

ECLI:NL:CBB:2003:AF8582

Instantie	College van Beroep voor het bedrijfsleven
Datum uitspraak	29-04-2003
Datum publicatie	14-05-2003
Zaaknummer	AWB 02/5
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep Proceskostenveroordeling
Inhoudsindicatie	-
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

College van Beroep voor het bedrijfsleven

No.AWB 02/5 29 april 2003

15010 Wet op de telecommunicatievoorzieningen

Machtiging ex artikel 17

Uitspraak op het hoger beroep van:

Happy Radio Nederland B.V., te Volendam, appellante,

tegen de uitspraak van de arrondissementsrechtbank te Rotterdam van 15 oktober 2001, verzonden 13 november 2001, nr. TELEC 01/152-SIMO in het geding tussen appellante en de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat te Den Haag.

gemachtigde van appellante: mr. T.A.M. Richard, advocaat te Amsterdam.

gemachtigden van de Staatssecretaris van Economische zaken, optredend als rechtsopvolger van de Staatsecretaris van Verkeer en Waterstaat (hierna: de Staatssecretaris):

mr. A.J. Boorsma, advocaat te Den Haag en mr. O. de Bruijne, werkzaam bij het Agentschap Telecom van het Ministerie van Economische Zaken.

1. De procedure

Op 27 december 2001 heeft het College van appellante een hoger beroepschrift ontvangen, waarbij hoger beroep wordt ingesteld tegen de uitspraak van de arrondissementsrechtbank te Rotterdam (hierna: rechtbank) van 15 oktober 2001 nr. TELEC 01/152 - SIMO.

Op 31 januari 2002 heeft appellante de gronden van het hoger beroep toegezonden.

Op 22 maart 2002 heeft de Staatssecretaris een verweerschrift ingediend.

Op 24 januari 2003 heeft appellante nadere stukken ingediend.

Op 5 februari 2003 heeft het onderzoek ter zitting plaatsgevonden. Bij die gelegenheid hebben partijen bij monde van hun gemachtigden hun standpunt toegelicht.

2. De grondslag van het geschil

2.1 Hoofdstuk 16 van de Telecommunicatiewet (hierna: TW) bestaat enkel uit artikel 16.1. Deze bepaling luidt, voorzover hier van belang:

"1. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden regels gesteld over de vergoeding van de kosten die is verschuldigd door degene ten behoeve van wie werkzaamheden of diensten zijn verricht ingevolge het bepaalde bij of krachtens deze wet voorzover de vergoeding verband houdt met deze werkzaamheden of diensten.

2. Bij het vaststellen van de vergoeding kunnen mede worden betrokken kosten, verband houdend met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens deze wet ten aanzien van de desbetreffende werkzaamheden of diensten.

3. ()

Artikel 20.4 TW luidt, voorzover hier van belang:

" 1. Regels vastgesteld krachtens de hoofdstukken IV, V en VII van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen, alsmede het bepaalde bij of krachtens het Besluit radio-elektrische inrichtingen, worden gelijkgesteld met regels vastgesteld krachtens de hoofdstukken 3, 10 en 16."

De Memorie van Toelichting op het voorstel van wet dat leidde tot de TW luidt, voorzover hier van belang:

" Artikel 16.1

() Het voorgestelde artikel 16.1 biedt () een algemeen kader om bij of krachtens algemene maatregel van bestuur regels te stellen over de vergoeding die is verschuldigd door degene ten behoeve van wie werkzaamheden of diensten zijn verricht. In lijn met de jurisprudentie op dit punt is in het eerste lid nog eens nadrukkelijk bepaald dat deze vergoeding verband dient te houden met de desbetreffende werkzaamheden of diensten.

Voor de uitvoering van het onderhavige wetsvoorstel is doorberekening van toelatings- en handhavingskosten - net zoals bij de huidige wetgeving - van aanmerkelijk belang. Een belangrijk argument hiervoor is dat mag worden verwacht dat een burger of bedrijf een zeker belang of voordeel zal hebben bij de door de overheid te verrichten toelatings- of handhavingsactiviteiten. Niet minder belangrijk is het streven naar kostendekking ().

Bij het vaststellen van de verschuldigde vergoedingen zal in elk geval nadrukkelijk rekening worden gehouden met de zogenaamde toelatings- en handhavingskosten. Hiermee wordt onder meer uitvoering gegeven aan de aanbevelingen van een ambtelijke werkgroep uit het rapport «Maat houden, een kader voor doorberekening van toelatings- en handhavings- kosten». Bij brief van 19 juli 1996 heeft de Minister van Justitie aangegeven dat het kabinet de aanbevelingen van de werkgroep overneemt ().

De werkgroep onderscheidt vier verschillende categorieën van kosten: voor toelating, post-toelating, preventieve handhaving en voor repressieve handhaving.

Onder toelating wordt verstaan het door de overheid toetsen of bedrijven en burgers voldoen aan gestelde eisen, bijvoorbeeld in de vorm van een vergunning voordat zij tot het starten en verrichten van bepaalde handelingen mogen overgaan. Post-toelating is een periodieke verlenging van toelating of een vooraf aangekondigde en vastgelegde controle of nog steeds aan de toelatingseisen wordt voldaan. Preventieve

handhaving betreft steekproefs-gewijze of niet aangekondigde toezichtsactiviteiten gericht op de naleving van de wet en het voorkomen van activiteiten. Repressieve handhaving betreft vervolgens de overheidsactiviteiten die zijn gebaseerd op een redelijk vermoeden van een strafbaar feit of het overtreden van een bestuursrechtelijke norm, die worden gevolgd door het opmaken van een proces-verbaal of het opleggen van een bestuursrechtelijke sanctie.

Voor toelatings- en post-toelatingskosten geldt dat deze bij particulieren in rekening kunnen worden gebracht, omdat er sprake is van een individueel toerekenbaar voordeel. Ook in het voorgestelde artikel 16.1 wordt hiervan uitgegaan. Ten aanzien van de doorberekening van de zogenaamde preventieve en repressieve handhavingskosten is het beeld meer complex van aard. Deze kosten zouden in beginsel niet in rekening dienen te worden gebracht bij burgers en bedrijven, met name niet omdat handhaving niet individueel toerekenbaar is en het individuele profijt moeilijk is vast te stellen. Onder in het rapport van de werkgroep aangegeven omstandigheden kan echter een uitzondering worden gemaakt op dit uitgangspunt. In het kader van de telecommunicatiewetgeving is er sprake van de in het rapport bedoelde omstandigheden, met name gelet op het feit dat er in principe een beperkt aantal partijen is dat een specifiek aan hen toerekenbaar profijt heeft van de door de overheid verrichte handhavingsactiviteiten. Indicatief hiervoor is in elk geval dat de telecommunicatiewetgeving zich toch vooral kenmerkt als marktordenende regelgeving. () Artikel 16.1, tweede lid, geeft de noodzakelijke wettelijke basis om op een lager regelgevingsniveau vast te kunnen stellen dat handhavingskosten inderdaad kunnen worden betrokken bij het vaststellen van de hoogte van de verschuldigde vergoedingen.

(TK 1996-1997, 25 533, nr. 3, blzz. 132 en 133)."

In de Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer met betrekking tot voornoemd wetsvoorstel is onder meer vermeld:

" Tijdens de mondelinge behandeling in de Tweede Kamer over dit onderwerp heeft ondergetekende met de Tweede Kamer geconcludeerd dat de criteria voor de doorberekening van handhavingskosten helder en objectief zullen moeten zijn. Voorkomen moet worden dat de kostentoerekeningsgrondslagen zodanig ondoorzichtig zijn dat dit tot veel praktische en juridische problemen bij de uitvoering van de doorberekening zal leiden. Ondergetekende heeft dan ook aangegeven dat zal worden bevorderd dat in de algemene maatregel van bestuur ter uitvoering van het desbetreffende wetsartikel heldere en objectieve criteria worden opgenomen voor de kostentoerekeningsgrondslagen ter bepaling van de vergoedingen van de onderscheiden marktpartijen ()."

(EK 1997-1998, 25 533, nr. 309b, blzz. 34, 35).

In de Nadere Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer wordt vermeld:

" Vanwege het verband dat tussen de vergoeding en de werkzaamheden of diensten wordt gelegd, betreft het vergoedingen met een retributief karakter voor werkzaamheden of diensten die worden verricht door de Rijksdienst voor Radiocommunicatie () college. Aangezien het - de tekst van het wetsvoorstel geeft dat reeds weer - werkzaamheden of diensten betreft die ingevolge het bij of krachtens deze wet bepaalde worden verricht, komen slechts kosten van deze werkzaamheden of diensten voor de bedoelde vergoeding in aanmerking. Deze beperking vloeit reeds uit het wetsvoorstel voort. Ten aanzien van toezichtskosten volgt uit de formulering van de wettekst dat slechts ten aanzien van de desbetreffende werkzaamheden of diensten kosten die verband houden met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens deze wet, mogen worden doorberekend. Uiteraard betekent dit niet dat in de uitvoeringsregelgeving geen nadere onderverdeling in overheidstaken zal worden gemaakt. Het spreekt vanzelf dat in de uitvoeringsregelgeving zal worden geconcretiseerd voor welke activiteit een bepaalde vergoeding verschuldigd is. Daartoe zullen de activiteiten in de uitvoeringsregelgeving afzonderlijk worden aangeduid.

Om ervoor te zorgen dat door te berekenen toezichtskosten slechts worden toegerekend aan degenen ten behoeve van wie de toezichthoudende activiteiten worden verricht, is het criterium product/marktategorie ontwikkeld. Kort gezegd houdt dit criterium in dat homogene diensten en werkzaamheden in afzonderlijke categorieën worden ingedeeld. Op basis van de voor de categorieën gemaakte kosten wordt vervolgens de

vergoeding vastgesteld.

Met inachtneming van het huidige tarievenbeleid binnen het Ministerie van Verkeer en Waterstaat zal de hoogte van de vergoedingen worden vastgesteld op basis van de geraamde gemiddelde kosten voor het jaar waarvoor de vergoeding is verschuldigd. Het is een gangbare praktijk om te werken met jaarlijkse vergoedingen die worden vastgesteld op basis van geprognostiseerde gemiddelde kosten. Bij het vaststellen van de vergoeding worden de gemaakte kosten van het daaraan voorafgaande kalenderjaar in beschouwing genomen. Het ligt in de bedoeling om een en ander neer te leggen in de uitvoeringsregelgeving. Het achteraf vaststellen van vergoedingen op basis van de kosten die ten behoeve van een individuele marktpartij zijn gemaakt, is bedrijfs-economisch gezien nagenoeg ondoenlijk en levert ook voor de betrokken marktpartijen onzekerheid op. Bovendien staat dit op gespannen voet met het uitgangspunt dat vergoedingen voorafgaand aan hun toepassing worden bekendgemaakt."

(EK 1997-1998, 25 533, nr. 309d, blzz. 21, 22).

Op 1 april 1999 is het Besluit vergoedingen Telecommunicatiewet (Stb. 1999, 130, hierna: Besluit) in werking getreden. Ten tijde hier van belang bepaalde dit besluit onder meer:

" Artikel 1

In dit besluit en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:

- a. wet: Telecommunicatiewet;
- b. vergoeding: vergoeding, bedoeld in artikel 16.1 van de wet.

Artikel 2

1. De vergoeding dient ter dekking van de kosten van de werkzaamheden of diensten die ingevolge het bepaalde bij of krachtens de wet door Onze Minister of het college worden verricht.
2. De vergoeding bestaat uit:
 - a. een bedrag dat verband houdt met de kosten van het verrichten van werkzaamheden of diensten in het kader van de aan Onze Minister of het college bij of krachtens de wet opgedragen uitvoeringstaak; of
 - b. een bedrag dat verband houdt met de kosten van het verrichten van werkzaamheden of diensten in het kader van de aan Onze Minister of het college bij of krachtens de wet opgedragen toezichthoudende taak; of
 - c. ()
3. De vergoeding wordt per kalenderjaar vastgesteld.
4. ()
5. Het bedrag (), bedoeld in het tweede lid, onder b (), zijn per kalenderjaar verschuldigd en worden eens per kalenderjaar in rekening gebracht.

Artikel 3

1. Ter zake van de kosten, bedoeld in artikel 2, eerste lid, gelden als uitgangspunten dat:
 - a. deze kosten worden geraamd voor het kalenderjaar waarvoor de vergoeding geldt;
 - b. de directe kosten rechtstreeks worden toegerekend aan categorieën van gelijksoortige werkzaamheden of diensten;
 - c. de indirecte kosten worden toegerekend aan categorieën van gelijksoortige werkzaamheden of diensten naar rato van hun beslag op de onderscheiden werkzaamheden of diensten;
 - d. ()

Artikel 4

1. Categorieën als bedoeld in artikel 3, eerste lid, onder b en c, zijn, voorzover het betreft werkzaamheden of diensten van Onze Minister, werkzaamheden of diensten met betrekking tot:
 - a. het gebruik van frequentieruimte, bedoeld in § 3.2 van de wet, voor
()
6°. omroep.
()
4. Bij ministeriële regeling kunnen per categorie, bedoeld in het eerste en tweede lid, subcategorieën van gelijksoortige werkzaamheden of diensten worden vastgesteld en kunnen andere categorieën van gelijksoortige werkzaamheden of diensten worden vastgesteld.

Artikel 5

1. Bij ministeriële regeling wordt de hoogte van de vergoeding per categorie of per subcategorie van gelijksoortige werkzaamheden of diensten vastgesteld:
 - a. op basis van de geraamde kosten die per categorie of per subcategorie zijn toegerekend als bedoeld in artikel 4; en
 - b. naar rato van de per categorie of per subcategorie bij ministeriële regeling vast te stellen verdeelsleutel.
2. Bij de regeling worden de bedragen en de jaarlijkse bijdrage, bedoeld in artikel 2, tweede lid, onder a tot en met c, afzonderlijk vastgesteld.

()

Artikel 15

Na de inwerkingtreding van dit besluit berusten de Regeling vergoedingen RDR 1999 en () op de artikelen 4, 5, 6 en 7 van dit besluit."

De Nota van Toelichting op het Besluit vermeldt, voorzover hier van belang:

" Artikel 2

Uit hoofdstuk 16 van de wet vloeit een retributief vergoedingstelsel voort. Het betreft vergoedingen die worden gevraagd ter dekking van de kosten van het benutten van de werkzaamheden of diensten van overheidszijde, waarbij een relatie wordt gelegd tussen de in rekening te brengen vergoedingen en de verrichte werkzaamheden of diensten ()."

De tot 1 januari 1999 geldende Regeling vergoedingen telecommunicatie-inrichtingen Rijksdienst voor Radiocommunicatie (RDR) 1998 (Stcrt. 1997, 250; hierna: Regeling RDR 1998) luidde, voorzover hier van belang:

"Artikel 1

1. De vergoedingen voor machtigingen en vergunningen voor telecommunicatie-inrichtingen of ontheffingen voor machtiginghouders en voor elektrische of elektronische inrichtingen, () worden naar gelang de toepassing onderscheiden in een afzonderlijk tarief voor verlening en voor het toezicht op de naleving van de bij of krachtens de Wet op de telecommunicatievoorzieningen gegeven regels, voorschriften of beperkingen danwel een samengestelde vergoeding voor de verlening en het toezicht.
2. Vergoedingen voor machtigingen en vergunningen voor de te onderscheiden toepassingen bedragen als volgt:

categorie vergoeding voor jaarlijkse vergoeding jaarlijkse vergoeding
verlening (I) voor het toezicht (II) voor verlening en
voor het toezicht (III)

()

26) omroep

per frequentiekanaal/per

opstelplaats

tot 5kW (lokaal) f 1.603,- f 416,-

tot 5 kW(regionaal) f 12.500,- f 25.000,-

vanaf 5 kW f 25.000,- f 50.000,- "

De op 1 januari 1999 in werking getreden Regeling vergoedingen RDR 1999 (Stcrt. 1998, 247; hierna: Regeling RDR 1999 I) luidde tot 1 april 1999, voorzover hier van belang, als volgt:

"Artikel 1

1. De vergoedingen voor de kosten van werkzaamheden of diensten, worden naar gelang de toepassing onderscheiden in een afzonderlijk tarief voor verlening en voor het toezicht op de naleving van de bij of krachtens de Telecommunicatiewet gegeven regels, voorschriften of beperkingen dan wel een samengestelde vergoeding voor de verlening en het toezicht.
 2. Vergoedingen voor vergunningen voor de te onderscheiden toepassingen bedragen als volgt:
-

categorie vergoeding voor jaarlijkse vergoeding jaarlijkse vergoeding verlening (I) voor het toezicht(II)
voor verlening en
voor het toezicht(III)

()

26) Omroep

Per frequentiekanaal/per
opstelplaats

- Lokaal publiek: f 1.603,- f 365,-
- Commercieel:
 - tot 5 kW f 12.500,- f 22.000,-
 - vanaf 5 kW f 25.000,- f 44.000,- "

Met ingang van 1 april 1999 luidde de Regeling vergoedingen RDR 1999 (Stcrt. 1999,70; hierna: Regeling RDR 1999 II), voor zover van belang, als volgt:

"Artikel 1

1. De vergoedingen voor de kosten van werkzaamheden of diensten met betrekking tot de navolgende categorieën en subcategorieën bedragen:

I. Categorieën met betrekking Verdeelsleutel Vergoeding Jaarlijkse Jaarlijkse

tot het gebruik van voor de vergoeding vergoeding

frequentieruimte uitvoering (I) voor het voor de uit- toezicht (II) voering en het toezicht (III)

()

F. OMROEP

1. Lokaal publiek: Per frequentiekanaal/ f 1.603,- f 365,-
per opstelplaats

2. Commercieel: Per frequentiekanaal/
per opstelplaats - tot 5 kW f 12.500,- f. 22.000,-
- vanaf 5 kW f. 25.000,- f. 44.000,- "

De Regeling vergoedingen RDR 2000 (Stcrt. 1999, nr. 249; hierna: Regeling RDR 2000), die per 1 januari 2000 de Regeling 1999 II verving, luidde, voor zover van belang:

"Artikel 1

De vergoedingen voor de kosten van werkzaamheden of diensten met betrekking tot de navolgende categorieën en subcategorieën bedragen:

I. Categorieën met betrekking Verdeelsleutel Vergoeding Jaarlijkse Jaarlijkse

tot het gebruik van voor de vergoeding vergoeding

frequentieruimte uitvoering (I) voor het voor de uit- toezicht (II) voering en het toezicht (III)

F. OMROEP

1. Lokaal publiek per frequentiekanaal/per f 1.180 f 360

opstelplaats

()

5. Commercieel per frequentiekanaal/per

opstelplaats:

- < 100 W f 12.250 f 360

- > 100 W < 2kW f 12.250 f 8.640

- > 2 kW < 5kW f 12.250 f 21.600

- > 5 kW f 24.500 f 43.200 "

2.2 Op grond van de stukken en het onderzoek ter zitting zijn in deze zaak de volgende feiten en omstandigheden voor het College komen vast te staan.

- Aan v.o.f Regio Radio & T.V., de rechtsvoorgangster van appellante, is bij besluit van 31 augustus 1998 per 1 februari 1999 of zoveel eerder als de coördinatieprocedure is afgerond, machtiging verleend voor de aanleg, het aanwezig hebben en het gebruik van radio-elektronische zendinrichtingen ten behoeve van het verspreiden van een niet-landelijk commercieel radioprogramma voor (het samenstel van) de FM-frequenties 103.3 MHz te Leeuwarden en 104.3 Mhz te Haarlem.

- De machtiging is verleend voor een maximum vermogen van onderscheidenlijk 1 kW en 0,2 kW. Het programma onder de naam Happy Radio is op een van de zenders verspreid met ingang van 23 december 1998 en op de andere met ingang van 15 januari 1999.

- Bij factuur van 12 november 1999 heeft de Staatssecretaris aan appellantes rechtsvoorgangster met toepassing van de Regelingen RDR 1998 en 1999 een aantal bedragen in rekening gebracht als vergoeding voor de verleende zendmachtigingen en het toezicht.

- Bij brief van 15 november 1999 heeft appellante aan verweerder kenbaar gemaakt er van uit te gaan dat de factuur berust op een misverstand.

- Bij brief van 23 december 1999 heeft de Staatssecretaris appellantes rechtsvoorgangster bericht dat in de Regeling RDR 2000 ten opzichte van de Regeling RDR 1999 een wijziging zal worden aangebracht in de verdeelsleutel ten aanzien van de vergoedingen voor toezicht. Hij heeft hieraan toegevoegd dat is besloten om ten aanzien van de subcategorie "Commercieel" de verschuldigde vergoeding voor toezicht over 1999 op een gelijke wijze als in 2000 te berekenen.

- Bij een bij voormelde brief gevoegde factuur, gedateerd 29 december 1999, is aan appellantes rechtsvoorgangster onder meer in rekening gebracht: een bedrag van fl. 25.000,- (fl. 12.500 per zender) als vergoeding voor de verleende zendmachtigingen, een bedrag van fl. 480,75 voor het toezicht voor één

zender over de periode van 23 december 1998 tot en met 31 december 1998, een bedrag van fl. 8800,- als vergoeding voor het toezicht voor één zender over de periode van

1 januari 1999 tot en met 31 januari 1999 en een bedrag van fl. 8461,54 voor het toezicht voor één zender over de periode 15 januari 1999 tot en met 31 december 1999.

- Bij brief van 7 januari 2000 heeft appellante tegen de factuur van 29 december 1999 een bezwaarschrift ingediend.
- Bij brief van 12 april 1999 is aan appellante een toelichting op de tariefstructuur toegezonden.
- Bij brief van 6 juli 2000 heeft appellante te kennen gegeven haar bezwaar te handhaven.
- Bij besluit van 14 december 2000 heeft de Staatssecretaris het bezwaarschrift ongegrond verklaard.
- Tegen het desbetreffende besluit heeft appellante beroep ingesteld bij de rechtbank.

2.3 Bij de hogervermelde uitspraak, die aan deze uitspraak is gehecht, heeft de rechtbank het beroep van appellante ongegrond verklaard.

3. Het standpunt van appellante

Appellante heeft ter ondersteuning van het hoger beroep de volgende grieven aangevoerd.

3.1 De rechtbank heeft ten onrechte aangenomen dat appellante de voor de periode vanaf 23 december 1998 in rekening gebrachte vergoeding van fl. 480,75 niet meer heeft aangevochten.

3.2 Voor het in de Regelingen RDR neergelegde onderscheid in subcategorieën publieke en commerciële omroep bij de vaststelling van de in rekening te brengen kosten voor verlening van frequenties en voor het toezicht op het gebruik daarvan bestaat geen wettelijke basis. De artikelen 16 TW en 4, eerste lid, Besluit bieden alleen een grondslag voor onderscheid naar de aard van de ten behoeve van de omroepen verrichte werkzaamheden.

3.3 De Regelingen RDR voldoen niet aan de eisen waaraan retributies dienen te voldoen, in het bijzonder de eis dat voldoende verband aanwezig is tussen de vergoeding en de dienst. Voor de verdeelsleutel die in de Regelingen RDR wordt gehanteerd is geen maatstaf gegeven.

3.4 De rechtbank heeft miskend dat de Regelingen RDR er niet, althans onvoldoende, zorg voor dragen dat de kosten die in rekening worden gebracht ook op juiste en rechtvaardige wijze ten laste worden gebracht van de partij die profijt heeft van de dienst en werkzaamheid. De Staatssecretaris heeft niet aangetoond welk profijt door appellante in concreto wordt genoten.

3.5 Er is sprake van een ongerechtvaardigd onderscheid in het tarief en de tariefstructuur tussen de lokale publieke omroepen en de niet-landelijke commerciële omroepen voor wat betreft de tarieven die voor het verlenen van de machtiging in rekening worden gebracht.

De onredelijkheid en willekeur van de Regeling RDR 1999 blijkt reeds uit de Regelingen RDR 2000 en 2001, die veel lagere tarieven kennen, en uit de aanpassing van de facturen over 1999. Het onderscheid tussen omroepen die uitzenden met een vermogen van minder dan 0,1 kW en omroepen met een vermogen tot 2 kW is ongemotiveerd. In de Regelingen RDR 1998 en 1999 werd dit onderscheid ook niet gemaakt. Het Lower Power Agreement biedt onvoldoende grondslag voor het onderscheid. Dit ziet slechts op coördinatie van frequenties. Bovendien vallen niet alle lokale publieke omroepen onder het Agreement.

De niet-landelijke commerciële omroepen hebben de hun in het kader van "pakket II" toegekende frequenties zelf gedolven, zodat het niet aangaat voor de verlening van de machtiging nogmaals met delvingskosten te belasten.

3.6 Het is strijdig met het gelijkheidsbeginsel en het verbod van willekeur dat de lokale publieke omroepen met een groter vermogen dan 100 W, hoe gering in aantal ook, voor wat betreft het toezicht niet even zwaar worden belast als de commerciële omroepen met een dergelijk vermogen. Het bereik van een frequentie is overigens niet relevant voor de mogelijkheid van storingen, omdat de stoorzone altijd bij de kern ligt.

3.7 De in de Regelingen RDR neergelegde vergoedingsmaatstaf is gezien het vorenstaande voor wat betreft het tarief en de tariefstructuur voor omroep onredelijk en willekeurig.

3.8 Anders dan de rechtbank heeft geoordeeld leidt de toepassing van de Regelingen RDR tot een selectieve lastenverlichting voor de publieke omroep, zodat sprake is van verboden staatssteun als bedoeld in artikel 87, eerste lid, EG.

4. De beoordeling van het hoger beroep.

4.1 Inzet van het geschil is de bij het bestreden besluit gehandhaafde factuur d.d. 29 december 1999. Deze factuur strekte ter vervanging van de factuur d.d. 12 november 1999, die was opgesteld met toepassing van de Regelingen RDR 1998 en 1999. De factuur van 29 december 1999 is, voorzover deze factuur betrekking had op de jaarlijkse vergoeding

voor het toezicht, opgesteld voor wat betreft de periode van 23 december 1998 tot 1 januari 1999 met toepassing van de Regeling RDR 1998 en voor wat betreft de periode vanaf 1 januari 1999, in afwijking van de Regeling RDR 1999, aan de hand van de bedragen die zijn vermeld in de Regeling RDR 2000.

Met betrekking tot de voor de periode van 23 december 1998 tot en met 31 december 1998 in rekening gebrachte kosten voor toezicht is het College, anders dan de rechtbank, van oordeel dat het beroep van

appellante ook betrekking had op het onderdeel van het besluit van 14 december 2000 waarbij deze rekening is gehandhaafd. In haar beroep bij de rechtbank heeft appellante immers de juistheid van de grondslag van de haar opgelegde vergoedingen bestreden zonder daarbij het bedrag van fl. 480,75 uit te zonderen. Hieruit volgt dat de gehele factuur - behoudens het bedrag dat betrekking heeft op het vrijwillig bod - onderwerp van het beroep bij de rechtbank was. De rechtbank heeft dit onderdeel van het beroep ten onrechte buiten behandeling gelaten. Het hoger beroep is dus gegrond en de uitspraak van de rechtbank dient in zoverre te worden vernietigd.

Het College ziet geen termen om de zaak terug te verwijzen naar de rechtbank. Doende wat de rechtbank had moeten doen, zal het College het beroep van appellante tegen het besluit van 14 december 2000 beoordelen, voor zover dit betrekking heeft op hogervermeld onderdeel van de factuur van 29 december 1999. Overwogen wordt als volgt.

De Staatssecretaris heeft na bezwaar van de kant van onder meer appellante de in de factuur van 12 november 1999 voor toezicht opgenomen bedragen, voor zover berekend aan de hand van de Regeling RDR 1999, vervangen door veel lagere bedragen. Het voor toezicht opgenomen bedrag voor het jaar 1998 - fl. 480,75, berekend naar rato voor een periode van 9 dagen, hetgeen uitkomt op fl. 25.000,- per jaar, zijnde het in de Regelingen 1998 en 1999 voor toezicht opgenomen bedrag - is evenwel niet aangepast aan de voor het jaar 2000 vastgestelde bedragen. In het besluit van 14 december 2000 is niet aangegeven waarom de kosten voor toezicht in (de laatste week van) 1998 zoveel hoger waren dan de kosten die - uiteindelijk - voor 1999 in aanmerking zijn genomen. Het besluit van 14 december 2000 mist op dit punt een motivering, zodat het beroep gegrond is en genoemd besluit in zoverre moet worden vernietigd.

4.2 Appellante heeft met haar overige grieven betoogd dat aan de Regelingen RDR verbindende kracht moet worden ontzegd. Het College gaat er vanuit dat appellante hierbij het oog heeft op de Regelingen RDR 1999 en 2000, aangezien deze, respectievelijk voor wat betreft de kosten van verlening en de kosten voor het toezicht in 1999, aan de bestreden factuur ten grondslag zijn gelegd. Te dien aanzien overweegt het College dat volgens vaste jurisprudentie aan een voorschrift slechts verbindende kracht kan worden ontzegd, indien de door de betrokken regelgever gemaakte keuzen strijdig geacht moeten worden met een hogere - algemeen verbindende - regeling, dan wel geoordeeld moet worden dat de voorschriften een toetsing aan algemene rechtsbeginselen niet kunnen doorstaan. Meer in het bijzonder zou van dit laatste sprake kunnen zijn in het geval van willekeur, in die zin dat de regelgever, in aanmerking genomen de belangen die hem ten tijde van het totstandbrengen van de voorschriften bekend waren of bekend konden zijn, niet in redelijkheid tot de vaststelling daarvan heeft kunnen komen.

De grief van appellante dat de indeling in subcategorieën, voor zover daarbij onderscheid wordt gemaakt tussen publieke en commerciële omroep, strijd oplevert met de artikelen 16.1 TW en 4, eerste lid van het Besluit, treft evenwel geen doel. Hiertoe overweegt het College als volgt.

Artikel 16.1, eerste lid, TW stelt twee voorwaarden aan de ingevolge deze bepaling bij of krachtens algemene maatregel van bestuur te stellen regels. Ten eerste kunnen de regels slechts betrekking hebben op een vergoeding die verschuldigd is door degene ten behoeve van wie werkzaamheden of diensten zijn verricht (ingevolge het bij of krachtens de TW bepaalde). Ten tweede kunnen de regels over deze vergoeding slechts worden gesteld voorzover de vergoeding verband houdt met deze werkzaamheden of diensten.

Uit de tweede voorwaarde van artikel 16.1, eerste lid, vloeit voort dat de Regelingen zich dienen te beperken tot het regelen van een vergoeding "voorzover de vergoeding verband houdt met deze werkzaamheden of diensten". Evenals kennelijk de rechtbank is het College van oordeel dat het terzake vergoedingen voor verlening van machtigingen gemaakte onderscheid in de subcategorieën (lokale) publieke en (niet-landelijke) commerciële omroep geen strijd oplevert met deze voorwaarde. De werkzaamheden die verricht moesten worden om te komen tot verlening van machtigingen aan de niet-landelijke commerciële omroepen - in het bijzonder bestaande uit delving, coördinatie en verdeling van frequenties - en waarvoor de kosten zijn gemaakt in de periode waarop de Regelingen betrekking hebben, zijn in betekenende mate afwijkend van de werkzaamheden betreffende machtigingverlening aan lokale publieke omroepen. Bij laatstbedoelde omroepen zijn zodanige werkzaamheden niet aan de orde, hetzij omdat zij in een eerder stadium reeds verricht waren, hetzij omdat in verband met het geringe vermogen geen internationale coördinatie is vereist. Het verschil tussen de werkzaamheden ten behoeve van de

lokale publieke omroep enerzijds en ten behoeve van de niet-landelijke commerciële omroep anderzijds, rechtvaardigt een verschillend tarief voor de vergoedingen die strekken tot financiering van deze werkzaamheden.

Voor de toepassing van het tweede lid van artikel 16.1 TW brengt de tweede voorwaarde naar het oordeel van het College - en naar het College begrijpt ook naar het oordeel van de rechtbank - mee dat slechts een vergoeding mag worden voorgeschreven, voorzover deze verband houdt met werkzaamheden die gemoeid zijn met het uitoefenen van toezicht dat samenhangt met de verleende machtigingen. Terecht heeft de rechtbank overwogen dat het merendeel van de lokale publieke omroepen uitzendt met een vermogen van minder dan 100W, hetgeen betekent dat ten aanzien van deze omroepen in de regel slechts een beperkt toezicht nodig is. De Staatssecretaris heeft appellantes stelling dat de omvang van het vermogen niet van invloed is op de mate waarin zich storingen kunnen voordoen, bestreden met de stelling dat het actief beschermen van het grotere gebied dat bestreken wordt met een krachtiger zender tegen storingen - vooral door illegale zenders - hogere kosten met zich brengt. Het College acht dit voldoende aannemelijk. Ook in zoverre is dus sprake van een onderscheid tussen de werkzaamheden ten behoeve van lokale publieke omroep enerzijds en niet-landelijke commerciële omroep anderzijds. Gelet hierop vormen artikel 16.1, tweede lid, TW en artikel 4, eerste lid, Besluit ook voor wat betreft de vergoedingen voor het toezicht geen beletsel voor indeling van publieke en commerciële omroep in afzonderlijke subcategorieën.

4.3 Appellante heeft met juistheid geconstateerd dat een aantal publieke omroepen uitzendt met een vermogen dat aanzienlijk groter is dan 100W, zodat ook daarvoor een intensiever toezicht nodig is. Ofschoon bedoelde lokale omroepen slechts 3% van het totale aantal lokale publieke omroepen uitmaken, zou denkbaar zijn geweest dat de Staatssecretaris er voor zou hebben gekozen in de subcategorie lokale publieke omroepen een nadere onderverdeling te maken tussen de omroepen die uitzenden met een groter en die welke uitzenden met een kleiner vermogen dan 100W. Wat hiervan zij, voor de beantwoording van de vraag of aan appellante de juiste vergoeding voor het toezicht is opgelegd is een en ander zonder betekenis. Immers, het al dan niet overgaan tot een meer specifieke toerekening van de toezichtskosten binnen de categorie lokale publieke omroepen heeft geen gevolg voor de verdeling van de kosten die met betrekking tot de subcategorie niet-landelijke commerciële omroepen, waartoe appellante behoort, zijn gemaakt. Dat de regelgever lokale publieke en niet-landelijke commerciële omroepen niet binnen één subcategorie heeft ondergebracht vindt voldoende rechtvaardiging in het gegeven dat in ieder geval de kosten voor de verlening van de machtiging voor de beide soorten omroepen aanzienlijk uiteenlopen.

4.4 De omstandigheid dat in de wetsgeschiedenis aan de vergoeding een retributief karakter wordt toegeschreven, maakt het voorgaande niet anders. De aldus gegeven karakterisering brengt immers niet mee dat andere eisen gaan gelden dan die welke voortvloeien uit de wetsbepaling waarin de vergoeding haar grondslag vindt. Van een situatie als aan de orde was in de uitspraak van het College van 14 oktober 1998 (AB 1999,275) is in het onderhavige geval geen sprake. Na kennisneming van de stukken en het verhandelde ter zitting is het College van oordeel dat het door de TW vereiste verband tussen de vergoeding en de bewezen diensten jegens degenen die in 1999 over een frequentie beschikten wél in voldoende mate aanwezig is. Dat appellante niet een onmiddellijk en rechtstreeks profijt heeft kunnen constateren van specifiek jegens haar verrichte diensten maakt niet dat zodanig profijt zou ontbreken of dat geen verband zou bestaan tussen de betaalde vergoeding en de bewezen dienst.

De door appellante opgeworpen omstandigheid dat in de Regelingen 2000 e.v. veel lagere bedragen voor de kosten van toelating zijn opgenomen dan aan appellante in rekening zijn gebracht maakt dit niet anders, omdat - naar van de zijde van de Staatssecretaris is gesteld - in die jaren, anders dan in de voorafgaande periode, geen werkzaamheden terzake van delving en coördinatie van frequenties behoeften te worden verricht en via tarieven behoeften te worden omgeslagen over de betrokken marktdeelnemers. Evenmin kan uit het feit dat - naar appellante heeft gesteld - uit de Financiële verantwoording 1999 van het agentschap RDR blijkt dat er in dat jaar een overschot was, worden afgeleid dat de gevraagde vergoedingen geen verband hielden met de geprognostiseerde kosten van ten behoeve van de niet-landelijke commerciële omroep te verrichten werkzaamheden. Waaraan geld is overgehouden, blijkt bovendien niet.

4.5 Met de rechtbank is het College tenslotte van oordeel dat de Regelingen RDR 1999 en 2000 in de vorm waarin zij voor het jaar 1999 zijn toegepast - gelet op het hiervooroverwogene - niet tot een selectieve lastenverlichting leiden. Ook het College komt derhalve niet toe aan de vraag of een dergelijke lastenverlichting strijd zou opleveren met het bepaalde in artikel 87 EG.

Het College acht termen aanwezig voor een proceskostenveroordeling met toepassing van artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht.

5. De beslissing

Het College:

- vernietigt de uitspraak van de rechtbank voorzover deze betrekking heeft op het voor het toezicht over het jaar 1998 in

rekening gebrachte bedrag;

- verklaart het bij de rechtbank ingediende beroep van Happy Radio Nederland B.V. gegrond;

- vernietigt het besluit van de Staatssecretaris van 14 december 2000, voorzover dit betrekking heeft op het voor toezicht in het

jaar 1998 in rekening gebrachte bedrag, en bepaalt dat opnieuw op het bezwaar wordt beslist met inachtneming van het in

deze uitspraak overwogene;

- veroordeelt de Staatssecretaris in de kosten van de procedure bij de rechtbank en bij het College welke worden vastgesteld

op 1288,- (zegge: twaalfhonderd achtentachtig euro) te betalen door de Staat;

- verstaat dat het door Happy Radio Nederland B.V. betaalde griffierecht ten bedrage van 476,- (zegge: vierhonderdzesenzeventig euro) voor het beroep en voor het hoger beroep door de Staat aan haar wordt vergoed;

- bevestigt de uitspraak van de rechtbank voor het overige.

Aldus gewezen door mr. C.M. Wolters, mr. C.J. Borman en mr. H.G. Lubberdink, in tegenwoordigheid van mr. W.F. Claessens, als griffier, en uitgesproken in het openbaar op 29 april 2003.

w.g. C.M. Wolters w.g. W.F. Claessen