergelijkende toets als verdelingscriterium krijgt de gemeente immers inzicht in wat zich mogelijk binnen haar gemeentegrenzen zal vestigen en kan zij bovendien gunnen aan de 'beste' partij⁶³. Daarbij verwijst de VAN naar de conclusie van staatsraad A-G Widdershoven, waarin hij overweegt⁶⁴:

"De inhoudelijke criteria op basis waarvan de vergelijking plaatsvindt, zijn afhankelijk van de belangen die volgens de wettelijke voorschriften bij de verlening van het publieke recht in kwestie een rol kunnen of moeten spelen. Bij schaarse vergunningen blijken deze belangen vooral uit de weigeringsgronden voor de vergunning (...) [onderstreping CvdS]."

74. Ook de eerder genoemde belangen – openbare orde, veiligheid, zedelijkheid, consumenten – en ondernemersbelang, kwalitatief hoogwaardige exploitatie – zouden wat de VAN betreft een rol moeten spelen bij de verdeling van de vergunning(en). Bovendien zijn daarbij de imperatieve weigeringsgronden uit artikel 30e, eerste lid, van de Wok – en derhalve de belangen als verwoordt in de artikelen 30c en 30d van de Wok en uitgewerkt in de artikelen 4 en 7 van het Speelautomatenbesluit 2000⁶⁵ – van belang.

⁶² Conclusie Widdershoven 2016, r.o. 2.6. Zie ook: Wolswinkel 2013, p. 152-153.

⁶³ Drahmman 2015, p. 39.

⁶⁴ Conclusie Widdershoven 2016, r.o. 2.6.

⁶⁵ Nota van toelichting op het Speelautomatenbesluit 2000, Stb. 2000, 223, p. 3-4, 14, 19 en 30-34.

75. Daarbij wijst de VAN overigens ook op de koppeling die Wolswinkel maakt tussen het specialiteitsbeginsel en doelgebonden verdelingscriteria en de mogelijkheden die criteria te verbinden met de weigeringsgronden en/of de op te leggen beperkingen of voorschriften⁶⁶:

“Een verdelingscriterium is doelgebonden wanneer dit criterium het doel van het achterliggende stelsel van schaarse publiekrechtelijke rechten volgt [i.c. de doelen van een verordening]. Het doelgebonden karakter van de bevoegdheid tot verlening van publiekrechtelijke rechten strekt zich in dat geval uit tot de keuze van specifieke verdelingscriteria. Uit een oogpunt van specialiteit zal de keuze van de verdelingscriteria dus moeten aansluiten bij het doel van dit stelsel. Dit veronderstelt een rangschikking van aanvragen naar geschiktheid om het doel van het betreffende stelsel van publiekrechtelijke rechten te verwezenlijken.

(...)

Wanneer hogere regelgeving niet specifiek aangeeft op welke elementen de vergelijking betrekking mag hebben, ligt uit een oogpunt van specialiteit het meest voor de hand dat de verdelingscriteria voortbouwen op de weigeringsgronden van het stelsel van publiekrechtelijke rechten. Deze weigeringsgronden worden namelijk geacht verband te houden met de doelstellingen die het betreffende stelsel beoogt te verwezenlijken en kunnen in de context van een verdelingsprocedure worden opgevat als toelatingscriteria voor deelname aan deze verdelingsprocedure. Verdelingscriteria dienen in dit verband ‘een nadere invulling’ te zijn van deze doelstellingen, zoals de weigeringsgronden eveneens een nadere invulling hiervan zijn.

(...)

De weigeringsgronden van een stelsel van publiekrechtelijke rechten vormen niet het enige aanknopingspunt voor het doel dat een stelsel van publiekrechtelijke rechten beoogt te verwezenlijken. Ook in de beperkingen of voorschriften die aan een publiekrechtelijk recht kunnen worden verbonden, kunnen aanknopingspunten worden gevonden voor doelgebonden verdelingscriteria [toevoegingen CvdS].”

76. De VAN merkt in dit kader overigens op dat het pleit voor het zeer tijdig bekend maken van de verdeelcriteria zodat haar leden zich daarop kunnen instellen, zo nodig vragen kunnen stellen en de aanvraag goed en volledig kunnen indienen.

⁶⁶ Wolswinkel 2013, p. 413-417. Vergelijk overigens: Van Ommeren 2004, p. 12 en Van Rijn van Alkemade 2016, p. 98.

Tussenconclusie

77. Teneinde kwaliteit en zekerheid af te dwingen, verdient een verdeling op grond van een vergelijkende toets de voorkeur. Te meer nu met een verdeling op volgorde van binnenkomst, op basis van loting of op basis van een veiling de met de exploitatie gemoeide belangen niet, of in ieder geval onvoldoende kunnen worden meegewogen en verdeling middels een aanbesteding niet aansluit bij de aard van de vergunning. Een in de verordening op te nemen bepaling zou als volgt kunnen luiden:

"Indien meerdere ontvankelijke aanvragen voor een vergunning worden ingediend wordt door de burgemeester een vergelijkende toets uitgevoerd op basis van de volgende criteria: [specifiek uit te werken]."

Conclusie

78. Het standpunt van de VAN laat zich gelet op het voorgaande als volgt samenvatten met, waar mogelijk, voorstelbepalingen die opgenomen zouden kunnen worden in gemeentelijke regelgeving.

A. Het al dan niet aanwezig zijn van een noodzaak tot verandering van reeds verleende exploitatievergunningen ("vergunningen") voor (on)bepaalde tijd

Het staat niet op voorhand vast dat in elke situatie, bij iedere gemeente, sprake zal zijn van een vergunning die schaars is. Teneinde te voorkomen dat onnodige procedures moeten worden doorlopen, acht de VAN het wenselijk tevoren te verkennen of sprake is van een schaarse vergunning of hiervoor oog te hebben in de aanvraagprocedure.

Voorts bestaat er geen op zichzelf staande grond voor gemeenten om regelgeving of gemeentelijk beleid aan te passen. Dat is (mogelijk) pas aan de orde indien sprake is van veranderende omstandigheden (en schaarste).

B. Het wijzigen van het gemeentelijk beleid of de Algemene Plaatselijk Verordening ("APV") noopt tot een overgangsregeling

Op grond van het voorgaande meent de VAN dat er aanleiding bestaat de in de jurisprudentie verwoordde redelijke overgangstermijn vast te stellen op 15 jaar. Een in de verordening op te nemen bepaling zou als volgt kunnen luiden:

"Op het moment van inwerkingtreden van deze verordening verleende vergunningen voor het exploiteren van een speelautomatenhal worden vanaf dat moment aangemerkt als vergunningen krachtens de nieuwe verordening. Deze vergunningen hebben een geldigheidsduur tot vijftien jaar na inwerkingtreden van deze verordening."

C. De looptijd van de vergunningen

De VAN meent dat een redelijke looptijd 15 jaar bedraagt. Niet alleen criteria als investeringskosten en terugverdientijd zijn daarbij relevant. Ook belangen als de bescherming van de openbare orde, zedelijkheid en veiligheid, het ondernemersbelang, de kwaliteit van de exploitatie en administratieve lastenvermindering pleiten voor een dergelijke termijn. De in de verordening op te nemen bepalingen zou als volgt kunnen luiden:

"De vergunning wordt verleend voor de periode van 15 jaar."

D. De nieuwe situatie noopt tot een andere invulling van het wettelijk kader (mogelijkheid tot verlengen, wijzigen van ondernemer en verplaatsing)

De mogelijkheid van verlenging van de vergunning dient in regelgeving te worden mogelijk gemaakt. Dat kan geschieden met de navolgende bepaling:

"De vergunning wordt voor een periode van [x] jaar, met een eenmalige mogelijke verlenging van [x] jaar verleend."

De mogelijkheid van overdragen van de onderneming binnen de bestaande de vergunning dient in regelgeving te worden mogelijk gemaakt. Dat kan geschieden met de navolgende bepaling:

"De vergunning wordt gesteld ten name van de ondernemer en is gedurende de looptijd van de vergunning overdraagbaar aan een partij die aan de indieningsvereisten als bedoeld in artikel [X] van deze verordening kan voldoen"

De VAN meent dat het mogelijk zou moeten zijn de locatie van de speelautomatenhal gedurende de looptijd van de vergunning te wijzigen. De in de verordening op te nemen bepalingen zou als volgt kunnen luiden:

- "1. Gedurende de looptijd van de vergunning is het mogelijk een wijziging van de vergunning te verlangen teneinde de speelautomatenhal op een andere locatie te exploiteren.*
- 2. Het onder het eerste lid bedoelde is enkel mogelijk indien ook op die locatie is voldaan aan de indieningsvereisten als bedoeld in artikel [x]."*

E. De verdeling van vergunningen

Teneinde kwaliteit en zekerheid af te dwingen, verdient een verdeling op grond van een vergelijkende toets de voorkeur. Te meer nu met een verdeling op volgorde van binnenkomst op basis van loting of op basis van een veiling de met de exploitatie gemoeide belangen niet, of in ieder geval onvoldoende kunnen worden meegewogen. Een in de verordening op te nemen bepaling zou als volgt kunnen luiden:

"Indien meerdere ontvankelijke aanvragen voor een vergunning worden ingediend wordt door de burgemeester een vergelijkende toets uitgevoerd op basis van de volgende criteria: [specifiek uit te werken]."