

Hof van Justitie van de Europese Unie 17 oktober 2013
Zaak C-280/11 P (procestaal: Engels)

Hogere voorziening – Recht van toegang tot documenten van instellingen – Verordening (EG) nr. 1049/2001 – Artikel 4, lid 3, eerste alinea – Bescherming van besluitvormingsproces van instellingen – Nota van secretariaat-generaal van Raad betreffende voorstellen ingediend in kader van wetgevingsprocedure tot herziening van voornoemde verordening – Gedeeltelijke toegang – Weigering van toegang tot informatie betreffende identiteit van lidstaten die voorstellen indienen

In zaak C-280/11 P, betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie, ingesteld op 31 mei 2011,

Raad van de Europese Unie, vertegenwoordigd door B. Driessen en C. Fekete als gemachtigden, rekwirant,

ondersteund door

Tsjechische Republiek, vertegenwoordigd door M. Smolek en D. Hadroušek als gemachtigden,

Koninkrijk Spanje, vertegenwoordigd door S. Centeno Huerta als gemachtigde,

Franse Republiek, vertegenwoordigd door G. de Bergues en N. Rouam als gemachtigden, interveniënten in hogere voorziening,

andere partijen in de procedure:

Access Info Europe, gevestigd te Madrid (Spanje), vertegenwoordigd door O. Brouwer en J. Blockx, advocaten, verzoekster in eerste aanleg,

ondersteund door:

Europees Parlement, vertegenwoordigd door A. Caiola en M. Dean als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg, interveniënt in hogere voorziening,

Helleense Republiek, vertegenwoordigd door E.-M. Mamouna en K. Boskovits als gemachtigden,

Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland, interveniënten in eerste aanleg,

wijst het Hof (Eerste kamer), samengesteld als volgt: A. Tizzano (rapporteur), kamerpresident, K. Lenaerts, vicepresident van het Hof, waarnemend rechter van de eerste kamer, A. Borg Barthet, E. Levits en M. Berger, rechters, advocaat-generaal: P. Cruz Villalón, griffier: M. Aleksejev, administrateur,

[...]

het navolgende

Arrest

1 Met zijn hogere voorziening vordert de Raad van de Europese Unie vernietiging van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 22 maart 2011, Access Info Europe/Raad (T-233/09, Jurispr. blz. II-1073; hierna: “bestreden arrest”), houdende nietigverklaring van het besluit van de Raad van 26 februari 2009 (hierna: “litigieus besluit”) om Access Info Europe (hierna: “Access Info”) geen toegang te verlenen tot bepaalde informatie in een nota van 26 november 2008 van het secretariaat-generaal van de Raad aan de door de Raad ingestelde Groep voorlichting, betreffende het voorstel voor een nieuwe verordening inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie (hierna: “gevraagd document”).

Toepasselijke bepalingen

2 Punt 6 van de considerans van verordening (EG) nr. 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie (PB L 145, blz. 43) luidt als volgt:

“Ruimere toegang tot documenten dient te worden verleend in gevallen waarin de instellingen optreden in hun hoedanigheid van wetgever, inbegrepen in het geval van gedelegeerde bevoegdheden, waarbij tegelijkertijd de doeltreffendheid van het besluitvormingsproces van de instelling behouden moet blijven.”

3 Artikel 1 van deze verordening bepaalt:

Deze verordening beoogt:

a) *de bepaling van de beginselen, voorwaarden en beperkingen op grond van openbare of particuliere belangen betreffende het [...] recht van toegang tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie [...], en wel zodanig, dat een zo ruim mogelijke toegang tot documenten wordt gewaarborgd.*
[...]

4 Artikel 4, lid 3, eerste alinea, van die verordening luidt:

De toegang tot een document dat door een instelling is opgesteld voor intern gebruik of door een instelling is ontvangen, en dat betrekking heeft op een aangelegenheid waarover de instelling nog geen besluit heeft genomen, wordt geweigerd, indien de openbaarmaking ervan het besluitvormingsproces van de instelling ernstig zou ondermijnen, tenzij een hoger openbaar belang openbaarmaking gebiedt.

Voorgeschiedenis van het geding

5 Bij e-mail van 3 december 2008 heeft Access Info de Raad om toegang tot het gevraagde document verzocht. Dit document bevatte een overzicht van de wijzigings- en herformuleringsvoorstellen die verschillende lidstaten hadden ingediend tijdens de bijeenkomst van de in punt 1 van het onderhavige arrest genoemde Groep voorlichting op 25 november 2008.

6 De Raad heeft bij het litigieuze besluit gedeeltelijk toegang tot het gevraagde document verleend. Meer bepaald heeft deze instelling Access Info een versie van dat document verstrekt waaruit niet kon worden afgeleid welke lidstaten de genoemde voorstellen hadden ingediend.

7 Ter rechtvaardiging van de weigering om de identiteit van die lidstaten openbaar te maken, heeft de Raad zich beroepen op artikel 4, lid 3, eerste alinea, van verordening nr. 1049/2001, op grond dat de openbaarmaking van die identiteit zijn besluitvormingsproces ernstig zou ondermijnen en niet werd gerechtvaardigd door een hoger openbaar belang. Aangezien de besprekingen zich op dat tijdstip nog maar in de beginfase bevonden, zou de openbaarmaking van de identiteit van de betrokken lidstaten de manoeuvreerruimte hebben beperkt waarover de delegaties beschikken tijdens de onderhandelingen die typerend zijn voor de wetgevingsprocedure in de Raad, waardoor deze laatste moeilijker een akkoord kon bereiken.

8 Op 26 november 2008, de dag waarop het gevraagde document is opgesteld, is een volledige versie ervan openbaar toegankelijk gesteld op de website van de organisatie Statewatch, zonder dat voor die openbaarmaking toestemming was verleend (hierna: “openbaarmaking zonder toestemming”).

Bestreden arrest

9 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 12 juni 2009, heeft Access Info beroep tot nietigverklaring van het litigieuze besluit ingesteld. Dit beroep is toegewezen bij het bestreden arrest.

[...]

Procesverloop voor het Hof en conclusies van partijen

19 Bij beschikking van 17 oktober 2011 zijn de Tsjechische Republiek en het Koninkrijk Spanje toegelaten tot interventie aan de zijde van de Raad enerzijds en is het Europees Parlement toegelaten tot interventie aan de zijde van Access Info anderzijds. Bij beschikking van 2 februari 2012 is de Franse Republiek toegelaten tot interventie aan de zijde van de Raad.

20 De Raad, de Tsjechische Republiek, de Helleense Republiek, het Koninkrijk Spanje en de Franse Republiek verzoeken het Hof:

- het bestreden arrest te vernietigen;
- een eindarrest te wijzen op de punten waartegen de onderhavige hogere voorziening is gericht;

- Access Info te verwijzen in de kosten van beide procedures.
- 21 Access Info en het Parlement verzoeken Hof de hogere voorziening af te wijzen en de Raad te verwijzen in de kosten.

Hogere voorziening

- 22 Ter onderbouwing van zijn hogere voorziening voert de Raad in wezen drie middelen aan.

Eerste middel

Argumenten van partijen

23 Met het eerste middel stelt de Raad, dienaangaande ondersteund door het Koninkrijk Spanje, schending door het Gerecht van het beginsel van een evenwichtige afweging, dat wordt opgelegd door zowel het primaire recht – artikel 207, lid 3, EG en artikel 255 EG, *ratione temporis* van toepassing op de feiten – als door het afgeleide recht – punt 6 van de considerans en artikel 4, lid 3, eerste alinea, van verordening nr. 1049/2001 –, tussen, enerzijds, het recht van ruime toegang tot documenten die betrekking hebben op de wetgevende activiteit van de instellingen en, anderzijds, de noodzaak om de doeltreffendheid van de wetgevingsprocedure te waarborgen. Inzonderheid heeft het Gerecht, met name in punt 69 van het bestreden arrest, artikel 4, lid 3, eerste alinea, aldus uitgelegd dat daardoor onredelijk en overdreven veel belang wordt gehecht aan de transparantie van het besluitvormingsproces, zonder dat het ook maar enigszins de vereisten van de doeltreffendheid van de wetgevingsprocedure in aanmerking heeft genomen.

24 Meer bepaald betoogt de Raad, in dit verband ondersteund door de Tsjechische Republiek, de Helleense Republiek en het Koninkrijk Spanje, dat zijn wetgevingsprocedure zeer onbestendig is en een hoge mate van flexibiliteit vereist om de lidstaten de ruimte te geven hun initiële standpunten te wijzigen, waardoor zij gemakkelijker tot een gemeenschappelijk standpunt kunnen komen. Teneinde ervoor te zorgen dat sprake is van een zekere “speelruimte” en aldus de doeltreffendheid van deze wetgevingsprocedure te behouden, dienen de lidstaten bij de besprekingen over een maximale manoeuvreerruimte te beschikken, en dit ook reeds in de eerste fase van de procedure. Deze manoeuvreerruimte wordt evenwel beperkt indien de identiteit van de delegaties te vroeg in de loop van de procedure wordt bekendgemaakt, aangezien dit pressie van de publieke opinie meebrengt waardoor de delegaties zelf de soepelheid missen die noodzakelijk is om de doeltreffendheid van het besluitvormingsproces van de Raad te verzekeren.

25 De Tsjechische Republiek en het Koninkrijk Spanje voegen daar in dit verband aan toe dat de identiteit van de delegaties niet openbaar hoefde te worden gemaakt om de doelstelling van verordening nr. 1049/2001 te bereiken. Het verschaffen van volledige toegang tot de inhoud van het gevraagde document volstaat opdat een democratisch debat over de in dit document aan de orde gestelde aangelegenheden kan plaatsvinden. Bovendien leidt de openbaarmaking van de identiteit van de delegaties er enkel toe dat niet op de Raad maar op de lidstaten druk wordt uitgeoefend.

Beoordeling door het Hof

[...]

27 Ter afdoening van dit middel moet eraan worden herinnerd dat verordening nr. 1049/2001 overeenkomstig punt 1 van de considerans ervan aansluit bij de in artikel 1, tweede alinea, VEU geformuleerde wens om een nieuwe etappe te markeren in het proces van totstandbrenging van een steeds hechter verbond tussen de volkeren van Europa, waarin de besluiten in zo groot mogelijke openheid en zo dicht mogelijk bij de burger worden genomen. Zoals in punt 2 van de considerans van deze verordening wordt gememoreerd, is het recht van het publiek op toegang tot documenten van de instellingen verweven met het democratisch karakter van de instellingen (arresten van 1 juli 2008, Zweden en Turco/Raad, C-39/05 P en C-52/05 P, Jurispr. blz. I-4723, punt 34; 21 september 2010, Zweden e.a./API en Commissie, C-514/07 P, C-528/07 P en C-532/07 P, Jurispr. blz. I-8533, punt 68, en 21 juli 2011, Zweden/MyTravel en Commissie, C-506/08 P, Jurispr. blz. I-6237, punt 72).

28 Verordening nr. 1049/2001 heeft dan ook tot doel, zoals uit punt 4 van de considerans en artikel 1 ervan blijkt, het publiek een zo ruim mogelijk recht van toegang tot documenten van de instellingen te geven (reeds aangehaalde arresten Zweden en Turco/Raad, punt 33;

Zweden e.a./API en Commissie, punt 69, en Zweden/MyTravel en Commissie, punt 73).

29 Stellig kunnen aan dat recht bepaalde beperkingen worden gesteld op grond van openbare of particuliere belangen. Meer in het bijzonder, en in overeenstemming met punt 11 van de considerans, is in artikel 4 van verordening nr. 1049/2001 bepaald dat de instellingen de toegang tot een document mogen weigeren wanneer de openbaarmaking ervan een van de in dat artikel beschermde belangen zou ondermijnen (zie arrest van 1 februari 2007, Sison/Raad, C-266/05 P, Jurispr. blz. I-1233, punt 62; arrest Zweden e.a./API en Commissie, reeds aangehaald, punten 70 en 71, en arrest Zweden/MyTravel en Commissie, reeds aangehaald, punt 74).

30 Aangezien die uitzonderingen echter afwijken van het beginsel van de ruimst mogelijke toegang van het publiek tot documenten, moeten zij restrictief worden uitgelegd en toegepast (reeds aangehaalde arresten Sison/Raad, punt 63; Zweden en Turco/Raad, punt 36; Zweden e.a./API en Commissie, punt 73, en Zweden/MyTravel en Commissie, punt 75).

31 Bijgevolg moet een instelling enerzijds, wanneer zij besluit om de toegang te weigeren tot een document waarvan haar om openbaarmaking is verzocht, in beginsel uitleggen in welk opzicht de toegang tot dat document een concrete en daadwerkelijke ondermijning zou vormen van het belang dat wordt beschermd door een van de in artikel 4 van verordening nr. 1049/2001 neergelegde uitzonderingen waarop de instelling zich beroept. Bovendien moet het risico van een dergelijke ondermijning redelijkerwijs voorzienbaar en niet louter hypothetisch zijn (arrest Zweden/MyTravel en Commissie, reeds aangehaald, punt 76 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

32 Anderzijds dient een instelling, wanneer zij een van de uitzonderingen van artikel 4 van verordening nr. 1049/2001 toepast, het specifieke belang dat moet worden beschermd door het betrokken document niet openbaar te maken, af te wegen tegen met name het algemeen belang dat dit document toegankelijk wordt gemaakt, rekening houdend, zoals in punt 2 van de considerans van verordening nr. 1049/2001 is aangegeven, met de voordelen van een grotere transparantie, te weten een betere deelneming van de burgers aan het besluitvormingsproces en een grotere legitimiteit en meer doelmatigheid en verantwoordelijkheid van de administratie ten opzichte van de burgers binnen een democratisch systeem (arrest Zweden en Turco/Raad, reeds aangehaald, punt 45).

33 Bovendien heeft het Hof reeds geoordeeld dat deze overwegingen uiteraard bij uitstek relevant zijn wanneer de Raad optreedt als wetgever, zoals volgt uit punt 6 van de considerans van verordening nr. 1049/2001 waar is gepreciseerd dat juist in dat geval ruimere toegang tot documenten moet worden verleend. De transparantie op dit gebied draagt bij tot de versterking van de democratie door de burgers in staat te stellen alle informatie te controleren die aan een wetgevingshandeling ten grondslag heeft gelegen. Dat de burgers kennis van de grondslagen van wetgevingshandelingen kunnen nemen, vormt immers een voorwaarde voor een doeltreffende uitoefening van hun democratische rechten (arrest Zweden en Turco/Raad, reeds aangehaald, punt 46).

34 Het is op basis van deze beginselen dat het eerste middel, waarmee de Raad in wezen aanvoert dat het Gerecht geenszins rekening heeft gehouden met de vereisten inzake de bescherming van zijn besluitvormingsproces, moet worden onderzocht.

35 Vastgesteld moet worden dat het Gerecht in punt 69 van het bestreden arrest juist de in punt 30 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak in herinnering heeft geroepen volgens welke de toegang van het publiek tot de volledige inhoud van de documenten van de Raad de regel vormt, en dat de op dit beginsel gemaakte uitzonderingen restrictief moeten worden uitgelegd en toegepast.

36 Anders dan de Raad beweert, heeft het Gerecht rekening gehouden met de vereisten inzake de bescherming van het besluitvormingsproces. In de punten 69 tot en met 83 van het bestreden arrest heeft het immers een grondig onderzoek verricht van de argumenten die de Raad had aangevoerd ter rechtvaardiging van zijn stelling dat de uitzondering op grond van de bescherming van het besluitvormingsproces van de betrokken instelling in casu kon worden toegepast.

37 Bijgevolg heeft het Gerecht geenszins het evenwicht tussen het transparantiebeginsel en het behoud van de doeltreffendheid van het besluitvormingsproces van de Raad geschonden, doch alle argumen-

ten die de Raad ter rechtvaardiging van de toepassing van de uitzondering van artikel 4, lid 3, eerste alinea, van verordening nr. 1049/2001 in de onderhavige zaak had aangevoerd, overeenkomstig de in de punten 31 tot en met 33 van het onderhavige arrest in herinnering geroepen beginselen ten gronde onderzocht.

38 Pas nadat het Gerecht deze argumenten heeft onderzocht en heeft vastgesteld dat geen enkel van die argumenten tot de conclusie leidde dat de openbaarmaking van de informatie betreffende de identiteit van de betrokken lidstaten een concreet gevaar voor ernstige ondermijning van het door de betrokken uitzonderingen beschermde belang zou hebben opgeleverd, is het in punt 84 van het bestreden arrest tot de slotsom gekomen dat de Raad artikel 4, lid 3, eerste alinea, van verordening nr. 1049/2001 had geschonden door zich in het litigieuze besluit tegen de openbaarmaking van die informatie te verzetten.

39 Voor zover de kritiek van de Raad aldus zou kunnen worden opgevat dat daarmee de wijze waarop het Gerecht voornoemde argumenten heeft beoordeeld, ter discussie wordt gesteld, moet bovendien worden vastgesteld dat de Raad ter onderbouwing van het onderhavige middel geen enkel gegeven aanvoert dat kan afdoen aan de conclusie van het Gerecht dat de argumenten van de Raad in eerste aanleg niet voldoende waren onderbouwd om daaruit te kunnen afleiden dat de openbaarmaking van de informatie betreffende de identiteit van de betrokken lidstaten een concreet risico voor ernstige ondermijning van het besluitvormingsproces van de Raad inhield.

40 Wat ten slotte het argument van de Tsjechische Republiek en het Koninkrijk Spanje betreft volgens hetwelk de openbaarmaking van de identiteit van de delegaties niet noodzakelijk was om de doelstelling van verordening nr. 1049/2001 te bereiken, hoeft slechts te worden opgemerkt dat, zoals in punt 28 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht, artikel 1 van verordening nr. 1049/2001 tot doel heeft het publiek een zo ruim mogelijk recht van toegang tot documenten van de instellingen te geven. Tegen de achtergrond van dit beginsel heeft het Gerecht in punt 69 van het bestreden arrest op goede gronden gepreciseerd dat verordening nr. 1049/2001 de toegang van het publiek tot de volledige inhoud van de documenten van de Raad, daaronder begrepen in casu de identiteit van de indieners van de verschillende voorstellen, beoogt te waarborgen en dat de integrale toegang van het publiek tot deze documenten slechts kan worden beperkt op basis van de in die verordening vastgestelde uitzonderingen, waaraan een concreet gevaar voor de ernstige ondermijning van de door deze uitzonderingen beschermde belangen ten grondslag moet liggen. Aangezien het Gerecht heeft uitgesloten dat in casu sprake was van een dergelijk risico, kan niet ervan worden uitgegaan dat het verlenen van gedeeltelijke toegang tot het gevraagde document volstond om het door deze verordening nagestreefde doel te bereiken.

41 In die omstandigheden moet het eerste middel van de hogere voorziening ongegrond worden verklaard.

Derde middel

Argumenten van partijen

42 Met zijn derde middel, dat vóór het tweede middel moet worden onderzocht en dat uit drie onderdelen bestaat, verwijt de Raad het Gerecht blijk te hebben gegeven van verschillende onjuiste rechtsopvattingen, waardoor het tot de onjuiste conclusie is gekomen dat deze instelling niet “rechtens en feitelijk genoegzaam” het gevaar voor ernstige ondermijning van haar besluitvormingsproces had aange-toond.

43 Met het eerste onderdeel van dit derde middel maakt de Raad, ondersteund door de Helleense Republiek en het Koninkrijk Spanje, het Gerecht het verwijt dat het in de punten 73 en 74 van het bestreden arrest heeft verlangd dat het bewijs wordt geleverd dat daadwerkelijk afbreuk is gedaan aan het door de betrokken uitzondering beschermde belang. Volgens de Raad volstaat echter voor toepassing van de uitzondering van artikel 4, lid 3, eerste alinea, van verordening nr. 1049/2001 het enkele feit dat gevaar daarvoor bestaat teneinde zich op die uitzondering te kunnen beroepen, zodat de instelling die een verzoek om toegang tot een document ontvangt, louter hoeft aan te tonen dat de openbaarmaking van dit document het besluitvormingsproces van deze instelling kan ondermijnen.

[...]

45 Met het tweede onderdeel van zijn derde middel stelt de Raad, daarin gesteund door de Helleense Republiek, dat het Gerecht in punt 76 van het bestreden arrest bij de beoordeling van het risico van ernstige ondermijning van het besluitvormingsproces door de openbaarmaking van de identiteit van de delegaties niet voldoende rekening heeft gehouden met het belang van de stand van de besprekingen. Indien het publiek inzagerecht wordt verleend voor alle voorbereidende stukken gedurende het volledige besluitvormingsproces, zal dit volgens de Raad de delegaties ervan weerhouden hun standpunten reeds in de beginfase van de procedure kenbaar te maken. Gelet op de specifieke kenmerken van de werkwijze van de Raad, zijn deze opinies – zeker wanneer zij betrekking hebben op technische dossiers – vaak verkennd van aard en geven zij niet noodzakelijkerwijs het exacte en definitieve standpunt weer van de lidstaat die door deze delegaties wordt vertegenwoordigd, zodat die standpunten in de loop van de procedure nog wijzigingen kunnen ondergaan. Indien reeds in deze voorbereidende fase van de procedure inzagerecht zou worden verleend, zouden de delegaties hun standpunt enkel nog kenbaar maken nadat zij van hun respectieve nationale regeringen hebben vernomen welke onderhandelingspositie zij moeten innemen, hetgeen verstarrend op de wetgevingsprocedure zou werken.

[...]

47 Met het derde onderdeel van zijn derde middel voert de Raad in wezen aan dat het Gerecht – in strijd met de in punt 69 van het reeds aangehaalde arrest Zweden en Turco/Raad gestelde vereisten – in de punten 72 en 79 tot en met 83 van het bestreden arrest bij de beoordeling van de vraag of de volledige openbaarmaking van het gevraagde document een risico voor ernstige ondermijning van het besluitvormingsproces meebracht, niet naar behoren rekening heeft gehouden met het gevoelige karakter van dat document. Volgens de Raad hield het gevoelige karakter van dit document verband met het feit dat de betrokken voorstellen in casu betrekking hadden op de uitzonderingen op het beginsel van transparantie waarin de nieuwe verordening betreffende de toegang tot documenten voorzorg. Het gevoelige karakter van deze vragen wordt overigens bevestigd door het feit dat de rechterlijke instanties van de Unie zich recentelijk over de uitlegging van deze uitzonderingen hebben uitgesproken, alsook door het debat en de druk van de publieke opinie waartoe die kwestie leidt.

[...]

Beoordeling door het Hof

53 Met betrekking tot het eerste onderdeel van het derde middel van de Raad moet worden geconstateerd dat dit onderdeel is gebaseerd op een onjuiste lezing van het bestreden arrest.

54 Het Gerecht heeft in punt 59 van dat arrest immers op goede gronden verklaard dat de toepassing van de uitzonderingen op het recht van toegang gerechtvaardigd is indien het gevaar bestaat dat de toegang tot het document afbreuk doet aan een van de beschermde belangen en indien dat gevaar redelijkerwijs voorzienbaar en niet louter hypothetisch is.

55 Om te verifiëren of in casu sprake is van een dergelijk gevaar heeft het Gerecht in de punten 70 tot en met 72 van het bestreden arrest allereerst vastgesteld dat de Raad niet het bewijs had geleverd van de premisse waarop hij zijn argumenten baseerde, namelijk dat de bekendmaking van de identiteit van de delegaties ertoe zou hebben geleid dat het publiek zoveel druk uitoefende dat de delegaties geen voorstellen voor een beperking van de transparantie meer konden indienen. Aangezien dit bewijs ontbrak, heeft het Gerecht op goede gronden geoordeeld dat de openbaarmaking van de identiteit van de delegaties die voornemens waren dergelijke voorstellen in te dienen, geen schade aan het besluitvormingsproces van de Raad kon toebrengen.

56 Vervolgens heeft het Gerecht in de punten 73 en 74 van het bestreden arrest het argument onderzocht – zoals dat in punt 50 van dat arrest is samengevat en waartegen de Raad niet is opgekomen – volgens hetwelk de openbaarmaking zonder toestemming “een negatief effect heeft gehad op de openheid en volledigheid van de besprekingen in de werkgroep van de Raad en heeft verhinderd dat de delegaties andere oplossingen en wijzigingen in overweging hebben genomen om tot overeenstemming te komen over de meest controversiële onderwerpen”.

57 In die punten 73 en 74 heeft het Gerecht echter louter daarop geantwoord en verklaard dat, anders dan de Raad stelde, die open-

baarmaking het besluitvormingsproces van deze instelling niet had kunnen ondermijnen.

58 In die omstandigheden moet het eerste onderdeel van het derde middel worden afgewezen.

59 Wat het tweede onderdeel van dit middel betreft, waarmee wordt aangevoerd dat het Gerecht bij de beoordeling van het risico van ernstige ondermijning van het besluitvormingsproces waartoe de volledige openbaarmaking van de standpunten van de delegaties kon leiden, geen rekening heeft gehouden met het belang van de stand van de besprekingen, moet worden opgemerkt dat dit onderdeel eveneens op een onjuiste opvatting van het bestreden arrest berust.

60 In punt 76 van dat arrest heeft het Gerecht namelijk gepreciseerd dat het feit dat de besprekingen voorbereidend zijn, op zich nog geen toepassing van de uitzondering van artikel 4, lid 3, eerste alinea, van verordening nr. 1049/2001 rechtvaardigt. Aldus heeft het Gerecht, aangezien het heeft uitgesloten dat uit de andere argumenten van de Raad kon worden afgeleid dat sprake was van gevaar voor ondermijning van zijn besluitvormingsproces, op goede gronden geoordeeld dat de enkele omstandigheid dat de aanvraag voor bekendmaking in een zeer vroeg stadium van de wetgevingsprocedure was ingediend, niet volstond om die uitzondering te kunnen toepassen.

61 Bijgevolg is het tweede onderdeel ongegrond.

62 Wat ten slotte het derde onderdeel van het door de Raad aangevoerde derde middel betreft, moet er in de eerste plaats op worden gewezen dat, waar het Gerecht in punt 78 van het bestreden arrest heeft geoordeeld dat de in het gevraagde document besproken onderwerpen niet bijzonder gevoelig lagen, het terecht niet naar het voormelde arrest Zweden en Turco/Raad heeft verwezen, aangezien punt 69 van dat arrest, waarop dit onderdeel is gebaseerd, enkel specifieke documenten betreft, te weten juridische adviezen. In casu is het gevraagde document niet alleen in het kader van een wetgevingsprocedure opgesteld, maar behoort het tevens niet tot een categorie documenten waaraan verordening nr. 1049/2001 een specifiek te beschermen belang toekent, zoals de categorie van juridische adviezen.

63 Hoe dan ook, gesteld al dat het Gerecht ten onrechte zou hebben geoordeeld dat het criterium op basis waarvan kan worden vastgesteld of een document bijzonder gevoelig is, bestaat uit het gevaar dat de openbaring van dit document afbreuk doet aan een wezenlijk belang van de Unie of van de lidstaten, moet worden geconstateerd dat het Gerecht in casu, in punt 77 van het bestreden arrest, niet op basis van dat criterium heeft uitgesloten dat het gevraagde document bijzonder gevoelig lag. Het heeft die conclusie immers gebaseerd op de vaststelling dat de verschillende door de vier delegaties van de lidstaten geformuleerde wijzigings- en herformuleringsvoorstellen welke in het gevraagde document werden weergegeven, deel uitmaakten van de normale werking van het wetgevingsproces, zodat deze voorstellen niet alleen op basis van het criterium betreffende gevaar voor afbreuk aan een wezenlijk belang van de Unie of van de lidstaten niet als gevoelig konden worden aangemerkt, maar dit volgens geen enkel criterium het geval was.

64 Bijgevolg verwijt de Raad het Gerecht ten onrechte het bijzonder gevoelige karakter van het gevraagde document te hebben miskend.

[...]

Tweede middel

Argumenten van partijen

69 Met zijn tweede middel betoogt de Raad in wezen dat de redenering van het Gerecht indruist tegen de rechtspraak van het Hof volgens welke de instellingen zich op overwegingen van algemene aard kunnen beroepen om de openbaarmaking van bepaalde categorieën documenten te weigeren. Zoals ook de Helleense Republiek aanvoert, geeft het litigieuze besluit immers de overwegingen van algemene aard aan die rechtvaardigen waarom het gevraagde document niet openbaar kon worden gemaakt, alsook de redenen waarom deze overwegingen daadwerkelijk golden voor het gevraagde document. Aldus heeft de Raad zijn onderzoek niet beperkt tot de aard van het document maar zijn weigering omkleed met omstandig geformuleerde redenen die verband hielden met het gevoelige karakter van de behandelde kwesties en met het feit dat daarover werd gesproken in het kader van besprekingen die voorafgingen aan de eigenlijke wetgevingsprocedure.

[...]

Beoordeling door het Hof

72 Ten gronde zij eraan herinnerd dat, ook al volstaat het volgens vaste rechtspraak ter rechtvaardiging van de weigering om toegang tot een document te verlenen in beginsel niet dat het document een in artikel 4 van verordening nr. 1049/2001 genoemde activiteit of een aldaar genoemd belang betreft en moet de betrokken instelling tevens uitleggen in welk opzicht de toegang tot dat document een concrete en daadwerkelijke ondermijning zou vormen van het belang dat wordt beschermd door een van de in dat artikel neergelegde uitzonderingen, die instelling zich in dit verband mag baseren op algemene aannames die gelden voor bepaalde categorieën documenten, daar vergelijkbare overwegingen van algemene aard kunnen gelden voor verzoeken om openbaarmaking met betrekking tot documenten van gelijke aard (arrest Zweden en Turco/Raad, reeds aangehaald, punt 50; arresten van 29 juni 2010, Commissie/Technische Glaswerke Ilmenau, C-139/07 P, Jurispr. blz. I-5885, punt 54, en 28 juni 2012, Commissie/Agrofert Holding, C-477/10 P, punt 57).

73 De betrokken instelling moet in dat geval evenwel preciseren op welke overwegingen van algemene aard zij het vermoeden baseert dat de openbaarmaking van deze documenten afbreuk doet aan een van de door de uitzonderingen van artikel 4 van verordening nr. 1049/2001 beschermde belangen, zonder dat zij daarbij gehouden is de inhoud van elk van deze documenten concreet te beoordelen (zie in die zin arrest Zweden e.a./API en Commissie, reeds aangehaald, punt 76).

74 Gesteld al dat de Raad in eerste aanleg heeft aangevoerd dat het hem vrij stond toegang tot een document zoals het gevraagde document te weigeren krachtens een vermoeden dat is gebaseerd op de in punt 43 van het bestreden arrest samengevatte overwegingen van algemene aard betreffende de noodzaak om tijdens de voorafgaande discussies over het wetgevingsvoorstel van de Commissie de manoeuvreerruimte van de delegaties te behouden, moet in casu echter worden vastgesteld dat het Gerecht in de punten 70 tot en met 79 van het bestreden arrest deze overwegingen heeft onderzocht en in punt 80 van dat arrest heeft geoordeeld dat de uitzondering van artikel 4, lid 3, eerste alinea, van verordening nr. 1049/2001 niet op basis daarvan alleen kon worden toegepast. Daarnaast heeft de Raad met het derde in de onderhavige hogere voorziening aangevoerde middel tevergeefs geprobeerd om deze beoordeling ter discussie te stellen, aangezien dat middel heeft gefaald.

75 Bijgevolg kan de Raad niet geldig stellen dat het hem vrij stond de toegang tot het gevraagde document te weigeren op grond van een vermoeden dat op dergelijke overwegingen was gebaseerd.

76 Gelet op een en ander zijn de argumenten waarmee wordt betoogd dat het Gerecht geen rekening heeft gehouden met de redenen waarom de Raad van oordeel was dat die overwegingen van algemene aard in casu voor het gevraagde document golden, irrelevant.

77 Hieruit volgt dat het tweede middel ongegrond dient te worden verklaard.

78 Gelet op alle voorgaande overwegingen moet de hogere voorziening worden afgewezen.

Kosten

79 Artikel 184, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering bepaalt dat wanneer de hogere voorziening ongegrond is, het Hof over de kosten beslist. Volgens artikel 138, lid 1, van dit Reglement, dat ingevolge artikel 184, lid 1, daarvan van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten, voor zover dit is gevorderd. Overeenkomstig artikel 140, lid 1, van dit Reglement dragen de lidstaten en de instellingen die in het geding hebben geïntervenieerd, hun eigen kosten.

80 Aangezien de hogere voorziening van de Raad is afgewezen, dient hij overeenkomstig de conclusies van Access Info, behalve in zijn eigen kosten, te worden verwezen in de kosten van Access Info.

81 De Tsjechische Republiek, de Helleense Republiek, het Koninkrijk Spanje, de Franse Republiek en het Parlement dragen hun eigen kosten.

Het Hof (Eerste kamer) verklaart:

- 1) **De hogere voorziening wordt afgewezen.**
- 2) **De Raad van de Europese Unie wordt verwezen in de kosten van Access Info Europe.**
- 3) **De Tsjechische Republiek, de Helleense Republiek, het Koninkrijk Spanje, de Franse Republiek en het Europees Parlement dragen hun eigen kosten.**

Noot

Anoeska Buijze
Mr. A. Buijze is...

Transparantie over het wetgevingsproces van de Europese Unie is van groot belang. Met zijn uitspraak in Raad/Access Info Europe maakt het Hof een einde aan de praktijk waarbij de identiteit van de indieners van voorstellen in een Raadswerkgroep geheim worden gehouden. De Raad heeft niet aangetoond dat de beschikbaarheid van dergelijke informatie een reëel risico oplevert voor de besluitvorming binnen de Raad, niet in algemene zin en niet in de concrete zaak, die betrekking had op voorstellen voor wijziging van de Eurowob. Het is een positieve uitspraak in het licht van de verdere democratisering van de Unie. Aan de andere kant laat de argumentatie van de Raad en van de interveniërende lidstaten zien dat het ideaal van openbaarheid dat aan de Verordening ten grondslag ligt nog lang niet door iedereen volledig wordt omarmd.

Op 3 december 2008 diende Access Info Europe een verzoek tot toegang tot een nota van 26 november 2008 van het secretariaat-generaal van de Raad aan de door de Raad ingestelde Groep voorlichting, betreffende het voorstel voor een nieuwe verordening inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie in bij de Raad. De Raad verleent bij besluit van 26 februari 2009 gedeeltelijk toegang, maar weigert de identiteit van de delegaties van de lidstaten die de voorstellen hebben ingediend openbaar te maken. Access Info stelt hiertegen beroep in bij het Gerecht, en wordt op 22 maart 2011 in het gelijk gesteld.¹ De Raad gaat in hoger beroep.

De identiteit van de lidstaten die de voorstellen hebben gedaan is dan feitelijk al lang bekend. Op 26 november 2008, nog voor Access Info het verzoek indient, is een volledige versie van de nota openbaar gemaakt op de website van Statewatch, zonder dat de Raad hiervoor toestemming heeft gegeven. De kwestie blijft echter relevant: het is een vaste gewoonte van de Raad de identiteit van de indieners van wetgevingsvoorstellen geheim te houden. Dat is nodig om het besluitvormingsproces binnen de Raad goed te laten verlopen. Ter rechtvaardiging van de weigering om de identiteit van die lidstaten openbaar te maken, beriep de Raad zich dan ook op artikel 4, lid 3, eerste alinea, van verordening nr. 1049/2001. Openbaarmaking zou, zo stelt de Raad, het besluitvormingsproces ernstig ondermijnen en wordt niet gerechtvaardigd door een hoger belang. Het Hof is niet gevoelig voor die argumenten, en laat de uitspraak van het Gerecht in stand.

De uitspraak van het Hof valt alleen maar toe te juichen. De argumenten die de Raad aanraagt ter rechtvaardiging van het geheim houden van de identiteit van lidstaten die wetgevingsvoorstellen indienen, geven blijkt van een zekere weerzin tegen daadwerkelijke democratisering van het wetgevingsproces van de Unie. Voor een uitzondering op basis van algemene overwegingen zoals de Raad die hier aanraagt is zeker geen plaats. Ik kan me wel voorstellen dat in uitzonderingsgevallen anonimiteit van delegaties heilzaam kan zijn voor het besluitvormingsproces. De Raad zal dat dan wel beter moeten beargumenteren. Ik zal hieronder een aanzet voor een dergelijk betoog geven. Leidend daarbij is het doel van de Verordening.

Het Hof herinnert er aan dat het doel van de Verordening het geven van de widest mogelijke toegang tot documenten is. Het weerlegt daarmee het argument van een aantal lidstaten dat de openbaarmaking van de identiteit van de delegaties die voorstellen hebben gedaan niet nodig is om het doel van de Verordening – het mogelijk maken van een inhoudelijk democratisch debat – te realiseren. Dat neemt niet weg dat het doel van de widest mogelijke toegang tot documenten wel degelijk is geïnspireerd door de democratische gedachte. Maar het argument van de interveniënten is ook vanuit die optiek onjuist. Transparantie dient in een democratie een tweeledig doel.² Het maakt publiek debat mogelijk, maar het zorgt er ook voor dat het publiek geïnformeerd is over wat zijn vertegenwoordigers doen. Daarmee slaan de interveniënten op twee manieren de plank mis: Het argument dat informatie over de identiteit van de delegaties van de lidstaten niet nodig is om aan het doel van de Verordening te voldoen, impliceert dat de Raad degene is die bepaalt welke informatie wel en niet relevant is voor het publieke debat. Mij lijkt het dat alleen de deelnemers aan het debat dat kunnen bepalen.³ Daarnaast zorgt transparantie er ook voor dat het publiek zijn vertegenwoordigers kan controleren. Het is onduidelijk waarom dat alleen zou gelden voor de Raad als geheel, en niet voor de delegaties van de lidstaten. Het kan voor ngo's en burgers juist makkelijker zijn invloed uit te oefenen op de besluitvorming via nationale delegaties dan door de Raad als geheel aan te spreken. Ook accountability is essentieel in een democratie, waarin publieke autoriteiten zich inzetten om het op democratische wijze bepaalde algemeen belang te realiseren.⁴

Hoe kan dan een uitzondering op de openbaarmakingsplicht onder artikel 4 lid 3 gerechtvaardigd worden? De Raad gebruikt in deze zaak in ieder geval niet de juiste argumenten: hij schetst in algemene zin een conflict tussen transparantie en de effectiviteit van besluitvorming binnen de Raad. Daarmee slaat hij de plank volledig mis. Uitgangspunt is immers dat transparantie heilzaam is voor democratische besluitvorming.⁵ Transparantie en de besluitvorming in de Raad zijn geen tegengestelde belangen, maar dragen bij aan hetzelfde ideaal – een Europa dat zo goed mogelijk beantwoordt aan de wensen en belangen van Europese burgers. Dat het besluitvormingsproces van de Raad wordt beïnvloed door de openbaarmaking is niet problematisch, zeker niet per definitie. Alleen als transparantie er toe leidt dat de Raad minder goed in staat is dit ideaal te realiseren is er reden een uitzondering te maken op de transparantieplicht.⁶ Speltheoretisch onderzoek kan helpen om inzichtelijk te maken wanneer dat het geval is.⁷

In de speltheorie zijn er veelal een *principal* en een *agent*, waarbij de agent bepaalde activiteiten verricht in opdracht van de principal.⁸ De principal wil dat de agent zo goed mogelijk zijn belangen behartigt, maar de agent heeft ook eigen belangen, en zal die soms voor laten gaan op die van de principal. Transparantie stelt de principal in staat zijn agent in de gaten te houden, en kan er aan bijdragen dat de belangen van de principal beter gediend worden.⁹ Wanneer we dit toepassen binnen de Europese context zijn de instellingen de agents, die in opdracht van – uiteindelijk – de Europese burgers onder andere wetgeving vaststellen. Deze benadering is interessant omdat in speltheorie transparantie over het algemeen in het voordeel is van de principal, maar niet altijd. Soms zijn er tegengestelde belangen die geschaad worden, zoals privacy, veiligheid of economische belangen. Dan moet een afweging worden gemaakt. Maar soms ook zorgt transparantie er voor dat de agent zich slechter gaat gedragen, in de zin dat hij er minder goed in slaagt de belangen van de principal te behartigen. Zo kan transparantie negatieve effecten hebben in situaties waarin er meerdere agents and principals zijn.¹⁰ De Raad is daarvan een voorbeeld, aangenomen dat de delegaties de constituenten van de diverse lidstaten vertegenwoordigen. In dergelijke situaties kan transparantie er toe leiden dat agents minder bereid zijn tot een compromis, ook wanneer zij zich realiseren dat daarmee uiteindelijk de belangen van hun achterban beter zijn gediend, omdat zij door hun achterban niet voor zwak willen worden aangezien. Stasavage geeft dit argument voor de Raad.¹¹ Hij merkt daarbij wel op dat het enkele feit dat transparantie soms een negatief effect zou kunnen hebben op de kwaliteit

1 Gerecht van de Europese Unie van 22 maart 2011, zaak T-233/09 (*Access Info Europe/Raad*) ECR II-1073.

2 A. Buijze, *The Principle of Transparency in EU Law*, Utrecht, Utrecht University 2013, p. 83, 85, en de daar aangehaalde literatuur.

3 Buijze 2013, p. 118.

4 Bovens en 't Hart, 'Publieke verantwoording: zegen en vloek,' in *Jaarboek beleid en maatschappij*, volume: 2004-05 (2005), pp. 245-264; Buijze 2013, p. 84.

5 Zowel het Gerecht, in punt 56, als het Hof, in punt 32 wijzen hier op.

6 Buijze 2013, p. 87-88.

7 Buijze 2013, p. 57 e.v.

8 Ross 1973, p. 134.

9 B. Holmström, 'Moral Hazard and Observability,' in: *The Bell Journal of Economics*, vol. 10, nr. 1, lente 1979, p. 74-91.

10 D. Stasavage, 'Does Transparency Make a Difference?' in: Christopher Hood and David Heald (eds.) *Transparency, the Key to Better Governance?* Oxford University Press, Oxford 2006, p. 165-179, p. 174-176.

11 Stasavage 2006, p. 174-175.

van besluitvorming op zich nog geen reden is om van transparantie af te zien. Dit negatieve effect wordt deels gecompenseerd doordat agents die geobserveerd worden meer geneigd zijn in het belang van hun principal te handelen. Hoewel de Raad in dit geval iets minder effectief is dan in het optimale scenario, zal ze ook eerlijker zijn.¹²

Een uitzondering op de transparantieplichting kan gerechtvaardigd worden binnen het hiervoor geschetste kader. De uitzondering op de openbaarmakingsplicht is er niet om het leven van de Raad of dat van de lidstaten makkelijker te maken, maar om te zorgen dat het mogelijk blijft om besluiten te nemen die de collectieve wil van de Europese burgers weerspiegelen. Uitgangspunt is dat transparantie goed is voor de besluitvorming binnen de Raad. De Verordening gaat ook uit van deze veronderstelling, zoals het Hof meermalen heeft bevestigd. Dat de delegaties daardoor in overeenstemming met de wil van hun constituenten handelen is geen probleem, maar is juist wenselijk. Alleen wanneer er een risico is dat door transparantie de delegaties worden gedwongen zich in de loopgraven van nationale opinies vast te graven, ten nadele van hun eigen constituenten, is er reden een uitzondering te maken op de openbaarmakingsplicht. Een categorische uitzondering voor documenten die betrekking hebben op een wetgevingsproces dat zich in een vroege fase bevindt past hier slecht bij.

Ten slotte: De Raad geeft aan dat de dreiging dat de identiteit van delegaties wordt prijsgegeven er toe heeft geleid dat de verslagen van vergaderingen minder volledig worden. Het Gerecht oordeelt dat de Raad niet heeft aangetoond dat er een causaal verband is tussen het beroep van Access Info en deze ontwikkeling, en het Hof respecteert deze kwalificatie van de feiten. In de literatuur wordt dit risico overigens wel onderkend: autoriteiten die niet gediend zijn van transparantie kunnen op deze wijze informatie alsnog aan het publieke oog onttrekken. Verontrustend is dat de Raad dit zonder blikken of blozen aanvoert voor de rechter als argument om de transparantie ook *de jure* in te perken. Klaarblijkelijk schaamt hij zich niet voor zijn afkeer van openheid, of voor het feit dat die afkeer zo ver gaat dat hij terugrijpt op dit soort tactieken om informatie die op grond van een rechterlijk oordeel openbaar dient te zijn geheim te houden. Me dunkt dat we meer mogen verwachten van de Europese instellingen.

Nr. 23 Deckmyn/Vandersteen e.a.

Hof van Justitie van de Europese Unie 3 september 2014
Zaak C-201/13 (procestaal: Nederlands)

Prejudiciële verwijzing – Richtlijn 2001/29/EG – Auteursrecht en naburige rechten – Reproductierecht – Beperkingen en restricties – Begrip ‘parodie’ – Autonom Unierechtelijk begrip

In zaak C-201/13, betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door Hof van Beroep te Brussel (België) bij tussenarrest van 8 april 2013, ingekomen bij het Hof op 17 april 2013, in de procedure

J. Deckmyn en Vrijheidsfonds VZW

Tegen

H., C., L. en Vandersteen, R. Dupont, Amoras II CVOH en WPG Uitgevers België,

wijst het Hof, samengesteld als volgt: V. Skouris, president, K. Lenaerts, vicepresident, R. Silva de Lapuerta, M. Ilešič, L. Bay Larsen, A. Borg Barthet en M. Safjan, kamerpresidenten, A. Rosas, G. Arestis, D. Šváby, A. Prechal (rapporteur), C. Vajda en S. Rodin, rechters. Advocaat-generaal: P. Cruz Villalón, [...]

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 5, lid 3, sub k, van richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (PB L 167, blz. 10).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen J. Deckmyn en Vrijheidsfonds VZW (hierna: “Vrijheidsfonds”), een vereniging zonder winstoogmerk, enerzijds, en verschillende erfgenamen van Willy Vandersteen, de auteur van de stripverhalen *Suske en Wiske*, en de houders van de rechten op deze werken (hierna: “Vandersteen e.a.”), anderzijds, over de verspreiding door Deckmyn van een kalender waarop een tekening (hierna: “de in het hoofdgeding aan de orde zijnde tekening”) is afgebeeld die gelijk is op een tekening op de voorzijde van een van de albums van *Suske en Wiske*.

Toepasselijke bepalingen

[...]

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

[...]

11 Voor de verwijzende rechter, bij wie hoger beroep is ingesteld tegen het vonnis in eerste aanleg, voeren Deckmyn en het Vrijheidsfonds met name aan dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde tekening een politieke spotprent is en een toegelaten parodie betreft in de zin van artikel 22, § 1, 6°, van de wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten.

12 Vandersteen e.a. betwisten deze uitlegging aangezien volgens hen een parodie moet voldoen aan een aantal voorwaarden, die in casu niet zijn vervuld, namelijk de parodie moet een kritische bestemming vervullen, zelf getuigen van oorspronkelijkheid, een humoristische doelstelling hebben, de bedoeling hebben het oorspronkelijke werk te bespotten en niet meer voormelementen van het oorspronkelijke werk overnemen dan strikt noodzakelijk is om de parodie tot stand te brengen. In deze context laken zij de in het hoofdgeding aan de orde zijnde tekening ook omdat een discriminerende boodschap wordt weergegeven aangezien de personen die in het oorspronkelijke werk de geldstukken oprapen, zijn vervangen door gesluierde en gekleurde figuren.

13 Het Hof van Beroep te Brussel heeft de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de hiernavolgende prejudiciële vragen gesteld:

- 1) Is het begrip ‘parodie’ een autonoom Unierechtelijk begrip?
- 2) Indien ja, dient een parodie de volgende voorwaarden te vervullen

¹² Stasavage 2006, p. 172-174.

of aan de volgende kenmerken te voldoen:

- het vertonen van een eigen oorspronkelijk karakter (originaliteit);
- en wel zodanig dat de parodie redelijkerwijze niet aan de auteur van het oorspronkelijke werk kan toegeschreven worden;
- erop gericht zijn om aan humor te doen of de spot te drijven, ongeacht of de daarbij eventueel geuite kritiek het oorspronkelijke werk of iets dan wel iemand anders raakt;
- de bron vermelden van het geparodieerde werk.

3) Dient een werk nog andere voorwaarden te vervullen of aan andere kenmerken te voldoen om als een parodie bestempeld te kunnen worden?”

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Eerste vraag

14 Volgens vaste rechtspraak van het Hof vereisen de eenvormige toepassing van het Unierecht en het gelijkheidsbeginsel dat de bewoordingen van een bepaling van Unierecht die voor de betekenis en de draagwijdte ervan niet uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten verwijst, normaliter in de gehele Europese Unie autonoom en uniform worden uitgelegd, rekening houdend met de context van de bepaling en het doel van de betrokken regeling (arrest Padawan, C-467/08, EU:C:2010:620, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

15 Uit die rechtspraak volgt dat het begrip “parodie”, dat is opgenomen in een bepaling van een richtlijn waarin niet naar het nationale recht wordt verwezen, moet worden beschouwd als een autonoom Unierechtelijk begrip en uniform moet worden uitgelegd op het grondgebied van de Unie (zie in die zin arrest Padawan, EU:C:2010:620, punt 33).

16 Aan deze uitlegging wordt niet afgedaan door het feit dat de in artikel 5, lid 3, sub k, van richtlijn 2001/29 bedoelde beperking facultatief is. Een uitlegging volgens welke het de lidstaten die deze beperking hebben ingevoerd, vrij zou staan om de parameters ervan op een niet-geharmoniseerde en mogelijkwijze van lidstaat tot lidstaat verschillende wijze nader in te vullen, zou immers indruisen tegen het doel van die richtlijn (zie in die zin arresten Padawan, EU:C:2010:620, punt 36, en ACI Adam e.a., C-435/12, EU:C:2014:254, punt 49).

17 Derhalve dient op de eerste vraag te worden geantwoord dat artikel 5, lid 3, sub k, van richtlijn 2001/29 aldus moet worden uitgelegd dat het in deze bepaling vervatte begrip “parodie” een autonoom Unierechtelijk begrip is.

Tweede en derde vraag

18 Met zijn tweede en zijn derde vraag, die samen dienen te worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter te vernemen hoe de in artikel 5, lid 3, sub k, van richtlijn 2001/29 voorziene beperking ten aanzien van de parodie moet worden opgevat. Hij vraagt met name of een parodie moet voldoen aan een aantal voorwaarden die hij in zijn tweede vraag opsomt.

19 Bij gebreke van een definitie van het begrip parodie in richtlijn 2001/29 moeten de betekenis en de draagwijdte van dit begrip, volgens vaste rechtspraak van het Hof, worden bepaald in overeenstemming met de in de omgangstaal gebruikelijke betekenis ervan, met inachtneming van de context waarin het wordt gebruikt en de door de regeling waarvan het deel uitmaakt beoogde doelstellingen (zie in die zin arrest Diakité, C-285/12, EU:C:2014:39, punt 27 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

20 Met betrekking tot de gebruikelijke betekenis van het begrip “parodie” in de omgangstaal staat vast, zoals de advocaat-generaal in punt 48 van zijn conclusie heeft opgemerkt, dat de wezenlijke kenmerken van een parodie erin bestaan dat, enerzijds, een bestaand werk wordt nagebootst doch met duidelijke verschillen met het bestaande werk en, anderzijds, aan humor wordt gedaan of de spot wordt gedreven.

21 Noch uit de gebruikelijke betekenis van de term “parodie” in de omgangstaal noch trouwens, zoals de Belgische regering en de Europese Commissie terecht opmerken, uit de bewoordingen van artikel 5, lid 3, sub k, van richtlijn 2001/29 blijkt dat dit begrip dient te voldoen aan de voorwaarden die de verwijzende rechter in zijn tweede vraag noemt, te weten dat de parodie een ander eigen oorspronkelijk karakter vertoont dan louter duidelijke verschillen met het geparodieerde

oorspronkelijke werk, redelijkerwijze aan een andere persoon dan de auteur van het oorspronkelijke werk zelf kan worden toegeschreven, betrekking heeft op het oorspronkelijke werk zelf of de bron van het geparodieerde werk vermeldt.

22 Aan deze uitlegging wordt niet afgedaan door de context van artikel 5, lid 3, sub k, van richtlijn 2001/29, dat een beperking bevat op de rechten van de artikelen 2 en 3 van deze richtlijn en dus eng moet worden uitgelegd (zie in die zin arrest ACI Adam e.a., EU:C:2014:254, punt 23).

23 Bij de uitlegging van het begrip parodie moet immers in elk geval ervoor gezorgd worden dat de nuttige werking van de vastgestelde beperking wordt beschermd en het doel ervan wordt geëerbiedigd (zie in die zin arrest Football Association Premier League e.a., C-403/08 en C-429/08, EU:C:2011:631, punt 163).

24 Het feit dat artikel 5, lid 3, sub k, van richtlijn 2001/29 een beperking vormt, heeft dus niet tot gevolg dat de werkingssfeer van deze bepaling wordt verengd door voorwaarden als die vermeld in punt 21 van dit arrest, die niet blijken uit de gebruikelijke betekenis van het begrip “parodie” in de omgangstaal en evenmin uit de bewoordingen van deze bepaling.

25 Met betrekking tot het doel dat wordt beoogd met artikel 5, lid 3, sub k, van richtlijn 2001/29, dient te worden herinnerd aan de doelstellingen die door deze richtlijn in het algemeen worden nagestreefd, waaronder – zoals blijkt uit punt 3 van de considerans ervan – een harmonisatie die zal bijdragen tot de uitoefening van de vier vrijheden van de interne markt en die past in het kader van de eerbiediging van de fundamentele rechtsbeginselen en met name de eigendom – met inbegrip van de intellectuele eigendom –, de vrije meningsuiting en het algemeen belang. Vaststaat dat de parodie een geschikt middel vormt om een mening te uiten.

26 Zoals blijkt uit punt 31 van de considerans van richtlijn 2001/29, beogen voorts de bij artikel 5 van deze richtlijn ingevoerde beperkingen op de rechten die zijn toegekend bij de artikelen 2 en 3 ervan, een “rechtvaardig evenwicht” te waarborgen tussen met name de rechten en de belangen van de auteurs enerzijds en die van de gebruikers van beschermd materiaal anderzijds (zie in die zin arresten Padawan, EU:C:2010:620, punt 43, en Painer, C-145/10, EU:C:2011:798, punt 132).

27 De toepassing in een concreet geval van de beperking ten aanzien van de parodie in de zin van artikel 5, lid 3, sub k, van richtlijn 2001/29 moet bijgevolg een rechtvaardig evenwicht in acht nemen tussen, enerzijds, de belangen en de rechten van de in de artikelen 2 en 3 van deze richtlijn bedoelde personen en, anderzijds, de vrije meningsuiting van de gebruiker van een beschermd werk die zich beroept op de beperking ten aanzien van de parodie in de zin van dat artikel 5, lid 3, sub k.

28 Teneinde na te gaan of de toepassing in een concreet geval van de beperking ten aanzien van de parodie in de zin van artikel 5, lid 3, sub k, van richtlijn 2001/29 dit rechtvaardige evenwicht in acht neemt, moet met alle omstandigheden van het geval rekening worden gehouden.

29 Zo moet met betrekking tot het geding waarin de verwijzende rechter uitspraak moet doen, worden opgemerkt dat volgens Vandersteen e.a., omdat in de in het hoofdgeding aan de orde zijnde tekening de personen die in het oorspronkelijke werk de muntstukken oprapen zijn vervangen door gesluisde en gekleurde figuren, deze tekening een discriminerende boodschap weergeeft met als gevolg dat het beschermde werk met een dergelijke boodschap wordt geassocieerd.

30 Is dat inderdaad het geval, hetgeen de verwijzende rechter moet uitmaken, dan moet worden herinnerd aan het belang van het verbod van discriminatie op grond van ras, huidskleur en etnische afstamming, zoals dit beginsel concrete vorm heeft gekregen in richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming (PB L 180, blz. 22) en is bevestigd in met name artikel 21, lid 1, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

31 In deze omstandigheden hebben de houders van de rechten bedoeld in de artikelen 2 en 3 van richtlijn 2001/29, zoals Vandersteen e.a., in beginsel er rechtmatig belang bij dat het beschermde werk niet met een dergelijke boodschap wordt geassocieerd.

32 Bijgevolg is het de taak van de verwijzende rechter om, rekening houdend met alle omstandigheden van het hoofdgeding, te oordelen of de toepassing van de beperking ten aanzien van de parodie in de zin van artikel 5, lid 3, sub k, van richtlijn 2001/29, in de veronderstelling dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde tekening in de punt 20 van dit arrest genoemde wezenlijke kenmerken vertoont, het rechtvaardige evenwicht waarnaar is verwezen in punt 27 van dit arrest, in acht neemt.

33 Derhalve dient op de tweede en de derde vraag te worden geantwoord dat artikel 5, lid 3, sub k, van richtlijn 2001/29 aldus moet worden uitgelegd dat de wezenlijke kenmerken van de parodie erin bestaan, enerzijds, dat een bestaand werk wordt nagebootst doch met duidelijke verschillen met het bestaande werk en, anderzijds, dat aan humor wordt gedaan of de spot wordt gedreven. Het begrip “parodie” in de zin van deze bepaling dient niet te voldoen aan zodanige voorwaarden dat de parodie een ander eigen oorspronkelijk karakter vertoont dan louter duidelijke verschillen met het geparodieerde oorspronkelijke werk, redelijkerwijze aan een andere persoon dan de auteur van het oorspronkelijke werk zelf kan worden toegeschreven, betrekking heeft op het oorspronkelijke werk zelf of de bron van het geparodieerde werk vermeldt.

34 Evenwel moet de toepassing in een concreet geval van de beperking ten aanzien van de parodie in de zin van artikel 5, lid 3, sub k, van richtlijn 2001/29 een rechtvaardig evenwicht in acht nemen tussen, enerzijds, de belangen en rechten van de in de artikelen 2 en 3 van deze richtlijn bedoelde personen en, anderzijds, de vrije meningsuiting van de gebruiker van een beschermd werk die zich beroept op de beperking ten aanzien van de parodie in de zin van dit artikel 5, lid 3, sub k.

35 Het staat aan de verwijzende rechter om, rekening houdend met alle omstandigheden van het hoofdgeding, te oordelen of de toepassing van de beperking ten aanzien van de parodie in de zin van artikel 5, lid 3, sub k, van richtlijn 2001/29, in de veronderstelling dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde tekening deze wezenlijke kenmerken van de parodie vertoont, dit rechtvaardige evenwicht in acht neemt.

Kosten

[...]

Het Hof (Grote kamer) verklaart voor recht:

1) Artikel 5, lid 3, sub k, van richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij moet aldus worden uitgelegd dat het in deze bepaling vervatte begrip “parodie” een autonoom Unierechtelijk begrip is.

2) Artikel 5, lid 3, sub k, van richtlijn 2001/29 moet aldus worden uitgelegd dat de wezenlijke kenmerken van de parodie erin bestaan dat, enerzijds, een bestaand werk wordt nagebootst doch met duidelijke verschillen met het bestaande werk en, anderzijds, aan humor wordt gedaan of de spot wordt gedreven. Het begrip “parodie” in de zin van deze bepaling dient niet te voldoen aan zodanige voorwaarden dat de parodie een ander eigen oorspronkelijk karakter vertoont dan louter duidelijke verschillen met het geparodieerde oorspronkelijke werk, redelijkerwijze aan een andere persoon dan de auteur van het oorspronkelijke werk zelf kan worden toegeschreven, betrekking heeft op het oorspronkelijke werk zelf of de bron van het geparodieerde werk vermeldt.

Evenwel moet de toepassing in een concreet geval van de beperking ten aanzien van de parodie in de zin van artikel 5, lid 3, sub k, van richtlijn 2001/29 een rechtvaardig evenwicht in acht nemen tussen, enerzijds, de belangen en rechten van de in de artikelen 2 en 3 van deze richtlijn bedoelde personen en, anderzijds, de vrije meningsuiting van de gebruiker van een beschermd werk die zich beroept op de beperking ten aanzien van de parodie in de zin van dit artikel 5, lid 3, sub k. Het staat aan de verwijzende rechter om, rekening houdend

met alle omstandigheden van het hoofdgeding, te oordelen of de toepassing van de beperking ten aanzien van de parodie in de zin van artikel 5, lid 3, sub k, van richtlijn 2001/29, in de veronderstelling dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde tekening deze wezenlijke kenmerken van de parodie vertoont, dit rechtvaardige evenwicht in acht neemt.

Noot

Dirk Voorhoof

Hof van Justitie rekt parodie-begrip op, maar hete aardappel komt terug op het bord van de nationale rechter

Het arrest van het Hof van Justitie in de zaak van de Vlaams Belang-parodie ‘De Wilde Weldoener’ doet stof opwaaien in de wereld van het auteursrecht.¹ Het Hof heeft namelijk een verrassend ruim Europees concept van parodie vooruitgeschoven, waardoor het voortaan veel gemakkelijker lijkt om een beroep te doen op de parodie-exceptie in het auteursrecht. Visuele kunstenaars, literaire auteurs, componisten, fotografen en cineasten kunnen vrezen dat de deur nu te wijd open staat en zij zich niet meer zullen kunnen verzetten tegen allerlei vormen van parodiërend gebruik van hun werken. IP- en mediaadvocaten kunnen zich al opwarmen voor een toenemend aantal betwistingen, want in de reclame-, kunst- en mediawereld zal men de rekkelijkheid van het nieuw gedefinieerde parodie-concept uittesten. Dat zal in een aantal gevallen ongetwijfeld de toorn opwekken van sommige auteurs of hun rechthebbenden, met allerlei stakingsvoorwaarden of andere rechtszaken tot gevolg.

In de zaak van de parodie ‘De Wilde Weldoener’ blijft het nog een open vraag of het Vlaams Belang (VB) veel geholpen is met de uitspraak van het Hof van Justitie. Wat het Hof namelijk met de linkerhand als ruim concept van parodie in toepassing van artikel 5, 3, k van de Infosoc Richtlijn 2001/29 heeft aangeboden, wordt vervolgens met de rechterhand opnieuw vastgeklemd. Het Hof laat immers verstaan dat de rechthebbenden zich kunnen verzetten tegen de associatie met een parodie die een discriminerende boodschap bevat. Op die manier werpt het Hof meteen ook de schaduw van de morele rechten (m.n. het integriteitsrecht) over deze zaak. Het is straks aan het Brusselse hof van beroep om zijn weg niet te verliezen in dit bos van Europees recht, auteursrechtelijke vermogensrechten, de Belgische parodie-uitzondering op het auteursrecht “rekening houdend met de eerlijke gebruiken” (art. 22, § 1, 6° AW), de botsing tussen auteursrecht en expressievrijheid, de toepassing van de morele rechten en de mogelijke impact van een discriminerende boodschap als een vorm van ‘hate speech’. Wat het hof van beroep te Brussel ook beslist, en straks geldt alicht hetzelfde voor het Hof van Cassatie (de Belgische Hoge Raad), deze zaak riskeert na eerst in Luxemburg te zijn verzeild geraakt, ook nog in Straatsburg terecht te komen. Het laat zich immers aanzien dat als het Vlaams Belang in zijn beroepsvordering wordt afgewezen, het een te verregaande inperking in de politieke expressievrijheid zal aanvoeren, politieke expressievrijheid die immers volgens de Straatsburgse rechtspraak mag ‘kwetsen, choqueren of aanstootgevend zijn’. Vanuit die optiek moeten ook de erven van een bekend striptekenaar tegen een stootje kunnen.... Tenzij natuurlijk de parodie aanzet tot discriminatie of vreemdelingenhaat en op maar weinig of geen steun kan rekenen vanuit het perspectief van artikel 10 EVRM. Of hoeft dat niet echt om op basis van het integriteitsrecht van de auteur zich te kunnen verzetten tegen een parodie met een onvriendelijke strekking tegenover vreemdelingen, waarmee de rechthebbenden niet geassocieerd wensen te worden? Heeft een dergelijk verzetsrecht tegen ongewenste associaties dan op zijn beurt niet teveel ‘chilling effect’ tot gevolg? En is een stakingsvordering wel een proportionele maatregel, want de rechthebbenden kunnen ongetwijfeld ook op een ander wijze, die minder verregaand ingrijpt in de expressievrijheid van de parodist, hun ongenoegen publiek kenbaar maken en zich distantiëren van de volgens hen discriminerende inhoud van de parodie waarmee zij niet wensen geassocieerd te worden. Het Hof van Justitie heeft het overigens in het arrest van 3 september 2014 ook ‘slechts’ over een “in beginsel, rechtmatig belang”, dat dus grondig moet afgevoegen worden binnen het kader van het recht op politieke expressievrijheid gebaseerd op artikel 11 EU-Handvest en artikel 10 EVRM,

1 D. Voorhoof en I. Høedt-Rasmussen, “CaseLawLuxembourg: Deckmyn v. Vandersteen. Court broadens concept of parody and returns hot potatoes to national court”, *Inform’s Blog* 8 September 2014, <http://bit.ly/1bvvM2>. Zie ook <http://www.mediareport.nl/persrecht/05092014/hv-j-eu-in-deckmyn-ruim-baan-voor-de-parodie-maar-wel-met-snelheidslimiet/>; <http://www.mr-online.nl/snelrecht/>

[ie/24241-ruim-baan-voor-de-europese-parodie](http://ipkitten.blogspot.nl/2014/09/early-thoughts-on-deckmyn-fun-is-ok-but.html); <http://ipkitten.blogspot.nl/2014/09/early-thoughts-on-deckmyn-fun-is-ok-but.html> en http://www.boek9.nl/files/2014B9/Boek9.nl_-_Otto_Volgenant_Parodie_spanning_tussen_vrijheid_van_meningsuiting_en_auteursrecht.pdf

alvorens tot een 'rechtvaardig evenwicht' te komen. Als de Belgische rechtscollages in deze zaak de argumenten van de parodist evenwel honoreren, kunnen de rechthouders op hun beurt in Straatsburg aankloppen wegens schending van hun auteursrecht dat immers als intellectueel eigendomsrecht gewaarborgd is in toepassing van artikel 1 van het Eerste Protocol bij de Conventie.²

Finaal bestaat de indruk dat er wel erg veel wind is gemaakt en er heel wat juridische spitstechnologie is ontwikkeld naar aanleiding van een ludieke politieke cartoon, van amper 5,5 bij 8,5 cm, van een stekelige politieke partij tijdens een nieuwjaarsreceptie. Een zoveelste bewijs dat recht en vooral ook juristen en rechters zich maar best zo weinig mogelijk met de vormgeving of *formats* van kunst of cultuuruitingen en met de inhoud van partijpolitieke boodschappen kunnen inlaten.... Het wordt zelfs een beetje surrealistisch dat nu in 2014 en straks in 2015 of 2016, nog steeds geprocedeerd wordt over de verspreiding van een kalender voor het jaar 2011. Al gaat de inzet van deze zaak natuurlijk over meer dan een ondertussen volkomen waardevolle kalender.

Vlaams Blok-kalender geïnspireerd op album Suske en Wiske

Tijdens de nieuwjaarsperiode van 2011 verspreidde de Gentse Vlaams Belang-afdeling een kalender, onder andere ook via de website van het VB, met daarop een karikatuur van de Gentse burgemeester, refererend aan het Suske en Wiske-album 'De Wilde Weldoener'. In dit geval was het niet Lambik, maar de socialistische burgemeester Daniel Termont die kwistig geld uitstrooide, blijkbaar aan personen met een andere culturele of etnische achtergrond. De erfenamen van en rechthouders op het werk van Willy Vandersteen eisten de onmiddellijke stopzetting van de verspreiding van de kalenders en de verwijdering van de parodie van de VB-website. Zij beriepen zich op hun auteursrecht en wilden vooral ook niet geassocieerd worden met de discriminerende of in elk geval tegenover vreemdelingen onvriendelijke spotprent. De voorzitter van de Brusselse rechtbank beoordeelde de VB-cartoon als een manifeste schending van het auteursrecht van Willy Vandersteen. De rechter stelde dat de parodie te weinig originaliteit uitstraalde en te veel gelijkenis vertoonde met de cover van het album van Willy Vandersteen. Het gebrek aan originaliteit impliceerde dat de VB-parodie niet als een intellectuele schepping kon beschouwd worden. Daarom beantwoordde de nabootsing niet aan de basisvoorwaarde van de parodie. De VB-karikatuur nam overigens het beleid van de stad Gent op de korrel, maar leverde geen kritiek op het stripalbum 'De Wilde Weldoener', noch op de figuur van Lambik. De voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel veroordeelde de verantwoordelijken van het Vlaams Belang (Johan Deckmyn en de vzw Vrijheidsfonds) tot onmiddellijke stopzetting van het gebruik van de kalenders en de bewerkte cover met de vermeende parodie, onder dreiging van een dwangsom van € 5.000,- per vastgestelde inbreuk.³



Tegen deze uitspraak tekenden de verantwoordelijken van het Vlaams Belang beroep aan. Het Brusselse hof van beroep aarzelde bij de interpretatie van de parodie-exceptie en vroeg zich af of de strenge voorwaarden die zijn ontwikkeld in de Belgische rechtspraak wel EU-conform waren.⁴ Daarom vroeg het hof van beroep te Brussel in een arrest van 8 april 2013 advies aan het Hof van Justitie van de EU over de kenmerken van de parodie.

Naar een Europese invulling van de parodie-exceptie?

Het hof van beroep situeerde het geschil tussen VB-politicus Johan Deckmyn en de VB-vzw Vrijheidsfonds en de auteursrechthebbers op het werk van Willy Vandersteen nadrukkelijk in een Europees-rechtelijk kader, zowel verwijzend naar de expressievrijheid (art. 11 EU Handvest Grondrechten), de vrijheid van kunst(en) (art. 13 EU Handvest), de bescherming van intellectuele eigendom (art. 17 EU Handvest) als naar de EU-richtlijn 2001/29 betreffende het auteursrecht in de informatiemaatschappij.⁵ Deze richtlijn laat toe dat de EU-lidstaten in hun nationale wetgeving een uitzondering opnemen op het auteursrecht en de naburige rechten 'voor het gebruik van karikaturen, parodieën en pastiches' (art. 5, 3, k). Aangezien de EU-richtlijn 2001/29 zelf geen definitie bevat, het HJEU niet eerder het begrip parodie heeft uitgelegd en omdat de parodie-exceptie in de rechtspraak van een aantal EU-lidstaten heel verschillend wordt geïnterpreteerd,⁶ wilde het Brusselse hof van het HJEU nadere toelichting over het begrip en de toepassing van de parodie als uitzondering op het auteursrecht. Meer bepaald wilde het hof van beroep via enkele prejudiciële vragen van het HJEU vernemen of de parodie een autonoom Unie-begrip is, en zo ja, aan welke voorwaarden de parodie moet voldoen. Vooral interessant was de vraag aan het HJEU of een parodie er moet op gericht zijn 'aan humor te doen of de spot te drijven, ongeacht of de daarbij eventueel geuite kritiek het oorspronkelijke werk of iets dan wel iemand anders raakt'. Op die manier werd het HJEU ertoe uitgenodigd om duidelijkheid te verschaffen of een parodie een zekere vorm van kritiek moet inhouden, en of die kritiek op het oorspronkelijke werk moet gericht zijn (parodie 'op'), dan wel of een parodie ook kan gebruikt worden om een kritiek op iets of iemand anders te formuleren (parodie 'met').

Parodie als EU-concept en bijzonder format van expressievrijheid

Het Hof van Justitie bevestigt in het arrest van 3 september 2014 dat het parodie-begrip in de hele Unie op autonome en eenvormige wijze moet worden uitgelegd, en het bepaalt ook aan welke voorwaarden de parodie in het Unierecht moet voldoen. Vanzelfsprekend was dit standpunt evenwel niet, want de EU-richtlijn 2001/29 voorziet enkel in de mogelijkheid voor de lidstaten om een parodie-exceptie conform artikel 5, 3, k in hun nationale wetgeving op te nemen. Toch laat het Hof er geen twijfel over bestaan: de lidstaten die een parodie-exceptie als restrictie op het auteursrecht erkennen en toepassen, moeten dit doen op EU-richtlijn conforme wijze: 'Aan deze uitlegging wordt niet afgedaan door het feit dat de in artikel 5, lid 3, sub k, van richtlijn 2001/29 bedoelde beperking facultatief is. Een uitlegging volgens welke het de lidstaten die deze beperking hebben ingevoerd, vrij zou staan om de parameters ervan op een niet-geharmoniseerde en mogelijkwijze van lidstaat tot lidstaat verschillende wijze nader in te vullen, zou immers indruisen tegen het doel van die richtlijn' (r.o. 16).

Volgens het Hof van Justitie moet de parodie evenwel slechts aan een beperkt aantal wezenlijke kenmerken voldoen, refererend aan wat het begrip in de gewone omgangstaal betekent. Het moet gaan om een nabootsing van een bestaand werk, maar met duidelijke verschillen, en de parodie moet humor of spot bevatten: 'Met betrekking tot de gebruikelijke betekenis van het begrip "parodie" in de omgangstaal staat vast, zoals de advocaat-generaal in punt 48 van zijn conclusie heeft opgemerkt, dat de wezenlijke kenmerken van een parodie erin

2 EHRM 11 januari 2007, Anheuser-Busch Inc. t. Portugal en EHRM 5 juli 2005, Melnychuk t. Oekraïne, nr. 28743/03 (beslissing). Zie ook D. Voorhoof, 'Freedom of Expression and the Right to Information: Implications for Copyright', in C. Geiger (ed.), *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, Oxford, Hart Publishing, 2014 (in druk).

3 Voorz. Rb. Brussel 17 februari 2011, H. Vandersteen e.a. en WPG Uitgevers België NV t. VZW Vrijheidsfonds en J. Deckmyn, *Auteurs & Media* 2011/3, 340. Vgl. met Hof van beroep Gent 3 januari 2011, *Auteurs & Media* 2011/3, 327 (politieke parodie met Dalton-figuren uit de stripreeks Lucky Luke (Morris)). Zie ook D. Voorhoof, 'LDD en VB veroordeeld voor schending auteursrecht', *De Juristenkrant* 2011/299, 1 en 3.

4 Zie ook D. Voorhoof, 'Brussels hof van beroep met parodie naar HJEU' (noot onder Brussel 8 april 2013 en Gent 13 mei 2013), *Auteurs & Media* 2013/5, 356-359. Voor een grondiger situering, zie D. Voorhoof, 'België: de paradoxen van de parodie', in: F.W. Grosheide (ed.), *Parodie. Parodie en kunstcitaat*, Den Haag, BJu 2006, 123-171.

5 Brussel 8 april 2013, *Auteurs & Media* 2013/5, 348, noot D. Voorhoof.

6 Voor een goed overzicht, zie F.W. Grosheide (ed.), *Parodie. Parodie en kunstcitaat*, Den Haag, BJu, 2006. Zie ook het in het arrest van 8 april 2013 van het hof van beroep te Brussel geciteerde rapport *The Treatment of Parodies under Copyright Law in Seven Jurisdictions* (2013), te consulteren via www.ipo.gov.uk.

bestaan dat, enerzijds, een bestaand werk wordt nagebootst, doch met duidelijke verschillen met het bestaande werk en, anderzijds, aan humor wordt gedaan of de spot wordt gedreven' (r.o. 20).

In lijn met de conclusie van de advocaat-generaal⁷ verduidelijkt het Hof dat het begrip 'parodie' niet moet voldoen 'aan zodanige voorwaarden dat de parodie een ander eigen oorspronkelijk karakter vertoont dan louter duidelijke verschillen met het geparodieerde oorspronkelijke werk, redelijkerwijze aan een andere persoon dan de auteur van het oorspronkelijke werk zelf kan worden toegeschreven, betrekking heeft op het oorspronkelijke werk zelf of de bron van het geparodieerde werk vermeldt' (r.o. 33). Voor alle duidelijkheid: zulke voorwaarden kunnen niet (langer) gesteld worden aan de parodie als uitzondering op het auteursrecht zoals bedoeld in de richtlijn 2001/29. Een parodie moet dus niet zelf een origineel auteurswerk zijn,⁸ het volstaat dat er duidelijke verschillen zijn met het werk dat voor inspiratie zorgde. De eis die in de Belgische en ook wel in sommige Nederlandse rechtspraak werd geformuleerd dat niet meer van het oorspronkelijke werk mag worden overgenomen dan strikt noodzakelijk is voor de parodie, kan daarom niet langer toepassing vinden: 'duidelijke verschillen' volstaan. Het parodieconcept van het Hof van Justitie impliceert dat niet enkel een parodie 'op', maar ook een parodie 'met' toegelaten is. Het is immers niet nodig dat de parodie betrekking heeft op het oorspronkelijke werk, het moet geen *kritiek op of contrast met* dat werk bevatten. In alle EU-landen moet voortaan op basis van die criteria de parodie-exceptie toegepast worden. Op die manier schudt het arrest van het Hof van Justitie wel flink aan de boom van de nationale jurisprudentie in diverse lidstaten in verband met de parodie-exceptie, die juist wel het element van kritiek en contrastwerking als een cruciaal kenmerk van de parodie beschouwen.

Het Hof van Justitie kiest dus voor een ruim concept van de parodie, opdat de uitzondering op het auteursrecht haar doel zou bereiken als een bijzonder *format* van expressievrijheid. Een rechtvaardig evenwicht' moet immers gevonden worden tussen de bescherming van het auteursrecht en het recht op expressievrijheid. Een te beperkende interpretatie van het parodiebegrip zou inderdaad de balans te veel doen uitslaan naar de bescherming van het auteursrecht. Het HvJ EU formuleert het als volgt: 'Met betrekking tot het doel dat wordt beoogd met artikel 5, lid 3, sub k, van richtlijn 2001/29, dient te worden herinnerd aan de doelstellingen die door deze richtlijn in het algemeen worden nagestreefd, waaronder – zoals blijkt uit punt 3 van de considerans ervan – een harmonisatie die zal bijdragen tot de uitoefening van de vier vrijheden van de interne markt en die past in het kader van de eerbiediging van de fundamentele rechtsbeginselen en met name de eigendom – met inbegrip van de intellectuele eigendom –, de vrije meningsuiting en het algemeen belang. Vaststaat dat de parodie een geschikt middel vormt om een mening te uiten' (r.o. 25). Daarom moet een 'rechtvaardig evenwicht' gewaarborgd worden tussen 'de rechten en de belangen van de auteurs enerzijds en die van de gebruikers van beschermd materiaal anderzijds' (r.o. 26). Waar het op aan komt is dus of een nabootsing voldoende duidelijk verschilt van het origineel en of de nabootsing humoristisch is of spot bevat.

Opmerkelijk is de keuze van het Hof voor het criterium humor of spot. Rechters kunnen zich immers maar beter veraf houden om te bepalen wat humor of spot is. Ook de Belgische rechtspraak die dit criterium in eerdere zaken wel hanteerde,⁹ liet het gebrek aan humorgehalte zelden of nooit doorslaggevend zijn of vond dat er kan aangenomen worden dat er mogelijk een element van humor (of spot) in de parodie verborgen zat.¹⁰ Overigens zijn er wel meer dan 50 tinten

humor (of spot) waardoor dit criterium, zeker in de handen van rechters of rechtscolleges, een moeilijk te hanteren onderscheidingscriterium is ter identificatie van de parodie als EU-concept. Het criterium 'nabootsing met duidelijke verschillen' is dus in feite het enige criterium waarop de rechter zich kan baseren om een bepaalde nabootsing al dan niet als een parodie te valideren. Op die manier lijkt het Hof van Justitie de parodie-exceptie bevrijd te hebben uit het soms strakke keurslijf waarin het parodie-concept in sommige landen opgesloten zat.

Aan de redenering van het Hof van Justitie zit ook nog een andere consequentie vast. Het Hof erkent namelijk dat de parodie een vorm van uitoefening van de expressievrijheid is en daardoor dus een legitieme inperking inhoudt op de uitoefening van het auteursrecht. Sterker, er moet een "rechtvaardig evenwicht" worden gevonden tussen de rechten van de auteurs en de rechten van de parodist. Vanuit die optiek is het optioneel of facultatief karakter van de parodie-exceptie van artikel 5, lid 3, k van de richtlijn 2001/29 nog moeilijker te rechtvaardigen: een lidstaat die de parodie-exceptie immers niet zou erkennen dreigt onvermijdelijk het recht op expressievrijheid van de parodist te miskennen. Het is met andere woorden nog moeilijk vol te houden dat de parodie-exceptie (samen met een reeks andere facultatieve of optionele uitzonderingen opgesomd in artikel 5 van de EU-richtlijn 2001/29) geen verplichte uitzondering is, die de lidstaten in hun nationale auteurswetgeving moeten integreren. Zonder parodie-exceptie in de nationale wetgeving kan er immers geen 'rechtvaardig evenwicht' zijn tussen het auteursrecht en dit *format* van expressie- en informatievrijheid.

Hate speech?

Het arrest van het Hof van Justitie maakt duidelijk dat zelfs indien de VB-kalender als een parodie kan aangemerkt worden, ook dan nog de rechtenhouders Vandersteen er zich kunnen tegen verzetten, omwille namelijk van de discriminerende boodschap die het Vlaams Blok in deze parodie verpakte. Het Hof van Justitie merkt op dat voor het bereiken van het 'rechtvaardig evenwicht' tussen de belangen en de rechten van de in de artikelen 2 en 3 van de richtlijn 2001/29 bedoelde personen (nl. het reproductierecht en het recht op mededeling aan het publiek) en, anderzijds, de vrije meningsuiting van de gebruiker van een beschermd werk die zich beroept op de beperking ten aanzien van de parodie in de zin van artikel 5, lid 3, k 'met alle omstandigheden van het geval rekening (moet) worden gehouden' (r.o. 27-28). Volgens het Hof hebben rechtenhouders er "in beginsel een rechtmatig belang bij" dat het beschermde werk niet met een discriminerende boodschap wordt geassocieerd, verwijzend naar de richtlijn 2000/43/EG houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming en naar artikel 21, lid 1, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (r.o. 30-31). Het Hof wijst er finaal wel op dat ook dan een rechtvaardig evenwicht moet worden bereikt tussen het auteursrecht van de rechtenhouders en het recht op expressievrijheid van de parodist.

Het Vlaams Belang kan de hoge graad van bescherming van de politieke expressievrijheid inroepen, in combinatie bovendien met de extra bescherming die aan de satire toekomt,¹¹ terwijl de erven Vandersteen er de rechter zullen moeten kunnen van overtuigen dat de boodschap vertolkt in de Vlaams Blok-kalender aanzet tot racisme of discriminatie, en dus een vorm van *hate speech* is die op maar weinig of geen bescherming kan rekenen vanuit het perspectief van de expressievrijheid.¹² Bovendien kunnen de rechtenhouders aanvoe-

7 Conclusies van de Advocaat-Generaal P. Cruz Villalón van 22 mei 2014, C-201/13.

8 Om zelf auteursrechtelijke rechtsbescherming te kunnen genieten, bijvoorbeeld in toepassing van de stakingsvordering tot vrijwaring van de auteursrechtelijke aanspraken, zal een parodie wel moeten beantwoorden aan het auteurswerkbegrip en dus voldoende originaliteit moeten vertonen. Zie hierover D. Voorhoof, 'Parodie, kunstexpressievrijheid en auteursrecht', *Auteurs & Media* 2008/1, 27-36 en B. Michaux en D. Voorhoof, 'L'action en cessation vise toute atteinte au droit d'auteur. Qu'est-ce à dire?', *Auteurs & Media* 2010/4, 330-336.

9 Voor een recente toepassing, zie hof van beroep te Gent 3 januari 2011, *Auteurs & Media* 2011/3, 327, waarin de voorwaarde van humor figureert als één van de zeven (!) wezenskenmerken van de parodie. Zie ook D. Voorhoof, 'LDD en VB veroordeeld voor schending auteursrecht', *De Juristenkrant* 2011/299, 1 en 3.

10 D. Voorhoof, 'België: de paradoxen van de parodie', in: F.W. Grosheide (ed.),

Parodie. Parodie en kunstcitraat, Den Haag, BJu, 2006, 123-171 en D. Voorhoof, 'Parodie, kunstexpressievrijheid en auteursrecht', *Auteurs & Media* 2008/1, 27-36. Zie ook Antwerpen 11 oktober 2000, *Auteurs & Media* 2001, 357, met noot D. Voorhoof, 'Rechter heeft moeite met toepassing van de parodie-exceptie'.

11 Zie o.a. EHRM 29 maart 2005, *Alinak/Turkije*; EHRM 29 maart 2005, *Sokolowski/Polen*; EHRM 2 november 2006, *Standard Verlags GmbH/Oostenrijk*; EHRM 25 januari 2007, *Vereinigung Bildender Künstler/Oostenrijk*; EHRM 21 februari 2012, *Tuşalp/Turkije* en EHRM 14 maart 2013, *Eon/Frankrijk*. Aanzetten tot geweld of terrorisme, zelfs in de vorm van een cartoon, spotprent of satire, kan evenwel niet rekenen op de bescherming in toepassing van art. 10 EVRM: EHRM 2 oktober 2008, *Leroy/Frankrijk*.

12 EHRM 10 juli 2008, *Soulas e.a./Frankrijk*; EHRM 16 juli 2009, *Willem/Frankrijk*, 16 juli 2009; EHRM 16 juli 2009, *Féret/België* en EHRM 9 februari 2012, *Vejdeland e.a./Zweden*. Zie ook EHRM 20 april 2010, *Jean-Marie Le Pen/Frankrijk*, Appl. 18788/09 (beslissing).

ren dat op die manier de VB-parodie in kwestie ook geen voldoende rekening houdt met de ‘eerlijke gebruiken’ die de parodie-exceptie als voorwaarde stelt in artikel 22 § 1, 6^o van de Auteurswet. Ook kunnen zij in toepassing van hun morele rechten,¹³ meer bepaald hun integriteitsrecht, argumenteren dat de associatie met de discriminerende boodschap van het Vlaams Belang het recht op eerbied van hun werk miskent. Of daarvoor een verspreidingsverbod nodig was en een bevel tot verwijdering van de kalender van de website van het Vlaams Belang, is evenwel zeer de vraag: vanuit het perspectief van artikel 10 EVRM moet immers ter vrijwaring van de rechten van anderen, of hier in geval ter bescherming van het auteursrecht, gekozen worden voor een proportionele inmenging. In dit geval stonden aan de rechthouders en de nationale rechtscolleges ook minder verregaande modaliteiten van inmenging in de expressievrijheid van de parodist beschikbaar,¹⁴ aangezien ook met een rectificatiebericht via de media en/of een mededeling op de website van het Vlaams Belang op rechterlijk bevel kon worden duidelijk gemaakt dat de rechthouders Vandersteen niet wensten geassocieerd te worden met de boodschap van de VB-kalender en zij evenmin toestemming hebben gegeven tot adaptatie van het oorspronkelijke werk van Willy Vandersteen door het Vlaams Belang. Los dus nog van de vraag of de politieke spotprent, weliswaar met nabootsing van een bestaand auteurswerk, als aanzet tot discriminatie of hate speech is te beschouwen. De boodschap van de VB-parodie bevat immers geen oproep tot geweld, haat of discriminatie tegenover vreemdelingen, maar formuleert in de vorm van een politieke spotprent in essentie een kritiek op de wijze waarop de toenmalige stadscoalitie, gepersonaliseerd in de socialistische Gentse burgemeester, volgens het VB, teveel overheidsmiddelen besteedde aan opvang en sociale, culturele, educatieve en medische begeleiding van vreemdelingen, gastarbeiders en asielzoekers. Pikant detail in deze is wel dat het Vlaams Belang, toen het nog onder de vlag ‘Vlaams Blok’ opereerde, in 2004 werd schuldig bevonden aan het herhaaldelijk en manifest aanzetten tot racisme en vreemdelingenhaat.¹⁵ Of dit nu nog een voldoende of valide reden is voor de rechthouders op het werk van Vandersteen om zich te verzetten tegen de verspreiding van de parodie in kwestie, is sterk te betwijfelen.

Ten slotte moet nog worden opgemerkt dat het ‘rechtmatig belang’ dat het Hof van Justitie inroept om zich te verzetten tegen een ongewenste associatie met de parodist of de inhoud van de parodie, voor een enorme vernauwing kan zorgen voor de toepassing van de parodie-exceptie in de praktijk. De essentie van de parodie-exceptie is immers dat het de normale toestemmingsvereiste van de rech-

houders uitschakelt, precies om de parodie als *format* van expressie mogelijk te maken, ervan uitgaand dat een parodie in de regel een onvermijdelijke aantasting is van het integriteitsrecht van de auteur, die niet geneigd zal zijn hiervoor de toestemming te geven. Het mogelijk maken van een ongewenste, confronterende of laakbare associatie tussen de parodie en het oorspronkelijke werk is immers een wezenskenmerk en finaal de cruciale doelstelling van de parodie-exceptie. Door toch weer via de morele rechten of via het zoeken naar het “rechtvaardige evenwicht” de auteur de kans te geven zich te verzetten tegen een ongewenste associatie van zijn werk met een parodie met een politieke of maatschappelijke boodschap die de auteur of rechthouder van het oorspronkelijke werk niet zint, zet het Hof de ruim geconcipieerde parodie-exceptie weer op de tocht, zelfs al beperkt het dictum van het Hof zich in deze zaak tot de ongewenste associatie *in casu* met een ‘discriminerende boodschap’.

Het Brussels hof van beroep moet er nu voor zorgen dat het de bescherming van het auteursrecht op pertinente en gemotiveerde wijze afweegt aan het recht op (politieke) expressievrijheid van het Vlaams Belang in toepassing van artikel 10 EVRM en artikel 11 EU-Handvest. Recente rechtspraak van het EHRM heeft immers duidelijk gemaakt dat een veroordeling in toepassing van de auteurswet die een inmenging inhoudt in de expressievrijheid, moet verantwoord kunnen worden vanuit het perspectief van artikel 10 EVRM:¹⁶ enkel maatregelen die noodzakelijk zijn in een democratische samenleving kunnen de ultieme toets aan artikel 10 EVRM doorstaan. Disproportionele maatregelen, terwijl er minder verregaande maatregelen beschikbaar zijn of waren, voldoen niet aan die voorwaarde. Ook het Hof van Justitie heeft meermaals beklemtoond dat bij de handhaving van het auteursrecht moet gezocht worden naar de middelen die geen onevenredige inperking impliceren op het recht op expressievrijheid en informatie.¹⁷ Als de Belgische rechters te weinig rekening houden met de politieke expressievrijheid van het Vlaams Belang in het nastreven van het rechtvaardig evenwicht tussen het auteursrecht van de erven Vandersteen en de expressievrijheid van de parodist in toepassing van artikel 10 EVRM, riskeert ‘De Wilde Weldoener’ na zijn doortocht in Luxemburg, ook nog in Straatsburg terecht te komen. Als echter het auteursrecht van de erven Vandersteen onvoldoende gerespecteerd wordt, hebben ook zij een reden om zich straks in Straatsburg te beklagen over een schending van artikel 1 van het Eerste Protocol. De hete aardappel ligt dus momenteel in het kamp van het Brusselse hof van beroep. Wordt vervolgd....

13 Zie art. 1 § 2 AW 1994, toekomstig art. XL165, § 2 Wetboek Economisch Recht: de auteur ‘heeft het recht op eerbied voor zijn werk en dat maakt het hem mogelijk zich te verzetten tegen elke wijziging ervan. Niettegenstaande enige afstand, behoudt hij het recht om zich te verzetten tegen elke misvorming, verminking of andere wijziging van dit werk dan wel tegen enige andere aantasting van het werk, die zijn eer of zijn reputatie kunnen schaden’.

14 Zie EHRM 16 juli 2013, *Węgrzynowski en Smolczewski/Polen*.

15 D. Voorhoof, ‘Het Vlaams Blok-arrest: de antiracismewet is geen loutere symboolwet!’, *Tijdschrift voor Mensenrechten (TvMR)*, 2004/2, 9-11 en D. Voorhoof, ‘Vlaamse media dienen niet het Vlaams Belang’, in N.A.N.M. van Eijk en P.B. Hugenholz (eds.), *Dommering-bundel. Opstellen over informatierecht*. Amsterdam, Otto Cramwinckel Uitgever 2008, 389-401.

16 EHRM 10 januari 2013, *Ashby Donald e.a./Frankrijk*. Zie ook D. Voorhoof en I. Høedt-Rasmussen, ‘Copyright vs. freedom of expression’, *Auteurs & Media* 2013/2, 53-58 en D. Voorhoof, ‘Auteursrecht en de vrijheid van expressie en informatie: artikel 10 EVRM als “externe” beperking van het auteursrecht’, noot onder EHRM (beslissing) 19 februari 2013, *Fredrik Neij en Peter Sunde Kolmi-soppi (The Pirate Bay)/Zweden*, *Auteurs & Media* 2013/3-4, 190-200.

17 Zie HvJ EU 29 januari 2008, *Promusicae*, C-275/06, *Auteurs & Media* 2008, 126 en vooral HvJ EU 24 november 2011, *Scarlet Extended NV/Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM)*, C-70/10 en HJEU 16 februari 2012, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM)/Netlog NV*, C-360/10, *Auteurs & Media* 2012/2-3, 188.

Nr. 24 TROS/CvdM

Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State 9 juli 2014

Uitspraak op het hoger beroep van:

de vereniging TROS, gevestigd te Hilversum, appellante,

tegen de uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 14 november 2012 in zaak nr. 12/2446 in het geding tussen:

de TROS
en
het Commissariaat voor de Media.

Procesverloop [kop 2]

Bij besluit van 28 juni 2011 heeft het Commissariaat de TROS een boete opgelegd ter hoogte van € 60.000,00 wegens overtreding van artikel 2.89, eerste lid, aanhef en onder b, en van € 60.000,00 wegens overtreding van artikel 2.141, eerste lid, van de Mediawet 2008. Bij besluit van 3 april 2012 heeft het Commissariaat onder aanvulling van de motivering het door de TROS daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard. Bij uitspraak van 14 november 2012 heeft de rechtbank het door de TROS daartegen ingestelde beroep gegrond verklaard, het besluit van 3 april 2012 vernietigd, het besluit van 28 juni 2011 herroepen, bepaald dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit en bepaald dat aan de TROS een boete wordt opgelegd van € 108.000,00. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft de TROS hoger beroep ingesteld.

Bij brief van 15 januari 2013 heeft het Commissariaat twee contracten, een begroting en een kostenoverzicht aan de Afdeling doen toekomen. Daarbij heeft het medegedeeld dat uitsluitend de Afdeling ervan kennis mag nemen. De TROS heeft een nader stuk ingediend. De Afdeling heeft, in andere samenstelling, de verzochte beperking van de kennisneming gerechtvaardigd geacht en de TROS gevraagd om toestemming, als bedoeld in artikel 8:29, vijfde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb). Deze toestemming is niet verleend. Het Commissariaat heeft een verweerschrift ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 12 december 2013, waar de TROS, vertegenwoordigd door mr. A. van Tricht, bijgestaan door mr. H.A.J.M. van Kaam en mr. B.R. von der Assen, beiden advocaat te Amsterdam, en het Commissariaat, vertegenwoordigd door mr. R. de Boer, bijgestaan door mr. A.J. Boorsma en mr. J.A.E. van der Jagt-Jobsen, beiden advocaat te Den Haag, zijn verschenen.

Overwegingen

3. De TROS heeft van 8 september 2009 tot en met 17 februari 2010 het kinderprogramma 'Sprookjesboomfeest' (hierna: het kinderprogramma) uitgezonden. Dit programma heeft als doelgroep kinderen jonger dan twaalf jaar. In het kinderprogramma brengen kinderen van zes en zeven jaar een bezoek aan 'het sprookjesbos'. Het programma is opgenomen in Theater de Efteling.

Bij het in bezwaar gehandhaafde besluit heeft het Commissariaat aan de TROS een boete opgelegd van € 60.000,00 wegens overtreding van het reclameverbod. Daartoe heeft het, samengevat weergegeven, overwogen dat het kinderprogramma niet toegestane vermijdbare uitingen bevat, bestaande uit beeldmerken, figuren, een melodie en vormgeving die ook door de Efteling in haar attractiepark en bij andere uitingvormen worden gebruikt. Deze uitingen zijn volgens het Commissariaat vermijdbare uitingen die onmiskenbaar tot gevolg hebben dat de afname van producten of diensten wordt bevorderd. De TROS had zich ervan bewust kunnen en moeten zijn dat de Efteling kort na de uitzendperiode van het kinderprogramma de attractie 'Sprookjesboom' (hierna: de attractie) zou openen en uitbaten. Nu het kinderprogramma niet valt onder de uitzondering van artikel 9, eerste lid, van het Mediabeluif 2008 en de uitingen evenmin zijn toegestaan op grond van de artikelen 10 tot en met 14a van dat besluit, heeft de TROS volgens het Commissariaat artikel 2.89, eerste lid, aanhef en onder b, van de Mediawet 2008 overtreden. Het Commissariaat heeft met inachtneming van de Beleidslijn de overtreding van het reclameverbod gekwalificeerd als ernstig, omdat het kinderprogramma een veelvoud aan vermijdbare uitingen met grote nadruk bevat en die uitingen bovendien een structureel karakter hebben. Het heeft de omstandigheid dat de TROS eerder

een bestuurlijke boete heeft opgelegd gekregen wegens overtreding van het reclameverbod als boeteverhogende omstandigheid in aanmerking genomen.

Bij hetzelfde besluit heeft het Commissariaat aan de TROS een boete opgelegd van € 60.000,00 wegens overtreding van het dienstbaarheidsverbod. Daartoe heeft het, samengevat weergegeven, overwogen dat de TROS met het uitzenden van het kinderprogramma, aandacht heeft besteed aan de besloten vennootschap De Efteling B.V. en in het bijzonder aan de toen op korte termijn te openen attractie en de musical 'Sprookjesboom de musical' (hierna: de musical). Volgens het Commissariaat had de TROS op de hoogte kunnen en moeten zijn van het feit dat de Efteling plannen had om de attractie te bouwen en op korte termijn te openen, nu dat bericht twee maanden voordat de eerste aflevering van het kinderprogramma werd uitgezonden, in de media verscheen. De TROS had zich daarom volgens het Commissariaat bewust moeten zijn dat zij zich met het uitzenden van het kinderprogramma dienstbaar zou maken aan het behalen van winst door een derde. De TROS heeft als publieke media-instelling een zorgplicht om dienstbaarheid te voorkomen. De TROS heeft naar het oordeel van het Commissariaat niet aan haar zorgplicht voldaan, nu zij heeft nagelaten afspraken te maken over de bouw en de opening van de attractie en het voorkomen van dienstbaarheid jegens de attractie. Dat geldt volgens het Commissariaat eveneens voor de musical. Door het feit dat de eerste opvoering van de musical plaatsvond één dag na het sluiten van de overeenkomst over de aankoop van het kinderprogramma, had de TROS zich bewust moeten zijn van het feit dat zij zich dienstbaar zou kunnen maken aan het behalen van winst door een derde. Aldus is de TROS niet binnen de marges van het normaal economisch handelen gebleven en heeft zij volgens het Commissariaat het in artikel 2.141, eerste lid, van de Mediawet 2008 opgenomen dienstbaarheidsverbod overtreden. Het Commissariaat heeft met inachtneming van de Beleidslijn de overtreding van het dienstbaarheidsverbod als ernstig gekwalificeerd wegens het commerciële belang dat commerciële derden hebben gehad bij de uitzendingen van het kinderprogramma. Het heeft de omstandigheid dat de TROS eerder een bestuurlijke boete heeft opgelegd gekregen wegens overtreding van het dienstbaarheidsverbod als boeteverhogende omstandigheid in aanmerking genomen.

[...]

4. De rechtbank heeft wat de overtreding van het reclameverbod betreft, overwogen dat het Commissariaat zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat het kinderprogramma vermijdbare uitingen bevat, die een wervend karakter hebben voor de Efteling als zodanig. Zij heeft daartoe van belang geacht dat het hoofdbestanddeel van het kinderprogramma, de sprookjesboom, tevens een onderdeel is van 'Het Sprookjesbos' in de Efteling. De uitingen in het kinderprogramma, zoals het logo, de naam van het programma, het decor, de handpoppen, de sprookjesfiguren en de muziek dragen naar het oordeel van de rechtbank, in samenhang met het tonen en noemen van de naam 'Sprookjesboom', bij aan de identificeerbaarheid van de Efteling als zodanig. Deze uitingen moeten worden aangemerkt als uitingen die onmiskenbaar tot gevolg hebben dat de afname van producten of diensten van de Efteling wordt bevorderd. Het Commissariaat heeft zich volgens de rechtbank daarnaast terecht op het standpunt gesteld dat de uitingen ook een wervend karakter hebben voor de attractie. Zij heeft daartoe overwogen dat vermijdbare uitingen ook een wervend karakter kunnen hebben voor toekomstige producten of diensten. In het kader hiervan acht de rechtbank aannemelijk dat de vermijdbare uitingen na, in dit geval, een periode van zes weken nog in het geheugen van de gemiddelde kijker zijn genesteld. Het Commissariaat heeft zich volgens de rechtbank ten onrechte op het standpunt gesteld dat de vermijdbare uitingen eveneens een wervend karakter hebben voor de musical. Zij heeft hiertoe overwogen dat de eerste serie voorstellingen is opgevoerd voordat het kinderprogramma op televisie verscheen, zodat dit programma geen wervend karakter kan hebben gehad voor die voorstellingen. De tweede serie voorstellingen is opgevoerd bijna tien maanden na de laatste uitzending van het kinderprogramma, zodat dit programma reeds door het tijdsverloop zonder nadere bewijsvoering evenmin voor die voorstellingen een wervend karakter kan hebben gehad, aldus de rechtbank. De rechtbank heeft voorts overwogen dat het Commissariaat de boete wegens recidive in redelijkheid met € 10.000,00 heeft kunnen verhogen. De rechtbank ziet in het feit dat het Commissariaat niet eerder een boete heeft opgelegd wegens vermijdbare uitingen met een wervend karakter voor toekomstige producten of diensten en dat het zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat de vermijdbare uitingen die het kinderprogramma bevat een wervend karakter hebben gehad voor de

musical, aanleiding de boete van € 60.000,00 met 10% te matigen naar een bedrag van € 54.000,00.

De rechtbank heeft wat de overtreding van het dienstbaarheidverbod betreft, overwogen dat het Commissariaat zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat de TROS het gegronde vermoeden van dienstbaarheid aan het maken van meer dan normale winst door de Efteling heeft gewekt en er niet in is geslaagd te staven dat dit vermoeden onjuist is. Zij heeft daartoe in aanmerking genomen dat de Efteling zowel producent van het kinderprogramma is als exploitant van het attractiepark. Bovendien heeft de TROS het kinderprogramma rechtstreeks van de Efteling aangekocht, zodat mag worden aangenomen dat zij bij het ondertekenen van de uitzendovereenkomst in direct contact stond met de Efteling. Het had op de weg van de TROS gelegen, gelet op haar rol in het publieke bestel, om nader onderzoek te verrichten naar de eventuele exploitatie van de attractie en, indien nodig, beperkende afspraken te maken met de Efteling, aldus de rechtbank. De rechtbank heeft voorts overwogen dat het Commissariaat de boete wegens recidive in redelijkheid met € 10.000,00 heeft kunnen verhogen. De rechtbank ziet in het feit dat lange tijd onduidelijkheid bestond over de strekking van het dienstbaarheidverbod, het Commissariaat zich niet eerder op het standpunt heeft gesteld dat het dienstbaarheidverbod ook ziet op het niet maken van beperkende afspraken en het feit dat het Commissariaat zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat de TROS zich dienstbaar heeft gemaakt aan de Efteling wat betreft de musical, aanleiding de boete van € 60.000,00 met 10% te matigen naar een bedrag van € 54.000,00.

De rechtbank is voorts van oordeel dat het Commissariaat het ne bis in idem-beginsel niet heeft geschonden. Het besluit is volgens de rechtbank verder niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel en evenmin met het rechtszekerheidsbeginsel.

5. De Afdeling gaat bij haar oordeel uit van de volgende feiten en omstandigheden. Van 2 oktober 2006 tot en met 30 december 2009 heeft de TROS de animatieserie 'Sprookjesboom' (hierna: de animatieserie) uitgezonden. Bij overeenkomst van 1 augustus 2009 heeft de TROS van de Efteling het door de Efteling geproduceerde kinderprogramma gekocht. Van 2 augustus 2009 tot en met 6 september 2009 is in Theater de Efteling de musical opgevoerd. Van 8 september 2009 tot en met 17 februari 2010 heeft de TROS het kinderprogramma uitgezonden. Op 1 april 2010 heeft de Efteling de attractie geopend. Vanaf 8 december 2010 werd de musical in verschillende theaters in Nederland opgevoerd.

6. Het hoger beroep van de TROS richt zich tegen de uitspraak van de rechtbank, voor zover haar daarbij een boete is opgelegd van in totaal € 108.000,00 wegens overtreding van het reclameverbod en het dienstbaarheidverbod.

Artikel 7 en 10 van het EVRM

7. De TROS betoogt allereerst dat de rechtbank heeft miskend dat het Commissariaat haar geen boete mocht opleggen, nu de bepalingen van zowel het reclameverbod als het dienstbaarheidverbod in strijd zijn met het in artikel 7, eerste lid, van het EVRM neergelegde lex certa-beginsel en het in artikel 10, eerste lid, van dat verdrag neergelegde beginsel van vrijheid van meningsuiting. Zij voert hiertoe aan dat uit artikel 7, eerste lid, van het EVRM voortvloeit dat een voorschrift voldoende 'duidelijk', 'voorzienbaar' en 'kenbaar' moet zijn. Daarnaast mag een wet niet extensief worden uitgelegd. Zij verwijst hiertoe naar het arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) van 25 mei 1993 in zaak nr. 14307/88, Kokkinakis tegen Griekenland (<http://hudoc.echr.coe.int>). Daarnaast voert zij aan dat voor een beperking van de vrijheid van meningsuiting, die beperking moet zijn 'voorzien bij wet'. Aan dit criterium is volgens de TROS voldaan, indien het recht waarop de beperking berust voldoende kenbaar is en de norm met voldoende precisie is geformuleerd, zodat de burger zijn gedrag daarop kan aanpassen. Zij verwijst hiertoe naar het arrest van het EHRM van 26 april 1979 in zaak nr. 6538/74, Sunday Times tegen het Verenigd Koninkrijk (<http://hudoc.echr.coe.int>).

De rechtbank heeft volgens de TROS miskend dat, wat betreft de overtreding van het reclameverbod, niet is voldaan aan voormelde criteria. Het Commissariaat heeft immers voor de beoordeling of een overtreding van dit verbod heeft plaatsgevonden een nieuw criterium geïntroduceerd, het zogenoemde 'wervend herkenningseffect'. Dit wervend herkenningseffect kan volgens het Commissariaat in combinatie met het geheugen van de kijker leiden tot overtreding van het reclameverbod, ook indien het product of de dienst, ten tijde

van het doen van de desbetreffende vermijdbare uitingen, nog niet bestond. Door dit toelaatbaar te achten heeft de rechtbank artikel 2.89, eerste lid, aanhef en onder b, van de Mediawet 2008 ten onrechte, en in strijd met de jurisprudentie van het EHRM, extensief uitgelegd, aldus de TROS.

De rechtbank heeft volgens de TROS voorts miskend dat, wat betreft de overtreding van het dienstbaarheidverbod, evenmin is voldaan aan voormelde criteria. Het Commissariaat heeft ook in dit geval voor de beoordeling of een overtreding van dit verbod heeft plaatsgevonden een nieuw criterium geïntroduceerd. Het dienstbaarheidverbod wordt nu ook overtreden indien de publieke omroep verzuimt beperkende afspraken te maken en een afkoelperiode in te bouwen. Het Commissariaat heeft die criteria weliswaar vermeld in zijn expertmeeting van 17 februari 2010, zij waren ten tijde van het aangaan van de uitzendovereenkomst en ten tijde van de uitzendingen van het kinderprogramma nog niet bekend. De TROS heeft haar handelingen derhalve niet kunnen aanpassen aan de nieuwe criteria. Tot juni 2011 bestond er volgens de TROS geen beleid ter invulling van de criteria gesteld in artikel 2.141, eerste lid, van de Mediawet 2008.

7.1. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 17 maart 2010 in zaak nr. 200903394/1/V6) verlangt het lex certa-beginsel, dat onder meer besloten ligt in artikel 7 van het EVRM, van de wetgever dat hij met het oog op de rechtszekerheid op een zo duidelijk mogelijke wijze de verboden gedragingen omschrijft. Daarbij moet niet uit het oog worden verloren dat de wetgever soms met een zekere vaagheid, bestaande uit het gebruik van algemene termen, verboden gedragingen omschrijft om te voorkomen dat gedragingen die strafwaardig zijn buiten het bereik van die omschrijving vallen. Die vaagheid kan onvermijdelijk zijn, omdat niet altijd te voorzien is op welke wijze de te beschermen belangen in de toekomst zullen worden geschonden en omdat, indien dit wel is te voorzien, de omschrijvingen van verboden gedragingen anders te verfijnd worden met als gevolg dat de overzichtelijkheid wegvalt en daarmee het belang van de algemene duidelijkheid van wetgeving schade lijdt.

7.2. Artikel 2.89, eerste lid, aanhef en onder b, van de Mediawet 2008 bepaalt dat het media-aanbod van de publieke mediadiensten geen vermijdbare uitingen bevat, andere dan reclame- of telewinkeldboodschappen, die onmiskenbaar tot gevolg hebben dat de afname van producten of diensten wordt bevorderd. In de geschiedenis van de totstandkoming van dit artikel (Kamerstukken II 2007/08, 31 356, nr. 3, p. 45) is uiteengezet wat wordt verstaan onder vermijdbare uitingen. Hieruit volgt dat het daarbij bijvoorbeeld gaat om situaties waarbij namen of logo's vermeld worden of in beeld komen bij het verslag van sportwedstrijden of gevallen waarbij in informatieve of educatieve programma's producten of diensten worden getoond of vermeld. Voorts volgt daaruit dat de ontoelaatbaarheid van reclameuitingen die geen reclameboodschappen of sluikreclame zijn materieel op dezelfde wijze zal worden geregeld als in de toen nog geldende Mediawet.

In het licht van het vorenstaande is het aanvaardbaar dat de wetgever heeft volstaan met de in artikel 2.89, eerste lid, aanhef en onder b, van de Mediawet 2008 neergelegde omschrijving van het reclameverbod. Uit deze bepaling kan genoegzaam worden afgeleid welk handelen verboden is. Daarbij komt dat dit artikel ten tijde van de voorloper van de Mediawet 2008, de Mediawet, reeds bestond. Hierdoor bestaat voldoende jurisprudentie, waaruit volgt dat het reclameverbod ziet op voor het gemiddeld publiek waarneembare uitingen waarmee een product, dienst of bedrijf onloochenbaar kan worden geïdentificeerd en die geschikt zijn om een positieve houding van het publiek ten opzichte van het product, de dienst of het bedrijf te bevorderen. Deze interpretatie van de bestuursrechter draagt bij aan de duidelijkheid van het artikel. Nu in de wet noch in de jurisprudentie beperkingen zijn gesteld aan producten, diensten of bedrijven, waarop het reclameverbod ziet, was het voor de TROS voorzienbaar dat dit verbod zich eveneens zou uitstrekken over toekomstige producten of diensten, zoals in dit geval de attractie.

7.3. In de geschiedenis van de totstandkoming van het in artikel 2.141, eerste lid, van de Mediawet 2008 neergelegde dienstbaarheidverbod (Kamerstukken II 1984/85, 19 136, nrs. 1-3, p. 116 en Kamerstukken II 2007/08, 31 356, nr. 3, p. 57) is met betrekking tot het niet dienstbaar zijn aan het maken van winst door derden opgemerkt, dat het verbod nog wel eens de indruk wekt dat voor de publieke omroep nauwelijks ruimte is voor relaties met derden, hetgeen niet het geval is. Het dienstbaarheidverbod staat namelijk niet in de weg aan marktconform en normaal economisch handelen. Het gaat erom dat derden uit de samenwerking met de publieke omroep niet een meer

dan normale winst of andere concurrentievoordelen behalen. Uit de toestandkomingsgeschiedenis van de voorloper van de Mediawet 2008, de Mediawet (Kamerstukken II 1984/85, 19 136, nrs. 1-3, p. 116), volgt dat normaal economisch handelen, ook als dat winst voor derden ten gevolge heeft, in beginsel is toegestaan. Het Commissariaat kan volgens de wetgever ingrijpen indien naar zijn oordeel geen normaal economisch handelen plaatsvindt en meer dan normale winst wordt gemaakt. Dit was onder de werking van de Omroepwet, de voorloper van de Mediawet, niet anders. De toenmalige minister van Cultuur, Recreatie en Maatschappelijk Werk, Van Doorn, heeft destijds in de Tweede Kamer uitleg gegeven over wat de achterliggende gedachte is van het dienstbaarheidsverbod (Handelingen II, 14 351, 15 september 1977, p. 524). Daaruit volgt dat het behalen van winst door derden is toegestaan, mits het streven van de omroep daar niet op is gericht en hij zich dus niet voor het karretje van derden laat spannen.

In het licht van het vorenstaande is het aanvaardbaar dat de wetgever heeft volstaan met de in artikel 2.141, eerste lid, van de Mediawet 2008 neergelegde omschrijving van het dienstbaarheidsverbod. Dat daaruit niet kan worden afgeleid welke afspraken dienen te worden gemaakt om dienstbaarheid te voorkomen, leidt niet tot het oordeel dat die bepaling reeds daarom in strijd is met artikel 7 of 10 van het EVRM. Hetgeen al dan niet is verboden is gelet op de meermaals gegeven uitleg van het dienstbaarheidsverbod immers voldoende afgebakend. Hierbij wordt tevens in aanmerking genomen dat de strekking van die bepaling sinds 1977 niet is veranderd. Het had derhalve voor de TROS duidelijk moeten zijn dat zij zonder het maken van nadere afspraken willens en wetens het risico nam dat zij dienstbaar zou kunnen zijn aan de Efteling, in het bijzonder de attractie.

7.4. Gelet op het vorenoverwogene zijn de artikelen 2.89, eerste lid, aanhef en onder b, en 2.141, eerste lid, van de Mediawet 2008 in zoverre niet in strijd met artikel 7 van het EVRM. Die artikelen zijn evenmin in strijd met het in artikel 10, tweede lid, van het EVRM neergelegde criterium dat een inbreuk op het recht op vrijheid van meningsuiting, daargelaten of een dergelijke inbreuk zich in dit geval voordoet, bij wet moet zijn voorzien. Gelet hierop heeft de rechtbank gelet op hetgeen de TROS heeft aangevoerd terecht geen grond gezien voor het oordeel dat artikel 7 en 10 van het EVRM eraan in de weg stonden dat het Commissariaat de TROS een boete zou opleggen wegens overtreding van het reclameverbod en het dienstbaarheidsverbod.

Het betoeg faalt.

Overtreding reclameverbod

[...]

8.1. De rechtbank heeft terecht overwogen dat het Commissariaat zich op het standpunt mocht stellen dat het kinderprogramma vermijdbare uitingen bevat en de TROS daarmee artikel 2.89, eerste lid, aanhef en onder b, van de Mediawet 2008 heeft overtreden. Zij heeft hiertoe terecht in aanmerking genomen dat het noemen en tonen van de naam 'Sprookjesboom' of 'Sprookjesboomfeest' tijdens het kinderprogramma voor het gemiddeld publiek duidelijk waarneembare uitingen zijn, waardoor het publiek in staat is de Efteling en in het bijzonder het merk 'Sprookjesboom' onloochenbaar te identificeren. Het Commissariaat heeft zich terecht op het standpunt gesteld dat door het niet in negatieve zin noemen en tonen van dat merk een deel van het kijkerspubliek gunstig gestemd is over de Efteling en de 'Sprookjesboom' en derhalve wordt bewogen gebruik te maken van diensten van de Efteling, in het bijzonder de attractie. Voor zover de TROS betoogt dat het kinderprogramma geen vermijdbare uitingen kan bevatten doordat het louter een interactieve versie van de animatieserie is en het Commissariaat nooit te kennen heeft gegeven dat de animatieserie vermijdbare uitingen bevat, wordt overwogen dat het enkele feit dat de door het Commissariaat bedoelde uitingen niet eerder in strijd met artikel 2.89, eerste lid, aanhef en onder b, van de Mediawet 2008 zijn bevonden, niet reeds leidt tot het oordeel dat diezelfde uitingen, thans gedaan in het kinderprogramma, niet strijdig met dat artikel kunnen zijn. Bovendien heeft het Commissariaat te kennen gegeven dat het kinderprogramma in verhouding tot de animatieserie meer relevante elementen en uitingen bevat, zoals een Sprookjesboom-lied, handpoppen van sprookjesfiguren uit de Efteling, meer verwijzingen naar het tevens in de Efteling bestaande sprookjesbos, meer vertoningen van het Sprookjesboom-logo en het decor dat in dezelfde stijl is gebouwd als de Efteling.

Dat, zoals de TROS stelt, de Efteling in het kinderprogramma niet bij naam wordt genoemd, de sprookjesfiguren die daarin worden gebruikt reeds bekend zijn van sprookjes van de gebroeders Grimm

en Hans Christian Andersen en de Efteling geen attractie heeft genaamd 'Sprookjesboomfeest', heeft de rechtbank terecht niet tot een ander oordeel gebracht. Hierbij wordt in aanmerking genomen dat het Commissariaat te kennen heeft gegeven dat het decor en de verdere vormgeving in de typische herkenbare Efteling-stijl zijn gebouwd. Daarnaast speelt de animatieserie, waar de kinderen in het kinderprogramma naar kijken, zich af in het sprookjesbos, hetgeen een bekende attractie is van de Efteling. De sprookjesfiguren die voorkomen in het kinderprogramma, zijn voorts dezelfde sprookjesfiguren als die voorkomen in het sprookjesbos van de Efteling.

Dat de attractie ten tijde van de uitzendingen van het kinderprogramma nog niet bestond, heeft de rechtbank eveneens terecht niet tot een ander oordeel gebracht. De uitzendingen van het kinderprogramma vonden plaats tot en met 17 februari 2010, waarna de attractie op 1 april 2010 werd geopend. De rechtbank heeft terecht overwogen dat het Commissariaat zich op het standpunt mocht stellen dat de vermijdbare uitingen na een periode van zes weken nog in het geheugen van de gemiddelde kijker zijn genesteld en derhalve nog steeds een wervend effect kunnen hebben voor de attractie. Hierbij wordt met de rechtbank in aanmerking genomen dat uit de wet noch uit de jurisprudentie volgt dat vermijdbare uitingen alleen kunnen worden gedaan over bestaande producten of diensten. De rechtbank heeft in de omstandigheid dat het hier een kinderprogramma betreft terecht geen grond gevonden voor het oordeel dat de vermijdbare uitingen reeds daarom niet kunnen leiden tot identificerbaarheid. Hierbij wordt in aanmerking genomen dat het programma bestemd is voor kinderen tot twaalf jaar, maar dat personen van elke leeftijd het kinderprogramma kunnen zien.

Het betoeg faalt.

Overtreding dienstbaarheidsverbod

[...]

9.1. In artikel 6, tweede lid, van het EVRM is de onschuldpresumptie neergelegd, inhoudende dat eenieder tegen wie een vervolging is ingesteld voor onschuldig wordt gehouden totdat zijn schuld in rechte is komen vast te staan.

Artikel 2.141, eerste lid, van de Mediawet 2008 bevat geen opzet of schuld als bestanddeel van de verbodsbepaling. Derhalve staat de overtreding vast, indien aan de materiële vereisten van dat artikel is voldaan. In beginsel mag dan van de verwijtbaarheid van de overtreding worden uitgegaan. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 28 oktober 2009 in zaak nr. 200901144/1/V6), en zoals de TROS terecht betoogt, volgt uit de jurisprudentie van het EHRM (onder meer het arrest van 7 oktober 1988 in zaak nr. 10519/83, Salabiaku tegen Frankrijk) dat het niet in strijd is met de onschuldpresumptie, neergelegd in artikel 6, tweede lid, van het EVRM, indien een wettelijke regeling uitgaat van verwijtbaarheid, doch die veronderstelling weerlegbaar is en met de betrokken belangen van de overtreder rekening wordt gehouden. Voorts heeft het EHRM het aanvaardbaar geacht dat de last de verwijtbaarheid te weerleggen bij de overtreder wordt gelegd, zelfs wanneer dat niet eenvoudig is (arrest van 23 juli 2002, nr. 34619/79, Janosevic tegen Zweden; <http://hudoc.echr.coe.int>).

9.2. Zoals volgt uit de uitspraak van de Afdeling van 27 juni 2012 (in zaak nr. 201108858/1/A3) heeft het Commissariaat aan de op hem rustende bewijslast voldaan, indien het ten minste een gegronde vermoeden kon hebben dat de desbetreffende omroep zich dienstbaar heeft gemaakt aan het maken van winst door een derde. Gezien de redactie van artikel 2.141, eerste lid, van de Mediawet 2008 ligt het vervolgens op de weg van de TROS te staven dat dat vermoeden onjuist is. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van het dienstbaarheidsverbod kan worden afgeleid dat met deze bewijsconstructie en met name de bewoording 'tonen dat desgevraagd naar genoegen van het Commissariaat aan' tot uitdrukking wordt gebracht, dat op de instellingen die zendtijd hebben verkregen een zware verantwoordelijkheid rust als het gaat om de handhaving van het niet-commerciële karakter van het publieke bestel en dat de wet daarvoor zoveel mogelijk waarborg wil bieden.

De rechtbank heeft terecht geen grond gezien voor het oordeel dat het voor de TROS niet mogelijk is het vermoeden van het Commissariaat, dat de TROS het dienstbaarheidsverbod heeft overtreden, te weerleggen. Dat dit voor de TROS niet eenvoudig is, leidt, gelet op hetgeen onder 9.1. is overwogen, niet tot het oordeel dat deze last reeds daarom in strijd is met de onschuldpresumptie.

Het staat de TROS immers vrij bewijsstukken te leveren, bijvoorbeeld in de vorm van met derden gemaakte afspraken, die het vermoeden van het Commissariaat zouden kunnen weerleggen. De enkele reden dat de TROS stelt in dit geval niet over dergelijke bewijsstukken te beschikken, betekent niet dat de in artikel 2.141, eerste lid, van de Mediawet 2008 opgenomen bewijsconstructie reeds daarom in strijd is met artikel 6, tweede lid, van het EVRM.

Gelet hierop heeft de rechtbank terecht geen grond gevonden voor het oordeel dat de bewijslastverdeling, zoals die volgt uit artikel 2.141, eerste lid, van de Mediawet 2008 en door het Commissariaat aldus is toegepast, in strijd is met artikel 6, tweede lid, van het EVRM.

Het betoog faalt.

10. De TROS betoogt voorts dat de rechtbank heeft miskend dat het Commissariaat zich niet op het standpunt mocht stellen dat zij het dienstbaarheidverbod heeft overtreden. Zij voert hiertoe aan dat de omstandigheid dat door een derde winst wordt gemaakt niet voldoende is voor het oordeel dat zij niet normaal economisch zou hebben gehandeld. Zij verwijst hiertoe naar de geschiedenis van de totstandkoming van het dienstbaarheidverbod, waaruit volgt dat normaal economisch handelen, ook als dat winst voor derden ten gevolge heeft, in beginsel is toegestaan. Het streven van de omroep mag echter niet zijn gericht op het behalen van winst door een derde. Verder volgt daaruit dat met het criterium 'niet dienstbaar aan het maken van winst' nimmer is beoogd het de omroeporganisaties onmogelijk te maken, door het sluiten van allerlei transacties, op een normale wijze deel te nemen aan het economisch verkeer. Evenmin is beoogd hen aansprakelijk te stellen voor activiteiten van derden, zoals merchandising, waaraan de omroeporganisaties niet actief meewerken. Het gaat er om dat derden uit de samenwerking met de publieke omroep niet een meer dan normale winst of andere concurrentievoordelen behalen. De rechtbank heeft volgens de TROS in het kader daarvan miskend dat het Commissariaat geen bewijs heeft geleverd dat wordt voldaan aan het criterium dat een derde meer dan normale winst moet hebben gemaakt. De rechtbank heeft ten onrechte het vermoeden van het Commissariaat dat de TROS het dienstbaarheidverbod overtrad voldoende geacht, aldus de TROS.

10.1. Zoals onder 7.3 is overwogen, wordt in de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 2.141, eerste lid, van de Mediawet 2008 uiteengezet wat wordt verstaan onder het criterium 'niet dienstbaar zijn aan het maken van winst door derden'. Daaruit volgt dat het dienstbaarheidverbod niet in de weg staat aan marktconform en normaal economisch handelen. Het gaat erom dat derden uit de samenwerking met de publieke omroep niet een meer dan normale winst of andere concurrentievoordelen behalen. Het Commissariaat kan volgens de wetgever ingrijpen indien naar zijn oordeel geen normaal economisch handelen plaatsvindt en meer dan normale winst wordt gemaakt.

10.2. Het Commissariaat heeft zich op het standpunt gesteld dat de TROS dienstbaar is geweest aan het maken van winst door de Efteling, omdat zij door de uitzendingen van het kinderprogramma de Efteling, en in het bijzonder de attractie, onder de aandacht heeft gebracht. De TROS heeft zich volgens het Commissariaat onnodig en willens en wetens blootgesteld aan de geenszins te verwaarlozen kans dat zij zich aan verboden dienstbaarheid schuldig zou maken door na te laten voorafgaand aan de uitzending afspraken te maken over de exploitatie door de Efteling van haar merk 'Sprookjesboom', onder meer in de vorm van de attractie. De rechtbank heeft terecht overwogen dat het Commissariaat zich op het standpunt mocht stellen dat dit niet kan worden gezien als normaal economisch handelen. Zij heeft met juistheid overwogen dat het Commissariaat daarbij van belang mocht achten dat de Efteling zowel de producent van het kinderprogramma is als de exploitant van de attractie. De rechtbank heeft voorts terecht overwogen dat, nu de TROS het kinderprogramma rechtstreeks bij de Efteling heeft gekocht, het Commissariaat ervan uit mocht gaan dat de TROS bij het ondertekenen van de uitzendovereenkomst op 1 augustus 2009 in direct contact stond met de Efteling en dat het op de weg van de TROS lag, gelet op haar rol in het publieke bestel, om nader onderzoek te verrichten naar de eventuele exploitatie van het merk 'Sprookjesboom' door de Efteling, hetgeen zij niet heeft gedaan. Onder deze omstandigheden kon het Commissariaat een gegrond vermoeden hebben dat de TROS zich dienstbaar heeft gemaakt aan het maken van winst door een derde. Gelet op hetgeen onder 9.2. is overwogen heeft het Commissariaat daarmee aan de op hem rustende bewijslast voldaan. De TROS heeft niet aannemelijk gemaakt dat het vermoeden van het Commissariaat onjuist is. De rechtbank heeft derhalve terecht overwogen dat het Commissariaat zich op het

standpunt mocht stellen dat de TROS het dienstbaarheidverbod heeft overtreden.

Het betoog faalt.

[...]

Dubbele bestraffing

12. De TROS betoogt voorts dat de rechtbank heeft miskend dat zij ten onrechte tweemaal wordt bestraft voor hetzelfde feit, nu het Commissariaat aan beide overtredingen hetzelfde feitencomplex ten grondslag heeft gelegd. Zij voert hiertoe aan dat het Commissariaat zich op het standpunt heeft gesteld dat de uitzendingen van het kinderprogramma leiden tot een overtreding van het reclameverbod en het dienstbaarheidverbod, hetgeen in strijd is met het ne bis in idem-beginsel, als neergelegd in artikel 5:43 van de Awb. De Adviescommissie Bezwaarschriften van het Commissariaat kwam bovendien op p. 25 van haar advies tot eenzelfde oordeel. Daarnaast is artikel 2.89 van de Mediawet 2008 een zogeheten *lex specialis* ten opzichte van artikel 2.141 van die wet. Uit de jurisprudentie van de Afdeling volgt volgens de TROS dat, indien een *lex specialis* wordt overtreden, niet eveneens een boete kan worden opgelegd voor overtreding van de *lex generalis*. De rechtbank heeft ten onrechte overwogen dat zich hier een situatie voordoet als bedoeld in artikel 5:8 van de Awb en dat derhalve een boete mocht worden opgelegd voor zowel de overtreding van het reclameverbod als de overtreding van het dienstbaarheidverbod, aldus de TROS.

12.1. Artikel 5:8 van de Awb bepaalt dat, indien twee of meer voorschriften zijn overtreden, voor de overtreding van elk afzonderlijk voorschrift een bestuurlijke sanctie kan worden opgelegd. Dit artikel ziet op situaties waarin één gedraging meer overtredingen oplevert, die ook afzonderlijk hadden kunnen worden gepleegd en die verschillende belangen schenden.

De rechtbank heeft terecht overwogen dat artikel 5:8 van de Awb aanhaakt bij de gepleegde overtredingen en niet bij het feitencomplex dat aan die overtredingen ten grondslag is gelegd. Zoals onder 8.1 en 10.2 is overwogen, heeft het Commissariaat zich op het standpunt mogen stellen dat de TROS door het uitzenden van het kinderprogramma het reclameverbod en het dienstbaarheidverbod heeft overtreden. De rechtbank heeft voorts terecht overwogen dat het Commissariaat gelet op artikel 5:8 van de Awb voor beide overtredingen een boete mocht opleggen. Hierbij wordt in aanmerking genomen dat tussen de twee overtreden verboden weliswaar een overlap bestaat, in die zin dat beide verboden tot doel hebben commercialiteit van publieke media-instellingen tegen te gaan, maar dat de kern van de belangen die die verboden beogen te beschermen wezenlijk anders is. Het reclameverbod beoogt immers voornamelijk de belangen van de consument te beschermen terwijl het dienstbaarheidverbod veeleer is gericht op de taak die de publieke omroep in het bestel heeft, namelijk pluriformiteit, openheid en non-commercialiteit. Het Commissariaat heeft in het licht hiervan te kennen gegeven dat de overtreding van het reclameverbod ziet op de inhoud van het kinderprogramma en de daarin opgenomen vermijdbare uitingen. Het dienstbaarheidverbod ziet volgens het Commissariaat niet op de inhoud van het kinderprogramma, maar op het uitzenden ervan zonder vooraf beperkende afspraken te maken en op de timing en frequentie van de uitzendingen. Gelet hierop beogen beide verboden grotendeels andere belangen te beschermen en hadden de verboden ook afzonderlijk van elkaar kunnen worden overtreden. Voor het oordeel dat het opleggen van een boete wegens overtreding van zowel het reclameverbod als het dienstbaarheidverbod onder deze omstandigheden in strijd is met artikel 5:43 van de Awb bestaat geen grond, nu een situatie als bedoeld in dat artikel zich thans niet voordoet.

Het betoog faalt.

[...]

Matiging en evenredigheidsbeginsel

15. De TROS betoogt voorts dat de rechtbank, indien moet worden geoordeeld dat het Commissariaat de TROS terecht een boete heeft opgelegd wegens overtreding van het reclameverbod en het dienstbaarheidverbod, ten onrechte geen aanleiding heeft gezien voor een verdergaande matiging van de boete dan de door haar vastgestelde 10%. Zij voert hiertoe allereerst aan dat zich boeteverlagende omstandigheden, zoals verwoord in de Beleidslijn, voordoen. Verder voert

zij aan dat de rechtbank heeft miskend dat het Commissariaat heeft nagelaten de boete wegens overtreding van het reclameverbod en het dienstbaarheidverbod te onderwerpen aan de evenredigheidstoets, als bedoeld in artikel 5:46, tweede lid, van de Awb. Volgens dat artikel wordt de boete afgestemd op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Daarnaast dient, indien nodig, rekening te worden gehouden met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd. Dit volgt volgens de TROS eveneens uit de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 5:46 van de Awb (Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr.3, p. 140-141). Het Commissariaat heeft ten onrechte slechts getoetst aan de ernst van de overtreding, aldus de TROS.

15.1. Het opleggen van een boete wegens overtreding van artikel 2.89, eerste lid, aanhef en onder b, of artikel 2.141, eerste lid, van de Mediawet 2008 betreft de aanwending van een discretionaire bevoegdheid van het Commissariaat. De TROS betoogt terecht dat het Commissariaat, ingevolge artikel 5:46, tweede lid, van de Awb, de hoogte van de boete moet afstemmen op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Daarbij moet rekening worden gehouden met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd. Het Commissariaat kan omwille van de rechtseenheid en rechtszekerheid beleid vaststellen en toepassen inzake het al dan niet opleggen van een boete en het bepalen van de hoogte daarvan. Ook indien het beleid als zodanig door de rechter niet onredelijk is bevonden, dient het Commissariaat bij de toepassing daarvan in elk voorkomend geval te beoordelen of die toepassing strookt met de hiervoor bedoelde eisen die aan de aanwending van de bevoegdheid tot het opleggen van een boete moeten worden gesteld. Indien dat niet het geval is, dient de boete, in aanvulling op of in afwijking van het beleid, zodanig te worden vastgesteld dat het bedrag daarvan passend en geboden is. De rechter toetst zonder terughoudendheid of het besluit van het bestuur met betrekking tot de boete voldoet aan deze eisen en dus leidt tot een evenredige sanctie.

[...]

15.3 [...] De rechtbank heeft evenwel ten onrechte niet onderkend dat het Commissariaat de boetes niet heeft afgestemd op de omstandigheid dat aan beide overtredingen eenzelfde motivering ten grondslag is gelegd, te weten dat de TROS het kinderprogramma heeft uitgezonden zonder daaraan voorafgaand afspraken te maken met de Efteling omtrent de exploitatie van haar merk 'Sprookjesboom' in de toekomst. Hierbij wordt in aanmerking genomen dat het Commissariaat ter zitting bij de Afdeling weliswaar te kennen heeft gegeven dat bij de constatering van de overtreding van het reclameverbod de inhoud van het kinderprogramma en de timing van de uitzendingen van doorslaggevend belang zijn geweest, maar dat het eveneens heeft gesteld dat de TROS de overtreding van het reclameverbod in dit geval slechts had kunnen voorkomen door bij de aankoop van het kinderprogramma met de Efteling afspraken te maken omtrent de exploitatie van haar merk 'Sprookjesboom'. Het Commissariaat heeft aan de overtreding van het dienstbaarheidverbod eenzelfde motivering ten grondslag gelegd. Hoewel, zoals onder 12.1 is overwogen, het Commissariaat ingevolge artikel 5:8 van de Awb voor beide overtredingen een boete mocht opleggen, bestaat in dit geval tussen de aan beide overtredingen ten grondslag gelegde motiveringen naar het oordeel van de Afdeling een zodanige samenhang, dat dit leidt tot het oordeel dat de opgelegde boetes in dit geval niet in redelijke verhouding staan tot de omvang van de overtredingen. De rechtbank heeft gelet hierop ten onrechte geen grond gezien voor het oordeel dat, indien het Commissariaat wegens overtreding van het dienstbaarheidverbod reeds een boete had vastgesteld, het in dit geval aanleiding had moeten zien de boete wegens overtreding van het reclameverbod verdergaand te matigen. De Afdeling acht derhalve in plaats van de door de rechtbank toegepaste matiging van 10%, een matiging van die boete met 75% evenredig. Dat betekent dat de boete wegens overtreding van het reclameverbod moet worden vastgesteld op € 15.000,00. Voor het totaal van de boetes acht de Afdeling derhalve een bedrag van € 69.000,00, bestaande uit een boete van € 54.000,00 wegens overtreding van het dienstbaarheidverbod en € 15.000,00 wegens overtreding van het reclameverbod, passend en geboden.

Het betoog slaagt.

16. Het hoger beroep van de TROS is gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd, in zoverre de rechtbank daarbij aan de TROS een boete heeft opgelegd van € 108.000,00 en de uitspraak in de plaats heeft gesteld van het vernietigde besluit van 3 april 2012. Gelet op hetgeen onder 15.3 is overwogen, zal de Afdeling zelf in

de zaak voorzien door de hoogte van de aan de TROS opgelegde boete vast te stellen op een totaal van € 69.000,00.

17. Het Commissariaat dient op na te melden wijze tot vergoeding van de bij de TROS opgekomen proceskosten te worden veroordeeld.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

- I. verklaart het hoger beroep gegrond;
- II. vernietigt de uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 14 november 2012 in zaak nr. 12/2446, voor zover daarbij aan de vereniging TROS een boete is opgelegd ter hoogte van in totaal € 108.000,00 en is bepaald dat de uitspraak in zoverre in de plaats treedt van het vernietigde besluit;
- III. bepaalt dat het bedrag van de boete wordt vastgesteld op in totaal € 69.000,00 (zegge: negenenzestigduizend euro);
- IV. bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit van het Commissariaat voor de Media van 3 april 2012, kenmerk: 25852/2012003409;
- V. veroordeelt het Commissariaat voor de Media tot vergoeding van de bij de vereniging TROS in verband met de behandeling van het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 974,00 (zegge: negenhonderdvierenzeventig euro);
- VI. gelast dat het Commissariaat voor de Media aan de vereniging TROS het door haar betaalde griffierecht ten bedrage van € 466,00 (zegge: vierhonderdzesenzestig euro) voor de behandeling van het hoger beroep vergoedt.

Aldus vastgesteld door mr. D.A.C. Slump, voorzitter, en mr. J.C. Kranenburg en mr. R. Uylenburg, leden, in tegenwoordigheid van mr. A.J. Veenboer, ambtenaar van staat.

Noot

Louise Doorman

Mr. L.H. Doorman is...

Deze uitspraak van de Afdeling is het sluitstuk van het drieluik over het dienstbaarheidsverbod dat het Commissariaat en de TROS de afgelopen jaren hebben opgezet. De eerste procedure betrof de *Bibaboerderij*-zaak,¹ de tweede ging over de door Van der Valk georganiseerde cruisereis 'Alle fans aan dek'² en nu heeft de Afdeling zich gebogen over een samenwerking tussen de TROS en de Efteling. In deze trilogie staat de reikwijdte van het dienstbaarheidsverbod centraal, een mediarechtelijke norm die in de, dit jaar in gang gezette, gedachtevorming over de toekomst van de publieke omroep één van de onderwerpen van discussie is.

Het dienstbaarheidsverbod is vastgelegd in artikel 2.141, eerste lid, van de Mediawet en bepaalt dat de NPO en de publieke media-instellingen met al hun activiteiten niet dienstbaar zijn aan het maken van winst door derden en dat desgevraagd naar genoegen van het Commissariaat aantonen. Uit de parlementaire totstandkoming blijkt dat het dienstbaarheidsverbod uit twee hoofdbestanddelen bestaat: het Commissariaat kan ingrijpen als 1) een publieke media-instelling niet normaal economisch handelt en 2) als er *meer dan normale* winst door een derde partij wordt gemaakt. Daarbij is benadrukt dat het behalen van winst door derden is toegestaan mits het streven van de omroep daar niet op is gericht en hij zich dus niet voor het karretje van derden laat spannen.³

De TROS stelt zich in deze procedure op het standpunt dat de invulling van het dienstbaarheidsverbod niet duidelijk is en in strijd met het *lex certa* beginsel. De Afdeling gaat daar niet in mee en stelt dat het gelet op de, hiervoor kort samengevatte, meermaals gegeven uitleg en het feit dat de strekking van de bepaling sinds 1977 niet is veranderd, voldoende is afgebakend wat wel en niet is verboden. Het dienstbaarheidsverbod lijkt me inderdaad voldoende voorzienbaar: de wetsbepaling is dusdanig dat vooraf kan worden bepaald wat de norm inhoudt en welke consequenties aan overtreding daarvan zijn verbonden. Het is evident dat op een instelling die publiek wordt gefinancierd een zware inspanningsverplichting rust als het gaat om samenwerkingen met geoliede marketingmachines als C1000, van der Valk of de Efteling. De TROS had kunnen voorzien dat zij zonder nadere contractuele afspraken onderdeel zou worden van de marketinginspanningen van deze partijen en dat daarmee de grens van het dienstbaarheidsverbod zou worden bereikt.

Dat neemt niet weg dat het dienstbaarheidsverbod toe is aan renovatie. De publieke omroep zal, als het aan het kabinet ligt, in de toekomst meer (redactioneel) moeten gaan samenwerken met derde partijen. De jurisprudentie tot nu toe ziet op het dienstbaarheidsverbod ten aanzien van commerciële ondernemingen die niet veel leken toe te voegen aan de uitvoering van de publieke taak door de publieke media-instellingen. Over de vraag hoe een samenwerking met een onderneming die daartoe naar zijn aard beter toe in staat zou moeten worden geacht (zoals bijvoorbeeld een dagbladuitgever of museum), vorm zou moeten krijgen zonder in strijd te komen met het dienstbaarheidsverbod, heeft de rechter zich nog niet uitgesproken. De beleidsregels van het Commissariaat geven wel de contouren van dit soort, kort samengevat, 'redactionele', samenwerkingsverbanden maar ook geen concreet uitsluitend daarover. Om het dienstbaarheidsverbod tegen deze achtergrond toekomstbestendig te maken zouden naar mijn idee twee aspecten daarvan nog eens onder de loep moeten worden genomen: de overlap met de sluikreclamebepalingen (de dubbele bestraffing) en het bestanddeel 'meer dan normale winst'.

De TROS betoogt dat zij ten onrechte tweemaal wordt bestraft voor hetzelfde feit nu het Commissariaat aan de overtredingen van het dienstbaarheidsverbod en het sluikreclameverbod hetzelfde feitencomplex ten grondslag heeft gelegd. De Afdeling volgt de TROS daarin niet en stelt dat de rechtbank terecht heeft overwogen dat artikel 5:8 Awb, het artikel dat ziet op meerdaadse samenloop, aanhaakt bij de gepleegde overtredingen en niet bij het feitencomplex dat aan die overtredingen ten grondslag ligt. Omdat beide verboden grotendeels andere belangen beschermen en ook afzonderlijk van elkaar hadden kunnen worden overtreden, had het Commissariaat voor beide overtredingen een boete mogen opleggen. Strijd met het in artikel 5:43 Awb neergelegde 'ne bis in idem'-beginsel ziet de Afdeling ook niet. De hoogte van de boete voor sluikreclame wordt vervolgens echter wel door de Afdeling met 75% gematigd omdat, nu aan beide overtredingen deels dezelfde motivering ten grondslag is gelegd, de opgelegde boetes niet in redelijke verhouding staan tot de omvang van de overtredingen.

De overlap tussen de twee verboden is dus niet een issue in de oplegging van de boetes *an sich* maar kan dat, gelet op het evenredigheidsbeginsel, wel zijn bij de vaststelling van de hoogte van die boetes. Wil het Commissariaat beide overtredingen onderscheidenlijk van elkaar volwaardig kunnen beboeten dan zullen de onderliggende motiveringen geen samenhang mogen vertonen. Het is aan het Commissariaat om in komende besluiten de scheidslijn tussen het dienstbaarheidsverbod en het sluikreclameverbod op deze manier minder fluïde te maken.

Het tweede aspect dat het dienstbaarheidsverbod moeilijk grijpbaar maakt ligt in het bestanddeel dat een omroep zal moeten bewijzen dat een derde partij niet meer dan normale winst heeft gemaakt. Dit is een onderdeel waarover de wetgever zich bij de komende wetswijziging bij voorkeur nog eens zou moeten buigen. Wat 'normale' winst is – laat staan wat 'meer dan normale' winst is –, is nooit uit jurisprudentie of parlementaire stukken duidelijk geworden. Een bevreemdend antwoord op die vraag lijkt niet voor handen te zijn. Doorgaans wordt daarom de cirkelredenering gehanteerd dat een partij meer dan normale winst zal hebben gemaakt omdat de publieke media-instelling niet normaal economisch heeft gehandeld. De Afdeling volgt diezelfde redenering en concentreert zich in deze casus op het niet-normaal economisch handelen van de TROS: ook in deze uitspraak verdwijnt in randnummer 10.1 de 'meer dan normale winst' volledig naar de achtergrond. Het is juist dit – bij de toepassing van het dienstbaarheidsverbod weggeredeneerde – bestanddeel dat is opgenomen in de wettelijke bepaling. Het al dan niet 'normaal economisch handelen' waar het Commissariaat, en ook de Afdeling, zich op baseren om tot een overtreding van het dienstbaarheidsverbod te komen, is afkomstig uit een toelichting uit de parlementaire stukken op deze wettelijke bepaling. Het wettelijke criterium 'winst door derden' is na al die jaren een vrijwel dode letter gebleken. Dat het dienstbaarheidsverbod niet in strijd met het *lex certa*-beginsel komt, ligt naar mijn idee dan ook vooral in de kracht van het bestanddeel 'normaal economisch handelen'; dat is goed werkbaar omdat het appelleert aan het onderliggende belang dat het dienstbaarheidsverbod beoogt te beschermen.

Om het dienstbaarheidsverbod te actualiseren en aan te passen aan de eisen van deze tijd zou de wetgever terug moeten gaan naar dit onderliggende, veel fundamentele, belang dat het dienstbaarheidsverbod beoogt te beschermen. De Afdeling beschrijft in deze uitspraak dat belang als gericht op de taak die de publieke omroep in het bestel heeft, namelijk pluriformiteit, openheid en non-commercialiteit. De staatssecretaris schrijft in zijn brief aan de Tweede Kamer dat het dienstbaarheidsverbod het publieke, non-commercialiteit karakter van de publieke omroep bewaakt. Deze achtergrond is ook terug te vinden in een kamerstuk uit 1997 waarin wordt gesteld dat het dienstbaarheidsverbod de non-commercialiteit van de uitoefening van hoofdtaak door de publieke omroep nog eens nadrukkelijker vastlegt.⁴ Meer dan over normaal economisch handelen gaat het dienstbaarheidsverbod naar mijn idee dus over het primaat van de uitvoering van de publieke taak. Wat vanuit het oogpunt van de non-commercialiteit van het omroepbestel in samenwerkingen tussen een publieke media-instelling en een derde partij van cruciaal belang is, is dat de uitvoering van de publieke taak nimmer ondergeschikt wordt gemaakt aan de al dan niet commerciële belangen van derde partijen. Een geactualiseerd dienstbaarheidsverbod zal explicieter moeten maken dat de uitvoering van de publieke taak aan niets of de belangen van niemand ondergeschikt mag worden gemaakt. Of dit nu wel of niet een verhoging van de winst van de samenwerkingspartner tot gevolg heeft is minder interessant: een samenwerking waarin de publieke media-instelling de uitvoering van de publieke taak boven alles stelt zou, ook als deze samenwerking de partner geen windeieren legt, niet in strijd moeten komen met het dienstbaarheidsverbod. Maar tegen een samenwerking waarin de publieke media-instelling de non-commercialiteit belangen van bijvoorbeeld een samenwerkingspartner met CBF keurmerk voorop stelt, zou het Commissariaat moeten kunnen optreden.

Een herformulering van het dienstbaarheidsverbod waarin het primaat van de uitvoering van de publieke taak wordt geëxpliciteerd zal bijdragen aan een beter afgebakende reikwijdte daarvan. Dat zal het verbod toekomstbestendiger maken dan het nu is waardoor onterechte koudwatervrees ten aanzien van samenwerkingen tussen publieke media-instellingen en (commerciële) derde partijen die de uitvoering van de publieke taak kunnen verrijken, kan worden weggenomen.

De Raad voor Cultuur stelde in zijn eind maart van dit jaar gepubliceerde rapport *De tijd staat open* dat de samenwerking tussen Nederlandse media-aanbieders een bereidwillige houding van de wetgever vereist om de Mediawet aan te passen en ruimte te maken voor meer publiek-private combinaties. De raad suggereert met andere woorden dat het dienstbaarheidsverbod zou moeten worden verruimd. Uit de recent gepubliceerde brief van de staatssecretaris van OCW waarin de derde stap in het onderdeel media uit het regeerakkoord wordt beschreven en hij reageert op dit rapport, wordt duidelijk dat het kabinet daar niet in mee gaat.⁵ Voor de staatssecretaris is schrappen of wijzigen van het dienstbaarheidsverbod niet aan de orde enerzijds omdat dat volgens hem niet nodig is maar ook omdat hij wijst op de rol van het dienstbaarheidsverbod in het voorkomen van oneerlijke concurrentie met commerciële partijen en de Europeesrechtelijke kaders op het terrein van staatssteun en concurrentie.

Wat de precieze toegevoegde waarde van het dienstbaarheidsverbod in dit verband is ten opzichte van alle andere regels die het Nederlandse publieke bestel *Europa-proof* maken, maakt de staatssecretaris niet duidelijk. Waarschijnlijk zal de staatssecretaris doelen op het Europese verbod op kruissubsidiering. Dat ziet op de oneigenlijke vergoeding met publieke middelen van kosten die buiten de uitvoering van de publieke taak vallen. Kruissubsidiering van commerciële activiteiten is niet gerechtvaardigd en vormt onvereenbare staatssteun.⁶ Het dienstbaarheidsverbod ziet alleen meestal niet op gevallen waarin kosten van derden direct worden vergoed met publiek geld maar meer op situaties waarin een publieke omroep zich door feitelijk handelen dienstbaar maakt aan het belang van een commerciële derde partij. Meer dan een verbod op kruissubsidiering houdt het dienstbaarheidsverbod naar mijn idee vooral een gebod in op de non-commercialiteit van de uitvoering van de publieke taak. Een herformulering van het dienstbaarheidsverbod dat dat verduidelijkt hoeft niet te botsen met Europeesrechtelijke staatssteunregels.

1 ABRvS 27 juni 2012, *Mediaforum* 2012-10, nr. 24 m.nt. L.H. Doorman (TROS/CvdM).

2 ABRvS 3 april 2013, 201106793/1/A3 (TROS/CvdM).

3 *Handelingen II*, 14 351, p. 524.

4 *Kamerstukken I* 1997/98, 25 216, nr. 49a, p. 18.

5 Brief van de staatssecretaris van OCW aan de Tweede Kamer van 13 oktober 2014, 32 877, nr. 67, p. 15.

6 Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de regels inzake staatssteun op de publieke omroep van 27 oktober 2009 (2009/C 257/01).

Nr. 25 Strafadvocaten e.a./Staat

Rechtbank 's-Gravenhage 23 juli 2014
 Zaaknummer: C/09/455237 / HA ZA 13-1325

Vonnis in de zaak van

1. [eiser 1], (hierna: [eiser 1]), wonende te [woonplaats 1],
2. [eiser 2], (hierna: [eiser 2]), wonende te [woonplaats 2],
3. [eiser 3], (hierna: [eiser 3]), wonende te [woonplaats 3],
4. [eiser 4], (hierna: [eiser 4]), wonende te [woonplaats 4],
5. [eiser 5], (hierna: [eiser 5]), wonende te [woonplaats 5],
6. De vereniging Nederlandse Vereniging voor Strafrechtadvocaten, (hierna: de NVSA), gevestigd te Goirle,
7. De vereniging Nederlandse Vereniging voor Journalisten, (hierna: de NVJ), gevestigd te Amsterdam,
8. De vereniging Internet Society Nederland, (hierna: Internet Society Nederland), gevestigd te Den Haag,
9. De stichting Stichting Privacy First, (hierna: Privacy First), gevestigd te Amsterdam,

tegen

De Staat der Nederlanden (Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties), gevestigd te Den Haag, gedaagde, advocaat mr. E.J. Daalder te Den Haag.

Eisers zullen hierna ieder afzonderlijk worden aangeduid zoals in de kop van dit vonnis vermeld en gezamenlijk als eisers. Gedaagde zal worden aangeduid als de Staat.

1. De procedure

[...]

2. De feiten

[...]

3. De Wiv 2002

[...]

4. Het geschil

[...]

5. De beoordeling

[...]

5.29. Geen van de uitspraken van het EHRM betreffende het verzamelen en de verwerking van gegevens heeft betrekking op de uitwisseling van gegevens in het kader van internationale samenwerking. Het EHRM heeft steeds de nationale wetgeving betreffende de inzet van (bijzondere) bevoegdheden van de nationale inlichtingen- en veiligheidsdiensten van de betrokken lidstaat getoetst. Bij internationale samenwerking op het gebied van geheime surveillance bestaat er naar het oordeel van de rechtbank temeer aanleiding voor een bijzondere, dat wil zeggen minder stringente, invulling van de eisen die artikel 8 lid 2 EVRM stelt aan de gerechtvaardigheid van een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van het individu, in het bijzonder wat betreft de voorzienbaarheid van de nationale wetgeving. Dit, om de volgende redenen.

5.30. In verband met de uitwisseling van gegevens tussen de diensten en buitenlandse diensten geldt allereerst dat deze gegevens worden verzameld door de buitenlandse diensten op basis van de hun toekomstige (bijzondere) bevoegdheden. Dit betekent dat het van de waarborgen van de voor die buitenlandse diensten geldende regels afhangt of bij de uitoefening van de bijzondere bevoegdheden van die diensten wordt voldaan aan (het voor de diensten geldende) artikel 8 EVRM. In dit verband is niet van belang of bij de inzet van de bevoegdheden van de buitenlandse diensten sprake is van gerichte of van ongerichte interceptie van telecommunicatie en of die interceptie betrekking heeft op kabelgebonden of op niet-kabelgebonden telecommunicatie. Ook de ongerichte interceptie van kabelgebonden telecommunicatie kan immers, mits met voldoende waarborgen omkleed, aan de voorzienbaarheidstoets van artikel 8 lid 2 EVRM

voldoen. Hieruit vloeit voort dat de ontvangst en het gebruik van gegevens door de diensten van buitenlandse diensten die door die diensten zijn vergaard door ongerichte interceptie van kabelgebonden telecommunicatie, op zichzelf niet zonder meer onrechtmatig is, ofschoon hier te lande de Wiv 2002 niet voorziet in de bevoegdheid van de diensten om op die manier inlichtingen te verzamelen. Dit geldt ook voor de inzet van eventuele andere (bijzondere) bevoegdheden waarover die buitenlandse diensten beschikken en de diensten niet.

[...]

5.34. Eisers werpen de Staat tegen dat de *modus operandi* van inlichtingen- en veiligheidsdiensten, op grond waarvan diensten elkaar niet plegen te informeren over hun bronnen, en het wederkerigheidsbeginsel ten aanzien van de uitwisseling van informatie, waarop de Staat zich beroept, geen valide argumenten vormen voor het ontbreken van de door hen gestelde waarborgen. Die feitelijke praktijk kan naar het oordeel van de rechtbank echter niet door de Staat worden genegeerd, terwijl uit het oogpunt van nationale veiligheid niet van de Staat kan worden verwacht dat hij de samenwerking met buitenlandse diensten als gevolg van die praktijk ook dan verbreekt als deze diensten op zichzelf voldoen aan de eerder geschetste criteria voor samenwerking. Als eenmaal aan de criteria voor samenwerking wordt voldaan, noopt artikel 8 EVRM niet tot het eerder genoemde "hek aan de grens". En juist dit vormt de kern in deze procedure voor zover het gaat om de ontvangst en het gebruik van gegevens door de diensten van buitenlandse diensten wanneer deze gegevens zijn verkregen met de inzet van bevoegdheden waarover de Nederlandse diensten niet beschikken, waaronder met behulp van 'PRISM' of vergelijkbare programma's.

5.35. De omstandigheid dat niet kan worden uitgesloten dat, ondanks de internationale verdragsverplichtingen en de nationale wet- en regelgeving waaraan de desbetreffende buitenlandse diensten zijn gebonden, de diensten gegevens verwerven die in het buitenland zijn verzameld op een wijze die niet in overeenstemming is met artikel 8 EVRM, doet hieraan geen afbreuk. In dit verband is van belang dat 'eenieder' in Nederland verschillende wegen kan bewandelen om, desgewenst, de ontvangst en het gebruik van gegevens door de diensten die afkomstig zijn van (bepaalde) buitenlandse diensten te redresseren. Het CTIVD is een onafhankelijk toezichtorgaan dat toezicht houdt op de rechtmatigheid van de uitvoering van de Wiv 2002 en de Wet veiligheidsonderzoeken. Zij beschikt voor de uitvoering van haar wettelijke taak over verregaande bevoegdheden, waarbij zij toegang heeft tot alle relevante informatie van de AIVD en de MIVD. Zij heeft voorts de bevoegdheid alle medewerkers van de diensten te horen, getuigen (onder ede) of deskundigen te horen en plaatsen te betreden. Ook kan zij werkzaamheden aan deskundigen opdragen, indien een goede taakuitvoering dit noodzakelijk maakt. Niet alleen verricht de CTIVD in het kader van haar toezichthoudende taak onderzoeken, waarvan zij rapport uitbrengt, zij kan ook de betrokken ministers gevraagd en ongevraagd adviseren over haar bevindingen en heeft ook tot taak te adviseren over de afhandeling van klachten over de diensten. Het CTIVD is, met andere woorden, bij uitstek een geschikt orgaan om in algemene zin, dan wel in een concrete situatie, de geoorlooftheid van de ontvangst en het gebruik van gegevens door de diensten te beoordelen. De geoorlooftheid van het bestuurlijk handelen van de diensten kan voorts aan de Nationale ombudsman ter beoordeling worden voorgelegd. Het externe toezicht op de bevoegdheidsuitoefening zal (achteraf) in voorkomende gevallen kunnen plaatsvinden door de burgerlijke rechter indien een belanghebbende van oordeel is dat er een onrechtmatige daad is gepleegd. De *modus operandi* is dus, anders dan eisers stellen, geen vrijbrief of "absoluut verschoningsrecht" voor het handelen van diensten bij het verwerven van gegevens van buitenlandse diensten.

5.36. Zoals eisers aanvoeren, is in de uitspraak van EHRM 22 november 2012, app. no. 39315/06 (*Telegraaf Media Nederland Landelijke Media BV and others/The Netherlands*) geoordeeld dat de Wiv 2002 niet in "accordance with the law" is omdat niet is voorzien in een rechterlijke toets voorafgaand aan de inzet van bijzondere bevoegdheden tegen journalisten om hun journalistieke bronnen te achterhalen. In die zaak was evenwel voldoende aanemelijk dat de journalisten van *De Telegraaf* op basis van de inzet van een daartoe strekkende bijzondere bevoegdheid werden afgeluisterd door de AIVD. Bovendien had het in die zaak (in de nationale procedure) gevorderde gebod tot het staken van alle onderzoeken en het gebruik van bijzondere bevoegdheden door de AIVD, uitsluitend betrekking op de desbetreffende journalisten. Dit nu is in deze zaak anders. Eisers hebben, anders dan een algemene beschrijving van hun activiteiten, geen feiten gesteld

waaruit enige concrete aanwijzing blijkt dat met betrekking tot hen persoonlijk gegevens door de diensten zijn ontvangen en gebruikt die zijn verzameld door buitenlandse diensten in strijd met artikel 8 EVRM. De gevorderde verklaring voor recht en het gevorderde gebod de ontvangst en het gebruik van gegevens van buitenlandse diensten te staken, hebben verder niet slechts betrekking op eisers, maar zijn algemeen van aard. 5.37. Gelet op dit alles is de enkele omstandigheid dat rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid dat de diensten gegevens ontvangen en gebruiken die door de buitenlandse diensten zijn verzameld op een wijze die niet in overeenstemming is met artikel 8 EVRM, onvoldoende voor de conclusie dat, bij gebreke aan de door eisers gestelde waarborgen in de Wiv 2002, de ontvangst en het gebruik door de diensten van gegevens afkomstig van buitenlandse diensten die zijn vergaard met de inzet van bevoegdheden waarover de diensten zelf niet beschikken onder alle omstandigheden in strijd met artikel 8 EVRM is.

[...]

6. De beslissing

De rechtbank:

- 6.1. wijst de vorderingen af;
- 6.2. veroordeelt eisers in de kosten van de procedure aan de zijde van de Staat, tot op heden begroot op € 1.493,-;
- 6.3. verklaart deze proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. H.F.M. Hofhuis, mr. M.J. Alt-van Endt en mr. M.C. Ritsema van Eck-van Drempt en in het openbaar uitgesproken op 23 juli 2014.

Noot

Bart van der Sloot
Mr. B. van der Sloot is...

De zaak betreffende de samenwerking van de Nederlandse inlichtingendiensten met buitenlandse, specifiek de Britse en Amerikaanse, diensten is om meerdere redenen van belang. Zo legt het naadloos bloot welke problemen er zijn gemoeid met de toepassing van het huidige regime op de nieuwe privacy-schendingen die samenhangen met de technologische ontwikkelingen. Niet voor niets spelen drie van de vier klassieke ontvankelijkheidsverweren een belangrijke rol: de *ratione personae*, de *ratione materiae* en de *ratione loci* (de vierde doctrine, de *ratione temporis*, speelt (vooral) geen rol) – de zaak raakt aan de randen van het recht op privacy. Gezien de beperkte ruimte hier zal slechts op de eerste van deze punten worden ingegaan. De klacht betreft in het kort de schending van artikel 8 EVRM door de Nederlandse staat door van buitenlandse diensten gegevens te ontvangen die via ongeoorloofde middelen zijn vergaard, de staat te verbieden dergelijke gegevens van buitenlandse diensten te ontvangen en openheid van zaken te geven over dergelijke praktijken en wie ze raken. Er zijn in deze zaak 9 klagers, waaronder 5 natuurlijke personen, Bart Nooitgedagt (strafrecht advocaat), Brenno de Winter (onderzoeksjournalist), Jeroen van Beek (adviseur informatiebeveiliging), Rob Gongrijp (internationaal vermaard hacker) en Mathieu Paapst (wetenschapper), en vier rechtspersonen, namelijk de Nederlandse Vereniging voor Strafrecht Advocaten (NVSA), de Nederlandse Vereniging voor Journalisten (NVJ), de Internet Society Nederland en de Stichting Privacy First.

Centraal staat de *ratione personae*, de vraag of de partijen wel getroffen zijn door de zaak waarover zij klagen. Uitgangspunt hierbij is, zeker als wordt geklaagd bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, dat alleen zij mogen klagen die individueel en persoonlijk getroffen zijn door de misstand (uitzonderingen o.a. *Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzchiev/Bulgaria, Andre and another/France, Liberty and other/ United Kingdom, Ernst and others/Belgium*). Andere dan natuurlijke personen (zoals rechtspersonen en groepen natuurlijke personen) worden doorgaans niet-ontvankelijk verklaard, wat ook geldt voor *in abstracto* claims (aangaande wetten of beleid als zodanig, zonder dat zij in de praktijk zijn gebracht), class actions (waarbij partijen klagen niet uit persoonlijk, maar uit algemeen belang) en hypothetische klachten (betreffende zaken waarbij onduidelijk is of schade is opgetreden of dit een in de toekomst liggend geval betreft). De staat voert aan dat geen van de partijen ontvankelijk moet worden verklaard, behalve Privacy First en zelfs deze

slechts voor een gedeelte van de klacht. Alhoewel zij in lijn met de voor omschreven doctrine de algemeen geformuleerde eisen en stellingen verwerpt, overweegt de rechtbank ten aanzien van de ontvankelijkheid van de klagers anders.

Ten aanzien van Privacy First en Internet Society Nederland overweegt zij dat zij opkomen voor een publiek belang. Hierbij kan worden verwezen naar twee recente uitspraken, in een zaak omtrent de uitgifte van nieuwe paspoorten, aangespannen door stichting Privacy First en een aantal natuurlijke personen, waaruit volgt dat de Nederlandse situatie op dit punt iets ruimer is dan de Europese. In eerste aanleg werden de natuurlijke personen door de rechtbank niet-ontvankelijk verklaard omdat zij eerst een bestuursrechtelijke klacht hadden moeten indienen en werd Privacy First door de rechtbank niet-ontvankelijk verklaard omdat het geen eigen belang zou hebben. ‘Zij komt uitsluitend op voor een belang dat voortvloeit uit de bundeling van de privacybelangen van – naar zij zelf stelt – alle Nederlanders boven de twaalf jaar die een paspoort of identiteitskaart aanvragen. Al deze personen kunnen echter zelf opkomen tegen de verplichting tot het verstrekken van biometrische gegevens, zodat het door Privacy First gestelde belang uitsluitend een bundeling van belangen van die personen betreft. Bovendien betreft dit door Privacy First gestelde algemene belang, te weten de bescherming van de privacy van alle Nederlanders, een zuiver ideëel belang. Naar vaste rechtspraak kan het enkele ideële belang niet gelden als een voldoende belang in de zin van artikel 3:303 BW [...]’ (Rb. Den Haag 2 februari 2011, *ECLI:NL:RBSGR:2011:BP2860*, r.o. 4.6). Het gerechtshof verklaarde de stichting in hoger beroep echter wel ontvankelijk, mede omdat Privacy First niet slechts de gebundelde belangen van specifieke individuen vertegenwoordigt, maar voor het algemeen belang opkomt (Hof Den Haag 18 februari 2014, *ECLI:NL:GHDHA:2014:412*).

De rechtbank volgt deze benadering in de onderhavige zaak en verklaart Privacy First ontvankelijk omdat zij zich wegens haar statuten richt op het ‘behouden en bevorderen van het recht op privacy’, hetgeen zij beoogt te realiseren door onder meer het in rechte optreden voor ‘alle burgers in Nederland ter bescherming van dit algemene belang’. Dit lijkt inderdaad een algemeen belang en tevens een belang dat met deze zaak is gemoeid. De rechtbank oordeelt dat ook Internet Society Nederland ontvankelijk is omdat zij een algemeen belang verdedigt, namelijk verbonden aan haar doelstelling van ‘het stimuleren van gebruik en toepassingen van het internet in Nederland en het participeren in de evolutie en ontwikkelingen van het internet in de internationale context’. Het is sterk de vraag wat dit belang nu precies inhoudt, of het een algemeen belang is en helemaal of dit vermeende publieke belang centraal staat in deze zaak, waar het gaat om het uitwisselen van gegevens tussen inlichtingendiensten en niet om het stimuleren van het gebruik van internet in Nederland.

Daarnaast geldt nog een ander opmerkelijk punt, namelijk aangaande de eis de staat te gelasten passende maatregelen te treffen, onder andere het wissen van gegevens. De vraag is hierbij of een civiele procedure, gebaseerd op het onrechtmatig handelen van de staat (civielrechtelijke procedure), niet voortijdig is. De Wiv biedt personen niet de mogelijkheid hun gegevens te wissen; burgers zouden een dergelijk verzoek toch kunnen indienen en een afwijzend besluit bij de bestuursrechter kunnen aanvechten. De rechter overweegt echter dat niet kan ‘worden aangenomen dat, met het oog op een behoorlijke taakverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter, het gestelde onrechtmatige handelen van de Staat dat ten grondslag ligt aan de desbetreffende vorderingen, alleen door de betrokken burger zelf kan worden aangevochten in het kader van een bestuursrechtelijke procedure na een (daartoe uitgelokt) afwijzend besluit van de betrokken minister op een aanvraag in de zin van de artikelen 47 of 51 Wiv 2002.’ (r.o. 5.5-5.6) Dit leidt volgens de rechtbank tot de conclusie dat Privacy First en Internet Society Nederland ook in deze vordering kunnen worden ontvangen. Dit is opmerkelijk omdat het nu voorkomt alsof deze twee partijen niet een algemeen, publiek belang vertegenwoordigen, zoals de rechtbank eerst stelt, maar opkomen voor de gebundelde belangen van diegenen die niet kunnen worden geacht deze rechtsgang zelf te doorlopen.

Aan dit vraagstuk verbonden is de ontvankelijk verklaring van de NVSA en de NVJ, waarbij de rechtbank verwijst naar artikel 3:305a BW, dat bepaalt dat een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid een rechtsvordering kan instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voor zover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt (zie verder: WODC, Rechtsvergelijkend onderzoek collectieve acties in het publiek- en privaatrecht). De rechtbank overweegt dat de NVSA de gebundelde belangen van haar leden, zijnde individuele strafrechtadvocaten,

waaronder mede begrepen is het belang van Nooitgedagt, behartigt en dat de NVJ de gebundelde belangen van haar leden, zijnde individuele journalisten, waaronder dat van De Winter, behartigt. Zij worden ontvankelijk verklaard, niet omdat zij een algemeen, publiek belang dienen, als wel het gebundelde belang van de bij hen aangesloten individuen. Dit is opmerkelijk, omdat het Haagse Hof in de eerder besproken zaak Privacy First, in tegenstelling tot de Haagse rechtbank, wel ontvankelijk verklaarde juist omdat zij werd geacht niet alleen de gebundelde belangen van derden, die zelf en individueel zouden kunnen klagen over de vermeende misstand, te vertegenwoordigen. ‘Ook indien het zo is, hetgeen Privacy First c.s. bestrijden, dat individuele belanghebbenden zoals [appellanten] hun bezwaren tegen de Nieuwe Paspoortwet aan de orde kunnen stellen in een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang bij de bestuursrechter, is een op onrechtmatige daad gebaseerde vordering van een belangenorganisatie die is gegrond op art. 3:305a BW bij de burgerlijke rechter ontvankelijk. Dit laatste lijdt slechts uitzondering indien de belangenorganisatie kennelijk slechts optreedt ter behartiging van de gebundelde belangen van individuele belanghebbenden. Dat van dit laatste sprake is blijkt niet. Naar het oordeel van het hof is onmiskenbaar dat Privacy First niet slechts de (gebundelde) belangen van een bepaald of bepaalbaar aantal individuele personen nastreeft, maar veeleer het algemeen belang op bescherming van het recht op privacy van personen met de Nederlandse nationaliteit, die immers als regel op enig moment een reisdocument zullen moeten aanvragen. Deze groep personen is dermate diffuus en onbepaald dat niet kan worden gezegd dat Privacy First slechts optreedt ter behartiging van de gebundelde belangen van deze personen. De rechtbank heeft dit miskend.’ (Hof Den Haag 18 februari 2014, *ECLI:NL:GHDHA:2014:412*, r.o. 3.2). Hoe die benadering en de hier gekozen lijn zich tot elkaar verhouden blijft vooralsnog onduidelijk.

Tot slot verklaart de rechtbank ook de vijf natuurlijke personen ontvankelijk. Wegens artikel 3:303 BW moeten zij een voldoende belang hebben om als klager te kunnen worden ontvangen. Hier komt het kernprobleem van deze zaak en de toepassing van het huidige rechtstelsel op de nieuwe privacygeveuren naar boven. Er wordt namelijk geklaagd over de bulk-verzameling van gegevens door inlichtingendiensten, die simpelweg alle data verzamelen die zij kunnen krijgen, zonder dat daarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen personen die het betreft. Er zijn over miljoenen mensen gegevens verzameld – dit wordt door de klagers de *collect it all* mentaliteit genoemd. Kern is dus dat iedereen, zonder aanzien des persoons, door deze praktijk is of kan worden getroffen, terwijl nu juist vereist wordt dat de klagers specifiek en individueel worden geraakt. De staat ontkent in zijn Conclusie van Antwoord dan ook dat de natuurlijke personen een dergelijke bijzonder belang hebben aangezien zij niet individueel en persoonlijk zijn geraakt. ‘De stellingen zijn op dit punt zo algemeen en onbepaald van aard, en bovendien zodanig speculatief, terwijl ook geen concreet verband wordt gelegd met het onrechtmatig handelen dat eisers de Staat verwijten en met de vorderingen die zij op basis daarvan formuleren, en die zien op handelen van de Staat, dat moet worden geconcludeerd dat deze eisers geen voldoende, concreet en eigen belang bij de vorderingen hebben.’ (Conclusie van Antwoord, punt 5.2).

De rechtbank overweegt echter: ‘Gelet op het karakter en de inhoud van de activiteiten waarop de eisende partijen-natuurlijke personen zich toeleggen, in samenhang bezien met de omstandigheid dat deze eisende partijen nationaal en internationaal in meer of mindere mate bekendheid genieten op het terrein waarop zij werkzaam zijn, acht de rechtbank aannemelijk dat deze eisers, meer dan de gemiddelde burger in Nederland, de verdenking op zich kunnen laden dat zij door hun activiteiten een gevaar voor de nationale veiligheid zouden kunnen opleveren en derhalve op grond van de Wiv 2002 onderwerp zouden kunnen zijn van onderzoek door de diensten.’ (r.o. 5.2). Punt blijft dat de noodzaak van een dergelijke aanname haaks staat op de aard van de klacht. Bovendien is het de vraag waar zij op is gestoeld en of zij voor ieder van de natuurlijke personen in gelijke mate opgaat. Dat Gongrijp een meer dan gemiddeld risico loopt om gevolgd te worden ligt voor de hand, een internationaal opererend strafrecht advocaat waarschijnlijk en een kritische onderzoeksjournalist misschien. Maar een adviseur op het gebied van informatietechnologie – een onderzoeker aan de Rijksuniversiteit Groningen. Zou de NSA hen werkelijk in het bijzonder de gaten houden?

Opmerkelijk is daarnaast dat de rechtbank hier overweegt dat de klagers (waarschijnlijk) individueel zijn getroffen en dergelijks elders juist betwijfelt. ‘De bescherming van deze klassieke grondrechten door het EVRM, waarbij wordt uitgegaan van het individuele belang en persoonlijke schade, biedt geen pasklaar antwoord op de vragen die

uit privacy-oogpunt rijzen in verband met grootschalige verzameling van gegevens in bulk. Die verzameling betreft immers per definitie niet het individu, maar, zoals eisers ter zitting ook naar voren hebben gebracht, in beginsel “eenieder”.’ (r.o. 5.24). Daarnaast moet worden bedacht dat de klacht een hypothetisch karakter draagt – niemand weet wat de verschillende inlichtingendiensten precies doen, wie er door hun praktijken zijn getroffen en of de klagers tot die groep behoren. Het EHRM heeft reeds bepaald dat het enkele feit dat mensen niet worden geïnformeerd over het feit of zij zijn geraakt door een bepaalde misstand waarover zij klagen er niet toe kan leiden dat zij niet-ontvankelijk worden verklaard (*Klass a.o./Germany*).

Het is wellicht daarom dat de rechtbank, na het bijzonder belang van de klagers te hebben vastgesteld, verklaart: ‘Daaruit volgt dat niet kan worden uitgesloten dat de diensten ter uitvoering van dit onderzoek met betrekking tot hen gegevens verwerken en dus ook verzamelen. De rechtbank acht voor de ontvankelijkheid van deze eisers in de onderhavige procedure niet van belang of dit werkelijk het geval is. Voorts neemt zij in aanmerking dat het enkele bestaan van de Wiv 2002, waarin is voorzien in de mogelijkheid voor de diensten om in het geheim gegevens te verzamelen en samen te werken met buitenlandse diensten, voor eenieder het risico in zich heeft dat gegevens verzameld worden op grond van de Wiv 2002.’ (r.o. 5.2.) In deze overweging wordt wederom van ‘eenieder’ gesproken, wat zich slecht lijkt te verhouden tot het vermeende individuele belang. Ook wordt het hypothetische karakter van de zaak bevestigd. Dit hypothetische karakter van zowel de klacht als de verweren van de staat blijft echter een terugkerend thema in de uitspraak van de rechtbank, onder meer omdat het ook voor de Nederlandse inlichtingendiensten vaak onduidelijk is hoe de gegevens die zij krijgen van buitenlandse diensten precies zijn bemachtigd. De rechtbank overweegt bijvoorbeeld ‘dat niet bekend is op welke wijze de NSA gegevens verzamelt. A fortiori bestaat daarover geen zekerheid.’ (r.o. 5.22).

Een punt dat echter opmerkelijk genoeg niet terugkeert, is dat de rechtbank expliciet drie typen klagers heeft onderscheiden. De vijf natuurlijke personen die opkomen voor hun eigen (veronderstelde) belang, de twee verenigingen die opkomen voor de gebundelde belangen van hun leden en de twee partijen die opkomen voor het algemeen belang. Dit brengt met zich dat de zaak voor een goede beoordeling op drie verschillende niveaus zal moeten worden beoordeeld, zeker als de rechter negatief oordeelt over de ingediende klacht, nu zij deze afwijzing zal moeten motiveren voor elk van deze drie groepen. Dit laat de rechtbank echter na. De rechtbank lijkt zich in de uitspraak voornamelijk te richten op de klachten van de natuurlijke personen.

Dit wordt al direct duidelijk bij de inhoudelijke behandeling van de klacht. Het beroep op de vrijheid van meningsuiting wordt niet gehonoreerd. De klagers stellen dat door de grootschalige gegevensverzamelingsprocessen, onder meer, de journalistieke bronbescherming wordt ondermijnd. Er is een aantal beroepsgroepen dat niet of in sterk mindere mate kan functioneren als er geen geheimhouding kan worden gegarandeerd – de journalistiek, die steunt op de bronbescherming, de advocatuur, die is gestoeld op de besloten relatie tussen cliënt en advocaat, en de medische zorg, die niet kan functioneren zonder de vertrouwelijkheid tussen arts en patiënt. De belangen van de journalistiek en de advocatuur worden in deze zaak behartigd door de NVSA en NVJ en individueel door Nooitgedagt en De Winter (‘Slechts wanneer hij de anonimiteit van zijn bronnen kan beschermen, kan hij immers gebruik maken van zijn recht op vrije nieuwsgaring’, dagvaarding, punt 9). Nog los van de vraag of deze twee individuen specifiek zijn geraakt door de praktijken waarover wordt geklaagd, lijkt aannemelijk dat het stelselmatig verzamelen van gegevens over grote groepen Nederlandse onderdanen de gebundelde belangen van de journalisten en de strafrechtadvocaten raakt of althans het algemene, publieke belang dat met het bestaan van deze instituten is gediend. De rechter wijst het beroep op de vrijheid van meningsuiting echter af omdat er geen zelfstandige gronden ten aanzien van deze klacht zijn aangevoerd (zie ook *Weber and Savaria/Germany*). Het is alleen de vraag welke gronden er verder moeten worden aangevoerd als het gaat om het publieke belang dat hier centraal staat.

Daarbij moet in ogenschouw worden genomen dat Nederland onlangs door het EHRM is veroordeeld omdat de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 (*Wiv*), de wettelijke grondslag voor het opereren van de AIVD, onder andere niet voorziet in een rechterlijke toets voorafgaand aan de inzet van bijzondere bevoegdheden tegen journalisten, om hun journalistieke bronnen te achterhalen (*Telegraaf/Nederland*). De rechtbank wijst echter op een verschil in die zaak en deze: ‘Eisers hebben, anders dan een algemene beschrijving van hun activiteiten, geen feiten gesteld waaruit enige concrete aanwijzing

blijkt dat met betrekking tot hen persoonlijk gegevens door de diensten zijn ontvangen en gebruikt die zijn verzameld door buitenlandse diensten in strijd met artikel 8 EVRM. De gevorderde verklaring voor recht en het gevorderde gebod de ontvangst en het gebruik van gegevens van buitenlandse diensten te staken, hebben verder niet slechts betrekking op eisers, maar zijn algemeen van aard.’ (r.o. 5.36) Hier komen twee eerder genoemde punten terug. De rechtbank ging er eerst juist van uit dat de partijen (vermoedelijk) wel waren getroffen door de praktijken waarover zij klagen, zoals journalist De Winter, om hen als klagers te kunnen ontvangen. Hier lijkt de rechtbank dat juist weer te ontkennen. Daarenboven staat in deze zaak nu juist niet slechts het individuele belang van De Winter centraal, maar ook de gebundelde belangen van alle (bij de NVJ aangesloten) journalisten en het publieke belang dat met de garantie van de vertrouwelijkheid tussen journalist en bron is gemoeid. De rechtbank lijkt zich hier echter slechts en alleen te richten op natuurlijke personen die individueel en specifiek zijn getroffen.

Tot slot nog kort enkele opmerkingen:

- (1) De rechtbank erkent dat er onduidelijkheid bestaat over welke gegevens worden verzameld en wie ze betreffen, door wie ze zijn verzameld en hoe ze worden gebruikt. Opmerkelijk is dat zij desalniettemin oordeelt dat het vereiste van voorzienbaarheid niet is geschonden.
- (2) De rechtbank overweegt onder meer ‘Van de Staat kan niet worden gevegd dat hij de dringend noodzakelijke samenwerking met buitenlandse diensten, zoals die van de VS, op het spel zet louter op grond van onbekendheid met hun werkwijze en de kans dat de Nederlandse diensten informatie ontvangen die is vergaard op een in Nederland niet toegelaten wijze. Het zwaarwegende belang van de nationale veiligheid geeft hier de doorslag.’ (r.o. 5.38). Waarom Nederland de internationale samenwerking op het spel zou zetten door navraag te doen over de herkomst van informatie blijft echter onduidelijk. Als dat zo is, dan lijkt dat hoe dan ook geen goed teken. Bovendien blijkt uit niets welke bijdrage de internationale gegevensdoorvoer levert aan de Nederlandse veiligheid. Als de klagers zo expliciet hun persoonlijke belangen moeten substantiëren, dan ligt het voor de hand dat ook de staat moet aantonen hoe deze samenwerking precies aan het nationaal belang bijdraagt.
- (3) De rechtbank stelt dat de inlichtingendiensten er op mogen vertrouwen ‘dat buitenlandse diensten die voldoen aan de selec-

tiefactoren voor samenwerking de voor hen geldende nationale wet- en regelgeving en internationale verdragsverplichtingen respecteren.’ (r.o. 5.20). Dit is een opmerkelijk uitgangspunt omdat de actualiteit nu juist aanleiding geeft om hier aan te twifelen, natuurlijk ten aanzien van de Verenigde Staten, maar ook in Nederland zelf (zie over de Nederlandse situatie o.a. CTIVD toezichtsrapport nr. 39).

- (4) De rechtbank overweegt onder meer: ‘Als eenmaal aan de criteria voor samenwerking wordt voldaan, noopt artikel 8 EVRM niet tot het eerder genoemde “hek aan de grens”. En juist dit vormt de kern in deze procedure voor zover het gaat om de ontvangst en het gebruik van gegevens door de diensten van buitenlandse diensten wanneer deze gegevens zijn verkregen met de inzet van bevoegdheden waarover de Nederlandse diensten niet beschikken, waaronder met behulp van ‘PRISM’ of vergelijkbare programma’s.’ (r.o. 5.34). Het feit dat de rechtbank hiermee de eisen van de klagers nogal badinerend wegzet als een verzoek om een ‘hek om de grens’ siert haar niet. Ze wil daarmee waarschijnlijk aantonen dat de eisen van de klagers niet reëel zijn in een tijd van grootschalig internationaal gegevensverkeer, maar demonstreert daarmee vooral haar eigen onbegrip. De eisers vragen niet om een hek om de grens of een totaalverbod op internationale samenwerking, zij wensen simpelweg dat de Nederlandse inlichtingendiensten geen gebruik maken van data die zijn verzameld op een wijze die in Nederland als illegaal zou gelden.
- (5) Slechts in beperkte mate aan de orde gekomen is de vraag of Nederland een rol heeft in het beschermen van Nederlandse burgers tegen buitenlandse inlichtingendiensten, of de overheid een plicht heeft om ervoor zorg te dragen dat de door haar afgestane gegevens aan vreemde mogendheden goed worden gebruikt en of er een eventuele medeplichtigheid van de Nederlandse diensten is als zij gebruik maken van gegevens verkregen uit onbekende bronnen. Dit is opmerkelijk omdat het EHRM onder meer expliciet heeft geaccepteerd dat internationale gegevensdoorvoer slechts onder voorwaarden geoorloofd is, dat het EHRM ook een extraterritoriale werking heeft, dat staten de plicht hebben om ervoor zorg te dragen dat de rechten van hun onderdanen ook door andere mogendheden worden gerespecteerd en dat de staat aansprakelijk is als hij gebruik maakt van gegevens die door derden zijn verzameld op een onrechtmatige wijze (bijvoorbeeld door privédetectives die zich niet aan de wet houden).

Nr. 26 Vodafone e.a./Min. EZ

Rechtbank Rotterdam 2 oktober 2014

Uitspraak van de meervoudige kamer van 2 oktober 2014 in de zaken tussen

Vodafone Libertel BV (Vodafone), te Maastricht, gemachtigden: mr. P.M. Waszink en mr. J.J.R. Lautenbach,
T-Mobile Netherlands BV (T-Mobile), te Den Haag, gemachtigde: mr.dr.s. F. Simons, en
Koninklijke KPN NV en KPN BV (KPN), te Den Haag, gemachtigden: mr. Q.J. Tjeenk Willink en mr. C.E. Schillemans, eiseressen,

en

de minister van Economische Zaken, Agentschap Telecom, verweerder, gemachtigden: mr. E. Kieboom en mr.dr.s. R.A. Diekema,

met als derde-partijen
Telez Mobiel BV (Telez), te Diemen, gemachtigde mr. P. Burger, en
Zumb BV (Zumb), te Utrecht, gemachtigden: mr. W. Knibbeler en mr. N. Lorjé.

Procesverloop**Bekendmakingsbesluit en Regeling**

Op 6 januari 2012 is het besluit van 22 december 2011, nr. WJZ/11168400, houdende bekendmaking van het via de procedure van veiling verdelven van vergunningen voor frequentieruimte in de 800, 900 en 1800 MHz-band (het Bekendmakingsbesluit), gepubliceerd in de Staatscourant van 2012, 395.

[...]

Vaststellingsbesluit

Op 6 april 2012 is het besluit, houdende vaststelling van vergunningen voor frequentieruimte in de 800, 900, 1800, 1900, 2100 en 2600 MHz-band ten behoeve van het verzorgen van mobiele communicatiediensten (het Vaststellingsbesluit), gepubliceerd in de Staatscourant van 2012, 7028. Daarbij zijn ontwerpvergunningen vastgesteld.

[...]

Kennisgevingen Telez en Zumb en Toelatingsbesluiten Vodafone, T-Mobile en KPN

Bij besluiten van 6 september 2012 heeft verweerder besloten dat Telez en Zumb worden toegelaten tot deelname aan de veilingprocedure voor vergunningen in de 800, 900 en 1800 MHz-band, de zogenoemde multibandveiling, (de Kennisgevingen) en dat Vodafone, T-Mobile en KPN worden toegelaten tot deelname aan de veilingprocedure maar dat hun aanvraag voor deelname deels wordt afgewezen (de Toelatingsbesluiten).

[...]

Vergunningen

Bij besluiten van 2 januari 2013, gewijzigd bij besluiten van 15 januari 2013 en 4 maart 2013, heeft verweerder vergunningen ten behoeve van frequentieruimte voor het aanbieden van openbare elektronische communicatiediensten verleend aan Vodafone, T-Mobile, KPN en Telez (Vergunningen).

[...]

Overwegingen*De (aanloop naar) de verdeling van frequentieruimte*

1. De ontwikkeling van de mobiele communicatie in Nederland is begonnen met het openstellen van de telecommunicatiemarkt in de jaren 80. Deze werd gevolgd door het verlenen van vergunningen voor GSM (1995), DSC1800 (1998) en UMTS (2000) en de daaropvolgende uitrol van landelijk dekkende netwerken. Tussen 2005 en 2007 liep het aantal marktpartijen terug van vijf naar drie (Vodafone, T-Mobile en KPN). In april 2010 vond de veiling van 2,6 GHz-frequenties plaats met als resultaat dat er op dat moment weer vijf partijen in

het bezit waren van een vergunning voor het gebruik van frequenties voor mobiele communicatie (naast Vodafone, T-Mobile en KPN ook Telez en Ziggo).

De vergunningen die Vodafone, T-Mobile en KPN bezaten in de 900 en 1800 MHz-band hadden een looptijd tot 26 februari 2013. Wegens het beschikbaar komen van deze frequenties en omdat daarnaast in deze en in de 800 MHz-band meer frequentieruimte beschikbaar kon worden gesteld voor mobiele communicatie, is in oktober 2012 de multibandveiling (ook bekend als de 4G-veiling) georganiseerd. Verweerder heeft Vodafone, T-Mobile, KPN, Telez en Zumb toegelaten tot deze veiling. Het overgrote deel van de beschikbare vergunningen voor mobiele communicatie is voor langere tijd (zeventien jaar) uitgegeven. Als resultaat van deze veiling zijn in januari 2013 frequentievergunningen toegekend aan Vodafone, T-Mobile, KPN en Telez.

Rond deze veiling heeft verweerder vele besluiten genomen. Eiseressen hebben in het kader van verweerdere besluitvorming bezwaren en vervolgens een groot aantal beroepen (totaal 68) ingediend. De rechtbank zal hierna de beroepen en de beroepsgronden geclusterd behandelen. Het onderscheidend criterium voor deze clustering is de inhoud van de primaire besluiten. [...]

Voordat de rechtbank hiertoe overgaat, overweegt zij in zijn algemeenheid het volgende.

Overgangsrecht

2. Op grond van artikel 20.2a, zevende lid, van de Telecommunicatiewet (Tw) zijn op deze zaken de bepalingen van de Tw van toepassing zoals deze wet luidde tot 15 maart 2013, hierna te noemen Tw (oud), nu de primaire besluiten van voor die datum zijn. Ook het Frequentiebesluit (Fb) is met ingang van 15 maart 2013 gewijzigd. Bij de beoordeling van de beroepen wordt uitgegaan van het Fb zoals dat tot die datum luidde, hierna te noemen Fb (oud).

Eén besluit/procesbelang

3.1 Verweerder heeft bij haar besluitvorming in bezwaar aan Vodafone, T-Mobile en KPN steeds bij afzonderlijke brieven bericht dat de door hen in bezwaar bestreden besluiten worden gehandhaafd. Het gaat daarbij om beslissingen terzake een bepaald primair besluit (bijvoorbeeld het primaire besluit tot toelating van een aanvrager tot de veiling of het primaire besluit tot vergunningverlening aan een deelnemer aan de veiling) met voor ieder van de bezwaarmakers dezelfde rechtsgevolgen. Naar het oordeel van de rechtbank is geen sprake van afzonderlijke beslissingen op de afzonderlijke bezwaren ten aanzien van een tot een bepaalde aanvrager of deelnemer gericht bepaald primair besluit, maar van slechts één besluit op meerdere bezwaren, die zijn gericht tegen hetzelfde primaire besluit. De rechtbank verwijst naar hetgeen het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) in haar uitspraken van 6 juni 2012 (ECLI:NL:CBB:2012:BW7911) en 22 juni 2012 (ECLI:NL:CBB:2012:BW9145) heeft overwogen.

[...]

3.3 Gelet hierop hebben de beroepen van Vodafone en T-Mobile geen zelfstandige betekenis ten opzichte van hun beroepen tegen de beslissingen op de bezwaren van de andere partijen tegen de Kennisgevingen, de Toelatingsbesluiten en de Vergunningen. De beroepen van Vodafone en T-Mobile tegen de beslissing op de bezwaren van de andere partijen tegen de Kennisgevingen, de Toelatingsbesluiten en de Vergunningen verklaart de rechtbank niet-ontvankelijk wegens het ontbreken van procesbelang [...].

Gronden T-Mobile

[...]

Derde-partijen

[...]

Bekendmakingsbesluit

6.1 Bij het Bekendmakingsbesluit heeft verweerder op grond van artikel 3, eerste en derde lid, van het Fb (oud) besloten dat een aantal vergunningen voor frequentieruimte in de 800, 900 en 1800 MHz-band wordt verdeeld door middel van een procedure van veiling overeenkomstig de Regeling. Daarbij is bepaald dat de veilingprocedure aanvangt op 16 april 2012.

[...]

6.4 Verweerder heeft de door Vodafone tegen het Bekendmakingsbesluit gerichte bezwaren, voor zover deze zien op onderwerpen die volgens verweerder in de Regeling en niet in het Bekendmakingsbesluit zijn opgenomen (onder meer bezwaren met betrekking tot de reservering voor nieuwkomers), niet-ontvankelijk verklaard en het bezwaar voor het overige ongegrond verklaard.

[...]

6.6 De rechtbank overweegt dat het Bekendmakingsbesluit is gebaseerd op artikel 3, eerste en derde lid, van het Fb (oud).

Op grond van artikel 3, eerste lid, van het Fb (oud) moet bekend worden gemaakt of de vergunningen voor de betrokken frequentieruimte worden verleend volgens de procedure van veiling of vergelijkende toets en op welk tijdstip deze procedure aanvangt.

Artikel 3, derde lid, van het Fb (oud) stelt regels voor de termijn waarbinnen na het nemen van het Bekendmakingsbesluit nadere regels door verweerder moeten worden bekendgemaakt.

Het Bekendmakingsbesluit heeft dus betrekking op drie aspecten: de (omvang van de) uit te geven vergunningen en het desbetreffende frequentiebereik, de uitgifteprocedure en het tijdstip waarop de uitgifteprocedure wordt gestart. Op dezelfde datum als waarop verweerder het Bekendmakingsbesluit heeft genomen, 22 december 2011, heeft hij de Regeling vastgesteld. Beide zijn gepubliceerd in de Staatscourant van 6 januari 2012.

De rechtbank constateert dat de Regeling niet is gebaseerd op artikel 3, derde lid van het Fb (oud) maar op de artikelen 2a, 4, 6, 6a en 8 van het Fb (oud). Het Bekendmakingbesluit en de Regeling berusten op verschillende grondslagen.

Het enkele feit dat in artikel 1 aanhef van het Bekendmakingsbesluit een verwijzing staat naar de Regeling leidt er niet toe dat de Regeling daardoor onderdeel is gaan uitmaken van het Bekendmakingbesluit en via de weg van het Bekendmakingsbesluit inhoudelijk kan worden getoetst.

De bezwaren van Vodafone die zien op in de Regeling geregelde aspecten, zoals de reservering voor nieuwkomers, vallen dus buiten de reikwijdte van het Bekendmakingsbesluit en kunnen daarom in het kader van de heroverweging van dat besluit geen doel treffen (vgl. CBB 30 oktober 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG3831).

Verweerder heeft evenwel ten onrechte het bezwaar van Vodafone niet-ontvankelijk verklaard. Vodafone heeft deze bezwaargronden uitdrukkelijk tegen het Bekendmakingsbesluit aangevoerd. Verweerder had deze bezwaargronden niet niet-ontvankelijk moeten verklaren, maar ongegrond, nu deze gronden geen doel treffen. Het beroep van Vodafone op dit punt is derhalve gegrond, doch om andere redenen dan door Vodafone is aangevoerd. De rechtbank zal het bezwaar van Vodafone in zoverre alsnog ongegrond verklaren.

[...]

6.8 De rechtbank overweegt dat deze grond [van Vodafone, red.] ziet op de zorgvuldigheid waarmee het tijdstip van het begin van de veilingprocedure is bepaald. De aanvang van de veiling is geregeld in het Bekendmakingsbesluit. In artikel 2 is het aanvangstijdstip van de veiling vastgesteld op 16 april 2012.

Ten behoeve van de transitie, die betrekking heeft op de overgang van de bestaande vergunningen naar de nieuwe in de veiling te verwerven vergunningen, kunnen de bestaande vergunningen voor beperkte duur op aanvraag worden verlengd.

De rechtbank stelt voorop dat noch in de Tw en het Fb noch in de Europese regelgeving een verplichting is neergelegd tot het bekendmaken van de juridische vormgeving van de verlenging van de huidige GSM-vergunningen voorafgaand aan de veiling van nieuwe vergunningen.

De rechtbank overweegt verder dat verweerder begin 2012 onderzoek heeft laten doen door PA Consulting Group naar de tijd die de vergunninghouders nodig zouden hebben om, zonder gevaar voor de continuïteit van de dienstverlening, over te gaan van de aflopende vergunningen naar de nieuwe in de veiling te verwerven vergunningen. Bij dit onderzoek zijn de bestaande vergunninghouders, waaronder Vodafone, betrokken. Naar aanleiding van de resultaten van dit

onderzoek heeft verweerder in zijn brief aan de Tweede Kamer van 4 april 2012 (Kamerstukken II, 2011/2012, 24 095, nr. 311) aangegeven dat hij zou gaan voorzien in een verlenging van de bestaande vergunningen voor een periode van in beginsel 21 maanden. Daarnaast zijn vanaf 4 april 2012 de ontwerpvergunningen op de website van het Agentschap Telecom gepubliceerd, waarbij in de toelichting is ingegaan op de tijd die bestaande vergunninghouders nodig zouden hebben om naar de nieuwe situatie om te schakelen. Voor de aanvang van de veilingprocedure op 16 april 2012 en ruim voor de uiterlijke datum voor het indienen van een aanvraag voor de vergunningen (16 juli 2012) wist Vodafone dus dat de aflopende vergunningen verlengd zouden worden. Daarnaast was zij op de hoogte van de essentie van het beleid van verweerder. Dit was neergelegd in de Strategische Nota mobiele communicatie van december 2010 (de Strategische Nota). Gelet hierop en tevens gelet op het op redelijke gronden ingenomen standpunt van verweerder dat een latere start van de veilingprocedure uitstel van de daadwerkelijke veiling zou betekenen, wat volgens verweerder mede vanuit het oogpunt van continuïteit van de dienstverlening van bestaande partijen onwenselijk zou zijn geweest, alsmede gelet op de vanuit de Europese Unie geldende verplichting om per 1 januari 2013 de 800 MHz-band beschikbaar te stellen voor elektronische communicatiediensten, is de rechtbank van oordeel dat het gekozen tijdstip voor de aanvang van de veilingprocedure zorgvuldig is geweest en dat verweerder in redelijkheid de aanvang van de veiling op 16 april 2012 heeft kunnen bepalen. Deze grond van Vodafone slaagt niet.

[...]

Vaststellingsbesluit

7.1 Bij het Vaststellingsbesluit heeft verweerder op grond van artikel 3, derde lid, onder c, en vijfde lid van het Fb (oud) de ontwerpvergunningen met de daaraan te verbinden voorschriften en beperkingen vastgesteld, zoals deze zullen worden verleend na afloop van de veiling.

[...]

7.4 Verweerder heeft de door Vodafone tegen het Vaststellingsbesluit gerichte bezwaren, voorzover deze zien op de Regeling, te weten de bezwaargronden van Vodafone inzake de rechtmatigheid van de reservering van de ontwerpvergunningen A1 en A2 voor nieuwkomers en de vermeende onzorgvuldigheden in het veilingmodel, niet-ontvankelijk verklaard en het bezwaar voor het overige ongegrond verklaard.

[...]

7.6 De rechtbank overweegt dat de reservering van vergunningen voor nieuwkomers geregeld is in artikel 2, derde lid, van de Regeling. Daarin is bepaald dat de vergunningen A1 en A2 uitsluitend aan nieuwkomers worden verleend. Het veilingmodel is geregeld in de artikelen 24 tot en met 42 van de Regeling.

In de uitspraak van het CBB van 14 mei 2009 (ECLI:NL:CBB:2009:BI1759) is overwogen dat artikel 8:2, aanhef en onder a, van de Awb niet in de weg staat aan exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften, maar dat die toetsing zich beperkt tot voorschriften die aan het bestreden besluit ten grondslag zijn gelegd.

De rechtbank constateert dat het Vaststellingsbesluit niet de reservering van vergunningen voor nieuwkomers regelt. In het Vaststellingsbesluit is ook niets geregeld over het veilingmodel. De bestreden artikelen van de Regeling liggen niet aan het Vaststellingsbesluit ten grondslag en de onverbindendheid ervan kan dus niet aan de orde worden gesteld in het kader van het beroep met betrekking tot het Vaststellingsbesluit. Verweerder heeft daarom terecht vastgesteld dat de gronden met betrekking tot de reservering voor nieuwkomers en het veilingmodel buiten de omvang vallen van het geding met betrekking tot het Vaststellingsbesluit en daarom in het kader van de heroverweging van dat besluit geen doel treffen.

Verweerder heeft evenwel ten onrechte het bezwaar van Vodafone niet-ontvankelijk verklaard. Vodafone heeft deze bezwaargronden uitdrukkelijk tegen het Vaststellingsbesluit aangevoerd. Verweerder had deze bezwaargronden niet niet-ontvankelijk moeten verklaren, maar ongegrond, nu deze gronden geen doel treffen. Het beroep van Vodafone op dit punt is dus gegrond, doch om andere redenen dan door Vodafone is aangevoerd. De rechtbank zal het bezwaar van Vodafone in zoverre alsnog ongegrond verklaren.

[...]

7.8 De rechtbank stelt voorop dat op grond van artikel 3.5, eerste lid, van de Tw (oud) aan de vergunning slechts in het belang van een goede verdeling van frequentieruimte, alsmede in het belang van een ordelijk en doelmatig gebruik van frequentieruimte voorschriften kunnen worden verbonden. Hierin ligt een niet geringe mate van beoordelings- en beleidsvrijheid besloten, die met zich brengt dat de wijze waarop verweerder van zijn beoordelingsruimte gebruik maakt door de rechtbank terughoudend wordt getoetst (vgl. CBB 30 oktober 2008; ECLI:NL:CBB:2008:BG3831). Bepalend is of verweerder in redelijkheid tot het bestreden vergunningvoorschrift heeft kunnen komen.

7.9 De rechtbank overweegt dat de aan de vergunningen te verbinden ingebruiknameverplichting een vergunninghouder verplicht om een openbare elektronische communicatiedienst aan te bieden in een gebied met een zekere omvang. Uit het beleid van verweerder, zoals dat is neergelegd in de Strategische Nota en de toelichtingen bij de Regeling en het Vaststellingsbesluit, volgt dat de ingebruiknameverplichting erop gericht is dat een vergunninghouder in een relatief beperkt gebied kan starten met het aanbieden van een dienst om deze vervolgens in de jaren daarna uit te rollen naar andere gebieden. Met het opleggen van deze verplichting beoogt verweerder te waarborgen dat de vergunninghouder daadwerkelijk door middel van de aan hem vergunde frequentieruimte commercieel actief wordt met het aanbieden van elektronische communicatiediensten. De benodigde investeringen moeten het strategisch opkopen van frequentieruimte tegengaan. Volgens verweerder moet de ingebruiknameverplichting licht en flexibel zijn om ruimte te kunnen bieden aan uiteenlopende business-cases van zowel partijen met ambities op een massamarkt als innovatieve nieuwkomers of nichespelers, in verband waarmee de geografische omvang van de ingebruiknameverplichting beperkt is gehouden. Het opleggen van een ingebruiknameverplichting is een instrument om het doel van efficiënt frequentiegebruik te bevorderen. Ook gelet op de grote kosten van de uitrol van een landelijk netwerk en aangezien het beleid er niet op is gericht om nieuwkomers een door de overheid bepaalde business case op te leggen is volgens verweerder een flexibele ingebruiknameverplichting nodig.

De rechtbank is van oordeel dat dit beleid redelijk is. Het opleggen van een ingebruiknameverplichting is een instrument om efficiënt frequentiegebruik te bevorderen. Daarbij geldt dat de ingebruiknameverplichtingen niet verder gaan dan nodig is om dit doel te bereiken. Gelet op de in de Strategische Nota genoemde primaire doelstelling van het beleid om lage toetredingsdrempels te scheppen en gezien de hoge kosten van de uitrol van een landelijk netwerk, is het opleggen van een in omvang beperkte uitrolverplichting redelijk. Het opleggen van een landelijke uitrolverplichting is niet nodig om een efficiënt frequentiegebruik te bevorderen. Anders dan Vodafone kennelijk veronderstelt is de ingebruiknameverplichting geen financieel instrument. Verweerder behoeft daarom bij het vaststellen van de aan de vergunningen te verbinden ingebruiknameverplichting geen rekening te houden met het belang van Vodafone bij compensatie voor het prijsverschil tussen gereserveerde en niet-gereserveerde vergunningen en had daar dan ook geen onderzoek naar hoeven doen. Vodafone heeft overigens niet onderbouwd hoe zij disproportioneel zou zijn geraakt doordat verweerder aan de voor nieuwkomers gereserveerde vergunningen geen zwaardere ingebruiknameverplichting heeft verbonden. Verweerder heeft in redelijkheid geen onderscheid hoeven te maken tussen de ingebruiknameverplichting die is verbonden aan de voor nieuwkomers gereserveerde vergunningen en de niet-gereserveerde vergunningen.

Deze beroepsgrond van Vodafone slaagt niet.

7.10 Ten aanzien van de door Vodafone gestelde interferentieproblematiek overweegt de rechtbank dat in artikel 4 van de voorschriften van de ontwerpvergunningen en de daarbij behorende bijlagen de aan de vergunningen te verbinden frequentietechnische voorwaarden zijn vastgesteld. In artikel 4, derde lid, van de voorschriften van de ontwerpvergunningen is bepaald dat vergunninghouders passende bescherming moeten bieden aan systemen in aangrenzende banden. Deze norm strekt tot implementatie van beschikking 2009/766/EEG van de Europese Commissie van 16 oktober 2009.

Om andere vergunninghouders in aangrenzende frequentiebanden te beschermen tegen storing door de vergunninghouder heeft verweerder generieke voorschriften gesteld aan de maximale vermogensdichtheid. Volgens verweerder is dat in de meeste gevallen toereikend om interferentie en storing te voorkomen. Verweerder stelt

dat er in opdracht van de Europese Commissie onderzoeken zijn verricht, neergelegd in diverse CEPT-rapporten, naar de compatibiliteit van technieken, die ook toepasbaar zijn voor de situatie in Nederland. Het stellen van strengere voorwaarden om de kleine kans dat die voorschriften in lokale en specifieke locaties niet toereikend zijn uit te sluiten, zou volgens verweerder disproportioneel zijn. Bij het ontwerp van zijn netwerk dient de vergunninghouder al rekening te houden met bijzondere locaties waarvoor de generieke vergunningvoorschriften niet toereikend zullen zijn. De keerzijde van het beleid om vergunninghouders veel vrijheid te geven bij de inrichting van het eigen netwerk is dat de eigen verantwoordelijkheid van de vergunninghouder toeneemt.

De rechtbank is van oordeel dat verweerder voldoende heeft onderbouwd dat de internationaal verrichte onderzoeken bruikbaar zijn en dat het door verweerder zelf doen van specifiek onderzoek naar de Nederlandse situatie niet nodig was. Vodafone heeft niet onderbouwd waarom de CEPT-rapporten niet toereikend zouden zijn. Verweerder heeft waar nodig voorzien in vergunningvoorschriften die zien op het voorkomen van interferentieproblemen. In de toelichting bij de ontwerpvergunningen heeft verweerder aangegeven dat de samenwerking tussen GSM-Railnetwerken en openbare communicatienetwerken niet kan worden geregeld door het opnemen van technische voorwaarden in de vergunningen, zonder dat dat onnodige beperkingen voor de vergunninghouder met zich meebrengt (Stcrt. 2012, nr. 7028, p. 55). Indien de gestelde voorschriften in specifieke situaties niet toereikend blijken, dan geldt de in artikel 4, derde lid, van de vergunningvoorschriften van de ontwerpvergunningen neergelegde algemene norm van passende bescherming op grond waarvan een vergunninghouder aanvullende maatregelen zal moeten treffen om gebruikers het frequentiegebruik zullen moeten coördineren. Meer duidelijkheid kan verweerder niet bieden. In aanmerking genomen dat de vergunningen technisch neutraal zijn en een looptijd van zeventien jaar hebben kunnen eventuele interferentieproblemen met het stellen van voorschriften vooraf niet opgelost worden.

De rechtbank kan zich vinden in de overwegingen van verweerder. Verweerder heeft dan ook in redelijkheid niet meer specifieke voorschriften ter voorkoming van mogelijke interferentieproblemen aan de ontwerpvergunningen hoeven te verbinden.

Deze beroepsgrond van Vodafone slaagt niet.

[...]

7.12 De rechtbank stelt ten aanzien van de aan de ontwerpvergunningen in de 800 en 900 MHz-band gekoppelde ingebruiknameverplichting vast dat verweerder de geografische omvang van de ingebruiknameverplichting heeft beperkt op basis van zijn beleid, zoals dat blijkt uit de Strategische Nota, de toelichting op de Regeling en de toelichting op het Vaststellingsbesluit. In r.o. 7.9 heeft de rechtbank het beleid van verweerder ten aanzien van de aan de vergunningen te verbinden ingebruiknameverplichtingen weergegeven. De rechtbank verwijst daar hier naar.

De rechtbank komt tot het oordeel dat in het licht van het in artikel 3.5, eerste lid, van de Tw (oud) gegeven kader het beleid van verweerder niet onredelijk is. In het belang van een goede verdeling van frequentieruimte en dat van een ordelijk en doelmatig gebruik van frequentieruimte is het niet noodzakelijk dat landelijke dekking wordt voorgeschreven. De daarvoor benodigde grote investeringen doen af aan het primaire doel van verweerder om de toetredingsdrempel laag te houden. Met het voorschrijven van een uitrolverplichting van een beperktere omvang dan landelijk wordt voldoende zeker gesteld dat de vergunning serieus wordt gebruikt en frequenties efficiënt worden ingezet en worden vergunninghouders niet onnodig beperkt in de wijze waarop zij hun business case willen voeren. Het beperken van de omvang van de ingebruiknameverplichting staat er niet aan in de weg dat een vergunninghouder met de aan hem vergunde frequenties elektronische communicatiediensten landelijk gaat aanbieden. Naar het oordeel van de rechtbank heeft verweerder de door KPN naar voren gebrachte stellingen afdoende weerlegd.

De vergelijking die KPN heeft gemaakt met de voorschriften die destijds bij de UMTS-vergunningen in de 2100 MHz-band zijn gesteld gaat niet op nu, zoals verweerder terecht heeft opgemerkt, geen rechtsregel er zich tegen verzet om in een verdeling die meer dan een decennium later plaatsvindt het beleid aan te passen aan de dan geldende inzichten en technologische ontwikkelingen. Bovendien heeft verweerder gesteld dat het standpunt van KPN ook feitelijk onjuist is, aangezien bij de UMTS-vergunningen in de 2100 MHz-band inder-

tijd is bepaald dat van 7 augustus 2000 tot 1 januari 2007 geen uitrolverplichting gold en daarna geen dekkingsverplichting in gemeenten met minder dan 25.000 inwoners, met uitzondering van hoofdverbindingswegen. Bij meer dan 25.000 inwoners hoefde er enkel in de bebouwde kom dekking te worden gerealiseerd. KPN heeft dit verder niet betwist.

Zoals ook in r.o. 7.9 ten aanzien van het beroep van Vodafone is overwogen heeft verweerder de geografische omvang van de ingebruiknameverplichting in redelijkheid kunnen beperken, gelet op het belang van een flexibel gebruik van de vergunningen. Het opleggen van een landelijke uitrolverplichting is niet nodig voor het bevorderen van een efficiënt frequentiegebruik. De door verweerder vastgestelde omvang van de ingebruiknameverplichting doorstaat de terughoudende toetsing.

Deze beroepsgrond van KPN slaagt niet.

7.13 Waar KPN zich op het standpunt stelt dat de ingangsdatum van de ontwerpvergunningen D onduidelijk is, heeft verweerder gesteld dat het niet mogelijk is geweest om de ingangsdatum van de 1800 MHz-ontwerpvergunningen meer specifiek te bepalen, omdat elf van de veertien 1800 MHz-ontwerpvergunningen betrekking hadden op spectrum dat nog in gebruik was en daardoor pas konden ingaan na afloop van de oude vergunningen en de verlenging van de lopende vergunningen nog in een (aparte) verlengingsprocedure moest worden bepaald. Verweerder stelt dat de waarde voor de concrete plek in het spectrum en voor wat betreft de 1800 MHz-ontwerpvergunningen de ingangsdatum, niet in de primaire of aanvullende biedrondes wordt toegekend, maar eerst in de toewijzingsbiedronde. Volgens verweerder miskent KPN dat het haar, voordat zij haar bod uitbracht in de toewijzingsbiedronde, al duidelijk was of kon zijn dat de oude vergunningen naar alle waarschijnlijkheid niet verlengd zouden worden en dat alle 1800 MHz-vergunningen op 25 februari 2013 zouden ingaan.

De rechtbank overweegt dat de marge tussen de mogelijke ingangsdata waarmee KPN stelt rekening te hebben gehouden bij het doen van haar biedingen in de primaire en aanvullende biedrondes in verhouding tot de totale vergunningduur van zeventien jaar dusdanig gering is dat het niet aannemelijk is dat het ontbreken van de precieze ingangsdata en het verschil in ingangsdata tussen de 1800 MHz-ontwerpvergunningen van cruciale invloed is geweest op de biedingen van KPN in de primaire en aanvullende biedrondes en daarmee op haar biedingen in de toewijzingsfase of op de uitkomsten van de veiling en de uiteindelijk te betalen prijs. KPN heeft onvoldoende duidelijk gemaakt dat dat wel zo zou zijn.

Bovendien wist of kon KPN op het moment van de toewijzingsbiedrondes al weten dat het verschil in ingangsdata van de 1800 MHz-vergunningen veel kleiner zou zijn dan door KPN thans in beroep wordt gesteld. De rechtbank is van oordeel dat verweerder bij het bepalen van de ingangsdatum van de 1800 MHz-ontwerpvergunningen zo transparant mogelijk heeft gehandeld. Gelet op de door verweerder toegelichte redenen waarom de ingangsdatum van de 1800 MHz-ontwerpvergunningen (nog) niet nader te bepalen was en in aanmerking genomen de omstandigheden waaronder de veiling plaatsvond, maakt enige onzekerheid over de precieze ingangsdatum niet dat er sprake was van een zodanig onredelijke onzekerheid, dat het Vaststellingsbesluit daarom de terughoudende rechterlijke toetsing niet kan doorstaan.

Deze beroepsgrond van KPN slaagt niet.

7.14 De rechtbank beoordeelt de beroepsgrond van KPN over de lengte van de vergunning in het kader van het beroep met betrekking tot het Vaststellingsbesluit, omdat de vaststelling van de vergunningduur uit dit besluit voortvloeit. In de slotbepaling van de bij het Vaststellingsbesluit vastgestelde ontwerpvergunningen is namelijk bepaald dat deze zo spoedig mogelijk in werking treedt na de mededeling, bedoeld in artikel 42 van de Regeling maar niet eerder dan 1 januari 2013 en dat de vergunning geldt tot en met zeventien jaar na de ingangsdatum.

[...]

7.14.2 Inhoudelijk overweegt de rechtbank dat KPN bij het doen van haar biedingen wist dat de vergunningen voor de duur van zeventien jaar zouden worden verleend, zodat zij daarmee rekening heeft kunnen houden bij haar biedingen. Een verlenging van de vergunningduur achteraf, zonder dat dit verdisconteerd wordt in de uiteindelijke

betaalde veilingprijzen, doet af aan een wezenskenmerk van de te veilen vergunning en daarmee aan de opzet van de veiling. Het stellen van de vergunningduur op zeventien jaar doorstaat de terughoudende rechterlijke toetsing. Verweerder heeft in redelijkheid voor deze duur kunnen kiezen. De motivering voor deze duur heeft verweerder al in 2010 in de Strategische nota uiteen gezet: namelijk het zoveel mogelijk gelijktrekken van de verdeelmomenten (bijlage bij Kamerstukken II 2010/11, 24 095, nr. 264, p. 17). Deze beroepsgrond van KPN slaagt evenmin.

[...]

Kennisgevingen Telez en Zumb

8.1 Verweerder heeft bij besluiten van 6 september 2012 aan Vodafone, T-Mobile, KPN, Telez en Zumb meegedeeld dat zij worden toegelaten tot de veiling. Daarbij heeft verweerder per partij het aantal activiteitspunten waarmee aan de veiling mag worden deelgenomen, vastgesteld.

[...]

8.5 De rechtbank overweegt dat op grond van artikel 6:3 van de Awb een beslissing inzake de procedure ter voorbereiding van een besluit niet vatbaar is voor bezwaar of beroep, tenzij deze beslissing de belanghebbende los van het voor te bereiden besluit rechtstreeks in zijn belang treft. De besluiten inhoudende toelating tot de veiling zijn besluiten in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Awb, omdat daarmee het in de Regeling voorziene rechtsgevolg in het leven wordt geroepen dat de aanvragen van Telez en Zumb worden toegelaten tot de veiling, waardoor Telez en Zumb daadwerkelijk kans maken op het verkrijgen van een of meer vergunningen. Anders dan Vodafone ziet de rechtbank evenwel niet dat dit rechtsgevolg de bij dit besluit betrokken belanghebbenden – Vodafone en de overigen aanvragers – los van het voor te bereiden besluit in hun belang treft. Het voor te bereiden besluit is in het onderhavige geval het besluit waarbij na afloop van de veiling frequentieruimte wordt toegekend. De inhoud van de toelatingsbeslissing kan aan de orde worden gesteld in de procedure tegen de uiteindelijke besluiten waarbij de vergunningen worden verleend of geweigerd. Dit hebben Vodafone, T-Mobile en KPN ook gedaan. De rechtbank verwijst verder naar de door zowel verweerder als Vodafone aangehaalde uitspraak van het CbB van 21 maart 2007 (ECLI:NL:CBB:2007:BA1095, r.o. 8.3.2).

De rechtbank is van oordeel dat Vodafone haar stelling dat zij, los van de uiteindelijk te verlenen vergunningen, rechtstreeks in haar belangen zou zijn getroffen door de besluiten tot toelating van deelnemers aan de veiling niet aannemelijk heeft gemaakt.

Dat de besluiten tot toelating van partijen tot de veilingprocedure een belangrijke plaats innemen in het systeem van de veiling, leidt niet tot een ander oordeel, nu belanghebbenden de juistheid van de inhoud van die besluiten aan de orde kunnen stellen in de procedure tegen de uiteindelijke besluiten waarbij de vergunningen worden verleend of geweigerd. Anders dan Vodafone heeft gesteld ziet de rechtbank geen voor deze procedure relevant te achten verschil tussen de zaak waarover het CbB heeft geoordeeld in gemelde uitspraak (ECLI:NL:CBB:2007:BA1095) waar sprake was van een verdeling door middel van vergelijkende toets met financieel bod en de verdeling in de onderhavige zaken door middel van een veiling. Zoals door verweerder terecht is opgemerkt is in beide gevallen sprake van twee fasen. Ten eerste de fase van de beoordeling van de aanvraag aan de formele vereisten, welke leidt tot de al dan niet toelating tot de verdeelprocedure. Ten tweede is er de fase van de verdeelprocedure zelf, die uiteindelijk leidt tot een verlening van een vergunning of afwijzing van de aanvraag. Ook het argument dat er, zoals door Vodafone is gesteld maar door verweerder overigens gemotiveerd is betwist, tussen de toelatingsbesluiten en het moment van de veiling voldoende tijd zou zijn om een bezwaarprocedure te doorlopen is op zich geen reden om een apart belang bij het voorbereidingsbesluit aan te nemen. De beoordeling van het rechtstreeks in haar belang getroffen worden, zoals artikel 6:3 Awb bepaalt, kan niet afhankelijk worden gesteld van de praktische mogelijkheid om een bezwaarprocedure al dan niet af te ronden tussen de voorbereidingsbeslissing en het uiteindelijk (voor te bereiden) besluit. Vodafone heeft voorts enkel gesteld, doch niet nader aannemelijk gemaakt dat, in het geval de verdeelprocedure inzake de onderhavige veiling – op basis van de uitkomst van de beoordeling in rechte – opnieuw gedaan zou moeten worden, onaannemelijk zou zijn dat verweerder daartoe zou besluiten. De rechtbank gaat hier verder aan voorbij.

De rechtbank ziet op grond van hetgeen hiervoor is overwogen, geen aanleiding voor het oordeel dat tegen de besluiten tot toelating tot de veilingprocedure bezwaar en beroep openstaat, los van de uiteindelijke besluiten inzake de toekenning of afwijzing van de aanvragen om vergunning(en).

Verweerder heeft dan ook de bezwaren van Vodafone tegen de besluiten die zien op de toelating van Telez en Zumb tot de veiling terecht niet-ontvankelijk verklaard.

[...]

Toelatingsbesluiten Vodafone, T-Mobile en KPN

9.1 Verweerder heeft bij besluiten van 6 september 2012 de aanvragen van Vodafone, T-Mobile en KPN om te worden toegelaten tot de veiling toegewezen door het vaststellen per partij van het aantal activiteitspunten waarmee aan de veiling deelgenomen mag worden. Daarbij heeft verweerder de aanvragen van T-Mobile en KPN afgewezen op grond van artikel 10, tiende lid, van de Regeling, voor zover zij frequentieruimte in de voor nieuwkomers gereserveerde ruimte hadden aangevraagd, en de aanvraag van Vodafone afgewezen op grond van artikel 10, negende lid, van de Regeling, voor zover zij meer activiteitspunten had aangevraagd dan er beschikbaar waren.

[...]

9.6 De rechtbank zal thans de beroepen van Vodafone, T-Mobile en KPN tegen de onderscheiden gedeeltelijke afwijzing van hun aanvragen beoordelen.

[...]

9.8 De rechtbank constateert dat verweerder de aanvraag van Vodafone, voor zover zij meer activiteitspunten heeft aangevraagd dan beschikbaar gesteld waren, heeft afgewezen op grond van artikel 10, negende lid, van de Regeling. Hierin is, voor zover hier van belang, bepaald dat als een aanvraag niet voldoet aan eisen die de Regeling stelt aan het maximaal aantal aan te vragen activiteitspunten, de aanvraag wordt afgewezen voor zover deze betrekking heeft op meer activiteitspunten dan waarvoor de aanvrager in aanmerking kan komen. Aan het hanteren van deze afwijzingsgrond is geen hoorplicht verbonden. Er bestaat dan ook, zoals ook door Vodafone is erkend, op grond van de Regeling geen verplichting tot horen voorafgaande aan het afwijzen van een aanvraag op grond van artikel 10, negende lid, van de Regeling.

De rechtbank ziet voorts geen aanleiding om te concluderen dat verweerder in dit specifieke geval, voordat hij tot besluitvorming overging, uit zorgvuldigheid of op grond van andere algemene beginselen van behoorlijk bestuur Vodafone toch had moeten horen. De wet gaat uit van een gelimiteerd aantal activiteitspunten en de aanvraag is slechts afgewezen voor zover deze meer activiteitspunten behelsde dan wettelijk is toegestaan. Er is dan ook geen aanleiding om het aan Vodafone gerichte Toelatingsbesluit op dit punt te vernietigen.

Deze beroepsgrond slaagt niet.

[...]

9.11 De rechtbank stelt vast dat de gedeeltelijke afwijzingen van de aanvragen tot deelname aan de veilingprocedure zijn gebaseerd op artikel 10, negende of tiende lid, van de Regeling. Dit zijn algemeen verbindend voorschriften. De beroepsgronden van partijen die zich richten tegen de reservering voor nieuwkomers, welke reservering in de Regeling is voorzien, worden door de rechtbank middels exceptieve toetsing beoordeeld in het kader van de beroepen die zich richten tegen de gedeeltelijke afwijzingen.

De rechtbank zal de beroepsgronden van Vodafone en KPN, die deels gelijklopend en deels complementair zijn, hierna gezamenlijk beoordelen.

9.12 De Regeling is gebaseerd op artikel 3.3, negende lid, van de Tw (oud), artikel 18.12 van de Tw (oud) en artikel 2a van het Fb (oud). In artikel 3.3, negende lid, van de Tw (oud) is bepaald dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur, met inachtneming van de Machtigingsrichtlijn (2002/20/EG), regels worden gesteld ter zake van verlening, wijziging en verlenging van vergunningen, die in ieder geval betrekking hebben op, voor zover hier van belang, de toepassing en uitvoering van verdelingsprocedures. In artikel 18.12 van de Tw (oud) is bepaald dat, indien de in de Tw geregelde onderwerpen in het

belang van een goede uitvoering van deze wet nadere regeling behoeven, deze kan geschieden bij of krachtens algemene maatregel van bestuur. In artikel 2a van het Fb (oud) is, voor zover hier van belang, vermeld dat bij ministeriële regeling frequentieruimte voor een categorie van aanvragers kan worden gereserveerd.

Gelet op de ruime formulering van artikel 3.3, negende lid, van de Tw (oud), artikel 18.12 van de Tw (oud), artikel 2a van het Fb (oud) en de Nota van Toelichting bij het Fb (oud), kan verweerder naar eigen inzicht gebruik maken van deze bevoegdheid. In de Nota van Toelichting bij het Fb (oud) is aangegeven dat het instrument van reservering van frequentieruimte voor bepaalde aanvragers doorgaans minder ingrijpend is voor de betrokken partijen en de allocatieve efficiëntie van de verdeling, dan uitsluiting van deelname aan de verdeling van frequentieruimte of beperking van de hoeveelheid per aanvrager te verkrijgen frequentieruimte, omdat dit enkel beperkingen stelt aan de vrije verdeling van de betreffende frequentie-ruimte (Stb. 2011, 353, p. 3).

Verweerder heeft de reserveringsmogelijkheid voor nieuwkomers uitgewerkt in de artikelen 2 tot en met 7 van de Regeling, in het bijzonder artikel 2, derde lid. Daarin is bepaald dat de vergunningen A1 en A2 (met totaal 2 x 10 MHz spectrum in de 800 MHz-band) uitsluitend worden verleend aan nieuwkomers. Omdat voor vergunning A2 geen geldige aanvraag is ingediend, is de reservering van vergunning A2 nadien komen te vervallen en zijn de frequenties van vergunning A2 beschikbaar gekomen voor een extra niet-gereserveerde vergunning. De reservering van vergunningen voor nieuwkomers is dus uiteindelijk alleen feitelijk geëffectueerd in de vorm van (twee) vergunningen A1. Deze vergunningen hielden in een reservering van ieder een maal 10 MHz gepaard spectrum in de 800 MHz-band.

De rechtbank is van oordeel dat Vodafone ten onrechte stelt dat verweerder op grond van hoofdstuk 6a van de Tw een marktanalyse had moeten uitvoeren voordat hij kon besluiten tot de maatregel van spectrumreservering. De Regeling is geen marktregulerende maatregel als bedoeld in hoofdstuk 6a Tw maar een maatregel in een veiling, gebaseerd op artikel 2a van het Fb. Hoofdstuk 6a Tw is niet van toepassing.

9.13 Volgens vaste jurisprudentie kan aan een algemeen verbindend voorschrift slechts verbindende kracht worden ontzegd indien de door de betrokken regelgever gemaakte keuzes strijdig moeten worden geacht met een hogere – algemeen verbindende – regeling dan wel indien met inachtneming van de beoordelingsvrijheid van de regelgever, en dus terughoudend toetsend, geoordeeld moet worden dat het voorschrift een toetsing aan de algemene rechtsbeginselen niet kan doorstaan. Het ligt in beginsel op de weg van de partij die stelt dat een regeling onverbindend moet worden geoordeeld, om de feiten en omstandigheden aan te wijzen die dat oordeel zouden kunnen dragen. De rechtbank verwijst onder ander naar de uitspraak van het CBB van 3 mei 2006 (ECLI:NL:CBB:2006:AX0166).

9.14 Europese regelgeving staat niet in de weg aan het beperken van de hoeveelheid frequentieruimte die een aanvrager kan verkrijgen. Het beperken van het aantal door die aanvrager te verkrijgen vergunningen is mogelijk. Zo staat de Machtigingsrichtlijn (Richtlijn 2002/20/EG) toe dat ter bevordering van de mededinging sommige ondernemingen worden uitgesloten van de procedure voor het verkrijgen van bepaalde radiofrequenties. In dit verband is ook overweging 23 van deze richtlijn van belang. Daaruit volgt dat het uitsluiten van sommige ondernemingen van de selectieprocedure voor een bepaalde frequentie mogelijk is.

Verweerder heeft frequentieruimte gereserveerd voor nieuwkomers in het belang van een doelmatig frequentiegebruik. Dit belang past binnen de doelstelling van artikel 7, eerste lid, van de Machtigingslijn en de, op grond van artikel 7, derde lid, van de Machtigingsrichtlijn in acht te nemen doelstelling van artikel 8 van de Kaderrichtlijn om de concurrentie te bevorderen.

De Richtlijn en de Kaderrichtlijn staan naar het oordeel van de rechtbank dus niet in de weg aan het inzetten van het instrument tot reservering van frequentieruimte voor nieuwkomers. De rechtbank ziet geen aanleiding voor het oordeel dat andere hogere regelgeving daar wel aan in de weg zou staan.

9.15 Verweerder stelt zich op het standpunt dat bij de veiling de reservering van laag spectrum voor nieuwkomers noodzakelijk was om de toetreding van een nieuwe speler tot de markt mogelijk te kunnen maken, dat deze maatregel proportioneel was en dat hij, alvorens daartoe te besluiten, voldoende onderzoek heeft verricht.

Aan de besluitvorming van verweerder liggen ten grondslag de Nota Frequentiebeleid uit 2005, de resultaten van de evaluatie van de 2,6 GHz-band veiling, een consultatie van de ontwerp-Strategische Nota mobiele communicatie in september 2010, de definitieve Strategische Nota van december 2010 (bijlage bij Kamerstukken II 2010/11, 24 095, nr. 264) en diverse onderzoeken zoals een onderzoek van SEON uit 2007 over de verdeling van TDAB-, 2,6 GHz- en FM-/AM-frequenties, een onderzoek van DotEcon (Auction model and electronic system for the Dutch 2.6 GHz auction, november 2007), een onderzoek van PA Consulting Group van september 2010 naar de verschillen tussen frequentiebanden en de consequenties daarvan, een rapport van Opta uit november 2010 met een analyse van de mobiele communicatiemarkten en de concurrentie daarop, een onderzoek van DotEcon van november 2010 naar de vormgeving van de veiling, een onderzoek van PriceWaterhouseCoopers (PWC) van december 2010 naar de impact van de verschillende beleidsinstrumenten en naar de belangstelling van marktpartijen voor de verschillende beschikbare frequenties, een onderzoek van Creed, onder andere over keuze van een CCA ten opzichte van een SMRA (Advies Veiling van vergunningen 800, 900 en 1800 Mhz, 31 januari 2011) en een nader onderzoek van DotEcon over de CCA veilingvorm (Dutch multi band auction, 17 oktober 2012). Daarnaast heeft verweerder, alvorens daartoe te besluiten, de maatregel van reservering van spectrum voor nieuwkomers ter consultatie voorgelegd aan de marktpartijen.

9.15.1 De Strategische Nota beschrijft de ontwikkelingen voor mobiele communicatie in Nederland en de noodzaak tot het beschikbaar stellen van meer frequentieruimte voor mobiele communicatie vanwege de forse groei van het gebruik en de toekomstige mogelijkheden. Deze nota beschrijft de wijze waarop de overheid omgaat met de uitgifte van de schaarse frequentieruimte voor mobiele communicatie en bevat uitgangspunten voor de verdeling van de frequentieruimte, zoals de omvang van een reservering voor nieuwkomers en de voorwaarden voor de 800 MHz-vergunningen. De nota gaat uitgebreid in op de doelstellingen van het frequentiebeleid. Voorop staat daarin het streven naar effectieve concurrentie. Daarnaast gaat het achtereenvolgens om de continuïteit van de dienstverlening, het bevorderen van nieuwe, innovatieve vormen van dienstverlening en een marktconforme prijsstelling. Verder kent de Strategische Nota een aantal uitgangspunten die leidend zijn geweest bij de gemaakte keuzes in de Regeling, zoals het zo min mogelijk interveniëren door de overheid, het door de markt zelf laten bepalen hoeveel spelers er moeten komen, lage toetredingsdrempels voor nieuwkomers en een zo efficiënt mogelijke allocatie van spectrum, waaronder ook het voorkomen dat spectrum onverdeeld blijft (noodremprocedure). De rechtbank constateert dat naast een reservering van frequentieruimte voor een nieuwkomer er geen beperkende maatregelen zijn genomen bij het veilen van laag spectrum.

Over de Strategische Nota heeft overleg plaatsgevonden met de Tweede Kamer. Daarin werd voornamelijk gesproken over het vrijmaken van de 800 MHz-band, de reservering van vergunningen voor nieuwkomers, de mogelijkheid van spectrumcaps en de verplichting tot ingebruikname van de te veilen vergunningen. Op kamervragen of spectrumcaps of het aanbieden van pakketten geen beter idee zou zijn, heeft verweerder geantwoord dat dit onwenselijk was omdat dit de vrijheid van marktpartijen te veel zou beperken, terwijl de overheid in deze veiling zo min mogelijk wilde interveniëren.

Om als overheid zo min mogelijk te interveniëren heeft de Strategische Nota als uitgangspunt dat er geen maatregelen worden getroffen om bestaande marktpartijen te stimuleren dan wel te beperken in het aantal te verwerven vergunningen.

9.15.2 Verweerder heeft daarnaast meegewogen dat in het door Opta verrichte onderzoek is geconcludeerd dat er sprake is van daadwerkelijke concurrentie op de mobiele communicatiemarkt, maar dat daar wel een risico bestaat op stilzwijgende coördinatie van marktgedrag en het ontstaan van een collectieve aanmerkelijke marktmacht. Opta heeft geadviseerd om het frequentiebeleid zo in te richten dat toetreding van potentiële nieuwkomers mogelijk is.

9.15.3 Uit het onderzoekrapport van PA Consulting Group blijkt voorts dat het hebben van lage frequenties (onder de 1 GHz) van essentieel belang wordt geacht voor een aanbieder die gericht is op de massamarkt en die landelijke dekking wil bieden. Daarbij geeft PA Consulting aan dat een dergelijke aanbieder bij het niet hebben van laag spectrum een nadeliger positie ten opzichte van andere aanbieders zal hebben bij het effectief kunnen aangaan van de concurrentie met de zittende operators. De achtergrond hiervan is dat signalen op lage frequenties verder reiken en gemakkelijker door muren dringen

dan die op hogere frequenties. Lage frequenties zijn dus van groot belang om dekking te kunnen bieden in dichtbebouwde omgevingen en rurale gebieden. Hoewel ook daar dekking kan worden geboden met hogere frequenties is dat een stuk kostbaarder, waardoor een nieuwkomer minder kostenefficiënt zijn netwerk zal kunnen uitrollen, hetgeen weerslag zal hebben op de economische levensvatbaarheid van de nieuwkomer.

9.15.4 In het onderzoek van PWC is verder geconcludeerd dat de drie bestaande marktpartijen voldoende sterk staan om laag spectrum te bemachtigen in de komende veiling. Verweerder heeft op grond van deze onderzoeksbevindingen geen noodzaak gezien om de bestaande marktpartijen te helpen in hun mogelijkheden om frequentieruimte te bemachtigen door een maximum te stellen aan de hoeveelheid te verwerven frequentieruimte per marktpartij (een zogenaamde spectrumcap).

9.15.5 Verweerder stelt zich op het standpunt dat het Nederlandse beleid tot het bevorderen van de mededinging aansluit bij het beleid dat in vele andere Europese landen wordt gevolgd. Het Nederlandse frequentiebeleid, zoals mede vastgelegd in de Strategische Nota en in de Regeling, valt (ruim) binnen de bandbreedte van gebruikelijke Europese beleidskeuzes. Verweerder heeft dit standpunt met voorbeelden nader onderbouwd. Eiseressen hebben hier geen steekhoudende argumenten tegenin gebracht die hieraan doen twifelen.

9.16 De rechtbank is van oordeel dat eiseressen er niet in zijn geslaagd om feiten en omstandigheden aan te wijzen die doen twifelen aan de juistheid van de onderzoeksconclusies die hiervoor onder 9.15.2 t/m 9.15.4 zijn opgenomen en op basis waarvan verweerder, gezien haar beleid zoals besproken onder 9.15.1, is gekomen tot het reserveren van laag spectrum. Zoals verweerder terecht heeft opgemerkt is van de kant van eiseressen, en in het geval van Vodafone bij monde van Frontier Economics, weliswaar het standpunt ingenomen dat verweerder andere typen onderzoek had moeten verrichten dan zij reeds heeft laten verrichten, doch door eiseressen is niet aannemelijk gemaakt dat de door verweerder gemaakte keuze voor de reservering van 2 x 10 Mhz laag spectrum niet gemaakt had kunnen worden op basis van de aanwezige onderzoeksrapporten, mede gelet op zijn ruime beleidsvrijheid terzake, en dat die keuze onrechtmatig zou zijn. De rechtbank neemt daarbij ook in aanmerking dat in het 800 MHz spectrum in totaal zes keer 10 MHz gepaard spectrum beschikbaar was, en het voor een nieuwkomer gereserveerde deel een derde deel van dit beschikbare spectrum betrof.

De rechtbank ziet voorts geen enkele aanleiding om te komen tot de conclusie dat, zoals door Vodafone en KPN is betoogd, verweerder bij de heroverweging in bezwaar niet, zoals de hoofdregel luidt, een beoordeling ex-nunc zou hebben moeten verrichten doch een toetsing ex-tunc, teruggaand naar het moment waarop de Regeling tot stand is gekomen.

De stelling van KPN dat MVNO's niet onder de definitie van nieuwkomers zouden mogen vallen, komt er op neer dat KPN stelt dat MVNO's eigen klanten kunnen werven via de netwerken van de bestaande partijen en daarom als gelijkwaardige concurrenten van de drie bestaande partijen aan te merken zijn.

Artikel 1, aanhef en onder b, van de Regeling geeft als definitie van een nieuwkomer: de aanvrager die op het in artikel 9, eerste lid [...], genoemde tijdstip geen vergunninghouder is van een of meer vergunningen voor frequentieruimte binnen het bereik van 880-915 MHz en 925-960 MHz en die ook geen deel uitmaakt van een groep waarvan een of meer leden vergunninghouder zijn van een of meer vergunningen voor frequentieruimte binnen het bereik van 880-915 MHz en 925-960 MHz. Een MVNO valt onder deze definitie omdat zij niet over een vergunning voor laagfrequent spectrum (800-900 MHz) beschikt. Naar het oordeel van de rechtbank heeft verweerder, met name door te wijzen op het onderzoek van PA Consulting, genoegzaam aannemelijk gemaakt dat van gelijkwaardigheid in de concurrentiepositie tussen partijen die over zowel laag als hoog frequentiespectrum beschikken en partijen die (nog) enkel over hoog frequentiespectrum beschikken (zoals dat bij Telez het geval was) geen sprake was. De definitie in artikel 1, aanhef en onder b van de Regeling is niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel, zodat de Regeling ook op dit punt de terughoudende rechterlijke toetsing doorstaat.

Van onrechtmatige staatssteun is naar het oordeel van de rechtbank evenmin sprake. De reservering voor nieuwkomers is in het belang van het bevorderen van de concurrentie op de mobiele communicatiemarkt en verweerder heeft gemotiveerd uiteengezet dat en waarom

hij tot het door hem in de Regeling neergelegde onderscheid tussen nieuwkomers en bestaande spelers op de markt heeft kunnen komen.

De rechtbank komt tot de conclusie dat verweerder zijn beleidsmatige keuzes in verband met de reservering met de door hem daaraan ten grondslag gelegde onderzoeken en de consultatie van marktpartijen zorgvuldig heeft voorbereid.

De rechtbank is voorts van oordeel dat verweerder met de genoemde onderzoeksrapporten genoegzaam heeft onderbouwd waarom hij tot de gemaakte keuzes is gekomen en dat, in het belang van het door hem nagestreefde doel van een doelmatig efficiënt gebruik van frequenties, de reservering voor nieuwkomers de concurrentie, de continuïteit van de dienstverlening, innovatie en marktconforme prijsstelling bevordert. De reservering voor nieuwkomers van 2 x 10 MHz spectrum in de 800 MHz-band in deze veilingprocedure kan de terughoudende rechterlijke toets doorstaan.

Nu ook niet gebleken is dat de reservering voor nieuwkomers zoals die is uitgewerkt in de Regeling in strijd is met de in artikel 7, derde lid, van de Machtigingsrichtlijn gestelde eisen van objectiviteit, transparantie, non-discriminatie en evenredigheid, is van onverbindendheid van artikel 2, derde lid, van de Regeling geen sprake.

Gelet hierop ziet de rechtbank in hetgeen KPN heeft aangevoerd geen grond voor het oordeel dat de reservering voor nieuwkomers in strijd is met de doelstellingen van het Unierecht ter zake. Uit hetgeen is overwogen over de reservering volgt dat deze noodzakelijk is om het daarmee nagestreefde doel te verwezenlijken maar niet verder gaat dan nodig is. Het beroep op artikel 52, eerste lid, van het Handvest kan dan ook niet slagen.

[...]

Vergunningen

10.1 Verweerder heeft bij besluiten van 2 januari 2013, gewijzigd bij besluiten van 15 januari 2013 en 4 maart 2013, op grond van artikel 3,3 Tw (oud) vergunningen verleend ten behoeve van frequentieruimte voor het aanbieden van elektronische communicatiediensten aan Vodafone (9 vergunningen), T-Mobile (15 vergunningen), KPN (15 vergunningen) en Tele2 (2 vergunningen).

[...]

10.4 De rechtbank stelt allereerst vast, zoals ook ter zitting nadrukkelijk met partijen is besproken, dat Vodafone, T-Mobile en KPN geen wijziging willen van de aan deze partijen verleende vergunningen. Vodafone en KPN hebben aangegeven dat zij de veilingresultaten en de toedeling van de vergunningen op basis daarvan in stand willen laten en dat zij met hun beroepen alleen een wijziging van de voor de vergunningen betaalde prijs beogen.

Zij willen van de rechtbank een declaratoire uitspraak waarin wordt vastgesteld dat het gebruikte veilingmodel onrechtmatig is, welke uitspraak huns inziens als basis kan dienen voor door hen te starten civielrechtelijke schadeclaimprocedures. Daarnaast wil Vodafone tevens met haar beroepen bereiken dat de aan Tele2 verstrekte vergunningen worden ingetrokken dan wel dat Tele2 een hogere financiële vergoeding moet betalen voor de aan haar verleende vergunningen.

10.5 Vodafone, KPN en T-Mobile hebben tegen de aan henzelf gerichte besluiten tot niet-ontvankelijkverklaring van hun bezwaren tegen de aan de andere eiseressen verleende vergunningen beroep ingesteld. Zij stellen dit gedaan te hebben ter behoud van rechten.

De rechtbank is van oordeel dat deze beroepen van Vodafone, KPN en T-Mobile niet-ontvankelijk zijn wegens het ontbreken van procesbehang. Nu zij niet beogen de rechtsgevolgen van de bestreden besluiten aan te tasten, is het met de procedures maximaal mogelijke al bereikt (vgl. Cbb 22 juni 2010, ECLI:NL:CBB:2012:BW9145).

[...]

10.6 De rechtbank overweegt verder dat hetgeen eiseressen met hun beroepen inzake de aan henzelf verleende vergunningen en de aan Tele2 verleende vergunningen trachten te bereiken, een declaratoire uitspraak van de bestuursrechter, gelet op het toepasselijke wettelijke systeem, niet mogelijk is. Indien de rechtbank tot het oordeel zou komen dat, zoals eiseressen betogen, verweerder er in redelijkheid niet tot had kunnen besluiten het door haar gehanteerde veilingmodel te gebruiken, betekent dit dat de rechtbank tot vernietiging zal dienen te komen van de thans voorliggende bestreden besluiten. Dit

heeft onvermijdelijk gevolgen voor de uitkomst van de veiling met in het meest vergaande geval de mogelijkheid dat verweerder besluit tot een nieuwe frequentievergunningverdeling. Het door eiseressen voorgestane resultaat van de beoordeling door de rechtbank, inhoudende dat de prijzen die eiseressen hebben betaald voor de aan hen verleende vergunningen worden verlaagd, kan niet worden bereikt zonder dat daar een volledige nieuwe heroverweging door verweerder aan ten grondslag ligt.

De rechtbank zal thans over gaan tot een inhoudelijke behandeling van de beroepsgronden.

[...]

10.9 De rechtbank gaat hierna in op het wettelijke kader van de veiling, de wijze van toetsing, de keuze voor de veilingvariant en de invulling van de veiling in de Regeling. De beroepsgronden van Vodafone en KPN worden daarbij gedeeltelijk gezamenlijk en gedeeltelijk apart behandeld.

10.10 De frequentievergunningen zijn verdeeld door middel van een veiling. Het daarbij gehanteerde veilingmodel is geregeld in de Regeling. Het betreft algemeen verbindende voorschriften waartegen geen bezwaar en beroep openstaan. Dit staat er echter niet aan in de weg dat de rechtmatigheid van deze voorschriften exceptief getoetst kunnen worden in het kader van de procedure tegen een op deze algemeen verbindende voorschriften gebaseerd concreet besluit. In het geval van het veilingmodel dient deze toetsing plaats te vinden in het kader van de verleende Vergunningen.

Op grond van artikel 3,3 van de Tw (oud) kan verweerder op aanvraag een vergunning verlenen voor het gebruik van frequentieruimte. Op grond van artikel 8.8 van het Fb (oud) kan bij ministeriële regeling, in het kader van de behandeling van een aanvraag van een vergunning, regels worden gesteld over de toepassing en uitvoering van de veiling. Voor het wettelijk kader verwijst de rechtbank verder naar hetgeen daarover door de voorzieningenrechter in diens uitspraak van 25 oktober 2012 (ECLI:NL:RBROT:2012:BY2637) is overwogen.

10.11 Terzake van de vraag of verweerder de juiste keuze heeft gemaakt door de veiling op basis van de Nederlandse CCA-veilingmethode plaats te laten vinden, stelt de rechtbank voorop dat aan de regelgever een zeer grote vrijheid toekomt om een regeling naar eigen inzicht inhoud te geven. Dit betekent dat het in deze procedure niet om de wetenschappelijke discussie gaat of (achteraf gezien) met betrekking tot de inrichting van de veiling andere of wellicht betere keuzes gemaakt hadden kunnen worden, maar of verweerder in redelijkheid tot de gemaakte keuzes heeft kunnen komen (vgl. Cbb 24 mei 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW7152, en Cbb 4 april 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BA2169).

10.12 De veiling heeft volgens de uitgangspunten van een Combinatorial Clock Auction (CCA, ook wel combinatorische klokveiling) plaatsgevonden (artikelen 24 tot en met 42 van de Regeling). Combinatorisch betekent dat op willekeurige pakketten van verschillende frequentiebanden geboden kan worden. Klok houdt in dat de prijs stapsgewijs omhoog gaat naarmate de veiling vordert. In volgorde van prioriteit zijn de veilingdoelstellingen: lage toetredingsdrempels (kansen voor nieuwkomers), efficiënte allocatie (vergunningen moeten bij die partijen komen die er de meeste waarde mee weten te creëren en te verwerven spectrum dient zo veel mogelijk aaneengesloten te zijn) en realistische veilingopbrengst (marktconforme prijszetting en voorkomen 'winner's curse', onder meer door het hanteren van de 'tweede prijsregel'). Verder dient het veilingmodel te borgen dat de veiling efficiënt en praktisch uitvoerbaar is, er zo veel mogelijk samenspanning door partijen (collusie) of strategisch inkoopgedrag wordt vermeden, alsook zo veel mogelijk transparantie en keuzevrijheid tijdens het biedproces voor en aan de deelnemers wordt geboden (toelichting op de Regeling, Stcrt. 2012, 392, paragraaf 5.1).

De hoofdfase van de veiling bestaat uit twee fasen: primaire biedronden waarbij de veilingmeester de prijzen laat stijgen zolang de vraag naar vergunningen groter is dan het aanbod. Daarna is er een aanvullende biedronde waarbij iedereieder de kans krijgt om op alle pakketcombinaties waar hij in geïnteresseerd is een bod uit te brengen. De aanvullende biedronde is in de visie van verweerder belangrijk voor het bereiken van de meest efficiënt mogelijke verdeling. De primaire biedronden dienen ertoe om deelnemers informatie te verschaffen over de relatieve prijzen van de verschillende categorieën van vergunningen en dragen bij aan het voorkomen van de winner's curse. In de primaire biedronden kan namelijk worden gezien hoe de totale vraag zich ontwikkelt naarmate de prijzen stijgen. Zo verkrijgen de



deelnemers informatie van de relatieve prijzen van de verschillende vergunningen waardoor zij niet te veel gaan bieden. De laatste ronde in de veiling is de toewijzingsbiedronde, waarin wordt bepaald hoe het beschikbare spectrum in de verschillende frequentiebanden zal worden verdeeld tussen de winnende bidders.

10.13 Verweerder heeft zijn keuze voor het CCA-model gebaseerd op twee externe rapporten die ook ten grondslag hebben gelegen aan de 2,6 GHz-veiling, te weten het 'Auction model and electronic system for the Dutch 2.6 GHz auction' van DotEcon van november 2007 en 'het Advies over de verdeling van TDAB-, 2,6 GHz-, en FM/AM-frequenties' van SEOR van juni 2007. Het Center for Research in Experimental Economics and political Decisionmaking (Creed heeft op 31 januari 2011 een rapport uitgebracht waarin de keuze voor het veilingmodel is beoordeeld in het licht van de veilingdoelstellingen: lage toetredingsdrempels, efficiënte allocatie en een realistische veilingopbrengst. Creed heeft de keuze voor het CCA-model gerechtvaardigd geacht. Het CCA-model is als basis gebruikt voor de ontwerp-Regeling die op 11 februari 2011 werd geconsulteerd. Naar aanleiding van de reacties van marktpartijen, wensen van de Tweede Kamer, nieuwe inzichten na onder andere vergelijkbare veilingen in het buitenland is het concept op punten aangepast. Zo was in de ontwerp-Regeling nog een absolute cap rule verwerkt. In de definitieve Regeling is dit, op verzoek van marktpartijen, een relative cap rule geworden.

De rechtbank is van oordeel dat verweerder, alvorens zijn keuze te maken voor dit model, zorgvuldig onderzoek heeft laten verrichten en op zorgvuldige wijze is omgegaan met het commentaar op de ontwerp-Regeling.

10.14 Bij de beoordeling van de beroepsgronden neemt de rechtbank in aanmerking dat het CCA-model een model in ontwikkeling is en dat de beoordeling van de keuze die verweerder in 2011 voor dit model heeft gemaakt moet worden gezien en beoordeeld in het licht van het feit dat die keuze is gemaakt met de op dat moment bestaande kennis van de verschillende modellen. Toen de minister eind 2011 de keuze maakte voor het CCA model, werd op alle mogelijke veilingmodellen kritiek geuit. De rechtbank ziet in hetgeen op dit punt is aangevoerd, dat bij de feitelijke start van de veiling op 31 oktober 2012 kritiek op het CCA model bekend was, en dat in 2012 ervaring was opgedaan met het CCA model in Zwitserland, op zichzelf onvoldoende zwaarwegende aanknopingspunten dat verweerder reeds daarom zijn keuze vlak voor de start van de veiling had moeten heroverwegen, laat staan dat verweerder rekening kon houden met de uitkomst van de Oostenrijkse veiling in 2013. Dat, zoals door verweerder ter zitting zelf is gesteld, met de kennis van nu, verweerder wellicht (nog) meer zekerheden in het veilingmodel zou hebben ingebouwd om bepaalde risico's te ondervangen, brengt nog niet met zich mee dat reeds om die reden toentertijd de keuze voor het CCA-model niet gemaakt had mogen worden.

10.15 De rechtbank kan Vodafone volgen in het betoog dat het enkele feit dat de door Vodafone gestelde risico's van het veilingmodel zich niet hebben voorgedaan, niet met zich brengt dat Vodafone dus zonder meer geen procesbelang meer heeft bij een beoordeling van haar gronden tegen het veilingmodel. Verweerder heeft echter naar het oordeel van de rechtbank in het verweerschrift alsnog genoegzaam gemotiveerd dat de door Vodafone in beroep gestelde fouten in het veilingmodel de gevolgen zijn van door verweerder in redelijkheid gemaakte keuzes ten behoeve van het behalen van de verschillende doelstellingen met de veiling. Het is niet onredelijk dat verweerder het standpunt inneemt dat een biedverplichting op gereserveerde vergunningen de mogelijkheden en flexibiliteit voor nieuwkomers ernstig zou belemmeren en dat de verplichte zekerstelling, waaraan ook kosten verbonden zijn, voldoende waarborg bood om te voorkomen dat een nieuwkomer niet alleen zou meedoen om de prijs op te drijven. Ook is niet onredelijk dat verweerder de noodremprocedure (artikel 3 tot en met 7 van de Regeling) voldoende acht om te voorkomen dat gereserveerd spectrum onverdeeld blijft. Verweerder onderschrijft dat prijsverschillen kunnen ontstaan tussen kavels in de 900 MHz band met veel en met weinig voorkeursfrequenties in de grensstreek. Dit verschil in waardering kan een deelnemer aan de veiling in de toewijzingsbiedronde verdisconteren, aldus verweerder. De rechtbank ziet niet in hoe daardoor de keuze voor het veilingmodel de redelijkheidstoets niet zou kunnen doorstaan. De vierde en laatste fout die Vodafone noemt, betreft de aaneengeslotenheid van de kavels in de 900 MHz band. De rechtbank is van oordeel dat verweerder met het oog op betere toepassing van breedbandige technieken op de middellange- en langere termijn in redelijkheid heeft kunnen kiezen voor aaneengeslotenheid van deze kavels. Hetgeen Vodafone heeft aangevoerd leidt niet tot de conclusie dat de keuze voor het veilingmodel

onzorgvuldig is geweest.

10.16 KPN heeft haar betoog dat de risico's op strategisch biedgedrag dermate groot en ook bekend waren, in beroep onderbouwd met twee rapporten. In de notitie "Gaming in Combinatorial Clock Auctions" (januari 2013) wordt beschreven dat bidders niet alleen geïnteresseerd zijn in het spectrum dat zij zelf winnen, maar dat zij ook geïnteresseerd zijn in wat concurrenten voor het verworven spectrum betalen. Ook wordt benadrukt dat budgetbeperkingen een belangrijke rol spelen bij de biedingsstrategie. De rapportage "CCA: wat zijn de risico's op strategisch biedgedrag?" van 19 juni 2014 is een reactie op een rapport van DotEcon van 27 mei 2014, waarin, in reactie op het door KPN ingebrachte rapport van januari 2013, gemotiveerd is aangegeven dat strategisch bieden in een CCA-veiling riskant is. De rechtbank merkt op dat de door KPN ingebrachte rapportage van 19 juni 2014 een meer algemeen/theoretisch betoog bevat, dat volgens de rechtbank te weinig is toegespitst op de specifieke omstandigheden van de onderhavige veiling. Er wordt weliswaar een aantal risico's genoemd die aan het door verweerder gekozen CCA-model zouden kleven, maar onduidelijk blijft hoe groot die risico's zijn en waarom en in hoeverre deze in de voorliggende veiling met de door verweerder getroffen maatregelen onvoldoende worden ondervangen. De conclusie in het rapport over het risico van prijsopdrijving lijkt daarbij gebaseerd op de redenering dat het gebruikte veilingmodel het risico in zich bergt van prijsopdrijving en dat zich prijsopdrijving heeft voorgedaan nu, aldus het rapport, gebleken is dat de prijs te hoog is. Niet duidelijk is waarop de constatering dat de prijzen te hoog zijn geweest, is gebaseerd. Noch het enkele feit dat de deelnemers aan de veiling achteraf stellen dat zij een te hoge prijs hebben moeten betalen, is daarvoor voldoende, noch dat in Nederland de prijs, omgerekend naar hoofd van de bevolking, relatief hoog is in vergelijking met andere landen. De marktsituatie behoeft immers niet dezelfde te zijn. De constatering dat de veiling in Nederland hogere prijzen heeft opgebracht dan in buurlanden waar soortgelijke frequenties zijn geveild, is dus niet noodzakelijkerwijs een indicatie dat het voor de veiling in Nederland gebruikte CCA-model niet deugt.

Dat in de loop van de tijd de kritiek op het CCA-model aangezwollen is, zoals Janssen beschrijft, maakt daarbij niet uit, aangezien verweerder niet te verwijten valt dat hij bij de keuze voor het CCA model eind 2011 de stand van de wetenschap van dat moment in aanmerking heeft genomen. Verweerder is bij de keuze van het CCA-model ervan uitgegaan dat de deelnemers aan de veiling op basis van oprecht biedgedrag zouden bieden en naar het oordeel van de rechtbank heeft verweerder dat ook in redelijkheid kunnen doen. Dat later na nader onderzoek is gebleken dat zich ook in een CCA-veiling (net als bij andere veilingen) risico's op strategisch biedgedrag kunnen voordoen, betekent niet dat het onredelijk is dat verweerder eind 2011 voor de vorm van een CCA-veiling heeft gekozen. De rechtbank neemt daarbij in aanmerking dat de CCA-veiling, voordat verweerder de keuze voor het model maakte, ook in andere Europese landen als veilingmodel is gebruikt.

Ten aanzien van de stelling dat de veilingdeelnemers gedwongen waren om (te) hoog te bieden om te voorkomen dat concurrenten te weinig zouden gaan betalen voor de door hen te verwerven frequenties, merkt de rechtbank op dat dit bieden geacht moet worden voort te komen uit rationele keuzes die ieder van de veilingdeelnemers, met inachtneming van haar eigen business case, maakt en geen aanleiding vormt om het veilingmodel voor onrechtmatig te houden. De rechtbank kan niet inzien hoe het betoog van KPN dat partijen met een ruimer budget onevenredig worden bevoordeeld ten opzichte van partijen met een meer gelimiteerd budget kan leiden tot de conclusie dat de keuze voor het veilingmodel jegens KPN onrechtmatig is geweest, nu de twee meest betalende deelnemers aan de veiling, waaronder KPN, vrijwel gelijke bedragen in de veiling hebben besteed (beiden ruim 1,3 miljard euro). Ten aanzien van het betoog met betrekking tot het ten onrechte niet opnemen van een final price cap rule in het veilingmodel volgt de rechtbank het betoog van verweerder dat uit het rapport van DotEcon blijkt dat een dergelijke regel juist ook in de hand mag werken dat strategisch laag wordt geboden, zodat het ene risico van een onjuiste veilinguitkomst door een andere zou worden vervangen.

10.17 Over het door KPN gestelde gebrek aan transparantie gedurende de veilingprocedure is de rechtbank van oordeel dat verweerder, vanuit de overweging dat op zichzelf zo veel mogelijk transparantie voor de deelnemers aan de veiling wenselijk is, maar dat collusie niet in de hand mag worden gewerkt en dat nieuwkomers niet op achterstand moeten worden gezet, in redelijkheid ervoor heeft kunnen kiezen de individuele deelnemers niet de mogelijkheid te bieden de software vooraf en het handelen van de veilingmeester tijdens de veiling

te laten controleren. Dit nog afgezien van de praktische problemen die een dergelijke controlemogelijkheid zou opleveren, bijvoorbeeld voor de voortgang van de veiling. Deelnemers hebben de mogelijkheid de rechtmatigheid van de veiling achteraf te laten beoordelen en dat is voor controle op de voor de veiling gebruikte software en op het handelen van de veilingmeester voldoende.

10.18 KPN voert aan dat de totaalprijs van de vergunningen van Telez te laag is vastgesteld, zodat KPN, bezien in relatie tot de door Telez betaalde prijs, te veel heeft moeten betalen voor haar vergunningen. In wezen richt deze grond zich tegen de betaalde prijs voor het gereserveerde kavel. In r.o. 9.16 is de rechtbank tot de conclusie gekomen dat verweerder in redelijkheid voor een reservering heeft kunnen kiezen. De rechtbank merkt verder op dat Telez voor de twee vergunningen van Kavel A1 ruim 160 miljoen euro heeft betaald. De reserveprijs voor ieder van deze vergunningen bedroeg 35 miljoen euro (artikel 26 van de Regeling). Voor zover KPN met haar grond beoogt te betogen dat verweerder in strijd met het gelijkheidsbeginsel heeft gehandeld door deze prijs te accepteren, is de rechtbank van oordeel dat deze grond faalt, aangezien er sprake is van een wezenlijke ongelijkheid tussen gereserveerd en niet gereserveerd kavel, en dus de situatie van Telez en die van KPN niet gelijk te stellen is.

10.19 Verweerder heeft bij zijn keuze in aanmerking genomen dat het voor de deelnemers aan de veiling gaat om grote belangen (het bezit van vergunningen voor gebruik van frequenties is wezenlijk voor het voortbestaan van de onderneming) en om grote bedragen (vergelijk de reserveprijzen). In het veilingmodel is een mechanisme ingebouwd om een winner's curse in te dammen, aangezien uiteindelijk niet de hoogste, maar de op een na hoogste prijs moest worden betaald. In die zin heeft verweerder dus uitdrukkelijk niet gekozen voor een veilingmodel waarbij een zo hoog mogelijke opbrengst leidend is geweest. Dat een veilingopbrengst die de marktwaarde van de frequentievergunningen weerspiegelt wel één van de redenen voor de keuze voor de CCA als veilingvorm is geweest, acht de rechtbank niet onredelijk.

10.20 De rechtbank is van oordeel dat verweerder in redelijkheid heeft kunnen kiezen voor het door hem bij de veiling gebruikte veilingmodel. De rechtbank ziet geen aanleiding voor het oordeel dat de Regeling op dit punt in strijd is met hogere regelgeving. Gelet op het voorgaande ziet de rechtbank in wat partijen hebben aangevoerd geen reden om te concluderen tot onverbindendheid van de Regeling. De gronden van Vodafone en KPN tegen de aan henzelf verleende Vergunningen en de Vergunningen Telez slagen niet.

[...]

11. De rechtbank komt in de beroepen met zaaknummers ROT 12/1311 en 12/4513 tot een gegrondverklaring van de beroepen van Vodafone, evenwel op andere gronden dan door Vodafone is aangevoerd. Zoals onder r.o. 6.6 en 7.6 is overwogen had verweerders heroverweging van het Bekendmakingbesluit en het Vaststellingsbesluit terzake bepaalde door Vodafone aangevoerde bezwaargronden tot de conclusie van ongrondverklaring en niet niet-ontvankelijkheid moeten leiden. Omdat de rechtbank het beroep in die zaken gegrond verklaart, bepaalt de rechtbank dat verweerder Vodafone het door haar betaalde griffierecht vergoedt.

12. [...]

Beslissing

De rechtbank

- verklaart de beroepen van Vodafone met zaaknummers ROT 13/6849, 13/6852, 13/6974, 13/6976, 13/6977, 13/6978, 13/6979, 13/6980, 13/6982, 13/6983, 13/6984, 13/6985, 13/6986, 13/6987, 13/6991, 13/6992, 13/6993, 13/6995, 13/6996 en 14/94 niet-ontvankelijk,
- verklaart de beroepen van Vodafone met zaaknummers ROT 13/6844, 13/6845, 13/6846, 13/6847, 13/6848, 13/6850 en 13/6851 ongegrond,
- verklaart de beroepen van Vodafone met zaaknummers ROT 12/3111 en 12/4513 gegrond voor zover deze zien op de gedeeltelijke niet-ontvankelijkverklaring van de bezwaren van Vodafone en bepaalt dat deze bezwaren alsnog ongegrond worden verklaard, en verklaart deze beroepen voor het overige ongegrond,
- verklaart de beroepen van T-Mobile met zaaknummers ROT 13/6931, 13/6932, 13/6935, 13/6936, 13/6937, 13/6938, 13/6939, 13/6940, 13/6941, 13/6942, 13/6943, 13/6965, 13/6966, 13/6967, 13/6968, 13/6969, 13/6970, 13/6971, 13/6972 en 13/6973 niet-ontvankelijk,

- verklaart de beroepen van T-Mobile met zaaknummers 12/3112, 12/4200, 13/6924, 13/6926, 13/6927, 13/6928, 13/6929, 13/6930 en 13/6933 ongegrond,
- verklaart de beroepen van KPN met zaaknummers 13/7009, 13/7011, 13/7015 en 13/7016 niet-ontvankelijk,
- verklaart de beroepen van KPN met zaaknummers 12/4448, 13/7007, 13/7008, 13/7012, 13/7014 en 13/7017 ongegrond,
- bepaalt dat verweerder aan Vodafone het betaalde griffierecht in de procedures met zaaknummers ROT 12/3111 en 12/4513 van € 620,- (2x € 310,-) vergoedt;
- veroordeelt verweerder in de proceskosten in de procedures met zaaknummers ROT 12/3111 en 12/4513 tot een bedrag van € 5.844,-, te betalen aan Vodafone.

Deze uitspraak is gedaan door mr. A.I. van Strien, voorzitter, en mr. C.A. Schreuder en mr. J.M.W. van de Sande, leden, in aanwezigheid van mr. M.B. van Zantvoort, griffier.

Noot

Johan Wolswinkel

Inleiding

Twee jaar geleden leverde de zogeheten 4G- of multibandveiling de Staat een recordbedrag van € 3,8 miljard op. Vier marktpartijen slaagden erin frequentieruimte te verwerven, waaronder naast de zittende partijen KPN, T-Mobile en Vodafone ook nieuwkomer Telez. Die uitkomst mocht op basis van de gekozen veilingopzet geen verrassing heten, omdat die expliciet voorzag in het reserveren van bepaalde frequentieruimte voor nieuwkomers: twee vergunningen in de 800 MHz-band en één vergunning in de 900 MHz-band (zie uitgebreider over deze veilingopzet C.J. Wolswinkel, 'De multiband-veiling: nieuwe ronde, nieuwe kansen', *Mediaforum* 2012-10, p. 306-315, en voor een recente evaluatie van de multibandveiling *Kamerstukken II* 2014/15, 24 095, nr. 373).

De herverdeling van frequentieruime die reeds eerder is verdeeld, zoals in dit geval in 1995 en 1998, leidt tot nieuwe rechtsvragen. Enerzijds houden die verband met de zogeheten 'transitie' van oude naar nieuwe vergunningen. Anderzijds hebben die vragen betrekking op de verhouding tussen zittende partijen en nieuwkomers. Gelet op dit laatste ligt deze uitspraak in de lijn van eerdere rechterlijke uitspraken over de 2,6 GHz-veiling die in 2010 werd gehouden (zie Vzr. Rb. Rotterdam 16 april 2010, *Mediaforum* 2010-5, 13 m.nt. C.J. Wolswinkel; Rb. Rotterdam 2 november 2011, *Mediaforum* 2012-2, nr. 3 m.nt. C.J. Wolswinkel en CBB 24 mei 2012, *AB* 2013, 66, m.nt. C.J. Wolswinkel). In de 2,6 GHz-veiling was echter sprake van een individuele cap, die inhield dat elke aanvrager slechts een beperkte hoeveelheid frequentieruimte kon verwerven. Bovendien werd bij zittende partijen bepaalde reeds eerder verworven frequentieruimte in mindering gebracht op dit maximum, waardoor zij minder frequentieruimte konden verwerven dan nieuwkomers en de toetreding van nieuwkomers was verzekerd. In de multibandveiling is daarentegen gekozen voor het reserveren van bepaalde vergunningen voor nieuwkomers. Het is niet verrassend dat in deze uitspraak van de rechtbank Rotterdam, twee jaar na afloop van de veiling, juist deze beleidskeuze centraal staat in de procedures die door de zittende partijen zijn aangespannen.

De uitspraak biedt echter niet alleen inzicht in de rechterlijke toetsing van de gekozen veilingopzet, maar geeft ook een aardig inkijkje in het aanvraaggedrag en procedeedrag van marktpartijen, hoewel de biedgegevens geheim blijven (zie Rb. Rotterdam 13 mei 2014, *ECLI:NL:RBROT:2014:3670*). Dit inkijkje staat in schril contrast met de uitspraak van de voorzieningenrechter ten tijde van de multibandveiling (Vzr. Rb. Rotterdam 25 oktober 2012, *ECLI:NL:RBROT:2012:BY2637*), die met veel schemerduister was omgeven, ondanks een kennelijke vergissing van de griffier (Vzr. Rb. Rotterdam 25 oktober 2012, *ECLI:NL:RBROT:2012:BY1291*). Gelezen in samenhang met deze bodemuitspraak worden die uitspraak van de voorzieningenrechter en de argumenten die bepaalde partijen destijds hebben aangevoerd, ineens een stuk helderder.

Omdat de huidige bodemuitspraak 68 beroepen behandelt en daarom zeer uitgebreid is, is de weergave van de uitspraak hier beperkt (zie *ECLI:NL:RBROT:2014:7917* voor de volledige versie). Om diezelfde reden worden in deze annotatie slechts enkele onderdelen van de uitspraak (kort) aangestipt en in een breder verband geplaatst. Zo blijft

een regelmatig terugkerende vraag in de uitspraak naar de belanghebbendheid van procespartijen hier verder buiten beschouwing (en zijn de betreffende passages uit de uitspraak hier niet opgenomen.)

Vele besluiten

De eerste vraag is natuurlijk hoe in een en dezelfde uitspraak 68 beroepen kunnen worden behandeld, terwijl slechts drie partijen beroep hebben ingesteld. In dit verband is allereerst van belang dat in het kader van de multibandveiling meerdere besluiten zijn genomen: het Bekendmakingsbesluit, de Veilingregeling, het vaststellingsbesluit, vijf toelatingsbesluiten (deels aangeduid als 'kennisgevingen' in deze uitspraak) en een aantal besluiten tot vergunningverlening. Wanneer elke aanvrager vervolgens niet alleen tegen zijn eigen toelatingsbesluit of verleningsbesluit bezwaar en vervolgens beroep instelt, maar ook tegen dat van concurrerende aanvragers, stijgt het aantal ingestelde beroepen al snel exponentieel.

De rechtbank reduceert direct het aantal beroepen met meer dan de helft (36) tot een nog steeds aanzienlijk aantal van 32. In diverse beslissingen op bezwaar heeft de minister namelijk een bepaald primair besluit, zoals dat tot toelating van een aanvrager tot de veiling of dat tot vergunningverlening aan een deelnemer aan de veiling, gehandhaafd met (dus) voor ieder van de bezwaarmakers dezelfde rechtsgevolgen. Naar het oordeel van de rechtbank is in die gevallen geen sprake van afzonderlijke beslissingen op de afzonderlijke bezwaren, maar van slechts één besluit op meerdere bezwaren, die zijn gericht tegen hetzelfde primaire besluit (r.o. 3.1).

Wat betreft het besluitkarakter van de verschillende beslissingen biedt deze uitspraak weinig nieuws (zie ook de bijdrage van Waszink in dit nummer). Het zogeheten 'bekendmakingsbesluit' wordt al sinds 2001 aangemerkt als een concretiserend besluit van algemene strekking (CBB 18 juli 2001, JB 2001, 236, m.nt. M. Peeters; AB 2002/261, m.nt. G.J.M. Cartigny; *Mediaforum* 2001-9, nr. 36 m.nt. L.J. Wildeboer en meest recent CBB 24 mei 2012, AB 2013, 66, m.nt. C.J. Wolswinkel). Hetzelfde geldt voor het zogeheten vaststellingsbesluit waarin de ontwerpvergunningen worden vastgesteld (CBB 24 mei 2012, AB 2013, 66, m.nt. C.J. Wolswinkel). Daarentegen wordt de Veilingregeling stevast aangemerkt als algemeen verbindend voorschrift, waartegen geen bezwaar en beroep openstaan (CBB 29 maart 2004, AB 2005/293, m.nt. GC, *Mediaforum* 2004-6, nr. 26 m.nt. A.W. Hins; CBB 24 mei 2012, LjN BW7152, AB 2013, 66, m.nt. C.J. Wolswinkel). Waar de oudere jurisprudentie liet zien dat partijen voor de zekerheid toch maar beroep instellen tegen de veilingregeling, laat deze uitspraak zien dat marktpartijen inmiddels al wat zekerder van hun zaak zijn. Alleen T-Mobile heeft blijkens de uitspraak nog zelfstandig bezwaar en beroep ingesteld tegen de Veilingregeling, maar dat beroep ter zitting weer ingetrokken. Dergelijke bezwaren tegen het gekozen veilingmodel zoals neergelegd in de Veilingregeling kunnen hooguit exceptief worden getoetst in het kader van beroep tegen een appellabel besluit. Dat kan bijvoorbeeld de uiteindelijk vergunningverlening op basis van die veilingregeling kunnen zijn (zie r.o. 10.10), maar deze uitspraak laat zien dat Vodafone ook wat zekerder van hun bekendmakingsbesluit en het vaststellingsbesluit probeert om elementen van het veilingmodel te betwisten. Alleen op dit punt behaalt Vodafone een Pyrrhusoverwinning: twee beslissingen op bezwaar worden vernietigd, omdat een bezwaar dat zich niet richt tegen het appellabele besluit, maar in feite tegen een ander besluit, i.c. het bezwaar tegen de reservering van frequentieruimte voor nieuwkomers of tegen het gekozen veilingmodel, ongegrond in plaats van niet-ontvankelijk moet worden verklaard (r.o. 6.6 en r.o. 7.6).

Interessant is dat de voorzieningenrechter voorafgaand aan de multibandveiling de weg van exceptieve toetsing via het appellabele besluit tot vergunningverlening niet kon bewandelen; er waren immers nog geen vergunningen verleend. Daarom oordeelde de voorzieningenrechter dat, indien de Veilingregeling evident ernstige gebreken zou vertonen, bijvoorbeeld wegens strijd met hogere regelgeving, verweerder in redelijkheid niet tot de start van de veiling had kunnen besluiten en dus niet tot bekendmaking daarvan had mogen overgaan ((Vzr. Rb. Rotterdam 25 oktober 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY2637). De exceptieve toetsing van de veilingregeling liep bij de voorzieningenrechter dus nog wel (noodgedwongen) via de band van het bekendmakingsbesluit. Hier snijdt de rechtbank deze weg echter af.

Bekendmakingsbesluit

Het beroep tegen het bekendmakingsbesluit heeft in deze procedure niet betrekking op de gekozen verdelingsprocedure (veiling), maar op het aanvangstijdstip van de veiling. Dit tijdstip zou volgens Vodafone

onzorgvuldig zijn gekozen, omdat er nog geen duidelijk kenbare en definitieve maatregelen waren getroffen voor de overgang (transitie) van de aflopende vergunningen naar de nieuwe vergunningen. Hierdoor zou Vodafone niet in staat zijn geweest haar bod in de veiling optimaal te bepalen.

De rechtbank meent daarentegen dat het tijdstip van de aanvang van de veiling zorgvuldig is gekozen. Enerzijds wist Vodafone voor de aanvang van de veilingprocedure en ruim voor de uiterlijke datum voor het indienen van een aanvraag dat de aflopende vergunningen verlengd zouden worden, terwijl zij al eerder op de hoogte was van de essentie van het verlengingsbeleid van de minister. Voor dit argument lijkt mij zeker iets te zeggen, maar de rechtbank laat hiermee nog onbeantwoord in hoeverre deze (on)zekerheid over verlenging een rol kan spelen in het biedgedrag van veilingdeelnemers. Anderzijds zou een latere start van de veilingprocedure uitstel van de daadwerkelijke veiling betekenen. Dat zou onwenselijk zijn geweest zowel vanuit het oogpunt van continuïteit van dienstverlening als gelet op de vanuit de EU geldende verplichting om per 1 januari 2013 de 800 MHz-band beschikbaar te stellen (r.o. 6.8). Dat laatste valt niet te betwisten, maar de vraag is daarom of de minister het aanvangstijdstip niet eerder had kunnen en moeten vaststellen, omdat in dat geval de onzekerheid over verlengbaarheid niet nodig was geweest.

Vaststellingsbesluit

Deze *timing*-kwesitie komt ook terug in het beroep van KPN tegen het vaststellingsbesluit: de ingangsdatum van de ontwerpvergunningen in de 1800 MHz-band zou onduidelijk zijn geweest. Daarmee wordt een tot op zekere hoogte vergelijkbaar argument als dat van Vodafone aangevoerd tegen een ander appellabel besluit. De rechtbank accepteert echter het verweer van de minister dat het niet mogelijk was om de ingangsdatum van de 1800 MHz-ontwerpvergunningen *meer specifiek* te bepalen in afwachting van de nog lopende (afzonderlijke) verlengingsprocedure. Opmerkelijk is dat de rechtbank hier wel een uitspraak doet over de invloed van deze onzekerheid op het biedgedrag van marktpartijen: niet aannemelijk is dat een dergelijke onzekerheid 'van cruciale invloed' is geweest op de biedingen van KPN (r.o. 7.13). Ook op een ander punt accepteert de rechtbank een zekere mate van onzekerheid. Vodafone is namelijk van mening dat in de vergunningvoorschriften de verantwoordelijkheid voor het voorkomen van interferentieproblemen te eenzijdig bij de vergunninghouders wordt gelegd. Hier legt de rechtbank de bal nadrukkelijk terug bij de vergunninghouders: de keerzijde van het beleid om vergunninghouders veel vrijheid te geven bij de inrichting van hun eigen netwerk is dat de eigen verantwoordelijkheid van de vergunninghouder toeneemt, ook ten aanzien van het voorkomen van interferentieproblemen (r.o. 7.10).

Het grootste bezwaar tegen het vaststellingsbesluit betreft echter de (uniforme) ingebruiknameverplichting. De ingebruiknameverplichting komt per vergunning van 2x5 MHz erop neer dat, althans in de 800 MHz-band, na vijf jaar in 20% van Nederland een openbare elektronische communicatiedienst moet worden aangeboden. Volgens Vodafone is deze ingebruiknameverplichting te licht voor nieuwkomers, omdat voor hen ook al bepaalde vergunningen zijn gereserveerd. De rechtbank, terughoudend toetsend, is echter van oordeel dat dit beleid redelijk is: het opleggen van een ingebruiknameverplichting is een instrument om efficiënt frequentiegebruik te bevorderen, terwijl het opleggen van een *landelijke* uitrolverplichting hiervoor niet nodig is. Bovendien benadrukt de rechtbank dat de ingebruiknameverplichting geen instrument is om de verschillen tussen gereserveerde en niet-gereserveerde vergunningen te compenseren (r.o. 7.9).

Het aardige is dat KPN – anders dan Vodafone – juist aanvoert dat voor *alle* vergunningen, dus niet slechts de voor nieuwkomers gereserveerde vergunningen, landelijke dekking in plaats van 20% had moeten worden voorgeschreven, omdat anders geen optimaal frequentiegebruik wordt gerealiseerd. De rechtbank verwerpt dit argument eveneens: met het voorschrijven van een uitrolverplichting van een beperkte omvang wordt voldoende verzekerd dat de vergunning serieus wordt gebruikt en frequenties efficiënt worden ingezet. Tegelijk worden vergunninghouders hierdoor niet onnodig beperkt in de wijze waarop zij hun business case willen voeren. Interessant is dat de rechtbank hieraan expliciet toevoegt dat geen rechtsregel zich ertegen verzet om in een verdeling die meer dan een decennium later plaatsvindt het beleid aan te passen aan de dan geldende inzichten en technologische ontwikkelingen. Er bestaat dus geen verplichting voor het verdelende bestuursorgaan om steeds dezelfde voorschriften te hanteren (r.o. 7.12).

De rechtbank spreekt zich tot slot uit over de looptijd van de (ontwerp)vergunningen (r.o. 7.14). In dat kader overweegt de rechtbank allereerst dat KPN bij het doen van haar biedingen wist dat de vergunningen voor de duur van zeventien jaar zouden worden verleend, zodat zij daarmee rekening heeft kunnen houden bij haar biedingen. Een verlenging van de vergunningduur achteraf, zonder dat dit verdisconteerd wordt in de uiteindelijk betaalde veilingprijzen, doet volgens de rechtbank af aan een wezenskenmerk van de te veilen vergunning en daarmee aan de opzet van de veiling. Hier wordt de argumentatie naar mijn mening ten onrechte omgedraaid: als achteraf blijkt dat de duur van de vergunning onjuist is vastgesteld, dan kan dat naar mijn mening niet worden gepasseerd met een beroep op de reeds gerealiseerde uitkomst van de veiling. Vervolgens stelt de rechtbank dat het stellen van de vergunningduur op zeventien jaar de terughoudende rechterlijke toetsing doorstaat. Daarvoor acht de rechtbank het zoveel mogelijk gelijkrekken van beslismomenten in de toekomst een voldoende argument. Wat mij betreft kan dat laatste hooguit een aanvullend argument zijn, want de duur van de vergunningen zal primair moeten worden bepaald door de tijd die een vergunninghouder redelijkerwijs nodig heeft om de vergunning rendabel te kunnen gebruiken.

Enigszins in contrast hiermee staat overigens het onlangs gepubliceerde ontwerpbesluit inzake de verlengbaarheid van de in 2000 verleende UMTS-vergunningen. Dit ontwerpbesluit beoogt namelijk verlenging van deze vergunningen mogelijk te maken voor een periode van vier jaar tot eind 2020, juist *halverwege* de looptijd van andere vergunningen (*Stcrt.* 2014, 18889). Het zoveel mogelijk gelijk trekken van beslismomenten in de toekomst is dus kennelijk geen doel dat altijd wordt nagestreefd.

Kennisgevingen/toelatingsbesluiten

Het beroep tegen de toelatingsbesluiten laat duidelijk zien welk strategisch aanvraagdgedrag partijen (moeten) vertonen om bepaalde onderdelen van de veiling te kunnen aanvechten, i.c. de reservering van vergunningen voor nieuwkomers op grond van art. 2a Fb. De aanvragen van T-Mobile en KPN zijn namelijk afgewezen voor zover zij frequentieruimte had aangevraagd die voor nieuwkomers was bestemd, terwijl de aanvraag van Vodafone is afgewezen voor zover zij teveel frequentieruimte had aangevraagd, namelijk ook frequentieruimte voor nieuwkomers. Het advies voor marktpartijen is om dus altijd meer aan te vragen dan waarop volgens de regels aanspraak bestaat, niet zozeer vanwege de veiling zelf als wel vanwege de latere rechtsbescherming.

Ten aanzien van het beroep tegen deze gedeeltelijke afwijzing, oordeelt de rechtbank dat – gelet op de ruime formulering van de wettelijke grondslag voor het reserveren van frequentieruimte – de minister naar eigen inzicht gebruik kan maken van deze bevoegdheid (r.o. 9.12). Dat lijkt in overeenstemming met de lijn die het CBB eerder inzette ten aanzien van het instellen van zogeheten caps op grond van art. 6a Fb (zie de eerder genoemde uitspraak van het CBB van 24 mei 2012). Wederom wijzend op de noodzaak van een terughoudende exceptieve toetsing van de algemeen verbindende voorschriften waarin de reservering is neergelegd, legt de rechtbank de bewijslast duidelijk bij de zittende partijen die de reservering betwisten (r.o. 9.13). Vervolgens komt de rechtbank tot de conclusie dat deze partijen er niet in zijn geslaagd om feiten en omstandigheden aan te wijzen die doen twijfelen aan de juistheid van de onderzoeksconclusies, op basis waarvan de minister – gezien zijn beleid zoals uiteengezet in de Strategische nota mobiele communicatie – is gekomen tot het reserveren van laag spectrum. In het bijzonder is niet aannemelijk gemaakt dat de door de minister gemaakte keuze voor de reservering van 2 x 10 MHz in de 800 MHz-band niet gemaakt had kunnen worden op basis van de aanwezige onderzoeksrapporten, mede gelet op zijn ruime beleidsvrijheid ter zake, en dat die keuze onrechtmatig zou zijn (r.o. 9.16). De conclusie is dan ook dat de minister zijn beleidsmatige keuzes in verband met de reserveringen zorgvuldig heeft voorbereid. Omgekeerd is het voor marktpartijen dus buitengewoon lastig om

dergelijke keuzes in het veilingmodel achteraf te betwisten wanneer vooraf voldoende onderzoek is verricht, zelfs al andere keuzes denkbaar waren geweest.

Besluiten tot vergunningverlening

Datzelfde beeld komt boven in de beoordeling van het beroep tegen de uiteindelijke vergunningverlening. Via dit beroep wordt namelijk vooral beoogd het veilingmodel van de combinatorische klokveiling ('Combinatorial Clock Auction') te betwisten. De rechtbank toetst dit veilingmodel echter exceptief en (daarom) terughoudend. Wellicht het meest interessant aan de beoordeling van dit beroep is de toetsingsmaatstaf die de rechtbank formuleert: omdat aan de regelgever een zeer grote vrijheid toekomt om een regeling naar eigen inzicht inhoud te geven, gaat het in deze procedures niet om de wetenschappelijke discussie of (achteraf gezien) met betrekking tot de inrichting van de veiling andere of wellicht betere keuzes gemaakt hadden kunnen worden, maar of verweerder in redelijkheid tot de gemaakte keuzes heeft kunnen komen (r.o. 10.11). In het bijzonder, aldus de rechtbank, is het CCA-model een model in ontwikkeling, zodat de beoordeling van de keuze die de minister in 2011 voor dit model heeft gemaakt moet worden bezien en beoordeeld in het licht van het feit dat die keuze is gemaakt met de *op dat moment* bestaande kennis van de verschillende modellen: zelfs wanneer de minister met de kennis van nu wellicht (nog) meer zekerheden in het veilingmodel zou hebben ingebouwd om bepaalde risico's te ondervangen, brengt dit nog niet met zich dat reeds om die reden destijds de keuze voor het CCA-model niet gemaakt had mogen worden (r.o. 10.14). Om diezelfde reden kent de rechtbank weinig waarde toe aan nader onderzoek dat door KPN is ingebracht waarin de merites van de CCA achteraf worden betwist (r.o. 10.16), nog daargelaten dat de rechtbank dit veilingtheoretische onderzoek te abstract (moeilijk?) vindt om in deze zaak van betekenis te laten zijn. De rechtbank neemt daarbij ook nog in aanmerking dat de CCA, voordat de minister de keuze voor dit model maakte, ook in andere Europese landen als veilingmodel is gebruikt (r.o. 10.16). De waarde van dit argument is enigszins arbitrair, want is het minder erg als we allemaal de mist ingaan? In elk geval werpt dit onderdeel van de uitspraak de vraag op in hoeverre het verdelende bestuursorgaan mag 'dwalen' omdat de wetenschap nog niet ver genoeg is gevorderd. De rechtbank lijkt de minister wel vrij gemakkelijk in staat te stellen zich te verschuilen achter eenmaal gemaakte keuzes in het verleden, temeer daar hij elders in de uitspraak juist marktpartijen niet toestaat om terug te vallen op de 'kennis van toen' (r.o. 9.16).

Slot

De uitspraak als geheel overziende, blijkt allereerst opnieuw de complexiteit van juridische procedures over de verdeling van schaarse frequentieruimte (zie in dit nummer de bijdrage van Waszink hierover). Die complexiteit versterkt de tendens onder marktpartijen om 'te schieten op alles wat beweegt'. Als deze uitspraak een vervolg krijgt bij het CBB en daar stand houdt, biedt die in elk geval enkele handvaten om iets gericht te procederen.

Verder laat de uitspraak zien dat duidelijkheid voorafgaand aan de verdeling een groot goed is, maar niet moet worden verabsoluteerd. Een zekere mate van onzekerheid is soms onvermijdelijk, terwijl flexibiliteit juist ook voor vergunninghouders wenselijk kan zijn, met name ten aanzien van de voorschriften die in de vergunningen worden opgenomen.

Tot slot geeft de uitspraak duidelijk blijk van een (zeer) terughoudende toetsing door de rechter van de beleidskeuzes die de minister heeft gemaakt. Daarmee lijkt de minister zich in een tamelijk comfortabele positie te bevinden en wordt het marktpartijen niet gemakkelijk gemaakt om een doorslaggevend pleidooi voor alternatieve beleidskeuzes te leveren. Hoewel dat inherent is aan de (terughoudende) toetsing door de bestuursrechter, moet ervoor worden gemaakt dat de gemaakte beleidskeuzes niet bij voorbaat onaantastbaar zijn voor de rechter.