# ECLI:NL:RBROT:2013:7305

| | |
|---|---|
| Instantie | Rechtbank Rotterdam |
| Datum uitspraak | 26-09-2013 |
| Datum publicatie | 05-11-2013 |
| Zaaknummer | AWB-12_05143 |
| Rechtsgebieden | Bestuursrecht |
| Bijzondere kenmerken | Eerste aanleg - enkelvoudig |
| Inhoudsindicatie | Opleggen boete van 20.500 omdat er op het perceel van eiser zonder de vereiste vergunning een radio-uitzending heeft plaatsgevonden. Onderzoek toereikend om met voldoende zekerheid vast te stellen dat radio-uitzending vanaf eisers perceel plaatsvond. Verweerder heeft zijn gewijzigde boetebeleid, neergelegd in de Beslisboom en motivering hoogte boete, toegepast, waarbij onder meer rekening gehouden wordt met het soort apparatuur, geografisch bereik en demografisch bereik, en de kans op daadwerkelijke storing. Deze kennelijk vaste gedragslijn is voor zover in dit geval toegepast redelijk. |
| Wetsverwijzingen | Telecommunicatiewet 3.3<br>Telecommunicatiewet 10.9 |
| Vindplaatsen | Rechtspraak.nl |

# Uitspraak

**Rechtbank Rotterdam**

Team Bestuursrecht 1

zaaknummer: ROT 12/5143

**uitspraak van de meervoudige kamer van 26 september 2013 in de zaak tussen**

**[eiser], te [plaatsnaam], eiser,**

gemachtigde mr. H.J.P. Robers, advocaat,

en

**de minister van Economische Zaken (Agentschap Telecom), verweerder.**

**Procesverloop**

Bij besluit van 10 oktober 2012 (het primaire besluit) heeft verweerder aan eiser een bestuurlijke boete van 45.000 en een last onder dwangsom opgelegd wegens illegaal uitzenden in de FM-omroepband.

Bij besluit van 22 oktober 2012 (besluit 1) heeft verweerder het bezwaar van eiser ongegrond verklaard.

Eiser heeft tegen besluit 1 beroep ingesteld.

Bij besluit van 30 mei 2013 (besluit 2) heeft verweerder besluit 1 ingetrokken en in plaats daarvan, onder gedeeltelijke gegrondverklaring van het bezwaar, de boete verlaagd tot 20.500.

Verweerder heeft een verweerschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 8 juli 2013. Eiser is verschenen, bijgestaan door zijn gemachtigde. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door

mr. W.R.R.H. Cordes en mr. J.I.M. van der Vange, bijgestaan door R.A. Verhey en A. Prijt, toezichthouders. Tevens is ter zitting gehoord de door eiser meegebrachte getuige [getuige].

**Overwegingen**

1. Op grond van artikel 3.3, eerste lid, van de Tw is voor het gebruik van frequentieruimte een vergunning van Onze Minister vereist.

   Op grond van artikel 10.9, eerste lid, van de Tw is het aanleggen, het geheel of gedeeltelijk aangelegd aanwezig hebben, of het gebruik van radiozendapparaten slechts toegestaan indien voor het gebruik ervan aan de houder van die radiozendapparaten op grond van hoofdstuk 3 van deze wet een vergunning voor het gebruik van frequentieruimte is verleend.

2. Verweerder heeft aan eiser een bestuurlijke boete van (uiteindelijk) 20.500 en een last onder dwangsom opgelegd wegens overtreding van artikel 3.3, eerste lid, en artikel 10.9, eerste lid, van de Tw, omdat is vastgesteld dat op 29 januari 2012 vanaf eisers perceel uitzendingen hebben plaatsgevonden zonder dat hiervoor een vergunning is verleend.

3. Verweerder heeft zijn besluit gebaseerd op het op 24 februari 2012 opgemaakte rapport van bevindingen (rapport) en een aanvullend rapport van 4 oktober 2012 (aanvullend rapport).

4. Uit het rapport blijkt dat op zondag 29 januari 2012 omstreeks 12.30 uur twee toezichthouders van verweerder vanuit de dienstauto op een frequentie van [getal] MHz in de FM-omroepband een kennelijk illegale radiozender met muziek en soms spraak hebben beluisterd, die werd aangekondigd als [naam zender]. Via een daartoe geschikte decoder hebben de toezichthouders tevens vastgesteld dat via deze zender een zogenaamd Radio Data Signaal (RDS) werd verzonden met de tekst: U luistert naar [naam zender]. De toezichthouders hebben door middel van radiopeilingen, relatieve veldsterktemetingen en een ter plaatse ingesteld onderzoek vastgesteld dat de radiocommunicatiesignalen van deze zender afkomstig waren vanaf een antenne-installatie met een tijdelijk karakter van ongeveer 75 m hoog met vier verticaal gepolariseerde antennes, die stond opgesteld op het perceel [adres 1] te [plaatsnaam], dat in eigendom is van eiser. Verder is vastgesteld dat het radiozendapparaat stond opgesteld in een veewagen die naast de antennemast stond en dat er in de nabije omgeving geen andere antenne-installatie stond opgesteld.

5. Uit het rapport blijkt voorts dat de twee toezichthouders op 29 januari 2012 ter plaatse onderzoek hebben verricht en om ongeveer 12:45 uur aan eiser de voorlichtingsbrief nieuw beleid illegale

uitzendingen hebben uitgereikt. Om ongeveer 14:00 uur hebben de toezichthouders geconstateerd dat de uitzending was gestopt.

6. Verder blijkt uit het rapport dat de toezichthouders op 29 januari 2012 om ongeveer 16:30 uur hoorden dat de zender weer in de lucht was. Vervolgens heeft een van de toezichthouders een vervolgonderzoek ingesteld. Door middel van radiopeilingen en relatieve veldsterktemetingen heeft deze toezichthouder vastgesteld dat vanaf dezelfde antenne-installatie op hetzelfde perceel werd uitgezonden, dat de veewagen waarin de gebruikte zender stond opgesteld nog steeds op dezelfde locatie stond en dat er in de nabije omgeving geen andere antenne-installatie stond opgesteld.

7. In het rapport is vermeld dat een van de toezichthouders op maandag 31 januari 2012 (in het aanvullend rapport is deze datum gecorrigeerd naar 30 januari 2012) heeft vastgesteld dat de antenne-installatie die op 29 januari 2012 werd gebruikt nog steeds op dezelfde locatie en hetzelfde perceel stond opgesteld en dat de veewagen was verwijderd. Verder heeft deze toezichthouder vastgesteld dat er in de nabije omgeving geen andere antenne-installaties stonden opgesteld. Verder is in het rapport vastgesteld dat eiser geen frequentievergunning heeft en dat het bereik van deze zender ongeveer 35 km was.

8. In een aanvullend rapport zijn naar aanleiding van de hoorzitting enkele correcties aangebracht in het rapport. Naast een correctie van een datum is in het aanvullend rapport door de toezichthouders verklaard dat de gereden route in de tekst van het rapport juist is weergegeven, maar dat de kaartjes die als bijlage bij het rapport zijn gevoegd niet juist zijn ingetekend. Bij het aanvullend rapport zijn twee gecorrigeerde kaartjes van de gereden route gevoegd.

9.1 Eiser betwist niet de overtreding op 29 januari 2012 rond het middaguur. Eiser bestrijdt wel dat omstreeks 17:30 uur vanaf zijn perceel zou zijn uitgezonden. Eiser stelt dat op dat tijdstip is uitgezonden vanaf het perceel [adres 2]. Eiser bestrijdt dat de veewagen met de zendapparatuur toen nog op zijn perceel aanwezig was en dat het aggregaat in werking was. Eiser stelt dat de veewagen met de zendapparatuur s middags is verplaatst naar [adres 2], dat de aldaar onder een zeil liggende zendmast rechtop is geplaatst en dat vervolgens vandaar is uitgezonden. Eiser veronderstelt dat de inspecteur de zendmast op het perceel [adres 2] niet heeft opgemerkt.

9.2 Eiser betwist de peilingen waaruit zou blijken dat omstreeks 17:30 uur vanaf zijn perceel werd uitgezonden. Eiser stelt dat er geen controleerbare schriftelijke registratiegegevens van de uitgevoerde peiling voorhanden zijn. Volgens eiser kan de toezichthouder gelet op de gevolgde route evenzeer zendingen hebben gepeild vanaf het perceel [adres 2]. Volgens eiser komt de in het rapport omschreven route niet overeen met de route waarover later in het aanvullend rapport door beide toezichthouders is verklaard, terwijl een van de toezichthouders niet bij de rond 17:30 uur verrichte peilingen aanwezig was en daarover dus niets uit eigen wetenschap kan verklaren.

9.3 Eiser betwist de waarnemingen van de inspecteur rond 17:30 uur, omdat het toen al donker was. Er is ter plaatse geen onderzoek verricht. De mededeling dat de veewagen omstreeks 17:30 uur nog op het terrein van eiser aanwezig was klopt niet met de vaststelling op de volgende dag dat de veewagen verwijderd was. Dat is onlogisch als de zendingen daadwerkelijk rond 17:30 uur vanaf het perceel van eiser zouden hebben plaatsgevonden.
Aan het verzoek om de betrokken toezichthouder aanwezig te laten zijn bij de hoorzitting heeft verweerder geen gevolg gegeven. Daarentegen is na de hoorzitting het rapport door verweerder doorgenomen met de betrokken toezichthouders en is een aanvullend rapport van bevindingen opgesteld zonder enige vorm van hoor en wederhoor toe te passen. Eiser vindt het bedenkelijk dat beide toezichthouders hebben verklaard het aanvullend rapport naar waarheid te hebben opgemaakt, terwijl een van hen s avonds niet betrokken is geweest bij de controle. Het rapport kan niet als bewijs van de overtreding dienen, omdat het niet op ambtseed is opgemaakt en feitelijke onjuistheden bevat.

9.4 Eiser stelt dat de toezichthouders op 29 januari 2012 geen cautie hebben gegeven. Dit is in strijd met artikel 5:10a van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), omdat het onderzoek en het verhoor was gericht op het opleggen van een bestraffende sanctie, omdat het zo kort na de invoering van het nieuwe beleid medio december 2011 heeft plaatsgevonden.

9.5 Eiser stelt dat boete onevenredig hoog is. Gezien de preventieve werking die met het opleggen van een boete is beoogd kan de boete als strafsanctie in redelijkheid niet hoger zijn dan de preventieve herstelsanctie die aan de last onder dwangsom is verbonden van 4.500. Daarnaast stelt eiser dat er rekening gehouden moet worden met het feit dat hij first offender is.

10. De rechtbank ziet in hetgeen eisers hebben aangevoerd geen aanleiding om te twijfelen aan de in het rapport en het aanvullend rapport vermelde waarnemingen.

11. Op de kaart die als bijlage bij het rapport is gevoegd is de in het rapport omschreven route onjuist weergegeven, maar deze fout is hersteld bij het aanvullend rapport. Op de kaart die als bijlage bij het aanvullend rapport is gevoegd is de in het rapport omschreven route alsnog op juiste wijze ingetekend. Ter zitting heeft de betrokken toezichthouder uitgelegd waarop de door hem gemaakte foute intekening van de door hem gereden route berustte. De rechtbank constateert dat de op de gecorrigeerde kaart aangegeven route overeenkomt met de in het rapport omschreven route. Eisers standpunt dat hangende het bezwaar de door de toezichthouder gereden route zou zijn aangepast is dan ook niet juist.

12. De door eiser overgelegde schriftelijke getuigenverklaringen over de gang van zaken op 29 januari 2012, alsmede de ter zitting afgelegde getuigeverklaring over de gebeurtenissen op die dag, geven geen aanleiding om aan de betrouwbaarheid van het rapport en het aanvullend rapport te twijfelen. Deze getuigenverklaringen zeggen niets over de locatie vanaf waar feitelijk is gezonden. Ook de korte filmpjes die eiser heeft overgelegd ter ondersteuning van de getuigenverklaringen kunnen niet afdoen aan de radiopeilingen, relatieve veldsterktemetingen en de waarnemingen van de toezichthouder, die het perceel van eiser aanwijzen als de locatie vanaf waar omstreeks 17:30 uur werd uitgezonden. Daarbij neemt de rechtbank in aanmerking de nadere uitleg in het verweerschrift over de nauwkeurigheid van de peilinstallatie. Het perceel ligt bovendien vrij en tussen eisers perceel en het perceel vanaf waar volgens eiser om 17:30 uur zou zijn uitgezonden bestaat een zodanige afstand dat mispeilingen uitgesloten zijn. Ook de door de toezichthouder gereden route tijdens het peilen sluit mispeilingen uit. Daarover heeft de toezichthouder op de zitting verklaard dat, ongeacht de richting waarin gereden werd tijdens het peilen, de peiling steeds wees in de richting van de antenne-installatie op het perceel [adres 1].

13. De rechtbank is van oordeel dat het rapport en het aanvullend rapport, die gebaseerd zijn op radiopeilingen, relatieve veldsterktemetingen en visuele waarnemingen, toereikend zijn om met voldoende zekerheid vast te stellen dat het op 29 januari 2012 omstreeks 17:30 uur gepeilde radiocommunicatiesignaal, zoals omschreven in het rapport, afkomstig is van de antennemast op eisers perceel. Het rapport is naar waarheid ondertekend door de twee toezichthouders en voldoet aan de in artikel 5:48, tweede lid, van de Awb gestelde eisen. Dat het rapport niet ambtsedig is opgemaakt doet niet af aan de betrouwbaarheid van het rapport.

14. Dat verweerder naar aanleiding van het aanvullend rapport eiser niet opnieuw gehoord heeft leidt niet tot schending van artikel 4:8 van de Awb, aangezien het rapport slechts op niet essentiële punten is aangepast.

15. Ook hetgeen eiser stelt over het niet geven van de cautie treft geen doel, nu het bezoek van de toezichthouders waar hij op doelt plaats vond naar aanleiding van de rond het middaguur geconstateerde uitzending. Op dat moment bestond nog niet het voornemen om een boete op te leggen. Eiser werd toen immers in de gelegenheid gesteld om de zender uit te schakelen. Artikel 5:10a van de Awb is dan ook niet geschonden.

16. Verweerder heeft terecht vastgesteld dat er sprake is van een overtreding van artikel 3.3, eerste lid, en artikel 10.9, eerste lid, van de Tw.

17. In besluit 2 en het aanvullend verweerschrift van 30 mei 2013 heeft verweerder zijn per medio juni 2010 gewijzigde beleid ten aanzien van de hoogte van de boete voor etherpiraterij uiteengezet. Verweerder heeft in dit gewijzigde beleid de standaard maximumboete verhoogd van 2.500 naar 45.000. Voor de invulling van dit beleid verwijst verweerder naar een interne memo Beslisboom en motivering hoogte boete (Beslisboom). Verder verwijst verweerder naar de op de website van het Agentschap Telecom vermelde vragen en antwoorden met betrekking tot zijn aanpak van illegaal FM.

18. Volgens de Beslisboom is de basisboete bij het gebruik van een permanente installatie 2.500 en bij het gebruik van mobiele apparatuur, aanstuurzender of een gescheiden opstelling 5.000. Daarbij is uitgegaan van een geografisch bereik van maximaal 15 km en een demografisch bereik van maximaal 50.000 potentiële luisteraars. Indien het geografische en/of demografische bereik groter is, geldt een opslag bovenop de basisboete, die hoger is naarmate het geografische en/of demografische bereik groter is. In de basisboete met de eventuele opslagen wegens een groter geografisch en/of demografisch bereik is rekening gehouden met de kans dat inbreuk wordt gemaakt op de frequentiegebruiksrechten van vergunninghouders, omdat een groter geografisch en/of demografisch bereik leidt tot een hogere boete. Bij een groter geografisch bereik neemt de kans op storing toe en bij een groter demografisch bereik kunnen meer luisteraars storing ondervinden en worden meer luisteraars bereikt ten koste van legale omroepen. De kans op daadwerkelijke storing is niet verwerkt in de basisboete met eventuele opslagen. Indien er daadwerkelijk een storing op C 2000 of de luchtvaart optreedt of als een inbreuk op de frequentiegebruiksrechten van een vergunninghouder aannemelijk gemaakt is, dan vindt er een extra opslag plaats. Ook als een toezichthouder in de rechtmatige uitoefening van zijn taak wordt belemmerd kan een extra opslag plaatsvinden die hoger is naar gelang de ernst.

19. In het geval van eiser heeft verweerder bij besluit 2 op basis van de Beslisboom de aan eiser opgelegde boete opnieuw vastgesteld. Verweerder is uitgegaan van een basisboete van 5000, omdat er gebruik is gemaakt van een mobiele antenne-installatie. Daarbij is een opslag van 5000 vastgesteld wegens een geografisch bereik van 35 km en een opslag van 8.000 wegens een demografisch bereik van 200.656 inwoners. Er is een extra opslag van 2.500 opgelegd omdat verweerder het aannemelijk acht dat daadwerkelijk storing is veroorzaakt op de uitzendingen van Radio 3 FM. De totale boete is vastgesteld op 20.500.

20. De kennelijk vaste gedraglijn, zoals neergelegd in de Beslisboom, is naar het oordeel van de rechtbank voor zover die in dit geval is toegepast redelijk. Verweerder heeft de bij besluit 1 hoger vastgestelde boete bij besluit 2 lager vastgesteld conform deze gedragslijn. De rechtbank is van oordeel dat verweerder de mate van verwijtbaarheid en ernst van de overtreding juist en voldoende gemotiveerd heeft. In eisers inkomens- en vermogenssituatie, zoals hij die op de zitting heeft toegelicht, heeft verweerder geen aanleiding behoeven te vinden de boete te matigen. Daarbij neemt de rechtbank in aanmerking dat verweerder bij het bepalen van de hoogte van de basisboete is uitgegaan van een financieel zwakke overtreder. De hoogte van de boete acht de rechtbank dan ook niet onevenredig.

21. Het beroep tegen besluit 2 is ongegrond.

22. Nu eiser niet heeft gesteld tengevolge van verweerders besluitvorming schade te hebben geleden, heeft hij geen belang meer bij een vernietiging van besluit 1. Daarom zal de rechtbank het beroep tegen besluit 1 niet-ontvankelijk verklaren.

23. De rechtbank ziet aanleiding om te bepalen dat verweerder aan eiser het door hem betaalde griffierecht vergoedt en verweerder te veroordelen in de door eiser gemaakte proceskosten. Deze kosten stelt de rechtbank op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand vast op 944 (1 punt voor het indienen van het beroepschrift, 1

punt voor het verschijnen ter zitting met een waarde per punt van  472,- en een wegingsfactor 1) en voor de door eiser gemaakte reiskosten op 47,32 (op basis van openbaar vervoer). De totale door verweerder te vergoeden proceskosten bedragen 991,32.

**Beslissing**

De rechtbank:

- verklaart het beroep tegen besluit 1 niet-ontvankelijk,
- verklaart het beroep tegen besluit 2 ongegrond,
- bepaalt dat verweerder aan eiser het betaalde griffierecht van  156,00 vergoedt,
- veroordeelt verweerder in de proceskosten tot een bedrag van  991,32, te betalen aan eiser.

Deze uitspraak is gedaan door mr. J.H. de Wildt, voorzitter, en mr. A.I. van Strien en mr. C.A. Schreuder, leden, in aanwezigheid van mr. M.B. van Zantvoort, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 26 september 2013.

griffier voorzitter

Afschrift verzonden aan partijen op:

**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.