
467

Besluit van 12 september 2002, houdende wijziging van het Frequentiebesluit in verband met de wijziging van de regeling voor de verdeling van schaarse frequentieruimte voor commerciële omroep

Wij Beatrix, bij de gratie Gods, Koningin der Nederlanden, Prinses van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Op de voordracht van Onze Minister van Economische Zaken, mede namens de Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen, mr.dr.s. C. H. J. van Leeuwen, van 3 september 2002, nr. DGTP/02/03428;

Gelet op artikel 3.3, negende lid, van de Telecommunicatiewet;

De Raad van State gehoord (advies van 5 september 2002, nr. W10.02.0386/II);

Gezien het nader rapport van Onze Minister van Economische Zaken van 10 september 2002, nr. DGTP/02/03581, uitgebracht mede namens de Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen, mr.dr.s. C. H. J. van Leeuwen;

Hebben goedgevonden en verstaan:

Artikel I

Het Frequentiebesluit¹ wordt als volgt gewijzigd:

A

Aan artikel 3 wordt een lid toegevoegd, luidende:

4. Het tweede lid is niet van toepassing op frequentieruimte die op grond van artikel 3.3, vijfde lid, van de wet nader is bestemd voor commerciële omroep.

B

In artikel 6 wordt, onder vernummering van het derde tot vierde lid, een lid ingevoegd, luidende:

3. Indien een te verlenen vergunning betrekking heeft op het gebruik van frequentieruimte die op grond van artikel 3.3, vijfde lid, van de wet nader is bestemd voor commerciële omroep, kunnen de in het eerste lid bedoelde eisen tevens betrekking hebben op het waarborgen van democratische, sociale, taalkundige en culturele belangen die een rol

spelen bij het gebruik van frequentieruimte, waarbij rekening kan worden gehouden met pluralisme in de media.

C

Onder vervanging van de punt aan het slot van onderdeel f van artikel 16 door een puntkomma, wordt het volgende onderdeel toegevoegd:

g. het waarborgen van de in artikel 6, derde lid, bedoelde belangen.

¹ Stb. 1998, 638, laatstelijk gewijzigd bij besluit van 7 november 2001, Stb. 550.

Het advies van de Raad van State is openbaar gemaakt door terinzagelegging bij het Ministerie van Economische Zaken.

Tevens zal het advies met de daarbij ter inzage gelegde stukken worden opgenomen in het bijvoegsel bij de Staatscourant van 8 oktober 2002, nr. 193.

Artikel II

Dit besluit treedt in werking met ingang van de dag na de datum van uitgifte van het Staatsblad waarin het wordt geplaatst.

Lasten en bevelen dat dit besluit met de daarbij behorende nota van toelichting in het Staatsblad zal worden geplaatst.

's-Gravenhage, 12 september 2002

Beatrix

De Minister van Economische Zaken,
H. Ph. J. B. Heinsbroek

De Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen,
C. H. J. van Leeuwen

Uitgegeven de *dertiende* september 2002

De Minister van Justitie,
J. P. H. Donner

NOTA VAN TOELICHTING

1. Inleiding

De doorgifte van (commerciële) programma's via de ether vergt frequentieruimte. Omdat de beschikbaarheid van frequentieruimte eindig is, heeft het gebruik van deze ruimte een exclusief karakter. Daarom vereist het ordelijk gebruik van frequentieruimte voor commerciële programma's zonder meer betrokkenheid van de overheid. Deze betrokkenheid bestaat, met name in situaties van schaarste, uit de verdeling van de voor commerciële omroep beschikbare frequentieruimte op grond van objectieve, transparante en non-discriminatoire criteria.

Het gebruik van een frequentie is gekoppeld aan een vergunningplicht, die de exclusiviteit van het gebruik waarborgt. Deze vergunning is tijdelijk, zoals is toegelicht in de Nota van Toelichting bij het Frequentiebesluit, Stb. 1998, 638, pag. 19. De duur van de vergunning is mede afhankelijk van de mogelijkheid voor de vergunninghouder gedane investeringen terug te verdienen. De tijdelijkheid van de vergunningverlening impliceert een systeem van verdeling, en houdt tegelijkertijd in dat het op enig moment beschikken over een vergunning geen verwachtingen schept omtrent het behoud van een vergunning bij een nieuwe verdeling na afloop van de vergunningtermijn.

In het Strategisch Akkoord van 3 juli 2002¹ is bepaald dat de langjarige verdeling van radiofrequenties voor de commerciële omroep zal geschieden op basis van een vergelijkende toets aan de hand van objectieve criteria – waarbij het aanbod ten aanzien van de hoogte van de jaarlijkse vergoeding een belangrijke component zal zijn. Voor het hanteren van een financieel bod bij een vergelijkende toets biedt artikel 3.3, vierde lid, onderdeel b, van de wet een basis. Ingevolge artikel 8 van het Frequentiebesluit kunnen bij ministeriële regeling regels worden gesteld voor de toepassing van het financiële bod in een concrete procedure van een vergelijkende toets. Een financieel bod kan bestaan uit gedurende de looptijd van de vergunning jaarlijks te betalen bedrag. Op grond van artikel 16, onder e, kan het gedane bod onderdeel gaan uitmaken van de aan de vergunning te verbinden voorschriften.

Het Frequentiebesluit (Fb), dat uitwerking geeft aan de Telecommunicatiewet, geeft regels met betrekking tot de verdeling van frequentieruimte, de vergunningverlening en de aan een vergunning te verbinden voorschriften. Op grond van artikel 3, tweede lid, van de oorspronkelijke tekst van het Frequentiebesluit gold ten aanzien van het besluit tot vaststelling van de procedure door middel waarvan een vergunning voor het gebruik van schaarse frequentieruimte zal worden verleend, dat de procedure van vergelijkende toets slechts kon worden toegepast indien het algemeen maatschappelijk, cultureel of economisch belang dit vorderde. In andere gevallen moest de procedure van veiling worden toegepast.

De uitgangspunten voor de verdeling van de radiofrequenties, zoals voorzien in het Strategisch Akkoord, zijn ten dele niet in overeenstemming met het Frequentiebesluit zoals dat destijds gold. Het nieuwe beleid dat de regering voor ogen staat veronderstelde derhalve wijziging van dat besluit. Het onderhavige besluit strekt daartoe.

2. Door de overheid te waarborgen belangen

Media, radio en televisie in het bijzonder, zijn in de moderne samenleving de belangrijkste middelen van algemene, publieke communicatie.

¹ Kamerstukken II, 2001/02, 28 375, nr. 5.

Het inzicht dat het medium daarbij in hoge mate bepalend is voor de boodschap en voor de aard, toon en effecten van communicatie, is niet nieuw. De toegang en het gebruik van de omroep zet in hoge mate de toon in het sociale verkeer. Om die reden is omroep, of dit nu commercieel of publiek is, in hoge mate bepalend voor de kwaliteit en het functioneren van de samenleving.

Op grond van haar verantwoordelijkheid voor het welzijn en de ontwikkeling van de samenleving is het verantwoord dat de overheid bij het uitgeven van frequenties in het algemeen belang eisen verbindt aan het gebruik van frequenties en de toewijzing niet of althans niet op beslissende wijze laat afhangen van een verdeelinstrument waarbij uitsluitend het financiële bod het onderscheidende criterium is.

Een overheid moet derhalve bij de uitgifte van schaarse frequentieruimte voor commerciële omroep prealabele eisen kunnen stellen ter waarborging van bepaalde algemene belangen. Daarbij kan in ieder geval worden gedacht aan:

- de verscheidenheid of variatie van het aanbod;
- voldoende zorg voor het programma;
- het naleven van het programmaformat waarop de frequentie is verkregen;
- het te goeder trouw en integer handelen door de vergunninghouder;
- de pluraliteit van aanbieders.

Wat de bovengenoemde te waarborgen belangen betreft, dient in ieder geval gedacht worden aan de volgende elementen:

1. *Verscheidenheid of variatie van het aanbod.* Voorkomen moet worden dat de beschikbare frequentieruimte slechts wordt gebruikt voor één type programma. Daarbij kan het gaan om verscheidenheid naar categorie (muziek, nieuws, discussies – en/of daarbinnen naar soort – zakelijk, algemeen, regionaal nieuws, dan wel klassieke of moderne muziek, Nederlands- of anderstalig) en naar bereik (landelijk, regionaal of bevolkingsgroepen).

2. *Voldoende zorg voor het programma.* Voorkomen moet worden dat de kwaliteit van het aangeboden programma en de variëteit daarvan (al dan niet gedurende de looptijd van een vergunning) onbeperkt ondergeschikt gemaakt kan worden aan het streven om met zo min mogelijk kosten een zo groot mogelijke winst te behalen. Daarom moet de overheid van de aanvrager en gebruiker van een frequentie kunnen verlangen dat hij waarborgen verschaft dat gedurende de looptijd van de vergunning de kwaliteit van het programma op het peil blijft dat hij bij de aanvraag van de vergunning heeft aangegeven. Daarbij zal de overheid niet treden in de beoordeling van de kwaliteit van het programma zelf, maar uitsluitend in de wijze waarop een constant kwaliteitsniveau wordt gewaarborgd.

3. *Naleving van het programmaformat waarop de frequentie is verkregen.* Hierbij gaat het om het waarborgen van het programma gedurende de tijd dat een vergunninghouder een frequentie tot zijn beschikking heeft. Hij moet kunnen aantonen dat hij gedurende deze tijd de programma's kan blijven leveren, die hij bij het verkrijgen van de vergunning heeft aangegeven. Evenzo moet verlangd kunnen worden dat zekerheid wordt geboden dat de frequentie blijvend voor omroep wordt gebruikt en niet voor andere doeleinden.

4. *Het te goeder trouw en integer handelen door de vergunninghouder.* Hieronder moet bijvoorbeeld worden begrepen dat een frequentie niet

wordt gebruikt om de openbare orde te verstoren, onrust te stoken of bevolkingsgroepen tegen elkaar op te zetten.

5. *Pluraliteit van aanbieders.* Daarbij wordt uitgegaan van de wens te voorkomen dat één aanbieder alle (of teveel) frequenties in handen krijgt. Nog afgezien van het feit dat dit concurrentie bevorderend werkt, dient het ook om een al te grote eenzijdige greep op de meningsvorming in de samenleving te voorkomen.

3. Uitspraak van de Voorzieningenrechter

In zijn uitspraak van 24 juli 2002, nr. VTELEC 02/1169, heeft de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam onder meer bepaald dat uiterlijk op 16 september 2002 de procedure tot het veilen van vergunningen voor het gebruik van de voor commerciële radio-omroep beschikbare zero-base frequenties moet worden gestart, en dat de aldus te verlenen vergunningen met ingang van 1 februari 2003 in gebruik moeten worden genomen.

In zijn uitspraak komt de voorzieningenrechter tot de conclusie dat, gelet op de regelgeving van dat moment (neergelegd in het Frequentiebesluit) en de feitelijke situatie, de regering juridisch en feitelijk geen andere keuze kon maken dan over te gaan tot verlening van vergunningen voor het gebruik van de voor de commerciële omroep beschikbare zero-base frequenties voor een langjarige periode door middel van veiling.

Uit de uitspraak volgt derhalve dat het geldende Frequentiebesluit geen keuze laat tussen de procedure van veiling en vergelijkende toets. Consequentie daarvan is dat voor genoemde frequenties geen onverkorte uitvoering zou kunnen worden gegeven aan het Strategisch Akkoord, en aan het nieuwe beleid dat de regering voor ogen staat met betrekking tot de verdeling van frequenties voor commerciële omroep. Dat betekent dus dat uitvoering van het Strategisch Akkoord, en het behartigen van de in paragraaf 2 genoemde belangen aanpassing van het Frequentiebesluit veronderstelde.

4. Behartiging van de te waarborgen belangen.

Van de aanvragers om een vergunning kan, in het kader van de procedure tot vergunningverlening, ter waarborging van de hierboven genoemde belangen een plan van aanpak verlangd worden. Uit dit plan moet blijken op welke wijze de genoemde belangen worden gewaarborgd en op welke wijze de aanvragers de frequentie zullen exploiteren.

Het plan van aanpak maakt toetsing in een prealabele procedure mogelijk. Het plan van aanpak op basis waarvan een frequentie is toegewezen, kan onderdeel gaan uitmaken van de vergunning zodat, naast de gronden genoemd in de Telecommunicatiewet, de vergunning kan worden ingetrokken wanneer later niet overeenkomstig het plan van aanpak wordt geopereerd. Het verstrekken van onjuiste of onvolledige informatie tijdens de aanvraagprocedure zou er evenzo toe kunnen leiden dat een aanvraag niet in behandeling wordt genomen en dat een aanvrager wordt uitgesloten van verdere deelname aan de aanvraagprocedure.

5. Wijziging Frequentiebesluit

De regering wenst dat in het geval van de verdeling van schaarse frequentieruimte voor commerciële omroep de in paragraaf 2 genoemde

belangen gewaarborgd kunnen worden, ongeacht het toe te passen verdelingsmechanisme. Daartoe was het allereerst noodzakelijk om, in het geval van de uitgifte van schaarse frequenties voor commerciële omroep, de procedures van veiling en vergelijkende toets volledig nevenschik te maken. Hiertoe is artikel 3 Fb aangepast. Daarnaast is het door aanpassing van artikel 6 en artikel 16 Fb mogelijk gemaakt om: a) voorafgaand aan de vergunningverlening te komen tot prealabele toetsing van te waarborgen belangen, en b) na vergunningverlening via de vergunningvoorschriften repressieve controle uit te oefenen op de nakoming van de waarborging van deze belangen.

In artikel 6 Fb is de mogelijkheid opgenomen om, voorafgaand aan de vergunningverlening, te komen tot prealabele toetsing van te waarborgen belangen, door te bepalen dat de eisen die bij de toelating tot een veiling of vergelijkende toets aan aanvragers gesteld worden tevens betrekking kunnen hebben op het waarborgen van democratische, sociale, taalkundige en culturele belangen die een rol spelen bij het gebruik van frequentieruimte, waarbij rekening kan worden gehouden met pluralisme in de media. Deze criteria zijn ontleend aan de hierna, in paragraaf 6, te bespreken EU-richtlijnen. Hiermee worden in ieder geval bedoeld de in paragraaf 2 genoemde belangen.

Artikel 6 Fb bepaalt dat de aan de aanvragers te stellen eisen worden uitgewerkt bij ministeriële regeling. Het spreekt voor zich dat deze regeling past binnen de kaders die gesteld worden door hogere regelgeving: de Telecommunicatiewet, het Frequentiebesluit en de hierna te bespreken richtlijnen.

6. EG-rechtelijk kader

De onderhavige wijziging van het Frequentiebesluit past binnen het kader van de richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 7 maart 2002, betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (PbEG L108) en de richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 7 maart 2002, inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (PbEG L 108). Deze richtlijnen gelden mede ter vervanging van Richtlijn nr. 97/13/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 10 april 1997 betreffende een gemeenschappelijk kader voor algemene machtigingen en individuele vergunningen op het gebied van telecommunicatiediensten (PbEG L 117). De implementatietermijn van de richtlijnen van 7 maart 2002 eindigt op 24 juli 2003. Ingevolge artikel 26 van richtlijn 2002/21/EG komt op diezelfde datum richtlijn 97/13/EG te vervallen.

De richtlijnen van 7 maart 2002 voorzien in beleidsdoelstellingen en regelgevingsbeginselen voor de nationale wetgever. Op grond van deze richtlijnen moet de verdeling van frequenties geschieden op basis van objectieve, transparante, niet-discriminerende en evenredige selectiecriteria, een en ander met in achtneming van de democratische, sociale, taalkundige en culturele belangen die een rol spelen bij het gebruik van frequenties, waarbij rekening kan worden gehouden met pluralisme in de media.

Een en ander onverminderd de door de lidstaten aangenomen specifieke criteria en procedures voor het verlenen van gebruiksrechten voor frequenties aan aanbieders van radio- en televisiediensten, welke noodzakelijk zijn om de doelstellingen van algemeen belang overeenkomstig het gemeenschapsrecht na te streven.

In dit kader is met name van belang dat in richtlijn 2002/20/EG is aangegeven dat radiofrequenties een essentiële voorwaarde zijn voor elektronische-communicatiediensten die op radioverbindingen zijn gebaseerd. Zij dienen dan ook, voor zover zij betrekking hebben op deze diensten, door de nationale regelgevende instanties te worden ingedeeld en toegewezen in overeenstemming met een verzameling geharmoniseerde doelstellingen en beginselen en volgens objectieve, transparante en niet-discriminerende criteria, een en ander met in achtname van de democratische, sociale, taalkundige en culturele belangen die een rol spelen bij het gebruik van frequenties.

Voorts is in de overwegingen van richtlijn 2002/21/EG aangegeven dat de procedure voor de toekenning van radiofrequenties in elk geval objectief, transparant, niet-discriminerend en proportioneel moet zijn, onverminderd door de Lidstaten aangenomen specifieke criteria en procedures voor de toewijzing van gebruiksrechten voor radiofrequenties aan aanbieders van diensten inzake inhoud voor radio- en televisiediensten welke noodzakelijk zijn om de doelstellingen van algemeen belang na te streven overeenkomstig het Gemeenschapsrecht.

Beide genoemde richtlijnen bieden derhalve aan Lidstaten ruimte om zelf invulling te geven aan de algemene belangen die bij de verdeling van radiofrequenties in acht moeten worden genomen, voor zover dat past binnen de EG-rechtelijke kaders. Van deze mogelijkheid is gebruik gemaakt bij deze wijziging van het Frequentiebesluit.

De eis ten aanzien van het objectief, transparant en niet-discriminerend verdelen van vergunningen voor het gebruik van radiofrequentie is ook neergelegd in artikel 10 van richtlijn 97/13/EG. Daarbij is bepaald dat verdeling gericht dient te zijn op een efficiënte verdeling van frequenties. Voorts dient voldoende aandacht te worden geschonken aan de noodzaak om de ontwikkeling van concurrentie te bevorderen en ervoor te zorgen dat de voordelen van gebruikers zo groot mogelijk zijn. Zoals ook volgt uit de aanhef van artikel 3.3, negende lid, van de wet zal bij de keuze van het verdelingsinstrument op grond van artikel 3, bij het vaststellen van de minimumeisen op grond van artikel 6 en bij de beoordelingeisen op grond van artikel 8 met dit aspect rekening worden gehouden. Hierbij is van belang dat ingevolge artikel 1, tweede lid, van richtlijn 97/13/EG het aan de Lidstaten tevens is toegestaan specifieke voorschriften in overeenstemming met de communautaire regelgeving aan te nemen inzake de distributie van audiovisuele programma's voor het grote publiek en inzake de inhoud van programma's, alsmede maatregelen die overeenkomstig de in het EG-verdrag, en met name in het gemeenschapsrecht erkende vereisten van algemeen belang worden genomen.

Evenals in de richtlijnen 2002/20/EG en 2002/21/EG wordt in richtlijn 97/13/EG geen voorkeur gegeven voor een bepaald verdelingsinstrument, zolang het maar aan de EG-rechtelijke eisen voldoet. Onderhavig wijzigingsbesluit sluit hier bij aan. Uit de wijziging van het Frequentiebesluit volgt voor het verdelen van frequenties voor commerciële omroep dat de verdeling voortaan niet meer bij voorkeur door middel van een procedure van veiling geschiedt.

Ook de ministeriële regelingen, die uitwerking geven aan het Frequentiebesluit, zullen aan de randvoorwaarden zoals neergelegd in de richtlijnen moeten voldoen.

De Minister van Economische Zaken,
H. Ph. J. B. Heinsbroek