

uitspraak

RECHTBANK ROTTERDAM

Team Bestuursrecht 1

zaaknummers: ROT 14/3524, ROT 14/3574, ROT 14/6977 en ROT 14/7007

uitspraak van de meervoudige kamer van 4 juni 2015 in de zaken tussen

1. **A.A. van de Langenberg handelend onder de naam Rato Zendertechniek** (Rato), te Ravenstein,
2. **RadioCorp B.V.** (RadioCorp), te Bussum, gemachtigde: prof. mr. S.J.H. Gijrath,
3. **RadioNL B.V.** (RadioNL), **voorheen NDC Radio B.V.** (NDC Radio), te Sneek, gemachtigde: mr. M.T.M. Koedooder,

en

de minister van Economische Zaken, verweerder, gemachtigden: mr. J. Sijbrandij, mr. A.J. Boorsma, mr. J. Bootsma.

Procesverloop

Bij besluit van 24 april 2014 (besluit 1) heeft verweerder het bezwaar van Rato tegen het besluit van 12 december 2013, strekkende tot afwijzing van het verzoek van Rato tot intrekking van elf verlengingsvergunningen van NDC Radio voor niet landelijke commerciële omroep voor de kavels B27 tot en met B37, ongegrond verklaard.

Bij besluit van 25 april 2014 (besluit 2) heeft verweerder het bezwaar van RadioCorp tegen het besluit van 20 januari 2014, strekkende tot afwijzing van het verzoek van RadioCorp tot intrekking van elf verlengingsvergunningen van NDC Radio voor niet landelijke commerciële omroep voor de kavels B27 tot en met B37, ongegrond verklaard.

Bij besluit van 3 september 2014 (besluit 3) heeft verweerder het bezwaar van RadioCorp tegen het besluit van 16 januari 2014 (hierna ook: de lastoplegging), strekkende tot oplegging van lasten onder dwangsom aan NDC Radio, de naamvoorganger van RadioNL, wegens het niet voldoen aan de programmatische voorschriften zoals opgenomen in de verlengingsvergunningen voor de kavels B28, B33, B34 en B35, ongegrond verklaard.

Bij besluit van 3 september 2014 (besluit 4) heeft verweerder het bezwaar van RadioNL tegen de lastoplegging ongegrond verklaard.

Rato heeft beroep ingesteld tegen besluit 1, RadioCorp tegen de besluiten 2 en 3 en RadioNL tegen besluit 4. De rechtbank heeft voorts RadioNL aangemerkt als partij in het beroep tegen de besluiten 1, 2 en 3 en zij heeft RadioCorp als partij in het beroep tegen besluit 4 aangemerkt.

De Vereniging Niet Landelijke Commerciële Radio-omroep (NLCR), te Sneek, heeft bij brief van 16 februari 2015 verzocht als partij te worden toegelaten tot de beroepszaken met betrekking tot de besluiten 3 en 4. De griffier heeft NLCR, RadioCorp, RadioNL en

verweerder bij brieven van 20 februari 2015 bericht dat NLCR in die beroepen (vooralsnog) als belanghebbende wordt aangemerkt en als partij zal kunnen deelnemen aan die gedingen.

NLCR heeft bij brief van 18 maart 2015 voorts verzocht als derde partij te worden toegelaten tot de beroepszaken met betrekking tot de besluiten 1 en 2.

Bij faxbericht en brief van 25 maart 2015 heeft verweerder zijn besluit van diezelfde datum (besluit 5) toegezonden dat strekt tot intrekking van besluit 3 en tot herroeping van de lastoplegging. Bij besluit 5 heeft verweerder voorts het verzoek van RadioNL om toepassing van artikel 7:15 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) gehonoreerd tot een bedrag van € 980,-.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 27 maart 2015. Ter zitting zijn verschenen A.A. Langenberg, namens RadioCorp gemachtigde prof. mr. S.J.H. Gijrath en H. Visser, directeur RadioCorp Holding, namens RadioNL gemachtigde mr. M.T.M. Koedooder en N. Silvius, eigenaar-directeur, namens verweerder mr. J. Sijbrandij en mr. A.J. Boorsma en namens NLCR, te Sneek, mr. A.J. Macro.

Na sluiting van het onderzoek ter zitting heeft RadioNL de rechtbank bericht dat zij geen aanleiding ziet haar beroep in te trekken.

Overwegingen

Toelating NLCR als partij

1.1. Met betrekking tot het verzoek van NLCR van 18 maart 2015 om met toepassing van artikel 8:26 van de Awb te worden toegelaten tot de gedingen inzake de aangevallen besluiten 1 en 2 overweegt de rechtbank dat zij dit verzoek wegens strijd met een goede procesorde zal afwijzen. Zij neemt hierbij in aanmerking dat het verzoek van de NLCR in een zodanig laat stadium is gedaan dat inwilliging daarvan gelet op de artikelen 8:39, eerste lid, en 8:43, tweede lid, van de Awb zou leiden tot een vertraging in de afdoening van deze zaak die de rechtbank, mede uit een oogpunt van proceseconomie en de wenselijkheid van afdoening binnen een redelijke termijn, ongewenst acht. De rechtbank verwijst hierbij naar haar uitspraak van 4 mei 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ3832.

1.2. Ten aanzien van het verzoek van NLCR van 16 februari 2015 om te worden toegelaten tot de gedingen over de besluiten 3 en 4 overweegt de rechtbank het volgende. Uit de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 22 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW9146, volgt dat wanneer een (mogelijke) belanghebbende heeft verzuimd een rechtsmiddel in te stellen, die dan niet met toepassing van artikel 8:26 van de Awb alsnog als partij kan deelnemen aan het geding. Verweerder heeft bij besluit van 3 september 2014 het bezwaar van NLCR tegen de lastoplegging niet-ontvankelijk verklaard. Aan deze niet-ontvankelijkverklaring ligt mede het standpunt van verweerder ten grondslag dat NLCR in deze zaak geen belanghebbende is als bedoeld in artikel 1:2, derde lid, van de Awb. NLCR heeft berust in dat besluit. Ter zitting heeft NLCR verklaard dat zij het niet eens is met de lastoplegging aan RadioNL. Gelet hierop kan NLCR tegengeworpen worden dat zij verzuimd heeft beroep in te stellen, hetgeen ertoe leidt dat zij niet als partij kan deelnemen aan de procedures over de besluiten 3 en 4. De rechtbank zal dan ook voorbij gaan aan hetgeen NLCR in deze procedure heeft aangevoerd.

Wettelijk kader

2.1. Richtlijn 2002/20/EG van het Europees parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (de Machtigingsrichtlijn) luidt voor zover hier van belang als volgt:

“Artikel 8

Geharmoniseerde toewijzing van radiofrequenties

Wanneer het gebruik van radiofrequenties is geharmoniseerd, de voorwaarden en procedures voor toegang zijn overeengekomen en de ondernemingen waaraan de radiofrequenties zullen worden toegewezen, geselecteerd zijn overeenkomstig de internationale overeenkomsten en de communautaire voorschriften, verlenen de lidstaten dienovereenkomstig het recht om radiofrequenties te gebruiken. Als in het geval van een gezamenlijke selectieprocedure aan alle aan het gebruiksrecht van de betrokken radiofrequenties gekoppelde voorwaarden is voldaan, mogen de lidstaten geen nadere voorwaarden, bijkomende criteria of procedures opleggen die de correcte toepassing van de gemeenschappelijke toewijzing van dergelijke radiofrequenties beperken, wijzigen of uitstellen.

Artikel 14

Wijziging van rechten en verplichtingen

1. De lidstaten zien erop toe dat de rechten, voorwaarden en procedures die van toepassing zijn bij algemene machtigingen en gebruiksrechten of rechten om faciliteiten te installeren, slechts in objectief gerechtvaardigde gevallen en op proportionele wijze kunnen worden gewijzigd. Het voornemen om dergelijke wijzigingen aan te brengen, zal op passende wijze worden bekendgemaakt en de belanghebbende partijen, met inbegrip van gebruikers en consumenten, zullen over een adequate termijn kunnen beschikken om hun standpunt met betrekking tot de voorgestelde wijzigingen kenbaar te maken; deze termijn bedraagt behoudens uitzonderlijke gevallen ten minste vier weken.
2. De lidstaten mogen de rechten om faciliteiten te installeren niet vóór het verstrijken van de periode waarvoor zij verleend zijn beperken of intrekken, behalve in met redenen omklede gevallen en, waar nodig, in overeenstemming met de relevante nationale bepalingen inzake compensatie voor de intrekking van rechten.”

2.2. Artikel 6 van Richtlijn 2002/21/EG van het Europees parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (de Kaderrichtlijn) luidt:

“Behoudens in gevallen die onder de artikelen 7, lid 6, 20 of 21 vallen, zorgen de lidstaten ervoor dat de nationale regelgevende instanties die voornemens zijn maatregelen in overeenstemming met deze richtlijn of de bijzondere richtlijnen te nemen die aanzienlijke gevolgen voor de relevante markt hebben de belanghebbenden in staat stellen om binnen een redelijke termijn hun zienswijzen te geven op de ontwerpmaatregel. De nationale regelgevende instanties publiceren hun nationale raadplegingsprocedures. De lidstaten dragen zorg voor de oprichting van een enkel informatiepunt waar inzage verkregen kan worden in alle lopende raadplegingsprocedures. De resultaten van de raadpleging worden door de nationale regelgevende instanties openbaar gemaakt, behalve in geval van vertrouwelijke informatie overeenkomstig het communautair en nationaal recht betreffende zakelijke vertrouwelijkheid.”

- 2.3. Artikel 4:6 van de Awb luidt:
- “1. Indien na een geheel of gedeeltelijk afwijzende beschikking een nieuwe aanvraag wordt gedaan, is de aanvrager gehouden nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden te vermelden.
 2. Wanneer geen nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden worden vermeld, kan het bestuursorgaan zonder toepassing te geven aan artikel 4:5 de aanvraag afwijzen onder verwijzing naar zijn eerdere afwijzende beschikking.”

Artikel 5:32 van de Awb luidt:

- “1. Een bestuursorgaan dat bevoegd is een last onder bestuursdwang op te leggen, kan in plaats daarvan aan de overtreder een last onder dwangsom opleggen.
2. Voor een last onder dwangsom wordt niet gekozen, indien het belang dat het betrokken voorschrift beoogt te beschermen, zich daartegen verzet.”

- 2.4. De Telecommunicatiewet (Tw) luidde voor zover hier van belang ten tijde van de aanvraag om verlening van de verlengingsvergunningen (Tw (oud)):
- “Artikel 3.3
1. Voor het gebruik van frequentieruimte is een vergunning vereist van Onze Minister welke op aanvraag kan worden verleend.

De Tw luidt voor zover hier van belang thans:

“Artikel 3.19

(...)

2. Een vergunning kan door Onze Minister worden ingetrokken indien:
 - a. de houder van de vergunning niet meer voldoet aan de aan hem gestelde eisen om in aanmerking te komen voor een vergunning,
 - b. de houder van de vergunning de bij of krachtens deze wet, dan wel bij of krachtens de artikelen 6.10, 6.11, 6.23 of 6.24 van de Mediawet 2008 gestelde regels dan wel de aan de vergunning verbonden voorschriften en beperkingen niet nakomt,
- (...)

Artikel 15.1

1. Met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens deze wet zijn belast de bij besluit van Onze Minister aangewezen ambtenaren, voor zover het betreft de bepalingen die betrekking hebben op:
 - a. het gebruik van frequentieruimte;
- (...)

Artikel 15.2

1. Onze Minister is bevoegd tot oplegging van een last onder bestuursdwang ter handhaving van de verplichtingen, gesteld bij of krachtens de in artikel 15.1, eerste lid, bedoelde bepalingen.
- (...)”

- 2.5. Verweerder heeft op grond van de Tw (oud) het Nationaal Frequentieplan 2005 (NFP 2005) opgesteld. In Annex 2a Nationale voetnoten behorende bij het NFP 2005 is aangegeven welke allotments voor digitale radio zijn gekoppeld aan de FM-band.

Bij besluit van 16 februari 2011 heeft verweerder het NFP 2005 gewijzigd (Stcrt. 2011, 2948). In de toelichting is onder meer vermeld:

“Belangrijk onderdeel van het beleid is dat houders van vergunningen voor analoge radio hun radioprogramma simultaan analoog en digitaal, middels de gekoppelde frequentieruimte, dienen uit te zenden. Hiervoor wordt gekozen omdat het voor de transitie van analoog naar digitaal wenselijk is dat de luisteraar op het digitale platform ook zijn vertrouwde radioprogramma’s aantreft. In verband hiermee wordt vanaf 1 september 2011 een koppeling aangebracht tussen de frequentieruimte voor analoge radio en de frequentieruimte voor digitale radio. Dit laatste betreft frequentiecapaciteit in band III: een landelijk kavel, kavel 11C, en een zogenaamd bovenregionaal kavel, bestaande uit vijf allotments (frequentiebanden met beperkt geografisch bereik) die tezamen een landelijke dekking hebben. Het landelijke kavel is blijkens nationale voetnoot 007 bestemd voor de houders van de FM-vergunningen voor landelijke commerciële omroep, het bovenregionale kavel is blijkens nationale voetnoot 006 bestemd voor de regionale publieke omroepen, houders van FM-vergunningen voor niet-landelijke commerciële omroep en houders van commerciële middengolfvergunningen.”

2.6. Artikel 7 van de Regeling aanwijzing en gebruik frequentieruimte commerciële radio-omroep 2003 (Regeling AGF 2003) luidde tot 1 januari 2014:

“1. De frequentieruimte in de FM-band, aangewezen in het tweede lid, wordt slechts gebruikt voor het uitzenden van regionale radioprogramma’s van commerciële omroepinstellingen die in het bijzonder gericht zijn op het gebied waarvoor de programma’s zijn bestemd. Een radioprogramma wordt aangemerkt als een radioprogramma, bedoeld in de vorige volzin, indien:

a. het radioprogramma in elk geval wordt uitgezonden gedurende de uren van 07.00 uur tot 19.00 uur;

b. het radioprogramma tussen 07.00 uur en 19.00 uur voor ten minste 10 procent in het bijzonder gericht is op het gebied waarvoor het programma is bestemd; en

c. verzorgd wordt door een commerciële omroepinstelling, waarvan alle door haar verzorgde en via omroepnetwerken uitgezonden programma’s tezamen door niet meer dan 30 procent van het aantal inwoners van Nederland kunnen worden ontvangen.

2. Als frequentieruimte, bedoeld in het eerste lid, wordt aangewezen:
(...)

b. de frequentieruimte in de kavels B27 tot en met B38, bedoeld in tabel A van bijlage 1 van de Regeling aanvraag en vergelijkende toets vergunningen commerciële radio-omroep 2007.

3. Bij de toepassing van het eerste lid, onderdeel b, wordt de zendtijd besteed aan reclameboodschappen buiten beschouwing gelaten.”

In artikel 7, eerste lid, aanhef en onder b, van de Regeling AGF 2003 is per 1 januari 2014 bepaald dat het radioprogramma tussen 07.00 uur en 19.00 uur voor ten minste 10 procent in het bijzonder gericht is op het gebied waarvoor het programma is bestemd, waarbij tot 1 september 2017 geldt dat het gebied waarvoor het programma bestemd is tevens omvat het gebied dat behoort bij het allotment, bedoeld in nationale voetnoot 006 van het Nationaal Frequentieplan 2005, dat gekoppeld is aan de betreffende kavel.

In de toelichting bij deze wijziging, die is doorgevoerd met de Regeling vergoedingen Agentschap Telecom 2014 (Stcrt. 2013, nr. 34578), is te lezen:

“Het gewijzigde eerste lid, onderdeel b, brengt tot uitdrukking dat de houder van een vergunning van niet-landelijke commerciële radio-omroep zijn programma-aanbod (ook) mag richten op het gebied dat hij (verplicht) digitaal dient te verzorgen. Concreet betekent het voorgaande dat bij de berekening van het percentage regiogerichtheid, (onderdelen binnen) radioprogramma's gericht op het gebied dat samenvalt met het gekoppelde allotment, ook worden beschouwd als regiogericht.”

2.7. Artikel 15 van de Regeling aanvraag en vergelijkende toets vergunningen commerciële radio-omroep 2007 (Regeling AVT 2007) luidde voor zover hier van belang ten tijde van de aanvraag om verlening van de verlengingsvergunningen:

“1. Bij elke aanvrager die één of meer kavels voor niet-landelijke commerciële radio-omroep aanvraagt wordt getoetst in hoeverre hij op basis van zijn programmatische voornemens significant meer biedt dan andere aanvragers en hetgeen voor een kavel is voorgeschreven in artikel 7, eerste lid, onderdeel b, van de Regeling aanwijzing en gebruik frequentieruimte commerciële radio-omroep 2003. (...)”

De toelichting bij artikel 15 van de Regeling AVT 2007 (Stcrt. 2007, nr. 220) luidt, met weglating van voetnoten:

“Bij de niet-landelijke FM-frequenties wordt per kavel bij elke aanvrager beoordeeld in hoeverre hij meer doet dan de minimumvoorschriften van artikel 7 van de Regeling aanwijzing en of hij zich significant onderscheidt van andere aanvragers.

De voorschriften van de Regeling aanwijzing zorgen er voor dat de programma's op de niet-landelijke FM frequenties ook echt regionaal of lokaal gericht zijn en dat er niet volledig nationaal geprogrammeerd wordt. Agentschap Telecom en het Commissariaat voor de Media hebben samen op een rijtje gezet wat regiogericht inhoudt. Onder regiogerichte programmering valt in ieder geval het volgende:

- programma's over regionale sportactiviteiten;
- informatie over regionale kunstactiviteiten, regionale gezondheidszorginstellingen, raadsvergaderingen, taalcursussen etc.;
- verslagen van belangrijke gebeurtenissen of festiviteiten in de regio, zoals avondvierdaagse, carnavalsoptocht, intocht Sinterklaas, benoeming burgemeester, opening nieuw bibliotheekgebouw;
- registraties van culturele voorstellingen en kerkdiensten;
- spelprogramma's met kandidaten uit de regio;
- verzoekplatenprogramma's die worden samengesteld door en met luisteraars uit het uitzendgebied, waarbij het verzoek wordt besproken in de uitzending;
- gepresenteerde programmaonderdelen, al dan niet in het streekdialect;
- muziek, waarvan de uitvoerende groep of artiest of de schrijver uit de regio komt;
- muziek waarvan de tekst in het streekdialect wordt gezongen;
- het noemen van de naam van het radiostation op een op de regio gerichte wijze of in het streekdialect;
- herkenningmelodieën met begeleidende tekst of mededelingen in een programmaonderdeel, die zich richten op de regio of die in het streekdialect worden uitgesproken.

Het ANP nieuws (of nieuws van andere erkende persbureaus) en herhalingen van regiogerichte programmaonderdelen tellen ook mee. Er is dus wel wat voor nodig voordat een programma regiogericht kan worden genoemd. ‘Voor en door Amsterdammers’ is te weinig, ook volgens de rechter. Bij de vergelijkende toets wordt aangesloten bij de manier waarop de programmavoorschriften worden gecontroleerd. Een programmaonderdeel dat inhoudelijk zo is vormgegeven dat er een duidelijke regionale inbreng is en daardoor een specifiek op het verzorgingsgebied gericht karakter krijgt, voldoet voor de gehele duur van het programmaonderdeel aan de eis van de regiogerichtheid. De opbouw van een op de regio gericht programmaonderdeel kan onderdelen bevatten die specifiek op de regio gericht zijn. Als die onderdelen van het programmaonderdeel samen 50% of meer van het uitzenduur duren, dan telt dat hele uitzenduur mee in de totaalstelling.”

De Regeling AVT 2007 is ingetrokken met ingang van 15 maart 2013 (Stcrt. 2013, nr. 3635).

Voorgeschiedenis, eerdere procedure en besluitvorming door verweerder

3.1. In 2008 zijn op basis van de procedure van vergelijkende toets met een financieel bod door verweerder vergunningen voor het gebruik van FM-frequentieruimte voor landelijke en niet-landelijke commerciële radio-omroep verleend. Bij deze verdeling heeft de naamvoorganger van RadioNL bij besluiten van verweerder van 3 maart 2008 vergunningen verkregen voor de kavels B27 tot en met B38 en zijn vergunningen geweigerd aan RATO en Stichting Kabelkrant Ameland (SKA). In de vergunningen is onder meer de verplichting opgenomen de vergunning te gebruiken voor het uitzenden van een radioprogramma voor niet-landelijke commerciële radio-omroep dat op maandag tot en met donderdag tussen 07.00 uur en 19.00 uur voor ten minste 64% is gericht op het gebied waarvoor het programma is bestemd. Tegen de vergunningverlening en -weigering zijn RATO en SKA opgekomen, hetgeen na een heroverweging heeft geleid tot de uitspraak van 6 augustus 2009 (ECLI:NL:RBROT:2009:BJ5565), waarin de rechtbank onder meer heeft geoordeeld dat de waardering van het programmatisch aanbod van RadioNL op onjuiste gronden heeft plaatsgevonden. De rechtbank heeft het beroep van SKA gegrond verklaard. Zij heeft het beroep van RATO gegrond verklaard voor zover dat ziet op de kavels B27 en B31 en voor het overige ongegrond verklaard. Vervolgens hebben verweerder en RadioNL hoger beroep ingesteld. Hangende het hoger beroep heeft verweerder op 3 mei 2012 een nieuw besluit op bezwaar genomen ter uitvoering van de uitspraak van de rechtbank. Hij heeft daarbij het bezwaar van Rato, wegens het ontbreken van procesbelang, niet-ontvankelijk verklaard.

3.2. Hangende het hoger beroep heeft de naamvoorganger van RadioNL verlengingsvergunningen aangevraagd, die bij besluiten van 22 juli 2011 zijn verleend met ingang van 1 september 2011. Artikel 4 van Bijlage A van de elf verlengingsvergunningen, zoals bekend gemaakt in de Staatscourant, luidt: “1. De vergunninghouder is verplicht de aan hem verleende vergunning te gebruiken voor het uitzenden van een radioprogramma voor niet-landelijke commerciële radio-omroep dat voor de navolgende dagen en percentages tussen 07.00 uur en 19.00 uur in het bijzonder is gericht op het gebied waarvoor het programma is bestemd:

- a. op maandag ten minste 64 procent;
- b. op dinsdag ten minste 64 procent;
- c. op woensdag voor ten minste 64 procent;
- d. op donderdag voor ten minste 64 procent;

- e. op vrijdag voor ten minste 68 procent;
 - f. op zaterdag voor ten minste 64 procent, en
 - g. op zondag voor ten minste 63 procent.
2. Voor zover het gepresenteerde programmaonderdelen tussen 07.00 en 19.00 uur betreft, wordt ten minste 50 procent in de Nederlandse of Friese taal gepresenteerd.
3. De in het eerste lid genoemde voorschriften laten onverlet dat de vergunninghouder bij de uitvoering daarvan voldoet aan de in artikel 7 van de Regeling aanwijzing en gebruik frequentieruimte commerciële radio-omroep 2003 opgenomen voorschriften.”

Bijlage E bevat de vergunning voor digitale radio-omroep inzake kavel B31 en allotment 7A. Artikel 2, vierde lid, van Bijlage E luidt:

“De vergunninghouder gebruikt de aan hem toegewezen frequentieruimte voor het aanbieden van ten minste één programmakanaal bestaande uit radioprogramma’s, waarbij dat programmakanaal wordt gebruikt voor het gelijktijdig en ongewijzigd uitzenden van radioprogramma’s die door middel van een (van de) vergunning(en) met dossiernummer(s) 6165308 worden uitgezonden in een kwaliteit die ten minste gelijk is aan 192 kb/s (stereo-uitzending), indien gebruikt wordt gemaakt van MPEG 2, 48 kb/s (stereo-uitzending), indien gebruik wordt gemaakt van AAC+, of, indien gebruik wordt gemaakt van een andere techniek, met een geluidskwaliteit die ten minste vergelijkbaar is met de kwaliteit die met stereo kan worden behaald door middel van de twee genoemde technieken.”

Bijlage I behorende bij Bijlage E bevat onder meer het volgende:

“De technische beschrijving, bedoeld in artikel 4, luidt als volgt: Het regionale kavel 2 heeft de omtrek beschreven in figuur 2. Het kavel is opgebouwd uit de GE06 DVBT allotments HOL0901H (K9), HOL0902H (K6), HOL0903H (K8), HOL0904H (K9), HOL0905H (K7), HOL0906H (K9).”

Daaronder is opgenomen Figuur 2. Geografische indeling van de frequentieruimte:



3.3 Vervolgens heeft het CBB op 6 juni 2012 een tussenuitspraak gegeven (ECLI:NL:CBB:2012:BW7911; hierna ook: de tussenuitspraak) en daarna op 12 september 2013 een einduitspraak gegeven (ECLI:NL:CBB:2013:158; hierna ook: de einduitspraak); de tussenuitspraak en de einduitspraak spitsen zich toe op de vergunningverlening en -weigering van de kavels B27 (Noord-Nederland) en B31 (Brabant).

3.4. In de tussenuitspraak heeft het CBB onder meer geoordeeld:
 “7.2.3 De aan NDC verleende vergunningen zijn per 1 september 2011 na het verstrijken van de geldigheidsduur door de Minister verlengd en tegen die verlengingsbesluiten zijn geen rechtsmiddelen aangewend. Toch staat dat niet aan het procesbelang van RATO in de weg, omdat de Minister de bestaande vergunninghouder exclusief voor de verlenging in aanmerking brengt en de uitkomst van de onderhavige procedure van betekenis kan zijn bij de in verdere toekomst gelegen vergunningverlengingen.

(...)

7.3.1 Het College stelt voorop dat de in artikel 7, eerste lid, onder b, van de Regeling AGF neergelegde eis dat een regionaal radioprogramma voor ten minste 10% in het bijzonder is gericht op het gebied waarvoor het programma is bestemd een inhoudelijk criterium vormt. Naar het oordeel van het College dient dit criterium aldus te worden uitgelegd dat een radioprogramma slechts dan kan gelden als een regionaal programma indien het, met inachtneming van dat percentage, in het bijzonder is gericht op die luisteraars die zich bevinden in het gebied waar de radiofrequentie waarvoor de vergunning is verleend kan worden ontvangen. Steun

voor dit oordeel ontleent het College aan de toelichting bij het besluit tot wijziging van de Regeling AGF van 29 juli 2003, Staatscourant 2003, nr. 151. Bij deze wijziging is in artikel 7, eerste lid, eerste volzin na 'commerciële omroepinstellingen' de zinsnede 'die in het bijzonder gericht zijn op het gebied waarvoor de programma's zijn bestemd' ingevoegd. Uit de toelichting blijkt dat hiermee is beoogd te verduidelijken dat het programmatische voorschrift dat de regionale programma's voor minimaal een gedeelte in het bijzonder gericht dienen te zijn op het gebied waarvoor de programma's zijn bestemd er nadrukkelijk toe strekt deze frequentieruimte in te kleuren en daarbij te bestemmen voor de categorie programma's die in het bijzonder gericht zijn op het verzorgingsgebied. Dat bevestigt dat met 'het gebied waarvoor het programma is bestemd' is bedoeld het gebied dat via de frequentie waarvoor de vergunning is verleend door het regionale programma wordt bediend. Het ligt derhalve in de rede dat het regionaal programma voor ten minste 10 % moet zijn gericht op die luisteraars die zich bevinden in het ontvangstgebied van de betreffende radiofrequentie.

(...)

7.3.4 Uit de gegevens onder 5.3.3 leidt het College af dat NDC naast nieuws, weer en verkeer, in de hier van belang zijnde regionale edities per uur ten minste twee liedjes uitzendt die betrekking hebben op Noord Nederland of Brabant. NDC heeft ter zitting aangegeven dat zij met die programma-elementen een regiogerichte inhoud van 20 tot 30% bereikt. Nu het programma-aanbod voor de kavels B27 en B31 overigens hetzelfde is, maken de aanvragen van NDC niet duidelijk op welke manier de door NDC beweerde regiogerichte programmering van 64% wordt bereikt."

3.5. Na de tussenuitspraak heeft verweerder, bij besluit van 23 augustus 2012, de verlening van de frequentievergunning voor de kavels B27 en B31 aan NDC en de afwijzing van de aanvraag van RATO gehandhaafd.

3.6. In de einduitspraak heeft het CBb onder meer als volgt geoordeeld:
"3.4.4 RATO heeft gelijk als hij stelt dat de minister ten onrechte de conference en interactief spel als nieuws, weer of verkeer meerekent. (...)

3.4.5 Het weektotaal aan regionale programma's komt daarmee op maximaal 397 minuten. Met partijen uitgaande van een netto zendtijd per uur van 50,5 minuten (exclusief reclame) en 12 uur per dag (van 7:00 tot 19:00 uur) is de totale netto zendtijd: 4242 uur. Dat resulteert in een percentage regionale programmering van 9,36%. Dat betekent dat de minimumnorm niet wordt gehaald. Daaruit volgt de conclusie dat de minister NDC in strijd met de wet de hier van belang zijnde vergunningen aan NDC heeft verleend.

3.5.1 Het beroep is gegrond, het College zal het besluit van 23 augustus 2012 vernietigen.

3.5.2 De besluiten van de minister van 3 maart 2008 tot verlening van de frequentievergunningen voor de kavels B27 en B31 aan NDC zal het College herroepen en hij zal de aanvragen van NDC voor die kavels afwijzen, opdat daarmee de rechtsgevolgen die aan de vergunningverlening waren verbonden met

terugwerkende kracht ongedaan worden gemaakt; voor het recht geldt dat de frequentievergunningen nimmer hebben bestaan.

3.5.3 Hiermee ontstaat de ruimte om een andere aanvraag voor de (schaarse) frequentievergunning voor deze kavels te honoreren en speelt de vraag of de afwijzing van de aanvraag van RATO stand houdt. Deze vraag beantwoordt het College bevestigend en daartoe is redengevend dat de door RATO ingediende aanvraag onvoldoende inzicht biedt in de programmering, in het bijzonder het regionale karakter er van. Het College is het met de minister eens dat uit die aanvraag niet valt op te maken of RATO voldoet aan de 10%-norm van artikel 7 van de Regeling AGF. Aanvulling van de aanvraag is in de hier gegeven omstandigheden – de tender is afgesloten en de periode waarvoor de vergunning kan worden verleend is verstreken – niet (meer) aan de orde. Dat betekent dat RATO onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat zij voldoet aan de 10%-norm. Ook haar aanvraag is door de minister dus, zij het op verkeerde gronden, terecht afgewezen. Hierin vindt het College aanleiding om de rechtsgevolgen van het besluit van 23 augustus 2012 in stand te laten in zoverre daarbij de afwijzing van de aanvraag van RATO is gehandhaafd.”

3.7. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) heeft in haar uitspraak van 23 oktober 2013 (ECLI:NL:RVS:2013:1599) met betrekking tot de bij besluit van 28 september 2010 gehandhaafde afwijzing door het Commissariaat voor de Media (het Commissariaat) om op grond van de Mediawet handhavend op te treden tegen regionale radiostations die programma's maken die door meer dan 30 procent van de inwoners van Nederland kunnen worden ontvangen, het volgende geoordeeld:

“De toenmalige staatssecretaris van Economische Zaken heeft in 2008 krachtens de Telecommunicatiewet vergunningen verleend voor het gebruik van frequentieruimte ten behoeve van de niet-landelijke commerciële omroep ten aanzien van 12 FM-frequenties, de zogenoemde restfrequenties, waarvan de duur afliep in 2011. De toenmalige minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie heeft daarop besloten die vergunningen te verlengen tot 2017. Aanvragen daarvoor moesten uiterlijk op 28 juni 2011 om 14 uur door hem zijn ontvangen.

RATO heeft als niet-landelijke commerciële omroep een aanvraag ingediend voor het gebruik van frequentieruimte ten aanzien van de restfrequenties via de kavels B27, B31 en B38. Hij wil via deze kavels het radioprogramma ‘Memories FM’ uitzenden, voor welk programma hij bij besluit van 20 november 2007 toestemming heeft gekregen van het Commissariaat. Deze aanvraag is door de staatssecretaris afgewezen op 3 maart 2008. In zijn uitspraak van 12 september 2013 in zaaknummers 09/1206, 09/1254, 10/1291 en 13/531 heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: het CBB) onder meer geoordeeld dat de aanvraag van RATO voor deze kavels terecht is afgewezen.

Vast staat dat RATO, anders dan NDC en Young City Media B.V., na afloop van de vergunningstermijn in 2011 geen aanvraag heeft ingediend voor de verlenging van de vergunningen tot 2017. Nu het CBB de beslissingen over de verlengingen niet met toepassing van artikel 6:19 van de Algemene wet bestuursrecht heeft betrokken in zijn uitspraak, gaat de Afdeling ervan uit dat dit nieuwe besluiten zijn waartegen afzonderlijk moet worden opgekomen. RATO heeft geen bezwaar gemaakt of beroep ingediend tegen de verlengingsbesluiten. Tegen deze besluiten is ook anderszins niet opgekomen, zodat zij in rechte onaantastbaar

zijn geworden. Dit betekent dat de kavels die RATO zou willen verwerven tot 2017 in beginsel niet beschikbaar zullen komen en hij niet meer kan worden aangemerkt als potentiële verkrijger van de restfrequenties.

Gezien het vorenstaande heeft RATO naar het oordeel van de Afdeling geen belang meer bij de beoordeling van zijn hoger beroep.”

3.8. Op 4 augustus 2012 heeft RadioCorp een handhavingsverzoek ingediend bij het Commissariaat tegen RadioNL. Bij besluit van 11 december 2012 heeft het Commissariaat dit verzoek afgewezen. Voor wat betreft het gedeelte van het verzoek dat ziet op bestuursrechtelijke handhaving van het overtreden van de programmatische voorschriften neergelegd in de betreffende FM-vergunningen voor niet-landelijke commerciële radio-omroep, acht het Commissariaat zich niet bevoegd. Voor zover het handhavingsverzoek ziet op de naleving van deze programmatische voorschriften heeft het Commissariaat het verzoek op 18 december 2012 ter verdere behandeling doorgezonden naar verweerder. Bij besluit van 7 mei 2013 heeft het Commissariaat het besluit van 11 december 2012 gehandhaafd. RadioCorp heeft hierin berust.

3.9. Verweerder heeft naar aanleiding van het aan hem doorgezonden handhavingsverzoek van RadioCorp onderzoek verricht naar de naleving van verlengingsvergunningvoorschriften door RadioNL. Daartoe hebben toezichthouders van het Agentschap Telecom op donderdag 23 mei 2013 en vrijdag 24 mei 2013 opnames gemaakt van radioprogramma's van RadioNL met betrekking tot een vijftal kavels. De toezichthouders hebben uit een oogpunt van efficiëntie en met het oog op de doorlooptijd van het onderzoek uitsluitend de opnames van donderdag 23 mei 2013 laten analyseren. Op 19 augustus 2013 zijn vervolgens rapporten van bevindingen opgemaakt, op 9 januari 2014 gevolgd door een aanvullend rapport van bevindingen. Bij besluit van 16 januari 2014 heeft verweerder lasten onder dwangsom opgelegd aan RadioNL.

3.10. Het bij de besluiten 3 en 4 gehandhaafde besluit van 16 januari 2014 berust onder meer op de bevindingen dat vanaf opstelplaats Hoven (dossiernummer 6165305) een voor 62% op de regio gericht programma werd uitgezonden, vanaf opstelplaats Den Helder (dossiernummer 6165310) voor 59%, vanaf opstelplaats Stadskanaal (dossiernummer 6165311) voor 61% en vanaf opstelplaats Heerenveen (dossiernummer 6165312) voor 59%. Het besluit vermeldt voorts het volgende:

“Uw stelling betreffende een overleg om meer duidelijkheid te krijgen over de uitleg van het begrip regiogerichtheid kan ik niet plaatsen. Zoals u weet heeft er op 2 juli 2013 een gesprek inzake de regiogerichtheidskwestie tussen u en medewerkers van het agentschap plaatsgevonden. Per e-mailbericht van 15 oktober jl. heeft u vervolgens verzocht om (nog) een gesprek met een aftastend karakter, met het doel om een ‘aantal zaken bespreekbaar te maken inzake het handhavingsverzoek regiogerichtheid’. Via e-mailbericht heeft u op 22 oktober jl. een reactie op uw verzoek ontvangen, met de strekking dat een gesprek met een aftastend karakter niet meer mogelijk is, omdat reeds een sanctietraject jegens u is gestart. Daarbij is u tevens kenbaar gemaakt dat voordat het sanctietraject aan de orde was, een dergelijk gesprek mogelijk was. Na verzending van de brief van 11 oktober jl., zou slechts een gesprek met een formeler karakter mogelijk zijn. Ik heb u dan ook de gelegenheid geboden om gehoord te worden en daarvoor een hoorzitting in te willen plannen. Via e-mailbericht van 31 oktober jl., heeft uw gemachtigde laten weten van een hoorzitting in dit stadium af te willen zien.

(...)

6.2 Verwijtbaarheid

Ik ben van oordeel dat een professionele marktpartij en vergunninghouder NDC, op de hoogte dient te zijn van de geldende vergunningvoorschriften en de relevante wet- en regelgeving. Hoewel de uitleg van het begrip 'regio' onderwerp is geweest in juridische procedures, merk ik op dat de tussenuitspraak van het CBb dateert van 6 juni 2012 en dus ruim is gelegen voor de datum waarop het programma is opgenomen en geanalyseerd. U had dus voldoende tijd om rekening te houden met de uitspraak van het CBb. Tevens heeft mijn digitaliseringsbeleid tot gevolg dat bij het huidig toezicht wordt uitgegaan van een minder strikte uitleg van het begrip 'regio'. Dat beleid is ook genoegzaam bekend. Desondanks is geconstateerd dat NDC de voorschriften en beperkingen bij de vier van de vijf onderzochte vergunningen heeft overschreden, dus ook bij de ruimere uitleg. Als vergunninghouder is NDC verantwoordelijk voor het onderhavige frequentiegebruik. De overtreding is dan ook verwijtbaar. Wel merk ik op dat ik in het voornemen een deels andere uitleg heb gegeven aan regiogerichte presentatie dan in dit besluit. Tevens stel ik vast dat voor de CBb tussenuitspraak uit 2012 bij u onduidelijkheid had kunnen bestaan wanneer presentatie regiogericht dient te worden aangemerkt. (...)

(...)

6. Besluit

Ik sommeer NDC om de overtreding van de programmatische voorschriften, zoals is neergelegd artikel 4, eerste lid, onderdeel d, van de voorschriften en beperkingen (Bijlage A) behorend bij de vergunningen met dossiernummers 6165305, 6165310, 6165311 en 6165312, uiterlijk 2 april 2014 ongedaan te maken en strikt te voldoen aan de in artikel 4, eerste lid, onderdeel d, van de voorschriften en beperkingen behorend bij genoemde vergunningen. In de bijlage leg ik als service uit hoe ik zal gaan beoordelen of u voldoet aan deze last en dus aan artikel 4, eerste lid, onderdeel d, van de voorschriften en beperkingen behorend bij genoemde vergunningen.

Indien NDC zich niet houdt aan deze last, verbeurt NDC per geconstateerde overtreding, per vergunning en per twee maanden, een dwangsom van € 28.125,- (achtentwintigduizend honderdvijfentwintig euro) met een maximum van € 112.500,- (honderdwaalfduizend vijfhonderd euro) per vergunning en per overtreding. Ik wijs NDC er op dat in bovengenoemd onderzoek vier overtredingen zijn vastgesteld. Voorts wijs ik NDC volledigheidshalve er nogmaals op dat per geconstateerde overtreding tevens (...) een boete wordt opgelegd.

Deze dwangsombeschikking verliest zijn werking

- a. op 31 augustus 2017, of
- b. indien het maximaal te verbeuren bedrag is bereikt."

3.11. De bijlage bij de lastoplegging luidt:

"Bijlage:

Onder 'regio' wordt verstaan:

- a. het voorspelde analoge bereik van de betreffende vergunning, en het gebied dat samenvalt met het allotment dat gekoppeld is aan de betreffende

vergunning, zoals vermeld onder 3. van dit besluit[.]De uitzendingen met die vergunning dienen dus gericht te zijn op de regio waarbinnen die vergunning valt (regiogerichte programmering). Onder regiogerichte programmering valt in ieder geval het volgende:

(...)

- muziek, waarvan de uitvoerende groep of artiest of de schrijver uit de regio komt. Voor het begrip 'uit de regio komt' geldt voor wat betreft de artiest dat primair gekeken wordt naar de geboorteplaats van de artiest. Voor wat betreft een groep/band wordt gekeken naar de geboorteplaats van de verschillende bandleden. Als ten minste één lid afkomstig is uit de betreffende regio, wordt het liedje aangemerkt als regiogericht. Eén en ander met inbegrip van hetgeen onder 3. van dit besluit is opgemerkt met betrekking tot uitzonderingen hierop.

Onder 'schrijver' wordt in dit verband zowel tekstschrijver/songwriter als componist bedoeld;

(...)

Een programmaonderdeel dat inhoudelijk zo is vormgegeven dat er een duidelijke regionale inbreng is en daardoor een specifiek op het verzorgingsgebied gericht karakter krijgt, voldoet voor de gehele duur van het programmaonderdeel aan de eis van de regiogerichtheid. De opbouw van een op de regio gericht programmaonderdeel kan onderdelen bevatten die specifiek op de regio gericht zijn. Als die onderdelen van het programmaonderdeel samen 50% of meer van het uitzenduur duren, dan telt dat hele uitzenduur mee in de totaalstelling."

3.12. Ondertussen heeft RATO op 26 oktober 2013 verzocht de verlengingsvergunningen in te trekken. Op 3 november 2013 heeft RadioCorp eenzelfde verzoek gericht aan verweerder. RATO en RadioCorp hebben zich daarbij hoofdzakelijk gebaseerd op de tussenuitspraak en einduitspraak van het CBb. Verweerder heeft de besluiten van 12 december 2013 en 20 januari 2014, strekkende tot afwijzing van de aanvragen tot intrekking van de verlengingsvergunningen hoofdzakelijk gebaseerd op de overwegingen dat de verlengingsvergunningen onherroepelijk zijn geworden, zo als volgt uit de tussenuitspraak van het CBb en de uitspraak van de ABRvS van 23 oktober 2013 (ECLI:NL:RVS:2013:1599), en dat nieuwe rechtspraak geen novum vormt in de zin van artikel 4:6 van de Awb. De heroverweging die is verricht bij de besluiten 1 en 2 heeft niet tot een ander resultaat geleid.

3.13. Verweerder heeft besluit 5 genomen nadat RadioNL bezwaar had gemaakt tegen de uitkomsten van een hercontrole in het kader van het verbeuren van de dwangsommen. Verweerder heeft in dit verband geoordeeld dat die hercontroles niet op zorgvuldige wijze hebben plaatsgevonden en dat dit aanleiding gaf ook het oorspronkelijke onderzoek nog eens tegen het licht te houden. Met betrekking tot de kavels B33 en B35 is verweerder gebleken dat RadioNL destijds een regiogerichtheidspercentage had behaald van 73%, omdat een zieke presentator (langdurig) was vervangen door een presentator die afkomstig is een regio gelegen in het desbetreffende allotment. Verweerder heeft verder geoordeeld dat in het oorspronkelijke onderzoek naar de kavels B28 en B34 geen onjuistheden zijn geconstateerd, maar dat uit een oogpunt van zorgvuldigheid besloten is de gehele lastoplegging alsnog te herroepen. Daarbij is voorts in aanmerking genomen dat RadioNL inmiddels heeft geïnvesteerd in een Regioutil waarmee het regiogerichtheidspercentage berekend kan worden. Bij de toepassing van artikel 7:15 van de Awb is uitgegaan van een bedrag van € 980,- voor het indienen van een bezwaarschrift en het verschijnen op een hoorzitting.

De beroepen tegen de besluiten 1 en 2

4. Ambtshalve stelt de rechtbank voorop dat de besluiten 1 en 2 – net als de daarbij heroverwogen besluiten van 12 december 2013 en 20 januari 2014 onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden – en dat zij daarom tezamen de heroverweging van de afgewezen verzoeken tot intrekking van de verlengingsvergunningen vormen. De besluiten 1 en 2 vormen daarom één beslissing op bezwaar. De beroepen van Rato en RadioCorp zijn dan ook gericht tegen dezelfde beslissing op bezwaar (vergelijk ABRvS 29 juni 2005,

ECLI:NL:RVS:2005:AT8432; CRvB 22 juli 2004, ECLI:NL:CRVB:2004:AQ5807; CBB 6 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW7911 en CBB 22 juni 2012,

ECLI:NL:CBB:2012:BW9145). Omdat niet aannemelijk is dat een van deze partijen door deze gesplitste afdoening van de ingebrachte bezwaren is benadeeld, zal de rechtbank dit verzuim van verweerder passeren met artikel 6:22 van de Awb. Wel ziet de rechtbank in het voorgaande aanleiding om de beroepsgronden tegen de besluiten 1 en 2 gezamenlijk te behandelen.

5. Het betoog van RadioNL dat verweerder het bezwaar van RadioCorp tegen de weigering tot intrekking van de verlengingsvergunningen ten onrechte ontvankelijk heeft geacht, slaagt niet. Naar het oordeel van de rechtbank heeft RadioCorp een rechtstreeks belang bij een door haar uitgelokt besluit over het al dan niet intrekken van de aan RadioNL verleende verlengingsvergunningen, omdat zij een concurrent is van RadioNL. Hierbij neemt de rechtbank in aanmerking dat RadioCorp net als RadioNL radioprogramma's uitzendt op commerciële basis, daarbij afhankelijk is van reclame-inkomsten en dat zij, omdat zij overwegend Nederlandstalige muziek of muziek van Nederlandse bodem draait, in ieder geval voor een deel is gericht op dezelfde categorie luisteraars.

6.1. RATO heeft in beroep aangevoerd dat – anders dan verweerder heeft aangenomen – wel sprake is van nieuwe feiten, namelijk de wijze waarop het begrip 'regio' volgens de uitspraken van het CBB moet worden uitgelegd. In het verlengde hiervan is volgens RATO van belang dat in de einduitspraak door het CBB is geoordeeld dat er ruimte is voor nieuwe aanvragen. Volgens RATO is verder door verweerder het begrip 'regiogerichtheid' verkeerd ingevuld en is het hanteren van digitale allotments in strijd met de einduitspraak.

6.2. RadioCorp heeft in haar beroep het geschil afgebakend tot de weigering tot intrekking van de tien verlengingsvergunningen die betrekking hebben op de kavels B27, B28 en B30 tot en met B37. RadioCorp meent dat wel sprake is van nieuwe feiten, omdat pas in 2013 is gebleken dat Radio NL nooit had mogen worden toegelaten tot de vergelijkende toets. Voorts meent zij dat verweerder het begrip 'regiogerichtheid' verkeerd heeft ingevuld.

6.3. RadioNL heeft de beroepsgronden van RadioCorp bestreden in haar zienswijze in het beroep van RadioCorp tegen besluit 2.

7.1. De besluiten 1 en 2 betreffen tezamen de handhaving van de weigering(en) om terug te komen van de verlengingsvergunningen, die onherroepelijk zijn geworden. De rechtbank wijst met betrekking tot die onherroepelijkheid op overweging 7.2.3 van de tussenuitspraak, waaruit volgt dat het CBB de in 2008 verleende oorspronkelijke vergunningen nog relevant acht voor RATO voor zover vergunningen worden verlengd in de verdere toekomst, waaronder niet de hier aan de orde zijnde verlengingsvergunningen moeten worden begrepen. Voorts wijst de rechtbank op de uitspraak van de ABRvS van 23 oktober 2013 (ECLI:NL:RVS:2013:1599), waarin is geoordeeld dat de beslissingen over de

verlengingen nieuwe besluiten zijn waartegen afzonderlijk moet worden opgekomen, omdat het CBb die niet met toepassing van artikel 6:19 van de Awb heeft betrokken in zijn uitspraak van 12 september 2013, en dat zij in rechte onaantastbaar zijn geworden, omdat RadioCorp geen bezwaar heeft gemaakt of beroep heeft ingediend tegen de verlengingsbesluiten en ook anderszins tegen deze besluiten niet is opgekomen.

7.2. Bij de besluiten 1 en 2 heeft verweerder met analoge toepassing van artikel 4:6 van de Awb primair beoordeeld of RATO en RadioCorp nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden hebben aangevoerd. Die vraag heeft hij ontkennend beantwoord. De rechtbank zal in het midden laten of in dit geval, waarin de wetgever heeft voorzien in de intrekingsgronden van artikel 3.7 van de Tw (oud) en thans artikel 3.19 van de Tw, nog ruimte kan zijn voor intrekking van een vergunning met analoge toepassing van artikel 4:6 van de Awb. Uit de uitspraak van de rechtbank van 6 augustus 2009 (ECLI:NL:RBROT:2009:BJ5565) was immers voor Rato bekend en kon voor RadioCorp bekend zijn dat de oorspronkelijke vergunningen niet op juiste gronden waren verleend, hetgeen dus ook ten tijde van de verlening van de verlengingsvergunningen bekend was, althans had kunnen zijn. De omstandigheid dat het hier gaat om bedrijfsvertrouwelijke gegevens die niet toegankelijk waren voor Rato en Radiocorp, brengt daarnaast niet met zich dat het aan hen later bekend worden als een nieuw feit zou moeten worden gekwalificeerd.

7.3. Subsidiair heeft verweerder in de besluiten 1 en 2 beoordeeld of aanleiding bestaat de verlengingsvergunningen in te trekken op grond van artikel 3.19, tweede lid, aanhef en onder b, van de Tw. In die bepaling is neergelegd dat verweerder kan overgaan tot intrekking van de (verlengings)vergunning indien de houder daarvan de bij of krachtens deze wet, dan wel bij of krachtens de artikelen 6.10, 6.11, 6.23 of 6.24 van de Mediawet 2008 gestelde regels dan wel de aan de vergunning verbonden voorschriften (en beperkingen) niet nakomt. Verweerder heeft in dat verband overwogen dat weliswaar in het kader van een handhavingsonderzoek is vastgesteld dat RadioNL niet aan de voorschriften van de verlengingsvergunning voldoet om regiogerichte programma's uit te zenden tot ten minste de percentages die daarin zijn vermeld, maar dat zij wel ver boven de in de Regeling AGF 2003 neergelegde minimumnorm van 10% blijft. Gelet hierop ziet verweerder onvoldoende redenen om gebruik te maken van zijn discretionaire intrekingsbevoegdheid en heeft hij volstaan met oplegging van de lasten. Gelet op hetgeen de rechtbank hierna overweegt met betrekking tot de lasten, is de rechtbank van oordeel dat verweerder in redelijkheid heeft kunnen afzien van intrekking van de verlengingsvergunningen op grond van artikel 3.19, tweede lid, aanhef en onder b, van de Tw.

7.4. De beroepen tegen de besluiten 1 en 2 zijn daarom ongegrond.

De beroepen tegen de besluiten 3, 4 en 5

8. De rechtbank stelt voorop dat de besluiten 3 en 4 tezamen een inhoudelijke heroverweging betreffen van de lasten die zijn opgelegd naar aanleiding van een aan verweerder doorgezonden handhavingsonderzoek van RadioCorp. Ook zij vormen tezamen één beslissing op bezwaar, waartegen de beroepen van RadioCorp en RadioNL zijn gericht. Omdat niet aannemelijk is dat een van deze partijen door deze gesplitste afdoening van de ingebrachte bezwaren is benadeeld, zal de rechtbank deze verzuimen van verweerder passeren met artikel 6:22 van de Awb.

9. Het betoog van RadioNL dat verweerder het bezwaar van RadioCorp tegen de lasten ten onrechte ontvankelijk heeft geacht, slaagt niet gelet op hetgeen de rechtbank hiervoor heeft geoordeeld onder punt 5.

10.1. Besluit 5 is een besluit als bedoeld in artikel 6:19 van de Awb dat in de plaats komt van de besluiten 3 en 4. Besluit 5 komt voor wat de herroeping betreft volledig tegemoet aan de bezwaren van RadioNL. De rechtbank neemt hierbij in aanmerking dat RadioNL met haar beroep tegen de besluiten 3 en 4 niet een inhoudelijk gunstiger resultaat kan bereiken dan dat de lasten worden herroepen, waarin besluit 5 voorziet, terwijl eventuele schade die zij stelt te hebben geleden niet het gevolg is van besluit 5, maar van de besluiten 3 en 4 en de lastoplegging zelf. Voorts is gesteld noch gebleken dat RadioNL door verweerder tekort is gedaan bij de toepassing van artikel 7:15 van de Awb. Nu met besluit 5 volledig is tegemoetgekomen aan de bezwaren van RadioNL is het beroep niet mede gericht tegen dat besluit. Wel zal de rechtbank beoordelen of de besluiten 3 en 4 met toepassing van artikel 6:19, zesde lid, van de Awb voor vernietiging in aanmerking komen, omdat RadioNL stelt schade te hebben geleden door de besluiten 3 en 4, die strekken tot handhaving van de lasten.

10.2. Ten aanzien van RadioCorp komt besluit 5 niet tegemoet aan haar bezwaren, zodat het beroep van RadioCorp tegen de besluiten 3 en 4 van rechtswege mede is gericht tegen besluit 5. Omdat besluit 5 in de plaats komt van de besluiten 3 en 4 heeft RadioCorp geen belang meer bij haar oorspronkelijke beroep tegen de besluiten 3 en 4. De rechtbank zal het oorspronkelijke beroep van RadioCorp tegen de besluiten 3 en 4 daarom niet-ontvankelijk verklaren.

11.1. Verweerder heeft in de bijlage bij de lastoplegging neergelegd dat het gebied waar het programma in het bijzonder op dient te zijn gericht niet alleen het analoge verzorgingsgebied is, maar ook het gebied dat samenvalt met het allotment dat behoort bij de vergunning voor digitale radio-omroep die is gekoppeld aan de analoge vergunning. Dit gebied is groter dan het gebied waar de analoge FM-uitzendingen zijn te ontvangen. Artikel 7, eerste lid, aanhef en onder b, van de Regeling AGF 2003, zoals dit luidt per 1 januari 2014, biedt hiervoor de wettelijke grondslag.

11.2. RadioCorp betoogt dat die bepaling onverbindend is. Volgens RadioCorp moeten de criteria voor de digitale vergunning objectief, transparant en proportioneel zijn, waaruit volgt dat de aan een verlengingsvergunning gekoppelde digitaliseringsvergunning niet mag leiden tot aanpassing achteraf van de aan de analoge vergunningen gekoppelde programmavoorschriften, zoals die waren te vinden in de Regeling AVT 2007 en de Regeling AGF 2003. Indien verweerder voorschriften wil aanpassen zal voor de digitaliseringsvergunningen een vergelijkende toets plaats moeten vinden. Uit de artikelen 8 en 14 van de Machtigingsrichtlijn volgt dat bij een gezamenlijke selectieprocedure, die ook van toepassing is op verlengingsvergunningen, niet achteraf bijkomende criteria kunnen worden opgelegd die de correcte toepassing van de gemeenschappelijke toewijzing van radiofrequenties wijzigt. Voorts wijst RadioCorp er op dat de gewraakte aanpassing van de Regeling AGF 2003 is verstopt in een bezemmaatregel en de markt daarover niet is geconsulteerd. Dit is in strijd met overweging 33 van de considerans bij de Machtigingsrichtlijn, de artikelen 8 en 14 van de Machtigingsrichtlijn en artikel 6 van de Kaderrichtlijn.

11.3. Het betoog van RadioCorp slaagt. De rechtbank is van oordeel dat de wijziging van artikel 7, eerste lid, aanhef en onder b, van de Regeling AGF 2003 per 1 januari 2014 met zich brengt dat de lopende verlengingsvergunningen, met de daaraan gekoppelde digitaliseringsvergunningen worden gewijzigd op een wijze die in strijd is met de artikelen 8 en 14 van de Machtigingsrichtlijn en artikel 6 van de Kaderrichtlijn. Een dergelijke wijziging die de voornoemde vergunningen wijzigt, had tevoren ter consultatie aan de markt moeten worden voorgelegd, terwijl het ook in de rede zou hebben gelegen dat voorafgaand aan die wijziging een verdelingsronde zou hebben plaatsgevonden. Daaruit volgt dat een dergelijke wijziging eerst in kan gaan na afloop van de duur van de verlengingsvergunningen. De rechtbank is dan ook van oordeel dat artikel 7, eerste lid, aanhef en onder b, van de Regeling AGF 2003, zoals dit luidt per 1 januari 2014, ten aanzien van de verlengingsvergunningen buiten toepassing dient te blijven. Om die reden kan verweerder de besluitvorming over het treffen van handhavingsmaatregelen niet mede baseren op die gewijzigde bepaling.

11.4. Het standpunt van verweerder, dat al uit de hiervoor onder 2.5. vermelde wijziging van het NFP 2005 en de verlengingsvergunningen zou volgen dat het “gebied waarvoor de programma’s zijn bestemd” mede het gebied zou omvatten van het allotment van de aan analoge vergunning gekoppelde digitale vergunning, verwerpt de rechtbank. Uit de wijziging van het NFP 2005 en de verlengingsvergunningen volgt niet meer dan dat er een verplichting bestaat om een analogo programma gelijktijdig digitaal uit te zenden in het gebied van het in de digitale vergunning vermelde allotment.

12.1. Uit de bij de lastoplegging behorende bijlage, die hiervoor is vermeld onder punt 3.11., volgt dat door verweerder voor wat betreft een groep/band wordt gekeken naar de geboorteplaats van de verschillende bandleden. Als ten minste één lid afkomstig is uit de betreffende regio, wordt het liedje aangemerkt als regiogericht. Deze definitie komt overeen met het eerder ingenomen standpunt van verweerder over wat moet worden verstaan onder muziek, waarvan de uitvoerende groep of artiest of de schrijver uit de regio komt. Bij de vaststelling of aan de last is voldaan heeft verweerder tot uitgangspunt genomen dat wanneer de geboorteplaats van een van de artiesten niet is vast te stellen, in dat geval ervan wordt uitgegaan dat voldaan is aan de eis van regiogerichtheid.

12.2. Het betoog van RadioNL dat verweerder het begrip regiogerichte programmering te beperkt uitlegt door niet tevens de (huidige) woonplaats van artiesten mee te tellen faalt op grond van het volgende. Uit de toelichting bij artikel 15 van de Regeling AVT 2007 volgt dat onder regiogerichte programmering mede wordt verstaan muziek, waarvan de uitvoerende groep of artiest of de schrijver uit de regio komt. Gelet op de definitie muziek, waarvan de uitvoerende groep of artiest of de schrijver uit de regio komt, is de rechtbank van oordeel dat in de bij de lastoplegging behorende bijlage, door aan te knopen bij de geboorteplaats van de uitvoerende groep of artiest of de schrijver, in zoverre een juiste definitie wordt gehanteerd en dat die invulling voorzienbaar was ten tijde van de aanvragen om verlengingsvergunningen. Dat voor dit criterium zou moeten worden aangeknoopt bij de huidige woonplaats van de uitvoerende groep of artiest of de schrijver acht de rechtbank niet voor de hand liggen.

12.3. RadioCorp komt terecht op tegen de hier door verweerder gehanteerde definitie voor zover verweerder uitgaat van regiogerichtheid indien ten minste één lid geboren is in de betreffende regio. Naar het oordeel van de rechtbank brengt verweerdere definitie met zich dat bij een Nederlands orkest of Nederlandse muziekband van meer dan geringe

omvang in veel gevallen aan de eis van regiogerichtheid wordt voldaan voor iedere toepasselijke regio, omdat de kans groot is dat de orkest- of bandleden geboren zijn in verschillende regio's, terwijl die afkomst in feite niet bepalend is voor de identiteit van het orkest of die muziekband. Naar het oordeel van de rechtbank zal dan ook moeten gelden dat bij een groep/band wordt gekeken naar de geboorteplaats van de verschillende bandleden en dat het liedje eerst wordt aangemerkt als regiogericht indien een betekendend deel van de leden is geboren in de betreffende regio. Voorts komt RadioCorp terecht op tegen het standpunt van verweerder dat kan worden uitgegaan van regiogerichtheid indien de geboorteplaats van de uitvoerende groep of artiest of de schrijver niet bekend is bij verweerder. Aangezien op RadioNL de verplichting rust om op de onderzochte dag 64% regiogericht uit te zenden, dient verweerder naar het oordeel van de rechtbank bij de vaststelling of aan de lasten werd voldaan ervan uit te gaan dat geen sprake is van regiogerichtheid indien de geboorteplaats van de uitvoerende groep of artiest of de schrijver niet bekend is. Het ligt dan op de weg van RadioNL om in die gevallen, waarin zij meent dat het muzieknummer vanwege (een) relevant(e) geboorteplaats(en) niettemin moet worden meegerekend bij de vaststelling van het percentage regiogerichtheid, die stelling te onderbouwen met nadere gegevens over de geboorteplaats van de leden van de uitvoerende groep of artiest of de schrijver.

13.1. In aanvulling op het voorgaande overweegt de rechtbank het volgende ten aanzien van de vraag of verweerder op goede gronden tot lastoplegging is overgegaan.

13.2. Naar het oordeel van de rechtbank bevat de lastoplegging een onmiskenbare verschrijving voor zover daarin naar oude reeds herroepen vergunningen wordt verwezen. Voor RadioNL had redelijkerwijs duidelijk moeten zijn dat de lastoplegging betrekking heeft op de vigerende vergunningvoorschriften, zodat haar betoog dat de lastoplegging geen rechtsgevolgen heeft niet slaagt. Evenmin kan het betoog van RadioNL slagen dat verweerder de situatie per 1 april 2014 in zijn beoordeling had moeten betrekken. Naar het oordeel van de rechtbank is verweerder niet gehouden om de feitelijke situatie na het primaire besluit bepalend te laten zijn voor de vraag of de lastoplegging in bezwaar wordt gehandhaafd, doch kan verweerder zich bij de bevoegdheidsvraag tot lastoplegging in beginsel beperken tot de vraag of zich een overtreding voordeed (of heeft gedaan) ten tijde van het primaire besluit (zie ABRvS 6 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1789 en CBb 19 mei 2009, ECLI:NL:CBb:2009:BI7113). Van een bijzondere situatie die maakt dat op dit uitgangspunt een uitzondering zou moeten worden gemaakt is de rechtbank niet gebleken.

13.3. RadioNL stelt zich verder op het standpunt dat er op 23 mei 2013, de dag waarop de controle plaatsvond, onduidelijkheid bestond over de afbakening van het verzorgingsgebied, en over het al dan niet meetellen van gepresenteerde programma's als regiogericht. Dit zou pas met een persbericht van 20 september 2013 en nadien met de lastoplegging duidelijk zijn geworden. Volgens RadioNL heeft verweerder onzorgvuldig gehandeld door, zonder zijn gewijzigde standpunten kenbaar te maken, over te gaan tot lastoplegging. Dit betoog slaagt op grond van het volgende.

13.4. In artikel 4 van Bijlage A van de verlengingsvergunningen zijn programmatische voorschriften opgenomen, waaronder het dagelijkse percentage regiogerichte programmering tussen 07.00 uur en 19.00 uur. Wat onder deze regiogerichte programmering moet worden verstaan is niet in de voorschriften bij de verlengingsvergunningen opgenomen. Evenmin is daarin gedefinieerd wat onder regio moet worden verstaan. Verweerder en RadioNL gingen er ten tijde van (de aanvraag om) de

verlengingsvergunningen van uit dat de eis van regiogerichte programmering er niet aan in de weg stond dat RadioNL met de verworven frequenties, overal waar in het land bereik is verworven, hetzelfde programma uitzendt, met uitzondering van nieuws, verkeer, weer en reclame en dat, hoewel het programma voor 90% identiek was, niettemin sprake kon zijn van 64% regiogerichte programmering. In de tussenuitspraak heeft het CBb echter overwogen dat de in artikel 7, eerste lid, aanhef en onder b, van de Regeling AGF neergelegde eis dat een regionaal radioprogramma voor ten minste 10% in het bijzonder is gericht op het gebied waarvoor het programma is bestemd een inhoudelijk criterium vormt, dat aldus dient te worden uitgelegd dat een radioprogramma slechts dan kan gelden als een regionaal programma indien het, met inachtneming van dat percentage, in het bijzonder is gericht op die luisteraars die zich bevinden in het gebied waar de radiofrequentie waarvoor de vergunning is verleend kan worden ontvangen. Uit de bij de lastoplegging behorende bijlage die is vermeld onder punt 3.11. volgt dat de uitzendingen met die vergunning gericht dienen te zijn op de regio waarbinnen die vergunning valt (regiogerichte programmering). Hierbij heeft verweerder blijkbaar de invulling die het CBb daaraan gaf in zijn tussenuitspraak op het oog.

13.5. Uit een oogpunt van zorgvuldige besluitvorming en evenwichtige belangenafweging was verweerder gehouden, alvorens tot het opleggen van een of meer lasten onder dwangsom te komen, aan RadioNL op voldoende kenbare wijze duidelijk te maken dat zijn standpunt met betrekking tot de reikwijdte van regio en regiogerichte programmering was gewijzigd en RadioNL in verband daarmee op passende wijze in de gelegenheid te stellen maatregelen te nemen om aan de geconstateerde overtreding van de verlengingsvergunningvoorschriften een einde te maken (vgl. CBb 6 september 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BB3786 en CBb 4 mei 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BJ6453). Uit de onder punt 3.10. geciteerde lastoplegging volgt echter dat medewerkers van het Agentschap Telecom pas in het kader van het onderzoek dat tot de lastoplegging heeft geleid contact hebben gehad met RadioNL over het begrip regiogerichtheid. Daaraan doet niet af dat, zoals verweerder heeft overwogen, de uitleg van het begrip regio onderwerp is geweest in juridische procedures, en dat de tussenuitspraak van het CBb ruimschoots is gedaan voordat het programma op donderdag 23 mei 2013 is opgenomen en geanalyseerd. De rechtbank neemt daarbij in aanmerking dat het geschil dat aan het CBb was voorgelegd de kavels B27 en B31 betrof, terwijl de lastoplegging ziet op andere kavels. Verweerder heeft voorafgaand aan het tot de lastoplegging leidende onderzoek niet aan RadioNL kenbaar gemaakt dat hij het oordeel van het CBb tevens zou gaan betrekken bij de beoordeling van de nakoming van de vergunningvoorschriften van kavels die niet in een eerdere procedure waren betrokken. De lastoplegging lijdt daarom aan een zorgvuldigheidsgebrek. Voor zover verweerder alsnog, nadat hij zijn gewijzigde standpuntbepaling kenbaar heeft gemaakt tot handhaving wenst over te gaan, zal hij bovendien acht moeten slaan op hetgeen de rechtbank hiervoor onder de punten 11 en 12 heeft overwogen.

14. Gelet op het voorgaande kunnen de besluiten 3 en 4 naar het oordeel van de rechtbank geen stand houden. Het beroep van RadioNL is daarom gegrond. Omdat de lastoplegging zelf al is herroepen met besluit 5 zal de rechtbank volstaan met een vernietiging van de besluiten 3 en 4.

15. Het beroep van RadioCorp dat mede is gericht tegen besluit 5 is ongegrond, omdat uit het voorgaande volgt dat verweerder niet in redelijkheid tot lastoplegging heeft kunnen overgaan.

16. Omdat de rechtbank het beroep van RadioNL gegrond verklaart, bepaalt de rechtbank dat verweerder aan RadioNL het door haar betaalde griffierecht in de zaak die ziet op de besluiten 3 en 4 vergoedt (de zaak ROT 14/6977). Omdat verweerder met besluit 5 de besluiten 3 en 4 waartegen ook RadioCorp beroep heeft ingesteld heeft ingetrokken, bepaalt de rechtbank voorts dat verweerder aan RadioCorp het door haar betaalde griffierecht vergoedt.

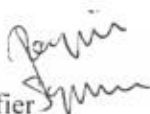
17. De rechtbank veroordeelt verweerder in de door RadioNL en RadioCorp in beroep gemaakte proceskosten. Deze kosten stelt de rechtbank op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht in beide gevallen voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand vast op € 1.470,- (1 punt voor het indienen van het beroepschrift en 1 punt voor het verschijnen ter zitting met een waarde per punt van € 490,- en wegingsfactor 1½). RadioNL heeft voorts hotel-, reis- en verletkosten voor haar directeur gevorderd. Aangezien de reiskosten een treinreis Groningen-Rotterdam en vice versa betreffen en de rechtbank Rotterdam met een vroege trein uit Groningen op de zittingsdag tijdig bereikbaar was, is er geen aanleiding om over te gaan tot vergoeding van hotelkosten. De reiskosten van € 51,40 komen wel voor vergoeding in aanmerking. Voorts ziet de rechtbank aanleiding om het bedrag aan te vergoeden verletkosten te bepalen op 10 uren à € 80,-, dus € 800,-. Het verzoek van RadioNL tot vergoeding van kosten voor een onderzoek naar een vergelijking van de programma's van RadioNL en 100%NL (RadioCorp) wijst de rechtbank af, omdat dit onderzoek niet redelijkerwijs heeft bijgedragen en/of heeft kunnen bijdragen aan de betwisting van de lastoplegging.

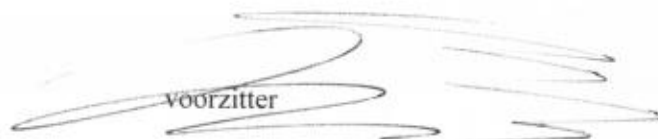
Beslissing

De rechtbank:

- verklaart het beroep van RATO en RadioCorp tegen de besluiten 1 en 2 ongegrond;
- verklaart het beroep van RadioCorp tegen de besluiten 3 en 4 niet-ontvankelijk;
- verklaart het beroep van RadioNL tegen de besluiten 3 en 4 gegrond en vernietigt die besluiten;
- verklaart het beroep van RadioCorp tegen besluit 5 ongegrond;
- bepaalt dat verweerder aan RadioCorp in de zaak ROT 14/6977 het betaalde griffierecht van € 328,- vergoedt;
- bepaalt dat verweerder aan RadioNL het betaalde griffierecht van € 328,- vergoedt;
- veroordeelt verweerder in de proceskosten van RadioCorp tot een bedrag van € 1.470,-, te betalen aan RadioCorp;
- veroordeelt verweerder in de proceskosten van RadioNL tot een bedrag van € 2.321,40, te betalen aan RadioNL.

Deze uitspraak is gedaan door mr. J.H. de Wildt, voorzitter, en mr. J. Bergen en mr. M. de Rooij, leden, in aanwezigheid van mr. dr. R. Stijnen, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 4 juni 2015.


griffier


voorzitter

Afschrift verzonden aan partijen op: **- 4 JUNI 2015**

Rechtsmiddel

Tegen deze uitspraak kan binnen zes weken na de dag van verzending daarvan hoger beroep worden ingesteld bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

