

# VU Research Portal

## De verdeling van schaarse frequentievergunningen

Coerts, Marin

### **published in**

Praktisch Bestuursrecht  
2019

### **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. (2019). De verdeling van schaarse frequentievergunningen: een voorbeeld voor het algemene verdelingsrecht? *Praktisch Bestuursrecht*, 2019(1), 7-15. Article 2019/2. [https://opmaat.sdu.nl/content/g-SDU\\_PB012019\\_122572](https://opmaat.sdu.nl/content/g-SDU_PB012019_122572)

### **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](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# 2. De verdeling van schaarse frequentievergunningen: een voorbeeld voor het algemene verdelingsrecht?

MR. M. COERTS<sup>1</sup>

Bij de laatste grote veiling van schaarse frequenties voor mobiele netwerken hebben Tele2, KPN, T-Mobile en Vodafone een frequentievergunning toegewezen gekregen. De komende jaren zullen andere veilingen moeten worden georganiseerd voor de 700 MHz, 1400 MHz en de 2100 MHz frequenties.

5G staat voor de vijfde generatie mobiele netwerken. Kenmerkend voor 5G is de extreem hoge snelheid, het versturen van meer data, langere batterij en een verhoogde betrouwbaarheid. Zo kunnen bijvoorbeeld tractoren zelf rijden, kunnen gewassen worden voorzien van sensoren en continu worden gecontroleerd op ziekten en kunnen artsen op afstand een patiënt in een ambulance beoordelen.<sup>2</sup> In Europa zijn tot nu toe drie frequentiebanden geschikt voor 5G toepassing, waaronder de 700 MHz band die in 2019 verdeeld zal worden. Het is opmerkelijk dat de overheidsregulering die gepaard gaat met de verdeling van de schaarse frequentievergunningen, in tegenstelling tot de regulering van de verdeling van sommige andere schaarse vergunningen, zeer uitgebreid is. Dit roept de vraag op in hoeverre de regelgeving in het telecommunicatierecht omtrent de verdeling van schaarse frequentievergunningen als voorbeeld kan dienen voor andere rechtsgebieden. Deze vraag staat in dit artikel centraal. Betoogd wordt dat het telecommunicatierecht een breed juridisch kader bevat en een voorbeeld kan zijn voor andere deelgebieden, met name de schaarse vergunningen waarvoor minder verdeelregels zijn vastgelegd in wet- of regelgeving.

## 1. Inleiding

Deze bijdrage is als volgt opgebouwd. In paragraaf 2 wordt een zeer beknopte schets van de relevante telecommunicatiewetgeving gegeven. De verdelingsprocedures in de Telecommunicatiewet worden in paragraaf 3 besproken. Paragraaf 4 bevat een uitwerking van de specifieke verdelingsnormen in de telecommunicatiewetgeving; vervolgens wordt in paragraaf 5 een vergelijking gemaakt met andere deelgebieden van het bestuursrecht waar sprake is van schaarse vergunningen en wordt onderzocht of deze specifieke verdelingsregels ook daar toepasbaar zouden kunnen zijn. Paragraaf 6 sluit af met een conclusie.

## 2. De Telecommunicatiewet: enkele hoofdlijnen belicht

In deze paragraaf worden enkele hoofdlijnen van de Telecommunicatiewet geschetst, met name de regels met betrekking tot de verdeling van (schaarse) frequentievergunningen.

### 2.1. Algemeen

De telecommunicatiesector wordt op nationaal niveau gereguleerd door de Telecommunicatiewet. Deze wet is gedetailleerd uitgewerkt in een groot aantal 'lagere' wettelijke regelingen, zowel op het niveau van algemene maatregelen van bestuur (zoals het Frequentiebesluit), als op het niveau van ministeriële regelingen. Het Europese wettelijk kader wordt gevormd door het primaire Unierecht en

<sup>1</sup> De auteur dankt Giel Stoepker, docent Staats- en bestuursrecht aan de Tilburg University, en Frank van Ommeren, hoogleraar Staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam, voor hun commentaar op eerdere versies van dit artikel.

<sup>2</sup> Roadmaps 5Groningen 2017-2020, zie <https://www.5groningen.nl/publicaties/documenten>.

verschillende Telecommunicatierichtlijnen.<sup>3</sup> Uit deze richtlijnen blijkt dat ruimte voor lidstaten bestaat om regels en beperkingen te stellen voor vergunningverlening.<sup>4</sup> In het huidige 4G-netwerksysteem dient een vergunning (zogenoemde frequentievergunning) te worden verleend alvorens providers gebruik mogen maken van dit netwerk. De overheid heeft op het terrein van frequentiegebruik een ordenende en toezichthoudende rol, waardoor zij de ruimte zodanig moet verdelen dat zo goed mogelijk recht wordt gedaan aan de economische, maatschappelijke en culturele belangen die met het gebruik van frequenties zijn gemoeid.<sup>5</sup> Frequenties zijn beperkt op grond van de natuurlijke beperkte beschikbaarheid van radiospectrum en het voorkomen van storingen. Storingen kunnen optreden door weersomstandigheden, maar ook wanneer van dezelfde frequentie gebruik gemaakt wordt. Bovendien gaan de technische ontwikkelingen die het mogelijk maken om nieuwe frequentiebanden te gebruiken die eerder beperkt inzetbaar waren, niet snel genoeg.<sup>6</sup> Voorzichtigheid is geboden en langdurig overleg is nodig om het grensoverschrijdende gebruik te reguleren.

## 2.2. Regulering van frequentiegebruik

In hoofdstuk 3 van de Telecommunicatiewet is de problematiek van frequenties en het gebruik van de frequentieruimte geregeld. De frequentievergunning wordt met name in de paragrafen 3.5 en 3.6 van dat hoofdstuk geregeld. De regels hebben niet alleen betrekking op de wijze waarop de vergunningen kunnen worden verleend, maar ook op de gronden waarop zij kunnen worden geweigerd, alsmede de beperkingen en voorschriften die aan de vergunningen kunnen worden verbonden. Hoofdstuk 3 van de Telecommunicatiewet wordt gedetailleerd uitgewerkt in het Frequentiebesluit 2013. Zo worden voor de verschillende verdelingsmethodes die de wet kent specifieke verdelingsregels gesteld. Hierop kom ik terug in paragraaf 3.

## 2.3. Nationaal frequentieplan

In artikel 3.1 van de Telecommunicatiewet is bepaald dat de Minister van Economische Zaken en Klimaat (hierna: de minister) een Frequentieplan opstelt. Dit zogeheten Natio-

naal Frequentieplan (hierna: NFP) is een voor de overheid en burgers bindend ‘bestemmingsplan’ voor het spectrum en biedt gebruikers van frequenties inzicht in de bestemmingen en het gebruik van frequenties. Het NFP is een besluit in de zin van artikel 1:3 van de Awb, waarop op grond van artikel 3.3 van de Telecommunicatiewet de uniforme openbare voorbereidingsprocedure als bedoeld in afdeling 3.4. van de Awb van toepassing is. Tegen de vaststelling of wijziging van het NFP staat beroep open bij de bestuursrechter.<sup>7</sup> Het NFP is vergelijkbaar met een bestemmingsplan voor ruimtelijke ordening omdat frequentieruimte, net als de fysieke ruimte, van nature beperkt is en voor verschillende doeleinden kan worden gebruikt, hetgeen ordening van overheidswege noodzakelijk maakt. Het NFP bevat onder andere de bestemmingen van de frequentiebanden, de aanwijzing van frequentiebanden waarbinnen voor het gebruik van de frequentieruimte een vergunning nodig is en de aanwijzing van frequentiebanden die geen vergunning behoeven.<sup>8</sup> Frequentiebanden die nodig zijn voor de uitvoering van publieke taken, zoals defensie, hulpdiensten en verkeersbegeleiding en wetenschappelijk onderzoek, vallen buiten de reguliere vergunningverlening.<sup>9</sup> Voor sommige banden (vaak met een laag of zeer laag vermogen) hoeft geen vergunning te worden verleend, maar gelden wel algemene voorwaarden voor het gebruik ervan.<sup>10</sup> Voor frequentiebanden waarbij uit gegevens uit het verleden bleek dat de voor de verdeling beschikbare frequentieruimte niet voldoende is om aan de vraag te voldoen, wordt een verdeelinstrument gebruikt.<sup>11</sup> Daar is dan sprake van schaarste. De schaarse frequentievergunningen worden aldus gecreëerd zonder daadwerkelijk het woord ‘schaarste’ te gebruiken. De wijze van verdelen kan op verschillende wijzen geschieden. Het NFP geeft aan dat het verdeelinstrument een veiling of een vergelijkende toets kan zijn, waarbij de keuze voor een van deze instrumenten een bevoegdheid van de minister is. De definitieve keuze voor een verdeelinstrument wordt gemaakt in een zogeheten bekendmakingsbesluit, waarbij zo mogelijk een ontwerp van de te verlenen vergunning wordt gevoegd en waarin een nadere bestemming van de frequentieruimte in het belang van een optimale verdeling moet worden opgesteld.<sup>12</sup> Een bekendmakingsbesluit markeert een belangrijk punt in de verdelingsprocedure en kent daarom een ‘zware’ voorbereidingsprocedure: zo moet de minister afdeling 3.4 van de Awb in acht nemen<sup>13</sup> en

3 Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (hierna: Kaderrichtlijn), Richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (hierna: Machtigingsrichtlijn), Richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake toegang tot en interconnectie van elektronische communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (hierna: Toegangsrichtlijn) en Richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische communicatienetwerken en -diensten (hierna: Universele dienstrichtlijn).

4 De Kaderrichtlijn en de Machtigingsrichtlijn zijn in het kader van deze bijdrage de belangrijkste richtlijnen voor de verdeling van frequenties.

5 Nota frequentiebeleid 2016, p. 9.

6 N.A.N.M. van Eijk en A.W. Hins, ‘Verdeling van radiofrequenties’ in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag, Boom juridische uitgevers 2011, p. 45-70.

7 Art. 4 Nationaal Frequentieplan 2014; vgl. CbB 1 december 2014, ECLI:NL:CBB:2014:462, AB 2015/195 m.nt. Sauter en CbB 28 augustus 2018, ECLI:NL:CBB:2018:455.

8 Art. 3.1 lid 2 Telecommunicatiewet.

9 Art. 5.1 Nationaal Frequentieplan 2014 en art. 2 Regeling behoefteonderbouwingsplan.

10 Art. 3.9 Telecommunicatiewet.

11 Naast mobiele communicatie, wordt de frequentieruimte ook voor andere doelen gebruikt. Aan publieke omroepen worden op aanvraag vergunningen toegewezen buiten de gebruikelijke verdeelprocedures om, zie paragraaf 3.3 van de Telecommunicatiewet.

12 Art. 3.10 lid 3 Telecommunicatiewet.

13 Een gevolg hiervan is dat rechtstreeks beroep bij de rechter openstaat, art. 7:1 lid 1 onder d Awb. Zie ook: paragraaf 2 Nota van Toelichting, Frequentiebesluit 2013.

beide Kamers der Staten-Generaal in kennis stellen van het ontwerp van het besluit. In de jurisprudentie is het bekendmakingsbesluit aangemerkt als concreterend besluit van algemene strekking, waartegen beroep bij de bestuursrechter openstaat.<sup>14</sup> Het verdeelinstrument op volgorde van binnenkomst van de aanvraag wordt gehanteerd voor de banden die wel aan de vraag kunnen voldoen.<sup>15</sup>

Regulering van een verdelingsprocedures wordt, in tegenstelling tot andere schaarse vergunningen, in de telecommunicatiewetgeving tot op zekere hoogte wel gedaan

Kortom, indien de belangstelling voor gebruik van frequenties groter is dan de op basis van het NFP voor dat gebruik beschikbare frequentieruimte, krijgt de frequentievergunning een schaars karakter. Dit schaarse karakter noopt tot toepassing van een verdelingsprocedure. Elke verdelingsprocedure volgt een bepaald stappenplan, waarin beslismomenten omtrent de verdeling plaatsvinden.<sup>16</sup> Het instellen van een vergunningenplafond, waar het maximale aantal te verlenen vergunningen wordt vastgesteld voor delen van het spectrum, is de eerste stap van de verdeling van schaarse frequentievergunningen. Na bekendmaking van het vergunningenplafond en de gekozen procedure dienen volgens het Frequentiebesluit bij elke verdeling via een veiling of vergelijkende toets afzonderlijke besluiten over de uitvoeringsregels te worden opgesteld.<sup>17</sup> Indien gekozen zal worden voor een veiling, wordt een veilingregeling opgesteld waarin de toelatingseisen, de eisen aan de indiening van de aanvragen en uitvoering van de veiling zijn vastgelegd.<sup>18</sup> Deze veilingregeling kwalificeert als algemeen verbindend voorschrift en is dus, in tegenstelling tot het bekendmakingsbesluit, geen appellabel besluit.<sup>19</sup> Bij het instellen van een gesloten vergunningstelsel, het creëren van een vergunningenplafond en het opstellen van een uitvoeringsreglement dienen verschillende verplichtingen in acht te worden genomen, waar later op teruggekomen zal worden.

3. Telecommunicatiewet: de verdelingsprocedures

In deze paragraaf worden de verdelingsprocedures die de Telecommunicatiewet kent beschreven.

3.1. Algemeen

De keuze voor een verdelingsprocedure is bij de verlening van schaarse vergunningen vaak niet vastgelegd in regelgeving. Ter illustratie worden hier de voormalige winkeltijdenonthefingen<sup>20</sup>, kansspelautomatenvergunningen<sup>21</sup>, parkeervergunningen en vergunningen op grond van de Wet op bijzondere medische verrichtingen<sup>22</sup> genoemd. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur gebieden de overheid niet om voor een bepaalde verdelingsprocedure te kiezen. Het kan echter het geval zijn dat een bepaalde verdelingsprocedure meer of minder geschikt is voor het dienen van het algemeen belang. Regulering van een verdelingsprocedures wordt, in tegenstelling tot andere schaarse vergunningen, in de telecommunicatiewetgeving tot op zekere hoogte wel gedaan. Door de jaren heen zijn in deze wetgeving steeds meer verdelingsprocedures vastgelegd, waarbij tegelijkertijd een combinatie van verdelingsprocedures steeds normaler wordt geacht. Artikel 3.10 van de Telecommunicatiewet noemt de verschillende procedures van verlening en geeft daarbij aan dat verdeling kan plaatsvinden via een van de volgende procedures: op volgorde van binnenkomst van de aanvragen (a), op volgorde van binnenkomst van de aanvragen dan wel door middel van een veiling, afhankelijk van het aantal aanvragen dat voor bepaalde frequentieruimte is ingediend (b), door middel van een vergelijkende toets zonder een financieel bod (c), door middel van een vergelijkende toets met inbegrip van een financieel bod (d), door middel van een vergelijkende toets, zo nodig gevolgd door een veiling (e) of door middel van een veiling (f).

3.2. De volgorde van binnenkomst van aanvragen

Bij verdeling op volgorde van binnenkomst van de aanvragen, is het moment waarop de aanvraag is ontvangen het

14 Vgl. Cbb 8 juli 2001, ECLI:NL:CBB:2001:AB3007, AB 2002, 261 m.nt. Carigny en JB 2001/236 m.nt. Peeters.  
 15 Art. 3.1, lid 1, onder e Telecommunicatiewet; zie ook art. 5.7 Nationaal Frequentieplan 2014.  
 16 F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemene bestuursrecht* (oratie Amsterdam VU), Deventer, Wolters Kluwer 2004, p. 23.  
 17 Zie art. 7 lid 1 Frequentiebesluit 2013.  
 18 Zie art. 8, 9 en 10 Frequentiebesluit 2013. Een voorbeeld: Regeling aanvraag- en veilingprocedure vergunningen 800, 900 en 1800 MHz (Stcrt. 2012, 392).  
 19 C.J. Wolswinkel, 'De Multiband-veiling. Nieuwe ronde, nieuwe regels', *Mediaforum* 2012/10, p. 307; Cbb 29 maart 2004, ECLI:NL:CBB:2004:AO7734 en Cbb 24 mei 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW7152.

20 Tot 1 juli 2013 konden, afhankelijk van het aantal inwoners, slechts een beperkt aantal supermarkten in een gemeente een ontheffing krijgen voor openstelling op zon- en feestdagen. Er waren in de regel meer aanvragen dan er ontheffingen te vergeven waren. Dit heeft geleid tot de nodige jurisprudentie van het College van Beroep voor het bedrijfsleven, waarin lijnen zijn uitgezet hoe met zulke niet wettelijk gereguleerde schaarse vergunningen om te gaan.  
 21 Momenteel ligt een voorstel tot wijziging van de Wet op de kansspelen bij het parlement in verband met de modernisering van het speelcasino-regime. In dit wetsvoorstel wordt een veiling ingezet voor de verdeling van de schaarse vergunning, zie: *Kamerstukken I* 2016/17, 34471, nr. A.  
 22 Deze wet voorziet in een vergunningstelsel voor bepaalde bijzondere medische verrichtingen, waarbij het aantal te verlenen vergunningen is gemaximeerd. Vgl. ABRvS 6 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ3338, JB 2013/69, m.nt. Schlössels. Zie ook: C.J. Wolswinkel, 'De rollen van de wetgever bij de verdeling van schaarse vergunningen', *Regelmaat* 2017/1, p. 15.

verdelingscriterium.<sup>23</sup> Hierbij bestaat een zekere vrijheid in welke tijdsenheid wordt gerekend. Zo is het in de praktijk voorgekomen dat het tijdstip van binnenkomst tot op de seconde wordt berekend.<sup>24</sup> Een vergelijking bij de aanvragen op volgorde van binnenkomst is een lastig element omdat het tijdstip van de indiening van de aanvragen niet altijd gelijktijdig plaatsvindt. In de jurisprudentie en de literatuur wordt aangenomen dat de verdeling van schaarse rechten kan plaatsvinden op volgorde van binnenkomst van de aanvragen, indien specifieke regelgeving niets stelt omtrent de wijze van verdeling.<sup>25</sup> Anders gezegd: verdeling op volgorde van binnenkomst is impliciet de hoofdregel. Dit is een groot verschil met de telecommunicatiewetgeving omdat ingevolge artikel 3.10 van de Telecommunicatiewet de volgorde van binnenkomst van aanvragen wordt uitgesloten ingeval sprake is van schaarste.

### 3.3. De vergelijkende toets

De vergelijkende toets wordt getypeerd als een procedure waarbij kandidaten worden opgeroepen om offertes in te dienen, waarna aan de hand van vooraf bekende selectiecriteria het beste plan wordt gekozen.<sup>26</sup> Dit instrument komt sterk overeen met een aanbestedingsprocedure en kan tevens gezien worden als een restcategorie. Immers, de andere procedures bestaan ook uit een vergelijking. Het verschil tussen de vergelijkende toets en de andere procedures is het moment van vergelijking.<sup>27</sup> In overeenstemming met de literatuur en de jurisprudentie, wordt in deze bijdrage een ruime betekenis gehanteerd, namelijk dat een vergelijkende toets betekent dat de verdeling niet plaatsvindt op basis van het moment van binnenkomst, het financieel bod of lotnummer, maar op grond van een inhoudelijke vergelijking.<sup>28</sup> De gestelde criteria voor vergelijking spelen bij deze toets een evidente rol omdat deze criteria het verdelingscriterium inhouden en de uitsluiting rechtvaardigen. Indien sprake is van een vergelijkende toets met inbegrip van een financieel bod, kan het financiële bod het verdelingscriterium worden. Het bod kan echter niet altijd als doorslaggevend element gezien worden, nu dit afhankelijk is van de inrichting van de procedure.

### 3.4. De veiling

Bij een veiling kunnen geïnteresseerde partijen een financieel bod uitbrengen op een vergunning, waarbij de hoogte van het bod gezien kan worden als het verdelingscriterium.<sup>29</sup> In het wetsvoorstel 'veilen frequenties mobiele telecommunicatie' is aangegeven dat in beginsel de veiling het eerste verdeelinstrument is voor mobiele telecommunicatiefrequenties vanwege de objectiviteit, transparantie en aanzienlijk opbrengsten.<sup>30</sup> De voorkeur voor het organiseren van een veiling houdt echter niet in dat geen ander verdeelinstrument kan worden gekozen. De keuze tussen een veiling of een vergelijkende toets hangt, afgezien van de zekere voorkeur voor veilen, volledig van de minister af, aangezien hij de vergunningvoorschriften opstelt ingevolge het Frequentiebesluit 2013. Daarnaast bestaat de expliciete mogelijkheid voor de minister om te kiezen tussen een combinatie van een vergelijkende toets en een veiling. Bij verdeling van andere schaarse vergunningen bestaat grote onzekerheid over het combineren van verdelingsprocedures. De Telecommunicatiewet geeft hierover wel zekerheid en geeft aan welke combinaties kunnen worden ingezet. Hierdoor wordt de vrijheid enerzijds vergroot doordat meerdere mogelijkheden openstaan voor de minister; anderzijds wordt de minister beperkt doordat enkel een combinatie tussen een vergelijkende toets en een veiling mag plaatsvinden in de situatie dat partijen gelijk eindigen na de vergelijkende toets.

### 3.5. Andere verdelingsprocedures: loting

De loting is een bekend verdeelinstrument dat gebruikt wordt bij verdeling van schaarse vergunningen in het algemeen, maar is niet in de Telecommunicatiewet terug te vinden. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de loting bewust als verdelingsprocedure is uitgesloten.<sup>31</sup> Dit is opmerkelijk omdat loting zich goed leent voor situaties waarin de veiling of vergelijkende toets met inbegrip van een financieel bod eindigen op een manier waarin meerdere aanvragers hetzelfde bod hebben uitgebracht. In de jurisprudentie wordt de loting als noodzakelijke nadere uitwerking gezien bij de afrondingsprocedure.<sup>32</sup> In de literatuur wordt gesteld dat deze redenering tevens voor schaarse vergunningen geldt.<sup>33</sup> Een oplossing kan echter ook gevonden worden in het stellen van nadere selectiecriteria die op voorhand bekendgemaakt zijn. Bovendien kan de verdeling van een vergelijkende toets zo worden ingericht dat deze procedure

23 C.J. Wolswinkel, 'Verdelingsprocedures: een zoektocht naar een zinvol onderscheid', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden, en C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*. Den Haag, Boom Juridische uitgevers 2011, p. 187.

24 Rb. Den Bosch 21 augustus 2001, ECLI:NL:RBSHE:2001:AD3573.

25 C.J. Wolswinkel, 'Verdelingsprocedures: een zoektocht naar een zinvol onderscheid', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden, en C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*. Den Haag, Boom Juridische uitgevers 2011, p. 188 en CbB 28 april 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BM4375, AB 2010/186, m.nt. Wolswinkel (*Speelautomatenhal Zwolle*).

26 *Kamerstukken II 1994/95*, 24095, nr. 2, p. 7 en *Kamerstukken II 1996/97*, 25533, nr. 3, p. 80.

27 C.J. Wolswinkel, 'Verdelingsprocedures: een zoektocht naar een zinvol onderscheid', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden, en C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*. Den Haag, Boom Juridische uitgevers 2011, p. 192.

28 Conclusie A-G Widdershoven 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421; CbB 19 december 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BC2467; CbB 28 april 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BM4375 en CbB 8 januari 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL3125.

29 C.J. Wolswinkel, 'Verdelingsprocedures: een zoektocht naar een zinvol onderscheid', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden, en C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*. Den Haag, Boom Juridische uitgevers 2011, p. 190.

30 *Kamerstukken II 1996/97*, 25171, nr. 3.

31 *Kamerstukken II 1997/98*, 25533, nr. 5, p. 42. Zie Besluit van 10 november 1998, houdende regels betreffende toewijzing en gebruik van frequentieruimte (Frequentiebesluit).

32 ABRvS 18 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA9794, AB 2008/29, m.nt. Van der Grinten en Den Ouden.

33 C.J. Wolswinkel, 'Verdelingsprocedures: een zoektocht naar een zinvol onderscheid', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden, en C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*. Den Haag, Boom Juridische uitgevers 2011, p. 189.

grote raakvlakken zal hebben met een loting wanneer elke aanvrager een gelijke kans zal hebben op het verkrijgen van een frequentievergunning. Hierdoor kan de loting getypeerd worden als een vervangbaar instrument.

#### 4. De Telecommunicatiewet: specifieke verdelingsnormen

In deze paragraaf bespreek ik enkele specifieke verdelingsnormen die in de telecommunicatiewetgeving zijn te ontwaren.

##### 4.1. Algemeen

Zoals reeds gezegd, worden aan de verdeling van schaarse vergunningen extra eisen gesteld bovenop de reguliere vergunningseisen. Deze eisen vloeien zowel voort uit de specifieke wetgeving, als de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De Telecommunicatierichtlijnen eisen dat bij een vergunningstelsel, de procedure voor het verlenen van gebruiksrechten objectief, transparant, niet-discriminerend, en evenredig (proportioneel) dienen te zijn, zodat de verplichting tot het creëren van mededingingsruimte in stand blijft. Deze eisen zijn afgeleid uit het primaire Unierecht, vervolgens overgenomen in de Telecommunicatierichtlijnen<sup>34</sup> en uitgewerkt in de Telecommunicatiewet en de ‘lagere’ regelgeving.

##### 4.2. Objectiviteit

Met betrekking tot de objectiviteit, kan worden aangenomen dat hiermee getracht wordt willekeur en favoritisme te voorkomen. De schaarse vergunningen mogen niet zomaar onderhands worden verleend, dan wel verlengd, zodat bepaalde partijen ten opzichte van andere partijen begunstigd worden.<sup>35</sup> Om dit te voorkomen, dienen de voorwaarden helder en vooraf bekend te worden gemaakt zodat partijen weten waar zij aan toe zijn. Ingevolge artikel 3.16 van de Telecommunicatiewet kunnen regels worden gesteld met betrekking tot de eisen die mogen worden gesteld aan de aanvragers van vergunningen. Artikel 9 van het Frequentiebesluit 2013 geeft vervolgens aan dat de eisen omtrent de aanvragers slechts kunnen worden gesteld bij ministeriële regeling en uitsluitend betrekking kunnen hebben op de in het tweede lid vastgelegde criteria en onderwerpen.

##### 4.3. Transparantiebeginsel

Het bekendmaken van de procedurevoorschriften voor het verlenen van de schaarse vergunning en de kenbaarheid van het vrijkomen van een vergunning zijn eisen die met name voortvloeien uit het transparantiebeginsel.<sup>36</sup> Volgens de telecommunicatiewetgeving moeten beslissingen omtrent de verdeling door de minister altijd worden

bekendgemaakt.<sup>37</sup> Het belangrijkste voorbeeld daarvan is het bekendmakingsbesluit, dat verplicht is bij elke verdeling via een veiling of vergelijkende toets (of een combinatie daarvan).<sup>38</sup> Naast de bekendmakingseisen vloeit uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie tevens voort dat vergunningverlening voor onbepaalde tijd de mededinging te zeer beperkt omdat elke partij die interesse heeft de mogelijkheid moet krijgen mee te dingen.<sup>39</sup> Automatische verlenging is daarbij niet toegestaan omdat eerst gekeken moet worden naar de markt en de belangen van partijen. Artikel 3.17 van de Telecommunicatiewet en artikel 18 van het Frequentiebesluit 2013 stellen dat vergunningen bij elk verdeelinstrument, met uitzondering van de op volgorde van binnenkomst van aanvragen, in beginsel niet worden verlengd. Om de belangen van partijen voldoende te beschermen, volgt uit het transparantiebeginsel verder dat eenmaal vastgestelde criteria en procedureregels in beginsel niet gewijzigd mogen worden. Ook het rechtszekerheidsbeginsel ligt ten grondslag aan de eis dat er tussentijds geen wijzigingen meer mogen plaatsvinden, zodat de telecommunicatiewetgeving ook niet in deze mogelijkheid voorziet.<sup>40</sup> Het College van Beroep voor het bedrijfsleven heeft in verschillende zaken, waaronder een Winkeltijdenwetzaak, geoordeeld dat na de bekendmaking van de methode van verlening partijen in hun belang worden geschaad bij wijziging van de verdelingsmethode doordat reeds een handelwijze is bepaald.<sup>41</sup>

##### 4.4. Non-discriminatiebeginsel

Verdelingsprocedures of -criteria voor verdeling kunnen discriminerend werken indien een criterium tot gevolg heeft dat een partij wordt benadeeld. Een vergunningenplafond op zichzelf is in beginsel niet discriminerend, maar de bijkomende criteria voor vergunningverlening dienen voor elke partij gelijk te zijn, waarbij voorrang voor bepaalde partijen ontoelaatbaar is.<sup>42</sup> Ingevolge artikel 3.1, derde en vierde lid, van de Telecommunicatiewet kunnen non-discriminatoire en proportionele beperkingen in het NFP worden vastgelegd. Ondanks het feit dat een aantal ministeriële regelingen voorschrijven dat de aanvraag in beginsel in de Nederlandse taal dient te geschieden, levert dit geen strijd op met het discriminatiebeginsel omdat verschillende arti-

34 Richtlijn 2002/21/EG (Kaderrichtlijn) en Richtlijn 2002/20/EG (Machtigingsrichtlijn).

35 Zie ook Rb. Rotterdam 25 juni 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:5067, *Mediaforum* 2018/15, m.nt. Stoepker.

36 Art. 3.16 lid 3 Telecommunicatiewet; F.J. van Ommeren ‘Hommeron. Schaarse vergunningen en transparantie’ in T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek*, Deventer, Wolters Kluwer 2016, p. 582.

37 Zie art. 7, 15 en 16 lid 3 Frequentiebesluit 2013.

38 Art. 3.10 lid 3 Telecommunicatiewet. Zie ook paragraaf 2.3.

39 O.a. HvJ EU 3 juni 2010, zaak C-203/08 (*Betfair*), *JB* 2010/171, m.nt. Wolswinkel en HvJ EU 3 juni 2010, zaak C-258/08 (*Ladbroke*), *JB* 2010/170, m.nt. Wolswinkel, zie ook A. Drahmman, *Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten: een onderzoek naar de toegevoegde waarde van een transparantieplichting bij de verdeling van schaarse besluiten in het Nederlandse bestuursrecht* (diss. Universiteit Leiden), Deventer, Wolters Kluwer 2015, p. 214.

40 Conclusie A-G Widdershoven 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421; C.J. Wolswinkel, ‘Schaarse publiekrechtelijke rechten. Een algemeen leerstuk gerelativeerd’, *NTB* 2014/7, p. 3.

41 CBB 8 januari 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL3125, *AB* 2010/73, m.nt. Sewandono en *JB* 2010/75, m.nt. Wolswinkel (*Zondagavondwinkel Heemstede*). Zie ook CBB 19 december 2007, *JB* 2008/67 (*Speelautomatenhal Culemborg*).

42 O.a. art. 3.1, lid 3 en 4 Telecommunicatiewet.



kelen aangeven dat de gegevens en bescheiden ook in een van de officiële talen van de Europese Unie of de Europese Economische Ruimte mogen worden ingeleverd.<sup>43</sup>

#### 4.5. Evenredigheidsbeginsel

Overheden moeten in verband met het evenredigheids-/proportionaliteitsbeginsel het minst ingrijpende middel kiezen om het doel te bereiken. Er moet onderzoek gedaan worden of de gekozen maatregel het doel kan bereiken en of het doel bereikt kan worden zonder de maatregel of met minder vergaande maatregelen. Voor de verdeling houdt dit in dat aan elke aanvrager een hoeveelheid rechten wordt toegekend die evenredig is aan de omvang van zijn aanvraag.<sup>44</sup>

### 5. De telecommunicatiewetgeving als voorbeeld voor het algemeen bestuursrecht

In deze paragraaf onderzoek ik of de verdelingsregels uit de telecommunicatiewetgeving ook toepasbaar zouden kunnen zijn op de verdeling van andere, minder wettelijk gereguleerde, schaarse vergunningen.

#### 5.1. Algemeen

Door de jaren heen is de verdeling van de schaarse frequentievergunningen meer en meer vastgelegd in wettelijke regels. Deze vastlegging brengt zowel voordelen als nadelen met zich mee. Enerzijds zorgt de vastlegging van de verdelingsnormen en verdelingsprocedures voor zekerheid voor de overheid en de marktpartijen. De overheid handelt volgens bepaalde normen en kan hier niet zomaar van afwijken. Ter vergelijking wordt in deze paragraaf gekeken naar een aantal andere schaarse vergunningen waarbij de telecommunicatiewetgeving als voorbeeld zou kunnen dienen. Bij eerdergenoemde andere schaarse vergunningen – parkeervergunningen, bepaalde kansspel(automaten) vergunningen en vergunningen op grond van de Wet op bijzondere medische verrichtingen – is namelijk niet altijd goed geregeld hoe ze verdeeld zouden moeten worden. Indien de wet het verdelende bestuur weinig aanknopingspunten biedt over mogelijke verdelingsprocedures en -normen, lijkt dit aanleiding te zijn voor het starten van rechterlijke procedures omtrent de aanvaardbaarheid van de verdelingskeuzes van het bestuur.<sup>45</sup> Een belangrijke uitspraak omtrent de aanvaardbaarheid van de verdelingskeuzes voor het bestuur is de bekende uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van

2 november 2016.<sup>46</sup> In deze uitspraak heeft de Afdeling een algemeen kader geformuleerd waarbij een drietal normen richting geeft aan de verdeling van schaarse vergunningen. De normen zien op het bieden van ruimte aan gegadigden om mee te dingen naar de schaarse vergunning, het hanteren van een passende mate van openbaarheid en het verlenen van schaarse vergunningen voor een bepaalde tijd.<sup>47</sup> Deze uitspraak is zeer relevant geweest voor schaarse vergunningen die niet wettelijk genormeerd worden. Desondanks kan deze uitspraak eerder als een aanknopingspunt worden gezien voor deze schaarse vergunningen, nu het bestuur deze normen in de toekomst zal moeten toepassen en de wetgever deze normen zal moeten codificeren voor het bereiken van duidelijkheid voor zowel het bestuur, als burgers en bedrijven die met een schaarse vergunning te maken krijgen.

#### 5.2. Kruisbestuiving tussen algemene en specifieke verdelingsregels?

Zoals reeds eerder gesteld, geven de Telecommunicatierichtlijnen en de Telecommunicatiewet handvatten voor het bestuur waardoor men zich kan afvragen of de algemene verdelingsnormen, geformuleerd door de Afdeling bestuursrechtspraak, nog wat extra toevoegen aan de verdeling van de frequentievergunningen. Artikel 3.10 van de Telecommunicatiewet kan gezien worden als het aanknopingspunt voor vele andere beslissingen en regels, waaronder de voorwaarden voor vergunningverlening, de mogelijkheid van verlenging en het opleggen van speciale maatregelen omtrent het bereiken van een gelijke en transparante verdeling. Deze verdelingsnormen vormen in zekere zin een nadere invulling en uitwerking van de door de Afdeling bestuursrechtspraak geformuleerde algemene verdelingsnormen, waardoor deze normen als voorbeeld kunnen dienen voor andere schaarse vergunningen. In een aantal andere gevallen waar sprake is van schaarste bij het verlenen van vergunningen is namelijk geen wettelijke duidelijkheid over de wijze van verdeling. Zo bepaalt de Wet op de kansspelen weliswaar dat een vergunning zou mogen worden verleend, maar was lange tijd niet duidelijk op welke wijze deze vergunning zou moeten worden verleend. Dit heeft geleid tot verschillende rechterlijke procedures.<sup>48</sup>

Door het nieuwe wetsvoorstel wordt deze onduidelijkheid weggenomen omdat de veiling in het nieuwe artikel 27i wordt aangewezen als verdelingsinstrument.<sup>49</sup> Eerder is gesteld dat de algemene verdelingsnormen, zoals het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel, niet veel toevoe-

43 O.a. art. 2 Regeling verdeling op afroep, art. 8 Regeling aanvraag- en veilingprocedure vergunningen 800, 900 en 1800 MHz, art. 4 Regeling aanvraag- en veilingprocedure vergunningen 2,6 GHz.

44 C.J. Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten. Op zoek naar algemene regels van verdelingsrecht* (diss. Amsterdam VU), Den Haag, Boom Juridische uitgevers 2013, p. 170.

45 C.J. Wolswinkel, 'De rollen van de wetgever bij de verdeling van schaarse vergunningen', *Regelmaat* 2017/1, p. 29.

46 ABRvS 2 november 2016, AB 2016/426 m.nt. Wolswinkel en JG 2016/64 m.nt. Barkhuysen en Span (*Vlaardingen*); zie ook: C.J. Wolswinkel, 'Concurrerende verdelingsregimes? Schaarse vergunningen onder Unierecht en nationaal recht na Vlaardingen en Appingedam', *SEW 2018/788*, p. 293.

47 ABRvS 2 november 2016, AB 2016, 426 m.nt. Wolswinkel en JG 2016/64 m.nt. Barkhuysen en Span (*Vlaardingen*).

48 Zie CBb 28 april 2010, AB 2010/186 m.nt. Wolswinkel (*Speelautomatenhal Zwolle*) en ABRvS 9 maart 2016, AB 2016/324 m.nt. Wolswinkel (*Speelautomatenhal Rotterdam*).

49 *Kamerstukken I* 2016/17, 34471, nr. A.

gen aan het kiezen van een bepaalde verdelingswijze omdat ook de verdeling op volgorde van binnenkomst gebruikt zou mogen worden. Desondanks spelen deze algemene verdelingsnormen wel een belangrijke rol bij invulling van een bepaalde procedure voor de verdeling van schaarse vergunningen. De telecommunicatie laat in dit geval zien dat wanneer (wettelijke) specifieke verdelingsnormen aanwezig zijn, de relevantie van algemene verdelingsnormen afneemt. De Dienstenrichtlijn stelt weliswaar dat een beperkt aantal beschikbare vergunningen door schaarste van natuurlijke hulpbronnen of technische mogelijkheden een onpartijdige en transparante selectieprocedure moeten doorlopen, maar verdere eisen volgen niet direct uit artikel 12 van de richtlijn.<sup>50</sup> De algemene verdelingsnormen vullen de lacune in de wetgeving op zodat richting wordt gegeven omtrent de verdeling van deze rechten. Deze lacune in de wetgeving zou echter ook kunnen worden opgevuld door de wetgever. De wetgever heeft als taak om bestuursorganen te sturen welke normen zij in acht moeten nemen bij de verdeling van deze schaarse vergunningen en vervolgens aan te geven hoe zij dit in acht moeten nemen.

De telecommunicatie laat in dit geval zien dat wanneer (wettelijke) specifieke verdelingsnormen aanwezig zijn, de relevantie van algemene verdelingsnormen afneemt

De Afdeling bestuursrechtspraak heeft haar taak vervuld door middel van het uiteenzetten welke verdelingsnormen in ieder geval in acht moeten worden genomen. Dit lijkt mij echter niet altijd genoeg om bepaalde schaarse vergunningen zorgvuldig te kunnen verdelen. De telecommunicatiewetgeving en het nieuwe wetsvoorstel van de Wet op de kansspelen laten dan zien dat als een extra wettelijke invulling wordt gegeven aan de verdelingsnormen, meer duidelijkheid wordt geboden. Zowel de bestemming, toewijzing en beperking van de rechten dienen volgens bepaalde specifieke normen te worden geregeld, waardoor het niet enkel gaat om verdelingsnormen voor de verdeling van schaarse vergunningen, maar ook om hoe die verdelingsnormen vorm moeten krijgen bij de voorbereiding, uitvoering en nawerking van de verdeling. Hierna zal ik de verdeling op basis van de telecommunicatiewetgeving op een aantal aspecten vergelijken met de verdeling van andere schaarse vergunningen.

#### 5.2.1. Keuze van een verdelingsprocedure

Bij de keuze van een bepaalde verdelingsprocedure bestaat bij veel andere schaarse vergunningen grotere vrijheid dan in de telecommunicatie. Verdeling op volgorde van binnenkomst is mogelijk, zolang de wettelijke voorschriften zich hier niet tegen verzetten. In de Nederlandse rechtspraak is

aanvaard dat in het geval geen specifieke verdelingsprocedure is voorgeschreven, aangenomen moet worden dat de verdeling plaatsvindt op volgorde van binnenkomst.<sup>51</sup> Deze verdelingsmethode is dus het uitgangspunt. De telecommunicatiewetgeving geeft hier extra houvast, omdat deze aangeeft dat verdeling op volgorde van binnenkomst slechts mogelijk is indien schaarste afwezig is. Verdeling op volgorde van binnenkomst is dus geen hoofdregel, maar alleen toepasbaar in een specifieke situatie. Deze uitsluiting is mijns inziens bevorderlijk voor de rechtszekerheid. Partijen weten direct wanneer schaarste aanwezig zal zijn, en kunnen hun strategie hierop afstellen. De van tevoren verschaft duidelijkheid door de overheid, zal partijen helpen in de voorbereiding van de dan te volgen verdelingsprocedure. Het beperken van de toe te passen verdelingsprocedures is daarnaast bevorderlijk voor het waarborgen van de verschillende verdelingsnormen. Zo is de eerste rechtsnorm van de Afdeling bestuursrechtspraak, die voortvloeit uit het gelijkheidsbeginsel, eenvoudiger te handhaven in geval van een veiling dan in geval van verdeling op volgorde van binnenkomst omdat bij de verdeling op volgorde van binnenkomst partijen niet goed met elkaar kunnen worden vergeleken. Het transparantiebeginsel wordt sneller en eenvoudiger geborgd bij een veiling dan bij een vergelijkende toets vanwege de van nature open procedure. Deze aanbeveling jegens de wetgever omtrent het vastleggen van een bepaalde verdelingsprocedure zou daarom verder mogen gaan dan de Telecommunicatiewet.

#### 5.2.2. Bekendmaking vooraf

Bovendien geeft de telecommunicatiewetgeving precies aan op welke tijdstippen informatie door de minister bekend moet worden gemaakt. Het op tijd bekendmaken van belangrijke besluiten, zoals het vergunningenplafond, de verdelingsprocedure, het vaststellen van de uitvoeringsregels, de beslissing op toekenning en de vergunningverlening worden op die manier zeker gesteld omdat de overheid zich in beginsel hieraan dient te houden. Met betrekking tot de verdeling van andere schaarse vergunningen is reeds het een en ander gesteld omtrent het tijdig bekendmaken van bepaalde besluiten. Verschillende rechterlijke uitspraken stellen namelijk dat een tijdige bekendmaking moet geschieden. Desondanks is het expliciet vastleggen van wanneer deze bekendmaking van besluiten moet plaatsvinden en binnen welk tijdsbestek, een extra toevoeging aan deze algemene regel. Het regelen van deze tijdstippen voor bekendmaking dient dan ook niet alleen voor de telecommunicatie te gelden, maar ook voor andere schaarse vergunningen.

#### 5.2.3. Looptijd en verlenging

Zoals eerder gesteld, blijkt uit de telecommunicatiewetgeving ook duidelijk voor hoe lang vergunningen kunnen

50 Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt.

51 Conclusie A-G Widdershoven 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421; C.J. Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten. Op zoek naar algemene regels van verdelingsrecht* (diss. Amsterdam VU), Den Haag, Boom Juridische uitgevers 2013, p. 395 en 766.



worden verleend en wanneer verlenging mogelijk zou kunnen zijn. Dit is niet altijd het geval bij andere schaarse vergunningen. De uitspraak van de Afdeling bestuursrecht-spraak stelt enkel dat schaarse vergunningen voor een bepaalde tijd moeten worden verleend.<sup>52</sup> Ook de Dienstenwet stelt regels omtrent de wijze waarop vergunningstelsels dienen worden toegepast. Zo stelt de Dienstenwet onder andere dat schaarste ontstaan vanuit de beschikbare natuurlijke hulpbron of de technische mogelijkheden alleen voor een passende beperkte duur mogen worden verleend.<sup>53</sup> Desondanks wordt vervolgens niet duidelijk gemaakt wat hieronder verstaan dient te worden. Het telecommunicatierecht kan als voorbeeld worden genomen omtrent het vastleggen van deze duur in specifieke regelgeving. Ook met betrekking tot de verlenging van vergunningen dient expliciet kenbaar te worden gemaakt in welke gevallen verlenging wel mogelijk zou kunnen zijn en onder welke voorwaarden dit zou kunnen worden doorgezet.

#### 5.2.4. *Asymmetrische maatregelen*

De Telecommunicatiewet geeft daarnaast aan welke extra mogelijkheden gebruikt kunnen worden bij het verdelen van schaarse vergunningen met het oog op een specifieke marktsituatie. Het reserveren van bepaalde vergunningen voor bepaalde categorieën van aanvragers, het opleggen van een verplichting om na de vergunningverlening de vergunning op een bepaalde manier in gebruik te nemen en het instellen van een 'cap' (individuele deelplafonds die aangeven hoeveel rechten een bepaalde aanvrager maximaal mag verwerven)<sup>54</sup> zijn belangrijke voorbeelden voor het kenmerken van de verdeling en de inrichting van schaarse frequentievergunningen.<sup>55</sup> Tijdens een herverdeling van (een deel van de) schaarse vergunningen kunnen verschillen bestaan tussen nieuwkomers en zittende partijen, terwijl het beleidsmatig wenselijk kan zijn dat ook een nieuwkomer de markt betreedt. In zulke gevallen kunnen asymmetrische maatregelen een goede oplossing bieden voor de verdeling, zodat voorkomen wordt dat enkel een paar partijen de vergunningen zullen verkrijgen.

Een voorbeeld waar de mogelijkheid bestaat dat een herverdeling zal plaatsvinden zijn de (schaarse) exploitatievergunningen voor rondvaartboten in Amsterdam.<sup>56</sup> Men kan zich voorstellen ingeval een loting of een veiling zal worden georganiseerd, dat voorkomen moet worden dat één ondernemer alle rondvaartboten door de Amsterdamse grachten kan laten varen omdat dit ten koste gaat van rondvaartboten van andere ondernemers en de gemeente het bijvoor-

beeld met het oog op het toerismebeleid juist wenselijk zou kunnen vinden dat sprake is van een gevarieerd aanbod van rondvaarten, waardoor ruimte wordt geboden voor innovatieve concepten. In theorie kan een 'cap' ingesteld worden voor zowel nieuwkomers, als zittende partijen, waardoor de inrichting aangepast kan worden aan de hand van de marktomstandigheden.

Om deze reden moet weliswaar de aanbeveling worden gedaan over het algemeen meer vast te leggen in de regelgeving, maar dit niet te ver te laten doorschieten waardoor geen flexibiliteit meer bestaat

Desondanks komen deze maatregelen niet veel voor bij de verdeling van andere schaarse vergunningen en een verklaring hiervoor is deels te vinden in de afwezigheid van specifieke regelgeving hierover. Het vastleggen van specifieke regelgeving omtrent deze maatregelen, zou eventuele onzekerheid over het gebruik hiervan kunnen wegnemen. Ondanks het feit dat deze maatregelen wellicht niet bij elk verdeelinstrument of elke markt waar sprake is van schaarste nodig geacht worden, kan de vastlegging in ieder geval de mogelijkheid bieden voor de overheid om deze te gebruiken wanneer het wel nodig geacht zou worden.

#### 5.3. *Nadelen van specifieke wettelijke regulering*

Specifieke wettelijke regulering van de verdeling van schaarse vergunningen heeft ook nadelen. Zo zorgt specifieke regelgeving voor een beperking van flexibiliteit. Door specifieke wetgeving wordt het bestuur in een bepaalde richting geduwd. Afhankelijk van de praktijksituatie, is deze vooraf aangegeven richting wenselijk of onwenselijk. Een voormalige bepaling in het Frequentiebesluit gaf aan dat de veiling de voorkeur had boven een vergelijkende toets.<sup>57</sup> Bij de aantreding van een nieuw kabinet werd echter de voorkeur gegeven aan een verdeling door middel van een vergelijkende toets, waardoor eerst het Frequentiebesluit moest worden gewijzigd voordat dit daadwerkelijk kon gebeuren.<sup>58</sup> Deze regeling mocht dan wel bevorderlijk zijn voor de rechtszekerheid, maar zorgde tegelijkertijd voor een statische opstelling van het bestuur omdat zij in bepaalde situaties niet zomaar konden afwijken van deze regeling. Om deze reden moet weliswaar de aanbeveling worden gedaan over het algemeen meer vast te leggen in de regelgeving, maar dit niet te ver te laten doorschieten waardoor geen flexibiliteit meer bestaat. Het bestuur moet de vrijheid krijgen een juiste procedure te kunnen kiezen en

52 ABRvS 2 november 2016, AB 2016, 426 m.nt. Wolswinkel en JG 2016/64 m.nt. Barkhuysen en Span.

53 Art. 33 lid 4 onderdeel b, lid 5 Dienstenwet.

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

55 Zie art. 3.10 lid 1, 3.11 en 3.14 Telecommunicatiewet.

56 Vgl. ABRvS 12 september 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2958, AB 2018/411, m.nt. Wolswinkel. Voor een beknopt overzicht van de langjarige rechtsstrijd rond de verlening van deze vergunningen verwijs ik naar genoemde noot.

57 Art. 3 lid 2 Frequentiebesluit-oud, C.J. Wolswinkel, 'De rollen van de wetgever bij de verdeling van schaarse vergunningen', *Regelmaat* 2017/1, p. 18.

58 F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemene bestuursrecht* (oratie Amsterdam VU), Deventer, Wolters Kluwer 2004, p. 21.

om deze procedure in te kunnen richten, afhankelijk van de op dat moment bepalende marktomstandigheden. Een ander gevaar dat kan ontstaan in het geval sprake is van te specifieke regelgeving, is het constant moeten wijzigen van verdelingsregels als gevolg van een voortdurend proces van rechtsverfijning.<sup>59</sup> Een middenweg zou dus aan te bevelen zijn waarbij enig houvast moet worden geboden ten aanzien van de keuzes die de overheid op tijd moet maken, zonder alles volledig dicht te timmeren. Feit blijft echter dat veel schaarse vergunningen nog steeds ver achterlopen op de vastlegging van de regels in vergelijking met de schaarse frequentievergunningen uit de telecommunicatiesector. Dit kan echter ook als een positief punt gezien worden omdat de telecommunicatiewetgeving als voorbeeld zou kunnen dienen voor het regelen of het juist niet regelen van het verdelen van andere schaarse vergunningen. Hierbij moet echter niet uit het oog worden verloren dat het om zeer uiteenlopende soorten vergunningen en schaarste kan gaan en bij het stellen van verdelingsregels met de aard van de betreffende vergunning rekening moet worden gehouden; een zo ‘zwarte’ regulering als de telecommunicatiewetgeving kent voor de frequentievergunning zal zeker niet voor elke schaarse vergunning nodig dan wel wenselijk zijn.

## 6. Samenvattende conclusie

Uit deze bijdrage is gebleken dat de telecommunicatiewetgeving zeer specifieke regels stelt omtrent de verdeling van schaarse frequentievergunningen. Aangegeven is dat een vergunningenplafond moet worden ingesteld, welke verdelingsprocedure moet worden gevolgd en welke instantie bevoegd is om dit uit te voeren. Daarnaast regelt de telecommunicatiewetgeving hoe de verdelingsnormen in acht moeten worden genomen, op welke tijdstippen besluiten moeten worden bekendgemaakt en wanneer een vergunning mag worden gewijzigd. Al deze voorbeelden van regulering geven aan dat de wetgever duidelijkheid heeft gegeven omtrent dit vraagstuk.

Het beschikbaar stellen van deze instrumenten door de wetgever voor het verdelende bestuur is niet bij iedere verdeling van schaarse vergunningen zo vanzelfsprekend. Problemen in de markt doen zich op allerlei terreinen waar schaarse vergunningen aanwezig zijn, voor. Het ontbrekende element bij deze andere schaarse vergunningen is dan de bepaalde handvatten die het telecommunicatierecht wel specifiek heeft geboden. Het gevolg hiervan is dat het bestuur niet altijd de beste procedure gebruikt, noch de normen op de beste manier in acht neemt doordat onze zekerheid bestaat omtrent de grondslag tot handelen via een

bepaalde procedure. Hoe dit zou kunnen veranderen is aan de ene kant een bijna simpel antwoord: meer regels.

Het beschikbaar stellen van deze instrumenten door de wetgever voor het verdelende bestuur is niet bij iedere verdeling van schaarse vergunningen zo vanzelfsprekend

Dit is echter makkelijker gezegd dan gedaan. Elke schaarse vergunning bevat bepaalde unieke kenmerken. Ondanks het feit dat unieke kenmerken de verdeling van schaarse vergunningen kunnen kleuren, kan regulering zorgen voor een basis omtrent de verdeling. De algemene verdelingsnormen gelden voor alle schaarse vergunningen, maar zijn veel specifiek uitgewerkt in de telecommunicatiewetgeving. De telecommunicatiewetgeving zou op dit gebied als voorbeeld kunnen dienen voor andere schaarse vergunningen omtrent het regelen van deze verdelingsprocedures. De telecommunicatiewetgeving is weliswaar specifiek ingericht op frequentieverdeling, maar algemene lessen kunnen zeker uit deze wetgeving getrokken worden. Voor de ontwikkeling van het verdelingsrecht voor schaarse vergunningen kan gedacht worden aan het vastleggen van regels omtrent de stappen die moeten worden doorlopen, de tijdstippen van bekendmaking van besluiten en welke eisen mogen worden gesteld aan een aanvrager. Ook het wijzigen of verlengen van vergunningen dient te worden vastgelegd zodat ook hier zekerheid zal bestaan voor het bestuur. Het gevolg van het vastleggen van deze zaken zal, net zoals in de telecommunicatiewetgeving, richting geven aan het verdelende bestuur omtrent de keuzes die gemaakt moeten worden. Het vastleggen en uitvoeren van de regels in de telecommunicatie laat zien dat dit niet enkel bevorderlijk is voor het bestuur, maar ook voor betrokken partijen en de rechter. Dit lijkt mij dan ook een goede motivatie om het leerstuk van de verdeling van schaarse vergunningen verder te ontwikkelen, waarbij de telecommunicatiewetgeving misschien niet als blauwdruk, maar zeker wel als inspiratiebron kan dienen.

### Over de auteur



#### Mr. M. Coerts

Marin Coerts is werkzaam als docent bij de Afdeling staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

59 C.J. Wolswinkel, 'De rollen van de wetgever bij de verdeling van schaarse vergunningen', *Regelmaat* 2017/1, p. 29.