

VU Research Portal

Overgang van schaarse publieke rechten

Neerhof, A.R.

published in

Schaarse publieke rechten

2011

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Neerhof, A. R. (2011). Overgang van schaarse publieke rechten. In F. J. van Ommeren, W. J. den Ouden, & C. J. Wolswinkel (Eds.), *Schaarse publieke rechten* (pp. 323-359). Boom Juridische uitgevers.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

13 OVERGANG VAN SCHAARSE PUBLIEKE RECHTEN¹

A.R. Neerhof

1 INLEIDING

Veel besluiten van bestuursorganen kennen rechten toe aan burgers. Onder besluiten van bestuursorganen die rechten toekennen vallen besluiten die een geldelijke aanspraak jegens een bestuursorgaan verlenen, zoals subsidiebesluiten, en besluiten waarin iets wordt toegestaan wat voorheen ongeoorloofd was. Laatstgenoemde besluiten kunnen vergunningen, vrijstellingen of ontheffingen zijn, maar ook verhandelbare rechten om iets te produceren of bepaalde stoffen te emitteren.² In deze bijdrage worden dit soort rechten publieke rechten genoemd.

De publieke rechten die worden toegekend, zijn schaars als er meer gegadigden voor zijn dan er rechten beschikbaar zijn. De beschikbare financiële middelen kunnen beperkt zijn – zoals bij bepaalde subsidies –, de beschikbare ruimte kan fysiek beperkt zijn – zoals bij etherfrequenties –, of de wetgever kan grenzen stellen aan bepaalde activiteiten vanwege het belastende karakter ervan – zoals bij activiteiten die belastend zijn voor het milieu. De wetgever kan schaarste creëren door de verlening van de rechten of aanspraken aan een plafond te binden – zoals bij broeikasgasemissierechten – of door de formulering van criteria waaraan moet worden voldaan – zoals deels bij de omgevingsvergunning.³

Voor veel schaarse publieke rechten heeft de wetgever de mogelijkheid van overgang van de ene op de andere persoon geregeld. Overgang van een publiek recht heeft tot gevolg dat een recht voor een ander persoon gaat gelden. De wetgever maakt keuzes met betrekking tot de wijze waarop deze rechten worden verdeeld. Voor de wetgever is het bewaken van de belangen die hij met het stelsel van rechten of vergunningen voor ogen heeft gehad belangrijk. Als overgang van rechten mogelijk is gemaakt, rijst de vraag in hoeverre de criteria die gelden voor de overgang gelijk zijn aan de criteria bij de oorspronkelijke

1 Veel dank aan Marjolein Dieperink, Johan Wolswinkel en Jochem Spaans.

2 C.L. Knijff, *Rechtsopvolging bij vergunningen. De mogelijkheid en wijze van overgang van vergunningen naar bestuursrecht en privaatrecht* (diss. UU), Deventer: Kluwer 2003, p. 3-4.

3 Zie voor een nadere begripsomschrijving van 'schaarse publieke rechten' in deze bundel de inleidende bijdrage van Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel.

besluitvorming over de toekenning van het recht. Passen de keuzes die de wetgever met betrekking tot deze aspecten heeft gemaakt steeds bij de doelstellingen die hij met een bepaald stelsel van schaarse vergunningen of rechten voor ogen heeft gehad?

Voor de realisatie van de doelstellingen die de wetgever met het creëren van bepaalde schaarse rechten voor ogen heeft gehad, is van belang of en onder welke voorwaarden overgang van deze rechten kan plaatsvinden. Voor burgers en bedrijven zijn er andere belangen bij duidelijkheid hierover. Als een recht uit een besluit overdraagbaar is, zal dat de waarde van een onderneming in gunstige zin beïnvloeden. Als dat recht bovendien schaars is, zal dat nog meer effect kunnen hebben op de waarde van een onderneming. Rechthebbenden zullen belang hebben bij een soepel regime voor overgang, met zo weinig mogelijk hindernissen. Hun belangen kunnen op gespannen voet staan met het belang van een verdeling van rechten die aansluit bij de criteria die gelden voor de oorspronkelijke verlening van de rechten. In hoeverre dienen de verschillende regelingen voor overgang die de wetgever heeft getroffen het belang van een efficiënt verkeer tussen burgers en bestuursorganen en tussen burgers onderling? Bij vergunningen is denkbaar dat derden graag mee willen dingen naar een vergunning als een rechthebbende ophoudt te bestaan of er afstand van wil doen. Het kan in hun belang zijn dat de vergunning ‘expireert’ en juist niet overdraagbaar is. Zij kunnen er belang bij hebben dat de vergunning opnieuw wordt ‘toebedeeld’ volgens een procedure waarin zij een ‘faire kans’ kunnen maken. Dienen de regelingen voor overgang een optimaal gebruik van de rechten die bij besluiten worden toegekend? Als de rechten optimaal worden gebruikt, zijn zij terecht gekomen bij degenen die er het meest voor over hebben vanwege het profijt dat zij er van hebben.

Het komt nog steeds voor dat de wetgever geen antwoord heeft gegeven op de vraag of een bepaald (schaars) publiek recht vatbaar is voor overgang. Wanneer kan een publiek recht dan overgaan en onder welke voorwaarden kan dat dan? Welk gewicht komt hierbij toe aan de eerder genoemde aspecten: (1) het doel van het stelsel en de daarmee verband houdende criteria voor de verdeling van de publieke rechten, (2) het belang van rechtszekerheid en een efficiënt verkeer tussen burgers en bestuursorganen en tussen burgers onderling en (3) een optimaal gebruik van de rechten?

In deze bijdrage behandel ik verschillende varianten van regimes voor overgang van schaarse publieke rechten. Besluiten die financiële aanspraken toekennen worden buiten beschouwing gelaten. Welke varianten zijn er en wat zijn de achterliggende motieven? Ik ga eerst in op het onderscheid tussen persoonsgebonden en zaaksgebonden beschikkingen, dat van belang is voor een goed begrip van wettelijke regelingen voor overgang van publieke rechten (paragraaf 2). De analyse van de verschillende regimes voor overgang neemt het grootste deel van deze bijdrage in beslag. In de paragrafen 3 tot en met 5 worden de verschillende regimes besproken. De variant waarin overdraagbaarheid van publieke rechten door de wetgever is uitgesloten bespreek ik in paragraaf 6. In paragraaf 7 komt kort aan de orde wat wordt geacht rechtens te gelden als de wetgever geen regeling heeft getroffen.

In paragraaf 8 wordt ingegaan op de vraag hoe een algemene wettelijke regeling voor overgang van publieke rechten er uit zou moeten zien.

In paragraaf 9 kom ik tot een afronding. De regimes voor overgang worden beoordeeld tegen de achtergrond van de wijze van verdeling van de rechten die door de wetgever is beoogd, het belang van efficiënt verkeer tussen burgers en bestuursorganen en tussen burgers onderling en een optimaal gebruik van de rechten.⁴ Er worden conclusies getrokken over de mogelijkheid, wenselijkheid en inhoud van een algemene wettelijke regeling.

2 PERSOONSGEBONDEN EN ZAAKSgebONDEN BESCHIKKINGEN

Voor de beantwoording van de vraag of schaarse publieke rechten kunnen overgaan van de ene persoon op de andere moet eerst worden gekeken naar wat de wet bepaalt.⁵ Als de wet zwijgt, is de aard van het besluit doorslaggevend voor het antwoord op deze vraag. Als de wetgever wel een keuze heeft gemaakt, is deze goed te verklaren uit de aard van het besluit. Dit kan als volgt worden toegelicht.

Zowel uit wetgeving, literatuur en jurisprudentie komt naar voren dat de aard van het besluit van doorslaggevende betekenis is voor de mogelijkheid van overgang van het bij het besluit toegekende recht. Verreweg de meeste beschikkingen zijn gericht tot één of meer aanwijsbare personen.⁶ Een werkbaar onderscheid voor deze beschikkingen is dat tussen beschikkingen met en zonder zakelijke werking. Bij de beschikking zonder zakelijke werking, ofwel persoonsgebonden beschikkingen, zijn eigenschappen van de persoon bepalend geweest voor de verlening ervan. De persoon tot wie de beschikking is gericht is en degene op wiens naam de beschikking is gesteld blijven steeds dezelfde – zoals bijvoorbeeld bij een diploma.

Van beschikkingen met zakelijke werking, ofwel zaaksgebonden beschikkingen, ziet de werking ervan op een bepaald object. In de beschikkingen wordt de rechtspositie van de geadresseerde vastgesteld, maar bij die vaststelling zijn niet zijn eigen eigenschappen van belang. Het is daarbij vaak van belang dat de geadresseerde een relatie tot het object heeft: bijvoorbeeld het zijn van eigenaar.⁷ Het object kan locatiegebonden zijn, zoals (de exploi-

4 Wanneer overgang van vermogensrechten die met een besluit zijn verbonden onder algemene of bijzondere titel volgens het burgerlijk recht mogelijk is en welke betekenis daarbij toekomt aan bestuursrechtelijke regels, komt in deze bijdrage niet uitgebreid aan de orde. Zie daarover onder meer: Knijff 2003, p. 201-273; F.J. van Ommeren, Overdracht van vergunningen, MvV 2005/7-8, p. 154-157; W. Sniijders, Ongeregeldheden in het vermogensrecht (II, slot), WPNR (2005) 6608, p. 94-102.

5 P.J.J. van Buuren en C.L. Knijff, Overgang van vergunningen, NTB 2001a/10, p. 289-290.

6 Dit zijn persoonsgerichte beschikkingen.

7 Vgl. Knijff 2003, p. 21-36; Van Buuren en Knijff 2001a, p. 292-293; P.J.J. van Buuren en C.L. Knijff, Overgang van vergunningen, in: De notaris/en in het bestuursrecht, preadviezen KNB, Lelystad: Vermande/s-Gravenhage: KNB 2001b, p. 20-23. Zowel een beschikking waarin de geadresseerde een met naam en toenaam genoemde persoon is, als die waarin de geadresseerde bepaalbaar is op basis van een concrete hoedanigheid

tatie van) een inrichting in de zin van art. 1.1, eerste lid, Wm, of niet-locatiegebonden, zoals het geval is bij bepaalde verhandelbare rechten, bijvoorbeeld broeikasgasemissierechten.⁸ Het object van een broeikasgasemissierecht is de emissie van een bepaalde hoeveelheid broeikasgas gedurende een bepaalde periode (uitgedrukt in tonnen koolstofequivalent) (art. 1.1, eerste lid, Wm) en kan overal binnen de Europese Unie worden uitgeoefend.

Het onderscheid tussen persoons- en zaaksgebonden beschikkingen is grofmazig. De praktijk kent veel beschikkingen waarbij eigenschappen van het object en van de persoon die een relatie met dat object heeft, van belang zijn. Kijken wij naar wettelijke regelingen voor overgang van publieke rechten, dan hebben deze regelingen veelal betrekking op beschikkingen die geheel of voor een groot deel zaaksgebonden zijn.⁹ Bij voorwaarden die worden gesteld aan de overgang kan een overweging zijn geweest in hoeverre voor de beschikking eigenschappen van de persoon van de geadresseerde van belang zijn.

Mijns inziens zijn er drie hoofdtypen van wettelijke regimes voor overgang te onderscheiden:

1. overgang na een toestemming op basis van een beoordeling door het bestuursorgaan die mede persoonsgebonden is,
2. overgang van rechtswege en
3. overgang na een registratie die plaatsvindt op basis van een rechtsvaststelling door het bestuursorgaan.

– zoals het zijn van uitvoerder van een project als bedoeld in art. 2.1 Wabo – zijn persoonsgericht. Hiervan zijn te onderscheiden de zaaksgerichte beschikkingen. Dit zijn beschikkingen die geen adressaat hebben. Bij de laatstgenoemde beschikkingen kunnen geen vragen spelen met betrekking tot de overgang ervan. Zij komen in deze bijdrage dan ook niet aan de orde.

8 Locatiegebonden rechten zijn rechten die betrekking hebben op een zaak of een handeling op een bepaalde plaats. Een zaaksgebonden beschikking kan ook betrekking hebben op een object, dat niet aan te merken is als een zaak, zoals een etherfrequentie. Niet-locatiegebonden zaaksgebonden rechten hebben betrekking op een object, maar kunnen ook voor eenzelfde object op een andere locatie gelden, zoals broeikasgasemissierechten. Knijff 2003, p. 33-34.

9 Uitzonderingen zijn er ook. De Wet Personenvervoer (hierna: Wp 2000) geeft een voorbeeld. Art. 4 Wp 2000 eist een vergunning voor openbaar vervoer anders dan per trein of besloten busvervoer en voor het vervoeren van personen per taxi. Ingevolge art. 7, eerste lid, aanhef en onder a, Wp 2000 vervalt een vergunning van rechtswege zes maanden na het overlijden of het intreden van wettelijke onbekwaamheid van degene aan wie de vergunning is verleend. Echter, ingevolge art. 7, tweede lid, Wp kunnen belanghebbenden binnen zes maanden na het overlijden bij de minister van Verkeer en Waterstaat een aanvraag indienen om de vergunning te stellen op naam van de erfgenaam of de gezamenlijke erven dan wel één of meer vertegenwoordigers. De minister moet binnen drie maanden op de aanvraag beslissen. Inwilliging geschiedt voor ten hoogste één jaar na de genoemde zes maanden termijn (art. 7, derde lid, Wp 2000). De termijn van één jaar kan eenmaal met ten hoogste een half jaar worden verlengd (art. 7, vierde lid, Wp 2000). Zolang de minister nog niet onherroepelijk op de aanvraag tot wijziging tenaamstelling heeft beslist, is de vergunning nog niet vervallen (art. 7, vijfde lid, Wp 2000). Dit is een voorbeeld van 'oneigenlijke overgang', omdat de vergunning tijdelijk overgaat op de erfgenamen. Zij krijgen gelegenheid om binnen een bepaalde termijn een nieuwe vergunning aan te vragen. Knijff 2003, p. 251-254, 265.

Ook komt het voor dat de wetgever overdraagbaarheid uitdrukkelijk heeft uitgesloten. Daarbij is het persoonsgebonden karakter van de beschikking een belangrijke overweging. Ik bespreek de verschillende varianten en voorbeelden van overgang van schaarse publieke rechten die in de wetgeving zijn aan te treffen.

3 OVERGANG NA EEN TOESTEMMING

Een regime dat door de wetgever wel wordt gehanteerd, is een besluit tot toestemming voor overgang. Dit is een beslissing met rechtsgevolg en dus een besluit. De besluitvorming over toestemming geschiedt op basis van een beoordeling. Dit is het geval bij een toestemming voor overgang van een opsporings- en winningvergunning op grond van de Mijnbouwwet en een toestemming voor overgang van de frequentievergunning op grond van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw).¹⁰

Voor een dergelijke constructie wordt gekozen met het oog op een gemakkelijkere overgang van een bepaalde activiteit van de ene naar de andere persoon en een vermindering van bestuurslasten.¹¹ Omdat bepaalde persoonsgebonden elementen bij de vergunningverlening een rol spelen, dienen deze echter ook bij de beslissing over de toestemming voor overgang tot haar recht moet komen. Ik bespreek de regelingen voor de overgang van de frequentievergunning en opsporings- of winningsvergunning.

3.1 *Opsporings- of winningsvergunning op grond van de Mijnbouwwet*

De Mijnbouwwet (die op 1 januari 2003 in werking is getreden) beoogt één overzichtelijk en helder kader te bieden 'voor een verantwoorde en doelmatige mijnbouw'.¹² In art. 6, eerste lid, Mijnbouwwet is bepaald dat het verboden is zonder vergunning van de minister van Economische zaken delfstoffen op te sporen of te winnen dan wel aardwarmte op te

¹⁰ F.J. van Ommeren, Schaarse vergunningen (oratie VU), Deventer 2004, p. 66.

¹¹ In dit verband wordt wel gesproken van afgeleide overdraagbaarheid. Hiermee kan zijn bedoeld op twee relevante kenmerken. In de eerste plaats dat het recht een bepaalde zaak of een bepaald object volgt en niet los daarvan kan worden overgedragen. In de tweede plaats dat de overdraagbaarheid door de wetgever in het leven is geroepen met het oog op een betere werking van de markt van de zaken of objecten waarop zij betrekking hebben en dus niet met het primaire doel om een markt te creëren voor de rechten zelf. Zie: F.J. van Ommeren, Verhandelbare rechten: wanneer is een recht overdraagbaar?, in: A.W. Heringa e.a., Eigendom in het milieurecht. Inleidingen op en verslag van een studiemiddag georganiseerd door het Centrum voor Omgevingsrecht en Beleid/NILOS op 5 oktober 2000, Utrecht 2001, p. 6; D.W.P. Ruiters, Verhandelbare publieke rechten. NTB 2001/10, p. 278; M. Scheltema en M.W. Scheltema, Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 162. Ik hanteer de term in dit stuk verder niet.

¹² Kamerstukken II 1998/99, 26219, nr. 3, p. 4. De wet bevat regels ten aanzien van de opsporing en winning van zowel delfstoffen als van aardwarmte.

sporen of te winnen.¹³ De vergunning wordt verleend voor een bepaalde locatie. Er kunnen meerdere belangstellenden zijn voor een vergunning voor een bepaalde locatie. In artikel 7, eerste lid, Mijnbouwwet is bepaald dat een vergunning niet wordt verleend voorzover deze bij het inwerkingtreden zou gaan gelden voor een gebied waarvoor op dat tijdstip reeds een door een ander gehouden vergunning voor dezelfde delfstof geldt.¹⁴ De vergunning heeft voor het gebied waarvoor zij geldt een 'exclusieve werking'.¹⁵ De opsporings- of winningsvergunning is schaars. In verband met de exclusieve werking is in artikel 15, eerste lid, Mijnbouwwet bepaald dat zodra een aanvraag om een vergunning is ingediend, anderen in de gelegenheid moeten worden gesteld om aanvragen om een soortgelijke vergunning in te dienen. De procedure is neergelegd in art. 15, tweede en derde lid, Mijnbouwwet. Ik merk op dat uit onderzoek is gebleken dat slechts in zeer beperkte mate concurrerende aanvragen voor vergunningen op grond van de Mijnbouwwet worden ingediend en dat zodoende feitelijk vergunningen worden verleend op basis van 'first come, first served'.¹⁶

De Mijnbouwwet voorziet in overgang van de bedoelde vergunning met toestemming van de minister. In het oorspronkelijke wetsvoorstel ging de regering uit van de mogelijkheid van *overdracht* van een vergunning na toestemming van de minister. De vergunning zou van rechtswege overgaan in geval van fusie of splitsing van een rechtspersoon die vergunninghouder is. Bij overgang van de vergunning anders dan bij wijze van overdracht gold een plicht tot mededeling aan de minister van deze overgang.¹⁷ De gedachte was dat intrekking van de vergunning een doeltreffend instrument zou zijn als zij door fusie of splitsing in handen zou komen van een houder die niet beschikt voor de benodigde technische en financiële middelen (art. 21, eerste lid, aanhef en onder c, Mijnbouwwet).¹⁸ Door de aanvaarding van het amendement-Atsma is het toestemmingsvereiste voor een overdracht van een vergunning uitgebreid naar andere vormen van overgang op een andere persoon, zoals een fusie of splitsing van een rechtspersoon. De reden voor het amendement was dat het wenselijk zou zijn dat de minister steeds vooraf nagaat of de juridische entiteit

13 Ingevolge artikel 10 Mijnbouwwet wordt aan de houder van een opsporingsvergunning in beginsel een winningsvergunning verleend, als hij met gebruikmaking van de opsporingsvergunning de aanwezigheid van de betrokken delfstoffen heeft aangetoond.

14 Deze exclusieve werking is alleen voor de vergunning voor delfstoffen geregeld: de artikelen 7 en 10 spreken immers over de vergunning voor een delfstof.

15 Zie over de exclusieve werking Kamerstukken II 1998/99, 26 219, nr. 3, p. 14.

16 Evaluatie van de Mijnbouwwet, eindrapport, onderzoek in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken door Policy Research Corporation, p. 53. Bijlage bij de brief van de Minister van Economische Zaken, Kamerstukken II 2007/08, 31 349, nr. 1; <http://www.ez.nl/dsresource?objectid=155321&type=PDF>.

17 Kamerstukken II 2001/02, 26 219, nr. 2, p. 8.

18 Kamerstukken II 1998/99, 26 219, nr. 3, p. 60; Handelingen II 2001-2002, 61, p. 4164. Zie Van Ommeren 2004, p. 67.

die houder van de vergunning wordt in staat is de op hem rustende verplichtingen na te leven.¹⁹

Art. 20, eerste lid, Mijnbouwwet bepaalt dat de houder van een opsporings- of winningsvergunning zijn vergunning slechts met schriftelijke toestemming van de minister op een ander kan doen overgaan. Het kan hierbij zowel gaan om een overdracht als om verkrijging onder algemene titel door rechtspersonen als gevolg van fusie of splitsing of door erfopvolging. Aan de toestemming kunnen voorwaarden worden verbonden en de toestemming kan onder beperkingen worden verleend.²⁰

Art. 21, vijfde lid, Mijnbouwwet bepaalt dat de vergunning van rechtswege vervalt met ingang van de dag na die waarop die persoon is overleden als de houder een natuurlijke persoon is en met ingang van de dag na die waarop die persoon heeft opgehouden te bestaan als de houder een rechtspersoon is. Dit brengt met zich dat tijdig toestemming als bedoeld in art. 20 Mijnbouwwet moet zijn verleend om de vergunning over te nemen, op straffe van verval van rechtswege van de vergunning.²¹

In de memorie van toelichting wordt gesteld dat in beginsel een ieder, die over de noodzakelijke capaciteiten en financiële middelen beschikt, een vergunning voor een vergunningplichtige activiteit kan krijgen.²² Het uitgangspunt van de Mijnbouwwet, een doelmatige en verantwoorde mijnbouw, en het feit dat de vergunning geldt voor een afgebakende locatie brengen mee dat de opsporings- en winningsvergunning zaaksgebonden kenmerken heeft. Echter, ook persoonsgebonden elementen wegen mee bij de besluitvorming over toestemming.²³ Art. 9, eerste lid, Mijnbouwwet noemt de volgende weigeringsgronden voor de vergunning: de technische of financiële mogelijkheden van de aanvrager (sub a), de manier waarop de aanvrager voornemens is de activiteiten, waarvoor de vergunning wordt aangevraagd, te verrichten (sub b) en efficiëntie en maatschappelijke verantwoordelijkheidszin, daaronder mede verstaan maatschappelijke verantwoordelijkheidszin (sub c). De criteria verwijzen naar eigenschappen van de aanvrager. Art. 9, aanhef en onder d, Mijnbouwwet bepaalt dat indien een keuze moet worden gemaakt uit twee of meer aanvragen om een vergunning die bij een beoordeling op grond van de onderdelen a, b en c

19 Kamerstukken II 2001/02, 26 219, nr. 70; Handelingen II 2001-2002, 65, p. 4373.

20 Van de regeling wordt in de praktijk gebruik gemaakt. Zo verleende de minister van Economische Zaken bij besluit van 4 oktober 2010 aan Cirrus Energy Nederland B.V. en Energy06-Investments B.V. toestemming de aan hen op 17 februari 2009 verleende opsporingsvergunning 'Q16bc-diep' over te laten gaan op Cirrus Energy Nederland B.V., Energy06-Investments B.V. en TAQA Offshore B.V. Stcrt. 2010, nr. 16040.

21 Zie Knijff 2003, p. 94. Naar haar mening verzetten inhouden en strekking van art. 20 en 21, vijfde lid, Mijnbouwwet zich er niet tegen dat een vergunninghouder voor zijn overlijden toestemming vraagt en verkrijgt voor de overgang van de vergunning op zijn erfgenamen, waarna de vergunning na zijn overlijden overgaat. Vgl. Handelingen II 2001-2002, 61, p. 4163-4164.

22 Kamerstukken II 1998/99, 26 219, nr. 3, p. 14.

23 Knijff 2003, p. 94.

gelijkwaardig zijn gebleken, de vergunning kan worden geweigerd in het belang van het doelmatig en voortvarend opsporen en winnen.²⁴

Ingevolge art. 20 Mijnbouwwet zijn de criteria van art. 9 Mijnbouwwet van overeenkomstige toepassing bij de besluitvorming over de toestemming over het doen overgaan van de vergunning van overeenkomstige toepassing, met uitzondering van het d-criterium in het eerste lid.²⁵ In de memorie van toelichting wordt niet gemotiveerd, waarom niet is gekozen voor een vergunning die niet kan worden overgedragen. Als daarvoor was gekozen, zou bij beëindiging van gebruik van een vergunning in ieder geval theoretisch de mogelijkheid bestaan dat meerdere aanvragers concurreren om een nieuwe vergunning en dat verlening plaatsvindt op basis van een vergelijkende toets. Dat zou vanuit een oogpunt van de doelstelling van het vergunningstelsel – een verantwoorde en doelmatige mijnbouw – op het eerste gezicht de beste keuze zijn, omdat eigenschappen van de persoon van de vergunninghouder daarvoor relevant kunnen zijn. Hierboven kwam echter al aan de orde dat bij de vergunningverlening feitelijk sprake is van ‘wie het eerst komt, wie het eerst maalt’. Dan lijkt het weinig bezwaarlijk dat belangen die met een soepele overgang zijn gediend, prevaleren.

3.2 *Frequentievergunning*

De frequentieruimte is een schaars goed, omdat het aantal frequentiebanden dat voor telecommunicatie kan worden benut, beperkt is.²⁶ De overheid heeft de taak van verdeler van de frequentieruimte op zich genomen om te voorkomen dat de signalen van radio- en televisiestations, aanbieders van mobiele telefonie en de lucht- en scheepvaart op elkaar botsen. Tevens wil zij daadwerkelijke mededinging op de markt van telecommunicatiediensten bevorderen.²⁷ Art. 3.3, eerste lid, Tw bepaalt dat voor het gebruik van frequentieruimte een vergunning is vereist van de minister van Economische Zaken die op aanvraag kan worden verleend. Dit is de frequentievergunning.

Een frequentie is geen zaak in de zin van art. 3:2 BW, omdat het geen stoffelijk object is. Echter, de frequentieruimte is wel op te delen in blokken die bestaan uit bepaalde spec-

24 Ingevolge art. 9, tweede lid, Mijnbouwwet kan een vergunning op grond van de financiële mogelijkheden van de aanvrager worden geweigerd als onvoldoende is verzekerd dat de aanvrager zal voldoen aan hem op te leggen verplichtingen met betrekking tot financiële zekerheid die hem op grond van art. 46, 47 of 102 Mijnbouwwet zijn opgelegd. Met het oog op de toepassing van art. 9, eerste en tweede lid, Mijnbouwwet kunnen bij ministeriële regeling nadere regels worden gesteld (art. 9, derde lid, Mijnbouwwet).

25 Dit brengt met zich dat de toestemming kan worden geweigerd wegens de manier waarop de beoogde vergunninghouder voornemens is de activiteiten te verrichten of op grond van het gebrek aan efficiency en (maatschappelijke) verantwoordelijkheidszin, waarvan de aanvrager blijkt heeft gegeven bij het opsporen of winnen van delfstoffen of aardwarmte.

26 Zie de bijdrage van Van Eijk en Hins in deze bundel. Zie ook: Knijff 2003, p. 78-79.

27 Zie de considerans van de Telecommunicatiewet, Stb. 1998, 610.

trumdichtheden (delen van het elektromagnetisch spectrum) gedurende een bepaalde tijd over een bepaald gebied. Zodoende is wel sprake van te onderscheiden objecten. De vergunning is in zoverre zaaksgebonden.²⁸

De verlening van de vergunning geschiedt, behoudens enkele uitzonderingen, op volgorde van binnenkomst van de aanvraag, op basis van een vergelijkende toets of op grond van een veiling (art. 3.3, vierde lid, Tw).²⁹ De keuze geschiedt in beginsel door de minister van Economische zaken bij vergunningen voor commerciële omroepinstellingen in overeenstemming met de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen (art. 3.3, vijfde lid, Tw). De ministers maken in de Staatscourant bekend welke frequenties zullen worden verdeeld via een veiling of een vergelijkende toets (art. 3 Fb).

Op grond van art. 3.3, negende lid, Tw kunnen bij of krachtens algemene maatregel van bestuur regels worden gesteld terzake van de verlening, wijziging en verlenging van vergunningen. Zij moeten in ieder geval betrekking hebben op:

- a. de eisen die voorafgaand aan een behandeling op volgorde van binnenkomst van de aanvraag, de veiling of vergelijkende toets aan de aanvrager worden gesteld om in aanmerking te komen voor een vergunning,
- b. de toepassing en uitvoering van deze procedures
- c. en de criteria die worden toegepast bij een vergelijkende toets (c).

De regels zijn gesteld in het Frequentiebesluit (Fb).

Art. 6 Fb bepaalt welke eisen bij ministeriële regeling kunnen worden gesteld aan een aanvrager om te worden toegelaten tot een *veiling of vergelijkende toets*. Het gaat vooral om persoonsgebonden eisen. Zij kunnen slechts betrekking hebben op zijn rechtsvorm, financiële positie, kennis en ervaring, de technische middelen waarover hij kan beschikken, de hoedanigheid van de aanvrager als commerciële omroep (art. 6, tweede lid Fb) en – indien het gaat om een commerciële omroepinstelling – het waarborgen van democratische, sociale, taalkundige en culturele belangen, rekening houdend met pluralisme in de media (art. 6, derde lid Fb).

Art. 11 Fb bepaalt welke eisen bij ministeriële regeling mogen worden gesteld als verlening op *volgorde van binnenkomst* plaatsvindt. Het betreft bepaalde persoonsgebonden eisen. In de regeling kunnen voor deze procedure in beginsel alleen eisen worden gesteld die

28 Ruiter 2001, p. 280. Object van de frequentievergunning zijn overigens niet de frequenties waarover wordt uitgezonden, maar het recht om een deel van het frequentiespectrum te mogen gebruiken. De bij de vergunningbeschikbaar gestelde frequenties dienen te worden aangemerkt als beperkingen, als bedoeld in artikel 16, aanhef en onder a, van het Fb, op het gebruiksrecht dat de vergunninghouder wordt toegekend. CBB 3 maart 2006, LJN: AV3464.

29 Vergunningen voor het gebruik van frequentieruimte ten behoeve van de uitvoering van vitale overheidstaken, het verzorgen van taken ter uitvoering van de publieke mediaopdracht of ter uitvoering van een wettelijk voorschrift worden bij voorrang verleend (art. 3.3, derde lid, Tw).

inhouden dat de aanvrager een bepaalde leeftijd heeft, een bepaald examen heeft afgelegd, in het bezit is van een bepaald certificaat en een redelijk belang heeft bij het voorgenomen gebruik van de frequentie (art. 11, eerste en tweede lid, Fb). Echter als de aard, de omvang of het maatschappelijk belang van de vergunning daartoe naar het oordeel van Onze Minister aanleiding geeft, kunnen naast deze bij ministeriële regeling tevens de eisen worden gesteld bedoeld in artikel 6, tweede lid, Fb (art. 11, derde lid, Fb).

Er is geen algemene ministeriële regeling op grond van het Fb vastgesteld. Afzonderlijke ministeriële regelingen worden steeds vastgesteld voor de verdeling van een specifieke frequentieband. De regelingen verschaffen een basis voor de beoordeling voor de toelating tot een veiling of vergelijkende toets of voor de beoordeling van aanvragen als verlening op volgorde van binnenkomst plaatsvindt. Een voorbeeld van een regeling waarin is gekozen voor een vergelijkende toets bij de verdeling van een specifieke frequentieband is de Regeling aanvraag en vergelijkende toets vergunningen commerciële radio-omroep 2007.

Als vergunningen worden verleend door middel van een *veiling of vergelijkende toets* kunnen aanbieders van telecommunicatiediensten- of netwerken van de procedure worden uitgesloten als dat met het oog op de totstandbrenging of instandhouding van daadwerkelijke mededinging noodzakelijk is (art. 3.3, tiende lid, Tw).

Art. 3.6, eerste en tweede lid, Tw somt imperatieve onderscheidenlijk facultatieve gronden op voor weigering van de vergunning. Tot de *imperatieve* gronden in het eerste lid behoren onder meer:

- a. strijdigheid met het frequentieplan,
- b. het doelmatig gebruik van het frequentieplan en
- c. strijdigheid met het bepaalde bij of krachtens de Tw.

De *facultatieve* gronden a, b en c in het tweede lid hebben betrekking op de persoon van de aanvrager, namelijk zijn nalevingsgedrag.³⁰

Een vergunning kan in het belang van een goede verdeling van frequentieruimte, alsmede in het belang van een ordelijk en doelmatig gebruik van frequentieruimte onder beperkingen worden verleend. Ter bescherming van die belangen kunnen aan een vergunning voorschriften worden verbonden (art. 3.5, eerste lid, Tw).³¹ Art. 16 Fb bepaalt waarop de aan

³⁰ Deze weigeringsgronden luiden: a. een eerder verleende vergunning is ingetrokken wegens overtreding van bij of krachtens deze wet gestelde regels dan wel van de aan de vergunning verbonden voorschriften; b. de aanvrager heeft niet voldaan aan op hem rustende verplichtingen, voortvloeiend uit een eerder aan hem verleende vergunning; c. de aanvraag of de aanvrager voldoet niet aan de daarvoor bij of krachtens deze wet gestelde regels.

³¹ In een vergunning kan worden voorgeschreven dat de frequentieruimte waarop de vergunning ziet, moet worden gebruikt voor de verzorging voor het publiek van bij de vergunning aan te wijzen diensten (art. 3.5,

een vergunning te verbinden voorschriften en beperkingen slechts betrekking mogen hebben. Hiertoe behoren onder meer verplichtingen die voortvloeien uit de toezeggingen die de vergunninghouder in het kader van een vergelijkende toets heeft gedaan (art. 16, eerste lid, aanhef en onder d, Fb). Hierbij kunnen wij denken aan verplichtingen voor een commerciële radio-omroep met betrekking tot de invulling van het radioprogramma, zoals een percentage uit te zenden muziek van Nederlandse oorsprong.

Op grond van het voorgaande is de frequentievergunning aan te merken als een zaaksgelaten vergunning 'waaraan persoonsgebonden elementen kleven'. Immers, aan de persoon van de gebruiker worden voor de toegang tot een procedure en de verlening van de vergunning bepaalde eisen gesteld.³²

Een vergunning kan op aanvraag van de houder van die vergunning geheel of gedeeltelijk aan een ander worden overgedragen met toestemming van de minister (art. 3.8, eerste lid, Tw). In het oorspronkelijke wetsvoorstel was het uitgangspunt niet-overdraagbaarheid.³³

De regering achtte dit noodzakelijk, omdat de vergunning meestal verbonden zou zijn met tevoren opgelegde kwalificatie-eisen aan een vergunninghouder, zoals diploma's of het voldoen aan bepaalde selectie-eisen.³⁴ In veel gevallen worden bij de frequentieverdeling criteria gesteld die betrekking hebben op de persoon van de aanvrager.³⁵ De Tweede Kamer had moeite met het beginsel van de niet-overdraagbaarheid. De vraag was onder meer of dit uitgangspunt wel paste bij een 'open markt' en welke bezwaren er zijn tegen een recht van een vergunninghouder zijn vergunning te verkopen als bij de verkoop de voorwaarde wordt gesteld dat de nieuwe vergunninghouder aan bepaalde kwaliteitseisen voldoet.³⁶

Met de aanvaarding van het amendement-Van Zuijlen/Leers is gekozen voor het uitgangspunt van overdraagbaarheid.³⁷ Er moet worden uitgegaan van overdraagbaarheid, tenzij er bepaalde redenen zijn waarom de vergunning niet overdraagbaar kan worden geacht.³⁸

In art. 3.8, derde lid, Tw zijn de artikelen 3.3, tiende lid, en 3.6 Tw van overeenkomstige toepassing verklaard. Dat art. 3.3, tiende lid, Tw van overeenkomstige toepassing is verklaard, brengt mee dat aanbieders die in het belang van de vrije mededinging werden uitgesloten van het verkrijgen van een frequentievergunning via een vergelijkende toets of een veiling niet alsnog via overdracht een vergunning voor deze frequentieruimte kunnen

tweede lid, Tw). Bij of krachtens amvb kunnen nadere regels worden gesteld met betrekking tot voorschriften in de vergunning (art. 3.5, derde en vierde lid, Tw).

32 Knijff 2003, p. 80-81.

33 Kamerstukken II 1997/98, 25 533, nrs. 1-2, p. 8.

34 Kamerstukken II 1997/98, 25 533, nr. 3, p. 83.

35 Kamerstukken II 1997/98, 25 533, nr. 5, p. 48.

36 Kamerstukken II 1997/98, 25 533, nr. 4, p. 22-23.

37 Kamerstukken II 1997/98, 25 533, nr. 50 (amendement-Van Zuijlen/Leers); Handelingen II 1997/98, 70, p. 5205.

38 Zie ook Handelingen II 1997-98, 66, p. 4940. Hierin geeft Van Zuijlen een toelichting het eerder genoemde amendement -Van Zuijlen/Leers. Zie ook Van Ommeren 2004, p. 66.

verkrijgen. Zo kan worden voorkomen dat een aanbieder die een te sterke machtspositie op de markt heeft verkregen via een ‘stromanconstructie’ aan een vergunning komt. In een dergelijke constructie schakelt een aanbieder die in het belang van daadwerkelijke mededinging van het verkrijgen van een vergunning is uitgesloten een andere aanbieder in om een vergunning te verkrijgen, waarna laatstgenoemde de vergunning aan eerstgenoemde overdraagt.

De facultatieve criteria van art. 3.6, tweede lid, Tw, die betrekking op de persoon van de beoogde vergunninghouder, namelijk zijn nalevingsgedrag, kunnen, doordat zij in art. 3.8, derde lid, Tw van overeenkomstige toepassing worden verklaard, aanleiding vormen om de toestemming te weigeren.

Nu art. 3.6 Tw, eerste lid, aanhef en onder f, Tw bepaalt dat een vergunning kan worden geweigerd omdat verlening in strijd zou zijn met het bepaalde bij of krachtens de Telecommunicatiewet, kan een toestemming voor overdracht bovendien ingevolge art. 3.8, derde lid, Tw worden geweigerd op grond van persoonsgebonden criteria die *krachtens* art. 3.3, negende lid, Tw, in het Fb zijn gesteld om toegang te krijgen tot een procedure – behandeling op volgorde van binnenkomst, veiling of vergelijkende toets – en op grond van de criteria die worden toegepast bij een vergelijkende toets voor verlening van een frequentievergunning. Persoonsgebonden criteria die zijn neergelegd in art. 6 Fb (zoals rechtsvorm, financiële positie, kennis en ervaring) of krachtens art. 11 Fb in een ministeriële regeling, kunnen dus mee worden genomen bij de besluitvorming over de toestemming.

Het is de bedoeling van de wetgever dat een (rechts)persoon die een frequentievergunning na een vergelijkende toets of veiling of op basis van ‘first come, first served’ heeft gekregen, deze vergunning kan overdragen aan een andere (rechts)persoon die aan bepaalde persoonsgebonden eisen voldoet.³⁹ Als voor de oorspronkelijke vergunning de procedure van de vergelijkende toets is gevolgd, hoeft daaraan geen afbreuk te worden gedaan als degene die de vergunning via deze procedure heeft verkregen toestemming krijgt voor overdracht aan een ander en die ander deze toets dus niet hoeft te doorlopen. Als een commerciële radio-omroep een vergunning heeft gekregen na een vergelijkende toets, kunnen op basis van de programmatische toezeggingen die een aanvrager heeft gedaan in het kader van

³⁹ Zo heeft de minister van Economische zaken in juli 2010 toestemming verleend voor overdracht van een frequentievergunning ten behoeve van commerciële radio-omroep van het failliet gegane Crosspoints aan Flux Media. De vergunning was aan Crosspoints verleend na een *vergelijkende toets*. Stcrt. 2010, nr. 13254. Vgl. het besluit van de minister van Economische Zaken in juli 2005 om aan RAM Mobile Data toestemming te verlenen voor overdracht van een frequentievergunning ten behoeve van een landelijk digitaal trunking-systeem aan Mission Critical Communication Networks. Stcrt 2005, nr. 151, p. 91. De vergunning was verleend op basis van ‘*first come, first served*’. Zie ook het besluit van de Minister van Economische Zaken van 13 juli 2006 om toestemming te verlenen voor overdracht door Enertel Wireless B.V. aan Enerone B.V. van een frequentievergunning ten behoeve van ‘Wireless Local Loop in de 3,5GHz-band.’ De vergunning was verleend na een *veiling*. Stcrt 2006, nr. 151, p. 6.

een deze toets immers verplichtingen in de vergunning zijn opgenomen (art. 16, eerste lid, aanhef en onder d, Fb). Deze gaan in beginsel over op de rechtsopvolger.

De minister kan bij het verlenen van een toestemming voor overgang de voorschriften en beperkingen die aan een over te dragen vergunning zijn verbonden, met het oog op het waarborgen van bestaande belangen, wijzigen dan wel aanvullen met nieuwe voorschriften of beperkingen (art. 3.8, tweede lid, Tw).⁴⁰ Deze bevoegdheid is bedoeld om te waarborgen dat de verplichtingen die de oorspronkelijke vergunninghouder heeft, worden nagekomen. Het is niet de bedoeling om in het kader van een overdracht bestaande verplichtingen te verzwaren. Gedacht moet worden aan ‘technische aanpassingen’.⁴¹ Voorbeelden zijn het toestaan van het gebruik van één nieuwe extra frequentie om een beoogde landelijke dekking (toch nog) te creëren of het niet meer toestaan van het gebruik van een frequentie omdat die voor een landelijke dekking niet nodig blijkt te zijn.

De Tw voorziet niet in een specifieke regeling voor overgang van vergunningen bij erfopvolging, splitsing en fusies. Anders dan in de hiervoor besproken regeling voor de opsporings- of winningsvergunning in de Mijnbouwwet is er dus niet voor gekozen het toestemmingsvereiste voor een overdracht van een vergunning ook te stellen voor andere vormen van overgang op een andere persoon, zoals een fusie of splitsing van een rechtspersoon. Van bijvoorbeeld overnames van Telfort door KPN en van Orange door T-mobile (aanbieders van telecommunicatiediensten met een frequentievergunning) ontbreekt een spoor in de Staatscourant, waarin de besluiten op grond van art. 3.8 Tw worden gepubliceerd. In art. 3.8, eerste lid, in het oorspronkelijke wetsvoorstel was nog bepaald: ‘De vergunning is niet overdraagbaar, tenzij daartoe ontheffing is verleend door Onze Minister.’⁴² Uit de Nota naar aanleiding van het verslag komt naar voren dat de voorgestelde bepaling niet zag op de totstandkoming van fusies of samenwerkingsvormen binnen concerns. Die zouden ‘onverlet’ worden ‘gelaten’. Het ontstaan van te grote machtsconcentraties op de markt zou op grond van andere wetsbepalingen (waarmee in het bijzonder bedoeld zal zijn op de Mededingingswet) worden beoordeeld.⁴³

40 Aanvankelijk was niet nader aangegeven met het oog op welk belang de beperkingen en voorschriften kunnen worden gesteld aan de toestemming. Bij een wetswijziging op 13 december 2006 is het criterium ‘met het oog op het beschermen van bestaande belangen’ toegevoegd. Publicatie wetswijziging: Stb. 2006, 593. Publicatie besluit inwerkingtreding: 24-11-2006, Stb. 2006, 62. (De wetswijziging maakte deel uit van de ‘Veegwet EZ 2005’ die tot doel had enkele ‘wetstechnische gebreken en leemten’ te herstellen en enkele wijzigingen aan te brengen in enkele wetten, waaronder de Telecommunicatiewet. Kamerstukken II 2004/05, 30027, nrs. 1 e.v.).

41 Kamerstukken II 2004/05, 30 027, nr. 7, p. 10-11.

42 Kamerstukken II 2004/05, 30 027, nr. 1-2.

43 Kamerstukken II 2004/05, 30 027, nr. 5, p. 47. De nota laat zich verder uitdrukkelijk uit over het verwerven van een meerderheidsbelang in een onderneming aan wie de vergunning is verleend. Er wordt uitdrukkelijk gesteld dat de regering dit niet onder overdracht verstaat, omdat er in dat geval voor wat betreft het recht op vergunning geen sprake is van een andere onderneming. Als door de verwerving de mededinging in belangrijke mate zou worden beperkt, zou de vergunning bovendien ingevolge art. 3.7, tweede lid, onder f, Tw kunnen worden ingetrokken. Kamerstukken II 2004/05, 30 027, nr. 5, p. 48.

Met de aanvaarding van het amendement-Van Zuijlen/Leers, is, in afwijking van het oorspronkelijke wetsvoorstel, het uitgangspunt van overdraagbaarheid in art. 3.8 Tw neergelegd. Voor zover ik heb kunnen nagaan, is bij de parlementaire behandeling niet meer aan de orde geweest of art. 3.8 Tw betekenis heeft bij fusies en samenwerkingsvormen. Het lijkt erop dat art. 3.8 Tw hier niet op ziet en dat er van uit wordt gegaan dat het toezicht door het NMa voldoende waarborgen biedt dat de vrije mededinging niet in het gedrang komt.⁴⁴ Daarnaast kan art. 3.7, tweede lid, onder f, Tw in voorkomende gevallen worden toegepast.⁴⁵ Ingevolge deze bepaling kan een frequentievergunning worden ingetrokken indien de instandhouding van de vergunning de daadwerkelijke mededinging op de relevante markt in aanzienlijke mate zou beperken. De ratio voor niet-toepasselijkheid van art. 3.8 Tw bij fusie, bedrijfsovername en samenwerkingsvormen kan zijn dat voor het overige de persoonsgebonden criteria voor de vergunningverlening geen belemmering vormen voor voortzetting van het gebruik van de vergunning, omdat de oorspronkelijke vergunninghouder betrokken is bij de nieuwe constructie. Ik neem verder aan dat een frequentievergunning in voorkomende gevallen wordt aangepast aan de nieuwe situatie door een wijziging tenaamstelling.

Wat van het voorgaande ook zij, art. 3.8 Tw lijkt te voorzien in een behoefte in de praktijk. De vraag die open blijft, is of en in hoeverre de bepaling en de toepassing ervan in de praktijk recht doet aan de doelstelling van een vrije mededinging die mede aan de Tw ten grondslag ligt. Is er nu, zoals de bedoeling was, inderdaad meer sprake van een open markt, dan wanneer overdraagbaarheid niet het uitgangspunt zou zijn geweest? Zijn er voldoende garanties voor instandhouding van vrije mededinging bij een fusie van of samenwerking door de vergunninghouder met anderen? Wordt voldoende voorkomen dat bepaalde marktpartijen een overheersende positie krijgen?⁴⁶

4 OVERGANG VAN RECHTSWEGE

De wet kan voorzien in een overgang van rechtswege van een bepaalde vergunning. De overgang komt tot stand door overgang van het object waarop de vergunning betrekking heeft, zonder tussenkomst van een bestuursorgaan. Een overdracht tussen partijen is niet

44 Met dank aan Nico van Eijk en Wouter Hins voor hun uitleg. Hun bijdragen zijn elders in deze bundel opgenomen.

45 Zie de eerder aangehaalde passage in Kamerstukken II 2004/05, 30 027, nr. 5, p. 48.

46 In dat verband is interessant dat de voorganger van art. 3.8 Tw, art. 13u Wet op de telecommunicatievoorzieningen (hierna: Wtv) (oud), in het eerste lid bepaalde dat een vergunninghouder zijn vergunning niet aan een ander kon overdragen, tenzij hij daartoe van de minister toestemming had verkregen. In het tweede lid van art. 13u Wtv (oud), was bepaald wanneer de toestemming moest worden geweigerd. De ratio was te voorkomen dat een marktpartij die al een (vergelijkbare) vergunning had, een te overheersende positie zou krijgen.

vereist, maar is wel mogelijk. Als een persoonsgebonden beoordeling bij een vergunning geen rol hoeft te spelen, is een dergelijk regime in het belang van een soepele overname van bedrijven. Het omgevingsrecht kent twee belangrijke voorbeelden van deze categorie: de omgevingsvergunning en de watervergunning.

4.1 *Omgevingsvergunning*

Ingevolge art. 2.1 en 2.2 Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) is het verboden een project uit te voeren dat bestaat uit activiteiten die bij of krachtens deze artikelen zijn aangewezen. Het gaat onder meer om het bouwen van een bouwwerk en het exploiteren van een inrichting. Meer in het algemeen heeft de vergunning betrekking op activiteiten die van invloed kunnen zijn op de fysieke leefomgeving. Het toetsingskader voor de beoordeling van een aanvraag van een omgevingsvergunning is neergelegd in art. 2.10 tot en met 2.21 Wabo. Aan welke bepalingen moet worden getoetst, is afhankelijk van de activiteit waarop de aanvraag betrekking heeft.

Op grond van art. 2.1, eerste lid, aanhef en onder e, Wabo geldt een omgevingsvergunningsplicht voor het oprichten, veranderen en in werking hebben van inrichtingen die bij amvb zijn geweest (art. 2.1, eerste lid, aanhef en onder e, jo. art. 1.1, eerste en derde lid, Wabo jo. art. 1.1, derde en vierde lid, Wm). Als bij de beoordeling van aanvragen van omgevingsvergunningen moet worden getoetst aan milieuvoorschriften – hetgeen het geval is als de aanvraag betrekking heeft op een inrichting (art. 2.14 Wabo) – kan sprake zijn van schaarste aan deze omgevingsvergunningen en daarmee van een verdelingsvraagstuk. Of dat zo is hangt af van de wijze van normstelling. Dit kan als volgt worden toegelicht.

In milieuwetgeving worden vaak emissienormen vastgesteld, maar soms immissienormen. Emissienormen stellen een maximum aan de hoeveelheid vervuilende stoffen die door een bedrijf met een bepaalde activiteit in het milieu mag worden gebracht. De wetgever stelt bij de emissienormen voor vergunningen geen wettelijk maximum aan het totaal van emissies van de desbetreffende stof in een bepaald gebied. In zoverre is geen sprake van schaarste aan de betreffende vergunningen en dient zich geen verdelingsvraagstuk aan.

Immissienormen stellen grenzen aan de hoeveelheid van bepaalde vervuilende stoffen die in een bepaald gebied aanwezig mag zijn. Zo worden immissienormen gehanteerd voor bepaalde luchtverontreiniging en geluidhinder.

Immissienormen worden gesteld in normen voor maximale geluidsbelasting voor gezoneerde industrieterreinen op grond van de Wet geluidhinder en in de luchtkwaliteitseisen die zijn gesteld bij titel 5.2 jo bijlage 2 Wet milieubeheer (hierna: Wm) en krachtens het bepaalde in titel 5.2 Wm.⁴⁷

⁴⁷ Voor een gezoneerd industrieterrein geldt dat alle zich daarop bevindende bedrijven een totale geluidbelasting op de zonegrens mogen veroorzaken van niet meer dan 50 dB(A) (art. 40 Wet geluidhinder).

Immissienormen brengen met zich dat de 'milieugebruiksruimte' op een locatie eindig is. Dit brengt mee dat er een verdelingsvraagstuk is: hoe vergunningen te verdelen onder de belangstellenden? De wetgever heeft bij de immissienormen voor luchtkwaliteit of geluidhinder overigens geen criteria gesteld voor de wijze van verdeling van de gebruiksruijnte. Daardoor geldt bij vergunningverlening 'wie het eerst komt, wie het eerst maalt'. De omgevingsvergunning is in beginsel een zaaksgebonden vergunning. Het zijn de eigenschappen van het project die bepalen of de vergunning kan worden verleend, en in beginsel niet die van de uitvoerder. Art. 2.25, eerste lid, Wabo bepaalt dat de vergunning geldt voor eenieder die het project uitvoert waarop zij betrekking heeft. In de memorie van toelichting wordt 'degene die het project uitvoert' omschreven als 'degene die voor die uitvoering verantwoordelijk is', dus de eigenaar of opdrachtgever. Die moet de vergunningvoorschriften naleven of zorgen dat ze door zijn werknemers of contractanten worden nageleefd.⁴⁸ Steeds wanneer de uitvoerder een ander wordt, gaat de vergunning mee.⁴⁹ Op grond van art. 2.25, tweede lid, Wabo geldt dat indien een omgevingsvergunning zal gaan gelden voor een ander dan de aanvrager of de vergunninghouder, de aanvrager onderscheidenlijk de vergunninghouder dat ten minste een maand voordien aan het bevoegd gezag melden. Als degene die een project uitvoert dat project aan een ander gaat overdragen moet hij dus daarvóór tijdig aan het bevoegd gezag melden dat hij dat gaat doen. Het gaat bijvoorbeeld om het overdoen van de exploitatie van een inrichting aan een ander of het willen leveren van een onvoltooid bouwwerk aan iemand anders.⁵⁰ De melding is geen constitutief vereiste voor de overgang, maar niet-naleving ervan is strafbaar (art. 1a, aanhef en onder 2°, Wed). Art. 2.25, tweede lid, Wabo is ingevoegd met het oog op de eventuele wenselijkheid van een Bibob-toetsing. De Bibob-toetsing kan overigens geen belemmering vormen voor de overgang van de vergunning, maar kan wel aanleiding geven de vergunning in te trekken als deze betrekking heeft op het bouwen van een bouwwerk of het oprichten, veranderen of in werking hebben van een inrichting (art. 2.20 Wabo). De naleving van de meldingsplicht is geen voorwaarde voor de overgang van de vergunning, want die vloeit voort uit de wijziging in de persoon die het project uitvoert. Zo gauw bijvoorbeeld de overdracht van een inrichting of een onvoltooid bouwwerk een feit is, is de opvolgende uitvoerder van het project de vergunninghouder.⁵¹ Niet-naleving van de meldingsverplichting is strafbaar (art. 1a, aanhef en onder 2°, Wed).

48 Kamerstukken II 2006/07, 30 844, nr. 3, p. 113.

49 Dit kan dus ook door een overgang onder algemene titel. Ook voor de milieuvergunning gold dat die van rechtswege overging (art. 8.20 (oud) Wm. Hiervoor was geen overdracht van de vergunning nodig tussen de oorspronkelijke en de nieuwe vergunninghouder. Hof 's-Hertogenbosch 5 september 2006, AB 2007, 43, m.nt. C.L. Knijff; ABRvS 8 februari 2004, AB 2003, 237.

50 Ingeval van erfopvolging zal melding door de vergunninghouder problematisch zijn.

51 Kamerstukken II 2006/07, 30 844, nr. 3, p. 113.

Art. 2.25, derde lid, Wabo maakt het mogelijk bij amvb categorieën van gevallen aan te wijzen waarin de vergunning slechts geldt voor degene aan wie zij is verleend.⁵²

De overgang van rechtswege van een vergunning past bij de omgevingsvergunning zoals die in de Wabo is geregeld. Gezien de doelstelling van de vergunning, het reguleren van activiteiten die van invloed zijn op de fysieke leefomgeving, is in beginsel niet van belang wie degene is die een project uitvoert. Er gelden geen criteria voor verdeling van de vergunningen, dus die kunnen ook niet worden doorkruist.

Art. 2.25 Wabo brengt mee dat het gemakkelijker kan worden projecten over te dragen en dat degene die een inrichting exploiteert er in beginsel van uit kan gaan dat een verkoop niet wordt belemmerd doordat de vergunning niet meegaat. In sommige situaties zal het artikel echter geen uitkomst bieden. Van een vergunning die betrekking heeft op de exploitatie van een inrichting kan na bepaalde privaatrechtelijke transacties – overname van een gedeelte van de inrichting, fusie of splitsing van de exploitant van de inrichting – geen gebruik meer worden gemaakt.⁵³

Krijgen installaties als gevolg van een gedeeltelijke bedrijfsovername of van splitsing van de exploitant verschillende drijvers, dan moeten op de ‘nieuwe’ inrichtingen toegesneden vergunningen worden verleend.⁵⁴ Bij een fusie van rechtspersonen die inrichtingen exploiteerden waarvoor vergunningen golden, zal van belang zijn of de inrichtingen na de fusie tezamen als één inrichting als bedoeld in art. 1.1, eerste en vierde lid, Wm zijn aan

52 Daarbij kan tevens worden bepaald dat in daarbij aangewezen categorieën gevallen: a. de omgevingsvergunning nog gedurende een daarbij aangegeven termijn blijft gelden voor rechtsopvolgers van degene aan wie zij is verleend; b. de omgevingsvergunning ook geldt voor een rechtspersoon aan wie zij is overgedragen door een andere rechtspersoon, indien daarvoor door het bevoegd gezag toestemming is verleend. Op grond van art. 8.20, tweede lid (oud), Wm konden bij amvb categorieën van gevallen worden aangewezen waarin de milieuvergunning persoonsgebonden was en niet kon overgaan. Uit de parlementaire geschiedenis kwam naar voren dat van deze bevoegdheid terughoudend gebruik dient te worden gemaakt. Kamerstukken II 1989/90, 21087, nr. 6, p. 68. Een amvb waarin van deze bevoegdheid gebruik werd gemaakt, was het Besluit financiële zekerheid. Dit besluit is echter met ingang van 10 november 2009 ingetrokken. Stb 2009, 406. Hiermee werd uitvoering gegeven aan de motie-Vietsch/Neppérus (Kamerstukken II 2007/08, 29 383, nr. 91. Het motief was het verminderen van administratieve lasten. Stb. 2009, 406, p. 3-4.

53 Voor de overgang van de milieuvergunning, gold art. 8.20 Wm (oud) een vergelijkbaar regime voor overgang als nu voor de omgevingsvergunning. Wij kunnen voor de vragen met betrekking tot overgang van de omgevingsvergunning als bedoeld in art. 2.1, eerste lid, onder e, Wabo, aansluiting vinden bij jurisprudentie en literatuur met betrekking tot art. 8.20 Wm (oud).

54 Als de activiteiten na de transactie niet wezenlijk veranderen, kan een revisievergunning voor de betreffende inrichting worden verleend. R. Mellenbergh, *Bedrijfsovername en milieurecht* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2009, p. 53-58; A.A. Freriks en C.L. Knijff, *Overgang van de Wm-vergunningen, Milieu & Recht*, 2003/1, p. 6-7. De revisievergunning is bedoeld voor gevallen waarin een aanvraag betrekking heeft op het wijzigen van de exploitatie van een inrichting, terwijl daarvoor al één of meer omgevingsvergunningen waren verleend. Het bevoegd gezag kan bepalen dat een revisievergunning moet worden aangevraagd met betrekking tot een verandering én het in werking hebben van de inrichting na die verandering. De aanvrager mag ook zelf verzoeken om een revisievergunning. P.C. Gilhuis, *Vergunningen en algemene regels*, in: Ch. Backes, P.C. Gilhuis en N.S.J. Koeman, *Milieurecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 168-169.

te merken.⁵⁵ Als het antwoord ontkennend is, blijven de oorspronkelijke vergunningen van kracht en is de nieuwe rechtspersoon de houder van deze vergunningen. Als het antwoord bevestigend is, kan een revisievergunning voor de nieuw ontstane inrichting worden verleend en kan de vergunning voor één van beide oorspronkelijke inrichtingen worden ingetrokken.⁵⁶

Er kunnen ook onduidelijkheden rijzen met betrekking tot het al dan niet gebruik kunnen maken van de bestaande omgevingsvergunningen op voet van art. 2.25 Wabo. Dit kan het geval zijn als een onderneming fuseert. Het kan dan de vraag zijn of de activiteiten van de nieuwe onderneming zijn aan te merken als activiteiten die binnen één inrichting plaatsvinden. Als de activiteiten op de oorspronkelijke locaties blijven plaatsvinden, kan het antwoord ontkennend zijn. De eerste relevante vraag in dat kader is of de locaties voldoende nabij zijn gelegen. Als het antwoord bevestigend moet luiden, is de vervolgvraag of sprake is van voldoende technische, organisatorische en/of functionele bindingen om van één inrichting te kunnen spreken. Als ook dat antwoord bevestigend moet zijn, is in de nieuwe situatie sprake van één inrichting en kan niet op basis van de bestaande vergunningen worden gewerkt. De antwoorden op de genoemde vragen kunnen zijn omgeven met onzekerheden. Het zal voor de exploitant dan zaak zijn dat de situatie tijdig wordt gemeld bij het bevoegd gezag en dat het bevoegd gezag op zijn beurt tijdig duidelijkheid verschaft over het gebruik kunnen maken van de verleende omgevingsvergunningen.

4.2 *Watervergunning*⁵⁷

De Waterwet kent een integrale vergunning, de watervergunning, die benodigd is voor bepaalde handelingen die gevolgen hebben voor grondwater, oppervlaktewater of zeewater (art. 6.2 tot en met 6.4 Waterwet).⁵⁸ De watervergunning wordt ingevolge art. 6.21

55 Onder een inrichting dient te worden verstaan 'elke door de mens bedrijfsmatig of in een omvang alsof zij bedrijfsmatig was, ondernomen bedrijvigheid die binnen een zekere begrenzing pleegt te worden verricht' (art. 1.1, eerste lid, Wm). Als één inrichting worden beschouwd de 'tot een zelfde onderneming of instelling behorende installaties die onderling technische, organisatorische of functionele bindingen hebben en in elkaars nabijheid zijn gelegen' (art. 1.1, vierde lid, Wm). Zie hierover: Gilhuis 2006, p. 150-152.

56 Mellenbergh 2009, p. 59-60. Voor zover de situatie na gedeeltelijke bedrijfsovername, fusie of splitsing niet wezenlijk ten opzichte van die waarvoor de oorspronkelijke vergunning is verleend is veranderd, zal bij de vergunningsbeslissing(en) recht dienen te worden gedaan aan het gegeven dat de desbetreffende activiteiten al eerder waren vergund. Zie ook: Freriks en Knijff 2003, p. 7.

57 Zie hierover ook de bijdrage van Van Rijswick aan deze bundel.

58 Zo bepaalt artikel 6.4 Waterwet dat het verboden is zonder daartoe strekkende vergunning van Gedeputeerde Staten water te onttrekken aan een grondwaterlichaam of water te infiltreren ten behoeve van industriële toepassingen indien de onttrokken hoeveelheid water meer dan 150000 m³ per jaar bedraagt of ten behoeve van de openbare drinkwatervoorziening of koude- en warmteopslag. De watervergunning is, voor zover het over handelingen als bedoeld in art. 6.4 Waterwet gaat, de opvolger van de grondwaterwetvergunning. Art. 14, eerste lid, Grondwaterwet(oud) bepaalde dat het verboden is grondwater te onttrekken of water te infiltreren, tenzij daarvoor door gedeputeerde staten een vergunning is verleend. Met de inwerkingtreding van

Waterwet geweigerd, voor zover verlening daarvan niet verenigbaar is met de doelstellingen in artikel 2.1.⁵⁹ Art. 2.1 Waterwet noemt als doelstellingen voorkoming en waar nodig beperking van overstromingen, wateroverlast en waterschaarste, in samenhang met bescherming en verbetering van de chemische en ecologische kwaliteit van watersystemen en vervulling van maatschappelijke functies door watersystemen. Gelet op deze doelstellingen zal de ruimte om in een gebied bijvoorbeeld vergunningen te verlenen voor onttrekking van grondwater begrensd zijn. Er is dus sprake van schaarste bij de vergunningverlening. De wetgever geeft geen criteria voor de verdeling. Ook de watervergunningen worden dus verdeeld op basis van het principe “wie het eerst komt, wie het eerst maalt”.⁶⁰

De watervergunning is zaaksgebonden. De Waterwet voorziet in een soepele overgang voor de watervergunning. Art. 6.24, eerste lid, Waterwet bepaalt dat een vergunning tevens geldt voor de rechtsopvolgers van de vergunninghouder, tenzij bij de vergunning anders is bepaald.⁶¹ Zodoende kan, bijvoorbeeld wanneer bij de verlening van de vergunning een persoonsgebonden beoordeling heeft plaatsgevonden, bij individuele vergunningen hiervan worden afgeweken.⁶² Ingevolge art. 6.24, tweede lid, Waterwet doet de rechtsopvolger van de vergunninghouder binnen vier weken nadat de vergunning voor hem is gaan gelden, daarvan mededeling aan het bevoegd gezag. Overtreding van deze bepaling is ingevolge art. 1a, aanhef onder 3°, Wed, de Waterwet, artikel 6.24, tweede lid, strafbaar tenzij de desbetreffende vergunning uitsluitend berust op een verordening van een waterschap.

Art. 6.24 Waterwet is een verbetering ten opzichte van haar voorgangers, die met betrekking tot overgang van de vergunning onduidelijk waren (Grondwaterwet (oud) en Wet op de waterhuishouding (oud)) of geen regeling troffen (Wet beheer rijkswaterstaatswerken).⁶³

Er is, anders dan in de Grondwaterwet (oud) en de Wet op de waterhuishouding (oud), gekozen voor een duidelijke bepaling: de vergunning kan van rechtswege overgaan, naamswijziging behoeft slechts te worden gemeld en is geen constitutief vereiste voor overgang. Voor deze variant is mede gekozen met het oog op het terugdringen van admi-

de Waterwet op 22 december 2009 is deze bepaling vervallen. Stb 2009, 107; Stb 2009, 549. In de Waterwet zijn geïntegreerd: Wet op de waterhuishouding, Wet op de waterkering, Grondwaterwet, Wet verontreiniging oppervlaktewateren, Wet verontreiniging zeewater, Wet van 14 juli 1904 (droogmakerijen en indijkingen), Wet beheer rijkswaterstaatswerken en Waterstaatswet 1900. Kamerstukken II 2006/07, 30 818, nr. 3, p. 5. In de Waterwet zijn vergunningplichten uit voormalige wetten geïntegreerd of vervangen door algemene regels.

59 Daarnaast worden in art. 6.21 Waterwet genoemd de belangen, bedoeld in artikel 6.11 Waterwet. Ik laat dit hier verder buiten beschouwing.

60 Vgl. over de grondwaterwetvergunning (oud): P. de Putter en M. Aerts, Juridische aspecten van energieopslag in de bodem, Milieu & Recht, 2006, nr. 7, p. 41. De Putter en Aerts betoogden dat met het vergunningstelsel van de Grondwaterwet ‘huidige onttrekkingsrechten toekomstige rechten konden frustreren’.

61 Aangenomen mag worden dat zowel rechtsopvolgers onder algemene als onder bijzondere titel zijn bedoeld.

62 Kamerstukken II 2006/07, 30 818, nr. 3, p. 125.

63 Zie Knijff 2003, p. 64-67, 158-159.

nistratieve lasten voor burgers en bedrijven.⁶⁴ Dat is gekozen voor de mogelijkheid van overgang van rechtswege van de vergunning, valt te begrijpen nu de vergunning zaaksgebonden is en het in beginsel gelet op het doel van het vergunningstelsel niet relevant is wie de vergunning gebruikt. Er is bovendien geen verdelingsprocedure die zou kunnen worden doorkruist. Dat de wetgever had kunnen kiezen voor een ander verdelingsmechanisme dan 'first come, first served', is een andere kwestie.

5 OVERGANG NA REGISTRATIE

Bij een besluit toegekende rechten kunnen in het leven geroepen met het vooropgezette doel dat er een markt voor ontstaat. De rechten worden aan een maximum gebonden. Voor een zo efficiënt mogelijke, optimale realisatie van een bepaalde doelstelling van overheidsbeleid wordt van belang geacht dat er competitie is bij het verwerven van deze rechten.⁶⁵ Deze gedachten vormen de basis van de broeikasgasemissierechten.⁶⁶ De doelstelling is reductie van emissie van bepaalde stoffen en met behulp van deze rechten wil men die realiseren. Als er bijvoorbeeld veel vraag is naar broeikasgasemissierechten stijgt de prijs ervan en wordt het aantrekkelijk om te investeren in productiemethoden waarbij de emissie lager is.

Voor melkquota geldt een vergelijkbaar regime. Hierbij is het creëren van een markt voor melkquota echter niet ingezet als een instrument voor het bereiken van de doelstelling, het beperken van de zuivelproductie. Het gaat om het stellen van een bepaald maximum aan melkproductie, waarbij aan de markt wordt overgelaten wie produceert.

Voor de broeikasgasemissierechten en melkquota geldt dat de persoon van de rechthebbende niet van belang is. Kernpunt bij de regeling van de overgang van deze rechten is dat

64 Kamerstukken II 2006/07, 30 818, nr. 3, p. 125. Art. 14, lid 5, Grondwaterwet (oud) bepaalde ook al dat de vergunning geldt voor rechtsopvolger van de vergunninghouder. De bepaling legde echter geen meldingsplicht op maar een plicht om binnen drie maanden, te rekenen van de dag van de rechtsopvolging, om wijziging van de tenaamstelling te vragen. Dat leidde tot onduidelijkheid. Was bedoeld dat de vergunning van rechtswege kan overgaan en naamswijziging slechts hoeft te worden gemeld en dat de melding geen voorwaarde voor de overgang zijn? Of was bedoeld dat het verzoek om naamswijziging een voorwaarde was voor overgang? Of betekende de bepaling dat de vergunning alleen gedurende de eerste drie maanden vanaf der rechtsopvolging automatisch overging en de vergunning eerst zou definitief zou overgaan door wijziging van de tenaamstelling? De Afdeling bestuursrechtspraak leek een bevoegdheid tot wijziging van de tenaamstelling in art. 14, vijfde lid, Grondwaterwet te lezen. ABRvS 1 mei 2002, M & R 2002; nr. 108. Het werd aannemelijk geacht dat geen overgang van rechtswege (voor onbepaalde tijd) was bedoeld, maar een overgang die tot stand komt door een wijziging van de tenaamstelling. ABRvS 6 mei 2004, AB 2004, 212, m.nt. AvH. Zie over vergelijkbare onduidelijkheid van art. 24, zevende lid, Wwh: Knijff 2003, p. 69. Art. 6.24 Waterwet laat geen ruimte voor misverstanden.

65 Ruiters 2001, p. 278; Van Ommeren 2001, p. 6; Van Ommeren 2005, p. 154.

66 R. Teuben, *Verhandelbare emissierechten. Juridische aspecten van emissiehandel voor CO₂ in Nederland en de Europese Unie* (diss. UU), Deventer: Kluwer 2005, p. 66.

zij niet tot stand kan komen zonder registratie. Deze registratie is constitutief.⁶⁷ De besluitvorming over de registratie is rechtsvaststellend: als aan de ‘technische’ voorwaarden – zo moet degene die wil overdragen over rechten beschikken – voor overdracht is voldaan, vindt de registratie plaats.

5.1 Broeikasgasemissierechten⁶⁸

Een broeikasgasemissierecht wordt in art. 1.1, eerste lid, Wm gedefinieerd als ‘een overeenkomstig het bepaalde bij en krachtens hoofdstuk 16 overdraagbaar recht, uitsluitend ten einde aan het bepaalde bij en krachtens dat hoofdstuk te voldoen, om gedurende een bepaalde periode een emissie van één ton kooldioxide-equivalent in de lucht te veroorzaken’. De toewijzing van broeikasgasemissierechten geschiedt op basis van een vijfjarig toewijzingsplan dat is vastgesteld door de ministers die Milieu en Economische zaken in hun portefeuille hebben (art. 16.23 Wm). Dit plan bevat een beschrijving van de manier waarop de ministers voornemens zijn de broeikasgasemissierechten toe te wijzen (art. 16.25, eerste lid, aanhef en onder b Wm). In de toewijzingsplannen van 2008-2012 zijn de emissierechten voor het grootste deel gratis aan de inrichtingen toegewezen. De hoeveelheid toe te wijzen rechten voor bestaande inrichtingen is in gebaseerd hun ‘historische emissies’, de verwachte groei per sector, de ‘efficiencyfactor’ en een correctiefactor met het oog op het bijdragen door alle inrichtingen aan de klimaatdoelstellingen.⁶⁹ Voor nieuwkomers wordt een reserve aan emissierechten aangehouden. Ook deze inrichtingen krijgen in beginsel hun emissierechten gratis. Zij krijgen rechten toegewezen op basis van de ‘beste stand der techniek’ en op basis van de verwachte productie.⁷⁰ Er wordt een apart depot aangelegd voor het honoreren van eventuele juridische procedures tegen het jaarlijkse toewijzingsbesluit.⁷¹ Op basis van het toewijzingsplan wordt één jaarlijks toewijzingsbesluit genomen op grond van art. 16.29 e.v. Wm. Hierin wordt vastgelegd hoeveel rechten elk van de deelnemers krijgt. Een nieuwe inrichting moeten een aparte aanvraag indienen om op basis van een afzonderlijk toewijzingsbesluit rechten te verkrijgen (artikel 16.32 Wm).

⁶⁷ Knijff 2003, p. 95.

⁶⁸ Zie uitgebreider over de verdeling van broeikasgasemissierechten de bijdragen van Van Angeren en Peeters in de bundel.

⁶⁹ Nederlands nationaal toewijzingsplan broeikasgasemissierechten 2008-2012, Plan van de Minister van Economische Zaken en de Staatssecretaris van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer, 26 september 2006, p. 14-18. http://ec.europa.eu/environment/climat/pdf/nap_netherlands_nl.pdf.

⁷⁰ Nederlands nationaal toewijzingsplan broeikasgasemissierechten 2008- 2012, p. 19-20.

⁷¹ Nederlands nationaal toewijzingsplan broeikasgasemissierechten 2008- 2012, p. 20-21.

Er wordt ook gebruik gemaakt van de mogelijkheid ca. 4% van de totale hoeveelheid beschikbare rechten te verkopen.⁷² Zo kan ervaring op worden gedaan met de veilingmethode die vanaf 2013 voor een groter deel van de beschikbare rechten zal plaatsvinden.⁷³ Ingevolge de Richtlijn emissiehandel na 2012 zal de emissieruimte voor bedrijven na 2012 jaarlijks 1,74% afnemen, tot -21% in 2020 ten opzichte van 2005.⁷⁴ Het grootste deel van de industrie zal een deel van de rechten nog gratis krijgen op grond van een CO₂-benchmark. Eind 2010 zal de Commissie aangeven hoe de gratis CO₂-rechten middels benchmark toegekend gaan worden.⁷⁵ Omdat de meeste bedrijven 'te weinig' rechten zullen hebben, zal meer handel gaan plaatsvinden. Bedrijfslocaties hebben de keuze: óf zij investeren in schonere technologie om hun uitstoot te verminderen, óf zij kopen extra emissierechten op de emissierechtenmarkt.⁷⁶

Van broeikasgasemissierechten is door de wetgever uitdrukkelijk bepaald dat zij overdraagbaar zijn. In het hoofdstuk over broeikasgasemissierechten in hoofdstuk 16 Wm is een aparte afdeling over de overgang van broeikasgasemissierechten opgenomen (afdeling 16.2.3 Wm).

Bij de overdracht van broeikasgasemissierechten wordt een systeem van afschrijving en bijschrijving op een rekening in een register gehanteerd. In art. 16.43 Wm, eerste lid, is bepaald dat er een *register is inzake de handel in broeikasgasemissierechten*, als bedoeld in de EG-verordening register handel in broeikasgasemissierechten. Ingevolge artikel 3 van deze verordening⁷⁷ dient door elke lidstaat en door de Commissie een register van broeikasgasemissierechten in de vorm van een gestandaardiseerde elektronische database te worden aangelegd. Uit art. 16.43, tweede lid, Wm vloeit voort dat het bestuur van de emissieautoriteit de bevoegde autoriteit is met betrekking tot het register in Nederland.

72 Deze 4% van de totale hoeveelheid ontstaat uit een korting van 15% die op de toewijzing van emissierechten aan bestaande producenten van elektriciteit is toegepast vanwege de windfall profits die zij naar verwachting zouden maken door het doorberekenen van de prijs van een broeikasgas emissierecht in de prijs van elektriciteit voor de eindgebruikers, hoewel de emissierechten gratis worden toegewezen. Nederlands nationaal toewijzingsplan broeikasgasemissierechten 2008- 2012, p. 11- 14. De eerste tranche van een Nederlandse veiling van emissierechten, die 2 miljoen emissierechten bedroeg, heeft op 27 oktober 2010 €14,90 per ton CO₂-uitstoot opgeleverd voor de overheid. <http://www.vemw.nl/cms/showpage.aspx?id=1557>; <http://www.energiekeuze.nl/nieuws.aspx?id=344>. De tweede tranche emissierechten die Climex namens de Nederlandse overheid op de markt heeft gebracht, die eveneens 2 miljoen emissierechten bedroeg, is op 18 november 2010 verkocht voor een prijs van € 14,83 per ton CO₂-uitstoot. <http://www.energiekeuze.nl/nieuws.aspx?id=376>.

73 http://www.dsta.nl/Onderwerpen/CO2_veilingen.

74 Richtlijn 2009/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 tot wijziging van Richtlijn 2003/87/EG teneinde de regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten van de Gemeenschap te verbeteren en uit te breiden (PbEG 2009, L 140/63).

75 <http://emissierechten.nl/>.

76 <http://www.emissieautoriteit.nl/emissiehandel/co2-emissiehandel>.

77 Verordening (EG), nr. 2216/2004 van de Commissie van 21 december 2004 inzake een gestandaardiseerd en beveiligd registersysteem overeenkomstig Richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad en Beschikking 280/2004/EG van het Europees Parlement en de Raad, Pb. 29 december 2004, L 386/1.

In afdeling 16.2.3 Wm is geregeld onder welke voorwaarden een broeikasgasemissierecht kan worden overgedragen. Het emissierecht moet overeenkomstig art. 16.35 Wm zijn verleend en zijn geregistreerd in een register overeenkomstig de EG-verordening registratie van handel in broeikasgassen. Alle bij de overdracht betrokken personen moeten een rekening hebben in een dergelijk register (art. 18.40 Wm).

Voor de overdracht is vereist dat afschrijving van het recht plaatsvindt van de rekening die in het register op naam staat van degene die het recht overdraagt en bijschrijving op een rekening in een register die op naam staat van de persoon die het recht verkrijgt (art. 16.41, eerste lid, Wm). Zonder inschrijving in het bedoelde publiekrechtelijke register van emissierechten vindt geen overdracht plaats.⁷⁸ De registratie is het enige vereiste; er gelden geen andere eisen.

Art. 16.40, derde lid, Wm bepaalt dat een broeikasgasemissierecht vatbaar is voor andere overgang dan overdracht. Art. 16.41, derde lid, Wm bepaalt echter dat elke overgang anders dan overdracht tegenover derden eerst werkt nadat het bestuur van de emissieautoriteit de overgang heeft geregistreerd.

Er wordt handel in emissierechten bedreven door bedrijven en particulieren via direct contact, handelsplatforms en intermediairs (brokers of banken).⁷⁹ Nader onderzoek zal moeten uitwijzen of de markt voor verhandelbare broeikasgasemissierechten zodanig functioneert dat bij wordt dragen aan emissie van reductie van broeikasgasemissierechten. Essentieel is de omvang van de totale emissieruimte.⁸⁰

5.2 *Melkquota*

In art. 55, eerste lid, Verordening 1234/2007⁸¹ is bepaald dat (onder meer) voor melk een quotaregeling wordt toegepast.⁸² Ingevolge art. 55, tweede lid, van deze Verordening wordt,

78 Teuben 2005, p. 68.

79 <http://www.emissieautoriteit.nl/emissiehandel/co2-emissiehandel>.

80 Zie over de marktactiviteit in de EU (alweer enigszins gedateerd): Frank J. Convery and Luke Redmond, Market and price developments in the European Union Emissions Trading Scheme, Review of Environmental Economics and policy 2007 1 (1), p. 104-106.

81 Verordening (EG) Nr. 1234/2007 van de Raad van 22 oktober 2007 houdende een gemeenschappelijke ordening van de landbouwmarkten en specifieke bepalingen voor een aantal landbouwproducten, Pb 16 november 2007, L 299. In deze verordening zijn regels vervat die voorheen in 21 verschillende gemeenschappelijke marktordeningen (GMO) van agrarische producten waren neergelegd. De verordening geldt vanaf 1 april 2008. Vanaf deze datum is de oude grondslag voor de regeling van de melkquota en heffingen – Verordening (EG) nr. 1788/2003 van de Raad van 29 september 2003 tot vaststelling van een heffing in de sector melk en zuivelproducten (PbEU L 270) – ingetrokken.

82 Overeenkomstig art. 66 en 67 Verordening 1234/2007 worden individuele quota verdeeld. Een ‘individueel quotum’ is het quotum van een producent per 1 april van elk tijdvak van twaalf maanden. Ingevolge art. 204, vierde lid, Verordening 1234/2007, is de regeling ter regulering van de melkproductie die in deze verordening is vastgesteld van toepassing tot en met 31 maart 2015. Daarna zal het systeem waarschijnlijk eindigen in verband met de stijgende vraag naar melkproducten in zowel Europa als in de rest van de wereld. Zie:

als een producent zijn beschikbare quotum overschrijdt, op de overtollige hoeveelheden een overschothefving gelegd.

Het quotum is in beginsel gebaseerd op de werkelijke productie van een producent in 1983, waarna allerlei kortingen en een enkele toeslag hebben plaatsgevonden.⁸³

De adressaat van het quotum is de producent, de landbouwer wiens bedrijf zich op het grondgebied van een lidstaat bevindt en die melk produceert en vermarkt of voorbereiden treft om dit in een zeer nabije toekomst te doen (art. 65, aanhef en onder c, Verordening 1234/2007). De quotaregeling is ingevoerd omdat in de Europese Unie meer melk werd geproduceerd dan geconsumeerd, wat uiteindelijk leidde tot wat een 'melkplas'. Overschotten aan melk worden met exportsubsidies op de wereldmarkt afgezet. Om de hoge kosten van die subsidies te beperken, is het melkquotum ingevoerd.

Verordening 1234/2007 is uitgewerkt in de Regeling Superheffing 2008 (hierna: RSH), een ministeriële regeling die is vastgesteld krachtens de Landbouwwet. Een quotum is in beginsel gekoppeld aan een bepaalde locatie. De overdracht van een individueel quotum, niet zijnde een geheel bedrijf, dient in beginsel te geschieden in samenhang met de overdracht van de gebruikte grond voor melkproductie (art. 7 RSH).⁸⁴ Voor een tijdelijke overdracht geldt deze eis niet (art. 6 RSH).⁸⁵ De overdracht geschiedt als overeengekomen door partijen (art. 7, eerste, vierde en vijfde lid, RSH).

Op de grondgebondenheid van een melkquotum bestaat een uitzondering.

Overdracht van een individueel quotum, niet zijnde een geheel bedrijf, kan plaatsvinden zonder overdracht van de voor de melkproductie gebruikte grond als partijen dit overeenkomen en de verkrijger verklaart dat door de overdracht de structuur van de melkproductie op het niveau van het bedrijf verbetert of dat deze overdracht bijdraagt tot extensivering van de productie (art. 8 RSH).

Van de overdracht van een quotum, al dan niet zijnde een geheel bedrijf, dienen degene die het melkquotum heeft overgedragen en de verkrijger ervan gezamenlijk binnen zes weken nadien het productschap in kennis te stellen. Een aanspraak op een quotum ontstaat

http://www.europa-nu.nl/id/vht7nbdii8qv/europees_parlement_steunt_zachte_landing. Wij behandelen de regeling hier, omdat de melkquota een goed voorbeeld vormen van een regeling van verhandelbare rechten.

83 Zie: H.J. Bronkhorst, Europees agrarisch recht, in: D.W. Bruil, W. Brussaard & P. de Haan (red.), Inleiding agrarisch recht, Den Haag: Vermande 2004, p. 432.

84 De grond dient gedurende één jaar voorafgaande aan de overdracht daadwerkelijk voor de melkproductie op het betrokken bedrijf in gebruik te zijn geweest en na de overdracht tevens een jaar voor melkproductie in gebruik te blijven, tenzij overdracht krachtens erfrecht of huwelijksvermogensrecht plaatsvindt. De overdracht van een melkquotum is in beginsel een afgeleide van de overdracht van grond.

85 Een producent die in de betrokken heffingsperiode een deel van zijn individueel quotum voornemens is niet zelf te gebruiken, kan dit tijdelijk overdragen zonder overdracht van de voor de melkproductie gebruikte grond (art. 73, eerste lid, Verordening 1234/2007 jo art. 6, eerste lid, RSH). De tijdelijke overdracht dient binnen een door het productschap te bepalen datum en volgens door het productschap te stellen regels te worden gemeld (art. 6, derde lid, RSH). Ook dan geldt dat een aanspraak op een quotum eerst na de registratie door het productschap ontstaat (art. 6, vierde lid, RSH).

eerst na de registratie door het productschap (art. 11, eerste lid, RSH). Als de overdracht niet binnen zes weken of na een door het productschap te bepalen datum is aangemeld, wordt de aanspraak op het overgedragen quotum eerst erkend met ingang van de volgende heffingsperiode (art. 11, derde lid, RSH).

Voor overgang van een melkquotum bij overdracht van een bedrijf of grond krachtens erfrecht dan wel huwelijksvermogensrecht is een regeling getroffen in art. 12 RSH. Als aan rechthebbende(n) een bedrijf toekomt, wijzigt het productschap op zijn of hun verzoek de registratie van het betrokken quotum (art. 12, tweede lid, RSH). Als aan één of meer rechthebbenden gronden toekomen die ten tijde van de overdracht deel uitmaakten van een bedrijf waaraan een quotum was gerelateerd, wijzigt het productschap op verzoek van de rechthebbende(n) de registratie van de betrokken hoeveelheid als overeengekomen door de rechthebbenden, op basis van de voor de melkproductie gebruikte oppervlakte (art. 12, derde lid, RSH).⁸⁶ Een verzoek tot wijziging registratie op één van de in art. 12 RSH genoemde gronden wordt binnen vijf weken nadien gedaan door kennisgeving door de betrokken rechthebbende of de gezamenlijke rechthebbenden aan het productschap. Er kan eerst een aanspraak op quotum worden gemaakt na de registratie door het productschap (art. 12, vijfde lid jo. art. 11, eerste en tweede lid, RSH).

De regeling voor de overgang van de melkquota voorziet in een behoefte. In januari 2010 werd door de Nederlandse Vereniging van Makelaars (NVM) bekendgemaakt dat volop melkquota werden gekocht en de prijzen met bijna de helft waren gestegen. Dit zou verband houden met groeiende bedrijven.⁸⁷ In de maanden maart tot en met juli 2010 blijkt substantieel meer verhandeld dan vorig jaar.⁸⁸ Vanuit de doelstelling van de regeling is slechts relevant dat in Nederland niet meer dan een maximum wordt geproduceerd en doet de persoon van de rechthebbende op een quotum er niet toe. Over de stijging in transacties valt in dit licht daarvan weinig op te merken. Hoogstens zou nog van belang kunnen zijn of de transacties vaker niet-grondgebonden zijn. De RSH laat uitzonderingen toe, maar de grondgebondenheid is wel het uitgangspunt. Echter, of dit uitgangspunt in het gedrang komt verliest aan relevantie omdat de melkquota waarschijnlijk zullen verdwijnen.

86 Het productschap kan op verzoek art. 12, tweede en derde lid, RSH overeenkomstig toepassen indien sprake is van een andere wijze van overdracht onder algemene titel dan krachtens erfrecht of huwelijksvermogensrecht of van een overdracht onder bijzondere titel anders dan als bedoeld in art. 7, eerste lid, RSH, dan wel indien sprake is van in-de-plaatsstelling of medepacht als bedoeld in de artikelen 7:363, 7:364 en 7:366 BW (art. 12, vierde lid, RSH).

87 Zie: http://www.europa-nu.nl/id/vic6f60e8qzv/nieuws/melkquotum_steads_duurder?ctx=vht7nbdi8qv.

88 <http://www.agd.nl/10111728/Nieuws/Artikel/Quotum-zonder-grond-minder-hard-van-de-hand.htm>.

6 UITSLUITING VAN OVERDRAAGBAARHEID

Soms heeft de wetgever de mogelijkheid de overgang van een recht uit een besluit juist uitgesloten door uitdrukkelijk te bepalen dat de vergunning persoonlijk of persoonsgebonden is of door te bepalen dat de vergunning niet kan worden overgedragen.⁸⁹

Art. 1.5 van de model-APV van de VNG bepaalt dat elke vergunning of ontheffing persoonsgebonden is, 'tenzij bij of krachtens deze verordening anders is bepaald of de aard van de vergunning zich daartegen verzet'.⁹⁰ Een voorbeeld van een schaarse vergunning waarvoor de persoonsgebondenheid zodoende geldt is de standplaatsvergunning voor de verkoop van bepaalde producten terwijl voor de verlening van deze standplaatsvergunningen per branche maxima zijn vastgesteld door het gemeentebestuur.

Art. 7, eerste lid, aanhef en onder b, Wet Personenvervoer 2000 (hierna: Wp 2000) bepaalt dat een vergunning van rechtswege vervalt zodra de rechtspersoon waaraan de vergunning is verleend, heeft opgehouden te bestaan.⁹¹

De verklaring van bepalingen die overgang uitsluiten, is gelegen in het gemengde of persoonsgebonden karakter van deze vergunningen.⁹²

7 AFWEZIGHEID VAN EEN WETTELIJK REGIME EN OVERGANG

Of moet worden voorzien in de mogelijkheid van overgang, is een keuze waarvoor de wetgever zich volgens de Aanwijzingen voor de regelgeving bij iedere introductie van een nieuw besluit waarin een recht of aanspraak wordt verleend, gesteld zou moeten zien. Indien een publiekrechtelijke regeling voorziet in het ontstaan van enigerlei recht dat zich naar zijn aard leent voor overgang op anderen, wordt die overgang óf uitgesloten óf geregeld, aldus Aanwijzing 130c.⁹³ Bij schaarse publieke rechten zal de overgang ervan vaak wettelijk geregeld zijn, omdat het belang groot is. Soms is dit echter niet het geval.

Een voorbeeld is de zogenoemde splitsingsvergunning. Volgens art. 33 Huisvestingswet is het verboden een recht op een gebouw dat behoort tot een door de gemeenteraad in de huisvestingsverordening daartoe aangewezen categorie, zonder vergunning van burgemeester en wethouders te splitsen in appartementsrechten als bedoeld in art. 5:106, eerste en

⁸⁹ Knijff 2003, p. 119.

⁹⁰ <http://modelverordeningen.sdu.nl/model/regelingen/ModelSPAlgemeneSPPlaatselijkeSPVerordening#artikelSP1SP9>. In veel Algemene Plaatselijke Verordeningen (hierna: APV's) is de persoonsgebondenheid van de vergunningen uitdrukkelijk geregeld. Zie over regeling van overdraagbaarheid in de APV ook: Knijff 2003, p. 109.

⁹¹ Knijff 2003, p. 257-258.

⁹² Knijff 2003, p. 119, 257-258.

⁹³ <http://wetten.overheid.nl/BWBR0005730/>.

vierde lid, BW, indien één of meer appartementsrechten de bevoegdheid omvatten tot het gebruik van een of meer gedeelten van het gebouw als woonruimte. Het vereiste kan worden gesteld met het oog op de woon- en bouwtechnische kwaliteit van nieuw te vormen appartementswoningen. De gemeenteraad dient ingevolge art. 34 Huisvestingswet tenminste enkele onderwerpen met betrekking tot de vergunning te regelen – waaronder de gronden die tot weigering van een vergunning kunnen leiden –, maar daartoe behoort niet de overdraagbaarheid van de vergunning.⁹⁴ In de model-Huisvestingsverordening van de VNG ontbreekt een bepaling over de overdraagbaarheid. De vergunning is zaaksgebonden.⁹⁵ In confesso lijkt te zijn dat rechten bij ‘overwegend’ zaaksgebonden beschikkingen kunnen overgaan op degene die door overdracht of verkrijging onder algemene titel de rechthebbende van de zaak wordt waarop de beschikking betrekking heeft, ook als de wet daarover niets heeft geregeld.⁹⁶ Over het antwoord op de vraag of een handeling van een bestuursorgaan is vereist voor overgang van de rechten als de wet dit vereiste niet heeft gesteld, zijn de meningen echter verdeeld.

Publieke rechten die bij een besluit worden verleend zijn, als zij geen financiële aanspraken inhouden maar wel een geldswaarde vertegenwoordigen, andere vermogensrechten dan eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten als bedoeld in art. 3:83, derde lid, BW. Deze rechten zijn overdraagbaar als de wet dit bepaalt, aldus art. 3:83, derde lid, BW. Door onder meer Knijff wordt aangenomen dat onder ‘de wet’ in dit artikellid dient te worden verstaan de wet in formele zin.⁹⁷ Met ‘bepaalt’ is volgens Knijff bedoeld dat de mogelijkheid in een formele wet expliciet dient te zijn gegeven.⁹⁸ Dat deze rechten, als de wet dat niet expliciet heeft geregeld, niet ingevolge art. 3:83 BW overdraagbaar zijn, betekent volgens Knijff echter niet dat zij niet kunnen overgaan. Voor zaaksgebonden beschikkingen zou gelden dat een bestuursorgaan een verzoek om wijziging van de tenaamstelling ervan kan honoreren, waarna overgang van de rechten plaatsvindt. De wijziging van de tenaamstelling is een besluit op grond waarvan de rechten en plichten van degene die oorspronkelijk geadresseerde van de beschikking was, overgaan naar een nieuwe geadresseerde.⁹⁹

94 Zie ook Knijff 2003, p. 63.

95 <http://modelverordeningen.sdu.nl/modelverordeningen/modelverordening/index.jsp?url=regelingen/HuisvestingsverordeningSPmetSPtotaaloverzichtSPmogelijkheden>. De splitsingsvergunning zou men overigens kunnen aanmerken als een schaarse vergunning, als op grond van een huisvestingsverordening grenzen worden gesteld aan het aantal te verlenen splitsingsvergunningen voor gebouwen (voor een bepaald gebied of stadsdeel) (splitsingscontingenten). Dit is het geval bij de Amsterdamse Huisvestingsverordening.

96 Zie onder meer: Knijff 2003, p. 131-135; Van Ommeren 2005, p. 155; Scheltema en Scheltema 2008, p. 162.

97 Zie Knijff 2003, p. 218-219 en de daarin opgenomen literatuurverwijzingen. Anders: Van Ommeren 2005, p. 154-155.

98 Delegatie in een formele wet zou mogelijk zijn. Knijff 2003, p. 217-220, 261.

99 Knijff 2003, p. 143. Ook volgens Scheltema en Scheltema dient het bestuursorgaan toestemming te verlenen en kan de overdracht anders niet plaatsvinden in gevallen waarin overdraagbaarheid van een recht uit een besluit niet expliciet is geregeld, maar wel in het stelsel van de wet past. Scheltema en Scheltema 2008, p. 162.

Overgang van de beschikking na een wijziging tenaamstelling zou zowel kunnen plaatsvinden bij overdracht van de zaak waarop de beschikking betrekking heeft als bij overgang van deze zaak onder algemene titel, dus door erfopvolging van de natuurlijke persoon of splitsing of fusie van de rechtspersoon tot wie de beschikking was gericht.¹⁰⁰

Een bevoegdheid tot wijziging tenaamstelling is, als daarvoor geen expliciete wettelijke grondslag aanwezig is, volgens Knijff geïmpliceerd met de bevoegdheid tot beschikkingverlening.¹⁰¹ Als argumenten voor het aannemen van deze bevoegdheid noemt Knijff de aard van de beschikking, het feit dat de vergunning reeds is verleend en de wil van de vergunninghouder en diens rechtsopvolger om de rechten te doen overgaan.¹⁰² Veel bestuursrechtelijke jurisprudentie lijkt er niet te zijn, maar een enkele uitspraak, zoals die van de rechtbank Arnhem van 15 juli 2003, biedt steun voor de opvatting van Knijff dat overgang van een vergunning, zonder dat de wet in overdracht heeft voorzien, kan plaatsvinden via de wijziging tenaamstelling van de vergunning op verzoek van de vergunninghouder.¹⁰³

Van Ommeren is een andere opvatting toegedaan. Zijn vertrekpunt is art. 3:83, derde lid, BW. Deze bepaling zou zo moeten worden uitgelegd dat overdracht van publieke rechten ook mogelijk is als de wet dit niet expliciet heeft bepaald, maar zij wel past in het stelsel van de wet waarop het besluit berust en de aard van het besluit zich er niet tegen verzet.¹⁰⁴

Volgens Van Ommeren hangt het van de toepasselijke bestuursrechtelijke wetgeving af of

100 Zie: Knijff 2003, p. 131-139, 250-251; Van Buuren/Knijff 2001a, p. 292-293. Als een zaaksgebonden beschikking volgens een wettelijke regel door de ene persoon aan de andere kan worden overgedragen mits een bepaalde bestuurshandeling heeft plaatsgevonden, kan bij verkrijging van het object waarop de beschikking betrekking heeft onder algemene titel volgens Knijff in beginsel worden aangenomen dat de vergunning meegaat nadat de betreffende bestuurshandeling heeft plaatsgevonden. Knijff 2003, p. 250.

101 Knijff 2003, p. 142-152; zij is hierin gevolgd door Van Ommeren 2004, p. 68. Van Buuren en Knijff zijn in hun publicaties in 2001 echter nog van opvatting dat zaaksgebonden vergunningen ten aanzien waarvan de wetgever niets omtrent de mogelijkheid van overdracht of wijziging tenaamstelling heeft geregeld in de praktijk veelal overdraagbaar zijn via de publiekrechtelijke figuur van de wijziging van de tenaamstelling. Die praktijk is volgens hen zo algemeen dat vermoedelijk kan worden gesproken van een *ongeschreven* regel van bestuursrecht. Van Buuren/Knijff 2001a, p. 293; Van Buuren/Knijff 2001b, p. 22. Knijff gaat in haar dissertatie voor een ander anker liggen. Zij gaat daarin uit van een *impliciete* bevoegdheid tot wijziging tenaamstelling. In het bestuursrecht wordt het bestaan van impliciete bevoegdheden erkend, dat wil zeggen bestuursbevoegdheden die geacht worden te zijn geïmpliceerd in een bij wet expliciet toegekende bevoegdheid. Vgl.: H.D. van Wijk/W. Konijnenbelt, Hoofdstukken van bestuursrecht, Den Haag: Elsevier juridisch 2005, p. 198-199; 384-386; zie ook: F.J. van Ommeren, Het legaliteitsbeginsel in het staats- en bestuursrecht: opkomst en ondergang van de geïmpliceerde bevoegdheid?, RM Themis, 2002/3, p. 123-137.

102 Deze omstandigheden zouden de eis van een wettelijke grondslag minder klemmend kunnen maken. Knijff 2003, p. 143-151. Bij het laatste argument kan de kritische kanttekening worden geplaatst dat de eis van een wettelijke grondslag ook het belang dient van derden die niet bij de overgang van de beschikking zijn betrokken. Wat hier ook van zij, persoonsgebonden vergunningen lenen zich dus niet voor een procedure van wijziging van tenaamstelling, tenzij de wet anders bepaalt. Knijff 2003, p. 133.

103 AB 2004, 32, m.nt. C.L. Knijff.

104 Van Ommeren 2005, p. 154-157; Snijders 2005, p. 99. Vgl. Scheltema en Scheltema 2008, p. 161; Teuben 2005, p. 64-65.

een overdracht van een publiek recht eerst wordt geëffectueerd door een besluit van het bestuursorgaan tot toekenning van dit recht aan de rechtsoptvolger. Als de wet die voorwaarde niet stelt, zouden het bepaalde in het BW, dus bij overdracht art. 3:83, derde lid, BW, op de overgang van toepassing zijn en een besluit geen vereiste zijn voor overgang van het bij besluit toegekende recht.¹⁰⁵

Een wettelijk vereiste van wijziging tenaamstelling was aan de orde in het in het arrest-Visdocumenten.¹⁰⁶ Het volgde uit de toepasselijke regelgeving dat de visdocumenten een zaaksgebonden karakter hadden en dat deze op verzoek door de directeur Visserij van het ministerie van LNV konden worden overgeschreven op één of meer andere vissersvaartuigen.

In dit arrest oordeelde de Hoge Raad over een geval waarin Mos visdocumenten aan Agin verkocht, Mos failliet werd verklaard en de curator de visdocumenten vervolgens aan een derde verkocht. De documenten stonden nog op naam van de Mos toen hij failliet ging. Agin vorderde een veroordeling van de curator tot een schadevergoeding omdat de curator onrechtmatig jegens hem had gehandeld door (de) visdocumenten die in eigendom aan Agin zouden toebehoren aan een derde te verkopen. De Hoge Raad oordeelde dat voor de beantwoording van de vraag of de aan een vergunning verbonden rechten in de faillissementsboedel vallen, niet beslissend was of zich vóór het faillissement een wijziging in de privaatrechtelijke verhoudingen heeft voorgedaan, maar of op de faillissementsdatum die wijziging door aanpassing van de tenaamstelling van de vergunning langs publiekrechtelijke weg is geëffectueerd. De aan de visdocumenten verbonden rechten vielen dus in de faillissementsboedel en waren niet tot het vermogen van Agin gaan behoren.¹⁰⁷

Volgens Van Ommeren kan op grond van dit arrest niet tot een vereiste van wijziging tenaamstelling worden geconcludeerd voor het geval de wet geen besluit van een bestuursorgaan eist voor overgang van een vergunning.¹⁰⁸ Ik merk op dat uit het arrest niet is op te maken dat een besluit van bestuursorgaan alleen een vereiste is voor overgang van een publiek recht, als de wet dit vereiste heeft gesteld.

Ook het arrest-Dircks/Dircks,¹⁰⁹ dat van oudere datum is dat het arrest-Visdocumenten, biedt geen uitsluitel. Dit arrest heeft niet meer duidelijk gemaakt dan dat een partij op grond van een overeenkomst jegens een ander gehouden kan zijn mee te werken aan een verzoek aan het bestuursorgaan de vergunning op naam te stellen van die andere partij, terwijl de wet geen regeling heeft getroffen voor overgang van de vergunning. Art. 3:83,

¹⁰⁵ Van Ommeren 2005, p. 156-157; Van Ommeren 2002, p. 145. Zie ook: M.A.M. Dieperink, *Verhandelbare ontwikkelingsrechten* (diss. VU), Den Haag 2009, p. 273-274.

¹⁰⁶ HR 9 april 2004, NJ 2004, 331, AB 2004, 328, m.nt. P.J.J. van Buuren, JB 2004, 201, m.nt. C.L. Knijff.

¹⁰⁷ R.o. 3.4.2. Art. 35, eerste lid, Faillissementswet bepaalt dat indien op de dag van de faillietverklaring nog niet alle handelingen die voor een levering door de schuldenaar nodig zijn, hebben plaatsgevonden, de levering niet geldig meer kan geschieden.

¹⁰⁸ Van Ommeren 2005, p. 157.

¹⁰⁹ HR 16 mei 1997, NJ 1998, 238 m.nt. MS, JB 1997/148 m.nt. HJS. Zie hierover: Knijff 2003, p. 221-223.

derde lid, BW verzet zich hier volgens de Hoge Raad niet tegen. Het ging om een zaaksgebonden vergunning, een vergunning van Rijkswaterstaat voor de exploitatie van benzine-station. De aard van de vergunning bracht mee 'dat de privaatrechtelijke verhoudingen aan de zijde van de vergunninghouder beslissend zijn voor de vraag aan wie de vergunning toekomt.' In een dergelijk geval past het volgens de Hoge Raad in het stelsel van de wet om aan te nemen dat het recht tot 'gebruik' van de vergunning 'op een ander kan overgaan'.¹¹⁰ Of voor de overgang vereist is dat het bestuursorgaan besloten heeft tot wijziging van de tenaamstelling, is in dit arrest niet aan de orde.¹¹¹ In het latere arrest-Visdocumenten geeft de Hoge Raad nog enige uitleg aan het arrest-Dircks/Dircks en overweegt hij dat eerst door de wijziging tenaamstelling 'de publiekrechtelijke toestand door het bestuursorgaan wordt aangepast aan de inmiddels geldende privaatrechtelijke verhoudingen'.¹¹² De Hoge Raad erkende in het arrest-Dircks/Dircks uitdrukkelijk de mogelijkheid dat het bestuursorgaan niet aan de wijziging van de tenaamstelling wil meewerken.¹¹³ Dat het bestuursorgaan bevoegd blijft op grond van de wet zijn eigen beoordeling en/of afweging te maken, is echter een andere kwestie.¹¹⁴

Ik stel vast dat de literatuur verdeeld is en de jurisprudentie geen duidelijk antwoord geeft op de vraag of een wijziging van een tenaamstelling een constitutief vereiste is voor overgang van publieke rechten, als de wet geen regeling heeft getroffen. Het ligt mijns inziens desalniettemin in de rede er van uit te gaan dat wijziging tenaamstelling door het bestuursorgaan dan een vereiste is voor overgang. Hiervoor is een aantal argumenten aan te voeren. Ten eerste lijkt het mij in het bestuursrecht in beginsel niet goed denkbaar dat degene die een beroep doet op een recht dat bij een beschikking is verleend, een ander is dan degene op wiens naam die beschikking is gesteld.

Ten tweede blijft het bestuursorgaan op de hoogte wie moet worden benaderd als in strijd met voorschriften uit de beschikking wordt gehandeld als de procedure van wijziging tenaamstelling in voorkomende gevallen is gevolgd. Het is steeds duidelijk wie een bepaald recht heeft. Dit is in het belang van de handhaving.

Ten derde is de rechtszekerheid van de burger ermee gediend dat publieke rechten, ook als de wetgever geen regeling heeft getroffen, alleen kunnen overgaan na een besluit van

110 R.o. 3.4.1.

111 Zie ook de conclusie van de A-G bij het arrest van de HR van 9 april 2004 (Visdocumenten) onder punt 2.2 en de noot van Knijff onder het arrest in JB 2004/201 onder punt 6 en 7.

112 R.o. 3.4.1.

113 R.o. 3.3.2. Zie ook: Knijff 2003, p. 224.

114 De partij die zich tot levering van de vergunning verbonden heeft, zal zich in beginsel niet kunnen beroepen op het feit dat het bestuursorgaan niet heeft willen meewerken. Hij komt tekort in de nakoming van een verbintenis. In beginsel komt een tekortkoming voor zijn risico. Zulks lijdt slechts uitzondering als deze niet te wijten is aan zijn schuld, noch krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt (art. 6:75 BW). In de praktijk kan een ontbindende of opschortende voorwaarde in de overeenkomst met betrekking tot de vereiste toestemming van het bestuursorgaan uitkomst bieden.

een bestuursorgaan. De oorspronkelijke geadresseerde van de beschikking en de beoogde rechtsopvolger hebben dan zekerheid omtrent de overgang. Over de vraag wie rechthebbende is, kan in het rechtsverkeer geen onduidelijkheid bestaan.¹¹⁵ Die rechtszekerheid is van belang, vooral wanneer een beschikking ook bepaalde persoonsgebonden elementen kent.

In het verlengde hiervan is het in het belang van efficiency in het rechtsverkeer dat burgers en bedrijven zeker weten of een recht is overgegaan en niet voor verrassingen komen te staan.¹¹⁶

Ten vierde is er een systematisch argument dat voor het aannemen van een constitutief vereiste van wijziging tenaamstelling pleit. Het ontbreken van een wettelijke regeling voor overgang van zaaksgebonden beschikkingen betekent dat de wet een leemte kent. Bij een kwestie als deze verdient het dan de voorkeur aan te sluiten bij de gevallen die wel in de wet zijn geregeld. Het zou toch merkwaardig zijn dat een vergunning die is doorverkocht, maar waarvan de tenaamstelling nog niet is gewijzigd, bij een faillissement van de vergunninghouder buiten de failliete boedel valt enkel omdat de wet geen regeling heeft getroffen voor de overgang?

Zijn er dan geen argumenten die tegen deze benadering pleiten? Die zijn er wel, maar zij zijn onvoldoende overtuigend. Als bezwaar tegen een bevoegdheid tot wijziging tenaamstelling voor zaakgebonden beschikkingen ingeval de wet hierin niet uitdrukkelijk heeft voorzien, zou kunnen worden geopperd dat het onderscheid zaaksgebonden en persoonsgebonden beschikkingen niet altijd helemaal goed is te maken, omdat zij kenmerken van beide kunnen hebben. Dit is echter juist een reden om wel van een impliciete bevoegdheid tot wijziging tenaamstelling uit te gaan en aan te nemen dat de wijziging tenaamstelling een constitutief vereiste is voor overgang. Van rechtsonzekerheid behoeft geen sprake te zijn. Als een wettelijke regeling voor overgang ontbreekt en er twijfel is, kan op twee manieren worden geprobeerd een vergunning te verkrijgen die (nog) op naam van een ander staat: het doen van een aanvraag voor een nieuwe vergunning of een verzoek om wijziging van de tenaamstelling. Tertium non datur.

Ook van een doorkruising van het vergunningstelsel zal met de procedure voor wijziging tenaamstelling voor overgang van zaaksgebonden beschikkingen geen sprake zijn.

Bij de besluitvorming over de wijziging tenaamstelling kan worden aangesloten bij het wettelijk stelsel met betrekking tot de bevoegdheid tot vergunningverlening. Facultatieve en imperatieve persoonsgebonden gronden voor weigering van de vergunning zijn op dezelfde voet gronden voor afwijzing van een verzoek tot wijziging tenaamstelling.¹¹⁷

115 Vgl. Knijff 2003, p. 179.

116 Vgl. Knijff 2003, p. 179-180.

117 Knijff 2003, p. 151-152, p. 179; Van Buuren/Knijff 2001, p. 293. Als de wetgever de besluitvorming over de toekenning van rechten als een verdelingsvraagstuk ziet, zal hij de wijze van overgang van deze rechten

Wat van het voorgaande ook zij, een algemene wettelijke regeling voor de overgang van publieke rechten verdient uiteraard de voorkeur...

8 NAAR EEN ALGEMENE WETTELIJKE REGELING

De Aanwijzingen voor de regelgeving, de rapporten van de MDW-groep Verhandelbare rechten¹¹⁸ en de publicaties van Van Ommeren, Knijff en Van Buuren vragen aandacht van de wetgever voor de problematiek van de overdraagbaarheid van de vergunning. Dat hoef ik hier niet te herhalen. Een interessante vraag is hoe een algemene regeling voor de overgang van publieke rechten eruit zou kunnen zien.

Knijff heeft een voorstel gedaan voor een wettelijke regeling voor overgang van een vergunningen in de Awb. De kern van de regeling is dat de vergunninghouder of – onder bepaalde voorwaarden – degene op wiens naam de vergunning wordt gesteld, het bestuursorgaan kan verzoeken tot wijziging van de tenaamstelling van de vergunning, tenzij bij of krachtens de wet anders is bepaald of de aard van de vergunning zich tegen overgang verzet. Een verzoek mag slechts worden afgewezen indien en voor zover degene voor wie de vergunning zou moeten gaan gelden, niet voldoet aan eisen die bij of krachtens de wet worden gesteld voor de vergunningverlening.¹¹⁹ Een bepaling als deze kan zowel toepassing krijgen bij rechtsopvolging onder bijzondere als onder algemene titel van het object waarop het besluit betrekking heeft.

Van Ommeren vindt het wenselijk dat een wettelijke algemene regeling betreffende de overdracht van een vergunningen tot stand komt.¹²⁰ Hij acht het niet ondenkbaar dat die wet als hoofdregel zal voorschrijven dat voor de overdracht van een vergunning de wijziging van een tenaamstelling constitutief is.¹²¹

Een algemene wettelijke regeling voor de overgang van publieke rechten waarin de wijziging tenaamstelling als constitutief vereiste voor overgang wordt gesteld, heeft grote voordelen: er is zoveel mogelijk uniformiteit en rechtszekerheid, het belang van goede handhaving door het bestuursorgaan wordt gediend en het verkeer tussen burgers en bestuursorganen en tussen burgers onderling wordt op een goede manier gefaciliteerd.¹²²

overigens ook op een daarbij aansluitende wijze hebben geregeld. Wij zagen dit bij de winnings- en opsporingsvergunning en de frequentievergunning.

118 MDW-werkgroep Verhandelbare rechten 2001a, MDW-werkgroep Verhandelbare rechten, Fase II: Ingrijpen of compenseren?, Den Haag: Ministerie van Justitie 2000b.

119 Knijff 2003, p. 305.

120 Van Ommeren 2004, p. 68.

121 Van Ommeren 2005, p. 157.

122 Dat in aanvulling op een bestuursrechtelijke wettelijke regeling in boek 2, 3 en 4 BW een regeling zou kunnen worden getroffen voor de vermogensrechtelijke aspecten van overgang van publieke rechten, is iets dat buiten het bereik van deze bijdrage valt.

De bijzondere wetgever moet kunnen afwijken van de algemene regeling, als dat gelet op de aard van de beschikking aangewezen is. Een reden kan zijn gelegen in het feit dat het recht waar het om gaat schaars is en dat door de wetgever een wijze van verdeling van het recht is beoogd die vraagt om het opnieuw doorlopen van een competitieve procedure na het 'vrijkomen' van een recht. Het belang van de rechtszekerheid of Europese regelgeving kan vragen om een afwijkende regeling voor de wijze van overgang, waarin bijvoorbeeld registratie een constitutief vereiste is.

9 SAMENVATTING EN CONCLUSIES

Hierboven zijn verschillende regimes voor overgang van schaarse publieke rechten besproken en beoordeeld en is ingegaan op de vraag wat rechtens geldt als de wet zwijgt. Voor bepaalde publieke rechten heeft de wetgever een voorziening getroffen voor overgang en zijn voorwaarden gesteld aan de overgang. Daarbij gaat het om overwegend of volledig zaaksgebonden beschikkingen. Bij deze beschikkingen zijn kenmerken van de persoon van de aanvrager van de aanvrager niet of slechts op ondergeschikte punten van belang. Kijken wij naar de wettelijke regelingen, dan kunnen drie hoofdtypen van regimes voor overgang worden onderscheiden:

1. overgang na een toestemming op basis van een beoordeling door het bestuursorgaan die mede persoonsgebonden is,
2. overgang van rechtswege en
3. overgang na een registratie die plaatsvindt op basis van een rechtsvaststelling door het bestuursorgaan.

Een aantal vragen dringt zich op. Sluiten de regimes voor overgang van schaarse publieke rechten aan bij de doelstelling van het wettelijk stelsel en de criteria voor de oorspronkelijke verdeling van deze rechten? Zijn de regelingen in het belang van efficiency in het verkeer tussen bestuur en burgers en tussen burgers onderling? Dienen zij het belang van rechthebbers bij een eenvoudig en rechtszekerheid biedend regime voor overgang? Wordt bijgedragen aan een optimaal gebruik van de rechten?

Het eerste hoofdtype treffen wij aan bij de frequentievergunning en de opsporings- of winningsvergunning. De overgang komt tot stand door overeenstemming van partijen én toestemming van het bevoegde gezag.¹²³ Dit is een passend regime, omdat bij deze vergunningen gelet op het wettelijk kader deels persoonsgebonden elementen van belang zijn, zoals kennis en ervaring. Ook bij de overgang van de vergunning moet met bepaalde per-

¹²³ De opsporings- of winningsvergunning kan ook na toestemming overgaan bij erfopvolging, fusie of splitsing van de vergunninghouder.

soonsgebonden kenmerken rekening worden gehouden.¹²⁴ De criteria voor het verlenen van toestemming voor overgang komen echter niet helemaal overeen met die welke gelden bij de besluitvorming over de verlening. Dat is logisch, want anders zou een regeling voor overgang geen toegevoegde waarde hebben naast de regeling voor de verlening van de oorspronkelijke beschikking.

Zowel voor de wettelijke regeling van de opsporings- en winningsvergunning op grond van de Mijnbouwwet) als voor de frequentievergunning geldt dat de idee van de vrije mededinging een belangrijke uitgangspunt is geweest. De vraag is of de regelingen voor de overgang van deze vergunningen hier volledig bij aansluiten. Zowel voor overdracht als voor overgang onder algemene titel van de *opsporings- en winningsvergunning* is toestemming van de minister vereist. De vergelijkende toets is echter expliciet uitgesloten. Voor een toestemming voor overdracht van een *frequentievergunning* hoeft niet hetzelfde procédé te worden als voor de oorspronkelijke verlening. Dit kan betekenen dat een rechtsopvolger van de frequentievergunninghouder de vergelijkende toets die in de oorspronkelijke procedure is gehanteerd, niet zou hebben doorstaan. Daar staat tegenover dat voor hem wel de vergunningvoorschriften blijven gelden die gebaseerd zijn op toezeggingen die de oorspronkelijke vergunninghouder in het kader van een vergelijkende toets heeft gedaan.

Hoe dan ook, het is zowel bij de opsporing- en winningsvergunning als de frequentievergunning de vraag in hoeverre het belang van een volledig vrije mededinging bij de overgang van volledig tot zijn recht komt.

De regeling voor de overgang van de frequentievergunning beperkt zich, anders dan die voor overgang van de opsporings- en winningsvergunning, tot overdracht. Bij fusies, bedrijfsovernames en samenwerking gaat de frequentievergunning mee zonder dat daarvoor toestemming is vereist van de minister. Er wordt aangenomen dat toezicht door de NMa voldoende waarborgen biedt voor vrije mededinging. Dat geen toestemmingsvereiste geldt, kan ook worden begrepen als een logisch uitvloeisel van de veronderstelling dat een nieuwe persoonsgebonden beoordeling niet nodig is. In de genoemde situaties wordt de oorspronkelijke vergunninghouder immers opgenomen in een nieuwe constructie.

Vanuit het perspectief van de vergunninghouders bezien, zijn de regelingen voor overgang van de vergunningen in de Telecommunicatiewet en Mijnbouwwet in het belang van de rechtszekerheid. Zij blijken in de praktijk te voorzien in een behoefte in het rechtsverkeer. Of en in hoeverre er als nadeel kleeft dat sommigen die een vergunning rendabeler zouden kunnen exploiteren juist 'buiten de markt worden gehouden', zou nader onderzoek moeten uitwijzen.

¹²⁴ Vgl. Van Ommeren 2004, p. 66.

Omgevings- en watervergunningen vormen een voorbeeld van het tweede hoofdtype. Zij gaan in beginsel automatisch over met het object – hier te omschrijven als een bepaalde activiteit op een bepaalde locatie – waarop zij betrekking hebben. Dat past bij het zaaksgebonden karakter van deze vergunningen.

De eigenschappen van de persoon van de rechthebbende doen er bij de watervergunning niet en bij de omgevingsvergunning in beginsel niet toe, maar wel het feit dat betrokkene een relatie heeft met het object waarop de vergunning betrekking heeft.¹²⁵ Er is een verplichting het bestuursorgaan van de overgang in kennis te stellen. Het is immers van belang dat het bestuursorgaan ervan op de hoogte blijft wie de houder van de vergunning is.¹²⁶

De naleving van de verplichting is bij beide vergunningen geen constitutief vereiste voor overgang. Bij de omgevingsvergunning kan de Bibob-toets een reden zijn voor weigering of intrekking van de vergunning, maar voor de overgang van een omgevingsvergunning kan de uitkomst van een Bibob-toetsing op zich geen drempel opwerpen. Zij kan bij een overgang van de omgevingsvergunning hoogstens aanleiding vormen de vergunning in te trekken.

Op grond van de Wabo gelden criteria waaraan aanvragen voor de omgevingsvergunning dienen te voldoen. Voor de beoordeling van een aanvraag van een omgevingsvergunning voor de exploitatie van een inrichting gelden veel normen die aangrijpen bij de uitstoot van stoffen door een bron van de verontreiniging (emissienormen). Er is veelal geen sprake van een op een bepaalde locatie eindige ‘milieugebruiksruimte’. De wet kent in voorkomende gevallen feitelijk slechts het uitgangspunt van ‘first come, first served’ als mechanisme voor verdeling van de milieugebruiksruimte onder belangstellenden. Gelet op het voorgaande, kan geen doorkruising van de criteria van het vergunningstelsel plaatsvinden door overgang van rechtswege van een verleende omgevingsvergunning. Met de automatische overgang van de omgevingsvergunning kan voor bedrijfsmatige activiteiten een belemmering worden weg genomen voor het nemen van risico’s. Bedrijven kunnen ervan uit gaan dat een vergunning meegaat. Het belang van een soepel rechtsverkeer tussen burgers is met dit regime gediend. De lasten voor het bedrijfsleven en het bestuur zijn op deze manier minimaal.

Volledige duidelijkheid over de mate waarin van de overgang van rechtswege van de omgevingsvergunning gebruik kan worden gemaakt, is er niet. Bij fusies, splitsingen en gedeeltelijke bedrijfsovernames lijkt het in beginsel aangewezen dat nieuwe op de situatie toegesneden omgevingsvergunningen worden aangevraagd. Er zijn bij fusies ook grensgevallen, waarin het de vraag is of na de fusie van de betrokken bedrijven niet van de eerder verleende vergunningen gebruik kan worden gemaakt. Het lijkt aangewezen de situaties tijdig aan het bevoegd gezag voor te leggen.

¹²⁵ Daarin onderscheiden deze vergunningen zich van bijvoorbeeld broeikasgasemissierechten.

¹²⁶ Van Ommeren 2004, p. 66.

Bij watervergunningen is sprake van schaarste. De ruimte om in een gebied bijvoorbeeld vergunningen te verlenen voor onttrekking van grondwater of voor lozingen is begrensd. Ook bij de watervergunning heeft de wetgever niet gekozen voor een ander verdelingsmechanisme voor de vergunningen dan ‘wie het eerst komt, wie het eerst maakt’. Tegen die achtergrond is een automatische overgang van vergunningen goed te begrijpen. De regeling biedt rechtszekerheid en zal handig zijn als een onderneming die de vergunde activiteiten onderneemt overgaat, dan wel de vergunde activiteiten van de ene naar de andere onderneming overgaat.

Over het derde onderscheiden hoofdtype – overgang na een registratie – kan het volgende worden opgemerkt. Rechten kunnen door de wetgever ook in het leven worden geroepen met de bedoeling een markt te laten ontstaan voor deze rechten en om aldus beleidsdoelstellingen te realiseren. De rechten kunnen niet-locatiegebonden zijn. De persoon van de rechthebbende doet er niet toe. Dit is het geval bij broeikasgasemissierechten. Op basis van een recht kan een bepaalde hoeveelheid kooldioxide (een ton) worden uitgestoten. Bij deze rechten is uitsluitend en alleen de registratie – de bijschrijving op en afschrijving van de rechten op de rekeningen van de betrokken personen in een door de bevoegde autoriteit beheerd register nodig voor de overgang ervan. Dat is in het belang van de rechtszekerheid, zowel voor deelnemers aan het marktverkeer als voor de overheid. Een heel andere kwestie is of bij deze rechten een goed functionerende markt wordt gerealiseerd die bijdraagt aan de doelstelling van reductie van emissie van broeikasgassen. Het antwoord op deze vraag heeft echter niet van doen met de adequaatheid van het regime voor overgang – daar zal het vermoedelijk niet aan schorten –, maar met de vraag of de toedeling van rechten op een goede manier is georganiseerd. Ofwel: is voldoende schaarste gecreëerd?

De wetgever kan rechten die verhandeld kunnen worden, creëren enkel omdat hij een bepaald plafond wilde stellen voor bepaalde activiteiten, dus zonder dat hij tot doel heeft via een markt voor deze rechten doelstellingen te realiseren. Ook bij dergelijke rechten geldt dat verder niet relevant is wie het recht heeft. Tot bedoelde rechten behoren de melkquota. Deze zijn in beginsel grondgebonden.

Melkquota die niet meer nodig zijn, kunnen in beginsel soepel overgaan. Overgang van de quota kan geschieden op basis van overeenstemming tussen partijen én registratie door het bevoegd gezag. Rechtszekerheid is hiermee gediend. Zo kan ‘onder controle van de overheid’ worden gehouden wie de rechten heeft en of quota niet worden overschreden. Het stelsel wordt over enkele jaren afgeschaft. Feit is dat van de regeling voor overdracht volop gebruik wordt gemaakt en dat de regeling in die zin lijkt te hebben voldaan.

Voor zaaksgebonden beschikkingen kan worden aangenomen dat zij, als de wet geen regeling voor overgang heeft getroffen, kunnen overgaan door een wijziging tenaamstelling door het bevoegd gezag. Dit is een doeltreffend instrument om overgang te bewerkstellin-

gen. Het is steeds duidelijk wie een bepaald recht heeft. Het bevoegd gezag blijft op de hoogte. Dit is in het belang van de handhaving. De vergunninghouder en diens rechtsopvolger hebben zekerheid omtrent de overgang. Het is efficiënt dat in voorkomende gevallen volstaan kan worden met een wijziging tenaamstelling van de vergunning. Dat toch nog wel een wijziging tenaamstelling nodig is, is niet ondoelmatig. Burgers en bedrijven hoeven zo niet voor verrassingen komen te staan.

Bij besluitvorming over de wijziging tenaamstelling kan worden aangesloten bij het wettelijk stelsel met betrekking tot de bevoegdheid tot verlening van de betreffende publieke rechten. Facultatieve en imperatieve persoonsgebonden gronden voor weigering van de beschikking zijn op dezelfde voet gronden voor afwijzing van een verzoek tot wijziging tenaamstelling. Van een doorkruising van het betreffende stelsel en een beoogde verdeling van rechten behoeft dus geen sprake te zijn.

Een algemene wettelijke regeling voor de overgang van publieke rechten is wenselijk. Het aantrekkelijkst lijkt een regeling die voorziet in de mogelijkheid voor overgang tenzij de wet of de aard van het recht zich daartegen verzet en waarin de wijziging tenaamstelling als constitutief vereiste voor overgang wordt gesteld. Er is dan zo veel mogelijk uniformiteit en rechtszekerheid in het rechtsverkeer. De bijzondere wetgever kan afwijken van de algemene regeling, als dat gelet op de aard het recht aangewezen is. De overgang van een recht via een procedure van wijziging tenaamstelling kan worden uitgesloten als het aangewezen is dat steeds een competitieve procedure wordt gevolgd na het 'vrijkomen' van een recht. Ook kan om bepaalde redenen worden gekozen voor een ander regime voor overgang, zoals dat van registratie. Europese regelgeving kan dwingen tot afwijking van deze algemene wettelijke regeling.