

25 171

Wijziging van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen in verband met de invoering van het veilen van schaarse frequenties voor systemen van digitale mobiele telecommunicatie (veilen frequenties mobiele telecommunicatie)

VERSLAG VAN EEN SCHRIFTELIJK OVERLEG

Vastgesteld 18 november 1997

Bij de voorbereiding van het onderzoek van bovengenoemd wetsvoorstel heeft de vaste commissie voor Verkeer en Waterstaat¹ bij brief van 6 november 1997 de Minister van Verkeer en Waterstaat verzocht om een nadere onderbouwing van de bezwaren tegen toepassing van artikel 17 van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen.

De minister heeft hierop gereageerd bij brief van 11 november 1997.

De commissie doet hierbij verslag van het gevoerde overleg.

De brief van de commissie en het antwoord van de minister zijn als bijlagen 1 en 2 hierna afgedrukt.

De voorzitter van de commissie,
Baarda

De griffier van de commissie,
Heijnis

¹ Samenstelling: Talsma (VVD), Baarda (CDA), voorzitter, Zijlstra (PvdA), Eversdijk (CDA), Hilarides (VVD), Vrisekoop (D66), Pitstra (GL), Rongen (CDA), Batenburg (AOV), Lodewijks (VVD), Van den Berg (SGP), Hendriks, Bierman, De Wit (SP), Linthorst (PvdA).

BIJLAGE 1

De Minister van Verkeer en Waterstaat
Mevrouw A. Jorritsma-Lebbink
Plesmanweg 1-6
2597 JG Den Haag

Den Haag, 6 november 1997

Naar aanleiding van hetgeen in het mondeling overleg van 28 oktober 1997 met de vaste commissie voor Verkeer en Waterstaat van de Eerste Kamer is besproken, ontvangt de commissie in verband met de klacht van EnerTel graag, kan het zijn voor 11 november 1997, een nadere onderbouwing van uw bezwaren tegen toepassing van artikel 17 van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen.

De commissie zal het waarderen wanneer hierbij ook zo omstandig mogelijk de door u aangehaalde argumenten van de landsadvocaat worden aangegeven.

De griffier van de commissie,
G. E. Heijnis

BIJLAGE 2

Aan de Voorzitter van de vaste Commissie voor Verkeer en Waterstaat van
de Eerste Kamer der Staten-Generaal
Binnenhof 21-23
2513 AA Den Haag

Datum: 11 november 1997

Uw brief van 6 november 1997

Onderwerp: Toepassing artikel 17 Wtv voor vergunningverlening voor
DCS 1800

Geachte voorzitter,

Graag voldoe ik aan uw verzoek om een nadere onderbouwing van mijn bezwaren tegen toepassing van artikel 17 van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen (Wtv) voor de verlening van vergunningen voor DCS 1800. De hieronder door mij gegeven argumenten worden ondersteund door de landsadvocaat.

In de afgelopen tijd, zo ook tijdens het mondeling overleg met uw Commissie op 28 oktober 1997, is de vraag aan de orde geweest of de verlening van de vergunningen voor DCS 1800 niet zou kunnen geschieden op basis van artikel 17 Wtv.

Gesteld is dat vergunningverlening voor DCS 1800 zou kunnen gebeuren via een vereenvoudigde vergelijkende toets op basis van artikel 17 Wtv. Dit standpunt wordt door mij niet gedeeld.

Artikel 17 Wtv is van toepassing op alle vormen van telecommunicatie. De wet kent echter in hoofdstuk IIA een specifieke regeling voor een aantal bij algemene maatregel van bestuur aangewezen specifieke vormen van openbare mobiele telecommunicatie. Dit hoofdstuk is met het oog op de uitgifte van GSM-vergunningen in de Wtv geïntroduceerd en is toegepast bij de toekenning van de GSM-vergunning aan Libertel. DCS 1800 is, evenals GSM en ERMES, bij Koninklijk Besluit van 4 augustus 1994, Stb. 630 onder de werkingssfeer van hoofdstuk IIA gebracht. Dit betekent dat vergunningen voor DCS 1800 slechts kunnen worden verleend na het volgen van de in hoofdstuk IIA Wtv opgenomen procedure.

Voor de voorbereiding van vergunningverlening overeenkomstig deze procedure is artikel 13h, derde lid, onder c en d, van de Wtv van belang. Artikel 13h, derde lid, onder c, bepaalt dat een aanvraag om een vergunning in ieder geval wordt afgewezen indien de aanvrager niet voldoet aan bij algemene maatregel van bestuur gestelde eisen met betrekking tot liquiditeit, solvabiliteit, technische middelen, kennis en ervaring, benodigd om de continuïteit van aanleg, instandhouding en exploitatie van de desbetreffende telecommunicatie in vaste structuur te waarborgen. Artikel 13h derde lid, onder d, bepaalt dat bij de verschillende aanvragen de aanvragers aan een «vergelijkende toets» worden onderworpen, waarbij naast de hiervoor genoemde aspecten ook de kwaliteit van de te bieden telecommunicatie-infrastructuur, het voorgenomen gebruik van de beschikbare radiofrequenties, de diensten die de aanvrager zal aanbieden en de tarieven die hij zal toepassen voor de te leveren diensten, in de beschouwing zullen worden betrokken. Dat betekent dat voor het volgen van een dergelijke procedure een aantal voorbereidingsmaatregelen noodzakelijk zijn: de opstelling van regeling, het formuleren van een aanvraagdossier, het treffen van voorbereiding van de procedure, het vastleggen van toetsingscriteria en dergelijke.

De te volgen procedure moet open, transparant, objectief en non-discriminatoire zijn en in overeenstemming met de algemene rechtsbeginselen. Dat brengt in ieder geval mee dat:

1. tevoren duidelijk moet zijn welke frequenties met welke technische (on)mogelijkheden beschikbaar zijn;
2. belangstellenden voldoende gelegenheid moeten krijgen om een (uitvoerige en gedocumenteerde) aanvraag, die voldoet aan alle daaraan te stellen eisen, in te dienen;
3. aanvragers de gelegenheid moeten krijgen om incomplete aanvragen alsnog te completeren;
4. de inhoudelijke toetsing van de aanvragen aan tevoren vastgestelde criteria moet plaatsvinden.

Het treffen van voorbereidingen voor een dergelijke procedure, wijziging c.q. opstelling van de regelgeving en een beschrijving van de beschikbare frequenties en criteria voor verdeling zullen ten minste drie maanden zo niet meer vergen. Vervolgens zal aan aanvragers een redelijke termijn voor het indienen van een afgestemde aanvraag moeten worden gegund, welke termijn ten minste op twee maanden moet worden gesteld. Daarnaast zullen betrokkenen de gelegenheid moeten krijgen hun aanvraag alsnog te completeren. Vervolgens zal toetsing van de aanvraag aan alle criteria moeten plaatsvinden, waarbij de inbreng van externe deskundigen niet kan worden gemist. Voor het verloop van een dergelijke procedure zijn de ervaringen met de GSM-vergunning voor Libertel relevant. Op 1 september 1994 kwam daar het tenderdocument beschikbaar, waarna belangstellenden tot 15 oktober 1994 de gelegenheid hadden vragen te stellen. Vervolgens werd tot 1 december 1994 de tijd gegund om aanvragen in te dienen. Met de beoordeling van deze aanvragen was vervolgens drie maanden gemoeid die werden gebruikt voor een ontvankelijkheidstoets en verzuimherstel, een toets op de wettelijke minimumeisen, verificatie en antecedenten, het houden van presentaties en de uitvoering van de vergelijkende toets zelf. De vergelijkende toets kon met vergunningverlening op 15 maart 1995 (bijna zeven maanden na de start van de procedure) worden afgerond.

Het volgen van bovengeschetste procedure vergt een zeer groot aantal procedurele stappen die ieder zorgvuldig moeten worden genomen. De landsadvocaat heeft er op gewezen dat wanneer een dergelijke procedure te haastig wordt doorlopen, het risico van procedurele gebreken zeer groot is. Dergelijke (vermeende) procedurele gebreken kunnen aanleiding geven tot een tussentijdse interventie van de rechter. Ook na afloop van de procedure kunnen in het ongelijk gestelde partij en in een (vermeende) gebrekkige procedure aanknopingspunten vinden om bezwaar- en beroepsprocedures te voeren.

Ook is voorgesteld om gebruik te maken van artikel 17 Wtv. Voor het kunnen toepassen van artikel 17 Wtv zou moeten worden overgegaan tot intrekking van het Koninklijk Besluit van 4 augustus 1994, houdende aanwijzing van DCS 1800 als technisch systeem in de zin van hoofdstuk IIA van de Wtv. De landsadvocaat wijst er op dat nu bij de totstandkoming van hoofdstuk IIA zowel GSM, ERMES als DCS 1800 uitdrukkelijk zijn genoemd als systemen die ingevolge de in dit hoofdstuk vervatte procedure zullen worden uitgegeven, de Kroon met recht het verwijt van détournement de pouvoir kan worden gemaakt, wanneer door het intrekken van dit Koninklijk Besluit wordt ontkomen aan de wettelijke verplichting tot het volgen van de procedure vervat in hoofdstuk IIA. In ieder geval zou dat een handelen in strijd met de uitdrukkelijke wens van de wetgever impliceren, waartoe ik mij niet gehouden acht.

Artikel 17 Wtv is weliswaar in het verleden bij gebreke van een bestaande wettelijke regeling gebruikt om beleid met betrekking tot de uitgifte van frequenties op te baseren. Dat is in het bijzonder gebeurd bij de uitgifte van frequenties voor radio-omroep-toepassing. Daarbij is van belang dat het bij de toewijzing niet ging om beoordeling van aanvragen aan technische eisen, die hier een belangrijke rol spelen, doch louter om de aard van de desbetreffende programma's. Het verdelingsprobleem in dat geval bestond derhalve louter uit de vraag hoe de betreffende programma's over en weer moesten worden gewaardeerd. De situatie was dus op geen enkele wijze vergelijkbaar met de onderhavige. De bevoegde rechter, het College van Beroep voor het Bedrijfsleven, heeft in een uitspraak van 22 maart 1995 het gebruikmaken van artikel 17 Wtv voor deze vorm van verdeling van frequenties aanvaard, zij het op basis van een zeer uitvoerig motivering, waarbij het College heeft aangegeven dat een op artikel 17 Wtv neergelegd beleid zou moeten zijn gebaseerd op een aantal zeer nauwkeurig omschreven criteria. De criteria in die uitspraak – die betrekking hadden op de omroepmarkt – zijn in dit geval niet bruikbaar. Dat betekent dat, wanneer de weg van artikel 17 Wtv zou kunnen worden gevolgd, bij de vergelijkende toets evenzeer de beginselen van communautair recht en algemene rechtsbeginselen in acht moeten worden genomen. Dat impliceert dat moet worden zorggedragen voor een open, transparante, objectieve en non-discriminatoire procedure terwijl vooraf toetsingscriteria moeten worden geformuleerd. Gelet op de aard van de betreffende vergunning volgt uit het beginsel van doelmatig etherbeheer dat in ieder geval moet worden onderzocht of de aanvragers voldoen aan dezelfde eisen, die op grond van artikel 13h, derde lid, onder c, van de Wtv worden gesteld. Daarnaast zal de rechter niet aanvaarden dat criteria die in betekenisvolle mate afwijken van de toetsingscriteria van artikel 13h, derde lid, onder d, Wtv bij de uitgifte kunnen worden gehanteerd. Voor het opstellen van de betreffende criteria, het volgen van een procedure en het uitvoeren van een vergelijkende toets zal derhalve weinig minder tijd noodzakelijk zijn dan wanneer de wettelijk voorgeschreven procedure van hoofdstuk IIA zal worden doorlopen. Dat betekent dat ook wanneer artikel 17 Wtv in dezen zou worden toegepast de uitgifte van vergunningen in ieder geval aanzienlijk langer zullen duren dan wanneer uitgifte door middel van een veiling plaatsvindt.

De landsadvocaat stelt dat het op z'n minst genomen ernstig moet worden betwijfeld of artikel 17 Wtv mede bevoegdheid geeft mededingingsbevorderende maatregelen als hiervoor aangegeven te treffen. Op deze wijze wordt het de Nederlandse regering onmogelijk gemaakt om mede ter uitvoering van Richtlijn 96/2/EG, invulling te geven aan de uit artikel 90 EG-verdrag voortvloeiende verplichtingen.

Ik vertrouw er op dat mijn bezwaren tegen toepassing van artikel 17 Wtv voor de verlening van vergunningen voor DCS 1800 hiermee voldoende uiteengezet zijn.

De Minister van Verkeer en Waterstaat,
A. Jorritsma-Lebbink