

VU Research Portal

Schaarse publieke rechten: naar een algemeen leerstuk

van Ommeren, F.J.; den Ouden, W.; Wolswinkel, C.J.

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)

van Ommeren, F. J., den Ouden, W., & Wolswinkel, C. J. (2011). Schaarse publieke rechten: naar een algemeen leerstuk. In F. J. van Ommeren, W. den Ouden, & C. J. Wolswinkel (Eds.), *Schaarse publieke rechten* (pp. 17-41). 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

1 SCHAARSE PUBLIEKE RECHTEN: NAAR EEN ALGEMEEN LEERSTUK

F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel

1 INLEIDING

Deze bundel gaat over schaarse publieke rechten. Schaarse publieke rechten zijn publieke rechten, zoals vergunningen en subsidies, waarvoor er meer aanvragers dan beschikbare rechten zijn. Zij veronderstellen dat er een – reëel of hypothetisch – maximum is gesteld aan het aantal te verlenen rechten. Voorbeelden zijn er te over: van klassieke schaarse vergunningen als de parkeervergunning, de kansspelvergunning en de frequentievergunning, via de broeikasgasemissierechten tot de momenteel sterk onder druk staande cultuursubsidie. De belangen die betrokken zijn bij het verkrijgen van deze rechten zijn groot: zonder de beschikking over een dergelijk recht is het in de regel juridisch of feitelijk niet mogelijk de gewenste activiteit uit te voeren. Schaarse publieke rechten vertegenwoordigen dan ook meer dan eens een omvangrijke financiële waarde.

Door de schaarste ontstaat de noodzaak deze rechten te verdelen door middel van een bepaalde verdelingsprocedure. Deze verdeling brengt allerlei (juridische) vragen met zich. Hoe kan een willekeurige toekenning worden voorkomen? Op welke manier moeten uit vele gegadigden de juiste partijen worden geselecteerd? Voor welke periode kunnen de rechten worden verleend en zijn zij binnen die periode overdraagbaar aan een rechtsopvolger? Hoe kan effectieve rechtsbescherming worden gerealiseerd voor aanvragers die buiten de boot vallen?

Hoewel schaarse publieke rechten in de rechtspraak een belangrijke rol spelen en over de verdeling daarvan regelmatig geschillen ontstaan, is er vanuit de rechtswetenschap nog weinig systematische aandacht aan dit onderwerp besteed.¹ Wel is in bijzondere rechtsgebieden, zoals het telecommunicatierecht en het milieurecht, al veel ervaring opgedaan met de verdeling van schaarse publieke rechten en geschilbeslechting naar aanleiding hiervan. Een snelle blik in de jurisprudentiedatabanken leert dat de uitdrukking ‘schaarse vergunning’ – soms ook ‘schaarse ontheffing’ – steeds meer voorkomt en ingeburgerd raakt,²

1 F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen, De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemene bestuursrecht*, oratie VU, Deventer: Kluwer 2004, beoogt een eerste aanzet te geven tot invulling van deze leemte.

2 In het bijzonder in de uitspraken van het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Zie bijvoorbeeld CBB 4 april 2007, JB 2007, 114, m.nt. AJB (landelijke commerciële radio-omroep), r.o. 9.6.2; CBB 3 juni 2009,

zonder dat overigens precies duidelijk is wat daarmee wordt bedoeld en of een eenduidig normatief kader aanwezig is.

Er is naar onze mening dan ook behoefte aan een meer algemene en systematische bestu-dering van de aard, functie en verdeling van schaarse publieke rechten. Het algemene bestuursrecht is voor een belangrijk deel tot stand gekomen door middel van systematisering en harmonisering van de rechtsfiguren van de bijzondere delen van het bestuursrecht en ook op het gebied van schaarse publieke rechten kan bij de ervaringen binnen de bijzondere rechtsterreinen worden aangesloten. De daarop te bouwen algemene theorie zal, zo is onze verwachting, daarna een uitstralingseffect hebben naar die deelsterreinen van het recht waar tot nu toe schaarse publieke rechten niet of nauwelijks voorkomen of worden onderkend. Het is die gedachte geweest die de rode draad vormde bij de totstandkoming van deze bundel.

Omdat het begrip ‘schaarse publieke rechten’ geen dagelijkse kost is, gaan wij hierna eerst kort in op wat daaronder moet worden verstaan (par. 2). Daarna worden de auteurs geïntroduceerd aan de hand van de onderwerpen die zij hebben ingebracht (par. 3). Vervolgens beschrijven wij zes verschillende thema’s, aan de hand waarvan wij de vele juridische vragen hebben geclusterd die zich bij de verdeling van schaarse publieke rechten (kunnen) voor-doen (par. 4). Aan de hand van deze thema’s analyseren wij de genoemde bijdragen van de verschillende auteurs en proberen wij op onderdelen een aanzet tot theorievorming over schaarse publieke rechten te geven (par. 5). De thema’s die achtereenvolgens aan de orde komen zijn: het object van de verdeling (wat wordt precies verdeeld?), het subject (wie verdeelt en wie kan ontvangen?), de verdelingsprocedures (hoe wordt verdeeld?), de betekenis van bepaalde rechtsbeginselen voor de verdeling, de invloed van het Europese recht, in het bijzonder het aanbestedingsrecht, en ten slotte de rechtsbescherming tegen besluiten over schaarse publieke rechten. Afgesloten wordt met een kort slotwoord (par. 6).

2 HET BEGRIP ‘SCHAARSE PUBLIEKE RECHTEN’

Onder *publieke rechten* worden in deze bundel die rechten verstaan die worden verleend op grond van een daartoe aan het bestuursorgaan toegekende publiekrechtelijke bevoegdheid. Daarbij moet, zoals hiervoor al bleek, niet alleen aan de verlening van ver-gunningen worden gedacht. Zonder volledigheid te willen betrachten zijn er grosso modo

AB 2009, 373, m.nt. C.J. Wolswinkel (speelautomatenhal Den Haag), r.o. 6.3.5; CBB 8 januari 2010, AB 2010, 73, m.nt. I. Sewandono, JB 2010, 75, m.nt. C.J. Wolswinkel (zondagavondwinkel Heemstede), r.o. 6.2.2, en CBB 28 april 2010, AB 2010, 186, m.nt. C.J. Wolswinkel (speelautomatenhal Zwolle), r.o. 6.3 en 6.4. In de lagere rechtspraak dringt het begrip inmiddels ook langzaam door: zie bijvoorbeeld Rb. Roermond 3 augustus 2010, LJN BN3829, r.o. 2.12.

voor ons onderwerp drie relevante groepen te onderscheiden. In de eerste plaats is er de groep van de *vergunningen* in ruime zin. Hieronder zijn te begrijpen de gevallen waarin een bestuursorgaan de bevoegdheid heeft om een uitzondering op een wettelijk verbod of gebod te maken. Het gaat om allerlei soorten overheidstoestemmingen, zoals concessies, vergunningen (in enge zin), ontheffingen en vrijstellingen. In de tweede plaats is er de groep van de *verhandelbare publieke rechten* of kortweg van de verhandelbare rechten.³ Deze groep van publieke rechten lijkt veel op de eerste groep, maar heeft als extra eigenschap dat deze overheidstoestemmingen (per definitie) overdraagbaar zijn: de houder kan dit publieke recht overdragen aan een rechtsopvolger. Het juridisch taalgebruik staat bij deze groep van rechten minder vast. Het gaat om emissierechten, quota, contingenten, licenties e.d. – zoals milieuemissierechten, melkquota of viscontingenten – maar soms wordt ook hier gesproken over vergunningen (in ruime zin). In de derde plaats is er de groep van gevallen waarin een bestuursorgaan de bevoegdheid heeft om een bepaalde *subsidie* of andere financiële aanspraak te verstrekken. Het gaat in dit geval niet over overheidstoestemming maar over overheidsstimulering- of ondersteuning.

Wanneer zijn deze publieke rechten nu *schaars*? Volgens de omschrijving in de inleiding is een publiek recht schaars als er meer aanvragers zijn dan beschikbare rechten. Deze definitie volstaat indien een aanvrager slechts één recht wil of kan verwerven. Indien een aanvrager meerdere rechten (vergunningen, emissierechten, subsidies) kan verwerven, is niet het aantal aanvragers, maar de totale omvang van de aanvragen van belang. In algemene zin is dus sprake van *schaarse publieke rechten* als de som van de omvang van de aanvragen het aantal beschikbare publieke rechten overtreft. Uit deze begripsbepaling volgt dat schaarse een relatief begrip is dat vraag en aanbod met elkaar verbindt.

Rechten kunnen slechts schaars zijn indien het aantal rechten dat kan worden verleend, vooraf is beperkt. Alleen in dat geval kan zich namelijk de situatie voordoen dat de totale omvang van de aanvragen het aantal beschikbare rechten overstijgt. Schaarse publieke rechten veronderstellen dus een maximum – met andere woorden: een *plafond* – aan publieke rechten.⁴ Een plafond geeft het aantal rechten weer dat (gedurende een bepaald tijdvak) ten hoogste kan worden verleend.⁵ Doorgaans zal dit plafond in een bepaald getal worden uitgedrukt, variërend van één recht (kansspelvergunningen, concessies voor

3 In het verlengde van de MDW-rapporten onder deze titel (zie *Kamerstukken II* 1999/00, 24 036, nr. 149 en 182), waarover D.W.P. Ruiters, 'Verhandelbare publieke rechten', *NTB* 2001, p. 277-287, en F.J. van Ommeren, 'Verhandelbare rechten van publiekrechtelijke herkomst. Twee MDW-rapporten', *RegelMaat* 2002, p. 138 e.v.

4 Zie reeds Van Ommeren 2004, p. 2.

5 Vgl. de definitie van vergunningenplafond door Van Ommeren 2004, p. 2 en 24, en de definitie van het subsidieplafond in art 4:22 Awb: 'het bedrag dat gedurende een bepaald tijdvak ten hoogste beschikbaar is voor de verstrekking van subsidies krachtens een bepaald wettelijk voorschrift'.

openbaar vervoer) tot vele miljoenen rechten (broeikasgasemissierechten, subsidies),⁶ maar niet in alle gevallen wordt expliciet gemaakt wat de omvang van het plafond is. Als een plafond niet expliciet wordt onderkend maar daarentegen is ‘verstopt’,⁷ bestaat het risico dat evenmin wordt nagedacht over de wijze van verdeling van dit plafond indien de totale omvang van de aanvragen dit plafond overtreft.

Deze *verdeling* kan inhouden dat aan elk van de aanvragers een deel van de rechten wordt toegekend, maar ook dat bepaalde aanvragers een of meerdere rechten ontvangen en andere aanvragers niets. De uitkomst van de verdeling hangt af van de gekozen *verdelingsprocedure*. De keuze voor een bepaalde verdelingsprocedure hangt op haar beurt weer af van de doelstellingen die met de verdeling worden beoogd.

Aan de verdeling van schaarse publieke rechten kunnen verschillende basiseisen worden gesteld. Welke eisen ook worden gesteld aan een verdelingsprocedure teneinde alle partijen ‘gelijke kansen’⁸ te bieden, inherent aan de verdeling van schaarse publieke rechten blijft het afwijzingselement: niet elke partij kan volledig tevreden worden gesteld. Toewijzing van de aanvraag van de een impliceert afwijzing van de aanvraag van een ander. Juist daarom vraagt de rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse publieke rechten extra de aandacht.

3 INTRODUCTIE VAN DE DELEN VAN DEZE BUNDEL, DE AUTEURS EN HUN ONDERWERPEN

De hierboven gekarakteriseerde schaarse publieke rechten komen op veel verschillende rechtsterreinen voor. Bij gebrek aan een algemene theorie over schaarse publieke rechten vormen de ervaringen die op deze rechtsterreinen zijn opgedaan met de verdeling van schaarse publieke rechten het beginpunt van deze bundel. Het eerste deel van deze bundel, getiteld ‘*Verskillende rechtsgebieden*’, bevat een neerslag van deze ervaringen en biedt een schat aan informatie over de verdeling van schaarse publieke rechten in de rechtspraktijk. De eerste bijdrage van de hand van Van Eijk & Hins heeft betrekking op de verdeling van radiofrequenties op basis van de Telecommunicatiewet, een schaars publiek recht dat al tot veel (gedetailleerde) regelgeving en juridische procedures aanleiding heeft gegeven. Daarna volgen de bijdragen van Peeters en Van Angeren, beide over emissierechten voor broeikasgassen. Peeters beschrijft de verdeling van broeikasgasruimte op Europees niveau, waarna Van Angeren de verdeling van emissierechten in Nederland behandelt op basis

6 Dit getal kan zijn neergelegd in een wettelijk voorschrift (zie de Wet op de kansspelen) of op basis hiervan worden vastgesteld (zie de Telecommunicatiewet en de Winkeltijdenwet).

7 In deze bundel blijkt dit het meest nadrukkelijk bij waterrechten. Volgens Van Rijswijk zijn de beschikbare vergunningen gelimiteerd door de vastgestelde doelstellingen: een vergunning wordt geweigerd, voor zover verlening daarvan niet verenigbaar is met de doelstellingen van de Waterwet.

8 Wat ook precies mag worden verstaan onder deze uitdrukking. Zie hierover Van Ommeren 2004, p. 45-46.

van het op grond van de Wet milieubeheer vereiste Nationale toewijzingsplan. In de volgende bijdrage staat een schaars publiek recht centraal dat voor de meesten minder bekend zal zijn; het zogenaamde ontwikkelingsrecht. Dieperink & Struiksma laten in hun bijdrage zien dat het ook binnen het ruimtelijk beleid in essentie vaak gaat om de verdeling van schaarse rechten. Weliswaar is de bouwvergunning zelf niet schaars, maar in aanvulling op de bouwvergunning en de bouwbestemmingen in het bestemmingsplan zou een stelsel van schaarse ontwikkelingsrechten kunnen worden geïntroduceerd om de baten van bestemmingsplanverruiming afzonderlijk te verdelen. Ook het recht op schoon, zoet water wordt wellicht niet direct geassocieerd met een schaars publiek recht. Ten onrechte, zo blijkt uit de bijdrage van Van Rijswijk, die duidelijk maakt dat bronnen van zoet water van nature schaars zijn en dat overheidsoptreden dat dient tot bescherming van het ecosysteem de beschikbaarheid verder beperkt. Het eerste deel van deze bundel over de bijzondere rechtsterreinen wordt afgesloten met een schaars publiek recht dat de afgelopen jaren, mede als gevolg van Europese jurisprudentie, flink in de belangstelling is komen te staan: de felbegeerde vergunning tot het organiseren van kansspelen. Adriaanse, Barkhuysen & Van den Bogaert beschrijven de Nederlandse praktijk van (zeer beperkte) vergunningverlening op basis van de Wet op de kansspelen en bespreken houdbaarheid van wetgeving en beleid in het licht van de jurisprudentiële ontwikkelingen.

In het tweede deel van deze bundel, met als titel '*Algemene verdelingsvraagstukken*', is gekozen voor verdere uitwerking van enige algemene onderwerpen die alle in meer of mindere mate binnen de specifieke rechtsgebieden aan de orde komen. Als eerste komt de in geval van schaarste te kiezen verdelingsprocedure aan bod. Wolswinkel gaat in zijn bijdrage in op de in bestuursrechtelijke wetgeving meest gebruikte verdelingsprocedures, te weten de verdeling op volgorde van binnenkomst van de aanvragen, de loting, de veiling en de vergelijkende toets, en zoekt naar de juridisch relevante verschillen tussen deze methodes. In de bijdrage van Jacobs & Den Ouden komen de verdelingsprocedures die worden gebruikt voor de verdeling voor schaarse subsidies aan bod. Dan blijkt dat er naast verdeling ook sprake kan zijn van toedeling, in die zin dat een subsidieontvanger soms simpelweg voor een bepaald bedrag op de begroting van het bestuursorgaan wordt genotypeerd. Zij concentreren zich in het tweede deel van hun bijdrage op de rol die deskundige adviseurs van bestuursorganen spelen in de vergelijkende verdelingsprocedure. Als derde vraagstuk in dit tweede deel bespreekt Van Ommeren recente Nederlandse bestuursrechtelijke jurisprudentie, waaruit kan worden afgeleid dat schaarse publieke rechten door middel van een of andere vorm van mededinging moeten worden verdeeld. Deze norm wordt in de jurisprudentie en literatuur op verschillende rechtsbeginselen gebaseerd, waarbij in de literatuur opvallend vaak het transparantiebeginsel wordt genoemd. De huidige én gewenste betekenis van dit beginsel bij de verdeling van schaarse publieke rechten wordt bestudeerd door Drahmman, die erkenning en een brede reikwijdte van dit beginsel bepleit in het Nederlandse bestuursrecht. Aan de hand van de centrale thema's

van deze bundel analyseert Jansen de aanbesteding van overheidsopdrachten in verhouding tot de verdeling van schaarse publieke rechten. Hij gaat in het bijzonder in op het object van de verdeling, het subject van de verdeling, de wijze van verdeling en de rechtsbeginselen waarop de verdeling is gebaseerd. Jansen laat zien welke lessen voor de verdeling van schaarse publieke rechten zijn te trekken uit de ervaringen met het aanbestedingsrecht. Als slot van dit tweede deel van deze bundel fungeert de bijdrage van Neerhof die enkele wettelijke regimes op het terrein van de overdraagbaarheid van eenmaal verkregen schaarse publieke rechten bespreekt en ook ingaat op de vraag wat rechtens geldt als de wet zwijgt op dit punt. Hij vraagt zich in dit verband nadrukkelijk af in hoeverre de verschillende regimes voor overdraagbaarheid recht doen aan (de doelstellingen van) de oorspronkelijke verdeling van deze schaarse rechten.

Ook het derde deel van deze bundel heeft strikt genomen betrekking op algemene vraagstukken die zich (kunnen) voordoen bij verschillende schaarse publieke rechten. Onder de titel '*Rechtsbescherming*' wordt ingezoomd op de vraag welke problemen kunnen rijzen wanneer (onderdelen van) de verdelingsprocedure of de uitkomsten daarvan worden aangevochten voor de bestuursrechter. Uit de bijdrage van Schueler, waarmee dit deel opent, blijkt onder meer dat het Nederlandse bestuursprocesrecht, in ieder geval in theorie, een aantal stimuli bevat voor de bestuursrechter om de uitkomsten van verdelingsprocedures onaangetast te laten. Dat leidt tot de gedachte dat het aantrekkelijk kan zijn voor de rechter om beroepen tegen toe- en afwijzingsbesluiten zoveel mogelijk ongegrond te verklaren. Een specifiek en actueel probleem van rechtsbescherming bij verdelingsbesluiten wordt besproken door Van Rijn van Alkemade. De toegang tot voor de genomen verdelingsbesluiten relevante stukken en een deugdelijke motivering van toe- en afwijzingsbesluiten is vanuit het oogpunt van controleerbaarheid van de verdelingsprocedure van groot belang. De bestuursrechter stelde op deze punten tot voor kort geen diepgaande eisen, maar de jurisprudentie lijkt in ontwikkeling, waarbij de bestuursrechter volgens Van Rijn van Alkemade inspiratie kan zoeken in het aanbestedingsrecht. Ook Buijze & Widdershoven, die dit derde deel van de bundel afsluiten, vertrekken bij het aanbestedingsrecht. Hun bijdrage beziet de inrichting van de rechtsbescherming bij de verlening van schaarse publieke rechten in Nederland vanuit het belangrijke perspectief van het Unierecht. Vanuit die optiek blijken er geen heel grote zorgen, maar verbeteringen zijn nog wel mogelijk. Zo zou verder moeten worden nagedacht over de appellabiliteit van verschillende deelbeslissingen binnen de verdelingsprocedures en rechtsmachtverdeling tussen verschillende rechters.

4 SCHAARSE PUBLIEKE RECHTEN: EEN ZESTAL THEMA'S

De bijdragen in deze bundel bieden vele aanknopingspunten voor, of geven zelf al blijk van een meer algemene en systematische bestudering van de aard, functie en verdeling van schaarse publieke rechten. In deze bijdrage willen we deze algemene en systematische bestudering verder doorvoeren door middel van een zelfstandige en integrale reflectie op de uitkomsten van de verschillende bijdragen aan de hand van een zestal thema's die kenmerkend zijn voor schaarse publieke rechten. Daartoe wordt hieronder eerst een korte schets gegeven van deze zes thema's en van de centrale juridische vragen die in dit verband kunnen worden gesteld.

Het eerste thema betreft het *object* van de verdeling: schaarse publieke rechten. Omdat een verdelingsvraagstuk zich pas voordoet wanneer de vraag naar deze rechten het aanbod aan rechten overtreft, is de eerste vraag of het aantal beschikbare rechten eigenlijk wel mag worden beperkt. De vervolgvraag is of binnen deze verzameling van (potentieel) schaarse publieke rechten juridisch relevante deelverzamelingen kunnen worden onderscheiden, bijvoorbeeld naar de aard of overdraagbaarheid van het recht of naar de reden voor de beperking van het aantal rechten.

Het tweede thema betreft de *subjecten* van de verdeling. De overheid is de enige instantie die bevoegd is tot verdeling van schaarse *publieke* rechten. Tegelijk kan de overheid niet alleen verdeler zijn, maar tevens een financieel belang hebben bij de uitkomst van de verdeling van schaarse publieke rechten. Het vragen van een geldbedrag is namelijk bij uitstek geschikt om de schaarste (het verschil tussen vraag en aanbod) op te heffen. Daarmee rijst de vraag hoe de overheid deze verschillende belangen met elkaar kan verzoenen. Tegenover de overheid als verdeler staan (private) partijen die in aanmerking willen komen voor deze schaarse publieke rechten. Door vooraf vast te stellen welke partijen in aanmerking kunnen komen voor deze rechten, wordt de potentiële vraag afgebakend en daarmee de uitkomst van de verdeling al voor een deel bepaald. De juridisch relevante vraag is aan welke eisen deze afbakening van de vraag moet voldoen.

Indien de vraag naar publieke rechten het aantal beschikbare rechten vervolgens daadwerkelijk blijkt te overtreffen, komt het derde thema in beeld: de *verdelingsprocedure*. Bekende procedures voor de verdeling van schaarse publieke rechten zijn als gezegd verdeling op volgorde van binnenkomst van de aanvragen, de loting, de veiling en de vergelijkende toets. Kenmerkend voor elke verdelingsprocedure is dat door middel van een verdelingscriterium een rangorde wordt aangebracht tussen de aanvragen. Juridisch gezien is met name de vraag van belang wanneer een bepaalde verdelingsprocedure of een bepaald verdelingscriterium mag worden gekozen indien in de relevante regelgeving nog geen (definitieve) keuze is gemaakt. Hierbij kan ook de vraag worden gesteld in hoeverre de aanvankelijk gekozen verdelingsprocedure eveneens moet worden gevolgd bij een nieuwe verdeling

of herverdeling van schaarse publieke rechten; op welke gronden mag (of moet) de overheid kiezen voor een alternatief verdeelsysteem?

Met bovenstaande vragen wordt het vierde thema betreden, namelijk de *normering* van verdelingsprocedures. Deze normering betreft niet alleen de keuze voor een specifieke verdelingsprocedure, maar juist (en vooral) algemene eisen die aan verdelingsprocedures worden gesteld. Enerzijds kan hierbij worden gedacht aan algemene publiekrechtelijke normen als het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel: krijgen deze normen een specifieke inhoud indien ze worden toegepast op de verdeling van schaarse publieke rechten? Anderzijds kan ook worden gedacht aan rechtsnormen die specifiek zijn toegespitst op verdelingsvraagstukken, zoals het transparantiebeginsel: bestaat er een verplichting om elke gegadigde in de gelegenheid te stellen om mee te dingen naar het schaarse publieke recht? Hoe verhouden deze algemene en specifieke rechtsnormen zich tot elkaar? Ten slotte kan de vraag worden gesteld welke specifieke normen gelden ten aanzien van de verschillende verdeelsystemen die zijn onderscheiden. Hoewel de *invloed van het Europese recht* bij alle genoemde thema's aanwezig is, hebben wij deze invloed ook tot afzonderlijk vijfde thema benoemd. Daarbinnen speelt het aanbestedingsrecht een belangrijke rol. Hoewel in Nederland niet vormgegeven binnen het publiekrecht, vormt de aanbesteding van een privaatrechtelijke overheidsopdracht natuurlijk wel een schoolvoorbeeld van een verdelingvraagstuk waarbij de overheid selecteert. Het gedetailleerd uitgewerkte aanbestedingsrecht kan daarom een inspiratiebron zijn voor, of zelfs een belangrijke invloed hebben op de normering van de verdeling van schaarse publieke rechten. In de competitieve setting van een verdelingsprocedure is daarnaast ook het algemene mededingingsrecht naar zijn aard van groot belang. Daarbij kan uiteraard het Unierecht als zodanig evenmin buiten beschouwing blijven: meer dan het nationale recht lijkt het Unierecht via de fundamentele verkeersvrijheden in staat om de rechtsterreinen die voor de verdeling van schaarse publieke rechten relevant zijn, met elkaar te verbinden.

Het zesde en laatste thema vormt het sluitstuk van de verdeling van schaarse publieke rechten, namelijk de *rechtsbescherming*. Onder deze noemer rijzen meerdere procesrechtelijke vragen die kenmerkend zijn voor geschillen over besluiten over de verdeling van schaarse publieke rechten. Tegen welke beslissingen in het verdeelproces kan een belanghebbende in bezwaar en beroep opkomen? Is een partij van wie de aanvraag is afgewezen, belanghebbende bij het besluit tot verlening van het schaarse publieke recht aan een andere partij? Mag deze partij de stukken inzien die ten grondslag hebben gelegen aan de toekenning van het recht aan die andere partij? Als blijkt dat het schaarse publieke recht ten onrechte aan die andere partij is verleend, komt de partij van wie de aanvraag aanvankelijk is afgewezen, dan alsnog in aanmerking voor verlening van het recht? En wat betekent dit voor de aansprakelijkheid van de verlener, het bevoegd bestuursorgaan?

Al met al rijzen bij de verdeling van schaarse publieke rechten vele, zowel vertrouwde als nieuwe bestuursrechtelijke vragen. Hieronder geven wij in het licht van de bijdragen aan deze bundel een eerste aanzet tot beantwoording van die vragen.

5 EEN NADERE BESCHOUWING VAN DE ZES THEMA'S

5.1 *Object van de verdeling*

Twee soorten schaarste

Volgens onze definitie zijn publieke rechten schaars als de vraag naar deze rechten het aantal voor verlening beschikbare rechten overtreft. De belangrijkste vraag binnen het eerste thema is wanneer het aantal beschikbare rechten mag worden beperkt en dus mogelijk schaarste ontstaat. Anders gezegd: wanneer mag een plafond worden vastgesteld? Uit verschillende bijdragen blijkt dat voor het antwoord op deze vraag allereerst een breder perspectief op schaarste noodzakelijk is.

Aan het frequentiebeleid, dat overigens op meerdere punten een pioniersfunctie vervult, kan in dit verband een nuttig onderscheid worden ontleend tussen enerzijds bestemmings-schaarste en anderzijds verdelingsschaarste.⁹ Er is sprake van *bestemmings-schaarste* als een bepaalde hulpbron (grond, water, frequentieruimte, geld), voor meerdere toepassingen of bestemmingen kan worden gebruikt. Vrijwel elke hulpbron kan voor meerdere bestemmingen worden gebruikt, dus bestemmings-schaarste zal zich vrijwel altijd voordoen. Daarom wordt in een plan (bestemmingsplan, waterplan, frequentieplan, begroting) de hulpbron of het object verdeeld over verschillende functies (bestemmingen): omdat de hulpbron voor verschillende toepassingen kan worden gebruikt, wordt gekozen welk deel van de hulpbron voor welke toepassing wordt bestemd. Zo wordt in het frequentieplan aangegeven welke delen van het spectrum bestemd zijn voor bijvoorbeeld publieke en commerciële omroep, overheidstaken (politie, defensie, e.d.) en mobiele communicatie, zonder dat binnen die bestemmingen direct het aantal beschikbare vergunningen wordt beperkt.¹⁰ Ook de verdringingsreeks in het waterrecht die een belangrijke plaats krijgt in de bijdrage van Van Rijswijk, moet in de sleutel van deze bestemmings-schaarste worden geplaatst. Deze verdringingsreeks houdt dus *geen* verdeling in van waterrechten over individuele gebruikers. Hetzelfde geldt voor de verdeling van emissieruimte over lidstaten, zoals beschreven door Peeters. Wel kan deze broeikasgasemissieruimte worden beschouwd als een lidstatelijk emissierecht. Terecht wijst Peeters op de vraag hoe die emissieruimte vervolgens wordt verdeeld binnen een lidstaat.

⁹ Zie de Nota frequentiebeleid 2005, p. 14 en 18.

¹⁰ Zie hierover paragraaf 2 van de bijdrage van Van Eijk & Hins aan deze bundel.

De verdeling van schaarse publieke rechten zoals hierboven getypeerd, richt zich op het vervolg van deze bestemmingsschaarste, namelijk de *verdelingsschaarste*. Nadat een bepaald deel van een bepaalde hulpbron (grond, water, frequentieruimte, geld) is bestemd voor een bepaalde toepassing (activiteit), kan binnen die bestemming het aantal beschikbare rechten tot gebruik van die hulpbron vooraf worden beperkt door een plafond vast te stellen. Als gevolg van deze beperking kan de vraag het aanbod overtreffen, in welk geval sprake is van verdelingsschaarste. Het is echter niet noodzakelijk om het aantal vergunningen binnen een bepaalde bestemming te beperken en daarmee de mogelijkheid van verdelingsschaarste te creëren. Zo worden veel frequentievergunningen binnen een bepaalde bestemming op volgorde van binnenkomst verleend, omdat ze (naar verwachting) niet schaars zijn.¹¹

Verdelingsschaarste kan zich ook voordoen zonder dat sprake is van bestemmingsschaarste; andere overwegingen dan de schaarste van de hulpbron liggen dan ten grondslag aan de beperking van het aantal beschikbare rechten. Zo blijkt uit de bijdrage van Adriaanse, Barkhuysen & Van den Bogaert dat het aantal kansspelvergunningen is beperkt om gokverslaving tegen te gaan, de consument te beschermen en illegaliteit en criminaliteit te voorkomen. Evenzo komt de beperking van het aantal ontheffingen voor zondagavondwinkels niet voort uit schaarste van een bepaalde hulpbron, maar uit de wens om de zondagsrust te beschermen. Concessies voor het openbaar vervoer, ten slotte, hebben een exclusief karakter om te verzekeren dat de niet-rendabele delen van de concessie kunnen worden gecompenseerd met de rendabele delen hiervan.

De vaststelling van een plafond

Voor subsidies is uit een oogpunt van rechtszekerheid expliciet bepaald dat een subsidieplafond bij of krachtens wettelijk voorschrift moet worden vastgesteld (art. 4:25 lid 1 Awb). Een subsidieplafond brengt namelijk mee dat een subsidie moet worden geweigerd indien door verlening hiervan het subsidieplafond zou worden overschreden. Omdat een vergunningenplafond hetzelfde rechtsgevolg heeft, zou voor de vereiste grondslag voor de bevoegdheid tot vaststelling van een vergunningenplafond dezelfde redenering kunnen worden gevolgd.

Uit de subsidietitel in de Awb volgt niet *wanneer* een subsidieplafond moet worden vastgesteld; dat is overgelaten aan de bijzondere wetgever. Niettemin wordt volgens Jacobs & Den Ouden meestal een subsidieplafond ingesteld. Zelfs als dat niet expliciet gebeurt, wordt in de praktijk toch vastgehouden aan het van te voren vastgestelde budget. 'Schaarse subsidies' zijn dus het uitgangspunt, 'niet-schaarse subsidies' de uitzondering. Dat is niet verwonderlijk: geld kan immers maar eenmaal worden uitgegeven. Voor vergunningen, die een uitzondering op een verbod inhouden en dus het verrichten van een bepaalde

¹¹ Zie paragraaf 2 van de bijdrage van Van Eijk & Hins aan deze bundel.

activiteit (weer) toestaan, lijkt daarentegen in beginsel de omgekeerde redenering te gelden: niet-schaarse vergunningen zijn het uitgangspunt, schaarse vergunningen de uitzondering. Dit uitgangspunt kan onder meer aan het Unierecht worden ontleend: een beperking van het aantal beschikbare vergunningen wordt beschouwd als een extra ingrijpende beperking van de fundamentele verkeersvrijheden in aanvulling op het vergunningstelsel zelf.¹² Immers, zelfs als een aanvrager voldoet aan alle gestelde eisen voor vergunningverlening, is mogelijk dat hem toch geen vergunning wordt verleend, zodat het verrichten van de activiteit voor hem verboden blijft.

Ondanks dit ingrijpende karakter lijkt voor bepaalde publieke rechten voor de hand te liggen dat het aantal beschikbare rechten wordt beperkt. Dat geldt ten eerste voor stelsels van verhandelbare rechten (emissierechten, ontwikkelingsrechten): als er geen plafond wordt ingesteld, kan de handel in die rechten nooit tot stand komen, omdat de vraag naar rechten het aanbod niet kan overtreffen.¹³ Ten tweede geldt dit voor rechten (vergunningen) die betrekking hebben op het gebruik van een bepaalde natuurlijke hulpbron (grond, water, frequentieruimte). Zonder dat schaarste van de hulpbron automatisch dwingt tot het beperken van het aantal rechten, kan deze schaarste wel een rol spelen in de rechtvaardiging van de instelling van een plafond.¹⁴ In dit geval van natuurlijke schaarste kán de overheid namelijk niet meer vergunningen verlenen, ook al zou zij dat wel willen. Daarentegen kan de overheid bij kunstmatige schaarste, zoals bij kansspelvergunningen, in theorie wel meer vergunningen verlenen, maar wil zij dit niet wegens een dwingende reden van algemeen belang.

Aanverwante beperkingen: duur en overdraagbaarheid

De vaststelling van een plafond blijkt niet op zichzelf te staan. Integendeel, er bestaat een nauwe samenhang met andere beperkingen die aan schaarse publieke rechten (kunnen) worden verbonden. Hieronder beperken wij ons tot de duur en de overdraagbaarheid van het recht.

12 Zie bijvoorbeeld de richtlijnen over radiofrequenties (waarover de bijdrage van Van Eijk & Hins) en de jurisprudentie over art. 43 en 49 EG-Verdrag (oud) betreffende kansspelen (waarover de bijdrage van Adriaanse, Barkhuysen & Van den Bogaert).

13 Hierbij moet worden aangetekend dat de reden om een plafond in te stellen niet gelijk is aan de reden om verhandelbaarheid te introduceren.

14 Zie in dit verband ook art. 11 en 12 Dienstenrichtlijn, waaruit een onderscheid kan worden afgeleid tussen de situaties waarin het aantal beschikbare vergunningen beperkt is door een dwingende reden van algemeen belang enerzijds en door schaarste van de beschikbare natuurlijke hulpbronnen of de bruikbare technische mogelijkheden anderzijds. Zie over dit onderscheid uitgebreid: C.J. Wolswinkel, 'Diensten tussen frequenties en kansspelen. Contouren van een Europees kader voor het verlenen van een beperkt aantal vergunningen', *SEW* 2009-7/8, p. 287-299, en C.J. Wolswinkel, 'The Allocation of a Limited Number of Authorisations. Some General Requirements from European Law', *Review of European Administrative Law* 2009/2, p. 61-104.

Het hierboven behandelde onderscheid tussen natuurlijke en kunstmatige schaarste lijkt niet alleen van betekenis te zijn voor de rechtvaardiging van een plafond, maar ook voor die van een beperkte vergunningsduur: bij schaarse vergunningen als gevolg van natuurlijke schaarste is steeds een beperkte vergunningsduur vereist, terwijl bij schaarse vergunningen als gevolg van een dwingende reden van algemeen belang nog (minimale) ruimte lijkt te bestaan voor een uitzondering hierop.¹⁵ Niettemin vormt in beide categorieën van schaarse vergunningen een beperkte vergunningsduur het uitgangspunt.¹⁶ Dit is ook het geval bij subsidies: voor zover subsidies in de vorm van een periodieke aanspraak worden verleend, moeten deze worden verleend voor een bepaald tijdvak.¹⁷ De algemene conclusie lijkt dus gerechtvaardigd dat schaarse publieke rechten in beginsel voor bepaalde tijd moeten worden verleend. Anders gezegd: een plafond en de duur van een recht fungeren als communicerende vaten. De reden hiervoor is dat de overheid ook andere partijen de mogelijkheid wil of moet bieden om (opnieuw) mee te dingen naar het schaarse publieke recht of dat zij de mogelijkheid wil behouden om zonder problemen de inhoud en omvang van schaarse publieke rechten na afloop van deze duur te wijzigen in het licht van nieuwe beleidsdoelstellingen of technologische ontwikkelingen. Met deze beperkte duur wordt tevens voorkomen dat vergunninghouders of subsidieontvangers gerechtvaardigd erop zouden kunnen vertrouwen dat zij onbeperkt kunnen blijven beschikken over het schaarse recht. Zo kan ook de verplichting tot het betalen van nadeelcompensatie bij intrekking van eerder verleende rechten worden voorkomen.¹⁸

Uit de bijdrage van Neerhof blijkt dat voor de overdraagbaarheid van publieke rechten het zaaksgebonden of persoonsgebonden karakter van het publieke recht bepalend is. Wel rijst bij schaarse publieke rechten eerder de vraag naar de overdraagbaarheid; sommige stelsels van schaarse rechten bestaan zelfs bij de gratie van deze overdraagbaarheid (of verhandelbaarheid).¹⁹ In het geval van kansspelen lijkt overdraagbaarheid, gelet op de persoon van de vergunninghouder en haar relatie tot de overheid, daarentegen niet aan de orde. De overdraagbaarheid van het schaarse publieke recht staat in nauwe relatie met de hiervoor besproken duur waarvoor dit recht wordt verleend: naarmate rechten voor langere duur worden verleend, bestaat eerder behoefte aan overdraagbaarheid, zowel vanuit het perspectief van de houder van het schaarse recht als vanuit het perspectief van partijen die nog niet over het schaarse recht beschikken. Duur en overdraagbaarheid van een schaars publiek recht kunnen dus eveneens als communicerende vaten fungeren.

¹⁵ ABRvS 14 maart 2007, AB 2007, 212, m.nt. J.H. Jans.

¹⁶ Vgl. art. 11 lid 1 aanhef en onder b en art. 12 lid 2 Dienstenrichtlijn. Voor vergunningstelsels die buiten de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn vallen, kan dit uitgangspunt worden afgeleid uit de fundamentele verkeersvrijheden van het Unierecht.

¹⁷ Art. 4:32 Awb.

¹⁸ Vgl. W. den Ouden en M.K.G. Tjepkema, 'Schadevergoeding bij de intrekking van begunstigende beschikkingen', *O&A* 2010, p. 152 e.v.

¹⁹ Een broeikasgasemissierecht wordt zelfs gedefinieerd als een overdraagbaar recht.

5.2 *Subject van de verdeling*

Het tweede te bestuderen algemene thema betreft als gezegd het *subject* van de verdeling: wie zijn de *verdelende instanties* binnen de verdelingsprocedures en wie kunnen als *ontvanger* van schaarse publieke rechten in aanmerking komen?

Verdelende instanties

De eerste vraag lijkt gemakkelijk te beantwoorden: een schaars publiek recht wordt blijkens de definitie (exclusief) door de overheid verdeeld op grond van een publiekrechtelijke bevoegdheid. Het gaat dus om een bestuursorgaan dat in een wettelijk voorschrift bevoegd is gemaakt om op aanvragen over schaarse rechten een besluit te nemen. In de praktijk ligt dat soms genuanceerder, zo blijkt uit de bijdragen van Peeters, Van Angeren en Jacobs & Den Ouden. Peeters beschrijft treffend dat de vaststelling van het plafond voor de emissie van broeikasgassen op Europees niveau sterk afhankelijk is van de rapporten van het IPCC. Deze aan de VN gelieerde organisatie voorziet politici van wetenschappelijke informatie over klimaatverandering en de daaruit mogelijk voortvloeiende gevolgen teneinde internationaal klimaatbeleid te kunnen formuleren. Van Angeren laat vervolgens zien dat de verdeling van aan Nederland toegewezen emissierechten plaatsvindt door vaststelling van het op grond van de Wet milieubeheer vereiste Nationale toewijzingsplan. De daarin gehanteerde cruciale ‘rekenregels’ zijn tot stand gekomen in overleg met de grote industrieën, met belanghebbenden dus. Men zou kunnen stellen dat deze rechten in overleg met de grote stakeholders zijn verdeeld, ook al vindt de daadwerkelijke verlening van de rechten plaats door de Nederlandse Emissieautoriteit (NEa), die op afstand van de minister is geplaatst. Ook Jacobs & Den Ouden laten zien dat het in de praktijk lang niet altijd de overheid zelf is die beslist over verdeling van schaarse rechten. Subsidies waarvoor een plafond is vastgesteld worden regelmatig verdeeld op basis van rapporten van externe experts, wier oordeel vaak doorslaggevend blijkt te zijn. Bij subsidieregelingen voor bijvoorbeeld kunsten, innovatie en wetenschap is dat de standaard.

Er kunnen verschillende redenen zijn voor de overheid om de beslissing over de vaststelling van het plafond en de verdeling van schaarse rechten op afstand te plaatsen; beleidsmatige overwegingen, gebrek aan expertise, behoefte aan draagvlak of onafhankelijkheid kunnen motieven zijn om als overheid de verdeling niet (volledig) zelf ter hand te nemen. Er wordt dan ook regelmatig gepleit voor een overheid die binnen het verdeelproces meer op afstand blijft. Adriaanse, Barkhuysen & Van den Bogaert hekelen in hun bijdrage de vaak gehanteerde praktijk van het bij wijze van automatisme zonder competitie toekennen van vergunningen aan één of enkele kansspel aanbidders. Zij wijzen er uitdrukkelijk op dat de overheid soms (ook) financiële belangen heeft bij de vergunningverlening, wat de schijn van belangenverstrengeling kan wekken. Zij pleiten voor een transparante verdelingsprocedure die wordt uitgevoerd door de nieuw op te richten kansspelautoriteit zoals is voorzien

in het aanhangige wetsvoorstel tot wijziging van de Wet op de kansspelen en wijzen erop dat ook denkbaar zou zijn dat deze autoriteit zelf criteria opstelt voor transparante vergunningverlening. Ook Van Eijk & Hins pleiten voor meer afstand van ‘de overheid’ bij de verdeling van frequentievergunningen. Zij laten zien dat, hoewel de beoogde verdeling van frequenties een vrij intensief proces doorloopt van voorbereiding, onafhankelijke advisering en consultatie, interventies vanuit de Tweede Kamer ertoe kunnen leiden dat de beoogde verdeling alsnog wordt gewijzigd, wat de consistentie van de besluitvorming niet bij voorbaat ten goede komt. Ook zij bepleiten – ten einde transparantie en consistentie van de verdeling te vergroten – een stelsel waarbinnen de minister de algemene kaders van het frequentiebeleid vaststelt, maar de concretisering en daadwerkelijke verdeling worden overgelaten aan een onafhankelijke autoriteit.

Hoewel er dus goede redenen kunnen zijn om als overheid op (enige) afstand te blijven bij de verdeling van schaarse publieke rechten, mag dat niet tot gevolg hebben dat de eisen die gesteld worden aan verdelingsprocedures minder strikt worden. Uit de bijdragen van Van Angeren en Jacobs & Den Ouden blijkt dat er bij de verdeling regelmatig wordt geleund op adviezen van deskundigen en betrokkenen, waarvan niet op voorhand vaststaat dat zij geen eigen belang hebben bij de verdeling. Dat is volgens velen vrijwel niet te voorkomen, maar doet de geloofwaardigheid van de uitkomsten van de verdelingsprocedure geen goed. Toegang tot de adviezen van deze adviseurs en bekendmaking van hun identiteit lijkt in het kader van de controleerbaarheid van de procedure een eerste vereiste, maar de bestuursrechter heeft op dit vlak nog geen eenduidige jurisprudentiële lijn ontwikkeld, zo blijkt onder meer uit de bijdrage van Van Rijn van Alkemade.

Ontvangers

Wie *ontvangers* kunnen zijn van schaarse rechten hangt zeer af van het te verdelen recht en het daartoe gekozen verdeelsysteem. Aanvragers moeten vaak op grond van de wettelijke regeling waarin een verdeelsysteem is neergelegd aan allerlei criteria voldoen. In sommige gevallen wordt de kring van mogelijke aanvragers/ontvangers van te voren al zo ver afgebakend dat daarmee de uitkomst van de verdeling feitelijk al is bepaald. In het aanbestedingsrecht wordt deze afbakening overigens strikt genormeerd door het proportionaliteitsbeginsel.²⁰ Verder gelden verschillende eisen bij verschillende verdeelsystemen. Zo is binnen een wie-het-eerst-komt-systeem niet de identiteit van de aanvrager, maar vooral de snelheid van indiening van belang, terwijl binnen een vergelijkende toets criteria als de kwaliteit van aanvraag en aanvrager juist een doorslaggevende rol kunnen spelen.

Bijzondere aandacht verdient de rol van de nieuwkomer op een bepaald terrein. Hoewel schaarse rechten in theorie ook voor nieuwkomers toegankelijk moeten zijn, blijken er in

²⁰ Zie de bijdrage van Jansen aan deze bundel.

de praktijk²¹ op veel gebieden hindernissen te bestaan voor deze groep waardoor schaarse rechten voor hen lastiger te bemachtigen zijn dan voor partijen die voorheen ook al ontvanger waren. Het formuleren van (effectief) beleid om de mededinging voor nieuwkomers mogelijk te maken blijkt in de praktijk echter bijzonder lastig. Deel van het probleem is dat bestuursorganen graag samenwerken met partijen waarmee zij een vertrouwensband hebben kunnen opbouwen. Daardoor staan nieuwkomers vrijwel vanzelf op achterstand; het bestuur heeft met hen nog geen ‘goede zaken’ kunnen doen.²²

Voor de vraag wie ontvangers van een schaars recht kunnen zijn, is ten slotte relevant in hoeverre schaarse publieke rechten overdraagbaar zijn. Door overdracht van een schaars recht zou bijvoorbeeld een nieuwkomer die bij de aanvankelijke verdeling van schaarse rechten achter het net heeft gevist, alsnog een recht in handen kunnen krijgen. Neerhof benadrukt terecht dat een dergelijke overdracht er niet toe mag leiden dat de eisen die bij de aanvankelijke verdeling werden gesteld aan ontvangers van het schaarse recht, via een omweg worden omzeild.

5.3 *Wijze van verdeling*

Het derde thema betreft de wijze van verdeling: welke verdelingsprocedures kunnen worden toegepast? Deze vraag heeft betrekking op het niveau van verdelingsschaarste: op welke wijze kan een rangschikking tussen de individuele aanvragen worden gemaakt?

Zoals gezegd kunnen op basis van het gehanteerde verdelingscriterium (tenminste) vier verdelingsprocedures worden onderscheiden: volgorde van binnenkomst, loting, veiling en vergelijkende toets.²³ De vergelijkende toets fungeert hierbij als een soort restcategorie: de keuze voor de vergelijkende toets houdt allereerst in dat niet is gekozen voor een van de andere verdelingsprocedures. Als gevolg hiervan mag in de vergelijkende toets het moment van binnenkomst van de aanvraag of een financieel bod niet bepalend zijn voor de verdeling. Binnen deze onderscheiding kan de aanbesteding, afhankelijk van het gehanteerde gunningscriterium (laagste prijs of economisch meest voordelige aanbidding),²⁴ als een veiling, een vergelijkende toets of een combinatie van beide procedures worden aangemerkt.

Welke verdelingsprocedure wordt gekozen, hangt binnen de hierna te bespreken randvoorwaarden van transparantie en mededingingsruimte vooral af van het wettelijke stelsel waarvan de bevoegdheid tot verlening van deze schaarse publieke rechten onderdeel uit-

21 Vgl. bijv. de bijdragen van Adriaanse, Barkhuysen & Van den Bogaert, paragraaf 4, Jacobs & Den Ouden, paragraaf 5.4, Van Ommeren en Van Eijk & Hins aan deze bundel.

22 Vgl. Van Ommeren 2004, p. 76.

23 Zie in deze bundel de bijdrage van Wolswinkel en eerder Van Ommeren 2004, p. 23 e.v.

24 Zie over de aanbesteding de bijdrage van Jansen in deze bundel.

maakt. In dit verband kunnen drie situaties worden onderscheiden: (i) de wetgever (in materiële zin) heeft zelf een bepaalde verdelingsprocedure gekozen, (ii) de keuze voor een specifieke verdelingsprocedure wordt door de wetgever (al dan niet binnen bepaalde grenzen) overgelaten aan een lagere regelgever of (iii) de keuze van de verdelingsprocedure wordt zonder enige normering overgelaten aan het verdelende bestuursorgaan.

Indien de wetgever slechts één verdelingsprocedure heeft gekozen,²⁵ lijkt de ruimte voor de lagere regelgever beperkt bij de vormgeving van de verdelingsprocedure. Dit blijkt in de praktijk echter niet het geval. Bij de keuze voor een vergelijkende toets moeten bijvoorbeeld vaak nog de specifieke verdelingscriteria worden gekozen, concreet worden ingevuld of tot elkaar in verhouding worden geplaatst. Maar ook bij de keuze voor bijvoorbeeld een veiling, waarin het verdelingscriterium van het financiële bod vaststaat, zijn verschillende invullingen van de veiling mogelijk. Specifiek voor subsidies geldt dat de algemene wetgever de keuze voor een of meerdere verdelingsprocedures heeft overgelaten aan de bijzondere wetgever: bij of krachtens wettelijk voorschrift moet worden bepaald hoe het beschikbare bedrag wordt verdeeld (art. 4:26 lid 1 Awb).

Doorgaans laat de bijzondere wetgever in een kaderwet voor subsidies de keuze voor een verdelingsprocedure voor subsidies over aan een lagere regelgever. In de vele bijzondere subsidieregelingen worden in dit verband uiteenlopende keuzes gemaakt.²⁶ Ook op het terrein van frequentievergunningen laat de wetgever de keuze voor een verdelingsprocedure over aan een lagere regelgever: momenteel biedt de Telecommunicatiewet de keuze uit drie procedures, maar het aanhangige wetsvoorstel tot wijziging van de Telecommunicatiewet bevat zelfs zes verdelingsprocedures.²⁷ Het bestuursorgaan heeft dus de keuze uit meerdere verdelingscriteria. Bij het vermelden van meerdere verdelingsprocedures is de vraag of de wetgever de keuze van de lagere regelgever moet sturen door het formuleren van toepassingscriteria. Op het terrein van frequentievergunningen wordt die vraag ontkennend beantwoord door Van Eijk & Hins.²⁸

Soms heeft de wetgever geen enkele verdelingsprocedure gekozen. Dit is een tekortkoming in die gevallen waarin de wet wel dwingend voorschrijft dat slechts een beperkt aantal rechten kan worden verleend.²⁹ Verdelen is namelijk een noodzakelijk gevolg van een beperking van het aantal rechten. Als aan een bestuursorgaan de bevoegdheid wordt toegekend om het aantal beschikbare vergunningen te beperken, ligt het voor de hand dat de wetgever ingaat op de wijze van verdeling van die (mogelijk) schaarse vergunningen. Hierdoor verkeert het bestuursorgaan niet in onzekerheid als het moet kiezen voor een

25 Zie in dit verband het systeem van de Mijnbouwwet, waarop de bijdragen van Wolswinkel en Neerhof ingaan.

26 Zie de bijdrage van Jacobs & Den Ouden.

27 Zie de bijdrage van Van Eijk & Hins.

28 Zie de bijdrage van Van Eijk & Hins.

29 Zie in dit verband de Wet op de kansspelen, waarover de bijdragen van Van Ommeren en van Adriaanse, Barkhuysen & Van den Bogaert in deze bundel.

bepaalde verdelingsprocedure. Bovendien kan men zich afvragen of de wijze van verdeling sowieso niet door een democratisch gelegitimeerd orgaan zou moeten worden vastgesteld, gelet op de ingrijpende gevolgen van de keuze voor een verdelingsprocedure voor de uiteindelijke uitkomst.³⁰ Als de bevoegdheid om het aantal vergunningen te beperken slechts impliciet wordt afgeleid uit de bevoegdheid tot vergunningverlening en de bijbehorende weigeringsgronden, is overigens begrijpelijk dat in de wettelijke regeling niets is bepaald over de verdelingsprocedure. In dat geval is wenselijk dat de wijze van verdeling in een beleidsregel worden vastgelegd.³¹

5.4 *Rechtsbeginselen en de verdeling*

Objectiviteit en transparantie met het oog op rechtsgelijkheid en rechtszekerheid

Het vierde thema betreft, zoals gezegd, de normering van de verdelingsprocedures. In de juridische literatuur wordt er veelal van uitgegaan dat de procedures aan de hand waarvan schaarse publieke rechten worden verdeeld, objectief en transparant moeten zijn en dat zij gericht moeten zijn op de verwezenlijking van het gelijkheidsbeginsel (althans het voorkomen van een ongerechtvaardigd ongelijke behandeling oftewel discriminatie) en het rechtszekerheidsbeginsel.³² In de rechtspraak wordt zelfs wel gesproken van de voor (bepaalde) schaarse publieke rechten ‘gebruikelijke kernwoorden’ van ‘objectiviteit en transparantie’.³³

Dit wil echter niet zeggen dat de praktijk al zover is. Zo heeft de verdeling van emissiereductieverplichtingen voor broeikasgassen over de lidstaten een hoog politiek karakter, waarvan onduidelijk is welke verdelingscriteria worden gehanteerd. Peeters bepleit dan ook die verdelingscriteria objectiever en transparanter te maken. Van Angeren wijst erop dat op nationaal niveau voor de totstandkoming van het eerste Nationale toewijzingsplan 2005-2007 voor broeikasgasemissierechten – dat ten grondslag lag aan het Nationale toewijzingsbesluit 2005-2007 – in feite de grote industrieën met de overheid aan tafel zaten om de verdeling van emissierechten te bespreken. Terecht vraagt hij zich af of dit als een objectieve en transparante methode van verdelen kan worden beschouwd. De Afdeling bestuursrecht spraak toetste dit toewijzingsplan via de band van het willekeurverbod en ging niet inhoudelijk, althans niet expliciet, na of de verdelingscriteria wel in overeenstemming

30 Dit zou bijvoorbeeld noodzakelijk zijn voor de zondagavondonthefingen uit de Winkeltijdenwet. Zie hierover de bijdragen van Van Ommeren en Wolswinkel in deze bundel.

31 Zie in deze zin ook A. Drahmman, ‘Tijd voor een Nederlands transparantiebeginsel?’, in: *Europees offensief tegen nationale rechtsbeginselen? Over legaliteit, rechtszekerheid, vertrouwen en transparantie*, preadviezen Jonge VAR 2010, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 190.

32 Zie Van Ommeren 2004, p. 44 e.v.

33 Zie de bijdragen van Van Angeren en Peeters aan deze bundel.

waren met de Europese eisen.³⁴ Van Angeren concludeert dat aan de eisen van objectiviteit en transparantie door de Afdeling vrij afstandelijk wordt getoetst: bij de toewijzing van broeikasgasemissierechten spelen deze eisen eigenlijk nauwelijks een rol. Dat is bijvoorbeeld op het terrein van het aanbestedingsrecht wel anders!

Grondslag: verschillende rechtsbeginselen

Van Ommeren constateert dat er in ons recht een algemene rechtsnorm is die voorschrijft dat bestuursorganen verplicht zijn om voor de verdeling van schaarse vergunningen en ontheffingen enige mededingingsruimte te scheppen, ook in die gevallen dat er geen (specifieke) wettelijke voorschriften zijn die daartoe dwingen. Uit deze verplichting tot het creëren van mededingingsruimte vloeit zijns inziens voor het bestuursorgaan de verplichting voort om potentiële gegadigden tijdig en adequaat op de hoogte te stellen van het feit dat een schaars publiek recht beschikbaar is en wat de te volgen procedure is. Deze algemene rechtsnorm wordt in de rechtspraak thans (nog) op verschillende rechtsbeginselen gebaseerd. In de bestuursrechtelijke rechtspraak over schaarse publieke rechten die hun grondslag vinden in de Wet op de kansspelen of de Winkeltijdenwet worden met name het proportionaliteitsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel ten tonele gevoerd; waar het de wijziging van de verdelingsprocedure betreft, is ook het rechtszekerheidsbeginsel van betekenis. Het valt op dat met name het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel in deze rechtspraak niet uitdrukkelijk als grondslag voor deze rechtsnorm worden genoemd. Een belangrijke vraag is voorts of deze algemene rechtsnorm ook (al) geldt voor subsidieverstrekking. Immers, het is toegestaan om incidentele en begrotingssubsidies zonder wettelijke grondslag aan ontvangers te verstrekken.³⁵ In de praktijk leidt dat regelmatig tot een situatie waarin, zonder dat de vraag naar subsidiegelden voor bepaalde activiteiten goed in kaart is gebracht of potentieel belangstellenden op de hoogte zijn gesteld van de beschikbaarheid van subsidiegelden, subsidie wordt toegedeeld aan een ontvanger waarmee de overheid vaak al jaren zaken doet. Jurisprudentie op dit vlak moet worden afgewacht.³⁶

In de literatuur wordt bepleit ook het transparantiebeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur in het bestuursrecht te erkennen. Volgens Drahmman, wier bijdrage geheel aan het transparantiebeginsel is gewijd, kan dit beginsel juist bij de verdeling van schaarse publieke rechten uitstekende diensten bewijzen. Het transparantiebeginsel houdt in dit verband in dat bepaalde informatie vooraf bekend moet worden gemaakt. In het Europese recht – waar het transparantiebeginsel daarentegen wel uitdrukkelijk in de rechtspraak is erkend (in het recente *Betfair*-arrest ook ten aanzien van een schaarse ver-

³⁴ Van Angeren, paragraaf 6.

³⁵ Art. 4:23 derde lid, sub c en d Awb.

³⁶ Vgl. ABRvS 20 oktober 2010, JB 2011, 3, m.nt. Jacobs, waarin de Afdeling bestuursrechtspraak nog weinig geneigd blijkt het recht op mededinging naar subsidiegelden op de voorgrond te plaatsen.

gunning) – houdt dit beginsel in het bijzonder in dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid dient te worden gegarandeerd. Het oogmerk van deze transparantie is dat de markt, althans het beschikbare recht, voor mededinging openstaat en de verdelingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst.

Ook volgens Drahmman is het goed mogelijk het transparantiebeginsel ‘in te lezen’ in bepaalde algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waarbij zij in het bijzonder denkt aan het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel. Het transparantiebeginsel is, zoals Drahmman terecht betoogt, een randvoorwaarde (een procedureregule) die waarborgt dat andere beginselen, zoals met name het gelijkheidsbeginsel, worden nageleefd. Maar dit wil niet zeggen dat het transparantiebeginsel zonder meer samenvalt met het gelijkheidsbeginsel. Jansen komt in dit verband tot de conclusie dat het transparantiebeginsel niet in de algemene beginselen van behoorlijk bestuur hoeft te worden ingelezen, maar rechtstreeks op deze beginselen kan worden gebaseerd.

Volgens Drahmman heeft het transparantiebeginsel toegevoegde waarde ten opzichte van de al bestaande Nederlandse algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In de eerste plaats kan daarmee worden benadrukt dat aan de verlening van schaarse besluiten specifieke transparantievereisten worden gesteld die afwijken van reguliere besluitvorming bij ongelimiteerde vergunningstelsels. Ten tweede is van belang dat de transparantievereisten absolute, objectieve procedureregels zijn die betrekking hebben op het verstrekken van informatie. De enkele schending van deze regels heeft tot gevolg dat de verdelingsprocedure opnieuw zal moeten plaatsvinden omdat potentiële aanbieders potentieel kunnen zijn benadeeld. Dat is volgens haar een verschil met de schending van bestaande beginselen als het zorgvuldigheids-, rechtszekerheids- of gelijkheidsbeginsel, waarbij onvoldoende oog is voor de belangen van de (niet aanwezige, onbekende) potentiële geïnteresseerde, die door schending van een bekendmakingsverplichting benadeeld kan zijn. In de derde plaats is een belangrijk doel van het transparantiebeginsel om ieder risico van favoritisme en willekeur uit te bannen; die doelstelling kan in de ogen van Drahmman door toetsing aan de bestaande beginselen van behoorlijk bestuur minder goed worden gewaarborgd. Ten slotte is het een voordeel van nationale erkenning van het transparantiebeginsel dat beter aangesloten kan worden bij de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU en de nationale aanbestedingsjurisprudentie over het transparantiebeginsel.

Het willekeurverbod?

De vraag kan gesteld worden of naast het gelijkheidsbeginsel niet beter ook het willekeurverbod gezien kan worden als een soort van overkoepelend beginsel voor de verdeling van schaarse publieke rechten. Ofschoon het naar onze mening niet per se nodig of zinvol is uit te gaan van slechts één exclusief fundament voor de verdeling van schaarse publieke rechten, achten wij deze vraag van belang nu de toepasselijkheid van het gelijkheidsbeginsel en de toetsing aan het willekeurverbod nauw verband met elkaar kunnen houden. Het

gelijkheidsbeginsel als verdelingsgrondslag vereist primair dat door het bestuursorgaan differentiatiecriteria worden vastgesteld, aan de hand waarvan de verdeling van schaarse publieke rechten kan plaatsvinden. Men spreekt in dit verband wel van het *relatieve* gelijkheidsbeginsel, dat als grondbeginsel bij alle verdelingsprocedures in acht genomen dient te worden.³⁷ De rechter beoordeelt de verdelingscriteria niet inhoudelijk maar slechts marginaal; wat hij (slechts) kan doen is toetsen of de gekozen criteria geschikte middelen zijn om het beoogde, veelal wettelijk voorgeschreven, doel met de verdeling van het publieke recht te bereiken. Zoals bekend, verloopt een dergelijke doel – middel toetsing door de bestuursrechter via de band van het evenredigheidsbeginsel (art. 3:4 lid 2 Awb), dan wel via het verbod van willekeur. De toetsing aan het willekeurverbod correspondeert dan ook met de toepasselijkheid van het relatieve gelijkheidsbeginsel op de verdeling van schaarse publieke rechten.

Al met al worden – teneinde rechtsgelijkheid en rechtszekerheid te bereiken – aan de procedures waarmee schaarse publieke rechten worden verdeeld, ten dele specifiekere eisen gesteld dan in het algemene bestuursrecht doorgaans gebruikelijk is. Met de expliciete eisen van objectiviteit en transparantie verschillen de procedures waarmee schaarse publieke rechten worden verdeeld van de gewone procedures waarmee bestuursorganen besluiten nemen die betrekking hebben op niet-schaarse rechten. Ten aanzien van de verlening van gewone vergunningen e.d. worden de eisen van objectiviteit en transparantie immers veel minder uitdrukkelijk gesteld; laat staan dat voor niet-schaarse publieke rechten een mededingingseis zou gelden. Dit betekent onder meer dat de verplichting van bestuursorganen om derden te informeren over het feit dat een schaars publiek recht is vrijgekomen – opdat potentiële geïnteresseerden de mogelijkheid krijgen om een aanvraag te dienen – alleen geldt voor zover het de beschikbaarheid van een potentieel *schaars* publiek recht betreft.³⁸

5.5 *Invloed van het Europese recht*

Het recht van de Europese Unie, het als vijfde genoemde thema, is uitermate relevant voor de verdeling van schaarse publieke rechten. De Europese invloed is zowel van materiële aard – te denken valt in het bijzonder aan de betekenis van rechtsbeginselen voor de wijze van verdeling – als van formele aard – zoals de beïnvloeding van de inrichting van de rechtsbescherming. De Europese invloed gaat zowel uit van het primaire Unierecht³⁹ als

³⁷ Van Ommeren 2004, p. 45-46.

³⁸ Het onderscheid tussen potentieel en actueel schaarse publieke rechten komt nader aan de orde in paragraaf 2.1 van de bijdrage van Wolswinkel.

³⁹ Zoals het recht op vrij verkeer van diensten, waarover met betrekking tot kansspelen de bijdrage van Adriaanse, Barkhuysen & Van den Bogaert aan deze bundel, of het mededingingsrecht, waarover met betrekking tot het verdedigingsbeginsel de bijdrage van Van Rijn van Alkemade.

van een aantal richtlijnen, zoals de Dienstenrichtlijn, de richtlijnen inzake emissiehandel,⁴⁰ de richtlijnen op het terrein van de telecommunicatie⁴¹ en de richtlijnen betreffende de aanbesteding van overheidsopdrachten.

Voorals het aanbestedingsrecht lijkt een stevige stempel te drukken op het leerstuk van de schaarse publieke rechten, niet alleen in rechtstreekse zin maar vooral ook als inspiratiebron of aanknopingspunt voor toekomstverwachtingen op Europees vlak. Dit hoeft niet te verwonderen, aangezien juist dit rechtsgebied primair betrekking heeft op een verdelingsvraagstuk van de overheid.⁴²

Wat het materiële recht betreft werd hiervoor reeds het transparantiebeginsel genoemd, dat sterke wortels heeft in onder meer het aanbestedingsrecht, maar dat ook daarbuiten van betekenis blijkt te zijn, gelet op het *Betfair*-arrest. Op dit moment is overigens nog niet steeds helder in welke mate het transparantiebeginsel geldt in de verschillende fases van de verdelingsprocedure: uitsluitend voor de bekendmaking van de beschikbaarheid van het schaarse publieke recht, of ook voor de selectie, de gunning en de toekenning ervan. Van Rijn van Alkemade gaat in op de betekenis van het aanbestedingsrecht voor de (processuele) openbaarheid, waarbij het bestuursrecht zijns inziens aansluiting zou moeten zoeken. In het bijzonder zou het bestuursorgaan zich in de motivering van de afwijzingsbeschikking niet moeten beperken tot de gronden voor de afwijzing, maar ook verplicht moeten worden om relevante en bruikbare informatie te verschaffen over de winnende aanvraag of aanvragen. Hij bepleit deze zogeheten vergelijkende motiveringsplicht met het oog op de controleerbaarheid van de besluitvorming.

Te noemen vallen in dit verband verder de recente publicaties van Manunza, waarin uitvoerig wordt stilgestaan bij de betekenis van het Europese aanbestedingsrecht voor de verdeling van schaarse publieke rechten en waarnaar wij hier graag verwijzen.⁴³ Manunza gaat zowel in op de vraag wat moet of zou moeten worden aanbesteed (het object) als op de vraag waarom dat zou moeten gebeuren. Zij staat een ruime visie op het aanbestedingsrecht voor, waardoor het meer vanzelfsprekend wordt dat ook de verdeling van schaarse publieke rechten onder (de uitgangspunten van) dit rechtsgebied valt.⁴⁴

In formeel opzicht zijn vooral de Rechtsbeschermingsrichtlijnen Aanbesteden van betekenis. Hoewel zij uitsluitend direct van toepassing zijn op de aanbesteding van bepaalde overheidsopdrachten, bieden zij een indicatie van de aspecten waarop het Unierecht in algemene zin van belang zou kunnen zijn voor de rechtsbescherming bij (andere) schaarse publieke

40 Zie de bijdrage van Van Angeren aan deze bundel.

41 Zie de bijdrage van Van Eijk & Hins aan deze bundel.

42 Zie uitgebreid de bijdrage van Jansen in deze bundel.

43 E.R. Manunza, *Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel Aanbestedingsrecht*, preadvies Vereniging voor Bouwrecht (nr. 38), Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2010, p. 109-111. Zie ook haar oratie van 29 september 2010 aan de Universiteit Utrecht. Manunza was een van de deelnemers aan de expertmeetings die aan de wieg van deze bundel stonden.

44 Zie over het aanbestedingsrecht in ruime zin ook de bijdrage van Van Ommeren aan deze bundel.

rechten. Buijze & Widdershoven stellen de vraag aan de orde of de Europese wensen betreffende de rechtsbescherming bij de competitieve verdeling van schaarse publieke rechten binnen het kader van het Nederlandse bestuursprocesrecht van de Awb worden gerealiseerd of zonder al te grote wijzigingen kunnen worden gerealiseerd, een vraag waarop wij in de volgende subparagraaf dieper zullen ingaan.

5.6 *Rechtsbescherming*

Het zesde thema aan de hand waarvan wij de relevante vragen over de verdeling van schaarse publieke rechten hebben geclusterd, betreft zoals gezegd de rechtsbescherming. Ook de toepassing van het (meestal Awb-)bestuursprocesrecht op geschillen over verdelingsprocedures en de uitkomsten daarvan blijkt op de verschillende bijzondere rechtsgebieden tot vergelijkbare vragen en problemen te leiden. Schueler analyseert in zijn bijdrage enkele belangrijke knelpunten. Die zijn ieder voor zich niet uniek; zij komen ook voor bij geschillen over andersoortige besluiten. Maar bij de verdeling van schaarse rechten komen deze problemen door een combinatie van factoren vaak in versterkte mate tot uiting.

Problemen met het ‘besluitenprocesrecht’

Een belangrijk probleempunt is dat het huidige besluitenprocesrecht tot gevolg heeft dat een belanghebbende die problemen heeft met de uitkomsten van een verdelingsprocedure wordt gestimuleerd om tegen meerdere besluiten tegelijkertijd op te komen; niet alleen tegen zijn eigen afwijzingsbesluit, maar ook tegen de toewijzingsbesluiten aan anderen. Voorkomen moet immers worden dat de laatste formele rechtskracht verkrijgen, waardoor na een eventuele vernietiging van het afwijzingsbesluit, geen rechtsherstel meer mogelijk zou zijn in de vorm van herstel van de foutieve verdeling. Dan rest de appelland nog slechts het aanspraak maken op schadevergoeding met alle nadelen van dien.

Hoewel het aanvechten van toekenningsbesluiten aan ‘concurrenten’ goed mogelijk blijkt te zijn, zijn de gevolgen van vernietiging van toe- en afwijzingsbesluiten ingrijpend. De (economische, financiële en beleidsmatige) belangen die gemoeid gaan met de verdeling van schaarse rechten zijn vaak groot en met gebruikmaking van toegekende rechten kan en mag⁴⁵ niet altijd worden gewacht tot de besluiten onaantastbaar zijn geworden. Dat heeft tot gevolg dat in tijden van rechtsonzekerheid (soms omvangrijke) investeringen moeten worden gedaan om van het schaarse recht ook feitelijk gebruik te kunnen maken: een radiostation moet nu eenmaal worden opgezet en bemand om een frequentie daadwerkelijk te kunnen gebruiken en toneelgezelschappen moeten acteurs aanstellen om de

⁴⁵ Regelmatig wordt in het toekenningsbesluit een verplichting opgenomen om binnen een bepaalde termijn van het toegekende schaarse recht gebruik te maken. Vgl. de bijdragen van Van Eijk & Hins en Schueler in deze bundel. Vgl. ook art. 4:36 Awb inzake de ‘afdwingovereenkomst’.

gesubsidieerde uitvoeringen ook daadwerkelijk te kunnen spelen. Op grond van de huidige jurisprudentie lijken de risico's van het gebruik maken van een nog niet onaantastbaar geworden publiek recht te liggen bij de gebruiker.⁴⁶ Als een bestuursrechter na verloop van tijd onregelmatigheden in de verdelingsprocedure vaststelt en toekenningsbesluiten vernietigt, zijn de daaraan verbonden kosten voor die partij dus groot, nog daargelaten eventuele schadevergoedingsverplichtingen van de overheid jegens alle partijen.⁴⁷ Bovendien is de houvast van de bestuursrechter bij toetsing aan wettelijke voorschriften over de te maken verdeling doorgaans beperkt. In regelgeving worden ruim (of vaag) omschreven beleidsdoelstellingen geformuleerd die door de verdeling moeten worden bereikt en worden vervolgens discretionaire bevoegdheden en beoordelingsvrijheid toegekend aan het beslissende bestuursorgaan. Door deze beperkte houvast in wettelijke voorschriften en het daarbij komend gebrek aan specifieke deskundigheid van de bestuursrechter zal de rechter terughoudend zijn in zijn beoordeling.⁴⁸ Daar komt bij dat appellanten slechts beperkte mogelijkheden hebben om hun beroep tegen afwijzingsbesluiten te onderbouwen; de toegang tot op de zaak betrekking hebbende stukken is vaak beperkt en de motivering van het afwijzingsbesluit geeft doorgaans weinig specifieke informatie.⁴⁹ Zelfs als de bestuursrechter na geconstateerde onregelmatigheden tot een vernietiging zou komen, is er zodoende nog weinig bereikt; hij is meestal niet zelf in staat om de juiste verdeling van rechten vast te stellen, waardoor de periode van rechtsonzekerheid voor alle partijen (verder) wordt verlengd. Deze omstandigheden vormen voor de bestuursrechter een verborgen stimulans om verdeelbesluiten indien enigszins mogelijk in stand te laten.

Voorstellen tot verbetering

De langdurige rechtsonzekerheid in combinatie met grote (financiële) belangen wordt door verschillende auteurs als een groot probleem ervaren.⁵⁰ Schueler zoekt de oplossing voornamelijk in het versnellen en vereenvoudigen van procedures. Buijze & Widdershoven bespreken in hoeverre het zinvol en haalbaar is om aan een aantal afzonderlijke achtereenvolgende besluiten – waaruit de verdelingsprocedure is opgebouwd – de vatbaarheid voor bezwaar en beroep te ontnemen dan wel te concentreren tot één samengesteld rechtsbeschermingsmoment. Zij stellen voor dat er bij de verdeling van schaarse publieke rechten in de regel nog slechts drie appellabele beslismomenten zijn: ten eerste het besluit tot vaststelling van het plafond, de keuze voor het soort verdelingsprocedure en de vaststelling

46 Zie bijvoorbeeld HR 29 april 1994, *AB Klassiek* 2003, 31, m.nt. B.J. Schueler (GE / Den Haag).

47 Zie over dat laatste bijvoorbeeld CBB 11 juli 2007, *LJN BA9351* (Radiocorp), waarin het College het besluit in stand liet om de looptijd van een ten onrechte te laat verleende vergunning niet te verlengen, maar wel wees op de mogelijkheid van een verzoek om schadevergoeding.

48 Zie in deze bundel onder meer de bijdragen van Van Angeren, Schueler en Jacobs & Den Ouden.

49 Vgl. de bijdrage van Van Rijn van Alkemade.

50 Zie bijvoorbeeld de bijdragen van Van Eijk & Hins, Schueler en Buijze & Widdershoven.

van de reglementen gezamenlijk, ten tweede het toelatings- of selectiebesluit en ten derde het toekennings- of gunningsbesluit en het verleningsbesluit gezamenlijk. Zij stellen bovendien voor de bezwaarschriftprocedure voor de eerste twee genoemde appellabele beslismomenten te schrappen en voor het derde en laatste beslismoment de toepasselijkheid van de bezwaarschriftprocedure te laten afhangen van de aard van het te verdelen schaarse publieke recht.

Naast een verdere doordenking van de vatbaarheid voor bezwaar en beroep van de deelbeslissingen binnen de verdelingsprocedures, worden ook andere voorstellen voor stroomlijning van de procedures gedaan. Zo pleit Schueler voor de bundeling van alle uiteindelijke toekennings- en afwijzingsbeslissingen met betrekking tot een schaars publiek recht tot één besluit; hij spreekt in dit verband van een *integraal* verdelingsbesluit.⁵¹ Voordeel is in het bijzonder dat daardoor kan worden voorkomen dat de toekenningen en afwijzingen van een bepaald schaars publiek recht afzonderlijk moeten worden aangevochten dan wel formele rechtskracht verkrijgen.

Lastig blijft het uitgangspunt van ex nunc beoordeling wanneer na geconstateerde onregelmatigheden in een verdelingsprocedure moet worden overgegaan tot hernieuwde besluitvorming. Immers, de feiten en omstandigheden kunnen gedurende de verdelingsprocedure zodanig wijzigen dat op basis daarvan bij de nieuwe beslissing op bezwaar niet meer tot toekenning van het gewenste recht kan worden overgegaan. Dat kan een onbevredigend eindresultaat geven; als de verdeling in één keer goed was gegaan had de aanvrager voor een schaars recht in aanmerking kunnen komen; echter door tijdsverloop kan dat niet meer. Jacobs & Den Ouden beschrijven een (deel)oplossing die de Awb-wetgever voor dat probleem heeft gevonden in de bepaling over het subsidieplafond. Dat plafond mag niet automatisch worden tegengeworpen aan een aanvrager wanneer dit plafond is bereikt nadat de juridische procedures zijn doorlopen; de verplichting om een subsidieaanvraag af te wijzen geldt slechts voor zover die ook gold ten tijde waarop het besluit in eerste aanleg werd of had moeten worden genomen. Schueler wijst erop dat de behoefte om, na vernietiging van een besluit, uit te mogen gaan (en soms zelfs uit te moeten gaan) van de oude feiten en omstandigheden ook op andere rechtsterreinen wordt gevoeld.⁵² Ook uit de Europese jurisprudentie over de gunning van overheidsopdrachten blijkt dat remedies die de onrechtmatige verdeling van publieke rechten redresseren de voorkeur verdienen boven een plaatsvervangende schadevergoeding.⁵³

Uitgangspunt is dus dat aanvragers zoveel mogelijk moeten kunnen krijgen waarop zij in eerste instantie recht hadden, al zal dat soms door tijdsverloop niet meer kunnen worden

51 Schueler, paragraaf 3.1. Bij broeikasgasemissierechten is dit reeds het geval, zie de bijdrage van Van Angeren.

52 Vgl. art. 1.10 lid 1 van de Crisis- en herstelwet.

53 Buijze & Widdershoven, paragraaf 2.6.

vastgesteld of zullen de omstandigheden inmiddels zo drastisch zijn gewijzigd dat dit niet langer wenselijk is.⁵⁴ In die gevallen rest slechts rechtsherstel via schadevergoeding.

6 SLOT

Aan het begin van deze bijdrage spraken wij uit dat behoefte bestaat aan een meer algemene en systematische bestudering van het leerstuk van schaarse publieke rechten. Daarom hebben wij in deze bijdrage aan de hand van zes thema's de belangrijkste algemene vraagstukken rond (de verdeling van) schaarse publieke rechten geïdentificeerd. Vervolgens hebben wij deze vraagstukken voorzien van enkele antwoorden of in elk geval denkrichtingen voor een antwoord, hierbij puttend uit de andere bijdragen aan deze bundel. Daarmee is in elk geval duidelijk geworden dat een meer algemene en systematische bestudering van schaarse publieke rechten mogelijk en bovendien waardevol is.

Binnen de zes thema's die zijn bestudeerd, liggen nog belangrijke vragen open. Niettemin zijn enkele lijnen zichtbaar die van belang kunnen zijn voor de algemene theorievorming. Bovenal is van belang dat wordt onderkend wanneer sprake is van *schaarse* publieke rechten. De wetgever kan zich in die gevallen niet meer beperken tot de vaststelling van een plafond, maar moet tevens (globaal) ingaan op de verdelingsprocedure. Het verdelende bestuursorgaan moet vervolgens in beginsel mededingingsruimte creëren en daartoe de verdelingsprocedure van voldoende transparantie voorzien. De bestuursrechter ten slotte zal in de beslechting van geschillen over de verdeling van schaarse publieke rechten creatief met zijn instrumentarium moeten omgaan, omdat besluiten over de verdeling van schaarse publieke rechten hem voor andersoortige problemen stelt. Voor zover de mogelijkheden daartoe onvoldoende zijn, is aanpassing van zijn instrumentarium op onderdelen aange-
wezen.

Het is wellicht nog te vroeg om te spreken over een algemeen leerstuk van schaarse publieke rechten. Niettemin spreken wij hier het vermoeden uit dat het 'eigen' karakter van het algemene leerstuk van schaarse publieke rechten wel eens hieruit zou kunnen bestaan dat alle 'klassieke' bestuursrechtelijke leerstukken opnieuw moeten worden doordacht indien zij worden toegepast op schaarse publieke rechten. De mogelijkheden voor vervolgonderzoek zijn dus nog verre van schaars...

54 Vgl. Jacobs & Den Ouden.