

ingeschakeld. Een klassiek geval van een afgeleid parallel belang, zij het dat in dit geval er tussen Filmotech en de publieke omroepen kennelijk zelfs nog geen sprake was van een contractuele relatie.

Vervolgens gaat de rechtbank in op het beroep van Filmotech op de eerder genoemde uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 21 november 2007. Filmotech stelt dat haar belang is gelegen in het ontsluiten van programma's voor het Nederlandse publiek. Zij stelt dat zij dat belang ontleent aan haar recht op vrije meningsuiting als bedoeld in artikel 10 van EVRM. De rechtbank toetst vervolgens aan het criterium of 'er een reële mogelijkheid bestaat van schending van het recht op vrije meningsuiting als bedoeld in artikel 10 van het EVRM'. Daarmee legt de rechtbank een ander criterium aan dan het criterium dat door de Afdeling is geformuleerd in haar uitspraak van 21 november 2007. Dat criterium is dat er feitelijk een reële mogelijkheid dient te bestaan dat betrokkene door het besluit in een aan fundamenteel recht ontleend *belang* zal worden geschaad. Het gaat er dus om dat er een reële mogelijkheid van belangen aantasting is en niet of er sprake is van een reële mogelijkheid van een schending van het fundamentele *recht* waaraan dat belang is ontleend. Dat onderscheid lijkt subtiel, maar is essentieel bij de toetsing aan artikel 1:2 van de Awb. Die toetsing betreft slechts de vraag of betrokkene belanghebbende is in de zin van dat artikel en dus ontvangen kan worden in beroep. Bij die toetsing is geen plaats voor een oordeel over de vraag of met succes een beroep kan worden gedaan op het onderliggende fundamentele recht. De toetsing die de rechtbank hier verricht is dan ook 'te inhoudelijk'. In het kader van de ontvankelijkheid beoordeelt de rechtbank al of er een kans bestaat dat het beroep op artikel 10 EVRM slaagt. Omdat die kans er volgens de rechtbank niet is, is Filmotech volgens de rechtbank geen belanghebbende in de zin van artikel 1:2 Awb. De rechtbank wijkt daarmee af van de door de Afdeling in haar uitspraak van 21 november 2007 beperkt geformuleerde uitzondering op de hoofdregel dat een parallel afgeleid belang geen belang in de zin van artikel 1:2 Awb is.

Mogelijk wilde de rechtbank tot uitdrukking brengen dat Filmotech zich niet kon beroepen op de door de Afdeling ingezette rechtspraak. De uitspraak van de rechtbank lijkt in te houden dat het door Filmotech gestelde belang niet *kan* worden ontleend aan een fundamenteel recht. Op zichzelf is dat laatste een legitieme vraag. Niet ieder belang waarvan beweerd wordt dat het wordt ontleend aan een fundamenteel recht, kan immers daadwerkelijk aan fundamentele rechten worden ontleend. Het belang bij een vrij uitzicht kan bijvoorbeeld, hoewel sommige rechtzoekenden dat anders zullen zien, niet aan een fundamenteel recht worden ontleend. Er zal dus een (marginale) beoordeling moeten plaatsvinden of het gestelde belang als zodanig wel aan enig fundamenteel recht kan worden ontleend, nu dat een voorwaarde is voor toepasselijkheid van de rechtspraak van de Afdeling. Dat is echter iets anders dan een marginale beoordeling, zoals de rechtbank heeft gedaan, of het ingeroepen fundamentele recht geschonden zou kunnen zijn. De door de rechtbank verrichte toetsing is dan ook niet in lijn met de rechtspraak van de Afdeling en past bovendien in meer algemene zin niet in de wijze van toetsing aan artikel 1:2 van de Awb.

In dit geval stelt Filmotech dat zij bepaalde producties van de publieke omroepen wil ontsluiten voor het Nederlandse publiek. Op zichzelf kan dat belang worden ontleend aan het recht op vrije meningsuiting zoals neergelegd in artikel 10 van het EVRM. De conclusie zou daarom mijns inziens moeten zijn dat het besluit van NPO de reële mogelijkheid inhoudt dat een aan een fundamenteel recht ontleend belang van Filmotech kan worden geschaad. Daarmee heeft Filmotech een voldoende eigen belang om te kunnen worden aangemerkt als belanghebbende in de zin van artikel 1:2 Awb. Nadat deze ontvankelijkheids-hobbel is genomen, komt dan aan de orde of Filmotech zich met succes beroept op artikel 10 EVRM.

Ook op de beoordeling door de rechtbank van die vraag is het nodige af te dingen. De rechtbank gaat ervan uit dat geen beroep op artikel 10 EVRM kan worden gedaan omdat:

- de producties al eerder zijn uitgezonden;
- het bestreden besluit niet betekent dat de producties in het geheel niet opnieuw ontsloten kunnen worden;
- het bestreden besluit slechts een inbreuk maakt op de commerciële belangen van Filmotech.

Daarmee lijkt de rechtbank een onjuiste toetsingsmaatstaf aan te leggen:

- Artikel 10 EVRM omvat niet alleen de vrijheid om een mening voor het eerst te uiten, maar ook om een reeds eerder geuite mening verder te verspreiden.

- Het feit dat een mening mogelijk nog wel door anderen of op een andere wijze kan worden verspreid, betekent niet dat het recht op vrije meningsuiting niet kan worden geraakt.
- Artikel 10 EVRM geldt onafhankelijk van de eventuele commerciële bedoelingen van de meningsuiting.

Ook de (marginale) inhoudelijke toets van de rechtbank aan artikel 10 EVRM schiet dus tekort. In deze noot, waarin het ontvankelijkheids-oordeel van de rechtbank centraal staat, zal ik niet verder op die inhoudelijke toets ingaan. Die had immers überhaupt niet in het kader van de beoordeling van de ontvankelijkheid plaats moeten vinden.

Op 1 januari 2013 is artikel 8:69a Awb in werking getreden. Daarmee gaat het relativiteitsvereiste voor het gehele bestuursrecht gelden, nadat daarmee al een aantal jaar ervaring is opgedaan in het kader van de Crisis- en herstelwet. Kort gezegd houdt de ambtshalve uit te voeren toets aan het relativiteitsvereiste in dat de rechter het bestreden besluit niet vernietigt indien de geschonden rechtsnorm niet strekt tot bescherming van het belang van degene die zich op die rechtsnorm beroept. Het relativiteitsvereiste houdt echter geen wijziging in van de wijze van toetsen aan art. 1:2 Awb. De relativiteitsvraag speelt daarin geen rol. Eerst nadat 'de poort' van het belanghebbendebegrip is gepasseerd, komt aan de orde of de ingeroepen norm strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept. Dat laatste houdt in dat het precieze beschermingsbereik van de norm dient te worden vastgesteld en is daarmee niet hetzelfde als de hiervoor aangeduide (marginale) beoordeling of het gestelde belang aan enig fundamenteel recht kan worden ontleend.

Nr. 6 T-Mobile/Min. ELI

College van Beroep voor het bedrijfsleven 24 mei 2012

Uitspraak op het hoger beroep van:

T-Mobile Netherlands BV (hierna: T-Mobile), te Den Haag, appellante,

tegen de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 2 november 2011 in de gedingen tussen

T-Mobile

en

de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie (vooreen: de Staatssecretaris van Economische Zaken, hierna: de Minister), verweerder.

Gemachtigden van T-Mobile: mr. J.F.A. Doeleman en mr. drs. F.P. Heijne, advocaten te Amsterdam.

Gemachtigden van de Minister: mr. C.S. Bol en mr. J. Sijbrandij, beiden werkzaam bij Agentschap Telecom.

Aan het geding wordt voorts als partij deelgenomen door:

- Vodafone Libertel B.V. (hierna: Vodafone), gevestigd te Maastricht, gemachtigde: mr. J.J.R. Lautenbach, advocaat te Amsterdam,
- ZUM B.V. (hierna: ZUM) te Utrecht, gemachtigde: mr. N. Lorjé, advocaat te Amsterdam,
- Tele2 Mobiel B.V. (hierna: Tele2), te: Diemen, gemachtigde: mr. P. Burger, advocaat te Amsterdam.

1. Het procesverloop in hoger beroep

[...]

2. De grondslag van het geschil

[...]

3. De aangevochten uitspraak

[...]

3.4 Toelatingsbesluit

In overweging 2.6 heeft de rechtbank geoordeeld dat het beroep van T-Mobile met betrekking tot het Toelatingsbesluit ongegrond is. De

rechtbank heeft hierbij overwogen dat de rechtmatigheid van artikel 6a Fb en het daarop gebaseerde artikel 2, zesde lid, van de Regeling bij wege van exceptieve toetsing kan worden beoordeeld in het kader van de procedure tegen een op deze algemeen verbindende voorschriften gebaseerd concreet besluit, in dit geval het Toelatingsbesluit waarbij aan T-Mobile een individuele cap is opgelegd. De rechtbank wijst er onder meer op dat uit de aanhef van het wijzigingsbesluit waarbij artikel 6a is geïntroduceerd in het Fb en de daarbij behorende Nota van Toelichting volgt dat de delegatiegrondslag primair artikel 3.3, negende lid, en secundair artikel 18.12 van de Tw is en dat artikel 6a Fb een uitwerking is van de eerste volzin van artikel 3.3, negende lid, Tw. Naar aanleiding van het standpunt van T-Mobile dat artikel 6a Fb niet op artikel 3.3, negende lid, Tw gebaseerd kan zijn, maar slechts op artikel 3.4a Tw, terwijl uit de Memorie van Toelichting bij artikel 3.4a van de Tw volgt dat geen individuele cap kan worden opgelegd overweegt de rechtbank dat noch uit de tekst van, noch uit de toelichting bij artikel 3.4a Tw volgt dat dit artikel exclusief als rechtsbasis aan het opleggen van een individuele cap ten grondslag hoort te worden gelegd. Artikel 3.4a Tw bevat geen uitputtende regeling ten aanzien van het maximaliseren van de hoeveelheid frequenties die een aanvrager kan verkrijgen bij een veiling. Dat de wetgever in het in voorbereiding zijnde artikel 3.11 Tw wel een expliciete grondslag wil neerleggen voor het beperken van te verwerven hoeveelheid frequentieruimte, hetzij louter in de betreffende procedure, hetzij tezamen met de hoeveelheid frequentieruimte waarvoor reeds vergunning is verleend, duidt er naar het oordeel van de rechtbank niet op dat deze bevoegdheid onder de huidige wetgeving niet zou bestaan. De rechtbank concludeert dat artikel 6a Fb en het daarop gebaseerde artikel 2, zesde lid, van de Regeling, niet in strijd zijn met een hogere regeling en dat aan deze artikelen verbindendheid niet kan worden ontzegd.

4. Het standpunt van partijen in hoger beroep

[...]

4.3 De standpunten van ZUM en Telez

[...]

4.4 Het verweer van de Minister

[...]

5. De beoordeling van het geschil in hoger beroep

5.1 De kern van het hoger beroep

T-Mobile heeft in hoger beroep naar voren gebracht dat haar kernargument is dat de Minister niet gerechtigd was T-Mobile, KPN en Vodafone ten opzichte van nieuwe toetreders op voorhand te beperken in de hoeveelheid frequentieruimte die zij tijdens de veiling konden verkrijgen door op de maximaal per gegadigde te verkrijgen frequentieruimte (de algemene cap) het reeds bestaande frequentiebezit in mindering te brengen (de individuele cap). Volgens T-Mobile bestaat voor een dergelijke individuele cap geen formele juridische basis. De rechtbank heeft met de Minister geoordeeld dat daarvoor wel een juridische grondslag bestaat.

5.2 Bekendmakingsbesluit

Tegen het oordeel van de rechtbank inzake het Bekendmakingsbesluit heeft T-Mobile in hoger beroep geen gronden aangevoerd. De uitspraak van de rechtbank kan in zoverre onbesproken blijven.

5.3 Regeling

De rechtbank heeft – kort weergegeven – in overweging 2.4 van de uitspraak overwogen dat de Minister het bezwaar van T-Mobile tegen de Regeling terecht niet-ontvankelijk heeft verklaard, omdat de Regeling een algemeen verbindend voorschrift is. Tegen een algemeen verbindend voorschrift is geen bezwaar en beroep mogelijk.

Het College stelt vast dat T-Mobile in hoger beroep noch de juistheid van de redenering van de rechtbank op dit punt, noch de juistheid van de door de rechtbank getrokken conclusie, heeft betwist. Ook overigens is het College van oordeel dat de rechtbank terecht ervan is uitgegaan dat de Regeling een algemeen verbindend voorschrift is. Het hoger beroep kan daarom wat betreft de Regeling niet slagen.

5.4 Ontwerpvergunningen

5.4.1 Het College begrijpt uit overweging 2.5 van de aangevallen uitspraak, dat de rechtbank van oordeel is dat de Ontwerpvergunningen een besluit zijn waartegen bezwaar en vervolgens beroep open staat. Hierover overweegt het College als volgt.

Met de vaststelling van de Ontwerpvergunningen heeft de Minister beoogd te voldoen aan artikel 3, derde lid, aanhef en onder c, Fb. Met de vaststelling van de Ontwerpvergunningen maakt de Minister, voorafgaand aan de daadwerkelijke veiling, bekend wat de inhoud van de vergunning zal zijn en welke voorschriften en beperkingen aan de vergunning zullen worden verbonden. Door de vaststelling, voor zover dat redelijkerwijs mogelijk is, van de vergunning zoals die zal worden verleend en de voorschriften en beperkingen die aan die vergunning zullen worden verbonden, wordt de inhoud van de naderhand te verlenen vergunning in zoverre reeds bepaald. Door deze vaststelling, die voor een potentiële gegadigde van groot belang is voor de bepaling van de hoogte van het uit te brengen bod, wordt de rechtspositie van de potentiële vergunninghouder, los van de uiteindelijke verlening van de vergunning aan de hoogsteieder, nader gepreciseerd. Anders dan Vodafone ter zitting heeft betoogd, kan uit overweging 6.1.4 van de uitspraak van het College van 30 oktober 2008 niet worden afgeleid dat alleen de definitieve vergunningen en niet ook de ontwerpvergunningen een besluit zijn in de zin van artikel 1:3, eerste lid, Awb, waartegen bezwaar en vervolgens beroep open staat. Gezien het voorgaande is de rechtbank terecht overgegaan tot een inhoudelijke beoordeling van het beroep van T-Mobile tegen de Ontwerpvergunningen.

5.4.2 De rechtbank heeft in overweging 2.5 van haar uitspraak overwogen dat in de Ontwerpvergunningen geen voorschriften en beperkingen zijn opgenomen die zien op de aanvrager. Daarmee heeft de rechtbank het oog gehad op de door T-Mobile in beroep gestelde beperking in de hoeveelheid spectrum die zij kan verwerven.

Verder heeft de rechtbank over de in de Ontwerpvergunningen opgenomen ingebruiknameverplichting overwogen dat deze niet leidt tot strijd met de in artikel 3.5, eerste lid, Tw genoemde belangen, dat de invulling die de Minister met de ingebruiknameverplichting heeft gegeven aan het begrip doelmatig gebruik van frequentieruimte niet in strijd is met de wet, en dat niet is gebleken dat de Minister niet in redelijkheid tot het vaststellen van de ingebruiknameverplichting kon besluiten. Het College stelt vast dat T-Mobile in hoger beroep de juistheid van deze overwegingen niet heeft betwist. Het hoger beroep slaagt wat betreft de Ontwerpvergunningen niet.

5.5 Toelatingsbesluit

Bij het Toelatingsbesluit heeft de Minister het aantal activiteitspunten vastgesteld waarvoor T-Mobile vergunningen mag verwerven in de 2,6 GHz-veilingprocedure. Voor iedere aanvrager is een maximaal te verwerven hoeveelheid frequentieruimte van acht activiteitspunten vastgesteld, de zogeheten algemene cap. Van de acht activiteitspunten waarvoor T-Mobile een aanvraag heeft ingediend, heeft de Minister er slechts twee toegekend, waarbij de Minister toepassing heeft gegeven aan de zogeheten individuele cap. Reden voor de gedeeltelijke afwijzing is dat de Minister de frequentieruimte waarvoor T-Mobile op 8 januari 2010 vergunning had – overeenkomend met zes activiteitspunten – in mindering heeft gebracht op de algemene cap.

Met het besluit heeft de Minister toepassing gegeven aan artikel 6a, tweede lid, Fb. Hierin is kort gezegd bepaald dat de Minister de frequentieruimte waarvoor een aanvrager al een vergunning heeft, in mindering brengt op de maximale hoeveelheid frequentieruimte die hij kan verwerven. Tussen partijen is niet in geschil dat de Minister deze bepaling juist heeft toegepast. Het geschil spitst zich toe op de vraag of de Minister de bepaling wel ten grondslag mocht leggen aan het Toelatingsbesluit.

Volgens vaste jurisprudentie kan aan een algemeen verbindend voorschrift slechts verbindende kracht worden ontzegd indien het in strijd is met een hogere – algemeen verbindende – regeling dan wel indien, met inachtneming van de beoordelingsvrijheid van de regelgever, en derhalve met terughoudendheid getoetst, geoordeeld moet worden dat het voorschrift een toetsing aan algemene rechtsbeginselen niet kan doorstaan.

Het College ziet in hetgeen T-Mobile heeft aangevoerd, geen reden voor het oordeel dat artikel 6a, tweede lid, Fb in strijd is met de Telecommunicatiewet. In artikel 3.3, negende lid, Tw is, voor zover hier van belang, vermeld dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur regels worden gesteld terzake van de verlening, wijziging en

verlenging van vergunningen. De aanhef van deze bepaling bevat een ruime formulering; de minister kan regels stellen terzake van de verlenging van vergunningen. De opsomming die volgt in de onderdelen a tot en met c van deze bepaling bevat onderwerpen waar de lagere regels in ieder geval betrekking op moeten hebben en de formele wetgever derhalve een nadere regeling noodzakelijk heeft geacht. Uit de formulering van artikel 3.3, negende lid, Tw volgt niet dat de formele wetgever heeft beoogd de lagere regelgever te beperken in de mogelijkheid om desgewenst andere regels terzake van de vergunningverlening te stellen.

Het College ziet in hetgeen T-Mobile heeft aangevoerd over het systeem van de Telecommunicatiewet – met name de verhouding tot artikel 3.4a, eerste lid, Tw en de voorgestelde wijziging van artikel 3.11 Tw – geen reden om bij de uitleg van artikel 3.3, negende lid, Tw niet aan te knopen bij de letterlijke bewoordingen ervan.

De tekst van artikel 3.4a, eerste lid, Tw – waarin de bevoegdheidsgrondslag is neergelegd om bij ministeriële regeling een algemene cap op te leggen – staat er niet aan in de weg dat op grond van artikel 3.3, negende lid, Tw een individuele cap wordt vastgesteld. Dat is beoogd een individuele cap geheel uit te sluiten, blijkt niet ondubbelzinnig uit de Memorie van Toelichting bij de invoering van artikel 3.4a Tw. In dit verband stelt het College vast dat de door T-Mobile ingeroepen passage waaruit volgens haar zou blijken dat geen rekening zou mogen worden gehouden met bestaand frequentiebezit (TK 2004–2005, 30 027, nr. 3, overgang van blz. 7 naar blz. 8) is geplaatst in een context die in ieder geval deels ziet op intrekking van een vergunning, zodat deze passage niet zonder meer concludent is.

T-Mobile heeft er ter zitting op gewezen dat in de Memorie van Toelichting bij de voorgestelde wijziging van artikel 3.11 Tw is gesteld dat met artikel 3.11 Tw wordt voorzien in een expliciete wettelijke grondslag voor een individuele cap (TK 2007–2008, 31 412, nr. 3, blz. 19). Anders dan T-Mobile stelt, volgt hieruit niet dat bij het ontbreken van een uitdrukkelijke formeelwettelijke grondslag voor een individuele cap, een dergelijke beperking geen grondslag kon vinden in lagere regelgeving.

Het subsidiaire betoog van T-Mobile dat niet is voldaan aan de voorwaarden die de formele wetgever heeft gesteld waaraan de vaststelling van een individuele cap zou moeten voldoen, volgt het College niet, reeds omdat niet is gebleken van dergelijke voorwaarden.

Gelet op het vorenstaande ziet het College geen aanleiding voor het oordeel dat artikel 6a, tweede lid, Fb in strijd is met een hogere, algemeen verbindende regeling.

In hetgeen T-Mobile in hoger beroep heeft aangevoerd, ziet het College evenmin reden voor het oordeel dat, met terughoudendheid getoetst, artikel 6a, tweede lid, Fb een toetsing aan algemene rechtsbeginselen niet kan doorstaan. De juistheid van de overwegingen van de rechtbank op dit punt heeft T-Mobile in hoger beroep niet betwist.

5.6 Gezien het voorgaande is het hoger beroep ongegrond. De aangevallen uitspraak dient daarom bevestigd te worden.

Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

6. De beslissing

Het College bevestigt de aangevallen uitspraak.

Aldus gewezen door mr. H. O. Kerkmeester, mr. S. C. Stuldreher en mr. C. J. Borman, in tegenwoordigheid van mr. M. B. L. van der Wee als griffier, en uitgesproken in het openbaar op 24 mei 2012.

Noot

Bas Braeken

Mr. B. J. H. Braeken is advocaat te Amsterdam (Stibbe).

De hierboven gepubliceerde uitspraak van het CBB gaat in essentie over de vraag of, en zo ja in hoeverre, de Minister van Economische Zaken ('de minister') gerechtigd was om T-Mobile tijdens de veiling in 2010 voor 2,6 GHz-frequenties in 2010 te beperken in de frequen-

ties die zij kon verwerven. Deze beperking vond plaats door op de maximaal per gegadigde te verkrijgen frequentieruimte ('de algemene frequentiecap') het reeds bestaande frequentiebezit ('de individuele frequentiecap') in mindering te brengen. Een frequentiecap omvat een beperking in de frequentieruimte die een aanvrager van een vergunning kan verkrijgen. Omdat frequentieruimte een schaars goed is, wordt het onwenselijk bevonden als één enkele aanvrager te veel frequentieruimte verkrijgt.

T-Mobile meent dat de minister niet gerechtigd was om haar reeds bestaande frequentiebezit in mindering te brengen op de algemene frequentiecap. T-Mobile baseert zich daarbij op een systematische en teleologische uitleg van de Telecommunicatiewet. In de uitspraak kiest het CBB echter voor een zuiver tekstuele uitleg van de wet.

Wettelijk kader

Centraal in de onderhavige procedure staan twee wetsartikelen, te weten artikel 3.3 lid 9 Tw en artikel 3.4a Tw. Artikel 3.3 lid 9 Tw behelst een zeer algemeen geformuleerde delegatiebepaling die erin voorziet dat bij algemene maatregel van bestuur regels kunnen worden gesteld omtrent vergunningen voor het gebruik van frequentieruimte. Die regels kunnen onder meer zien op de voorwaarden waaraan een aanvrager moet voldoen om in aanmerking te komen voor een vergunning of op de procedures die voor het verlenen van een vergunning moeten worden doorlopen.

Daarnaast kan op grond van artikel 3.4a Tw 'in het belang van een evenwichtige verdeling van schaarse frequentieruimte' een beperking worden gesteld aan de frequentieruimte die een aanvrager van een vergunning kan verkrijgen. Zoals ook hierna zal worden toegelicht, wordt aangenomen dat artikel 3.4a Tw niet de mogelijkheid biedt om bij het vaststellen van de frequentiecap rekening te houden met frequentieruimte waarover de aanvrager al beschikt.

De vraag die het CBB derhalve moest beantwoorden was of de minister wél op grond van artikel 3.3 lid 9 Tw bevoegd was een individuele frequentiecap vast te stellen.

Uit de uitspraak van het CBB blijkt niet dat T-Mobile zich op het standpunt had gesteld dat de individuele frequentiecap in strijd was met het Europees recht. Om die reden zal deze annotatie ook niet uitvoerig ingaan op het Europees kader. Voorshands moet evenwel worden aangenomen dat het Europeesrechtelijk kader nationale toezichthouders een ruime discretionaire ruimte biedt om beperkingen te stellen aan de frequentieruimte die individuele aanbieders kunnen verwerven. Daarbij is wel voorwaarde dat een beperking in de verlenging van de gebruiksrechten voor frequenties een basis moet vinden in objectieve, transparante, niet-discriminerende en evenredige selectiecriteria.¹ De Machtigingsrichtlijn laat in dat kader uitdrukkelijk de mogelijkheid open dat, onder voorwaarden, 'sommige ondernemingen' worden uitgesloten van selectieprocedures voor bepaald frequentiespectrum.²

Achtergrond

In de uitspraak van het CBB worden vier verschillende besluiten van de Minister van Economische Zaken behandeld.

Het eerste besluit betreft het besluit van 18 oktober 2009 waarin de minister bekend maakt dat de vergunningen voor frequentieruimte in de 2,6 GHz-band via een veiling worden verdeeld ('het Bekendmakingsbesluit').

Op dezelfde dag als het Bekendmakingsbesluit wordt ook de Regeling aanvraag- en veilingprocedure vergunningen voor frequentieruimte in de 2,6 GHz-band ten behoeve van mobiele communicatie bekendgemaakt ('de Regeling'). De Regeling bevat regels over de wijze waarop de vergunningen voor het gebruik van de 2,6 GHz-band worden verdeeld. Het gaat hier onder meer om voorschriften inzake de indiening van een aanvraag voor een vergunning en omtrent de inhoud van de aanvragen.

Vervolgens wordt op 24 november 2009 een besluit tot vaststelling van de vergunningen voor frequentie in de 2,6 GHz-band genomen. De bijlage bij dit besluit bevat zes ontwerp-vergunningen ('de Ontwerpvergunningen'). De rationale van de bekendmaking van de Ont-

¹ Zie artikel 7 lid 3 Richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten, *PbEG* L108/21 (Machtigingsrichtlijn).

² Zie overweging 23 uit de preambule van de destijds vigerende Machtigingsrichtlijn.

³ *IJN* BU3331.

werpvergunningen is dat deelnemers aan de veiling voor de vergunningen van de (in dit geval) 2,6 GHz-frequentieband weten waarvoor zij zullen gaan betalen.

Tot slot is er het besluit van de minister van 10 maart 2010 waarin de aanvraag van T-Mobile om te worden toegelaten tot deelname aan de 2,6 GHz-veiling gedeeltelijk wordt toe- en gedeeltelijk wordt afgewezen ('het Toelatingsbesluit').

Uitspraak Rechtbank Rotterdam

T-Mobile tekent bezwaar aan tegen de Regeling, het Bekendmakingsbesluit, de Ontwerpvergunningen en het Toelatingsbesluit. Al deze bewaren worden vervolgens in afzonderlijke beslissingen ongegrond verklaard. Bij uitspraak van 2 november 2011 behandelt de Rechtbank Rotterdam vervolgens het beroep dat T-Mobile tegen deze beslissingen op bezwaar instelt.³ Al deze beroepen worden ongegrond dan wel niet-ontvankelijk verklaard.

Relevant is met name de behandeling van T-Mobile's beroep tegen het Toelatingsbesluit. In dat besluit laat de minister T-Mobile slechts toe als deelnemer aan de veiling voor een deel van de door haar aangevraagde activiteitspunten. De juridische basis voor deze afwijzing was vastgelegd in de Regeling, die vervolgens was gebaseerd op artikel 6a Frequentiebesluit. Dat artikel was op haar beurt weer gebaseerd op artikel 3.3 lid 9 Tw.

T-Mobile verzette zich tegen het Toelatingsbesluit voor zover daarin een deel van haar aanvraag is afgewezen. Daartoe voert T-Mobile allereerst aan dat de minister niet artikel 3.3 lid 9 Tw aan artikel 6a Frequentiebesluit (en de daarop gebaseerde Regeling en het weer *daarop* gebaseerde Toelatingsbesluit) ten grondslag had mogen leggen maar dat de basis hiervoor uitsluitend in artikel 3.4a Tw kon worden gevonden.

Meer specifiek stelt T-Mobile zich bij de Rechtbank Rotterdam op het standpunt dat artikel 3.3 lid 9 Tw moet worden gezien als een *lex generalis* en artikel 3.4a Tw als een *lex specialis*. Onder verwijzing naar de rechtsregel dat een bijzondere wet voorrang heeft boven een algemene wet, betekent dit dat artikel 6a Frequentiebesluit uitsluitend had kunnen worden gebaseerd op artikel 3.4a Tw.

Artikel 3.4a lid 1 Tw bepaalt dat indien frequentievergunningen worden verdeeld door middel van een veiling bij ministeriële regeling de maximale hoeveelheid frequentieruimte kan worden vastgesteld die een aanvrager kan verkrijgen. De reden dat artikel 6a Frequentiebesluit volgens T-Mobile in strijd is met artikel 3.4a Tw is dat dit artikel volgens haar geen mogelijkheid biedt tot het opleggen van een individuele cap.

De rechtbank overweegt allereerst dat artikel 6a Fb en het daarop gebaseerde artikel 2 lid 6 Regeling algemeen verbindende voorschriften zijn die bij wege van exceptieve toetsing kunnen worden beoordeeld in het kader van de procedure tegen een op deze algemeen verbindende voorschriften gebaseerd concreet besluit (in casu: het Toelatingsbesluit).

Vervolgens overweegt de rechtbank dat uit de tekst *van* noch uit de toelichting *bij* artikel 3.4a Tw volgt dat dit artikel exclusief als rechtsbasis voor het opleggen van een individuele cap ten grondslag behoort te worden gelegd. Volgens de rechtbank bevat artikel 3.4 a Tw geen exclusieve regeling ten aanzien van het maximaleren van de hoeveelheid frequenties die een aanvrager kan verkrijgen bij een veiling.

Daarna overweegt de rechtbank nog dat artikel 3.3 lid 9 Tw wel degelijk de mogelijkheid biedt om individuele caps in te stellen. De rechtbank wijst daarbij nog op artikel 3.3 lid 10 Tw, op grond waarvan potentiële deelnemers volledig kunnen worden uitgesloten van een veiling. De bevoegdheid tot algehele uitsluiting impliceert – aldus de rechtbank – dat ook een minder verdergaande bevoegdheid, zoals het instellen van een individuele cap, is toegestaan. Tot slot oordeelde de rechtbank, in navolging van de minister, dat aan de toepassingsvoorwaarden voor artikel 3.3 lid 9 Tw is voldaan aangezien de individuele cap 'in het belang is van een evenwichtige verdeling van frequentie-

ruimte en eiseres beschikt over vergunningen voor vergelijkbare frequenties'.

Uitspraak CBB

Met een beroep op de ruime formulering van artikel 3.3 lid 9 Tw oordeelt het CBB dat uit dit artikel niet volgt dat de formele wetgever de lagere regelgever heeft beoogd te beperken in de mogelijkheid om desgewenst andere regels ter zake van de vergunningverlening te stellen. Het CBB sluit daarbij aan bij de letterlijke tekst van artikel 3.3 lid 9 Tw. Volgens het CBB sluit de tekst van artikel 3.4a lid 1 Tw niet uit dat op grond van artikel 3.3 lid 9 Tw een individuele cap wordt opgelegd. Het CBB volgt T-Mobile evenmin in haar argument dat (het op dat moment nog niet in werking getreden) artikel 3.11 Tw voorziet in een expliciete wettelijke grondslag voor een individuele cap, waaruit *a fortiori* volgt dat die bevoegdheid er op dat moment nog niet is.

Commentaar

Cruciaal in deze zaak is artikel 2 lid 6 van de Regeling op grond waarvan T-Mobile deels is uitgesloten van de veiling voor de 2,6 GHz-frequenties. De Regeling is gebaseerd op artikel 6a Frequentiebesluit op grond waarvan bij ministeriële regeling en 'in het belang van een evenwichtige verdeling dan wel een doelmatig gebruik van frequentieruimte', voor bepaalde categorieën van frequentieruimte de maximale hoeveelheid frequentieruimte kan worden vastgesteld die een aanvrager kan verwerven door middel van een procedure van veiling of vergelijkende toets. Artikel 6a Frequentiebesluit biedt de mogelijkheid voor de minister om bij ministeriële regeling de frequentieruimte die een aanvrager reeds in bezit heeft in mindering te brengen op de maximale hoeveelheid frequentieruimte die de aanvrager voor die categorie van frequentieruimte nog kan verwerven. Artikel 6a Frequentiebesluit is bij Algemene Maatregel van Bestuur van 27 september 2008⁴ aan het Frequentiebesluit toegevoegd.

In de procedure bij het CBB staat vast dat artikel 6a Frequentiebesluit op juiste wijze is toegepast. Wat partijen verdeeld houdt, is de vraag of artikel 6a Frequentiebesluit überhaupt rechtsgeldig is. Daarbij rijst de vraag of artikel 6a Frequentiebesluit inderdaad, zoals de minister stelt, op grond van artikel 3.3 lid 9 Tw kan worden gebaseerd. Of dat, zoals T-Mobile stelt, de basis hiervoor slechts kan worden gevonden in artikel 3.4a Tw. Een academische vraag? Niet noodzakelijkerwijs. T-Mobile stelt zich namelijk ook op het standpunt dat artikel 3.4a Tw bij het stellen van grenzen aan de maximale frequentieruimte die een aanvrager kan verkrijgen niet de mogelijkheid biedt om rekening te houden met reeds bestaande frequentieruimte. Een standpunt dat ook in de literatuur – voorzichtig – wordt gedeeld.⁵

Op grond van artikel 3.4a Tw kan de Minister door middel van een ministeriële regeling de maximale hoeveelheid frequentieruimte vaststellen die een aanvrager bij verlening van een frequentievergunning kan verkrijgen indien dit 'in het belang [is] van een evenwichtige verdeling van schaarse frequentieruimte'. Ingevolge artikel 3.3 lid 9 Tw kunnen bij Algemene Maatregel van Bestuur, met inachtneming van de Machtigingsrichtlijn, 'regels' worden gesteld ter zake van de 'verlening, wijziging en verlenging van vergunningen'. Deze voorschriften kunnen onder meer betrekking hebben op eisen die aan een aanvrager worden gesteld om in aanmerking te komen voor een vergunning.

Artikel 3.3 lid 9 Tw is zeer ruim geformuleerd ten aanzien van de mogelijkheid om regels te stellen ten aanzien van de vergunningverlening. Vanuit een zuiver tekstuele benadering biedt artikel 3.3 lid 9 Tw dan ook voldoende houvast als delegatiebepaling voor artikel 6a Frequentiebesluit.

Dat neemt niet weg dat de gedachtegang van T-Mobile, namelijk dat artikel 6a Frequentiebesluit uitsluitend had kunnen worden gebaseerd op artikel 3.4a Tw, bij een nadere bestudering van de onderliggende stukken bepaald goed is te volgen. Artikel 3.4a Tw is door middel van de Veegwet EZ 2005⁶ ingevoerd in de Telecommunicatiewet. Uit de Memorie van Toelichting bij de Veegwet blijkt dat artikel 3.4a Tw ertoe strekte om bij een beperkte beschikbaarheid van frequentieruimte zo veel mogelijk partijen in staat te stellen een vergunning

⁴ *Stb.* 2008, 407.

⁵ C.J. Wolswinkel, 'De multiband-veiling, Nieuwe ronde, nieuwe regels,' *Mediaforum* 2012-10, p. 312.

⁶ Herstel van wetstechnische gebreken en leemten alsmede aanbrenging van enkele inhoudelijke wijzigingen in de Telecommunicatiewet, de Elektriciteits-

wet, de Gaswet, de Mijnbouwwet en enkele andere daarmee verband houdende wetten, de Wet voorraadvorming aardolieproducten 2001, de Wet op de kamers van koophandel en fabrieken 1997, de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen en diverse andere wetten, *Stb.* 2006/593.

voor het gebruik van die frequentieruimte te verkrijgen. Met het oog hierop zou artikel 3.4a Tw de mogelijkheid bieden om de hoeveelheid frequentieruimte per aanvrager te beperken.⁷ De wetgever merkt in dat kader op dat (onder meer) artikel 3.3 lid 10 Tw, op grond waarvan een partij volledig kan worden uitgesloten van een veiling, 'niet in alle gevallen toereikend [is]'. Deze opmerking biedt inderdaad steun voor de opvatting dat artikel 3.4a Tw een nieuwe bevoegdheid in het leven roept die nog niet bestond op grond van artikel 3.3 lid 9 Tw.

Voor de argumentatie van T-Mobile pleit ook dat artikel 6a Frequentiebesluit *vooruitlopend* op de inwerkingtreding van artikel 3.11 Tw⁸ is ingevoerd. Artikel 3.11 biedt een expliciete wettelijke grondslag om voorafgaand aan de verdeling van schaarse frequentieruimte de hoeveelheid per aanvrager te verkrijgen frequentieruimte tot een maximum te beperken, waarbij zo nodig rekening kan worden gehouden met de reeds eerder verleende frequentieruimte.⁹ Volgens de wetgever kon niet worden gewacht op de inwerkingtreding van dit artikel. Dit doet echter de vraag rijzen of op het moment van inwerkingtreding van artikel 6a Frequentiebesluit de wet in formele zin überhaupt al wel de bevoegdheid verstrekte om in een algemene maatregel van bestuur het kader te scheppen waarin individuele caps kunnen worden vastgesteld. Waarom zou anders het nieuwe artikel 3.11 Tw überhaupt nodig zijn?

Tot slot pleit voor het standpunt van T-Mobile de wetsgeschiedenis bij artikel 3.3 lid 9 Tw. Zo merkt de wetgever in de Memorie van Toelichting bij de Telecommunicatiewet 1998¹⁰ bij het (toen nog) artikel 3.3 lid 7 Tw het volgende op:

De nadere uitwerking van de verdelingsprocedures en de onderscheiding van de gevallen, waarin deze worden toegepast, geschiedt op grond van het zevende lid. Daarbij is onder a aangegeven dat aan een aanvrager van een vergunning eisen kunnen worden gesteld, voorafgaande aan de uitvoering van de procedure. Te denken valt daarbij bijvoorbeeld aan eisen terzake van financiële draagkracht.

Deze passage voedt de opvatting dat artikel 3.3 lid 7 Tw veeleer is bedoeld voor het vaststellen van formele dan wel procedurele voorwaarden ten behoeve van een vergunningverlening dan dat het bedoeld is om beperkingen te stellen ten aanzien van de maximale hoeveelheid frequentieruimte die een aanvrager kan verkrijgen.

Toch overtuigen deze intuïtief sterke argumenten het CBB niet. Het CBB is tamelijk summier in haar motivering, maar uit haar overwegingen blijkt dat zij zich laat leiden door de tekst van de wet. Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid is daar ook zeker het nodige voor te zeggen. Toch rijst de vraag of het CBB niet te gemakkelijk voorbij gaat aan de systematiek van de Telecommunicatiewet en de *oorspronkelijke* bedoeling van de wetgever, waarmee ik doel op het oogmerk van de wetgever voorafgaand aan de vaststelling van artikel 6a Frequentiebesluit. Ook leidt de interpretatie van het CBB ertoe dat het voorgenomen artikel 3.11 Tw zijn zelfstandige betekenis verliest.

Vermeldenswaardig aan de uitspraak van het CBB is bovendien dat hierin wordt bevestigd dat een discussie over al dan niet terecht uitsluiting moet worden gevoerd in het kader van het beroep tegen de (gedeeltelijke) afwijzing van een aanvraag. Eén en ander betekent dat een aanbieder die op grond van een regeling of bekendmakingsbesluit weet dat hij voor een gedeelte van de frequentieverlening zal worden uitgesloten, toch genoodzaakt is een aanvraag in te dienen. Ook uit eerder jurisprudentie¹¹ (in het kader van de verlening van vergunningen voor het gebruik van omroepfrequenties) kan worden afgeleid dat eerst een aanvraag moet worden ingediend vooraleer een discussie over de al dan niet terecht uitsluiting kan worden gevoerd. Vanuit bestuursprocesrechtelijk oogpunt is voor deze benadering zeker wat te zeggen. Het bestuursrecht brengt nu eenmaal mee dat uitsluitend tegen besluiten bezwaar en beroep kan worden ingesteld. Bovendien kan pas op het moment dat een belanghebbende een aanvraag heeft ingediend formeel worden vastgesteld voor welke frequenties hij in aanmerking wil komen. Nadeel van deze benadering is evenwel dat een partij eerst een (kansloze) aanvraag moet indienen. Dat is met name bezwaarlijk indien er (verstrekende) voorwaarden gelden voor de indiening van zo een aanvraag, zoals het storten van een waarborgsom.¹²

Conclusie

Hoewel de precedentwaarde van de uitspraak van het CBB vermoedelijk beperkt is, is deze toch interessant aangezien het een fraai voorbeeld is van een zuiver tekstuele wetsuitleg door het College. Hoewel de wetsgeschiedenis en systematiek van de Telecommunicatiewet

naar mijn mening sterke aanknopingspunten bevatten dat de wetgever met artikel 3.3 lid 9 Tw niet heeft beoogd om een kader te creëren waarbinnen individuele caps kunnen worden vastgesteld, kan een dergelijke bevoegdheid toch worden ontleend aan de letterlijke bewoordingen van dat artikel. Dat is voldoende voor het CBB om het beroep van T-Mobile ongegrond te verklaren. Voor wie de tekst van de wet bepalend acht voor de uitleg van het recht is dat bevredigend. Voor wie meer waarde hecht aan de totstandkomingsgeschiedenis en de bedoeling van de wetgever geldt dat in mindere mate.

De uitspraak van het CBB is daarnaast ook van belang omdat hij bevestigt dat een partij die een discussie wil voeren over een al dan niet terecht uitsluiting genoodzaakt is een formele aanvraag in te dienen, ook indien hij weet dat deze aanvraag zal worden afgewezen. Formeel-juridisch lijkt die benadering juist, maar hij getuigt anderzijds van weinig pragmatisme. Dat is met name bezwaarlijk indien voor het indienen van een rechtsgeldige aanvraag strenge eisen (zoals het indienen van een waarborgsom) gelden.

7 Kamerstukken II 2004/05, 30 027, nr. 3, p. 6.

8 Op dat moment was het voorstel van wet tot wijziging van de Telecommunicatiewet in verband met de Nota frequentiebeleid 2005 nog in behandeling. (Kamerstukken II 31 412).

9 Zie voorstel van wet tot wijziging van de Telecommunicatiewet in verband met de Nota frequentiebeleid 2005, in het bijzonder Kamerstukken II 2007/08, 31 412, nr. 3, p. 19. Dit wetsvoorstel is thans nog steeds niet in werking getreden. Zie brief van de minister van 26 oktober 2012 (Kamerstukken II 2012/13, 31 412, nr. 48).

10 Kamerstukken II 1996/97, 25 533, nr. 3, p. 81.

11 Vgl. V.zr. Rb. Rotterdam 26 juli 2011, LJN BR3278.

12 Zie bijv. Rb. Rotterdam 23 januari 2013, LJN BY9423.

Nr. 7 SURFnet/OPTA

College van Beroep voor het bedrijfsleven 22 juni 2012

Uitspraak in de zaak van:

SURFnet BV, te Utrecht (hierna: SURFnet),

tegen

de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: OPTA),

en op het hoger beroep van:

OPTA

tegen de uitspraak van de rechtbank te Rotterdam van 27 maart 2009 in het geding tussen

SURFnet

en

OPTA.

Gemachtigde van SURFnet: mr. J.R. van Angeren, advocaat te Amsterdam; gemachtigde van OPTA: mr. E.J. Daalder, advocaat te Den Haag.

1. De procedure

Bij besluit van 19 juli 2007 heeft OPTA aan SURFnet een last onder dwangsom opgelegd. De last houdt in dat SURFnet mededeling dient te doen van het aanbieden van een openbare elektronische communicatiedienst en -netwerk, zoals is beschreven in artikel 2.1 Telecommunicatiewet (hierna: Tw). De hoogte van de dwangsom heeft OPTA vastgesteld op € 5.000,- per werkdag, met een maximum van € 50.000,-. Tegen de last onder dwangsom heeft SURFnet bezwaar gemaakt.

Op 31 juli 2007 is bij OPTA binnengekomen de onder protest gedane mededeling van SURFnet dat zij een openbare elektronische communicatiedienst en -netwerk aanbiedt. OPTA heeft daarop SURFnet bericht dat met de mededeling is voldaan aan de last.