

ECLI:NL:CBB:2012:BW7911

Instantie	College van Beroep voor het bedrijfsleven
Datum uitspraak	06-06-2012
Datum publicatie	11-06-2012
Zaaknummer	AWB 09/1206 AWB 09/1254 AWB 10/1291 tussenuitspraak
Formele relaties	Eerste aanleg: ECLI:NL:RBROT:2009:BJ5565, Overig
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Telecommunicatiewet Vergunningverlening frequentieruimte dmv vergelijkende toets
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl AB 2012/371 met annotatie van J. Wieland

Uitspraak

College van Beroep voor het bedrijfsleven

AWB 09/1206, 09/1254 en 10/1291 6 juni 2012

15319 Telecommunicatiewet

Vergunningverlening frequentieruimte dmv vergelijkende toets

Tussenuitspraak in de hoger beroepen en, met toepassing van artikel 6:19, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht, in samenhang gelezen met artikel 6:24, eerste lid, van deze wet, in het beroep van:

1. de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie, te Den Haag (hierna: de Minister, voorheen de Staatssecretaris van Economische Zaken);
2. NDC Radio B.V. (hierna: NDC), als rechtsopvolger van A, te B (hierna: A),
appellanten,

tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam (hierna: de rechtbank) van 6 augustus 2009, www.rechtspraak.nl, LJN: BJ5565 (hierna: de aangevallen uitspraak) in de gedingen tussen C (RATO zendertechniek), te D (hierna: RATO), Stichting Kabelkrant Ameland, te Nes (hierna: SKA) en de Staatssecretaris van Economische Zaken (Agentschap Telecom, hierna ook AT).

Gemachtigden van de Minister: mr. L. Ensing en mr. J. Sijbrandij, beiden werkzaam bij het Agentschap Telecom.

Gemachtigde van NDC: mr. M.T.M. Koedooder, advocaat te Amsterdam.

Gemachtigde van RATO: mr. H. van der Valk, advocaat te Den Haag.

Gemachtigde van SKA: mr. drs. E. Kronemeijer, advocaat te Amsterdam.

1. Het procesverloop in hoger beroep

De Minister heeft bij brief van 15 september 2009, bij het College binnengekomen op dezelfde datum, hoger beroep ingesteld tegen de aangevallen uitspraak. Dit hoger beroep is door het College behandeld onder procedurenummer AWB 09/1206.

Op 16 september 2009 heeft het College een hoger beroepschrift ontvangen, waarbij NDC beroep instelt tegen de aangevallen uitspraak. Dit hoger beroep is door het College behandeld onder procedurenummer AWB 09/1254.

Bij brief van 20 oktober 2009 heeft NDC de gronden van het hoger beroep aangevuld. Bij brief van 8 december 2009 heeft de Minister de gronden van het hoger beroep aangevuld.

Bij brief van 24 februari 2010 heeft SKA een reactie op de hoger beroepschriften van de Minister en NDC ingediend. Op 4 maart 2010 heeft RATO een reactie op de beroepschriften ingediend. Bij brief van 23 april 2010 heeft NDC aanvullende opmerkingen ingediend naar aanleiding van het beroepschrift van de Minister en de reacties van SKA en RATO.

Bij brief van 3 mei 2010 heeft de Minister het College een kopie toegezonden van zijn besluit van 3 mei 2010 ingevolge de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) ter uitvoering van de aangevallen uitspraak. Met een bij de rechtbank op 15 juni 2010 binnengekomen brief heeft RATO bij de rechtbank beroep ingesteld tegen dat besluit. De rechtbank heeft dit beroepschrift ter behandeling doorgezonden aan het College, waar het is geregistreerd onder procedurenummer AWB 10/1291. Bij brief van 23 juli 2010 heeft RATO de gronden van het beroep aangevuld.

Bij brief van 5 november 2010 heeft RATO een reactie op de aanvullende opmerkingen van NDC van 23 april 2010 ingediend.

Bij brief van 23 februari 2011 heeft de Minister een verweerschrift ingediend. Bij brief van 23 februari 2012 heeft de Minister een aanvulling op het verweerschrift ingediend.

Bij brief van 27 februari 2012 heeft SKA meegedeeld dat zij het onderliggende geschil met NDC en de Minister heeft bijgelegd. SKA sluit zich voor wat betreft haar argumenten aan bij NDC en de Minister.

Op 7 maart 2012 heeft het onderzoek ter zitting plaatsgehad, waarbij de Minister, NDC, RATO, en SKA, bij monde van hun gemachtigden, het woord hebben gevoerd.

2. De grondslag van het geschil

2.1.1 Het College verwijst voor een uitgebreider overzicht van de van toepassing zijnde wettelijke voorschriften naar rubriek 2.1 van de aangevallen uitspraak en licht daar het volgende uit.

2.1.2 Artikel 7 van de Regeling Aanwijzing en gebruik frequentieruimte commerciële radio omroep 2003 (hierna: de Regeling AGF) wijst de frequentieruimte van de kavels B27 en B31 aan voor het uitzenden van regionale radioprogrammas. Op grond van artikel 7, eerste lid, aanhef en onder b, van de Regeling AGF moet een regionaal radioprogramma tussen 7 en 19 uur voor ten minste 10% in het bijzonder gericht zijn op het gebied waarvoor het programma is bestemd.

2.2.1 Voor de loop van de procedure in bezwaar en beroep en de voor dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden verwijst het College naar de rubrieken 1 en 2.2 van de aangevallen uitspraak. In die uitspraak zijn RATO als eiser, SKA als eiseres en NDC als A aangeduid. Hier volstaat de volgende weergave.

2.2.2 Op 3 maart 2008 heeft de Minister, op basis van een verdeling door middel van een vergelijkende toets met financieel bod, op de daartoe ingediende aanvragen besluiten genomen betreffende de verlening en weigering van vergunningen voor het gebruik van frequentieruimte voor niet-landelijke commerciële radio-omroep en de middengolf (kavels B27 tot en met B38). RATO en SKA hebben hiertegen bezwaar gemaakt; SKA uitsluitend wat betreft kavel B27.

2.2.3 Bij besluiten van 11 september 2008 heeft de Minister het bezwaar van RATO niet ontvankelijk verklaard voor zover dit is gericht tegen de besluiten waarbij vergunningen zijn verleend voor de kavels B28 t/m B30 en B32 t/m B37 alsmede de kavels voor de AM frequenties en het bezwaar voor het overige ongegrond verklaard. Bij besluit van 12 september 2008 heeft de Minister het bezwaar van SKA ongegrond

verklaard. Tegen deze besluiten hebben onderscheidenlijk RATO en SKA beroep ingesteld bij de rechtbank. Bij de aangevallen uitspraak is op deze beroepen beslist.

3. De aangevallen uitspraak

3.1 De rechtbank heeft het beroep van SKA gegrond verklaard. Het beroep van RATO heeft zij gegrond verklaard voor zover dat ziet op de kavels B27 en B31 en voor het overige ongegrond verklaard. De rechtbank heeft de besluiten van 11 september 2008 en 12 september 2008, vernietigd voor zover zij zien op de kavels B27 en B31 en de Minister opgedragen in zoverre opnieuw te beslissen op de bezwaren van SKA en RATO met inachtneming van haar uitspraak.

3.2 Het College verwijst voor de overwegingen van de rechtbank die van belang zijn voor de beoordeling van het hoger beroep, naar de rubrieken 2.3.3.2 tot en met 2.3.4.7 en 2.4.3.1 tot en met de eerste alinea van 2.4.3.4 van de aangevallen uitspraak. Daarbij geldt dat het besluit van 12 september 2009 daarin is aangeduid als besluit I en het ten aanzien van RATO genomen besluit van 11 september 2008 als besluit II. Voor verweerder moet hier worden gelezen de Minister.

4. Het besluit van 3 mei 2010

4.1 Ter uitvoering van de aangevallen uitspraak heeft de Minister op 3 mei 2012 opnieuw beslist op het bezwaar van RATO tegen de afwijzing van zijn aanvragen om een frequentievergunning voor de kavels B27 en B31 en de verlening van de frequentievergunningen voor deze kavels aan NDC. De Minister heeft de bezwaren van RATO wegens het ontbreken van een procesbelang niet-ontvankelijk verklaard. De Minister heeft daarbij, samengevat, overwogen dat de aanvragen van RATO volgens de aangevallen uitspraak terecht met 0 zijn gewaardeerd. RATO heeft nagelaten hoger beroep in te stellen en daarom moet in hoger beroep van de juistheid van dat oordeel worden uitgegaan. Ook als alle andere ingediende aanvragen met een 0 zouden moeten worden gewaardeerd, kan RATO de frequentievergunningen niet verwerven, omdat dan de hoogte van het financiële bod doorslaggevend zou zijn. Voor kavel B27 betreft dat het bod van SKA en vaststaat dat SKA belangstelling voor de vergunning heeft behouden en dat haar bod dat van RATO overtreft. NDC heeft nog steeds belangstelling voor de vergunning voor kavel B31 en haar financiële bod is (eveneens) hoger dan dat van RATO.

4.2 Het besluit van 3 mei 2010 is ter uitvoering van de aangevallen uitspraak hangende het hoger beroep genomen en daarmee een besluit als bedoeld in artikel 6:18, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). Het beroep van RATO wordt, ingevolge artikel 6:19, eerste lid, van de Awb geacht zich mede uit te strekken tot het besluit van 3 mei 2010 en het College zal ook dat beroep beoordelen.

5. De standpunten van de Minister en NDC

5.1 NDC voert aan dat de rechtbank het beroep niet-ontvankelijk had moeten verklaren, aangezien uit niets blijkt dat RATO bezwaar heeft gemaakt of beroep heeft ingesteld tegen de toewijzing van de vergunning voor de kavels aan NDC. Integendeel, RATO heeft steeds uitdrukkelijk verklaard uitsluitend op te komen tegen de door de Minister gevolgde procedure, die heeft geresulteerd in een afwijzing van zijn aanvraag, en heeft eveneens uitdrukkelijk verklaard zich juist niet te keren tegen de partij aan wie de vergunningen zijn toegewezen, te weten NDC. Voorts geldt dat RATO geen procesbelang heeft dan wel een te gering nadeel heeft ondervonden van de besluiten. Gezien zijn plaats in de rangorde, met een beoordeling van zijn programmatische aanbod met een (0), kan RATO nimmer de door hem verlangde kavels verwerven, omdat er altijd andere aanvragers een beter recht hebben. Een nadere toets van de aanvragen van deze andere partijen is niet meer mogelijk. RATO heeft de beoordeling van deze aanvragen niet aangevochten, zodat zij in rechte vaststaan. Niet is gebleken dat de partijen die hoger in rangorde staan dan RATO thans geen belangstelling meer hebben voor de honorering van hun aanvraag, in het (nauwelijks denkbare) geval dat één of meerdere frequenties waarvoor zij belangstelling hebben opnieuw zouden moeten worden verdeeld. Het is aan RATO om dit aan te tonen, en hij heeft dit niet gedaan. Daar

komt nog bij dat de frequenties slechts geldig zijn tot 1 september 2011.

5.2 De Minister is van oordeel dat het programma-aanbod van NDC voor kavel 27 significant uitstijgt boven dat van andere aanvragers en met een (+) zou moeten worden beoordeeld. Hij meent dat de rechtbank ten onrechte overweegt dat NDC 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, nu het programma voor

90 % identiek is, geen sprake kan zijn van 64 % regiogerichte programmering.

5.3.1 Een vergunninghouder kan volgens de Minister (tot een maximum van 30% demografisch bereik) meerdere frequentievergunningen voor regionale radio-omroep verwerven. Daaruit volgt dat een vergunninghouder eenzelfde programma over meerdere kavels kan uitzenden. Deze uitzondering op artikel 82 van de Mediawet vergroot de exploitatiemogelijkheden voor regionale commerciële radio-omroep. De Regeling AGF 2007 verplicht niet om voor ieder kavel een verschillend programma uit te zenden. Alleen voor elkaar overlappende kavels als bedoeld in bijlage 3 van de Regeling AGF 2007 geldt de verplichting dat een tussen 6 en 19 uur uitgezonden programmaonderdeel niet binnen 30 minuten nogmaals op de frequenties van één, of andere kavels mag worden uitgezonden, maar de hier uitgegeven kavels overlappen elkaar nergens.

5.3.2 De rechtbank is volgens de Minister uitgegaan van een niet bestaande eis dat op ieder kavel een ander programma moet worden uitgezonden. De Minister verwijst ter ondersteuning van zijn standpunt naar de uitspraak van het College van 5 december 2007 (LJN: BB9361), waarin hij leest dat mede op grond van supranationaal recht de procedure van de vergelijkende toets moet voldoen aan eisen van transparantie, objectiviteit en verifieerbaarheid. Die uitspraak maakt duidelijk dat niet ruimer mag worden getoetst dan de Regeling aanvraag voorschrijft.

5.3.3 NDC heeft als één van de weinige aanvragers tot in detail (zelfs per minuut) aangegeven hoe haar programma er uitziet en welke personen dit presenteren. NDC heeft voor kavel B27 aangegeven dat haar programma op de regio Noord is gericht en voor kavel B31 heeft NDC haar aanvraag toegespitst op Brabant. De toelichting op de regiogerichte programmering in de Regeling Aanvraag sluit niet uit dat de programmering in alle door NDC bediende (vijf) regio's identiek is. Een aantal programmaonderdelen (zoals het ANP nieuws, gepresenteerde programmaonderdelen, door en met luisteraars uit de regio samengestelde verzoekplatenprogramma's) gelden namelijk steeds als regiogericht en bepaalde muziek kan aan meerdere regio's worden toegerekend. De rechtbank is hieraan voorbij gegaan en heeft bovendien volgens de Minister ten onrechte in haar afweging de feitelijke situatie na de aanvraag betrokken.

5.3.4 NDC steunt de Minister en betoogt in dit verband het volgende. De rechtbank heeft ten onrechte geoordeeld dat de waardering van het programmatische aanbod van NDC op onjuiste gronden heeft plaatsgevonden. Het programma-aanbod van NDC is wel degelijk regiogericht. Uit de Toelichting bij artikel 15 Regeling Aanvraag blijkt dat het er om gaat dat er niet volledig nationaal geprogrammeerd wordt. Bovendien wordt daarin uiteengezet wat door het AT en het Commissariaat voor de Media (hierna: het Commissariaat) onder regiogerichtheid wordt verstaan. Daarin worden met name genoemd: regionieuws, gepresenteerde programmaonderdelen, muziek uit de regio, het noemen van de naam van het radiostation op een op de regio gerichte wijze en mededelingen die zich richten op de regio. Het ANP-nieuws telt nadrukkelijk ook mee als regiogerichte programmering. Bovendien is de meer of gelijk aan 50% regel toegepast, hetgeen betekent dat alle omroepen met een programmering die meer dan 50% gericht is op de regio, van de Toetsgroep een (+) hebben gekregen. Zo ook NDC. Namens de Minister van OCW is een vergelijkende toets uitgevoerd door een speciaal voor dat doel opgerichte Toetsgroep, op grond waarvan de Minister aanvragers heeft voorgedragen die in aanmerking komen voor een vergunning. Volgens het Toetsteam Omroep komen alle genoemde programmaonderdelen bij NDC terug. Uit niets in deze procedure is gebleken dat deze beoordeling van de Toetsgroep onjuist is geweest. Het is niet aan de rechtbank alsnog een geheel eigen beoordeling toe te passen. Daarbij heeft de rechtbank Rotterdam eerder geoordeeld dat aan de Minister bij de verdeling van de voor de (niet-landelijke) commerciële omroep beschikbare frequentieruimte een grote mate van beleids- en beoordelingsvrijheid toekomt, en dat de wijze waarop hij van deze bevoegdheid gebruik maakt in rechte terughoudend moet worden getoetst (zie uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 2 november 2004 op het beroep van RATO tegen de Minister van Economische Zaken). Daar komt bij dat het AT de voordracht van de Minister van OCW marginaal heeft getoetst, en heeft geoordeeld dat de voordracht op zorgvuldige wijze tot stand is

gekomen. Tegen deze voordracht zijn nooit bezwaren ingediend. Bij de beoordeling van het ingediende programma-aanbod gaat het om het voorgenomen programma-aanbod. Het gaat niet om de vraag of NDC zich aan dat aanbod heeft gehouden. Dat is een toezichtkwesitie, waarover het Commissariaat moet oordelen. Voorts is de uitspraak van de rechtbank in strijd met de rechtszekerheid. NDC moet er op kunnen vertrouwen dat de bevoegde instantie die de regiogerichtheid van haar programma's in het verleden en opnieuw in 2008 heeft beoordeeld, daadwerkelijk een eindoordeel kan vellen.

5.3.5 De verbondenheidstoets en de eis van regiogerichtheid zijn complementair. Het oordeel van de rechtbank dat geen sprake is van verbondenheid betekent in casu dat dus wel sprake is voldoende regiogerichtheid. Daarmee is de uitspraak van de rechtbank innerlijk tegenstrijdig.

5.3.6 De rechtbank lijkt ten onrechte het begrip regio te vereenzelvigen met het gebied van één frequentie. Het gaat echter om de (toegestane) regio als zodanig, waarop het programma zich richt, welke in de praktijk doorgaans wordt bediend met meerdere samenstellen van frequenties en frequentiepakketten. Uit niets blijkt dat een vergunninghouder voor elk kavel een verschillend programma moet uitzenden. Het uitzenden van een identiek programma in meerdere regio's is toegestaan, want de flexibele en rendabele exploitatiemogelijkheden van aanbieders worden daarmee verruimd, overeenkomstig wat de Minister voor ogen stond bij uitgifte van de restfrequenties. De Mediawet kent geen regionale commerciële radiozenders. De Mediawet maakt voor commerciële radio slechts onderscheid in landelijke en niet-landelijke commerciële radio. Uit het oogpunt van doelmatigheid is bij de inrichting van het commerciële radiolandschap juist expliciet niet gekozen voor een onderscheid in regionale en lokale omroep. Daarmee wordt duidelijk dat het bij de regiogerichtheid van commerciële radio uitsluitend gaat om niet-landelijke commerciële omroep. Het criterium niet-landelijk staat geheel los van zaken als streekgebondenheid, regio of een indeling in provincies. Het kan in feite alles zijn, mits het maar blijft binnen de grenzen die daaraan in de regelgeving worden gesteld, te weten: (a) een demografisch bereik van niet meer dan 30%; en (b) regionale radioprogrammas van commerciële omroepinstellingen die in het bijzonder gericht zijn op het gebied waarvoor de programma's bestemd zijn, overeenkomstig artikel 7, eerste lid, Regeling AGF. Regio is in feite gedefinieerd als minder dan 30% demografisch bereik.

5.3.7 De rechtbank heeft het woord regio ten onrechte vereenzelvigd met één of meerdere geografisch afgebakende gebieden in Nederland, zonder aan te geven over welke regio's het in het geval van NDC gaat. Ten onrechte heeft de rechtbank aangenomen dat een programma dat 90% identiek is, geen regiogerichte programmering kan zijn. Het woord regio kan op allerlei manieren worden ingevuld. Het woord regio moet worden begrepen in de context waarin het wordt gebruikt. In de Mediawet betekent het: niet-landelijk, met een maximaal demografisch bereik van 30%. Het is derhalve goed mogelijk om net als in het geval van NDC, het gehele door haar bestreken gebied met frequenties in casu 27,78% aan te merken als één regio waarop haar programma zich richt. De eis van aaneengeslotenheid wordt nergens gesteld. Integendeel, voor bepaalde gebieden die te dicht bij elkaar liggen gelden juist verboden frequentiecombinaties of anti overlapbepalingen. De voorbeelden die in het tussen het AT en het Commissariaat in 2004 gesloten convenant (hierna: het convenant) worden genoemd doen hieraan niet af. De lijst met voorbeelden die daarin is opgenomen is niet uitputtend. Tenslotte heeft ook het College in zijn uitspraak van 21 maart 2007 (LJN: BA1091) in het kader van de Regeling AGF 2003 al eens geoordeeld dat voor wat betreft de invulling van wat onder regionaal karakter moet worden verstaan, moet worden gekeken naar de praktijk van de bestaande regionale zenders. Anno 2008 was NDC al vijf jaar actief als niet-landelijke commerciële radio-omroep, met een kostbare, gepresenteerde programmering, die daardoor ook vanwege de inhoud volledig regionaal van karakter is. Het is dan ook terecht dat haar programmering met een (+) is beoordeeld.

5.4 Ook hebben de Minister en NDC het door de rechtbank in haar overwegingen ten overvloede gegeven oordeel met betrekking tot de verbindendheid van artikel 8, tweede lid, Regeling AGF 2007 gemotiveerd bestreden.

6. Het standpunt van RATO

6.1 RATO bestrijdt dat hij zijn procesbelang heeft verloren. De vraag of hij procesbelang heeft, strekt minder ver dan de vraag of hij uiteindelijk frequentieruimte zal kunnen verwerven. Ook is het mogelijk dat een of meer aanvragen worden ingetrokken. Het beroep van RATO richt zich tevens tegen de toewijzing

van de vergunning aan NDC.

6.2.1 Het programmatisch aanbod van NDC is onjuist gewaardeerd. Met haar oordeel dat, nu het programma 90% identiek is, onafhankelijk van de regio waarin wordt uitgezonden, geen sprake kan zijn van een 64% regiogerichte programmering, bevestigt de rechtbank dat de regio niet kan worden opgevat als het gebied waar de radio te ontvangen is, zolang maar niet meer dan 30% van de Nederlandse bevolking kan worden bereikt. Nergens in Nederland wordt een gebied tot 30% demografisch bereik als een en dezelfde regio beschouwd. Bovendien volgt ook niet uit de Regeling AGF, noch uit het Mediabesluit, noch uit de toelichting daarop dat één regionale radiozender kan uitzenden zolang het maximale demografische bereik van 30% maar niet wordt overschreden, ongeacht waar de frequenties van dit radiostation zich bevinden. Uit artikel 7, Regeling AGF, en met name uit het gebruik van het woord slechts, wordt duidelijk dat de wetgever heeft bedoeld dat de frequentieruimte voor regionale commerciële omroepen daadwerkelijk is bedoeld voor het uitzenden van regionale radioprogrammas. In negen Nederlandse provincies staan FM-zenders die het programma van NDC integraal uitzenden, waaronder Groningen, Zuid Limburg en Noord-Holland. Dit kan niet de bedoeling zijn geweest van de wetgever. Bovendien kunnen Groningen, Noord-Holland en Limburg tezamen niet tot een en dezelfde regio worden gerekend. Verder blijkt uit artikel 7, eerste lid, onder c, Regeling AGF, dat een commerciële omroepinstelling meerdere regionaal gerichte radioprogrammas mag exploiteren, mits die programmas gezamenlijk niet meer dan 30% van het aantal inwoners van Nederland kunnen bereiken. Daaruit blijkt dat het niet de bedoeling is dat er overal in Nederland één programma te horen mag zijn. Er moet duidelijk sprake zijn van een regionaal gericht programma, hoewel het begrip regio flexibel kan worden opgevat. Wat precies moet worden verstaan onder op de regio gerichte programmering staat niet expliciet in de Regeling AGF. Het convenant vermeldt dit wel.

6.2.2 Uit de hiervoor opgenomen omschrijving van het begrip "regiogerichtheid" valt af te leiden dat met de regio niet kan worden bedoeld het gebied waar de zender te ontvangen is zolang de limiet van 30% demografisch bevolkingsbereik maar niet wordt overschreden. Het programmatisch voornemen van NDC laat zien dat haar zender zich zal richten op de regio met 100% Nederlandstalige muziek, waarin regionale muziek, al dan niet in dialect, een bijzonder groot aandeel heeft. Een liedje in de Nederlandse taal is nog niet regiogericht. Dit zou wel kunnen indien de artiest of componist uit de betreffende regio komt of als het over de regio gaat of als het in een lokaal streekdialect wordt gezongen. Het is echter onmogelijk dat één en hetzelfde radioprogramma in elk gebied waar het wordt uitgezonden voor 64% uit in het bijzonder op de regio gerichte programmering bestaat. Dit had moeten worden opgemerkt door de Minister ten tijde van het nemen van het besluit. RATO erkent dat het begrip regio rekbaar is. Echter, de eis dat regionale radioprogrammas in het bijzonder op de regio gericht moeten zijn betekent automatisch een beperking van het begrip regio. Als dat niet zo was, zou deze voorwaarde niet in de regelgeving zijn opgenomen.

6.2.3 Met zijn stelling dat een aanvraag alleen getoetst kan worden aan de informatie die in het aanvraagformulier is vermeld, en dat hij niet kan nagaan wat het programmatisch aanbod is ten tijde van de hoorzitting of de terechtzitting, miskent de Minister de overweging van de rechtbank dat reeds bij de aanvraag van NDC vraagtekens konden worden gezet bij het percentage regiogerichtheid. Daarbij had hij alleen maar behoeven te letten op de door NDC gebruikte programmanamen met dezelfde presentatoren op dezelfde tijdstippen. Het is duidelijk dat het door NDC voorgestelde programma een en hetzelfde programma is, en dat alleen de reclameblokken van elkaar verschillen - die overigens expliciet niet meetellen voor het percentage regiogerichtheid. NDC heeft daarnaast onvoldoende aangetoond dat sprake is van een hoger percentage dan 10% regiogerichte programmering. De rechtbank heeft derhalve terecht geoordeeld dat de waardering van het programmatische aanbod van NDC op onjuiste gronden heeft plaatsgevonden.

6.3 RATO onderschrijft ten slotte het oordeel van de rechtbank met betrekking tot de onverbindendheid van artikel 8, tweede lid, Regeling AGF.

7. De beoordeling van het hoger beroep

7.1 Ambtshalve overweegt het College het volgende. De rechtbank heeft de brieven van 11 en 12 september 2008 als afzonderlijke besluiten aangemerkt. Met die brieven informeerde de Minister RATO en SKA dat hij het door hun in bezwaar bestreden besluit handhaaft. Dat besluit heeft voor beide

bezwaarmakers, wat betreft kavel B27, hetzelfde rechtsgevolg en het gaat zodoende om één besluit.

7.2.1 De Minister heeft, voor zover hier van belang, het bezwaar van RATO tegen de besluiten van 3 maart 2008 ongegrond verklaard. Bij deze besluiten is de aanvraag van RATO om een vergunning voor de kavels B27 en B31 afgewezen en zijn de vergunningen voor deze kavels verleend aan NDC. Dat de Minister aldus heeft beslist op genoemd bezwaar blijkt onmiskenbaar uit hetgeen daarover in dat besluit is opgemerkt onder de kop Conclusie. Het beroep van RATO was daarmee, anders dan NDC heeft aangevoerd, ook gericht tegen de vergunningverlening aan NDC.

7.2.2 Anders dan de Minister en NDC, is het College van oordeel dat RATO zijn procesbelang heeft behouden, reeds, omdat hij als (potentiële) concurrent van NDC een belang heeft bij de vergunningverlening voor de kavels B27 en B31. Dat belang is niet beperkt tot het verlies van de inschrijving, maar wordt ook geraakt door de concurrent die de vergunningverlening verwerft. Het kon niet op voorhand worden uitgesloten dat RATO actief zou worden in de markt voor de regionale commerciële radio-omroep waarvoor deze kavels beschikbaar zijn.

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 programmas zijn bestemd ingevoegd. Uit de toelichting blijkt dat hiermee is beoogd te verduidelijken dat het programmatische voorschrift dat de regionale programmas voor minimaal een gedeelte in het bijzonder gericht dienen te zijn op het gebied waarvoor de programmas zijn bestemd er nadrukkelijk toe strekt deze frequentieruimte in te kleuren en daarbij te bestemmen voor de categorie programmas 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.

7.3.2 Het College kan de Minister en NDC toegeven dat niet kan worden uitgesloten dat een op het ontvangstgebied van de betreffende frequentie gericht programma ook kan gelden als gericht op de luisteraars van een ander, bijvoorbeeld aangrenzend, frequentiebereik.

7.3.3 NDC geeft in haar aanvragen aan dat zij gebruik maakt van verschillende regionale edities, bestaande uit nieuws, weer en verkeer, regionale muziek en presentaties. De aanvragen wekken echter de indruk dat het programma-aanbod voor kavel B27 (Ameland) hetzelfde is als dat voor kavel B31 (Cuijck). De door NDC ter zitting betrokken stelling dat de presentatoren uit verschillende regio's afkomstig zijn, vindt geen bevestiging in de aanvragen. Ook de in de aanvragen opgegeven percentages regionale inhoud per uur en per dag zijn voor de beide kavels identiek. Verder vermelden de aanvragen dat elk uur minimaal twee liedjes in de programmering zitten die betrekking hebben op Noord Nederland (kavel B27), respectievelijk Brabant (kavel B31). Ter zitting heeft NDC toegelicht dat zij voor deze regiogerichte muziek Nederland heeft onderverdeeld in vijf regio's. De aanvragen vermelden tenslotte het voornemen om in 2008 gedurende een aantal dagen op (evenementen-)locatie uit te zenden, maar een overzicht van die dagen en evenementen ontbreekt.

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.

7.3.5 De Minister is bij de beoordeling zondermeer uitgegaan van het door NDC in haar aanvragen opgegeven percentage van 64. De rechtbank heeft terecht geoordeeld dat daarvoor de aanvragen niet toereikend zijn. Hiermee kan verder onbesproken worden gelaten in hoeverre de rechtbank in haar beoordeling mocht uitgaan van de tijdens de hoorzitting verstrekte gegevens.

7.4 De overweging in de aangevallen uitspraak met betrekking tot de onverbindendheid van artikel 8, tweede lid, van de Regeling AGF, heeft de rechtbank ten overvloede gegeven en schraagt niet de door de rechtbank getrokken conclusies. Partijen zijn dan ook niet door deze overweging gebonden en de Minister en NDC missen een belang bij de bespreking van hun tegen die overweging gerichte appelgronden.

7.5 De hoger beroepen slagen niet. In de einduitspraak zal het College de aangevallen uitspraak op de hiervoor weergegeven gronden bevestigen.

8. Het beroep tegen het besluit van 3 mei 2010

8.1 Anders dan de Minister, is het College van oordeel dat RATO, ongeacht zijn eigen kans op het verwerven van de vergunning, als (potentiële) concurrent van NDC, SKA en de overige aanvragers van frequentievergunningen voor de kavels B27 en B31 belang heeft bij de uitkomst van de vergunningprocedure. Daarmee is ook zijn belang gegeven bij de door de aangevallen uitspraak voorgeschreven - heroverweging van het besluit van 3 maart 2008.

8.2 Dat betekent dat de Minister ten onrechte heeft afgezien van een inhoudelijke beoordeling van de bezwaren van RATO tegen de besluiten over de kavels B27 en B31.

8.3 Het College ziet, in het belang van een spoedige beëindiging van het geschil, aanleiding om de Minister op grond van artikel 22, zesde lid, van de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie, op te dragen om dat gebrek binnen de hierna te noemen termijn te herstellen. De Minister dient daartoe, met inachtneming van deze uitspraak, de aanvragen voor een vergunning voor de kavels B27 en B31 opnieuw te (laten) beoordelen en een nieuwe beslissing te nemen op de daarop betrekking hebbende bezwaren van RATO.

8.4 Nadat het besluit is vervangen zal op het beroep tegen dat besluit worden beslist. In de einduitspraak zal het College beslissen op de hoger beroepen en over de vergoeding van proceskosten en griffierecht.

9. De beslissing

Het College:

- draagt de Minister op om, met inachtneming van het in deze tussenbeslissing overwogene en geoordeelde, binnen

12 weken anders te beslissen op het bezwaar van RATO;

- het vervangende besluit aan het College toe te zenden.

Aldus gewezen door mr. R.C. Stam, mr. S.C. Stuldreher en mr. H.S.J. Albers in tegenwoordigheid van mr. A.G.J. van Ouwkerk als griffier, en uitgesproken in het openbaar op 6 juni 2012.

w.g. R.C. Stam w.g. A.G.J. van Ouwkerk