

ECLI:NL:RBROT:2019:6807

Instantie	Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak	29-08-2019
Datum publicatie	29-08-2019
Zaaknummer	ROT 18/3990 en ROT 18/1769
Formele relaties	Hoger beroep: ECLI:NL:CBB:2021:520, Niet ontvankelijk
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	Telecommunicatie. Radiofrequenties. Verweerder heeft de afwijzing van de aanvraag om verlening van een vergunning voor het gebruik van kavel B28 voor niet-landelijke commerciële radio gehandhaafd en bekendgemaakt dat de vergunningen voor niet-landelijke commerciële radio-omroep kavels B05 en B26 via de procedure van veilen worden verdeeld. Ter beoordeling staat of verweerder bij het Bekendmakingsbesluit in redelijkheid heeft kunnen besluiten de vergunning voor gebruik van kavel B28 nog niet via een veiling uit te geven. Het uitgeven van de vergunning voor kavel B28 met koppeling aan DAB+ laag 7 zou indruisen tegen de wens van de Tweede Kamer, en zou de uitkomsten van de Taskforce die is opgericht om de mogelijkheid en wenselijkheid van een alternatieve indeling van het digitaal spectrum te verkennen, extra kunnen bemoeilijken. Voor zover eiseres met haar aanvraag beoogde dat verweerder kavel B28 rechtstreeks aan haar zou toekennen, heeft verweerder die aanvraag terecht afgewezen omdat inwilliging van de aanvraag tot strijd met het NFP zou leiden.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

Rechtbank Rotterdam

Team Bestuursrecht 1

zaaknummers: ROT 18/3990 en ROT 18/1769

uitspraak van de meervoudige kamer van 29 augustus 2019 in de zaken tussen

Salland Broadcasting B.V., te Deventer, eiseres,

en

de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat (Agentschap Telecom), verweerder,
gemachtigden: mr. J.I.M. van der Vange en mr. M. Gerdes.

Procesverloop

ROT 18/3990

Bij besluit van 9 januari 2018 heeft verweerder de aanvraag van eiseres om verlening van een vergunning voor het gebruik van kavel B28 voor niet-landelijke commerciële radio afgewezen.

Bij besluit van 21 juni 2018 (de beslissing op bezwaar) heeft verweerder het bezwaar van eiseres ongegrond verklaard.

Eiseres heeft tegen de beslissing op bezwaar beroep ingesteld.

Verweerder heeft een verweerschrift ingediend.

ROT 18/1769

Bij besluit van 19 februari 2018 heeft verweerder bekendgemaakt dat de vergunningen voor niet-landelijke commerciële radio-omroep kavels B05 en B26 via de procedure van veilen worden verdeeld (het Bekendmakingsbesluit).

Eiseres heeft tegen het Bekendmakingsbesluit beroep ingesteld.

Verweerder heeft een verweerschrift ingediend.

Beide zaken

Het onderzoek ter zitting in beide zaken heeft plaatsgevonden op 18 december 2018. Namens eiseres waren [Naam], haar directeur, en [Naam] aanwezig. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door zijn gemachtigden en door mr. M. Theuerzeit. Bij de sluiting van de zitting heeft de rechtbank het onderzoek geschorst.

Partijen hebben nadere stukken ingediend.

Op verzoek van eiseres is een nadere zitting gehouden op 24 juni 2019. Daar waren namens partijen dezelfde personen aanwezig als op de eerste zitting, met uitzondering van mr. M. Theuerzeit die bij de nadere zitting niet aanwezig was.

Overwegingen

1. Het wet- en regelgevend kader is opgenomen in de bijlage bij deze uitspraak.

Het beroep tegen het Bekendmakingsbesluit

2. Het betoog van verweerder in het verweerschrift dat eiseres geen procesbelang heeft, slaagt niet. Het beroep van eiseres is erop gericht kavel B28 zo snel mogelijk te doen veilen. Verweerder heeft geen redenen aangevoerd waarom eiseres geen belang meer bij het bereiken van dat doel zou hebben.

3. Eiseres voert aan dat het Bekendmakingsbesluit er niet toe bijdraagt dat kleinschalig gebruik van etherfrequenties door eiseres met betrekking tot kavel B28 daadwerkelijk tot uitvoering gaat komen. Eiseres heeft aan verweerder voorgesteld dat zij zelf de kosten en exploitatie van kavel B28 en de bijbehorende DAB koppeling kan dragen. Eiseres ziet dit als een omkeerbaar besluit. Eiseres verzoekt de rechtbank om verweerder haar voorstel te laten aanvaarden, waardoor zij de bijbehorende digitaliseringsverplichting voor kavel B28 kan waarborgen.

3. Ter beoordeling staat of verweerder bij het Bekendmakingsbesluit in redelijkheid heeft kunnen besluiten de vergunning voor gebruik van kavel B28 nog niet via een veiling uit te geven. Als uitgangspunt geldt dat verweerder, indien een aanvraag om toewijzing van een (bepaalde) frequentie wordt gedaan, binnen een redelijke termijn een bekendmakingsbesluit moet nemen. Gelet op het vereiste van een doelmatig gebruik van het frequentiespectrum, zoals onder meer neergelegd in artikel 3.6, eerste lid, aanhef en onder b, van de Telecommunicatiewet (Tw), mag verweerder beschikbare frequenties niet nodeloos ongebruikt en onverdeeld laten. Dat vereiste kan echter ook meebrengen dat zich omstandigheden kunnen voordoen op grond waarvan frequenties, die op zichzelf uitgegeven zouden kunnen worden, vooralsnog niet verdeeld behoeven te worden.

4. In het Bekendmakingsbesluit heeft verweerder gereageerd op de zienswijzen van een aantal respondenten, waaronder eiseres, dat zij zich niet kunnen vinden in het feit dat de vergunningen voor de kavels B28 en B29 niet gelijktijdig met de vergunningen voor de kavels B05 en B36 verdeeld worden, terwijl al deze vier vergunningen gelijktijdig zijn teruggekomen. Ten aanzien van kavel B28 overweegt verweerder dat deze op grond van het Nationaal Frequentieplan 2014 (NFP) is gekoppeld aan een vergunning voor digitale omroep in DAB+ laag 7. Met betrekking tot de (wijze van) uitgifte van vergunningen uit deze laag heeft de Tweede Kamer bij brief van 14 september 2017 aan de toenmalige Minister van Economische Zaken verzocht geen onomkeerbare stappen te nemen. Het uitgeven van de vergunning voor kavel B28 met koppeling aan DAB+ laag 7 zou indruisen tegen de wens van de Tweede Kamer, en zou de uitkomsten van de Taskforce die is opgericht om de mogelijkheid en wenselijkheid van een alternatieve indeling van het digitaal spectrum te verkennen, extra kunnen bemoeilijken.

5. Op het moment dat het Bekendmakingsbesluit werd genomen was kavel B28 op grond van het NFP feitelijk gekoppeld aan allotment 6C in DAB+ laag 7 (aangezien er op dat moment geen ruimte meer beschikbaar was in allotment 6B voor een koppeling).

Ten aanzien van laag 7 heeft de Tweede Kamer bij brief van 14 september 2017 aan de toenmalige Minister van Economische Zaken verzocht geen onomkeerbare stappen te nemen. Eind 2017 heeft verweerder een Taskforce Indeling Digitaal Spectrum ingesteld om de voor- en nadelen van alternatieve indeling(en) van het digitale spectrum voor digitale radio te verkennen. De aanleiding voor het instellen van de Taskforce was onder meer dat, zoals eiseres naar voren heeft gebracht, de digitale allotments voor regionale radio-omroep te groot werden geacht waardoor deze niet goed aansloten bij het verzorgingsgebied en de uitrol van DAB+ tot te hoge kosten leidde. Tegelijkertijd is het door de afzonderlijke veiling van regionale DAB+ kavels voor landelijk opererende omroepen bewerkelijk om een landelijk dekkend DAB+ netwerk te verwerven. Het onderzoek van de Taskforce was erop gericht om door middel van een alternatieve indeling van het digitale spectrum aan deze knelpunten tegemoet te komen en zo tot een doelmatiger gebruik van het frequentiespectrum te komen. Het uitgeven van frequentiespectrum terwijl het onderzoek van de Taskforce nog liep zou een verkleining van de speelruimte van de Taskforce inhouden en daarmee afbreuk kunnen doen aan het met het onderzoek van de Taskforce beoogde doelmatiger gebruik van het frequentiespectrum. De rechtbank is van oordeel dat verweerder in dat licht en in aanmerking genomen het verzoek van de Tweede Kamer met betrekking tot laag 7 in

redelijkheid heeft kunnen besluiten de vergunning voor gebruik van kavel B28 nog niet via een veiling uit te geven.

6. Het beroep tegen het Bekendmakingsbesluit is ongegrond.

Het beroep tegen de beslissing op bezwaar inzake de vergunningweigering

7. Volgens verweerder heeft eiseres geen procesbelang omdat verlening van de vergunning voor commerciële radio-omroep aan eiseres in strijd zou zijn met het NFP nu eiseres geen vergunning voor digitale radio-omroep heeft en deze ook niet heeft aangevraagd. Dit betoog slaagt alleen al niet omdat verweerder die argumentatie ook ten grondslag heeft gelegd aan de afwijzing van de aanvraag, zodat eiseres wel belang heeft bij beoordeling van haar daartegen gerichte beroep.

8. Bij de beslissing op bezwaar heeft verweerder zich primair op het standpunt gesteld dat de verlening van de vergunning voor commerciële radio-omroep aan eiseres in strijd zou zijn met het NFP, omdat eiseres geen vergunning voor digitale radio-omroep heeft en deze ook niet heeft aangevraagd. Subsidiair handhaaft verweerder het standpunt dat verdeling op volgorde van binnenkomst in strijd is met het NFP.

9. Eiseres voert aan dat zij in haar brief van 12 maart 2018 aan verweerder een oplossing heeft aangedragen om te voldoen aan de digitaliseringsverplichting. Eiseres wil geen andere verdeling dan wettelijk is toegestaan, maar kan en wil aan de digitale verplichting voldoen. Uit artikel 6 van de verlengings- en digitaliseringsbeschikking voor kavel B28 en allotment 6B van 22 juli 2011 volgt volgens eiseres dat een vergunninghouder een keuzemogelijkheid heeft in de manier waarop aan de digitale uitrolverplichting wordt voldaan. Verweerder heeft dan ook ten onrechte geen rekening gehouden met de keuzemogelijkheid dat de digitale uitrolverplichting ook kan gaan om 80% digitaal bereik op basis van de analoge FM kavel. Verder had verweerder de veiling voor kavels B28 en B29 niet mogen uitstellen, maar de verantwoording voor digitalisering bij de aanvrager zelf neer moeten leggen. Dit was ook bij andere vergunninghouders het geval. Eiseres acht het wenselijk om vanuit het oogpunt van rechtsgelijkheid kavels B28 en B29 zo snel mogelijk te veilen. Verder voert eiseres aan dat er voldoende ruimte is op allotment 6B omdat er slechts 16 radiostations op actief zijn. Dit betekent dat er nog capaciteit is voor twee extra zenders met elk 1/18e deel. Tot slot stelt eiseres dat de koppeling van kavel B28 aan allotment 6C geconsulteerd had moeten worden, omdat sprake is van een structurele en ingrijpende verandering van het NFP. Deze wijziging is volgens eiseres niet voorgelegd aan de markt.

10. In het NFP is voorgeschreven dat vergunningverlening voor kavel B28 door middel van een vergelijkende toets of door middel van veiling moet plaatsvinden. Voor zover eiseres met haar aanvraag beoogde dat verweerder kavel B28 rechtstreeks aan haar zou toekennen, heeft verweerder die aanvraag op grond van artikel 3.18, eerste lid, aanhef en onder a, van de Tw terecht afgewezen omdat inwilliging van de aanvraag tot strijd met het NFP zou leiden. Voor zover eiseres, in het licht van artikel 3.10, zesde lid, van de Tw, met haar aanvraag beoogde dat verweerder een bekendmakingsbesluit zou nemen, heeft verweerder daarop afwijzend beslist in het Bekendmakingsbesluit. De tegen het Bekendmakingsbesluit gerichte beroepsgronden zijn hiervoor al beoordeeld.

11. Het beroep tegen de afwijzing van de aanvraag is eveneens ongegrond.

In beide zaken

12. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

De rechtbank verklaart de beroepen ongegrond.

Deze uitspraak is gedaan door mr. A.C. Rop, voorzitter, en mr. J.H. de Wildt en mr. C.J. Wolswinkel, leden, in aanwezigheid van mr. R. Stijnen, griffier. De uitspraak is in het openbaar gedaan op 29 augustus 2019.

griffier voorzitter

Een afschrift van deze uitspraak is 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.

Bijlage

Telecommunicatiewet

Artikel 3.10

1. De verlening van vergunningen door Onze Minister in andere gevallen dan bedoeld in de artikelen 3.6 en 3.8a geschiedt met toepassing van een van de volgende procedures:

- a. op volgorde van binnenkomst van de aanvragen,
- b. op volgorde van binnenkomst van de aanvragen dan wel door middel van een veiling, afhankelijk van het aantal aanvragen dat voor bepaalde frequentieruimte is ingediend,

- c. door middel van een vergelijkende toets zonder een financieel bod,
- d. door middel van een vergelijkende toets met inbegrip van een financieel bod,
- e. door middel van een vergelijkende toets, zo nodig gevolgd door een veiling,
- f. door middel van een veiling.

(...)

3. Onze Minister neemt, gelet op het belang van een optimale verdeling van frequentieruimte, een besluit omtrent de keuze en het tijdstip van aanvang van een van de procedures, bedoeld in het eerste lid, onder c tot en met f.. Voor zover dat op dat moment reeds mogelijk is, stelt hij bij dat besluit tevens de voorschriften en beperkingen vast die aan de vergunning zullen worden verbonden. Onze Minister kan daarbij voorts, met inachtneming van het frequentieplan, nader de bestemming vaststellen van de frequentieruimte waarop de keuze betrekking heeft. Op de voorbereiding van het besluit is afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht van toepassing. Hij stelt beide Kamers der Staten-Generaal in kennis van het ontwerp van het besluit.

()

6. Na de ontvangst van een aanvraag om een vergunning die wordt verleend met toepassing van een van de procedures, bedoeld in het eerste lid, onder c tot en met f, neemt Onze Minister:

- a. binnen 20 weken een besluit als bedoeld in het derde lid, en
- b. binnen 40 weken een besluit omtrent de verlening van een vergunning.

Artikel 3.13

1. Voor het gebruik van andere frequentieruimte dan die welke in het frequentieplan is aangewezen als frequentieruimte waarvan het gebruik zonder vergunning is toegestaan, dan wel die op grond van de artikelen 3.5 tot en met 3.5b is toegewezen, is een vergunning vereist van Onze Minister.

2 Vergunningen worden slechts verleend in overeenstemming met het frequentieplan.

Artikel 3.18

1. Een vergunning wordt door Onze Minister geweigerd voor zover:

- a. verlening daarvan in strijd is met het frequentieplan;
- b. een doelmatig gebruik van frequentieruimte dit vordert,

()

Nationaal Frequentieplan 2014

10. De frequentietabel

Bandgrens	ITU dienst	Bestemming	Verdeelmechanisme
()	()	()	()
87,5 MHz	BS	Omroep, HOL005	Vergunningverlening aan publieke media-instellingen op aanvraag en vergunningverlening aan commerciële

		omroep via veiling of vergelijkende toets. HOL005A
--	--	---

()

HOL005

()

Bestemming niet-landelijke commerciële radio-omroep voor de periode vanaf 1 september 2017 tot 1 september 2022

Vanaf 1 september 2017 tot 1 september 2022 is de frequentieruimte behorend bij een FM-vergunning voor niet-landelijke commerciële radio-omroep overeenkomstig de onderstaande tabel telkens gekoppeld met 1/18 deel van de capaciteit van een bijbehorend digitaal frequentieblok ten behoeve van in elk geval het ongewijzigd en gelijktijdig digitaal uitzenden van de radioprogrammas die op grond van niet-landelijke commerciële FM-vergunningen worden uitgezonden. Daarbij is de in de vorige volzin bedoelde frequentieruimte in de FM-band bestemd voor commerciële omroepen die voor elke vergunning voor niet-landelijke commerciële radio-omroep tevens een ingevolge de rechterkolom van de onderstaande tabel daarbij behorende vergunning voor 1/18 deel van het gekoppelde frequentieblok houden of gaan houden.

Analoge vergunningen voor niet-landelijke commerciële radio-omroep in de FM-band	Frequentieblok (digitaal allotment)
()	()
Kavels B17, B28, B30, B32, B34 en B37	allotment 6B (182.880 MHz 184.416 MHz) komt uit DVB allotment HOL0902H en betreft de provincies Groningen, Drenthe, Overijssel, Gelderland en het grootste deel van de provincie Flevoland, of allotment 6C (184,592 186,128 MHz) komt uit DVB allotment HOL0902H en betreft de provincies Groningen, Drenthe, Overijssel, Gelderland en het grootste deel van de provincie Flevoland.