# Notitie

| | | |
|---|---|---|
| Aan | : | Lidwien Gottmer |
| Van | : | Casper Dekker en Jurgen Vermeulen |
| Betreft | : | Gemeente Etten-Leur / advies speelautomatenverordening |
| Datum notitie | : | 6 mei 2022 |

**********

Geachte mevrouw Gottmer, beste Lidwien,

Naar aanleiding van ons telefoongesprek en de daarop volgende e-mailwisseling in de periode van 26 tot en met 29 april 2022 tref je hierbij ons advies omtrent de risico's van het vaststellen van de wijziging van de Speelautomatenverordening Etten-Leur 2016 (hierna: de Verordening) door de gemeenteraad van de gemeente Etten-Leur (hierna: de gemeenteraad).

In jouw e-mails van 26 en 29 april 2022 legde je ons een viertal adviesvragen voor:

I. Wat is de succeskans van een claim van de huidige exploitant als bij een gelijkblijvend aantal speelautomatenhallen de vergunningsduur in de Verordening wordt aangepast van onbepaalde duur naar vijftien jaar?
II. Wat is de succeskans van een claim van de huidige exploitant als de vergunningsduur in de Verordening wordt aangepast van onbepaalde duur naar 15 jaar én twee speelautomatenhallen worden toegestaan?
III. Wat is de kans en wat zijn de slagingskansen dat er een claim komt van een derde als er een wijziging van de Speelautomatenhalverordening komt zoals onder II. beschreven?
IV. Is het juridisch mogelijk en gewenst om het risico op een eventuele claim op voorhand door te leggen naar de toekomstige exploitant van de tweede speelautomatenhal?
V. Aan wat voor grootte moet gedacht worden bij een mogelijke claim?

Op 26 april 2022 zond jij de volgende documenten toe ten behoeve van het onderhavige advies:

a. 1. Getekend Raadsvoorstel Speelautomatenhalverordening Etten-Leur 2022;
b. Bijlage 2 behorend bij raadsvoorstel Speelautomatenhalverordening (juni) 2022;
c. Speelautomatenhalverordening 2022 (juni) met wijzigingen t.o.v. 2016 geel gearceerd;
d. Speelautomatenhalverordening Etten-Leur 2016.

Nu wij veronderstellen dat de feiten en omstandigheden genoegzaam bekend zijn, beginnen wij – ook ten behoeve van het overzicht – met een korte conclusie. Daarna volgen de meer uitgebreide (juridische) overwegingen die hebben geleid tot die conclusie.

**Conclusie**

1. Ten aanzien van de door jou gestelde vragen, die wij hieronder ten behoeve van het overzicht nogmaals hebben opgenomen, geldt qua antwoorden het navolgende.

I en II. Wat is de succeskans van een claim van de huidige exploitant als bij een gelijkblijvend aantal, respectievelijk twee, speelautomatenhallen de vergunningsduur in de Verordening wordt aangepast van onbepaalde duur naar vijftien jaar?

2. Van groot belang is dat voor een afdoende lange overgangstermijn gezorgd wordt en dat die termijn onderbouwd wordt. In het door jou toegezonden document "1. Getekend Raadsvoorstel Speelautomatenhalverordening Etten-Leur 2022" is wat ons betreft qua onderbouwing al een grote slag geslagen.

3. Daarmee is verdedigbaar dat sprake is van een voldoende ruime overgangstermijn. Om het risico dat de overgangstermijn en de onderbouwing daarvan aangevochten worden (verder) te verminderen, kan overwogen worden deze onderbouwing nog meer kwantitatief te onderbouwen. Wanneer daarvoor gekozen wordt, verdient het aanbeveling onderzoek te doen naar c.q. in gesprek te gaan met de huidige exploitant.

4. De hiervoor gedane aanbevelingen gelden te meer in geval de gemeenteraad besluit niet een, maar twee exploitatievergunningen te verdelen. In dat geval kan het immers zijn dat de huidige exploitant meer tijd nodig heeft om enerzijds de verrichte, noodzakelijke investeringen terug te kunnen verdienen en anderzijds om zich te kunnen voorbereiden op de situatie waarin op gelijke voet met andere potentiële gegadigden meegedongen wordt, althans kan worden, om de exploitatievergunningen. Een gedegen onderbouwing van de overgangstermijn is dan aangewezen.

III. Wat is de kans en wat zijn de slagingskansen dat er een claim komt van een derde als er een wijziging van de Speelautomatenhalverordening komt zoals onder II. beschreven?

5. Zolang vooraf goed nagedacht wordt over wanneer de exploitatievergunning(en) beschikbaar komen, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdvak en de toe te passen criteria en de wijze waarop dat gecommuniceerd wordt richting potentiële gegadigden (met het Gemeenteblad lijk je nooit fout te zitten), wordt de kans op een succesvolle bestuursrechtelijke zaak geminimaliseerd. Daarmee wordt de kans op een succesvolle claim vervolgens geminimaliseerd.

6. Dat leidt ertoe dat wij van oordeel zijn dat bij een correct opgezette en uitgevoerde verdelingsprocedure de kans op een succesvolle claim van een aan de verdeling deelnemende en verliezende partij klein is. Die kleine kans laat overigens onverlet

dat, zoals ook opgemerkt in het document "1. Getekend Raadsvoorstel Speelautomatenhalverordening Etten-Leur 2022", niet uit te sluiten is dat een verliezende deelnemer rechtsmiddelen aanwendt om de exploitatievergunning alsnog te verkrijgen en zo nodig schade vergoed te krijgen.

IV. Is het juridisch mogelijk en gewenst om het risico op een eventuele claim op voorhand door te leggen naar de toekomstige exploitant van de tweede speelautomatenhal?

7. De ratio achter de Wet op de kansspelen (hierna: Wok) – openbare orde, veiligheid en zedelijkheid[1] en de eisen die daaraan gesteld worden in het kader van verslavingspreventiebeleid[2] – die de basis vormt voor het vaststellen van de Speelautomatenhalverordening Etten-Leur 2022 (hierna: Verordening 2022), zich tegen het opnemen van een dergelijke vergoedingsverplichting als vergunningsvoorwaarde. Dat het niet mogelijk is buiten de doestellingen van de Wok te treden, wordt bevestigd in een uitspraak van de rechtbank Rotterdam uit 2021.[3]

8. Een alternatief zou zijn het als voorwaarde voor deelneming te stellen dat een overeenkomst met de gemeente Etten-Leur (hierna: de gemeente) wordt aangegaan waarin een dergelijke vergoedingsverplichting wordt overeengekomen. Daarvan kan betwijfeld worden of dat mogelijk is, nu de Wok juist een mogelijkheid biedt binnen bepaalde kaders een verordening vast te stellen. Het daarbuiten treden kan op gespannen voet komen te staan met de tweewegenleer. Daarbij is dan met name de vraag of de Wok ruimte laat om aanvullend nog een dergelijk overeenkomst verplicht te stellen.

9. Een ongewenst gevolg van het verhalen van schade op de tweede exploitant zou kunnen zijn dat andere partijen dan de zittende exploitant zullen terugschrikken voor deelname aan de verdeling vanwege de risico's die dan aan deelname worden verbonden. Daarmee wordt het tegenovergestelde bereikt van hetgeen volgens wet en rechtspraak wordt beoogd, namelijk het mogelijk maken van mededinging. Ook lijkt het niet te verdedigen dat de gemeente de gevolgen van eigen onrechtmatig handelen verlegt naar een partij die daar niets aan kan doen en er evenmin enig voordeel van heeft genoten.

[1] *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.
[2] 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.
[3] Rb. Rotterdam 12 mei 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:4256.

V. Aan wat voor grootte moet gedacht worden bij een mogelijke claim?

10. De hoogte van een eventuele claim is niet of nauwelijks vooraf in te schatten, omdat deze zeer sterk afhankelijk is van de feiten en omstandigheden van het geval. Daarbij is bijvoorbeeld ook van belang welke partij een claim indient. Een claim van de huidige exploitant zal anders opgebouwd en uit andere kostenposten bestaan, dan de claim van een aan de verdeling deelnemende partij. Daar komt bij dat het, als het al tot een claim komt, vaak gaat om het fictieve geval waarin een rechtmatig besluit genomen zou zijn en dan de kans op (bepaalde vormen van) schade.

**Overwegingen**

Algemeen

11. Vooropgesteld dient te worden dat het (zeer) lastig is de succeskans van een in te stellen claim in te schatten. Wij kunnen dat enkel doen in meer algemene bewoordingen als “gerede kans”, “kleine kans” en dergelijke. Bovendien kan ook in geval van een kleine kans een partij ervoor kiezen alsnog een claim bij de gemeente neer te leggen, waarna een procedure gevoerd moet worden.

12. In dat licht is van belang dat, zoals jij op 4 mei 2022 telefonisch liet weten, de relatie met de huidige exploitant – Pierre de Jonge Casino Etten-Leur – goed is en ook gesprekken gevoerd zijn met deze exploitant.

I. en II  Claim van de huidige exploitant

13. Feitelijk draait een deel van de vragen om een inschatting van het risico dat de huidige exploitant een claim bij de gemeente neerlegt in verband met het wijzigen van de Verordening. Daarbij worden twee situaties onderscheiden. Enerzijds de situatie waarin, net als onder de Verordening nu, één speelautomatenhal is toegestaan binnen de gemeente en anderzijds de situatie waarin, anders dan onder de Verordening nu, nog een tweede speelautomatenhal toegestaan wordt binnen de gemeente.

14. Allereerst achten wij het van belang dat het op basis van de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Afdeling) in beginsel niet meer is toegestaan schaarse vergunningen voor onbepaalde tijd te verlenen. De Afdeling baseert dat op het materiële gelijkheidsbeginsel:

> “8. (…) *Deze rechtsnorm is gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen.*

*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."*[4]

15. Daarbij is van belang dat zodra in regelgeving een expliciet vergunningenplafond is vastgesteld, sprake is van een (beleidsmatig) schaarse vergunning. Bij schaarse vergunningen is immers cruciaal dat voorafgaand aan de vergunningverleningsprocedure wordt bepaald of sprake kan zijn van schaarste. Als dat het geval is, moet een verdelingsprocedure plaatsvinden. Doorslaggevend is dus of sprake is van potentiële schaarste: er is sprake van schaarse publieke rechten als de som van de omvang van de aanvragen het aantal beschikbare publieke rechten kan overtreffen. Daarvan is altijd sprake als een vergunningenplafond wordt vastgesteld.[5] Anders gezegd, sprake dient te zijn van potentiële schaarste.

16. Zo'n plafond kan, zo volgt uit de rechtspraak van de Afdeling, overigens verstopt zitten of bestaan uit een mengvorm van "soorten" schaarste.[6]

17. In de gemeente is overduidelijk sprake van schaarste, nu met de wijziging van de Verordening gekozen wordt voor beleidsmatige schaarste. Sprake is immers van een maximumaantal exploitatievergunningen van een, dan wel twee.

18. Vervolgens is het van groot belang te zorgen voor een afdoende lange overgangstermijn, omdat de huidige exploitant op basis van de Verordening een exploitatievergunning voor onbepaalde tijd kreeg en met de wijziging van de Verordening geconfronteerd wordt met een exploitatievergunning voor bepaalde tijd. Dat belang is ook erkend in de rechtspraak van de Afdeling en daarvoor nog het College van Beroep voor het bedrijfsleven.[7]

19. Zo'n overgangstermijn ligt ook overigens in de rede, waarbij de duur daarvan gebaseerd is op enerzijds het over voldoende tijd kunnen beschikken om de gedane noodzakelijke investeringen terug te kunnen verdienen en anderzijds het zich kunnen voorbereiden op de situatie waarin op gelijke voet met andere potentiële gegadigden mededinging mogelijk wordt. Dat is ook bevestigd in de Handreiking schaarse rechten[8]

20. Ook in de rechtspraak wordt duidelijk dat goed onderzocht dient te worden wat een redelijke overgangstermijn is. In een uitspraak van de Afdeling uit 2021 ten

[4] ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927 en ABRvS 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:994.
[5] ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2892, zoals bevestigd in ABRvS 23 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:3081. Zie ook: Rb. Amsterdam 21 mei 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2615 en :2616.
[6] ABRvS 8 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1013. Die soorten zijn: fysieke, technische of beleidsmatige schaarste.
[7] CBb 25 februari 2015, ECLI:NL:CBB:2015:55,
[8] https://vng.nl/onderwerpenindex/recht/apv/nieuws/handreiking-schaarse-vergunningen-gepubliceerd, p. 27.

aanzien van overgangsrecht bij standplaatsvergunningen van onbepaalde naar bepaalde tijd overwoog de Afdeling:

> "*5.1 (…)*
>
> *Verder geldt voor het voorliggende geval, waarin wordt overgegaan van standplaatsvergunningen voor onbepaalde tijd naar vergunningen met een beperkte geldigheidsduur, dat de betrokken vergunninghouders wellicht extra tijd moet worden geboden om de door hen met het oog op de eerdere situatie gemaakte (kapitaal)investeringen redelijkerwijs te kunnen afschrijven."*[9]

21. Concreter werd het in een uitspraak van de rechtbank Gelderland uit 2021, waarbij expliciet ingegaan werd op het overgangsrecht:

> *"4.3. In het aan de Beleidsregel ten grondslag liggende burgemeestersvoorstel van 27 maart 2019 is de overgangstermijn van 6 jaar bepaald aan de hand van 'vaste' afschrijvingstermijnen. Verweerder heeft zich daarbij gebaseerd op de afschrijvingstermijnen voor speelautomaten en multiroulette's (7 jaar) en voor computerapparatuur (3 tot 5 jaar) in het jaarverslag 2016 van Holland Casino. Ook verwijst verweerder naar de afschrijvingstermijnen afgeleid van Holland Casino in het onderzoek 'speelruimte naar een nieuwe marktordening van de land-based kansspelmarkt' uitgevoerd in opdracht van de ministeries van Justitie en Veiligheid en Financiën: 40 jaar voor gebouwen, 10 jaar voor verbouwingen, 8 jaar voor installaties, 6 jaar voor andere vaste bedrijfsmiddelen en 3 jaar voor overige immateriële vaste activa (onderzoek).*
>
> *Naar het oordeel van de rechtbank berust de in de Beleidsregel opgenomen overgangstermijn van maximaal zes jaar niet op een zorgvuldig onderzoek en een kenbare belangenafweging. De verwijzing naar de door Holland Casino gehanteerde afschrijvingstermijnen voor speelautomaten, multiroulette's en computerapparatuur en de in het onderzoek genoemde afschrijvingstermijnen is niet toereikend. Holland Casino hanteert immers verschillende afschrijvingstermijnen voor verschillende bedrijfsmiddelen. Met de gekozen zes jaar lijkt verweerder alleen te hebben gekeken naar de afschrijvingstermijn voor speelautomaten. Bovendien is zonder nadere toelichting - die ontbreekt - niet duidelijk of de situatie bij Holland Casino - gezien het verschil in schaal en het feit dat Holland Casino over meerdere vestigingen beschikt - zich goed genoeg vergelijken laat met de situatie bij de 'zittende vergunninghouders' waaronder eiseres. Voorts acht de rechtbank het uitgangspunt om alleen te focussen op de afschrijvingsduur van één of meer bedrijfsmiddelen nog te ééndimensionaal en daarmee onjuist. Nodig zijn een integraal onderzoek en afweging aan de hand van een analyse van de bedrijfseconomische situatie van de 'zittende vergunninghouders', een analyse van de gedane investeringen en de vraag of er bijzondere omstandigheden zijn. Een dergelijk onderzoek en analyse ontbreken.*

[9] ABRvS 21 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1588.

*De conclusie is dat verweerder in redelijkheid niet tot vaststelling van de duur van maximaal zes jaar in de Beleidsregel heeft kunnen komen. Verweerder had de Beleidsregel wegens strijd met de artikelen 3:2 en 3:4 van de Awb buiten toepassing moeten laten.*

*4.4 De rechtbank is van oordeel dat ook anderszins niet is gebleken dat in dit concrete geval een vergunningsduur van zes jaar niettemin voldoende is. Immers, eiseres is al geruime tijd in het bezit van een vergunning en vermeldt in haar jaarstukken een afschrijvingstermijn van 10 jaar voor verbouwingen, en 5 jaar voor speelautomaten, inventaris en vervoermiddelen. Ook overigens is thans niet gebleken van concrete gegevens die onderbouwen dat in dit geval zes jaar wel voldoende is voor eiseres. De verwijzing naar een globaal onderzoek aan de hand van beschikbare jaarrekeningen van eiseres in de reactienota van 7 oktober 2019 maakt dat niet anders; de omstandigheden dat de current ratio over 2017 hoger is dan 1 en dat het werkkapitaal positief is en het eigen vermogen over 2017 is toegenomen zijn onvoldoende om met voldoende zekerheid aan te nemen dat bij eiseres de noodzakelijke (start)investeringen reeds zijn terugverdiend."*[10]

22. In een ander geval oordeelde de rechtbank Amsterdam in 2022 dat een overgangsregime met flankerend beleid door de beugel kon. De rechtbank overwoog in dat kader:

"*26.1. (…) In aanloop naar het nieuwe stelsel is het college in dialoog geweest met een afvaardiging van de reders (het stakeholdersoverleg). Daarin is ook de overgangsperiode aan de orde is geweest. De overgangstermijn betreft de termijn die nog resteert totdat de exploitatievergunningen aflopen als gevolg van de omzettingsbesluiten. Het college heeft bij het bepalen van de lengte van de overgangstermijn een aantal flankerende maatregelen getroffen, om de nadelige gevolgen voor de reders van de overgang naar het nieuwe volumebeleid te beperken. In de Beleidsregels omzetting vergunning passagiersvaart van 14 januari 2020) is bepaald dat de exploitatievergunningen niet in één keer worden omgezet, maar in vier tranches. De exploitatievergunningen zouden daardoor aanvankelijk eindigen op 1 maart 2022, 1 maart 2024, 1 maart 2026 of 1 maart 2028. Als gevolg van de coronacrisis heeft het college de inwerkingtreding van het nieuwe volumebeleid met twee jaar uitgesteld. De huidige exploitatievergunningen eindigen nu op 1 maart 2024, 1 maart 2026, 1 maart 2028 of 1 maart 2030.*

*26.2. Per segment heeft het college de exploitatievergunningen gerangschikt op uitgiftedatum. Hoe verder in het verleden de uitgiftedatum ligt, hoe hoger de vergunning is gerangschikt. In de eerste tranche vervallen per segment de vergunningen met de hoogste rangschikking. Als gevolg daarvan zullen de vergunningen van reders die het meest recent zijn verstrekt, in de latere tranches vervallen, zodat deze reders langer de tijd hebben om gebruik te maken van hun vergunning. Daarnaast geldt als flankerende*

[10] Rb. Gelderland 26 juli 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:3977. Vergelijk eerder ook, zij het ten aanzien van de looptijd: Rb. Den Haag 27 augustus 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:8907. In dat geval was geen enkele onderbouwing gegeven.

*maatregel dat het aantal vergunningen van een reder dat afloopt, per segment en per tranche is gemaximeerd. Daardoor kunnen de vergunningen van een reder die meerdere vergunningen heeft niet in één keer aflopen. Om reders met slechts één vergunning tegemoet te komen, gelden alle reders met één vergunning voor de toepassing van deze regel gezamenlijk als één reder. Ook hebben reders met meerdere vergunningen een zogenoemd wisselbesluit kunnen vragen, om de rangschikking van hun vergunningen onderling te wijzigen.*

*26.3. Op deze wijze heeft het college bepaald op welke datum de exploitatievergunningen van de reders zullen aflopen, en daarmee de lengte van de overgangstermijn per vergunning vastgesteld.*

*26.4. Tot slot biedt het college daarnaast de mogelijkheid van nadeelcompensatie. Indien een reder meent dat hij ondanks de overgangstermijn onevenredig is getroffen door de omzettingsbesluiten, kan hij bij het college een verzoek doen tot nadeelcompensatie. Op de zitting heeft het college toegelicht dat deze nadeelcompensatie kan bestaan uit een financiële compensatie, een langere overgangstermijn, of een combinatie daarvan.*

*(…)*

*28. De rechtbank oordeelt dat het college op basis van de geboden overgangstermijn met alle genoemde flankerende maatregelen de grenzen van de haar toekomende beoordelingsruimte niet heeft overschreden en een 'fair balance' heeft getroffen tussen het algemeen belang, dat is gediend bij een plafond en een voldoende toegankelijke markt en het fundamentele recht van de reders op respect van hun eigendommen. De omzettingsregeling is niet in strijd met artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. De overgangstermijn is volgens de rechtspraak van het EHRM met name bedoeld om de reders de gelegenheid te bieden zich voor te bereiden op de situatie die vanaf 2024 zal bestaan. Het college moet bij het bepalen van die termijn een redelijke balans treffen tussen het belang van de reders om zich in te kunnen stellen op de stelselwijziging en de belangen van nieuwe toetreders tot de markt, voor wie de markt niet te lang op slot mag worden gehouden. Daarbij geldt niet de eis dat de reders geen enkel nadeel mogen lijden. Veranderingen in de wijze waarop de gemeente, reagerend op ontwikkelingen in de stad, omgaat met de passagiersvaart horen tot op zekere hoogte ook bij hun ondernemersrisico. Het college moet de klap proberen te verzachten waar dat in redelijkheid kan, maar heeft ook andere belangen in het oog te houden.*

*De rechtbank heeft de concrete vergunningduur van alle vergunningen van alle procederende reders bekeken. De overgangstermijn beslaat in alle gevallen meerdere jaren en biedt samen met de flankerende maatregelen over het algemeen voldoende gelegenheid zich voor te bereiden op de situatie die vanaf 2024 zal bestaan. Dat geldt ook indien er vanuit wordt gegaan dat de reders de omzetting van hun vergunningen (pas) hebben kunnen voorzien vanaf november 2018, toen het ontwerp van de Nota Varen – deel 1 ter inzage werd gelegd. De rechtbank acht daarbij van belang dat de bestaande*

*reders worden gekenmerkt door een grote variëteit in het soort boot, in afgiftedatum en het aantal vergunningen. In veruit de meeste gevallen verloopt de vergunning niet eerder dan zes jaar na de afgiftedatum. Voor veel reders geldt een langere looptijd en vaak hebben zij nog andere vergunningen met een langere looptijd. Voor vergunninghouders van een salonboot geldt veelal een looptijd van tien jaar en ook zij hebben regelmatig meerdere vergunningen. Voor wat betreft de vergunninghouders van boten uit het segment bemand groot geldt dat zij hun nieuwere vergunningen veelal hebben gekregen in een periode waarin deze slechts voor bepaalde tijd werden verleend, zodat zij er bij de aanvraag rekening mee moesten houden dat de vergunning al eerder zou verlopen. Het gaat hier bovendien veelal om grotere reders, wiens vergunningen over de tranches zijn verdeeld. Verder is van de mogelijkheid een wisselbesluit te vragen ruim gebruik gemaakt door de reders met meerdere vergunningen. Voor individuele gevallen waarin de overgangstermijn onvoldoende is, kan een beroep op de nadeelcompensatieregeling worden gedaan. Tegen beslissingen op grond van die regeling staat bezwaar en beroep open. Een financiële compensatie voor alle reders is niet vereist in het kader van de 'fair balance'. Het college kon volstaan met het bepalen van de overgangstermijn in samenhang met de flankerende maatregelen."*[11]

23. De hiervoor aangehaalde rechtspraak maakt vooral duidelijk dat goed onderzocht en onderbouwd moet worden waarom tot een bepaalde overgangstermijn gekomen wordt. In de praktijk zien wij dat dergelijke onderzoeken vaak verricht worden door SEO Economisch Onderzoek, het Bureau voor Economische Argumentatie of daarmee vergelijkbare instellingen.

24. In de hierboven genoemde uitspraak van de Afdeling uit 2021 omtrent de standplaatsvergunningen, kwam verder aan de orde dat de input van brancheverenigingen ook van belang kan zijn.[12] Voor speelautomatenhallen is dat de VAN Kansspelen Brancheorganisatie (hierna: VAN). Op hun website hebben zij een brochure gepubliceerd waarin hun standpunten verwoord worden.[13] Daaruit volgt onder meer dat overgangsrecht toegepast dient te worden wanneer van onbepaalde naar bepaalde tijd wordt gegaan.

25. Nu, zoals jij telefonisch aangaf, de relatie met de huidige exploitant goed is en deze geen bezwaar heeft tegen een overgangstermijn van vijftien jaar, zien wij een kleine kans op een succesvolle claim van de huidige exploitant wanneer van onbepaalde naar bepaalde tijd wordt gegaan.

26. Dat laat onverlet dat het – voor zover nog nodig – aan te bevelen is met de huidige exploitant in overleg te gaan om te inventariseren wat een redelijke

[11] Rb. Amsterdam 22 februari 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:563. Zoals daarna bevestigd in Rb. Amsterdam 22 februari 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:1084 en :1085 en :1362.
[12] ABRvS 21 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1588.
[13] Raadpleegbaar via: https://vaninfo.nl/wp-content/uploads/2018/04/brochure-gemeente-amusementcentra.pdf.

overgangstermijn is voor de voor onbepaalde tijd aan hem verleende exploitatievergunning.

27. Evenzo is het, voor de juridische houdbaarheid van de nog vast te stellen Verordening 2022, aan te bevelen de duur van de overgangstermijn goed te onderbouwen en motiveren. In het door jou toegezonden document "1. Getekend Raadsvoorstel Speelautomatenhalverordening Etten-Leur 2022" is dat als volgt gedaan:

> "*1.2 Periode van 15 jaar voor huidige exploitatievergunning (overgangsperiode)*
> *Als gemeente moeten we zorgvuldig omgaan en rekening houden met de terugverdientijd van de investeringen (met een redelijk rendement) van de speelautomatenhalexploitant. Een periode van 15 jaar is in Nederland een gangbare termijn voor een exploitatievergunning voor een speelautomatenhal met een omvang als in Etten-Leur. Er zijn meerdere onderzoeksrapporten over de vergunningsduur van speelautomatenhallen geschreven (o.a. Gokken met beleid, juni 2020). De ondernemers in de Speelautomatenhalbranche hebben de laatste jaren forse investeringen moeten doen. Zo is er branche breed als gevolg van strengere eisen aan luchtverversingssystemen veel extra geïnvesteerd, ook de implementatie van de CRUKS (Centraal Register Uitsluiting Kansspelen) vraagt financiële offers, en tevens hebben ze te maken met een terugval in verdiensten als gevolg van de legale onlinekansspelmarkt en de invoering van een volledig rookverbod. Daarnaast heeft de sluiting van speelautomatenhallen vanwege het coronavirus ook een negatieve invloed op de omzetcijfers en de terugverdientijd.*
>
> *Vanwege het opgewekte vertrouwen, gedane investeringen en ook het naar tevredenheid exploiteren van de speelautomatenhal in de huidige vorm, wordt voor de huidige exploitant een ruime overgangstermijn gehanteerd. Dit betekent dat de huidige exploitant, na vaststelling van de nieuwe verordening, er nog 15 jaar mag zitten."*

28. Daarmee is onzes inziens al een grote slag geslagen en is verdedigbaar dat sprake is van een voldoende ruime overgangstermijn. Om het risico dat de overgangstermijn en de onderbouwing daarvan aangevochten worden (verder) te verminderen, kan overwogen worden deze onderbouwing nog meer kwantitatief te onderbouwen, zoals de rechtbank Gelderland in 2021 vereiste van de burgemeester van de gemeente Apeldoorn. Wanneer daarvoor gekozen wordt, verdient het aanbeveling onderzoek te doen naar c.q. in gesprek te gaan met de huidige exploitant.

29. De hiervoor gedane aanbevelingen gelden te meer in geval de gemeenteraad besluit niet een, maar twee exploitatievergunningen te verdelen. In dat geval kan het immers zijn dat de huidige exploitant meer tijd nodig heeft om enerzijds de verrichte, noodzakelijke investeringen terug te kunnen verdienen en anderzijds om zich te kunnen voorbereiden op de situatie waarin op gelijke voet met andere potentiële gegadigden meegedongen wordt, althans kan worden, om de

exploitatievergunningen. Een gedegen onderbouwing van de overgangstermijn is dan aangewezen.

30. Ook in geval van het verdelen van twee exploitatievergunningen achten wij de kans op een succesvolle claim van de huidige exploitant klein.

31. Mogelijk ten overvloede wijzen wij er overigens op dat wanneer gekozen wordt voor het mogelijk maken van een tweede speelautomatenhal, ook de beleidsregels – als bedoeld in artikel 2, vijfde lid, van de Verordening 2022 – vast- c.q. opgesteld moeten worden, zodat de tweede exploitatievergunning verleend kan gaan worden.

## III. Claim van een aan de verdeling deelnemende partij

32. Wij achten het van belang in dit kader allereerst op te merken dat deze vraag niet alleen ziet op de situatie waarin twee exploitatievergunningen verleend worden, maar ook – zij het op termijn (namelijk na het verstrijken van de overgangstermijn van vijftien jaar) – op de situatie waarin een exploitatievergunning verleend wordt. Ook dan is het immers mogelijk dat een verliezende partij een claim indient.

33. Het risico op een succesvolle claim kan geminimaliseerd worden door een goede verdelingsprocedure. Er is immers pas sprake van eventuele aansprakelijkheid van de gemeente als de te nemen besluiten tot verlening/weigering van de exploitatievergunning(en) succesvol aangevochten worden bij de bestuursrechter. Als dat gebeurt, zullen – naast de gegeven onrechtmatigheid en toerekenbaarheid[14] – de schade, relativiteit en causaliteit door de eiser onderbouwd moeten worden. Onder V. gaan wij daar verder op in, met name ten aanzien van de causaliteit.

34. Voor een goede verdelingsprocedure is van belang dat, zoals uit de rechtspraak van de Afdeling volgt, voor het bieden van gelijke kansen een passende mate van openbaarheid verzekerd dient te worden met betrekking tot de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdvak en de toe te passen criteria. Het bestuursorgaan 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.[15]

35. Hoe dat dient te gebeuren lijkt overigens afhankelijk te zijn van het verdelingsmechanisme. Zo heeft de Afdeling geaccepteerd dat in geval van verdeling op volgorde van binnenkomst publicatie op de gemeente website afdoende is[16], terwijl in geval van een vergelijkende toets de rechtbank Rotterdam geoordeeld heeft dat publicatie in het Gemeenteblad aangewezen is.[17]

---

[14] HR 24 februari 1984, ECLI:NL:PHR:1984:AG4771, (*Sint Oedenrode/Driessen*) en HR 26 september 1986, (*Staat/Hoffman Laroche*).
[15] ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927.
[16] ABRvS 9 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:661.

36. Uit de rechtspraak (van de Afdeling) volgt verder dat:
    - de verdelingsnorm van een passende mate van openbaarheid sluit niet uit dat gegadigden niet vooraf worden geïnformeerd over de verdelingsprocedure, mits zij zich in een gelijke positie bevinden;[18]
    - de in het kader van de passende mate van openbaarheid te verstrekken informatie voldoende tijdig en vooraf verstrekt dient te worden;[19]
    - de toe te passen criteria voldoende richtinggevend) dienen te zijn;[20]
    - deelnemende partijen op gelijke wijze beoordeeld dienen te worden.[21]

37. Wanneer vooraf goed nagedacht wordt over wanneer de exploitatievergunning(en) beschikbaar komen, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdvak en de toe te passen criteria en de wijze waarop dat gecommuniceerd wordt richting potentiële gegadigden (met het Gemeenteblad lijk je nooit fout te zitten), wordt de kans op een succesvolle bestuursrechtelijke zaak geminimaliseerd. Daarmee wordt de kans op een succesvolle claim vervolgens geminimaliseerd.

38. Dat leidt ertoe dat wij van oordeel zijn dat bij een correct opgezette en uitgevoerde verdelingsprocedure de kans op een succesvolle claim van een aan de verdeling deelnemende en verliezende partij klein is. Die kleine kans laat overigens onverlet dat, zoals ook opgemerkt in het document "1. Getekend Raadsvoorstel Speelautomatenhalverordening Etten-Leur 2022", niet uit te sluiten is dat een verliezende deelnemer rechtsmiddelen aanwendt om de exploitatievergunning alsnog te verkrijgen en zo nodig schade vergoed te krijgen.

## IV. Doorleggen?

39. De vraag is of de gemeente, indien zij aansprakelijk is voor schade van de zittende exploitant, omdat de gemeente een tweede exploitatievergunning mogelijk heeft gemaakt, die schade zou kunnen verhalen op de partij die de verdelingsprocedure van de tweede exploitatievergunning wint. Een dergelijk verhaalsrecht volgt niet uit de wet.

40. Onzes inziens verzet de ratio achter de Wok – openbare orde, veiligheid en zedelijkheid[22] en de eisen die daaraan gesteld worden in het kader van

---

[17] Rb. Rotterdam 12 mei 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:4256. Dit over de band van artikel 3:42 van de Algemene wet bestuursrecht juncto artikel 6, juncto artikel 2, tweede lid, van de Bekendmakingswet.
[18] ABRvS 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:994.
[19] ABRvS 27 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2611. Zie ook: ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2316 en Rb. Noord-Holland 18 december 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:11609.
[20] ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2336, zoals bevestigd in ABRvS 20 november 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3918. Een voorbeeld waarin de criteria onvoldoende richtinggevend waren is te vinden in ABRvS 21 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:602.
[21] ABRvS 21 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:602.
[22] *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.

verslavingspreventiebeleid[23] – die de basis vormt voor het vaststellen van de Verordening 2022, zich tegen het opnemen van een dergelijke vergoedingsverplichting als vergunningsvoorwaarde. Dat het niet mogelijk is buiten de doestellingen van de Wok te treden, wordt bevestigd in een uitspraak van de rechtbank Rotterdam uit 2021.[24]

41. Overigens zijn wij een dergelijke mogelijkheid nog niet eerder tegengekomen.

42. Een alternatief zou zijn het als voorwaarde voor deelneming te stellen dat een overeenkomst met de gemeente wordt aangegaan waarin een dergelijke vergoedingsverplichting wordt overeengekomen. Dat zijn nog niet eerder tegengekomen.

43. Ook overigens betwijfelen wij of dat mogelijk is, nu de Wok juist een mogelijkheid biedt binnen bepaalde kaders een verordening vast te stellen. Het daarbuiten treden kan op gespannen voet komen te staan met de tweewegenleer. Daarbij is dan met name de vraag of de Wok ruimte laat om aanvullend nog een dergelijk overeenkomst verplicht te stellen.

44. Indien deze mogelijkheid al juridisch zou bestaan, is de volgende vraag of dat ook gewenst is. In theorie kan sprake zijn van aansprakelijkheid van de gemeente jegens de zittende exploitant omdat een tweede exploitatievergunning mogelijk is gemaakt op basis van rechtmatig handelen (nadeelcompensatie) of op basis van onrechtmatig handelen door de gemeente. In dat laatste geval zouden de gevolgen van onrechtmatig handelen door de gemeente door de gemeente worden verlegd naar de tweede exploitant die op de onrechtmatigheid van de gemeente geen enkele invloed heeft (gehad) en met geen andere rechtvaardiging dat die partij heeft meegedaan aan de verdelingsprocedure voor de tweede exploitatievergunning. Dit lijkt ons onwenselijk.

45. Indien het gaat om het verhaal van eventueel verschuldigde nadeelcompensatie op de tweede exploitant, zou een parallel getrokken kunnen worden met het verhaal van planschadekosten op degene die om wijziging van de bestemming heeft verzocht. Bedacht moet echter worden dat aan dergelijke afspraken zonder wettelijke grondslag door de Hoge Raad verbindendheid is ontzegd[25]. Om die reden is daarna in artikel 6.4a van de Wet ruimtelijke ordening een wettelijke grondslag voor verhaal van planschade opgenomen.

46. Een ongewenst gevolg van het verhalen van schade op de tweede exploitant zou kunnen zijn dat andere partijen dan de zittende exploitant zullen terugschrikken voor deelname aan de verdeling vanwege de risico's die dan aan deelname worden

[23] 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.
[24] Rb. Rotterdam 12 mei 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:4256.
[25] HR 2 mei 2003 , ECLI:NL:PHR:2003:AF2848 (*Gemeente Nunspeet/Mulder*).

verbonden. Daarmee wordt het tegenovergestelde bereikt van hetgeen volgens wet en rechtspraak wordt beoogd, namelijk het mogelijk maken van mededinging. Ook lijkt het niet te verdedigen dat de gemeente de gevolgen van eigen onrechtmatig handelen verlegt naar een partij die daar niets aan kan doen en er evenmin enig voordeel van heeft genoten.

## V. Hoogte claim

47. De hoogte van een eventuele claim is niet of nauwelijks vooraf in te schatten, omdat deze zeer sterk afhankelijk is van de feiten en omstandigheden van het geval. Daarbij is bijvoorbeeld ook van belang welke partij een claim indient. Een claim van de huidige exploitant zal anders opgebouwd en uit andere kostenposten bestaan, dan de claim van een aan de verdeling deelnemende partij.

48. Bovendien kan een eventuele bestuursrechtelijke procedure verschillende uitkomsten hebben. Daarbij kan de verlening van een exploitatievergunning vernietigd worden, opnieuw moeten of in het meest vergaande geval kan de Verordening 2022 onverbindend verklaard worden. Voor aansprakelijkheid op basis van onrechtmatige overheidsdaad zal (naast de onrechtmatigheid, toerekenbaarheid, schade en relativiteit) in het kader van de vereiste causaliteit bepaald moeten worden of sprake is van een geval waarin een bestuursorgaan:

    i. na vernietiging, intrekking of herroeping van het besluit opnieuw in de zaak moet voorzien door het nemen van een nieuw besluit, de zogenoemde verlengde besluitvorming, of
    ii. geen nieuw besluit hoeft te nemen.[26]

*Ad i.*

49. Wanneer sprake is van verlengde besluitvorming, dan hangt het van de inhoud van het nieuwe besluit af of het eerdere, onrechtmatige besluit tot schade heeft geleid. Als het nieuwe besluit rechtmatig is en een beslissing bevat die tot hetzelfde rechtsgevolg leidt als het eerdere besluit, dan is dat, voor zover het gaat om schade die veroorzaakt wordt door dat rechtsgevolg, niet het geval. In het feit dat het bestuursorgaan een nieuw besluit moet nemen, kan daarom voor de rechter een grond zijn gelegen voor afwijzing van een op de onrechtmatigheid van het eerdere besluit gebaseerde schadevergoedingsvordering.[27]

---

[26] HR 25 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1510, HR 20 maart 2020, ECLI:NL:PHR:2020:266 (concl. A-G R.H. de Bock), HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:18 (*UWV/X*), waarin werd aangesloten bij HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1112, (*Hengelo/ […]*).
[27] HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:354 (*BKR/Provincie*) en HR 14 december 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1379 (concl. A-G B.J. Drijber), HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:18 (*UWV/X*), HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2087, (*Enschede/Gerridzen*) en HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF3257, (*Hoogland/Rotterdam*).

50. Uit deze overweging volgt dat het causaal verband tussen het onrechtmatige besluit en de schade "veelal" bepaald zal worden door de inhoud van het nieuwe besluit dat het bestuursorgaan moet nemen. Voor schade die niet is veroorzaakt door het rechtsgevolg van het onrechtmatige besluit, geldt het causaliteitscriterium dat de Hoge Raad formuleert voor de tweede categorie van gevallen.

*Ad ii.*

51. Wanneer zowel de beslissingen op bezwaar als de primaire besluiten zijn herroepen vanwege de onverbindendheid van de onderliggende verordening, moet worden vastgesteld welk besluit rechtmatig zou zijn genomen indien het bestuursorgaan zich van de onrechtmatigheid bewust zou zijn geweest en of die wel of niet tot dezelfde schade zou hebben geleid.

52. Bij deze beoordeling moet worden uitgegaan van het tijdstip waarop het onrechtmatige besluit is genomen. De omstandigheid dat eerst de verordening moest worden aangepast voordat een rechtmatige vergunning kon worden verleend, brengt mee dat het bestuursorgaan niet rechtmatig een vergunning had kunnen verlenen.

53. Onderzocht dient te worden wanneer de verordening zou zijn aangepast en wanneer op grond van de aangepaste verordening een rechtmatige vergunning zou zijn verleend, wanneer het bestuursorgaan het onrechtmatige besluit niet had genomen.[28]

54. Ook hier kunnen weer verschillende situaties onderscheiden worden. Enerzijds de vertragingsschade voor de exploitant die ten onrechte geen exploitatievergunning heeft gekregen en dus de kans miste om deel te exploiteren en anderzijds de concurrerende exploitant die mogelijk ten onrechte een exploitatievergunning heeft verkregen en – voor zover aan de orde – de eerste exploitant op ander vlak beconcurreerd heeft. Hiermee kom je in de zogenoemde kansenrechtspraak, waarbij – net als ten aanzien van de causaliteit – met fictieve situaties rekening gehouden moet worden.

*Tussenconclusie*

55. Het voorgaande maakt het, zoals gezegd, (zeer) lastig in te schatten hoe hoog een eventuele claim zou zijn. Daar komt bij dat het, als het al tot een claim komt, vaak gaat om het fictieve geval waarin een rechtmatig besluit genomen zou zijn en dan de kans op (bepaalde vormen van) schade.

[28] HR 2 juli 2021, ECLI:NL:PHR:2021:691 (concl. A-G B.J. Drijber).