

# Schaarse publieke rechten

Wat Bard, Betfair en BNR met elkaar gemeen hebben

Frank van Ommeren, Willemien den Ouden en Johan Wolswinkel<sup>1</sup>

Steeds weer blijkt dat er gemakkelijk conflicten kunnen ontstaan rond de verdeling van een schaars publiek recht zoals een vergunning of een subsidie: een schaars recht toedelen aan de ene aanvrager betekent automatisch teleurstelling en groot financieel nadeel voor de ander. Een analyse van enkele spraakmakende voorbeelden maakt duidelijk dat problemen bij de verdeling veel gemeenschappelijks hebben.

Waarom dan telkens het verdelingswiel opnieuw uitvinden in plaats van de verdeling van schaarse publieke rechten tot een algemeen leerstuk van het bestuursrecht maken?

**S**teeds vaker krijgt de overheid op verschillende beleidsterreinen te maken met de verdeling van zogenaamde 'schaarse publieke rechten'. Dit zijn door het openbaar bestuur te verstrekken rechten, zoals vergunningen en subsidies, waarvoor er meer aanvragers dan beschikbare rechten zijn. Kenmerkend voor deze rechten is dat vooraf een maximum is gesteld aan het aantal rechten dat kan worden verleend. Daarvoor kunnen allerlei goede redenen zijn: de omvang van emissierechten is beperkt om het milieu te beschermen, het aantal standplaatsen op een markt is gelimiteerd vanwege de fysieke grenzen van het marktplein en het aantal ontheffingen voor zogenoemde 'zondagavondwinkels' kent een maximum om de zondagsrust te beschermen. Een beperking van het aantal te verlenen publieke rechten kan dus om verschillende redenen verstandig zijn, maar brengt in de praktijk ook allerlei (juridische) vragen en problemen met zich mee. Aan de hand van enkele actuele voorbeelden op belangrijke maatschappelijke terreinen kan dit gemakkelijk worden geïllustreerd.

## Het bestuursrecht is aan het economiseren

Veel aandacht trok recentelijk de toekenning van een miljardensubsidie door de Minister van Economische Zaken aan het Duitse bedrijf Bard voor de bouw van twee nieuwe windenergieparken op de Noordzee. Daarmee vielen Nederlandse energiebedrijven, waaronder Eneco, buiten de boot. Zij meenden echter dat de tenderproce-

dure onvoldoende zorgvuldig was verlopen: Bard heeft op dit vlak amper een staat van dienst en zou het project financieel niet rond kunnen krijgen. Om die stelling te kunnen onderbouwen, hadden de concurrenten toegang nodig tot de stukken van de winnende aanvraag van Bard, maar noch Bard, noch de minister voelde veel voor het overleggen van die stukken. Daarover moest worden geprocedeerd.<sup>2</sup> Kritiek op de uitkomst van de verdelingsprocedure kwam er ook vanuit de politiek; meer dan de helft van de subsidie wordt verstrekt in het kader van de Crisis- en herstelwet, die nu juist als doel heeft om de Nederlandse economie een impuls te geven. In plaats van het stimuleren van (Nederlandse) innovatieve technieken wordt nu een Duits bedrijf gestimuleerd om met bestaande technieken zo goedkoop mogelijk groene stroom te leveren.<sup>3</sup> Overigens kan deze zaak juridisch gezien nog met een sisser aflopen, nu Eneco, NUON en Bard in een gezamenlijke brief aan de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie (ELI) hebben voorgesteld om het restbudget aan Eneco en NUON toe te kennen onder gelijktijdige intrekking van de beroepen van Eneco en NUON tegen de subsidieverlening aan Bard.<sup>4</sup>

Ook veel aandacht trok ons tweede voorbeeld, waarin het juist een buitenlandse onderneming is, Betfair, die in aanmerking wil komen voor een schaarse vergunning, maar hiertoe de gelegenheid niet krijgt. Sinds jaar en dag bestaat in Nederland namelijk de praktijk van automatische verlenging van bepaalde kansspelvergunningen. Als gevolg hiervan beschikt bijvoorbeeld De Lotto al sinds 1961 over het monopolie om sportprijsvragen te organiseren. Hiertoe geholpen door het antwoord van het Hof van Justitie van de Europese Unie op enkele prejudiciële vragen,<sup>5</sup> riep de Afdeling bestuursrechtspraak deze verleningspraktijk zeer onlangs een halt toe wegens strijd met de vrijheid van vestiging: andere ondernemingen moeten

ook in de gelegenheid worden gesteld om mee te dingen naar het verkrijgen van deze schaarse vergunningen.<sup>6</sup> Hiermee lijkt een bom te zijn gelegd onder de huidige wijze van verdeling (verlenging) van schaarse kansspelvergunningen. Toeval of niet: slechts enkele dagen vóór deze Afdelingsuitspraak kwam de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie met zijn langverwachte kansspelnota, waarin hij zijn beleidsvisie op een nieuw stelsel uiteen heeft gezet.<sup>7</sup>

Minstens zo geruchtmakend was in 2003 de zo genoemde 'Zero Base'-verdeling van landelijke FM-frequenties door middel van een vergelijkende toets met financieel bod. Deze frequentievergunningen zouden op 1 september 2011 het einde van hun looptijd bereiken, waarmee een nieuw geruchtmakend hoofdstuk van frequentieverdeling dreigde. De minister van EL&I heeft echter aan de zittende vergunninghouders, zoals Sky Radio en BNR Nieuwsradio, de mogelijkheid geboden tot verlenging van hun vergunningen met nog eens zes jaar onder de voorwaarde dat zij een bijdrage leveren aan de gewenste digitalisering van de commerciële radio.<sup>8</sup> Hiervan is inmiddels gebruik gemaakt. Het hoeft niet te verwonderen dat deze handelwijze stuit op bezwaren van potentiële toetreders, die erop hadden gerekend per 2011 de radiomarkt te kunnen betreden. Maar ook de zittende vergunninghouders hoeven niet onverdeeld positief te zijn over deze verlenging, omdat die voor sommige vergunninghouders gepaard gaat met de verplichting om een (aanzienlijk) geldbedrag te betalen.<sup>9</sup> Ongetwijfeld zal ook deze kwestie binnenkort aan de rechter worden voorgelegd.

Elk van deze actuele voorbeelden maakt op eigen wijze deel uit van een ontwikkeling die kan worden aangeduid als de *economisering* van het bestuursrecht.<sup>10</sup> Een van de oorzaken van deze economisering is de toenemende invloed van het Europese recht, dat van oudsher is gericht op vrije concurrentie op de gemeenschappelijke markt. Op het terrein van de verdeling van schaarse rechten blijkt deze europeanisering eerst en vooral uit het Europese aanbestedingsrecht, dat inmiddels als een zekere katalysator heeft gefungeerd voor de normering van de verdeling van schaarse *publieke* rechten.

De verdeling van schaarse publieke rechten – met inachtneming van Europese uitgangspunten als gelijke behandeling van aanvragers en transparantie van verdelingsprocedures – blijkt wetgever, bestuursorgaan en rechter voor nieuwe problemen te stellen. Aangezien vele van deze problemen niet exclusief verbonden zijn aan een bepaald beleidsterrein, maar juist kenmerkend zijn voor

elke verdeling van schaarse rechten door de overheid, bestaat naar onze mening behoefte aan een *algemene* juridische benadering van het vraagstuk van de verdeling van schaarse publieke rechten.

In deze bijdrage willen wij daarom aan de hand van de drie genoemde voorbeelden enkele problemen bespreken die steeds terugkeren bij de verdeling van schaarse publieke rechten. Hiermee beogen wij de ontwikkeling van

## Partijen zijn niet snel geneigd aan te nemen dat er eerlijk is verdeeld wanneer zij niet krijgen wat is aangevraagd

een algemeen toetsingskader te stimuleren.<sup>11</sup> Eerst lichten wij toe wat wij verstaan onder de verdeling van schaarse publieke rechten. Vervolgens komen voor de verdeling van schaarse publieke rechten vijf zeer relevante onderwerpen aan de orde, namelijk het plafond (par. 2.1), het subject van de verdeling (par. 2.2), de wijze van de verdeling (par. 2.3), de toepasselijke rechtsbeginselen (par. 2.4) en rechtsbescherming (par. 2.5). Afgesloten wordt met een conclusie, waarin wij betogen dat een algemene bestudering van het leerstuk van schaarse publieke rechten noodzakelijk is om – de onder Europese druk dreigende – versnippering van het bestuursrecht te voorkomen.

### 1 Terminologie: de verdeling van schaarse publieke rechten

Onder *publieke rechten* verstaan wij rechten die worden verleend op grond van een daartoe aan een bestuursorgaan toegekende publiekrechtelijke bevoegdheid. De belangrijkste soorten publieke rechten zijn de vergunning (in ruime zin) en de subsidie (in ruime zin). Onder de vergunning in ruime zin valt elk besluit waarmee een bestuursorgaan een uitzondering maakt op een wettelijk verbod of gebod. Het gaat om allerlei soorten overheids-toestemmingen, zoals concessies, vergunningen (in enge zin), ontheffingen en vrijstellingen. Een bijzondere sub-categorie binnen deze overheids-toestemmingen vormen de in het jargon zogeheten *verhandelbare rechten*, die

#### Auteurs

1. Prof. mr. F.J. van Ommeren is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de VU.  
Prof. mr. W. den Ouden is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en medewerker van dit blad.  
Mr. C.J. Wolswinkel is als NWO-promovendus verbonden aan de VU.

#### Noten

2. Zie onder meer CBB (vz.) 29 juli 2010, AB 2010/303 m.nt. Van Rijn van Alkemade.

3. *Aanhangsel Handelingen II* 2009/10, nr. 3273.

4. Brief van 24 maart 2011, bijlage bij *Kamerstukken II* 2010/11, 28 982, nr. 118.

5. HvJ EU 3 juni 2010, nr. C-203/08 (*Belfair*), JB 2010/171 m.nt. C.J. Wolswinkel, *NJ*

2010/490 m.nt. M.R. Mok onder *NJ* 2010/491, AB 2011/17 m.nt. A. Buijze en SEW 2011/33 m.nt. A.J.C. de Moor-van Vugt.

Zie hierover ook P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen & S. van den Bogaert, 'Nederlandse kansspel-regulering aan de Europese maat', *NJB*

2010/1529, afl. 29, p. 1900-1907.

6. ABRvS 23 maart 2011, *LJN* BP8768.

7. Brief van 19 maart 2011, *Kamerstukken II* 2010/11, 24 557, nr. 124.

8. Zie de Regeling verlenging en digitalisering landelijke commerciële radio-omroep, *Slcrt.* 2011, 5064.

9. Sky Radio is bijvoorbeeld voor haar frequentie voor niet-recente populaire muziek een bedrag van ruim € 20 miljoen verschuldigd, terwijl BNR Nieuwsradio voor haar frequentie geen geldbedrag verschuldigd is.

10. Zie voor dit verschijnsel: R.J.G.M.

Widdershoven e.a., *De Europese agenda van de Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 205.

11. Zie F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel, 'Schaarse publieke rechten: naar een algemeen leerstuk', in: *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 17-41. De hierna volgende paragraaf is ontleend aan deze bijdrage.

als specifieke eigenschap hebben dat zij (per definitie) overdraagbaar zijn: de houder kan dit publieke recht overdragen aan een rechtsopvolger, zoals een emissierecht. Bij *subsidies* heeft een bestuursorgaan de bevoegdheid om subsidiegelden per besluit te verstrekken. Het gaat in dit geval dus niet om overheidstoestemming maar om overheidsstimulering of -ondersteuning. De vraag of dit verschil in rechtskarakter – toestemming versus ondersteuning – relevant is voor de juridische normering van de verdeling van deze soorten publieke rechten, zal hierna nog aan de orde komen.

Wanneer zijn deze publieke rechten nu *schaars*? Zoals in de inleiding gezegd, is een publiek recht schaars:

definitie volstaat indien een aanvrager slechts één recht wil of kan verwerven. Indien een aanvrager meerdere rechten kan verwerven, is niet het aantal aanvragers, maar de totale omvang van de aanvragen van belang. In algemene zin is sprake van *schaarse publieke rechten* als de som van de omvang van de aanvragen het aantal beschikbare publieke rechten overtreft. Schaarste is dus een relatief begrip 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. Een plafond geeft het aantal rechten weer dat (gedurende een bepaald tijdvak) ten hoogste kan worden verleend.<sup>22</sup> Overigens wordt niet in alle gevallen expliciet gemaakt wat de omvang van het plafond is, zoals hierna zal blijken.

Wanneer rechten schaars zijn, moeten deze rechten worden verdeeld. 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 als het goed is op haar beurt weer af van de doelstellingen die met de verdeling worden beoogd. Inherent aan elke verdeling van schaarse publieke rechten blijft echter 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. Dat element brengt met zich dat een verdelingsbesluit naar zijn aard een geschilopwekkend besluit is; partijen zijn nu eenmaal niet snel geneigd aan te nemen dat er eerlijk is verdeeld wanneer zij niet krijgen wat is aangevraagd omdat de rechten die beschikbaar waren aan een ander zijn gegeven, zeker niet nu die rechten vaak van (zeer) aanzienlijke financiële waarde zijn.

## 2 Een proeve van een algemene en systematische benadering

### 2.1 Plafond

Een concreet verdelingsvraagstuk doet zich pas voor wanneer de vraag naar publieke rechten het aanbod aan deze rechten overtreft. Anders geformuleerd: een verdelingsvraagstuk vooronderstelt een plafond. Allereerst

# Het subsidieplafond voor windenergie op zee bedraagt ruim € 5,3 miljard

moet daarom worden beoordeeld of een plafond mag worden vastgesteld en, zo ja, welke omvang dit plafond mag aannemen.<sup>13</sup>

Wat betreft de vaststelling van een plafond is voor subsidies 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. Voor een vergunningenplafond ontbreekt in algemene zin een vergelijkbare bepaling, maar hier zou dezelfde redenering kunnen worden gevolgd: een vergunningenplafond met een imperatieve weigeringsgrond moet op een wettelijke grondslag berusten.

Uit de subsidietitel in de Awb volgt niet *wanneer* een subsidieplafond moet worden vastgesteld; dat is overgelaten aan de bijzondere wetgever. Ter beheersing van de overheidsuitgaven wordt niettemin in de meeste gevallen een subsidieplafond ingesteld. De omvang van dit plafond wordt vooral bepaald door budgettaire overwegingen en politieke beleidsprioriteiten; zo bedraagt het subsidieplafond voor windenergie op zee ruim € 5,3 miljard. Voor vergunningstelsels met een plafond geldt dat in sommige gevallen de omvang van het plafond wordt bepaald door de beperkte beschikbaarheid van de zaak op het gebruik waarvan de vergunning betrekking heeft. Het uitgangspunt is dan om, gegeven die beperkte beschikbaarheid, het aantal beschikbare vergunningen zo groot mogelijk te laten zijn. Dit uitgangspunt resulteerde bij de 'Zero Base'-verdeling in 2003 in een plafond van negen landelijke FM-vergunningen. In andere gevallen is het uitgangspunt juist om het aantal beschikbare vergunningen zo veel mogelijk te beperken, het liefst tot één. Een dergelijk 'exclusieve vergunning' is in de jurisprudentie voor diverse kansspelen toelaatbaar geacht, omdat hierdoor de controle op de vergunninghouder wordt vereenvoudigd en bovendien concurrentie tussen vergunninghouders wordt voorkomen.<sup>14</sup> Elk plafond vraagt dus om zijn eigen recht-

vaardiging, die moet worden beoordeeld in het licht van de Unierechtelijke eisen van non-discriminatie, gerechtvaardigdheid om een dwingende reden van algemeen belang, geschiktheid en noodzakelijkheid.<sup>15</sup>

Uit het plafond volgt hoeveel aanvragers bij een verdeling daadwerkelijk in aanmerking kunnen komen voor toewijzing van een schaars publiek recht. Daarmee is echter niet gezegd dat aanvragers die achter het net vissen bij de verdeling voor altijd zijn uitgesloten van het verkrijgen van dit schaarse recht. Allereerst is mogelijk dat het schaarse recht verhandelbaar is, als gevolg waarvan een nieuwkomer alsnog een schaars recht kan verwerven. Overdracht van een schaars recht leidt dan tot een *herverdeling*.<sup>16</sup> De mogelijkheid van overdracht is een van de argumenten voor verlenging van de FM-vergunningen: nieuwkomers kunnen soms langs de weg van overdracht alsnog een schaars recht verwerven.<sup>17</sup>

Voor potentiële aanvragers is verder vooral de looptijd van het schaarse recht van belang. Juist omdat een vergunningstelsel met plafond slechts een beperkt aantal partijen toestaat een bepaalde activiteit te verrichten, moeten uit een oogpunt van evenredigheid de nadelen voor 'verliezende' aanvragers of nieuwkomers zo veel mogelijk worden begrensd. Daarom lijkt uit het Unierecht te volgen dat schaarse vergunningen als hoofdregel voor bepaalde tijd moeten worden verleend en dat vergunningverlening voor onbepaalde tijd nog slechts in uitzonderlijke gevallen mogelijk is.<sup>18</sup> Door deze beperkte looptijd van het recht is op termijn ook een herverdeling mogelijk.

## 2.2 Subject van verdeling

Met de subjecten van verdelingsprocedures doelen wij zowel op de bestuursorganen die bevoegd zijn tot het verdelen van schaarse publieke rechten, als op de potentiële ontvangers ervan. Hoewel de overheid formeel gezien de verdelingsbesluiten neemt, is het opvallend dat de werkelijkheid vaak gecompliceerder is. Zonder het belang van een zorgvuldige marktconsultatie te willen ontkennen, kunnen soms vraagtekens worden geplaatst bij de invloed van belanghebbende partijen op verdelingsbesluiten. Zo is het voornemen om de huidige FM-vergunningen te verlengen in uitgebreid overleg met de marktpartijen tot stand gekomen. Ook het genoemde voorstel van Bard, Eneco en NUON om het restbudget voor windenergie op zee toe te kennen aan Eneco en NUON, is een curieuze vorm van betrokkenheid van marktpartijen bij de besluitvorming door het verdelende bestuursorgaan. Daarnaast

12. Zie reeds de definitie van vergunningenplafond in F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemene bestuursrecht* (oratie VU), Deventer: Kluwer 2004, p. 2 en 24. Zie ook 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'.

13. Uiteraard is ook de omvang van het afzonderlijke recht van belang, zoals de

frequentieruimte waarop een vergunning betrekking heeft of het (maximale) geldbedrag van een subsidie.

14. Zie ABRvS 14 maart 2007, AB 2007/212 m.nt. J.H. Jans en ABRvS 14 mei 2008, LfN BD1483, r.o. 2.15.8.

15. Zie in dit verband ook art. 11 en 12 Dienstenrichtlijn, waarover 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.

16. Zie in algemene zin over de overgang van vergunningen: C.L. Knijff, *Rechtsopvolging bij vergunningen. De mogelijkheid en wijze van overgang van vergunningen naar bestuursrecht en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2003.

17. Zie de nota van toelichting bij de recente wijziging van het Frequentiebesluit, *SfB* 2011, 88, p. 5.

18. Zie bijv. art. 11 en 12 Dienstenrichtlijn. Zie voor een uitzondering: ABRvS 14 maart 2007 AB 2007/212 m.nt. J.H. Jans (*Holland Casino*). Ook in het omgevingsrecht wordt momenteel duidelijk zichtbaar hoe 'eeuwig durende rechten' ruimtelijke initiatieven van nieuwkomers kunnen belemmeren of zelfs beletten. Zie hierover: N.S.J. Koeman, *Een wereld te winnen. Enkele beschouwingen over de toekomst van het omgevingsrecht*, Amsterdam: Vossius Press 2010, p. 8 e.v.

is in de subsidiepraktijk heel gebruikelijk dat het bevoegde bestuursorgaan in feite niet zelf(standig) beslist over de verdeling van schaarse gelden, doordat subsidie voor bijvoorbeeld innovatieve activiteiten, de cultuursector of wetenschappelijk onderzoek wordt verdeeld op basis van rapporten van externe experts, wier oordeel in beginsel doorslaggevend blijkt te zijn. Hoewel er goede redenen kunnen zijn om de beslissing over de verdeling van schaarse rechten in overleg met anderen te nemen of op afstand te plaatsen – zoals een gebrek aan eigen (verdelings)expertise, behoefte aan draagvlak of onafhankelijkheid vanwege financiële belangen bij de overheid en de wens om inhoudelijk op afstand te blijven – kleven er gevaren aan procedures waarin een belangrijke rol is weggelegd voor externe adviseurs, omdat zij belang kunnen hebben bij de uitkomst van de verdeling.<sup>19</sup>

Wie *ontvangers* kunnen zijn van schaarse rechten hangt zeer af van het te verdelen recht en de daartoe gekozen verdelingsprocedure. Aanvragers moeten op grond van de wettelijke regeling waarin een verdelingsprocedure is neergelegd vaak aan allerlei specifieke criteria voldoen. In sommige gevallen wordt de kring van mogelijke aanvragers/ontvangers door deze criteria van te voren al zo ver afgebakend dat daarmee de uitkomst van de verdeling feitelijk reeds is bepaald.<sup>20</sup> Anders dan in het aanbestedingsrecht, waarin een dergelijke afbakening wordt genormeerd door onder meer het proportionaliteitsbeginsel,<sup>21</sup> wordt in het publiekrecht een dergelijke afbakening tot op heden niet door duidelijke principes genormeerd.

## Er kunnen soms vraagtekens worden geplaatst bij de invloed van belanghebbende partijen op verdelingsbesluiten

Bijzondere aandacht verdient de rol van de *nieuwkomer*. Hoewel schaarse rechten in theorie ook voor nieuwkomers toegankelijk moeten zijn, blijken er in de praktijk 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 door ervaring een vertrouwensband hebben kunnen opbouwen. Daardoor staan nieuwkomers vrijwel vanzelf op achterstand; het bestuur heeft met hen nog geen 'goede zaken' kunnen doen.<sup>22</sup> Als de overheid wél met een nieuwkomer in zee gaat, zoals met energiebedrijf Bard dat de miljoenensubsidie voor windenergie op zee binnensleepte, komt dat haar ook vaak op kritiek te staan. Dat de overheid graag met ervaren partners in zee gaat, is dus begrijpelijk; in het aanbestedingsrecht worden op dat

vlak ook regelmatig eisen gesteld. In de praktijk wordt zelfs nagedacht over een breed opgezet systeem van 'Past Performance', wat overigens tot de nodige discussie leidt.<sup>23</sup>

Het waarden van ervaring combineren met het tegengaan van vriendjespolitiek vormt bij de verdeling van schaarse rechten steeds een uitdaging voor de overheid. Op bestuursrechtelijk gebied vormen de ontwikkelingen rond het verdelingsproces van vergunningen voor mobiele communicatie, die in 2013 weer moeten worden toegekend aan aanvragers, vanuit dat perspectief een interessante casus. In de voorgestelde regeling<sup>24</sup> worden specifieke vergunningen gereserveerd voor nieuwkomers die lage frequentieruimte nodig hebben om met gevestigde partijen te kunnen concurreren. Deze aanpak staat in schril contrast met de behandeling van bijvoorbeeld nieuwkomers bij het aanvragen van een podiumkunsten-subsidie; als het subsidieverdelend Fonds geen tijd kan vinden om voorstellingen van de nieuwkomer te bezoeken, komt een dergelijke werkwijze de bestuursrechter 'niet onredelijk voor' en mag de kwaliteit van zijn voorstellingen worden beoordeeld zonder bezoek.<sup>25</sup> Het is begrijpelijk dat het in dergelijke gevallen niet snel tot subsidieverlening komt. Hier kan een groot verschil in behandeling van nieuwkomers worden gesignaleerd; in het ene geval worden zij met speciale voorzieningen geholpen, in het andere geval worden zij procedureel op (extra) achterstand geplaatst. Dit verschil is lastig te verklaren en zou vanuit een algemeen perspectief moeten worden doordacht.

### 2.3 Wijze van verdeling: de procedures

Wanneer gelet op het aantal en de omvang van de aanvragen daadwerkelijk sprake blijkt te zijn van *schaarse* publieke rechten, kunnen deze rechten op verschillende wijzen worden verdeeld. Bekende verdelingsprocedures zijn in dit verband:

- verdeling op volgorde van binnenkomst, al dan niet met wachtlijst;
- loting;
- veiling; en
- de vergelijkende toets (ook wel 'beauty contest' of 'tender' genoemd).<sup>26</sup>

Kenmerkend voor elk van deze verdelingsprocedures is dat aanvragen *met elkaar* worden vergeleken op basis van een of meerdere verdelingscriteria. Bij verdeling op volgorde van binnenkomst is in dit verband doorslaggevend welke aanvraag als eerste is ontvangen door het verdelende bestuursorgaan, terwijl in de veiling bepalend is welke aanvrager het hoogste financiële bod heeft uitgebracht. De vergelijkende toets fungeert in dit verband als een soort restcategorie, waarin allerlei verdelingscriteria kunnen worden meegenomen.

Welke verdelingsprocedure wordt gekozen, hangt af van de doelstellingen van het betreffende vergunning- of subsidiestelsel in combinatie met de eigenschappen van de verdelingsprocedure. Zo wordt de loting vaak toegepast indien aanvragen op basis van andere verdelingscriteria gelijkwaardig zijn gebleken, terwijl de veiling onder omstandigheden kan leiden tot een efficiënte uitkomst. Bij de verdeling van FM-vergunningen is vanwege het 'het algemeen maatschappelijk, cultureel of economisch belang' gekozen voor een vergelijkende toets waarin de

# Als het subsidieverdelend Fonds geen tijd kan vinden om voorstellingen van de nieuwkomer te bezoeken, komt een dergelijke werkwijze de bestuursrechter 'niet onredelijk voor'

programmatische voornemens en het bedrijfsplan van de aanvrager zijn betrokken. Bij de verdeling van subsidie voor windenergie op zee is uit een oogpunt van kosteneffectiviteit van de subsidie gekozen voor verdeling door middel van rangschikking ('vergelijkende toets'), waarbij de rangschikking wordt bepaald door het bedrag per kWh dat een aanvrager in aanvulling op de basiselektriciteitsprijs nodig heeft om windenergie rendabel te kunnen opwekken: hoe lager dit bedrag per kWh, hoe hoger de aanvraag wordt gerangschikt. Feitelijk is hier dus sprake van een 'omgekeerde veiling'.

Daarnaast is voor de keuze van de verdelingsprocedure van belang welke keuzevrijheid binnen de relevante regelgeving aan het verdelende bestuursorgaan wordt geboden. In het ene uiterste heeft de formele wetgever de wijze van verdeling al vastgelegd, zodat het verdelende bestuursorgaan slechts deze verdelingsprocedure kan toepassen. In het andere uiterste bestaat er geen enkele regelgeving die de keuze van de verdelingsprocedure begrenst, zodat het verdelende bestuursorgaan over maximale keuzevrijheid lijkt te beschikken. De verdelingspraktijk kent wat dit betreft verschillende verschijningsvormen. Zo biedt art. 3.3 lid 4 Telecommunicatiewet de keuze uit meerdere verdelingsprocedures voor frequentievergunningen, namelijk op volgorde van binnenkomst, door middel van een vergelijkende toets of door middel van een veiling. In het, op de Telecommunicatiewet gebaseerde, Frequentiebesluit is door middel van toepassingscriteria nader bepaald in welke gevallen welke verdelingsprocedure moet worden toegepast. In het subsidierecht wordt de keuze van de wijze van verdeling van schaarse subsidies overgelaten aan de bijzondere wetgever: bij of krachtens wettelijk voorschrift moet niet alleen het plafond, maar ook de wijze van verdeling worden vastgesteld (art. 4:26 lid 1 Awb). Doorgaans laat de bijzondere wetgever deze keuze weer over aan een lagere regelgever. Zo biedt het Besluit stimulering duurzame energieproductie (Besluit SDE), dat gebaseerd is op de Kaderwet EZ-subsidies en dat de directe grondslag vormt voor de Regeling windenergie op zee 2009, de keuze uit twee verdelingsprocedures: verdeling op volgorde van binnenkomst of verde-

ling op volgorde van rangschikking. Anders dan het Frequentiebesluit schrijft het Besluit SDE echter niet uitdrukkelijk voor wanneer welke procedure moet worden toegepast; de minister mag dus vrij kiezen.

In sommige gevallen biedt de wet zelfs geen enkele houvast voor de wijze waarop schaarse vergunningen moeten worden verdeeld. Dit is bijvoorbeeld het geval in de Wet op de kansspelen. Een dergelijke wet, die wel een plafond bevat, maar niets bepaalt over de wijze van verdeling, is eigenlijk incompleet uit een oogpunt van democratische legitimatie en rechtszekerheid. Het is daarom een aanzienlijke verbetering dat in de zeer recentelijk verschenen kansspelnota het voornemen is geuit om in de Wet op de kansspelen een bepaling op te nemen over de wijze van verdeling van schaarse kansspelvergunningen.<sup>27</sup>

Naast de hiervoor besproken verdelingsprocedures is ook de mogelijkheid van verlenging van schaarse publieke rechten van belang voor de verdeling, als voortzetting van een al bestaande verdeling. Als gevolg van verlenging kunnen nieuwkomers die rekening hadden gehouden met een beperkte looptijd van het recht, na afloop van die looptijd nog steeds (weer) niet in aanmerking komen voor dit recht. De verlenging van schaarse rechten moet daarom zorgvuldig worden gemotiveerd; van een automatische verlenging kan ons inziens geen sprake zijn. Bovendien is het aanvoeren van een dwingende reden van algemeen belang voor verlenging, zoals de noodzaak van de overgang van analoge naar digitale techniek voor de verlenging van FM-vergunningen,<sup>28</sup> niet voldoende. Uit een oogpunt van evenredigheid kunnen extra maatregelen noodzakelijk zijn om te voorkomen dat zittende vergunninghouders profiteren van de verlenging, zoals de verplichting tot betaling van een bepaald geldbedrag.

## 2.4 Rechtsbeginselen en de verdeling

Uit recente rechtspraak van de Nederlandse bestuursrechter blijkt dat wanneer een schaarse vergunning zal worden verleend, het bestuursorgaan van tevoren potentiële gegadigden tijdig en adequaat op de hoogte dient te stellen van het feit dat een schaarse vergunning beschikbaar is en wat de te volgen procedure is, zodat al deze gegadig-

19. Vgl. bijv. ABRvS 24 maart 2010 (*Theatercompagnie*), AB 2010/137 m.nt. W. den Ouden, JB 2010/119. Zie uitgebreider over de 'concullega': M.J. Jacobs & W. den Ouden, 'Verdeling van schaarse subsidiegelden. De rol van adviseurs, in het bijzonder concullega's, bij de verdeling van subsidies in een tenderprocedure', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 216-229.

20. Zo komt alleen een houder van een FM-vergunning in aanmerking voor een vergunning voor een digitale omroep en kan op basis van de Subsidieregeling Huis voor democratie en rechtstaat (*Stcrt.* 2010, nr. 13 842), alleen de Stichting Huis voor democratie en rechtstaat subsidie ontvangen.

21. Zie C.E.C. Jansen, 'De gereguleerde aanbesteding van overheidsopdrachten en de verdeling van schaarse publieke rechten:

een vergelijking', in: *Schaarse publieke rechten* 2011, p. 309-311.

22. Vgl. Van Ommeren 2004, p. 76.

23. Zie bijv. C.H.N.M. Petit, 'Past en Present Performance', *TBR* 2010/143, p. 772 e.v. Zie over de toetsing van geschiktheidseisen aan algemene rechtsbeginselen: E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend & J.F. van Nouhuys, *Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 316 e.v.

24. Zie de momenteel geconsulteerde

Regeling aanvraag- en veilingprocedure vergunningen 800, 900 en 1800 MHz.

25. ABRvS 15 december 2010, AB 2011/87 m.nt. W. den Ouden.

26. Van Ommeren 2004, p. 9 e.v.

27. *Kamerstukken II* 2010/11, 24 557, nr. 124, p. 5.

28. In art. 9 Frequentiebesluit is hiervoor onlangs een afzonderlijke grondslag geschapen (*Stb.* 2011, 88).

den kunnen meedingen naar die schaarse vergunning.<sup>29</sup> In het (Europese) aanbestedingsrecht geldt een vergelijkbaar voorschrift dat aanbestedende diensten ondernemers op gelijke en niet discriminerende wijze dienen te behandelen en transparantie in hun handelen dienen te betrachten.<sup>30</sup> Deze transparantieplichting houdt volgens de jurisprudentie van het Hof in dat de aanbestedende dienst aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid moet garanderen, zodat het recht voor mededinging openstaat en de gunningsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst.<sup>31</sup> Sinds het al genoemde *Betfair*-arrest is deze transparantieplichting ook van toepassing verklaard op de verlening van schaarse vergunningen.

Het Hof laat in het *Betfair*-arrest wel ruimte voor een uitzondering. Deze transparantieplichting is niet van toepassing voor zover het gaat om 'een openbare exploitant wiens beheer onder rechtstreeks toezicht staat van de Staat of om een particuliere exploitant op wiens activiteiten de overheid een strenge controle kan uitoefenen'.<sup>32</sup> Volgens de Afdeling voldoen de huidige vergunninghouders (De Lotto en SGR) echter aan geen van beide uitzonderingen, waarmee het doek voor de Nederlandse niet-transparante methode van vergunningverlening in beginsel is gevallen. De Minister van Justitie (thans de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie) mag niet zonder enige oproep tot mededinging de vergunningen aan De Lotto en SGR verlenen of verlengen.<sup>33</sup>

Het *Betfair*-arrest geeft in elk geval aanleiding tot de volgende twee vragen: zal de reikwijdte van de transparantieplichting nog verder worden opgerekt en dus gaan gelden voor meer schaarse publieke rechten en zal de Nederlandse bestuursrechter bereid zijn de verplichting om een oproep tot mededinging te plaatsen rechtstreeks baseren op de (Europese) transparantieplichting?

De reikwijdte van de verplichting tot het creëren van mededingingsruimte is nog niet helemaal duidelijk. Zo is het de vraag of deze norm ook (al) geldt voor subsidieverstrekking. Enerzijds is in de subsidietitel van de Awb als algemene regel vastgelegd dat de bekendmaking van een subsidieplafond steeds gepaard gaat met een vermelding van de te hanteren wijze van verdeling.<sup>34</sup> Anderzijds is het ook uitdrukkelijk toegestaan om incidentele en begrotingssubsidies zonder wettelijke grondslag te verstrekken.<sup>35</sup> 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 potentiële belangstellenden op de hoogte zijn gesteld van de beschikbaarheid van subsidiegelden, subsidie wordt toegekend aan een ontvanger waarmee de overheid vaak al jaren zaken doet, wat soms tot problemen leidt. Jurisprudentie op dit vlak moet worden afgewacht.<sup>36</sup>

Van belang lijkt ons dat subsidie strikt genomen, anders dan een vergunning, niet noodzakelijk is om gewenste activiteiten uit te kunnen voeren. In theorie kan de financiering ook elders worden gevonden en kunnen partijen hun gang gaan. De werkelijkheid ligt natuurlijk genuanceerder; veel gesubsidieerde projecten kunnen zonder overheidssteuning geen doorgang vinden, vaak ook niet omdat gesubsidieerde concurrenten hun producten goedkoper op de markt kunnen aanbieden. Zo zal het (zonder het voorgestelde compromis) voor

Eneco waarschijnlijk weinig zin hebben om op het gebied van 'groene stroom' straks nog met Bard te concurreren. Er is (nog) geen Europese jurisprudentie over eisen ten aanzien van de verdeling van nationale subsidies, maar in het Europese recht vinden we wel aanwijzingen dat de Europese subsidieverstreker zichzelf gebonden acht aan het transparantiebeginsel en het beginsel van gelijke behandeling. Die beginselen worden in het Europees financieel reglement expliciet van toepassing verklaard.<sup>37</sup> Ook bij Europese subsidieprogramma's waarvoor dit reglement geen gelding heeft, vinden we regelmatig bepalingen die op deze beginselen lijken te zijn geïnspireerd. Dan is bijvoorbeeld voorgeschreven dat aan de mogelijkheid tot het aanvragen van een Europese subsidie ruime bekendheid moet worden gegeven, dat de selectiecriteria (vooraf) bekend moeten worden gemaakt en dat de motivering van de beslissing om subsidie toe te kennen aan bepaalde eisen moet voldoen.<sup>38</sup>

## De afgewezenen moet tegen meerdere besluiten tegelijkertijd opkomen: niet alleen tegen zijn eigen afwijzingsbesluit, maar ook tegen de toewijzingsbesluiten aan anderen

De reikwijdte van de verplichting om mededingingsruimte te creëren en daartoe de relevante informatie te verstrekken, wordt mede bepaald door de grondslag van deze verplichting. Het is nog niet helemaal duidelijk op welk rechtsbeginsel de Nederlandse bestuursrechter deze verplichting voor het bestuursorgaan baseert. In de rechtspraak over de verdeling van schaarse kansspelvergunningen – en bijvoorbeeld ook in de jurisprudentie over de schaarse ontheffingen voor zondagavondwinkels op grond van de Winkeltijdenwet – worden met name het *proportionaliteitsbeginsel*,<sup>39</sup> het *zorgvuldigheidsbeginsel* en het *motiveringsbeginsel*<sup>40</sup> ten tonele gevoerd; waar het de wijziging van de verdelingsprocedure betreft, is ook het *rechtszekerheidsbeginsel*<sup>41</sup> van betekenis.

Het valt op dat met name het *gelijkheidsbeginsel*, het *objectiviteitsbeginsel* en het *transparantiebeginsel* in de nationale bestuursrechtelijke rechtspraak (nog) niet uitdrukkelijk als grondslag fungeren voor de rechtsnorm dat voor potentiële gegadigden kenbaar moet zijn of deze vergunning beschikbaar is of komt en de te volgen procedure. Dit is in zoverre opvallend dat op rechtsgebieden waarop het Europese recht meer direct van invloed is, juist deze beginselen de verdelingsprocedure normeren. Zo geldt voor de verdeling van schaarse frequentievergunningen het uitgangspunt van een transparante, objectieve, non-discriminatoire en efficiënte verdeling onder marktpartijen.<sup>42</sup> Interessant is dus de vraag of de stap die in het arrest *Betfair* is gezet, de nationale bestuursrechter ertoe zal bewegen, de verplichting voor bestuursorganen om

een oproep tot mededinging te doen, voortaan zal baseren op de (Europese) transparantieplichting.

Daarbij mag niet worden vergeten dat de eisen van objectiviteit en transparantie worden gesteld met het oog op het bewerkstelligen van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid.<sup>43</sup> Het zijn *methodische* beginselen die tot doel hebben te realiseren dat iedere gegadigde een gelijke en faire kans krijgt om mee te dingen. Mede hierom is nog maar de vraag of de transparantieplichting een *algemeen* beginsel van behoorlijk bestuur is, nu het vooral ten aanzien van *schaarse* publieke rechten gelding heeft. Voor de erkenning van het transparantiebeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur in het bestuursrecht<sup>44</sup> is volgens ons in elk geval noodzakelijk dat de toegevoegde waarde van dit 'beginsel' ten opzichte van de huidige algemene beginselen van behoorlijk bestuur voldoende duidelijk wordt gemaakt.

## 2.5 Rechtsbescherming

Aan het begin van deze bijdrage merkten wij al op dat er gemakkelijk conflicten kunnen ontstaan rond de verdeling van schaarse rechten; een schaars recht toedelen aan de ene aanvrager betekent welhaast automatisch teleurstelling en vaak ook groot financieel nadeel voor de ander. Het is dus niet verwonderlijk dat over verdelingsbesluiten regelmatig wordt geprocedeerd bij de bestuursrechter. Uit de jurisprudentie blijkt een aantal klassieke problemen bij toepassing van het bestuursprocesrecht van de Awb door een combinatie van factoren vaak in versterkte mate tot uiting te komen bij de verdeling van schaarse publieke rechten.<sup>45</sup>

Een belangrijk knelpunt is dat een belanghebbende die problemen heeft met de uitkomsten van een verdelingsprocedure tegen meerdere besluiten tegelijkertijd moet opkomen; niet alleen tegen zijn eigen afwijzingsbesluit, maar ook tegen de toewijzingsbesluiten aan anderen. Veelzeggend was in dat verband de gang van zaken rond de toekenning van windenergiesubsidie aan Bard; er werd door Eneco geprocedeerd tegen het verleningsbesluit aan Bard én tegen de mededeling dat de behandeling van de eigen aanvraag langer zou gaan duren. Ook Betfair procedeerde tegen zowel haar eigen afwijzing als

de toewijzing aan De Lotto. Steeds moet immers worden voorkomen dat toekenningsbesluiten aan anderen formele rechtskracht verkrijgen. Bij subsidies hoeft dat geen groot probleem te zijn – in theorie kan de minister extra gelden vrijmaken op zijn begroting voor windenergie als zou blijken dat Eneco de subsidie had moeten krijgen – maar bij veel andere schaarse publieke rechten is dat niet mogelijk. Op een gegeven moment zijn alle beschikbare radiofrequenties verdeeld en is geen rechtsherstel meer mogelijk in de vorm van herstel van de foutieve verdeling, in ieder geval niet zonder inbreuk te maken op de rechtszekerheid van andere partijen. Dan rest de appelland vaak nog slechts het verzoek tot betaling van schadevergoeding met alle nadelen van dien.<sup>46</sup>

Hoewel appellanten in de rechtspraak vaak door de bestuursrechter ontvankelijk worden verklaard in hun beroep tegen toekenningsbesluiten aan 'concurrenten',<sup>47</sup> hebben appellanten slechts beperkte mogelijkheden om hun beroep tegen afwijzingsbesluiten te onderbouwen; de toegang tot op de zaak betrekking hebbende stukken is vaak beperkt, omdat het bestuursorgaan informatie over concurrerende aanvragen en ingeschakelde adviseurs niet graag vrijgeeft, zoals ook bleek in de *Bard*-zaak.<sup>48</sup> Ook de motivering van het afwijzingsbesluit geeft doorgaans weinig specifieke informatie.

Bovendien zou een samenloop van omstandigheden voor de bestuursrechter wel eens een verborgen stimulans kunnen vormen om verdelingsbesluiten, indien enigszins mogelijk, in stand te laten. De gevolgen van vernietiging van toe- en afwijzingsbesluiten zijn immers ingrijpend. De (financiële) belangen die gemoeid gaan met de verdeling van schaarse rechten zijn vaak groot en met gebruikmaking van toegekende rechten kan en mag<sup>49</sup> 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 ook feitelijk gebruik te kunnen maken van het schaarse recht: een radiostation moet nu eenmaal worden opgezet en bemand om een frequentie daadwerkelijk te kunnen gebruiken en wil Bard in 2015 werkelijk op grote schaal energie met windmolens op zee kunnen opwekken, zoals

29. Zie CBB 3 juni 2009, AB 2009/373 m.

nt. C.J. Wolswinkel (*Swiss Leisure Group*)

en CBB 28 april 2010, AB 2010/186 m.nt.

C.J. Wolswinkel (*Pierik en Meson*).

30. Vgl. art. 2 Aanbestedingsrichtlijn

(2004/18/EG) en de hierna genoemde

jurisprudentie.

31. Zie onder meer de arresten: HvJ EG

7 december 2000, nr. C-324/98,

NJ 2001/387 (*Telaustria*), punt 62; HvJ EG

13 november 2008, nr. C-324/07 (*Coditel*

*Brabant*), punt 25; HvJ EG 13 april 2010, nr.

C-91/08 (*Wall*), punt 36.

32. *Betfair*, punt 59.

33. ABRvS 23 maart 2011, L/JN BP8768.

34. Art. 4:26 Awb.

35. Art. 4:23 lid 3 onderdeel c en d Awb.

36. Vgl. ABRvS 20 oktober 2010,

J/B 2011/3 m.nt. Jacobs, waarin de Afdeling

nog weinig geneigd blijkt het recht op

mededinging naar subsidiegelden op de

voorgond te plaatsen.

37. Art. 109 Verordening (EG) nr. 1605/

2002 houdende het Financieel Reglement

van toepassing op de algemene begroting

van de Europese Gemeenschappen.

38. Zie bijv. art. 5 Uitvoeringsverordening

nr. 1828/2006 (inzake de Structuurfond-

sen), *PbEU* 2006, L 371.

39. ABRvS 18 juli 2007, AB 2007/302

m.nt. J.H. Jans (*Schindler*).

40. CBB 3 juni 2009, AB 2009/373 m.nt.

C.J. Wolswinkel (*Swiss Leisure Group*).

41. CBB 8 januari 2010, AB 2010/73

m.nt. *Sewadono*; J/B 2010/75 m.nt.

C.J. Wolswinkel (*AH Heemstede*).

42. CBB 26 april 2007, L/JN BA3858

(*SLAM/IFM*).

43. Ook in de rechtspraak van het HvJ EU

wordt uitdrukkelijk overwogen dat de trans-

parantieplichting 'voortvloei' uit het

beginsel van gelijke behandeling en het

verbod van discriminatie (o.a. *Betfair*,

r.o. 39).

44. Zoals bepleit door A. Drahmman, 'Tijd

voor een Nederlands transparantiebeginsel',

in: *Europees offensief tegen nationale*

*rechtsbeginselen? Over legaliteit, rechts-*

*zekerheid, vertrouwen en transparantie*,

Jonge VAR-reeks 8, Den Haag: Boom Juridi-

sche uitgevers 2010, p. 145-196; en A.

Drahmann, 'Streven naar een transparante

(her)verdeling van schaarse publieke rech-

ten', in: *Schaarse publieke rechten* 2011,

p. 267-292.

45. Vgl. B.J. Schueller, 'Bestuursrechtelijke

beslechting van geschillen over de verdeling

van schaarse publieke rechten', in: *Schaarse*

*publieke rechten* 2011, p. 363.

46. Daarover uitgebreid J.M.J. van Rijn van

Alkemade in *Overheid & Aansprakelijkheid*

2011, nr. 2.

47. Het belanghebbendebegrip van art. 1:2

Awb staat hieraan niet in de weg. Zie voor

een recent voorbeeld: ABRvS 13 april 2011,

L/JN BQ1072.

48. Zie CBB (vz.) 29 juli 2010, AB 2010/

303 m.nt. Van Rijn van Alkemade.

49. Regelmatig wordt in het toekennings-

besluit een verplichting opgenomen om

binnen een bepaalde termijn van het toege-

kende schaarse recht gebruik te maken.

Vgl. ook art. 4:36 Awb inzake de 'afdwing-

overeenkomst'.

# Op grond van de huidige jurisprudentie lijken de risico's van het gebruikmaken van een nog niet onaantastbaar geworden publiek recht te liggen bij de gebruiker

als subsidieverplichting is geformuleerd, dan moeten er nu op grote schaal investeringen plaatsvinden. Op grond van de huidige jurisprudentie lijken de risico's van het gebruikmaken van een nog niet onaantastbaar geworden publiek recht te liggen bij de gebruiker.<sup>50</sup> Als een bestuursrechter na verloop van tijd onregelmatigheden in de verdelingsprocedure vaststelt en op grond daarvan komt vast te staan dat een schaars publiek recht aan de verkeerde partij werd toegekend, zijn de daaraan verbonden kosten dus groot. Ook de aanvrager die in eerste instantie ten onrechte geen recht kreeg toegewezen, zal al snel met een schadeclaim komen, bijvoorbeeld met een verzoek tot vergoeding van de vertragingsschade.<sup>51</sup> Zo is het beslist niet ondenkbaar dat Betfair de overheid een rekening zal presenteren voor alle jaren waarin zij geen aanspraak kon maken op een kansspelvergunning vanwege een, zo blijkt achteraf, verkeerd verdelingssysteem.

Als de bestuursrechter na geconstateerde onregelmatigheden niettemin tot een vernietiging komt, ligt een vernietiging op formele gronden, zoals een onzorgvuldige voorbereiding van het besluit of een onvoldoende motivering daarvan, voor de hand. Omdat de rechter meestal zelf niet in staat is om de juiste verdeling van rechten vast te stellen, gaat de zaak terug naar het bestuursorgaan voor een nieuwe beslissing op bezwaar tegen het afwijzingsbesluit. Naast een verlenging van de periode van rechtsonzekerheid voor alle partijen ontstaat op dat moment een nieuw probleem. Het uitgangspunt is dan namelijk dat het bestuursorgaan tot besluitvorming ex nunc moet overgaan, tenzij sprake is van bijzondere omstandigheden.<sup>52</sup> De vraag is of de omstandigheid dat de publieke rechten schaars zijn op zichzelf reeds een dergelijke bijzondere omstandigheid is.<sup>53</sup> Daarnaast kunnen de feiten en omstandigheden gedurende de verdelingsprocedure zodanig zijn gewijzigd dat op basis daarvan bij de nieuwe beslissing op bezwaar niet meer tot toekenning van het gewenste recht kan worden overgegaan; de aanvrager kan bijvoorbeeld inmiddels failliet zijn gegaan of de marktomstandigheden kunnen zodanig zijn gewijzigd dat toekenning van het recht niet meer wordt gewenst door de aanvrager. Het kan dus heel goed voorkomen dat als de verdeling in één keer goed was gegaan de aanvrager voor

een schaars recht in aanmerking had kunnen komen, maar dat dit ten tijde van de beslissing op bezwaar door tijdsverloop niet meer kan. Vaak kan achteraf ook niet meer worden vastgesteld waarop een aanvrager eigenlijk recht zou hebben gehad als de verdelingsprocedure juist was verlopen. Bij verdelingsprocedures is het vaak een kwestie van alles in één keer goed, want overdoen is niet mogelijk. Waartoe een vernietiging van besluiten op procedurele gronden door de bestuursrechter in zo'n geval hoort te leiden, is een belangrijke vraag waarmee in de praktijk wordt geworsteld en die nadere overdenking verdient om effectieve rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse publieke rechten te kunnen waarborgen.

## 3 Afsluiting

De analyse van enkele actuele en spraakmakende voorbeelden laat zien dat problemen die zich voordoen bij de verdeling van schaarse publieke rechten vaak niet uniek zijn voor dat bijzondere rechtsgebied. Steeds weer komt, mede vanuit het Unierecht, de vraag terug op welke wijze voldoende mededinging kan worden gerealiseerd bij de verdeling van dergelijke rechten. Terwijl dit uitgangspunt als zodanig steeds sterker wordt verankerd, blijkt tegelijk nog onvoldoende duidelijkheid te bestaan over de grondslag en de reikwijdte van dit beginsel en bijvoorbeeld de plaats die nieuwkomers op grond daarvan behoren te krijgen in deze concurrentiestrijd.

De systematische en samenhangende analyse van uiteenlopende casuïstiek die in deze bijdrage is beproefd, draagt eraan bij dat op de verschillende beleidsterreinen niet steeds opnieuw het verdelingswiel hoeft te worden uitgevonden en dat herhaling van ongelukken bij de bestuursrechter wordt voorkomen. Ook de wetgever kan er zijn voordeel mee doen, bijvoorbeeld bij de uitwerking van de recente kansspelnota. Door deze analyse worden namelijk de onderlinge verbanden opgelicht, niet alleen tussen verschillende elementen van een bepaald verdelingsvraagstuk, maar ook tussen verschillende schaarse publieke rechten, waardoor een coherent systeem voor de normering van de verdeling van schaarse publieke rechten ontstaat.

Naar onze overtuiging behoort de verdeling van schaarse publieke rechten een algemeen leerstuk van bestuursrecht te zijn. Als we namelijk willen vasthouden aan het concept van eenheid binnen het algemene bestuursrecht, dan zullen we juist bij de verdeling van schaarse publieke rechten nieuwe stappen moeten zetten. Anders dreigt onder Europese druk versplintering tussen enerzijds schaarse publieke rechten waarop de verkeersvrijheden en de transparantieplichting zonder meer van toepassing zijn en anderzijds schaarse publieke rechten die niet direct gebonden zijn aan deze normen. Een algemene en integrale bestudering van de verdeling van schaarse publieke rechten kan en moet deze versplintering voorkomen! •

50. Zie het nog altijd geldende standaard-arrest: HR 29 april 1994, *AB Klassiek* 2003/31 m.nt. B.J. Schueler (*GE/Den Haag*).

51. Vgl. CBB 11 juli 2007, *LJN BA9351*, waarin het College het besluit in stand liet om de looptijd van de ten onrechte te laat

aan 100% NL verleende frequentievergunning niet te verlengen, maar wel wees op de mogelijkheid van een verzoek om schadevergoeding.

52. Zie recent bijvoorbeeld ABRvS 23 maart 2011, *LJN BP8742*.

53. Zie in deze richting ABRvS 29 oktober 2008, *LJN BG1839*, r.o. 2.9: 'Ten behoeve van het nieuw te nemen besluit op bezwaar, wijst de Afdeling erop dat hierbij het beleid dient te worden toegepast zoals dat gold op de laatste dag waarop aanvragen konden

worden ingediend, aangezien de beoordeling van de vergunningaanvragen volgens een zogenoemd tendersysteem verloopt.'