



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige verdeling van schaarse publieke rechten

Rijn Van Alkemade, J.M.J. van

Citation

Rijn Van Alkemade, J. M. J. van. (2011). Overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige verdeling van schaarse publieke rechten. *Overheid & Aansprakelijkheid*, (2), 69-83.
Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/17800>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/17800>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige verdeling van schaarse publieke rechten

Mr. J.M.J. van Rijn van Alkemade¹

37

Bij de verdeling van zogenaamde 'schaarse publieke rechten' staan vaak grote financiële belangen op het spel. Verliezers van een verdeelprocedure vechten de afwijzing van hun aanvraag daarom regelmatig aan. Soms boeken zij daarbij ook succes. Vreemd genoeg, vormt de vernietiging van een afwijzing maar zelden de opmaat voor een (succesvolle) schadevergoedingsprocedure. In dit artikel wordt gezocht naar een verklaring hiervoor. Betoogd wordt dat een inherente bewijsrechtelijke achterstand van de eiser, nog vergroot door de aan het bestuur gegeven bewijsrechtelijke voorsprong, er samen voor zorgen dat schade geleden in de context van een onregelmatig verlopen verdeelprocedure niet snel voor vergoeding in aanmerking komt.

1 Inleiding

Op steeds meer terreinen van het bestuursrecht streeft de overheid beleidsdoelstellingen na met behulp van het instrument 'schaarse publieke rechten'. Zo worden in het subsidierecht subsidieplafonds gehanteerd om de overheidsuitgaven in de hand te houden, is in het milieurecht een systeem van verhandelbare emissierechten opgezet ter bestrijding van het broeikaseffect en is in het telecommunicatierecht het beleid ten aanzien van de uitgifte van schaarse radiofrequenties onder meer gericht op de bevordering van de mededinging.² Schaarse publieke rechten zijn uit besluiten voortvloeiende rechten (vaak gaat het om subsidies of vergunningen), waarvan de beschikbaarheid is beperkt

en waarnaar de vraag groter is dan het aanbod.³ Zij worden verdeeld door middel van uiteenlopende verdeelprocedures, zoals de 'wie het eerst komt, het eerst maalt'-procedure, loting, veiling, vergelijkende toets (*beauty contest*) of aanbesteding.

Voor de deelnemers aan een verdeelprocedure staan vaak grote (financiële) belangen op het spel. Voor bedrijven vertegenwoordigen schaarse publieke rechten, juist omdat zij schaars zijn, veelal een hoge economische waarde.⁴ Zo kan een supermarkt die een schaarse ontheffing voor zondagsopenstelling bemachtigt, een flinke omzetstijging tegemoet zien. Omgekeerd kan het verlies van een schaars publiek recht tot omzetverlies leiden, of erger. Een radiostation dat door het verlies van zijn schaarse FM-frequentie alleen nog maar kan uitzenden op een AM-frequentie, zal bijvoorbeeld een groot deel van zijn luisteraars kwijt raken. Er kunnen ook andere belangen spelen. Als een gesubsidieerde instelling zijn subsidie kwijtraakt, komt behalve het eigen financiële belang van de instelling, ook het algemene of ideële belang dat is gemoeid met voortzetting van de door die instelling verrichte activiteit in het gedrang. Dat verklaart bijvoorbeeld de kritische reacties die volgden op de 'uitschakeling' van het HIV/AIDS Consortium (een alliantie van hulporganisaties die zich richten op aidsbestrijding) in de eerste ronde van de door het Ministerie van Buitenlandse Zaken georganiseerde vergelijkende toets ter verdeling van het subsidiebudget bestemd voor ontwikkelingshulporganisaties.⁵ Deze kritische reacties hielden verband met het gegeven dat Nederland in de loop der jaren een sterke reputatie

¹ Mr. J.M.J. (Jaap) van Rijn van Alkemade is als onderwijs- en onderzoeksmedewerker verbonden aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden. Hij werkt aan een proefschrift over rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse publieke rechten.

² Zie voor dit laatste de Nota Frequentiebeleid 2005, *Kamerstukken II* 2005/06, 24 085, nr. 188, p. 19.

³ Vgl. F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemene bestuursrecht* (oratie VU), Deventer: Kluwer 2004, p. 2. Met 'besluiten' wordt bedoeld op besluiten in de zin van art. 1:3 Awb.

⁴ J.F. de Groot, 'Schadelijk verdelen. Enkele aspecten van aansprakelijkheid bij de verdeling van schaarse rechten', in: V.H. Affourtit, B.J. Schueler & M. Klijnstra (red.), *Verdeling van schaarse rechten door de overheid: risico's en aansprakelijkheid*, Amsterdam: Houthoff Buruma 2007, p. 43.

⁵ Zie nader over deze verdeelprocedure, www.minbuza.nl/mfs.

heeft opgebouwd op het gebied van aidsbestrijding, die nu verloren dreigt te gaan.⁶ Verdeelprocedures blijken erg conflictgevoelig te zijn. Zeker als het schaarse publieke recht in kwestie een grote economische waarde vertegenwoordigt, is het voor verliezers al snel aantrekkelijk om hun verlies aan te vechten.⁷ Dit gebeurt dan ook vaak. Daarbij komt het ook regelmatig voor dat de bestuursrechter onregelmatigheden constateert bij de uitvoering van een verdeelprocedure. Opvallend genoeg lijkt een gegrond verklaard beroep tot nu toe nog maar zelden de opmaat te vormen voor een schadevergoedingsprocedure. De vraag is waar dat aan ligt, zeker als daarbij ook de situatie in het aanbestedingsrecht in ogenschouw wordt genomen. Verliezers van een onregelmatig verlopen overheidsaanbesteding stellen regelmatig de overheid aansprakelijk. Soms leidt dit ook tot een veroordeling tot schadevergoeding.⁸ Aangezien de aanbesteding van overheidsopdrachten veel weg heeft van de verdeling van schaarse publieke rechten,⁹ mag dit verschil gerust opvallend genoemd worden. Een mogelijk verklaring voor dit verschil zou kunnen worden gezocht in de aard van het toepasselijke (proces)recht: de gunning van een overheidsopdracht is een besluit ter voorbereiding van een privaatrechtelijke rechtshandeling (het sluiten van de overeenkomst van opdracht) en als zodanig niet appellabel (art. 8:3 Awb), terwijl de toekenning van een schaars publiek recht een (appellabel) besluit in de zin van art. 1:3 Awb oplevert. De gedachte is dan dat degene die de overheid aansprakelijk stelt voor schade voortvloeiend uit een onrechtmatig besluit, zich in een ongunstiger positie bevindt, dan degene die de overheid aansprakelijk stelt in een civielrechtelijke context.¹⁰ In dit artikel onderzoek ik deze 'hypothese'. Meer in het bijzonder stel ik de vraag in hoeverre het besluitenaansprakelijkheidsrecht is toegesneden op de beslechting van geschillen over de aansprakelijkheid van de overheid voor onregelmatig verlopen verdeelprocedures. Welke complicaties doen zich voor en welke oplossingen zijn daarvoor denkbaar? Daarbij trek ik ook de vergelijking met het aanbestedingsrecht.

De opbouw van deze bijdrage is als volgt. Eerst ga ik dieper in op de figuur van het 'schaarse publieke recht' en de manier waarop deze rechten worden verdeeld (par. 2). Vervolgens sta ik stil bij de verschillende soorten schade die kunnen ontstaan in de context van een onregelmatig verlopen verdeelprocedure (par. 3). Daarna schets ik een aantal situaties waarin schade kan ontstaan en ga ik in op verschillende bewijsrechtelijke problemen waarmee de eiser te maken kan krijgen (par. 4). Vervolgens ga ik na in hoeverre benadeelden bij de burgerlijke rechter en bestuursrechter als schadevergoedingsrechter de verschillende in par. 3 geïdentificeerde schadeposten vergoed kunnen krijgen (par. 5). Ik sluit af met een conclusie (par. 6).

2 Schaarse publieke rechten. Verdeelprocedures

2.1 Schaarse publieke rechten

Onder publieke rechten worden in deze bijdrage verstaan: rechten die voortvloeien uit besluiten.¹¹ Meestal vloeien publieke rechten voort uit een beschikking tot het verlenen van een vergunning of subsidie.¹² Als een vergunning wordt in deze bijdrage aangemerkt een toestemming om een bepaalde activiteit te verrichten die anders verboden is.¹³ Onder dit ruime begrip vallen ook ontheffingen, vrijstellingen, concessies en diverse quotarechten (bijv. varkensrechten, pluimveerechten en emissierechten).¹⁴

Publieke rechten zijn schaars als er meer gegadigden zijn dan beschikbare rechten.¹⁵ Dit veronderstelt dat het aantal rechten is gemaximeerd. Soms volgt dit plafond rechtstreeks uit een formeel-wettelijk voorschrift (zie bijv. art. 3 Winkeltijdenwet en art. 27h Wet op de Kansspelen). Meestal echter wordt een plafond bij afzonderlijk besluit afgekondigd, of is het neergelegd in lagere regelgeving. Voor wat betreft subsidies vindt deze praktijk een grondslag in de Awb. Op grond van art. 4:25 lid 1 Awb kan het bestuur een 'subsidieplafond' afkondigen. Een subsidieplafond is het bedrag dat gedurende een bepaald tijdvak ten hoogste beschikbaar is voor de verstrekking van subsidies krachtens een bepaald wettelijk voorschrift (art. 4:22 Awb).¹⁶ Als het subsidieplafond is bereikt, dan vormt dit een imperatieve weigeringsgrond: voor zover door subsidieverstrekking het subsidieplafond zou worden overschreden, moet een subsidie worden geweigerd (art. 4:25 lid 2 Awb). Voor de beperking van het aantal beschikbare vergunningen bevat de Awb (nog) geen algemene regeling. Niettemin kan ook hier de figuur van het 'plafond' worden toegepast.¹⁷ In de jurisprudentie is uitgemaakt dat als de bijzondere wet niet een met art. 4:25 lid 2 Awb vergelijkbare bepaling bevat, een vergunningaanvraag desalniettemin kan worden afgewezen wegens het bereikt zijn van het vergunningenplafond.¹⁸

Soms kunnen publieke rechten ook schaars zijn zonder dat hun beschikbaarheid aan een expliciet maximum is gebonden. Een goed voorbeeld daarvan vormt de begrotingssubsidie (art. 4:23 lid 3 sub c Awb). Ook voor vergunningen kan een impliciet plafond gelden. Als de werking van een vergunning is begrensd tot een bepaald gebied, een bepaald tijdvak of een bepaalde modaliteit van de vergunde activiteit en binnen die grenzen exclusiviteit van de vergunning is gegarandeerd, kan uit deze beperkingen per vergunning het totale aantal beschikbare vergunningen worden afgeleid.¹⁹ Voorbeelden hiervan zijn de Mijnbouwwet-vergunning voor het opsporen of winnen van delfstoffen of aardwarmte en de openbaar vervoer-concessie op basis van de Wet personenvervoer 2000.

Verdeelprocedures zijn de bijzondere besluitvormingsprocedures die het bestuur hanteert om aanvragen voor een schaars publiek recht in een rangorde te plaatsen

Verdeelprocedures zijn de bijzondere besluitvormingsprocedures die het bestuur hanteert om aanvragen voor een schaars publiek recht in een rangorde te plaatsen. Daartoe worden de binnen een bepaald tijdvak binnengekomen aanvragen, nadat zij eerst aan de toepasselijke subsidie- of vergunningvoorwaarden (drempelvoorwaarden) zijn getoetst, in het licht van bepaalde verdeelcriteria beoordeeld en gerangschikt. De

positie die een aanvraag inneemt op de ranglijst bepaalt vervolgens of deze wordt toe- of afgewezen. Beoordeling en rangschikking geschiedt soms in meerdere ronden, waarbij na iedere ronde aanvragen afvallen. Hoeveel aanvragen uiteindelijk kunnen

worden toegewezen is afhankelijk van de hoogte van het plafond.

Binnen verdeelprocedures worden uiteenlopende verdeelcriteria gebruikt. Voorbeelden van verdeelcriteria zijn: de datum en het tijdstip waarop de volledige aanvraag is ontvangen ('wie het eerst komt, het eerst maalt'-procedure), het lot (loting),²⁰ de hoogte (veiling) of laagte (omgekeerde veiling) van het uitgebrachte financieel bod, de mate waarin de aanvraag voldoet aan een of meer kwalitatieve criteria (vergelijkende toets), de laagste prijs of de economisch meest voordelige inschrijving (aanbesteding). Een verdeelprocedure hoeft niet noodzakelijkerwijs uit te gaan van één verdeelcriterium, maar kan ook verschillende criteria met elkaar combineren. Zo voorziet de Telecommunicatiewet (Tw) in de mogelijkheid van een vergelijkende toets in combinatie met een financieel bod (art. 3.3 lid 4 Tw). Ook wordt de loting regelmatig als 'afrondingsprocedure' gebruikt. Door middel van loting wordt dan een keuze gemaakt tussen de aanvragen die op alle overige verdeelcriteria gelijk zijn geëindigd.²¹

Welke verdeelcriteria het bestuur gebruikt, hangt doorgaans af van de doelstellingen van de wet of regeling op basis waarvan het desbetreffende schaarse publieke recht wordt verdeeld.²² Soms heeft het bestuur 'slechts' de doelstelling om tot een eerlijke

- 6 Zie bijv. 'Beroep Aids Fonds en Solidaridad. Twijfels over deskundigheid ambtenaren die subsidieverzoeken moesten wegen', *Trouw* 7 april 2010, p. 13.
- 7 B.J. Schueler, 'Bestuursrechtelijke beslechting van geschillen over schaarse publieke rechten', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Bju 2011, p. 365-379.
- 8 Zie bijv. HR 9 mei 2008, *LJN* BC7679; Hof Den Haag 28 april 2005, *JAAN* 2007/0075; Hof 19 juni 1990, *JAAN* 2007/5170.
- 9 In beide gevallen verdeelt de overheid (de aanbestedende dienst, het verdelend bestuursorgaan) een schaars 'goed' (een overheidsopdracht, een publiek recht) aan de hand van een of meer verdeelcriteria onder een groep gegadigden. Zie nader over de overeenkomsten tussen de aanbestedingsprocedure en (overige) publiekrechtelijke verdeelprocedures, C.E.C. Jansen, 'De gereguleerde aanbesteding van overheidsopdrachten en de verdeling van schaarse publieke rechten: een vergelijking', in Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 295-322 en C.J. Wolswinkel, 'Verdelingsprocedures: een zoektocht naar een zinvol onderscheid', in: Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 197-198.
- 10 De gedachte dat het besluiten aansprakelijkheidsrecht niet optimaal functioneert, is niet nieuw. Zie o.a. B.J. Schueler, 'Aan de rechterlijke macht is opgedragen het verknippen van geschillen over publiekrecht en over schuldvorderingen', in: L.F.M. Besselink & R. Nehmelman (red.), *De aangesproken staat. Verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en immuniteit van de overheid* (Staatsrechtconferentie 2009), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010, p. 117-156; G.E. van Maanen, 'Schadevergoeding en besluiten. De ongelukkige consequenties van de blinde fixatie van het bestuursrecht op het besluitbegrip voor het schadevergoedingsrecht (en hoe daarvan bevrijd te raken)', *JBplus-special* 2004, p. 40-60, R.J.N. Schlössels, 'Weg met de besluiten aansprakelijkheid?', *JBplus-special* 2004, p. 61-78; R.J.N. Schlössels, 'Van Gog/ Nederweert op de helling? Over oneigenlijke en eigenlijke formele rechtskracht, rechtsmachtverdeling en een dreigend fail-

- liet van de besluiten aansprakelijkheid', *O&A* 2004, p. 70-84.
- 11 Vgl. M.W. Scheltema en M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Alphen aan de Rijn: Kluwer 2008, p. 156.
- 12 Een subsidie is een aanspraak op financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten (art. 4:21 Awb).
- 13 Zie voor deze definitie: J. Wessel, 'De vergunning als beleidsinstrument', *BR* 1980-2, p. 67.
- 14 Quoatarechten zijn vaak verhandelbaar. Zie daarover A.R. Neerhof, 'Overgang van schaarse publieke rechten', in: Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 325-361.
- 15 Van Ommeren 2004, p. 2.
- 16 In de jurisprudentie is uitgemaakt dat een door een bestuursorgaan afgekondigd subsidieplafond een b.a.s. niet zijnde een a.v.v. is. Zie ABRvS 3 januari 2007, *AB* 2007/224, m.nt. W. den Ouden, *JB* 2007/31, m.nt. A.J. Bok. Uit een uitspraak van het CBB volgt, enigszins opmerkelijk, dat (de wijziging van) een in een gemeentelijke verordening neergelegd vergunningenplafond moet worden aangemerkt als een a.v.v. Zie CBB 3 juni 2009, *AB* 2009/374, m.nt. C.J. Wolswinkel.
- 17 Van Ommeren 2004, p. 2.
- 18 ABRvS 14 maart 2007, *AB* 2007/212, m.nt. J.H. Jans, r.o. 2.7.
- 19 Wolswinkel 2011, p. 182.
- 20 Welbeschouwd is een loting geen verdeelprocedure. Vgl. Van Ommeren 2004, p. 10: 'Loting komt neer op een soort geobjectieerde willekeur'.
- 21 Zie bijv. art. 22 lid 2 Regeling aanvraagprocedure en veiling gebruiksrecht frequentieruimte voor PAMR, *Stcrt.* 2005, 169.
- 22 Vgl. Van Ommeren 2004, p. 12.

verdeling te komen. Meestal wordt het schaarse publieke recht dan op volgorde van binnenkomst van de aanvraag verdeeld, of verloot. Met name in het economisch bestuursrecht, maar steeds vaker ook in het subsidierecht, beoogt het bestuur niet alleen een eerlijke, maar ook een doelmatige verdeling. In dat geval heeft de verdeelprocedure veelal het karakter van een competitie. Als het doel competitie is, houdt het bestuur doorgaans een veiling, vergelijkende toets of aanbesteding. De besluitvorming in het kader van de opzet en uitvoering van een verdeelprocedure is vaak complex. Met name in het geval van een veiling, vergelijkende toets of aanbesteding vormt zij veelal een ingewikkeld samenstel van opeenvolgende, op elkaar voortbordurende en met elkaar samenhangende feitelijke handelingen en rechtshandelingen.²³ Toch kan in deze complexe besluitvorming steeds een vast patroon worden ontdekt. De volgende vijf stappen moeten altijd worden gezet: 1) de vaststelling van het plafond (tenzij er een impliciet plafond geldt) 2) de keuze voor een verdeelprocedure 3) de vaststelling van de procedureregels 4) de selectie van aanvragen voor deelname, resulterend in de afwijzing van de niet-geselecteerde aanvragen 5) de beoordeling en rangschikking van de geselecteerde aanvragen in het licht van de verdeelcriteria, resulterend in de toe- of afwijzing van de geselecteerde aanvragen.²⁴

3 Aard van de schade

Bij het verdelen van schaarse publieke rechten kan het bestuur uiteenlopende fouten maken. Zo kan het bestuur een schaars recht ten onrechte 'onderhands' (zonder verdeelprocedure) gunnen, een aanvraag ten onrechte uitsluiten van deelname aan een verdeelprocedure, of een aanvraag verkeerd beoordelen en rangschikken.²⁵ Dergelijke fouten kunnen schade veroorzaken. In deze paragraaf bespreek ik welke typen schade er kunnen ontstaan in de context van een onregelmatig verlopen verdeelprocedure. Omdat hierover nog nauwelijks jurisprudentie beschikbaar is en er ook nog weinig over is geschreven, zijn deze paragraaf en de volgende deels gebaseerd op de aanbestedingsrechtelijke doctrine.²⁶ Ik ga achtereenvolgens in op vergoeding van het positief belang (par. 3.1), kansschade (par. 3.2), verdragingschade (par. 3.3), het negatief belang (par. 3.4) en dispositieschade (§3.5). Met het oog op de lengte van dit artikel laat ik enkele meer bijzondere schadesoorten buiten beschouwing. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan reputatieschade veroorzaakt door een negatieve beoordeling in het kader van een vergelijkende toets en concurrentievervalsing veroorzaakt door de 'oneerlijke' opzet van een verdeelprocedure.

3.1 Positief belang

Uitgangspunt van het aansprakelijkheidsrecht is dat de omvang van de schade wordt bepaald door een

vergelijking van de toestand zoals deze in werkelijkheid is, met de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest indien het schadeveroorzakende feit niet zou hebben plaatsgevonden.²⁷ In het aanbestedingsrecht wordt er, in aansluiting op dit uitgangspunt, vanuit gegaan dat in beginsel alleen een vergoedingsplicht bestaat wanneer (afdoende) kan worden aangetoond dat de gegadigde de opdracht zou hebben verworven indien de opdrachtgever rechtmatig zou hebben gehandeld. Slaagt de gegadigde in dat bewijs, dan heeft hij recht op vergoeding van het positief belang. Dit betekent dat de benadeelde in de situatie moet worden gebracht waarin hij zou hebben verkeerd indien de opdracht aan hem zou zijn gegund en de overeenkomst behoorlijk zou zijn nagekomen.²⁸ Is daarentegen onvoldoende aanneemelijk dat de opdracht aan de gegadigde had moeten worden gegund, dan is niet zeker dat hij door de onregelmatige aanbesteding schade heeft geleden, en is voor schadevergoeding geen plaats.²⁹ Het lijkt mij dat ook de schadeplichtigheid van een verdelend bestuursorgaan in beginsel aan de hand van deze twee uitgangspunten dient te worden bepaald.

3.2 Kansschade

Als een onregelmatige aanbesteding is afgebroken zonder dat er vervolgens een heraanbesteding heeft plaatsgevonden, kan de rechter niet altijd uitmaken of de opdracht aan de gepasseerde gegadigde had moeten worden gegund of niet. Het antwoord op deze vraag kan van te veel onzekere factoren afhankelijk zijn. Soms zal de rechter dus hooguit kunnen vaststellen dat de gepasseerde gegadigde een bepaalde *kans* zou hebben gehad om de opdracht gegund te krijgen. Is het afbreken van de aanbesteding onrechtmatig en zou de eiser een gereede kans op gunning hebben gehad als de aanbesteding correct zou zijn verlopen, dan wordt aangenomen dat de gelaedeerde proportionele schadevergoeding wegens het verlies van een kans kan vorderen.³⁰ In de praktijk daarentegen lijkt de proportionele benadering vooralsnog nog nauwelijks wortel te hebben geschoten. Er zijn althans slechts twee uitspraken bekend waarin het missen van de kans op gunning van een opdracht als grond voor toekenning van proportionele schadevergoeding is aangemerkt.³¹

3.3 Verdragingschade

Schadevergoeding is niet de enige manier waarop de gevolgen van een onregelmatig verlopen verdeelprocedure ongedaan gemaakt kunnen worden. Een afgewezen aanvraag voor een schaarse subsidie kan bijvoorbeeld alsnog worden gehonoreerd (art. 4:25 lid 3 Awb). Soms kan de deelnemer wiens winkansen negatief zijn beïnvloed als gevolg van onregelmatigheden die zich hebben voorgedaan tijdens de verdeelprocedure, worden gecompenseerd door zijn aanvraag automatisch toe te laten tot de volgende verdeelronde.³² Als vast staat dat de eiser

onvoldoende rechten zijn toegekend, kan bij sommige verdeelsystemen rechtsherstel worden geboden door aanvulling van het tekort uit een 'reservepot'.³³ Bestaat er geen reservepot, dan kan de eiser desnoods worden gecompenseerd door een ten onrechte aan een derde verleend recht in te trekken en alsnog te verlenen aan de eiser. Vaak is de eiser door dergelijke vormen van materieel rechtsherstel echter nog niet volledig schadeloos gesteld. Door het tijdsverloop tussen de onterechte afwijzing van zijn aanvraag en het materiële rechtsherstel, ontstaat er bij hem al snel vertragingsschade.³⁴

3.4 Negatief belang

Deelname aan een aanbesteding kost geld. Zo kan alleen al het opstellen van een goede offerte een dure

23 Zie bijv. CBB 5 april 2011, *LJN BQ0455*, r.o. 2.2.

24 Vgl. Van Ommereen 2004, p. 23.

25 In par. 4 ga ik uitgebreid in op de verschillende vormen van schadeveroorzakend handelen.

26 Zie met name het instructieve artikel van A.J. Akkermans & E.H. Pijnacker Hordijk, 'Schadevergoeding en schadeberekening', in: W.H. van Boom, C.E.C. Jansen & J.V. Weijnen (red.), *Aanbesteding en aansprakelijkheid. Preventie, vergoeding en afwikkeling van schade bij aanbestedingsgeschillen*, Den Haag: Bju 2001, p. 19-50.

27 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2010, nr. 31.

28 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2010, nr. 26.

29 Akkermans & Pijnacker Hordijk 2001, p. 20.

30 E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend & J.F. van Nouhuys, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europees en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu 2009, p. 660-661; M.J. Niersman & D.C. Orobio de Castro, 'Aansprakelijkheid bij overheidsaanbestedingen', *O&A* 2008, p. 22-23; Akkermans & Pijnacker Hordijk 2001, p. 21-22. Zie over proportionele schadevergoeding in het algemeen: A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

31 Zie Rb. Utrecht 2001, *BR* 2002/91; Rb. Den Haag 29 maart 2000, rolnr. 94/3490. Zie over deze laatste (niet-gepubliceerde) uitspraak Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 661. Zij spreken de verwachting uit dat de jurisprudentie inzake proportionele schadevergoeding zich geleidelijk aan verder zal ontwikkelen, maar dat de ruimte daarvoor niettemin beperkt zal blijven.

32 Dit gebeurt bijvoorbeeld wel eens bij de verdeling van onderzoekssubsidies door NWO. Zie L.J.M. van der Valk, *Bezwaar en beroep in de praktijk van NWO* (diss. UvA), Den Haag: Bju 2008, p. 190.

33 Zo wordt bij de verdeling van schaarse emissierechten een emissierechtendepot aangehouden, speciaal voor toewijzing van emissierechten naar aanleiding van een bestuursrechtelijke procedure (art. 16.25 lid 2 sub b Wet milieubeheer).

34 Zie voor een voorbeeld hierna par. 4.2.

35 Vgl. CBB (vrz.) 29 juli 2010, *AB* 2010/303, m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade.

36 Zo heeft Versatel destijds ruim € 1,5 miljoen in de voorbereiding van de UMTS-veiling gestoken. Zie E.E.C. van Damme, 'Het spel van Versatel', *NJB* 2000, p. 1666-1671.

37 In het aanbestedingsrecht wordt ook wel gesproken van offertekosten, rekenkosten of calculatiekosten. Zie C.E.C. Jansen, 'Aanbesteding en offertekostenvergoeding', in: Van Boom, Jansen & Weijnen 2001, p. 69.

38 Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 663.

39 Niersman & Orobio de Castro 2008, p. 26.

40 Akkermans & Pijnacker Hordijk 2001, p. 32.

aangelegenheid zijn. Hetzelfde geldt voor deelname aan een verdeelprocedure. Het opstellen van een aanvraag voor een schaars publiek recht is soms niet goedkoop.³⁵ Regelmatig moeten aanvragers daarnaast ook investeringen plegen om aan de drempelvoorwaarden te kunnen voldoen.³⁶ Als een aanbesteding of verdeelprocedure vervolgens een onregelmatig verloop kent, dan zullen de deelnemers de door hen gemaakte voorbereidings- en deelnemingskosten achteraf als een nutteloze investering beschouwen; als zij van tevoren hadden geweten dat de aanbesteding of verdeelprocedure onregelmatig zou verlopen, dan hadden zij wellicht nooit meegedaan.

In het aanbestedingsrecht lijkt verschillend te worden gedacht over de vraag in hoeverre er ruimte bestaat voor vergoeding van voorbereidings- en deelnemingskosten.³⁷ Pijnacker Hordijk e.a. geven de vuistregel dat voor vergoeding van deelnemingskosten slechts ruimte bestaat als geen van de inschrijvers in aanmerking komt voor vergoeding van het positief belang en de inschrijver in kwestie bij gebreke van onregelmatig handelen door de aanbesteder een reële kans op gunning zou hebben gehad.³⁸ Niersman en Orobio de Castro daarentegen stellen dat als vaststaat dat een aanbesteding onrechtmatig is verlopen en dat de desbetreffende inschrijver niet in aanmerking komt voor vergoeding van de gederfde winst of de gemiste kans, relatief snel zal moeten worden aangenomen dat de inschrijver aanspraak maakt op vergoeding van zijn deelnemingskosten.³⁹ Het vereiste dat de inschrijver een reële kans op gunning moet hebben gehad, lijkt door hen niet te worden gesteld.

3.5 Dispositieschade

Soms komt het voor dat een aanbestedende dienst de opdracht ten onrechte aan een bepaalde inschrijver gunt. In dat geval kunnen de gepasseerde inschrijvers proberen de aanbestedende dienst veroordeeld te krijgen tot het 'rechtbuigen' van de aanbestedingsprocedure. Zo kan de rechter bijvoorbeeld

Als het bestuur overgaat tot het aanpassen van een gemaakte verdeling, dan kunnen de 'winnaars' van de verdeelprocedure hun publieke rechten kwijtraken aan de 'verliezers'

een heraanbesteding gelasten, de gedaagde verbieden om met een bepaalde partij in onderhandeling te treden, de gunning aan een bepaalde partij ongedaan maken, of, in het uiterste geval, de nietigverklaring van de reeds gesloten overeenkomst uitspreken.⁴⁰ Ook de verkeerde gunning van een schaars publiek recht zal doorgaans niet zonder consequenties blijven. Als het bestuur overgaat tot het aanpassen van een

gemaakte verdeling, dan kunnen de 'winnaars' van de verdeelprocedure hun publieke rechten kwijtra-ken aan de 'verliezers'. De winnaars zullen daardoor al snel dispositieschade lijden. Doordat hun vergun-ning of subsidie wordt herroepen of ingetrokken, worden investeringen die zijn gepleegd in het ver-trouwen dat de vergunning- of subsidieverlening rechtmatig is, in een klap waardeloos.⁴¹

In hoeverre dispositieschade voor vergoeding in aanmerking komt, lijkt in het aanbestedingsrecht geen uitgemaakte zaak. Er is over deze kwestie nog geen jurisprudentie beschikbaar.⁴² In de doctrine heerst geen eenstemmigheid. Pijnacker Hordijk stelt voorop dat het 'rechtbuigen' van een aanbe-stedingsprocedure een rechtmatige daad is en als zodanig in beginsel geen aansprakelijkheid met zich meebrengt. Akkermans daarentegen neemt als uitgangspunt dat het 'rechtbuigen' van een aanbeste-dingsprocedure een schending van het vertrouwen van de 'onterechte winnaar' oplevert.⁴³ Als de 'onterechte winnaar' ten aanzien van de gevolgde aanbe-stedingsprocedure te goeder trouw was, dan dienen de gevolgen van de onregelmatigheden daarom voor rekening en risico van de aanbesteder te komen.⁴⁴

4 Schadeveroorzakend handelen. Bewijsrechtelijke problematiek

Tot zover heb ik mij geconcentreerd op de verschil-lende typen schade die partijen kunnen lijden in de context van een onregelmatig verlopen verdeel-procedure. In deze paragraaf ga ik nader in op de vraag hoe deze verschillende soorten schade kun-nen ontstaan. Daartoe schets ik een aantal situaties waarin het onrechtmatig handelen van het verdelend bestuursorgaan (mogelijk) schade veroorzaakt. Deze uiteenzetting dient twee doelen. Ten eerste wordt zo de werking van de hiervoor in par. 3 geformuleerde uitgangspunten geïllustreerd. Ten tweede kan aan de hand van de verschillende situatieschetsen de bewijsrechtelijke problematiek waarmee de eiser zich veelal geconfronteerd ziet, inzichtelijk worden gemaakt. Hierna ga ik eerst kort in op deze proble-matiek (par. 4.1). Vervolgens behandel ik vier ver-schillende praktijksituaties (par. 4.2).

4.1 Algemene bewijsproblemen

Om in aanmerking te komen voor schadevergoe-ding, moet de verliezer van een onregelmatig verlo-pen verdeelprocedure aantonen dat als het bestuur rechtmatig zou hebben gehandeld, hij het schaarse publieke recht zou hebben verworven.⁴⁵ Om ten-minste drie verschillende redenen is dat bewijs vaak lastig te leveren. Een eerste probleem is dat de verdeelcriteria vaak complex worden omschreven en beleidsgeladen zijn.⁴⁶ Als het bestuur stelt dat niet (volledig) aan een dergelijk criterium is voldaan, dan is het voor de eiser lastig om overtuigend tegenbe-wijs te leveren.⁴⁷ Een tweede probleem is dat de eiser

niet altijd kan beschikken over voldoende bewijsma-teriaal. Om te kunnen bewijzen dat zijn aanvraag ten onrechte is afgewezen, zal de eiser moeten aantonen dat zijn aanvraag ten onrechte lager is gerangschikt dan de wel toegewezen aanvraag of aanvragen.⁴⁸

Om dit bewijs te kunnen leveren, heeft de eiser vaak inzage nodig in stukken die betrekking hebben op zijn eigen aanvraag of die van derden. Een probleem dat zich daarbij al snel voordoet, is dat de eiser geen inzage kan krijgen in deze stukken, aangezien zij vertrouwelijke informatie bevatten (art. 8:29 Awb).⁴⁹ Een derde probleem tot slot is dat het bewijs dat de aanvraag ten onrechte is afgewezen, vaak een beoor-deling van een hypothetische gang van zaken vergt. Een onregelmatig verlopen verdeelprocedure hoeft niet altijd (geheel) opnieuw.⁵⁰ De vraag is dan wat de uitkomst van de verdeelprocedure zou zijn geweest als het bestuur rechtmatig zou hebben gehandeld. Deze uitkomst kan niet altijd met een voldoende mate van zekerheid worden gereconstrueerd. In die situatie is weliswaar duidelijk dat het bestuur een fout heeft gemaakt, maar kan heel lastig, of zelfs niet worden vastgesteld of deze fout ook schade heeft veroorzaakt.

4.2 Schadeveroorzakend handelen

Om de werking van de hiervoor in par. 3 gefor-muleerde uitgangspunten te illustreren en om de zojuist besproken bewijsrechtelijke problematiek nader uit te werken, behandel ik hierna enkele geval-len zoals die zich in de praktijk kunnen voordoen.

A. *Er is geen verdeelprocedure gevolgd*

Een schaars publiek recht kan ook zonder verdeel-procedure ('onderhands') aan een bepaalde aan-vrager worden toegekend. Een partij die graag had willen meedingen naar dat schaarse recht, kan zich door deze handelswijze benadeeld voelen en scha-devergoeding eisen. In deze situatie spelen met het oog op de schadevaststelling twee vragen. Ten eerste de vraag of het bestuur onrechtmatig handelt door het schaarse publieke recht onderhands te gunnen.⁵¹ Ten tweede de vraag of de eiser hierdoor schade heeft geleden. Hier concentreer ik mij op deze laat-ste vraag. Als vaststaat dat het bestuur onrechtmatig heeft gehandeld jegens een bepaalde partij door een schaars publiek recht onderhands te gunnen aan een andere partij, dan rijzen er lastige vragen met betrekking tot de schade. Tenzij er alsnog een verdeelprocedure wordt georganiseerd, is de schade-vaststelling vrijwel onmogelijk. Of de eiser als win-naar uit de bus zou zijn gekomen, als het schaarse recht in competitie zou zijn verdeeld, is immers van een groot aantal onzekere factoren afhankelijk. De belangrijkste daarvan is ongetwijfeld de keuze voor een verdeelprocedure en de inrichting daarvan. Naar mijn inschatting zal de benadeelde het bewijs van de schade vrijwel nooit kunnen leveren. Ook het bewijs dat de benadeelde een reële kans op gunning zou hebben gehad, zal meestal lastig te leveren zijn.

B. Een aanvrager wordt ten onrechte wel of niet geselecteerd voor deelname

Vast onderdeel van iedere verdeelprocedure is de selectie van aanvragers voor deelname. Deze selectie bestaat uit twee stappen. Eerst moet worden gekeken of een aanvraag in behandeling kan worden genomen (art. 4:5 Awb). Stap twee is dat de in behandeling genomen aanvragen aan de drempelvoorwaarden worden getoetst. Bij beide stappen kunnen fouten worden gemaakt. Zo begaat het bestuur bij lotingen of 'wie het eerst komt, het eerst maalt'-procedures regelmatig de fout onvolledige aanvragen mee te laten tellen of loten. Daardoor worden aanvragers die de tijd en de moeite hebben genomen om een volledige aanvraag in te dienen benadeeld ten opzichte van degenen die snel een *pro forma*-aanvraag hebben ingeleverd.⁵² Bij het toetsen aan de drempelvoorwaarden kan het bestuur bijvoorbeeld de relevante feiten verkeerd vaststellen, of de voorwaarden verkeerd uitleggen of toepassen.⁵³ Een selectiefout kan ertoe leiden dat de aanvraag van de eiser ten onrechte van deelname wordt uitgesloten,⁵⁴ of dat aanvragen van derden ten onrechte tot de verdeelprocedure worden toegelaten.⁵⁵ Een combinatie van beide fouten is uiteraard ook mogelijk. Als de eiser kan bewijzen dat zijn aanvraag zonder de gemaakte selectiefout(en) zou zijn toegewezen, maakt hij, afhankelijk van de vraag of zijn aanvraag alsnog is toegewezen, aanspraak op vergoeding van

het positief belang respectievelijk vertragingsschade. Als de eiser hooguit kan aantonen dat hij een kansrijke gegadigde was, lijdt hij kansschade.

De eiser die schadevergoeding wenst omdat zijn aanvraag ten onrechte is uitgesloten van deelname aan de verdeelprocedure kan voor ingewikkelde bewijsproblemen komen te staan. Tenzij zijn aanvraag alsnog is toegelaten, of de verdeelprocedure opnieuw is gedaan, vergt de schadevaststelling een beoordeling van wat er gebeurd zou zijn als de aanvraag van eiser niet zou zijn uitgesloten. Soms is een dergelijke inschatting onmogelijk. Zo kan een eiser die ten onrechte is uitgesloten van deelname aan een loting onmogelijk bewijzen dat het lot op zijn aanvraag zou zijn gevallen. In die situatie kan er dus hooguit sprake zijn van kansschade. In andere gevallen is het geven van een inschatting weliswaar niet onmogelijk, maar vanwege het grote aantal onzekere factoren toch vrijwel ondoenlijk. Deze situatie doet zich bijvoorbeeld voor als de eiser ten onrechte is uitgesloten van deelname aan een veiling in meerdere ronden, waarbij deelnemers tegen elkaar op kunnen bieden. Ook dan lijdt de eiser hooguit kansschade.

Er zijn ook situaties denkbaar waarin een reconstructie van de rechtmatige gang van zaken wel mogelijk is. Neem bijvoorbeeld het geval waarin de eiser ten onrechte is uitgesloten van deelname aan een 'wie het eerst komt, het eerst maalt'-procedure.

41 Zie voor een voorbeeld hierna par. 4.2.

42 Akkermans & Pijnacker Hordijk 2001, p. 32. Voor zover ik kon nagaan is deze jurisprudentie er anno 2011 nog steeds niet.

43 Net als Den Ouden & Tjepkema, zoekt ook Akkermans de grondslag voor vergoeding van dispositieschade in een schending van het opgewekte vertrouwen c.q. het vertrouwensbegin-sel. Zie W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema, 'Schadevergoeding bij de intrekking van begunstigende beschikkingen', *O&A* 2010, p. 152-173.

44 Akkermans & Pijnacker Hordijk 2001, p. 33. In hun artikel werken de beide auteurs hun verschillende uitgangspunten voor een aantal praktijksituaties nader uit. Zij komen daarbij steeds tot afwijkende uitkomsten.

45 Zie par. 3.1.

46 Zo moeten hulporganisaties die in aanmerking willen komen voor een subsidie van het Ministerie van BZ bewijzen (in hun aanvraag) dat 'planning, monitoring en evaluatie (PM&E) is verankerd in de organisatie op zodanige wijze dat sprake is van samenhang tussen visie, doelstellingen, activiteiten, resultaten en PM&E'. Zie Art. 4.2.7.a van het Aanvraagstramien behorend bij het Beleidskader MFS-II, te raadplegen via www.minbuza.nl/mfs.

47 Vgl. D.A. Verburg, 'De bestuursrechter: van des werkmans beste raadsman tot bewijsrechtelijke spelverdeler – 15 jaar bewijsrecht onder de Awb', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak, *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Bju 2010, p. 273-274; Y.E. Schuurmans, 'De eigen aard van het bestuursrechtelijk bewijsrecht', in: R.J.N. Schlössels e.a., *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?* (VAR-reeks 142), Den Haag: Bju 2009, p. 127-130.

48 Hij zal bijvoorbeeld moeten bewijzen dat zijn aanvraag eerder is ingediend ('wie het eerst komt, het eerst maalt'), dat deze beter scoort dan de winnende aanvraag (vergelijkende toets), of dat hij een aantrekkelijker bod heeft uitgebracht (veiling).

49 Zie J.M.J. van Rijn van Alkemade, 'Rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse subsidies: motivering en (processuele) openbaarheid', in: Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 381-411; E.J. Daalder, 'De Awb en de toegang tot informatie tijdens bestuursrechtelijke procedures', in: Barkhuysen, Den Ouden & Polak 2010, p. 397-409.

50 Zie bijv. CBB 18 november 2010, *AB* 2011/37, m.nt. C.J. Wolswinkel, waarin de rechtsgevolgen van een onjuist uitgevoerde loting in stand worden gelaten.

51 De vraag wanneer de overheid verplicht is om een schaars publiek recht 'in competitie' te verdelen, is een leerstuk dat nog volop in ontwikkeling is. Wel tendert de rechtsontwikkeling duidelijk richting het aannemen van een plicht tot het creëren van mededingingsruimte. Zie F.J. van Ommeren, 'Schaarse publieke rechten: een verplichting tot het creëren van mededingingsruimte?', in: Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 237-268. Zie recentelijk bijv. *ABRvS* 23 maart 2011, *LJN* BP8768 (*Betfair*).

52 Zie bijv. CBB 20 december 2007, *AB* 2008/31, m.nt. C.J. Wolswinkel.

53 Zie bijv. Rb. Amsterdam 3 juli 2009, *LJN* BJ9959; Rb. Alkmaar 4 november 2008, *LJN* BG4870; CBB 4 april 2006, *LJN* AW5689.

54 Zie bijv. Rb. Amsterdam 3 juli 2009, *LJN* BJ9959 (*Sigma/Filmfonds*).

55 Zie voor een voorbeeld van dit laatste de uitspraken in de zogenaamde 'BEVAR-affaire': *ABRvS* 19 september 2001, *AB* 2001/357; *ABRvS* 26 september 2001, *AB* 2001/356; *ABRvS* 20 augustus 2003, *AB* 2003/404, alle m.nt. N. Verhey. In deze zaak had de Minister van LNV het gepresteerd om schaarse subsidies toe te kennen aan aanvragers die o.g.v. de subsidie-regeling in het geheel niet voor subsidie in aanmerking hadden mogen komen.

Of de eiser recht heeft op schadevergoeding, is dan afhankelijk van de vraag of de uitgesloten aanvraag tijdig genoeg was ingediend om gehonoreerd te kunnen worden. Of dit zo is, kan objectief worden vastgesteld. Toch kunnen ook hier bewijsproblemen spelen. De eiser weet bijvoorbeeld niet hoeveel subsidie er op het moment van indiening van zijn aanvraag reeds was toegekend aan eerder ingediende aanvragen, of hoeveel onvolledige aanvragen ten onrechte zijn meegeteld, en kan geen inzage krijgen in de stukken die hierop een licht kunnen werpen.⁵⁶

C. De aanvraag van de eiser of een derde wordt verkeerd beoordeeld

Na de selectie van de aanvragen voor deelname, volgt de beoordeling en rangschikking van de geselecteerde aanvragen in het licht van de verdeelcriteria. Geschillen over de uitvoering van een verdeelprocedure hebben meestal betrekking op deze fase. Met name de vergelijkende toets lijkt een foutgevoelige verdeelprocedure te zijn. De jurisprudentie biedt althans verschillende voorbeelden van aanvragen die op een ondoorzichtige of onzorgvuldige wijze zijn beoordeeld en gerangschikt.⁵⁷ Behalve bij vergelijkende toetsen, kunnen ook bij andere verdeelprocedures beoordelingsfouten worden gemaakt. Zo kunnen bij een veiling bijvoorbeeld fouten worden gemaakt bij het beoordelen van de geldigheid van een uitgebracht bod, of het gedrag van de deelnemers.⁵⁸ Ook bij de uitvoering van een loting wordt wel eens gestunteld.⁵⁹ Een onrechtmatige beoordeling en rangschikking van de geselecteerde aanvragen veroorzaakt schade als zij ertoe leidt dat de aanvraag van de eiser ten onrechte 'onder de streep' wordt gerangschikt en afgewezen. Afhankelijk van de vraag of de aanvraag vervolgens alsnog is toegewezen, heeft de eiser dan recht op vergoeding van het positief belang, respectievelijk zijn vertragungsschade. Kan hij daarentegen hooguit aantonen dat er een reële kans is dat zijn aanvraag bij een juiste beoordeling zou zijn toegewezen, dan lijdt hij wederom kansschade.

Ook in het geval van een beoordelingsfout kan de eiser voor ingewikkelde bewijsproblemen komen te staan. Zo zijn de vergelijkingscriteria van een vergelijkende toets zoals gezegd vaak complex omschreven. Het gevolg is dat het bestuur bij het beoordelen en rangschikken van de geselecteerde aanvragen in het licht van deze criteria een ruime mate van beoordelingsvrijheid heeft. Door deze combinatie van factoren heeft het bestuur veelal de mogelijkheid om zich op het standpunt te stellen dat een juiste beoordeling niet tot een andere beslissing op de aanvraag zou hebben geleid. Het leveren van overtuigend tegenbewijs is in dat geval niet eenvoudig. Zo kan het aanvechten van het bestuursoordeel een weerlegging van een deskundigenoordeel vergen, met alle complicaties vandien.⁶⁰ Ook kan de bewijslevering worden bemoeilijkt doordat de eiser geen inzage kan krijgen in op de zaak betrekking hebbende stukken.⁶¹ Tot slot kan in veel gevallen

niet of nauwelijks worden gereconstrueerd tot welke uitkomst een rechtmatig verlopen verdeelprocedure zou hebben geleid. Hoe zou een onvooringenomen beoordelingscommissie de afgewezen aanvraag hebben beoordeeld?⁶² Een soortgelijk probleem kan zich ook voordoen bij een veiling. Wie zou de veiling hebben gewonnen als het bod van deelnemer X niet ongeldig was verklaard? Wie zou gewonnen hebben als deelnemer Y niet van verdere deelname was uitgesloten? In dergelijke gevallen zal de eiser hooguit kunnen bewijzen dat hij kansschade heeft geleden.

D. Een onjuiste verdeling wordt ongedaan gemaakt

Hoewel het voorgaande wellicht anders doet vermoeden, komt het in de praktijk soms voor dat een verdelend bestuursorgaan naar aanleiding van een bestuursrechtelijke procedure tot de conclusie komt dat een schaars publiek recht ten onrechte aan de eiser is onthouden, of omgekeerd, ten onrechte niet aan de eiser is toegekend.⁶³ In dat geval moet het bestuur de afwijzing van eisers aanvraag herroepen en deze alsnog toewijzen. Hoewel de eiser hierdoor materieel rechtsherstel verkrijgt, zal hij veelal vertragungsschade hebben geleden door de eerdere onterechte afwijzing van zijn aanvraag. Een bijzondere complicatie die zich in deze situatie kan voordoen, is dat het rechtsherstel van de eiser een inbreuk vergt op de rechtspositie van degene aan wie het bestuur, naar nu blijkt, ten onrechte een schaars recht heeft toegekend. Dit kan bijvoorbeeld gebeuren bij de verdeling van schaarse vergunningen. Als het vergunningenplafond is bereikt, dan kan het bestuur zich genoodzaakt zien om over te gaan tot de intrekking of herroeping van een onterecht aan een derde verleende vergunning. Hierdoor kan deze derde dispositieschade lijden. Vertrouwend op de juistheid van de aan hem verleende beschikking heeft hij bijvoorbeeld omvangrijke investeringen gepleegd, die nu voor niets blijken te zijn gedaan.⁶⁴

Een goed voorbeeld van deze situatie biedt het geschil tussen radiostations 100% NL, RTL FM en de Minister van EZ.⁶⁵ In 2003 verloor radiostation 100% NL een verdeelprocedure voor de verdeling van een schaarse radiofrequentie van concurrent RTL FM. De daaropvolgende bestuursrechtelijke procedure werd echter gewonnen door 100% NL. In 2006 zag de minister zich genoodzaakt om de vergunning van RTL FM in te trekken en deze alsnog te verlenen aan 100% NL. Voor 100% NL had deze ongetwijfeld zoete overwinning een zure bijmaak: aangezien de vergunning een vaste looptijd had (acht jaar en drie maanden), die, vanwege de voor 2011 geplande herverdeling van de in 2003 uitgegeven frequenties, niet kon worden verlengd, kon zij nog maar vijf jaar van haar vergunning gebruik maken. In hoger beroep klaagde 100%NL dat de rendabele exploitatie van de vergunning hierdoor gevaar liep.⁶⁶ Zij had haar bedrijfsplan immers gebaseerd op een langere looptijd. Bovendien had zij een belangrijke achterstand opgelopen ten opzichte van haar concurrenten, die al sinds 2003 een plek op

de markt hadden kunnen veroveren. Ook RTL FM claimde schade. Zij klaagde dat zij slechts drie jaar van haar vergunning gebruik had kunnen maken, met als gevolg dat zij haar investering niet meer terug kon verdienen, maar wel bleef zitten met de in de eerste jaren gemaakte aanloopverliezen.

5 Schadevergoeding en de schadevergoedingsprocedure

De functie van het (bestuurs)procesrecht is om burgers in staat te stellen om de rechten die zij aan het materiële recht ontleen, daadwerkelijk te realiseren.⁶⁷ Hiervoor is uiteengezet welke soorten schade er in de context van een onregelmatig verlopen verdeelprocedure kunnen ontstaan en onder welke omstandigheden deze voor vergoeding in aanmerking komen, of eventueel zouden kunnen komen. Hierna ga ik na in hoeverre benadeelden op basis van de huidige jurisprudentie deze verschillende schadeclaims daadwerkelijk bij de bestuursrechter en burgerlijke rechter als schadevergoedingsrechter kunnen realiseren. Daarbij trek ik hier en daar ook de vergelijking met de situatie in het aanbestedingsrecht. Ik ga achtereenvolgens in op de (on)mogelijkheden voor een verliezer van een onregelmatig verlopen verdeelprocedure om vergoeding te krijgen van het positief belang en vertragingsschade (par. 5.1), kansschade (par. 5.2), de gemaakte deelnemingskos-

ten c.q. het negatief belang (par. 5.3) en dispositie-schade (par. 5.4).

5.1 Vergoeding van het positief belang en vertragingsschade

Hiervoor is als uitgangspunt genomen dat de verliezer van een verdeelprocedure alleen aanspraak maakt op vergoeding van het positief belang als hij kan bewijzen dat hem als gevolg van de onrechtmatige daad ten onrechte geen schaars publiek recht is gegund.⁶⁸ Dit uitgangspunt sluit goed aan op de huidige jurisprudentie van de burgerlijke rechter en de bestuursrechter. Ingevolge deze jurisprudentie staat met de vernietiging van de beslissing op bezwaar de aansprakelijkheid van de overheid voor de schade veroorzaakt door het primaire besluit (bij schaarse publieke rechten meestal de afwijzing van de aanvraag), niet automatisch vast.

De Hoge Raad stelt voorop dat met de vernietiging van de beslissing op bezwaar nog niet is gegeven dat ook het primaire besluit onrechtmatig is. Het antwoord op de vraag of het primaire besluit rechtmatig of onrechtmatig is, hangt in het algemeen af van de besluitvorming die na de vernietiging van de beslissing op bezwaar plaatsvindt. Als het primaire besluit na de vernietiging van de beslissing op bezwaar in stand is gebleven en onherroepelijk is geworden, dient de burgerlijke rechter uit te gaan van de rechtmatigheid van dit besluit, ook voor zover de recht-

⁵⁶ Vgl. CBB 15 december 1999, *AB* 2000/109 en CBB 20 september 2002, *LJN* AE9952. In beide zaken legde het CBB art. 7:4 Awb zo uit dat aanvragen die in het kader van een verdeelprocedure zijn toegewezen, geen betrekking hebben op de zaak van een afgewezen aanvrager. De afgewezen aanvrager kreeg oftewel geen inzage in de toegewezen aanvragen. In CBB (vzr.) 29 juli 2010, *AB* 2010, m.nt. JvRvA, kreeg de afgewezen aanvrager wel gedeeltelijk inzage in (stukken behorend bij) een toegewezen aanvraag.

⁵⁷ Van een ondoorzichtige beoordeling is sprake als een beoordelingscommissie er niet in slaagt om inzichtelijk te maken hoe zij bij het beoordelen van aanvragen te werk is gegaan, of hoe zij tot haar oordeel over een individuele aanvraag is gekomen (zie o.a. ABRvS 22 juli 2009, *AB* 2010/138, m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade; Rb. Haarlem 16 april 2009, *LJN* BI2367; Rb. Amsterdam 18 november 2008, *LJN* BG6018; Rb. Arnhem 31 januari 2008, *LJN* BC3256; CBB 7 juni 2007, *LJN* BA7445; CBB 20 april 2006, *LJN* AY4188; CBB 17 januari 2006, *LJN* AV0554). Van een onzorgvuldige beoordeling kan bijv. sprake zijn als de beoordelingscommissie zich heeft gebaseerd op onjuiste of onvolledige feiten, als zij door haar samenstelling of werkwijze de schijn van vooringenomenheid tegen zich heeft gekregen, of als zij de vergelijkingscriteria op een inconsistente wijze heeft toegepast (zie o.a. CBB 18 juli 2006, *LJN* AY7017; CBB 11 december 2003, *LJN* AO1591; ABRvS 24 maart 2010, *AB* 2010/137, m.nt. W. den Ouden; ABRvS 19 augustus 2009, *JB* 2009/216, m.nt. Albers; Rb. Arnhem 26 augustus 2003, *LJN* AJ6842; ABRvS 16 april 1997, *AB* 1998/75; CBB 18 juli 2006, *LJN* AY7017).

⁵⁸ Zie Rb. Rotterdam 29 november 2002, *LJN* AF2578, voor een voorbeeld van dit laatste. In deze zaak klaagde Versatel over

het feit dat de veilingmeester concurrent Telfort niet van verdere deelname aan de veiling had uitgesloten, nadat Versatel van Telfort een 'dreigbrief' had ontvangen.

⁵⁹ Zie bijv. Rb. Roermond 26 november 2010, *LJN* BO6049.

⁶⁰ Dit probleem speelt bijvoorbeeld heel sterk bij de verdeling van schaarse kunstsubsidies. Zie E.M.J. Hardy, 'Advisering in de Kunst. De Cultuurnota 2005-2008: subsidieprocedure, deskundigenadvies en rechtsbescherming', *JBplus* 2009, p. 106-127.

⁶¹ Zie bijv. CBB 21 maart 2007, *AB* 2007/215 en CBB 18 april 2007, *AB* 2007/216, beide m.nt. Cartigny. Eisers in deze zaak betoogden (o.a.) dat het bedrijfsplan van hun concurrent ten onrechte hoger was gewaardeerd dan hun eigen bedrijfsplan, maar konden geen inzage krijgen in de concurrerende bedrijfsplannen, noch in de daarover door een externe deskundige uitgebrachte rapporten.

⁶² Vgl. ABRvS 24 maart 2010, *AB* 2010/137, m.nt. W. den Ouden.

⁶³ Zie bijv. CBB 11 juli 2007, *LJN* BA9351.

⁶⁴ Zie uitgebreid over vergoeding van dispositieschade bij intrekking van begunstigende beschikkingen: W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema, 'Schadevergoeding bij de intrekking van begunstigende beschikkingen', *O&A* 2010, p. 152-173.

⁶⁵ Rb. Rotterdam (vzr.) 3 juli 2003, *LJN* AH9748; Rb. Rotterdam 5 oktober 2005, *LJN* AU3838; CBB (vzr.) 30 juni 2006, *LJN* AX9669; CBB 30 mei 2007, *LJN* BA5525.

⁶⁶ CBB 11 juli 2007, *LJN* BA9351.

⁶⁷ M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2011, p. 2.

⁶⁸ Zie par. 3.1.

matigheid ervan wordt beoordeeld naar het tijdstip waarop het is genomen.⁶⁹

De bestuursrechter volgt een andere, minder strenge benadering. In deze benadering hangt de (on)rechtmatigheid van het primaire besluit niet af van de uitkomst van de herstelbesluitvorming, maar van de vernietigingsgrond. Uitgangspunt van de Afdeling is dat als de beslissing op bezwaar (het secundaire besluit) is vernietigd wegens een gebrek dat ook kleeft aan het primaire besluit, de vernietiging van het secundaire besluit ook de onrechtmatigheid van het primaire besluit impliceert.⁷⁰ Daarbij maakt het geen verschil of het gebrek formeel of materieel van aard is.⁷¹ Wel is de uitkomst van de herstelbesluitvorming van belang voor de bepaling van het causaal verband. Volgens de Afdeling is er geen sprake van causaal verband, 'indien ten tijde van het nemen van het rechtens onjuiste besluit een rechtmatig besluit zou hebben kunnen worden genomen, dat naar aard en omvang eenzelfde schade tot gevolg zou hebben gehad.' Bij het beantwoorden van de vraag of een rechtmatig besluit genomen had kunnen worden, speelt de uitkomst van de herstelbesluitvorming een belangrijke, maar geen doorslaggevende rol: 'Dat later, zonder dat de daarvoor in aanmerking te nemen feiten en omstandigheden zijn gewijzigd, een besluit is genomen dat niet is vernietigd, maakt *in beginsel* (curs. JRA) aannemelijk dat zo'n besluit inderdaad zou hebben kunnen worden genomen.'⁷² Op basis van deze jurisprudentie is het voor de verliezer van een onregelmatig verlopen verdeelprocedure

Het is voor de eiser vaak bijzonder lastig om te bewijzen dat zijn aanvraag zonder de gemaakte fout zou zijn toegewezen

niet gemakkelijk om schadevergoeding te krijgen. Hiervoor is al uiteen gezet dat het voor de eiser vaak bijzonder lastig, of zelfs onmogelijk is om te bewijzen dat zijn aanvraag zonder de gemaakte fout zou zijn toegewezen.⁷³ Daar komt bij dat de bestuursrechter, oordelend over de beslissing op bezwaar, zich vaak niet uitlaat over de (on)juistheid van het primaire besluit. Dat heeft tenminste twee redenen. Bij het beoordelen en rangschikken van aanvragen komt het bestuur veelal beoordelingsvrijheid toe.⁷⁴ Bovendien vergt de besluitvorming in het kader van een verdeelprocedure vaak een bijzondere deskundigheid (zeker in het geval van een vergelijkende toets). Het bestuur komt met andere woorden het primaat toe bij het beoordelen en rangschikken van aanvragen. Zelden dwingt de uitspraak van de bestuursrechter het bestuur om een gemaakte verdeling aan te passen.⁷⁵ Vindt er geen aanpassing plaats, dan is een vordering bij de burgerlijke rechter vrijwel kansloos. Bij de bestuursrechter daarentegen maakt de vordering meer kans. Dat

het nieuwe besluit in stand is gebleven, vormt in de benadering van de bestuursrechter niet meer dan een sterke aanwijzing dat er geen causaal verband is tussen het vernietigde besluit en de schade. De eiser kan nog tegenbewijs leveren. Gelet op hetgeen in het voorgaande is betoogd, zal dat in de meeste gevallen echter niet gemakkelijk zijn.

Dat de bestuursrechter zich vaak niet (expliciet) uitspreekt over de (on)juistheid van de rangschikking van de afgewezen aanvrager, is op zichzelf heel begrijpelijk, maar leidt wel tot een bijzonder rechtsbeschermingsprobleem. Nadat de bestuursrechter het bestreden besluit heeft vernietigd, is het aan het bestuur om te beslissen over het lot van het primaire besluit (de afwijzing). Het gevolg is dat het debat over de (on)juistheid van het afwijzingsbesluit, dat tijdens de fase van (hoger) beroep geen duidelijke winnaar heeft opgeleverd, uiteindelijk wordt beslecht in de bezwaarfase, waarin het geschil na de vernietiging weer terugkeert. De eiser zal daarbij moeten proberen om het verdelende bestuursorgaan ertoe te bewegen om het primaire besluit te herroepen of in te trekken. Veelal zal dit een heilloze weg zijn. Aan herroeping of intrekking van het primaire afwijzingsbesluit zal het bestuur zoveel mogelijk willen ontkomen.⁷⁶ Daardoor ontstaan immers aansprakelijkheidsrisico's. Daar komt bij dat het herstel van gebreken in besluiten die zijn genomen in het kader van een verdeelprocedure, het bestuur voor bijzondere problemen kan stellen. Vaak bestaan er onoverkomelijke praktische bezwaren tegen het overdoen van onderdelen van de verdeelprocedure, laat staan de gehele verdeelprocedure.

Neem bijvoorbeeld de volgende casus.⁷⁷ Eiser, een medische wetenschapper, had meegedongen naar een door de Nederlandse organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek (NWO) verstrekte onderzoekssubsidie. Deze subsidie werd verdeeld door middel van een vergelijkende toets. Eisers aanvraag was op het nippertje afgewezen: de beste 22 aanvragen konden worden gehonoreerd, maar zijn aanvraag was als 23e geëindigd. Deze lage rangschikking was in beslissende mate te wijten aan een slecht verlopen interview met de beoordelingscommissie. De Afdeling oordeelde dat de besluitvorming op dit punt onzorgvuldig was geweest. Het verloop van het interview was in belangrijke mate bepaald door één persoon, van wie de vraagstelling 'niet op alle onderdelen blijk gaf van de zakelijke afstandelijkheid en de helderheid die in het kader van een interview als dit verwacht mag worden'. Over de (on)juistheid van de afwijzing rept de Afdeling met geen woord. Uiteindelijk werd het besluit vernietigd wegens een motiveringsgebrek, aangezien de bezwaarcommissie onvoldoende had gemotiveerd waarom zij de resultaten van het interview een doorslaggevend gewicht had toegekend.

In dit voorbeeld zou het problematisch zijn geweest om een nieuw interview te organiseren: de leden van de NWO-beoordelingscommissie (doorgaans druk bezette wetenschappers die regelmatig in het buiten-

land verblijven) zouden mogelijk niet meer beschikbaar zijn geweest. Daarnaast zou het lastig zijn om, jaren na dato, de resultaten van het nieuwe interview nog eens af te zetten tegen de resultaten destijds van de andere kandidaten. Als de score van de eiser naar aanleiding van het nieuwe interview hoger zou zijn uitgevallen, zou dit bovendien tot gevolg kunnen hebben dat zijn aanvraag alsnog zou moeten worden toegewezen, zodat het subsidieplafond voor dat jaar zou worden overschreden. Bij die stand van zaken is het voor het verdelende bestuursorgaan aantrekkelijker om een nieuwe motivering aan de beslissing op bezwaar te geven, waarin nog eens wordt uitgelegd waarom aan de resultaten van het gewraakte interview toch een doorslaggevend gewicht kon en mocht worden toegekend.

Een nog krachtigere prikkel om het primaire besluit overeind te houden bestaat er voor het bestuursorgaan, als het geconstateerde gebrek een gebrek is

dat kleeft aan alle toe- of afwijzingsbesluiten die in het kader van de desbetreffende verdeelprocedure zijn genomen. Stel bijvoorbeeld dat de beoordelingscommissie bij het beoordelen van innovatieve projectvoorstellen uit is gegaan van een onjuist referentiekader, zodat in feite alle aanvragen langs de verkeerde meetlat zijn gelegd. Voor het bestuur is er in die situatie veel aan gelegen om vol te houden dat ook bij het gebruik van een juist referentiekader, de aanvraag zou zijn afgewezen.⁷³ Anders komt er mogelijk een stroom bezwaarschriften op gang en ontstaat het risico dat er buiten het subsidieplafond om alsnog aanvragen moeten worden toegewezen. In theorie zou de eiser aan de gevolgen van de door de bestuurrechter en burgerlijke rechter gevolgde benadering kunnen proberen te ontkomen, door aan zijn vordering of verzoek een met het besluit samenhangende onrechtmatige feitelijke handeling ten grondslag te leggen. Zo zou de eiser uit het NWO-

- 69 HR 19 december 2008, AB 2010/147, m.nt. F.J. van Ommeren, *JB* 2009/71, m.nt. R.J.N. Schlössels (*Hoogland/Rotterdam*) en HR 13 oktober 2006, AB 2007/270, m.nt. G.A. van der Veen (*Gerridzen/Enschede*). Onder omstandigheden is de HR bereid om uit de vernietiging van het secundaire besluit de (on)rechtmatigheid van het primaire besluit af te leiden. Zie HR 26 februari 1988, NJ 1988/489 (*IJsselmuiden/Brink*) en HR 19 januari 1996, *JB* 1996/62 (*Eijsden/Caelen*). Zie ook M.E. Gelpke, 'De rechtmatigheidsbeoordeling van primaire besluiten door de burgerlijke rechter en de bestuursrechter', *O&A* 2007, p. 155-162.
- 70 ABRvS 15 december 2004, *JB* 2005/58, m.nt. R.J.N. Schlössels (*Meerssen*); ABRvS 15 december 2004, *LJN* AR7587 (*Ameland*). In ABRvS 20 mei 2009, *LJN* BI4497 en ABRvS 2 februari 2011, *JB* 2011/64 overweegt de Afdeling dat 'indien een besluit niet is herroepen of vernietigd, dient van de rechtmatigheid van dat besluit te worden uitgegaan, tenzij sprake is van bijzondere, zeer klemmende omstandigheden die ertoe zouden moeten leiden dat een uitzondering op dat uitgangspunt moet worden gemaakt'. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat de Afdeling zich heeft aangesloten bij de zojuist besproken jurisprudentie van de Hoge Raad. Vgl. B.P.M. van Ravens, 'Kroniek schadevergoeding (w.o. onrechtmatige overheidsdaad)', *NTB* 2008, p. 207-208. Nadere bestudering van de beide uitspraken doet echter vermoeden dat de Afdeling met zijn algemene overweging zich niet zozeer uitspreekt over de wijze waarop de (on)rechtmatigheid van het primaire besluit dient te worden vastgesteld, maar slechts de regel van de formele rechtskracht formuleert. In beide zaken had de eiser namelijk geen bezwaar gemaakt tegen het schadeveroorzakende besluit, waardoor dit besluit onherroepelijk was geworden.
- 71 B.P.M. van Ravens, 'De Amelandse benzinstations – de koers van de Afdeling in het besluitenansprakelijkheidsrecht', *O&A* 2009, p. 19-20.
- 72 ABRvS 15 december 2004, *JB* 2005/58, m.nt. R.J.N. Schlössels; ABRvS 15 december 2004, *LJN* AR7587. Zie nader over de causaliteitsbenadering van de burgerlijke rechter en bestuursrechter S.A. Gawronski, 'Bestuursrechtelijke causaliteit in verlengde besluitvorming. De invloed van BIP/BOB op overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige besluiten', in: R.M.A. van der Poel, D.A. Scheentjes & T.B.D. van der Wal (red.), *Causaliteit. Top-down en bottom-up in Nederlands en transnationaal perspectief*, Antwerpen: Maklu 2010, p. 89-103. C.N.J. Kortmann, 'Schade na vernietiging en verlengde besluitvorming: een doos van Pandora', *NTB* 2002, p. 96-106; C.N.J. Kortmann, 'Pandora revisited. Twee principiële Afdelingsuitspraken over causaal verband bij vernietigde besluiten', *Gst.* 2005, p. 257-267.

- 73 Zie par. 3.
- 74 Dat geldt ook voor ogenschijnlijk 'eenvoudige' verdeelprocedures als de veiling of de 'wie het eerst komt, het eerst maalt'-procedure. Zo moet het bestuur bij een veiling vaak beoordelen of een uitgebracht bod geldig is en moet in het geval van een 'wie het eerst komt, het eerst maalt' worden beoordeeld of en wanneer een volledige aanvraag is ingediend.
- 75 De jurisprudentie lijkt dit beeld te bevestigen. Zo komt het slechts zelden voor dat de rechter, zelf in de zaak voorziend, de afgewezen aanvraag van de eiser alsnog toewijst, of omgekeerd, de toegewezen aanvraag van een derde alsnog afwijst (zie bijv. ABRvS 8 juli 2009, *LJN* BJ1893; Rb. Amsterdam 3 juli 2009, *LJN* BJ9959). Veel vaker laat de bestuursrechter de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand, aangezien de geconstateerde onregelmatigheden naar zijn inschatting niet van doorslaggevende invloed kunnen zijn geweest op de positie van de aanvraag op de ranglijst (Zie o.a. CBB 4 februari 2011, *LJN* BP4812; Rb. Rotterdam 6 januari 2011, *LJN* BP0013; CBB 18 november 2010, AB 2011/37, m.nt. C.J. Wolswinkel; CBB 24 juni 2008, *LJN* BD6039; CBB 17 januari 2006, *LJN* AV0554; CBB 23 januari 2004, *Gst.* 2004/102, m.nt. L.J.A. Kessen). Met name aan de jurisprudentie over vergelijkende toetsen valt op, dat als het beroep van de eiser tegen de beslissing op bezwaar gegrond wordt verklaard, de bestuursrechter regelmatig in het midden laat of de afwijzing van de aanvraag terecht is (zie bijv. Rb. Amsterdam 23 april 2010, *LJN* BN2922; ABRvS 24 maart 2010, AB 2010/137, m.nt. W. den Ouden; Rb. Rotterdam 6 augustus 2009, *LJN* BJ5565; CBB 19 februari 2008, *LJN* BC4630; Rb. Arnhem 31 januari 2008, *LJN* BC3256; CBB 7 juni 2007, *LJN* BA7445; CBB 18 juli 2006, *LJN* AY7017; CBB 20 april 2006, *LJN* AY4188; Rb. Rotterdam 5 oktober 2005, *LJN* AU3838; Rb. Amsterdam 26 augustus 2003, *JB* 2003/302, m.nt. A.R. Neerhof).
- 76 Vgl. C.N.J. Kortmann, 'Verstrik in een woud van ficties. Over aansprakelijkheid voor vernietigde beslissingen op bezwaar en besluiten in primo naar aanleiding van het arrest Enschede/Gerridzen', *NTBR* 2008, p. 55: 'Het laat zich raden dat het desbetreffende bestuursorgaan die onrechtmatigheid [van het primaire besluit, JRA] niet snel zal erkennen, noch expliciet, noch impliciet in de vorm van herroeping van het primaire besluit'. Kortmann spreekt niet over verdeelprocedures in het bijzonder, zijn uitspraak heeft een algemeen karakter.
- 77 ABRvS 25 februari 2009, AB 2009/222, m.nt. W. den Ouden en J.M.J. van Rijn van Alkemade.
- 78 Vgl. CBB 17 januari 2006, *LJN* AV0554, waarin het CBB het 'niet ongeloofwaardig' achtte dat de subsidieaanvraag van appellante, uitgaande van de juiste bio-olieprij, hoe dan ook niet in aanmerking zou zijn gekomen voor subsidie (r.o. 4.3-5).

voorbeeld bijvoorbeeld kunnen stellen dat de rangschikking van zijn aanvraag op plaats 23 het gevolg is van het onzorgvuldig verlopen interview (een feitelijke handeling) en dat hij door dit onzorgvuldig verlopen interview schade heeft geleden ten bedrage van de misgelopen subsidie. Bij de bestuursrechter is deze processtrategie niet mogelijk. Als hij bij het bestuursorgaan schadevergoeding vraagt, levert de afwijzende reactie van het bestuursorgaan vanwege het ontbreken van connexiteit geen zelfstandig schadebesluit op.⁷⁹ En verzoekt hij de bestuursrechter om schadevergoeding, dan stuit hij op de beperkingen van art. 8:73 Awb. Hoewel ruim geformuleerd, geeft art. 8:73 Awb de bestuursrechter enkel de bevoegdheid om te oordelen over schade veroorzaakt door een onrechtmatig besluit.⁸⁰ Zelfs als de schade niet het uitsluitende gevolg van een onrechtmatig besluit is, maar deze mede verband houdt met voorafgaande besluiten, of met privaatrechtelijk of feitelijk handelen, weigert de bestuursrechter in een enkel geval om het verzoek om schadevergoeding te behandelen.⁸¹

Bij de burgerlijke rechter is deze processtrategie niet bij voorbaat kansloos. Wel loopt hij een groot risico dat de vordering stuk loopt op het 'samenhangcriterium'. Want voor wat betreft schade veroorzaakt door onjuiste informatie heeft de Hoge Raad bepaald dat 'inlichtingen die zozeer samenhangen met het beoogde besluit, dat zij ten opzichte daarvan een onzelfstandig karakter dragen, hoezeer ook onjuist, in beginsel [worden] gedekt door de formele rechtskracht van dat besluit'.⁸² Een deelnemer die meent door een inlichting van het verdelende bestuursorgaan 'op het verkeerde been' te zijn gezet, zal dus mogelijk eerst de vernietiging van zijn in bezwaar gehandhaafde afwijzingsbesluit, of zelfs de herroeping van het daaraan ten grondslag liggende primaire besluit moeten bewerkstelligen, om bij de burgerlijke rechter met succes zijn schade te kunnen claimen. Daarbij is van tevoren vaak lastig in te schatten, wanneer aan het samenhangcriterium is voldaan.⁸³ Waarschijnlijk ziet het criterium ook op andere feitelijke (voorbereidings)handelingen dan het geven van inlichtingen.⁸⁴

Ook de verliezer van een onregelmatig verlopen *aanbesteding* heeft geen gemakkelijke weg te gaan als hij vergoeding van zijn positief belang vordert. Net als de verliezer van een onregelmatig verlopen verdeelprocedure, zal hij moeten aantonen dat hij de opdracht zou hebben verworven indien de aanbestedende dienst conform de toepasselijke voorschriften zou hebben gehandeld.⁸⁵ Ook hier speelt het probleem dat het bewijs van deze stelling een beoordeling van een hypothetische gang van zaken vergt, met alle complicaties van dien. Verschil is wel dat hij dit bewijs moet leveren ten overstaan van de onafhankelijke burgerlijke rechter, in plaats van dat hij eerst de aanbestedende dienst zelf moet laten toegeven dat er een fout is gemaakt, alvorens een goede kans te kunnen maken op schadevergoeding. Een tweede verschil met het bestuursrecht is dat aanbe-

stedende diensten, zoals gezegd, af en toe ook daadwerkelijk worden veroordeeld tot vergoeding van het positief belang c.q. de gederfde winst.⁸⁶ Het lijkt daarbij niet gewaagd om te veronderstellen dat dit tweede verschil samenhangt met het eerste verschil.

5.2 *Kansschade*

Op basis van de hiervoor besproken jurisprudentie van de burgerlijke rechter en de bestuursrechter heeft de verliezer van een onregelmatig verlopen verdeelprocedure nauwelijks mogelijkheden om schadevergoeding voor het verlies van een kans te vorderen.⁸⁷ Bij de burgerlijke rechter staat de hoofdregel dat een (nog) niet herroepen of vernietigd afwijzingsbesluit voor rechtmatig wordt gehouden, hieraan in de weg. Kenmerkend voor geschillen over schade ontstaan in de context van een onregelmatig verlopen verdeelprocedure is dat vaak onzeker is hoe het afwijzingsbesluit zou hebben geluid als de geconstateerde onregelmatigheden zich niet zouden hebben voorgedaan. In dat geval zegt de vernietiging van het bestreden (secundaire) besluit weinig tot niets over de (on)juistheid van het (primaire) afwijzingsbesluit. Blijft het primaire besluit na de vernietiging in stand, dan moet desalniettemin worden aangenomen dat de aanvraag terecht is afgewezen. Zoals gezegd kent ook de bestuursrechter veel gewicht toe aan de uitkomst van de verlengde besluitvorming.

Deze benadering komt in feite neer op een alles-of-niets-systeem: als de afwijzing is herroepen of vernietigd, heeft de eiser recht op schadevergoeding, zolang dit niet het geval is blijft hij in beginsel met lege handen achter.⁸⁸ Onder andere Schlössels heeft kritiek geuit op deze 'starre' jurisprudentie. Hij stelt voor dat, indien er onzekerheid blijft bestaan over de inhoud van een hypothetisch rechtmatige situatie, de rechter een gedeeltelijke schadevergoeding kan toekennen waarvan de omvang in beginsel wordt bepaald door de mate van waarschijnlijkheid dat de gedraging tot de gestelde schade heeft geleid.⁸⁹ Als deze benadering zou worden toegepast op aansprakelijkheidsgeschillen over de verdeling van schaarse rechten, dan zou het bestuursrecht zich aansluiten bij de ontwikkelingen in het aanbestedingsrecht. Daar wordt de mogelijkheid van vergoeding van schade in de vorm van het verlies van een kans zoals gezegd wel aanvaard. Toch moeten de verschillen niet worden overdreven. In de aanbestedingsrechtelijke praktijk heeft de proportionele benadering zoals gezegd nog nauwelijks wortel geschoten.⁹⁰

5.3 *Vergoeding van het negatief belang*

Ook voor vergoeding van deelnemingskosten die gemaakt zijn in het kader van een onregelmatig verlopen verdeelprocedure lijkt het besluitenaansprakelijkheidsrecht weinig ruimte te bieden. Waarschijnlijk loopt de vordering van de eiser stuk op het causaliteitsvereiste. Ten aanzien van het

causaliteitsvereiste volgen burgerlijke rechter en de bestuursrechter een iets andere benadering. Volgens de Afdeling is er geen sprake van causaal verband indien 'ten tijde van het rechtens onjuiste besluit een rechtmatig besluit zou hebben kunnen worden genomen, dat naar aard en omvang eenzelfde schade tot gevolg zou hebben gehad'.⁹¹ De Hoge Raad daarentegen kijkt niet of er een rechtmatig besluit *had kunnen worden genomen*, maar of de schade ook zou zijn veroorzaakt als er een rechtmatig besluit *zou zijn genomen*.⁹²

Voor wat betreft de vergoeding van deelnemingskosten leiden beide benaderingen tot dezelfde uitkomst. Over het algemeen zullen de deelnemingskosten die in het kader van een onregelmatig verlopen verdeelprocedure zijn gemaakt qua aard en omvang name-

lijk niet verschillen van de deelnemingskosten die zouden zijn gemaakt in het kader van een rechtmatig verlopen verdeelprocedure. Dat komt omdat deelnemingskosten over het algemeen voorafgaand aan een verdeelprocedure worden gemaakt. Zodoende worden zij gemaakt ongeacht of de verdeelprocedure een rechtmatig of onrechtmatig verloop kent. Voor vergoeding van deelnemingskosten bestaat wel ruimte als de gemaakte kosten verband houden met een onrechtmatige vergunning- of subsidievoorwaarde. Zonder deze voorwaarde, zouden de deelnemingskosten in dat geval immers niet zijn gemaakt.

5.4 Vergoeding van dispositieschade

Als een schaarse vergunning na afloop van een verdeelprocedure aan de verkeerde partij wordt toegekend, dan kan het rechtsherstel van de partij aan wie de vergunning had moeten worden gegund, zoals gezegd een inbreuk vergen op de rechtspositie van degene aan wie de vergunning daadwerkelijk is toegekend. Gaat het verdelend bestuursorgaan daadwerkelijk over tot de intrekking of herroeping van de onterecht verleende vergunning, dan lijdt de houder van deze vergunning dispositieschade. Mede naar aanleiding van het hiervoor (par. 3.5) besproken geschil tussen RTL FM, 100% NL en de Minister van EZ is de vraag opgeworpen of een partij als RTL FM aanspraak kan maken op vergoeding van de door haar geleden dispositieschade.⁹³ RTL FM zou immers kunnen worden tegengeworpen dat zij op eigen risico gebruik heeft gemaakt van een nog niet onherroepelijke vergunning, zodat de door haar geleden schade voor eigen rekening dient te blijven.⁹⁴ Ook zou RTL FM kunnen worden tegengeworpen dat zij geen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen heeft aangewend tegen de aan haar verleende vergunning, zodat de burgerlijke rechter in een geschil tussen haar en de Staat onverminderd van de rechtmatigheid van de vergunningverlening uit zou moeten gaan.⁹⁵

Beide verweren gaan naar mijn inschatting niet op. Om met het laatste punt te beginnen: onlangs heeft de Hoge Raad overwogen dat de regel van de formele rechtskracht niet van toepassing is in de situatie dat een aannemer schadevergoeding eist omdat een aan hem verleende (en door hem niet aangevochten) bouwvergunning naar aanleiding van het bezwaar van een derde is ingetrokken wegens strijd met de wet.⁹⁶ De Afdeling heeft zich bij deze jurisprudentie aangesloten.⁹⁷ In deze zaak was eveneens sprake van een eiser die geen rechtsmiddelen had aangewend tegen de verlening van een bouwvergunning aan hem, waarop verweerder hem de formele rechtskracht van dit besluit tegenwierp. In haar uitspraak oordeelt de Afdeling dat er in een dergelijk geval sprake is van 'klemmende omstandigheden' die nopen tot het maken van een uitzondering op de regel van de formele rechtskracht.

Verder meen ik dat er goede redenen zijn om aan te nemen dat het eigen risico-verweer niet onverkort

- 79 ABRvS 6 mei 1997, AB 1997/229, m.nt. P.J.J. van Buuren (Van Vlodrop).
- 80 Schlössels/Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 1379. Zie ook PG Awb II, p. 180.
- 81 Zie bijv. CRvB 9 september 2003, JB 2003/323, m.nt. G.E. van Maanen. Deze mogelijkheid heeft de bestuursrechter, omdat art. 8:73 Awb de bestuursrechter slechts de bevoegdheid geeft om verzoeken om schadevergoeding te behandelen, niet de plicht.
- 82 HR 9 september 2005, NJ 2006/99, m.nt. M.R. Mok (Kuijpers/Valkenswaard).
- 83 In de literatuur wordt het arrest Kuijpers/Valkenswaard verschillend uitgelegd. Zie bijv. R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009, p. 146-147; J.H.A. van der Grinten, 'Het samenhangcriterium van Kuijpers/Valkenswaard', O&A 2008, p. 226-238; Van Ommeren in AB 2006/86; Schlössels in JB 2005/75; Mok in NJ 2006/93; Van Ravels in AB 2007/12.
- 84 Vgl. B.P.M. van Ravels in zijn noot onder CRvB 9 december 2005, AB 2007/12.
- 85 Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 646; Niersman & Orobio de Castro 2008, p. 25; Akkermans & Pijnacker Hordijk 2001, p. 20.
- 86 Zie bijv. HR 9 mei 2008, LJN BC7679; Hof 's-Gravenhage 28 april 2005, JAAN 2007, 0075; Hof 19 juni 1990, JAAN 2007, 5170.
- 87 Zie par. 4.1.
- 88 Hooguit heeft hij recht op vergoeding van de vertragingsschade die is geleden in de periode tussen het nemen van het onrechtmatige bestreden besluit en het rechtmatige herstelbesluit. Vgl. De Groot 2007, p. 29.
- 89 Schlössels 2004, p. 83. Het voorstel van Schlössels heeft niet specifiek betrekking op aansprakelijkheidsgeschillen over schaarse publieke rechten.
- 90 Zie Rb. Utrecht 2001, BR 2002/91; Rb. 's-Gravenhage 29 maart 2000, rolno. 94/3490. Zie over deze laatste (niet-gepubliceerde) uitspraak Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 661. Zij spreken de verwachting uit dat de jurisprudentie inzake proportionele schadevergoeding zich geleidelijk aan verder zal ontwikkelen, maar dat de ruimte daarvoor niettemin beperkt zal blijven.
- 91 ABRvS 15 december 2004, JB 2005/58 (Meerssen); ABRvS 15 december 2004, LJN AR7587 (Ameland); ABRvS 1 september 2004, JB 2004/353.
- 92 HR 1 april 2005, JB 2005/136.
- 93 Schueler 2011, p. 367; De Groot 2007, p. 38.
- 94 HR 29 april 1994, AB 1994/530, m.nt. F.H. van der Burg (Schuttersduin c.q. Gemeenschappelijk Eigendom/Den Haag).
- 95 HR 19 juni 1998, AB 1998/416, m.nt. Th.G. Drupsteen (Kaveka).
- 96 HR 10 april 2008, LJN BH2598.
- 97 ABRvS 2 februari 2011, JB 2011/64.

van toepassing is in geval van dispositieschade geleden door de intrekking van een schaarse frequentievergunning.⁹⁸ Tussen een bouwvergunning en een frequentievergunning bestaan enkele relevante verschillen. Van belang is met name dat de houder van een frequentievergunning doorgaans minder mogelijkheden heeft om zijn recht tijdelijk ongebruikt te laten in afwachting van de uitkomst van bestuursrechtelijke procedures, dan de houder van een bouwvergunning. Zo kennen frequentievergunningen voor commercieel gebruik stevast een beperkte looptijd, gecombineerd met een 'uitrolverplichting' (de verplichting om binnen een bepaalde termijn van de vergunning gebruik te maken).⁹⁹ Om zijn investering terug te kunnen verdienen en om niet in strijd met de vergunningvoorwaarden te handelen, dient de houder van een frequentievergunning zijn vergunning zo snel mogelijk te benutten. Voor bouwvergunningen gelden dergelijke uitrol- en uitvoeringsverplichtingen doorgaans niet. Wel kan een bouwvergunning soms worden ingetrokken als deze te lang onbenut blijft, maar hiervan gaat een minder sterke stimulans uit om de vergunning zo snel mogelijk in gebruik te nemen. Al met al meen ik dat een aannemer met meer recht kan worden tegengeworpen dat hij voor eigen risico alvast gebruik heeft gemaakt van een nog niet onherroepelijke bouwvergunning, dan de houder van een frequentievergunning.¹⁰⁰ Zou het bestuur een partij als RTL FM eigen schuld tegenwerpen, dan zou deze partij in feite verweten worden overeenkomstig de vergunningvoorwaarden (de uitrolverplichting) te hebben gehandeld. Het past de overheid niet om een burger of bedrijf een dergelijk verwijt te maken.

6 Conclusie

Schade geleden in de context van een onregelmatig verlopen verdeelprocedure komt niet snel voor vergoeding in aanmerking. Hiervoor zijn twee hoofdoorzaken aan te wijzen. Ten eerste kan de vordering van de eiser pas slagen, als vaststaat dat zijn aanvraag zonder de geconstateerde onregelmatigheden zou zijn toegewezen. De bijzondere aard van verdeelprocedures maakt dat dit bewijs vaak bijzonder lastig, of zelfs niet valt te leveren. Ten tweede laten de bestuursrechter en burgerlijke rechter het antwoord op de vraag of een afgewezen aanvraag zonder de geconstateerde onregelmatigheden zou zijn toegewezen, sterk afhangen van de uitkomst van de verlengde besluitvorming die volgt op de gegrondverklaring van het beroep. Consequentie is dat het verdelende bestuursorgaan een grote invloed kan uitoefenen op zijn eigen aansprakelijkheid: door vast te houden aan de rechtmatigheid van het primaire besluit kan aansprakelijkheid worden vermeden. Deze twee factoren versterken elkaar: de al bestaande bewijsrechtelijke achterstand van de eiser wordt nog vergroot doordat het bestuur zich een bewijsrechtelijke voorsprong kan verschaffen door

vast te houden aan de rechtmatigheid van het primaire afwijzingsbesluit.

Beide factoren samen zorgen er voor dat de kansen op schadevergoeding voor de verliezer van een onregelmatig verlopen verdeelprocedure gering, of zelfs nihil zijn. Een verbetering van de op dit punt magere rechtsbescherming zal naar mijn mening moeten worden gezocht in het verminderen van het bewijsrechtelijk voordeel van het bestuur, en niet in het verminderen van het bewijsrechtelijk nadeel van de eiser. Op zichzelf vormen de bewijsproblemen van de eiser namelijk geen defect van het aansprakelijkheidsrecht. Het bestaan ervan hangt sterk samen met het beginsel dat alleen de daadwerkelijk geleden schade voor vergoeding in aanmerking komt. Dit uitgangspunt voorkomt dat de overheid wordt verplicht om schade te vergoeden waarvan niet zeker is dat deze daadwerkelijk is geleden, of door haar is veroorzaakt. Hetzelfde verschijnsel doet zich voor in het aanbestedingsrecht. Deelnemers aan een onregelmatig verlopen aanbesteding worden met bewijsproblemen van vergelijkbare aard en omvang geconfronteerd. Genoemd uitgangspunt verklaart en rechtvaardigt de geringe vergoedbaarheid van kansschade en voorbereidings- en deelnemingskosten in alle procedures waarbij de overheid schaarse publieke rechten verdeelt.

Daarentegen is de voorsprong die het bestuur geniet weliswaar verklaarbaar, maar mijns inziens minder goed te rechtvaardigen. Dat het bestuur beoordelingsvrijheid heeft bij het beoordelen en rangschikken van aanvragen, weerlet de bestuursrechter niet in alle gevallen om zich uit te spreken over de (on) juistheid van het primaire besluit. Dat laatste doet de bestuursrechter op dit moment echter nog te weinig. Als de eiser stelt schade te hebben geleden ten gevolge van het onregelmatige verloop van de verdeelprocedure, dan zou de bestuursrechter, oordelend over de afgewezen aanvraag, er steeds naar moeten streven om, indien mogelijk, definitief uitsluitsel te geven over de vraag of de afgewezen aanvraag terecht 'onder de streep' is gerangschikt. Als dit uitsluitsel niet gegeven kan worden, omdat een reconstructie van de rechtmatige uitslag van de verdeelprocedure onmogelijk is, dan zou het bestuur indien mogelijk (maar dat laatste zal niet snel het geval zijn) moeten worden opgedragen om de verdeelprocedure geheel of gedeeltelijk opnieuw te doen. Zo kan worden voorkomen dat een voor het recht op schadevergoeding cruciale rechtsvraag in feite door het bestuur zelf wordt beantwoord. Blijft de voorsprong van het bestuur in stand, dan dreigt naar mijn mening het gevaar van een illusoire rechtsbescherming. Het bestuur kiest zijn winnaars. Op deze keuze oefent de bestuursrechter slechts een formele en terughoudende controle uit, waardoor geconstateerde onregelmatigheden in de praktijk zelden leiden tot aanpassing van de uitslag van een verdeelprocedure. Zolang er geen aanpassing van de uitslag van de verdeelprocedure plaatsvindt, is een vordering tot schadevergoeding vrijwel kansloos.

De verliezer van een onregelmatig verlopen verdeel-procedure blijft in de meeste gevallen dus met lege handen achter, tenzij het bestuursorgaan tot een schikking bereid is. Het besluitenprocesrecht slaagt aldus onvoldoende in het vervullen van één van zijn kernfuncties: het in staat stellen van benadeelden om hun recht op schadevergoeding daadwerkelijk te realiseren.

⁹⁸ Anders: Schueler 2011, p. 367, die minder zeker is of de (hierna te noemen) verschillen tussen bouwvergunningen en schaarse publieke rechten voor de schadevergoedingsrechter aanleiding zullen vormen om een aansprakelijkheidsgrond ten gunste van de vergunninghouder te creëren.

⁹⁹ De aan RTL FM verleende vergunning kende zoals gezegd een looptijd van acht jaar en drie maanden (zie *Stcrt.* 2003, nr. 40, p. 36). Ook andere frequentievergunningen kennen stevast een beperkte looptijd. Zo kenden de frequenties die werden uitgegeven voor 'Wireless Local Loop' bijvoorbeeld een looptijd van 12 jaar (zie *Stcrt.* 2003, nr. 162, p. 17).

¹⁰⁰ Vgl. De Groot 2007, p. 39.