



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotation: CBB 2011-12-16

Rijn Van Alkemade, J.M.J. van

Citation

Rijn Van Alkemade, J. M. J. van. (2012). Annotation: CBB 2011-12-16.
Administratiefrechtelijke Beslissingen, 24. Retrieved from
<https://hdl.handle.net/1887/19175>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/19175>

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

AB 2012/161: Schaarse ontheffing. Loting. Afwijking van beleidsregel. Geen aanleiding om rechtsgevolgen in stand te laten. Herstel procedureel gebrek.

Instantie:	College van Beroep voor het bedrijfsleven (Meervoudige kamer)	Datum:	16 december 2011
Magistraten:	Mrs. S.C. Stuldreher, C.J. Waterbolk, H.S.J. Albers	Zaaknr:	AWB 10/624
Conclusie:	-	LJN:	BV0936
Roepnaam:	-	Noot:	J.M.J. van Rijn van Alkemade

Awb art. 4:84, 8:72 lid 3

Snel naar: Essentie | Samenvatting | Partijen | Uitspraak | Noot

Essentie

Schaarse ontheffing. Loting. Afwijking van beleidsregel. Geen aanleiding om rechtsgevolgen in stand te laten. Herstel procedureel gebrek.

Samenvatting

Hoewel geen reden bestaat voor twijfel aan de integriteit van de notaris die de loting heeft verricht, zoals ook door appellanten ter zitting is, ziet het College daarin onvoldoende aanleiding om zelf in de zaak te voorzien of de rechtsgevolgen van het bestreden besluit geheel of gedeeltelijk in stand te laten. Gelet op de zelfstandige betekenis die verweerders, zoals hiervoor is overwogen, hebben gehecht aan het openbare karakter van de loting met het oog op het belang van een zorgvuldige en transparante verdeling van de beschikbare ontheffingen, dwingt het feit dat de integriteit van de notaris niet ter discussie is gesteld, niet zonder meer tot de conclusie dat verweerders de beschikbare ontheffingen, ondanks het hiervoor geconstateerde procedurele gebrek met betrekking tot de loting, niettemin terecht hebben gebaseerd op de uitkomst van deze loting. Nu de verdeling van de ontheffingen berust op de gebruikmaking van een discretionaire bevoegdheid van verweerders en de in dat kader door verweerders gemaakte keuze om de beschikbare ontheffingen te verdelen op basis van een loting, ligt het naar het oordeel van het College nu op de weg van verweerders om na te gaan welke gevolgen moeten worden verbonden aan genoemd gebrek waarbij verschillende mogelijkheden openstaan. Verweerders zullen daaruit een keuze moeten maken, onder afweging van alle betrokken belangen waaronder die van alle deelnemers aan de loting, en opnieuw moeten beslissen op het bezwaar van appellanten tegen de afwijzing van hun aanvragen om een ontheffing. Het College zal verweerders daarom de opdracht geven met inachtneming van hetgeen in deze uitspraak is overwogen opnieuw te beslissen op dat bezwaar van appellanten, en zal verweerders daartoe een termijn stellen.

Partij(en)

A, te B (hierna: A), en V.O.F. C, te D (hierna: C), appellanten, gemachtigde: mr. M.R. Plug, advocaat te Delft, tegen
burgemeester en wethouders van Haarlemmermeer, verweerders, gemachtigde: mr. M.F.A. Dankbaar, advocaat te Haarlem.

Uitspraak

1. De procedure

Appellanten hebben bij brief van 22 juni 2010, bij het College binnengekomen op 23 juni 2010, beroep ingesteld tegen het niet tijdig beslissen door verweerders op hun bezwaar van 6 november 2009 tegen een besluit van 25 september 2009. Bij besluit van 23 juni 2010 (verzonden: 7 juli 2010) hebben verweerders alsnog beslist op het bezwaar van appellanten van 6 november 2009.

Bij brief van 21 juli 2010 hebben appellanten de gronden van het beroep aangevuld.

Bij brief van 2 augustus 2010 hebben verweerders een verweerschrift ingediend en de op de zaak betrekking hebbende

stukken overgelegd.

Op 7 oktober 2011 heeft het onderzoek ter zitting plaatsgehad, waarbij partijen bij monde van hun gemachtigden hun standpunten hebben toegelicht.

2. De grondslag van het geschil

2.1.

De Winkeltijdenwet (hierna: Wet) luidde ten tijde en voor zover hier van belang als volgt:

'Artikel 2

1. Het is verboden een winkel voor het publiek geopend te hebben:
 - a. op zondag;
 - b. op Nieuwjaarsdag, op Goede Vrijdag na 19 uur, op tweede Paasdag, op Hemelvaartsdag, op tweede Pinksterdag, op 24 december na 19 uur, op eerste en tweede Kerstdag en op 4 mei na 19 uur;

(...)

Artikel 3

1. De gemeenteraad kan voor ten hoogste twaalf door hem aan te wijzen dagen per kalenderjaar vrijstelling verlenen van de in artikel 2 vervatte verboden, voor zover deze betrekking hebben op de zondag, Nieuwjaarsdag, tweede Paasdag, Hemelvaartsdag, tweede Pinksterdag en eerste of tweede Kerstdag. De beperking tot twaalf dagen per kalenderjaar geldt voor elk deel van de gemeente afzonderlijk.

(...)

4. Voorts kan de gemeenteraad bij verordening aan burgemeester en wethouders de bevoegdheid verlenen op een daartoe strekkende aanvraag en met inachtneming van de in die verordening gestelde regels ontheffing te verlenen van de in artikel 2, eerste lid, onder a en b, vervatte verboden, voor zover het winkels betreft die gesloten zijn op de in die verboden bedoelde dagen tussen 0 uur en 16 uur, en waar uitsluitend of hoofdzakelijk eet- en drinkwaren plegen te worden verkocht met uitzondering van sterke drank als bedoeld in artikel 1, eerste lid, van de Drank- en Horecawet. De verordening bepaalt in ieder geval het aantal winkels waarvoor in de gemeente ontheffing kan worden verleend. Dit aantal kan ten hoogste één winkel per 15 000 inwoners van de gemeente zijn of, indien het inwonertal lager is dan 15 000, één winkel.

(...)

De Verordening inzake de winkeltijden Haarlemmermeer (hierna: de Verordening) luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

'Openstelling van avondwinkels op zon- en feestdagen

Artikel 6

1. Het college van Burgemeester en Wethouders kan op aanvraag ontheffing verlenen van de in artikel 2, eerste lid, onder a en b van de wet vervatte verboden ten behoeve van winkels, die gesloten zijn op de in die verboden bedoelde zon- en feestdagen tussen 0 en 16.00 uur.
2. Het college van Burgemeester en Wethouders kan voor ten hoogste één winkel per 15.000 inwoners ontheffing verlenen.
3. (...)

Verweerders hebben in hun vergadering van 2 juni 2009 beleidsregels met betrekking tot de toepassing van artikel 6 van de Verordening vastgesteld die zijn neergelegd in de Nota 'Winkeltijdenwet: avondwinkelproblematiek' (hierna: de Beleidsregels). Deze Beleidsregels zijn bekendgemaakt op de gemeentelijke nieuwspagina 'InforMeer' van 30 juli 2009, die onder meer is gepubliceerd op de website van de gemeente Haarlemmermeer. In de bij de Beleidsregels behorende bijlage is, voor zover hier van belang, het volgende opgenomen:

'Procedure toewijzing ontheffingen zondagavondwinkels.

(...)

- b. het treedt in werking na besluitvorming door de raad. Het zal op de gebruikelijke wijze worden bekend gemaakt (persbericht en in de gemeentelijke mededelingen in de Informeer).

(...)

- e. via loting, maar met in achtneming van de in de nota vastgelegde koppeling aan het verzorgingsgebied, wordt bepaald aan welke winkels ontheffing voor zondagopenstelling kan worden verleend. Hiermee wordt tegemoet gekomen aan de gewenste transparantie waarbij elke aanvrager gelijk wordt behandeld.

(...)

- h. loting vindt plaats namens het college in het openbaar op het stadhuis.

- i. na toewijzing van de ontheffing aan de ingelote kandidaten wordt de verleende ontheffing gepubliceerd op de gemeentelijke nieuwspagina om te voldoen aan de wettelijke verplichtingen voor bezwaar en beroep. Hierbij wordt gehandeld overeenkomstig de gangbare gemeentelijke procedures.

(...)

2.2.

Op grond van de stukken en het onderzoek ter zitting zijn in deze zaak de volgende feiten en omstandigheden voor het College komen vast te staan.

- A exploiteert een supermarkt aan het E te B en C aan de F te D.
- Op 31 juli 2009, respectievelijk 11 augustus 2009, hebben C en A middels inzending van het belangstellingsregistratieformulier belangstelling getoond om deel te nemen aan de loting voor de toewijzing van de ingevolge de Verordening beschikbare ontheffingen voor zondagavondopenstelling in de gemeente Haarlemmermeer volgens de procedure die in de Beleidsregels is neergelegd.
- Op 8 september 2009 heeft een loting plaatsgevonden, waarbij een rangorde is vastgesteld onder de partijen die belangstelling hadden getoond voor de toewijzing van een ontheffing. De loting is uitgevoerd door een notaris, in diens kantoor te B.
- Bij brief van 25 september 2009 hebben verweerders appellanten medegedeeld dat zij niet zijn ingeloot voor één van de beschikbare ontheffingen.
- Bij brief van 6 november 2009 hebben appellanten bezwaar gemaakt tegen de afwijzing van hun aanvraag, dan wel het buiten behandeling laten daarvan.
- Op 23 juni 2010 (verzonden: 7 juli 2010) hebben verweerders het bestreden besluit genomen.
- Bij brief van 21 juli 2010 hebben appellanten, tegelijkertijd met de aanvulling van de gronden van het beroep, bij de voorzieningenrechter van het College een verzoek om voorlopige voorziening ingediend. Dit verzoek is bij het College geregistreerd onder nummer AWB 10/752.
- Op 24 augustus 2010 heeft de voorzieningenrechter het verzoek afgewezen (www.rechtspraak.nl, *LJN* BN6045).

3. *Het bestreden besluit*

Bij het bestreden besluit hebben verweerders, in het kort, als volgt overwogen. Uit jurisprudentie van het College blijkt dat loting (en het beleid dat daartoe strekt) bij een beperkte beschikbaarheid van ontheffingsmogelijkheden in beginsel aanvaardbaar is. Wegens organisatorische redenen is afgezien van loting in het openbaar. Omdat de loting door een notaris is gedaan, mag worden uitgegaan van de juistheid van de loting, en bestaat geen reden te twijfelen aan de zorgvuldigheid van de procedure. Voor zover is afgeweken van de vastgestelde beleidsregels zijn appellanten daardoor niet in hun belangen geraakt. Het valt niet in te zien dat een loting in het openbaar in het stadhuis tot een ander resultaat zou hebben geleid.

4. *Het standpunt van appellanten*

Appellanten hebben aangevoerd dat de loting ten onrechte achter gesloten deuren heeft plaatsgevonden, omdat in het beleid waarop verweerders zich menen te kunnen baseren is bepaald dat de loting in het openbaar moet plaatsvinden. Verweerders mogen niet uitsluitend om organisatorische redenen afwijken van het eigen beleid. Op grond van artikel 4:84 Awb behoort een bestuursorgaan te handelen overeenkomstig de eigen beleidsregels, tenzij dit voor belanghebbende(n)

onevenredig nadelige gevolgen heeft. In dit geval bestond geen reden voor verweerders om van deze afwijkingsbevoegdheid gebruik te maken, zodat de loting in het openbaar had moeten plaatsvinden. Nu de loting niet in het openbaar heeft plaatsgevonden zijn appellanten wel degelijk geschaad in hun belangen, die onder meer zijn gelegen in een zorgvuldige en transparante procedure met voldoende rechtswaarborgen.

5. De beoordeling van het geschil

5.1.

Nu het beroep ingevolge artikel 6:20, vierde lid, Awb, wordt geacht mede te zijn gericht tegen het reële besluit dat op 23 juni 2010 op het bezwaarschrift van appellanten is genomen en appellanten ter zitting hun beroep tegen het niet tijdig nemen van een besluit op dat bezwaarschrift hebben ingetrokken, beperkt het College zich tot een beoordeling van eerstgenoemd besluit.

5.2.

Op grond van artikel 4:84 Awb handelt een bestuursorgaan overeenkomstig vastgestelde beleidsregels, tenzij dat voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen.

Vast staat dat verweerders van de Beleidsregels zijn afgeweken door de loting niet in het openbaar op het stadhuis te (laten) verrichten. Ter zitting hebben verweerders verklaard dat geen openbare loting op het stadhuis heeft plaatsgevonden om organisatorische redenen, in verband met de volle agenda's van de betrokken wethouders. Verweerders achten het niet bezwaarlijk dat geen openbare loting op het stadhuis is verricht omdat niet behoeft te worden getwijfeld aan het resultaat van de loting die door de notaris op zijn kantoor is verricht.

Bij de vaststelling van de procedure voor de verdeling van de beschikbare ontheffingen hebben verweerders, naar moet worden aangenomen, uit een oogpunt van zorgvuldigheid en transparantie bewust gekozen voor een loting in het openbaar op het stadhuis, waarbij alle belanghebbenden aanwezig kunnen zijn. Verweerders zijn er bij de totstandkoming van de beleidsregel die daarin voorziet, derhalve van uitgegaan dat het openbare karakter van de loting een zelfstandige betekenis heeft en het belang dient van onder meer de deelnemers aan de loting, die zijn gebaat bij een zorgvuldige en transparante verdeling van de beschikbare ontheffingen volgens die methode. Naar het oordeel van het College hebben verweerders dit belang in feite illusoir gemaakt doordat zij hebben afgezien van het houden van een openbare loting om een praktische reden die op zich zelf niet als bijzonder kan worden aangemerkt en zonder dat zij zich daarbij van dat belang rekenschap hebben gegeven. Van een situatie waarin met toepassing van artikel 4:84 Awb binnen de daarin aan het bestuursorgaan gegeven ruimte mag worden afgeweken van een beleidsregel kan derhalve niet worden gesproken.

5.3.

Hetgeen hiervoor in onderdeel 5.2 is overwogen leidt tot de conclusie dat het beroep, voor zover dit betrekking heeft op het onderdeel van het bestreden besluit dat strekt tot handhaving van de afwijzing van de aanvraag van appellante om een ontheffing, gegrond is en dat het bestreden besluit voor vernietiging in aanmerking komt.

5.4.

Hoewel geen reden bestaat voor twijfel aan de integriteit van de notaris die de loting heeft verricht, zoals ook door appellanten ter zitting is aangegeven, ziet het College daarin onvoldoende aanleiding om zelf in de zaak te voorzien of de rechtsgevolgen van het bestreden besluit geheel of gedeeltelijk in stand te laten. Gelet op de zelfstandige betekenis die verweerders, zoals hiervoor is overwogen, hebben gehecht aan het openbare karakter van de loting met het oog op het belang van een zorgvuldige en transparante verdeling van de beschikbare ontheffingen, dwingt het feit dat de integriteit van de notaris niet ter discussie is gesteld, niet zonder meer tot de conclusie dat verweerders de beschikbare ontheffingen, ondanks het hiervoor geconstateerde procedurele gebrek met betrekking tot de loting, niettemin terecht hebben gebaseerd op de uitkomst van deze loting. Nu de verdeling van de ontheffingen berust op de gebruikmaking van een discretionaire bevoegdheid van verweerders en de in dat kader door verweerders gemaakte keuze om de beschikbare ontheffingen te verdelen op basis van een loting, ligt het naar het oordeel van het College nu op de weg van verweerders om na te gaan welke gevolgen moeten worden verbonden aan genoemd gebrek waarbij verschillende mogelijkheden openstaan. Verweerders zullen daaruit een keuze moeten maken, onder afweging van alle betrokken belangen waaronder die van alle deelnemers aan de loting, en opnieuw moeten beslissen op het bezwaar van appellanten tegen de afwijzing van hun aanvragen om een ontheffing. Het College zal verweerders daarom de opdracht geven met inachtneming van hetgeen in deze uitspraak is overwogen opnieuw te beslissen op dat bezwaar van appellanten, en zal verweerders daartoe een termijn stellen. Het College gaat er daarbij van uit dat verweerders dit zullen doen in samenhang met hetgeen het College hen heeft opgedragen in zijn uitspraak van heden in de zaak die is geregistreerd onder nr. AWB 10/809. In die uitspraak is het beroep aan de orde van een andere gegadigde voor een ontheffing tegen het besluit waarbij verweerders het bezwaar van deze belanghebbende tegen de aan negen andere supermarkten verleende ontheffingen niet-ontvankelijk hebben verklaard en het bezwaar van deze belanghebbende tegen de afwijzing van haar eigen aanvraag om een ontheffing

ongegrond hebben verklaard. Het College heeft dat beroep gegrond verklaard, het betreffende besluit op bezwaar op bezwaar vernietigd en verweerders opgedragen opnieuw te beslissen op het bezwaar met inachtneming van hetgeen in de uitspraak is overwogen.

5.5.

Het College acht termen aanwezig voor een veroordeling met toepassing van artikel 8:75 Awb van verweerders in de kosten die appellanten in verband met de behandeling van het beroep en van het bezwaar redelijkerwijs hebben moeten maken. Deze kosten, bestaande uit de kosten van door de gemachtigde van appellanten verleende rechtsbijstand, zijn op voet van het Besluit proceskosten bestuursrecht vastgesteld op € 1748 (1 punt voor het bezwaarschrift, 1 punt voor het verschijnen ter hoorzitting van de vaste commissie van advies voor de bezwaarschriften van de gemeente Haarlemmermeer, 1 punt voor het beroepschrift en 1 punt voor het verschijnen ter zitting van het College, met een wegingsfactor 1 en € 437 per punt).

6. De beslissing

Het College

- verklaart het beroep gegrond;
- vernietigt het bestreden besluit;
- bepaalt dat verweerders binnen twaalf weken na de datum van deze uitspraak opnieuw beslissen op het bezwaar van appellanten;
- veroordeelt verweerders in de proceskosten van appellanten tot een bedrag van € 1748 (zegge: éénuizend zeventienhonderdachtenveertig euro);
- bepaalt dat verweerders aan appellanten het door hun betaalde griffierecht ten bedrage van € 298 (zegge: tweehonderdachtennegentig euro) vergoeden.

Met noot van J.M.J. van Rijn van Alkemade

1.

Deze zaak vormt een duidelijke illustratie van het lastige probleem dat gebreken in een bestuursrechtelijke verdeelprocedure achteraf moeilijk te repareren zijn (zie nader B.J. Schueler, 'Bestuursrechtelijke beslechting van geschillen over de verdeling van schaarse publieke rechten', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Bju 2011, p. 363-378). In casu hebben B&W van Haarlemmermeer negen schaarse ontheffingen voor een 'zondagavondwinkel' verloot onder een groep gegadigden. Volgens de eigen beleidsregels van B&W had deze loting in het openbaar op het stadhuis moeten plaatsvinden, maar wegens conflicterende agenda's van de betrokken wethouders is zij uiteindelijk verricht door de plaatselijke notaris, op zijn kantoor. Hoewel de integriteit van de notaris niet is betwist en aan de onpartijdigheid van de loting dus niet hoeft te worden getwijfeld, laat het CBB de rechtsgevolgen toch *niet* in stand. B&W krijgen in plaats daarvan opdracht na te gaan welke gevolgen aan het geconstateerde procedurele gebrek moeten worden verbonden. Hierna wordt eerst ingegaan op de redenen van het CBB om voor deze principiële oplossing te kiezen (punt 2). Daarna wordt stilgestaan bij een belangrijk nadeel van deze koers: herstel van het procedurele gebrek kan grote en lastig te rechtvaardigen gevolgen hebben, te meer nu vaststaat dat de eiser geen enkel nadeel heeft ondervonden van de schending (punt 3). Vervolgens wordt kort ingegaan op de vraag of een actievere opstelling van de voorzieningenrechter in deze zaak, die de schending al eerder had geconstateerd maar geen voorziening trof, de ontstane situatie had kunnen voorkomen (punt 4). Afgesloten wordt met een korte slotoverweging (punt 5).

2.

Het CBB lijkt met deze uitspraak een duidelijk signaal te willen afgeven. Benadrukt wordt dat verweerder uit een oogpunt van transparantie en zorgvuldigheid bewust heeft gekozen voor een openbare loting. Het openbare karakter van de loting heeft daarmee een 'zelfstandige betekenis'. Door af te zien van een openbare loting omwille van praktische redenen die op zichzelf niet als bijzonder kunnen worden aangemerkt, heeft verweerder de belangen van de deelnemers bij een transparante en zorgvuldige verdeling in feite illusoir gemaakt. Gelet op het voorgaande, dwingt het feit dat de integriteit van de notaris niet is betwist, niet zonder meer tot de conclusie dat verweerder de toekenning van de in het geding zijnde ontheffing terecht op de uitkomst van de loting heeft gebaseerd. Het CBB ziet al met al geen aanleiding om de rechtsgevolgen van de afwijzing van appellante's aanvraag in stand te laten (r.o. 5.3 en 5.4).

Wellicht is dit strenge oordeel mede ingegeven door het feit dat het niet de eerste keer is dat het CBB een geschil over een

in strijd met de regels uitgevoerde loting moet beslechten. In twee eerdere zaken had het bestuur uit praktische overwegingen behalve volledige, ook onvolledige aanvragen laten meeloten. De gedachte hierachter was dat als zich later omstandigheden zouden voordoen waardoor de aanvankelijk als onvolledig geoordeelde aanvragen alsnog gehonoreerd zouden kunnen worden, geen tweede loting zou hoeven te worden georganiseerd (CBB 4 februari 2011, AB 2011/89; CBB 18 november 2010, AB 2011/37, beide m.nt. C.J. Wolswinkel). Het CBB oordeelde dat deze handelwijze in strijd was met de toepasselijke regelgeving, die een loting tussen *volledige* aanvragen voorschreef. Een belangrijk verschil met de onderhavige zaak is dat in de twee eerdere zaken de gemaakte 'fout' in beroep reeds was hersteld. Het bestuur had namelijk de onvolledige aanvragen die waren ingeloot van de lotinglijst geschrapt en uitsluitend volledige aanvragen gehonoreerd. Het CBB zag hierin aanleiding om de rechtsgevolgen in stand te laten. De winkansen van de eiser zouden in het geval van een loting met alleen volledige aanvragen namelijk niet anders zijn geweest dan in de feitelijke situatie. Dat het CBB verweerder in de onderhavige zaak heeft willen inscherpen dat het niet zomaar van zijn eigen beleidsregels mag afwijken, is begrijpelijk. Hoe belangrijk finale geschilbeslechting tegenwoordig ook mag zijn, de handhaving van het objectieve recht blijft een belangrijke functie van de bestuursrechtspraak. Zoals hierna zal worden uiteengezet, is het rechtzetten van de in casu vastgestelde schending echter bepaald geen sinecure.

3.

Hoe moet verweerder gevolg geven aan deze uitspraak van het CBB? Welk nieuw besluit zouden B&W kunnen nemen? Het CBB laat het antwoord op deze vragen, uit respect voor de discretionaire bevoegdheid van verweerder, in het midden. Het beperkt zich tot de overweging dat B&W een keuze zullen moeten maken uit 'verschillende mogelijkheden', onder afweging van 'alle betrokken belangen waaronder die van alle deelnemers aan de loting' (r.o. 5.4). Wat zijn nu deze mogelijkheden?

De op het eerste gezicht meest voor de hand liggende oplossing is dat B&W een nieuwe, openbare loting organiseren, conform de eigen beleidsregels. Deze oplossing zal in de ogen van de winnaars van de eerste loting geen genade kunnen vinden. Blijkens een uitspraak van de voorzieningenrechter in onderhavige zaak, zijn de gewraakte ontheffingen in september 2009 voor een periode van drie jaar verleend (CBB (vzr.) 24 augustus 2010, L/JN BN6045). De winnaars maken dus al twee jaar gebruik van hun ontheffing en zullen erop vertrouwd hebben dat zij deze de volle drie jaar zouden kunnen benutten. Appellante en de overige verliezers zijn voorts op geen enkele wijze door de schending van de beleidsregels benadeeld. Hun winkansen zouden in het geval van een openbare loting niet anders zijn geweest. De integriteit van de notaris is immers onbetwist (r.o. 5.4).

Maar ook voor appellante en de overige deelnemers is een nieuwe loting niet zonder meer een ideale oplossing. Zoals gezegd is de driejarige ontheffing al twee jaar in gebruik. De winnaars van de nieuwe loting zullen dus nog maar een jaar van de ontheffing gebruik kunnen maken. Voor de huidige ontheffinghouders betekent verlies van de loting op hun beurt dat zij hun ontheffingen een jaar eerder kwijt zijn. Beide partijen lijden in deze situatie dus schade in de vorm van gederfde winst.

Daarbij moet worden opgemerkt dat de kans groot is dat de partijen hun schade niet op de gemeente zullen kunnen verhalen. Claimt een van de nieuwe 'winnaars' schadevergoeding, dan loopt zijn vordering waarschijnlijk stuk op het causaliteitsvereiste. Hij zal immers nooit kunnen bewijzen dat als het bestuur meteen een openbare loting had gehouden, het lot op zijn aanvraag zou zijn gevallen. Claimt een van de oude winnaars schadevergoeding, dan kan hem worden tegengeworpen dat gebruik van een nog niet onaantastbare vergunning voor eigen rekening en risico komt (HR 29 april 1994, AB 1994/530, m.nt. FHvdB (*Gemeenschappelijk Eigendom/Den Haag*)). Dit gevaar is beslist niet ondenkbaar. In onderhavige zaak heeft een procedure van een derde-belanghebbende namelijk geleid tot de vernietiging van de toewijzing van de negen ontheffingen (r.o. 5.4).

Het bestuur zou er ook voor kunnen kiezen om de looptijd van de (op)nieuw te verlenen ontheffingen met twee jaar te verlengen. Maar ook daarmee zijn nog niet alle problemen opgelost. Als een van de oude ontheffinghouders geluk heeft en ook de nieuwe loting wint, dan krijgt hij een verlenging van zijn ontheffing met twee jaar in de schoot geworpen. Dit zou kunnen worden ondervangen door vooraf te bepalen dat in dat geval de looptijd van de ontheffing ongewijzigd blijft. Maar dat zou weer een klacht van de oude winnaar kunnen uitlokken over 'ongelijke behandeling' van de deelnemers aan de nieuwe loting.

Een tweede complicatie betreft de vraag wie mogen deelnemen aan de nieuwe loting: alleen de klager en de huidige ontheffinghouders, alleen de oorspronkelijke deelnemers, of de oorspronkelijke deelnemers plus eventuele nieuwe partijen? Kiest het bestuur voor de eerste of tweede oplossing, dan liggen klachten van nieuwkomers over een ongelijke behandeling op de loer. Kiest het bestuur voor de laatste optie, dan zullen de oorspronkelijke deelnemers ontevreden zijn. De kans bestaat immers dat de nieuwe loting meer deelnemers kent dan de oude loting. In dat geval zouden de oorspronkelijke deelnemers kunnen klagen dat zij in de nieuwe loting minder kans maken.

Gelet op de hierboven beschreven problemen, zouden B&W ook kunnen besluiten om af te zien van een nieuwe loting en appellante in plaats daarvan een schadevergoeding toekennen. Voor appellante zou dit uiteraard een prettige oplossing zijn. Voor de (gemeentelijke) belastingbetaler is dit echter een minder aantrekkelijke oplossing. Een reële vraag is namelijk of de appellante wel schade heeft geleden. Nogmaals: de winkansen van appellante zouden bij een openbare loting in

eerste instantie niet anders zijn geweest. Schadevergoeding voor gederfde winst of het verlies van een kans ligt dan ook niet in de rede.

B&W zouden verder kunnen 'ontkomen' aan het organiseren van een nieuwe loting door appellante de toezegging te doen dat de ontheffing, zodra deze weer vrijkomt, automatisch aan haar zal worden toegekend. Aan deze vorm van 'prospectief rechtsherstel' kleven weliswaar geen directe nadelen voor de winnaars, maar deze oplossing zorgt er wel voor dat er bij een volgende verdeling geen gelijke behandeling van alle gegadigden meer mogelijk is. Eén ontheffing is namelijk al gereserveerd voor appellante, zodat toekomstige gegadigden daarvoor niet meer in aanmerking kunnen komen.

Duidelijk mag zijn: voor welke oplossing het bestuur ook kiest, appellante zal nooit in de positie kunnen worden gebracht waarin zij verkeerd zou hebben als meteen een rechtmatige, openbare loting was gehouden. Tegelijkertijd is duidelijk dat elke oplossing belangrijke nadelen kent voor (een van) de betrokken partijen. Dit alles roept de vraag op of de voorzieningenrechter in de onderhavige zaak deze ongelukkige situatie wellicht had kunnen voorkomen.

4.

In de onderhavige zaak heeft een van de deelnemers een voorlopige voorziening gevraagd tegen de verlening van de negen ontheffingen (CBB (vzr.) 24 augustus 2010, *supra*). Dit verzoek werd afgewezen. Weliswaar constateerde ook de voorzieningenrechter dat de gewraakte loting in strijd met de beleidsregels was verricht, maar hij zag hierin geen aanleiding om een voorziening te treffen. Daartoe overwoog hij, kort gezegd, dat de integriteit van de notaris buiten kijf stond en dat de belangen van de negen winnaars, die in geval van een schorsing ingrijpende maatregelen zouden moeten nemen om hun bedrijfsvoering aan te passen, zwaarder wogen dan de belangen van verzoeker (r.o. 6.6 en 6.7). Zou het wat uitgemaakt hebben als de voorzieningenrechter in casu wel een voorziening had getroffen? Het antwoord kan kort zijn: niet veel. Ook de uitspraak van de voorzieningenrechter kwam te laat: ruim een jaar na de ontheffingverlening. Dit late ingrijpen van de voorzieningenrechter houdt verband met het feit dat de eiser 'pas' hangende beroep om een voorlopige voorziening heeft gevraagd, na een bezwaarschriftprocedure die door niet-tijdig beslissen van het bestuur maandenlang had geduurd. Zou het bestuur naar aanleiding van een voorlopige voorziening direct een nieuwe loting hebben georganiseerd, dan nog zouden de nieuwe winnaars slechts een kleine twee jaar van hun ontheffingen gebruik hebben kunnen maken, in plaats van de gebruikelijke drie jaar. Appellante zou dus nog steeds niet in de positie zijn gebracht waarin zij verkeerd zou hebben als het bestuur meteen een openbare loting had gehouden. In die omstandigheden is het begrijpelijk dat de voorzieningenrechter, alle belangen afwegende, besloot om geen voorziening te treffen.

5.

Deze zaak stemt somber over de effectiviteit van de bestuursrechtspraak bij de verdeling van schaarse publieke rechten. Verweerder zal zijn lesje hebben geleerd, maar wat is de appellante opgeschoten met deze vernietiging? Doordat de bestuursrechter niet tijdig heeft kunnen ingrijpen, is een echte oplossing voor het geconstateerde gebrek niet meer voorhanden.

Deze zaak is in dat opzicht niet uniek. De jurisprudentie geeft meer voorbeelden te zien van geschillen over de verdeling van een schaars publiek recht waarin de bestuursrechter achter de feiten aanloopt (zie eerder o.a. CBB 21 april 2011, *AB* 2011/192, m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade; ABRvS 25 februari 2009, *AB* 2009/222, m.nt. W. den Ouden en J.M.J. van Rijn van Alkemade en CBB 11 juli 2007, *LJN* BA9351).

In welke richting kunnen oplossingen worden gezocht? Naar mijn mening speelt de voorzieningenrechter een sleutelrol. De voorzieningenrechter zou meer mogelijkheden moeten hebben om tijdens het verdeelproces in te grijpen, in plaats van achteraf, als de rechten al zijn verdeeld. Concreet komen dan onder meer de volgende oplossingen in beeld, op volgorde van 'ingrijpendheid': creatie van extra beroepsmomenten, afschaffing van het connexiteitsvereiste (art. 8:81 Awb), of afschaffing van het besluitbegrip. Natuurlijk is dit alles makkelijker gezegd dan gedaan. De ernst van het probleem stemt echter wel tot nadenken, tot kritische reflectie op de werking van het bestuursprocesrecht in dit soort geschillen. Immers: wat is het nut van rechtsbescherming als geconstateerde gebreken niet effectief kunnen worden geredigeerd?