

Met recht omstreden maar niet onrechtmatig

Noot onder Rechtbank 's-Gravenhage 25 juli 2001 (*Dutchtone/Staat*)

Mark Smeets en Remy Chavannes

Inleiding

In navolging van zijn President in 1997¹ is nu ook de Rechtbank Den Haag van mening dat de veiling die de Staat in 1998 heeft gehouden om de DCS 1800-frequenties voor mobiele telefonie te verdelen “met recht omstreden, maar daarmee niet onrechtmatig” was. Achteraf bezien ongelukkig maar, vanuit het perspectief van toen, niet onverdedigbaar. Begin 1999 traden drie nieuwe partijen – Ben, Dutchtone en Telfort – toe tot een markt waarop KPN en Libertel al drie jaar actief waren. Dutchtone en Telfort betaalden elk circa f 600 miljoen voor het gebruiksrecht op hun frequenties, Ben circa f 300 miljoen. En dat terwijl KPN en Libertel hun gebruiksrechten in 1995 voor niets hadden gekregen. Zowel voor als na de veiling was er kritiek uit de markt en in de literatuur.² Dutchtone liet het daar niet bij en spande een procedure tegen de Staat aan, met als inzet terugbetaling van de f 600 miljoen of andere maatregelen die haar ongelijke startpositie konden compenseren. Nog los van de merites van het vonnis moeten wij vaststellen dat de Rechtbank de weg van de minste weerstand heeft gekozen: als Dutchtone gelijk had gekregen dan was de chaos vermoedelijk compleet geweest. Het Ministerie van Verkeer & Waterstaat is tot nu toe weinig gelukkig geweest bij de verdeling van etherfrequenties en dit vonnis biedt ook genoeg aanknopingspunten voor een kritische terugblik op de vergunningverlening bij DCS 1800. Na een korte schets van de voorgeschiedenis van de zaak gaan wij achtereenvolgens in op belangrijkste stellingen van Dutchtone en de wijze waarop de Rechtbank deze verwerpt.

Voorgeschiedenis

Op 15 maart 1995 zijn aan KPN en Libertel GSM-vergunningen verleend.³ Eén werd rechtstreeks aan KPN toegekend op basis van het toenmalige artikel 13i WTV, dat in 1994 werd ingevoerd door de Wet Mobile Telecommunicatie.⁴ Dit artikel verplichtte de Minister om aan KPN op haar verzoek een vergunning te verlenen voor bij amvb vastgestelde technische systemen. Op grond van artikel 13i lid 3 WTV hoefde KPN zelfs niet op de vergunning te wachten: “Vooruitlopend op het verlenen van een vergunning krachtens het eerste lid wordt aan Koninklijke PTT Nederland N.V. een tijdelijke vergunning verleend, die van kracht wordt

¹ Pres. Rb. 's-Gravenhage 26 november 1997, *Computerrecht* 1998/1, p. 34.

² Zie o.a. E.J. Dommering, N.A.N.M. van Eijk & M.L. Verberne, ‘Meer dan één DCS 1800 vergunning veilen’, *Mediaforum* 1996/6, pp. 82-83; M. Geus, ‘Het wetsvoorstel veilen frequenties mobiele telecommunicatie: beter ten halve gekeerd dan ten hele gedwaald’, *Mediaforum* 1997/3, pp. 45-47; M.L. Verberne, ‘Veiling perikelen’, *Mediaforum* 1998/2, pp. 38-41; E.J. Dommering e.a., *Handboek telecommunicatierecht. Inleiding tot de techniek en het recht van de telecommunicatie*, Den Haag, SDU, 1999, pp. 315-16.

³ Een uitvoerige analyse van het Nederlandse spectrumbeleid sinds de inwerkingtreding van de WTV in 1989 is te vinden in M.L. Verberne, *Verdeling van het spectrum*, diss. Amsterdam 1999, pp. 205-262.

⁴ Wet van 16 juni 1994, houdende wijziging van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen, het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering in verband met de doorbreking van het exclusieve recht van de concessiehouder in hoofdzaak door middel van de invoering van een gelimiteerd vergunningstelsel voor specifieke vormen van openbare mobiele telecommunicatie, *Stb.* 1994, 628.

op het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet.” De tweede GSM-vergunning is na een vergelijkende toets toegekend aan Libertel.⁵

Toen extra frequenties voor DCS-1800 beschikbaar kwamen, koos de regering voor een andere verdelingsmechanisme, de veiling. Hiertoe werd in december 1996 een voorstel Veilingwet ingediend.⁶ De Minister rechtvaardigde deze keuze als volgt:

Het overgaan naar een veiling is het onderkennen dat de omstandigheden veranderd zijn, dat er heel belangrijke bezwaren kleven aan een vergelijkende toets en dat onder de huidige omstandigheden een veiling veel transparanter en daardoor beter is. In de toekomst is dat misschien nog veel sterker het geval. Ik durf te beweren dat bij de komende veiling in oktober [1997] voor de twee DCS 1800-frequenties een verhaal gehouden zou kunnen worden met een beautycontest. Ik zou er tegen zijn, want ik moet er niet aan denken om eenzelfde drama te moeten meemaken als wij bij de vorige beautycontest hebben gehad, waarbij ambtenaren wekenlang in kamertjes opgesloten werden. Uiteindelijk ontkwam men er niet aan een niet geheel transparante keuze te maken. Het is goed gegaan en gelukkig is niemand naar de rechter gestapt, omdat iedereen ervan overtuigd was dat het zorgvuldig was gegaan, maar het wordt steeds moeilijker naarmate meer frequenties beschikbaar komen en wij verschillende doelen aan verschillende frequenties willen geven. De overheid zou dan tevoren al die doelen zelf moeten formuleren en via een beautycontest moeten bezien wie het beste in aanmerking komt. Ik ben nog steeds van mening – en daar raak ik meer en meer van overtuigd – dat de enige manier om het transparant te doen is na te gaan wat de markt ervoor over heeft.⁷

Bij de veiling van de nieuwe frequenties wilde de Minister aanvankelijk aan KPN en Libertel een ‘naheffing’ opleggen om zo de ongelijke uitgangspositie van de nieuwkomers enigszins te compenseren. De hoogte van de naheffing zou worden gerelateerd aan de door de nieuwe markttoetreders op de veiling geboden bedragen voor de nieuwe frequenties. In aanvulling op de naheffing zouden voorts nog drie andere compenserende maatregelen worden genomen: de toekenning van een ‘groot’ frequentiepakket per nieuwkomer van 15 MHz; de verplichting van de bestaande aanbieders om de door hun te verwerven DCS-1800 frequenties – waarmee zij de dekking en capaciteit van hun bestaande GSM-netwerken konden verbeteren – niet te gebruiken voor een periode van drie jaar na de veiling; en de mogelijkheid voor de nieuwkomers om hun klanten gebruik te laten maken van het netwerk van KPN of Libertel in die gebieden waar zij nog geen dekking zouden hebben (*‘national roaming’*).

De Raad van State adviseerde echter in september 1996 dat de bestaande vergunninghouders geen rekening hadden hoeven houden met een naheffing, zodat het voorstel daartoe de toets aan het vertrouwensbeginsel niet kon doorstaan.⁸ In het nader rapport van 17 december 1996 verdedigde de Minister haar voorstel met verve en gaf zij aan dat er eigenlijk geen alternatief was voor een naheffing:

Het voorkomen van een ongelijkwaardige startpositie van de DCS 1800-vergunninghouder ten opzichte van de reeds bestaande GSM-vergunninghouders [...] is een van de belangrijkste doelstellingen van dit wetsvoorstel. [...] KPN en Libertel hebben inmiddels een dusdanig wezenlijke voorsprong op de betreffende markt, dat sprake is van ongelijke kansen voor de nieuwe DCS 1800-vergunninghouder, in het bijzonder wanneer deze een veilingprijs moet betalen terwijl de huidige vergunninghouders geen enkele vergoeding behoeven te betalen. Daarmee zou niet alleen een van de belangrijkste doelstellingen van dit wetsvoorstel worden ondergraven, maar zou Nederland ook in strijd handelen met het EG-recht. [...]

Teneinde geen strijd met het EG-recht te doen ontstaan, is gezocht naar een passende maatregel om de door de veilingprijs veroorzaakte inbreuk ongedaan te maken. Indien zou worden afgezien van het vorderen van een bedrag van de bestaande vergunninghouders, is het onmogelijk de onderneming die de vergunning na veiling verkrijgt, in dezelfde startpositie te brengen als de bestaande vergunninghouders. Sterker nog, de DCS 1800-vergunninghouder zou daarmee in een veel nadeliger startpositie komen dan de bestaande vergunninghouders.⁹

De voorgestelde naheffing haalde het echter niet. Gesterkt door de opvatting van de Raad van State deponeerde Libertel een klacht bij de Europese Commissie. Na onderzoek liet de toenmalige Commissaris voor Mededingingszaken, van Miert, de Minister op 18 septem-

⁵ Stcrt. 1995, 59.

⁶ De totstandkoming van de Veilingwet wordt onder andere besproken in Verberne, *Verdeling van het spectrum*, p. 226 e.v. en in M.A. Prinsen Geerligts, ‘Veiling van frequenties voor mobiele telecommunicatie’, *Computerrecht* 1998/1, p. 3 e.v.

⁷ *Handelingen II* 1996/1997, p. 6395.

⁸ *Kamerstukken II* 1996/1997, 25171, nr. A, p. 2.

⁹ *Kamerstukken II* 1996/1997, 25171, nr. A, pp. 2-3.

ber 1997 weten dat hij van mening was dat de voorgestelde naheffing in strijd was met de Europese telecommunicatieregelgeving omdat zij niet in overeenstemming was met de door deze regelgeving gestelde eisen van transparantie, non-discriminatie en objectiviteit. Immers, de naheffing was gebaseerd op een strikt subjectief bod van de nieuwe markttoetreders voor licenties die op nieuwe technologie gebaseerd waren. Voorts was van Miert van mening dat de periode van uitsluiting beperkt diende te blijven tot twee jaar. De Minister liet zich snel overtuigen van de onhaalbaarheid van haar eerste voorstel. Zij zocht niet naar een alternatieve heffing die tegemoet kwam aan de bezwaren van van Miert maar schrapte de naheffing in zijn geheel, zowel voor Libertel als voor KPN en bracht de periode van uitsluiting terug tot twee jaar met de mogelijkheid om deze nog met maximaal een jaar te verlengen.¹⁰ De Veilingwet trad uiteindelijk op 1 december 1997 in werking; de veiling begon op 12 februari 1998 en de vergunningen werden verleend op 26 februari 1998.¹¹

In de bodemprocedure die Dutchtone al snel daarna aanhangig maakte stelde zij dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld door van KPN en Libertel geen naheffing te vragen terwijl de drie nieuwkomers wel een substantiële vergoeding moesten betalen. De Staat heeft, aldus Dutchtone, in strijd gehandeld met diverse bepalingen uit rechtstreeks werkende Europese richtlijnen, in het bijzonder de Dienstenrichtlijn, de DCS 1800-richtlijn en de Vergunningenrichtlijn en heeft zij, zolang zij het evenwicht op de markt niet hersteld, in strijd gehandeld met de artikelen 82, 86, 87 en 88 EG-Verdrag. In het hiernavolgende komen deze stellingen van Dutchtone, samen met de beoordeling daarvan door de Rechtbank, achtereenvolgens aan de orde.

Strijd met rechtstreeks werkende richtlijnen

Dit is niet de plek om uitgebreid in te gaan op de verschillende richtlijnen die volgens Dutchtone zijn geschonden bij de vergunningverlening van DCS 1800 frequenties. Verwezen zij naar de studies van Verberne en Dommering.¹² De artikelen die de Rechtbank in zijn vonnis noemt bieden het Europeesrechtelijk kader waaraan de Nederlandse vergunningverlening moet worden getoetst. Kort gezegd zijn de eisen als volgt:

- frequenties moeten volgens open, niet-discriminerende en doorzichtige procedures worden verleend.¹³
- eventuele vergoedingen moeten op objectieve, doorzichtige en niet-discriminerende criteria zijn gebaseerd;¹⁴ zij dienen rekening te houden met de noodzaak de ontwikkeling van innovatieve diensten en concurrentie te bevorderen.¹⁵
- Lid-Staten zijn verplicht om te zorgen voor daadwerkelijke mededinging tussen de exploitanten die op de betrokken markten met elkaar concurreren;¹⁶ zij moeten al het nodige doen om machtigingen die op de datum van inwerkingtreding van de Vergunningenrichtlijn (27 mei 1997) reeds van kracht zijn, vóór 1 januari 1999 met de bepalingen van deze richtlijn in overeenstemming te brengen.¹⁷

¹⁰ Zie ook de 'Brief minister over wijziging van het wetsvoorstel n.a.v. onder andere bezwaren van de Europese Commissie' van 7 oktober 1997, *Kamerstukken I*, 25171, nr. 38.

¹¹ *Stcrt.* 1998, 45, p. 21.

¹² Verberne, *Verdeling van het spectrum*, pp. 159-204; Dommering e.a., *Handboek telecommunicatierecht*, pp. 123-210.

¹³ Artikel 3 bis, tweede alinea van de Dienstenrichtlijn (Richtlijn 90/388/EG), zoals ingevoerd door artikel 1 lid 3 van de DCS 1800 richtlijn (Richtlijn 96/2/EG).

¹⁴ Artikel 6, derde alinea van de Dienstenrichtlijn, zoals ingevoerd door Richtlijn 94/46/EG.

¹⁵ Artikel 11 lid 2 van de Vergunningenrichtlijn (Richtlijn 97/13/EG).

¹⁶ Artikel 2 lid 4 van de DCS 1800 richtlijn.

¹⁷ Artikel 22 lid 1 van de Vergunningenrichtlijn.

Volgens Dutchtone heeft de Staat een ongelijke financiële startpositie bewerkstelligd waardoor, gegeven de overige marktomstandigheden, de concurrentie is verstoord en de totstandkoming van daadwerkelijke mededinging is belemmerd. De voorwaarden waaronder de vergunningen zijn verleend, zijn volgens Dutchtone niet “objectief, niet-discriminerend en transparant” geweest. De nieuwkomers hebben voorts zowel in absolute als in relatieve zin disproportioneel hoge vergoedingen moeten betalen voor hun frequenties. Door het verstoren van het evenwicht op de markt voor digitale openbare mobiele telecommunicatie heeft de Staat, aldus Dutchtone, bovendien de ontwikkeling van innovatieve diensten op die markt verhinderd.

In overweging 5.2.5 plaatst de Rechtbank terecht voorop dat de uiteindelijke uitwerking van de door de Staat genomen maatregelen niet ter zake doet. Toetssteen dient te zijn of de Staat redelijkerwijs heeft mogen verwachten dat het geheel van de genomen maatregelen ertoe zou leiden dat daadwerkelijke mededinging binnen een redelijke termijn tot stand zou komen. “De ontwikkelingen op de relevante markt nadien kunnen slechts een bevestiging achteraf vormen van de (on)juistheid van dit prospectieve oordeel, maar zijn niet doorslaggevend voor de vraag of aan de norm is voldaan.” De Staat heeft, aldus de Rechtbank in overweging 5.2.6, aan zijn verplichtingen voldaan “indien voorwaarden worden geschapen op grond waarvan redelijkerwijs mag worden verwacht dat een nieuwe toetreders in staat zal zijn zich binnen redelijke termijn structureel een plaats op de markt te verwerven.” De vraag is dus of de Staat mocht aannemen dat de achterstand van Dutchtone – drie jaar later op de markt tegen betaling van f 600 miljoen voor een frequentie die noopt tot het bouwen van veel meer antennes – adequaat zou worden gecompenseerd door de drie compenserende maatregelen: het toekennen van pakketten van 15 MHz, de tijdelijke uitsluiting van KPN en Libertel en de mogelijkheid tot nationale *roaming*. Het moge duidelijk zijn dat een dergelijke formulering van de rechtsvraag de bewijspositie van Dutchtone bijzonder moeilijk maakte.

Ter onderbouwing van de stelling dat de compenserende maatregelen *onvoldoende* waren, zou men kunnen wijzen op de goed gemotiveerde kritiek die destijds al op het veilingvoorstel is geleverd¹⁸ en op de overtuiging die ook de Minister blijkens het hierboven aangehaalde citaat had (totdat van Miert ingreep), dat alleen een naheffing de daadwerkelijke mededinging tot stand kon brengen. De Rechtbank benadrukt in overweging 5.2.15 ook dat het op zich mogelijk zou zijn geweest om een andere naheffing te hanteren die *wel* voldoende objectief was. Dat de Minister daartoe geen poging heeft ondernomen is vreemd, gezien de waarde die zij eerder aan een naheffing hechtte, en kan alleen worden verklaard door de grote tijdsnood waarin de zij zich waande en de vrees om andermaal door Brussel te worden teruggefloten. Kennelijk schatte zij de kansen van Libertel bij een klacht over een nieuwe heffing hoger in dan de kansen van nieuwkomers bij een klacht over ontbreken van een naheffing.

De Rechtbank hanteert andere argumenten om het prospectieve oordeel van de Staat te dekken. Zo zouden de veilingeisen garant hebben gestaan voor de toetreding van ten minste twee ervaren en kapitaalkrachtige spelers. Dat is op zich waar: met respectievelijk France Telecom en British Telecom als deelnemers deden Dutchtone en Telfort op dit vlak niet onder voor KPN, met dien verstande dat genoemde partijen nagenoeg geen ervaring hadden op de Nederlandse markt. Ook de overige maatregelen hadden volgens de Rechtbank daadwerkelijke mededinging tot stand kunnen brengen. De mogelijkheid voor de nieuwkomers om de *roamen* op de netwerken van KPN en Libertel stelden hen inderdaad in staat om direct landelijke dekking te bieden aan klanten met daartoe geschikte *dual-band* toestellen, maar tegen welke prijs? Uit het *Application document* voor DCS 1800 van 1 decem-

¹⁸ Bijvoorbeeld het genoemde artikel van Marjolein Geus uit 1997 (zie voetnoot 2).

ber 1997 bleek al dat de nieuwkomers na tussenkomst van de Minister¹⁹ weliswaar het recht op *national roaming* hadden, maar niet tegen kostengeoriënteerde tarieven: “It will be up to the new DCS/GSM license holder and the existing GSM license holder to negotiate the charges to be made for this facility.” Uiteindelijk heeft alleen Telfort een dergelijke overeenkomst met Libertel gesloten, waarvan wordt aangenomen dat die voor Telfort weinig winstgevend was.

Volgens de Rechtbank mocht ook worden verwacht dat KPN en Libertel concurrentieel na-deel zouden ondervinden van de uitsluiting van het gebruik van de door hen verworven DCS 1800 frequenties, doordat de *uitbreiding* van de capaciteit en de *verbetering* van de netwerk-kwaliteit voorlopig achterwege zou moeten blijven. De gecursiveerde woorden geven het echter al aan: de DCS 1800 frequenties dienden bij KPN en Libertel om hun netwerk na-der te perfectioneren, waar de nieuwkomers voorlopig nog helemaal niets hadden. Ook zonder DCS 1800 frequenties zouden de netwerken van KPN en Libertel minstens tot eind 1999 aanmerkelijk beter zijn dan die van de nieuwkomers. Ondertussen werd de verdere verbetering van hun netwerk gefinancierd door een groot bestand met vooral veelbellende zakelijke klanten en wisten zij dat zij na twee of hooguit drie jaar met een druk op de knop de DCS 1800 frequenties konden inschakelen.

De beoordeling van het prospectieve oordeel van de Staat stelt de Rechtbank in feite voor een onmogelijke opgave. De Rechtbank heeft gelijk dat het in 1997 koffiedik kijken was, maar men zou kunnen betogen het koffiedik-kijken dat de Staat heeft gedaan kan niet allen “met recht omstreden” maar ook naïef was. Dat de compenserende maatregelen onvol-doende zouden blijken is al in 1997 betoogd en is conform waarschuwing bewaarheid. Het uitblijven van (nader onderzoek naar) een alternatieve naheffing had de Rechtbank de Staat kunnen en wellicht moeten aanrekenen. Maar hoewel de argumentatie van de Rechtbank niet echt overtuigend is, daarmee niet gezegd dat de Rechtbank had moeten oordelen dat de genoemde norm is geschonden. De Rechtbank heeft, ons inziens terecht, de lat hoog ge-legd. De Europese regelgeving laat de Lid-Staten de nodige vrijheid en verbiedt meer dan het oplegt. Het is relatief eenvoudiger om geen discriminerende of onnodige beperkingen te stellen en om geen objectief niet te rechtvaardigen heffingen op te leggen dan om com-penserende maatregelen te ontwerpen die in de toekomst mogelijkerwijs de concurrentie zullen bevorderen. Wat dat betreft mag het niet verbazen dat de Minister de weg van de minste weerstand heeft gekozen door de naheffing integraal te schrappen.

Misbruik van een (collectieve) economische machtspositie door toekenning van bijzondere rechten

Dutchtone heeft ook schending van het EG-Verdrag aan haar vordering ten grondslag ge-legd. Op grond van artikel 86 EG-Verdrag dienen Lid-Staten van de Europese Gemeen-schappen zich te onthouden van maatregelen die ertoe leiden dat ondernemingen waaraan de Lid-Staten bijzondere rechten hebben toegekend in strijd handelen met (onder meer) de mededingingsregels van het EG-Verdrag. Bijzondere rechten zijn, kort gezegd, rechten die door de overheid aan een onderneming worden verleend waardoor deze onderneming in een monopoliepositie of een anderszins concurrentieel bevoorrechte positie belandt. Door het achterwege laten van het opleggen van de naheffing handelde de Nederlandse Staat volgens Dutchtone in strijd met artikel 86 in verbinding met artikel 82 EG, dat onder-nemingen verbiedt misbruik te maken van een economische machtspositie. Volgens Dutchtone beschikt KPN afzonderlijk en beschikken KPN en Libertel gezamenlijk over een economische machtspositie. Het achterwege laten van de naheffing stelde KPN en Libertel in de gelegenheid, zo Dutchtone, misbruik te maken van die machtspositie.

¹⁹ Art. 13y jo. 13x WTV zoals ingevoerd door de Veilingwet.

Dutchtone heeft in dit verband verwezen naar een tweetal beschikkingen van de Europese Commissie met betrekking tot de in Italië²⁰ en Spanje²¹ gevolgde procedure bij de toekenning van DCS-1800 frequenties. In beide landen was aan de “nationale” telecommunicatie-aanbieder om niet een frequentie ter beschikking gesteld. Aan de tweede aanbieder, die geselecteerd was op basis van een vergelijkende toets, werd daarentegen de verplichting opgelegd een vergoeding te betalen voor de frequentie. De Commissie constateerde in beide zaken dat dit handelen in strijd was met artikel 86 EG in verbinding met artikel 82 EG, aangezien de nationale aanbieder over een “competitive edge” zou beschikken die ertoe zou leiden dat deze nationale aanbieder de tweede toetreden van de markt kon drukken.

Tot een beoordeling van dit argument in het kader van de Nederlandse veiling komt de Rechtbank echter niet. Volgens de Rechtbank in overweging 5.3.6 beschikken KPN en Libertel door de toekenning van de GSM-frequenties namelijk niet over bijzondere rechten. “De limitering tot – toendertijd – twee vergunninghouders vindt haar oorzaak uitsluitend in de toen beschikbare beperkt beschikbare frequentieruimte en is niet ingegeven door motieven van algemeen (economisch) belang.” Dat de vergunning aan KPN rechtstreeks op grond van de wet is verleend en de vergunning aan Libertel na een vergelijkende toets doet volgens de Rechtbank niet af aan deze conclusie. De frequenties zijn volgens de Rechtbank namelijk tegelijkertijd en onder identieke voorwaarden aan KPN en Libertel verleend. Bovendien diende het ter beschikking stellen van een vergunning aan Libertel er nu juist toe, concurrentie te bevorderen. Op dit punt wijkt de onderhavige situatie dan ook af van de Italiaanse en Spaanse zaken, zo de Rechtbank, aangezien het daar een zeer evidente beoordeling betrof van een staatsbedrijf ten opzicht van een nieuwkomer.

Het is jammer dat de Rechtbank de discussie op dit punt uit de weg gaat. Ons inziens kan in elk geval van KPN gezegd worden dat zij beschikte over een bijzonder recht. Haar recht op een GSM-vergunning volgde rechtstreeks uit de wet, artikel 13i WTV. Op grond van artikel 13i lid 3 WTV beschikte zij bovendien over een tijdelijke vergunning nog voordat Libertel haar vergunning na een langdurige en kostbare *beauty contest* verkreeg. Wat dat betreft is de overweging van de Rechtbank, dat KPN en Libertel hun vergunningen tegelijkertijd verwierven, misleidend. De positie van Libertel was niet gelijk aan die van de vergunninghouder ex legem die reeds vele jaren op de markt actief was. De Rechtbank had ons inziens moeten onderzoeken of het achterwege laten van het opleggen van een naheffing aan KPN in strijd was met artikel 86 in verbinding met artikel 82 EG.

Verboden staatssteun

Tot slot heeft Dutchtone aangevoerd dat het achterwege laten van de naheffing een vorm van verboden staatssteun vormt in de zin van artikel 88 lid 3 EG en artikel 87 EG. Artikel 87 verbiedt het aan de Lid-Staten van de Europese Gemeenschappen staatssteun te verlenen die ertoe leidt, dat de mededinging op de gemeenschappelijke markt wordt vervalst. Indien Lid-Staten voornemens zijn staatssteun te verlenen dienen zij de Commissie daarvan op de hoogte te stellen op grond van artikel 88 EG. De staatssteunverlening kan pas worden uitgevoerd indien de Commissie daaraan goedkeuring verleent. Staatssteun die reeds is uitgekeerd zonder de in het EG-Verdrag voorziene procedure te volgen dient alsnog bij de Commissie te worden aangemeld. Om de volle werking van de verdragsbepalingen te garanderen heeft artikel 88 lid 3 EG, dat voorziet in de aanmeldingsprocedure, rechtstreekse werking.

²⁰ Beschikking 95/489 van de Commissie van 4 oktober 1995 betreffende de aan de tweede exploitant van GSM- radiotelefonie in Italië opgelegde voorwaarden, Pb. L280 van 23/11/1995, pp. 49-57.

²¹ Beschikking 97/181 van de Commissie van 18 december 1996 betreffende de aan de tweede exploitant van GSM- radiotelefonie in Spanje opgelegde voorwaarden, Pb. L76 van 18/03/1997, pp. 19-29.

De uitspraak van de Rechtbank op dit punt is opmerkelijk. Ten eerste merkt de Rechtbank in overweging 5.4.6 op niet uit te willen sluiten dat het achterwege laten van een niet verplichte (na-)heffing een vorm van staatssteun kan zijn. Tot zover is de uitspraak nog te begrijpen. Immers, het begrip staatssteun uit het EG-Verdrag is ruim uit te leggen en omvat elke begunstigende maatregel van Lid-Staten die ertoe leidt dat de mededinging wordt vervalst. Vervolgens lijkt men het spoor echter bijster te raken. Volgens de Rechtbank kan de vraag, of het achterwege blijven van het opleggen van een naheffing staatssteun is uiteindelijk in het midden blijven omdat ... er geen sprake is geweest van staatssteun in de zin van artikel 87 EG. Volgens de Rechtbank wordt niet voldaan aan het verbod van artikel 87 EG, omdat, zo heeft men al vastgesteld, de mededinging niet wordt vervalst of dreigt te worden vervalst.

De Rechtbank verliest hier de strekking van de staatssteunbepalingen van het EG-Verdrag uit het oog alsmede de rechtstreekse werking van artikel 88 lid 3 EG. De constatering van de Rechtbank, dat de vraag of er sprake is van staatssteun in het midden kan blijven aangezien deze de mededinging niet zou vervalsen is onjuist. Er kan uitsluitend worden vastgesteld of staatssteun de mededinging vervalst indien er daadwerkelijk sprake is van staatssteun. De in een ander kader gedane constatering dat de mededinging door een handelswijze van de overheid niet is beperkt kan niet met zich meebrengen, dat de Rechtbank zich niet over de vraag zou hoeven uitlaten, of deze handelswijze staatssteunverlening inhoudt. De Rechtbank miskent (daarmee) tevens de rechtstreekse werking van artikel 88 lid 3 EG, dat slechts bepaalt dat de Lid-Staten staatssteunmaatregelen dienen te melden bij de Commissie. De vraag of een staatssteunmaatregel de mededinging vervalst dient vervolgens op grond van artikel 87 EG door de Commissie te worden beoordeeld. Artikel 87 EG heeft geen rechtstreekse werking. Dit betekent dat de nationale rechter slechts kan vaststellen of een staatssteunmaatregel op grond van het EG-Verdrag in Brussel had dienen te worden aangemeld, met andere woorden, of sprake is van staatssteun. Het is vervolgens aan de Commissie om vast te stellen of de staatssteunmaatregel de mededinging vervalst. Indien daarvan sprake is, kan de nationale rechter de Nederlandse Staat verplichten de staatssteunmaatregel ter beoordeling aan de Europese Commissie voor te leggen en voorts alle maatregelen treffen, die noodzakelijk zijn om de nuttige werking van het EG-Verdrag te garanderen.

De invloed van de Commissie

Dutchtone blijft met lege handen achter. De Rechtbank constateert dat de gevolgde veilingprocedure rechtmatig is geweest en dat het in theorie, vanuit het perspectief van 1997, daadwerkelijke mededinging tot stand had kunnen brengen. De argumenten van Dutchtone dat door het achterwege laten van een naheffing de Nederlandse Staat in strijd met artikel 86 EG heeft gehandeld en staatssteun is verleend in strijd met het EG-Verdrag gaat de Rechtbank uit de weg. Zoals wij al constateerden is dit opmerkelijk. Geheel onbegrijpelijk is het echter niet. Zoals de Rechtbank ook zelf constateert, kan de nationale rechter bij zijn oordeelsvorming niet-formele beschikkingen van de Commissie en informele contacten met de Commissie als gegevens van feitelijke aard bij zijn beoordeling betrekken. De Rechtbank lijkt bijzonder gevoelig voor het feit dat de Europese Commissie, bij monde van Commissaris van Miert, nauw betrokken is geweest bij de totstandkoming van de Nederlandse veiling van de DCS 1800 frequenties. Het probleem van dergelijke "gegevens van feitelijke aard" is echter dat daartegen geen rechtsbescherming bestaat indien twijfel ontstaat omtrent de duiding van deze gegevens. Heeft van Miert elke naheffing uitgesloten? Waarom is de naheffing niet beperkt tot KPN nadat Libertel succesvol had geklaagd bij de Commissie? Waarom is geen andere naheffing toegepast of onderzocht? Dutchtone zou het deze vragen wellicht het beste kunnen voorleggen aan de instantie die ze lijkt te hebben beantwoord: de Europese Commissie.

Vervolg

Gezien de huidige overmacht van KPN en Libertel op de mobiele markt, met een gezamenlijk marktaandeel op de Nederlandse mobiele markt van circa 75%, zou men kunnen constateren dat de Minister in december 1996 nog gelijk had: zonder naheffing zou het onmogelijk zijn om de nieuwkomers een eerlijke kans te geven. Terugblikkend op de gekozen verdelingsstrategie en de blijvende gevolgen daarvan op de concurrentieverhoudingen zou men kunnen stellen dat de drie nieuwe vergunninghouders alleen door de zeer gunstige marktomstandigheden zich ten minste een bescheiden positie op de markt hebben kunnen veroveren. Doordat de markt zo explosief groeide is het hen wel gelukt om elk ongeveer een miljoen klanten te werven, maar zij zijn er nooit in geslaagd om een serieuze aanval te doen op de marktaandelen van de dominante twee.

De achterstand van de DCS-1800 vergunninghouders werd veroorzaakt door een aantal factoren. Zij moesten voor hun vergunning honderden miljoenen gulden betalen; KPN en Libertel hadden weliswaar ook wat DCS-1800 frequenties gekocht, maar veel minder en voornamelijk om de dekking en capaciteit in enkele *hot spots* te verbeteren: hun kernfrequenties waren gratis geweest. De nieuwkomers begonnen drie jaar later, met als bijgevolg dat de apparatuurprijzen hoger waren en het beschikbare aantal antenneopstelpunten lager. Voor een DCS-1800 netwerk zijn, vanwege de hogere frequenties die worden gebruikt, bovendien veel meer cellen nodig als voor een GSM netwerk, zodat de aanleg van een landelijk dekend netwerk extra investeringen vergt. Tenslotte: KPN en Libertel konden begin 1999, toen de DCS-1800 vergunninghouders op de markt kwamen, niet alleen al beschikken over een volledig uitgerold nationaal GSM-netwerk, maar ook een volledig uitgerold nationaal dealernetwerk, marketingnetwerk en een abonneebestand waarin alle grote klanten al met meerjarige overeenkomsten vast zaten. Wat overbleef waren vooral consumenten en MKB'ers met koudwatervrees, nieuwkomers die vaker prepaid aansluitingen nemen en relatief minder opbrengen.

Het zal interessant zijn te bezien of de toezichthouders na gedane zaken verdere stappen in deze markt zullen willen nemen. OPTA is bezig met een consultatieronde die zou kunnen uitmonden in de aanwijzing van KPN, overeenkomstig artikel 6.4 lid 2 Tw, als partij met aanmerkelijke macht op de markt voor vast en mobiel tezamen. Nu zijn KPN Mobile en KPN, als partijen met aanmerkelijke macht op de mobiele markt in de zin van artikel 6.4 lid 1 Tw, alleen verplicht om te voldoen aan redelijke verzoeken om bijzondere toegang – te denken valt aan carrier (pre)selectie op het mobiele net, maar wellicht ook aan *mobile virtual network operator* (MVNO) constructies waarbij andere aanbieders met gebruikmaking van het net van KPN Mobile of Libertel een eigen mobiele dienstverlening kunnen opzetten. Ook over dit onderwerp is OPTA de markt aan het consulteren.

Met een aanwijzing van KPN ex artikel 6.4 lid 2 Tw zou KPN Mobile, behalve voldoen aan redelijke verzoeken om bijzondere toegang, ook verplicht worden om kostengeoriënteerde interconnectie- en bijzonderetoegangstarieven te hanteren. In 1998 hadden de nieuwkomers met een dergelijke facilitiet wellicht *national roaming* tegen betaalbare tarieven kunnen afdwingen, maar of de andere mobiele aanbieders nu nog gebaat zijn bij de extra aanwijzing van KPN is nog maar de vraag. Een verlaging van interconnectietarieven van KPN Mobile zou indirect kunnen leiden tot een verlaging van de eindgebruikerstarieven van KPN Mobile, waardoor de eindgebruikerstarieven van de overige aanbieders onder druk kunnen komen te staan. Directe interconnectie met KPN Mobile tegen kostengeoriënteerde tarieven kan interessant zijn voor partijen die veel verkeer afleveren bij KPN Mobile abonnees, maar hoeft ook niet specifiek behulpzaam te zijn voor de andere mobiele aanbieders.

Ook de discussie over de vraag, of KPN en Libertel gezamenlijk een machtspositie innen, lijkt ons de moeite waard en is rechtstreeks terug te voeren op de feiten die tot onderhavige uitspraak hebben geleid. Zowel KPN als Libertel zijn aangewezen als partij met aanmerkelijke macht op de mobiele markt. Als hun voorsprong bij de inwerkingtreding van

de nieuwe Europese richtlijnen (voorzien in het voorjaar van 2003) nog steeds zo groot is, kan een *joint dominance* aanwijzing niet worden uitgesloten, zeker als het marktaandeel van KPN tegen die tijd (net) onder de 50% is gedoken.

Tenslotte zij nog verwezen naar een recente wijziging van de Telecommunicatiewet in verband met het mogelijk maken van een financieel bod op frequenties.²² Het nieuw ingevoegde artikel 3.3 lid 7 Tw bepaalt dat een eenmaal gemaakte keuze voor een verdelingsmechanisme voor een bepaalde bestemming ook bij elke volgende uitgifte van frequentieruimte voor die bestemming wordt gehanteerd, zolang er in die bestemming nog bestaande vergunninghouders zijn en tenzij dit ten gevolge van gewijzigde omstandigheden betreffende het gebruik van die frequentieruimte niet langer leidt tot een optimaal gebruik van frequentieruimte. De toelichting biedt weliswaar ruimte voor verfijning van een eenmaal op een bepaalde markt gekozen verdelingsprocedure, maar lijkt een abrupte overgang van *beauty contest* naar veiling sterk te bemoeilijken:

*Deze beperking is ingevoerd vanuit de optiek van non-discriminatie en rechtszekerheid. Immers de burger weet hierdoor waar hij, in het geval voor een bepaalde bestemming eenmaal een keuze is gemaakt, aan toe is: zolang er nog lopende vergunningen zijn zal iedere nieuwe toewijzing via hetzelfde verdelingsinstrument geschieden.*²³

Een strengere en meer specifieke bepaling bestaat al langer in Duitsland, waar § 11 sub 2 Telekommunikationsgesetz bepaalt dat toedeling van gebruiksvergunningen door middel van veiling niet is toegestaan in het geval dat eerder op een en dezelfde telecommunicatiedienstenmarkt door middel van andere toewijzingsmechanismen vergunningen zijn verleend.²⁴ Men kan zich afvragen of de Staat over had kunnen gaan tot veiling van de DCS 1800 frequenties wanneer het nu ingevoerde artikel 3.3 lid 7 Tw in 1997 had gegolden. In elk geval is te hopen dat de nu gekozen oplossing flexibel genoeg is om verdere verfijning niet te hinderen maar tegelijkertijd ook zo duidelijk is dat bij toekomstige spectrumverdelingen minder wordt gevergd van het prospectieve oordeel van de Minister van Verkeer & Waterstaat.

Mark Smeets en Remy Chavannes

De auteurs zijn advocaat te Amsterdam (Stibbe)

²² Stb. 2001, 356.

²³ Kamerstukken II 2000-2001, 27607, nr. 3, p. 3.

²⁴ Zie ook Verberne, *Verdeling van het spectrum*, pp. 116-117.