

2 VERDELING VAN RADIOFREQUENTIES

N.A.N.M. van Eijk & A.W. Hins

1 INLEIDING

Frequenties zijn een klassiek voorbeeld van een schaarse hulpbron die door de overheid verdeeld wordt. In deze bijdrage wordt allereerst ingegaan op de vraag waarom frequenties als schaars worden gekenschetst. Dit is niet uitsluitend omdat het frequentiespectrum in technische zin eindig zou zijn. Andere factoren zijn minstens zo belangrijk, zoals marktaspecten en frequentieplanning. Vervolgens zal worden geschetst hoe de frequentieschaarste juridisch is ingekaderd. Het Europese niveau is in hoge mate bepalend voor wat er aan nationale invulling mogelijk is. Een en ander neemt niet weg dat in de concrete verdelingsfase de nodige beleidskeuzes moeten worden gemaakt. Zowel de toepassing van het wettelijk kader als de beleidskeuzes zijn regelmatig onderwerp geweest van juridische toetsing, zoals blijkt uit de bespreking van de rechtsbescherming. De auteurs bepleiten onder meer dat de verdeling van frequenties baat zal hebben bij een vereenvoudiging van het wettelijke kader en bij een grotere afstand tussen beleid en uitvoering.

2 FREQUENTIES ZIJN SCHAARS

De Internationale Telecommunicatie Unie (ITU), opgericht in 1865, is een van de oudste internationale verdragsorganisaties. Het in gebruik nemen van radiofrequenties was een belangrijke reden voor het ontstaan en de verdere uitbouw van de ITU. Radiofrequenties vragen om internationale coördinatie omdat zij nu eenmaal eigenschappen hebben die niet stoppen bij de landsgrenzen. Het is inherent aan etheruitzendingen dat zij grensoverschrijdend zijn. Dat was zeker het geval in de begindagen van de telecommunicatie. Aanvankelijk werd gebruik gemaakt van lange golflengten, die erg ver konden reiken (nog steeds kunnen lange golf uitzendingen in grote delen van de wereld worden ontvangen). Dit heeft te maken met de karakteristieken van de betreffende frequenties. Sommige frequenties zijn beter geschikt voor bepaalde doeleinden: lage frequenties (dus lange golven) als men een groot bereik nastreeft, frequenties in hoge banden wanneer kleinschalige of fijnmazige netwerken nodig zijn (bijvoorbeeld voor mobiele telefonie). Frequenties bestemd voor satellieten zijn niet voor alle regio's toepasbaar omdat er storing optreedt als gevolg van heftige regenval. Storing kan ook optreden wanneer zenders van dezelfde frequentie gebruik maken. Dit vergt planning van opstelplaatsen, antennehoogtes en zendvermogens.

Technologische ontwikkelingen maken het mogelijk om frequenties te gebruiken in banden die tot dan toe maar beperkt inzetbaar waren. Inefficiënt gebruik kan worden vervangen door meer efficiënt gebruik zoals dat het geval is met de invoering van digitale televisie. De ruimte die voorheen door één analoog programma werd ingenomen, kan nu 8 tot 16 digitale programma's bevatten afhankelijk van de gebruikte compressiestandaard. En soms komen frequenties weer vrij omdat de diensten die er gebruik van maakten voortaan via vaste netwerken worden geleverd. Maar de inzetbaarheid van nieuwe technologie of standaarden gaat vaak niet van de ene op de andere dag. Wanneer de gehele bevolking beschikt over analoge FM/AM-radio ontvangers, betekent het overstappen van analoge naar digitale ontvangst dat miljoenen radio-ontvangers moeten worden vervangen. Daarom worden naast digitale uitzendingen de analoge uitzendingen nog lange tijd gecontinueerd met als gevolg een dubbel beslag op frequentiecapaciteit. Omdat veel gebruik grensoverschrijdend is (denk maar aan frequenties die voor luchtverkeersgeleiding worden gebruikt), is er veel en in de regel langdurig overleg nodig: over frequentieverdeling, de koppeling van frequenties aan vormen van gebruik en het vaststellen van technologische standaarden en normen. Frequenties zijn derhalve in meerdere opzichten schaars. Niet uitsluitend omdat het frequentiespectrum eindig is, maar door tal van andere factoren. Factoren die deels statisch en deels in meer of mindere mate dynamisch zijn. Statisch wanneer de eigenschappen van bepaalde frequenties essentieel zijn voor bepaalde diensten; dynamisch wanneer bijvoorbeeld technologische ontwikkelingen de inzet van andere frequenties mogelijk maken of tot een efficiënter gebruik kunnen bijdragen.

3 FREQUENTIEPLANNING EN VERDELING

Om met de frequentieschaarste om te kunnen gaan, wordt in de regulering gebruik gemaakt van een tweetal instrumenten, namelijk frequentieplanning en frequentieverdeling. Onder frequentieplanning wordt verstaan het ordenen van het spectrum in een plan dat aangeeft welke frequenties voor welk doel bestemd zijn. Daarvoor zijn internationaal overeengekomen kaders veelal bepalend.

Het ordenende karakter van een frequentieplan brengt met zich mee dat enerzijds ruimte wordt gegeven voor bepaald gebruik. Anderzijds heeft een frequentieplan een beperkend karakter en creëert het een eigen 'schaarste dynamiek'. Immers, de ruimte die aan de een wordt geboden, is een beperking voor een ander. Een typisch voorbeeld in dit verband is de ruimte die gereserveerd wordt voor overheids- c.q. publieke diensten zoals defensie, politie, ambulances of de publieke omroep. Het is ook mogelijk dat het frequentieplan bepaalt dat delen van het spectrum 'vrij' zijn en binnen bepaalde grenzen door een ieder kunnen worden gebruikt zonder aan een vergunning gebonden te zijn. Dit is bijvoorbeeld

het geval met frequenties voor afstandsbedieningen/draadloze besturing, WiFi of bepaald portofoongebruik.

Bij de frequentieverdeling gaat het om het verdelen van het beschikbare spectrum op basis van een eerder geformuleerd frequentieplan. De verdelingsmethode¹ (er kan in beginsel gekozen worden tussen loting, uitgifte op volgorde van binnenkomst, veiling of verdeling via een vergelijkende toets²) en de vergunningsvoorwaarden (waaronder ingebruiknameverplichtingen of de duur van de vergunning) zijn wezenlijke elementen van de verdeling.

4 INKADERING REGULERING

Ofschoon al in een vroeg stadium de regulering van frequenties beïnvloed werd door internationale coördinatie, staat nationale autonomie nog steeds hoog in het vaandel. Frequenties worden als strategisch gezien en nationale gevoelens spelen een belangrijke rol. Dat is onder meer het geval bij frequenties voor defensiedoeleinden (defensie is een van de grootgebruikers) of voor cultuurgerelateerd gebruik (lees: (publieke) omroep). Het overdragen van bevoegdheden of het meer bepalend laten zijn van regulering en beleid op niet-nationaal niveau ligt derhalve gevoelig.

Een en ander neemt niet weg dat met de groeiende rol van Europa ook de invloed van de Europese Unie op het gebied van frequenties door de jaren heen fors is gegroeid. Europese kaders zijn – naast de meer globale afspraken op ITU-niveau – vandaag de dag doorslaggevend voor de reguleringsruimte in de Nederlandse Telecommunicatiewet. Deze is meer en meer een uitwerking van Europese verordeningen, richtlijnen en aanbevelingen.

4.1 Europese Unie

De zogenaamde Kaderrichtlijn³ en Machtigingsrichtlijn⁴ hebben de meest verstrekkende consequenties voor de verdeling van frequenties. Wij beperken ons hier tot een schets op hoofdlijnen.

1 Zie over de typologie van verdeelmethode onder meer: F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen, de verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het bestuursrecht*, oratie, Deventer: Kluwer 2004, p. 9-19. Zie in deze bundel ook de bijdrage van Wolswinkel.

2 In de Telecommunicatiewet is er voor gekozen om de loting niet als verdelingsmethode te gebruiken bij frequenties, zie hierna paragraaf 4.2.

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 (Kaderrichtlijn), PB L 108/33 d.d. 24/04/2002, laatstelijk gewijzigd bij Richtlijn 2009/140/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009, PBL 337/47 d.d. 18/12/2009. Geconsolideerde tekst <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2002L0021:20091219:NL:PDF>.

4 Richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (Machtigingsrichtlijn), PB L 108/21 d.d. 24/04/2002,

De Kaderrichtlijn geeft de belangrijkste uitgangspunten met betrekking tot de regulering van de telecommunicatiesector. Artikel 9 bepaalt dat frequenties een publiek goed zijn met een belangrijke maatschappelijke, sociale en economische waarde. Lidstaten moeten frequenties efficiënt beheren met in achtneming van de artikelen 8 en 8 bis van de Kaderrichtlijn. Deze artikelen geven de beleidsdoelstellingen en reguleringsbeginselen die voor lidstaten leidend moeten zijn (artikel 8) en gaan in op de (Europese) planning en coördinatie van het spectrumbeleid (artikel 8 bis). De beleidsdoelstelling en reguleringsbeginselen komen er kort gezegd op neer dat lidstaten en toezichthouders de belangen van de interne markt, concurrentie en de eindgebruikers tegen elkaar moeten afwegen. In artikel 8 worden deze nader gespecificeerd. Met betrekking tot het spectrumbeleid behoren lidstaten volgens artikel 8 bis onderling en met de Europese Commissie samen te werken. Daarbij moet met een veelheid aan aspecten rekening worden gehouden waaronder economische, veiligheids-, gezondheids-, maatschappelijke, vrije meningsuitings-, culturele en technische aspecten. In de kern bepaalt de Machtigingsrichtlijn (artikel 5) dat binnen de telecommunicatiesector het vergunningsinstrument uitsluitend mag worden aangewend voor de verdeling van schaarse hulpbronnen. De richtlijn specificeert deze hulpbronnen nader tot frequenties en nummers. Vervolgens hanteert de richtlijn als uitgangspunt dat een systeem van algemene machtigingen de voorkeur heeft boven een systeem van individuele vergunningen. Bij een systeem van algemene machtigingen volgen de rechten en plichten verbonden aan het gebruik van frequenties primair uit de wet of nadere regelgeving. Dit in tegenstelling tot een individuele vergunning die gekenmerkt wordt door vergunningsvoorwaarden die van geval tot geval kunnen verschillen. Een systeem van algemene machtigingen is dan meer transparant en derhalve beter controleerbaar.

Individuele vergunningen zijn toegestaan om storing te vermijden, de technische kwaliteit van een dienst te verzekeren, efficiënt spectrumgebruik te waarborgen en om 'andere doelstellingen van algemeen belang te vervullen die door de lidstaten overeenkomstig het Gemeenschapsrecht worden bepaald'. Kortom, er is nog veel ruimte voor individuele vergunningen. Overigens is de praktijk meer genuanceerd en gaat het niet altijd om een zwart/wit tegenstelling. Vergunningsvoorwaarden bij een individuele vergunning kunnen in belangrijke mate voortvloeien uit algemene bepalingen in de wet of in nadere regelgeving. De Machtigingsrichtlijn (artikel 6) specificeert nader wat de voorwaarden zijn waaraan een stelsel van algemene machtigingen dan wel individuele vergunningverlening moet voldoen. Voorwaarden moeten in ieder geval niet discriminerend, evenredig en transparant zijn. Daarnaast is er een uitgebreide lijst opgenomen in een bijlage die ingaat op de aard

laatstelijk gewijzigd bij Richtlijn 2009/140/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009, PB L 337/37 d.d. 18/12/2009. Geconsolideerde tekst: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2002L0020:20091219:NL:PDF>.

en soort van voorwaarden. Het betreft onder meer voorwaarden over milieu, veiligheid, algemeen belang, etc.

Waar het gaat om het algemeen belang bij de verdeling van frequenties voor radio- en televisie omroep stelt de richtlijn dat weliswaar de doelen van algemeen belang mogen worden nagestreefd, maar dat desalniettemin de toedeling van frequenties proportioneel moet zijn en de verlening moet plaatsvinden op basis van open, objectieve, transparante en niet-discriminatoire procedures. De richtlijn werkt de te volgen procedures voor het verlenen van gebruiksrechten verder uit in een afzonderlijk artikel (artikel 7 Machtigingsrichtlijn). De procedure dient onder meer gericht te zijn op het maximaliseren van de voordelen voor gebruikers, maar ook de mededinging te bevorderen.

Bij het verlenen van gebruiksrechten moet worden aangegeven of en onder welke voorwaarden overdracht mogelijk is. De duur van de te verlenen gebruiksrechten behoort passend te zijn bij de betrokken dienst en rekening te houden met de gedane investeringen en de afschrijving ervan.

Frequenties mogen niet ‘op de plank blijven liggen’. Lidstaten kunnen het aantal gebruiksrechten slechts beperken wanneer dit nodig is om efficiënt gebruik van radiofrequenties te waarborgen. Hiermee wordt bijvoorbeeld bedoeld op het feit dat frequenties die worden uitgegeven ook in gebruik moeten worden genomen. In lijn hiermee is het vereiste dat nationale regelgevende instanties⁵ er voor moeten zorgen dat frequenties daadwerkelijk en efficiënt gebruikt worden. Zo nodig worden passende maatregelen genomen – al dan niet in het kader van overdracht of accumulatie van gebruiksrechten – om toegekende frequenties te verminderen, in te trekken, of de gebruiksrechten gedwongen te verkopen.

De tekst van de richtlijn laat er geen twijfel over bestaan dat de veiling als verdeelinstrument kan worden ingezet. Echter, een veiling (of ander verdeelinstrument) kan niet gericht zijn op maximaliseren van de opbrengst. Vergoedingen voor gebruiksrechten kunnen uitsluitend tot doel hebben het gebruik te optimaliseren (artikel 13 Machtigingsrichtlijn).⁶ Bovendien dienen de vergoedingen objectief gerechtvaardigd, transparant, niet-discriminair en proportioneel te zijn, waarbij tevens rekening moet worden gehouden met de algemene beleidsdoelstellingen van artikel 8 Kaderrichtlijn. Naast een vergoeding gericht op het optimaliseren van de gebruiksrechten, laat de richtlijn in artikel 12 nog ruimte voor vergoeding van administratieve kosten. Onder de noemer van administratieve lasten kunnen geen gebruikersvergoedingen worden geschoven.

5 Nationaal Regelgevende Instanties (NRI's) zijn onafhankelijk van de markt opererende toezichhouders (onafhankelijkheid ten opzichte van de overheid is dus geen vereiste).

6 Zie over deze vergoedingsproblematiek SEO Economische Onderzoek (J. Poort e.a.), IViR (N.A.N.M. van Eijk), TNO (B. van den Ende e.a.) en Universiteit Leiden/TNO (P. Rutten), *Waarde commerciële radiovergunningen*, april 2010, *Kamerstukken II*, 2009/10, 24095, nr. 257 (bijlage), p. 3-6.

In de laatste versie van de Kaderrichtlijn (artikel 8 bis) zijn de mogelijkheden om op Europees niveau te coördineren verder toegenomen. De Europese Commissie kan voortaan voorstellen doen om te komen tot meerjarige programma's voor het spectrumbeleid.⁷ Dit moet leiden tot meer Europese harmonisatie. In het verleden is enige malen gekozen om bij richtlijn specifieke technische standaarden voor te schrijven. Zo is de GSM-standaard opgelegd, hetgeen wordt gezien als een belangrijke basis voor het wereldwijde succes van GSM.⁸ Het bindend opleggen van standaarden wordt vandaag de dag niet meer passend geacht vanwege het beleidsuitgangspunt dat frequenties zoveel mogelijk technologie-neutraal moeten worden verdeeld. Bestaande standaardisatieprocessen worden ondersteund en in voorkomende gevallen worden bepaalde standaarden meer gepromoot dan andere.

4.2 Telecommunicatiewet

De invloed van de Europese ontwikkelingen is rechtstreeks terug te vinden in de Telecommunicatiewet en het nationale beleid ten aanzien van de verdeling van frequenties. Hoofdstuk 3 van de wet regelt de frequenties. Ten tijde van het schrijven van deze bijdrage was zowel een voorstel aanhangig tot algehele herziening van hoofdstuk 3 Telecommunicatiewet,⁹ als een consultatie gaande over de 'strategische nota mobiele communicatie', waarin voorstellen worden gedaan voor nieuw beleid gericht op de periode 2011-2017.¹⁰

De systematiek van hoofdstuk 3 is relatief eenvoudig. Frequenties worden verdeeld op basis van een frequentieplan (het 'Nationaal Frequentieplan', NFP).¹¹ Dit plan beschrijft wat voor gebruik er voor bepaalde frequenties is toegestaan en op welke wijze de frequenties verdeeld kunnen worden. Zo is de frequentieband 87,5-108 MHz bestemd voor FM omroep met als verdelingsmethode 'Vergunningverlening bij voorrang aan publieke omroep of, in geval van commerciële omroep, via veiling of vergelijkende toets. (...)'. De 900 MHz, 1800 MHz en 2100 MHz-banden zijn bestemd voor mobiele communicatie met als verdeel-methode 'Vergunningverlening via veiling of vergelijkende toets. (...)'. In deze banden bevinden zich de huidige mobiele netwerken van KPN, Vodafone en T-Mobile. Uit deze omschrijvingen blijkt dat er wat betreft radio nog steeds een specifieke technologie wordt voorgeschreven (FM), terwijl dat bij mobiele communicatie niet meer het geval is. Oor-

7 Een eerste conceptvoorstel is in mei 2010 gepubliceerd (COM(2010)471 finale; zie onder meer het persbericht van de Europese Commissie, IP/10/540).

8 Richtlijn 87/372/EEG van de Raad van 25 juni 1987 inzake de voor een gecoördineerde invoering van openbare paneuropese digitale cellulaire mobiele communicatie te land in de Gemeenschap beschikbaar te stellen frequentiebanden, *PbEG* 1987 L 196/85. Deze richtlijn is inmiddels ingetrokken.

9 *Kamerstukken II*, 2010/11, 31412. Zie over de herziening onder meer M.L. Verberne, 'Convergentie en flexibiliteit. Ontwikkelingen in het frequentiebeleid', in: *Mediaforum* 2008-10, p. 388-397.

10 <http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/frequentiebeleid/consultaties/consultatie-strategische-nota-mobiele-telecommunicatie>.

11 <http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/frequentiebeleid/nationaal-frequentieplan-nfp>.

spronkelijk waren daar standaarden als GSM en UMTS van belang. Door het vervallen van deze standaarden wordt gepoogd invulling te geven aan het nieuwe beleidsuitgangspunt van flexibilisering: zolang er mobiele communicatie wordt aangeboden is er geen verder technologie-vereiste van toepassing.

Naast flexibilisering kenmerkt het nieuwe beleid zich door een aantal andere uitgangspunten zoals het vergroten van de verhandelbaarheid (zo kunnen aanbieders onderling frequenties uitwisselen om netwerken te optimaliseren) en het zoveel mogelijk vergunningsvrij uitgeven van spectrum (zoals dat voor WiFi het geval is, zie paragraaf 2 hiervoor).

Wat betreft de verdeling van frequenties zijn in de Telecommunicatiewet – kort samengevat¹² – drie methoden voorzien, namelijk de verdeling op volgorde van binnenkomst, de veiling en de vergelijkende toets (artikel 3.3., lid 4). Verdeling op volgorde van binnenkomst is nog steeds de meest toegepaste methode. De veiling wordt met name ingezet in de zakelijke markt voor mobiele communicatie, terwijl de vergelijkende toets bij omroep centraal staat. In het in behandeling zijnde wetsvoorstel¹³ wordt nog een vierde variant geïntroduceerd, namelijk de ‘verdeling op afroep’. Hiermee wordt bedoeld op de situatie dat een marktpartij zich meldt voor een of meerdere frequenties, dit verzoek vervolgens wordt gepubliceerd en – mocht blijken dat er geen andere gegadigden zijn (d.w.z. dat er geen schaarste is) – de frequentie(s) worden toegekend als ware er sprake van verdeling op volgorde van binnenkomst. Zijn er wel meer gegadigden dan volgt een veiling. De wet kent verder het zogenaamde ‘financieel instrument’, waarmee wordt bedoeld op de mogelijkheid om een bepaald (minimum)bedrag te vragen voor de toekenning van frequenties met als doel een efficiënt gebruik te bewerkstelligen (artikel 3.3a). Een combinatie van de diverse elementen is eveneens mogelijk. Er wordt bijvoorbeeld een minimumbedrag bepaald bij een verdeling op basis van een vergelijkende toets. Wanneer verschillende kandidaten gelijk eindigen op basis van de criteria van de vergelijkende toets, geeft de hoogte van een bij de inlevering van de bieding gedaan ‘vrijwillig’ financieel bod de doorslag. De regels van de wet zijn verder uitgewerkt in een AMvB, het Frequentiebesluit,¹⁴ en in ministeriële regelingen. In het frequentiebesluit wordt bijvoorbeeld in artikel 6a ruimte geboden om nieuwkomers toe te laten en bestaande marktpartijen te beperken bij deelname aan een frequentieverdeling. De ministeriële regelingen verschillen veelal per te verdelen spectrum en omvatten primair de aanvraagprocedure en een uitwerking van de verdeelmethode. Daarbij kan het gaan om regels waarbij beperkingen aan zittende partijen worden opgelegd, zoals ‘frequentiecaps’, en expliciet ruimte wordt gemaakt voor ‘nieuwkomers’.

12 Zie voor een uitgebreidere beschouwing over de huidige verdeelmethoden en het voorstel tot wijziging van hoofdstuk 3 Telecommunicatiewet: J. Wolswinkel, ‘De classificatie van verdelingsprocedures voor frequenties in de Telecommunicatiewet. Pleidooi voor een materiële benadering’, in: *Mediaforum* 2009/2, p. 42-51.

13 Een nota naar aanleiding van het tweede nader verslag verscheen als *Kamerstukken II*, 2010-2011, 31 412, nr. 28.

14 *Stb.* 1998, 638, laatstelijk gewijzigd *Stb.* 2010, 313.

Ter illustratie kan de recente veiling van frequenties voor de vierde generatie mobiele telefonie dienen. Ofschoon de frequenties in de 2.6 GHz-band technologieneutraal werden aangeboden, stond vast dat de geïnteresseerde partijen vooral de zogenaamde LTE technologie¹⁵ wilden inzetten waarbij zowel zeer snelle internettoegang als gesprekken mogelijk zijn. Bovendien had de Europese Commissie een voorkeur uitgesproken voor LTE. Een en ander impliceerde tevens dat er een voorkeur bestond voor een bepaalde indeling van het spectrum (zogenaamd gepaard spectrum versus ongepaard spectrum). Onder druk van de Tweede Kamer werd het oorspronkelijke veilingmodel ingrijpend aangepast om ruimte te bieden aan tenminste drie nieuwkomers naast de bestaande drie mobiele aanbieders.¹⁶ Aan de bestaande partijen werden daartoe beperkingen opgelegd met betrekking tot het in deze veiling te verwerven spectrum (de zogenaamde frequentiecap). De beperkingen waren gerelateerd aan de hoeveelheid spectrum die men al in het bezit had voor mobiele telefonie. Een en ander is gedetailleerd terug te vinden in de bijzondere regeling voor de verdeling.¹⁷ Door de interventie van de Tweede Kamer liep de veiling negen maanden vertraging op. De belangstelling van nieuwkomers – slechts twee partijen waren geïnteresseerd – bleek uiteindelijk zeer gering en als gevolg van de beperkingen die aan bestaande partijen werden opgelegd kon geen optimale schaarsteverdeling plaats vinden: op delen van de beschikbare frequenties werd niet geboden. In opdracht van het ministerie van Economische Zaken heeft een evaluatie van de veiling plaats gevonden. Het rapport is regelmatig kritisch van aard en ondersteunt diverse elementen uit de hier gegeven analyse, zoals de opgetreden vertraging en een niet optimale verdeling.¹⁸ Het lijkt alsof er niet veel veranderd is ten opzichte van de eerdere UMTS-veiling, waarvan een onafhankelijk onderzoek in opdracht van de Tweede Kamer onder meer concludeerde dat onafhankelijk advies niet was opgevolgd en betwijfeld kon worden of er wel een optimaal veilingresultaat was bereikt.¹⁹

Nu betreft het bevorderen van nieuwkomers of beknotten van zittende partijen een zeer gecompliceerde problematiek waarbij doelstellingen van frequentiebeleid niet altijd in lijn met elkaar behoeven te zijn. Snel veel frequenties uitgeven aan bestaande marktpartijen met zware uitrolverplichtingen kan er toe leiden dat diensten snel voor de eindgebruiker/samenleving beschikbaar komen. Echter, een dergelijke strategie kan beperkend zijn voor de mededinging. Hetgeen weer de vraag doet rijzen of ex ante maatregelen moeten worden genomen om tot een meer competitief speelveld te komen door nieuwkomers

15 Zie over LTE: <http://www.frequentieland.nl/umts/lte.htm>.

16 *Kamerstukken II*, 2008/09, 24095, nr. 229 en 233.

17 *Stcrt.* 2009, nr. 15836 d.d. 26/10/2009 (Regeling aanvraag- en veilingprocedure vergunningen 2,6 GHz), gewijzigd bij *Stcrt.* 2010, 583, d.d. 14 januari 2010.

18 PWC, 'Evaluatie 2.6 GHz veiling', *Kamerstukken II* 2009/10, 24095, nr. 262.

19 M.C.W. Janssen, A.P. Ros en N. van der Wind (red.), *De draad kwijt? Onderzoek naar de gang van zaken rond de Nederlandse UMTS-veiling*, Tweede Kamer, 2001. Zie ook *Kamerstukken II*, 2001-2002, 24095, nrs. 86 en 104.

voordelen toe te kennen of dat volstaan kan worden met correctieve maatregelen achteraf (via sectorspecifieke regulering of toepassing van het generieke mededingingsrecht). En is er in een verzadigde markt nog wel ruimte voor nieuwkomers of is de kans groot dat de nieuwkomers onvoldoende mogelijkheden zien om daadwerkelijk toe te treden c.q. volwaardig de concurrentie aan te gaan? De overheid lijkt bij de vraag of er wel of niet beleid inzake nieuwkomers kan worden gevoerd een ruime marge te hebben. Toen bij de verdeling van UMTS frequenties er geen specifiek nieuwkomerbeleid was en bij de 2.6 GHz veiling weer wel, stuitte dat bij de beoordelende rechterlijke colleges op weinig weerstand.²⁰ Dit neemt niet weg dat er bij komende veilingen nog de nodige uitdagingen liggen.²¹

4.3 Bevoegdheden

Frequentieverdeling is primair een aangelegenheid van de minister. Het frequentieplan wordt door de minister opgesteld en de concrete verdeling van frequenties geschiedt eveneens onder directe verantwoordelijkheid van de minister. Door hem worden de bijbehorende regelingen vastgesteld en het Agentschap Telecom (AT, gevestigd in Groningen), dat onder volledige verantwoordelijkheid van de minister valt, voert de verdeling, bijvoorbeeld een veiling, uit. De zelfstandige toezichthouder van de telecommunicatie sector, de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA), heeft slechts een adviserende rol. Hetzelfde geldt voor de NMa.

5 RECHTSBESCHERMING

De rechtsbescherming met betrekking tot de verdeling van schaarste in de ether laat zich eveneens onderverdelen in een Europese en een nationale context. De Europese sectorspecifieke regulering is terug te vinden in de Kaderrichtlijn, nationaal is de Telecommunicatiewet een bepalende factor. Volgens artikel 17.1 Tw is in beginsel de rechtbank te Rotterdam bevoegd ten aanzien van besluiten op grond van deze wet. Hoger beroep staat open bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

Zoals in paragraaf 4.2 reeds werd besproken, neemt de verantwoordelijke minister op grond van de Telecommunicatiewet allerlei beslissingen met betrekking tot de wijze van verdeling. Voor de rechtsbescherming is een essentiële vraag welke beslissingen van de minister een 'besluit' zijn in de zin van de Algemene wet bestuursrecht en welke besluiten zijn uitgezonderd van bezwaar en beroep omdat zij een algemeen verbindend voorschrift

²⁰ CBB d.d. 29/3/2004 (Versatel 3G NV/EZ), LJN: AO7734 resp. Vz. Rechtbank Rotterdam d.d. 16/4/2010, LJN: BM1678.

²¹ Zie in dit verband ook het rapport N. van Gorp, M. Canoy & E. Canton, *Mobile spectrum policy in the Netherlands*, Ecorys 2010.

of een beleidsregel inhouden. Deze vraag komt aan de orde in paragraaf 5.3, die vanwege het essentiële karakter meteen de langste is geworden.

5.1 Europese waarborgen

Het recht op rechtsbescherming bij de verdeling van frequenties is gewaarborgd in artikel 4 van de EU-Kaderrichtlijn. Dit artikel bepaalt dat lidstaten er voor dienen te zorgen dat op nationaal niveau doeltreffende regelingen voorhanden zijn op grond waarvan iedere gebruiker of onderneming die elektronische communicatienetwerken en/of -diensten aanbiedt en die door een beslissing van een nationale regelgevende instantie is getroffen, het recht heeft om tegen die beslissing beroep in te stellen bij een lichaam van beroep dat onafhankelijk is van de betrokken partijen. Op de kwaliteit van de rechtsbescherming wordt toegezien door de Commissie en door BEREC (Body of European Regulators for Electronic Communications).²²

Wanneer wij onze blik wenden van de Europese Unie naar Raad van Europa valt op dat artikel 10, eerste lid, van het EVRM een aparte clausule bevat voor radio en televisie. Volgens het Europese Hof voor de Rechten van de Mens is de strekking daarvan 'to make it clear that States are permitted to control by a licensing system the way in which broadcasting is organised in their territories, particularly in its technical aspects'.²³ Met dat laatste wordt bedoeld op de schaarste aan frequenties. Het weigeren van een zendmachtiging moet echter bij de wet zijn voorzien en noodzakelijk zijn in een democratische samenleving.²⁴ In een Bulgaarse zaak bleek ook artikel 13 EVRM (waarin het recht op effectieve rechtsbescherming is verwoord) relevant. De nationale rechter had de weigering een omroeprequentie toe te kennen niet willen onderzoeken omdat het bestuursorgaan volgens het Bulgaarse recht een grote beleidsvrijheid bezat bij de verdeling van het schaarse goed. De gang van zaken werd door het Hof in strijd geacht met artikel 13 EVRM. Het Hof herinnerde eraan dat dit artikel vereist dat een inhoudelijke beoordeling plaats vindt wanneer iemand een verdedigbare klacht heeft over een mogelijke schending van het EVRM.²⁵

In een zaak tegen Armenië ging het EHRM er impliciet vanuit dat een geschil over de uitvoering van een vergelijkende toets bij de verdeling van omroep frequenties onder de reikwijdte van artikel 6 EVRM valt.²⁶ Dit sluit aan bij de vaste jurisprudentie van het Hof dat ook een bestuursrechtelijk geschil over het verlenen van een vergunning betrekking kan hebben op de vaststelling van 'burgerlijke rechten' in de zin van artikel 6 EVRM indien

22 <http://berec.europa.eu/>.

23 EHRM 28 maart 1990, *Groppera Radio vs Zwitserland*, r.o. 61, NJ 1991, 739 m.nt. E.A. Alkema.

24 EHRM 24 november 1993, *Lentia e.a. vs. Oostenrijk*, NJ 1994, 559 m.nt. E.J. Dommering. De eis van een 'legitimate aim' wordt in dit soort gevallen niet gesteld, zo blijkt uit r.o. 32.

25 EHRM 11 oktober 2007, nr. 14134/02, *Glas Nadezhda Eood en Elenkov vs. Bulgarije*.

26 EHRM 17 juni 2008, nr. 32283/04, *Meltex Ltd. vs Armenië*.

het bezit van de vergunning bijdraagt aan de waarde van een onderneming. De klacht dat artikel 6 EVRM door Armenië was geschonden werd in dit geval kennelijk ongegrond verklaard. Wel was sprake van een schending van artikel 10 EVRM, omdat de criteria in de nationale wetgeving voor het verlenen van vergunningen te vaag waren. Daardoor was de beperking van de uitingsvrijheid niet ‘prescribed by law’.

5.2 *Situatie vóór de Telecommunicatiewet*

Het is instructief stil te staan bij het recht dat gold voor de Telecommunicatiewet, die op 15 december 1998 in werking trad. Indertijd bevatte de wet weinig regels over de wijze waarop frequenties verdeeld moeten worden. Na de komst van de Telecommunicatiewet, die op dit punt veel gedetailleerder is, ging de jurisprudentie over het rechtskarakter van beslissingen in de zin van de Awb een andere kant op.

Onder het regiem van de vroegere Wet op de telecommunicatievoorzieningen (WTV) was het frequentiebeleid vooral gebaseerd op artikel 17 (oud) WTV. De kern van deze bepaling hield in dat het verboden was radio-elektrische zendinrichtingen aan te leggen, aanwezig te hebben of te gebruiken, tenzij met machtiging van de minister van Verkeer en Waterstaat. Welke frequentieruimte de machtiginghouder mocht gebruiken werd vastgelegd in de voorschriften bij de individuele machtiging. Tegelijkertijd bepaalde artikel 82d (oud) van de Mediawet dat de minister van Cultuur en de minister van Verkeer en Waterstaat er gezamenlijk voor moesten zorgen dat voor ‘voor iedere instelling die zendtijd voor lokale omroep heeft verkregen, ten behoeve van de uitzending van haar radioprogramma ten minste één frequentie of samenstel van frequenties beschikbaar is met een bereik dat ten minste gelijk is aan het verzorgingsgebied van het programma, voor zover dit technisch mogelijk is en niet in de weg staat aan een doelmatig gebruik van frequenties’.

Beide bepalingen vormden de achtergrond van een geschil tussen de Amsterdamse lokale omroep Salto en de staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat. Salto maakte bezwaar tegen een ‘Bekendmaking tijdelijke verdeling extra frequenties voor niet-landelijke commerciële radiostations’. In deze bekendmaking, gepubliceerd in de Staatscourant van 1 mei 1998, nr. 82, was aangekondigd dat de minister van Verkeer en Waterstaat in overeenstemming met de minister van Cultuur zou overgaan tot de toewijzing van 22 met name genoemde etherfrequenties aan commerciële gegadigden. Op de lijst stonden onder meer twee frequenties in Amsterdam die Salto zou kunnen gebruiken voor het verbeteren van haar gebrekkige zenderbereik. Salto vroeg daarom een voorlopige voorziening om deze twee frequenties voorlopig niet uit te geven. Dit verzoek werd op 25 juni 1998 afgewezen door de president van de Rotterdamse rechtbank, omdat de bekendmaking het karakter zou hebben van een beleidsregel. Enige weken later oordeelde de staatssecretaris, die inmiddels

de taken van de minister had overgenomen, in navolging van de president dat het bezwaarschrift van Salto niet ontvankelijk was.

In de daarop volgende bodemprocedure nuanceerde de rechtbank het oordeel van de president als volgt:

‘De rechtbank is van oordeel dat de bekendmaking enerzijds elementen bevat die in de richting van een beleidsregel in de zin van artikel 1:3, vierde lid, van de Awb wijzen. Anderzijds bevat de bekendmaking elementen die in het geheel niet duiden op een besluit in de zin van artikel 1:3 van de Awb. Het antwoord op de vraag welke elementen bij de bepaling van het rechtskarakter van de bekendmaking de doorslag zouden moeten geven kan naar het oordeel van de rechtbank in het midden blijven nu het vorenstaande leidt tot de conclusie dat mocht al – een deel van – de bekendmaking een besluit inhouden, dit als beleidsregel gekwalificeerd moet worden. In geen geval kan het voorgaande leiden tot het oordeel dat het bezwaar van eiseres ten onrechte niet-ontvankelijk is verklaard. Het beroep is derhalve ongegrond.’²⁷

Deze beperkte uitleg van de rechtsingang had enkele nadelen. De vraag in hoeverre Salto een ‘voorkeursrecht’ bezat op grond van artikel 82d Mediawet (oud), werd niet beantwoord. Eerst zou de aangekondigde vergelijkende toets moeten worden uitgevoerd. Salto zou pas in beroep kunnen gaan tegen de zendmachtigingen die de staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat als resultaat daarvan zou verlenen. Eerst dan zou de rechter kunnen beoordelen of Salto de frequenties inderdaad nodig had voor de vervulling van haar publieke taak. Bij een bevestigend antwoord zouden commerciële partijen in het kader van de vergelijkende toets kosten voor niets hebben gemaakt.

In werkelijkheid liep het met een sisser af. Salto heeft inderdaad beroep ingesteld tegen de zendmachtigingen, maar op 2 april 2001 achtte de rechtbank te Rotterdam dit beroep ongegrond. Met betrekking tot het wettelijke voorkeursrecht van artikel 82d, (oud) van de Mediawet – dat intussen was overgeheveld naar artikel 3.3, derde lid onder d van de Telecommunicatiewet – overwoog zij, kort gezegd, dat het belang van Salto niet zwaar genoeg woog om de frequenties die toegekend waren aan commerciële omroepen daarvoor in te zetten.²⁸

In de uitspraak van 2 april 2001 liet de rechtbank in het midden of artikel 82d (oud) van de Mediawet dan wel artikel 3.3, derde lid onder d, van de Telecommunicatiewet van toe-

27 Rb. Rotterdam 28 juli 1999, Salto vs. staatssecretaris V&W, *Jurisprudentie Telecommunicatie*, Den Haag: SDU 2004, nr. 13 (p. 59-61). Hoewel de rechtbank niet toelicht welke elementen van de bekendmaking ‘in het geheel niet duiden op een besluit’ ligt het voor de hand dat zij geacht heeft aan het ontbreken van een wettelijke grondslag.

28 Rb. Rotterdam 2 april 2001, Mi Amigo Radio e.a. vs. staatssecretaris van V&W, LJN AB1378.

passing was.²⁹ Materieel verschilden deze bepalingen niet van elkaar. Vervolgens stelde de rechtbank vast dat de publieke lokale omroep geen absoluut recht heeft op een volledig dekkende frequentie en evenmin recht op een kwalitatief hoogwaardige frequentie. De staatssecretaris was daarom niet verplicht elke vrijkomende frequentie primair aan de lokale publieke omroep toe te delen. Stelde het voorkeursrecht dan niets voor? Die stelling wilde de rechtbank ook niet voor haar rekening nemen. Zij overwoog:

‘Daar staat tegenover dat het wettelijke voorkeursrecht wel een zekere normerende werking heeft, in die zin dat verweerder bij vrijkomende frequenties dient te bezien of sprake is van een verzorgingsprobleem en, zo ja, of die frequentie dienstbaar kan zijn aan het oplossen daarvan dan wel of andere adequate oplossingen mogelijk zijn. Ook daarbij gelden echter de wettelijke vereisten dat zulks technisch mogelijk moet zijn en niet strijdig mag zijn met een doelmatig gebruik van de frequentie’.

In hoger beroep heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven zich bij deze overwegingen van de rechtbank aangesloten.³⁰

5.3 *Het rechtskarakter van diverse besluiten*

De Telecommunicatiewet, die op 15 december 1998 in werking trad, verschilt in een aantal opzichten van zijn voorganger, de Wet op de telecommunicatievoorzieningen (WTV). Onder het regiem van de WTV gold een machtigingsstelsel dat betrekking had op de aanleg, het aanwezig hebben en het gebruik van zendingrichtingen. Het was gebruikelijk dat aan een machtiging voorschriften werden verbonden inzake de frequentie die de machtiginghouder mocht gebruiken, de locatie van de zender en het maximale zendvermogen. De Telecommunicatiewet stelt echter niet het gebruik van de apparatuur centraal, maar het gebruik van de frequentieruimte. Dit uitgangspunt is te vinden in artikel 3.3, eerste lid, Tw. ‘Voor het gebruik van frequentieruimte is een vergunning vereist van Onze Minister welke op aanvraag kan worden verleend’. Uitzonderingen op het vergunningvereiste zijn neergelegd in artikel 3.4 Tw. Bij de Tweede Kamer is een wetsvoorstel aangehangig waardoor het vereiste van een vergunning verder wordt teruggedrongen. Het

²⁹ Artikel 3.3, derde lid onder d, Tw bepaalt thans: ‘aan iedere lokale publieke media-instelling die op grond van hoofdstuk 2, titel 2.3, van de Mediawet 2008 is aangewezen wordt, onverminderd artikel 3.6, voor ten minste één omroepnet voor radio vergunning verleend voor een bereik dat ten minste gelijk is aan het verzorgingsgebied, voor zover dit technisch mogelijk is, en een doelmatig gebruik van het frequentiespectrum zich daartegen niet verzet.’

³⁰ CBB 7 augustus 2002, Salto e.a. vs staatssecretaris van V&W, LJN AE6682.

uitgangspunt van dit wetsvoorstel, dat al werd aangestipt in paragraaf 4.2, is 'vergunningvrij waar mogelijk'.³¹

Hoofdstuk 3 van de huidige Telecommunicatiewet onderscheidt diverse beslistmomenten die voorafgaan aan het toewijzen van frequenties aan een gegadigde. Ook dat is een verschil met de voormalige WTV. Onder het regiem van de WTV was het de vraag of beslissingen zonder wettelijke grondslag die genomen werden voorafgaand aan het verlenen van een zendmachtiging, een 'besluit' waren in de zin van artikel 1:3 Awb. Doordat de Telecommunicatiewet nu uitdrukkelijk bepaalt welke beslissingen de bevoegde minister moet nemen, staat het besluitkarakter niet meer ter discussie. Een beslissing van een bestuursorgaan op grond van een publiekrechtelijke bevoegdheid houdt in beginsel een publiekrechtelijke rechtshandeling in.

Niet ieder besluit in de zin van de Awb is echter vatbaar voor bezwaar en beroep. Uitzonderingen gelden onder meer voor een beslissing inzake de procedure ter voorbereiding van een besluit (artikel 6:3 Awb) en voor een besluit inhoudende een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel (artikel 8:2 Awb). Voor een aantal beslissingen op grond van hoofdstuk 3 Tw is pas door jurisprudentie duidelijk geworden wat het rechtskarakter ervan was. Dat geldt in het bijzonder voor besluiten met betrekking tot a) de vaststelling van het frequentieplan, b) het aanwijzen van frequenties voor vitale overheidstaken en publieke omroep, c) de beslissing om een veiling of vergelijkende toets te houden, d) de vaststelling van spelregels voor een bepaalde verdeling en e) het oormerken van frequenties voor een bepaald soort programma's (dit oormerken geschiedt overigens niet op basis van de Telecommunicatiewet, maar op grond van de artikelen 6.23-6.25 van de Mediawet).³²

Het frequentieplan

Het frequentieplan is geregeld in artikel 3.1 Tw. Artikel 2 van het Frequentiebesluit bevat nadere regels over de inrichting ervan. De vraag naar het rechtskarakter van het frequentieplan kwam aan de orde in de procedure die Vodafone Libertel NV voerde tegen het besluit van de minister van Economische Zaken van 4 februari 2005 tot vaststelling van het Nationaal Frequentieplan 2005. Volgens de rechtbank te Rotterdam stond inderdaad bezwaar en beroep tegen het frequentieplan open:

'De rechtbank overweegt allereerst dat, nu in het Nationaal Frequentieplan 2005 (in ieder geval) de verdeling van frequentieruimte over te onderscheiden bestemmingen alsmede over categorieën van gebruik wordt vastgelegd, het Nationaal Frequentieplan 2005 – in elk geval in zoverre – volgens vaste juris-

³¹ *Kamerstukken II*, 2007/08, 31412, nr. 3, p. 16.

³² Zie ook: A. Boorsma en Q. Tjeenk Willink, 'Schaarste in de ether: de rechtspraak over zerobase in vogelvlucht', in: *Mediaforum* 2008/10, p. 378-387.

prudentie als een besluit van algemene strekking, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift dient te worden aangemerkt.³³

Vitale overheidstaken en publieke omroep

Volgens artikel 3.3, tweede lid, Tw worden vergunningen voor het gebruik van frequentieruimte ten behoeve van de uitvoering van vitale overheidstaken, van het verzorgen van taken op het gebied van de publieke mediaopdracht of ter uitvoering van een wettelijk voorschrift bij voorrang verleend. Wat betreft de publieke mediaopdracht bepaalt het derde lid voor welke programmakanalen in de zin van de Mediawet in ieder geval frequentieruimte beschikbaar moet zijn. Dit is het geval voor de publieke landelijke omroep, de regionale radio en de lokale radio. De minister van Economische Zaken kan het voorrangrecht van de publieke media-instellingen uitbreiden naar andere diensten, zoals lokale televisie, zo blijkt uit artikel 3.3, tweede lid. Hiervoor is de instemming van de ministerraad nodig. Bovendien bepaalt het tweede lid dat de minister van Economische Zaken in overeenstemming met de minister van Cultuur een regeling moet vaststellen, waarmee een doelmatig gebruik kan worden gewaarborgd van de frequenties die bij voorrang worden toegekend aan de publieke mediadienst.

Andere vergunningen die bij voorrang worden verleend, hebben betrekking op vitale overheidstaken, zoals diensten op het gebied van de veiligheid van de scheepvaart, luchtverkeersbegeleiding, brandweer en rampenbestrijding. Volgens artikel 14 juncto artikel 12 van het Frequentiebesluit regelt de minister van Economische Zaken de procedurele aspecten. Los daarvan kunnen essentiële overheidsdiensten gebruik maken van het frequentiespectrum zonder vergunning. Artikel 3.4 Tw. spreekt in dit verband van ‘door Onze Minister aan te wijzen overheidsorganen, belast met de zorg voor de veiligheid van de staat, de defensie alsmede de handhaving van de rechtsorde.’ Artikel 18 van het Frequentiebesluit maakt het mogelijk dat de minister van Economische Zaken regels stelt inzake de doelmatigheid van het gebruik van frequentieruimte wanneer geen vergunning is vereist. Een belanghebbende die meent dat te veel frequentieruimte wordt opgeslokt door de overheid of door de publieke mediadienst, kan deze klacht op verschillende manieren voor de rechter brengen. Indien in het frequentieplan een deel van het spectrum is gereserveerd voor vitale overheidstaken dan wel de publieke mediadienst (vgl. artikel 2 van het Frequentiebesluit), kan hij bezwaar maken tegen het frequentieplan. Zoals zojuist besproken, is het frequentieplan weliswaar een besluit van algemene strekking, maar geen beleidsregel of algemeen verbindend voorschrift. Een tweede mogelijkheid is op te komen tegen een vergunning die bij voorrang is verleend of tegen de voorschriften en beperkingen die

³³ Rb. Rotterdam 14 juni 2007, Vodafone Libertel vs minister van EZ, LJN BA8626. De rechtbank verwees in dit verband naar CBB 18 juli 2001, LJN: AB3007, AB 2002, 261 en JB 2001/236.

daaraan verbonden zijn.³⁴ In de derde plaats kan een belanghebbende beroep instellen tegen het besluit om slechts een beperkte hoeveelheid frequenties beschikbaar te stellen voor een veiling of vergelijkende toets. Dat tegen een dergelijk besluit beroep openstaat zal hieronder worden besproken. Op dit moment is van belang dat kan worden aangevoerd dat de minister extra ruimte had kunnen creëren door frequenties van partijen die een vergunning bij voorrang hebben gekregen, over te hevelen.³⁵

Geen beroep staat open tegen een ministeriële regeling krachtens artikel 18 Frequentiebesluit, die het doelmatig gebruik van vergunningvrije frequenties moet bevorderen. Dit stuit af op artikel 8.2 Awb. Wel kan deze regeling worden ingeroepen wanneer een belanghebbende van oordeel is dat bijvoorbeeld de krijgsmacht te veel frequentieruimte gebruikt. De belanghebbende kan de minister van Economische Zaken verzoeken bestuursdwang toe te passen om een inefficiënt gebruik van de desbetreffende frequenties te beëindigen. Artikel 15.2 Tw geeft de minister daartoe de bevoegdheid. De afwijzing van een aanvraag om bestuursdwang is een beschikking en dus vatbaar voor bezwaar en beroep. Het behoeft echter geen betoog dat het in de praktijk moeilijk zal zijn om de minister of de bestuursrechter ervan te overtuigen dat de krijgsmacht frequenties verspilt, al was het maar omdat informatie over dit gebruik meestal geheim is.

Veiling of vergelijkende toets

Artikel 3.3, derde lid Tw bepaalt dat de verlening van vergunningen anders dan bij voorrang op drie manieren kan geschieden: op volgorde van binnenkomst van de aanvragen, door middel van een vergelijkende toets, al dan niet met inbegrip van een financieel bod, of door middel van een veiling. Het vierde lid voegt daaraan toe dat de keuze voor toepassing van één van de procedures geschiedt door de minister van Economische Zaken, met dien verstande dat de minister van Cultuur daarbij betrokken wordt wanneer het gaat om de verdeling van frequenties onder commerciële omroepinstellingen. De keuze tussen enerzijds de methode van ‘op volgorde van binnenkomst’ en anderzijds de veiling of vergelijkende toets wordt volgens artikel 2, tweede lid, Frequentiebesluit in het frequentieplan gemaakt. De nadere keuze tussen een veiling of een vergelijkende toets wordt vastgelegd in afzonderlijke besluiten voorafgaand aan elke verdeling.

Artikel 3 van het Frequentiebesluit vormt de basis voor deze afzonderlijke besluiten. Zij worden in de praktijk ‘Bekendmakingsbesluit’ genoemd. Artikel 3 zegt hierover: ‘De procedure voor het verlenen van een vergunning die door middel van een veiling of een vergelijkende toets zal worden verleend, vangt aan op een door Onze Minister te bepalen tijdstip. Hiervan wordt in de Staatscourant mededeling gedaan, alsmede van het besluit van Onze Minister welke van beide procedures zal worden toegepast’. Reeds in 2001 heeft

³⁴ CBB 3 maart 2006, VCR en Sky Radio vs minister van EZ en NOS, *Mediaforum* 2006-5, nr. 17 m.nt. Knol.

³⁵ CBB 16 december 2005, VRON (Radio 538) vs. minister van EZ, LJN AU8613.

het CBB geoordeeld dat de beslissing om UMTS-frequenties te gaan veilen een voor beroep vatbaar besluit was.³⁶ Het Bekendmakingsbesluit dat frequenties voor commerciële radio zouden worden verdeeld via een vergelijkende toets was daarmee te vergelijken.³⁷ Men zou zich kunnen afvragen of dergelijke besluiten moeten worden aangemerkt als een ‘beslissing inzake de procedure ter voorbereiding van een besluit’. De veiling of vergelijkende toets vormen immers de procedure die voorafgaat aan de vergunningverlening. In deze optiek zou krachtens artikel 6:3 Awb in beginsel geen beroep openstaan. Het CBB oordeelde in de genoemde uitspraak van 2001 echter anders:

‘Het gaat om de vraag of men de hoogste bidder een vergunning zal geven dan wel of men meer op de wijze van taakvervulling betrekking hebbende criteria zal hanteren. Deze stap heeft in het geheel van de besluitvorming een zodanig zelfstandige betekenis, dat hij niet als van procedurele aard betiteld kan worden. Een en ander leidt het College tot de conclusie, dat hier sprake is van een besluit, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift, dat ook niet is aan te merken als een besluit inzake de procedure. Tegen een dergelijk besluit kan bezwaar worden gemaakt en beroep worden ingesteld.’³⁸

Ook tegen de weigering een veiling of vergelijkende toets te starten staat bezwaar en beroep open.³⁹

Tegen een genomen besluit kunnen verschillende soorten klachten worden ingediend: Waarom is niet gekozen voor een andere methode van verdeling? Waarom worden er niet meer frequenties verdeeld? Waarom zijn de frequentiepakketten niet op een andere manier samengesteld? Waarom start de procedure op dit moment? Onbeperkt zijn de mogelijkheden echter niet. Het CBB heeft namelijk beslist dat in een Bekendmakingsbesluit alleen die onderwerpen geregeld kunnen worden die de Telecommunicatiewet of het Frequentiebesluit uitdrukkelijk noemt.⁴⁰ Zo kon men niet als bezwaar aanvoeren dat in een Bekendmakingsbesluit geen frequenties waren gereserveerd voor nieuwkomers. Daarvoor heeft de minister tegenwoordig andere bevoegdheden tot zijn beschikking.⁴¹

36 CBB 18 juli 2001, *Versatel vs staatssecretaris van V&W*, AB 2002, 261 en *Mediaforum* 2001-9, nr. 36 m.nt. Wildeboer.

37 CBB 16 december 2005, *VRON (Radio 538) vs minister van EZ*, LJN AU8613.

38 CBB 18 juli 2001, zie noot 36, paragraaf 5 onder ad 4.

39 *Vzr. Rb Rdam* 16 augustus 2007, *DB Europe vs staatssecretaris van EZ*, *Mediaforum* 2007-11/12, nr. 40 m.nt. Boorsma.

40 CBB 29 maart 2004, *Versatel 3G vs minister van EZ*, *Mediaforum* 2004-6, nr. 26 m.nt. Hins.

41 Zie artikel 3.3, tiende lid, Tw, artikel 3.4a Tw en artikel 6a Frequentiebesluit. Deze bepalingen zijn alle na de uitspraak van het CBB in werking getreden.

Vaststelling van de spelregels

Een veiling of vergelijkende toets heeft bepaalde spelregels nodig. Deze worden vastgesteld bij ministerieel besluit krachtens de artikelen 4, 6 en 8 Frequentiebesluit. Aanvankelijk was de Rotterdamse rechtbank – krachtens artikel 17.1, tweede lid, Tw bevoegd in telecommunicatiezaken – van oordeel dat deze besluiten vatbaar waren voor bezwaar en beroep. In een zaak die betrekking had op de organisatie van de UMTS-veiling in 2000, overwoog de rechtbank dat de procedurele regels over de veiling een nadere uitwerking waren van het frequentieplan en het desbetreffende Bekendmakingsbesluit. Aangezien deze twee besluiten niet algemeen genoeg zijn om te kunnen spreken van een algemeen verbindend voorschrift of beleidsregel, zou dat zeker ook het geval zijn bij de nadere uitwerking van die besluiten. Van wezenlijk belang achtte de rechtbank dat het Frequentiebesluit ervan uitgaat dat voor elke verdelingsoperatie afzonderlijke regels worden opgesteld.⁴² Enkele maanden later oordeelde de voorzieningenrechter van de Rotterdamse rechtbank in dezelfde zin toen het ging om de organisatie van de vergelijkende toets onder landelijke commerciële omroepen.⁴³ De Regeling aanvraag en vergelijkende toets vergunningen commerciële radio-omroep 2003 (Regeling AVT) was volgens de voorzieningenrechter een voor beroep vatbaar besluit.⁴⁴

Het CBB zou echter anders beslissen. In het hoger beroep tegen de uitspraak over de organisatie van de UMTS-veiling oordeelde het CBB dat de ministeriële regelingen over het indienen van een aanvraag, respectievelijk de opzet van de veiling, de status hadden van een algemeen verbindend voorschrift. Het College overwoog:

‘Anders dan de rechtbank evenwel, is het College van oordeel dat ministeriële regelingen als bedoeld in de artikelen 8, eerste lid, 4, eerste lid en 6, eerste lid, van het Frequentiebesluit, in het bijzonder de Regeling veiling en de Regeling aanvraag, behoren te worden aangemerkt als algemeen verbindende voorschriften. Hiertoe wordt overwogen dat deze ministeriële regelingen zelfstandige normstellingen bevatten, die voor alle (potentiële) aanvragers van een UMTS-vergunning hebben gegolden. Zij bevatten algemene regels, die geschikt zijn voor herhaalde toepassing en externe werking hebben. Het College volgt derhalve niet de opvatting van de rechtbank dat het slechts gaat om een nadere uitwerking en procedurele inkadering van keuzen die in het Nationaal Frequentieplan en de Bekendmaking zijn gemaakt.’⁴⁵

42 Rb. Rotterdam 29 november 2002, *Versatel 3G vs staatssecretaris van EZ*, LJN AF2577.

43 V.zr. Rb. Rotterdam 13 mei 2003, *Vereniging NLCR vs staatssecretarissen van EZ en OCW, Mediaforum 2003-7/8*, nr. 37 m.nt. Hins.

44 De Regeling AVT werd vastgesteld door de staatssecretaris van OCW in overeenstemming met de staatssecretaris van EZ op 24 februari 2003 (*Stcrt.* 40, p. 19).

45 CBB 29 maart 2004, *Versatel 3G vs minister van EZ, Mediaforum 2004-6*, nr. 26 m.nt. Hins.

Deze redenering heeft het CBB later ook gevolgd bij de beoordeling van de Regeling aanvraag en vergelijkende toets, die de verdeling van commerciële omroepfrequenties in 2003 organiseerde.⁴⁶ Twijfel heeft nog enige tijd bestaan ten aanzien van de Regeling vaststelling eenmalig bedrag (Regeling VEB), vastgesteld op basis van artikel 3.3a Tw, die voorschreef dat de commerciële omroepen die een vergunning zouden krijgen, een bepaald bedrag moesten betalen. Het CBB heeft later beslist dat ook deze regeling een algemeen verbindend voorschrift is, dat alleen indirect kan worden aangevochten. Het besluit om ter uitvoering van de regeling een bedrag in rekening te brengen bij een individuele vergunninghouder is voor beroep vatbaar. Bij de beoordeling van de rechtmatigheid van dat besluit kan de rechter onderzoeken of de achterliggende regeling verbindend is.⁴⁷

Het oormerken van frequenties

De Mediawet bepaalt in artikel 6.23 dat de minister van Cultuur, handelend in overeenstemming met het gevoelen van de ministerraad, frequentieruimte in de FM-band aanwijst die wordt gebruikt voor bepaalde soorten programma's. Het eerste lid noemt radioprogramma-aanbod dat overwegend bestaat uit Nederlandstalige muziek, het tweede lid spreekt van 'categorieën radioprogramma-aanbod dat, gelet op de aard, inhoud of doelgroep, verhoudingsgewijs lage inkomsten uit reclame of verhoudingsgewijs hoge kosten meebrengt'. Het is aan de minister van Cultuur om die categorieën nader te omschrijven. Het derde lid maakt het mogelijk om desgewenst af te zien van een aanwijzing. Het artikel is overigens niet van toepassing op de publieke mediadiensten, zo blijkt uit artikel 6.25 Mediawet.⁴⁸ Bij de vergelijkende toets van 2003 zijn enkele frequentiepakketten inderdaad geoormerkt (geclausuleerd) in de ministeriële Regeling aanwijzing en gebruik frequentieruimte commerciële radio-omroep 2003 (Regeling AGF).⁴⁹ De regeling was toen nog gebaseerd op artikel 82e van de Mediawet, die overeenkwam met het huidige artikel 6.23. Wat was de status van deze regeling? Een algemeen verbindend voorschrift, een beleidsregel of een besluit waartegen rechtstreeks beroep kan worden ingesteld?

De voorzieningenrechter van de rechtbank te Rotterdam dacht aanvankelijk het laatste.⁵⁰ Evenals de zojuist besproken Regeling AVT zou ook de Regeling AGF een nadere uitwerking zijn van het Bekendmakingsbesluit en derhalve het karakter hebben van een concretiserend besluit van algemene strekking. En ook nu werd de rechtbank gecorrigeerd. Later heeft

46 CBB 9 december 2005, VRON (Radio 538) vs staatssecretaris OCW, LJN AU8634.

47 CBB 4 april 2007, BNR Nieuwsradio e.a. vs minister van EZ, LJN BA2169. Anders dan de rechtbank achtte het CBB de Regeling VEB wel verbindend.

48 Het begrip 'publieke mediadienst' is ingevoerd door de Mediawet 2008 omdat de wetgever 'publieke omroep' te beperkt vond. Ook nieuwe diensten zoals 'video on demand' zouden een taak zijn van publieke instellingen. In het dagelijkse spraakgebruik is het nieuwe woord echter nog niet doorgedrongen.

49 *Stcrt.* 2003, 40 d.d. 24 februari 2003 laatstelijk gewijzigd *Stcrt.* 2009, 58 d.d. 22 maart 2009.

50 *Vzr. Rb. Rotterdam* 13 mei 2003, Vereniging NLCR vs staatssecretarissen van EZ en OCW, *Mediaforum* 2003-7/8, nr. 37 m.nt. Hins.

het CBB namelijk een aantal malen de rechtsgeldigheid van de Regeling AGF beoordeeld in het kader van een daarop gebaseerd besluit. Dat impliceert dat het geen voor beroep vatbaar besluit kan zijn, want dan zou het besluit formele rechtskracht hebben verkregen en onaantastbaar zijn geworden.⁵¹

Nog niet door de rechter beantwoord is de vraag of de Regeling AGF een algemeen verbindend voorschrift dan wel een beleidsregel is. Een relevant aspect lijkt te zijn dat de programmatische bestemming zoals omschreven in de Regeling AGF wordt vertaald naar voorschriften die de minister van EZ verbindt aan de vergunningen krachtens artikel 3.3 Tw. In een vergelijkende toets wordt de regeling bovendien gebruikt om te bezien welke kandidaat het beste aan de programmatische verlangens voldoet. Dat kan ertoe leiden dat de voorschriften bij de vergunning strenger uitvallen dan de Regeling AGF voorschrijft. Het zou tenslotte wonderlijk zijn wanneer een commerciële omroepinstelling dubbel beboet zou kunnen worden: door het Commissariaat voor de Media wegens overtreding van de Regeling AGF en door de minister van Economische Zaken wegens overtreding van de daardoor geïnspireerde vergunningsvoorschriften. In de praktijk legt alleen de minister van Economische Zaken een boete op. Deze omstandigheden pleiten ervoor de Regeling AGF te bestempelen als een beleidsregel en niet als een algemeen verbindend voorschrift.

Samenvatting

De rechtsbescherming tegen de besproken besluiten loopt dus uiteen. Wel voor beroep vatbaar zijn het Frequentieplan en de afzonderlijke Bekendmakingsbesluiten. Niet voor beroep vatbaar zijn de procedurele regeling van de veiling of vergelijkende toets, de regeling van een verplicht bedrag, alsmede de regeling inzake het soort programma's dat de vergunninghouder zal moeten uitzenden.

5.4 *Het begrip 'belanghebbende'*

In de jurisprudentie met betrekking tot de verdeling van etherfrequenties blijkt de rechter het begrip 'belanghebbende' ruim op te vatten. Derden die concurreren met degene aan wie een vergunning is verleend kunnen tegen het besluit tot vergunningverlening opkomen wanneer dit besluit hun onderlinge concurrentieverhouding beïnvloedt. Ook als de derde geen aanvraag heeft ingediend voor de desbetreffende frequentie, hoeft dat aan zijn ontvankelijkheid niet in de weg te staan.⁵² Een vergelijkbare situatie ziet men bij besluiten tot

51 CBB 21 maart 2007, Radio 10 Gold en Arrow Media Group vs minister van EZ, AB 2007, 215 m.nt. Cartigny onder nr. 216. Zie ook CBB 5 december 2007, SLAM!FM vs minister van EZ en Radio 538, AB 2008, 38 m.nt. Cartigny en *Mediaforum* 2008-3, nr. 13 m.nt. Hins.

52 CBB 22 maart 1995, Sky Radio vs minister V&W, SEW 1995-7/8, p. 540 m.nt. Mortelmans. Zie ook Boorsma en Tjeenk Willink (zie noot 32), p. 380-381. Wel kan artikel 6:13 Awb een hinderpaal zijn wanneer een belanghebbende niets van zich heeft laten horen tijdens een uniforme openbare voorbereidingsprocedure.

handhaving. Radio 538 kon met succes in beroep komen tegen de beslissing van de minister van EZ om gedeeltelijk tegemoet te komen aan het bezwaar van concurrent SLAM!FM tegen een boete en een last onder dwangsom, opgelegd aan de laatstgenoemde wegens het overtreden van de vergunningsvoorschriften. Evenals de rechtbank was het CBB van oordeel dat Radio 538 er een rechtstreeks en actueel belang bij had dat de minister geen soepeler uitleg aan de verplichtingen van SLAM!FM zou geven.⁵³

5.5 Bestuurlijke vrijheid

De Telecommunicatiewet laat de minister van EZ – soms in overeenstemming met de minister van Cultuur – veel vrijheid om zelf vorm te geven aan een veiling of vergelijkende toets. Het komt dan ook zelden voor dat de rechter oordeelt dat de minister een vergunning niet had mogen weigeren. Een klassieke uitzondering is de zojuist genoemde uitspraak van het CBB uit 1995, die onder meer inhield dat de aanvraag van Sky Radio om een FM-frequentie op onjuiste gronden was afgewezen.⁵⁴ De afwijzing werd in strijd geacht met het EU-recht. Bij de ‘zero-base’ verdeling van 2003 is de minister één keer teruggefloten. Deze zaak had betrekking op de toewijzing van een frequentiekavel, bestemd voor Nederlandstalige muziek. De minister van EZ had op advies van een deskundigencommissie het kavel toegewezen aan Holland FM, maar de rechtbank Rotterdam stelde vast dat dit besluit niet op een deugdelijke motivering berustte.⁵⁵ Op grond van de criteria opgenomen in de ministeriële regeling aanwijzing en gebruik frequentieruimte commerciële radio-omroep 2003 (Regeling AGF) zou appellant Mediasales meer in aanmerking komen. De minister heeft daarop alsnog gekozen voor Mediasales.⁵⁶

Op één punt is de rechter wel streng voor de overheid. Beslissingen mogen niet eindeloos worden uitgesteld omdat het ontwikkelen van beleid zo moeilijk is. De rechter schrikt er niet voor terug zo nodig een termijn te stellen waarbinnen een verdelingsprocedure van start moet gaan. Dat laat onverlet dat de ministers de inhoud van het beleid bepalen.⁵⁷

53 CBB 5 december 2007, SLAM!FM vs Minister van EZ, *Mediaforum* 2008-3, nr. 13 m.nt. Hins.

54 CBB 22 maart 1995, zie noot 52 hierboven. De minister had besloten om een FM-frequentie toe te kennen aan de commerciële gegadigde die de nuttigste aanvulling zou bieden op de programma's van de publieke omroep. Volgens het CBB was dit de omgekeerde wereld. De publieke omroep kan tot taak krijgen het aanbod van commerciële omroepen aan te vullen, maar niet andersom.

55 Rb Rotterdam 5 oktober 2005, Mediasales e.a. vs minister van EZ, *Mediaforum* 2005-11/12, nr. 34 m.nt. Hins. Een verzoek van RTL FM om deze uitspraak te schorsen werd afgewezen door Vzr. CBB 30 juni 2006, LJN AX9669.

56 Dit besluit werd door anderen aangevochten, maar bleef in stand. Zie uiteindelijk CBB 30 mei 2007, *Distrined en Arrow vs minister van EZ*, LJN BA5525.

57 CBB 6 november 1991, *Vrije Ether vs minister van V&W*, AB 1994, 29 en *Mediaforum* 1992-1, p. B57-B61. Zie ook Pres. Rb. Rotterdam 14 november 2001, *R&R Communications vs minister V&W*, *Mediaforum* 2002-1, nr. 2 en Vzr. Rb Rotterdam 24 juli 2002, AB 2002, 326 en *Mediaforum* 2002-9, nr. 34.

5.6 *Effectief rechtsherstel en voorlopige voorziening*

De procedure tegen een besluit over de verdeling van frequenties kan lang duren: eerst een bezwaarschrift, dan beroep bij de rechtbank te Rotterdam en tenslotte hoger beroep bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Zoals eerder besproken, heeft lang onzekerheid bestaan over de vraag of een belanghebbende beroep kan instellen tegen besluiten die een concrete veiling of vergelijkende toets organiseren. Totdat het CBB definitief had beslist dat het hier gaat om algemeen verbindende voorschriften, hebben veel marktpartijen voor de zekerheid bezwaar en beroep ingesteld tegen dergelijke besluiten. Zij wilden niet het risico lopen dat de regelingen onaantastbaar zouden worden door het leerstuk van de formele rechtskracht. Voor de grondigheid van de controle is een procedure in drie stappen positief, maar de langdurige onzekerheid is een groot nadeel. Bij andere besluiten op grond van de Telecommunicatiewet heeft de wetgever ervoor gekozen de bezwaarschriftprocedure af te schaffen en rechtstreeks beroep open te stellen bij het CBB. Dat geldt bijvoorbeeld voor besluiten van de OPTA tot beslechting van geschillen tussen aanbieders van communicatiediensten over interoperabiliteit. Blijkens de wetsgeschiedenis is de ratio voor deze keuze 'een eenvoudige en effectieve geschilbeslechting'.⁵⁸ Op de verdeling van frequenties is deze snelle procedure echter niet van toepassing.

Tenslotte een enkel woord over de voorzieningenrechter, in casu van de rechtbank te Rotterdam. Op diens schouders rust een zware verantwoordelijkheid. Bij een frequentie-veiling, maar ook bij een vergelijkende toets die gecombineerd wordt met een vrijwillig bod, worden vaak miljoenen euro's geboden. Ook met de feitelijke aanleg van zenders zijn grote bedragen gemoeid. Het zou een kostbare vergissing zijn wanneer de voorzieningenrechter eerst beslist dat een bepaald frequentiepakket moet worden toegewezen aan A, waarna de bodemrechter oordeelt dat het B moet zijn. In de praktijk ziet men dat de rechtbank zoveel mogelijk de richting volgt die de voorzieningenrechter heeft aangewezen. Een zeldzame uitzondering betreft de in paragraaf 5.5 al genoemde toewijzing van radiofrequenties die bestemd waren voor Nederlandstalige muziek. Daar moest de aanvankelijke winnaar na twee jaar plaats maken voor een ander, wat weer tot nieuwe procedures aanleiding gaf.⁵⁹

De voorzieningenrechter kan ook door de wetgever worden gecorrigeerd. Opvallend was de correctie door de regering in 2003. Nadat de voorzieningenrechter had bepaald dat uiterlijk 16 september 2003 moest worden besloten tot het veilen van omroepfrequenties,

58 Artikel 17.1, eerste en derde lid, Tw. Zie voor een toelichting *Kamerstukken II*, 2003/04, 28851, nr. 22.

59 De toewijzing aan Holland FM werd in stand gelaten door V.zr. Rb. Rotterdam 3 juli 2003, LJN AH9748 en AH9751. In de bodemprocedure vernietigde de rechtbank het besluit alsnog omdat de motivering niet deugde. Zie Rb Rotterdam 5 oktober 2005, *Mediasales e.a. vs minister van EZ*, *Mediaforum* 2005-11/12, nr. 34 m.nt. Hins. Vervolgens rees de vraag of Mediasales nu recht had op een vergunning die twee jaar langer zou doorlopen, omdat hij de eerste twee jaar had gemist. Het CBB vond van niet. Zie CBB 11 juli 2007, LJN BA9351.

greep het kabinet Balkenende-I in.⁶⁰ Het regeerakkoord dat die zomer was gesloten bepaalde namelijk dat geen veiling zou plaats vinden, maar een vergelijkende toets. Om dit voorne- men te realiseren werd in allerijl het Frequentiebesluit aangepast. Tegen de achtergrond van de gewijzigde regelgeving heeft de voorzieningenrechter daarna zijn bevel tot het houden van een veiling opgeheven.⁶¹ Daarvoor in de plaats kwam een nieuw bevel, inhoudende dat de minister uiterlijk 1 januari 2003 een besluit moest nemen tot het houden van hetzij een veiling, hetzij een vergelijkende toets. De vergelijkende toets ('zero base') heeft uiteindelijk plaats gevonden in 2003.

6 AANBEVELINGEN

De hiervoor beschreven ontwikkelingen geven veel materiaal voor nadere analyse. Hieruit hebben wij een tweetal aspecten geselecteerd en voorzien van aanbevelingen. Aan de orde komen institutionele inkadering van de besluitvorming en de hoge mate van detaillering die de wetgeving kenmerkt.

6.1 *Institutionele inkadering*

De voorwaarden en procedures met betrekking tot frequentieverdeling worden primair bepaald door Europese kaders, meer in het bijzonder de Kaderrichtlijn en de Machtigings- richtlijn. Oude praktijken in lidstaten zullen er toe hebben bijgedragen dat de bepalingen uit de richtlijnen doorspekt zijn met klassiek EU-jargon als proportionaliteit, transparantie, objectiviteit en non-discriminatie. Dat er een hoog niveau aan Europese bemoeienis is, betekent nog niet dat daarmee de nationale beleidsvrijheid gering zou zijn. Integendeel, bij de concrete verdeling van spectrum staan diverse keuzes open die met regelmaat tot frictie leiden. Dit is onder meer het geval met de inrichting van de beleidsvorming en de verdeling van frequenties.⁶² In het Europese kader zijn geen directe institutionele vereisten opgenomen. In voorkomende gevallen is er sprake van een nationale regelgevende instantie, maar daarmee is niet gesteld dat deze een van de overheid onafhankelijke instelling zou moeten zijn. Waar OPTA als onafhankelijke toezichthouder de status van een zelfstandig bestuursorgaan heeft, is dat niet het geval met het Agentschap Telecom,

60 V.zr. Rb Rotterdam 24 juli 2002, *Veronica vs staatssecretarissen van V&W en OCW*, *Mediaforum* 2002-9, nr. 34. Zie ook Wouter Hins, 'Frequentiebeleid en frequentierecht', *Mediaforum* 2002-9, p. 271.

61 V.zr. Rb. Rotterdam 11 oktober 2002, *Veronica e.a. vs minister van EZ*, *Mediaforum* 2002-11/12, nr. 46. Het verzoek tot opheffing was ingediend door de minister van EZ e.a.. Zie ook Nico van Eijk, 'Geen frequenties voor onruststokers', *Mediaforum* 2002-11/12, p. 352.

62 Zie hierover: E.J. Dommering en N.A.N.M. van Eijk, *Convergentie in regulering*, Deel 12, reeks 'Reflecties op elektronische communicatie', Ministerie van Economische Zaken, maart 2010, p. 30-32, 35-36.

dat belast is met de uitgifte van frequenties en het toezicht. Het agentschap staat weliswaar op enige afstand van het ministerie van Economische Zaken, maar valt nog steeds onder de politieke verantwoordelijkheid van de minister. Hierdoor is zowel de beleidsvorming als de verdeling van frequenties veelvuldig onderwerp van gesprek tussen het parlement en de verantwoordelijke bewindspersonen. Waar de beoogde verdeling van frequenties een vrij intensief proces doorloopt van voorbereiding, onafhankelijke advisering en consultatie, blijkt interventie vanuit de Tweede Kamer er toe te kunnen leiden dat de beoogde verdeling alsnog wordt gewijzigd. Dit komt de consistentie van de besluitvorming niet bij voorbaat ten goede, zoals de recente 2.6 GHz veiling heeft uitgewezen (zie paragraaf 4.2). De geringe afstand tussen politieke besluitvorming en de verdeling van frequenties wordt verder beïnvloed door het staatsrechtelijke primaat van de politiek. Regulering vereist politieke verantwoording en kan mitsdien niet worden overgelaten aan een zelfstandige/onafhankelijke toezichthouder. Dergelijke toezichthouders – al dan niet voorzien van de ZBO status – mogen slechts beleid uitvoeren. De lat ligt in Nederland hoog: veel is beleid en slechts weinig is uitvoering. Wanneer andere landen tot voorbeeld worden genomen, blijkt niet alleen dat de concrete organisatie en verdeling vaak in handen is van een zelfstandige toezichthouder, maar ook dat het beleid zich beperkt tot het uitzetten van hoofdlijnen die verder door de toezichthouder kunnen worden ingevuld: de regulator is een echte regulator. Ten einde transparantie en consistentie – elementen die terug komen in het Europese kader – verder te vergroten zou het aanbeveling verdienen om de minister de algemene kaders van het frequentiebeleid te laten vaststellen, maar de concretisering op te dragen aan een onafhankelijke autoriteit. Een uitzondering kan – vanwege (vermeende) nationaal strategische belangen – desnoods worden gemaakt voor frequenties voor overheidstaken. Door de concrete frequentieverdeling meer op afstand te plaatsen van politieke verantwoording, kan een hogere mate van consistentie en deskundigheid verwacht worden.

6.2 *Detallering*

Ten aanzien van de in de wet neergelegde verdelingsprocedures kan de vraag worden opgeworpen of deze verder moeten worden gespecificeerd, zoals wordt gedaan in het wetsvoorstel tot aanpassing van hoofdstuk 3 Telecommunicatiewet. Het niveau aan detail roept meer vragen op dan dat helderheid wordt verschaft.⁶³ In de wet kan in beginsel worden volstaan met het aangeven van opties in algemene zin (veilen, loten, ‘first come, first served’, vergelijkende toets). Het is vervolgens in de uitvoerende fase dat finetuning kan plaatsvinden.

⁶³ Wolswinkel (zie noot 12), p. 51.

Ook met betrekking tot de procedurele aspecten is verbetering mogelijk. De rechtsbescherming onder het huidige regulatoire regime wordt gekenmerkt door een hoge complexiteit. Vereenvoudiging ligt hier voor de hand. Bij sommige besluiten op grond van de Telecommunicatiewet, met name op het gebied van interconnectie en marktafbakening, heeft de wetgever gekozen voor rechtspraak in één instantie. Belanghebbenden kunnen rechtstreeks beroep instellen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Overigens dient besluitvorming gepaard te gaan met marktconsultaties, waarmee wordt beoogd de belangen van betrokken partijen te waarborgen. De consultatieverplichting is voorgeschreven op grond van de eerder genoemde Europese Richtlijnen. Voor de vereenvoudigde rechtsgang is onder meer gekozen om snellere doorlooptijden te realiseren en strategisch gedrag (rekken van procedures) tegen te gaan. Ook betreft het veelal marktpartijen die over gedegen juridische kennis beschikken en van hooggekwalificeerde juridische ondersteuning gebruik kunnen maken, waardoor alle relevante feiten in één keer kunnen worden gepresenteerd. Het verdient overweging om ten aanzien van frequentieverdelingen een vergelijkbare vereenvoudiging na te streven.