

ECLI:NL:RBROT:2022:5958

Instantie	Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak	20-07-2022
Datum publicatie	20-07-2022
Zaaknummer	ROT 21/5234 en ROT 21/5235
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	

Deze zaak gaat over de vraag of de Minister de FM-vergunningen voor landelijke commerciële radio-omroepen verlengbaar heeft mogen maken voor een periode van drie jaar. Kink verzet zich tegen die verlengbaarheid. Zij wil dat de vergunningen worden geveild, zodat zij op één of meer kavels kan bieden. Naar het oordeel van de rechtbank schiet het onderzoek door en de motivering van de Minister tekort. De Minister heeft aanvankelijk de analyse van en advisering door SEO onderschreven, maar is op aandringen van de Tweede Kamer tot de slotsom gekomen dat niettemin verlenging van de FM-vergunningen voor drie jaar wenselijk is. De Minister heeft niet aannemelijk gemaakt dat met het verlengbaar maken van de vergunningen een algemeen economisch belang is gemoeid. Volgens SEO zou bij een faillissement van één of een aantal vergunninghouders een beperkt verlies aan werkgelegenheid optreden. De Minister heeft niet of in elk geval niet onderbouwd gesteld dat er meer dan beperkte werkgelegenheidseffecten zouden optreden. Daar komt bij dat het in de rede zou hebben gelegen dat de Minister na de motie van de Tweede Kamer nader onderzoek zou hebben (laten) verricht(en) naar de actuele financieringsbehoefte van de radiostations die om verlenging hebben verzocht. De Quick-scan was immers ten tijde van het nemen van het verlengbaarheidsbesluit een jaar oud. Uit het voorgaande volgt dat het verlengbaarheidsbesluit en het wijzigingsbesluit moeten worden vernietigd. Als verweerder een besluit van gelijke strekking zou willen nemen, dient hij uit te gaan van de actuele feiten en omstandigheden. Niet in geschil is dat die niet nopen tot verlengbaarstelling van de vergunningen omdat de advertentie-inkomsten zodanig zijn toegenomen dat de aanvankelijke tekorten ruimschoots zijn goedge maakt. Dat betekent dat overeenkomstig de wettelijke hoofdregel na afloop van de geldigheidsduur van de vergunningen op 1 september 2022 tot een verdeling van de frequentieruimte moet worden overgegaan.

Vindplaatsen	Rechtspraak.nl
--------------	----------------

Uitspraak

Rechtbank Rotterdam

Bestuursrecht

zaaknummers: ROT 21/5234 en ROT 21/5235

uitspraak van de meervoudige kamer van 20 juli 2022 in de zaken tussen

Kink FM B.V. (Kink) te Amsterdam, eiseres,

gemachtigde: mr. W.G.B. van de Ven,

en

de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat (de Staatssecretaris) thans: de Minister van Economische Zaken en Klimaat (de Minister), verweerder,

gemachtigde: mr. A.J. Boorsma.

Als derde-partijen hebben aan het geding deelgenomen:

de Nederlandse Vereniging van Commerciële Radio (VCR), te Naarden,

Exceed Jazz B.V. (radio Sublime), te Utrecht,

Business Nieuws Holding B.V. (BNR Nieuwsradio), te Amsterdam,

gemachtigde: mr. Q.R. Kroes.

Radio 538 B.V. (Radio 538), te Hilversum,

Radio 10 B.V. (Radio 10), te Hilversum,

Sky Radio Nederland B.V. (Sky), te Hilversum,

gemachtigde: mr. M.I. Robichon,

RadioCorp B.V. (100% NL), te Naarden, SLAM! B.V. (Slam), te Hilversum,

gemachtigde: mr. M. Kingma,

Q-Music Nederland B.V. (Q-Music), te Amsterdam,

gemachtigde: mr. Q.J. Tjeenk Willink.

Procesverloop

Bij besluit van 26 augustus 2021 heeft de Staatssecretaris na toepassing van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure besloten tot de verlengbaarheid van vergunningen voor landelijke commerciële radio-omroepen in de FM-band (Stcrt. 2021, 38954; het verlengbaarheidsbesluit). De verlengbaarheid ziet op de kavels A01 tot en met A09 voor de periode 1 september 2022 tot en met 31 augustus 2025.

Bij besluit van eveneens 26 augustus 2021 heeft de Staatssecretaris na toepassing van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure besloten tot wijziging van het Nationaal Frequentieplan 2014 (NFP 2014) om daarmee de koppeling tussen de vergunningen voor landelijke commerciële radio-omroepen in de FM-band en de vergunningen voor landelijke commerciële radio-omroepen voor digitale radio via de ether (DAB+) met drie jaar extra te continueren (Stcrt. 2021, 38957; het wijzigingsbesluit).

Kink heeft tegen zowel het verlengbaarheidsbesluit als het wijzigingsbesluit beroep ingesteld.

Derde partijen hebben desgevraagd te kennen gegeven deel te willen nemen aan het geding.

Bij brief van 11 november 2021 heeft de Staatssecretaris de op de zaken betrekking hebbende stukken aan de rechtbank gezonden. Bij brief van 23 december 2021 heeft de Minister zich als verweerder in de procedure gesteld en aanvullende stukken aan de rechtbank gezonden, waaronder twee verweerschriften. Ten aanzien van een aantal documenten die zien op V-Ventures, rechtsvoorganger van het huidige Kink, heeft de Minister daarbij een verzoek om toepassing van artikel 8:29 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) gedaan.

Kink heeft zich op het standpunt gesteld dat die stukken, voor zover zij al op de zaken betrekking hebben, niet langer concurrentiegevoelig zijn. De rechter-commissaris heeft het verzoek van de Minister om beperkte kennisneming bij beslissing van 1 februari 2022 afgewezen, omdat het betrekking heeft op gegevens die meer dan vijf jaar oud zijn. De geschoonde stukken zijn teruggezonden aan de Minister en hem is verzocht om een ongeschoonde versie van die stukken in te dienen, hetgeen hij heeft gedaan.

De rechtbank heeft verzoeken van de Minister om versnelde behandeling van de hoofdzaken afgewezen.

De voorzieningenrechter heeft bij uitspraak van 28 maart 2022 (ECLI:NL:RBROT:2022:2203) het verzoek van Kink om een voorlopige voorziening afgewezen. Bij die uitspraak is voorts beslist Q-Music in het kader van dat verzoek niet als derde partij aan te merken.

De voorzieningenrechter van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (het College) heeft zich bij uitspraak van 17 mei 2022 (ECLI:NL:CBB:2022:250) onbevoegd verklaard kennis te nemen van het hoger beroep van Kink tegen de uitspraak van de voorzieningenrechter van 28 maart 2022 en heeft zich onbevoegd verklaard kennis te nemen van het verzoek om voorlopige voorziening van Kink.

Omdat Q-Music ter zitting bij de voorzieningenrechter het verzoek van Kink heeft ondersteund en daardoor geen tegengesteld belang heeft aan dat van Kink, heeft de rechtbank Kink bij griffiersbrief bericht dat zij niet langer als partij wordt aangemerkt.

Partijen en Q-Music hebben in de aanloop naar de zitting nadere brieven en/of stukken ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 24 juni 2022. Partijen en Q-Music hebben zich laten vertegenwoordigen door hun gemachtigden. Namens Kink zijn verder verschenen mr. B.J. Walraven, [Naam] en [Naam]. Namens de Minister zijn verder verschenen mr. M.A. Theuerzeit, mr. R. Nelissen, mr. M.R. Landkroon en mr. C. de Rond. Namens de derde-partijen zijn verder verschenen [Naam] en (BNR Nieuwsradio), [Naam] (100%NL), [Naam] (Radiocorp), [Naam], [Naam] en [Naam] (Talpa). Namens Q-Music zijn verder verschenen [Naam] en [Naam].

Overwegingen

Inleiding

1. Deze zaak gaat over de vraag of de Minister (die inmiddels het bevoegde bestuursorgaan is) de FM-vergunningen voor landelijke commerciële radio-omroepen verlengbaar heeft mogen maken voor een periode van drie jaar. Kink verzet zich tegen die verlengbaarheid. Zij wil dat de vergunningen worden geveild, zodat zij op één of meer kavels kan bieden.

Wettelijk kader

2. Het wettelijk kader en andere relevante besluiten van algemene strekking zijn opgenomen in de bijlage.

Besluitvorming van de Minister

- 3.1. Aan het verlengbaarheidsbesluit, dat ook de gewijzigde vergunningvoorschriften bevat, ligt samengevat de volgende motivering ten grondslag.
- 3.2. De vergunningen voor landelijke commerciële radio-omroepen in de FM-band zijn schaars. Het uitgangspunt van het frequentiebeleid en het wettelijk kader is dat schaarse vergunningen een beperkte geldigheidsduur hebben en na afloop daarvan opnieuw worden verdeeld, met toepassing van één van de procedures, bedoeld in artikel 3.10, eerste lid, onderdelen b tot en met f, van de Telecommunicatiewet (Tw). Het verlengen van schaarse vergunningen is slechts mogelijk indien van de uitzonderingsgronden in artikel 18 van het Frequentiebesluit 2013 gebruik gemaakt kan worden. Uit het tweede lid, onder a, van dit artikel volgt dat vergunningen verlengd kunnen worden indien een verlenging het algemeen maatschappelijk, cultureel of economisch belang dient.
- 3.3. In verband met een sterke terugval in advertentie-inkomsten door de uitbraak van het coronavirus in het eerste kwartaal van 2020, hebben de landelijke commerciële radiostations de Minister gevraagd te besluiten tot een (nood)verlenging van de vergunningen voor een periode van twee tot vier jaar (na 2022). SEO Economisch Onderzoek te Amsterdam (hierna: SEO) is daarom door de Minister gevraagd onderzoek te doen naar de impact van de coronacrisis op de financiële positie van de commerciële radiostations. Uit de door SEO opgestelde Quick-scan Noodverlenging commerciële radiovergunningen van 31 augustus 2020 (Quick-scan) komt naar voren dat door de uitbraak van het coronavirus en de getroffen maatregelen de advertentie-inkomsten van de commerciële radiopartijen in de eerste twee kwartalen van 2020 sterk zijn teruggelopen. Alle commerciële radiopartijen zijn voor hun businessmodel sterk afhankelijk van

advertentie-inkomsten als cruciale financieringsbron voor hun economische en creatieve activiteiten. Dit geldt niet alleen voor de radiosector maar voor de omroepsector als geheel.

- 3.4. SEO constateert in de Quick-scan dat er door het wegvallen van inkomsten een additionele financieringsbehoefte bij de commerciële radiosector kan ontstaan. Deze financieringsbehoefte van de sector als geheel is echter relatief bescheiden en ligt in de orde van grootte van enkele miljoenen in 2020 en 2021. De bescheiden financieringsbehoefte komt vooral doordat het grootste deel van de markt (in termen van marktaandeel) geen urgente financieringsbehoefte zegt te hebben, of daar reeds in heeft kunnen voorzien. Daar staat tegenover dat de stations die wel een acute financieringsbehoefte signaleren, in termen van omzet weliswaar relatief klein zijn, maar het wel een substantieel aantal betreft.

De vanuit de sector als geheel bescheiden financieringsbehoefte voor de individuele stations is wel omvangrijk en potentieel bepalend voor de continuïteit. Naast de relatief sterke impact van de crisis op de sector en onzekerheid over het herstel van de advertentiemarkt, geldt er een specifieke belemmering voor de commerciële radiosector. SEO constateert dat de afloop van de vergunningen op 1 september 2022 een rol zou kunnen spelen bij het kunnen aantrekken van extra financiering om de teruglopende reclame-inkomsten op te vangen. In de Quick-scan zegt SEO dat "een marktbrede verlenging van de FM-vergunningen met drie jaar niet doeltreffend [is] ten aanzien van de specifieke problemen waar een deel van de sector mee kampt. Wanneer een marktconforme verlengingsprijs wordt berekend is het voorts de vraag of die partijen voor wie de genoemde problemen wel spelen er daadwerkelijk allemaal mee geholpen zijn. Wanneer afzien van aanvullend sectorspecifiek beleid, en accepteren dat dit voor individuele stations pijnlijke gevolgen kan hebben en kan leiden tot een tijdelijke verschraving van het radiolandschap, maatschappelijk niet aanvaardbaar wordt geacht, ligt een sectorspecifieke verruiming van de huidige kredietmaatregelen het meest in de rede."

- 3.5. In een brief van 2 oktober 2020 is de Tweede Kamer geïnformeerd over de uitkomsten van de Quick-scan (Kamerstukken II 2020/21, 24095, nr. 518). De Minister neemt daarin de conclusies van SEO over en schrijft dat het advies geen aanknopingspunten biedt voor een eventueel besluit om tot de gevraagde verlenging over te gaan. In lijn met de suggestie van SEO zal de Minister onderzoeken welke mogelijkheden er zijn om specifiek voor de commerciële radiosector en specifiek voor die vergunninghouders voor wie dit het meest dringend opgaat, de huidige kredietmaatregelen te verruimen.

In een aangenomen motie-Van den Berg c.s. (Kamerstukken II 2020/21, 24095, nr. 519 en Handelingen II 2020/21, vergadernummer 19, item 18) wordt de regering verzocht om in overleg met de sector te komen tot een verlenging van de bestaande FM-licenties voor commerciële radiostations voor de duur van drie jaar, tot 1 september 2025. Naar aanleiding van deze motie heeft de Minister verlengbaarheid alsnog wenselijk geacht vanwege de langere duur van de economische crisis, de voortdurende coronamaatregelen, en de beperkingen van het generieke steun- en herstellepakket voor ondernemingen, waarbij juist de afloop van de vergunningen zorgt voor gebrek aan kredietwaardigheid van de commerciële radiostations. Een belangrijke overweging is daarbij dat het inzetten van het economisch herstel gebaat is met het voorkomen van onnodige faillissementen van bedrijven. In de brief aan de Tweede Kamer van 11 november 2020 (Kamerstukken II 2020/21, 24095, nr. 524) heeft de Minister gelet op het voorgaande een tijdelijke verlenging van de commerciële radiovergunningen toegezegd voor de duur van minimaal twee jaar. Deze termijn kan oplopen tot drie jaar indien na onderzoek zou blijken dat een dergelijke termijn proportioneel is in verhouding tot het gestelde doel. Eén van de aspecten die daarbij relevant zijn is de hoogte van de verlengingsprijs. Aan SEO is daarom gevraagd te adviseren over de verlengingsprijzen die partijen verschuldigd zijn voor het verlengbaar maken van hun vergunningen.

- 3.6. Ten aanzien van nieuwkomers heeft de Minister het volgende overwogen.

De looptijd van de in 2003 verleende FM-vergunningen voor commerciële radio-omroep (zowel landelijk als niet-landelijk) is in 2011 en in 2017 verlengd onder de voorwaarde dat partijen investeren in digitale etherradio. Door middel van de zogenaamde koppeling kregen partijen ook

de beschikking over een vergunning voor digitale radio-omroep (DAB+), waarmee zij hun bestaande analoge radioprogramma dienden uit te zenden (de zogenoemde simulcastverplichting). Als gevolg van de digitalisering is er meer spectrum beschikbaar gekomen voor commerciële radio. Bij veiling voor een landelijk dekkende digitale laag heeft ook een nieuwe partij een vergunning bemachtigd. Ook op de markt voor landelijke commerciële (analoge) FM-radio behoort de afgelopen jaren toetreding voor potentiële nieuwe partijen tot de mogelijkheden. Zo bestaat er voor derden op grond van artikel 3.20 van de Tw de mogelijkheid om een vergunning dan wel een gehele radio-onderneming (inclusief vergunning) over te dragen. Ook zijn er in 2011 en 2013 verdelingen geweest van landelijke commerciële FM-vergunningen (de kavels A7 en A8). Voorts is op niet-landelijk niveau geveild. Op de kortere termijn heeft een (nood)verlenging tot gevolg dat derden niet in aanmerking kunnen komen voor één of meer landelijke FM-kavels in het kader van een nieuwe verdeling. Gegeven de ontwikkeling van digitale radio en de mogelijkheden die dit ook voor nieuwkomers biedt, alsmede de instapmomenten die er in de afgelopen jaren zijn geweest door verdelingen, overdracht dan wel overnames, is een verlenging die strekt tot herstel van de economische positie van bestaande radiopartijen als gevolg van de coronacrisis niet onevenredig ten opzichte van het belang van mogelijke potentiële nieuwkomers. Daarbij wordt mede in ogenschouw genomen de beperkte duur van de verlenging. Alles in samenhang bezien, wordt op dit moment het belang van een verlenging, het kunnen aantrekken van additionele financiering en het herstel van radiopartijen van de gevolgen van de coronacrisis, geacht zwaarder te wegen dan het kortetermijnbelang van nieuwkomers om in een nieuwe verdeling toe te treden tot de landelijke FM-markt.

4. Aan het wijzigingsbesluit ligt voor zover hier van belang de volgende motivering ten grondslag. Het wijzigingsbesluit voorziet in continuering van de koppeling van vergunningen voor landelijke en niet-landelijke commerciële radio-omroep in de FM-band en commerciële middengolfomroep met frequentieruimte in de band voor digitale radio-omroep. In 2009 is de basis gelegd voor het bevorderen van de digitalisering door de bestaande commerciële FM-vergunningen en middengolfvergunningen te verlengen, onder de verplichting om (analoge) radioprogramma's in 80% van Nederland ook digitaal uit te zenden. Hiertoe werd in 2011 in het toenmalige Nationaal Frequentieplan een koppeling aangebracht tussen onder meer de commerciële analoge frequentieruimte en de frequentieruimte voor digitale radio-omroep (DAB+). Deze koppeling was in eerste instantie vastgelegd tot 1 september 2017 en had tot gevolg dat de FM-band alleen bestemd is voor commerciële radio-omroepen die tevens investeren in digitale radio, onder meer door hun radioprogramma ook digitaal uit te zenden via de ether via DAB+. De koppeling in combinatie met de verlenging in 2011 heeft ervoor gezorgd dat digitale radio van de grond is gekomen. De landelijke commerciële en publieke radio-omroepen hebben eerst een DAB+-netwerk uitgerold en daarna zijn de niet-landelijke/regionale publieke en commerciële radio-omroepen en de middengolfomroepen met de uitrol begonnen. Deze laatste zenden hun analoge programma's nu ook digitaal via de ether uit. De koppeling wordt dan ook over het algemeen breed gedragen door de Nederlandse radiosector. Gezien het belang van het blijven bevorderen van de digitalisering, ook gedurende de periode van de (nood)verlenging, is het daarom noodzakelijk om ook de koppeling met drie jaar extra te continueren (tot 1 september 2025). Op die manier blijven de analoge vergunningen gekoppeld aan een vergunning voor digitale radio-omroep.

5. SEO heeft berekeningen gemaakt voor de bedragen die voor de verlenging in rekening kunnen worden gebracht. SEO heeft bij het uitrekenen van deze prijzen het effect van de coronacrisis op de reclame-inkomsten en de marktvooruitzichten verdisconteerd op basis van de methodes en uitgangspunten om kortlopende verlengingen te berekenen zoals gebruikt bij de verlenging van de commerciële radiovergunningen in 2011 en 2017. De conceptbedragen van SEO zijn al met de landelijke sector gedeeld. Uit de berekening van SEO komt naar voren dat er voor verlenging van de vijf geclausuleerde landelijke commerciële radiovergunningen geen bedrag verschuldigd is. Voor de verlenging van vier landelijke ongeclausuleerde commerciële radiovergunningen zullen de volgende bedragen moeten worden betaald:

kavel A0I: € 11.195.000,

kavel A03: € 11.372.000;

kavel A06: € 11.112.000;

kavel A07: € 6.929.000.

Partijstelling

6. Volgens Kink dient VCR niet op grond van artikel 8:26 van de Awb als partij te worden toegelaten, omdat het belang van deze vereniging is afgeleid van dat van haar leden. Dat standpunt volgt de rechtbank niet. Uit artikel 1:2, derde lid, van de Awb volgt dat ten aanzien van rechtspersonen als hun belangen mede worden beschouwd de algemene en collectieve belangen die zij krachtens hun doelstellingen en blijkens hun feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen. In dit geval gaat het om collectieve belangen van de aangesloten omroepverenigingen. Hierop is het leerstuk van afgeleid belang van het belang van haar leden niet van toepassing. Indien de opvatting van Kink zou worden gevolgd zouden verenigingen die opkomen voor een collectief belang niet meer kunnen procederen. Door het als derde partij optreden in rechte door VCR brengt zij een bundeling van rechtstreeks bij het besluit betrokken individuele belangen tot stand, waarmee effectieve rechtsbescherming gediend kan zijn, in vergelijking met het afzonderlijk optreden van een aantal leden dat door het bestreden besluit rechtstreeks in hun belangen worden getroffen (vgl. ECLI:NL:RVS:2013:BZ7483 en ECLI:NL:RVS:2018:2428). Dat leden van VCR zelf ook deelnemen als derde partij maakt dit niet anders.

7. Q-Music heeft zich op het standpunt gesteld dat zij als partij moet worden toegelaten. De voorzieningenrechter heeft eerder de deelname van Q-Music in de voorlopige voorzieningprocedure ongedaan gemaakt omdat Q-Music bij de behandeling van het verzoek om voorlopige voorziening van Kink het standpunt heeft ingenomen dat gelijk is aan dat van Kink (ECLI:NL:RBROT:2022:2203, onder punt 4). De rechtbank ziet niettemin aanleiding het verzoek van Q-Music tot deelname aan de bodemzaken alsnog in te willigen. Zij is vergunninghouder en wil voorkomen dat het beroep van Kink ertoe zou kunnen leiden dat alleen het verlengbaarheidsbesluit ten aanzien van de kavel van Q-Music wordt vernietigd. In dat scenario zou Q-Music mogelijk haar kavel kwijtraken, terwijl zij dan niet de mogelijkheid heeft om een bod te doen op andere kavels. Hoewel dat een zeer onaannemelijke uitkomst van deze procedure zou zijn, heeft Q-Music wel een eigen belang tot behoud van haar vergunning zodat haar belang niet volledig parallel loopt met dat van Kink.

Belang Kink

- 8.1. Volgens de Minister heeft Kink geen procesbelang bij het verlengbaarheidsbesluit en evenmin bij het wijzigingsbesluit. De Minister heeft er in zijn verweerschrift op gewezen dat de inzet van KINK is dat de kavels A01 tot en met A09 alsnog worden geveild, maar dat niet valt in te zien dat Kink enige baat kan hebben bij een dergelijke veiling. De Minister heeft er op gewezen dat Kink niet (met succes) mee zal kunnen doen aan een dergelijke veiling. Kink zal niet in staat zijn de aanloopkosten van circa € 5,5 miljoen, die voor elk A-kavel (geclausuleerd en ongeclausuleerd) nodig zijn, te dragen en daar bovenop de veilingprijs te betalen. De Minister heeft er in dit verband op gewezen dat uit de jaarrekeningen van 2018 en 2019 van Kink volgt dat zij een negatief resultaat van € 611.293 heeft over 2019 en dat het eigen vermogen dat jaar € 657.652 negatief is, terwijl Kink ook in 2021 aangaf verlies te draaien. Verder voldoet Kink niet aan de programma-eisen die voor de geclausuleerde kavels gelden op basis van de Regeling aanwijzing en gebruik frequentieruimte commerciële radio-omroep 2003. Dit betekent dat zij alleen zou kunnen bieden op ongeclausuleerde kavels, die een hogere economische waarde hebben en dus duurder zijn. Daartoe ontbreken haar volgens de Minister de middelen. Indien de rechtbank al tot het oordeel zou komen dat het wijzigingsbesluit onrechtmatig zou zijn, dan zou Kink alsnog niet kunnen bereiken wat zij feitelijk nastreeft, namelijk: een nieuwe uitgifte van de landelijke FM-vergunningen. Dit omdat het verlengbaar maken van de landelijke FM-vergunningen is geregeld in het verlengbaarheidsbesluit en niet in het wijzigingsbesluit.

8.2. Kink heeft naar aanleiding van dit verweer van de Minister aangevoerd en inzichtelijk gemaakt dat haar aandeelhouder over voldoende vermogen beschikt voor het doen van een bod op een vrij te komen kavel en ook de aanloopkosten zou kunnen dragen, terwijl haar aandeelhouder bereid is te investeren in Kink. Gelet daarop staat niet op voorhand vast dat Kink niet succesvol zou kunnen meedingen naar een FM-kavel en daarom heeft zij belang bij een inhoudelijke beoordeling van haar beroep.

Het verlengbaarheidsbesluit

- 9.1. Kink betoogt dat het wijzigingsbesluit onzorgvuldig tot stand is gekomen en gebrekkig is gemotiveerd. Kink heeft aangevoerd dat zij in het advies van SEO geen duidelijke aanwijzingen kan vinden dat de verlenging van alle FM-vergunningen voor de landelijke commerciële radio-omroep nodig is vanwege een algemeen economisch belang, laat staan om tijdens de coronapandemie opgelopen omzetschade te compenseren. Verder heeft zij aangevoerd dat SEO in haar Quick-scan uitsluitend is afgegaan op de mededelingen van de commerciële radiostations die momenteel vergunningen hebben voor het gebruik van landelijke FM-frequenties en dat deze mededelingen door SEO niet zijn getoetst aan hun werkelijke omzetcijfers en financieringsbehoefte. Verder is niet onderzocht in hoeverre de door de regering beschikbaar gestelde generieke steunmaatregelen, zoals de NOW-regeling, uitkomst bieden om aan de gestelde financieringsbehoefte te voldoen. Ook gaat het slechts om vier landelijke commerciële zenders, met een marktaandeel van 20%, die problemen hebben om financiering aan te trekken. De consequenties van een verlengingsmaatregel voor de vijf stations, die volgens de Quick-scan van SEO geen financieringsbehoefte hebben, leidt bovendien tot een bevoordeling die niets met het vereiste algemeen economisch belang te maken heeft. Het mitigeren van deze bevoordeling door het vragen van een eenmalige bijdrage aan vier van deze vijf radio-omroepen maakt dit volgens Kink niet anders. Bovendien wordt nu een van de vijf radiostations die geen problemen heeft ook bevoordeeld met een verlenging om niet.
- 9.2. Vaste rechtspraak is dat de Minister beoordelings- en beleidsruimte toekomt bij beantwoording van de vraag of er redenen zijn om over te gaan tot verlenging van de vergunningen (vgl. ECLI:NL:CBB:2004:AO7734; ECLI:NL:CBB:2008:BG3831 en ECLI:NL:RBROT:2020:700). Die ruimte wordt echter onder meer begrensd door de eisen van een zorgvuldige voorbereiding en een deugdelijke motivering van een verlengbaarheidsbesluit.
- 9.3. Zoals ook in het verlengbaarheidsbesluit is overwogen, is uitgangspunt van het frequentiebeleid en het wettelijk kader dat schaarse vergunningen eindig zijn en na afloop opnieuw worden verdeeld, met toepassing van een van de procedures, bedoeld in artikel 3.10, eerste lid, onderdelen b tot en met f, van de Tw. Het verlengen van schaarse vergunningen is slechts mogelijk indien van de uitzonderingsgronden in artikel 18 van het Frequentiebesluit 2013 gebruik gemaakt kan worden. Uit het tweede lid, onder a, van dit artikel volgt dat vergunningen verlengd kunnen worden indien een verlenging het algemeen maatschappelijk, cultureel of economisch belang dient.
- 9.4. De rechtbank stelt vast dat de FM-vergunningen (in de zogenoemde zerobase-verdeling) in 2003 zijn verdeeld door middel van een vergelijkende toets met een eenmalig financieel bod. Na afloop van de vergunningtermijn in 2011 zijn de FM-vergunningen nooit meer opnieuw verdeeld maar telkens verlengbaar gemaakt. Dit gebeurde in 2011 en 2017 met het oog op digitalisering. Gelet op deze verlengbaarstellingen sinds 2011 – waarbij dus voortdurend is beslist in afwijking van de wettelijke hoofdregel – komt extra gewicht toe aan de op de Minister rustende plicht om op basis van een zorgvuldig onderzoek naar de relevante feiten en belangen te motiveren dat opnieuw verlenging van de vergunningsduur van alle kavels noodzakelijk is. De Minister heeft het bestaan van een algemeen economisch belang ten grondslag gelegd aan de verlengbaarstelling van de vergunningen. Gelet hierop dienen het onderzoek en de motivering daarop te zijn toegespitst.

9.5. De rechtbank verliest hierbij niet uit het oog:

- dat de Minister bij de beslissing tot verlengbaarstelling te maken had met een bijzondere situatie, namelijk dat ten gevolge van een pandemie coronamaatregelen golden die van aanzienlijke invloed waren op de Nederlandse economie en
- dat de Minister een jaar voordat de vergunningen zouden aflopen een besluit diende te nemen (artikel 18, derde lid, van het Frequentiebesluit 2013).

De Minister moest dus een beslissing nemen vóór 1 september 2021. Dit betekent dat de Minister bij zijn besluitvorming diende uit te gaan van de kennis en de verwachtingen die hij op dat moment had. De rechtbank dient de besluitvorming te beoordelen op basis van de feiten en omstandigheden (waaronder verwachtingen) ten tijde van de besluitvorming (vgl. ECLI:NL:RVS:2022:335, punt 9.2.).

9.6. Naar het oordeel van de rechtbank schiet het onderzoek door en de motivering van de Minister tekort. Daartoe overweegt de rechtbank het volgende.

9.7. In de Quick-scan is, in aanvulling op wat onder 3.4. is weergegeven, het volgende te lezen op bladzijde 3 (citaten met weglating van voetnoten en figuren):

“Enkele houders van vergunningen voor landelijke commerciële radio-omroep alsmede de Vereniging van Commerciële Radio (VCR) hebben richting de Staatssecretaris van Economisch Zaken en Klimaat aangegeven dat een verlenging van de commerciële vergunningen met circa drie jaar in verband met ongunstige economische situatie als gevolg van de coronacrisis noodzakelijk is. Door de uitbraak van het coronavirus zijn de advertentie-inkomsten van de commerciële radiopartijen in de eerste twee kwartalen van 2020 sterk teruggelopen. Door de slechte economische vooruitzichten is het daarbij de vraag of en wanneer de advertentie-inkomsten weer op het oude niveau terug zullen komen. Het aflopen van de vergunningen staat volgens genoemde partijen in de weg om de nu benodigde financiering aan te trekken. De huidige vergunningen lopen 31 augustus 2022 af. De vergunninghouders vragen om een noodverlenging met 3 jaar.”

En op bladzijden 14-15:

Als onderdeel van de in het kader van deze quick-scan gedane uitvraag bij radiostations is ook de (urgente) financieringsbehoefte gepeild. Zes van de elf stations die gegevens hebben aangeleverd, geven aan dat als gevolg van de lager dan begrote inkomsten een (urgente) financieringsbehoefte is ontstaan. Deze financieringsbehoefte varieert per station van enkele tonnen tot een paar miljoen euro. De door deze stations genoemde urgente financieringsbehoefte voor 2020 bedraagt in totaal tussen de 3 en de 4 miljoen euro. Niet alle stations zijn al in staat geweest een eventuele financieringsbehoefte voor 2021 te formuleren. De stations die dat wel konden, gaven aan bij elkaar opgeteld nogmaals ongeveer 2 miljoen euro nodig te hebben. Dit is een onderschatting, aangezien niet alle vijf de stations al een financieringsbehoefte voor 2021 kenbaar hebben kunnen maken. Deze vijf stations geven allemaal aan grote moeite te hebben met het aantrekken van deze financiering, waarbij de in 2022 aflopende vergunningstermijn als belangrijkste oorzaak wordt genoemd. De vijf overige stations gaven aan op dit moment geen urgente financieringsbehoefte te hebben, of hebben daar reeds in kunnen voorzien. De vijf stations zonder urgente financieringsbehoefte vertegenwoordigen gezamenlijk een marktaandeel van ongeveer 80 procent (2019 cijfers).

(...)

Samenvattend ontstaat een tweeledig beeld. Ten opzichte van de totale wegge gevallen inkomsten is de aangegeven, urgente financieringsbehoefte van de sector als geheel relatief bescheiden en ligt deze in de orde van grootte van enkele miljoenen in 2020 en opnieuw in 2021. Dit komt vooral doordat het grootste deel van de markt (in termen van marktaandeel) geen urgente

financieringsbehoefte zegt te hebben, of daar reeds in heeft kunnen voorzien. Daar staat tegenover dat de stations die wel een acute financieringsbehoefte signaleren in termen van omzet weliswaar relatief klein zijn, maar het wel een substantieel aantal betreft en dat de vanuit de sector als geheel bescheiden financieringsbehoefte voor de individuele stations wel omvangrijk en potentieel bepalend is voor de continuïteit.”

En op bladzijden 20-21:

“Ondanks de overheidsmaatregelen en goede intenties van banken om de kredietverlening te ondersteunen, is het met name voor het MKB moeilijker geworden om financiering te krijgen om te voorzien in extra kredietbehoeften als gevolg van de crisis. De radiosector wordt door haar afhankelijkheid van advertentieopbrengsten relatief hard geraakt door de crisis, en het is aannemelijk dat banken kritisch kijken naar de business case. Dit geldt uiteraard voor nog veel meer sectoren, en andere sectoren worden zelfs nog harder getroffen dan de radiosector (zoals horeca en cultuur).

Het aflopen van de vergunningen van radiostations per 31 augustus 2022 speelt naar verwachting een additionele belemmerende rol bij het verkrijgen van krediet, alsook bij het gebruik van overheidsmaatregelen. Ook binnen die maatregelen komt een deel van het financieringsrisico immers bij banken te liggen, wat problematisch kan zijn wanneer een vergunninghouders slechts voor een relatief korte tijd zekerheden kan bieden over voortzetting van de business case en perspectief op herstel. Voor de radiosector zelf is dit risico – los van de hevigheid van de huidige crisis – inherent aan de vergunningssystematiek en het op een gegeven moment in de tijd, bij een vooraf onbekend moment in de economische cyclus, aflopen van de vergunning.”

En op bladzijden 25-26:

“In de praktijk kan het aflopen van de vergunningen een belemmering vormen voor het gebruik van de maatregelen. Het is niet vanzelfsprekend hier van overheidswege een oplossing voor te bieden. Het risico dat vergunninghouders indertijd geaccepteerd hebben dat er tegen het einde van de licentieperiode – al dan niet door een economische neergang – additionele financiering nodig zou zijn, is inherent aan de licentiesystematiek en staat los van de huidige crisis.

Desalniettemin laat de overheid zien dat er uitzonderingen worden gemaakt voor specifieke sectoren of bedrijven, zoals bij KLM is gebeurd. Het is mogelijk hier om moverende redenen ook voor de radiosector naar te kijken, bijvoorbeeld door een specifieke invulling van de huidige maatregelen voor de radiosector of door overheidsgaranties op te tuigen los van de huidige maatregelen. Een invulling hiervan moet bezien worden binnen het geheel aan overheidsmaatregelen. Uitgaande van een vorm waarin de overheid een krediet door een bank of andere financier garandeert, is hier de facto gedeeltelijk sprake van een voorwaardelijke subsidie. Mocht een partij die een dergelijke garantie krijgt zijn vergunning definitief kwijtraken na de huidige vergunningsperiode, dan zal de garantie immers met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid volledig worden gebruikt voor de dan resterende periode. In die gevallen wordt (een deel van) het financiële risico als gevolg van de crisis, in combinatie met het aflopen van de vergunningen, dus op de maatschappij afgewenteld. Daar komt bij dat financiers mogelijk alleen akkoord gaan met een dergelijk krediet als de overheid in dat specifieke geval (dus bij verlies van de vergunning) volledig garant staat voor de resterende termijnen.

Relevant is verder dat de kredietbehoefte niet marktbreed is, maar zich concentreert bij specifieke partijen. Dit ligt niet (alleen) aan de uiteenlopende mate waarin partijen geraakt worden door de crisis, maar ook aan zaken als uitgangspositie, aandeelhoudersstructuur, alternatieve financieringsopties en opgebouwde reserves. Garanties kunnen desgewenst bedrijfsspecifiek worden ingericht, wat passend zou zijn voor de situatie in de radiosector. Het is echter niet uit te

sluiten dat andere marktpartijen toch ook gebruik zouden willen maken van een dergelijke regeling omdat het tot goedkopere financiering leidt, wat vanuit maatschappelijk perspectief niet wenselijk is. Het uitsluiten van radiobedrijven van een regeling zou echter kunnen leiden tot klachten over een ongelijk speelveld.”

En op bladzijden 28-29:

“Als gekozen wordt voor een nieuwe uitgifte zullen stations mogelijk tot het voorjaar van 2022 onzeker zijn over de vraag of ze na augustus 2022 over een FM-vergunning zullen beschikken en voor welke prijs. Indien de vergunningen verlengd worden, is naar verwachting in de loop van 2021 politieke duidelijkheid over de (optie op) voortzetting van de vergunning, maar zal de verlengingsvergoeding

nog wat langer onduidelijk zijn en bovendien is de vraag in hoeverre financiers genoeg nemen met een politiek besluit te verlengen, zonder dat een formeel verlengbaarheidsbesluit is gepubliceerd en de verlengingsvergoedingen bekend zijn. Bijgevolg zullen de geschetste belemmeringen voor het aantrekken van extra financiering dus nog een jaar of langer voortduren. Mogelijk blijken vergunninghouders toch in staat elders financiering te vinden, maar zo niet, dan kunnen ontslagen of zelfs faillissementen het gevolg zijn.

Ondanks alle overheidsmaatregelen die sinds maart zijn genomen, is dit een scenario dat zich in verschillende sectoren zoals bijvoorbeeld de horeca al heeft voltrokken. Naast een beperkt verlies aan werkgelegenheid, is het belangrijkste maatschappelijke risico dat het zou kunnen leiden tot een (tijdelijke) verschraling van het radiolandschap.

Diverse vergunninghouders en de VCR scharen zich achter een verlenging met drie jaar. Uit deze quick-scan blijkt dat dit een tamelijk grof instrument is: slechts een beperkt aantal vergunninghouders – die in omzet een klein deel van de markt betreffen – kampt met financieringsproblemen, terwijl een generieke verlenging de gehele markt raakt en de mogelijkheden voor nieuwe partijen om toe te treden tot de FM voor drie jaar wegneemt.

Daar komt bij dat een marktconforme verlengingsprijs voor een aantal partijen zal leiden tot een aanvullende financieringsbehoefte, maar daar staat wel een langere periode met kasstromen ter aflossing tegenover. Het is moeilijk op voorhand te voorspellen of met een verlenging van drie jaar de huidige belemmeringen om financiering aan te trekken per saldo worden weggenomen.

Een verlenging ‘om niet’ of tegen een lagere dan marktconforme vergoeding zou de facto een marktbrede subsidie impliceren. Daarnaast zou het een optimale allocatie van het spectrum niet waarborgen.

(...)

Een sectorspecifieke verruiming van de generieke overheidsmaatregelen om kredietverlening ten tijde van de crisis op gang te houden zou van alle geïnventariseerde maatregelen het meest doelgericht zijn, zeker wanneer de verruiming zo wordt vormgegeven dat deze alleen aantrekkelijk is voor vergunninghouders die geen toegang hebben tot meer marktconforme financieringsbronnen.”

- 9.8. Gelet op deze bevindingen adviseert SEO om niet tot een verlenging over te gaan, maar desnoods gerichte steun te bieden. Een marktbrede verlenging van de FM-vergunningen met drie jaar is volgens SEO niet doeltreffend ten aanzien van de specifieke problemen waar een deel van de sector mee kampt. Wanneer afzien van aanvullend sectorspecifiek beleid, en accepteren dat dit voor individuele stations pijnlijke gevolgen kan hebben en kan leiden tot een tijdelijke verschraling van het radiolandschap, maatschappelijk niet aanvaardbaar wordt geacht, ligt volgens SEO een sectorspecifieke verruiming van de huidige kredietmaatregelen het meest in de rede. Hoewel de

gedetailleerde inrichting van een dergelijke maatregel buiten de scope van dit onderzoek valt, volgt volgens SEO uit de Quick-scan dat een dergelijke verruiming zodanig zou moeten worden vormgegeven, dat de kredietverstrekking naar de stations met een acute behoefte – maar met een gezonde marktpositie – op gang blijft, terwijl stations met toegang tot meer marktconforme financiering en/of reguliere overheidsmaatregelen er geen gebruik van maken.

9.9. De Minister heeft aanvankelijk de analyse van en advisering door SEO onderschreven, maar is op aandringen van de Tweede Kamer tot de slotsom gekomen dat niettemin verlenging van de FM-vergunningen voor drie jaar wenselijk is. De motivering van deze omslag berust er in feite op dat verlenging nodig is vanwege de langere duur van de economische crisis ten gevolge van de voortdurende coronamaatregelen en vanwege de beperkingen van het bestaande generieke steun- en herstelpakket voor ondernemingen. Mogelijke verschraling van het radiolandschap, volgens SEO het belangrijkste maatschappelijke risico, speelt in deze afweging geen rol. De Minister heeft immers uitsluitend een algemeen economisch belang ten grondslag gelegd aan de verlengbaarheid. De Minister heeft niet aannemelijk gemaakt dat met het verlengbaar maken van de vergunningen een algemeen economisch belang is gemoeid. Volgens SEO zou bij een faillissement van één of een aantal vergunninghouders een beperkt verlies aan werkgelegenheid optreden. De Minister heeft niet of in elk geval niet onderbouwd gesteld dat er meer dan beperkte werkgelegenheidseffecten zouden optreden. De Minister heeft erop gewezen dat een faillissement niet alleen gevolgen heeft voor de werkgelegenheid van de vergunninghouder zelf maar ook van verbonden bedrijvigheid. Daarmee is echter nog niet inzichtelijk gemaakt dat het, anders dan waarvan SEO is uitgegaan, gaat om meer dan beperkte werkgelegenheidseffecten. Evenmin is inzichtelijk gemaakt dat het economisch herstel, naar de rechtbank begrijpt: van de Nederlandse economie, gebaat is met het voorkomen van een faillissement van één of een aantal vergunninghouders. De economische gevolgen daarvan heeft de Minister in ieder geval niet in kaart gebracht zodat daaraan ook geen gewicht kan worden toegekend. Daarbij is van belang dat het volgens het onderzoek van SEO gaat om een beperkt aantal kleinere radiostations met een marktaandeel van in totaal ongeveer 20% dat als gevolg van de teruglopende advertentie-inkomsten een aanvullende financieringsbehoefte heeft. Verder heeft de Minister in het verlengbaarheidsbesluit niet stilgestaan bij de vraag of de financieringsbehoefte van een beperkt aantal radiostations noopt tot verlengbaarheid van alle FM-vergunningen. Dat lag wel voor de hand nu SEO al in de Quick-scan vermeldde dat verlenging met drie jaren “een tamelijk grof instrument is: slechts een beperkt aantal vergunninghouders – die in omzet een klein deel van de markt betreffen – kampt met financieringsproblemen, terwijl een generieke verlenging de gehele markt raakt en de mogelijkheden voor nieuwe partijen om toe te treden tot de FM voor drie jaar wegneemt.” Ook is niet (kenbaar) onderzocht of een andere vorm van steunverlening mogelijk en wenselijk is. Dat bestaande steunregelingen niet toereikend zijn, laat immers onverlet dat een specifieke regeling had kunnen worden getroffen of bijvoorbeeld een bankgarantie had kunnen worden verstrekt. De politieke keuze om geen subsidie aan de radiostations te verlenen, noopt in ieder geval niet automatisch tot verlenging van de vergunningen.

9.10. Daar komt bij dat het in de rede zou hebben gelegen dat de Minister na de motie van de Tweede Kamer nader onderzoek zou hebben (laten) verricht(en) naar de actuele financieringsbehoefte van de radiostations die om verlenging hebben verzocht. De Quick-scan was immers ten tijde van het nemen van het verlengbaarheidsbesluit een jaar oud.

De Minister heeft geen nader onderzoek verricht terwijl uit een oogpunt van zorgvuldige voorbereiding van het besluit verlangd mag worden dat de Minister voorafgaand aan het nemen van zijn besluit de actuele feiten en belangen in kaart brengt. Voor een nader onderzoek was temeer reden omdat Kink gemotiveerd heeft aangevoerd dat de financiële situatie van de radiostations ten tijde van het nemen van het verlengbaarheidsbesluit – en ook al reeds in het vierde kwartaal van 2020 – rooskleuriger was dan waar de Minister van uit is gegaan. Met Kink wijst de rechtbank in dit verband op de bevindingen van Radio Advies Bureau (de voorloper van Audify) uit maart 2021, namelijk dat de reclame-uitgaven in het laatste kwartaal van 2020 weer terug waren op het niveau van 2019. Daarmee waren er concrete aanknopingspunten voor nader onderzoek, wat de Minister echter niet heeft verricht.

9.11. Kink heeft in dit verband nog op het volgende gewezen. Van RadioCorp Holding B.V., de moeder vennootschap van Slam FM en 100% NL, had de Minister voorafgaand aan zijn besluitvorming ook jaarrekeningen kunnen opvragen. Haar geconsolideerde jaarrekening is namelijk gepubliceerd op 6 juli 2021. Ook had de Minister tussentijds inzicht kunnen vragen bij de vergunninghouders in de advertentie-inkomsten in de eerste twee kwartalen. Uit een overzicht van VCR blijkt verder dat alleen 100% NL, Slam FM (beide behorende tot RadioCorp Holding B.V.) en Sublime gebruik maken van alle financiële steunmaatregelen die hen begin 2020 vanwege de coronapandemie ter beschikking stonden (uitstel fiscus, uitstel toezichtkosten en NOW-regeling). De overige zes vergunninghouders maakten geen gebruik van de NOW-regeling en ook niet van de uitgestelde toezichtkosten; een enkeling maakte zelfs geen gebruik van de uitstel mogelijkheid van de fiscus. Deze omstandigheden, die de Minister niet heeft betwist, geven te meer aanleiding voor het oordeel dat de Minister nader onderzoek naar de financiële situatie van de vergunninghouders had moeten verrichten.

10. Gelet op wat hiervoor is overwogen, is de rechtbank van oordeel dat de voorbereiding van het verlengbaarheidsbesluit niet zorgvuldig is geweest en dat dit besluit geen dragende motivering heeft. Het beroep van Kink is dus gegrond. De rechtbank zal daarom het wijzigingsbesluit vernietigen wegens strijd met de artikelen 3:2 en 3:46 van de Awb. Wat Kink verder in beroep heeft aangevoerd tegen het verlengbaarheidsbesluit behoeft gelet hierop geen bespreking meer.

Het wijzigingsbesluit

11. Gelet op de omstandigheid dat de hier aan de orde zijnde wijziging van het NFP 2014 geheel samenhangt met de zogenoemde simulcastverplichting en het verlengbaarheidsbesluit geen stand houdt, treft dit lot ook het wijzigingsbesluit. Ook dit beroep van Kink is dus gegrond. Gelet hierop hoeven de door Kink tegen het wijzigingsbesluit aangevoerde gronden – wat daar verder van zij – geen bespreking meer.

Hoe verder en slotoverwegingen

12. Uit het voorgaande volgt dat het verlengbaarheidsbesluit en het wijzigingsbesluit moeten worden vernietigd. Als verweerder een besluit van gelijke strekking zou willen nemen, dient hij uit te gaan van de actuele feiten en omstandigheden. Niet in geschil is dat die niet nopen tot verlengbaarstelling van de vergunningen omdat de advertentie-inkomsten zodanig zijn toegenomen dat de aanvankelijke tekorten ruimschoots zijn goedge maakt. Dat betekent dat overeenkomstig de wettelijke hoofdregel na afloop van de geldigheidsduur van de vergunningen op 1 september 2022 tot een verdeling van de frequentieruimte moet worden overgegaan. De vraag ligt daarom voor of en hoe de rechtbank in de zaken kan voorzien (artikel 8:41a van de Awb).

13. Partijen hebben ter zitting desgevraagd verklaard dat wanneer de rechtbank het verlengbaarheidsbesluit zou vernietigen, het wenselijk is dat de Minister in de gelegenheid wordt gesteld om met toepassing van artikel 18, elfde lid, van het Frequentiebesluit 2013 de vergunningen na afloop van de lopende termijn met maximaal een jaar ambtshalve te verlengen. De reden daarvoor is dat (de organisatie van) een nieuwe verdeling tijd kost en het na afloop van de huidige verlenging per 1 september 2022 ongebruikt laten van frequentieruimte (waardoor radiostilte zou ontstaan) onwenselijk wordt geacht. De rechtbank ziet aanleiding deze wens van partijen in te willigen. De Minister zal bij het nemen van dat besluit voorts dienen te bepalen tegen welke prijs deze ambtshalve vergunningverlening dient plaats te hebben. Binnen die termijn zal de Minister tot een nieuwe verdeling dienen te komen met toepassing van de mogelijkheden die artikel 3:10 van de Tw hem biedt.

14. Gelet op het voorgaande zal de rechtbank volstaan met vernietiging van beide besluiten en bepalen dat de Minister uiterlijk met ingang van 1 september 2023 FM-vergunningen voor de kavels A01 tot en met A09 en de daarbij behorende koppeling met

frequentieruimte in de band voor digitale radio-omroep verleent na toepassing van artikel 3.10, eerste lid, van de Tw.

15. Omdat de rechtbank de beroepen gegrond verklaart, bepaalt de rechtbank dat de Minister aan Kink het door haar betaalde griffierecht vergoedt. Het betreft hier een vergoeding voor het eenmaal betalen van griffierecht, want het betreft samenhangende zaken waarvoor slechts eenmaal griffierecht is verschuldigd.

16. De rechtbank veroordeelt de Minister in de door Kink gemaakte proceskosten. Deze kosten stelt de rechtbank op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand vast op € 2.277 (1 punt voor het indienen van het beroepschrift en 1 punt voor het verschijnen ter zitting met een waarde per punt van € 759 en wegingsfactor 1,5).

Beslissing

De rechtbank:

- verklaart de beroepen gegrond;
- vernietigt het verlengbaarheidsbesluit en het wijzigingsbesluit;
- bepaalt dat de Minister uiterlijk met ingang van 1 september 2023 tot vergunningverlening overgaat als omschreven onder 14.;
- bepaalt dat de Minister aan Kink het betaalde griffierecht van € 365 vergoedt;
- veroordeelt de Minister in de proceskosten van Kink tot een bedrag van € 2.277.

Deze uitspraak is gedaan door mr. A.C. Rop, voorzitter, en mr. M.V. van Baaren en mr. J. M.W. van de Sande, leden, in aanwezigheid van mr. R. Stijnen, griffier. De uitspraak is in het openbaar gedaan op 20 juli 2022.

De griffier en de voorzitter zijn verhinderd de uitspraak te ondertekenen.

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 3.1

1. Onze Minister stelt na overleg met Onze Minister wie het mede aangaat, een frequentieplan en wijzigingen daarvan vast.

2. Het frequentieplan bevat in ieder geval:

a. de bestemmingen van te onderscheiden frequentiebanden,

(...)

e. de aanwijzing van frequentiebanden waarbinnen frequentieruimte voor bepaalde bestemmingen niet zonder vergunning mag worden gebruikt, alsmede de aanduiding of vergunningen worden verleend met toepassing van de procedure, bedoeld in artikel 3.10, eerste lid, onder a, onderscheidenlijk b, dan wel na een nader te maken keuze tussen een veiling of vergelijkende toets,

(...)

4. Bij de bestemming en de aanwijzing van frequentiebanden, bedoeld in het tweede lid, onderdelen a en e, kunnen in het frequentieplan proportionele en niet-discriminerende beperkingen worden opgelegd met betrekking tot de soorten elektronische communicatiediensten die worden aangeboden indien dat nodig is om te voldoen aan een bindende internationale overeenkomst betreffende het gebruik van frequentieruimte of om een doelstelling van algemeen belang te verwezenlijken.

5. Als een doelstelling van algemeen belang als bedoeld in het derde lid, onderdeel f, en het vierde lid, worden in ieder geval aangemerkt:

a. de veiligheid van het menselijk leven;

b. de bevordering van sociale, regionale of territoriale samenhang;

c. het doelmatig gebruik van frequentieruimte;

d. het bevorderen van de culturele en taalkundige diversiteit en het pluralisme van de media.

(...)

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.

(...)

Artikel 3.15

1. Teneinde een optimaal gebruik van frequentieruimte te waarborgen kan Onze Minister, in overeenstemming met Onze Minister van Financiën, bij ministeriële regeling bepalen dat de houder van een vergunning een bedrag verschuldigd is voor het gebruik van de frequentieruimte waarop de vergunning betrekking heeft,

- a. bij de verlening van de vergunning,
- b. bij een verlenging van de vergunning,
- c. bij een wijziging van de vergunning,
- d. bij een verruiming van de gebruiksmogelijkheden van de vergunning.

2. In de in het eerste lid bedoelde ministeriële regeling wordt de hoogte van het te betalen bedrag gerelateerd aan de economische waarde van de gedurende de looptijd van de vergunning uit het gebruik van de desbetreffende frequentieruimte te verwachten voordelen.

Artikel 3.17

1. Vergunningen worden verleend voor een bij die vergunning te bepalen termijn die gerelateerd is aan de betrokken dienstverlening, het met de vergunningverlening nagestreefde doel en die rekening houdt met een passende periode die nodig is voor de afschrijving van investeringen.

2. Een vergunning die is verleend met toepassing van de procedure, bedoeld in artikel 3.10, eerste lid, onder a, wordt na afloop van de in het eerste lid bedoelde termijn van rechtswege telkens voor een bij of krachtens algemene maatregel van bestuur te bepalen periode verlengd, tenzij:

a. Onze Minister uiterlijk twee jaar voor het tijdstip waarop de periode waarvoor de vergunning is verleend, onderscheidenlijk is verlengd, is verstreken, besluit dat de vergunning niet wordt verlengd, of

b. de vergunning is verleend voor een bij ministeriële regeling aangewezen gebruik of bij die regeling bepaalde duur.

3. In afwijking van het bepaalde in het tweede lid, onder b, kan Onze Minister een daar bedoelde vergunning verlengen met een door hem te bepalen termijn.

4. Andere vergunningen dan die, welke zijn verleend met toepassing van de procedure, bedoeld in artikel 3.10, eerste lid, onder a, worden door Onze Minister slechts verlengd voor zover daartoe bij of krachtens algemene maatregel van bestuur regels zijn gesteld.

5. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld met betrekking tot het verlengen van vergunningen.

Frequentiebesluit 2013

Artikel 18

1. Voor alle categorieën vergunningen die zijn verleend met toepassing van de procedure, bedoeld in artikel 3.10, eerste lid, onderdeel a, van de wet, geldt dat een vergunning van rechtswege telkens met een periode van vijf jaar wordt verlengd.

2. Vergunningen die zijn verleend met toepassing van een van de procedures, bedoeld in artikel 3.10, eerste lid, onderdelen b tot en met f, van de wet worden niet verlengd, tenzij Onze Minister besluit dat een vergunning geheel of gedeeltelijk verlengbaar is omdat hij van oordeel is dat:

- a. een verlenging het algemeen maatschappelijk, cultureel of economisch belang dient, of
 - b. verlenging van belang is voor de bevordering van de overgang van analoge naar digitale techniek.
3. Onze Minister neemt het besluit, bedoeld in het tweede lid, in de periode tussen vier en twee jaar voor afloop van de vergunning. Bij het gebruik van frequentieruimte door of ten behoeve van commerciële media-instellingen als bedoeld in artikel 1.1 van de Mediawet 2008 kan, in afwijking van de vorige volzin, het besluit in de periode tussen vier en een jaar voor afloop van de vergunning genomen worden.
4. Onze Minister maakt het besluit, bedoeld in het tweede lid, bekend in de Staatscourant, alsmede de verlengingsperiode en, voor zover dit op dat moment reeds mogelijk is, de voorschriften en beperkingen die bij verlenging zullen worden gewijzigd of aan de vergunning zullen worden verbonden.

(...)

11. Indien de continuïteit van dienstverlening naar het oordeel van Onze Minister in het geding is, kan hij, in afwijking van het vijfde lid, vanaf twee jaar voor afloop van de vergunning een vergunning ambtshalve verlengen voor een door hem te bepalen termijn. Onze Minister maakt tevens met het besluit, bedoeld in de eerste volzin, de regels, bedoeld in artikel 3.15, eerste lid, van de wet, de verlengingsperiode en de voorschriften en beperkingen die bij verlenging zullen worden gewijzigd of aan de vergunning zullen worden verbonden, bekend. Indien bij de verlenging, bedoeld in de eerste volzin toepassing gegeven wordt aan het veertiende lid, kunnen de wijzigingen en toevoegingen bedoeld in dat lid ingaan op een eerdere datum dan die waarop de looptijd van de te verlengen vergunning verstrijkt.

(...)

Regeling aanwijzing en gebruik frequentieruimte commerciële radio-omroep 2003

Artikel 2

1. De frequentieruimte in de FM-band, aangewezen in het tweede lid, wordt slechts gebruikt voor het uitzenden van radioprogramma's van commerciële omroepinstellingen, die overwegend bestaan uit nieuws, actualiteiten en informatie, gericht op de Nederlandse samenleving. Een radioprogramma wordt aangemerkt als een radioprogramma, bedoeld in de vorige volzin, indien:
- a. het radioprogramma in elk geval wordt uitgezonden gedurende de uren van 07.00 uur tot 19.00 uur;
 - b. het radioprogramma tussen 07.00 uur en 19.00 uur ten minste 50 procent nieuws, actualiteiten en informatie bevat; en
 - c. in het radioprogramma tussen 07.00 uur en 19.00 uur en tussen 19.00 uur en 23.00 uur, voor zover in laatstgenoemde uren wordt uitgezonden, ten minste eenmaal per uur op het hele uur en tussen 23.00 uur en 07.00 uur, voor zover in deze uren wordt uitgezonden, ten minste eenmaal per twee uur op het hele uur een programmaonderdeel bestaande uit nieuws is opgenomen.
2. Als frequentieruimte, bedoeld in het eerste lid, wordt aangewezen: de frequentieruimte in de kavel A4, bedoeld in tabel 2 van bijlage 1 van de Regeling aanvraag en vergelijkende toets vergunningen commerciële radio-omroep 2003.
3. Bij de toepassing van het eerste lid, onderdeel b, wordt de zendtijd besteed aan reclameboodschappen buiten beschouwing gelaten.
4. Het eerste tot en met derde lid zijn niet van toepassing indien met toepassing van artikel 2, derde lid, van de Regeling aanvraag en vergelijkende toets vergunningen commerciële radio-omroep 2003, de in het tweede lid bedoelde frequentieruimte wordt bestemd voor ongeclausuleerde landelijke commerciële radio-omroep.

Artikel 3

1. De frequentieruimte in de FM-band, aangewezen in het tweede lid, wordt slechts gebruikt voor het uitzenden van een radioprogramma van een commerciële omroepinstelling, dat overwegend bestaat uit Nederlandstalige muziek. Een radioprogramma wordt aangemerkt als een radioprogramma, bedoeld in de vorige volzin, indien:

- a. het radioprogramma in elk geval wordt uitgezonden gedurende de uren van 07.00 uur tot 19.00 uur;
- b. het radioprogramma tussen 07.00 uur en 19.00 uur ten minste 30 procent Nederlandstalige muziek bevat;
- c. het radioprogramma tussen 07.00 uur en 19.00 uur ten minste 20 procent muziek, andere dan bedoeld in onderdeel b, van Europese producties bevat; en
- d. het radioprogramma tussen 07.00 uur en 19.00 uur ten minste 10 procent muziek als bedoeld in onderdeel b of c bevat van muziekproducties die niet langer dan één jaar geleden zijn uitgebracht.

2. Als frequentieruimte, bedoeld in het eerste lid, wordt aangewezen: de frequentieruimte in de kavel A9, bedoeld in tabel 2 van bijlage 1 van de Regeling aanvraag en vergelijkende toets vergunningen commerciële radio-omroep 2003.

3. Voor de toepassing van het eerste lid worden als Europese producties aangemerkt muziekproducties die met overeenkomstige toepassing van de criteria van artikel 6 van de Europese richtlijn als Europese productie kunnen worden aangemerkt.

4. Bij de toepassing van het eerste lid, onderdelen b tot en met d, wordt de zendtijd besteed aan reclameboodschappen en nieuws buiten beschouwing gelaten.

5. Het eerste tot en met vierde lid zijn niet van toepassing indien met toepassing van artikel 2, derde lid, van de Regeling aanvraag en vergelijkende toets vergunningen commerciële radio-omroep 2003, de in het tweede lid bedoelde frequentieruimte wordt bestemd voor ongeclausuleerde landelijke commerciële radio-omroep.

Artikel 4

1. De frequentieruimte in de FM-band, aangewezen in het tweede lid, wordt slechts gebruikt voor het uitzenden van radioprogramma's van commerciële omroepinstellingen, die overwegend bestaan uit klassieke muziek, moderne klassieke muziek daaronder begrepen, of jazzmuziek. Een radioprogramma wordt aangemerkt als een radioprogramma, bedoeld in de vorige volzin, indien:

- a. het radioprogramma in elk geval wordt uitgezonden gedurende de uren van 07.00 uur tot 19.00 uur; en
- b. het radioprogramma tussen 07.00 uur en 19.00 uur ten minste 50 procent klassieke muziek, moderne klassieke muziek daaronder begrepen, of jazzmuziek bevat.

2 Als frequentieruimte als bedoeld in het eerste lid wordt aangewezen: de frequentieruimte behorend bij kavel A8, bedoeld in het besluit van de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie van 26 april 2011, nr. AT-EL&I/ 6614918, houdende de vaststelling van twee vergunningen voor landelijke commerciële radio-omroep (kavels A7 en A8) alsmede twee vergunningen voor digitale radio-omroep (Stcrt. 2011, 7602).

3. Bij de toepassing van het eerste lid, onderdeel b, wordt de zendtijd besteed aan reclameboodschappen en nieuws buiten beschouwing gelaten.

4. Het eerste tot en met derde lid zijn niet van toepassing indien de Minister van Economische Zaken in overeenstemming met de minister besluit dat de in het tweede lid bedoelde frequentieruimte wordt bestemd voor ongeclausuleerde landelijke commerciële radio-omroep.

Artikel 5

1. De frequentieruimte in de FM-band, aangewezen in het tweede lid, wordt slechts gebruikt voor het

uitzenden van radioprogramma's van commerciële omroepinstellingen, die overwegend bestaan uit bijzondere muziek. Een radioprogramma wordt aangemerkt als een radioprogramma, bedoeld in de vorige volzin, indien:

- a. het radioprogramma in elk geval wordt uitgezonden gedurende de uren van 07.00 uur tot 19.00 uur;
 - b. het radioprogramma tussen 07.00 uur en 19.00 uur ten minste 50 procent muziek bevat;
 - c. het radioprogramma tussen 07.00 uur en 19.00 uur ten hoogste 25 procent muziek bevat die genoteerd staat of heeft bestaan op een van de gangbare hitlijsten voor popmuziek in Nederland, waarbij hitnoteringen van vijf jaar of langer geleden niet meetellen; en
 - d. het radioprogramma tussen 07.00 uur en 19.00 uur minder dan 50 procent klassieke muziek, moderne klassieke muziek daaronder begrepen, of jazzmuziek bevat.
2. Als frequentieruimte, bedoeld in het eerste lid, wordt aangewezen: de frequentieruimte in de kavel A2, bedoeld in tabel 2 van bijlage 1 van de Regeling aanvraag en vergelijkende toets vergunningen commerciële radio-omroep 2003.
3. Bij de toepassing van het eerste lid, onderdelen b tot en met d, wordt de zendtijd besteed aan reclameboodschappen en nieuws buiten beschouwing gelaten.
4. Het eerste tot en met derde lid zijn niet van toepassing indien met toepassing van artikel 2, derde lid, van de Regeling aanvraag en vergelijkende toets vergunningen commerciële radio-omroep 2003, de in het tweede lid bedoelde frequentieruimte wordt bestemd voor ongeclausuleerde landelijke commerciële radio-omroep.

Artikel 6

1. De frequentieruimte in de FM-band, aangewezen in het tweede lid, wordt slechts gebruikt voor het uitzenden van radioprogramma's van commerciële omroepinstellingen, die overwegend bestaan uit bijzondere muziek. Een radioprogramma wordt aangemerkt als een radioprogramma, bedoeld in de vorige volzin, indien:

- a. het radioprogramma in elk geval wordt uitgezonden gedurende de uren van 07.00 uur tot 19.00 uur;
 - b. het radioprogramma tussen 07.00 uur en 19.00 uur ten minste 50 procent muziek bevat;
 - c. het radioprogramma tussen 07.00 uur en 19.00 uur ten hoogste 25 procent muziek bevat die genoteerd staat of heeft bestaan op een van de gangbare hitlijsten voor popmuziek in Nederland;
 - d. het radioprogramma tussen 07.00 uur en 19.00 uur ten minste 10 procent muziek bevat van muziekproducties die niet langer dan één jaar geleden zijn uitgebracht; en
 - e. het radioprogramma tussen 07.00 uur en 19.00 uur minder dan 50 procent klassieke muziek, moderne klassieke muziek daaronder begrepen, of jazzmuziek bevat.
2. Als frequentieruimte, bedoeld in het eerste lid, wordt aangewezen: de frequentieruimte in de kavel A5, bedoeld in tabel 2 van bijlage 1 van de Regeling aanvraag en vergelijkende toets vergunningen commerciële radio-omroep 2003.
3. Bij de toepassing van het eerste lid, onderdelen b tot en met e, wordt de zendtijd besteed aan reclameboodschappen en nieuws buiten beschouwing gelaten.
4. Het eerste tot en met derde lid zijn niet van toepassing indien met toepassing van artikel 2, derde lid, van de Regeling aanvraag en vergelijkende toets vergunningen commerciële radio-omroep 2003, de in het tweede lid bedoelde frequentieruimte wordt bestemd voor ongeclausuleerde landelijke commerciële radio-omroep.

HOL007

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

Vanaf 1 september 2017 tot 1 september 2022 is 1/9 deel van de capaciteit van de frequentieruimte van het frequentieblok 11C, bedoeld in nationale voetnoot HOL007A, gekoppeld met de frequentieruimte behorend bij één FM-vergunning voor landelijke commerciële radio-omroep ten behoeve van in elk geval het ongewijzigd en gelijktijdig digitaal uitzenden van de radioprogramma's die op grond van de landelijke commerciële FM-vergunningen worden uitgezonden. Daarbij is de in de vorige volzin bedoelde frequentieruimte van het frequentieblok 11C bestemd voor landelijke commerciële omroepen die zowel een vergunning voor 1/9 deel van de capaciteit van het frequentieblok 11C als een FM-vergunning voor landelijke commerciële radio-omroep houden of gaan houden.

Bestemming landelijke commerciële omroep voor de periode vanaf 1 september 2022 tot 1 september 2025

Vanaf 1 september 2022 tot 1 september 2025 is 1/9e deel van de capaciteit van de frequentieruimte van het frequentieblok 11C, bedoeld in nationale voetnoot HOL007A, gekoppeld met de frequentieruimte behorend bij één FM-vergunning voor landelijke commerciële radio-omroep ten behoeve van in elk geval het ongewijzigd en gelijktijdig digitaal uitzenden van de radioprogramma's die op grond van de landelijke commerciële FM-vergunningen worden uitgezonden. Daarbij is de in de vorige volzin bedoelde frequentieruimte van het frequentieblok 11C bestemd voor landelijke commerciële omroepen die zowel een vergunning voor 1/9e deel van de capaciteit van het frequentieblok 11C als een FM-vergunning voor landelijke commerciële radio-omroep houden of gaan houden.

HOL007A (m.i.v. NFP-2014)

Voor de volgende frequentieband geldt vergunningverlening aan landelijke commerciële omroep op volgorde van binnenkomst van de aanvraag:

Frequentieblok	Frequentieband (MHz)
11C	219.496 – 221.208