

VRIJ VERKEER VAN GOEDEREN & DIENSTEN

Rechtspraak

Daadwerkelijke uitvoering geven aan concessies en vergunningen verplicht op grond van vrij verkeer van diensten

Mr. J.C.M. van der Beek

Vrij verkeer van diensten vergt de daadwerkelijke uitvoering van rechten die op grond van vergunningen of concessies zijn verkregen. Lidstaten kunnen niet volstaan met het verlenen van vergunningen of concessies.

Zaak C-380/05, Centro Europa 7 Srl tegen Ministero delle Comunicazioni e Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, Direzione generale per le concessioni e le autorizzazioni del Ministero delle Comunicazioni, van 31 januari 2008, nng.

Het Hof van Justitie EG heeft bepaald dat een lidstaat handelt in strijd met de bepalingen inzake het vrij verrichten van diensten (artikel 49 EG-Verdrag) indien een onderneming, die in het kader van een openbare aanbestedingsprocedure nationale radio- en televisie-uitzendingrechten heeft verkregen, desalniettemin als gevolg van nationale regelgeving geen frequenties krijgt toegewezen, waardoor het onmogelijk is om de verkregen rechten daadwerkelijk uit te oefenen. Ook voor effectuering van vergunningen en concessies, in dit geval de toewijzing van de frequenties, geldt dat deze, ingevolge artikel 49 EG-Verdrag, moeten voldoen aan de eisen van objectiviteit, transparantie, non-discriminatie en proportionaliteit.

De feiten

Centro Europa 7 Srl (hierna: Centro) had in maart 1999 met succes deelgenomen aan een openbare aanbesteding in Italië voor concessies voor nationale televisie-uitzendingen via terrestrische frequenties. Bij het toewijzingsdecreet werd verwezen naar het nationale toewijzingsplan voor de toewijzing van de specifieke frequenties, welk plan nog moest worden uitgevoerd.

Het nationale toewijzingsplan werd echter niet gerealiseerd, zodat Centro geen enkele frequentie ontving en daardoor, ondanks het feit dat zij uitzendingrechten had verkregen, niet in staat was daadwerkelijk de uitzendingen te verzorgen. Als gevolg van verschillende Italiaanse wetten en regelingen werd daarentegen aan de bestaande omroepexploitanten, zelfs aan diegenen die geen concessie op grond van de aanbestedingsprocedure hadden verkregen, toestemming verleend om hun uitzendingen voort te zetten. Als gevolg van deze voortzetting werd de vrijgave van die frequenties voor nieuwe

omroepexploitanten, zoals Centro, geblokkeerd. Daarmee werd in feite een situatie verlengd die in strijd was met het resultaat van de openbare aanbestedingsprocedure.

Bovendien mochten krachtens de Italiaanse wet alleen actieve omroepexploitanten een verzoek indienen voor het gebruik van frequenties voor digitale televisie, zodat Centro, als niet-actieve omroepexploitant, daarvoor geen uitzendingrechten kon verkrijgen.

Centro stelde een vordering in bij het Tribunale amministrativo regionale del Lazio (regionale administratieve rechtbank van Lazio), waarbij zij vorderde dat de bevoegde overheidsinstanties zouden worden veroordeeld tot toewijzing van de noodzakelijke frequenties, met betaling van een vergoeding voor de intussen geleden verliezen. In de beroepsprocedure na afwijzing van haar vordering stelde de Consiglio di Stato een groot aantal prejudiciële vragen (waarvan overigens het grootste deel door het Hof niet ontvankelijk werd geacht).

De prejudiciële vraag

Het Hof heeft de wel ontvankelijke prejudiciële vragen geherformuleerd als de vraag of de bepalingen van artikel 49 EG-Verdrag en het van gemeenschappelijke regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (hierna NGR)¹ op het gebied van televisieomroep in de weg staan aan een wettelijke regeling waarvan de toepassing ertoe leidt dat een exploitant met een vergunning niet kan uitzenden bij gebreke van radiozendfrequenties.

¹ 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, p. 33). Zie eveneens 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, p. 21), en Richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten ('toegangsrichtlijn') (Pb. L 108, p. 7).

Het arrest

Het Hof van Justitie staat allereerst stil bij de vraag of het wel bevoegd is om een uitspraak te doen over artikel 49 EG-Verdrag, aangezien vaststaat dat in deze zaak alle elementen zich binnen een lidstaat afspeelden. Het Hof meent echter dat niet kan worden uitgesloten dat in andere lidstaten dan de Italiaanse Republiek gevestigde ondernemingen ook belangstelling hadden of zouden hebben voor het verrichten van de betrokken diensten². In een het onderhavige geval kan een antwoord op de vraag over de uitleg van artikel 49 EG-Verdrag voor de verwijzende rechter nuttig zijn indien zijn nationaal recht voorschrijft dat een Italiaans staatsburger dezelfde rechten toekomen als een staatsburger van een andere lidstaat in dezelfde situatie aan het gemeenschapsrecht kan ontleen.³ De A-G had hieraan nog toegevoegd dat een uitleg van artikel 49 EG-Verdrag geboden is gelet op de geest van samenwerking tussen de nationale rechters en het Hof en op de noodzaak te voorkomen dat de toepassing van het nationale recht in combinatie met het gemeenschapsrecht leidt tot een nadelige behandeling van de eigen onderdanen van een lidstaat.

In antwoord op de prejudiciële vraag herinnert het Hof eraan dat artikel 49 EG-Verdrag beperkingen verbiedt die het verrichten van diensten tussen lidstaten moeilijker maakt dan de verrichting van diensten binnen een lidstaat.⁴ Deze beginselen zijn op het gebied van elektronische communicatienetwerken en -diensten neergelegd in het NGR.

Het Hof stelt vervolgens vast dat op het gebied van de televisieomroep het vrij verrichten van diensten, zoals geformuleerd in artikel 49 EG-Verdrag en op dit gebied ten uitvoer gelegd door het NGR, niet alleen de toewijzing van uitzendvergunningen vereist, maar tevens de toekenning van radiozendfrequenties. Dit vloeit voort uit het feit dat een exploitant de rechten die hij ter zake van de toegang tot de televisieomroepmarkt aan het EG-recht ontleent niet daadwerkelijk uitoefenen wanneer hem geen radiozendfrequenties worden toegewezen.

Het Hof meent dat de Italiaanse regelingen het verrichten van diensten op het gebied van de televisieomroep belemmeren, doordat zij het aantal exploitanten dat op de betrokken markt kan uitzenden in feite beperken. De regelingen hebben ook geleid tot verstarring van de structuur van de nationale markt en tot bescherming van de positie van nationale marktdeelnemers die reeds actief waren op de genoemde markt. Het Hof acht ze daarom in strijd met artikel 49 EG-Verdrag en het NGR (met name artikel 9, lid 1, van de kaderrichtlijn, artikel 5, lid 1, van de machtigingsrichtlijn en artikel 4, punt 1, van de mededingingsrichtlijn), tenzij zij gerechtvaardigd zijn.

Het NGR voorziet in de mogelijkheid dat de lidstaten op het gebied van audiovisueel beleid bepalingen, die een doelstelling van algemeen belang nastreven, vaststellen. Het Hof benadrukt echter, onder verwijzing naar het *Placanica*-arrest, dat voor de rechtvaardiging van dergelijke regelingen, die in beginsel in strijd zijn met artikel 49 EG-Verdrag en met het NGR, niet alleen vereist is dat zij zijn vastgesteld om redenen van algemeen belang, maar tevens dat daarin objectieve, transparante, niet-discriminerende en evenredige criteria worden gehanteerd.⁵ Het Hof citeert vervolgens een aantal bepalingen in het NGR, namelijk van de kaderrichtlijn, de machtigingsrichtlijn en de mededingingsrichtlijn, waarin met zoveel woorden wordt gerefereerd aan de noodzaak van objectieve, doorzichtige, niet-discriminerende en proportionele criteria.

Het Hof concludeert dat is gebleken dat in de onderhavige zaak de toewijzing van radiofrequenties aan een beperkt aantal exploitanten niet volgens dergelijke criteria is gebeurd, nu de radiofrequenties

zijn toegekend aan de bestaande kanalen, waarvan een aantal geen vergunning hadden, terwijl aan anderen, zoals Centro, die wel een vergunning hadden, geen frequenties zijn toegewezen.

Commentaar

Hoewel deze zaak zich afspeelt op het gebied van radiofrequenties is het belang ervan uiteraard groter. De grenzen die het Hof al had gesteld aan nationale maatregelen die het aantal marktdeelnemers in een bepaalde marktsector beperken, worden in deze uitspraak nader uitgewerkt. Het is natuurlijk duidelijk dat dergelijke maatregelen vaak het vrije verkeer van diensten zullen beperken, omdat daarmee in het algemeen binnenlandse marktstructuren worden geconsolideerd en de (voornamelijk binnenlandse) marktdeelnemers die in die sector een sterke positie hebben opgebouwd, worden beschermd. Om die reden is in de rechtspraak uitgemaakt dat maatregelen die leiden tot beperkingen van het aantal marktdeelnemers in een sector van de nationale markt gerechtvaardigd moeten zijn.⁶

Voor die rechtvaardiging is vereist dat er niet alleen een legitieme reden voor de beperking van het aantal marktdeelnemers bestaat, maar ook dat bij de selectie criteria worden toegepast die willekeurige discriminatie uitsluiten. Door de vereiste toepassing objectieve, transparante en niet-discriminerende procedures en -criteria wordt verzekerd dat marktdeelnemers in de hele EU dezelfde toegangsmogelijkheden tot alle delen van de interne markt hebben. Het EU aanbestedingsrecht is op dezelfde overwegingen gebaseerd.⁷

Interessant is dat het Hof niet alleen de toepassing van objectieve, transparante en niet-discriminatoire procedures eist en de beperking van het aantal marktdeelnemers door toekenning van concessies en vergunningen, maar deze ook uitbreidt tot de daadwerkelijke uit-

² Het Hof verwijst naar de arresten van 25 april 1996, *Commissie/België*, C-87/94, *Jur.*, p. I-2043, punt 33, en 13 oktober 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, *Jur.*, p. I-8585, punt 55.

³ Het Hof verwijst naar de arresten van 5 december 2000, *Guimont* C-448/98, *Jur.*, p. I-10663, punt 23; 5 maart 2002, *Reisch e.a.*, C-515/99, C-519/99-C-524/99 en C-526/99-C-540/99, *Jur.*, p. I-2157, punt 26; van 11 september 2003, *Anomar e.a* C-6/01, *Jur.*, p. I-8621, punten 39-41; van 30 maart 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, C-451/03, *Jur.*, p. I-2941, punt 29, als ook van 5 december 2006, *Cipolla* C-94/04, *Jur.*, p. I-11421, punt 30.

⁴ Arrest van 8 september 2005, *Mobistar en Belgacom Mobile*, C-544/03 en C-545/03, *Jur.*, p. I-7723, punt 30.

⁵ Arrest van 6 maart 2007, zaken C-338/04, C-359/04, C-360/04, *Placanica, Palazzese en Sorricchio*, *Jur.* 2007 p. I-01891; zie <http://www.curia.eu.int>; zie ook bespreking in NTER nr 7/8 2007, p. 117.

⁶ Zie o.a. het *Placanica*-arrest.

⁷ Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (*Pb.* L 134, p. 114), laatstelijk gewijzigd bij richtlijn 2006/97/EG van de Raad van 20 november 2006 (*Pb.* L 363, p. 107); richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (*Pb.* L 134, p. 1), laatstelijk gewijzigd bij richtlijn 2006/97/EG van de Raad van 20 november 2006 (*Pb.* L 363, p. 107).

voering van de concessies of vergunning. Inderdaad zou het, zoals de A-G opmerkt, een verloochening van het eigenlijke doel van vergunning- en concessieprocedures betekenen, indien een lidstaat aan het resultaat daarvan voorbij zou mogen gaan en in plaats daarvan aan de gevestigde marktdeelnemers zou kunnen toestaan de markt voor onbeperkte tijd te bezetten en daarmee de toepassing van de voorschriften inzake het vrije verkeer te frustreren.

De Europese Commissie heeft overigens eveneens met zoveel woorden in haar Mededeling inzake concessies benadrukt dat 'het beginsel van gelijke behandeling niet alleen [inhoudt] dat de toegangsvoorwaarden tot een economische activiteit niet discriminerend mogen zijn, maar ook dat overheidsinstanties alle maatregelen moeten nemen om de uitoefening van die activiteit mogelijk te maken'.⁸

Met deze uitspraak is derhalve bevestigd dat het EG-recht niet alleen vereist dat bij verlening van concessies en vergunningen transparante en niet-discriminerende selectieprocedures worden georganiseerd, maar ook dat de uitkomst van deze procedures volledig moet worden uitgevoerd.

Het is overigens interessant dat de A-G in zijn conclusie aandacht besteedt aan de extra zorgvuldigheid die volgens hem in deze zaak bij de toetsing van de rechtmatigheid van de maatregelen moest worden betracht nu het pluralisme van de media in het geding was. De A-G wijst erop dat de door de media gespeelde rol van 'publieke spreekbuis' essentieel is voor de bevordering en bescherming van een open en 'inclusive' samenleving waarin verschillende ideeën van algemeen belang worden gepresenteerd en bediscussieerd. De A-G wijst op rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens waarin het heeft overwogen dat de fundamentele rol van de vrijheid van meningsuiting in een democratische samenleving, vooral wanneer zij ertoe dient informaties en ideeën onder het publiek te verspreiden, 'slechts met succes kan worden gerealiseerd indien zij is gebaseerd op het beginsel van pluraliteit, waarvoor de Staat in laatste instantie garant staat'.⁹ Bij de toepassing van het gemeenschapsrecht op het gebied van nationale televisieomroepdiensten is dus het beginsel van pluraliteit de leidraad, en die toepassing krijgt bovendien speciale betekenis wanneer zij de bescherming van dat beginsel versterkt. Hieruit volgt volgens de A-G dat de nationale rechterlijke instanties, die de daadwerkelijke toepassing van het gemeenschapsrecht moeten verzekeren, nauwgezet de redenen moeten onderzoeken die een lidstaat aanvoert voor het vertragen van de toewijzing van frequenties aan een omroepexploitant die nationale uitzendrechten heeft verkregen door middel van een openbare aanbestedingsprocedure, en zondig passende maatregelen moeten gelasten teneinde te verzekeren dat deze rechten niet illusoir blijven.

Ten slotte is eveneens interessant dat de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen heeft gewezen op het gerechtvaardigd vertrouwen en de eigendomsrechten van de gevestigde marktdeelnemers. Het is duidelijk dat in het kader van de toepassing van het EG-recht het vertrouwensbeginsel en het eigendomsrecht als algemene rechtsbeginselen moeten worden gerespecteerd, maar de bescherming van de vastliggende rechten van de gevestigde marktpartijen rechtvaardigen niet noodzakelijkerwijs de voortzetting van een situatie waarin nieuwkomers hun rechten niet kunnen uitoefenen, zodat deze in feite waardeloos zijn. Een redelijke oplossing in dergelijke gevallen zou eventueel kunnen zijn dat de schade voor de gevestigde marktpartijen die aanspraak kunnen maken op het vertrouwensbeginsel en/of eigendomsrechten wordt vergoed door de Staat, die immers de schadeveroorzakende en de met het EG-recht strijdige maatregelen heeft ingevoerd.¹⁰

In Nederland is een dergelijk claim overigens recentelijk afgewezen. Gevestigde radiostations dienden een vordering tot financiële tegemoetkoming door de overheid in vanwege het feit dat de stations hun vergunningen kwijt waren geraakt en mee moesten doen aan de nieuwe verdeling van frequenties om in de ether te kunnen blijven uitzenden. Het College van Beroep voor het Bedrijfsleven bevestigde het besluit van de minister van Economische Zaken dat er geen aanleiding was voor schadeloosstelling omdat de herverdeling voorzienbaar was en tot het normale bedrijfsrisico van de radiostations behoorde. De minister was van mening dat de eerder verleende vergunningen van de gevestigde commerciële radio-omroepen tijdelijk waren en bij de algehele herverdeling van rechtswege aflieden omdat de looptijd was verstreken.¹¹ Het College van Beroep voor het Bedrijfsleven stelde bovendien vast dat de goodwill in de vorm van luisteraarspubliek niet zozeer verbonden is aan een specifieke radiofrequentie, maar veeleer aan het radiostation (het format). Ook achtte het College van Beroep voor het Bedrijfsleven een beroep op artikel 1 van het Eerste Protocol van het EVRM, dat bescherming biedt tegen ongeoorloofde aantasting van eigendom, niet gegrond. De nieuwe vergunningverlening vormde niet een (de facto) ontname van de eigendom, maar een regulering van de eigendom.

In Nederland heeft in 2003 een herverdeling plaats gehad van vergunningen voor het gebruik van frequentieruimte voor de commerciële radio-omroepen, de zogenaamde zerobaseverdeling. Met de procedure tot herverdeling hebben 25 niet-landelijke, 9 landelijke commerciële radio-omroepen en 10 AM-omroepen een vergunning op grond van artikel 3.3. van de Telecommunicatiewet verkregen. Deze vergunningen lopen in 2011 af. Deze herverdeling heeft geleid tot een groot aantal procedures.¹² In een aantal van deze procedures is de interessante vraag aan de orde gekomen wat precies het object is van een vergunning voor het gebruik van frequentieruimte. In een uitspraak van 3 maart 2006 heeft het College van Beroep voor het Bedrijfsleven geoordeeld dat niet de concrete frequenties waarover wordt uitgezonden het object van de vergunning vormen, maar het recht van de vergunninghouder om een deel van het voor radio-omroep bestemde frequentiespectrum te mogen gebruiken voor de exploitatie van een radio-omroep.¹³ Het gaat derhalve om een gebruiksrecht van frequenties die een bepaald verzorgingsgebied dekken.

Interessant is ook dat het College van Beroep voor het Bedrijfsleven is ingegaan op de afweging van belangen van de nieuwkomers enerzijds en die van de gevestigde commerciële radio-omroepen anderzijds. Klachten van nieuwkomers dat de verdelingsprocedures niet deugden zijn niet gehonoreerd. Volgens het College moeten de

⁸ Interpretatieve mededeling van de Commissie over concessieovereenkomsten in het communautaire recht (*Pb.* 2000, C 121, p. 2).

⁹ EHRM, arrest van 24 november 1993, *Informationsverein Lentia e.a. v Oostenrijk*, Series A, nr. 276, punt 38.

¹⁰ Zie wat dit betreft arrest van 18 juli 2007, *Commissie/Duitsland*, C-503/04, *Jur.*, p. I-00000.

¹¹ CBB van 5 december 2007, LJN BB9363.

¹² Zie hierover A. Boorsma en Q. Tjeenk Willink, 'Schaarste in de ether, de rechtspraak over zerobase in vogelvlucht', *Mediaforum* 2008-10, p. 378 ev.

¹³ CBB 3 maart 2006, LJN AV3464.

door de overheid gemaakte keuzes met betrekking tot de inrichting van een verdelingsprocedure zeer terughoudend worden getoetst. Het College oordeelt niet over de vraag wat de beste manier is om de frequenties te verdelen, maar alleen over de vraag of de keuzes die de overheid heeft gemaakt voldoende zijn afgewogen en gemotiveerd.¹⁴ Uiteraard zal echter de overheid en ook het College de grenzen van het EG-recht hierbij moeten respecteren.

Uit uitspraken van het College¹⁵ volgt voorts dat tegenover deze vrijheid voor de overheid om de verdelingsprocedures in te richten, de beperking voor de overheid staat om vergunningsaanvragen niet langer aan te houden dan een periode die redelijkerwijs noodzakelijk is. Niet alleen moet binnen een (alle relevante omstandigheden in aanmerking genomen) redelijke termijn een besluit ter zake van een vergunning worden genomen, maar ook moet vervolgens de implementatie van de uitkomst van de veiling binnen afzienbare tijd plaatsvinden. Het achterwege laten van besluitvorming overeenkomstig het stelsel van de Telecommunicatiewet en het Frequentiebesluit, mag niet leiden tot onnodig dan wel onevenredig lang ongebruikt blijven van op zichzelf voor verdeling beschikbare frequenties.¹⁶ Heel expliciet heeft de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam in 2002 ten aanzien van de zerobaseverdeling geoordeeld dat in dat geval juridisch geen ruimte meer was om de herverdeling uit te stellen en de vergunningen van de gevestigde commerciële radio-omroepen opnieuw voor een korte periode te verlengen.¹⁷ Zo bezien lijkt de Nederlandse jurisprudentie met betrekking tot de verdeling van frequenties derhalve allang in lijn met de regels die door het Hof van Justitie EG in het hier besproken *Centro*-arrest heeft geformuleerd.

¹⁴ Zie o.a. CBB 16 december 2005, LJN AU8613.

¹⁵ Zie CBB 6 november 1991, AB 1994/29.

¹⁶ V.zr. Rb. Rotterdam 16 augustus 2007, *Mediaforum* 2007-11/12, nr. 40 m.nt. A.J. Boorsma.

¹⁷ V.zr. Rb. Rotterdam 24 juli 2002, AB 2002/326, *Mediaforum* 2002-9, nr. 34.