

VU Research Portal

De 5G-multibandveiling: nieuwe maatregelen voor de verdeling van schaarse frequentievergunningen

Coerts, Marin

published in

Mediaforum

2020

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

document license

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Coerts, M. (2020). De 5G-multibandveiling: nieuwe maatregelen voor de verdeling van schaarse frequentievergunningen. *Mediaforum*, 2020(6), 194-200. <https://www.mediaforum.nl/art/4206/de-5g-multibandveiling-nieuwe-maatregelen-voor-de-verdeling-van-schaarse-frequentievergunningen>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

De 5G-multibandveiling: nieuwe maatregelen voor de verdeling van schaarse frequentievergunningen

In het voorjaar van 2020 vond de veelbesproken en langverwachte 5G-multibandveiling plaats van frequentieruimte op de zogenoemde 700, 1400 en 2100 megahertz (MHz) banden. Via deze infrastructuur kunnen telefonie- en internetproviders snelle mobiele communicatie bieden aan bedrijven en consumenten. De frequentievergunningen worden voor 20 jaar (2020-2040) verleend. Deze bijdrage beschrijft de veiling in het licht van nieuwe ontwikkelingen rondom de markt voor mobiele communicatie. Daarbij zal met name aandacht worden besteed aan de in deze veiling voorkomende aanvullende maatregelen, zoals de cap, ingebruiknameverplichting, snelheidseis en dekkingseis en het wettelijk kader waarbinnen deze maatregelen zijn opgelegd. De conclusie is dat de verdelende overheid in de 5G-multibandveiling ervoor heeft gekozen om ten opzichte van vorige veilingen meer verplichtingen vooraf vast te leggen, en daardoor minder aan de markt over te laten.

I. Inleiding

Afgelopen zomer vond in Nederland de 5G-multibandveiling¹ plaats met drie deelnemende marktpartijen. Met de uitgifte van (schaarse) vergunningen door middel van een veiling wil de overheid een doelmatig frequentiegebruik bewerkstelligen. Toch kan het organiseren van een veiling als zodanig onvoldoende zijn om dit doel te bereiken en zijn soms aanvullende maatregelen nodig om daadwerkelijk een doelmatig frequentiegebruik te verzekeren.² De aanvullende maatregelen die in deze bijdrage de meeste aandacht krijgen, zijn de ingebruiknameverplichting, de cap en de voorafgaand aan de multibandveiling nog niet eerder ingestelde dekkingseis en snelheidseisen. De cap stelt hoeveel spectrum partijen maximaal mogen behalen tijdens de veiling terwijl een ingebruiknameverplichting verplicht dat providers de verworven frequenties daadwerkelijk moeten gebruiken na het verkrijgen van de frequentievergunningen. Een dekkingseis en een snelheidseis zorgen er ten slotte voor dat bij het verplicht gebruiken van frequenties een bepaalde kwaliteit moet worden gewaarborgd.

De vraag die in deze bijdrage centraal staat, is of de opgelegde maatregelen die in het kader van de 5G-multiband-

veiling zijn getroffen, geschikt en noodzakelijk zijn voor het behalen van de beleidsdoelen. Het instellen van aanvullende maatregelen kan een efficiënt werkende markt met lage toetredingsdrempels en effectieve concurrentie creëren, borgen dat vergunde frequenties daadwerkelijk gebruikt gaan worden en providers een mobiel netwerk realiseren, voorkomen dat frequenties niet enkel voor speculatieve doeleinden worden gekocht en verplichten om te investeren in het gebruik van frequenties.³ Hierdoor kunnen beleidsdoelen worden behaald, doordat vergunninghouders verplicht worden om een kwalitatief hoogwaardige dienst aan te bieden die altijd en overal beschikbaar is. Indien aanvullende maatregelen echter te zwaar worden, kan een averechts effect ontstaan met hoge toetredingsdrempels, inefficiënte concurrentie en te hoge kosten. Dit komt het doelmatig frequentiegebruik niet ten goede. Hierdoor is het belangrijk dat getracht wordt een balans te vinden in het opleggen van aanvullende maatregelen bij de veiling.

De opbouw van deze bijdrage is als volgt. Allereerst wordt in paragraaf 2 een schets gegeven van het toepasselijke nationale wettelijk kader bij de inrichting van de 5G-multibandveiling. Hierop volgend wordt in paragraaf 3 ingegaan op de mogelijkheid tot het opleggen van aanvullende maatregelen en de

* Mr. M. Coerts is werkzaam als promovenda bij de afdeling Staats- en bestuursrecht van de Vrije Universiteit Amsterdam.

1 Het gezamenlijk uitgeven van frequenties in een veiling wordt ook wel een multibandveiling genoemd, zie uitvoerig C.J. Wolswinkel, 'De Multibandveiling. Nieuwe ronde, nieuwe regels', *Mediaforum* 2012-10.

2 Zie Nota Mobiele Communicatie 2019 en § 1 van de toelichting op de Regeling aanvraag en veilingprocedure vergunningen 700, 1400 en 2100 MHz (*Stcr.* 2020, 13725) (hierna: *Veilingregeling 700, 1400 en 2100 MHz*).

3 Nota Mobiele Communicatie 2019, p. 20.

betekenis van concrete aanvullende maatregelen. Met het oog op de geschiktheid en noodzakelijkheid van aanvullende maatregelen wordt in paragraaf 4 een overzicht gegeven van de aanvullende maatregelen die bij vorige generaties veilingen (3G en 4G) zijn getroffen. Ook zal hier teruggekomen worden op de inrichting van de aanvullende maatregelen voor deze concrete 5G-multibandveiling. De mogelijke problemen die zich kunnen voordoen bij het bepalen van de inhoud van deze aanvullende maatregelen zullen in paragraaf 5 aan de orde komen. Afgesloten wordt met een conclusie.

2. Het wettelijk kader

2.1 Telecommunicatiewet

Het gebruik van frequentieruimte wordt beheerst door hoofdstuk 3 van de Telecommunicatiewet. In het bijzonder hebben de paragrafen 3.5 en 3.6 van de Telecommunicatiewet betrekking op vergunningverlening voor het gebruik van frequentieruimte. Voor het gebruik van frequentieruimte is overeenkomstig artikel 3.10 van de Telecommunicatiewet in beginsel een vergunning vereist van de Minister van Economische Zaken en Klimaat.⁴ Behoudens vergunningverlening bij voorrang wordt een frequentievergunning ingevolge artikel 3.10, eerste lid, Telecommunicatiewet verleend op volgorde van binnenkomst van de aanvragen, door middel van een vergelijkende toets (met of zonder inbegrip van een financieel bod) of door middel van een veiling (die tevens kan volgen op de vergelijkende toets of op volgorde van binnenkomst van de aanvragen, afhankelijk van het aantal aanvragen dat voor bepaalde frequentieruimte is ingediend). De veiling en de vergelijkende toets worden ingevolge het tweede lid niet toegepast indien de te verdelen beschikbare frequentieruimte voldoende is om aan de vraag te voldoen. In dat geval is namelijk geen sprake van schaarste.

2.2 Lagere regelgeving

De uitwerking van de verlening, maar ook van de wijziging en verlenging van frequentievergunningen is neergelegd in het Frequentiebesluit 2013. Op grond van het Frequentiebesluit 2013 en de Telecommunicatiewet moeten per verdeling een aantal afzonderlijke besluiten moet worden genomen, zoals een zogenaamd 'Bekendmakingsbesluit' waarin de definitieve keuze voor een bepaalde verdelingsprocedure bekendgemaakt wordt.⁵ Indien mogelijk wordt bij dit besluit een ontwerp van de te verlenen vergunningen toegevoegd en worden de aan de vergunning verbonden voorschriften en beperkingen vastgesteld. Daarnaast kan in dit besluit nader de bestemming van de frequentieruimte worden vastgesteld.⁶ Een Bekendmakingsbesluit kan gezien worden als een belangrijk

moment in de verdelingsprocedure. De minister moet hierbij afdeling 3.4 van de Awb in acht nemen⁷ en de Eerste en Tweede Kamer in kennis stellen van het ontwerp van het Bekendmakingsbesluit.⁸ Na bekendmaking van het aantal te verlenen vergunningen (het vergunningenplafond) en de gekozen verdelingsprocedure in het Bekendmakingsbesluit dienen volgens het Frequentiebesluit 2013 bij elke verdeling via een veiling of vergelijkende toets afzonderlijke besluiten over de uitvoeringsregels te worden opgesteld.⁹ Indien gekozen wordt voor een veiling, wordt een Veilingregeling opgesteld waarin de toelatingseisen en de eisen aan de indiening van de aanvragen en de uitvoering van de veiling worden vastgelegd.¹⁰ Daarnaast kan ingevolge artikel 3.11 van de Telecommunicatiewet een aparte 'Capregeling' worden vastgesteld waarin wordt aangegeven hoeveel frequentieruimte de deelnemende partijen mogen verwerven tijdens de veiling. Al deze besluiten vormen naast de Telecommunicatiewet en het Frequentiebesluit 2013 de toepasselijke regelgeving voor de verdeling van frequentievergunningen in een specifieke veiling.

2.3 De 5G-multibandveilingregelingen

In het geval van de 5G-multibandveiling bepaalt het Bekendmakingsbesluit dat een veiling zal worden gehouden voor het verdelen van de frequentiebanden en dat het aantal te verdelen frequentievergunningen in de diverse frequentiebanden 26 vergunningen in totaal bedraagt.¹¹ Ook de aan de vergunningen verbonden voorschriften en beperkingen aan de vergunningen zijn in dit besluit vastgesteld. In aansluiting daarop is een Veilingregeling vastgesteld waarin de regels voor de veiling van de frequentievergunningen zijn beschreven.¹² Ten slotte is naast het Bekendmakingsbesluit en de Veilingregeling een aparte Capregeling vastgesteld.¹³ Het Bekendmakingsbesluit en de Capregeling zijn volgens vaste jurisprudentie appellabel, maar de Veilingregeling niet.¹⁴

Met het Bekendmakingsbesluit en de Veilingregeling worden specifiek regels gesteld omtrent de verdeling van vergunningen in de 700 MHz-band, 1400 MHz-band en 2100 MHz-band. De uit te geven vergunningen kennen verschillende tijdstippen van inwerkingtreding. Zo kunnen de 700- en 1400 MHz-vergunningen direct na (de vergunningverlening volgend op) de veiling in gebruik worden genomen, terwijl de 2100 MHz-frequenties pas later beschikbaar komen voor gebruik.¹⁵ Met name voor de 700 MHz-frequenties geldt vanwege het gebruik van 5G zendtechniek specifiek het besluit van de Europese Commissie dat lidstaten uiterlijk op 30 juni 2020 het gebruik van deze band voor draadloze breedbanddiensten moeten hebben toegestaan. Dat maakte een tijdige veiling van de frequentievergunningen noodzakelijk.

4 Wanneer in deze bijdrage wordt gesproken over 'de minister', wordt hiermee steeds de Minister van Economische Zaken en Klimaat bedoeld.
5 Deze procedure heeft gefungeerd als sjabloon voor algemene verdelingsprocedures, zie ook C. J. Wolswinkel, *Verdelingsprocedures: een zoektocht naar een zinvol onderscheid*. In: F. J. van Ommeren, W. den Ouden & C. J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 177-201; F. J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemene bestuursrecht* (oratie Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2004; M. Coerts, 'De verdeling van schaarse frequentievergunningen: een voorbeeld voor het algemene verdelingsrecht?' *PB* 2019/1, p. 7-15.
6 Artikel 3.10, derde lid, Tw.
7 Een gevolg hiervan is dat rechtstreeks beroep bij de rechter openstaat, art. 7:1, eerste lid, onder d, Awb. Zie ook: paragraaf 2 Nota van Toelichting, Frequentiebesluit 2013.
8 Artikel 3.10, derde lid, Tw.

9 Zie art. 7 lid 1 Frequentiebesluit 2013.
10 Zie art. 8, 9 en 10 Frequentiebesluit 2013 en de daarop gebaseerde Veilingregeling 700, 1400 en 2100 MHz.
11 Besluit bekendmaking veiling vergunningen 700, 1400 en 2100 MHz, *Stcrt.* 2020, 13725 (hierna: Bekendmakingsbesluit 700, 1400 en 2100 MHz)
12 Veilingregeling 700, 1400 en 2100 MHz.
13 Capregeling frequenties mobiele communicatie 2020, *Stcrt.* 2020, 13724.
14 Zie voor het Bekendmakingsbesluit reeds CbB 18 juli 2001, *JB* 2001/236, m.nt. MP, *Mediaforum* 2001, nr. 36, m.nt. L. J. Wildeboer, *AB* 2002/261, m.nt. GC. Zie voor de Capregeling ECLI:NL:CBB:2012:BW7152. Zie voor de Veilingregeling CbB 29 maart 2004, *AB* 2005/293, m.nt. GC, r.o. 6.7. Dit is herhaald in de multibandveiling in 2012, zie ECLI:NL:RBROT:2014:7917 en ECLI:NL:RBROT:2012:BY2637.
15 Dit komt mede doordat de 2100 MHz-vergunning reeds eerder is verdeeld en een transitietraject nodig is voordat de vergunningen kunnen worden gebruikt. Deze frequenties zijn onderdeel geweest van een UMTS-vergunning die in 2000 is verdeeld.

3. Aanvullende maatregelen in het telecommunicatierecht

3.1 Algemeen

Aanvullende maatregelen worden niet in de Veilingregeling zelf zichtbaar, maar worden in het Bekendmakingsbesluit en de Capregeling vastgelegd. De grondslagen voor het opleggen van aanvullende maatregelen zijn terug te vinden in artikel 3.14 en artikel 3.11 Telecommunicatiewet. Volgens deze bepalingen kunnen onder andere in het belang van een optimale verdeling en een doelmatig frequentiegebruik van frequentieruimte voorschriften aan de vergunning worden verbonden en kan de maximale hoeveelheid te verwerven frequentieruimte worden beperkt. De gronden voor het opnemen van vergunningvoorschriften in de vergunning zijn meer specifiek terug te vinden in het Frequentiebesluit 2013. In artikel 17 van het Frequentiebesluit 2013 zijn de onderwerpen ter zake waarvan voorschriften en beperkingen kunnen worden gegeven, limitatief opgesomd. Vergunningen kunnen bijvoorbeeld op grond van artikel 17 voorschriften bevatten betreffende de wijze waarop van de frequentieruimte gebruik dient te worden gemaakt door vergunninghouders.¹⁶ Voorschriften in verband met het doelmatig frequentiegebruik kunnen ook betrekking hebben op een termijn waarop in een geografisch gebied bepaalde diensten moeten worden aangeboden, een soort elektronisch communicatienetwerk moet worden aangeboden of een bepaalde technologie moet worden gebruikt.¹⁷

3.2 Betekenis van de cap

De bevoegdheid voor het instellen van een cap is, zoals gezegd, afzonderlijk geregeld in artikel 3.11 van de Telecommunicatiewet. Hieruit blijkt dat bij ministeriële regeling in het belang van een optimale verdeling dan wel voor een doelmatig gebruik van de schaarse frequentieruimte, een maximale hoeveelheid frequentieruimte per partij mag worden vastgesteld. Caps zijn individuele deelplafonds die aangeven hoeveel rechten een bepaalde aanvrager maximaal mag verwerven.¹⁸ Een cap kijkt af van de andere aanvullende maatregelen omdat deze aanvullende maatregel tijdens en niet na de veiling geldt. Deze aanvullende maatregel heeft een grote impact op partijen doordat zij beperkt worden in het aantal frequenties dat zij mogen verwerven voor het uitrollen van het netwerk. Doeleinden van de cap zijn makkelijkere toetreding van nieuwkomers, het voorkomen van het ontstaan van een partij met een aanzienlijke marktmacht en het creëren van een evenwichtige verdeling van frequenties. Om te voorkomen dat enkel een paar partijen de vergunningen zullen verkrijgen, bestaan er specifieke caps die zien op het spectrumbezit van een deelnemende partij in een bepaalde frequentieband. Deze cap voorkomt dat een bepaalde frequentieband door één partij wordt beheerd. Naast deze specifieke cap voor een specifieke frequentieband kan ook een algemene cap worden ingesteld over het totaal te bemachtigen frequenties. Dit betekent

dat alle te veilen frequenties (tot een bepaalde hoogte) onder een cap vallen.

3.3 Betekenis van de ingebruiknameverplichting

Op basis van artikel 17 van het Frequentiebesluit 2013 kan een ingebruiknameverplichting worden opgelegd. De ingebruiknameverplichting is een vergunningvoorschrift dat erop toeziet dat vergunninghouders de verworven frequentieruimte daadwerkelijk gebruiken. Dit vergunningvoorschrift is in zoverre opmerkelijk omdat, in tegenstelling tot een concessie, een 'gewone' vergunning traditioneel gezien geen verplichting tot uitvoeren hoort te bevatten, omdat de vergunning niet primair bedoeld is om actief een bepaalde gedraging te stimuleren.¹⁹ Het wezenlijke verschil tussen een concessie en een vergunning is dat een concessiehouder verplicht is om een concessie in gebruik te nemen, terwijl het een vergunninghouder weliswaar geoorloofd is de vergunde activiteiten te verrichten maar hij daartoe niet is verplicht.²⁰ Dit verschil sluit echter niet uit dat sommige vergunningen verder gaan door ook een verplichting op te leggen om de activiteit te verrichten. Een ingebruiknameverplichting is een voorbeeld van zo een verplichting doordat de activiteit verplicht moet worden verricht omdat vergunninghouders een bestuurlijke sanctie krijgen opgelegd wanneer zij niet voldoen aan de ingebruiknameverplichting.²¹

Concreet betekent een ingebruiknameverplichting dat in de te veilen (specifieke MHz) vergunningen bepalingen worden opgenomen waarin staat dat een aantal jaar na vergunningverlening op een x aantal vierkante kilometer mobiele communicatiediensten moeten worden aangeboden.²² Behalve dat de ingebruiknameverplichting dient om strategisch opkopen van frequentieruimte tegen te gaan, gaat er een zekere investeringsplicht van uit. Vergunninghouders zullen verplicht moeten investeren zodat zij daadwerkelijk commercieel actief worden binnen een bepaalde termijn met de aan hen vergunde frequenties. Het recht om de verworven frequentieruimte te gebruiken wordt door de ingebruiknameverplichting omgevormd tot een plicht. Dit maakt een ingebruiknameverplichting de meest zware verplichting, die van tevoren kenbaar moet zijn voor providers zodat zij hun voorgestelde bieding in de veiling eventueel kunnen aanpassen aan de nieuwe businesscase met een ingebruiknameverplichting daarin verwerkt. Het is het beleid dat het bestuursorgaan de ingebruiknameverplichting zo licht en flexibel mogelijk houdt, waardoor ruimte blijft bestaan aan de uiteenlopende businesscases van partijen om nog wel hun eigen bedrijfsbelang te kunnen uitvoeren.²³ De vraag is of dit altijd lukt.

3.4 Betekenis van de dekkingseis en de snelheidseis

Andere verplichtingen voor vergunninghouders die gekoppeld kunnen worden aan het doelmatig frequentiegebruik, zijn de dekkingseis en de snelheidseis. De dekkingseis en de

16 Paragraaf 1 Nota van Toelichting, Frequentiebesluit 2013.

17 Zie art. 17, lid 2 jo. lid 1 sub g Frequentiebesluit 2013.

18 C.J. Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten. Op zoek naar algemene regels van verdelingsrecht* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom juridische uitgeverij 2013, p. 244.

19 Deze opvatting wordt expliciet gekoesterd door: C.W. van der Pot, 'De vormen van het besturen', in: *Nederlandsch bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn 1932, p. 229 e.v.; G. J. Wiarda, *Overeenkomsten met overheidslichamen* (diss. Universiteit Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1939, p. 179.

20 P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheids-handelen. Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen op de grens van publiek- en privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 397.

21 Art. 15.1, eerste lid Tw somt de terreinen op waarbij de handhaving van de wettelijke verplichtingen, waaronder de voorschriften en beperkingen die zijn gebonden aan de vergunning voor het gebruik van frequentieruimte, is voorbehouden aan de minister. Hij is bevoegd om een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom op te leggen zodra verplichtingen niet worden nagekomen, Zie art. 15.2 lid 1 sub a Tw.

22 Zie bijv. bijlage 1, 2 en 3 van het Bekendmakingsbesluit 700, 1400 en 2100 MHz.

23 Zie paragraaf 3.8 van de toelichting van het Bekendmakingsbesluit 700, 1400 en 2100 MHz.

snelheidseis houden in dat de vergunninghouder verplicht is om een dienst aan te bieden op tenminste een bepaald percentage aan grondgebied en daarbij een bepaalde minimumsnelheid van deze dienst te garanderen.²⁴ Het wezenlijke verschil tussen de dekkingseis en de hiervoor besproken ingebruiknameverplichting is dat de ingebruiknameverplichting van een vergunning is gekoppeld aan de frequenties die met deze vergunning zijn verworven, terwijl de dekkingseis 'frequentie-neutraal' wordt geformuleerd: ongeacht de frequenties waarmee dekking wordt gerealiseerd, is de vergunninghouder verplicht een bepaalde dekking te verzekeren. Met de dekkingseis en de snelheidseis wordt invulling gegeven aan het streven naar de beschikbaarheid van mobiele communicatie "altijd en overal" waardoor dekking van netwerken aanwezig en zeker is, ook op de plekken waar nu geen netwerk beschikbaar is. Om de vereiste dekking te bereiken, mag de vergunninghouder dus zelf bepalen welke frequenties worden ingezet om in betreffende gebieden dekking te creëren.²⁵ Hierdoor kan de dekkingseis ook een grotere omvang (in km²) bevatten dan de ingebruiknameverplichting, omdat de dekking ook met andere frequenties kan worden gerealiseerd dan die waarop de ingebruiknameverplichting ziet.

4. Aanvullende maatregelen in de praktijk

4.1 De 3G en de 4G veiling

Het is niet de eerste keer dat aanvullende maatregelen worden ingezet bij veilingen van frequentievergunningen. Zowel in de 3G veiling in 2000 als in de 4G-veiling in 2012 koos de minister ervoor om aanvullende maatregelen op te leggen op basis van de destijds geldende telecomcommunicatiereggeving. Zo is een cap opgelegd in de 4G-multibandveiling in 2012. In deze multibandveiling werd op basis van artikel 6a van het Frequentiebesluit (oud)²⁶ enkel een specifieke cap opgelegd. Een algemene cap werd destijds niet nodig geacht omdat reeds vergunningen in lagere frequenties waren gereserveerd voor nieuwkomers en zittende partijen voldoende belang hadden bij het verwerven van lage frequenties en daarmee voor voldoende competitie zorgden.²⁷ Spectrumcaps werden beschouwd als verstorend voor de marktwerking in de veiling en te beperkend voor deelnemers. De specifieke cap gold enkel voor het aantal gereserveerde vergunningen dat een nieuwkomer kon verwerven.²⁸ Doordat elke nieuwkomer ten hoogste twee van de drie gereserveerde vergunningen kon bemachtigen, werd voorkomen dat een nieuwkomer alle gereserveerde vergunningen zou verwerven. Tegelijkertijd werd verzekerd dat meerdere nieuwkomers lage frequenties konden verwerven.²⁹

In de 4G-multibandveiling van 2012 was tevens een ingebruiknameverplichting opgelegd die verschilde per frequen-

tieband. Zo was de ingebruiknameverplichting in de veiling in 2012 voor de 800 MHz-frequentieband zwaarder dan voor de 2100 MHz-frequentieband.³⁰ Daarnaast verschilde de ingebruiknameverplichting per provider. Indien de vergunninghouder meerdere vergunningen in dezelfde frequentieband had, werd de omvang van de gebieden groter waarin een dienst moest worden aangeboden met de verworven frequentieruimte.³¹ Hierdoor hadden nieuwkomers een minder zware ingebruiknameverplichting dan zittende partijen doordat zij minder frequentievergunningen hadden. De minister had deze maatregel opgelegd om lage toetredingsdrempels te scheppen en nieuwkomers te trekken.³² Toen zittende partijen naar de rechter stapten, werd door de hoge kosten van de uitrol van een landelijk netwerk het opleggen van een in omvang beperkte uitrolverplichting voor nieuwkomers redelijk geacht om hen een kans op de markt te bieden.³³

De dekkingseis en de snelheidseis zijn, in tegenstelling tot de ingebruiknameverplichting, niet bij de vorige multibandveiling van 2012 ingezet, maar bij de 3G-veiling in 2000.³⁴ De dekkingseis vereist daadwerkelijke dekking en het behalen van een bepaald serviceniveau van het mobiele netwerk door gebruikmaking van de vergunde frequenties. De dekkingseis omvatte daarmee ook in zekere zin een ingebruiknameverplichting omdat frequenties in gebruik moesten worden genomen voor het verkrijgen van dekking. Het belang voor het opleggen van een dekkingseis en een snelheidseis zag op het doelmatig frequentiegebruik waarbij moest worden voorkomen dat schaarse frequentieruimte ongebruikt op de plank bleef liggen. Dit vereiste leverde echter een probleem op bij enkele vergunninghouders.³⁵ Zo voldeed een provider niet aan de vereiste dekking. Zij wilde frequenties pas later inzetten omdat dit anders extra kosten met zich mee bracht.³⁶ Omdat deze provider dus niet voldeed aan de vergunningvoorschriften, werd een bestuursrechtelijke sanctie opgelegd.

4.2 De 5G-multibandveiling

De 5G-multibandveiling is zodanig ingericht dat frequentieruimte doelmatig verdeeld kon worden. Zo is gekozen voor een veilingmodel met twee fasen en met voorlopig winnende biedingen om spectrum efficiënter te verdelen en strategisch biedgedrag te ontmoedigen.³⁷ Deelnemende partijen bieden op het gewenste spectrum maar pas in de tweede fase wordt de specifieke frequentieruimte waarop een vergunning ziet toegewezen. In dit kader wil de veiling eraan bijdragen dat de vergunning terecht komt bij de partij die verwacht met de vergunning de meeste waarde te kunnen genereren. Om er echter voor te zorgen dat veilingdoelstellingen worden behaald, en een kwalitatief hoogwaardige dienst wordt verleend die een grote diversiteit aan vraag kan bedienen en altijd en overal beschikbaar is tegen concurrerende tarieven,³⁸ bevat de veiling aanvullende maatregelen.

24 Nota Mobile Communicatie 2019, p. 20.

25 Nota Mobile Communicatie 2019, p. 21.

26 Besluit houdende regels betreffende toewijzing en gebruik en frequentieruimte (Frequentiebesluit) *Sb.* 1998 nr. 638.

27 Zie § 2.2.4 van de toelichting op de Regeling aanvraag- en veilingprocedure vergunningen 800, 900 en 1800 MHz (*Stcrt.* 2012, 392) en C.J. Wolswinkel, 'De Multibandveiling. Nieuwe ronde, nieuwe regels', *Mediaforum* 2012-10, p. 314.

28 Zie art. 2 lid 4 Regeling aanvraag- en veilingprocedure vergunningen 800, 900 en 1800 MHz (*Stcrt.* 2012, 392).

29 Zie § 2.2.3 van de toelichting op de Regeling 800, 900 en 1800 MHz.

30 Zie art. 3 Bijlage B en art. 3 Bijlage E van het Besluit houdende vaststelling van vergunningen voor frequentieruimte in de 800, 900, 1800, 1900, 2100 en 2600 MHz-band behoeve van het verzorgen van mobiele communicatiediensten, *Stcrt.* 2012, 7028.

31 Zie bijv. art. 3 lid 2 Bijlage E van het Besluit houdende vaststelling van vergunningen voor frequentieruimte in de 800, 900, 1800, 1900, 2100 en 2600 MHz-band behoeve van het verzorgen van mobiele communicatiediensten, *Stcrt.* 2012, 7028.

32 Rb. Rotterdam 2 oktober 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7917.

33 Rb. Rotterdam 2 oktober 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7917.

34 Artikel 3 sub b Verlening vergunning voor het gebruik van frequentieruimte t.b.v. IMT-2000, *Stcrt.* 2000, nr. 153. Beleidsregels sancties frequentiegebruik UMTS vastgesteld, *Stcrt.* 2007, nr. 163.

35 CBB 22 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW9145, r.o. 5.7 en 5.8 (*UMTS-vergunning Telfort*).

36 CBB 22 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW9145.

37 Zie § 5 van de toelichting op de Veilingregeling 700, 1400 en 2100 MHz.

38 Zie Nota Mobile Communicatie 2019 en § 1 van de toelichting op de Veilingregeling 700, 1400 en 2100 MHz.

Zo zijn op grond van artikel 3.11 van de Telecommunicatiewet twee caps vastgelegd die alle partijen in staat stellen om frequenties te verwerven die zij nodig hebben om effectief te concurreren: ten eerste een algemene cap van 40% op het totale bezit van frequenties in alle frequentiebanden die nu en in de toekomst beschikbaar zijn voor mobiele communicatie en ten tweede een specifieke cap van 40% voor (totaal) spectrumbezet in de lage frequenties in de banden onder de 1GHz die nu en in de toekomst beschikbaar komen voor mobiele communicatie.³⁹ Voor deze 5G-multibandveiling waren partijen dus beperkt doordat zij voor het verwerven van alle nieuwe frequenties afhankelijk zijn van hun huidige bezit aan frequenties.⁴⁰ De drie reeds bestaande marktpartijen hebben tijdens de veiling bij de 700 MHz-frequentie en de 2100 MHz-frequentie door de cap even grote delen in handen gekregen.⁴¹ Een specifieke cap op de lage frequenties is belangrijk omdat het bezit van laag spectrum noodzakelijk is voor het voortbestaan van een provider.⁴²

Daarnaast gaan de frequentievergunningen vergezeld van een ingebruiknameverplichting.⁴³ De intensiteit is afhankelijk van de specifieke frequentieband die gebruikt moet worden nadat de vergunning is verleend: naarmate de frequentieband lager is, neemt de intensiteit van de ingebruiknameverplichting toe. Zo is voor de 700 MHz-band een ingebruiknameverplichting ingesteld waarbij na twee jaar een omvang van ten minste 751 km² per vergunning moet worden bereikt.⁴⁴ Voor de 2100 MHz-band geldt daarentegen een ingebruiknameverplichting dat na twee jaar een omvang van ten minste 55 km² per vergunning moet worden bereikt.⁴⁵ Dit is een aanzienlijk lagere omvang voor hogere frequenties. Achtergrond hiervan is dat de 700 MHz-vergunningen worden beschouwd als extreem waardevol.⁴⁶ Een ingebruiknameverplichting moet hier borgen dat de vergunde frequenties daadwerkelijk gebruikt worden, dat de frequenties niet enkel voor speculatieve doeleinden worden gekocht, dat er wordt geïnvesteerd in het gebruik van de frequenties en dat er een dienst mee wordt aangeboden. Als een partij twee 700 MHz-vergunningen verwerft, moet hij een dienst aanbieden in een gebied dat twee keer zo groot is.

In de 5G-multibandveiling zijn aanvullend een dekkingseis en een snelheidseis opgenomen in de 700 MHz-vergunningen zodat de beschikbaarheid van mobiele netwerken wordt gerealiseerd, ook op plekken waar nu geen netwerk beschikbaar is.⁴⁷ Deze verplichting geldt vanaf uiterlijk twee jaar na het in werking treden van de vergunning voor 98% van elke gemeente in Nederland. Deze dekking moet vanaf dat moment overal binnen het gedefinieerde gebied een minimale snelheid van 8 Mbps met ten minste 90% waarschijnlijkheid mogelijk maken voor een gebruiker die zich buitenhuis bevindt.⁴⁸ Uiterlijk zes jaar na de inwerkingtreding van de vergunning zal deze datasnelheid onder dezelfde voorwaarden verhoogd moeten zijn naar minimaal 10 Mbps.⁴⁹ De verplichting is alleen van toepassing wanneer een vergunninghouder minimaal twee 700 MHz-vergunningen (10 MHz gepaard spectrum) en vergunningen voor ander laag frequent spectrum

(800 en/of 900 MHz) bezit. Zo wordt een hoge toetredingsdrempel voor een eventuele nieuwkomer voorkomen doordat die bij het verwerven van 700 MHz-vergunningen al op korte termijn verplicht zou worden om in de minst rendabele gebieden dekking te gaan realiseren.⁵⁰

4.3 De vergelijking van de aanvullende maatregelen

Het is nog niet eerder voorgekomen dat zoveel aanvullende maatregelen tegelijkertijd bij een veiling werden opgenomen. Eerdere 3G-en 4G-veilingen in 2000 en 2012 laten zien dat óf de ingebruiknameverplichting óf de dekkingseis werd opgelegd in de vergunningvoorschriften om beleidsdoelen te halen. Dit werd soms gecombineerd met een cap. Het is de bedoeling dat alle aanvullende maatregelen in de 5G-multibandveiling het doelmatig frequentiegebruik zullen waarborgen. Zonder ingebruiknameverplichting, dekkingseis en snelheidseis is het niet zeker dat marktpartijen alle uithoeken van Nederland zullen bedekken omdat de benodigde investering niet altijd opweegt tegen de verwachte baten. Voor het publieke belang wordt dit beschouwd als een onwenselijke uitkomst gegeven het toenemend belang van mobiele communicatie voor economie en maatschappij. Dit rechtvaardigt het opleggen van aanvullende verplichtingen voor providers tot op een zekere hoogte.

Toch rijst in de 5G-multibandveiling de vraag of alle aanvullende maatregelen bij elkaar genomen niet een zekere overlap vertonen met betrekking tot het bereiken van de gestelde beleidsdoelen. Zo zullen een dekkingseis en een snelheidseis ook al zorgen voor het in gebruik nemen van de vergunningen en het bewerkstelligen van een kwalitatief hoogwaardige dienstverlening. Daarnaast zal een cap ervoor zorgen dat niet onnodig veel spectrum wordt opgekocht. Een ingebruiknameverplichting dient wat dat betreft veelal dezelfde doelen omdat ook deze verplichting ziet op het voorkomen van het opkopen van spectrum en het in gebruik nemen van vergunningen. Zodra aanvullende maatregelen overlap vertonen, doet dit af aan de noodzakelijkheid van bepaalde aanvullende maatregelen. In dit kader kan beargumenteerd worden dat beleidsdoelen ook bereikt kunnen worden wanneer een keuze gemaakt wordt in aanvullende maatregelen en deze gekozen aanvullende maatregelen vervolgens op de juiste manier ingericht worden. Op die wijze kunnen minder aanvullende maatregelen tezamen genomen ook nog geschikt en noodzakelijk zijn om het doelmatig frequentiegebruik te waarborgen. Getwijfeld kan worden of dit nu nog het geval is, met name wanneer al deze maatregelen bij elkaar genomen te zwaar blijken te zijn voor providers om uit te voeren.

5. Mogelijke problemen bij aanvullende maatregelen

De vraag die naar voren komt, is wat de grenzen van de vergunningverlener zijn bij het opstellen van aanvullende maat-

39 Zie artikel 4 van de Capregeling frequenties mobiele communicatie 2020.

40 Zie hoofdstuk 1, §7 van de toelichting op de Capregeling frequenties mobiele communicatie 2020.

41 Brief van de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat van 21 juli 2020 'Kamerbrief uitkomsten multibandveiling'.

42 Nota mobiele communicatie 2019, p. 17.

43 Kamerstukken II 2019/20, 24095, nr. 509.

44 Deze regel is uitgewerkt in artikel 3, lid 1, bijlage I van het Bekendmakingsbesluit 700, 1400 en 2100 MHz.

45 Artikel 3, lid 1, bijlage III van het Bekendmakingsbesluit 700, 1400 en 2100 MHz.

46 Nota mobiele communicatie 2019, p. 21.

47 Zie bijlage I, artikel 3 lid 3, van het Bekendmakingsbesluit 700, 1400 en 2100 MHz.

48 Zie bijlage I, artikel 3 lid 4, van het Bekendmakingsbesluit 700, 1400 en 2100 MHz en Nota Mobile Communicatie 2019 p. 19.

49 Zie bijlage I, artikel 3 lid 4 sub b, van het Bekendmakingsbesluit 700, 1400 en 2100 MHz.

50 Nota Mobile Communicatie 2019 p. 20.

regelen. De ingebruiknameverplichting, de dekkingseis en de snelheidseis worden, net als de frequentievergunning zelf, eenzijdig in een besluit opgelegd.⁵¹ Binnen de gelimiteerde onderwerpen van artikel 17 van het Frequentiebesluit 2013 ligt een niet geringe mate van beoordelings- en beleidsvrijheid besloten, die met zich brengt dat de wijze waarop de minister van zijn beoordelingsruimte gebruikmaakt door de rechter enkel terughoudend kan worden getoetst.⁵² Het bestuursorgaan kan in dit soort gevallen naar eigen inzicht een redelijke, met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur strokende, uitleg aan vage normen geven. Op basis van deze uitleg van het begrip 'doelmatig gebruik van frequentieruimte' worden zware verplichtingen voor providers opgelegd. Zodra de verplichtingen passen binnen de gelimiteerde onderwerpen en voldoen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, kan het bestuursorgaan in theorie vergunningvoorschriften opleggen. Zo kan het bestuursorgaan ook andere aanvullende verplichtingen opleggen wanneer dit nodig geacht wordt voor het waarborgen van een doelmatig gebruik van frequentieruimte.⁵³

Aanvullende verplichtingen zorgen ervoor dat de provider minder zeggenschap heeft in de wijze waarop hij de vergunning zou willen uitvoeren. De introductie van marktwerking op bepaalde terreinen, waaronder mobiele communicatie, heeft ertoe geleid dat bedrijven jarenlang kennis en ervaring hebben opgedaan in het veld waardoor de overheid niet langer de meest geschikte partij is om de optimale allocatie of ideale norm te bepalen voor het maatschappelijk welzijn.⁵⁴ De overheid die zelf sterk aan de knoppen blijft draaien, beperkt de financiële en bestuurlijke investeringsvrijheid van providers terwijl een kans bestaat dat de overheid een kennis- en informatieachterstand heeft ten opzichte van diezelfde providers. Zo kan een provider die van plan was om te investeren in nieuwe technologie, door een ingebruiknameverplichting of dekkingseis min of meer 'gedwongen' worden tot het vergroten van de omvang of dekking van het mobiele netwerk waarvoor meer zendmasten of antennes nodig zijn. In dit voorbeeld beperkt de overheid met aanvullende maatregelen de innovatiekracht van een provider zonder de garantie dat de overheid zeker weet dat dit de beste keuze is. Indien blijkt dat de aanvullende maatregelen te zwaar zijn voor providers, kunnen de verplichtingen een averechts effect hebben op de markt, omdat deze bijvoorbeeld verstart. Hierdoor bestaat er ook een kans dat de eerder met deze verplichtingen gestelde beleidsdoelen niet behaald worden.

Daarom is het belangrijk dat aanvullende maatregelen niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van het beleidsdoel.⁵⁵ Zij moeten noodzakelijk zijn voor het doelmatig frequentiegebruik. Indien een vergunningvoorschrift niet strookt met het doelmatig frequentiegebruik of met een van

de andere limitatieve onderwerpen om vergunningvoorschriften op te nemen, kan de rechter toch indringender toetsen. Zo bracht de limitatieve opsomming in art. 16 Frequentiebesluit (oud)⁵⁶ met zich dat een verplichting voor de zittende GSM/DCS-1800 vergunninghouders om nationale 'roaming' op hun netwerken toe te staan niet als voorschrift of beperking kon worden opgelegd omdat deze niet onder het toepassingsbereik van artikel 16 van het Frequentiebesluit viel.⁵⁷ Een ander voorbeeld biedt de uitspraak waarin werd geoordeeld dat een verplichting om een eigen netwerk aan te leggen niet als voorschrift of beperking kon worden opgelegd.⁵⁸ Ook hier was de ratio dat aanbieders van elektronische communicatiediensten slechts kunnen worden onderworpen aan de onderwerpen die (limitatief) zijn opgesomd in de telecomunicatieregulering.⁵⁹ Het bouwen van een eigen netwerk was daarin niet als onderwerp opgenomen. Rechterlijke uitspraken omtrent de grote veilingen in 2000 en in 2012 laten zien dat de minister weliswaar het primaat behoudt om invulling te geven aan de doelmatigheid van het frequentiegebruik, maar dat zodra deze invulling niet binnen de randvoorwaarden van artikel 17 Frequentiebesluit 2013 valt, de rechter bepaalde aanvullende verplichtingen van tafel kan vegen.⁶⁰ Op deze wijze worden de grenzen van aanvullende maatregelen duidelijker gemaakt voor het opleggende bestuursorgaan en de uitvoerende provider.

6. Conclusie

In de 5G-multibandveiling is een aantal frequentiebanden (opnieuw) verdeeld. In deze bijdrage is nagegaan hoe deze veiling is vormgegeven om bepaalde doelstellingen te kunnen verwezenlijken en een kwalitatief goed netwerk te kunnen uitrollen. Het is daarbij de vraag of de opgelegde aanvullende maatregelen bijdragen aan het verwezenlijken van die doelstellingen. Hiervoor is gekeken naar de wettelijke mogelijkheden voor het invullen van de veiling en voor het opleggen van aanvullende maatregelen voor vergunninghouders. Ten opzichte van de vorige 3G- en 4G-veilingen heeft zich een aantal veranderingen voorgedaan met betrekking tot de te verdeelen frequentiebanden en het opleggen van aanvullende maatregelen om de doelen van de veiling te kunnen voltrekken.

Zo bevat de 5G-multibandveiling een ingebruiknameverplichting, dekkingseis en snelheidseis in de vergunningvoorschriften en een cap in de veiling om ervoor te zorgen dat de doelen van de veiling worden bereikt en een efficiënt werkende markt met voldoende concurrentie bestaat. Dergelijke aanvullende maatregelen leggen een extra verplichting op aan de vergunninghouders doordat zij bij de uitoefening van de vergunning de vergunning in gebruik moeten nemen en een dekking van een bepaald oppervlakte moeten garanderen

51 Zie uitvoerig voor het aspect van het Awb besluit FJ. van Ommeren & P.J. Huisman, 'Van besluit naar rechtsbetrekking: een groeimodel', in: FJ. van Ommeren, P.J. Huisman, G.A. van der Veen & K.J. de Graaf (red.), *Het besluit voorbij*, (VAR-reeks; No. 150), Den Haag: Boom juridische uitgeverij 2013, p. 28 e.v.

52 Vgl. Cbb 30 oktober 2008; ECLI:NL:CBB:2008:BG3831.

53 Bijv. door een technologie voor te schrijven bij het gebruik van het mobiele netwerk, zie art. 3.14, lid 4, Tw. Dit is alleen mogelijk indien het nodig is om schadelijke interferentie te vermijden, de volksgezondheid te beschermen tegen elektromagnetische velden, de technische kwaliteit van de dienst te garanderen, te zorgen voor zoveel mogelijk gedeeld gebruik van de radiofrequenties, een doelmatig gebruik van frequentieruimte te waarborgen of een doelstelling van algemeen belang zoals bedoeld in het derde lid, te verwezenlijken.

54 B. Baarsma, C.C. Koopmans & J. Theeuwes, *Beleidsconomie. Een rationele onderbouwing van overheidsingrijpen*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2010, p. 33 e.v.

55 Zie bijv. Rb. Rotterdam 2 oktober 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7917.

56 Besluit houdende regels betreffende toewijzing en gebruik en frequentieruimte (Frequentiebesluit) *Sb.* 1998 nr. 638.

57 Cbb 29 maart 2004, ECLI:NL:CBB:2004:AO7734.

58 Rb. Rotterdam 27 mei 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BM5977.

59 Zie ook artikel 6, eerste lid, van de Machtigingsrichtlijn. In dit geval verwees de rechtbank naar bijlage B (waarin de voorwaarden zijn opgenomen die bij het verlenen van een individueel gebruiksrecht aan het gebruik van frequenties kunnen worden verbonden) van de Machtigingsrichtlijn.

60 Cbb 29 maart 2004, ECLI:NL:CBB:2004:AO7734; Rb. Rotterdam 27 mei 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BM5977. Andere uitspraken waarin de ingebruiknameverplichting wordt aangevochten zijn: Rb. Rotterdam 2 oktober 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7917 en Rb. Rotterdam 14 april 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ1298.

met een bepaalde snelheid. Hierdoor zal een hoogwaardige dienst moeten worden verleend die een grote diversiteit aan vraag kan bedienen en altijd en overal beschikbaar is.

Deze verplichtingen kunnen problemen opleveren indien vergunninghouders bij het uitvoeren van de vergunning zich niet kunnen houden aan de opgelegde vergunningvoorschriften. Daardoor zou ook het beleidsdoel niet kunnen worden bereikt dat in de eerste plaats de reden was voor het opleggen van de aanvullende maatregel. Het is belangrijk dat de aanvullende maatregelen niet verder gaan dan nodig is om de beleidsdoelen te bereiken. De ingebruiknameverplichting en de dekkingseis en snelheidseis proberen alle een doelmatig frequentiegebruik te bewerkstelligen, waarbij zij grote overlap vertonen in het effect dat zij teweeg zullen brengen. Zo moet zowel de dekkingseis als de ingebruiknameverplichting ervoor zorgen dat frequenties in gebruik zullen worden genomen. De cap kan er ook voor zorgen dat frequenties terecht komen bij de provider die deze echt willen hebben. De minister had wat dat betreft inzichtelijker kunnen maken waarom de ingebruiknameverplichting én de dekkingseis en snelheidseis én de caps samen nodig zijn voor het bereiken van concrete beleidsdoelen, juist omdat deze verplichtingen in vorige veilingen niet tezamen nodig werden geacht, zij erg

zwaar kunnen zijn voor vergunninghouders en zij hun businesscases moeten aanpassen op basis van deze aanvullende maatregelen. Zodra de verplichtingen te zwaar worden voor providers bij het uitvoeren van de verkregen vergunningen, kan dit een averechts effect hebben op het bereiken van de beleidsdoelen doordat partijen de vergunningen niet kunnen uitvoeren zoals dat in eerste instantie was beoogd. Hierdoor is het belangrijk om te kijken naar de samenhang van de verschillende maatregelen, voordat zij tezamen worden opgelegd.

Uiteindelijk hebben in deze 5G-multibandveiling de drie bestaande providers (KPN, Vodafone en T-Mobile) vergunningen weten te bemachtigen in de 700, 1400 en 2100 MHz-banden. Zij zullen nu de aanvullende maatregelen moeten uitvoeren. In 2022 zal naar verwachting een verdeling plaatsvinden van de 3,5 Ghz-band. Ook deze frequentieband is van belangrijke waarde voor het gebruik van een 5G netwerk. Tot die tijd zal de overheid wederom moeten overwegen welke aanvullende maatregelen nodig zijn om met de nieuwe frequentieband een kwalitatief goed netwerk te kunnen behouden. Deze 5G-multibandveiling kan dan een voorbeeld zijn voor hoe zware aanvullende maatregelen juist wel of juist niet het algemene belang hebben kunnen waarborgen.