

Het nieuwe frequentiebeleid

Onlangs verscheen de 'Nota Frequentiebeleid 2005'. Hierin worden contouren van het komende beleid op het gebied van frequenties geschetst. Flexibilisering en het terugdringen van de rol van de overheid nemen daarbij een belangrijke plaats in. Dit artikel biedt een overzicht van de belangrijkste voorstellen en voorziet deze van een kritisch commentaar. Waar er stappen in de goede richting worden gezet, had wat meer daadkracht en visie niet misstaan.

Nico van Eijk*

Er is tien jaar nodig geweest om met een nieuwe nota over het frequentiebeleid te komen. In 1995 werd de vorige – en voorzover ik mij herinner ook eerste – 'Nota Frequentiebeleid' aan het parlement toegezonden.¹ Het was stuk nr. 1 aan de Kamer onder nummer 24 095 ('Frequentiebeleid'). De nu verschenen 'Nota Frequentiebeleid 2005' is stuk nr. 188. Enerzijds geeft dit hoge nummer aan dat er sinds 1995 veel is gebeurd, anderzijds is het toch enigszins verbazingwekkend dat bij een veelbesproken onderwerp als het frequentiebeleid pas na tien jaar de hoofdlijnen weer eens worden herijkt. De genomen tijd is deels nuttig besteed want de oorspronkelijke nota uit 1995 telde met bijlagen 19 pagina's in grote letter, terwijl de nieuwe nota – gedrukt in kleine letter – in omvang anderhalf keer zo groot is. Bovendien is er een uitgebreid voorbereidingsproces aan voorafgegaan met een evaluatiecommissie² en diverse achtergrondstudies.³ Dit neemt niet weg dat de nota uit 1995 een forse impact heeft gehad. De toentertijd geformuleerde doelstelling was helder: 'het bevorderen van een zodanig gebruik van het frequentiespectrum dat een adequate bijdrage wordt geleverd aan maatschappelijke, economische en culturele belangen in Nederland onder waarborging van de veiligheid van de Staat, met inachtneming van internationale verplichtingen die Nederland heeft', oftewel nog korter samengevat: doelmatig frequentiegebruik. Op grond hiervan werden onder meer vier hoofdcategorieën van gebruik geïntroduceerd: zakelijk gebruik, gebruik voor vitale overheidstaken, omroep en divers gebruik. Toewijzingen werden voortaan per definitie aan een termijn gebonden, waarbij voor mobiele communicatie als uitgangspunt gold dat de termijn gerelateerd zou zijn aan de periode die nodig was voor het bereiken van een redelijk rendement op investeringen. Efficiënt gebruik werd als centraal thema opgenomen en het marktmechanisme werd mede als verdeelinstrument geïntroduceerd. In het licht van de nieuwe nota is het nog interessant te vermelden dat in de oude nota een passage werd gewijd aan 'gedeeld gebruik', waarin het

delen van frequenties door meerdere gebruikers werd bepleit, niet alleen ten aanzien van zakelijk gebruik maar 'ook in de vorm van 'timesharing' zoals bij gedeeld gebruik voor defensietaken in oorlogstijd en civiel gebruik in vreedstijd'. Op basis van de oude nota zijn de frequenties voor GSM, DCS-1800 en UMTS uitgegeven en kwam de omstreden verdeling van de frequenties voor commerciële radio tot stand. Hierdoor is in de afgelopen tien jaar een wezenlijk andere communicatiesector ontstaan.

Uitgangspunten Nota Frequentiebeleid 2005

Ofschoon dit niet direct in de nieuwe nota is terug te vinden, kan het niet anders zijn dan dat het nieuwe voorgestane beleid is ingegeven door een trend die zich breed in Europa voordoet. Kenmerkend voor deze trend is de roep om meer flexibilisering, die vooral te herleiden is tot een beroep op gewijzigde marktomstandigheden, waarbij ook aan technologische ontwikkelingen een grote rol wordt toegedicht. Mijns inziens zijn het niet alleen deze veranderingen, maar is er minstens zo zeer de steeds toenemende druk om frequentievraagstukken vooral vanuit een economisch perspectief te benaderen, waar in het verleden maatschappelijk en politiek/strategische overwegingen meer centraal staan. Het spreekt dan ook voor zich dat een van de grote protagonisten, in de strijd naar meer marktwerking, de Europese Unie is.⁴ Maar ook in andere landen zijn trajecten uitgezet die hebben geleid of nog moeten leiden tot wijziging van het bestaande frequentiebeleid. Het Verenigd Koninkrijk is daarbij een van de koplopers.⁵

De frequentienota kent geen eenduidige geformuleerde doelstelling, maar haakt aan bij de doelstelling uit 1995 en onderschrijft de conclusie van de evaluatiecommissie dat de

* Prof. dr. N.A.N.M. van Eijk is verbonden aan het Instituut voor Informatierecht (IVIR, Universiteit van Amsterdam).

1 *Kamerstukken II, 1994/95, 24 095, nr. 1*; Ministerie van Verkeer en Waterstaat, Hoofddirectie Telecommunicatie en Post, *Nota frequentiebeleid, Memorandum on Frequency Policy*, Den Haag, 1995, ISBN 90 3693 104 5. Eigenlijk ging het om een marginaal bijgestelde versie van een eerder concept uit juni 1994 ('versie 20 juni 1994'). Zie voor de ontwikkeling van het frequentiebeleid onder meer M.L. Verberne, *Verdeling van het spectrum*, dissertatie, 2000, Deventer: Kluwer, p. 205-262.

2 De commissie-Frequentiebeleid (ook wel de commissie-Wolffensperger genoemd). Het advies: *Flexibel en doelmatig*, advies van de commissie-Frequentiebeleid, juni 2004.

3 Zie voorts voor informatie over het frequentiebeleid en de achtergrondstudies: <http://www.frequenties.ez.nl>.

4 Ik volsta hier met een verwijzing naar het betreffende onderdeel van de website van de Europese Commissie: http://europa.eu.int/information__society/policy/radio__spectrum.

5 Zie onder andere: M. Cave, *Review of Radio Spectrum Management*, DTI, 2002 en *Government Response to the Review of Radio Spectrum Management*, DTI, 2002 (<http://www.ofcom.org.uk/static/archive/ra/spectrum-review/index.htm>); Vervolgstappen zijn terug te vinden in: Ofcom, *Spectrum Framework Review*, 2005 (<http://www.ofcom.org.uk/consult/condocs/sfr/>).

oude doelstelling verheldering en een accentverschuiving behoeft. De accentverschuiving zit – niet geheel verwonderlijk – in het meer gericht zijn op economische groei en innovatie. Verheldering wordt geboden door het verder invullen van wat onder doelmatig frequentiegebruik wordt verstaan. Efficiënt en effectief frequentiegebruik wordt derhalve nagestreefd (niet meer frequentiegebruik dan nodig, voldoende frequentieruimte om economische, maatschappelijke en culturele doelen te bereiken) en drempels moeten worden weggenomen. Het is met name bij deze laatste categorie dat juridische relevante initiatieven worden aangekondigd, die in lijn liggen met het advies van de evaluatiecommissie. De commissie deed samengevat een zestal aanbevelingen (zie kader), die op één na (de vervanging van het financieel instrument) in de Nota Frequentiebeleid 2005 worden overgenomen. In de volgende paragrafen ga ik in op een aantal van de belangrijkste aanbevelingen en de beoogde invulling ervan (volledigheid in het commentaar is niet nagestreefd). Ook komen enkele onderwerpen aan de orde die niet of onvoldoende aandacht krijgen binnen het frequentiebeleid.

Aanbevelingen Commissie Frequentiebeleid⁶

1. het toekomstige frequentiebeleid moet voorzien in verdere liberalisering van het gebruik en sneller kunnen aansluiten bij veranderende marktomstandigheden en technologische ontwikkelingen; dit kan worden bereikt door flexibilisering, dat wil zeggen door:
 - verhandelbaarheid van (delen van) vergunningen;
 - verruiming van gebruiksmogelijkheden in de bestemming;
 - meer medegebruik van frequentiebanden;
 - vereenvoudiging van procedures en regelgeving;
 - toepassen van het adagium 'vergunningvrij waar mogelijk'.
2. het frequentiebeleid moet bijdragen aan economische groei, marktconformiteit en innovatie, zonder daarbij andere, niet-economische belangen uit het oog te verliezen;
3. de economische waarde van frequenties moet zichtbaar worden gemaakt bij het maken van keuzes voor de frequentieomvang voor vitale overheidstaken zoals defensie en publieke omroep;
4. het huidige zogenoemd financieel instrument in de Telecommunicatiewet moet worden vervangen door een ander instrument dat kan worden gebruikt om afwegingen bij frequentieverdeling te baseren op de economische waarde van het spectrum;
5. er moet meer ruimte komen voor experimenten en nieuwe technieken;
6. taken en verantwoordelijkheden van bij het frequentiebeleid betrokken overheidsinstellingen moeten worden verhelderd; in dit kader moet de eindverantwoordelijkheid voor het integrale frequentiebeleid worden neergelegd bij de minister van Economische Zaken.

Internationale context

Terwijl frequenties een internationaal issue bij uitstek zijn – de Internationale Telecommunicatie Unie (ITU) is een van oudste internationale verdragsorganisaties – wordt in de nieuwe nota slechts iets meer dan een halve pagina gewijd aan 'internationale bestemming en ontwikkelingen'. Binnen deze tekst zijn er welgeteld twee zinnen gewijd aan de Europese aspecten. Dat is jammer. Juist op internationaal niveau worden de belangrijkste kaders gezet voor de nationale invulling. Het had het overheidsbeleid gesierd wanneer er enige visie zou zijn getoond ten aanzien van de Nederlandse inzet op het internationale en Europese niveau. Nu wordt volstaan met het in een voetnoot noemen van de recente opvattingen van de Europese Commissie over een meer marktgerichte benadering van het spectrumgebruik, maar geen inhoudelijk standpunt ingenomen.⁷ De Europese Commissie wil bijvoorbeeld naar een minder fragmentarische benadering, hetgeen uitsluitend kan wanneer lidstaten bereid zijn nationale posities op te geven.⁸ Ook wordt in de mededeling expliciet het frequentiegebruik genoemd waarvoor de Commissie graag meer marktwerking had gezien (mobiele communicatiediensten, vaste draadloze communicatiediensten en TV- en radio-omroepdiensten). Het is toch aardig om te constateren dat Nederland ten aanzien van dergelijke gebruik al marktwerking heeft geïntroduceerd. Ten aanzien van het frequentiebeleid doet zich ook hier weer een klassiek probleem voor, zo lijkt het: Nederland is eerder een volger dan trendsetter. Werkelijke discussie vindt vaak pas plaats bij de implementatie van Europese kaders, waardoor aan onderliggende principiële besluitvorming niet meer te morrelen valt. Hier doet niet aan af dat de Tweede Kamer trouw wordt geïnformeerd over hetgeen op de agenda staat van ministeriële conferenties over de telecommunicatiesector.

Behoeftte onderbouwingsplan en frequentieplan

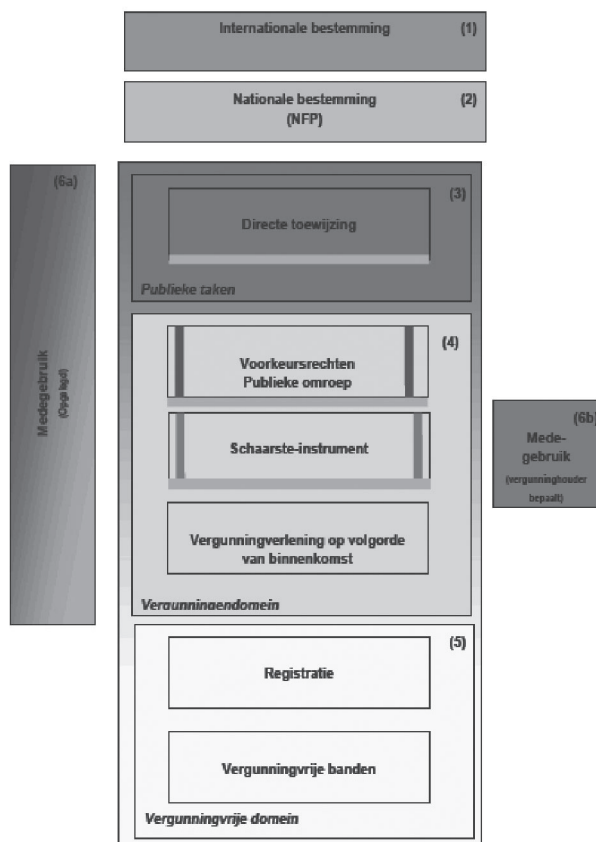
De nota houdt niet langer vast aan de oude indeling van frequenties naar categorie van gebruik (zakelijk, vitale overheidstaken, omroep, divers gebruik). Deze indeling komt te vervallen en maakt plaats voor een functionele verdeling in drie domeinen, namelijk 'het domein van publieke taken', 'het vergunningendomein' en 'het vergunningvrije domein'. Om te bepalen wat de behoefte is aan frequentiegebruik voor publieke taken wordt een 'Behoeftte onderbouwingsplan' (BOP) opgesteld dat ook in de wet zal worden voorgescreven. Bij dit plan geldt als uitgangspunt dat voor publieke taken niet meer spectrum in beslag wordt genomen dan nodig is voor de uitoefening van die taken. Deze doelmatigheidstoetsing kan er ook toe leiden dat onder voorwaarden medegebruik wordt toegestaan. Iedere drie jaar wordt opnieuw bezien of er nog sprake is van voldoende efficiënt gebruik, hetgeen tot aanpassing van het BOP kan leiden (dat overigens ook tussentijds kan worden aangepast). Dat er een BOP komt kan als een belangrijke stap voorwaarts worden gezien. Het zal immers de transparantie van het publiek gebruik verhogen en met meer nadruk gebruikers in beeld brengen die lange tijd buiten schot bleven (zoals defensie en de luchtvaart).

⁶ Zoals samengevat in de Nota Frequentiebeleid 2005, p. 5.

⁷ Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europese Parlement, het Europees Economische en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, *Een op de markt gebaseerde benadering van het spectrumbeheer in de Europese Unie*, COM(2005)400

definitief.

⁸ 'Commission proposes advancing the single market for radio spectrum', zo luidt de veelbelovende titel van het persbericht over de mededeling van de Europese Commissie (IP/05/1199, 29 september 2005).



Het is opvallend dat frequenties voor de publieke omroep niet tot het domein van de publieke taken worden gerekend. Wat dat betreft omvatten publieke taken dus eigenlijk nauwelijks iets anders dan wat voorheen 'vitale overheidstaken' waren. Wel behoudt de publieke omroep zijn voorkeursrechten binnen het vergunningendomein. Juist gezien de accentverschuiving naar een functionele benadering had het voor de hand gelegen om een éénduidig begrip voor publieke taken te hanteren. Immers ook ten aanzien van wat wel onder publieke taken valt, is er eigenlijk sprake van een voorkeursrecht, hetgeen nog eens wordt onderstreept door het BOP. De beperktere afzonderlijke positie van de publieke omroep die nu wordt gecreëerd ten opzichte van 'echte' publieke taken, zal wel weer nieuwe discussiestof opleveren wanneer de legitimatie van het betreffende frequentiebeslag aan de orde is. Ik vraag mij ook af of een en ander wel voldoende Europeesrechtelijk doordacht is: hoe kan het zijn dat de publieke omroep geen publieke taak is?

Publieke taken, vergunningen en vergunningvrij

Het streven is om het vergunningsvrije domein zo groot mogelijk te laten zijn. Dit is een breuk met het verleden, waar de vergunning regel was en vergunningvrij de uitzondering. Als we evenwel bekijken wanneer vergunningen vereist blijven dan lijkt de omkering vooralsnog vooral principieel van aard te zijn. Vergunningen zullen namelijk nog vereist zijn wanneer zich een of meerdere van de volgende omstandigheden voordoen: a) er is coördinatie nodig tussen de individuele gebruikers, b) het gebruik is niet overal in Nederland mogelijk, c) het gebruik van bepaalde frequentieruimte is slechts voor een

beperkt aantal gebruikers mogelijk of d) de frequentieruimte is slechts voor een bepaalde periode beschikbaar. Het zou mij niet verbazen wanneer al snel een van deze vier criteria van toepassing is. De praktische waarde van het gewijzigde beleid naar een groter vergunningvrij domein laat zich daarom nu nog moeilijk inschatten, veel zal afhangen van toekomstige ontwikkelingen. Daar komt bij dat in voorkomende gevallen vergunningvrij nog niet betekent dat daarmee alle formaliteiten van tafel zijn. Zo zal in voorkomende gevallen de vergunning worden vervangen door een registratie. Dit zal het geval zijn met de 51.000 vergunningen voor radioamateurs en marifonie voor de pleziervaart.⁹ Voormalige vergunninghouders zullen nog wel steeds een examen moeten afleggen. Het voordeel van het vergunningvrij maken zit hier dan ook vooral in het verminderen van de administratieve lasten.

Dat er gestreefd wordt naar zoveel mogelijk vergunningvrij gebruik is op zich een goede zaak zolang rechten en plichten voldoende duidelijk zijn. Vermeden moet worden dat gebruikers van frequenties in de veronderstelling komen dat zij over eeuwigdurende rechten beschikken. Een dergelijke indruk dient evenmin gewekt te worden op basis van het frequentieplan of anderszins. Het risico is immers dat er zo aansprakelijkheden ontstaan die (vanzelfsprekend) niet worden beoogd.¹⁰

Terecht wordt de conclusie uit de evaluatie onderschreven dat de wijziging en vaststelling van het Nationaal Frequentieplan (NFP) gecompliceerd en langdurig is. Daarom behoeft het frequentieplan niet langer in overeenstemming met het gevoelen van de ministerraad te worden vastgesteld, maar vindt afstemming op bilateraal niveau plaats. Uitzondering vormen 'substantiële of politiek gevoelige wijzigingen', die weer niet nader worden aangegeven, waardoor het nog maar de vraag is of er een werkelijke verbetering op dit punt wordt bereikt. Het zal zaak zijn deze uitzondering zo beperkt mogelijk te formuleren ten einde te ontkomen aan een te veelvuldige betrokkenheid van de ministerraad. Verder zal op tussentijdse wijzigingen niet langer de voorbereidingsprocedure van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) van toepassing zijn.¹¹ Evenmin vindt nog notificatie in Brussel plaats en zullen er in het NFP, gezien de eerder beschreven functionele benadering, geen categorieën van gebruikers meer worden opgenomen.

De verdeelmethode blijft nog steeds onderdeel van het frequentieplan. Naar mijn mening was het verstandiger geweest om de verdeelmethode buiten het frequentieplan te laten. Zeker in situaties waarin zich met regelmaat ontwikkelingen voordoen, is het gewenst dat de verdeelmethode snel aan de nieuwe omstandigheden kan worden aangepast. Dit blijft nu afhankelijk van een wijziging van het frequentieplan. Dat zal dan wel wat sneller moeten gaan in de toekomst, maar aldus wordt een onnodige starheid en politieke afhankelijkheid behouden. Het was beter geweest om de criteria voor de keuze van een bepaalde verdeelmethode goed te omschrijven (in de wet of in het frequentieplan), zodat vervolgens op uitvoeringsniveau een keuze kan worden gemaakt.

Omroep

Voor wat betreft de omroep vindt nog een bijzondere bijstelling plaats van de huidige procedure, die extra gecompliceerd

⁹ Deze 51.000 vergunningen vormen overigens wel een meerderheid van alle (ruim 90.000) vergunningen (*Kamerstukken II, 2005/06, 24. 095, nr. 188, p. 1*).

¹⁰ Zulke risico's kunnen ontstaan wanneer er directe economische belangen gemoeid zijn bij het gebruik van schaarse of later schaars geworden producten.

'Eeuwigdurende rechten' hebben bij de regulering van benzinstations voor substantiële complicaties gezorgd.

¹¹ Vgl. A.W. Hins, 'Het rechtskarakter van het frequentieplan', *Mediaforum* 1999-9, p. 218-223.

is omdat in de artikelen 3.3 en 3.3a Tw geregeld is dat ten aanzien van frequenties voor commerciële omroep – kort samengevat – bevoegdheden moeten worden uitgeoefend in overeenstemming met de Minister van OCW. In de praktijk impliceert dit een ingewikkelde carrousel van bevoegdheden en taken (die tot een ongekend aantal rechtszaken heeft geleid). Daar komt volgens de nota een einde aan, althans dat lijkt zo want de tekst van de nota roept minstens zoveel vragen op als beantwoord worden. Ik citeer:

Deze situatie wordt beëindigd door taken en bevoegdheden op een meer heldere manier bij één minister neer te leggen, teneinde te bereiken dat de minister die de beslissing tot vergunningverlening zowel inhoudelijk als procedureel neemt, uiteindelijk ook de bezwaar- en beroepsprocedures ten aanzien van de vergunningverlening voert. Daarom wordt geregeld dat alle bevoegdheden bij de minister van EZ worden gelegd. Deze zorgt er voor dat alle bij de verdeling van frequenties te behartigen belangen in voldoende mate worden afgewogen alvorens tot verdeling wordt overgegaan. De uitvoering van de verdelingsprocedure en de uiteindelijke vergunningverlening geschiedt voor alle vergunningen door Agentschap Telecom van het ministerie van EZ. Voor zover het gaat om de verdeling van frequenties voor commerciële omroep geschiedt de beleidsvoorbereiding en de vergunningverlening in overeenstemming met de minister van OCW. Dit vanwege de bevoegdheden van de minister van OCW op grond van de Mediawet. Dit zal in de regelgeving worden geïmplementeerd en uitgewerkt.

Mij is na meerdere malen lezen nog steeds niet geheel duidelijk wat er gaat gebeuren en ik ben dan ook zeer benieuwd naar de uitwerking! Daarbij dient niet te worden voorbijgegaan aan het gegeven dat verdere winst kan worden bereikt door ook kritisch te kijken naar andere reguleringsaspecten dan alleen de verdeling van taken en bevoegdheden. Eerder is door mij gewezen op maatregelen die elders in de telecommunicatieregulering zijn genomen om tot een grotere daadkracht te komen zoals het afschaffen van bezwaarschriftenprocedures, het invoeren van beroep in één instantie en het aanmerken van (deel)besluiten als één besluit waartegen beroep openstaat.¹² Vergelijkbare ingrepen zouden ook ten aanzien van de verdeling van frequenties kunnen worden overwogen.

Waarde en het schaarse spectrum

Volgens de nota zal bij de verdeling van schaars spectrum worden gekozen tussen de veiling of de vergelijkende toets. Dit sluit aan bij de bestaande situatie. Nog eens wordt benadrukt dat aan vergunninghouders van schaars spectrum geen exclusieve gebruiksrechten worden gegeven, waarmee met name wordt bedoeld op het feit dat ook gelijksoortige toepassingen in andere banden mogelijk zullen zijn of dat ontwikkeling van gelijksoortige toepassingen op bestaande frequenties eveneens tot de mogelijkheden behoort.

Bij de vraag of voor het gebruik van het schaarse spectrum een vergoeding kan worden gevraagd, is de nationale regelgever in de eerste plaats gebonden aan de Europese Machtigingsrichtlijn.¹³ Deze staat – naast een vergoeding voor gemaakte administratieve en toezichtskosten – slechts een vergoeding toe die gericht is op het efficiënt gebruik van frequenties.¹⁴ Het gebruik van het veilingmechanisme is daarbij een toegestane verdeelmethode, maar dat geldt ook voor een vergelijkende toets met een ‘schaarsteheffing’ of een zelfstandige ‘schaarsteheffing’. De Machtigingsrichtlijn laat maximalisering van inkomsten als enig oogmerk niet toe. Hetzelfde geldt voor heffingen en dergelijke die niet aan efficiënt gebruik gerelateerd zijn of waarvan de onderbouwing niet deugdelijk is.¹⁵ Het is ook de Machtigingsrichtlijn die in de preambule (overweging 32) stelt dat eventueel voor passende betalingsregelingen moet worden gezorgd om te voorkomen dat vergoedingen in de praktijk leiden tot selectie op grond van criteria die niets te maken hebben met de doelstelling van een optimaal gebruik van radiofrequenties. Dit zal wel de achterliggende gedachte zijn bij de opmerking in de frequentienota dat in een ministeriële regeling zal worden beschreven hoe eventueel gespreide betaling kan plaats vinden. Dit neemt niet weg dat in de nota het standpunt wordt ingenomen dat betaling van een bedrag ineens nog steeds de voorkeur heeft.

Door de evaluatiecommissie is nog geopperd om de vergoeding voor frequenties te laten baseren op ‘opportunity costs’ in plaats van het toepassen van het zogenaamde ‘financieel instrument’ (artikel 3.3a Tw). Bij het financieel instrument – al dan niet te hanteren in plaats of in aanvulling op een veiling of vergelijkende toets – is er sprake van een vergoeding die bestaat uit een eenmalig bedrag of een periodiek bedrag dat gerelateerd is aan de behaalde voordelen uit de exploitatie van de toegekende vergunning.¹⁶ Bij een toepassing van het principe van ‘opportunity costs’ wordt rekening gehouden met de economische waarde van het spectrum in brede zin. Door ook andere componenten bij de prijsbepaling te betrekken (zoals het publiek gebruik van frequenties) zou een meer gebalanceerde prijsvorming mogelijk zijn. Het model wordt in al in het Verenigd Koninkrijk en andere landen gebruikt. Het kabinet wijst echter een ‘opportunity costs’-benadering van de hand omdat ‘opportunity costs’ onmogelijk adequaat vast te stellen zouden zijn.¹⁷

Verhandelbaarheid

De Telecommunicatiewet voorziet reeds in de mogelijkheid om vergunningen te verhandelen. Daartoe dient de in artikel 3.8 Tw opgenomen conditionele overdraagbaarheid van vergunningen. In het kader van een vergroting van de verhandelbaarheid (waarbij het primair gaat om verhandelbaarheid van schaars vergunningen) wordt ook waarde gehecht aan het kunnen verhandelen van delen van een vergunning of het kunnen toestaan van medegebruik en het maken van afspraken

12 N.A.N.M. van Eijk, *Verdeling van etherfrequenties: analyse van een aantal juridische vraagstukken*, Amsterdam, maart 2004, p. 12-13. Daarbij wordt bedoeld op de artikelen 17.1 en 6b.6 Tw.

13 Richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Machtigingsrichtlijn), *PbEG L 108/21* (24 april 2002)

14 Artikel 13 Machtigingsrichtlijn: ‘... te onderwerpen aan vergoedingen die ten doel hebben een optimaal gebruik van deze middelen te waarborgen...’

15 Zie in dit verband ook de *Albacom*-zaak (Hof van Justitie dd. 18/9/2003, C-292/01 en C293/01), Jur. 2003, p. I-09449 en recentelijk Rechtbank Rotterdam 27 sep-

tember 2005, *BNR Nieuwradio BV e.a./Minister van EZ* (financieel instrument), LJN AU4396 (beroep ingesteld).

16 Ik verwijs naar de in de vorige noot genoemde zaak bij de Rechtbank Rotterdam, waarin overwegingen aan de orde zijn die de inrichting en toepassing van het bestaande financieel instrument mogelijk ter discussie stellen.

17 *Kamerstukken II*, 2005/06, 24 095, nr. 188, p. 2. Zie ook de studie die werd verricht naar het ‘opportunity costs’-model: Verdonk, Klooster & Associates/Instituut voor Onderzoek van Overheidsuitgaven, *Opportunity costs frequentiegebruik, het komt uit de golftegenwoordige of uit de bandbreedte*, september 2005.

over onderlinge storingsniveaus. De nota wil in principe deze vormen van verhandelbaarheid verder faciliteren. Overigens is het verhandelen van gedeelten van vergunningen – via een wijziging van artikel 3.8 Tw – al opgenomen in de zogenaamde Veegwet EZ,¹⁸ waarvan de behandeling nog niet door de Eerste Kamer is afgerond. Het vergroten van de verhandelbaarheid laat onverlet dat een toetsing plaats vindt op basis van mededingingsrechtelijke criteria.

Verlenging

Drie dagen na de publicatie van de nieuwe frequentienota, kwam het ministerie van EZ met een consultatie voor de verlenging van de GSM-vergunningen.¹⁹ Het is dan ook geen toeval dat de frequentienota expliciet op het vraagstuk van verlengingen ingaat. Het gaat om een niet te onderschatten probleem. In de Europese Unie werden in de jaren negentig de eerste vergunningen verleend voor GSM, een paar jaren later gevolgd door vergunningen voor DCS-1800, weer een paar jaar later gevolgd door vergunningen voor UMTS. De vergunningsduur van de GSM vergunningen is in sommige landen al geëindigd en in de overige landen zal dat in de komende jaren gaan gebeuren. Alle GSM-vergunningen zijn verleend op basis van een vergelijkende toets of op volgorde van binnenkomst al dan niet in combinatie met een voorkeurspositie voor de landelijke 'PTT'. Er zijn nog wat vertwijfelde Europese pogingen geweest om de verlenging van de GSM-vergunningen te coördineren, maar die zijn grotendeels gestrand.²⁰ Het is dus aan de landen zelf om invulling te geven aan het al dan niet verlengen van eerder verleende vergunningen.

De frequentienota neemt het standpunt in dat verlenging van schaarse vergunningen in principe niet aan de orde is. De vergunning is verleend voor een periode die een voldoende terugverdientijd omvat en alleen zwaarwegende maatschappelijke of economische belangen zouden een reden kunnen zijn om hier van af te zien. Een voorbeeld daarvan is de overgangsfase naar een nieuwe technologie. Bij eventuele verlenging zal moeten worden bezien wat voor prijs er dient te worden betaald. Daarbij zijn de eerder genoemde Europese kaders van de Machtigingsrichtlijn leidend. Het consultatiedocument over de verlenging van de GSM-vergunningen bevat nog niet het principiële uitgangspunt van de frequentienota (geen verlenging), maar dat komt omdat er in de tekst nog van wordt uitgegaan dat de frequentienota er nog niet zou zijn. Er worden drie scenario's geschetst (waar weer van kan worden afgeweken): niet verlengen en opnieuw verdelen, verlengen voor vijf jaar en daarna opnieuw bezien en verlengen voor een andere periode dan vijf jaar. De ontwikkeling in Europa lijkt er op te duiden dat linksom/rechtsom de bestaande houders van de vergunningen op voortzetting van hun gebruiksrechten kunnen rekenen. Of hun vergunningen worden verlengd, of zij zijn degenen die bij een hernieuwde uitgifte aan het langste eind zullen trekken. Het zijn immers de partijen die een plek in de markt hebben veroverd en waar niet veel ruimte meer is voor nieuwkomers (eerder doet zich een consolidatie voor). Het

heikele punt blijft evenwel de waarde die aan de gebruiksrechten moet worden toegekend.

Verlenging is minder relevant voor niet-schaarse vergunningen, aangezien daar de schaarsteproblematiek en waardering niet of in sterk verminderde mate spelen. Deze vergunningen zullen automatisch worden verlengd voor periodes tussen de drie en vijf jaar. Deze korte periode moet maximale flexibiliteit waarborgen.

Regulering, toezicht en convergentie²¹

De voorgestelde verbeteringen met betrekking tot het frequentieplan en een betere afstemming van bevoegdheden zijn stappen op de goede weg. Er zijn echter meer generieke reguleringvragen die aandacht verdienen en waarvoor in de nota aandacht voor had kunnen zijn.

De toenemende convergentie op zowel netwerk- als dienstenniveau brengt bijvoorbeeld met zich mee dat traditionele onderscheidingen in gebruik moeilijk te handhaven zijn. Consumenten nemen via draadloze communicatie een steeds breder samengesteld pakket van diensten af. Tegelijkertijd ontstaan complexe diensten- en infrastructuurpatronen waarbij vast en draadloos interacteren. Deze ontwikkelingen vergen een meer gestroomlijnd besluitvormingstraject. Verschillende lidstaten van de Europese Unie (zoals het Verenigd Koninkrijk, Italië en Oostenrijk) hebben inmiddels voor een inrichting van het besluitvormingstraject gekozen, waarbij meer samenhang is aangebracht. Het meest duidelijke voorbeeld is de instelling van één toezichthouder/regulator voor de communicatiesector, zoals Ofcom (Office of Communication) in het Verenigd Koninkrijk. Door de regering is het Ofcom-model in het kader van de evaluatie van OPTA zonder al te veel steekhoudende onderbouwing afgewezen en het onderwerp wordt in de frequentienota verder doodgezwegen.²² Nadere studie van het model, en van samenhangende toezichtsarrangementen voor de communicatiesector in het algemeen, is desalniettemin gewenst.²³ Er blijft namelijk veel voor te zeggen om verantwoordelijkheden zoveel mogelijk in één structuur onder te brengen. Nu liggen er taken/bevoegdheden bij OPTA, Commissariaat voor de Media, het Agentschap Telecom en de ministers van OCW en EZ.

Een tweede complicerende factor betreft het gegeven dat de verdeling van frequenties in Nederland nog steeds wordt gezien als een aangelegenheid die volledig en rechtstreeks onder de ministeriële verantwoordelijkheid dient te vallen. Het Agentschap Telecom opereert weliswaar op enige afstand van het ministerie van EZ (hetgeen gezien de vestigingsplaats van ministerie en agentschap tenminste letterlijk te nemen is), maar verkeert niet zoals OPTA en Commissariaat voor de Media in een onafhankelijke positie. Ondermeer in de evaluatie van de verdeling van de frequenties voor UMTS is geconstateerd dat meer afstand gewenst is.²⁴ Ook bij de verdeling van de frequenties voor commerciële radio had mijns inziens

18 Kamerstukken I, 2004/05, 30 027, nr. A.

19 Ministerie van Economische Zaken, *Openbare consultatie in het kader van de besluitvorming over het al dan niet verlengen van de GSM 900 vergunningen* (www.frequenties.ez.nl). Het gaat om de aan KPN en Vodafone verleende vergunningen die in 2007 aflopen. De details van deze vergunningen en de consultatie laat ik hier verder onbesproken.

20 Er zijn wat beperkte rechtsnoeren geformuleerd. Zie: Communications Committee (working document), *Renewal of 2G Rights of Use – Follow-up to Document*

COCOM 04-37, COCOM04-46, Brussel, 23 juni 2004.

21 Zie hierover de in noot 13 genoemde studie.

22 Kamerstukken II, 21 693, nr. 56.

23 Zie ook: E.J. Dommering, N.A.N.M. van Eijk, J.J.M. Theeuwes en F.O.W. Vogelhaar, *Toezicht en regulering in de telecommunicatiemarkt*, Amsterdam: IVIR/Cramwinckel, 2001.

24 M.C.W. Janssen, A.P. Ros en N. van der Windt, *De draad kwijt? Onderzoek naar de gang van zaken rond de Nederlandse UMTS-veiling*, juni 2001.

een mindere mate van politieke betrokkenheid geleid tot een snellere en betere verdeling (smethode).²⁵ In het kader van de voorgestane flexibilisering is het zeer wel denkbaar dat de ministeriële verantwoordelijkheid zich tot de kern beperkt. De minister stelt de hoofdlijnen van de frequentieverdeling vast, zoals het eerder beschreven Behoeftte-onderbouwingsplan (BOP), maar laat de uitwerking ervan in een frequentieplan en de concrete frequentietoewijzing over aan een zelfstandig bestuursorgaan. Dit zou een verzelfstandigd Agentschap Telecom kunnen zijn, maar het ligt in een dergelijk model meer voor de hand het Agentschap op te laten gaan in OPTA of onder verantwoordelijkheid van OPTA te plaatsen. Om voor de hand liggende redenen blijft de verdeling van frequenties voor het domein van publieke taken, inclusief het frequentiegebruik voor publieke omroep, een rechtstreekse verantwoordelijkheid van de minister, maar de ordening van het overige vergunningdomein en het vergunningsvrije domein vind plaats op het niveau van het zelfstandig bestuursorgaan.

Eindgebruikers

Last but not least: de laatste tijd valt in de beleidsvorming te constateren dat weer wat meer oog is voor het feit dat marktwerking geen doel op zich is, maar een middel dat moet leiden tot een hogere welvaart bij de burger/consument/eindgebruiker. Gebruikersbelangen krijgen in dit veranderend perspectief weer meer zelfstandige betekenis. In de telecommunicatiesector is in dit verband het actieplan 'Een slimme consument in een snelle markt' een pregnant voorbeeld.²⁶ Hierin worden forse maatregelen aangekondigd wanneer de positie van consumenten niet serieus wordt genomen. De Nota Frequentiebe-

²⁵ Zie in dit verband onder meer: N.A.N.M. van Eijk 'Geen frequenties voor onruststokers', in: *Mediaforum* 2002-11/12, p. 352-354.

leid dicht aan de eindgebruiker geen al te prominente rol toe. Zoals al eerder aangegeven, maakt het behartigen van de belangen van de eindgebruiker geen (zelfstandig) onderdeel uit van de doelstelling van het nieuwe beleid. Het begrip 'gebruiker' is in de eerste plaats gereserveerd voor de marktpartijen die gebruik maken van frequenties. Een aantal malen staat – wat verwarrend – 'gebruiker' ook voor de eindgebruiker in klassieke zin. Waar de nota spreekt over de consument wordt in de eerste plaats het klassieke beeld geschetst: door meer concurrentie krijgt hij beter aanbod, lagere prijzen enz. Het tweede belang dat voor de eindgebruiker wordt benoemd is het vraagstuk van gezondheid, veiligheid en milieu, aspecten die evenwel in de nota niet verder worden gespecificeerd. Ofschoon de specifieke consumentenaspecten en problemen rond straling en de plaatsing van antennes elders in het beleid wel zijn uitgewerkt,²⁷ had het niet misstaan wanneer de nota hieraan meer expliciet aandacht had besteed en tenminste de belangen van de eindgebruiker onderdeel had gemaakt van de doelstelling.

Slot

Over vijf jaar zal de nota frequentiebeleid opnieuw geëvalueerd worden, want langer dan 5-10 jaar vooruitkijken is gezien de snelle technologische ontwikkelingen niet mogelijk, zo staat te lezen op pagina 6 van de nota. De wijze waarop het beleid is geformuleerd laat een dergelijke inschatting toe. Tegelijkertijd hebben we hiermee ook de Achilleshiel van het stuk te pakken. De nota blinkt net iets te veel uit in algemeenheden, mist detaillering en laat relevante – maar kennelijk politiek te gevoelige – vraagstukken te vaak onbesproken. Graag iets meer visie en standpunten de volgende keer.

²⁶ *Kamerstukken II*, 2004/05, 27 879, nr. 12.

²⁷ Zie onder meer: *Kamerstukken II*, 27 561.

VMC Studiemiddag

Openbaarheid van Rechtspraak

Vooraankondiging

Op 19 mei a.s. organiseert de vereniging voor Media- en Communicatierecht een openbare studiemiddag over Openbaarheid van Rechtspraak in het gebouw van de Amsterdamse Rechtbank. Basis voor lezingen en discussie is het binnenkort te verschijnen rapport van de VMC-Studiecommissie Openbaarheid van Rechtspraak onder voorzitterschap van prof. Jan de Meij.