ECLI:NL:CBB:2009:BJ3150

Instantie	College van Beroep voor het bedrijfsleven
Datum uitspraak	16-07-2009
Datum publicatie	21-07-2009
Zaaknummer	AWB 08/750
Formele relaties	Eerste aanleg: ECLI:NL:RBROT:2008:BG0281, Overig
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Telecommunicatiewet
Wetsverwijzingen	Telecommunicatiewet 3.3 Telecommunicatiewet 3.6
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl AB 2009, 380 met annotatie van G.J.M. Cartigny JB 2009/228

Uitspraak

College van Beroep voor het bedrijfsleven

AWB 08/750 16 juli 2009

15300 Telecommunicatiewet

Uitspraak op het hoger beroep van:

de Vereniging zonder winstoogmerk naar Belgisch recht (VZW) BaHeNa, te Baarle-Hertog (België), appellante,

tegen de uitspraak van de rechtbank te Rotterdam van 25 augustus 2008 in het geding tussen

appellante

en

de Staatssecretaris van Economische Zaken, verweerder.

Gemachtigde van appellante: mr. M.G. Vlemminx-Boekhorst, werkzaam bij Clarior Juridisch Expertisebureau te Ulicoten,

Gemachtigden van verweerder: mr. G.E. Dijkstra en mr. E. Kieboom, werkzaam bij het onder verweerder ressorterende Agentschap Telecom te Groningen.

1. De procedure

Appellante heeft bij brief van 3 oktober 2008, bij het College binnengekomen op 7 oktober 2008, beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank te Rotterdam van 25 augustus 2008, nummer TELEC 07/3916-STRN, LJN: BG0281.

Bij brief van 4 november 2008 is van de kant van verweerder een reactie op het beroepschrift ingediend.

Op 19 juni 2009 heeft het onderzoek ter zitting plaatsgehad, waarbij appellante en verweerder zich hebben laten vertegenwoordigen door hun gemachtigden. Namens appellante is verder F.H.A. van Rooij verschenen.

2. De grondslag van het geschil

2.1 Voor een uitgebreide weergave van de procedure, het wettelijk kader en de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden, voor zover niet bestreden, wordt verwezen naar de aangevallen uitspraak. Het College volstaat hier met het volgende.

2.2 Appellante is opgericht met de bedoeling om een lokale omroep ten behoeve van de bevolking van de Belgische enclave Baarle-Hertog te starten. Nadat appellante op 16 februari 2007 door de Vlaamse autoriteiten was erkend als lokale radio-omroep, zonder dat daarbij overigens aanspraak kon worden gemaakt op een frequentie uit het Vlaamse frequentieplan, heeft zij verweerder verzocht om een vergunning voor het gebruik van frequentieruimte als bedoeld in artikel 3.3, eerste lid, van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw). Bij primair besluit van 11 mei 2007 heeft verweerder dit verzoek afgewezen op de grond dat toewijzing in strijd is met artikel 3.6, eerste lid, onder a, van de Tw.

2.3 Bij zijn besluit van 18 september 2007, waartegen het beroep bij de rechtbank was gericht, heeft verweerder het primaire besluit met verbetering van gronden in stand gelaten. Daartoe is overwogen dat artikel 3.6 van de Tw ten onrechte aan de afwijzing ten grondslag is gelegd. Verweerder heeft zich bij nader inzien op het standpunt gesteld dat het territorialiteitsbeginsel in de weg staat aan vergunningverlening, omdat de aanvraag een lokale omroep betreft met als verzorgingsgebied Baarle-Hertog, dat tot België behoort, terwijl het opstelpunt van de zender eveneens in Baarle-Hertog ligt. Volgens verweerder heeft de Nederlandse overheid geen enkele bevoegdheid op Belgisch grondgebied, hetgeen voor deze zaak betekent dat hij geen vergunning kan verlenen voor frequentiegebruik in België.

3. De uitspraak van de rechtbank

De rechtbank heeft het beroep van appellante gegrond verklaard, het bestreden besluit van 18 september 2007 vernietigd en zelf in de zaak voorzien door het primaire besluit van 11 mei 2007 te herroepen en verweerder onbevoegd te verklaren om een frequentievergunning te verlenen als door appellante is verzocht. De rechtbank heeft, voor zover voor het hoger beroep van belang, het volgende overwogen:

" Het territorialiteitsbeginsel houdt in dat een Staat slechts bevoegdheden kan uitoefenen op zijn eigen grondgebied. Binnen de grenzen van de Staat heeft de Staat de exclusieve bevoegdheid om gezag uit te oefenen door regelgeving, uitvoering en toezicht.

Deze exclusieve jurisdictie van de Staat is in beginsel alomvattend, doch er kunnen uitzonderingen op worden gemaakt. Een Staat mag bijvoorbeeld vrijwillig bepaalde delen van zijn jurisdictie overdragen aan een hogere eenheid, zoals de Europese Gemeenschap.

Bij frequentiegebruik is conform artikel 18.1 van de Radio Regulations de locatie van de zender of het station doorslaggevend om te bepalen welke overheid bevoegd is. De Nederlandse Staat is bevoegd om vergunningen voor het gebruik van frequentieruimte te verlenen binnen Nederlands grondgebied en hierop toezicht te houden.

Blijkens de aanvraag van eiseres van 23 februari 2007 is de locatie van het station [adres] te Baarle-Hertog. Vast staat dat Baarle-Hertog tot het Belgische grondgebied hoort. Ook het beoogde opstelpunt ligt,

zo is ter zitting verklaard, op Belgisch grondgebied. Het gaat dus om een vergunning voor frequentiegebruik ten behoeve van lokale omroep in België, gericht op Belgisch grondgebied, met een opstelpunt op Belgisch grondgebied, waar de Belgische overheid bevoegd is. Dit betekent dat het de Belgische overheid is die bevoegd is om vergunningen voor gebruik van frequentie te verlenen en toezicht te houden op het frequentiegebruik.

Gelet echter op de ligging van Baarle-Hertog zal een eventuele frequentie voor lokale omroep in Baarle-Hertog technisch gezien de bestaande Nederlandse frequentierechten dienen te respecteren, zodat gezegd kan worden dat de frequentie binnen het NFP moet passen. Deze frequentie kan evenwel door de Belgische overheid worden uitgegeven. Met buurlanden worden immers bilaterale afspraken gemaakt met betrekking tot de frequenties die zij in de grensstreken inzetten. Frequentieruimte en de gevolgen van frequentiegebruik houden nu eenmaal niet op bij de grens en dit maakt het noodzakelijk om uitgifte af te stemmen met het buitenland als die noodzaak zich voordoet. Niet is dus sprake van een specifieke Nederlandse frequentie. Doordat in België als voorwaarde voor vergunningverlening geldt dat er een frequentie in het Vlaamse frequentieplan moet zijn opgenomen, heeft verweerder aangegeven geen enkel bezwaar te hebben (toevoeging College van Beroep voor het bedrijfsleven) tegen opname van frequentie 106.7 MHz in het Vlaamse frequentieplan, hetgeen bij brief van 11 oktober 2007 aan de Vlaamse regering is medegedeeld. In die zin kan gesteld worden dat verweerder zoveel mogelijk tegemoet is gekomen aan de opgewekte verwachtingen.

Het gunnen van frequentieruimte aan de Belgische overheid, zoals in dit geval door verweerder is voorgesteld, houdt dus niet meer in dan dat de Nederlandse overheid geen bezwaar heeft tegen verlening van de specifieke frequentie door de Belgische overheid. Dit voorstel houdt dus geen enkele uitoefening van een bevoegdheid buiten het Nederlandse grondgebied in, in tegenstelling tot wat het verlenen van de gevraagde vergunning zou betekenen.

Dat het territorialiteitsbeginsel niet als zodanig is neergelegd als afwijzingsgrond in de Tw, brengt niet met zich dat de Tw daarmee buiten het Nederlandse grondgebied van toepassing is. Het territorialiteitsbeginsel behoeft immers niet als zodanig in Nationale wetgeving neergelegd te worden daar de Tw eenvoudigweg niet van toepassing kan zijn op buitenlands grondgebied. Ook kunnen de door eiseres genoemde Europese richtlijnen het territorialiteitsbeginsel niet opzij zetten. Als er een rechtstreeks gebruiksrecht voor frequentieruimte aan Europese richtlijnen kan worden ontleend zou het de Belgische overheid moeten zijn die hier gevolg aan moet geven en niet de Nederlandse.

Wat betreft de toepasselijkheid van artikel 49 van het EG-verdrag op het bestreden besluit zij gewezen op overweging 16 in het arrest van het Hof van Justitie van 5 oktober 1994, zaak C-55/93. Hierin is bepaald dat wanneer de Nederlandse Staat in andere lidstaten gevestigde garagebedrijven een erkenning in de zin van artikel 9g van de Wegenverkeerswet zou verlenen, dit zou neerkomen op een uitbreiding van een overheidsprerogatief tot buiten het nationale grondgebied. Geconstateerd is dat in een dergelijke situatie het artikel in het EG-verdrag over vrij verkeer van diensten niet van toepassing is. Hetzelfde kan gezegd worden van het verlenen van een frequentievergunning buiten het nationale grondgebied.

Doordat de Nederlandse overheid in casu niet bevoegd is, kan verweerder in dit geval evenmin handelen in strijd met artikel 10 van het EVRM. Het EVRM gaat niet zo ver dat de Nederlandse overheid een inbreuk mag maken op de soevereiniteit van een andere staat.

Uit al hetgeen hiervoor is overwogen volgt dat het territorialiteitsbeginsel verweerder geen ruimte laat voor het aannemen van enige bevoegdheid om op de onderhavige aanvraag van eiseres te beslissen.

Verweerder had zich bij het primaire besluit dan ook onbevoegd dienen te verklaren. Nu verweerder bij het bestreden besluit de bezwaren van eiseres ongegrond heeft verklaard en het primaire besluit, met verbetering van de gronden, vervolgens in stand heeft gelaten, komt het bestreden besluit om die reden voor vernietiging in aanmerking."

4. De standpunten van partijen in hoger beroep

4.1 Appellante heeft in hoger beroep aangevoerd dat, anders dan de rechtbank in navolging van verweerder heeft aangenomen, het territorialiteitsbeginsel geen absolute werking heeft, aangezien op grond van artikel 18, tweede lid, van de Radio Regulations afwijkende bilaterale afspraken kunnen worden gemaakt. Volgens appellante zijn in de regelgeving geen aanknopingspunten te vinden voor de veronderstelling dat de Nederlandse overheid wel bevoegd zou zijn tot het gunnen van frequentieruimte, maar niet tot afgifte van een frequentievergunning zoals verzocht. Verder betwist appellante dat zij geen rechten zou kunnen ontlenen aan EG-richtlijnen met betrekking tot de verdeling van radiofrequenties. De daarop betrekking hebbende bezwaren van appellante kunnen niet met een beroep op het territorialiteitsbeginsel worden gepasseerd. Appellante beroept zich verder op de toepasselijkheid van artikel 49 van het EG-verdrag ten aanzien van het vrij verkeer van diensten. Onder verwijzing naar het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 31 januari 2008, zaak C-380/05, stelt appellante dat het vrij verkeer van diensten ook van toepassing is wanneer alle elementen van het hoofdgeding binnen één enkele lidstaat zijn gesitueerd. Verder blijkt volgens appellante uit het arrest van het Hof van 5 oktober 1994, zaak C-23/93 dat sprake is van dienstverrichting in de zin van de artikelen 59 en 60 van het EG-Verdrag wanneer een exploitant van een kabelnet programmas verspreidt die worden aangeboden door een omroepinstelling die in een andere lidstaat is gevestigd, ook indien die omroepinstelling zich alleen in die lidstaat heeft gevestigd met de bedoeling om zich te onttrekken aan wetgeving die in de lidstaat van ontvangst voor omroepinstellingen geldt. Tenslotte heeft appellante aangevoerd dat zij door de weigering van een frequentievergunning wordt beperkt in de vrijheid van meningsuiting als bedoeld in artikel 10 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Ook al zou verweerder geen bevoegdheid hebben om aan appellante een frequentievergunning te verlenen, dan nog zou verweerder zich, gelet op artikel 21 van de EG-Kaderrichtlijn (EG- richtlijn 2002/21) moeten inspannen om in gezamenlijk overleg met de Belgische autoriteiten tot een oplossing te komen.

4.2 In zijn reactie op het beroepschrift stelt verweerder zich op het standpunt dat in dit geval geen aanleiding bestaat om een uitzondering te maken op het territorialiteitsbeginsel. Volgens artikel 18.1 van de Radio Regulations is de locatie van de zender of het station doorslaggevend. Aangezien Baarle-Hertog wordt omsloten door Nederlands grondgebied is het wel van belang dat coördinatie plaatsvindt bij het uitgeven van de frequentie. Om die reden heeft verweerder verklaard geen bezwaar te hebben tegen uitgifte van de frequentie 106.7 MHz door de Belgische autoriteiten. Dit is echter wat anders dan het gebruik maken van een bevoegdheid buiten Nederlands grondgebied, waartoe verweerder zich niet bevoegd acht. Verweerder stelt verder, samengevat, dat voor zover appellante een beroep kan doen op artikel 49 van het EG-verdrag, ofwel EG-richtlijnen ten aanzien van verdeling van frequenties, dan wel artikel 10 EVRM, zij dat beroep alleen kan doen jegens de Belgische autoriteiten.

5. De beoordeling van het hoger beroep

5.1 Appellante bestrijdt in hoger beroep het oordeel van de rechtbank dat verweerder geen bevoegdheid heeft om te beslissen over het verzoek om vergunning voor het gebruik van frequentieruimte als bedoeld in artikel 3.6 van de Tw ten behoeve van appellante, die van plan is om uit te zenden vanaf Belgisch grondgebied.

5.2 Vast staat dat appellante vergunning heeft gevraagd voor het gebruik van frequentieruimte ten behoeve van een lokale omroep die uitzendingen wil verzorgen door middel van een radiozender waarvan de locatie en het opstelpunt zich zullen bevinden in Baarle-Hertog, zijnde Belgisch grondgebied.

5.3 De rechtbank heeft met juistheid overwogen dat het territorialiteitsbeginsel verweerder geen ruimte laat voor het aannemen van enige bevoegdheid om een beslissing te nemen op deze aanvraag, nu deze aanvraag betrekking heeft op uitzendingen vanaf Belgisch grondgebied.

5.4 Het College heeft in de Radio Regulations, die de status hebben van een Verdrag tussen de bij de International Telecommunication Union (ITU) aangesloten staten, geen aanknopingspunten gevonden voor de juistheid van de stelling van appellante dat verweerder in dit specifieke geval wel bevoegd was om tot vergunningverlening over te gaan. Ingevolge artikel 18.1 van de Radio Regulations is het verboden om een

radiozender in werking te hebben zonder vergunning issued ( ) by or on behalf of the government of the country to which the station in question is subject. Naar moet worden aangenomen wordt hier gedoeld op de locatie en de vestigingsplaats van de radiozender. Op grond van artikel 18.2 van de Radio Regulations is een special agreement mogelijk met betrekking tot radiozenders situated in the territory of a neighbouring country and intended tot improve national coverage. Een dergelijke overeenkomst may allow exceptions to the provisions of No. 18.1 ( ). Niet gebleken is dat tussen België en Nederland speciale bilaterale afspraken zijn gemaakt op basis waarvan een uitzondering zou gelden op het uitgangspunt dat de locatie van de radiozender bepalend is voor de jurisdictie van de Nederlandse of de Belgische autoriteiten.

5.5 Van de kant van appellante is benadrukt dat Baarle-Hertog een Belgische enclave vormt die geheel door Nederlands grondgebied wordt omsloten. Evenals de rechtbank ziet het College hierin geen bijzondere omstandigheid die maakt dat verweerder toch bevoegd zou zijn om de gevraagde vergunning voor het gebruik van frequentieruimte te verlenen. Wel staat vast dat een eventuele frequentie voor de omroep van appellante technisch gezien binnen het Nederlandse frequentieplan zal moeten passen. Verweerder heeft bij brief van 11 oktober 2007 aan de Vlaamse autoriteiten te kennen gegeven dat de frequentie 106.7 MHz beschikbaar is voor de lokale zender van appellante en dat er geen bezwaar bestaat tegen toewijzing van die frequentie aan appellante. Naar het oordeel van het College heeft verweerder hiermee voldaan aan de verplichting om in de grensstreek het gebruik en de verdeling van radiofrequenties met het buurland af te stemmen. Het verlenen van vergunning voor het gebruik van de geselecteerde frequentie is echter een bevoegdheid van de Vlaamse regering. Indien en voor zover het bevoegd gezag formeel zou besluiten om die vergunning niet te verlenen zal appellante tegen die beslissing (in België) rechtsmiddelen dienen aan te wenden. Aan verweerder kan niet worden tegengeworpen dat de frequentie 106.7 MHz niet is opgenomen in het Vlaamse frequentieplan, en dat wijziging van dat plan volgens de Vlaamse regering voorlopig niet aan de orde is.

5.6 Appellante heeft verder aangevoerd dat er geen wettelijke basis is voor het onderscheid tussen het gunnen van frequentieruimte en het verlenen van een frequentievergunning. Ook deze grief faalt. De Tw maakt duidelijk onderscheid tussen de vaststelling van een frequentieplan, waarin de beschikbare frequenties over de te onderscheiden bestemmingen worden verdeeld, en het verlenen van vergunning voor het gebruik van de frequenties.

5.7 De rechtbank heeft terecht overwogen dat de door appellante bedoelde Europese richtlijnen het territorialiteitsbeginsel niet opzij kunnen zetten. Voor zover deze richtlijnen verplichtingen opleggen aan de lidstaten ten aanzien van de verdeling van radiofrequenties wordt daarbij niet afgeweken van het uitgangspunt dat de vergunning voor het gebruik van frequentieruimte wordt verleend door de autoriteiten van de lidstaat waar de radiozender is gevestigd en uitzendt.

5.8 Ook ten aanzien van het beroep van appellante op het vrij verkeer van diensten volgt het College het oordeel van de rechtbank. Artikel 49 van het EG-verdrag maakt geen uitzondering op het uitgangspunt dat een lidstaat alleen bevoegd is binnen de eigen landsgrenzen. Een beroep op het vrij verkeer van diensten kan alleen worden gedaan jegens de autoriteiten van de lidstaat die bevoegd is om de benodigde frequentievergunning te verlenen, in dit geval België.

5.9 Om dezelfde reden kan ook het beroep op artikel 10 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) niet slagen. Voor zover appellante zich op die bepaling zou kunnen beroepen, dient zij zich te richten tot de Belgische autoriteiten die de bevoegdheid hebben tot vergunningverlening. 5.10 Het vorenstaande leidt tot de slotsom dat het hoger beroep ongegrond is. De aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.

5.11 Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

6. De beslissing

Het College bevestigt de aangevallen uitspraak.

Aldus gewezen door mr. C.M. Wolters, mr. C.J. Waterbolk en mr. J.H.W. de Planque, in tegenwoordigheid van mr. G.D. Kleijne als griffier, en uitgesproken in het openbaar op 16 juli 2009.

w.g. C.M. Wolters w.g. G.D. Kleijne