

Transparantie bij het verlenen van schaarse publieke rechten

Annotatie:

- 1) De Staatsraad Advocaat Generaal (AG) bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) beantwoordt in de hierboven (samengevat) weergegeven conclusie een aantal vragen van de Raad van State. De vraag van de Afdeling was in de kern genomen of er een rechtsnorm is naar Nederlands recht die voorschrijft dat mededinging moet worden geboden bij het verlenen van schaarse vergunningen en/of die rechtsnorm ook invulling geeft aan de wijze waarop dat dan moet.
- 2) De AG bakent de reikwijdte van zijn conclusie duidelijk af. De conclusie ziet louter op schaarse vergunningen en andere schaarse overheidstoestemmingen waarmee een verbod om een bepaalde handeling te verrichten opzij wordt gezet. Een publiek recht is schaars indien de som van de omvang van de aanvragen, het aantal beschikbare publieke rechten overtreft.
- 3) De AG concludeert dat er naar nationaal recht inderdaad een rechtsnorm bestaat die voorschrijft dat – binnen zijn afbakening - aan potentiële gegadigden op een reële wijze mededingingsruimte geboden moet worden. Naast jurisprudentie en literatuur, voert de AG als belangrijke reden voor de erkenning van de rechtsnorm aan dat schaarse vergunningen vermogenswaarde hebben. Bij het verdelen daarvan ligt het aldus de AG in de rede dat het bestuur de rechten niet onderhands verleent aan een bepaalde aanvrager, maar dat het potentiële aanvragers in de gelegenheid stelt om hiernaar op enigerlei wijze mee te dingen. Als dat achterwege zou worden gelaten, dan zou(den) een (of meer) aanvrager(s) boven anderen bevoordeeld worden en zou het verwijt van willekeur op de loer liggen, aldus de AG.
- 4) De AG opteert als grondslag voor mededingingen voor het formele gelijkheidsbeginsel. Dit 'beginsel van gelijke kansen' eist dat voor alle (potentiële) gegadigden bij de verdeling van het schaarse publieke recht, dezelfde spelregels gelden. Met de keuze voor het formele gelijkheidsbeginsel als rechtsnorm, is het advies van de AG echter nog niet volledig. Immers het voormelde beginsel, zegt nog niets over *de wijze waarop* gelijke kansen moeten worden geboden; het bepaalt slechts *dat* die geboden moeten worden.
- 5) Over de wijze waarop de mededinging moet worden ingericht stelt de AG dat er niet op voorhand een kader geboden kan worden waaraan voldaan moet worden. Geen enkele verdelingsprocedure is uitgesloten en derhalve ook niet het 'wie het eerst komt die het eerst maalt' principe. Dat laat echter onverlet dat er een 'passende mate van openbaarheid moet worden geboden'. Deze kan per situatie verschillen maar bij 'wie het komt wie het eerst maalt', geldt in ieder geval dat alle potentiële gegadigden, minst genomen kennis hebben moeten kunnen nemen van het feit dat het recht zal worden verdeeld.
- 6) De plicht tot het toepassen van een passende mate van openbaarheid wenst de AG alleen te erkennen 'binnen de context' van de uitgifte van schaarse vergunningen; de AG noemt dit 'een contextuele erkenning van transparantie als beginsel van verdelingsrecht bij het verlenen van schaarse vergunningen'. De reden daarvan is dat niet is te overzien wat het gevolg voor de rechtspraktijk zou zijn als deze 'passende mate van openbaarheid' wordt erkend als (onderdeel van) een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.
- 7) Binnen voormelde beperkte context betekent de 'passende mate van openbaarheid' dat informatie tijdig wordt verstrekt, adequaat wordt bekendgemaakt en dat de verdelingsregels duidelijk, precies en ondubbelzinnig zijn geformuleerd. Indien er

vervolgens wordt verdeeld dan heeft te gelden dat de regels in alle gevallen hetzelfde worden toegepast (dus geen toepassing van hardheidsclausules), er niet tussentijds gekozen mag worden voor een andere verdelingsprocedure en schaarse vergunningen in beginsel niet voor onbepaalde tijd verleend mogen worden.

- 8) Uitzonderingen op voormelde regels zijn aldus de AG slechts beperkt denkbaar. Dat is denkbaar als indien deze uit een formeel wettelijke kader voortvloeit. Te denken is bij locatie gebonden activiteiten, aan een beperking die voortvloeit uit het geldende ruimtelijk ordeningskader. Verder kan gedacht worden aan een beperking gelegen in de rechten van anderen (zoals het recht om over diens eigendom te beschikken) of het algemeen belang. Tot slot is een uitzondering denkbaar als het recht maar aan een partij verleend kan worden.
- 9) De keuze voor het formele gelijkheidsbeginsel als rechtsgrondslag voor het bestaan van een plicht tot het beiden van mededingingsruimte schept ruimte voor de gedachte dat de conclusie, indien deze door de Afdeling wordt overgenomen, ook buiten het door de AG geschetste kader, betekenis toekomt.
- 10) In dit kader is van belang dat ook de civiele rechter het gelijkheidsbeginsel al heeft erkend als grondslag bij het verdelen door publiekrechtelijke rechtspersonen van civiele rechten waarvoor meerdere personen belangstelling hadden. Zo oordeelde de voorzieningenrechter te Arnhem dat een gemeente onrechtmatig handelde door in strijd met het gelijkheidsbeginsel belangstellende ondernemers geen gelijke kansen te bieden bij het adverteren op de achterzijde van parkeertickets. De voorzieningenrechter oordeelde:¹ *“Vooropgesteld wordt dat het gelijkheidsbeginsel in een geval als het onderhavige – waarin meerdere plaatselijke ondernemers wensen te adverteren op door de gemeente uitgegeven parkeertickets – vereist dat alle inschrijvers dezelfde kansen krijgen. Het betekent dus dat voor alle plaatselijke ondernemers – zoals in dit geval DSW Wasstraat en Visser – dezelfde voorwaarden moeten gelden en dat zij over dezelfde informatie moeten kunnen beschikken. Het transparantiebeginsel heeft in essentie ten doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door Gemeente Nijkerk wordt voorkomen.”* In lijn met het voorgaande oordeelde het Hof Arnhem-Leeuwarden dat de schaarste van grond voor de realisatie van een bouwmarkt kan meebrengen dat ruimte voor mededinging moet worden geboden en dat bij het achterwege late van die ruimte het gelijkheidsbeginsel wordt geschonden. Het Hof overweegt²: *“De Gemeente heeft Bouwmarkt Epe, zo staat vast, toen zij de gronden had verworven en deze ten gunste van de vestiging van bouwmarkten wilde verkopen, niet omtrent de mogelijkheid van de koop van een kavel op het nieuwe bedrijventerrein geïnformeerd en haar daarnaar desgewenst niet laten meedingen. In plaats daarvan heeft de Gemeente Bouwmarkt Epe voor het voldongen feit van de intentieovereenkomst geplaatst, met weigering vervolgens van de mogelijkheid voor een kavel in te schrijven, dit in weerwil van gedane toezeggingen. Mede gelet op de schaarste van relevante grondposities heeft de Gemeente Bouwmarkt Epe op deze wijze ten onrechte daadwerkelijk buitenspel geplaatst. Zij heeft daardoor het gelijkheidsbeginsel geschonden althans onzorgvuldig jegens Bouwmarkt Epe gehandeld.”*
- 11) De AG is, mijns inziens en gezien onder meer het voorgaande, terecht voorzichtig als het gaat om het toepassingsbereik van zijn conclusie en als het gaat om het formuleren van algemene rechtsbeginselen. Immers indien de conclusie onverkort zou gelden voor het civiele recht, dan heeft dat verstrekken consequenties. Uit voormelde uitspraken volgt namelijk slechts dat als er meer partijen belangstelling getoond hebben voor een civiel recht of goed, men partijen gelijk moet behandelen. Voormelde conclusie gaat echter, indien die ook voor de civielrechtelijke context zou gelden, verder. Immers bij een onverkorte toepassing zou de vraag kunnen rijzen of een gemeente, als nog niemand anders zich heeft gemeld, zou mogen ingaan op een verzoek van een partij om een leegstaand gemeentepand te kopen waarvan deze in de krant heeft gelezen dat de

¹ Rb Arnhem 23 september 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BN9729;

² Hof Arnhem-Leeuwarden 3 december 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:9210 en zie ook HR 8 mei 2015 ECLI:NL:HR:2015:1221

gemeente ermee 'in haar maag zit'. De vraag is dan, mag de gemeente direct in onderhandeling treden en verkopen op basis van een onafhankelijke taxatie, of moet zij eerst bekend maken dat het pand te koop is zodat meerdere partijen hun interesse kunnen tonen? Of geldt hier de gedachte; 'iedereen had zich toch na het lezen van de krant tot de gemeente kunnen wenden, maar louter één partij was de eerste en 'die maalt dus ook het eerste'? Het moge duidelijk zijn dat de bereidheid van partijen om te investeren in plannen en om hun ideeën aan de gemeente bloot te geven beperkter zullen zijn als eerst ook andere gegadigden een kans krijgen om mee te dingen.

- 12) Gezien het voorgaande meen ik dat voorzichtigheid geboden is als het gaat om het toepassingsbereik van de hiervoor samengevat weergegeven conclusie. Daarvoor is aanleiding gezien de terughoudendheid van de AG zelf als het gaat om het soort rechten waarop deze betrekking heeft en als het gaat om het 'contextuele karakter' van de plicht tot het bieden van een 'passende mate van openbaarheid'. De AG lijkt daarmee te onderkennen dat niet elke overtreding van een voorschrift dat is beoogd in een specifieke publiekrechtelijke context te functioneren, ook in een andere context eenzelfde rol kan spelen. Dit sluit aan bij het arrest van de Hoge Raad van 1 juni 2012 ³waarin de Hoge Raad oordeelt dat er een groot aantal wettelijke verboden is, in het algemeen van publiekrechtelijke aard, bij het opstellen waarvan de wetgever niet de privaatrechtelijke gevolgen voor ogen had. Het lijkt erop dat voor deze conclusie hetzelfde heeft te gelden. Gezien het voorgaande zou het mooi zijn als de Afdeling op dit punt – eventueel na informeel overleg met de Hoge Raad – enige helderheid zou kunnen scheppen door hetzij de uitspraak af te stemmen op de specifieke (vergunnings-) situatie (beperkte betekenis) hetzij te kiezen voor meer algemene bewoordingen (ruime(re) betekenis). Mijn voorkeur zou uitgaan naar het eerste omdat aldus ruimte wordt gelaten voor een geleidelijke ontwikkeling in de bestuursrechtelijke en civielrechtelijke jurisprudentie.

Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk:

Bij het verdelen van schaarse vergunningen en andere schaarse overheidstoestemmingen waarmee een verbod om een bepaalde handeling te verrichten opzij wordt gezet, dient iedere gegadigde een gelijke kans te krijgen om mee te dingen. Inherent daaraan is een passende mate van openbaarheid en wel zodanig dat minst genomen de relevante partijen kennis hebben kunnen nemen van de beschikbaarheid van het recht. Of en hoe het voorgaande vertaald moet worden buiten het kader van de schaarse vergunningen en overheidstoestemmingen, zal in de jurisprudentie nader uitgekristalliseerd moeten worden. Verdedigbaar is dat om favoritisme en willekeur te voorkomen, ook dan de relevante gegadigden gelijke kansen moeten hebben om dat goed of recht te verwerven. Welke 'passende mate van openbaarheid' daarvoor nodig is, zal in de jurisprudentie nog nader invulling moeten krijgen. Daarbij zal een goede balans gevonden moeten worden tussen de contractsvrijheid van de overheid enerzijds en het voorkomen van favoritisme en willekeur anderzijds.

³ ECLI:NL:HR:2012:BU5609.