

Recente ontwikkelingen in Telecommunicatie:
over eigendom van en vergoeding voor frequenties

I. Inleiding

1. Toen het bestuur van de AJV mij herinnerde aan mijn toezegging een korte lezing te houden tijdens deze algemene ledenvergadering zei ik meteen: goed, maar dan wel over een onderwerp dat mij boeit. De stap naar telecommunicatie was toen snel genomen. Hoewel mijn lezing daar, gezien ook de titel, over zal gaan, zal ik noodgedwongen ook andere rechtsgebieden mee moeten nemen.
2. Ik ga in op de eigendom van frequenties, en daarna op de verplichting een economische vergoeding te betalen voor het gebruik van frequenties.

II. Eigendom van frequenties

3. Het recht, en met name het burgerlijk recht, regelt de schaarste. Als een goed schaars is heeft het waarde en als het waarde heeft wordt het als object van eigendom beschouwd. De grond bijvoorbeeld is in hoeveelheid beperkt. Al komen er per jaar miljoenen mensen en huizen op aarde bij, meer grond ontstaat er niet. Tenzij de mens wellicht ooit op een andere planeet gaat wonen, maar zover zijn wij nog niet. En dus is de grond object van eigendom, zodat iemand daarop het meest omvattend recht kan hebben dat mogelijk is¹. De eigenaar kan anderen die van zijn grond gebruik willen maken, daarvan weren. Zijn recht is exclusief. En dus kan de eigenaar ook voor gebruik van zijn grond een vergoeding rekenen. Het tegen betaling verleende gebruiksrecht kan verschillende vormen aannemen, zoals huur, erfpacht of concessieverlening.
4. Als algemene rechtsopvatting kan daarmee gelden dat zonder eigenaar van een goed te zijn of een van de eigenaar afgeleid (gebruiks)recht te hebben, een persoon geen economische vergoeding kan bedingen voor gebruik (of verbruik) van dat goed. Om deze algemene rechtsopvatting te toetsen, stel ik enkele vragen:

¹ art. 5:1 BW

- Indien het eilandgebied Curaçao iedere bewoner van het eiland maandelijks een rekening zou sturen voor de door die persoon in die maand uit de lucht geconsumeerde hoeveel zuurstof, berekend naar de economische waarde daarvan, is die bewoner verplicht die rekening te voldoen?
 - Indien het Land aan ieder waterproductiebedrijf op de eilanden een rekening zou sturen voor het aantal liters zeewater dat gebruikt is voor het maken van drinkwater, zijn zij tot betaling daarvan gehouden?
5. Ik zou denken dat aan het eilandgebied en het Land zal worden tegengeworpen, dat zij van die goederen (zuurstof of zeewater) geen eigenaar zijn. Voor de zee werd dit reeds door de Hoge Raad² uitgemaakt: *“dat dan ook het jagen zonder jachtacte op de Waddenzee, die civielrechtelijk aan niemand toebehoort, volgens voormelde wet niet strafbaar was”*. En hoewel de wet bepaalt dat de bodem van de territoriale zee van het Land is³, geldt dit niet voor de zee zelf. Die behoort aan niemand toe.
 6. Voor de zuurstof in de ruimte boven de grond zal het niet anders zijn. Men kan stellen dat het geen zaken zijn in civielrechtelijke zin, omdat zij niet voor menselijke beheersing vatbaar zijn⁴. Wellicht kan ook gezegd worden dat zuurstof en zeewater geen schaarse goederen zijn, en als zodanig is er geen noodzaak die goederen als object van eigendom te beschouwen. Maar wat niet is kan komen en als het komt zullen bovenstaande vragen beantwoording behoeven.
 7. Teneinde te kunnen vaststellen of voor gebruik van frequenties een economische vergoeding mag worden gerekend, lijkt dus zinvol eerst vast te stellen wat en van wie frequenties nu eigenlijk zijn.
 8. Frequenties zijn radiogolven. Zij bevinden zich in de ruimte direct boven de grond en tot ver daarboven. Alle frequenties tezamen vormen het frequentiespectrum. Het frequentiespectrum wordt in de telecommunicatie gebruikt voor de overdracht van gegevens met behulp van ongeleide transmissiemiddelen⁵. Het werkt ongeveer zo: de radiogolven zijn door hun natuurlijke gesteldheid in staat informatie op hun golven mee te dragen, waarmee die informatie wordt overgebracht van het ene (zend)punt naar het

² HR 20 juni 1927, NJ 1927, p. 969. Zie voor het opleggen van een privaatrechtelijk heffing voor het lozen van afvalstoffen in zee HR 19 mei 2000, NJ 2000, 639.

³ Art. 5:25 BW

⁴ Openbare zaken naar publiek- en privaatrecht, Hennekes, 2001, p. 69.

⁵ Handboek telecommunicatie, Dommering, 1999, p. 12.

andere (ontvangst)punt. Frequenties zijn een soort onzichtbare kamelen die zich door de ruimte bewegen. Het frequentiespectrum is een schaars goed omdat het aantal frequentiebanden dat momenteel voor deze overdrachtdoeleinden benut wordt, beperkt is.

9. Van wie nu is het frequentiespectrum? Om die vraag te beantwoorden, eerst de goederenrechtelijke classificatie van het frequentiespectrum.
10. Het frequentiespectrum is geen voor menselijke beheersing vatbaar stoffelijk object. Het is dus geen zaak in goederenrechtelijke zin⁶.
11. Het frequentiespectrum als geheel lijkt ook moeilijk als een vermogenrecht te classificeren⁷. Wellicht kan gezegd worden dat heden ten dage feitelijk het (exclusief) gebruiksrecht van bepaalde kanalen in frequentiebanden door mobiele operators en radiostations is verkregen in ruil voor verstrekt of in het vooruitzicht gesteld stoffelijk voordeel. Met enige goede wil kunnen die kanalen in die frequentiebanden daarmee als vermogenrecht worden geclassificeerd. Dat zou betekenen dat er een rechthebbende moet zijn op die kanalen, van wie de gebruiker zijn recht heeft verkregen.
12. Die rechthebbende heeft zich sedert eind jaren negentig⁸ gepresenteerd in de persoon van het Land toen zij middels de uitgegeven concessies economische vergoedingen ging rekenen voor het gebruik van frequenties. Maar is het Land wel rechthebbende op die kanalen (frequenties)? Hoe en wanneer heeft het Land die dan (in bezit) verkregen? Daarvan is volgens mij geen sprake, evenmin als daarvan sprake is bij de zee, het zich daarin bevindende zeewater, het luchtruim of de zuurstof daarin. Er is ook geen wet die bepaalt dat het Land daarvan rechthebbende is. Het gegeven dat het Land mede ter uitvoering van het internationaal telecommunicatieverdrag⁹ ordenend optreedt ter zake het gebruik van frequenties, verschaft het Land nog geen bezit of rechthebbendenschap van de frequenties. Het Land treedt bijvoorbeeld ook ordenend op ter zake al het wegverkeer – links aanhouden, niet door rood licht rijden - maar dat maakt nog niet dat het Land eigenaar wordt van alle wegen waarover wegverkeer plaatsvindt.

⁶ Art. 3:1 BW.

⁷ Art. 3:6 BW.

⁸ Bij de liberalisatie van de mobiele telecommarkt.

⁹ Het op 22 december 1992 te Genève totstandgekomen Statuut en Verdrag van de Internationale Unie voor Telecommunicatie met de daarbij behorende bijlagen en reglementen (Trb. 1993, 138).

13. Volgens mij is er, in ieder geval vanuit civielrechtelijke optiek, maar een conclusie de juiste: het frequentiespectrum behoort aan niemand toe.

III. Economische vergoedingen voor gebruik frequenties

14. Nu de vergoedingen. Voor uw begrip, het gaat om veel geld. Er zijn een paar honderd duizend mobiele telefonie gebruikers in de Antillen. Alleen daarvoor al wordt aan de telecommunicatiebedrijven ongeveer Naf. 15 miljoen per jaar aan economische frequentievergoedingen in rekening gebracht.

15. Bij het in Nederland invoeren van de verplichting voor gebruik van frequentieruimte te betalen, was de redengeving dat frequentieruimte een economische waarde vertegenwoordigt en dat het (dus) mogelijk moet zijn dat de gebruiker zoveel mogelijk de waarde ervan vergoedt. Aldus ontstaat een prikkel voor de verkrijger van frequentieruimte om rekening te houden met de economische waarde¹⁰. Hier te lande is de redenering ongeveer hetzelfde. Het Land oefent krachtens zijn soevereiniteit over het nationale territorium de zeggenschap uit over de toewijzing van kanalen in frequentiebanden aan gebruikers. Het frequentiespectrum vormt derhalve onderdeel van het domein van het Land en voor het gebruik daarvan moet de economische waarde worden vergoed. Uit het voorgaande blijkt dat deze redenering weinig overtuigend is.

16. Ik zou eerder zeggen dat als er iemand is die voor gebruik van frequentieruimte een economische vergoeding mag bedingen, het de grondeigenaren zijn. De bevoegdheid van de eigenaar van de grond deze te gebruiken, omvat immers de bevoegdheid tot gebruik van de ruimte boven en onder de oppervlakte¹¹. Deze rechtsregel bestond, in sterkere vorm, reeds onder het Romeinse recht en ook de Code Civil ging nog uit van eigendom van de ruimte boven de grond¹².

17. Dit gebruiksrecht van de grondeigenaar op de ruimte boven de grond is in beginsel exclusief. Wel is het gebruik van die ruimte aan anderen toegestaan indien dit zo hoog boven de oppervlakte plaatsvindt dat de eigenaar geen belang heeft zich daartegen te verzetten¹³. Echter, gebruik van (radiogolven in) de ruimte voor mobiele telefonie of

¹⁰ Kamerstukken, II, 27 607, nr. 3, p. 1-2.

¹¹ Art. 5:21.1 BW.

¹² Vgl. Asser-Zakenrecht, Eigendom en beperkte rechten, p. 109.

¹³ Art. 5:21.2 BW.

radiotoepassingen vindt doorgaans plaats op het grondniveau, zodat deze uitzondering zich niet snel voordoet. En als de grondeigenaar een exclusief gebruiksrecht heeft op de ruimte direct boven zijn grond, heeft hij dat recht ook op de zich daarin bevindende radiogolven. Hij is daarop weliswaar geen rechthebbende, maar hij is wel tot exclusief gebruik daarvan bevoegd. Daarmee kan hij ook – bij uitsluiting van anderen – een economische vergoeding rekenen voor de inbreuk op zijn gebruiksrecht.

18. Toch rekent het Land die economische vergoedingen. Volgens mij is zij daar, getuige het voorgaande, niet toe gerechtigd.

19. Afgezien van het vorenstaande geldt dat als het Land economische vergoedingen rekent voor gebruik van frequenties, het Land daarvoor in ieder geval een afdoende wettelijke grondslag moeten hebben. Ter afsluiting behandel ik een recent geval waarin het Gerecht in eerste aanleg van de Nederlandse Antillen tot het oordeel kwam dat een dergelijke afdoende grondslag ontbreekt¹⁴.

20. De Minister van Verkeer en Vervoer had bij Telcell, een mobiele operator op St. Maarten, een vergoeding in rekening gebracht van Naf. 200,= per door Telcell gebruikt GSM kanaal. Die heffing vond zijn grondslag in de Beschikking vergoedingen telecommunicatievoorzieningen¹⁵. De Minister betoogde dat zijn bevoegdheid tot het in rekening brengen van de vergoeding gegrond is op de Landsverordening op de telecommunicatievoorzieningen (de "Ltv.")¹⁶. De Ltv. bepaalt in artikel 2 lid 3:

"De Minister kent aan de houder van de concessie de radiofrequenties toe welke nodig zijn voor de uitvoering van de concessie, waarbij voorschriften en beperkingen kunnen worden gesteld."

21. De vraag die daarmee beantwoord moest worden was of de Beschikking vergoedingen telecommunicatievoorzieningen, voor zover daarmee de vergoeding van Naf. 200,= per gebruikt GSM kanaal werd vastgesteld en geheven, terug te voeren was op artikel 2 lid 3 van de Ltv. Zonder die – of een andere formele - basis was de Minister tot vaststelling en heffing van die vergoeding niet bevoegd.

¹⁴ GEA Curaçao, 29 april 2009, Telcell versus de Minister van Verkeer en Vervoer, LAR 2008/25 e.a.

¹⁵ De op 11 juli 2008 uitgegeven Ministeriele beschikking met algemene werking.

¹⁶ Te vinden in P.B. 1995, no. 196.

22. Het Gerecht oordeelt dat daarvan geen sprake is. De bevoegdheid van de Minister bij de toekenning van frequenties 'voorschriften en beperkingen' te stellen, omvat niet de bevoegdheid regelen te stellen ten aanzien van de voor het gebruik van radiofrequenties te betalen vergoedingen. Nu die bevoegdheid ook niet uit enige andere wet in formele zin kan worden afgeleid, is de Beschikking vergoedingen telecommunicatievoorzieningen onbevoegd gegeven en moet deze onverbindend worden verklaard. Gevolg daarvan is dat Telcell de vergoeding van Naf. 200,= per door Telcell gebruikt GSM kanaal niet aan het Land behoeft te voldoen.

IV. Afsluiting

23. Mijn conclusie is dat frequenties aan niemand toebehoren. Het voor gebruik van frequenties rekenen van economische vergoedingen past niet in ons rechtssysteem en zou als fenomeen beter verlaten kunnen worden. Indien het Land een bijzondere vergoeding wenst te rekenen voor de exploitatie van een onderneming die bij de dienstverlening gebruik maakt van het frequentiespectrum, zou dat beter in te kleden zijn als een bijzondere heffing in de vorm van een belasting¹⁷.

¹⁷ Bijvoorbeeld als bedoeld in artikel 2a, onder A ten vierde, van de ERNA.