

# Nieuwe vraagstukken bij de verdeling van schaarse vergunningen. Foutje, bedankt?

Gst. 2023/56

## 1. Inleiding

In 2016 oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Afdeling) dat er in het Nederlands recht een rechtsnorm geldt die ertoe strekt dat het bestuur bij de verdeling van schaarse vergunningen aan (potentiële) gegadigden de ruimte moet bieden om mee te dingen naar de beschikbare vergunningen.<sup>2</sup> Deze rechtsnorm is gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen. Anno 2023 is de plicht tot het bieden van mededingingsruimte bij de meeste overheden goed ingeburgerd. Zij stellen voor de verdeling van schaarse vergunningen een verdeelprocedure op en maken deze tijdig en adequaat bekend bij potentiële geïnteresseerden. *So far so good*. Echter, de praktijk blijkt weerbarstig. Er rijzen nieuwe vraagstukken. In de Afdelingsuitspraak van 7 december 2022 komen twee van deze vraagstukken aan de orde.<sup>3</sup> Het eerste houdt verband met het feit dat de verdeelprocedure lang niet altijd verloopt zoals verwacht. Gedurende de procedure doen zich omstandigheden voor die bij het opstellen van de verdeelprocedure niet waren voorzien. De vraag rijst dan welke ruimte het bestuur heeft om in te spelen op die nieuwe omstandigheden. Kan de verdeelprocedure nog worden aangepast, ook gelet op de Europeesrechtelijke kaders? Een tweede complicatie betreft de situatie waarin de verdeelprocedure niet alleen ziet op het verlenen van de vergunning, maar ook gevolgen heeft voor privaatrechtelijke toestemming voor het gebruik van overheidsgrond om deze vergunning te mogen gebruiken. Welk juridisch kader is in dat geval van toepassing: de rechtspraak van de Afdeling over schaarse rechten of het privaatrechtelijk kader zoals volgt uit het *Didam*-arrest van de Hoge Raad? In deze bijdrage reflecteer ik aan de hand van de Afdelingsuitspraak op deze nieuwe vraagstukken en de gevolgen daarvan voor de praktijk.

## 2. De verdeelprocedure voor het Oeteldonks carnaval

Ieder jaar wordt het Oeteldonks carnaval gevierd in de binnenstad van 's-Hertogenbosch. Voor de duur van het carnaval geeft de gemeente standplaatsen uit voor de verkoop van eten of andere diensten, zoals schminken. Met het oog op de verdeling van de standplaatsen zijn de 'Algemene voorwaarden voor de uitgifte van standplaatsen tijdens Carnaval in de Bossche binnenstad 2016' vastgesteld

(hierna: Algemene voorwaarden). Hierin is opgenomen dat de gemeente jaarlijks het aantal uit te geven standplaatsen bepaalt, alsmede de locaties van de standplaatsen. Middels een advertentie in de voor de gemeente gebruikelijke media wordt aangegeven op welke wijze en binnen welke termijn kan worden ingeschreven voor een standplaats en welke voorwaarden van toepassing zijn (artikel 3 Algemene voorwaarden). Voor het doen van een inschrijving dient gebruik worden gemaakt van het door de gemeente beschikbaar gestelde inschrijfformulier (artikel 4 Algemene voorwaarden). De inschrijver dient op dit formulier onder meer een bedrag te vermelden dat als huursom wordt geboden.

Volgens de Algemene voorwaarden worden bij de keuze voor standplaatsen de volgende criteria gehanteerd: (a) diversiteit in producten/diensten; (b) evenwicht in verdeling tussen consumptieve producten en non-food standplaatsen; (c) kwalitatieve uitstraling van de kraam of verkoopwagen (d) aansluiting/bekendheid van de exploitant en/of zijn medewerkers bij de tradities van het Oeteldonks carnaval (artikel 2 lid 3 Algemene voorwaarden). De Algemene voorwaarden bepalen dat de gemeente *niet* gehouden is om standplaatsen aan de hoogstbiedende inschrijvers te bieden.

### 3. Welke ruimte heeft het bestuur bij nieuwe omstandigheden?

#### 3.1 Complicatie: verdeelcriteria blijken onvoldoende onderscheidend

Voor de locatie Markt heeft het college van burgemeester en wethouders (hierna: het college) in totaal veertien inschrijvingen ontvangen voor een standplaats tijdens het carnaval van 2020, 2021 en 2022, terwijl er acht standplaatsen beschikbaar waren. Een van deze aanvragen is van appellant. Hij is eigenaar van een eenmanszaak en exploiteert een suikerspin- en popcornkraam. Bij zijn inschrijving heeft hij een bod gedaan van € 500 op een standplaats op de locatie Markt.

Het college heeft de aanvragen getoetst aan de bovengenoemde criteria. Op basis daarvan waren er echter geen noemenswaardige verschillen tussen de aanvragers. De criteria die vooraf waren opgesteld, leidden, anders dan kennelijk de verwachting is geweest, dus niet tot een winnaar. Het college lost dit op door de standplaatsvergunningen te verlenen op basis van de hoogte van het bod. Nu het door appellant gemaakte bod lager was dan de andere biedingen, heeft hij geen standplaatsvergunning gekregen.

#### 3.2 Toepassen nieuw criterium is in strijd met het gelijkheidsbeginsel

De Afdeling zet een streep door deze praktische oplossing. De Afdeling stelt vast dat sprake is van een schaarse

<sup>2</sup> ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, *Gst.* 2017/57, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel (Vlaardingen).

<sup>3</sup> ABRvS 7 december 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3606, opgenomen onder *Gst.* 2023/59.

vergunning, nu het college meer inschrijvingen heeft ontvangen dan dat er standplaatsen beschikbaar waren. Dit betekent dat aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen. Concreet houdt dit in dat het bestuur een passende mate van openbaarheid verzekert met betrekking tot de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdstip en de toe te passen criteria. Het bestuur moet hierover tijdig voorafgaand aan de start van de aanvraagprocedure duidelijkheid scheppen, door informatie over deze aspecten bekend te maken via een zodanig medium dat potentiële gegadigden daarvan kennis kunnen nemen.

Aan deze laatste voorwaarde heeft het college in dit geval niet gedaan. Uit de Algemene voorwaarden volgt namelijk niet dat het college een doorslaggevende betekenis toe mocht kennen aan de hoogstbiedende inschrijver. Uit de Algemene voorwaarden volgt weliswaar dat aanvragers een bedrag als huursom moeten bieden, maar het is niet duidelijk welke betekenis aan die geboden huursom wordt toegekend. Het college heeft dus niet van tevoren duidelijk gemaakt dat bij gelijke geschiktheid op basis van de verdeelcriteria in de Algemene voorwaarden, de standplaatsvergunningen op basis van de hoogste bieding zouden worden verdeeld. Het college heeft daardoor in strijd gehandeld met het gelijkheidsbeginsel.

### 3.3 Sanctie op niet-naleving gelijkheidsbeginsel

Een interessante vervolgvraag is wat de sanctie op niet-naleving van het gelijkheidsbeginsel is. In een ideale wereld zou de gehele verdeelprocedure opnieuw worden gehouden, zodat het gebrek aan transparantie volledig kan worden hersteld. In de praktijk is dat vaak niet mogelijk omdat andere aanvragers op basis van de aan hun verleende (onherroepelijke) vergunningen al zijn gestart met de activiteiten en/of simpelweg als gevolg van het tijdsverloop. Ook in dit geval resulteert de strijdigheid er niet in dat appellant alsnog een standplaatsvergunning krijgt. De carnavals in 2020, 2021 en 2022 zijn inmiddels voorbij. Een nieuw besluit kan daarvoor dan ook geen betekenis meer hebben. Het college hoeft van de Afdeling ook geen nieuw besluit te nemen; de uitspraak zal in de plaats treden van het vernietigde besluit. Van het college kan niet gevergd worden dat het nieuwe verdeelcriteria opstelt en de vergunningen opnieuw verdeelt voor die jaren. Bovendien is ook dan niet gegarandeerd dat appellant de gevraagde vergunning voor een standplaats zou krijgen. De enige mogelijkheid die nog resteert is dat appellant een schadevergoeding vordert van de gemeente. Appellant heeft tijdens de zitting echter verklaard dat hij geen hoger beroep heeft ingesteld met het doel een schadevergoeding te krijgen. Voor de gemeente loopt de zaak dus met een sisser af. Welk belang appellant dan wél had bij het hoger beroep, blijft onduidelijk. De uitspraak heeft vooral betekenis voor toekomstige gevallen waarin de Algemene voorwaarden zouden worden toegepast.

### 3.4 Analyse

De Afdelingsuitspraak laat zien dat als op basis van de vooraf opgestelde selectiecriteria geen winnaar kan worden geselecteerd, het bestuur geen ruimte heeft om een andere invulling te geven aan een reeds bestaand criterium of een nieuw criterium toe te passen. Dit lijkt mij een juiste toepassing van het gelijkheidsbeginsel. Dit beginsel brengt immers met zich dat het bestuur de verdeelcriteria voor schaarse vergunningen vooraf kenbaar maakt en vervolgens gelijkelijk toepast op de (inschrijvingen van de) potentiële gegadigden. De spelregels mogen tijdens het spel niet worden veranderd. Dit leidt tot strijd met de transparantieplichting en (daardoor) het gelijkheidsbeginsel. Potentiële gegadigden hebben hun inschrijving immers niet kunnen afstemmen op dit nieuwe criterium.

Dat een verdeelcriterium niet is opgenomen in het (beleids) document waarin de verdeelprocedure is beschreven, hoeft overigens nog niet fataal te zijn. De Afdeling overweegt dat het college niet aannemelijk heeft gemaakt *'dat het op een andere manier voldoende duidelijk heeft gemaakt dat de hoogte van het bod doorslaggevend zou zijn'*. Dit laat de mogelijkheid open dat een criterium wordt toegepast dat op andere wijze is gecommuniceerd. Het bestuur zal wel moeten kunnen aantonen dat een dergelijk criterium is gesteld, bijvoorbeeld door middel van een gespreksverslag. Het criterium zal mijns inziens ook voor andere potentiële gegadigden voldoende duidelijk moeten zijn (geweest), zodat ook zij hun inschrijving hierop hebben kunnen aanpassen. Alleen dan is een gelijke behandeling gewaarborgd.

Aangezien de bewegingsruimte voor het bestuur zeer beperkt is, is het essentieel dat op basis van de selectiecriteria daadwerkelijk een winnaar kan worden geselecteerd. Dit betekent dat de verdeelcriteria zodanig moeten worden geformuleerd dat zij de aanvragers van elkaar kunnen onderscheiden. De wijze waarop de criteria worden gescoord kan daarbij behulpzaam zijn. Zo kan een bepaald gewicht worden toegekend aan een criterium of kan worden gescoord op basis van een schaal van 1 tot 10. Dit beperkt het risico dat verschillende gegadigden eenzelfde score behalen en er dus meerdere winnaars uit de bus komen. Daarnaast is het verstandig een vangnetbepaling op te nemen voor het geval de vergelijkende toets (toch) geen uitsluitel biedt. Zo kan worden bepaald dat bij gelijke geschiktheid op basis van de toepasselijke verdeelcriteria, het betreffende recht aan de hand van een loting wordt verdeeld, of op volgorde van binnenkomst.

Deze Afdelingsuitspraak ziet op de situatie waarin de verdeelcriteria niet leiden tot een winnaar. Er kunnen zich ook andere omstandigheden voordoen die de verdeelprocedure frustreren. Een bekend voorbeeld is het falende webportaal waarop subsidieaanvragen digitaal konden worden ingediend, waardoor de aanvragen niet meer op volgorde van binnenkomst konden worden beoordeeld.<sup>4</sup> Daarnaast kan

4 ABRvS 11 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2018:2310 (Geobox).

worden gedacht aan de situatie waarin, nadat de verdeelprocedure al is gestart, de toe te passen criteria onrechtmatig worden geacht, met als gevolg dat deze niet kan worden voortgezet.<sup>5</sup> Een ander voorbeeld is de situatie waarin de winnaar failliet gaat, toch niet blijkt te kunnen voldoen aan vergunningsvoorwaarden<sup>6</sup> of geen privaatrechtelijke toestemming verkrijgt om de beoogde activiteit te gaan uitoefenen.<sup>7</sup> Welke ruimte het bestuur in dergelijke gevallen heeft om bij te sturen, wordt in de rechtspraak steeds van geval tot geval beoordeeld. Een vastomlijnd kader wordt daarop nog niet toegepast. Ik verwacht dat dit kader zich de komende jaren verder zal ontwikkelen. Het Europese recht zal daarbij een belangrijke rol spelen.

De ruimte voor het bestuur om te dealen met nieuwe omstandigheden bij het toepassen van een verdeelprocedure wordt immers beïnvloed door het Europese recht. De nationale mededingingsnorm is volgens de Afdeling gebaseerd op de 'uit de rechtspraak van het Hof van Justitie voortvloeiende transparantieplichting'.<sup>8</sup> Daarmee doelt de Afdeling naar moet worden aangenomen op de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) met betrekking tot de vrijheid van vestiging<sup>9</sup> en het vrije dienstenverkeer.<sup>10</sup> Het maximaliseren van het aantal vergunningen kan de uitoefening van deze vrijheden belemmeren, omdat het aantal ondernemers dat activiteiten kan verrichten wordt beperkt.<sup>11</sup> Een dergelijke beperking is slechts toelaatbaar voor zover deze gerechtvaardigd is door een dwingende reden van algemeen belang en voldoet aan het evenredigheidsvereiste. Daarnaast moet, aldus de rechtspraak van het HvJ EU, worden voldaan aan het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting. Tegen deze achtergrond heeft het HvJ EU eisen geformuleerd voor de verdeling van schaarse vergunningen.<sup>12</sup>

De rechtspraak van het HvJ EU voorziet vooralsnog niet in een concreet antwoord op de vraag welke bewegingsruimte het bestuur precies heeft wanneer zich bij een verdeelprocedure nieuwe, onvoorziene omstandigheden voordoen. De rechtspraak in het kader van het aanbestedingsrecht kan echter wel inspiratie bieden. De Europese

aanbestedingsregels<sup>13</sup> moeten (net als het leerstuk van de schaarse rechten) worden gezien tegen de achtergrond van de regels inzake het vrij verkeer. Zij zijn erop gericht belemmeringen op de interne markt weg te nemen en de concurrentie op de markt te vergroten. De Europese aanbestedingsregels moeten waarborgen dat lidstaten bij het verstrekken van overheidsopdrachten het beginsel van gelijke behandeling en transparantie, als afgeleide beginselen van de regels inzake het vrij verkeer, in de praktijk naleven en overheidsopdrachten openstellen voor mededinging.<sup>14</sup> Kortom, de Europese aanbestedingsregels concretiseren het beginsel van gelijke behandeling binnen de context van het aanbestedingsrecht, dat wil – kort samengevat – zeggen de inkoop van werken, diensten en leveringen door de overheid. De aanbestedingsregels lenen zich gelet op dit specifieke toepassingsbereik er mijns inziens niet voor om onder alle omstandigheden een-op-een (analoog) te worden toegepast op de verdeling van schaarse vergunningen. Dit laat onverlet dat van deze rechtspraak wel een reflexwerking kan uitgaan. Ik noem twee voorbeelden.

Het eerste voorbeeld is de mogelijkheid om de verdeelprocedure te staken. Volgens vaste rechtspraak staat het een aanbestedende dienst vrij om in ieder stadium een lopende aanbestedingsprocedure in te trekken, zelfs na het nemen van een (voorlopige) gunningsbeslissing.<sup>15</sup> Deze rechtspraak duidt erop dat het gelijkheidsbeginsel geen recht omvat op voltooiing van een verdeelprocedure of op een vergunning indien een verdeelprocedure tussentijds gestopt wordt. Dit is in feite een noodrem voor het geval dat de procedure om welke reden dan ook geen doorgang kan vinden. Het bestuur doet er dan ook verstandig aan een dergelijke noodrem in de procedure op te nemen. Indien een procedure wordt gestaakt zal wel nog (afwijzend) op de ingediende aanvragen moeten worden beslist, zodat hiertegen effectieve rechtsbescherming openstaat bij de bestuursrechter. Het is in ieder geval niet mogelijk om de aanvraag 'door te schuiven' naar een volgende uitgifteronde.<sup>16</sup> In de hier besproken casus had het staken van de procedure en het uitschrijven van een nieuwe (met nieuwe verdeelcriteria) wellicht tijdig een oplossing kunnen bieden.

Het tweede voorbeeld waarbij het aanbestedingsrecht als inspiratiebron kan dienen is mijns inziens het leerstuk van de wezenlijk wijziging. Volgens de rechtspraak van het HvJ EU moet een wezenlijke wijziging van de opdracht op grond van het beginsel van gelijke behandeling en de

5 ABRvS 22 december 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2910.

6 Rb. Den Haag (vzr.) 24 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:2093.

7 Rb. Den Haag 14 februari 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:1662.

8 ABRvS 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:994, AB 2017/300, m.nt. C.J. Wolswinkel.

9 Art. 49 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU).

10 Art. 56 VWEU.

11 Zie recentelijk HvJ EU 8 juni 2023, C-50/01, ECLI:EU:C:2023:448 (*Prestige and Limousine*).

12 Bijvoorbeeld HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307 (*Sporting Exchange*). Zie ook art. 12 Europese Dienstenrichtlijn 2005/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (*PbEG* 2006, L 376, p. 36) en het arrest HvJ EU 20 april 2023, C-348/22, ECLI:EU:C:2023:301 (*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato tegen Comune di Ginosa*).

13 Aanbestedingsrichtlijn (Richtlijn 2014/24/EU); Concessierichtlijn (Richtlijn 2014/23/EU); Richtlijn 2014/25, van toepassing op overheidsopdrachten binnen de speciale sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten.

14 Zie overweging 1 van de considerans van Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG.

15 HvJ EU 11 december 2014, C-440/13, ECLI:EU:C:2014:2435 (*Croce Amica*); Rb. Gelderland (vzr.) 21 februari 2020, ECLI:EU:C:2014:2435 en Rb. Den Haag (vzr.) 29 mei 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:4845.

16 Zie bijvoorbeeld ABRvS 22 december 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2910.

daaruit voortvloeiende transparantieplichting leiden tot een nieuwe aanbestedingsprocedure voor de aldus gewijzigde opdracht.<sup>17</sup> Aanpassingen van ondergeschikt belang (anders gezegd: 'niet-wezenlijke wijzigingen'<sup>18</sup>) zijn daarentegen wél toegestaan.<sup>19</sup> Dit leerstuk zou ook kunnen worden toegepast als het gaat om de vraag welke ruimte het bestuur heeft in te spelen op nieuwe omstandigheden bij de verdeling van schaarse vergunningen. Dit betekent dat er binnen het kader van de verdeelprocedure ruimte is voor ondergeschikte aanpassingen. De Afdeling heeft dit leerstuk van de wezenlijke wijziging in een andere context overigens al een keer toegepast. De Afdeling oordeelde dat een verhuizing van een speelautomatenhal naar een andere locatie, gelet op het toepasselijk wettelijk kader, als een wezenlijke wijziging moest worden aangemerkt, met als gevolg dat de vergunninghouder geen aanspraak kon maken op continuering van de (schaarse) exploitatievergunning ten behoeve van een andere locatie.<sup>20</sup> Voor de standplaatsvergunning voor het Oeteldonks carnaval had dit leerstuk geen soelaas geboden. Het toepassen van een nieuw criterium kan moeilijk als ondergeschikte wijziging kwalificeren.

#### 4. Verdeling via het publiekrecht of het privaatrecht?

##### 4.1 Complicatie: verdeling vergunning heeft gevolgen voor privaatrechtelijke toestemming

Een tweede complicatie in deze Afdelingsuitspraak is dat de inschrijving niet alleen betrekking heeft op verlening van een standplaatsvergunning, maar indirect ook op toestemming voor het gebruik van de gemeentegrond. Deze combinatie doet zich vaker voor als de te verlenen vergunning ziet op een activiteit die plaatsvindt op overheidsgrond. Denk aan een ligplaatsvergunning voor vaartuigen, of een vergunning op grond van de Wet beheer rijkswaterstaatswerken voor het realiseren van laadpalen op grond van de rijksoverheid.<sup>21</sup>

De Afdeling veronderstelt – kennelijk in navolging van het college – dat de standplaatsvergunning in dit geval het verdeelinstrument is geweest. De vraag is of dit juist is. Er zijn

in de Algemene voorwaarden ook aanknopingspunten te vinden dat de verdeling zag op de selectie van een huurder van de standplaats. Artikel 2 Algemene voorwaarden bevat de titel 'gesloten verpachting' en valt onder het kopje 'wijze van huur'. In artikel 2 lid 1 staat: "Jaarlijks bepaalt de gemeente het aantal uit te geven standplaatsen, alsmede de locaties van de standplaatsen", waarna in lid 2 staat: "De standplaatsen worden verhuurd door middel van een gesloten verhuursysteem. Als zodanig worden de gesloten enveloppen met inschrijvingen niet in de openbaarheid geopend en voorgelezen. Evenmin worden de geboden huursommen nadien gepubliceerd of bekendgemaakt."

##### 4.2 Analyse

De vraag of het publiek- of privaatrecht als verdeelinstrument wordt gebruikt, is des te meer interessant in het licht van het *Didam*-arrest van de Hoge Raad.<sup>22</sup> In dit arrest heeft de Hoge Raad beslist dat uit het gelijkheidsbeginsel voortvloeit dat een overheidslichaam dat het voornemen heeft een aan hem toebehorende zaak te verkopen, ruimte moet bieden aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen bij de aankoop van deze onroerende zaak, als er meerdere gegadigden zijn of dat redelijkerwijs te verwachten is. In de praktijk wordt aangenomen dat dit ook ziet op andere vormen van gronduitgifte, zoals huur.

Aangenomen mag worden dat na een rechtmatige verdeling van de standplaatsvergunningen via bestuursrechtelijke weg, voor het gebruik van de grond niet nogmaals een verdeelprocedure hoeft plaats te vinden volgens de regels van het *Didam*-arrest. Met het verlenen van de vergunning staat in feite ook vast wie de gemeentegrond mag huren. De huurovereenkomst volgt in dat geval de schaarse standplaatsvergunning. De voorwaarden waaronder deze huur plaatsvindt zullen doorgaans echter geen onderdeel zijn van de verdeelprocedure. Het is wel belangrijk dat in het kader van de vergunningprocedure de exacte locatie vast staat. Anders zou tussen de winnende partijen alsnog discussie kunnen ontstaan over de vraag wie welk stuk grond mag gebruiken. In dat geval zou onder omstandigheden alsnog een tweede verdeelprocedure vereist kunnen zijn.

Andersom mag worden aangenomen dat als een huurovereenkomst is verdeeld overeenkomstig de regels van het *Didam*-arrest (mede op basis van het criterium 'hoogste bod'), voor de verlening van de standplaatsvergunning in beginsel niet nogmaals een bestuursrechtelijke verdeelprocedure hoeft plaats te vinden. De vergunningen zullen dus mogen worden verleend aan de winnaars van de huurovereenkomst, uiteraard indien aan de daarvoor geldende voorwaarden is voldaan. Voorwaarde hiervoor is dat het publiekrechtelijk kader een haakje biedt om partijen die niet zijn geselecteerd in de privaatrechtelijke verdeelprocedure, af te kunnen wijzen indien zij (ondanks dat zij niet geselecteerd zijn) toch een vergunningaanvraag indienen. Bij het

17 Dit is het geval wanneer de voorgenomen wijzigingen tot gevolg hebben dat hetzij de opdracht in belangrijke mate wordt uitgebreid tot elementen die niet waren voorzien, hetzij het economische evenwicht van de overeenkomst in het voordeel van de gekozen inschrijver wordt gewijzigd, hetzij deze wijzigingen de gunning van de opdracht ter discussie kunnen stellen, in die zin dat in het geval waarin deze wijzigingen waren opgenomen in de documenten die de procedure voor het plaatsen van de oorspronkelijke opdracht regelden een andere inschrijving zou zijn gekozen of andere inschrijvers hadden kunnen worden toegelaten; zie HvJ EU 7 september 2016, ECLI:EU:C:2016:634, C-549/14 (*Finn Frogne A/S tegen Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation*); HvJ EU 19 juni 2008, C-454/06, ECLI:EU:C:2008:351 (*Presstext Nachrichtenagentur*) en HvJ EU 3 februari 2022, C-461/20, ECLI:EU:C:2022:72 (*Advania Sverige AB Kammarkollegiet tegen Dustin Sverige AB*); zie ook art. 33 lid 2 derde alinea en art. 72 Aanbestedingsrichtlijn.

18 Bijvoorbeeld HvJ EU 3 februari 2022, C-461/20, ECLI:EU:C:2022:72 (*Advania Sverige AB en Kammarkollegiet tegen Dustin Sverige AB*).

19 Zie ook Rb. Den Haag 14 februari 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:1662.

20 ABRvS 27 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2611 (Helmond).

21 Bijv. Hof Den Haag 21 maart 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:469.

22 HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, AB 2022/11, m.nt. F.J. van Ommeren.

ontbreken van een dergelijke afwijzingsgrond kunnen er twee partijen zijn die een vergunning hebben met betrekking tot hetzelfde stuk grond. In dat geval zal waarschijnlijk wederom een bepaalde vorm van een selectieprocedure nodig zijn om de huurder te selecteren.

De Afdelingsuitspraak van 7 december 2022 laat duidelijk zien dat bij het vaststellen van een verdeelprocedure scherp voor ogen dient te worden gehouden wat er precies wordt verdeeld (de vergunning of een overeenkomst) en hoe dit verdeelinstrument zich verhoudt tot andere toestemmingen van de gemeente om de beoogde activiteit te realiseren. Bij het verdelen van de standplaatsvergunning zijn de huurvoorwaarden (zoals de huursom) vermengd geraakt met de vergunningverlening en dat blijkt juridisch niet goed houdbaar.

Het belang van een gedegen keuze voor het verdeelinstrument geldt te meer, nu deze in belangrijke mate bepalend is voor het toepasselijke normenkader. Verdeling van de huurovereenkomst heeft tot gevolg dat deze verdeling primair wordt beheerst door privaatrechtelijke normen, waaronder het huurrecht. Ook de rechtsbescherming verloopt langs privaatrechtelijke weg, bij de civiele rechter. Het toepasselijke normenkader is tevens relevant voor de vraag welke verdeelcriteria kunnen worden gehanteerd. Het college heeft in de hier besproken Afdelingsuitspraak het criterium van het hoogste bod toegepast. Dit komt neer op een veiling. Bij de uitgifte van grond is dat niet ongebruikelijk en zal dit in de meeste gevallen zijn toegestaan. Bij de verlening van een vergunning is dat echter lang niet altijd het geval, gelet op het specialiteitsbeginsel.<sup>23</sup> Het is dan ook maar de vraag of de gemeente de strijd met het gelijkwaardigheidsbeginsel voor toekomstige gevallen eenvoudig kan wegnemen door in de verdeelprocedure op te nemen dat de vergunning wordt verleend aan de partij met het hoogste bod.

Daar komt bij dat de rechtspraak van de Afdeling over schaarse (publieke) rechten en de Hoge Raad over de uitgifte van grond (vooralsnog) niet synchroon lopen. Zo heeft de Afdeling geoordeeld dat schaarse vergunningen slechts voor bepaalde tijd mogen worden verleend, terwijl de Hoge Raad dit niet heeft geoordeeld bij de uitgifte van grond. Dit doet de vraag rijzen of het gekozen verdeelinstrument leidend is voor de geldigheidsduur van het verleende recht: het huurrecht of de geldigheidsduur van de schaarse vergunning die veelal wordt gebaseerd op de terugverdientijd van de investeringen. Ook de consequenties van niet-naleving van de verdeelregels kunnen uiteen lopen. In de Afdelingsuitspraak leidt schending van het gelijkheidsbeginsel niet tot een nieuwe verdeelprocedure, of tot vergunningverlening, terwijl het gerechtshof Arnhem Leeuwarden op 4 april 2023 oordeelde dat een koopovereenkomst die in strijd met het gelijkheidsbeginsel is gesloten, vernietigbaar

is.<sup>24</sup> De voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland oordeelde op 22 maart 2023 dat een koopovereenkomst in dat geval zelfs nietig is.

Kortom, de keuze voor een verdeling over de band van het publiek- of het privaatrecht verdient aandacht. In dat verband doemt ook een ander nieuw vraagstuk op, namelijk in hoeverre het aan het bestuur is om een keuze voor het verdeelinstrument te maken.

## 5. Conclusie

De Afdelingsuitspraak van 7 december 2022 illustreert dat het leerstuk van de schaarse rechten de verdelende overheid voor nieuwe juridische vraagstukken stelt. Een belangrijk vraagstuk is in hoeverre het bestuur gedurende een lopende verdeelprocedure nog kan bijsturen als zich omstandigheden voordoen waarin de verdeelprocedure niet voorziet. Gelet op de transparantieplichting blijkt de bewegingsruimte voor het bestuur begrensd. Het toetsingskader staat nog in de kinderschoenen, maar zal mede onder invloed van het Europese recht de komende jaren nadere invulling krijgen. Ik heb betoogd dat gelet op de Europeesrechtelijke kaders het bestuur de ruimte heeft om een lopende procedure te staken en om de procedure op ondergeschikte punten aan te passen. Hoe dan ook, het cliché 'voorkomen is beter dan genezen' geldt bij de verdeling van schaarse vergunningen in versterkte mate. Het is belangrijk om bij het opstellen van de verdeelprocedure te anticiperen op de verschillende scenario's en te voorzien in mogelijke oplossingen. Het verdient aanbeveling een noodrem in te bouwen. Daarnaast zal – mede in het licht van het *Didam*-arrest – bij de verdeelprocedure scherp voor ogen dienen te worden gehouden wat er precies wordt verdeeld (de vergunning of een overeenkomst) en hoe dit verdeelinstrument zich verhoudt tot andere toestemmingen van de gemeente om de beoogde activiteit te realiseren.

<sup>23</sup> Hierover A. Drahmman, 'Het veilen van schaarse vergunningen door gemeentebesturen: een verkenning van twee mogelijke belemmeringen', *NTB* 2020/173.

<sup>24</sup> Hof Arnhem Leeuwarden 4 april 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:2796.