

Rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse publieke rechten. Lessen uit de *zero base*-casus

2

De verdeling van schaarse publieke rechten trekt tegenwoordig steeds meer de aandacht. Schaarse publieke rechten zijn rechten die op basis van een publiekrechtelijke bevoegdheid worden verleend en waarnaar de vraag groter is dan het door de overheid gemaximeerde aanbod. Ze komen op uiteenlopende rechtsterreinen voor en roepen vanuit het perspectief van het algemeen bestuursrecht verschillende vragen op. In deze bijdrage staat de vraag centraal in hoeverre het bestuursprocesrecht is toegesneden op de beslechting van geschillen over de verdeling van schaarse publieke rechten. Aan de hand van een casus over de verdeling van radiofrequenties – de *zero base*-casus – wordt gekeken naar drie aspecten van effectieve rechtsbescherming: de toegang tot de bestuursrechter, de toetsing door de bestuursrechter en de mogelijkheid van rechtsherstel. Betoogd wordt dat het bestuursprocesrecht niet goed is toegesneden op twee bijzondere kenmerken van schaarse publieke rechten: hun vaak tijdelijke karakter en de sterke samenhang tussen afzonderlijke besluiten. Geconcludeerd wordt dat een stroomlijning en versnelling van de rechtsbescherming noodzakelijk is.

1. Inleiding

Op 1 september 2011 zijn de frequentievergunningen voor de landelijke commerciële radio-omroep in de FM-band afgelopen. Hoofddregel van de Telecommunicatiewet (Tc) en het Frequentiebesluit (Fb) is dat vrijgekomen commerciële radiofrequenties worden herverdeeld door middel van een veiling of vergelijkende toets (art. 3.3 lid 7 Tc jo. art. 2 lid 3 en art. 9 Fb). Onlangs heeft de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie echter besloten om de afgelopen vergunningen met zes jaar te verlengen.² Daartoe is het Frequentiebesluit gewijzigd.³ Het besluit van de minister vloeit voort uit zijn digitaliseringsbeleid.⁴ De minister wil bevorderen dat de radiomarkt binnen enkele jaren overgaat van analoge op digitale radio. De omvangrijke investeringen die daarvoor nodig zijn, zouden het beste door de zittende vergunninghouders kunnen worden gepleegd.

Aan de verlenging van hun vergunningen is daarom een 'digitaliseringsplicht' gekoppeld: zij moeten ervoor zorgen dat digitale radio op 1 september 2015 in ten minste 80% van Nederland is te ontvangen. Bij nieuwkomers op de radio-markt stuit het verlengings- en digitaliseringsbeleid van de minister op verzet. Zonder dit beleid, zouden op 1 september negen vergunningen zijn vrijgekomen. Nu maken nieuwkomers alleen nog kans op twee tussentijds vrijgekomen vergunningen.⁵ Thans lopen er al verschillende procedures.⁶

Het conflict over het verlengings- en digitaliseringsbeleid van de minister is een actueel voorbeeld van een geschil over de verdeling van 'schaarse publieke rechten'. Schaarse publieke rechten zijn rechten die op basis van een publiekrechtelijke bevoegdheid worden verleend en waarnaar de vraag groter is dan het door de overheid gemaximeerde aanbod.⁷ Ze komen op verschillende rechtsterreinen voor en roepen vanuit het perspectief van het algemeen bestuursrecht uiteenlopende vragen op.⁸ In deze bijdrage onderzoek ik één van deze vragen: in hoeverre is het bestuursprocesrecht toegesneden op de beslechting van geschillen over de verdeling van schaarse publieke rechten? Bestaat er voor partijen die bij de verdeling van schaarse publieke rechten buiten de boot dreigen te vallen voldoende effectieve rechtsbescherming?⁹ Doel van deze bijdrage is om aan de hand van een *case study* een begin van een antwoord op deze vraag te formuleren. Tegelijkertijd wordt geprobeerd om lessen te trekken voor toekomstige (her)verdelingen, met name van schaarse frequentievergunningen.

Als casus neem ik de toedeling van de negen vergunningen die op 1 september zijn geëxpireerd. Deze verdeling, die ook wel bekend staat als de *zero base*-herverdeling, vond plaats in mei 2003 en kende een lange juridische nasleep.¹⁰ De vele procedures die over deze herverdeling zijn gevoerd, hebben niet alleen een schat aan jurisprudentie opgeleverd, maar geven ook een goed beeld van het soort geschillen dat naar aanleiding van een verdeelprocedure kan rijzen en de verschillende rechtsbeschermingsproblemen die zich daar-

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. Met dank aan mr. drs. T.G.M. Simons, mr. A.B. van Rijn en mr. A.J. Boorsma voor hun waardevolle opmerkingen bij een eerdere versie van dit artikel.

2 *Stcr.* 2011, nr. 7841 t/m 7849.

3 *Stb.* 2011, 88.

4 Dit beleid is neergelegd in een brief van staatssecretaris F. Heemskerck, *Kamerstukken II* 2008/09, 24 095, nr. 241.

5 *Stcr.* 2011, nr. 7602.

6 *Zie Kamerstukken II* 2010/11, 24 095, nr. 282 (bijlage) en Rb. Rotterdam (vz.) 26 juli 2011, *LJN* BR3278.

7 C.J. Wolswinkel, 'Verdelingsprocedures: een zoektocht naar een zinvol onderscheid', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel, *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Bju 2011.

8 F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel, 'Schaarse publieke rechten. Wat Bard, Betfair en BNR met elkaar te maken hebben', *NJB* 2011/1470, p. 1858-1866; Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011; F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen* (oratie VU), Deventer: Kluwer 2004.

9 B.J. Schueler, 'Bestuursrechtelijke beslechting van geschillen over de verdeling van schaarse publieke rechten', in: Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 363-378.

10 CBB 18 september 2009, *AB* 2009/386, m.nt. Cartigny is de meest recente 'zero base'-uitspraak.

bij kunnen voordoen. De opbouw van deze bijdrage is als volgt. Eerst wordt de *zero base*-casus uiteengezet (§ 2) en ga ik in op het begrip 'effectieve rechtsbescherming' (§ 3). Vervolgens wordt aan de hand van deze casus ingegaan op drie aspecten van effectieve rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse publieke rechten: de toegang tot de bestuursrechter (§ 4), de toetsing door de bestuursrechter (§ 5) en de mogelijkheid tot rechtsherstel (§ 6). Tot slot volgt de conclusie (§ 7).

2. De *zero base*-herverdeling

2.1 *Het zero base-onderzoek*

De herverdeling van frequentievergunningen in mei 2003 kent een lange voorgeschiedenis.¹¹ Deze geschiedenis begint in 1997 met de start van het *zero base*-onderzoek. Doel van dit technische onderzoek was om het frequentiespectrum te herinrichten om zo extra frequenties vrij te maken voor de commerciële radio-omroep. Vervolgens zou in september 2000 een herverdeling moeten plaatsvinden van de oude en nieuwe frequenties. Door een combinatie van technische problemen en een langdurige politieke patstelling over de keuze voor een verdeelprocedure, vond de herverdeling uiteindelijk pas in mei 2003 plaats.

2.2 *De zero base-vergelijkende toets*

Uiteindelijk werd gekozen voor een vergelijkende toets in combinatie met een financieel bod. Voor de landelijke commerciële radio-omroep waren negen kavels (clusters frequentieruimte) beschikbaar. Vijf daarvan waren 'geclausuleerd'. Aan deze kavels waren gebruiksvoorschriften ten aanzien van de programmering verbonden, om een minimum aan pluriformiteit in het totale commerciële programma-aanbod te waarborgen. Zo waren er speciale kavels bestemd voor bijvoorbeeld jazzmuziek, klassieke muziek en Nederlandse muziek.

Bij een verdeelprocedure als de *zero base*-vergelijkende toets vindt de beoordeling van aanvragen altijd plaats in twee stappen.¹² Eerst wordt getoetst of de aanvragen volledig zijn en aan de vergunningvoorwaarden voldoen. De vergunningvoorwaarden fungeren daarbij als drempelvoorwaarden: aanvragen die niet aan de voorwaarden voldoen, worden niet toegelaten tot de verdeelprocedure. Vervolgens vindt een inhoudelijke beoordeling van de geselecteerde aanvragen plaats. Bij de *zero base*-vergelijkende toets golden aparte beoordelingsprocedures voor geclausuleerde en ongeclausuleerde kavels. Aanvragen voor een ongeclausuleerde kavel werden beoordeeld aan de hand van het kwalitatieve criterium 'financiële haalbaarheid van het bedrijfsplan'. Bedrijfsplannen werden daartoe getoetst op financiële haalbaarheid, samenhang en realiteitsgehalte. Aanvragen voor een geclausuleerde kavel werden daarnaast ook beoordeeld op de 'kwaliteit van de programmatische voornemens'. Van aanvragers werd verlangd dat zij hun

programmatische voornemens uitdrukten in percentages van de zendtijd (bijvoorbeeld: 65% Nederlandse muziek). Voor beide criteria konden aanvragen 'onvoldoende', 'voldoende' of 'goed' scores. Bij de rangschikking van aanvragen voor een geclausuleerde kavel woog de score voor 'kwaliteit van de programmatische voornemens' zwaarder dan de score voor 'financiële haalbaarheid van het bedrijfsplan'. Als aanvragen voor een (on)geclausuleerde kavel even goed scoorden ('gelijk spel'), dan gaf de hoogte van het financieel bod de doorslag.

De verdeelprocedure werd uitgevoerd door een beoordelingscommissie van onafhankelijke deskundigen. Deze commissie miste echter de expertise om de bedrijfsplannen te kunnen beoordelen. Dit onderdeel werd daarom uitbesteed aan accountantskantoor Mazars.

2.4 *Uitslag van de verdeelprocedure. Bestuursrechtelijke procedures*

De verdeelprocedure ging op 28 januari 2003 van start. Twaalf aanvragers voor een geclausuleerde kavel en zes aanvragers voor een ongeclausuleerde kavel werden tot de vergelijkende toets toegelaten. Op 26 mei 2003 viel de beslissing. De winnaars waren (in eerste instantie): Sky Radio, Veronica, Q-Music, BNR Nieuwsradio, SLAM!FM, Radio 538, Yorin FM, Arrow Jazz FM en RTL FM. Al snel bleek dat de afgewezen aanvragers zich niet bij hun verlies wensten neer te leggen. Op 10 november 2003 berichtte de Minister van EZ de Tweede kamer over het grote aantal procedures dat op dat moment reeds werd gevoerd.¹³ Een van deze procedures leidde er uiteindelijk toe dat de frequentievergunning van RTL FM werd ingetrokken en alsnog aan Mediasales verleend (zie hierna § 6.2). De rechtsbescherming was dus niet illusoir. Daarmee is niet gezegd dat de rechtsbescherming ook optimaal was. Om dit laatste te kunnen beoordelen, moet eerst worden vastgesteld wat bij geschillen over schaarse publieke rechten onder 'effectieve rechtsbescherming' moet worden verstaan.

3. Effectieve rechtsbescherming

3.1 *Inleiding*

Effectieve rechtsbescherming is een lastig begrip. Het wordt op verschillende manieren gebruikt. In discussies over de gewenste ontwikkeling van het (bestuurs)procesrecht wordt het dikwijls gehanteerd als een richtsnoer of doelstelling. Dan is de betekenis van het begrip vaak onhelder. Daarnaast bestaat er een rechtsbeginsel van effectieve rechtsbescherming. Doorgaans wordt onder deze noemer zowel verwezen naar het EU-beginsel van effectieve rechtsbescherming, naar de eisen die volgen uit art. 6 en 13 EVRM, als naar een nationaal beginsel van effectieve rechtsbescherming.¹⁴ Deze drie rechtsbeginselen hebben gemeen

11 S. Huisjes en M.S. Neervoort, 'Verdeling van FM-frequenties: dan liever de lucht in!', *Computerrecht* 2002, p. 225-229.

12 Wolswinkel 2011, p. 181.

13 *Kamerstukken II* 2003/04, 24 095, nr. 155.

14 A. Gerbrandy, *Convergentie in het mededingingsrecht. De invloed van het EG-recht op materiële toepassing, toegang, bewijs en toetsing bij de Nederlandse mededingingsbestuursrechter, gezien in het licht van effectieve rechtsbescherming* (diss. Utrecht), Den Haag: Bju 2009, p. 17.

dat zij eisen stellen aan de toegang tot de rechter, de procedure voor de rechter en de mogelijkheid van rechtsherstel. Welke concrete verplichtingen voor wetgever en rechter op deze drie vlakken voortvloeien uit het beginsel is niet zelden controversieel. Het begrip 'effectieve rechtsbescherming' wordt in dit artikel daarom niet gehanteerd als een bindende rechtsnorm, maar als een niet-bindend richtsnoer. Dit richtsnoer wordt hierna op twee manieren uitgewerkt. Eerst wordt ingegaan op de bijzondere kenmerken van de besluitvorming over de verdeling van schaarse publieke rechten en de gevolgen daarvan voor de invulling van het begrip 'effectieve rechtsbescherming' (§ 3.2). Vervolgens wordt stilgestaan bij enkele eisen die zouden kunnen volgen uit het EU-beginsel van effectieve rechtsbescherming (§ 3.3).

3.2 *Geschilspecifieke invulling*

Geschillen over de verdeling van schaarse publieke rechten bezitten ten minste twee bijzondere kenmerken waarop het bestuursprocesrecht moet zijn toegesneden, wil de bestuursrechter in staat zijn om effectieve rechtsbescherming te kunnen bieden aan degenen die bij een verdeling buiten de boot (dreigen te) vallen.

Het bestuursprocesrecht moet ten eerste zijn toegesneden op het gegeven dat besluiten genomen in het kader van een verdeelproces sterk met elkaar verweven zijn.¹⁵ Zo impliceert de toewijzing van de aanvraag van de winnaar de afwijzing van de aanvragen van de verliezers. Ook bouwen veel verdeelbesluiten op elkaar voort: eerst wordt besloten tot het volgen van een bepaalde verdeelprocedure, vervolgens wordt een daarbij passend procedurereglement vastgesteld enz. Dit gegeven pleit voor een *ruime toegang tot de bestuursrechter* (§ 4). Als tussenbeslissingen niet zelfstandig appellabel zijn, maar alleen in het kader van de uiteindelijke toe- of afwijzing van een aanvraag kunnen worden aangevochten, dan blijft de eiser na een gegrond beroep al snel met lege handen achter. Het overdoen van (onderdelen van) de verdeelprocedure terwijl de rechten in kwestie al zijn verdeeld en de feiten en omstandigheden inmiddels (drastisch) kunnen zijn gewijzigd, is meestal geen realistische optie.¹⁶ Ook schadevergoeding behoort dan zelden tot de mogelijkheden, nu het bewijs dat de aanvraag van de eiser bij een rechtmatig verloop van de verdeelprocedure wél zou zijn toegewezen, meestal moeilijk te leveren is.¹⁷ Verder moet het bestuursprocesrecht zijn toegesneden op het gegeven dat schaarse publieke rechten meestal *tijdelijke* rechten zijn, die aan het einde van hun looptijd in beginsel weer worden herverdeeld. Dit gegeven brengt met zich mee dat belanghebbenden niet alleen een ruime toegang tot de bestuursrechter moeten hebben, maar ook dat de bestuursrechtelijke procedure op korte termijn duidelijkheid moet scheppen over eenieders rechtspositie. Zowel voor winnaars als verliezers van een verdeelprocedure vormen

ellenlange procedures een probleem. Winnaars willen zo snel mogelijk gebruik kunnen maken van hun tijdelijke recht en met een gerust hart de daarvoor benodigde investeringen plegen. Bij verliezers leiden ellenlange procedures al snel tot vertragingsschade, met name als hun afgewezen aanvraag uiteindelijk alsnog wordt toegewezen. Zij moeten bijvoorbeeld kosten maken om hun project in afwachting van de definitieve uitkomst van de procedure levensvatbaar te houden.¹⁸ Kortom: ook de *snelheid en finaliteit van procedures* moet zijn gegarandeerd (§ 5 en § 6).

3.3 *EU-beginsel van effectieve rechtsbescherming. Belang van het aanbestedingsrecht*

Het EU-beginsel van effectieve rechtsbescherming blijkt bij uitstek relevant voor geschillen over schaarse publieke rechten. De verdeling van verschillende schaarse publieke rechten (o.a. openbaarvervoerconcessies, frequentievergunningen) wordt namelijk in hoge mate, of mede bepaald door het EU-recht. Recent hebben Buijze en Widdershoven de betekenis van dit beginsel van de rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse publieke rechten in kaart gebracht.¹⁹ Zij concluderen dat het nationale recht in de eerste plaats een *ruime toegang tot de rechter* moet verzekeren, zowel wat betreft de aan te vechten handelingen in het verdeelproces, als wat betreft de kring van beroepsgerechtigden. In de tweede plaats moet het nationale recht *de snelheid van de beroepsprocedure* verzekeren. Daartoe mag van de rechtzoekenden worden geëist dat zij van de openstaande beroepsmogelijkheden tegen de diverse handelingen daadwerkelijk gebruikmaken en mag hun beroepsrecht aan relatief korte fatale beroepstermijnen worden gebonden. In de derde plaats moet het nationale recht voorzien in *effectieve rechterlijke remedies* om een voorlopige maatregel te treffen, om onwettige besluiten nietig te (doen) verklaren en om schadevergoeding toe te kennen. Daarbij heeft het HvJ EU in de analyse van Buijze en Widdershoven een voorkeur voor remedies die de onrechtmatige verdeling van de publieke rechten redresseren boven een plaatsvervangende schadevergoeding.

De eisen die volgens Buijze en Widdershoven uit het EU-beginsel van effectieve rechtsbescherming volgen, sluiten goed aan op de eisen die in mijn optiek uit de aard van de besluitvorming zelf volgen. Ook het EU-beginsel onderstreept het belang van tijdige en finale rechtsbescherming binnen een korte termijn. Tegelijkertijd onderstreept het EU-beginsel het nut van rechtsvergelijking met het aanbestedingsrecht. Vrijwel alle uitspraken waarop Buijze en Widdershoven zich baseren, betreffen aanbestedingsrechtelijke geschillen. De verdeling van schaarse publieke rechten en de aanbesteding van schaarse overheidsopdrachten vertonen op veel punten overeenkomsten.²⁰ Ook is er in het

15 Schueler 2011, p. 364-365.

16 Schueler 2011, p. 368-369.

17 J.M.J. van Rijn van Alkemade, 'Overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige verdeling van schaarse publieke rechten', *O&A* 2011/37, p. 69-83.

18 Vgl. CBB 24 juni 2008, *LJN* BD6039, r.o. 5.1.

19 A.W.G.J. Buijze & R.J.G.M. Widdershoven, 'Rechtsbescherming bij de competitieve verdeling van schaarse publieke rechten in het licht van het Unierecht', in: Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 411-432.

20 C.E.C. Jansen, 'De geregeerde aanbesteding van overheidsopdrachten en de verdeling van schaarse publieke rechten: een vergelijking', in: Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 293-322.

aanbestedingsrecht al veel ervaring opgedaan met het bieden van effectieve rechtsbescherming. Deze ervaring klinkt door in jurisprudentie van het hof. In het vervolg van deze bijdrage zal daarom waar nuttig en mogelijk de vergelijking met het aanbestedingsrecht worden getrokken (zie § 4.4 en § 5.3).

4. Toegang tot de bestuursrechter

4.1 Inleiding

De besluitvorming in het kader van de verdeling van schaarse publieke rechten is vaak complex. Aan het besluit om een gegadigde al dan niet een schaars publiek recht te verlenen, gaat doorgaans een uitgebreid voortraject vooraf. Van Ommeren heeft in dit voortraject vier vaste beslismomenten onderscheiden: 1. vergunningenplafond en procedurebeslissing 2. vaststelling van de procedureregels 3. selectie van aanvragen voor deelname aan de verdeelprocedure 4. de vaststelling van de winnaar(s) (gunningsbeslissing).²¹ Deze tussenbeslissingen zijn van grote invloed op de uiteindelijke uitkomst van het verdeelproces. Een belangrijke vraag is dan ook: wie kan wanneer tegen welke tussenbeslissing opkomen? Anders dan in bijvoorbeeld hoofdstuk 16 van de Wet milieubeheer ('Handel in emissierechten'),²² is in de Telecommunicatiewet geen speciaal regime voor de toegang tot de bestuursrechter neergelegd. Dat betekent dat het antwoord op de zojuist gestelde vraag wordt bepaald door het besluit- en belanghebbendebegrip. Hierna wordt daarom eerst ingegaan op de invulling die de bestuursrechter aan beide begrippen heeft gegeven in de *zero base*-casus (§ 4.2 en § 4.3). Vervolgens wordt stilgestaan bij de gevolgen van deze invulling voor de toegang tot de bestuursrechter en wordt ingegaan op de wenselijkheid van een ander 'toegangsregime' (§ 4.4).

4.2 Besluitbegrip

Aan het besluit over de ingediende aanvragen gingen vijf tussenbeslissingen vooraf: 1. de bekendmaking van de verdeelprocedure 2. de vaststelling van het procedurereglement 3. het besluit ex art. 4:5 Awb om een aanvraag al dan niet in behandeling te nemen 4. de selectie van aanvragen voor deelname en 5. de toewijzing van de kavels aan de winnende aanvragers (de gunningsbeslissing). Over het rechtskarakter van deze tussenbeslissingen is veel geprocedeerd.²³ Geen discussie bestond er over het rechtskarakter van de stappen 3 en 5. De weigering een aanvraag in be-

handeling te nemen is volgens vaste jurisprudentie een besluit.²⁴ De gunningsbeslissing viel samen met de toe- en afwijzing van de ingediende aanvragen en was om die reden niet appellabel. De discussie spitste zich toe op het rechtskarakter van de stappen 1, 2 en 4. Uiteindelijk heeft het CBB alleen de bekendmaking (stap 1) en de *uitsluiting* van deelname (stap 4) als appellabele besluiten aangemerkt.²⁵ De vaststelling van de procedurereglementen (stap 2) en de *toelating* tot de verdeelprocedure (stap 4) werden niet appellabel geacht.²⁶ Tegen deze beslissingen kon dus ook geen voorlopige voorziening worden gevraagd (art. 8:81 Awb). Deze beslissingen konden wel indirect in het kader van een beroep tegen een wél appellabel besluit, worden aangevochten. Dit laatste gold overigens ook voor de bekendmaking.²⁷

De jurisprudentie van het CBB bevat een aantal opvallende punten. Opvallend is ten eerste dat het CBB en de Rechtbank Rotterdam met betrekking tot de procedurereglementen tot een verschillend oordeel kwamen: de rechtbank kwalificeerde dit besluit als een besluit van algemene strekking, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift.²⁸ De rechtbank achtte voor dit oordeel de opbouw van het Frequentiebesluit (Fb) en de daarin neergelegde systematiek en chronologie van (de voorbereiding van) de vergunningverlening reeds doorslaggevend. Ook achtte de rechtbank het van wezenlijk belang dat het Fb ervan uitgaat dat voor elke afzonderlijke verdeelprocedure afzonderlijke regelingen worden vastgesteld. Opmerkelijk is verder dat de jurisprudentie van het CBB deels lijkt te zijn geënt op een 'strategisch' besluitbegrip. Zo heeft het College de bekendmaking aangemerkt als een besluit van algemene strekking, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift, mede omdat met de in dit besluit neergelegde beslissingen 'onomeerbare stappen' worden gezet.²⁹ Een laatste opvallend punt is de reden voor het CBB om de toelatingsbeslissing niet zelfstandig appellabel te achten: deze beslissing viel dermate kort voor de uiteindelijke beschikkingverlening, dat het apart openstellen van beroep daartegen geen zin had. Deze overweging laat zien dat ook het moment waarop een tussenbeslissing wordt genomen, van invloed is op de effectieve toegang tot de bestuursrechter.³⁰

21 Van Ommeren 2004, p. 23.

22 Emissierechten zijn schaarse 'vervuilingsrechten' die bedrijven die zijn onderworpen aan het Europese systeem van handel in emissierechten (*cap-and-trade*) nodig hebben om hun uitstoot van CO₂ te 'dekken'. Zie nader: M.G.W.M. Peeters, 'Schaarse broeikasruimte in de EU. De verdeling over en uitvoering door lidstaten' en J.R. van Angeren, 'Emissiehandel en schaarse publieke rechten', beide in: Van Ommeren, Den Ouden en Wolswinkel 2011, p. 71-93 en 95-114.

23 N.A.N.M. van Eijk & A.W. Hins, 'Verdeling van radiofrequenties', in: Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 57-64; A.J. Boorsma & Q.J. Tjeenk Willink, 'Schaarste in de ether: de rechtspraak over zerobase in vogelvlucht', *Mediaforum* 2008, p. 378-380.

24 Zie bijv. ABRvS 25 april 2000, AB 2000/282, m.nt. MSV.

25 CBB 16 december 2005, L/JN AU8613; CBB 21 maart 2007, AB 2007/215, m.nt. GC onder AB 2007/216.

26 CBB 9 december 2005, L/JN AU8634; CBB 4 april 2007, JB 2007/115, m.nt. AJB onder JB 2007/114; CBB 21 maart 2007, AB 2007/215, m.nt. GC onder AB 2007/216.

27 CBB 29 maart 2004, AB 2005/293, m.nt. GC, r.o. 3.5.

28 Rb. Rotterdam (vzr.) 13 mei 2003, L/JN AF8574 en Rb. Rotterdam (vzr.) 3 juli 2003, L/JN AH9751.

29 CBB 18 juli 2001, AB 2002/261, m.nt. GC, JB 2001/236, m.nt. MP. Bevestigd in: CBB 16 december 2005, L/JN AU8613.

30 Vgl. CBB (vzr.) 29 juli 2010, AB 2010/303, m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade. De verzoeksters in deze zaak moesten opkomen tegen de subsidieverlening aan hun concurrent, om de eenvoudige reden dat het besluit tot afwijzing van hun eigen aanvraag nog niet was genomen en de beslistermijn was verdaagd.

4.3 *Belanghebbendebegrip*

In de jurisprudentie over verdeling van etherfrequenties wordt het belanghebbendebegrip over het algemeen ruim geïnterpreteerd.³¹ Uit de rechtspraak van het College blijkt dat verliezers van een verdeelprocedure belanghebbende zijn bij de toewijzing van de 'winnende' aanvragen, mits winnaar en verliezer elkaars concurrent zijn en de concurrentieverhoudingen door de toewijzing potentieel worden beïnvloed. Niet nodig is dat winnaar en verliezer hebben meegedongen naar dezelfde frequentie.³² Wel is vereist dat de concurrent daadwerkelijk heeft deelgenomen aan de verdeelprocedure.³³ Een onderneming die niet actief is op de radiomarkt, is geen belanghebbende bij de toewijzing van de 'winnende' aanvraag van een concurrent. Volgens het CBB maakt het enkele verlangen om op een bepaalde markt te gaan opereren, een onderneming nog niet tot concurrent van de op deze markt reeds actieve ondernemers.³⁴ In een latere uitspraak (die niet ging over radiofrequenties) heeft het CBB deze uitspraak genuanceerd. Een buitenlandse onderneming die al geruime tijd had duidelijk gemaakt te willen toetreden tot de Nederlandse markt, werd als belanghebbende aangemerkt bij de wijziging van een nummerplan.³⁵ Al met al zorgde de uitleg van het belanghebbendebegrip ervoor dat partijen een voldoende ruime toegang tot de bestuursrechter hadden.

4.4 *Effectieve toegang tot de bestuursrechter. De rol van de voorzieningenrechter*

Hoe moeten de beroepsmogelijkheden tegen tussenbeslissingen zoals die bestonden in de *zero base*-casus worden gewaardeerd? Hierop zijn verschillende visies mogelijk. Vanuit een perspectief van effectief rechtsherstel is kritiek mogelijk op de afwezigheid van de mogelijkheid om een voorlopige voorziening te vragen tegen de procedurereglementen, de toelating van een concurrent en de gunningsbeslissing (§ 4.2). Zoals gezegd kan een gebrekkige tussenbeslissing na afloop van de verdeelprocedure, als de rechten zijn verdeeld, niet eenvoudig worden gerepareerd, terwijl ook het verkrijgen van een vervangende schadevergoeding dan geen sinecure is (§ 3.2).³⁶ Neem bijvoorbeeld de situatie dat in de bodemprocedure komt vast te staan dat een bepaalde partij ten onrechte aan de verdeelprocedure heeft deelgenomen. Het onrechtmatige besluit om deze partij tot de verdeelprocedure toe te laten kan niet worden gerepareerd door hem alsnog van deelname uit te sluiten. De verdeelprocedure is dan immers al afgelopen. Het overdoen van de verdeelprocedure is in de praktijk vaak een weinig realistische optie. Is schadevergoeding dan nog een mogelijkheid? Dat hangt af van wat er gebeurd zou zijn als de onterecht toegelaten partij wél van deelname was uitgesloten. Alleen als de aanvraag van de eiser dan zou zijn toege-

wezen, heeft hij recht op schadevergoeding.³⁷ Of dit causaal verband inderdaad aanwezig is, kan van veel onzekere factoren afhangen. Het bewijs van de schade kan daardoor zeer lastig te leveren zijn. Had de bestuursrechter in dit geval tijdig een voorlopige voorziening kunnen treffen, dan had het ontstaan van deze onomkeerbare situatie wellicht kunnen worden voorkomen. Dit simpele voorbeeld kan met vele andere worden uitgebreid.

Vanuit een oogpunt van proceseconomie is daarentegen juist kritiek mogelijk op het creëren van extra beroepsmomenten.³⁸ Een teveel aan beroepsmomenten leidt, in combinatie met de regel van de formele rechtskracht, tot procedeedwang. Partijen dienen alert te zijn op alle bezwaar- en beroepsmomenten en kunnen niet na afloop van de verdeelprocedure al hun bezwaren in een keer op tafel leggen.³⁹ Deze procedeedwang kan leiden tot een opeenstapeling van procedures. Dit kan er op zijn beurt toe leiden dat de periode van rechtsonzekerheid over de rechtmatigheid van het verdeelproces en de uitkomsten daarvan onaanvaardbaar lang duurt. In de *zero base*-casus lijken deze gevaren zich inderdaad te hebben verwezenlijkt.⁴⁰

Het voorgaande maakt duidelijk dat bij het beoordelen van de beroepsmogelijkheden tegen tussenbeslissingen genomen in het kader van een verdeelproces, twee tegengestelde gezichtspunten een rol spelen: effectief rechtsherstel (nopend tot een ruime toegang) en proceseconomie (nopend tot een beperking van de toegang). Verder kan worden vastgesteld dat het besluitbegrip als toegangscriterium in zaken over schaarse publieke rechten tot enigszins willekeurige uitkomsten leidt (§ 4.2). Waarom kan bijvoorbeeld de uitsluiting van een individuele aanvrager snel en eenvoudig aan de voorzieningenrechter worden voorgelegd, maar moet in geval van uitsluiting van een *categorie* aanvragers in het procedurereglement de meer bewerkelijke route van de exceptieve toetsing worden gevolgd?

Het gegeven dat het besluitbegrip tot enigszins willekeurige uitkomsten leidt, kan in zaken over schaarse rechten een argument vormen voor het treffen van een bijzondere regeling met betrekking tot de toegang tot de bestuursrechter. Bij het vormgeven van een dergelijke regeling moeten de beide genoemde gezichtspunten met elkaar worden verzoend. Wordt een van beide gezichtspunten verabsoluteerd, dan leidt dit al snel tot onevenwichtige uitkomsten. Als alle tussenbeslissingen onaanastbaar zijn en een gegadigde alleen kan klagen over de uiteindelijke toe- of afwijzing van zijn aanvraag, dan kan de bestuursrechter het verdeelpro-

31 Van Eijk & Hins 2011, p. 64; Boersma & Tjeenk Willink 2008, p. 381.

32 CBB 22 maart 1995, *SEW* 1995, p. 540, m.nt. Mortelmans; Rb. Rotterdam (vzr.) 13 mei 2002, *LJN* AF8574; CBB (vzr.) 28 oktober 2008, *JB* 2009/ 25.

33 Rb. Rotterdam (vzr.) 13 mei 2003, *LJN* AF8574.

34 CBB 30 januari 2002, *LJN* AD9953.

35 CBB 7 maart 2007, *LJN* BA0122.

36 Vgl. Schueler 2011.

37 Van Rijn van Alkemade 2011.

38 Vgl. A. Drahmman, 'Tijd voor een Nederlands transparantiebeginsel?', in: M.J.M. Verhoeven, J.E. van den Brink & A. Drahmman, *Europees offensief tegen nationale rechtsbeginselen? Over legaliteit, rechtszekerheid, vertrouwen en transparantie* (Jonge VAR-reeks 8), Den Haag: Bju 2010, p. 185; Van Ommeren 2004, p. 37.

39 Vgl. J.E.M. Polak e.a., *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid. Van toetsing naar geschilbeslechting* (rapport VAR-Commissie Rechtsbescherming), Den Haag: Bju 2004, p. 75.

40 Vgl. A.W. Hins in zijn annotatie onder Rb. Rotterdam 5 oktober 2005, *Mediaforum* 2005, nr. 34: "Tegen bijna elke snipper papier van de Minister diende iemand – al was het maar tot behoud van rechten – een bezwaarschrift in".

ces en de uitkomsten daarvan nauwelijks meer toetsen. Het andere uiterste is dat elke tussenbeslissing zelfstandig appellabel is. Deze oplossing is funest voor de proceseconomie. In een 'radicale tussenvariant' kunnen tussenbeslissingen alleen indirect, in het kader van een beroep tegen de uiteindelijke beschikkingverlening, worden aangevochten. Het openstellen van beroep tegen tussenbeslissingen na afloop van de verdeelprocedure is echter niet bevorderlijk voor de mogelijkheden van eisers om zo nodig rechtsherstel te krijgen (§ 3.2).

In de literatuur zijn verschillende voorstellen gedaan om tot een stroomlijning en versnelling van de rechtsbescherming te komen. Van Ommeren heeft voorgesteld om beroep open te stellen tegen 1. de beslissing om het aantal beschikbare rechten te beperken (de plafondbeslissing) en de keuze voor een bepaalde verdeelprocedure (procedurebeslissing) gezamenlijk en 2. de uiteindelijke beschikkingverlening.⁴¹ Drahmann gaat nog verder en zou alleen beroep willen open stellen tegen de uiteindelijke beschikkingverlening.⁴² Buijze en Widdershoven stellen voor om beroep open te stellen tegen 1. de plafondbeslissing, de procedurebeslissing en de procedurereglementen gezamenlijk 2. de beslissing over de toelating van aanvragen tot de verdeelprocedure (de selectiebeslissing) en 3. de gunningsbeslissing en beschikkingverlening gezamenlijk.⁴³ Interessant is verder dat in de Wet milieubeheer (Wm) zoals gezegd een bijzonder regime voor de toegang tot de bestuursrechter is neergelegd voor geschillen over de verdeling van schaarse emissierechten.

Voor al deze oplossingen geldt dat zij in meer of mindere mate een van beide genoemde beginselen voorop stellen. Zo neigt de regeling in de Wm naar een verabsolutering van het beginsel van proceseconomie.⁴⁴ Direct beroep is alleen mogelijk tegen de toekenning van emissierechten. De 'rekenregels' die hierbij worden gehanteerd kunnen slechts exceptief worden getoetst. De hoogte van het plafond en de gekozen verdeelmethode zijn (vrijwel) onaantastbaar. Dat deze regeling de proceseconomie zo sterk voorop stelt, heeft een simpele reden: op grond van het EU-recht gelden er zeer strakke termijnen voor de verdeling van emissierechten. Deze bijzondere omstandigheid maakt dat de regeling in de Wm in mijn optiek niet zonder meer model kan staan voor alle schaarse publieke rechten. De oplossing van Drahmann neigt dan weer naar wat hiervoor de 'radicale tussenvariant' is genoemd. Nadeel van deze oplossing is dat de uitspraak van de bestuursrechter al snel als mosterd na de maaltijd zal komen. Eenzelfde bezwaar geldt – in mindere mate – voor de oplossing van Van Ommeren.⁴⁵ Het meest uitgebalanceerde voorstel is mijns inziens gedaan door Buijze en Widdershoven. Het houdt op een slimme en

doordachte manier rekening met de beide genoemde uitgangspunten.

Toch lijkt een verdere verbetering van dit voorstel nog mogelijk. Gedacht zou kunnen worden om beroep open te stellen tegen 1. de procedurereglementen 2. de selectiebeslissing 3. de gunningsbeslissing. Een aparte beroepsmogelijkheid tegen de plafond- en procedurebeslissing lijkt mij overbodig, aangezien deze beslissingen doorgaans worden herhaald en nader uitgewerkt in de procedurereglementen. Het idee om afzonderlijk beroep open te stellen tegen de gunningsbeslissing is geïnspireerd op het aanbestedingsrecht. Zowel voor verdeelprocedures, als voor aanbestedingen geldt dat de rechtshandeling die volgt op de gunningsbeslissing, lastig is terug te draaien nadat hij is verricht. Een overeenkomst kan niet eenvoudig worden ontbonden, terwijl de verlening van een schaarse subsidie of vergunning niet zomaar kan worden vernietigd, herroepen, ingetrokken of geschorst.⁴⁶ Tegen deze achtergrond heeft het HvJ EU bepaald dat er een mogelijkheid moet bestaan om de gunningsbeslissing nietig te verklaren, los van de mogelijkheid om na het sluiten van de overeenkomst schadevergoeding te verkrijgen.⁴⁷

Verder lijkt het mij met Schueler verstandig om de gunningsbeslissing vorm te geven als een 'integraal verdeelbesluit', dat wil zeggen: een besluit dat de rangschikking van de geselecteerde aanvragen bevat, voorzien van een algemene motivering van deze rangschikking en de totstandkoming daarvan.⁴⁸ Het integrale verdeelbesluit dient als basis voor de laatste stap in het verdeelproces: de toe- of afwijzing van de geselecteerde aanvragen. Tegen deze laatste stap blijft in mijn voorstel beroep open staan. De reden daarvoor is dat het kan gebeuren dat een 'boven de streep' gerangschikte aanvraag al dan niet per ongeluk wordt afgewezen en vice versa. In dat geval moet er voor aanvragers uiteraard de mogelijkheid blijven bestaan om deze onterechte toe- of afwijzing aan te vechten.⁴⁹

Tegen dit voorstel kan worden ingebracht dat het niet bevorderlijk is voor de proceseconomie. Naar mijn inschatting wordt dit bezwaar grotendeels ondervangen door de vormgeving van de gunningsbeslissing als integraal verdeelbesluit. De gunningsbeslissing zal fungeren als een soort 'bliksemaflaider' voor aparte procedures tegen de afzonderlijke

41 Van Ommeren 2004, p. 37-38.

42 Drahmann 2010, p. 185.

43 Buijze en Widdershoven 2011, p. 428.

44 Vgl. J.R. van Angeren, 'Rechtsbescherming tegen toewijzing van emissierechten', *NJB* 2007, p. 2905-2910.

45 Vgl. Schueler 2011, p. 376.

46 Schueler spreekt in dit verband van een verborgen stimulans die van het bestuursprocesrecht uitgaat om beroepen, zo enigszins mogelijk, ongegrond te verklaren. Zie Schueler 2011, p. 369.

47 HvJ EU 28 oktober 1999, *NJ* 2000/528 (*Alcatel*), r.o. 43.

48 Schueler 2011, p. 370-372.

49 Als een afgewezen aanvrager pas na de beschikkingverlening opkomt tegen de gunningsbeslissing, meen ik dat hem de formele rechtskracht van dit laatste besluit moet kunnen worden tegengeworpen. Van deelnemers aan een verdeelprocedure mag zoals gezegd een oplettende, proactieve houding worden verwacht. Als het bestuur een definitieve beschikking neemt terwijl er nog een procedure loopt over de gunningsbeslissing en de eiser niet tegen deze definitieve beschikking opkomt, meen ik echter dat de eiser *niet* de formele rechtskracht van dit laatste besluit moet kunnen worden tegengeworpen. Zo nodig moet wettelijk worden vastgelegd dat een later afgekomen definitieve beschikkingverlening automatisch wordt meegenomen in de procedure over de gunningsbeslissing (vgl. art. 6:18 en 6:19 Awb).

toe- en afwijzingen. De kans op een opeenstapeling van procedures wordt zo verminderd.

Tegen het argument van de procedeedwang kan worden ingebracht dat de noodzaak om alert te zijn op bezwaar- of beroepsmomenten in het aanbestedingsrecht niet als iets (louter) negatiefs wordt gezien. Zo spreekt het HvJ EU in dit verband over de van een professionele inschrijver te verwachten 'oplettende, pro-actieve houding'.⁵⁰ In de jurisprudentie van de burgerlijke rechter is inmiddels een duidelijke lijn waarneembaar, inhoudende dat eisers die hun bezwaren tegen een door de aanbestedende dienst gezette stap in een te laat stadium kenbaar hebben gemaakt, niet-ontvankelijk worden verklaard, of hun vordering wordt afgewezen.⁵¹ De ratio achter deze strenge lijn is dat in het aanbestedingsrecht het voorkomen van schendingen beter is dan het, met alle complicaties vanden, ongedaan maken van schendingen. Zoals hiervoor is betoogd, geldt dit ook met betrekking tot schaarse publieke rechten. Van professionele deelnemers aan een verdeelprocedure is het in mijn optiek daarom niet te veel gevraagd om alert te zijn op enkele vaste bezwaar- en beroepsmomenten.⁵²

Als partijen, zoals in dit voorstel, op vier momenten tijdens het verdeelproces toegang tot de voorzieningenrechter hebben, dan ligt het in de lijn der verwachtingen dat toekomstige verdeelprocedures vaker met 'horten en stoten' zullen verlopen. Gedurende de voorlopige voorzieningprocedure zal het bestuur het verdeelproces, in afwachting van de uitspraak, immers tijdelijk stil moeten leggen.⁵³ Wordt de voorziening vervolgens toegewezen, dan dreigt zelfs een substantiële vertraging. Naar mijn mening is het risico op vertragingen echter de prijs die betaald zal moeten worden voor een effectieve rechtsbescherming.

5. De toetsing door de bestuursrechter

5.1 Inleiding

Omdat schaarse publieke rechten vaak tijdelijke rechten zijn, is het van groot belang dat de bestuursrechter de partijen in een geschil zo snel mogelijk duidelijkheid verschaft over de rechtmatigheid van de gemaakte verdeling (§ 3.2). Of de bestuursrechter daartoe in staat is, hangt onder meer af van de wijze waarop hij verdeelbesluiten toetst. Een vernietiging op formele gronden, bijvoorbeeld omdat de verdeelprocedure onzorgvuldig is uitgevoerd of het resultaat ervan onvoldoende draagkrachtig is gemotiveerd, schept minder duidelijkheid dan een vernietiging op inhoudelijke gronden, bijvoorbeeld omdat het bestuur niet in redelijkheid tot de gemaakte verdeling had kunnen komen. Hierna wordt gekeken naar de aard en intensiteit van de rechterlijke toetsing in de *zero base*-casus (§ 5.2) en de rol van het

transparantiebeginsel daarbij (§ 5.3). Ook wordt stilgestaan bij een bijzonder aspect van de rechterlijke toetsing: de rechterlijke afweging van de belangen van nieuwkomers versus gevestigde partijen (§ 5.4). Betoogd wordt dat de bestuursrechter de opzet, uitvoering en uitslag van de verdeelprocedure overwegend formeel en terughoudend heeft getoetst. Vervolgens wordt in § 6 ingegaan op de gevolgen van de gevolgde toetsingswijze voor de mogelijkheid tot (volledig) materieel rechtsherstel.

5.2 Rechterlijke toetsing: aard en intensiteit

In de *zero base*-casus lijkt de bestuursrechter eerder een formele, dan een materiële toetsingswijze te hebben gevolgd. Zijn beoordeling richtte zich vooral op de zorgvuldige opzet en uitvoering van de verdeelprocedure.⁵⁴ Deels kwam dat doordat partijen vooral formele beroepsgronden naar voren brachten. Daarnaast vormt de beoordelingsvrijheid van het bestuur een verklaring voor de overwegend formele toetsingswijze van de bestuursrechter. Kenmerkend voor verdeelprocedures is dat zij de beleidsvrijheid van het bestuur uitschakelen, maar niet zijn beoordelingsvrijheid: de hoogst gerangschikte aanvraag moet worden toegewezen, maar het is aan het bestuur om te beoordelen welke aanvraag als hoogste dient te worden gerangschikt. In het geval van een vergelijkende toets, waarbij aanvragen aan de hand van kwalitatieve criteria met elkaar worden vergeleken, komt het bestuur daarbij een ruime mate van beoordelingsvrijheid toe. Het gebruik daarvan wordt door de bestuursrechter terughoudend getoetst.⁵⁵

Daar komt nog bij dat de beoordeling van aanvragen in het licht van kwalitatieve criteria vaak een bijzondere expertise vergt. Niet alleen de bestuursrechter, maar ook het bevoegde bestuursorgaan heeft deze expertise vaak niet in huis. Besluitvorming geschiedt dan op basis van deskundigenadviezen. De rechterlijke toetsing beperkt zich vervolgens tot formele aspecten van de besluitvorming zoals de (on)vooringenomenheid en (on)partijdigheid van de deskundigen (art. 2:4 Awb), de deugdelijke motivering en zorgvuldige totstandkoming van de door hen geschreven adviezen (art. 3:2 en 3:49 Awb) en de vergewisplicht van het bestuur (art. 3:9 Awb).⁵⁶ Ook in de *zero base*-casus spitste de rechterlijke beoordeling van afgewezen aanvragen zich in veel gevallen toe op deze aspecten van de besluitvorming.⁵⁷ Een probleem daarbij was dat de eiser vaak geen inzage kon krijgen in de rapporten van Mazars over de aanvragen waarmee zijn eigen aanvraag was vergeleken, omdat deze vertrouwelijke informatie bevatten (art. 8:29 Awb).⁵⁸

50 Vgl. HvJ EU 12 februari 2004, zaak C-230/02, *Jur.* 2004, p. I-1829 (*Grossmann*).

51 Pijnacker Hordijk e.a. 2009, p. 586-596.

52 Of ook van niet-professionele deelnemers een dergelijke proactieve houding mag worden verwacht, is een andere discussie. In dit artikel concentreer ik mij echter op de verdeling van commerciële radiofrequenties. Gegadigden voor dit schaarse publieke recht zijn doorgaans professionele marktpartijen.

53 Vgl. Schueler 2011, p. 376.

54 CBB 18 april 2007, *AB* 2007/216; CBB 21 maart 2007, *AB* 2007/215, beide m.nt. GC.

55 Zie bijv. CBB 21 maart 2007, *AB* 2007/215, m.nt. GC, r.o. 8.7; Rb. Rotterdam 8 december 2005, *LJN* AV2674; Rb. Rotterdam 5 oktober 2005, *LJN* AU3838.

56 Zie bijv. ABRvS 24 maart 2010, *AB* 2010/137, m.nt. W. den Ouden.

57 Zie bijv. CBB 21 maart 2007, *AB* 2007/215, m.nt. GC, r.o. 8.5.5. e.v.

58 Zie uitgebreid over deze problematiek: 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. 379-409.

5.3 De rol van het transparantiebeginsel

Bij het beoordelen van beroepsgronden speelde het EU-rechtelijke 'transparantiebeginsel' een belangrijke rol. Dit rechtsbeginsel wint op steeds meer rechtsterreinen aan belang.⁵⁹ Op het terrein van het telecommunicatierecht is het gecodificeerd in art. 9 Kaderrichtlijn en art. 7 Machtigingsrichtlijn.⁶⁰ Hierin is vastgelegd dat radiofrequenties moeten worden verdeeld op basis van selectiecriteria die objectief, transparant, proportioneel en niet-discriminerend zijn. Over de precieze betekenis van deze criteria bestaat nog veel onduidelijkheid.⁶¹ In het algemeen verlangt het transparantiebeginsel verdeelprocedures die vooraf helder en achteraf controleerbaar zijn, en die op een consistente, doorzichtige en objectieve wijze worden uitgevoerd, zodat alle deelnemers gelijke kansen hebben. Een steeds terugkerende vraag in de *zero base*-jurisprudentie was, of de vergelijkende toets en de uitvoering daarvan voldeden aan het transparantiebeginsel.⁶² De bestuursrechter stond daarbij voor de opgave om een eigen invulling te geven aan dit voor het algemeen bestuursrecht nog relatief onbekende beginsel, dat tot nu toe vooral in de context van het (Europees) aanbestedingsrecht concreet handen en voeten heeft gekregen. Opvallend is dat het CBB in de *zero base*-casus voor een bescheiden invulling van het transparantiebeginsel lijkt te hebben gekozen. In zijn uitspraak van 21 maart 2007 overwoog het:

“Waar het bij de toepassing van de eisen van transparantie, objectiviteit en verificerbaarheid om gaat, is of de procedure, inclusief de toetsingscriteria, vooraf bij alle betrokkenen bekend was en of achteraf controleerbaar is dat de procedure daadwerkelijk in overeenstemming met de vooraf opgestelde regelingen is uitgevoerd. In het onderhavig geval is hieraan voldaan, nu de commissie haar werkwijze inzichtelijk in haar advies heeft uiteengezet, deze werkwijze in overeenstemming is met de Regeling AVT en dit advies, zoals overgenomen door de minister, uiteindelijk door betrokken partijen aan een rechterlijke controle kan worden onderworpen.”⁶³

Deze uitleg lijkt beduidend minder streng dan de uitleg die het CBB aan het transparantiebeginsel geeft in zaken over de aanbesteding van openbaarvervoerconcessies, een ander schaars publiek recht waarop dit beginsel van toepassing is. Zo heeft het CBB in een concessiezaak uit 2005 overwogen:

59 Vgl. E.C.L. Prenen, 'Subsidietendering: in de greep van de beginselen van het aanbestedingsrecht', *Gst.* 2009/69, p. 315-321.

60 Richtlijn 2002/21/EG; Richtlijn 2002/20/EG.

61 Vgl. A. Drahmman, 'Streven naar een transparante (her)verdeling van schaarse publieke rechten', in: Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 269-294; A.W.G.J. Buijze & R.J.G.M. Widdershoven, 'De Awb en het EU-recht: het transparantiebeginsel', in: Barkhuysen, Den Ouden & Polak 2010, p. 589-609; S. Prechal & M.E. de Leeuw, 'Transparency: A General Principle of EU Law?', in: U. Bernitz, J. Negelius & C. Cardner (red.), *General Principles of EC Law in a Process of Development*, Alphen aan de Rijn: Kluwer Law International 2008, p. 205 e.v.; Van Ommeren 2004, p. 39-56.

62 Zie bijv. CBB 4 april 2007, *JB* 2007/114, m.nt. AJB.

63 CBB 21 maart 2007, *AB* 2007/215, m.nt. GC, r.o. 8.5.2.

“Indien een aanbestedende dienst besloten heeft te gunnen aan de inschrijver met de economisch voordeligste aanbidding, is hij op zichzelf vrij de gunningscriteria te kiezen. Voorwaarde is wel dat die criteria ertoe strekken de economisch voordeligste aanbidding te bepalen en dat de criteria verweerders geen onvoorwaardelijke keuzevrijheid verlenen bij de gunning van de concessie aan een inschrijver. (...) Verder dient een aanbestedende dienst fundamentele beginselen te respecteren, zoals het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers en het transparantiebeginsel. Dit laatste beginsel heeft in essentie ten doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Het impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal optrettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen grijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren, en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om met terdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria die op de betrokken opdracht van toepassing zijn. (...) Indien het voor een inschrijver moeilijk of zelfs onmogelijk is de juiste strekking van het betrokken criterium te kennen en het op dezelfde wijze te interpreteren, moet worden geoordeeld dat een aanbestedende dienst bovengenoemde beginselen heeft geschonden. (...) Verder volgt uit de jurisprudentie dat een aanbestedende dienst de gunningscriteria op objectieve en uniforme wijze moet toepassen. (...) Tot slot kan uit de jurisprudentie worden opgemaakt dat een aanbestedende dienst verplicht is de aanbesteding in te trekken, indien een gunningscriterium niet rechtmatig is.”⁶⁴

Een interessante vraag is dan ook welke invulling het CBB in de toekomst aan het transparantiebeginsel zal (moeten) geven. In de literatuur staat het transparantiebeginsel momenteel sterk in de belangstelling.⁶⁵ De discussie spitst zich vooral toe op de vraag of het transparantiebeginsel een Nederlands algemeen beginsel van behoorlijk bestuur is of zou moeten zijn en wat de inhoud en het toepassingsbereik van het (EU-rechtelijke) transparantiebeginsel is. Voor toekomstige verdelingen van frequentievergunningen door middel van een vergelijkende toets, lijkt het raadzaam dat het CBB aansluiting zoekt bij zijn eigen jurisprudentie over de aanbesteding van openbaarvervoerconcessies. Aangezien de aanbestedingsprocedure veel weg heeft van de vergelijk-

64 CBB 17 oktober 2005, *AB* 2006/46, m.nt. J.H. van der Veen, r.o. 6.4.

65 Vgl. A. Drahmman, 'Streven naar een transparante (her)verdeling van schaarse publieke rechten', in: Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 269-294; A.W.G.J. Buijze & R.J.G.M. Widdershoven, 'De Awb en het EU-recht: het transparantiebeginsel', in: Barkhuysen, Den Ouden & Polak 2010, p. 589-609; S. Prechal & M.E. de Leeuw, 'Transparency: A General Principle of EU Law?', in: U. Bernitz, J. Negelius & C. Cardner (red.), *General Principles of EC Law in a Process of Development*, Alphen aan de Rijn: Kluwer Law International 2008, p. 205 e.v.; Van Ommeren 2004, p. 39-56.

kende toets,⁶⁶ is een al te verschillende uitleg van het transparantiebeginsel in deze twee in belangrijke mate vergelijkbare gevallen moeilijk te rechtvaardigen.

5.4 *Nieuwkomers versus gevestigde partijen*

Zoals ook uit de inleiding blijkt, is de vraag hoe de bestuursrechter de belangen van nieuwkomers en gevestigde partijen moet afwegen een belangrijk thema in de jurisprudentie over de verdeling van schaarse publieke rechten. Bij de verdeling van schaarse publieke rechten bevinden nieuwkomers zich in een bijzondere positie. Voor nieuwkomers blijkt het vaak lastiger om een recht te bemachtigen, dan voor gevestigde partijen om hun recht te behouden.⁶⁷

Vaak speelt de inrichting van de verdeelprocedure daarbij een rol. In het uiterste geval, worden nieuwkomers (deels) uitgesloten van deelname aan de verdeelprocedure. De verlenging van de frequentievergunningen van de zittende commerciële radiostations vormt hiervan een 'mooi' voorbeeld (§ 1). Veel vaker komt het voor dat nieuwkomers niet zijn uitgesloten, maar door de vormgeving van de verdeelprocedure wel op achterstand staan bij de gevestigde partijen. Ook daarvan biedt de *zero base*-casus een duidelijk voorbeeld: de tijdelijke herverdeling van radiofrequenties bestemd voor de landelijke commerciële radio-omroep in 2002, in afwachting van de *zero base*-herverdeling. Deze verdeling had als resultaat dat vrijwel alle zittende vergunninghouders hun frequentie behielden. Dit resultaat was ook beoogd: een van de gehanteerde uitgangspunten bij de verdeling was dat omroepen die al via de kabel uitzonden voorrang kregen. Het CBB sauveerde dit beleid.⁶⁸ Vaak heeft de ongelijke uitgangspunt van nieuwkomers en gevestigde partijen niet alleen te maken met de inrichting van de verdeelprocedure. Doordat gevestigde partijen al jaren meedraaien in het vergunningen- of subsidiecircuït, zijn zij bijvoorbeeld beter in staat om een succesvolle aanvraag in te dienen. Dit gegeven heeft in de jurisprudentie over frequentievergunningen al eens geleid tot discussie over de vraag of en in hoeverre het bestuur bij de opzet van een verdeelprocedure rekening moet houden met de achterstandspositie van nieuwkomers. Het geschil betrof de veiling van UMTS-frequenties in 2000. De uitkomst van deze veiling was dat alle gevestigde partijen hun frequentie behielden en geen enkele nieuwkomer een vergunning bemachtigde. Nieuwkomer Versatel klaagde daarop dat in de opzet van de veiling te weinig rekening was gehouden met de positie van nieuwkomers. In het bijzonder had de minister een of meer vergunningen moeten reserveren voor nieuwkomers. Ook deze klacht werd verworpen.⁶⁹ Het algemene beeld dat uit de hiervoor besproken jurisprudentie naar voren komt, is dat het CBB het bestuur de ruimte laat om bij de opzet van een verdeelprocedure beleidsmatige keuzes te maken die als (mogelijk) gevolg hebben dat nieuwkomers en gevestigde partijen geen gelijke

kansen hebben, mits dit beleid een legitiem doel dient en het de grenzen van een redelijke beleidsbepaling niet te buiten gaat.⁷⁰ Een dergelijke benadering lijkt de bestuursrechter ook buiten het telecommunicatierecht te volgen.⁷¹ De vraag rijst of de bestuursrechter bij het toetsen van de opzet van een verdeelprocedure er niet strenger op zou moeten toezien dat nieuwkomers en gevestigde partijen voldoende gelijke kansen hebben. Ongelijke kansen voor nieuwkomers en gevestigde partijen staat immers op gespannen voet met het gelijkheids- en transparantiebeginsel. Als deze beginselen van toepassing zijn, kan het uitgangspunt van gelijke kansen dan ook niet zonder meer op beleidsmatige gronden terzijde worden geschoven.

6. **Rechtsherstel**

6.1 *Inleiding*

Als de bestuursrechter constateert dat het bestuur in strijd met de voor een verdeling geldende regels en beginselen heeft gehandeld, dan dienen deze schending en de gevolgen ervan ongedaan te kunnen worden gemaakt. In verband met het vaak tijdelijke karakter van schaarse publieke rechten, is het daarbij van groot belang dat een schending tijdig aan het licht komt (§ 3). Hierna wordt aan de hand van een concreet geschil (de zaak *Mediasales/RTL FM*) geïllustreerd dat het huidige bestuursprocesrecht niet bijzonder goed op deze taak berekend is. Het gevolg is dat tegen de tijd dat de bestuursrechter een schending constateert, een (volledig) materieel rechtsherstel vaak niet meer tot de mogelijkheden behoort. Alleen de mogelijkheid van een vervangende schadevergoeding resteert dan nog. Probleem is echter, dat schade geleden in de context van een onregelmatig verlopen verdeelprocedure niet snel voor vergoeding in aanmerking komt.⁷² De in het gelijk gestelde eiser dreigt dan met lege handen achter te blijven.

6.2 *De zaak Mediasales/RTL FM*

Deze zaak had betrekking op de toewijzing van kavel A9 aan RTL FM. Kavel A9 was een geclausuleerde frequentie, bestemd voor een radioprogramma dat overwegend bestaat uit Nederlandse muziek. Tegen dit toewijzingsbesluit en tegen de afwijzing van de eigen aanvraag werd opgekomen door Mediasales, Arrow en Distrined. Zij vroegen alle drie om een voorlopige voorziening, maar deze verzoeken werden afgewezen.⁷³ Ruim twee jaar later werden de beroepen van Arrow en Mediasales in de bodemprocedure echter grond verklaard. De Rechtbank Rotterdam oordeelde dat de toewijzing van kavel A9 aan RTL FM onvoldoende draagkrachtig was gemotiveerd.⁷⁴ Vervolgens ontspoon zich een ingewikkelde discussie tussen de minister en de beoordelingscommissie over de herbeoordeling van de aanvraag

66 Vgl. Jansen 2011 en Wolswinkel 2011, p. 197-198.

67 Zie de verschillende bijdragen in Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011.

68 CBB 27 februari 2002, AB 2002/320, m.nt. G.J.M. Cartigny.

69 CBB 29 maart 2004, AB 2005/293, m.nt. GC.

70 Vgl. Boorsma & Tjeenk Willink 2008, p. 383-384.

71 Vgl. ABRvS 15 december 2010, AB 2011/87, m.nt. W. den Ouden; ABRvS 22 juli 2009, AB 2010/138, m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade.

72 Van Rijn van Alkemade 2011.

73 Rb. Rotterdam (vzr.) 3 juli 2003, L/JN AH9748, AH9751, AH9754.

74 Rb. Rotterdam 5 oktober 2005, L/JN AU3838 (*Mediasales*) en Rb. Rotterdam 7 november 2005, L/JN AV2618 (*Arrow*).

van Mediasales,⁷⁵ waardoor de minister ruim een half jaar nodig had om een nieuwe beslissing op bezwaar te nemen. Bij besluiten van 19 en 22 mei 2006 werd de vergunning van RTL FM ingetrokken en alsnog aan Mediasales verleend. Zodoende kreeg Mediasales na ruim drie jaar procederen de vergunning waarop zij achteraf gezien sinds mei 2003 recht had gehad.

De overwinning van Mediasales betekende echter nog niet het einde van alle procedures. RTL FM, Distrined en Arrow gingen in hoger beroep tegen de uitspraak van de rechtbank. Deze beroepen werden door het CBB ongegrond verklaard.⁷⁶ Een door RTL FM gevraagde voorlopige voorziening werd afgewezen.⁷⁷ Ook Mediasales ging in hoger beroep. Doordat de door haar verworven vergunning een vaste looptijd had die eindigde op 1 september 2011, kon zij nog maar vijf jaar en drie maanden van haar vergunning gebruikmaken, terwijl alle andere partijen de volle looptijd (acht jaar en drie maanden) hadden kunnen benutten. Mediasales vond daarom dat de looptijd van haar vergunning met drie jaar had moeten worden verlengd. De minister achtte dit niet mogelijk, aangezien – volgens het toenmalige beleid – de in 2003 uitgegeven frequenties in 2011 weer beschikbaar moesten komen voor herverdeling. Het CBB accepteerde deze redengeving en wees Mediasales op de mogelijkheid van schadevergoeding.⁷⁸ Zodoende kwam na ruim vier jaar procederen een einde aan alle geschillen over de toewijzing van kavel A9.

De 'stroperigheid' van de geschilbeslechting in de zaak *Mediasales/RTL FM* kan uit verschillende factoren worden verklaard. Zo moesten Mediasales, Distrined en Arrow steeds tegen zowel de afwijzing van hun eigen aanvraag, als tegen de toewijzing aan Mediasales procederen.⁷⁹ En dat in drie instanties (bezwaar, beroep, hoger beroep). Zo kon het gebeuren dat er over de toewijzing van kavel A9 aan RTL FM letterlijk tientallen (al dan niet gevoegde) bezwaar- en beroepsprocedures zijn gevoerd. Ook kan worden gewezen op de formele toetsingswijze van de rechtbank Rotterdam. Doordat de rechtbank zijn kritiek op de gemaakte verdeling 'verpakte' in een formele vernietigingsgrond (strijd met het motiveringsbeginsel), kon lang onduidelijk blijven wat de inhoud van het nieuw te nemen besluit moest zijn.

Had de rechtbank het geschil niet op een meer finale wijze kunnen beslechten? De mogelijkheden daartoe zijn tegenwoordig veruimd.⁸⁰ De vraag is echter of gebruik van deze mogelijkheden veel soelaas zou hebben geboden. Om zelf in de zaak te kunnen voorzien, of de rechtsgevolgen in stand te laten, had de rechtbank moeten inschatten wat er gebeurd zou zijn als de minister de aanvraag van RTL FM op een rechtmatige wijze had beoordeeld. Gelet op de ingewikkelde discussie tussen de minister en de beoordelings-

commissie daarover, zou dat voor de rechtbank geen eenvoudige opgave zijn geweest. Blijft over het toepassen van de bestuurlijke lus. Of toepassing van de bestuurlijke lus veel tijdswinst had opgeleverd, is twijfelachtig. Na de tussenuitspraak had de minister zich opnieuw moeten buigen over de rangschikking van de aanvraag van RTL FM. Daarmee was ongetwijfeld ook veel tijd gemoeid geweest.

Hoe zouden procedures over toekomstige verdelingen kunnen worden gestroomlijnd en versneld? Een meer materiële, finale geschilbeslechting is wenselijk, maar lijkt in dit soort gevallen niet altijd mogelijk. Wel zouden de toe- en afwijzingen van aanvragen voor een schaarse frequentievergunning kunnen worden gebundeld in een integraal verdelingsbesluit, om zo een opeenstapeling van procedures te voorkomen (§ 4.4).⁸¹ Ook zou kunnen worden gewerkt met een systeem van korte en finale beroepstermijnen.⁸² Tot slot zou ook het aantal beroepsinstanties kunnen worden verminderd.⁸³ Nu kunnen partijen in beroep en vervolgens hoger beroep. Gedacht zou kunnen worden aan het openstellen van beroep in eerste en enige aanleg op een bijzondere bestuursrechter, zoals bij verschillende andere besluiten op basis van de Telecommunicatiewet al langer gebruikelijk is (zie art. 17.1 Tc).⁸⁴

7. Conclusie

De *zero base*-casus laat zien dat het huidige bestuursprocesrecht om verschillende redenen niet erg goed is toegesneden op de beslechting van geschillen over de verdeling van schaarse publieke rechten. Geschillen over de verdeling van schaarse publieke rechten verlangen naar hun aard om tijdige en finale geschilbeslechting. De geschilbeslechting in de *zero base*-casus beantwoordde niet aan dit ideaal. Belanghebbenden konden niet altijd tijdig toegang krijgen tot de (voorlopige) rechtsbescherming. De opzet, uitvoering en uitslag van de verdeelprocedure werd over het algemeen formeel en terughoudend getoetst. In het zeldzame geval dat een beroep gegrond werd verklaard, hadden de partijen nog steeds geen definitief antwoord op de vraag of hun aanvraag terecht 'onder de streep' was gerangschikt en afgewezen. De zaak *Mediasales/RTL FM* laat zien dat de 'stroperigheid' van het bestuursprocesrecht de kans op een (volledig) materieel rechtsherstel aanmerkelijk verkleint. Bovendien lijken ook de mogelijkheden tot het verkrijgen van (vervangende) schadevergoeding beperkt. Het gevaar dreigt dat in het gelijk gestelde eisers uiteindelijk met (vrijwel) lege handen achter blijven.

De in dit artikel beschreven problemen zijn niet uniek. Het gaat om algemene problemen, die zich op verschillende terreinen van het bestuursrecht voordoen. Bijzonder is wel dat

75 Zie voor deze discussie CBB 30 mei 2007, L/JN BA5525, r.o. 4.1-4.5.

76 CBB 30 mei 2007, L/JN BA5525.

77 CBB (vzr.) 30 juni 2006, L/JN AX9669.

78 CBB 11 juli 2007, L/JN BA9351.

79 Dit om de negatieve consequenties van het leerstuk van de formele rechtskracht te vermijden. Vgl. Schueller 2011, p. 364.

80 J.E.M. Polak, 'Effectieve geschillenbeslechting: bestuurlijke lus en andere instrumenten', *NTB* 2011/2, p. 2-9.

81 Schueller 2011, p. 370-372.

82 Buijze en Widdershoven achtten het invoeren van een fatale beroepstermijn van twee weken bij selectiebeslissingen en wellicht ook bij plaafond- en procedurebeslissingen en procedurelementen opportuun en ook Europeesrechtelijk haalbaar. Zie Buijze en Widdershoven 2011, p. 430-431.

83 Vgl. Schueller 2011, p. 376.

84 Zo ook Van Eijk & Hins 2011, p. 69.

bij geschillen over schaarse publieke rechten al deze problemen zich tegelijkertijd en in verhevigde mate lijken voor te doen. Schaarse publieke rechten zijn vaak *tijdelijke* rechten. Besluiten genomen in het kader van een verdeelprocedure zijn sterk met elkaar verweven. Deze twee bijzondere kenmerken van schaarse publieke rechten verdragen zich bijzonder slecht met de langdurige rechtsonzekerheid die bestuursrechtelijke procedures doorgaans met zich meebrengen. Verbetering van de rechtsbescherming in geschillen over schaarse rechten zal dus vooral moeten worden gezocht in stroomlijning en versnelling van de bestuursrechtelijke procedure. De gedachte is dan: liever op korte termijn helderheid over eenieders rechtspositie, dan slepende procedures waarin de door de het bestuur vastgestelde rechtsverhouding(en) tot in de lengte der jaren kunnen worden heroverwogen. De in dit artikel voorgestelde oplossingsrichtingen kunnen hier wellicht enige verbetering in brengen.

De implementatie van deze oplossingen lijkt mij vooral een zaak van de bijzondere wetgever. Zaken als het appellabel maken van procedurereglementen, het verkorten van bezwaar- en beroepstermijnen en het invoeren van het 'integraal verdeelbesluit' kunnen niet door de bestuursrechter worden gerealiseerd. Voor een algemene regeling over (de rechtsbescherming bij) de verdeling van schaarse publieke rechten is het nu echter nog te vroeg.⁸⁵ Het beste lijkt dat de bijzondere wetgever, om te beginnen de telecomunicatiewetgever, experimenteert met het treffen van bijzondere, van de Awb afwijkende regelingen in bijzondere bestuurswetten op basis waarvan schaarse publieke rechten worden verdeeld. Als voldoende positieve ervaringen met deze regelingen zijn opgedaan, zou eventueel kunnen worden overgegaan tot codificatie in de Awb. Totdat de (bijzondere) wetgever in actie komt, is als eerste de bestuursrechter aan zet. Geschillen over complexe verdeelprocedures lijken zich niet bijzonder goed te lenen voor een inhoudelijke toetsing en in het verlengde daarvan, finale geschilbeslechting. De mogelijkheden van de bestuursrechter om op dit terrein bij te dragen aan een snellere rechtsbescherming lijken vrij beperkt. Winst zou nog wel kunnen worden geboekt op het vlak van de toetsing van de transparante opzet van verdeelprocedures. Wellicht zou een strengere toetsing van de opzet van verdeelprocedures enige compensatie kunnen bieden voor de noodzakelijkerwijs terughoudende toetsing van de uitvoering en uitslag daarvan.

85 Vgl. Van Ommeren 2004.