

Wouter Hins

1. Ongeveer vier jaar geleden – van 6 juli tot en met 24 juli 2000 – vond de beruchte veiling van UMTS-frequenties plaats. Er waren vijf kavels te verdelen en zes geïnteresseerde ondernemingen: Telfort, KPN, Libertel (nu: Vodafone), Dutchtone (nu: Orange), Ben (nu: T-Mobile) en Versatel. De eerstgenoemde vijf waren ‘zittende partijen’. Zij waren al in het bezit van frequenties voor mobiele communicatie volgens het GSM/DCS-1800 systeem. De veiling van de DCS-1800 frequenties in februari 1998 ging ook al gepaard met juridische conflicten, zoals blijkt uit Rb. ‘s-Gravenhage 25 juli 2001, Mediaforum 2001-10, nr. 40, m.nt. Mark Smeets en Remy Chavannes. Bij de UMTS-veiling van 2000 was Versatel de enige nieuwe kandidaat. Zij heeft aan het biedproces meegedaan, maar haakte af na een zogeheten ‘dreigbrief’ van Telfort. Op 7 augustus 2000 heeft de toenmalige staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat de vergunningen verleend aan de vijf anderen. Een overzicht van de bestuursrechtelijke procedures rond de veiling is te vinden in het artikel van Nico van Eijk, ‘De juridische naweeën van de UMTS-veiling’, Mediaforum 2003-2, p. 46-49. Daarin worden twee uitspraken behandeld van de Rotterdamse rechtbank van 29 november 2002 (LJN-nrs. AF2577 en AF2578). De uitspraak met nummer AF2578 had betrekking op beslissingen van de veilingmeester naar aanleiding van klachten van Versatel over de dreigbrief. De uitspraak met nummer AF2577 ging over besluiten van de staatssecretaris zelf: de bekendmaking van de UMTS-veiling in de Staatscourant van 3 april 2000, nr. 66, en de vijf vergunningen. In al deze procedures besliste de rechtbank ten nadele van Versatel.

2. Bovenstaande uitspraak van het CBB betreft het hoger beroep van Versatel in de laatstgenoemde zaak (Rb. Rotterdam 29 november 20002, LJN-nr. AF2577). Inhoudelijk is de vraag of de staatssecretaris onrechtmatig heeft gehandeld door niet meer waarborgen te scheppen voor nieuwkomers. Had niet tenminste één UMTS-kavel voor nieuwkomers gereserveerd moeten worden? Op de meeste punten onderschrijft het CBB het oordeel van de rechtbank. Een reservering voor nieuwkomers kon niet worden opgenomen in het ‘bekendmakingsbesluit’ op basis van artikel 3 van het Frequentiebesluit. Ook volgens het CBB kunnen in een dergelijk besluit alleen de onderwerpen geregeld worden die de Telecommunicatiewet of het Frequentiebesluit uitdrukkelijk noemt (r.o. 6.6). Het zou wel gekund hebben in de ministeriële regeling op grond van artikel 8 Frequentiebesluit. In casu is dat de ‘Regeling veiling gebruiksrecht radio-frequenties voor IMT-2000’ van 7 april 2000 (Staatscourant 10 april 2000, nr. 71), door het CBB afgekort tot ‘Regeling veiling’. Dat betekent echter niet dat deze regeling onverbindend is. Wat mogelijk is, is nog niet verplicht. Volgens het CBB heeft de staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat geen wettelijk voorschrift geschonden. Ook heeft zij niet gehandeld in strijd met beginselen van behoorlijk bestuur (r.o. 6.8). Het hoger beroep van Versatel wordt daarom afgewezen.

3. De meest interessante overweging betreft een formeel punt. Het CBB blijkt een andere visie te hebben op het rechtskarakter van de ministeriële regelingen op basis van het Frequentiebesluit. Dat geldt niet alleen voor de Regeling veiling, maar ook voor de Regeling aanvraag. Deze tweede regeling is door de staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat eveneens vastgesteld op 7 april 2000 (Staatscourant 10 april 2000, nr. 71), maar gebaseerd op de artikelen 4 en 6 van het Frequentiebesluit. Zijn de beide regelingen algemeen verbindende voorschriften? Of zijn het besluiten van algemene strekking, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift? Volgens de rechtbank was het laatste het geval, ondanks de benaming als 'regeling'. Versatel had dus een bezwaarschrift kunnen indienen. Nu zij dit niet gedaan heeft, hebben de besluiten van 7 april 2000 formele rechtskracht verkregen, zo oordeelde de rechtbank. Het CBB beslist echter dat de besluiten wel algemeen verbindende voorschriften zijn (r.o. 6.7). Gezien artikel 8.2 Awb staat daartegen geen bezwaar en beroep open, zodat het probleem van de formele rechtskracht zich niet voordoet. De rechter diende in het kader van het beroep tegen de vergunningen na te gaan of de daaraan ten grondslag liggende regelingen wel verbindend zijn. Een dergelijke 'exceptieve toetsing' is nu door het CBB alsnog uitgevoerd. Inhoudelijk maakt het voor Versatel geen verschil, want zij verliest de zaak toch.

4. Welke overwegingen hadden de rechtbank ertoe gebracht om de Regeling aanvraag en de Regeling veiling niet aan te merken als algemeen verbindende voorschriften? De rechtbank lette vooral op de volgorde waarin de verschillende besluiten worden genomen en ging uit van een keten die loopt van algemeen naar bijzonder. Eerst wordt het Nationaal Frequentie Plan (NFP) vastgesteld op basis van artikel 3.1 Telecommunicatiewet, met daarin een verdeling van frequentieruimte over verschillende bestemmingen. Op basis daarvan volgt een bekendmaking als bedoeld in artikel 3 van het Frequentiebesluit, waarin de essentialia van een beoogde veiling of vergelijkende toets zijn opgenomen. Daarna worden procedureregels vastgesteld over de uitvoering van de veiling, resp. vergelijkende toets, zoals in casu de Regeling aanvraag en de Regeling veiling. Tenslotte worden de vergunningen verleend. Vaste jurisprudentie is dat het NFP en het bekendmakingsbesluit weliswaar besluiten van algemene strekking zijn, maar niet algemeen genoeg om te kunnen spreken van een algemeen verbindend voorschrift (zie o.a. CBB 18 juli 2001, Mediaforum 2001-9, nr. 36 m.nt. Luurt Wildeboer). De genoemde procedureregels zijn volgens de rechtbank een *nadere uitwerking* van de eerder genomen keuzen en dus a fortiori geen algemeen verbindend voorschrift. Van 'wezenlijk belang' achtte de rechtbank daarbij dat het Frequentiebesluit ervan uitgaat dat voor elke verdelingsoperatie afzonderlijke regels worden opgesteld.

5. Het CBB oordeelt dus anders. In r.o. 6.7 overweegt het college dat de Regeling aanvraag en de Regeling veiling *zelfstandige normstellingen* bevatten, die voor alle potentiële aanvragers van een UMTS-vergunning hebben gegolden. Zij bevatten algemene regels, geschikt voor een herhaalde toepassing en met een externe werking. Het criterium van de zelfstandige normstelling is al eerder gebruikt door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State om het begrip 'algemeen verbindend voorschrift' af te bakenen. Aan dit criterium is met name niet voldaan als een besluit 'niet verder strekt dan het bepalen van de werkingsfeer van een reeds bestaande

algemeen verbindende norm' (ABRvS 23 november 1999, JB 2000, 23). Daarvan is bijvoorbeeld sprake wanneer de burgemeester mag bepalen welke categorieën horecabedrijven buiten een vergunningenstelsel, neergelegd in de APV, vallen. De Regeling aanvraag en de Regeling veiling hebben inderdaad een veel ruimere strekking. Dat zij slechts van toepassing waren op de veiling van bepaalde frequenties gedurende een beperkte periode doet daar niet aan af. De noodverordening die de burgemeester van Amsterdam uitvaardigde met het oog op het huwelijk van kroonprins Willem-Alexander en prinses Máxima, gold alleen in de binnenstad van Amsterdam en alleen op 2 februari 2002. Niettemin was dat een algemeen verbindend voorschrift, omdat de verordening zich leende voor een herhaalde toepassing op een open kring van personen.

6. Doet het er wat toe? Jazeker. De uitspraak van het CBB zal gevolgen hebben voor de lopende rechtszaken over de verdeling van omroepfrequenties. De vergelijkende toets voor commerciële radio in 2003 vond namelijk plaats op basis van een soortgelijke ministeriële regeling: de Regeling aanvraag en vergelijkende toets vergunningen commerciële radio-omroep 2003 (Stcrt. 2003, nr. 40), kortweg aangeduid als de Regeling AVT. In dit besluit van 24 februari 2003 – later twee keer gewijzigd – waren de aanvraagprocedure, het financieel bod, de criteria en de procedure van de vergelijkende toets vastgelegd. Op 13 mei 2003 bestempelde de Rotterdamse voorzieningenrechter deze belangrijke regeling tot een voor beroep vatbaar besluit, dus geen algemeen verbindend voorschrift (Mediaforum 2003-7/8, nr. 37, m.nt. A.W. Hins). Nadat de verzoeken om een voorlopige voorziening tegen de Regeling AVT waren afgewezen, waren de procedures tegen de vergunningen een stuk minder interessant. De uitspraak van de voorzieningenrechter d.d. 3 juli 2003 inzake de vergunningen is dan ook weggestopt in de rubriek Documentatie van dit blad (Mediaforum 2003-9, p. 291). In de bodemprocedures zullen de bordjes straks zijn verhangen. De meervoudige kamer zal moeten oordelen dat tegen de Regeling AVT geen bezwaarschrift kon worden ingediend, nu het gaat om een algemeen verbindend voorschrift. Bezwaren tegen de Regeling AVT kunnen wel worden meegenomen in de procedure tegen de vergunningen, waarna de rechter de regeling eventueel onverbindend kan verklaren.

7. In de zojuist genoemde uitspraak van de Rotterdamse voorzieningenrechter van 13 mei 2003 kwamen behalve de Regeling AVT nog twee andere 'regelingen' voor die door deze rechter vooralsnog niet als algemeen verbindende voorschriften werden beschouwd. Dat waren enerzijds de Regeling AGF (Regeling aanwijzing en gebruik frequentieruimte commerciële radio-omroep 2003) en anderzijds de Regeling VEB (Regeling vaststelling eenmalig bedrag landelijke commerciële radio-omroep 2003). Is het oordeel van de voorzieningenrechter ook wat betreft deze twee regelingen achterhaald door de nieuwe jurisprudentie van het CBB? Ik betwijfel het. De regeling AGF, die gebaseerd is op artikel 82e van de Mediawet en artikel 53c, tweede lid, van het Mediabesluit, heeft erg veel gemeen met een bestemmingplan. Bepaalde frequentieruimte wordt aangewezen voor een bepaald soort programma's. De Regeling VEB lijkt ook te specifiek voor een algemeen verbindend voorschrift. Per kavel worden de verschuldigde bedragen genoemd. Verrassingen zijn echter niet uitgesloten. Voor advocaten is daarom de boodschap: stel tegen elke snipper papier

bezwaar, beroep en hoger beroep in, want achteraf kan het de enige rechtsingang blijken te zijn geweest.