

ECLI:NL:CBB:2014:308

Instantie	College van Beroep voor het bedrijfsleven
Datum uitspraak	08-05-2014
Datum publicatie	14-08-2014
Zaaknummer	AWB 09/314 AWB 09/317
Formele relaties	Eerste aanleg: ECLI:NL:RBROT:2009:2729, Bekrchtiging/bevestiging
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	NLCO, beschikbare frequenties, wettelijke verzorgingstaak, bekendmakingsbesluit
Wetsverwijzingen	Telecommunicatiewet
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

uitspraak

COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFSLEVEN

zaaknummers: 09/314 en 09/317
15321

Uitspraak op de hoger beroepen van:

[naam], h.o.d.n. [bedrijf],

te [plaats], appellant,
(gemachtigde: ir. M.R. Borman)

tegen de uitspraken van de rechtbank Rotterdam van 14 januari 2009 in de gedingen tussen appellant en

de minister van Economische Zaken (de minister),

(gemachtigde: mr. drs. R.A. Diekema)

en als derde-partij: de Nederlandse Publieke Omroep (de NPO),

(gemachtigde: mr. P.M. Waszink).

Procesverloop in hoger beroep

Appellant heeft bij brieven van 25 en 26 februari 2009 hoger beroep ingesteld tegen de aangevallen uitspraken van de rechtbank Rotterdam met nummers 08/1192 en 08/2282.

De minister heeft verweer gevoerd.

De NPO heeft een zienswijze ingediend.

Op 13 februari 2014 heeft het onderzoek ter zitting plaatsgehad. Appellant is verschenen, bijgestaan door zijn gemachtigde. De minister en de derde-partij hebben zich laten vertegenwoordigen door hun gemachtigden.

Grondslag van het geschil

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

1.2 In 2003 heeft de nieuwe verdeling van de frequentieruimte ten behoeve van de commerciële radio-omroep plaatsgevonden (de zerobase). Bij die verdeling heeft de minister meegedeeld dat onderzoek zal worden gedaan naar resterende beschikbare frequenties voor niet landelijke commerciële omroep (NLCO). Als uitgangspunt daarvoor gold een lijst van 31 gedolven frequenties op verschillende locaties. Voor Tiel betrof het de frequentie 94.7 MHz. De minister heeft bij de publicatie van deze lijst uiteengezet dat het een indicatieve lijst betreft, dat de mate van impact op de zero-base-netten nog moet worden gezien en dat de frequenties in eerste instantie zullen worden gebruikt om de ontvangstproblemen voor de publieke omroep op te lossen. Daarna zal het onderzoek naar frequenties voor NLCO worden afgerond. Appellant heeft meerdere malen te kennen gegeven in aanmerking te willen komen voor een FM-frequentie voor de regio Tiel, voor het eerst bij brief van 13 februari 2004 en laatstelijk bij brief van 8 maart 2007.

1.3 De NPO heeft een vergunning aangevraagd voor het gebruik van een frequentie als steunzender als oplossing voor ontvangstklachten in de regio Ede-Wageningen. Bij de aanvraag heeft de NPO een meetrapportage ingediend ter onderbouwing van de ontvangstklachten. Bij besluit van 20 juli 2007 heeft de minister aan de NPO een vergunning verleend voor het gebruik van de frequentie 94.7 MHz in de regio Ede/Wageningen. Hierbij is bepaald dat uitgezonden dient te worden vanuit Wageningen op een hoogte van 45 meter boven het maaiveld en met een zendvermogen van 0,025 kW. Bij besluit van 11 oktober 2007 heeft de minister het zendvermogen gewijzigd en vastgesteld op 0,050 kW.

Het besluit van 20 juli 2007 is op 16 oktober 2007 aan appellant verzonden, nadat hij een kopie had gevraagd met een beroep op de Wet openbaarheid van bestuur (Wob). Bij brief van 26 oktober 2007 heeft appellant tegen de vergunningverlening bezwaar gemaakt. Bij besluit van 5 februari 2008 heeft de minister het bezwaar ongegrond verklaard. Daartegen heeft appellant beroep ingesteld.

1.4 Bij besluit van 29 november 2006 heeft de minister aan de Stichting Omroep Gelderland een tijdelijke vergunning verleend voor het gebruik van de frequentie 91.2 MHz in de regio Geldermalsen, geldig tot 15 maart 2007. Tegen de verlening van deze vergunning heeft appellant bezwaar gemaakt. Dit bezwaar is door de minister bij besluit van 29 november 2007 niet-ontvankelijk verklaard, omdat de vergunning niet meer van kracht is.

1.5 Bij bekendmakingsbesluit van 1 november 2007 heeft de minister, voor zover hier van belang, twaalf (rest)frequenties bekend gemaakt die ten behoeve van NLCO door middel van een vergelijkende toets zullen worden verdeeld. Deze frequenties zijn vastgesteld mede op basis van een in opdracht van de minister uitgevoerd onderzoek door Broadcast Partners en NOZEMA naar de inzetbaarheid van de 31 eerder gedolven frequenties.

Tegen het bekendmakingsbesluit heeft appellant bij brief van 17 december 2007 bezwaar gemaakt. Bij besluit van 18 april 2008 is het bezwaar ongegrond verklaard. Tegen dat besluit heeft appellant beroep ingesteld.

De uitspraak van de rechtbank

2. De rechtbank Rotterdam heeft de beroepen van appellant tegen de vergunningverlening aan de NPO, respectievelijk het bekendmakingsbesluit ongegrond verklaard. De overwegingen van de rechtbank die ten grondslag liggen aan haar beslissingen zijn opgenomen in 2.4, respectievelijk 2.3 van de aangevallen uitspraken.

De beoordeling van het geschil in hoger beroep

3.1 Het standpunt van appellant

3.1.1 Appellant stelt in hoger beroep, mede naar aanleiding van een brief van de minister van 10 december 2013 waarin deze het procesbelang van appellant ter discussie stelt, dat hij belang heeft bij de procedures in hoger beroep, omdat hij (nog steeds) in aanmerking wenst te komen voor de FM-frequenties 94.7 en 91.2 MHz. In 2012 opgetreden wijzigingen, zoals het aflopen van de toestemming van het Commissariaat van de Media en de invoering van het vereiste dat uitsluitend aan rechtspersonen een FM-vergunning verleend kan worden, doen daaraan niets af. Voor zover al relevant, is er geen reden om te veronderstellen dat appellant niet opnieuw aan de vereisten voor een FM-vergunning zal kunnen voldoen, wanneer een van de gewenste frequenties beschikbaar komt. Appellant heeft belang bij een oordeel dat de betreffende frequenties onder NLCO-gegadigden verdeeld hadden moeten worden. Appellant heeft bovendien belang bij de vaststelling van de onrechtmatigheid van de besluiten omdat hij kosten heeft gemaakt om in aanmerking te kunnen komen voor een FM-frequentie. Hij wil dat deze kosten worden vergoed, mocht hij niet in aanmerking kunnen komen voor een vergunning. Het gaat om kosten voor frequentie-technische bijstand met betrekking tot de radiofrequentie 94.7 MHz.

3.1.2 Tegen verlening van de vergunning voor de frequentie 94.7 aan de NPO heeft appelland in hoger beroep samengevat aangevoerd dat de minister ten onrechte heeft nagelaten de storingsklachten die ten grondslag liggen aan de aanvraag van de NPO te valideren, zoals dat bij andere storingsklachten wel is gebeurd. Het is aan de minister om de noodzaak te onderbouwen voor het verlenen van een frequentievergunning, nu het gaat om een schaars recht. Appelland kan niet worden aangerekend dat hij zijn twijfels aan de gestelde storingsklachten niet onderbouwt. Het bestand met de adressen van de indieners van deze klachten is namelijk voor appelland niet toegankelijk, zodat hij niet zelf een validatieonderzoek kan (laten) verrichten. Als er ontvangstklachten zouden blijken, dan had de minister naar alternatieve oplossingen moeten zoeken vanwege de verplichting het frequentiespectrum doelmatig te gebruiken. Daarbij heeft appelland verwezen naar een brief van 30 mei 2008 waarin de minister ten aanzien van ontvangstklachten in de regio West-Friesland en daarbuiten aan luisteraars het advies heeft gegeven kwalitatief betere portable radios te kopen.

3.1.3 Ten aanzien van het bekendmakingsbesluit heeft appelland in hoger beroep aangevoerd dat de minister daarin ten onrechte niet de frequentie 94.7 MHz heeft opgenomen voor Tiel. Bij gebreke daarvan had de minister de geschiktheid van de frequentie 91.2 MHz als alternatief voor de locatie Tiel moeten onderzoeken. Volgens appelland is deze frequentie wel geschikt voor uitzending op die locatie. Door het niet onderzoeken van alternatieven is onnodige frequentieschaarste gecreëerd, hetgeen in strijd is met het doelmatig gebruik van het frequentiespectrum zoals volgt uit artikel 8, tweede lid, onder d, van de Kaderrichtlijn (2002/21/EG) en artikel 3.6, eerste lid, onder b, van de Telecommunicatiewet (Tw) en de artikelen 13 en 14 van het Frequentiebesluit. Bovendien heeft de minister niet zonder meer mogen afgaan op de onderzoeksresultaten van Broadcast Partners en Nozema, nu deze worden tegengesproken door LSTelcom en SMTA. Door het onderzoek niet te valideren heeft de minister niet gehandeld conform de eisen van transparantie, objectiviteit, non-discriminatie en proportionaliteit, zoals die volgen uit artikel 9 van de Kaderrichtlijn. Er is wel degelijk reden om te twijfelen aan de objectiviteit van Broadcast Partners en Nozema, nu zij de huidige vergunninghouders van de frequenties faciliteren en dus per definitie niet als onpartijdig kunnen worden beschouwd.

3.2 De minister heeft gemotiveerd verweer gevoerd.

3.3 De NPO heeft zich aangesloten bij het verweer van de minister.

De beoordeling van het geschil in hoger beroep

4.1 Het College zal allereerst ingaan op de ambtshalve te beantwoorden vraag, of appelland (nog steeds) procesbelang heeft bij de procedure. Appelland heeft als belang onder meer gewezen op kosten die hij heeft gemaakt voor frequentie-technische bijstand. Wat er ook zij van de stelling dat door verschillende actuele ontwikkelingen het door appelland beoogde doel niet meer kan worden bereikt, het is vaste jurisprudentie dat belang bij het hoger beroep kan bestaan indien wordt gesteld dat schade is geleden als gevolg van de aangevochten bestuurlijke besluitvorming. Dat appelland schade heeft geleden ten gevolge van het bestreden besluit onder meer bestaande uit kosten voor frequentie-technische bijstand acht het College niet op voorhand onaannemelijk. Appelland heeft naar het oordeel van het College daarom procesbelang.

4.2.1 Appellant heeft ter zitting desgevraagd bevestigd dat het hem gaat om de FM-frequenties 94.7 en 91.2 MHz. Het College zal eerst beoordelen of de minister terecht bij besluit van 20 juli 2007 aan de NPO een vergunning heeft verleend voor de frequentie 94.7 MHz. Appellant heeft naar voren gebracht dat hij twijfelt aan de storingsklachten en aan de noodzaak in verband daarmee de frequentie 94.7 MHz als steunzender voor de publieke omroep in te zetten, maar hij heeft deze stelling niet met feiten onderbouwd. Dat mag wel van hem worden verlangd. Uit de in opdracht van de NPO opgestelde meetrapportage volgt dat technisch onderzoek heeft uitgewezen dat de klachten te wijten zijn aan te lage veldsterkte. De minister heeft ter zitting toegelicht dat het onderzoek is verricht met apparatuur die ook door de minister bij eigen onderzoeken wordt ingezet. Tevens is dezelfde methode van onderzoek gehanteerd. De stelling dat het onderzoek onzorgvuldig is omdat de minister geen eigen onderzoek heeft verricht, mist daarom feitelijke grondslag. Appellant heeft niets anders ingebracht op grond waarvan getwijfeld kan worden of de resultaten wel gedragen kunnen worden door het onderzoek. Hoewel daartoe in de gelegenheid gesteld, heeft appellant niet aannemelijk gemaakt dat om de technische bevindingen uit het rapport te weerleggen noodzakelijkerwijs over een adressenbestand dient te worden beschikt. Onder deze omstandigheden is het College met de rechtbank van oordeel dat er geen reden is om te twijfelen aan de juistheid van de conclusies van genoemde rapportage.

4.2.2 De stelling dat de minister had moeten zoeken naar andere oplossingen, omdat het een frequentie betreft, die tevens inzetbaar zou kunnen zijn voor een andere vergunning, kan evenmin worden gevolgd. De minister heeft de wettelijke verzorgingstaak en de daarmee verband houdende verplichting om te zorgen dat de publieke omroep landelijk bereik heeft, zoals bepaald in artikel 3.3, tweede en derde lid, van de Tw. De minister heeft dan ook terecht de frequentie 94.7 MHz daarvoor ingezet. Zoals onweersproken door de minister is gesteld, waren niet meer frequenties beschikbaar als steunzender. De verwijzing naar de ontvangstklachten van de publieke omroepen in Noord-Holland treft geen doel; de oorzaak lag in dat geval namelijk niet in te zwakke zendsignalen. Bovendien ontbrak in dat geval de mogelijkheid om steunzenders in te zetten. Uit de wijze waarop de ontvangstklachten in die zaak zijn afgehandeld kan dus niet worden afgeleid dat in soortgelijke zaken anders wordt gehandeld door de minister. De stelling van appellant dat de termijn waarop storingsklachten konden worden doorgegeven was verlopen, om die reden de frequentie 94.7 MHz had moeten worden bestemd voor NLCO en daarom niet de bestemming van steunzender had mogen krijgen, kan niet worden gevolgd. Dit gelet op de vorengenoemde wettelijke verzorgingstaak van de minister en de bevoegdheid in artikel 3.7 Tw die het mogelijk maakt in verband daarmee een vergunning te wijzigen dan wel in te trekken.

4.2.3 Gelet op het vorenstaande heeft de minister terecht bij besluit van 20 juli 2007 aan de NPO een vergunning verleend voor de frequentie 94.7 MHz. Dit hoger beroep treft geen doel. Het College zal de aangevallen uitspraak met nummer 08/1192 bevestigen.

4.3.1 Hiermee resteert ter bespreking het hoger beroep inzake het bekendmakingsbesluit. De hoger beroepsgronden zijn gericht tegen het ontbreken van de frequenties 94.7 en 91.2 MHz voor Tiel in het bekendmakingsbesluit, respectievelijk het onderzoek naar de mogelijkheid deze frequenties beschikbaar te stellen voor NLCO te Tiel. Het hoger beroep richt zich niet tegen de wel daarin opgenomen frequenties. In de uitspraak van 16 december 2005 (ECLI:NL:CBB:2005:AU8613) heeft het College (r.o. 6.1 en 6.1.1) geoordeeld dat een bekendmaking op grond van artikel 3, eerste en derde lid, van het Frequentiebesluit onder meer de beslissing inhoudt op welke frequentieruimte een voorgenomen verdeling ziet. Tegen deze bepaling van de omvang van de frequentieruimte staat bezwaar en beroep open, waarbij stellingen als door appellant aangevoerd aan de orde kunnen worden gesteld, nu deze zien op afwegingen die invloed hebben op de bepaling van de beschikbaar gestelde ruimte.

4.3.2 Nu in rechtsoverweging 4.2.3 is geconcludeerd dat frequentie 94.7 MHz terecht aan de NPO is verleend, staat vast dat deze frequentie niet voor NLCO kan worden ingezet.

4.3.3 Dat de minister de frequentie 91.2 MHz niet heeft opgenomen in het bekendmakingsbesluit en geen (uitgebreider) onderzoek heeft gedaan naar de inzetbaarheid van die frequentie voor NLCO te Tiel, maakt het bekendmakingsbesluit evenmin onrechtmatig. Het onderzoek naar resterende beschikbare frequenties voor NLCO heeft binnen een bepaalde bandbreedte en onder de volgende randvoorwaarden plaatsgevonden:

- uitgegaan wordt van de reeds op bepaalde locaties gedolven frequenties;
- de frequenties worden gebruikt om de ontvangstproblemen van reeds verleende vergunningen op te lossen;
- de betreffende frequenties dienen een bepaald, meer dan lokaal, bereik zonder risico op storing;
- de frequenties interfereren niet met internationale afspraken.

Het College ziet in hetgeen appellant heeft aangevoerd geen aanknopingspunten om het oordeel van de rechtbank, dat het hanteren van deze randvoorwaarden door de minister in het kader van zijn wettelijk taak niet onredelijk is, onjuist te achten. Dat geldt ook voor het standpunt van de minister dat met het oog op doelmatig frequentiegebruik de duur van de procedure tevens een factor is die in acht moet worden genomen. Van strijd met eisen die in Europese regelgeving aan deze procedures worden gesteld is het College niet gebleken. Dat het aan het bekendmakingsbesluit voorafgaande onderzoek is uitgevoerd door Broadcast Partners en Nozema services is, zoals de rechtbank terecht heeft geoordeeld, onvoldoende om te oordelen dat het onderzoek niet objectief zou zijn. De resultaten worden ook niet tegengesproken door het eerdere onderzoek door LSTelcom en SMTA, maar zijn een vervolg daarop.

4.3.4 De frequentie 91.2 MHz was in de oorspronkelijke lijst met mogelijk beschikbare frequenties voor NLCO niet gedolven voor Tiel. Gelet op de bovengeschetste randvoorwaarden was de minister niet gehouden om ten behoeve van commerciële omroep, meer in het bijzonder appellant, te onderzoeken of deze frequentie toch in Tiel inzetbaar zou kunnen zijn. Overigens heeft de minister in het besluit op bezwaar gewezen op zijn brief van 25 september 2007 waarin aan appellant is bericht dat de frequentie 91.2 Mhz als tijdelijke steunzender voor de publieke omroep, met die parameters, storing bleek te veroorzaken in Tiel. Verplaatsing zou volgens de minister resulteren in een onwerkbaar antennediagram, vanwege de noodzakelijke restricties ter bescherming van de publieke zender in Markelo en de frequentie 91.3 MHz zou van verplaatsing nadeel ondervinden. Appellant heeft de juistheid van deze bevindingen niet betwist.

4.3.5 Gelet op het vorenstaande heeft de minister terecht de frequenties 94.7 en 91.2 MHz voor Tiel niet in het bekendmakingsbesluit opgenomen. Ook dit hoger beroep faalt. Het College zal de uitspraak van de rechtbank met nummer 08/2282 bevestigen.

4.4 Appellant heeft ter zitting aan het College verzocht schadevergoeding toe te kennen voor de kosten van frequentie-technische bijstand. Nu de besluiten van de minister rechtmatig zijn, komt het verzoek om schadevergoeding op grond van 8:73 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) niet voor toewijzing in aanmerking.

4.5 Voor een proceskostenveroordeling in hoger beroep bestaat geen aanleiding.

Beslissing

Het College bevestigt de aangevallen uitspraken.

Deze uitspraak is gedaan door mr. S.C. Stuldreher, mr. R.C. Stam en mr. J.A.M. van den Berk, in aanwezigheid van mr. A.G.J. van Ouwerkerk, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 8 mei 2014.

w.g. S.C. Stuldreher w.g. A.G.J. van Ouwerkerk