

Rb Rotterdam 10 januari 2013, zaaknummer AWB 12/1335, ECLI:NL:RBROT:2013:BY9424.....	5
Rb Rotterdam 10 januari 2013, zaaknummer AWB 12/2823, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5161,	7
Rechtbank Rotterdam 24 januari 2013, AWB 12/386, ECLI:NL:RBROT:2013:BY9423.....	8
Rb Rotterdam 26 april 2013, zaaknummer: ROT 12/3575, ECLI:NL:RBROT:2013:CA0339.....	18
Rb Rotterdam 26 april 2013, zaaknummer: ROT 12/440, ECLI:NL:RBROT:2013:CA0348.....	19
Rb Rotterdam 16 mei 2013, zaaknummer: ROT 12/1528, ECLI:NL:RBROT:2013:CA0361	22
CBb 27 juni 2013, zaaknummer: AWB 12/601, ECLI:NL:CBB:2013:2	26
CBb 27 juni 2013, zaaknummer: AWB 12/636, ECLI:NL:CBB:2013:1	28
CBb 14 augustus 2013, zaaknummers: AWB 12/746, AWB 12/748 en AWB 12/750, ECLI:NL:CBB:2013:136.....	30
CBb 15 augustus 2013, zaaknummer: AWB 11/1112, ECLI:NL:CBB:2013:133	31
CBb 12 september 2013, zaaknummers: 09/1206, 09/1254, 10/1291 en 13/531, ECLI:NL:CBB:2013:158.....	33
Rb Rotterdam 26 september 2013, zaaknummer: AWB 13/1565, ECLI:NL:RBROT:2013:7306.....	36
Rb Rotterdam 26 september 2013, zaaknummer: AWB-12_05143, ECLI:NL:RBROT:2013:7305.....	38
Afdeling Bestuursrechtspraak 23 oktober 2013, zaaknummer 201202317/1/A3, ECLI:NL:RVS:2013:1599.....	41
CBb 13 december 2013, zaaknummer: AWB 13/443, ECLI:NL:CBB:2013:277	42
CBb 30 januari 2014, zaaknummer AWB 08/796, ECLI:NL:CBB:2014:31	43
Rb Rotterdam 6 maart 2014, , zaaknummer ROT 13/04293 ECLI:NL:RBROT:2014:1632	47
CBb 11 maart 2014, zaaknummer AWB 13/673, ECLI:NL:CBB:2014:115	48
Rb Rotterdam 13 maart 2014, , zaaknummers ROT 13/2266, ROT 13/2303, ROT 13/2306, ROT 13/2307, ROT 13/2310, ROT 13/2312; ECLI:NL:RBROT:2014:1759	50
Rb Gelderland, 1 april 2014, zaaknummer: AWB 13/5652	52
Hof van Justitie 8 april 2014 (Grote kamer) in de gevoegde zaken C-293/12 en C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238	55
Rb Rotterdam 10 april 2014, zaaknummer ROT 13/4410, ECLI:NL:RBROT:2014:2581	74
Rb Rotterdam 10 april 2014, zaaknummer ROT 13/4753, ECLI:NL:RBROT:2014:2580,	75
Rb Amsterdam 7 mei 2014, zaaknummers C/13/535066 / HA ZA 13-139, ECLI:NL:RBAMS:2014:2260.....	77
CBb 8 mei 2014, zaaknummer AWB 10/1070, ECLI:NL:CBB:2014:187,	97
CBb 8 mei 2014, zaaknummers AWB 09/314 AWB 09/317, ECLI:NL:CBB:2014:308,.....	100
Rb Rotterdam 13 mei 2014, zaaknummers: zie uitspraak, ECLI:NL:RBROT:2014:3670,.....	104
Rb Rotterdam 23 september 2014, zaaknummer ROT 4/2283, ECLI:NL:RBROT:2014:7709,	106
Rb Rotterdam 2 oktober 2014, zaaknummers: zie uitspraak, ECLI:NL:RBROT:2014:7917,	107
Rb Rotterdam 2 oktober 2014, zaaknummer ROT 13/5214, ECLI:NL:RBROT:2014:7958,	134
Rb Rotterdam 3 oktober 2014, zaaknummer ROT 13/3028, ECLI:NL:RBROT:2014:8049,	136
CBb 9 oktober 2014, zaaknummer AWB 13/808, ECLI:NL:CBB:2014:384	140
Rb Rotterdam 23 oktober 2014, zaaknummer ROT 13/7298, ECLI:NL:RBROT:2014:8495,	143
Rb Rotterdam 20 november 2014, zaaknummers: ROT 14/428, 14/651, 14/652 14/664, ECLI:NL:RBROT:2014:9373.....	144
Rb Rotterdam 27 november 2014, zaaknummer ROT 14/2282, ECLI:NL:RBROT:2014:9534,....	149
CBb 1 december 2014, zaaknummers AWB 13/441 AWB 13/442, ECLI:NL:CBB:2014:462	150
Rb Rotterdam 11 december 2014, zaaknummer ROT 14/2410, ECLI:NL:RBROT:2014:9911	154
Rb Rotterdam 18 december 2014, zaaknummer ROT 14/3265, ECLI:NL:RBROT:2014:10091	157
Hof van Justitie (Grote kamer) van 8 april 2014, zaaknummers: C-293/12 en C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238	160
CBb 8 januari 2015, zaaknummer: 12/747A; ECLI:NL:CBB:2015:2	177
CBb 8 januari 2015, zaaknummers: 13/135, 13/141, 13/145, 13/146 en 13/147; ECLI:NL:CBB:2015:1	181
ABRvS 11 februari 2015, zaaknummer 201404064/1/A3, ECLI:NL:RVS:2015:369	184
Rb Rotterdam 6 maart 2015, zaaknummer ROT 14-4757, ECLI:NL:RBROT:2015:1532	187
Rb Den Haag 11 maart 2015 (KG), zaaknummer C/09/480009 / KG ZA 14/1575 ,ECLI:NL:RBDHA:2015:2498	191
Rb Rotterdam 12 maart 2015, zaaknummer ROT 14-3865, ECLI:NL:RBROT:2015:1571	199
Rb Rotterdam 31 maart 2015, zaaknummer ROT 14-6649, ECLI:NL:RBROT:2015:2171	200

Rb Rotterdam 31 maart 2015, zaaknummer AWB 14_04300, ECLI:NL:RBROT:2015:2174	203
Rb Rotterdam 5 juni 2015, zaaknummers ROT 14/3524, ROT 14/3574, ROT 14/6977, ROT 14/7007, ECLI:NL:RBROT:2015:3708.....	205
Rb Rotterdam 13 juli 2015, zaaknummer ROT 15/1876, ECLI:NL:RBROT:2015:4955	220
CBB 31 juli 2015, zaaknummer AWB 14/723, ECLI:NL:CBB:2015:273	223
CBB 8 oktober 2015, zaaknummer 12/747B, ECLI:NL:CBB:2015:317	224
CBB 8 oktober 2015, zaaknummer 12/749, ECLI:NL:CBB:2015:318	232
CBB 8 oktober 2015, zaaknummer 12/751, ECLI:NL:CBB:2015:319	239
CBB 8 oktober 2015, zaaknummers 14/817, 14/818, 14/831, 14/839, ECLI:NL:CBB:2015:320	247
Rb Midden-Nederland 23 oktober 2015, zaaknummer UTR 13/3294, ECLI:NL:RBMNE:2015:7655	249
CBB 11 januari 2016, zaaknummer 15/22, ECLI:NL:CBB:2016:7	254
CBB 11 januari 2016, zaaknummer 15/98, ECLI:NL:CBB:2016:8	258
CBB 11 januari 2016, zaaknummer 14/710, ECLI:NL:CBB:2016:6.....	261
Rb Rotterdam 18 februari 2016, zaaknummer ROT 15/5070, ECLI:NL:RBROT:2016:1173	265
Rb Rotterdam 25 februari 2016, zaaknummer ROT 14/8902, ECLI:NL:RBROT:2016:1339	267
Rb Rotterdam 25 februari 2016, zaaknummer ROT 14/6928, ECLI:NL:RBROT:2016:1343	270
Rb Rotterdam 25 februari 2016, zaaknummer ROT 14/4357, ECLI:NL:RBROT:2016:1341	274
Rb Rotterdam 25 februari 2016, zaaknummer ROT 15/2812, ECLI:NL:RBROT:2016:1211	276
Rb Rotterdam 25 februari 2016, zaaknummer ROT 14/7791, ECLI:NL:RBROT:2016:1342	279
Rb Rotterdam 25 februari 2016, zaaknummer ROT 15/1972, ECLI:NL:RBROT:2016:1340	281
CBB 29 maart 2016, zaaknummer 15/542, ECLI:NL:CBB:2016:153.....	282
Rb Rotterdam 28 april 2016, zaaknummer ROT 15/2392, ECLI:NL:RBROT:2016:2884	285
Rb Rotterdam 28 april 2016, zaaknummer ROT 15/5224, ECLI:NL:RBROT:2016:2885	288
Rb Rotterdam 28 april 2016, zaaknummer ROT 15/4632, ECLI:NL:RBROT:2016:2883	291
Rb Rotterdam 7 juli 2016, zaaknummer ROT 15/505, ECLI:NL:RBROT:2016:4693	293
ABRvS 13 juli 2016, zaaknummer 201505655/1/A3, ECLI:NL:RVS:2016:1952.....	295
ABRvS 13 juli 2016, zaaknummer 201505609/1/A3, ECLI:NL:RVS:2016:1951.....	297
ABRvS 13 juli 2016, zaaknummer 201501788/1/A3, ECLI:NL:RVS:2016:1955.....	300
Rb Rotterdam 22 september 2016, zaaknummer ROT 15/7571, ECLI:NL:RBROT:2016:7081	304
Rb Rotterdam 22 september 2016, zaaknummer ROT 15/5545, ECLI:NL:RBROT:2016:7078	306
Rb Rotterdam 22 september 2016, zaaknummer ROT 15/5595, ECLI:NL:RBROT:2016:7079	308
Rb Rotterdam 22 september 2016, zaaknummer ROT 15/5685, ECLI:NL:RBROT:2016:7080	310
Rb Rotterdam 22 september 2016, zaaknummer ROT 16/274, ECLI:NL:RBROT:2016:7077	313
Rb Amsterdam 13 oktober 2016, zaaknummer AMS 16/1385, ECLI:NL:RBAMS:2016:6525	315
Rb Rotterdam 27 oktober 2016, zaaknummer ROT 16/3899, ECLI:NL:RBROT:2016:8052	319
CBB 16 november 2016, zaaknummer 15/109, ECLI:NL:CBB:2016:346.....	324
Rb Rotterdam 15 december 2016, zaaknummer ROT 16/1289, ECLI:NL:RBROT:2016:9417	330
Rb Rotterdam 15 december 2016, zaaknummer ROT 16/1288, ECLI:NL:RBROT:2016:9415	332
Rb Rotterdam 29 december 2016, zaaknummer ROT 16/3062 en 3984, ECLI:NL:RBROT:2016:10000.....	335
Rb Rotterdam 29 december 2016, zaaknummer ROT 15/3353, ECLI:NL:RBROT:2016:9999	337
Rb Rotterdam 29 december 2016, zaaknummer ROT 16/3681 en 4296, ECLI:NL:RBROT:2016:10001.....	340
ABRvS 11 januari 2017, zaaknummer 201508930/1/A3, ECLI:NL:RVS:2017:39	343
CBB 2 februari 2017, zaaknummer 16/267, ECLI:NL:CBB:2017:41	349
CBB 2 februari 2017, zaaknummer 16/232, ECLI:NL:CBB:2017:42	353
CBB 2 februari 2017, zaaknummer 16/549, ECLI:NL:CBB:2017:40	354
Rb Rotterdam 22 juni 2017, zaaknummer ROT 16/6556, ECLI:NL:RBROT:2017:4661	358
Rb Rotterdam 6 juli 2017, zaaknummer ROT 16/5636, ECLI:NL:RBROT:2017:5030	363
Rb Rotterdam 6 juli 2017, zaaknummer ROT 16/565, ECLI:NL:RBROT:2017:5029	369
Rb Rotterdam 13 juli 2017, zaaknummer ROT 16/5182, ECLI:NL:RBROT:2017:5350	375
Rb Rotterdam 20 juli 2017, zaaknummer 17/22, ECLI:NL:RBROT:2017:5426.....	383
Rb Rotterdam 20 juli 2017, zaaknummer ROT 17/461, ECLI:NL:RBROT:2017:5503	384
Rb Rotterdam 20 juli 2017, zaaknummer ROT 16/7593, ECLI:NL:RBROT:2017:5421	386
Rb Rotterdam 20 juli 2017, zaaknummer ROT 16/5082, ECLI:NL:RBROT:2017:5423	387

Rb Rotterdam 15 augustus 2017, zaaknummer ROT 17/3955, ECLI:NL:RBROT:2017:6291.....	389
Rb Rotterdam 17 augustus 2017, zaaknummer ROT 17/4088, ECLI:NL:RBROT:2017:6334.....	390
Rb Rotterdam 17 augustus 2017, zaaknummers ROT 16/6414, ROT 16/6448 en ROT 16/6491, ECLI:NL:RBROT:2017:6330.....	396
Rb Rotterdam 29 augustus 2017, zaaknummer 17/4789, ECLI:NL:RBROT:2017:6653	407
Rb Den Haag 30 augustus 2017, zaaknummer C-09-534484-HA ZA 17-639, ECLI:NL:RBDHA:2017:9817	414
Rb Rotterdam 23 november 2017, zaaknummer 17/1623, ECLI:NL:RBROT:2017:9077.....	429
Rb Rotterdam 23 november 2017, zaaknummer 17/2125, ECLI:NL:RBROT:2017:9054.....	432
Rb Rotterdam 23 november 2017, zaaknummer 17/1333, ECLI:NL:RBROT:2017:9117.....	434
Rb Rotterdam 23 november 2017, zaaknummer 17/4347, ECLI:NL:RBROT:2017:9116.....	436
Rb Rotterdam 21 december 2017, zaaknummers ROT 17/2733, ROT 17/3479, ROT 17/3480, ROT 17/3481 en ROT 17/3482, ECLI:NL:RBROT:2017:9940	438
Rb Rotterdam 1 februari 2018, zaaknummer ROT 18/207, ECLI:NL:RBROT:2018:669.....	443
Rb Rotterdam 8 maart 2018, zaaknummer ROT 17/746 en ROT 17/1653, ECLI:NL:RBROT:2018:1734.....	444
Rb Rotterdam 12 april 2018, zaaknummer ROT 18/945, ECLI:NL:RBROT:2018:2908	453
Rb Rotterdam 26 april 2018, zaaknummer ROT 17/5195, ECLI:NL:RBROT:2018:3295	456
Hoge Raad 25 mei 2018, zaaknummer 17/00069, ECLI:NL:HR:2018:772.....	459
Rb Rotterdam 25 juni 2018, zaaknummer ROT 18/2322, ECLI:NL:RBROT:2018:5067	464
Rb Rotterdam, 25 juni 2018, zaaknummer ROT 18/2871, ECLI:NL:RBROT:2018:5068	467
Rb Rotterdam 9 augustus 2018, zaaknummer ROT 17/5878, ECLI:NL:RBROT:2018:6248.....	470
CBb 28 augustus 2018, zaaknummers 16/1190 en 17/446, ECLI:NL:CBB:2018:455.....	478
CBb 28 augustus 2018, zaaknummers 17/1193 en 17/1318, ECLI:NL:CBB:2018:456.....	482
Rb Rotterdam, 20 december 2018, zaaknummers ROT 17/7169, ROT 17/7260, ROT 17/7327, ROT 18/2787, ROT 18/2788, ECLI:NL:RBROT:2018:10811	486
Rb Rotterdam 21 februari 2019, zaaknummer ROT 18/2374 ECLI:NL:RBROT:2019:1257.....	488
Rb Rotterdam 22 februari 2019, zaaknummer ROT 18/4491, ECLI:NL:RBROT:2019:1589	491
Rb Rotterdam 7 maart 2019, zaaknummer ROT 18/3812, ECLI:NL:RBROT:2019:1628	491
CBb 23 april 2019, zaaknummer 17/1460, ECLI:NL:CBB:2019:172	492
CBb 30 april 2019, zaaknummers 17/205, 17/1345 en 18/44, ECLI:NL:CBB:2019:187	498
Rb Rotterdam 9 mei 2019, zaaknummer ROT 18/5300, ECLI:NL:RBROT:2019:3649	503
Rb Rotterdam 9 mei 2019, zaaknummer ROT 19/449, ECLI:NL:RBROT:2019:3648	504
Rb Rotterdam 28 mei 2019, zaaknummer ROT 18/1302, ECLI:NL:RBROT:2019:4322	509
Rb Rotterdam 28 mei 2019, zaaknummer ROT 18/5465, ECLI:NL:RBROT:2019:4328	513
Rb Rotterdam 11 juli 2019, zaaknummer ROT 18/4146, ECLI:NL:RBROT:2019:5341	516
Rb Rotterdam 11 juli 2019, zaaknummer ROT 18/4912, ECLI:NL:RBROT:2019:5422	519
Rb Rotterdam 18 juli 2019, zaaknummer ROT 18/5396, ECLI:NL:RBROT:2019:5776	525
Rb Rotterdam 24 juli 2019, zaaknummers ROT 19/3175 (vovo) en ROT 19/404 (hoofdzaak), ECLI:NL:RBROT:2019:5973.....	527
CBb 13 augustus 2019, zaaknummer 17/1315, ECLI:NL:CBB:2019:353.....	529
Rb Rotterdam 29 augustus 2019, zaaknummers ROT 18/3990 en ROT 18/1769, ECLI:NL:RBROT:2019:6807.....	535
CBb 15 oktober 2019, zaaknummer 17/190, ECLI:NL:CBB:2019:503	539
CBb 12 november 2019, zaaknummer 18/49, ECLI:NL:CBB:2019:583.....	542
Rb Rotterdam 14 november 2019, zaaknummers ROT 19/474 en ROT 19/475, ECLI:NL:RBROT:2019:8717.....	547
CBb 7 januari 2020, zaaknummer 18/523, ECLI:NL:CBB:2020:2.....	549
Rb Rotterdam 20 januari 2020, zaaknummer ROT 19/1448, ECLI:NL:RBROT: 2020:968	557
Rb Rotterdam 24 januari 2020, zaaknummer ROT 18/5393, ECLI:NL:RBROT:2020:973	558
Rb Rotterdam 6 februari 2020, zaaknummers ROT 18/6500, ROT 18/6530, ROT 18/6531 en ROT 19/4692, ECLI:NL:RBROT: 2020:700.....	560
Rb Rotterdam 29 mei 2020, zaaknummer ROT 20/2029, ECLI:NL:RBROT: 2020:4707.....	567
CBb 6 oktober 2020, zaaknummer 17/118, ECLI:NL:CBB:2020:662	578
Rb Rotterdam 15 december 2020, zaaknummer ROT 19/1368 en ROT 20/947, ECLI:NL:RBROT: 2020:11524	581

Rb Rotterdam 15 december 2020, zaaknummer ROT 19/1366 en ROT 20/948, ECLI:NL:RBROT:2020:11523	585
Rb Rotterdam 4 januari 2021, zaaknummers ROT 20/4086, ROT 20/4123, ROT 20/4124 en ROT 20/4125, ECLI:NL:RBROT:2021:393.....	593
Rb Rotterdam 12 januari 2021, zaaknummer ROT 19/2894, ECLI:NL:RBROT:2021:83	596
CBB 9 februari 2021, zaaknummer 19/1327, ECLI:NL:CBB:2021:137	599
CBb 9 februari 2021, zaaknummer 19/900, ECLI:NL:CBB:2021:138	602
Rb Rotterdam 18 maart 2021, zaaknummer ROT 19/4040, ECLI:NL:RBROT:2021:2162	604
Rb Rotterdam 18 maart 2021, zaaknummer ROT 19/3722, ECLI:NL:RBROT:2021:2160	606
Rb Rotterdam 15 april 2021, zaaknummers ROT 20/4086, ROT 20/4123, ROT 20/4124 en ROT 20/4125, ECLI:NL:RBROT:2021:3122.....	608
Rb Oost-Brabant 23 april 2021, zaaknummer SHE 21/377	616
CBB 25 mei 2021, zaaknummer 19/1805, ECLI:NL:CBB:2021:520.....	618
Rb Rotterdam 27 mei 2021, zaaknummer ROT 20/1275, ECLI:NL:RBROT:2021:4427	620
Gerechtshof Den Haag 15 juni 2021, zaaknummer 200.281.627/01, ECLI:NL:GHDHA:2021:1052	626
Rb Rotterdam 30 juni 2021, zaaknummer ROT 21/2851, ECLI:NL:RBROT:2021:6106	633
CBB 10 januari 2022, zaaknummer 21/722, ECLI:NL:CBB:2022:37.....	645
CBb 11 januari 2022, zaaknummer 21/91, ECLI:NL:CBB:2022:9	645
Rb Rotterdam 28 maart 2022, zaaknummer ROT 22/725, ECLI:NL:RBROT:2022:2205	647
Rb Rotterdam 28 maart 2022, zaaknummer ROT 22/181 en ROT 22/182, ECLI:NL:RBROT:2022:2203.....	656
CBb 12 april 2022, zaaknummer 21/495, 21/722 en 21/723, ECLI:NL:CBB:2022:164.....	660
Rb Rotterdam 20 juli 2022, zaaknummer ROT 21/5234 en ROT 21/5235, ECLI:NL:RBROT:2022:5958.....	664
Rb Rotterdam 24 oktober 2022, zaaknummer ROT 21/2335, ECLI:NL:RBROT:2022:9082	674
Rb Rotterdam 4 november 2022, zaaknummer ROT 20/1118, ECLI:NL:RBROT:2022:9381.....	677
Rb Rotterdam 11 november 2022, zaaknummer ROT 22/1992, ECLI:NL:RBROT:2022:9701.....	681
Rb Rotterdam 24 november 2022, zaaknummer ROT 22/1189, ECLI:NL:RBROT:2022:10080....	686
Rb Rotterdam 19 mei 2023, zaaknummer ROT 21/6125, ECLI:NL:RBROT:2023:4138	691
Rb Rotterdam 23 mei 2023, zaaknummer ROT 23/2414, ECLI:NL:RBROT:2023:12985.....	696
Rb Rotterdam 24 mei 2023, zaaknummer ROT 23/1926, ECLI:NL:RBROT:2023:4270	698
Rb Rotterdam 25 mei 2023, zaaknummer ROT 22/3272, ECLI:NL:RBROT:2023:4375	709
Rb Rotterdam 31 mei 2023, zaaknummers ROT 21/5702, ROT 22/2009 en ROT 22/2208, ECLI:NL:RBROT:2023:4452.....	714
Rb Rotterdam 25 augustus 2023, zaaknummer ROT 21/4050, ECLI:NL:RBROT:2023:7533.....	720
CBb 19 september 2023, zaaknummer 21/241, ECLI:NL:CBB:2023:517	724
Rb Rotterdam 27 oktober 2023, zaaknummer ROT 22/1670 en ROT 23/1076, ECLI:NL:RBROT:2023:10132.....	729
Rb Rotterdam 29 november 2023, zaaknummer ROT 21/3000 e.a, ECLI:NL:RBROT:2023:10986	741
CBb 19 december 2023, zaaknummer 21/710, ECLI:NL:CBB:2023:720	756
Rb Rotterdam 12 maart 2024, zaaknummer ROT 24/2297, ROT 24/2375, ECLI:NL:RBROT:2024:1964.....	758
Rb Rotterdam 14 juni 2024, ECLI:NL:RBROT:2024:5392, zaaknummer ROT 23/4202, ROT 23/4902, ROT 23/4903	761
Rb Rotterdam 14 juni 2024, zaaknummer ROT 23/1925, ROT 23/3885, ECLI:NL:RBROT:2024:5389	777
CBb 17 september 2024, zaaknummer: 23/1498	796
Rb Rotterdam 21 oktober 2024, zaaknummer ROT 24/5312, ECLI:NL:RBROT:2024:10347	796

Uitspraak van de meervoudige kamer van 17 januari 2013 in de zaak tussen
Quality RTV B.V., te Utrecht, eiseres, gemachtigde: [naam],

en

de minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie (Agentschap Telecom), verweerder.

Procesverloop

Bij besluit van 5 september 2011 (het primaire besluit) heeft verweerder het verzoek van eiseres tot het toestaan van een betalingsregeling afgewezen. Bij besluit van 15 februari 2012 (het bestreden besluit) heeft verweerder het bezwaar van eiseres ongegrond verklaard.

Eiseres heeft tegen het bestreden besluit beroep ingesteld.

Verweerder heeft een verweerschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 5 oktober 2012. Eiseres heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigde. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. drs. R.A. Diekema en mr. D. Bielejewski.

Overwegingen

1. Op grond van artikel 3.3a, eerste lid, van de Telecommunicatiewet (Tw) kan, teneinde een optimaal gebruik van frequentieruimte te waarborgen, in overeenstemming met Onze Minister van Financiën, en waar het betreft het gebruik van frequentieruimte door commerciële omroepinstellingen mede in overeenstemming met Onze Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen, met inachtneming van richtlijn nr. 2002/20/EG, bij ministeriële regeling worden bepaald dat de verkrijger of houder van een vergunning, (...) een eenmalig of periodiek bedrag verschuldigd is.

Op grond van artikel 16.1, eerste lid, van de Tw worden bij of krachtens algemene maatregel van bestuur regels gesteld over de vergoeding van de kosten die is verschuldigd door degene ten behoeve van wie werkzaamheden of diensten zijn verricht ingevolge het bepaalde bij of krachtens deze wet of bij de roamingverordening voorzover de vergoeding verband houdt met deze werkzaamheden of diensten.

Artikel 42 van de “Regeling vervolg verdeling frequenties commerciële radio-omroep 2003” (Regeling) luidde ten tijde van belang als volgt.

“1. De aanvrager aan wie een vergunning wordt verleend, is verplicht om het financieel bod als bedoeld in artikel 12 volledig te betalen.

2. De vergunninghouder betaalt binnen tien werkdagen volgende op de verlening van de vergunning een bedrag van 1/8 gedeelte van het financieel bod, met dien verstande dat dit bedrag alsdan is ontvangen op bankrekeningnummer 22.81.75.720 t.n.v. Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn, derdengelden notariaat inzake procedure vergelijkende toets radiofrequenties.

3. Onverminderd het bepaalde in het vorige lid, is de vergunninghouder verplicht om een bedrag van 7/8 van het financieel bod in zeven gelijke termijnen te betalen. Daartoe dient de vergunninghouder met ingang van het jaar 2004 ieder opvolgend jaar een bedrag gelijk aan 1/8 van het financieel bod te betalen op de dag gelijk aan de dag van de verlening van de vergunning. Alsdan moet het bedrag zijn bijgeschreven op bankrekeningnummer 22.81.75.720 t.n.v. Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn, derdengelden notariaat inzake procedure vergelijkende toets radiofrequenties.

4. De vergunninghouder is in verzuim indien hij niet binnen de in het tweede en derde lid genoemde termijnen aan zijn betalingsverplichting heeft voldaan.

5. Het verzuim heeft de verschuldigdheid van wettelijke rente tot gevolg overeenkomstig de artikelen 119, eerste en tweede lid, en 120 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek.
(...)”

2. Op 18 november 2003 is aan Hot Radio B.V. een vergunning verleend voor kavel C07. Destijds is een financieel bod van € 64.000 uitgebracht. Dit bedrag mocht in acht gelijke termijnen betaald worden. De laatste termijn diende op 18 november 2010 betaald te worden en bedroeg € 8.000. Op 24 november 2010 heeft verweerder toestemming verleend om de vergunning voor het gebruik van frequentieruimte van kavel C07 aan eiseres over te dragen. Bij besluit van 22 juli 2011 heeft verweerder de vergunning inzake kavel C07 verlengd tot 1 september 2017.

3. Op 12 juli 2011 heeft eiseres om een betalingsregeling verzocht. Daarbij heeft zij gevraagd om vanaf 2012 vijf jaar lang € 1500 per jaar en in 2017 het dan nog resterende bedrag van € 500 te mogen betalen. Bij het primaire besluit heeft verweerder dit verzoek afgewezen.

4. Bij het bestreden besluit heeft verweerder overwogen dat het beroep van eiseres op het gelijkheidsbeginsel niet kan slagen. Verweerder wijst er in dit verband op dat ingevolge artikel 42 van de Regeling, het financiële bod in acht termijnen betaald moet worden. De laatste termijn moest op 18 november 2010 betaald zijn. Voor zowel het financieel instrument als bedoeld in artikel 3:3a van de

Tw, de toezichtskosten als bedoeld in artikel 16.1 van de Tw, als het financieel bod heeft verweerder geen enkele vergunninghouder toegestaan om de kosten voor de periode 2003 - september 2011 na afloop van de initiële vergunningsperiode te betalen. Eiseres is de enige vergunninghouder die nog niet heeft betaald.

Wat betreft de stelling van eiseres, dat het gaat om een AM-vergunning waarvan het bekend is dat daarmee geen gelden gegenereerd kunnen worden om aan de betalingsverplichtingen te kunnen voldoen, merkt verweerder op dat alle andere AM-vergunninghouders wel hebben voldaan aan hun wettelijke betalingsverplichting voor het financieel bod en de toezichtgelden voor de periode tot 1 september 2011, zodat hij geen grond ziet om eiseres meer welwillend te behandelen.

5. Eiseres voert in beroep aan dat in de periode 2003 - 2009 door verweerder wel degelijk ruimhartig en veelvuldig - en zelfs gestapeld - betalingsregelingen zijn aanvaard voor Rokit B.V. en Crosspoints B.V., met een totaalbedrag van bijna 9 miljoen euro. Eiseres beroept zich op rechtsongelijkheid daar zij door de weigering van het toekennen van haar verzoek voor een betalingsregeling geen gebruik kan maken van een vergelijkbare regeling, zodat zij in haar belangen is geschaad.

6. De rechtbank overweegt dat op 1 juli 2009 de Wet van 25 juni 2009 tot aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht (Vierde tranche Awb) in werking is getreden. Deze wet ziet onder andere op bestuursrechtelijke geldschulden. De betalingsverplichting van eiseres is voor inwerkingtreding van deze wet ontstaan, namelijk op 18 november 2003 (bij het verlenen van de middengolfvergunning voor kavel C07). Artikel III van de Vierde tranche Awb bepaalt dat dat op een verplichting tot betaling van een geldsom aan een bestuursorgaan die is vastgesteld of ontstaan voor het tijdstip van inwerkingtreding, het recht zoals dat gold voor dat tijdstip van toepassing blijft. Dit betekent dat artikel 4:94 van de Awb in dit geval niet van toepassing is.

Voorts geldt dat de eerst op 24 november 2010 aan eiseres overgedragen vergunning voor het gebruik van frequentieruimte van kavel C07 gold tot 1 september 2011. Dat verweerder bij besluit van 22 juli 2011 de middengolfvergunning inzake kavel C07 heeft verlengd tot 1 september 2017, brengt dan ook niet met zich dat de periode om het financieel bod te betalen ook is verlengd. De periode van 1 september 2011 tot 1 september 2017 is een nieuwe periode met nieuwe (betalings)verplichtingen. De (veronder)stelling van eiseres dat, ondanks dat het financieel bod ten tijde van de verlening van de vergunning voor acht jaar is uitgebracht, zulks vanwege de verlenging van de vergunning tot 1 september 2017, over een langere periode uitgesmeerd mag worden, snijdt dan ook geen hout.

In plaats dat eiseres aan haar betalingsverplichting ten aanzien van de in 2003 verleende frequentievergunning voldoet, heeft zij in het licht van artikel 42 van de Regeling bij verweerder om een betalingsregeling verzocht. Een doelmatig gebruik van frequentieruimte in aanmerking nemend kan verweerder, gelet op het regelgevend kader, een bevoegdheid om over het verzoek tot uitstel van betaling een besluit als bedoeld in artikel 1:3 van de Awb te nemen niet worden ontzegd. Verweerder heeft in dit verband verwezen naar zijn eerdere beleid, waarbij gold dat een vordering van een bepaald jaar in datzelfde jaar volledig wordt afgehandeld. Er werd in beginsel alleen uitstel van betaling verleend, indien de laatste termijn betaald werd in hetzelfde kalenderjaar waarin het oorspronkelijke bedrag betaald had moeten worden. Het verzoek van eiseres heeft een verder gaande strekking.

Het betoog van eiseres dat er sprake is van rechtsongelijkheid nu destijds Rokit B.V. en Crosspoints B.V. van verweerder wel een betalingsregeling hebben gekregen, faalt. In de eerste plaats was er geen sprake van een betalingsregeling maar van een betalingsachterstand. Voorts hielden deze afspraken niet in dat de kosten na afloop van de vergunningperiode nog konden worden voldaan. Deze betalingsregelingen hielden evenmin in dat een 1/8 deel van de kosten over zes jaren na afloop van de initiële vergunningsperiode mochten worden verdeeld en betaald, zoals eiseres vraagt. Het niet betalen door deze partijen omdat deze, naar later is gebleken, op geen enkele wijze konden voldoen aan de betalingsverplichtingen, heeft dan ook geleid tot intrekking van de vergunningen. Het beroep op het gelijkheidsbeginsel kan dan ook niet slagen.

Voorts hebben alle overige commerciële radio-omroepen het financieel bod al geheel betaald. Het inwilligen van het verzoek zou willekeur tot gevolg hebben omdat eiseres ten opzichte van andere vergunninghouders in een gunstigere positie terecht zou komen. De betalingsverplichting uitsmeren over een langere periode zou immers een voordeel voor eiseres zijn, welk voordeel andere partijen niet hebben gehad.

Onder de gegeven omstandigheden kan niet worden gezegd dat verweerder niet in redelijkheid tot het bestreden besluit heeft kunnen komen, dan wel daarbij anderszins heeft gehandeld in strijd met een geschreven of ongeschreven rechtsregel of met een algemeen rechtsbeginsel. Het beroep van eiseres dient dan ook ongegrond te worden verklaard.

Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

De rechtbank verklaart het beroep ongegrond.

Inhoudsindicatie

eiser heeft bezwaar gemaakt tegen het besluit, waarbij is bekendgemaakt dat het verdelen van vergunningen voor frequentieruimte in de 800, 900 en 1800 MHz-band zal geschieden via de procedure van veiling (het Bekendmakingbesluit).

De rechtbank overweegt dat het Bekendmakingbesluit betrekking heeft op de (omvang van de) uit te geven vergunningen en de frequentiebanden die het betreft, de uitgifteprocedure en het tijdstip waarop de gekozen uitgifteprocedure wordt gestart. Eisers bezwaren, die zien op de vermeende schadelijke gevolgen voor de gezondheid door het gebruik van frequentieruimte, zijn geen belangen die het Bekendmakingbesluit beoogt te beschermen. Verweerder heeft terecht overwogen dat eiser niet kan worden aangemerkt als belanghebbende bij dit besluit, nu zijn belang niet rechtstreeks daarbij is betrokken. Het bezwaar is terecht niet-ontvankelijk verklaard.

uitspraak van de enkelvoudige kamer van 10 januari 2013 in de zaak tussen

[X], te [Y], eiser,
en

de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie, verweerder,
gemachtigde: mr. A.C. Overduin.

Procesverloop

Bij besluit van 22 december 2011 (het primaire besluit) heeft verweerder bekendgemaakt dat het verdelen van vergunningen voor frequentieruimte in de 800, 900 en 1800 MHz-band (het Bekendmakingbesluit) zal geschieden via de procedure van veiling.

Bij besluit van 22 mei 2012 (het bestreden besluit) heeft verweerder het bezwaar van eiser tegen het primaire besluit niet-ontvankelijk verklaard.

Eiser heeft tegen het bestreden besluit beroep ingesteld.

Verweerder heeft een verweerschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 19 oktober 2012. Eiser is verschenen. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door zijn gemachtigde, bijgestaan door F.W. van Osselen.

Overwegingen

Verweerder heeft het bezwaar van eiser tegen het Bekendmakingbesluit niet-ontvankelijk verklaard. Daartoe heeft verweerder overwogen dat eiser niet kan worden aangemerkt als belanghebbende bij dit besluit, nu zijn belang niet rechtstreeks bij dit besluit is betrokken.

Verweerder heeft aangegeven dat het Bekendmakingbesluit een bekendmaking is als bedoeld in artikel 3, eerste lid, van het Frequentiebesluit. Het Bekendmakingbesluit bepaalt dat de daarin genoemde vergunningen via een veiling worden uitgegeven en wanneer de procedure daartoe aanvangt. De eisen aan deelnemers en de regels die gelden voor de veilingprocedure zijn geregeld in de Regeling aanvraag- en veilingprocedure vergunningen 800, 900 en 1800 MHz.

Eiser heeft bezwaar tegen het geheel van het aanbieden, uitgeven en het toestaan van gebruik van verschillende frequenties in welke vorm van draadloze techniek dan ook. Aangevoerd is - kort gezegd - dat gebruikmaking van elektromagnetische velden schadelijk is voor de gezondheid en dat dit gebruik derhalve niet zou mogen worden toegestaan. Het toestaan van elektromagnetische velden zou een vorm van binnendringen zijn in het lichaam waarvoor geen toestemming is verleend. Dit zou in strijd zijn met het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), het daaruit voortvloeiende voorzorgbeginsel en de Nederlandse Grondwet.

De belangen die eiser tracht te beschermen zijn volgens verweerder geen belangen die rechtstreeks worden geraakt door het Bekendmakingbesluit.

Eiser heeft in beroep betoogd dat hij wel degelijk belanghebbende is en dat verweerder ten onrechte zijn bezwaar tegen het Bekendmakingbesluit niet-ontvankelijk heeft verklaard.

De rechtbank overweegt als volgt.

Op grond van artikel 1:2 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) wordt onder belanghebbende verstaan: degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken.

Uit vaste jurisprudentie volgt dat een belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken als dat belang rechtstreeks wordt geraakt, objectief is, actueel is, en een eigen en persoonlijk belang is waarmee eiser zich van anderen onderscheidt.

Naar het oordeel van de rechtbank voldoet eiser niet aan deze vereisten.

Eisers bezwaren, die zien op de vermeende gevolgen van het gebruik van frequentieruimte, zijn geen belangen die het Bekendmakingbesluit beoogt te beschermen.

Het Bekendmakingbesluit heeft betrekking op de (omvang van de) uit te geven vergunningen en de frequentiebanden die het betreft, de

uitgifteprocedure en het tijdstip waarop de gekozen uitgifteprocedure wordt gestart.

Aan de Telecommunicatiewet ligt ten grondslag dat er zo efficiënt mogelijk gebruik dient te worden gemaakt van het frequentiespectrum. Gebruik maken van elektromagnetische velden is daarbij het uitgangspunt. Elektromagnetische velden kunnen pas ontstaan door het daadwerkelijk gebruik maken van deze frequenties. Dit kan op zijn vroegst het geval zijn op het moment dat antennes zijn geplaatst en/of de randapparatuur wordt gebruikt.

Verweerder heeft derhalve terecht het bezwaar van eiser tegen het primaire besluit niet-ontvankelijk verklaard,

Eisers beroep daartegen is ongegrond.

Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

De rechtbank verklaart het beroep ongegrond.

Rechtbank Rotterdam 24 januari 2013, AWB 12/386, ECLI:NL:RBROT:2013:BY9423

uitspraak van de meervoudige kamer van 24 januari 2013 in de zaak tussen Ad Venture Radio B.V. (hierna: AVR), te Amsterdam, eiseres, gemachtigde: mr. dr. S.J.H. Gijrath, en

de minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie (Agentschap Telecom), verweerder.

Aan het geding hebben mede als partij deelgenomen:

- Emons Media Holding B.V. (hierna: Emons), gemachtigde mr. P.A. Ruig,
- Q-music Nederland B.V. (hierna: Q-music), gemachtigde mr. Q.J. Tjeenk Willink,
- Radio 538 B.V. (hierna: Radio 538), gemachtigde mr. M. I. Robichon-Lindenkamp,
- Sky Radio Nederland B.V. (hierna: Sky Radio), gemachtigde mr. Q.R. Kroes,
- Stichting Nederlandse Publieke Omroep (hierna: NPO), gemachtigde P.M. Waszink

Procesverloop

Bij besluit van 21 juli 2011 (het primaire besluit) heeft verweerder de aanvraag van AVR om een vergunning voor een ongeclausuleerde FM-frequentie (kavel A7), en de daaraan gekoppelde vergunning voor digitale radio-omroep, voor landelijke commerciële radio-omroep niet in behandeling genomen.

Bij besluit van 16 december 2011 (het bestreden besluit) heeft verweerder het bezwaar van eiseres ongegrond verklaard.

Eiseres heeft tegen het bestreden besluit beroep ingesteld.

Verweerder heeft een verweerschrift ingediend.

Emons, Q-music, Radio 538, Sky Radio en NPO hebben aangegeven aan de procedure deel te willen nemen als partij als bedoeld in artikel 8:26 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).

Ten aanzien van (gedeelten van) de door verweerder ingediende stukken heeft hij, voor wat betreft bedrijfsgegevens, bedrijfsvertrouwelijke informatie of anderszins concurrentiegevoelige informatie, verzocht die onder toepassing van artikel 8:29 van de Awb vertrouwelijk te behandelen.

Bij beslissing van 14 september 2012 heeft de rechter-commissaris beperking van de kennisneming van de door verweerder ingezonden stukken gerechtvaardigd geacht, in die zin dat alleen de rechtbank daarvan kennis zal mogen nemen.

Alle partijen hebben toestemming als bedoeld in artikel 8:29, vijfde lid, van de Awb verleend.

Emons heeft een zienswijze ingediend. Eiseres heeft op 20 september 2012 het beroep nader aangevuld.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 5 oktober 2012. Eiseres heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigde, bijgestaan door deskundige [naam] van Stratix Consulting. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. drs. R.A. Diekema, mr. M.C. Boerlage, ir. K.M. Corbijn en mr. J. Sijbrandij. Namens SEO waren [namen] aanwezig. Namens Emons is mr. A.J.M. van Berkom, kantoorgenoot van haar gemachtigde, verschenen. Q-music, Radio 538 en Sky Radio hebben zich door hun gemachtigden laten vertegenwoordigen. De Stichting Nederlandse Publieke Omroep is niet verschenen.

Overwegingen

1. Ingevolge het vierde lid, van artikel 3.3, van de Telecommunicatiewet (Tw) kan de verlening van frequentievergunningen voor landelijke commerciële radio-omroep geschieden door middel van de procedure van een vergelijkende toets.

Op grond van artikel 3.3, negende lid, van de Tw worden bij of krachtens algemene maatregel van

bestuur, met inachtneming van richtlijn nr. 2002/20/EG (PbEG L 117), regels gesteld terzake van de verlening, wijziging en verlenging van vergunningen. Deze regels hebben in ieder geval betrekking op:

- a. de eisen die, voorafgaande aan een van de procedures, bedoeld in het vierde lid, aan een aanvrager worden gesteld om in aanmerking te komen voor een vergunning,
- b. de toepassing en uitvoering van de procedures, bedoeld in het vierde lid, en
- c. de criteria die worden toegepast bij een vergelijkende toets als bedoeld in het vierde lid, onder b.

Ingevolge het eerste lid van artikel 3.3a van de Tw kan, teneinde een optimaal gebruik van frequentieruimte te waarborgen, (...) bij ministeriële regeling worden bepaald dat de verkrijger of houder van een vergunning, de houder van een vergunning van wie de vergunning wordt of is verlengd hieronder begrepen, anders dan een vergunning als bedoeld in artikel 3.3, tweede lid, voor het gebruik van frequentieruimte voor een op grond van artikel 3.3, vijfde lid, bepaalde bestemming een eenmalig of periodiek bedrag verschuldigd is.

2. Ingevolge artikel 4 van het Frequentiebesluit (Fb) worden bij ministeriële regeling regels gesteld omtrent de indiening van de aanvraag om een vergunning en omtrent de inhoud van de aanvragen en de daarbij te overleggen gegevens. Deze regels kunnen per te verlenen vergunning verschillen.

Artikel 6 van het Fb luidt als volgt.

“1. Tot de veiling en de vergelijkende toets worden slechts toegelaten aanvragers die voldoen aan bij ministeriële regeling te stellen eisen. Deze eisen kunnen per te verlenen vergunning verschillen.

2. De in het eerste lid bedoelde eisen kunnen slechts betrekking hebben op de:

- a. rechtsvorm van de aanvrager;
- b. financiële positie van de aanvrager;
- c. kennis en ervaring van de aanvrager;
- d. technische middelen waarover de aanvrager kan beschikken;
- e. hoedanigheid van de aanvrager als commerciële omroep;
- f. door de aanvrager te leveren bijdrage aan de overgang van analoge naar digitale techniek.

3. Indien een te verlenen vergunning betrekking heeft op het gebruik van frequentieruimte die is bestemd voor commerciële omroep, kunnen de in het eerste lid bedoelde eisen tevens betrekking hebben op het waarborgen van democratische, sociale, taalkundige en culturele belangen die een rol spelen bij het gebruik van frequentieruimte, waarbij rekening kan worden gehouden met pluralisme in de media.”

Artikel 8 van het Fb luidt, voor zover thans van belang, als volgt.

“1. Bij ministeriële regeling worden in het kader van de behandeling van een aanvraag om een vergunning regels gesteld omtrent de wijze waarop de veiling of de vergelijkende toets plaatsvindt. Deze regeling kan per te verlenen vergunning verschillen.

(...)

4. In het geval van een vergelijkende toets met inbegrip van een financieel bod, kunnen de in het eerste lid bedoelde regels eveneens betrekking hebben op:

- a. de gevallen waarin een financieel bod wordt uitgebracht alsmede de wijze waarop dat bod wordt uitgebracht;
 - b. de eisen die aan een geldig financieel bod worden gesteld;
 - c. de zekerheidstelling dat een financieel bod gestand wordt gedaan of kosten en schade kunnen worden verhaald;
 - d. de eisen die gesteld worden met betrekking tot de wijze van betaling van het financieel bod en het tijdstip waarop degene aan wie de vergunning wordt verleend deze betaling moet hebben verricht.
5. In het geval van een vergelijkende toets houdt Onze Minister bij het opstellen van de criteria rekening met de doelstellingen, bedoeld in artikel 1.3, eerste lid, van de wet.”

3. In 2003 zijn negen landelijke commerciële FM-vergunningen verdeeld door middel van een vergelijkende toets met inbegrip van een financieel bod en een eenmalig bedrag. In 2009 zijn daarvan de vergunningen voor de kavels A7 en A8 ingetrokken. Kavel A7 is nader bestemd voor een ongeclausuleerde landelijke radio-omroep.

Bij besluit van 26 april 2011, Stcrt. 29 april 2011, nr. 7601, heeft verweerder bekend gemaakt dat de kavels A7 en A8 opnieuw zullen worden uitgegeven voor de periode van

1 september 2011 tot en met 31 augustus 2017 door middel van een vergelijkende toets met inbegrip van een financieel bod. In het kader van het digitaliseringsbeleid zoals in de brief aan de Tweede Kamer van 23 juni 2009 is geformuleerd, zijn de kavels A7 en A8 bestemd voor omroepen die een bijdrage willen leveren aan de ontwikkeling van digitale etherradio (Kamerstukken II 2008/09, 24 095, nr. 241). Vanuit het oogpunt van doelmatig ethergebruik heeft verweerder het daarom wenselijk geacht om deze twee kavels met een verplichting tot digitalisering vanaf 1 september 2011, uit te geven tot en met 31 augustus 2017 op basis van een procedure die vergelijkbaar is met de procedure in 2003. De einddatum is gelijk aan de einddatum

waarop de andere zeven landelijke commerciële FM-vergunningen na verlenging aflopen.

De regels inzake de aanvraag van de vergunningen zijn neergelegd in de Regeling aanvraag en vergelijkende toets vergunningen kavels A7 en A8 in de FM-band en aanvraag vergunningen voor frequentieruimte in band III (Regeling AVT), Stcrt. 29 april 2011, nr 7612. In deze regeling zijn de voorwaarden opgenomen waar een aanvraag aan moet voldoen en is de procedure van de vergelijkende toets uitgewerkt.

Daarnaast heeft verweerder voor de uitgifte van kavel A7, op grond van artikel 3.3a, eerste lid, van de Tw, een eenmalig bedrag bepaald, dat gebaseerd is op de economische waarde van de frequentievergunning. In de Regeling vaststelling eenmalig bedrag uitgifte kavel A7 2011 (Regeling VEB), Stcrt. 2011, nr 7600, is in artikel 2 bepaald dat een eenmalig bedrag van ruim € 17,5 miljoen verschuldigd is voor het gebruik van de frequentieruimte van kavel A7 en van een vergunning voor digitale radio-omroep gedurende de periode van 1 september 2011 tot en met 31 augustus 2017.

4. De artikelen 2, 3, 4, 5, 6 en 8 van de Regeling AVT luiden, voor zover te dezen relevant, als volgt. “Artikel 2. Beschikbare frequentieruimte

1. De verkrijger of houder van een vergunning voor kavel A7 en van een vergunning voor digitale radio-omroep welke verleend is met toepassing van de Regeling aanvraag, is voor het gebruik van de desbetreffende frequentieruimte gedurende de periode van 1 september 2011 tot en met 31 augustus 2017 een eenmalig bedrag verschuldigd, waarvan de hoogte is:
€17.563.200,-.

Artikel 3. Vergunningaanvraag
(..)

2. Een aanvraag wordt uiterlijk op 10 juni 2011 om 14.00 uur per post ontvangen op dan wel door middel van persoonlijke overhandiging ingediend op het volgende adres: Agentschap Telecom, Emmasingel 1, 9726 AH Groningen. (..)

5. Een aanvraag wordt ingediend met gebruikmaking van het in bijlage 1 opgenomen model en gaat vergezeld van de gegevens en bescheiden, bedoeld in de bij deze regeling behorende bijlagen.

Artikel 4. Financieel bod

Een aanvrager brengt op elke kavel waarop zijn aanvraag betrekking heeft een onvoorwaardelijk en onherroepelijk financieel bod uit.

Artikel 5. Waarborg betaling financieel bod

1. Een aanvrager verstrekt ten behoeve van de betaling van het financieel bod een waarborgsom of een bankgarantie ter grootte van zijn financieel bod of, in het geval de aanvraag betrekking heeft op kavel A7 en kavel A8, ter grootte van de som van zijn financiële biedingen.

2. Uiterlijk op 10 juni 2011 om 14.00 uur moet een waarborgsom zijn ontvangen op bankrekeningnummer 56.99.94.039, ten name van Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie; Agentschap Telecom, onder vermelding van ‘kavel A7/A8’ of een bankgarantie volgens het model, bedoeld in bijlage 2, zijn verstrekt.

Artikel 6. Waarborg betaling financieel instrument

1. De aanvrager die een eenmalig bedrag verschuldigd is op grond van artikel 2, eerste of tweede lid, van de Regeling vaststelling eenmalig bedrag uitgifte kavel A7 2011, verstrekt een waarborgsom of een bankgarantie ter grootte van een zesde deel van het verschuldigde bedrag.

2. Artikel 5, tweede lid, is van overeenkomstige toepassing.

3. De aanvrager kan voor de verstrekking van de in het eerste lid en de in artikel 5, eerste lid, bedoelde zekerheden volstaan met de verstrekking van één waarborgsom of bankgarantie.

Artikel 8. Verzuimherstel

1. Indien een aanvrager niet heeft voldaan aan de in artikel 3, eerste en vierde tot en met achtste lid, of artikelen 4 tot en met 6 gestelde eisen, deelt de minister dit de aanvrager mee en stelt de minister de aanvrager overeenkomstig artikel 4:5 van de Algemene wet bestuursrecht in de gelegenheid het verzuim te herstellen.

2. Een aanvrager heeft gedurende vijf werkdagen te rekenen vanaf de dag na dagtekening van de mededeling, bedoeld in het eerste lid, de gelegenheid het verzuim te herstellen.

3. De gegevens of bescheiden ten behoeve van het verzuimherstel worden per post ontvangen op dan wel door middel van persoonlijke overhandiging ingediend op het adres, genoemd in artikel 3, tweede lid, binnen de in het tweede lid bedoelde termijn, met dien verstande dat de ontvangst geschiedt vóór 17.00 uur. Verzuimherstel aangaande de waarborgsom geschiedt binnen dezelfde termijn en voor de overige aspecten overeenkomstig artikel 5, tweede lid.

4. Indien het verzuim niet binnen de termijn, bedoeld in het tweede en derde lid en op de wijze vermeld in het derde lid, is hersteld of de aanvrager na herstel niet heeft voldaan aan de in artikel 3, eerste en vierde tot en met achtste lid, of artikelen 4 tot en met 6 gestelde eisen, kan de aanvraag overeenkomstig artikel 4:5 van de Algemene wet bestuursrecht buiten behandeling worden gelaten.”

5. Artikel 4:5 van de Awb luidt – voor zover thans van belang – als volgt.

“1. Het bestuursorgaan kan besluiten de aanvraag niet te behandelen, indien:

a. de aanvrager niet heeft voldaan aan enig wettelijk voorschrift voor het in behandeling nemen van de aanvraag, of

b. de aanvraag geheel of gedeeltelijk is geweigerd op grond van artikel 2:15, of

c. de verstrekte gegevens en bescheiden onvoldoende zijn voor de beoordeling van de aanvraag of voor de voorbereiding van de beschikking, mits de aanvrager de gelegenheid heeft gehad de aanvraag binnen een door het bestuursorgaan gestelde termijn aan te vullen.

2. (..)

3. (..)

4. Een besluit om de aanvraag niet te behandelen wordt aan de aanvrager bekendgemaakt binnen vier weken nadat de aanvraag is aangevuld of nadat de daarvoor gestelde termijn ongebruikt is verstreken.”

6. Op 9 juni 2011 heeft eiseres een aanvraag voor vergunning voor het kavel A7 ingediend. Bij brief van 24 juni 2011 heeft verweerder vastgesteld dat de aanvraag op een veertiental punten niet voldeed aan de Regeling AVT en aan eiseres een mogelijkheid tot herstel van dit verzuim geboden. Op 1 juli 2011 heeft verweerder de verzuimherstelbrief van eiseres ontvangen. Daarbij heeft zij op twaalf punten de geconstateerde verzuimen hersteld maar heeft op een tweetal punten geweigerd om aan het verzoek tot verzuimherstel te voldoen. Het betreft het verzoek tot het storten van een waarborgsom of het overleggen van een bankgarantie ter grootte van 1/6 deel van het financieel instrument voor kavel A7 en de daaraan gekoppelde vergunning voor digitale radio, en het verzoek om in het bedrijfsplan telkens de afschrijving van het financieel instrument op te nemen.

7. Bij het primaire besluit heeft verweerder de aanvraag van eiseres voor kavel A7 en de daaraan gekoppelde vergunning voor digitale radio-omroep, voor landelijke commerciële radio-omroep, krachtens artikel 8 van de Regeling AVT in samenhang met artikel 4:5 van de Awb niet in behandeling genomen. Verweerder heeft daarbij overwogen gebruik te maken van zijn bevoegdheid omdat eiseres, ook nadat haar de mogelijkheid is geboden om het verzuim te herstellen, geen waarborgsom heeft gestort of bankgarantie heeft overgelegd ter grootte van 1/6 deel van het financieel instrument voor kavel A7 noch het eenmalig bedrag in het bedrijfsplan heeft verwerkt.

8. Verweerder stelt bij het bestreden besluit dat hij ingevolge artikel 6, tweede lid, van het Fb eisen mag stellen die betrekking hebben op de financiële positie van de aanvrager, met als doel om aanvragers die niet over voldoende financiële middelen beschikken, uit te sluiten van de verdeling. Uit de toelichting bij artikel 6 van het Fb kan niet worden afgeleid dat geen waarborgsom mag worden geëist teneinde een optimaal gebruik van frequenties te waarborgen. Vergunninghouders van de in 2003 uitgegeven kavels A7 en A8 waren, ondanks de toenmalige eisen met betrekking tot de vereiste zekerheidsstelling, niet in staat te voldoen aan de verplichting tot betaling van een deel van zowel het financieel instrument als het financiële bod, hetgeen leidde tot intrekking van de vergunningen en het voor langere tijd ongebruikt laten van het bijbehorende spectrum. Deze situatie wenst verweerder thans te vermijden.

8.1 De hoogte van de waarborgsom bedraagt voor “kavel A7” een bedrag van € 2.916.667. In 2003 werd van de aanvrager van kavel A7 een bankgarantie als waarborgsom geëist van € 8.223.000. Mede in relatie tot de vergunningduur, die in 2003 ruim acht jaar bedroeg en nu zes jaar, is verweerder van mening dat de hoogte van de nu opgelegde waarborgsom niet onredelijk hoog is. Voorts moet op grond van artikel 3, vijfde lid, van de Regeling AVT, in het bedrijfsplan het verschuldigde eenmalig bedrag worden opgenomen. Daarin is bepaald dat een aanvraag wordt ingediend met gebruikmaking van het in bijlage 1 opgenomen model en vergezeld gaat van de gegevens en bescheiden, bedoeld in de bij die regeling behorende bijlagen.

8.2 Verweerder stelt zich op het standpunt dat toetsing van de hoogte van het eenmalig bedrag, en daarmee een toetsing van de Regeling VEB aan hogere regelgeving, slechts aan de orde kan komen in een besluit dat gebaseerd is op die regeling. De vaststelling van de verplichting een waarborgsom te betalen staat los van de vaststelling van de hoogte van het eenmalig bedrag. Het eenmalig bedrag is ingevolge artikel 3.3a van de Tw verschuldigd door een houder of verkrijger van een vergunning. AVR is houder noch verkrijger van een vergunning voor kavel A7. Zij is alleen een deelnemer aan de vergelijkende toets. Aan eiseres is dan ook geen eenmalig bedrag in rekening gebracht, maar is de verplichting van het betalen van een waarborgsom opgelegd. Het vereiste van een waarborgsom is niet in strijd met de wet. Dat die waarborgsom op 1/6 deel van het eenmalige bedrag is vastgesteld, maakt niet dat de waarborgsom daardoor in een eenmalig bedrag is veranderd. Het geeft alleen aan dat bij het bepalen van de hoogte van de waarborgsom inspiratie is gezocht bij het eenmalig bedrag. De

Regeling AVT is niet gebaseerd op artikel 3.3a van de Tw, zodat een toetsing aan artikel 3.3a van de Tw niet mogelijk is. Verweerder meent hierin steun te vinden in de uitspraken van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) van 14 mei 2009, LJN: BI7159, r.o. 5.2, en 7 juli 2011, LJN: BU5632, r.o. 5.7 en 5.12.

Verweerder volgt op dit punt dan ook niet de overweging van de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam in haar uitspraak van 19 augustus 2011, LJN: BR5423, waarbij zij stelt dat het eenmalig bedrag onlosmakelijk deel uit maakt van de aanvraagprocedure. Volgens vaste jurisprudentie worden immers de rechtsgevolgen die een verdeelprocedure teweegbrengt niet toegerekend aan alle besluiten die tijdens die verdeling genomen zijn, maar aan het voor beroep vatbare besluit dat daadwerkelijk het rechtsgevolg teweeg brengt. Verweerder wijst hierbij naar de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 14 juni 2007, LJN: BA8626, r.o. 2.3 en 2.4, alsmede naar de uitspraak van 30 oktober 2010, LJN: BG3831, r.o. 6.1.2. Nu het eenmalig bedrag aan de vergunninghouder wordt opgelegd via een beschikking, betekent dit dat die beschikking de aangewezen weg is om op te komen tegen de regeling VEB.

9. Eiseres stelt zich op het standpunt dat haar aanvraag ten onrechte buiten behandeling is gelaten. Eiseres merkt in dit verband in de eerste plaats op dat de wet geen grondslag bevat voor de eis van het stellen van een waarborgsom. Artikel 6 van het Fb is naar de mening van eiseres limitatief. Eiseres stelt een gezond bedrijfsplan te hebben ingediend, op basis waarvan zij verwacht met de exploitatie van het kavel A7 aan het einde van de looptijd van de vergunning een positief rendement te behalen. Maar dit dan wel op basis van het onderbouwde voorbehoud dat zij geen eenmalig bedrag zal betalen. Artikel 8, vierde lid, van het Fb biedt een wettelijke grondslag voor het opleggen van zekerheidsstelling, maar alleen voor een financieel bod. Het financieel bod en het eenmalig bedrag dienen te worden onderscheiden. Hieruit volgt dat de eis van zekerheidsstelling in het Fb niet is bedoeld voor het eenmalig bedrag. Eiseres is gelet hierop van mening dat de artikelen 6 en 8, vierde lid, van de Regeling AVT, in strijd zijn met het Fb en daarom onverbindend.

9.1 Eiseres stelt zich daarnaast op het standpunt dat de eis om in het bedrijfsplan een afschrijving voor het eenmalig bedrag in het financieel instrument te verwerken in de Regeling AVT nergens uitdrukkelijk is gesteld. Voor zover verweerder doelt op het bepaalde in artikel 3, vijfde lid, Regeling AVT, merkt eiseres op dat uit deze bepaling niet volgt dat

aanvrager niet mag afwijken van het model in het bedrijfsplan. Er staat immers “met gebruik van” en niet “met inachtneming van” of “in overeenstemming met”. Het model maakt het ook mogelijk om kolommen anders in te vullen, dan wel open te laten. Het staat haar dus vrij aanpassingen aan het model te verrichten.

9.2 Het standpunt van verweerder dat de waarborgsom losstaat van de vaststelling van het eenmalig bedrag acht eiseres onjuist. In de toelichting bij de artikelen 5 (financieel bod) en 6 (eenmalig bedrag) van de Regeling AVT, legt verweerder zelf een koppeling met het eenmalig bedrag. Eiseres wijst op de volgende passage: “Naast de hiervoor genoemde zekerheidsstelling op grond van artikel 5 is de aanvrager op grond van artikel 6 in samenhang met de Regeling vaststelling eenmalig bedrag uitgifte kavel A7 2011 ook verplicht een zekerheid te stellen voor het eenmalig bedrag. Ook deze zekerheidsstelling maakt onderdeel uit van de aanvraag met betrekking tot kavel A7 of A8 en dient eveneens geëffectueerd te zijn op het uiterste tijdstip dat is voorgeschreven.”

9.3 Eiseres meent verder dat zij een geldige financiële reden heeft om geen waarborgsom te storten. Zij heeft bij haar aanvraag uitvoerig gemotiveerd en met een onafhankelijk deskundigenbericht van Stratrix onderbouwd dat de Regeling VEB onverbindend is. Eiseres is het pertinent oneens met de vaststelling van de hoogte van het bedrag voor kavel A7. Echter, om haar bezwaren tegen dat bedrag te kunnen indienen, moet zij eerst een aanvraag doen en een waarborgsom van € 2.927.200 storten, terwijl zij weet dat ook dit bedrag in geen verhouding staat tot de werkelijke waarde van kavel A7. Omdat volgens verweerder het besluit niet direct of indirect is gebaseerd op artikel 3.3a van de Tw, maar op het Fb, gaat hij daar niet op in. Daarmee stelt hij in feite dat de rechtsvraag over de verbindendheid van de regeling niet in de aanvraagprocedure kan worden behandeld, maar slechts door rechtsmiddelen in te stellen tegen de factuurbeschikking, die pas volgt na het toewijzingsbesluit. Dit acht eiseres onjuist, omdat er geen rechtsregel aan in de weg staat dat de onverbindendheid van de Regeling VEB wordt getoetst in het kader van een aanvraag om een frequentievergunning, gelet op de nauwe samenhang tussen de gestelde eis en de aangevraagde beschikking.

Volgens eiseres volgt ook uit de jurisprudentie (uitspraak van de rechtbank 's-Hertogenbosch van 19 maart 1995, LJN: AN4886) dat de onverbindendheid van de regeling in het kader van een aanvraag kan worden getoetst. Zodra immers vaststaat dat de Regeling VEB

onverbindend is omdat de hoogte van het bedrag onjuist is vastgesteld, dan kan het vragen van een waarborg geen reden zijn de aanvraag buiten behandeling te laten. Verweerder kan dus niet volstaan met het formele argument dat de onverbindendheid van de Regeling VEB slechts aan de orde is in het kader van een factuurbeschikking.

9.4 Eiseres meent ook anderszins het financieel instrument terecht niet in het bedrijfsplan te hebben verwerkt. Had zij immers aan dat verzoek voldaan, dan had zij haar eigen graf gedolven. Verwerking van het financieel instrument met betaling van het eenmalig bedrag had geleid tot een aanzienlijk negatief rendement voor AVR op de exploitatie van een eventuele vergunning. In dat geval zou het bedrijfsplan zonder meer met een "0" of zelfs een "-" worden beoordeeld en had eiseres er ook uit gelegen. Van haar kan niet verlangd worden dat zij een plan overlegt waarvan op voorhand vaststaat dat het niet voldoet, terwijl de oorzaak hiervoor gelegen is in een onjuiste regeling.

De waarde van de vergunningen is bepaald door een rapport van SEO Economisch Onderzoek, het Instituut voor Informatierecht en TNO Informatie- en Communicatietechnologie (hierna: SEO). De door SEO gehanteerde methodiek voor de waarde-bepaling van de verschillende te verlengen vergunningen is voor verweerder uitgangspunt geweest bij het vaststellen van de hoogte van het eenmalig bedrag voor het in de afgelopen jaren ongebruikte kavel A7. SEO berekent de waarde van de vergunningen maar houdt volgens eiseres geen rekening met de omstandigheid dat in het werkelijke scenario de zittende radiostations geen nieuwe toetreders zijn, terwijl de partij die kavel A7 verwerft wel een nieuwe toetreders is en vele jaren achterloopt op de zittende vergunninghouders. Het verzoek van eiseres aan verweerder om een nieuw onderzoek, is door hem niet ingewilligd. Eerst na sluiting van de inschrijftermijn heeft eiseres van verweerder inzage gekregen in de berekeningen van SEO. Deze inzage bevestigde het vermoeden van eiseres dat verweerder de bevindingen van SEO ten aanzien van kavel A7 onjuist en onzorgvuldig heeft toegepast. Op 18 juli 2011 heeft eiseres een addendum van Stratix aan verweerder overgelegd. Stratix komt daarin tot de conclusie dat de berekening van het eenmalig bedrag voor kavel A7 onjuist is. De waarborgsom dient op een veel lager bedrag te worden vastgesteld.

9.5 Er kan naar de mening van eiseres geen sprake zijn van ongelijke behandeling als bedoeld in overweging 12 uit de preambule van de Machtigingsrichtlijn dan wel artikel 8, derde lid, aanhef en sub c, van de Kaderrichtlijn, wanneer uitsluitend de

waarde van kavel A7 wordt aangepast. Integendeel, op grond van het bepaalde in artikel 3.3a, zesde lid, van de Tw dient verweerder, teneinde vergunninghouders in een vergelijkbare positie te brengen voor wat betreft de op het gebruik van de frequentieruimte rustende financiële verplichtingen, onderscheid te maken tussen houders van een vergunning voor het gebruik van frequentieruimte van wie de vergunning al een of meerdere malen is verlengd, en de houders van een vergunning waarbij dit niet het geval is.

9.6 Eiseres voert tot slot aan dat de bevoegdheid om een aanvraag buiten behandeling te laten een discretionaire bevoegdheid betreft. Naar de mening van eiseres kon verweerder redelijkerwijs niet van die bevoegdheid gebruik maken zonder dat hij overweegt of het bedrag, waarvoor de waarborgsom moet worden verstrekt en de eis ten aanzien van de verwerking van het financieel instrument in het bedrijfsplan onevenredig is en/of onzorgvuldig tot stand is gekomen. Verweerder heeft in strijd met artikel 3:2 en 3:4 van de Awb in het geheel geen afweging gemaakt.

10. Ten aanzien van het verzoek van de Stichting Nederlandse Publieke Omroep (NPO) om als partij aan het geding deel te nemen overweegt de rechtbank als volgt.

Op grond van artikel 8:26, eerste lid, van de Awb kunnen tot sluiting van het onderzoek ter zitting ambtshalve, op verzoek van een partij of op hun eigen verzoek, belanghebbenden in de gelegenheid gesteld worden als partij aan het geding deel te nemen. Het belang-hebbendenbegrip van artikel 8:26 van de Awb heeft geen andere betekenis dan de definitie die in artikel 1:2 van de Awb is gegeven, namelijk dat belanghebbende degene is wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken.

Ten aanzien van het onderhavige geschil is van belang dat kavel A7 is bestemd voor commerciële radio. NPO is geen commerciële omroep, doch behartigt het algemeen belang van de publieke omroep. Op basis van de huidige regelgeving kan NPO niet in aanmerking komen voor een frequentievergunning voor kavel A7. Daarnaast zijn de ontvangstproblemen die wegens een brand en instorting van de zendmast Smilde in het noorden en oosten van Nederland zijn ontstaan, waardoor, om de ontvangstproblemen voor de luisteraar te verminderen, ten behoeve van onder meer NPO voorlopig de frequenties van kavel A7 zijn ingezet om de ontstane gaten in de dekking te vullen, inmiddels verholpen. Nu voorts NPO ook anderszins in de commerciële radiomarkt niet als concurrent kan worden aangemerkt, zijn de belangen van NPO ten aanzien van

onderhavige procedure onvoldoende rechtstreeks, als bedoeld in artikel 1:2 van de Awb. In verband hiermee wijst de rechtbank het verzoek van NPO om als partij aan het onderhavige geding deel te nemen af.

11. Het betoog van eiseres, dat Emons evenmin als belanghebbende als bedoeld in artikel 8:26 van de Awb tot deze procedure kan worden toegelaten, faalt. Volgens vaste jurisprudentie kan een partij in de hoedanigheid van concurrent bij een besluit dat gericht is tot een andere onderneming als belanghebbende worden aangemerkt, wanneer zij op dezelfde markt opereert als de begunstigde van het besluit. In het kader van een vergunningverlening als uitkomst van een bepaalde verdelingswijze kan aan de concurrent de extra eis worden gesteld dat zij ook een aanvraag voor de vergunning heeft ingediend wil zij als belanghebbende in een procedure tegen het besluit kunnen opkomen. Nu Emons, naast het zijn van een concurrent, eveneens een aanvraag ten behoeve van kavel A7 heeft ingediend, voldoet zij aan de vereisten om als belanghebbende te kunnen worden aangemerkt.

12. De rechtbank is van oordeel dat verweerder op grond van de artikelen 4 en 6 van het Fb in de Regeling AVT eisen kan stellen omtrent zowel de indiening van de aanvraag om een vergunning, de inhoud van de aanvragen en de daarbij te overleggen gegevens, alsmede omtrent de financiële positie van de aanvrager. De eis dat de aanvrager een waarborgsom dient te storten of een bankgarantie dient te overleggen van 1/6 van het eenmalig bedrag is naar het oordeel van de rechtbank aan te merken als een eis die verband houdt met de financiële positie van de aanvrager als bedoeld in artikel 6, tweede lid, aanhef en onder b, van het Fb en heeft als doel om aanvragers die niet over voldoende financiële middelen beschikken om het eenmalig bedrag te betalen, uit te sluiten. Uit de toelichting bij artikel 6 van het Fb (Stb 1998, 638) kan worden afgeleid dat een waarborgsom mag worden geëist teneinde een optimaal gebruik van frequenties te waarborgen. Gelet op de voorgeschiedenis van de uitgifte van kavel A7, acht de rechtbank deze eis in dit geval niet onbegrijpelijk. Verweerder heeft er immers belang bij dat alleen serieuze aanvragers die daadwerkelijk in staat zijn de financiële lasten van de vergunning te dragen, een vergunning kunnen bemachtigen. Evenmin staat artikel 8, vierde lid, van het Fb er aan in de weg dat voor het eenmalig bedrag een zekerheidstelling geëist kan worden. Naar het oordeel van de rechtbank volgt uit niets dat artikel 8 van het Fb artikel 6 van het Fb in die zin beperkt. Het vierde lid is bovendien niet uitputtend bedoeld. Artikel 6 van de Regeling AVT is dus niet

in strijd met de artikelen 6 en 8 van het Fb en hoeft niet buiten toepassing te worden gelaten.

13. Ook de eis om het eenmalig bedrag op te nemen in het bedrijfsplan valt naar het oordeel van de rechtbank onder de te stellen eisen met betrekking tot de financiële positie van de aanvrager als bedoeld in artikel 6, tweede lid, aanhef en onder b, van het Fb. Het standpunt van eiseres, dat de Regeling AVT geen uitdrukkelijke eis stelt voor het opnemen van het eenmalig bedrag in het bedrijfsplan, kan niet slagen. Uit de tekst en toelichting op artikel 3, vijfde lid, van de Regeling AVT volgt onmiskenbaar dat de aanvrager het in bijlage 1 opgenomen model dient te gebruiken voor de aanvraag voor een vergunning en dat dit model vergezeld dient te gaan van gegevens en bescheiden zoals bedoeld in de bij de Regeling AVT behorende bijlagen. Het staat de aanvrager uiteraard vrij daar eventueel andere bescheiden aan toe te voegen. Bovendien vloeit de eis om het eenmalig bedrag in het bedrijfsplan op te nemen voort uit het bepaalde in artikel 14, derde lid, van de Regeling AVT (Toetsingscriteria vergelijkende toets), waarin is bepaald dat het bedrijfsplan integraal onderdeel uitmaakt van de aanvraag en overeenkomstig bijlage 4 van de Regeling AVT dient te worden opgesteld. In bijlage 4 wordt voorts de aanvrager uitdrukkelijk voorgeschreven dat bij het invullen van diverse tabellen het eenmalig bedrag in het modelbedrijfsplan verwerkt moet worden. Op grond van het bepaalde in de Regeling AVT was eiseres dan ook verplicht om het eenmalig bedrag op te nemen in het bedrijfsplan. Overigens, zelfs in het geval eiseres bij haar vergunningaanvraag hierover nog had kunnen twijfelen, had bij eiseres naar aanleiding van de brief van verweerder van 24 juni 2011 geen twijfel meer kunnen bestaan over hetgeen van haar werd verlangd. Bovendien heeft verweerder, anders dan eiseres stelt, bij het bestreden besluit duidelijk gemotiveerd waarom de eis gesteld mag worden dat het eenmalig bedrag in het bedrijfsplan moet worden opgenomen en dat het niet opnemen tot het niet in behandeling nemen van de aanvraag kan leiden.

De stelling van eiseres dat zij het eenmalig bedrag niet in het bedrijfsplan heeft verwerkt omdat de aanvraag volgens haar dan meteen zou worden afgewezen, berust op een onjuiste aanname, aangezien verweerder immers een ruime mate van beleids- en beoordelingsvrijheid bezit. Overigens is gesteld noch gebleken dat eiseres feitelijk gezien niet kon voldoen aan de eis om het eenmalig bedrag te verwerken in het bedrijfsplan.

14. Gelet op hetgeen hiervoor onder de randnummers 12 en 13 is overwogen, biedt het Fb en de Regeling AVT een toereikende wettelijke basis om de

aanvrager te verplichten zekerheid te stellen voor 1/6 deel van het eenmalig bedrag en voor de eis om het financieel instrument op te nemen in het bedrijfsplan.

15. Het standpunt van verweerder, dat de vraag over het al dan niet verbindend zijn van de Regeling VEB in het kader van de aanvraagprocedure niet aan de orde kan komen doch eerst nadat de frequentievergunning is verleend en vervolgens het eenmalig bedrag via een factuur (beschikking) wordt opgelegd, kan de rechtbank niet volgen. De rechtbank wijst daartoe op de nauwe samenhang tussen de gestelde eisen in de Regeling AVT en de vaststelling van het eenmalig bedrag in de Regeling VEB. Dit komt tot uiting in artikel 6 van de Regeling AVT (waarborg betaling financieel instrument), waarin ter zake van het eenmalig bedrag expliciet naar de Regeling VEB wordt verwezen. Met de vaststelling van de regeling VEB maakt verweerder bekend wat de hoogte van het eenmalig bedrag zal zijn. Hiermee wordt de inhoud van het eenmalig bedrag in zoverre reeds bepaald. Door deze vaststelling, die voor een potentiële gegadigde van groot belang is, wordt de rechtspositie van de potentiële vergunninghouders nader gepreciseerd. Nu bij de (beoordeling van het in behandeling nemen van de) vergunningaanvraag op grond van de Regeling AVT, hetgeen is vastgesteld in de Regeling VEB van zwaarwegend belang wordt geacht, maakt het eenmalig bedrag dus onlosmakelijk deel uit van de aanvraagprocedure. Gelet hierop is de rechtbank van oordeel dat reeds in het kader van die aanvraag de inhoud van de Regeling VEB, in het bijzonder de hoogte van een eenmalig bedrag, door middel van een exceptieve toets ter discussie kan worden gesteld. De rechtbank neemt daarbij ook in overweging dat als het standpunt van verweerder zou worden gevolgd, dit met zich zou brengen dat enkel de uiteindelijke vergunninghouder (immers, na ontvangst van de factuurbeschikking) de Regeling VEB eerst jaren later ter discussie kan stellen. De (overige) aanvragers zouden deze mogelijkheid niet hebben ofschoon de Regeling VEB directe en wezenlijke gevolgen kan hebben voor de vraag of de aanvraag in behandeling wordt genomen. Anders dan verweerder (veronder)stelt is het rechtsgevolg, dat in het kader van een beslissing met betrekking tot de aanvraagprocedure kan ontstaan als gevolg van het moeten betalen van de waarborgsom, gebaseerd op het eenmalig bedrag, en het tevens moeten verwerken van het eenmalig bedrag in het bedrijfsplan, bovendien niet gelijk te stellen met het rechtsgevolg dat ontstaat bij het besluit waarbij de vergunning wordt verleend of de factuur (tot betaling van het eenmalig bedrag) wordt verzonden. Ook gelet hierop bestaat er evenmin aanleiding de Regeling VEB in het kader van de

aanvraagprocedure niet exceptief te toetsen. De door verweerder aangehaalde jurisprudentie kan hier niet aan afdoen. Naast dat eiseres zich in dit geval met name richt op de verbindendheid van artikel 2 van de Regeling VEB (de hoogte van het verschuldigde eenmalig bedrag), zien de door verweerder genoemde uitspraken niet op gelijksoortige omstandigheden.

16. Gelet hierop dient het beroep van eiseres gegrond te worden verklaard en dient het bestreden besluit te worden vernietigd.

16.1 Met het oog op finale geschilbeslechting zal de rechtbank op grond van artikel 8:72, derde lid, van de Awb in het navolgende bezien of de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand kunnen blijven.

17. In dit verband ligt dan ook de vraag voor of de Regeling VEB, voor zover daarin de waarde van kavel A7 is bepaald op een bedrag van € 17.563.200,-, in strijd is met een hogere – algemeen verbindende – regeling of enig algemeen rechtsbeginsel.

17.1 Met het eenmalig bedrag is door de wetgever beoogd het optimaal gebruik van het frequentiespectrum door een vergunninghouder te verzekeren omdat de verkrijger zo een prikkel heeft rekening te houden met de economische waarde van de frequentieruimte.

17.2 Verweerder heeft in het verweerschrift en ter zitting (subsidiar) uitvoerig uitgelegd op welke wijze de hoogte van het eenmalig bedrag tot stand is gekomen. In dit kader is van belang dat verweerder bij het vaststellen van het eenmalig bedrag een niet geringe mate van beoordelingsvrijheid heeft. De rechtbank dient deze vrijheid te respecteren, tenzij verweerder bij het gebruikmaken van zijn bevoegdheid de grenzen, getrokken door algemeen verbindende voorschriften, algemene rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur, overschrijdt. Het gaat er dus om of verweerder in redelijkheid tot zijn keuze heeft kunnen komen. De wijze waarop verweerder van zijn beoordelingsruimte gebruik heeft gemaakt, dient door de rechtbank slechts marginaal te worden getoetst. Daarbij geldt tevens dat het CBb in haar uitspraak van 4 april 2007, LJN: BA2169, heeft uitgemaakt dat de vaststelling van het eenmalig bedrag onvermijdelijk dient te geschieden aan de hand van inschattingen en prognoses, die zoveel mogelijk op controleerbare feiten zijn gebaseerd en zijn uitgevoerd met behulp van transparante berekeningen. Ingevolge de jurisprudentie van het CBb, zie onder meer haar uitspraak van 3 mei 2006, LJN: AX0166,

is het bovendien aan eiseres om aannemelijk te maken dat de Regeling VEB onverbindend is.

17.3 De rechtbank acht het in dit verband van belang dat verweerder, alvorens hij de Regeling VEB heeft doen vaststellen, aan SEO heeft gevraagd een onderzoek te doen naar de economische waarde die de commerciële FM-vergunningen vertegenwoordigen. De onderzoeksresultaten zijn opgenomen in het rapport “Waarde commerciële radiovergunningen” van 28 april 2010 met een Addendum van maart 2011. SEO heeft de waarde van elke FM-vergunning voor landelijke commerciële radio bepaald door uit te gaan van een fictieve, gemiddeld efficiënte toetreder op dat kavel. Overeenkomstig die waarden heeft verweerder eenmalige bedragen opgelegd aan de houders van wie de vergunning is verlengd. Bij de vaststelling van het eenmalig bedrag voor kavel A7 is rekening gehouden met het feit dat op de frequenties van dat kavel sinds het voorjaar 2009 niet meer wordt uitgezonden en dat bij de aanvraag voor de vergunning voor kavel A7 een financieel bod moet worden uitgebracht. Door het eenmalig bedrag op 80% van de economische waarde vast te stellen, is enerzijds biedruimte gecreëerd, terwijl anderzijds een duidelijke indicatie van de economische waarde wordt gegeven. Tegelijkertijd werd met een eenmalig bedrag van 80% van de waarde beoogd een level playing field ten opzichte van de verlengde kavels te waarborgen. Voor die verlenging hebben de zittende vergunninghouders immers een financieel instrument van 100% van de waarde moeten betalen.

17.4 De kritiek van de door eiseres ingeschakelde deskundige Stratix op de berekeningen in deze rapportages komt er op neer dat SEO geen rekening zou hebben gehouden met het feit dat eiseres als nieuwkomer zal moeten concurreren met commerciële radiostations die hun frequenties na 2011 voortgezet zullen gebruiken, en die in het verleden al ruimschoots marktaandeel hebben verworven. Op basis van het rapport van Stratix en het daarbij behorende addendum meent eiseres dat het eenmalig bedrag op nul had moeten worden gesteld en dat het rapport van SEO niet bruikbaar is voor nieuwe toetreders.

Dit standpunt van eiseres is evenwel gebaseerd op een onjuist uitgangspunt. De hoofdvraag was immers “Wat is voor een toetreder een realistische waarde voor dit spectrum, uitgedrukt in een bedrag dat een vergunning vertegenwoordigt”. Anders dan eiseres en Stratix aannemen, heeft SEO een waarde berekend voor een gemiddeld efficiënte toetreder in een actieve marktsituatie. In het SEO-rapport worden zittende partijen onderscheiden van toetreders (paragraaf 4.1 SEO-rapport). SEO heeft een

waarderingmodel gehanteerd dat uitgaat van de situatie waarbij een hypothetische, efficiënte toetreder een bestaande markt betreedt, waarop dus al gevestigde marktpartijen actief zijn. SEO heeft dat model ontwikkeld op basis van feitelijke gegevens over en van bestaande spelers en spelers die inmiddels de markt hebben verlaten. De modelschattingen zijn voorts gebaseerd op cijfers van stations die langer of korter actief zijn. In het SEO-rapport is bovendien rekening gehouden met de situatie dat een toetreder lagere kasstromen zal genereren omdat hij nog geen luisterpubliek aan zich heeft gebonden. In het SEO-rapport (paragraaf 3.4) is aangegeven dat de waarde van een kavel bepaald kan worden met de zogenaamde kasstroombenadering op basis van de inkomsten die een vergunninghouder er realiter mee kan genereren, minus de kosten (inclusief reclamekosten) die hij daarvoor moet maken. Om per vergunning te komen tot een realistische waarde, is daarom bepaald wat de verdien capaciteit van die vergunning is en wat de kosten zijn die gemaakt zullen worden om die inkomsten te genereren. Het toegepaste model is dus wel degelijk geschikt voor het bepalen van het verdienpotentieel van een toetreder in een bestaande marktsituatie. De berekening van eiseres, waarop zij haar standpunt baseert dat kavel A7 verliesgevend zal zijn, is gebaseerd op een onjuiste uitleg van het SEO-rapport. Stratix heeft op basis van die verkeerde uitleg het SEO-rapport gecorrigeerd. Dit is echter een onjuiste correctie, omdat toetreding tot een actieve markt reeds in het SEO-rapport besloten lag. Hierdoor mist de berekening van Stratix feitelijke grondslag.

Naast dat een waarde van nul euro niet geloofwaardig is, heeft Stratix ook overigens in het geheel niet onderbouwd noch aannemelijk gemaakt dat de waarde van kavel A7 nul euro bedraagt. Eiseres stelt slechts dat de ingebruikneming van kavel A7 niet aansluit op de afloop van een vorige vergunning zodat de luisteraars niet meer gewend zijn aan afstemming op de frequenties van A7. Eiseres heeft evenwel geen enkele berekening gegeven of een onderzoeksresultaat overgelegd die haar stellingen zou kunnen staven.

In dit verband is verder van belang dat de wetgever met de totstandkoming van de Tw en de Wet financieel instrument (TK 2000/2001, 27607, nr 3, p. 1) wenste te voorkomen dat vergunningen die grote economische waarde hebben, niet optimaal worden gebruikt omdat ze gratis worden verleend. Hieruit volgt dat wat eiseres hoopt te bereiken, namelijk het verkrijgen van een frequentie zonder dat daarvoor de economische waarde wordt vergoed, niet het doel is dat de wetgever heeft beoogd. De aanvrager

moet in staat zijn om de economische waarde van een frequentie te vergoeden.

17.5 Naar het oordeel van de rechtbank is bij de waardebepaling van de frequentievergunning voor kavel A7 door verweerder een zorgvuldige en transparante procedure gevolgd. De onderzoekers hebben uitgebreid achtergrondonderzoek verricht en zich onder meer vergewist van de economisch en de juridisch relevante aspecten. Verweerder heeft binnen de door de wet gestelde grenzen voldoende gedaan om inzicht te verschaffen. Er is meerdere keren overleg gevoerd met de markt. Ook is relevante financiële informatie opgevraagd bij de zittende vergunninghouders. Voorts is de onderzoeksmethodiek in concept voorgelegd aan de commerciële omroepen en is er een openbare voorbereidingsprocedure gevolgd. Bovendien is bij de vaststelling van het eenmalig bedrag voor kavel A7 rekening gehouden met het feit dat bij de aanvraag voor de vergunning voor dat kavel een financieel bod moet worden uitgebracht. Door het eenmalig bedrag op 80% van de in het onderzoek bepaalde economische waarde vast te stellen, wordt biedruimte gecreëerd.

17.6 Op grond van het vorenstaande, de inhoud van de gedingstukken en het verhandelde ter zitting, bestaan er naar het oordeel van de rechtbank geen aanwijzingen dat verweerder zich bij de vaststelling van de Regeling VEB in redelijkheid niet op de voornoemde rapportages van de SEO heeft mogen baseren. Evenmin is de Regeling VEB onverbindend te achten wegens strijd met artikel 13 van de Machtigingsrichtlijn (Richtlijn 2002/20/EG), waarin kort gezegd is opgenomen dat vergoedingen objectief gerechtvaardigd, transparant en niet-discriminerend zijn en in verhouding staan tot het beoogde doel, en/of het vereiste in artikel 3.3a, tweede lid, van de Tw.

17.7 Verweerder heeft derhalve op grond van een gedegen en uitvoerig onderzoek, zoals dat door SEO, TNO en IVIR is gedaan, en op basis van de financiële en economische stand van zaken in die tijd, in redelijkheid kunnen komen tot de vaststelling van het eenmalig bedrag voor kavel A7 op een bedrag van € 2.916.667. Eiseres heeft niet aannemelijk gemaakt dat de waarde van dat kavel nul euro bedraagt.

17.8 De rechtbank komt dan ook tot de slotsom dat de beroepsgronden van eiseres niet kunnen leiden tot het oordeel dat de Regeling VEB in strijd is met een hogere regeling en een toetsing aan de algemene rechtsbeginselen niet zou kunnen doorstaan.

18. Het betoog van eiseres dat verweerder in het geheel geen (belangen)afweging heeft gemaakt als bedoeld in artikel 4:5 van de Awb, kan evenmin slagen. Eiseres heeft van de vereiste waarborgsom slechts 1 euro betaald. Daarmee heeft zij, ook nadat haar de mogelijkheid was geboden om het verzuim te herstellen, niet voldaan aan de eisen zoals gesteld in de Regeling AVT. Daarbij is bepaald dat, bij het niet voldoen aan de vereiste waarborgsom, verweerder kan besluiten de aanvraag niet in behandeling te nemen. Naar het oordeel van de rechtbank heeft verweerder in redelijkheid kunnen overwegen dat het level playing field zal worden verstoord indien een aanvrager niet en de anderen wel een waarborgsom hoeven te betalen. Voorts zijn er wellicht, naast partijen die eveneens een aanvraag hebben ingediend, ook partijen die geen aanvraag hebben ingediend, maar die dit wel zouden hebben gedaan indien zij tevoren hadden geweten dat zij geen waarborgsom behoeften te betalen. Dat de voorwaarden voor alle partijen dezelfde dienen te zijn, vloeit voort uit de artikelen 5 en 7 van de Machtigingsrichtlijn.

Daarnaast heeft eiseres ook niet voldaan aan de in de Regeling AVT gestelde eis dat het eenmalig bedrag in het bedrijfsplan moet worden verwerkt. Het bedrijfsplan heeft als doel om een betrouwbare prognose voor de toekomst te geven met betrekking tot de financiële positie van de aanvrager. De bedragen van de waarborgsom en het eenmalig bedrag dienen daarom in het bedrijfsplan verwerkt te worden. Het gegeven dat volgens eiseres het eenmalig bedrag tot een negatief resultaat zou leiden, doet hier niet aan af. Als dat immers een reden zou zijn om af te wijken van de Regeling AVT en om de aanvraag in behandeling te nemen, zou ook op dat punt strijd ontstaan met het gelijkheidsbeginsel. Van een onjuiste en onevenredige belangenafweging is niet gebleken.

19. Het vorenstaande brengt de rechtbank tot het oordeel dat verweerder, mede in het licht van hetgeen is overwogen in r.o.14, op basis van deze belangenafweging in redelijkheid heeft kunnen besluiten om de aanvraag van eiseres niet in behandeling te nemen. De rechtbank zal daarom de rechtsgevolgen van het vernietigde bestreden besluit in stand laten.

20. Het beroep is gegrond. De rechtbank ziet aanleiding verweerder te veroordelen in de door eiseres gemaakte proceskosten. Met toepassing van het Besluit proceskosten bestuursrecht zal het gewicht van de zaak worden bepaald op 2 (zeer zwaar) en zal voor de door de derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand (het indienen van een beroepschrift en het verschijnen ter zitting) 2 punten van € 472,-

per punt worden toegekend. Ter zake van het verzoek van [naam] om vergoeding van verletkosten ten bedrage van € 106,18, heeft de rechtbank geconstateerd dat [naam] grootaandeelhouder is van eiseres. Hij heeft zich niet als partij gesteld, en ook niet als vertegenwoordiger van eiseres. De rechtbank houdt het er daarom voor dat hij als belangstellende de zitting heeft bijgewoond. Op grond hiervan is de rechtbank van oordeel dat een proceskostenveroordeling met betrekking tot deze kosten achterwege moet blijven, zodat zij niet tot vergoeding van deze kosten overgaat (vergelijk: ABRvS 21 maart 2012, 201107612/1/A1, LJN: BV9511). De rechtbank wijst er ten slotte op dat verweerder het door eiseres betaalde griffierecht van € 302,- dient te vergoeden.

Beslissing

De rechtbank:

- verklaart het beroep gegrond,
- vernietigt het bestreden besluit,
- bepaalt dat de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit geheel in stand blijven,
- bepaalt dat verweerder aan eiseres het betaalde griffierecht van € 302,- vergoedt,
- veroordeelt verweerder in de proceskosten tot een bedrag van € 1888,-, te betalen aan eiseres.

Rb Rotterdam 26 april 2013, zaaknummer: ROT 12/3575, ECLI:NL:RBROT:2013:CA0339

Uitspraak van de meervoudige kamer van 8 mei 2013 in de zaak tussen
Quality RTV B.V. te Utrecht, eiseres, gemachtigde:
drs. R. Poeze,
en
de minister van Economische Zaken (Agentschap
Telecom), verweerder, gemachtigde: mr. O.F.V. de
Bruijne.

Procesverloop

Bij besluit van 29 februari 2012 (het primaire besluit) heeft verweerder het verzoek van eiseres om een betalingsregeling afgewezen. Bij besluit van 3 juli 2012 (het bestreden besluit) heeft verweerder het bezwaar van eiseres gegrond verklaard, het primaire besluit herroepen en bepaald dat eiseres een openstaande factuur van 9 december 2011 onmiddellijk en volledig dient te voldoen. Eiseres heeft tegen het bestreden besluit beroep ingesteld. Verweerder heeft een verweerschrift ingediend. Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 11 maart 2013. Eiseres heeft zich laten

vertegenwoordigen door haar gemachtigde. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. M. Smit, mr. drs. R.A. Diekema, mr. E.P. Koorstra en mr. E.M. Hendriks.

Overwegingen

1. Bij besluiten van 22 juli 2011 heeft verweerder drie middengolfvergunningen voor commerciële radio-omroep, waarvan eiseres houdster was (de kavels C05, C07 en C09), verlengd tot 1 september 2017. Bij de factuur van 9 december 2011 heeft verweerder de toezichtskosten over 2011 en de verlengingskosten voor de kavels C05, C07 en C09 bij eiseres in rekening gebracht. Op 23 februari 2012 heeft eiseres verzocht om een betalingsregeling. Eiseres heeft daarbij voorgesteld om in 2012 € 2.000,- te betalen, vanaf 2013 tot en met 2016 € 600,- per jaar en in 2017 € 548,75. Bij het primaire besluit heeft verweerder het verzoek van eiseres afgewezen. Bij het bestreden besluit heeft verweerder het primaire besluit herroepen, onder de overweging dat in het besluit ten onrechte niet was ingegaan op de onderbouwing die aan het verzoek ten grondslag was gelegd: de verwijzing naar de situatie van Crosspoints B.V. en Rokit B.V. Verweerder is hierop in het bestreden besluit ingegaan, en heeft zich vervolgens op het standpunt gesteld dat eiseres gehouden is de factuur van 9 december 2011 (alsnog) onmiddellijk te betalen.
2. Niet in geschil is dat eiseres het verschuldigde bedrag, dat ten grondslag ligt aan het onderhavige geding, inmiddels heeft betaald. Eiseres heeft de verschuldigdheid van het bedrag niet betwist. De rechtbank ziet zich dan ook gesteld voor de vraag of eiseres nog een (proces)belang heeft bij een inhoudelijk oordeel.
3. Ter zitting heeft eiseres desgevraagd aangegeven dat zij het verschuldigde bedrag heeft kunnen betalen zonder een beroep te moeten doen op derden en dat het voortbestaan van haar onderneming door de betaling niet in gevaar is gekomen, maar dat een gespreide betaling wel wenselijk zou zijn geweest. Daar heeft zij aan toegevoegd dat zij bij vernietiging van het bestreden besluit niet om terugbetaling van het door haar betaalde bedrag zal verzoeken. Volgens eiseres is haar belang er in gelegen dat de rechtbank oordeelt over het feit dat verweerder eiseres met intrekking van de vergunning heeft gedreigd, terwijl de procedure tegen de weigering van een betalingsregeling nog liep.
4. Nu eiseres te kennen heeft gegeven dat zij zich bij de betaling heeft neergelegd, is er geen sprake meer van een procesbelang. Een oordeel van de rechtbank over de mogelijke gevolgen van niet-betaling heeft voor de door eiseres gedane betaling immers geen betekenis meer.
5. Uit het bovenstaande volgt dat het beroep niet-ontvankelijk is.

6. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

De rechtbank verklaart het beroep niet-ontvankelijk.

Rb Rotterdam 26 april 2013, zaaknummer: ROT 12/440, ECLI:NL:RBROT:2013:CA0348

Verlenging middengolf vergunning(en) voor commerciële radio-omroep. Koppeling per 1 september 2011 van frequentieruimte ter stimulering van digitale radio. Het feit dat eiseres geen rechtsmiddelen heeft ingesteld tegen het Nationaal Frequentieplan 2005 brengt niet met zich mee dat de toepassing van het NFP bij de vergunningverlening niet meer aan de orde kan komen. De bezwaren van eiseres, voor zover gericht tegen de koppeling- en digitaliseringsverplichting zijn ten onrechte niet-ontvankelijk verklaard. De rechtbank voorziet zelf in de zaak en verklaart, na een exceptieve toetsing, deze bezwaren ongegrond. De zogenoemde uitrolverplichting acht de rechtbank niet onevenredig.

Uitspraak van de meervoudige kamer van 8 mei 2013 in de zaak tussen Quality RTV B.V., te Utrecht, eiseres, gemachtigde: mr. H.W.J. Lambers en de minister van Economische Zaken (Agentschap Telecom), verweerder.

Procesverloop

Bij besluiten van 22 juli 2011 (de primaire besluiten) heeft verweerder de middengolf vergunningen van eiseres voor commerciële radio-omroep voor de kavels C05, C07 en C09 deels gewijzigd en verlengd tot 1 september 2017 en daarnaast aan eiseres een vergunning verleend voor digitale radio-omroep (T-DAB) voor 1/18 deel van de capaciteit in allotment 8A (digitaal frequentieblok) en deze gekoppeld aan de vergunning voor kavel C05.

Bij besluit van 19 januari 2012 (het bestreden besluit) heeft verweerder de bezwaren van eiseres, voor zover gericht tegen de koppeling- en digitaliseringsverplichting niet-ontvankelijk, en voor het overige ongegrond verklaard.

Eiseres heeft tegen het bestreden besluit beroep ingesteld.

Bij besluit van 19 juni 2012 heeft verweerder alsnog aan de vergunning voor kavel C07 de verplichting verbonden dat het financieel bod (uit 2003) volledig dient te worden voldaan. Eiseres heeft hiertegen bezwaar gemaakt. Verweerder heeft het

bezwaarschrift ter behandeling als beroepschrift doorgezonden aan de rechtbank.

Verweerder heeft een verweerschrift ingediend en nadien nog aangevuld.

Eiseres heeft een nadere reactie ingediend.

Desgevraagd heeft verweerder zijn verweerschrift nogmaals aangevuld.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 11 maart 2013. Eiseres heeft zich laten vertegenwoordigen door drs. R. Poeze, algemeen directeur van eiseres. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. M. Smit, mr. drs. R.A. Diekema, mr. E.P. Koorstra en mr. E.M. Hendriks.

Overwegingen

Feiten en omstandigheden

1. In 2005 heeft verweerder het Nationaal Frequentieplan 2005 (NFP) vastgesteld. In het najaar van 2009 is de Taskforce Regionale Digitalisering gestart. Het doel van deze taskforce was een doelmatige exploitatie van het bovenregionale kavel voor digitale radio-omroep te verkennen. Het bovenregionale kavel is bestemd voor niet-landelijke commerciële en middengolfvergunninghouders en regionale publieke omroepen. Eiseres nam deel aan de Taskforce Regionale Digitalisering. De verkenning heeft uiteindelijk geleid tot wijziging van het NFP. De wijziging heeft betrekking op de frequentieruimte voor analoge radio-omroep en digitale radio-omroep. Deze frequentieruimte is voor de periode van 2011-2017 gekoppeld, doordat de uitgifte van vergunningen voor digitale omroep is gekoppeld en tegelijkertijd heeft plaatsgevonden met de uitgifte (een verlenging op aanvraag daaronder begrepen) van de analoge vergunningen voor commerciële landelijke FM- en middengolffrequenties. Deze wijziging werd ingegeven door de wens om een overgang te realiseren van analoge naar digitale radio, waarna de analoge etherradio zou worden afgeschakeld indien voldoende luisteraars gebruik zouden maken van digitale etherradio. Deze wijziging is voorbereid met toepassing van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure. Eiseres heeft in die procedure geen zienswijze ingediend. Bij besluit van 16 februari 2011 is het NFP 2005 gewijzigd (Stcrt. 2011, 2948). Op 24 juni 2011 heeft eiseres een aanvraag ingediend om verlenging van drie aan haar verleende middengolfvergunningen voor commerciële radio-omroep (de kavels C05, C07 en C09) en verlening van een vergunning voor digitale radio-omroep. Bij besluiten van 22 juli 2011 heeft verweerder de gevraagde vergunningen verleend.

Wettelijk kader

2. Op grond van artikel 3.1, eerste lid, van de Telecommunicatiewet (Tw) stelt Onze Minister, in overeenstemming met het gevoelen van de

ministerraad, een frequentieplan vast, dat in ieder geval de verdeling van frequentieruimte over te onderscheiden bestemmingen alsmede over categorieën van gebruik bevat. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld ten aanzien van de inrichting van het frequentieplan.

Op grond van artikel 3.3, eerste lid, van de Tw is voor het gebruik van frequentieruimte een vergunning vereist van Onze Minister welke op aanvraag kan worden verleend.

3. Op grond van artikel 9, eerste lid, van het Frequentiebesluit (Fb) kan Onze Minister een vergunning die is verleend door middel van een veiling of een vergelijkende toets niet verlengen, tenzij het algemeen maatschappelijk, cultureel of economisch belang verlenging naar het oordeel van Onze Minister vordert of verlenging naar het oordeel van Onze Minister van belang is voor de bevordering van de overgang van analoge naar digitale techniek, mits de aanvraag om verlenging uiterlijk een jaar, doch niet eerder dan twee jaar voor het tijdstip waarop de periode waarvoor de vergunning is verleend, is verstrekt, is ontvangen door Onze Minister. Bij regeling van Onze Minister kan voor nader bepaalde vergunningen een afwijkende periode worden bepaald waarbinnen het verzoek tot verlenging moet worden ontvangen.

Op grond van artikel 9, derde lid, van het Fb kunnen in het geval een vergunning wordt verlengd de aan de vergunning verbonden voorschriften en beperkingen worden gewijzigd en kunnen nieuwe voorschriften en beperkingen aan de vergunning worden toegevoegd.

Op grond van artikel 9, vierde lid, van het Fb kunnen bij ministeriële regeling inzake de verlenging van vergunningen nadere regels worden gesteld. Deze regels kunnen per te verlenen vergunning verschillen.

Op grond van artikel 11, derde lid, van het Fb kunnen, voor zover de aard, de omvang of het maatschappelijk belang van de vergunning daartoe naar het oordeel van Onze Minister aanleiding geeft, naast de eisen genoemd in het eerste lid bij ministeriële regeling tevens de eisen worden gesteld bedoeld in artikel 6, tweede en derde lid, en kunnen voorts regels worden gesteld in het belang van een evenwichtige verdeling dan wel een doelmatig gebruik van frequentieruimte.

Op grond van artikel 16, eerste lid, aanhef en onder a, van het Fb kunnen de aan een vergunning te verbinden voorschriften en beperkingen slechts betrekking hebben op het doelmatig gebruik van de toegewezen frequentieruimte.

Op grond artikel 16, tweede lid, van het Frequentiebesluit kunnen de in het eerste lid, onderdeel a, bedoelde voorschriften en beperkingen onder meer betrekking hebben op de termijn waarop en het

geografisch gebied waarbinnen de in het eerste lid, onderdeel g, bedoelde diensten moeten worden aangeboden.

4. Op grond van artikel 2, eerste lid, van de Regeling verlenging en digitalisering commerciële radio-omroep middengolf en niet-landelijke FM (Regeling) wordt een aanvraag om een verlenging van een FM- of een middengolfvergunning tot en met 31 augustus 2017 ingediend bij de minister.

Op grond van artikel 2, zesde lid, aanhef en onder a, van de Regeling maakt de aanvrager bij de aanvraag per te verlengen FM- of middengolfvergunning kenbaar of hij voldoet en blijft voldoen aan de in nationale voetnoot 004 van het Nationale Frequentieplan 2005 bedoelde koppeling door middel van een vergunning voor digitale radio-omroep overeenkomstig artikelen 6 en 7.

Op grond van artikel 6, eerste lid, van de Regeling is voor een houder van een FM- of een middengolfvergunning, uitgezonderd een houder van een middengolfvergunning als bedoeld in artikel 2, achtste lid, voor het verkrijgen van een vergunning een achttiende deel van de capaciteit van de allotment, die overeenkomstig bijlage 3 is gekoppeld aan de desbetreffende FM- of middengolfvergunning, beschikbaar voor het gelijktijdig uitzenden van de radioprogramma's die worden uitgezonden met gebruikmaking van de FM-vergunning respectievelijke de middengolfvergunning, behoudens het bepaalde in artikel 8, tweede lid.

Op grond van artikel 8, eerste lid, van de Regeling wijst de minister, indien de aanvraag bedoeld in artikel 2, eerste lid, wordt toegewezen, gelijktijdig de aanvraag voor een vergunning voor digitale radio-omroep toe.

Standpunt van eiseres

5. Eiseres stelt dat de beperking die aan haar analoge vergunningen is gesteld in de vorm van de digitale vergunning, en meer specifiek de daarin opgenomen simulcast- en uitrolverplichting, een investering vraagt die onredelijk, disproportioneel en ondoelmatig is. In dat verband wijst eiseres erop dat uit het onderzoek van SEO Economisch Onderzoek (SEO) van 28 april 2010 met de titel "Waarde commerciële radiovergunningen" blijkt dat met de exploitatie van middengolfkavels geen positief resultaat gehaald kan worden. Volgens eiseres is de digitaliseringsverplichting dan ook in strijd met het digitaliseringsbeleid, de Telecommunicatiewet, het Europese recht (Kaderrichtlijn en Machtigingsrichtlijn) en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het gelijkheidsbeginsel. De beoogde transitie van analoge radio naar digitale radio kan dan ook niet met het opleggen van de voorwaarden worden bereikt en leidt bovendien tot concurrentievervalsing, nu de verplichting niet is opgelegd aan de gesubsidieerde publieke omroepen.

Eiseres heeft zich voorts op het standpunt gesteld dat de aan haar opgelegde uitroloplicht onredelijk is. Ten slotte heeft eiseres zich verzet tegen het wijzigingsbesluit van 19 juni 2012.

Beoordeling

6. De onderhavige vergunningen zijn verleend volgens de procedure als geregeld in de Regeling en met in achtneming van het bepaalde in het (gewijzigde) NFP. Deze wijziging vond plaats in verband met het verlengings- en digitaliseringsbeleid commerciële omroep. In het NFP (in het bijzonder in de voetnoten HOL004 en HOL006) is geregeld dat de commerciële middengolfband alleen bestemd is voor vergunninghouders die in het bezit zijn van een eigen vergunning voor digitale radio-omroep dan wel een doorgifte-overeenkomst hebben gesloten voor digitale omroep. In de toelichting bij het gewijzigde NFP is vermeld dat een belangrijk onderdeel van het beleid analoge en digitale etherradio is dat houders van vergunningen voor analoge radioprogramma's simultaan analoog en digitaal dienen uit te zenden, middels de gekoppelde (per 1 september 2011) frequentieruimte.

7. Het betoog van verweerder dat de omstandigheid dat eiseres geen rechtsmiddelen heeft ingesteld tegen de wijziging van het NFP en dat het NFP rechte onaanstabaar is geworden, brengt niet met zich dat de toepassing van het NFP bij de vergunningverlening niet meer aan de orde kan komen. Zoals ook volgt uit de uitspraak van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CBb) van 30 oktober 2008, LJN: BG3832, rechtsverweging 6.1.4, ziet verweerder eraan voorbij dat de bepalingen van het NFP eerst door de verlening van de vergunning rechte hun werking krijgen binnen de door de vergunning bepaalde rechtsbetrekking tussen verweerder en eiseres ter zake van het gebruik van de onderhavige frequentieruimte, en dat in zoverre eerst bij de vergunningverlening voor eiseres concrete rechtsgevolgen ontstaan.

7.1 Hieruit volgt dat het beroep van eiser, voor zover verweerder zijn bezwaar niet-ontvankelijk heeft verklaard, slaagt. Het bestreden besluit komt in zoverre voor vernietiging in aanmerking.

7.2 Met het oog op een definitieve beslechting van dit geschil zal de rechtbank onderzoeken of zij op dit onderdeel zelf in de zaak kan voorzien.

7.3 Hoewel het NFP rechte onaanstabaar is geworden, neemt dat niet weg dat de bepalingen van het NFP mogelijk als gevolg van een zogenoemde exceptieve toetsing buiten toepassing zouden moeten blijven. Daarvan is sprake als een of meerdere bepalingen van het NFP wegens strijd met een hogere rechtsregel en/of een of meerdere beginselen van behoorlijk bestuur buiten toepassing dienen te blijven.

7.4 Uit hetgeen eiseres naar voren heeft gebracht blijkt niet van strijd van het NFP met enig algemeen verbindend voorschrift, terwijl evenmin is gebleken van strijd met enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. In de motivering behorend bij de verlengingsbeschikking heeft verweerder, onder verwijzing naar zijn digitaliseringsbeleid, aangegeven dat transitie van analoge naar digitale radio wenselijk is. In het aanvullend verweerschrift van 28 februari 2013 heeft verweerder nader gewezen op de voordelen van digitale radio boven analoge middengolffuitzendingen, te weten: betere kwaliteit, meer kanalen, groter en langdurig bereik, en lagere distributiekosten. Verweerder heeft daarmee overtuigend gemotiveerd dat digitalisering doelmatig is, zodat van strijd met enig algemeen verbindend voorschrift geen sprake is, terwijl onder deze omstandigheden evenmin tot het oordeel kan worden gekomen dat er sprake is van kennelijk onredelijke of onevenwichtige besluitvorming. Dat de in het NFP gemaakte keuzes mogelijk voor een individuele vergunninghouder, zoals eiseres, bezwaarlijk zijn, maakt dit niet anders. Daarnaast kan van de gestelde strijd met het gelijkheidsbeginsel geen sprake zijn vanwege de bijzondere, in artikel 3.3, tweede en derde lid, van de Tw vastgelegde, positie van de publieke omroep. Dit is een andere positie, gezien de specifieke taken die aan deze omroep zijn toevertrouwd, dan die van eiseres als houder van vergunningen voor commerciële radio-omroep.

7.5 De bezwaren die door verweerder niet-ontvankelijk zijn verklaard, zijn daarom ongegrond.

8. Ten aanzien van de uitroloverplichting stelt de rechtbank vast dat eiseres eerst per 1 september 2015 verplicht is om digitaal uit te zenden in een beperkt gebied voor slechts één vergunning, zodat deze uitroloverplichting, bij een looptijd van de drie vergunningen tot 1 september 2017, bezwaarlijk als onevenredig kan worden gekwalificeerd. Deze beroepsgrond slaagt daarom niet.

9. Ten aanzien van het wijzigingsbesluit van 19 juni 2012 overweegt de rechtbank het volgende.

9.1 Ter zitting heeft eiseres desgevraagd aangegeven dat zij het verschuldigde bedrag heeft kunnen betalen zonder een beroep te moeten doen op derden en dat het voortbestaan van haar onderneming door de betaling niet in gevaar is gekomen, maar dat een gespreide betaling wel wenselijk zou zijn geweest. Daar heeft zij aan toegevoegd dat zij bij vernietiging van het bestreden besluit niet om terugbetaling van het door haar betaalde bedrag zal verzoeken. Volgens eiseres is haar belang bij een oordeel van de rechtbank er in gelegen dat de rechtbank oordeelt over het feit dat verweerder eiseres met intrekking van de vergunning heeft bedreigd, terwijl de procedure tegen de weigering van een betalingsregeling nog liep.

9.2 Nu eiseres te kennen heeft gegeven dat zij zich bij de betaling heeft neergelegd, is er geen sprake meer van een procesbelang. Een oordeel van de rechtbank over de mogelijke gevolgen van niet-betaling heeft voor de door eiseres gedane betaling immers geen betekenis meer.

10. Omdat de rechtbank het beroep (gedeeltelijk) gegrond verklaart, bepaalt de rechtbank dat verweerder aan eiseres het door haar betaalde griffierecht vergoedt.

11. De rechtbank veroordeelt verweerder in de door eiseres gemaakte proceskosten. Deze kosten stelt de rechtbank op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand vast op € 472,-- (1 punt voor het indienen van het beroepschrift, met een waarde per punt van € 472,-- en een wegingsfactor 1).

Beslissing

De rechtbank:

- verklaart het beroep, voor zover verweerder de bezwaren van eiseres niet-ontvankelijk heeft verklaard, gegrond,
- vernietigt het bestreden besluit in zoverre,
- verklaart deze bezwaren alsnog ongegrond,
- bepaalt dat haar uitspraak in zoverre in de plaats treedt van het vernietigde deel van het bestreden besluit,
- verklaart het beroep, voor zover gericht tegen het wijzigingsbesluit van 19 juni 2012, niet-ontvankelijk,
- verklaart het beroep voor het overige ongegrond,
- bepaalt dat verweerder aan eiseres het betaalde griffierecht van € 310,-- vergoedt,
- veroordeelt verweerder in de proceskosten tot een bedrag van € 472,-- , te betalen aan eiseres.

Rb Rotterdam 16 mei 2013, zaaknummer: ROT 12/1528, ECLI:NL:RBROT:2013:CA0361

Uitspraak van de meervoudige kamer van 16 mei 2013 in de zaak tussen

Joulz B.V., gevestigd te Rotterdam, eiseres,
gemachtigde: mr. A.M. Klunne,
en

de minister van Economische Zaken, Agentschap
Telecom, verweerder,
gemachtigde: mr. S. Hamstra.

Procesverloop

Bij besluit van 28 oktober 2011 (het primaire besluit) heeft verweerder aan eiseres twee bestuurlijke boetes opgelegd ter hoogte van € 40.000,- ieder en een last onder dwangsom ter hoogte van € 80.000,- per geconstateerde overtreding per week, met een

maximum van € 400.000,-, in verband met een tweetal overtredingen van artikel 2, tweede en derde lid, van de Wet informatie-uitwisseling ondergrondse netten (WION) in [plaats 1] en [plaats 2].

Bij besluit van 1 maart 2012 (het bestreden besluit I) heeft verweerder de bezwaren van eiseres, voor zover deze zijn gericht tegen de opgelegde boete van € 40.000,- voor de overtreding in [plaats 1], gegrond verklaard en de boete gematigd naar € 0,-.

De bezwaren ten aanzien van de opgelegde boete van € 40.000,- voor de overtreding in [plaats 2] en de (hoogte van de) opgelegde last onder dwangsom, heeft verweerder ongegrond verklaard.

Bij brief van 4 april 2012 heeft eiseres tegen het bestreden besluit I beroep ingesteld.

Verweerder heeft op 10 mei 2012 een verzoekschrift ingediend.

Eiseres heeft nadere stukken ingediend.

Bij besluit van 28 februari 2013 (het bestreden besluit II) heeft verweerder het bestreden besluit I ingetrokken en de bezwaren van eiseres gegrond verklaard, in die zin dat de opgelegde boete van € 40.000,- voor de overtreding in [plaats 1] wordt gematigd naar € 0,-, de opgelegde boete van € 40.000,- voor de overtreding in [plaats 2] wordt gematigd naar € 25.000,- en de opgelegde last onder dwangsom wordt ingetrokken.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 18 maart 2013. Namens eiseres zijn verschenen [namen], bijgestaan door haar gemachtigde en [naam]. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door zijn gemachtigde, bijgestaan door [naam].

Overwegingen

1. Uit de stukken - voor zover thans nog van belang - is het volgende gebleken.

Op 20 mei 2011 heeft een toezichthouder, werkzaam bij verweerder, naar aanleiding van een steekproefcontrole een onderzoek ingesteld ter controle op de naleving van de bepalingen bij of krachtens de WION. Geconstateerd werd dat ter hoogte van de [straatnaam] te [plaats 2] met een graafmachine een sleuf van ongeveer tien meter in de ondergrond was gemaakt. Uit de ter plaatse door de uitvoerder overgelegde graafmelding en het kaartmateriaal bleek dat de graafwerkzaamheden buiten het opgegeven graafpolygoon werden uitgevoerd zonder dat daarvoor, voorafgaand aan de werkzaamheden, een graafmelding op grond van artikel 2, derde lid, van de WION was gedaan. Het ontbreken van een geldige graafmelding is het gevolg van een communicatiefout tussen eiseres en de opdrachtgever voor de werkzaamheden, [naam opdrachtgever]. Nu vóór aanvang van de, onder de verantwoordelijkheid van eiseres uitgevoerde, werkzaamheden geen

(geldige) graafmelding is gedaan, heeft zij artikel 2, tweede lid en derde lid, onder a, van de WION overtreden.

2. Bij het bestreden besluit I heeft verweerder de voor deze overtreding opgelegde boete van € 40.000,- gehandhaafd.

3. Eiseres voert in beroep aan dat verweerder ter onderbouwing van de hoogte van de boete verwijst naar de Tarieflijst Boetenormbedragen 'WION', waarin richtbedragen per overtreding worden vermeld. Nu deze Tarieflijst een interne richtlijn betreft, die niet is aan te merken als een beleidsregel in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), kan er niet mee worden volstaan korthedshalve daarnaar te verwijzen, maar dienen bij het opleggen van een boete alle relevante omstandigheden van het geval in de afweging tot de oplegging van de boete te worden meegenomen en moet deze worden gemotiveerd.

Voorts voert eiseres aan dat de WION als doel heeft om graafschades te voorkomen. Verweerder stelt zich op het standpunt dat, doordat geen graafmelding is gedaan en er buiten het polygoon is gegraven, niet afdoende is zeker gesteld dat er zicht was op de loop van de kabels en leidingen ter plaatse, waardoor schade kon ontstaan. Verweerder gaat hiermee echter voorbij aan het feit dat het verloop van de leidingen logischerwijs volgde uit het polygoon, dat op het moment van de graafwerkzaamheden wel aanwezig was en aan het feit dat het verloop van de leidingen eerst door middel van het handmatig blootleggen van de leidingen door eiseres was vastgesteld. De precieze ligging van de leidingen was dus wel degelijk duidelijk, voordat werd overgegaan tot het machinaal graven.

Verweerder hanteert voor het vaststellen van de hoogte van de boete enkel de Tarieflijst en gaat zo voorbij aan de omstandigheid dat in dit geval feitelijk geen sprake is geweest van een verhoogd risico op graafschade. Tevens wordt voorbijgegaan aan de oorzaak van de overtreding, namelijk het per abuis en dus niet opzettelijk net buiten het polygoon graven. Gelet hierop kan niet worden gezegd dat de opgelegde boete evenredig is aan het door de wetgever beoogde doel: het risico op graafschade voorkomen. Het besluit dient dan ook wegens strijd met het in artikel 3:4 van de Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel te worden vernietigd, dan wel dient de boete te worden gematigd.

4. Bij het bestreden besluit II heeft verweerder naar aanleiding van de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) van 26 september 2012, LJN: BX8278, opnieuw beslist op het bezwaarschrift van eiseres van 5 december 2011.

Verweerder overweegt thans dat, nu eiseres voor aanvang van het verrichten van de graafwerkzaamheden voor een deel van het graafgebied geen melding heeft gedaan, zij niet beschikte over het volledige kaartmateriaal met daarop alle kabels en leidingen op de graaflocatie. Desondanks is eiseres buiten het graafpolygoon gaan graven. De omstandigheid dat wel een melding was gedaan voor andere graafwerkzaamheden en dat op die kaart een klein deel van de [straat] zichtbaar was, doet daaraan niets af. De [straat] lag duidelijk buiten het graafpolygoon, waardoor er geen zicht was op mogelijke kabels en leidingen ter plaatse. De aanname van eiseres dat de leidingen "wel in het verlengde zullen liggen" is niet afdoende om te kunnen spreken van boeteverlagende omstandigheden, dan wel van een omstandigheid die ertoe zou leiden dat minder risico op graafschade zou ontstaan, waardoor de overtreding als minder ernstig is aan te merken. Vast blijft staan dat eiseres voor aanvang van de graafwerkzaamheden niet zeker wist of, en zo ja, waar kabels en/of leidingen in de ondergrond lagen ter plaatse van die werkzaamheden. Hierdoor is een risico ontstaan op schade aan kabels en leidingen, hetgeen de reden is waarom een graafmelding had moeten worden gedaan voor de betreffende werkzaamheden en juist datgene wat de WION beoogt te voorkomen. Wel is gebleken dat eiseres nader onderzoek heeft verricht naar de ligging van onderdelen van de aanwezige ondergrondse leidingen en netten buiten het graafpolygoon door te graven met een voorsteker. Dit onderzoek heeft de kans op schade als gevolg van het mechanisch verrichten van de graafwerkzaamheden gereduceerd. Deze omstandigheid dient meegewogen te worden bij de bepaling van de hoogte van de op te leggen boete.

Het in bezwaar door eiseres naar voren gebrachte argument dat zij maatregelen heeft genomen om herhaling te voorkomen, doet niet af aan de aard, ernst of verwijtbaarheid van de overtreding. Eiseres had die maatregelen al lang moeten nemen om dit soort situaties te voorkomen. Daar komt bij dat dit de tweede overtreding in korte tijd is van artikel 2 van de WION. Op 10 juni 2010 is aan eiseres ook een boete opgelegd voor het niet doen van een graafmelding. De recidive zorgt voor een verhoogde verwijtbaarheid van de overtreding. Concreet rechtvaardigt deze hoge mate van verwijtbaarheid een boete die twee keer zo hoog is als wanneer eiseres voor de eerste maal deze overtreding had begaan. Gelet op de bovengenoemde aard, ernst en verwijtbaarheid is een boete van € 25.000,- gerechtvaardigd.

5. Artikel 5:46, tweede lid, van de Awb bepaalt dat, tenzij de hoogte van de bestuurlijke boete bij wetten voorschrift is vastgesteld, het bestuursorgaan

de bestuurlijke boete afstemt op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Het bestuursorgaan houdt daarbij zo nodig rekening met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.

6. Op grond van artikel 1, eerste lid, van de WION - voor zover hier van belang - wordt in deze wet en de daarop berustende bepalingen verstaan onder:

c. graafwerkzaamheden: het mechanisch verrichten van werkzaamheden in de ondergrond;

d. graaflocatie: de locatie waar graafwerkzaamheden worden verricht;

(...)

g. grondroerder: degene onder wiens verantwoordelijkheid of leiding graafwerkzaamheden worden verricht;

(...)

m. graafmelding: de melding aan de Dienst voor het kadaster en de openbare registers (de Dienst) van voorgenomen graafwerkzaamheden, bedoeld in artikel 8, eerste lid;

n. graafpolygoon: de weergave door een grondroerder van het gebied, waarbinnen de graaflocatie zich bevindt.

Op grond van artikel 2, tweede lid, van de WION verricht de grondroerder de graafwerkzaamheden op zorgvuldige wijze.

Het derde lid bepaalt dat ter uitvoering van het tweede lid de grondroerder ten minste zorgt dat:

a. vóór aanvang van de graafwerkzaamheden een graafmelding is gedaan,

b. onderzoek is verricht naar de precieze ligging van onderdelen van netten op de graaflocatie, en
c. op de graaflocatie de van de Dienst ontvangen gebiedsinformatie aanwezig is.

Op grond van artikel 8, eerste lid, van de WION meldt een grondroerder het voornemen tot het verrichten van graafwerkzaamheden aan de Dienst ten hoogste twintig werkdagen voorafgaande aan de aanvang van die graafwerkzaamheden.

Op grond van artikel 26, eerste lid, van de WION - voor zover hier van belang - kan de minister, in geval van overtreding van artikel 2, een bestuurlijke boete opleggen van ten hoogste € 450.000,-

7. In het Toezichtarrangement WION is in paragraaf 5.2 ten aanzien van artikel 2, tweede en derde lid, van de WION opgenomen dat het toezicht op deze artikelen een hoge prioriteit krijgt. In paragraaf 3.3 wordt voor de grondroerders en opdrachtgevers een onderscheid gemaakt naar vier categorieën, gebaseerd op de grootte van de organisatie.

8. In de interne beleidsregel van verweerder 'Sanc-tiebeleid Wet informatie-uitwisseling ondergrondse netten', houdende vaststelling van regels

met betrekking tot het toezicht op de WION (de Beleidsregel) is onder meer het volgende bepaald.

“Artikel 3 Algemene bepaling over de hoogte van de boete

1. Bij het bepalen van de hoogte van de boete wordt rekening gehouden met de ernst, aard en omvang van de overtreding alsmede de mate waarin deze aan overtreder kan worden verweten.

2. Er zijn vier categorieën grondroerders te onderscheiden, te weten:

a. Particulieren en bedrijven met maximaal 10 werknemers;

b. Bedrijven met minimaal 11 en maximaal 99 werknemers en gemeenten tot en met 25.000 inwoners;

c. Bedrijven met minimaal 100 en maximaal 250 werknemers en gemeenten met minimaal 25.001 en maximaal 100.000 inwoners;

d. Bedrijven met meer dan 250 werknemers en gemeenten groter dan 100.000 inwoners.”

“Artikel 6 Zorgvuldig graven (melding graafwerkzaamheden)

1. Indien de grondroerder niet zorgvuldig graaft als bedoeld in artikel 2, derde lid onder a van de wet in de zin dat hij voor aanvang van de graafwerkzaamheden geen graafmelding heeft gedaan als bedoeld in artikel 8 van de wet wordt een boete opgelegd conform de Tarieflijst Boetenormbedragen 'WION'.

2. In geval van recidive binnen een periode van twee jaren na de laatste overtreding wordt de boete telkens verhoogd met 100 % tot een maximum van € 450.000.”

9. Op grond van de Tarieflijst Boetenormbedragen 'WION' (de Tarieflijst) bedraagt de boete voor het overtreden van artikel 6 van de Beleidsregel/artikel 2, derde lid, aanhef en onder a, van de WION door een bedrijf van de 4e categorie: € 20.000,-.

10. De rechtbank stelt vast dat verweerder bij het bestreden besluit II opnieuw op het bezwaar van eiseres heeft beslist en daarbij het bestreden besluit I heeft ingetrokken. Nu niet is gebleken dat eiseres enig belang heeft bij beoordeling van de rechtmatigheid van dat besluit zal de rechtbank het beroep, voor zover gericht tegen het bestreden besluit I, niet-ontvankelijk verklaren.

11. Het bestreden besluit II komt niet geheel tegemoet aan het bezwaar van eiseres, zodat het beroep op grond van artikel 6:19, eerste lid, van de Awb geacht wordt mede te zijn gericht tegen het bestreden besluit II. In dat kader staat ter beoordeling of verweerder aan eiseres wegens overtreding van artikel 2, tweede lid en artikel 2, derde lid, aanhef en onder a, van de WION een boete van € 25.000,- heeft kunnen opleggen.

12. Tussen partijen is niet in geschil dat er sprake is geweest van graafwerkzaamheden in de zin van artikel 1, eerste lid, aanhef en onder c, van de WION. Evenmin is in geschil dat de graafmelding die eiseres heeft gedaan niet toereikend was voor de uitgevoerde graafwerkzaamheden en dat buiten het graafpolygoon is gegraven. Gelet hierop is naar het oordeel van de rechtbank het bepaalde in artikel 2, tweede lid, in samenhang met het derde lid, aanhef en onder a, van de WION overtreden, zodat verweerder in beginsel bevoegd was een boete op te leggen.

13. In de hiervoor vermelde uitspraak van 26 september 2012, die aanleiding was tot het nemen van het bestreden besluit II, heeft de Afdeling overwogen dat de bevoegdheid van verweerder om een boete op te leggen wegens overtreding van artikel 2, tweede lid in samenhang met het derde lid, aanhef en onder a, van de WION discretionair van aard is. Bij de aanwending van deze bevoegdheid dient verweerder, gelet op artikel 5:46, tweede lid, van de Awb, de hoogte van de bestuurlijke boete af te stemmen op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Daarbij moet rekening worden gehouden met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.

Ook indien omwille van de rechtseenheid en rechtszekerheid een vaste gedragsregel wordt gehanteerd inzake het al dan niet opleggen van een boete en het bepalen van de hoogte daarvan en deze vaste gedragsregel als zodanig door de rechter niet onredelijk is bevonden, dient bij de toepassing daarvan in elk voorkomend geval te worden beoordeeld of die toepassing strookt met de hiervoor bedoelde eisen die aan de aanwending van de bevoegdheid tot het opleggen van een boete moeten worden gesteld. Indien dat niet het geval is, dient de boete, in aanvulling op of in afwijking van de gedragsregel, zodanig te worden vastgesteld dat het bedrag daarvan passend en geboden is. De rechter toetst zonder terughoudendheid of het besluit van het bestuur met betrekking tot de boete voldoet aan deze eisen en leidt tot een evenredige sanctie.

14. De Afdeling heeft met betrekking tot de door verweerder gehanteerde Beleidsregel en Tarieflijst overwogen dat deze zijn te duiden als een vaste gedragslijn inzake het opleggen van een bestuurlijke boete, waaraan terecht toepassing is gegeven. Bekendmaking in de zin van de Awb is geen wettelijk vereiste.

15. Voorts heeft de Afdeling geoordeeld dat het hanteren van een categorie-indeling, zoals in artikel 3, tweede lid, van de Beleidsregel, als uitgangspunt op zich niet ongeoorloofd is, omdat de hoogte van

de boete effectief moet zijn om te zorgen dat naleving van de wet wordt bereikt. De grootte van een bedrijf kan dus een onderdeel zijn van de bepaling van de evenredigheid van de boete. Nu het hier een vaste gedragslijn betreft moet verweerder geheel kunnen motiveren om welke reden de boete is opgelegd.

16. Naar het oordeel van de rechtbank heeft verweerder bij het bepalen van de hoogte van de boete terecht van doorslaggevend betekenis geacht dat eiseres, ondanks dat zij vanwege de onvolledige graafmelding niet geheel op de hoogte was van de aanwezige kabels en leidingen op de graaflocatie en zij dit gemis eerst tijdens de uitvoering van de werkzaamheden constateerde, het graven heeft voortgezet. Eiseres heeft zodoende willens en wetens het risico genomen dat schade zou kunnen worden toegebracht aan kabels en leidingen die buiten het graafpolygoon lagen. Gelet hierop kan haar stelling dat er per abuis en dus niet opzettelijk net buiten het polygoon is gegraven niet worden gevolgd.

17. Verweerder heeft bij het bestreden besluit II, conform de uitspraak van de Afdeling van 26 september 2012, voor de vaststelling van de ernst van de overtreding rekening gehouden met het feit dat eiseres bij het verrichten van de werkzaamheden nader onderzoek heeft gedaan naar de ligging van kabels en leidingen buiten het graafpolygoon. Hierdoor is de kans op schade weliswaar verminderd, echter is deze niet gereduceerd tot nihil, zoals eiseres heeft betoogd. Anders dan de situatie in de uitspraak van de Afdeling, waar het ging om graafwerkzaamheden van relatief geringe omvang op een plaats waar de kans op de aanwezigheid van kabels niet bijzonder groot was, vond het graven in het onderhavige geval plaats over een grotere oppervlakte en was er sprake van een dicht netwerk van onder meer gas-, water- en rioolleidingen en datatransportkabels. De uitvoerige uiteenzetting die eiseres ter zitting heeft gegeven, ter illustratie van de zorgvuldigheid waarmee de werkzaamheden zijn verricht, benadrukt het belang van het kunnen beschikken over volledige gebiedsinformatie voordat met het graven wordt aangevangen. Gebleken is dat op de door [naam opdrachtgever] aan eiseres verstrekte tekening niet alle leidingen en kabels werden getoond.

De omstandigheid dat eiseres (handmatig) een tweetal proefsleuven heeft gegraven om op die manier de reeds aangetroffen kabels en leidingen nader te lokaliseren, is bij de hoogte van de boete meegewogen. Verweerder heeft hierover verklaard dat proefsleuven pas mogen worden gegraven als duidelijk is waar de leidingen liggen.

Tevens heeft verweerder er rekening mee gehouden dat sprake is van recidive, nu de op 20 mei 2011 geconstateerde overtreding zich heeft voorgedaan binnen een periode van twee jaar na de vorige overtreding op 27 november 2009, waarvoor eveneens een boete is opgelegd.

18. Artikel 3, tweede lid, van de Beleidsregel vermeldt dat vier categorieën grond-roerders te onderscheiden zijn, waarbij bepalend is het aantal werknemers. Niet in geschil is dat eiseres behoort tot de vierde categorie: bedrijven met meer dan 250 werknemers.

Uit het sanctiebeleid in samenhang met de Tarieflijst volgt dat het nalaten van het doen van een graafmelding in dat geval leidt tot een boete van € 20.000,-. Op grond van artikel 6, tweede lid, van de Beleidsregel wordt de boete vanwege recidive verhoogd met 100 % tot een bedrag van € 40.000,-

19. Verweerder heeft ter zitting de hoogte van de opgelegde boete van € 25.000,- aldus toegelicht dat op het richtbedrag van € 20.000,- vanwege verzachtende omstandigheden een derde deel in mindering is gebracht, waarna het resterende deel vanwege recidive is verdubbeld. Dat bedrag is naar beneden afgerond.

20. Met inachtneming van hetgeen hiervoor is overwogen, komt de rechtbank tot het oordeel dat niet kan worden gezegd dat onevenredigheid bestaat tussen de overtreding van eiseres en de daarvoor opgelegde boete. Uit het voorgaande volgt dat het beroep van eiseres tegen het bestreden besluit II ongegrond dient te worden verklaard.

21. Nu verweerder met het bestreden besluit II gedeeltelijk is tegemoetgekomen aan het beroep van eiseres, ziet de rechtbank aanleiding te bepalen dat verweerder het door eiseres betaalde griffierecht vergoedt.

22. De rechtbank veroordeelt verweerder in de door eiseres 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 en 1 punt voor het verschijnen ter zitting, met een waarde per punt van € 472,- en een wegingsfactor 1). Voor een integrale proceskostenveroordeling, zoals primair door eiseres verzocht, ziet de rechtbank geen aanleiding.

Beslissing

De rechtbank

- verklaart het beroep voor zover gericht tegen het bestreden besluit I niet-ontvankelijk,

- verklaart het beroep voor zover gericht tegen het bestreden besluit II ongegrond,

- bepaalt dat verweerder aan eiseres het door haar betaalde griffierecht van € 310,- vergoedt,

- veroordeelt verweerder in de proceskosten tot een bedrag van € 944,-, te betalen aan eiseres.

CBb 27 juni 2013, zaaknummer: AWB 12/601, ECLI:NL:CBB:2013:2

Uitspraak op het hoger beroep van:

[appellant], te [woonplaats], appellant, tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam (hierna: rechtbank) van 10 mei 2012, AWB 11/3599 (de aangevallen uitspraak) in het geding tussen appellant

en

de Minister van Economische Zaken (hierna: minister)

Gemachtigde van appellante: mr. E.J. Postma, Gemachtigden van de minister: mr. W.R.R.H. Cordes en mr. M. Smit, werkzaam bij het Agentschap Telecom.

1 Het procesverloop in hoger beroep

Appellant heeft bij brief van 19 juni 2012, bij het College binnengekomen op 21 juni 2012, hoger beroep ingesteld tegen de aangevallen uitspraak.

De minister heeft een verweerschrift ingediend.

Op 17 april 2013 heeft het onderzoek ter zitting plaatsgehad. Appellant is met bericht niet verschenen. Namens de minister zijn verschenen de gemachtigden, J.M. Walraven en L. Ket.

2 De grondslag van het geschil

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

2.2 Bij besluit van 7 februari 2011 heeft de minister aan appellant een bestuurlijke boete en een last onder dwangsom opgelegd.

In dit besluit heeft de minister overwogen dat uit onderzoek van het Agentschap Telecom is gebleken dat op 26 december 2010 via een antenne-installatie zonder vergunning door middel van een radiozendapparaat gebruik is gemaakt van frequentieruimte op de frequentie 94,5 megahertz, vanaf het perceel van appellant. Wegens overtreding van artikel 10.9 van de Telecommunicatiewet heeft de

minister een boete van € 2500,- opgelegd. Om appellant er toe te bewegen in de toekomst niet opnieuw illegaal uit te zenden heeft de minister tevens een last onder dwangsom opgelegd.

2.3 Bij besluit van 15 juli 2011, heeft de minister het bezwaar van appelland tegen het besluit van 7 februari 2011 ongegrond verklaard. Het beroep bij de rechtbank was gericht tegen het besluit van 15 juli 2011.

3 De uitspraak van de rechtbank

De rechtbank heeft het beroep van appelland ongegrond verklaard.

4 De standpunten van partijen in hoger beroep

4.1 Appelland handhaaft uitdrukkelijk de gronden van beroep bij de rechtbank, nu deze niet door de rechtbank zijn gehonoreerd.

Appelland ontkent de ontvangst van verweerdere brieven van 17 november 2010, 29 december 2010 en 7 februari 2011. Hij betwist de authenticiteit van de door de minister overgelegde kopieën van verzendbewijzen. Uit de kopieën kan niet worden afgeleid dat de brieven daadwerkelijk zijn verzonden, nu niet de originele enveloppen zijn overgelegd. Bovendien zijn de kopieën niet volledig en zeer onduidelijk. Appelland stelt dat hij de brieven niet heeft ontvangen en dat hij ook geen afhaalbericht voor aangetekende stukken heeft gekregen.

De minister moet het bewijs leveren dat appelland de brieven heeft ontvangen. Appelland wijst op de uitspraken van het Gerechtshof Arnhem van 13 april 2010 (LJN: BM2180) en de uitspraak van de Hoge Raad van 25 januari 2011 (LJN: BO6762). Er raakt, zeker nu er bezuinigd wordt bij de posteries, wel vaker post kwijt. Bovendien woont appelland in het buitengebied en staat de brievenbus 100 meter van zijn woning. Op het erf van appelland kan de postbode de auto niet keren. In dit licht is het verklaarbaar dat de postbode mogelijk niet eens de moeite heeft genomen om naar de woning van appelland te rijden en de brieven af te geven. De minister heeft niet het bewijs geleverd dat appelland de brieven heeft ontvangen.

Nu vaststaat dat de brieven niet zijn ontvangen, is het opleggen van een bestuurlijke boete in strijd met het beleid van de minister. Het beleid gaat uit van voorafgaande waarschuwing en die heeft appelland niet ontvangen. Ook moet iedereen in de gelegenheid zijn om gebruik te maken van de spijtop-tantenregeling. Zelfs al zou appelland hiervan gebruik willen maken, dan is hem dit onmogelijk gemaakt, omdat hij de brief van 29 december 2010 niet heeft ontvangen.

Bovendien is verweerdere beleid in strijd met de wet. De minister heeft gebruik gemaakt van een database van mensen die een antennemast in hun tuin hebben. Dergelijke bestanden behoren te worden aangemeld bij het College Bescherming

Persoonsgegevens. In dit geval is het bestand niet aangemeld. Het gebruik daarvan is daarom in strijd met de wet. Bovendien heeft het beleid het al dan niet hebben van antennes als uitgangspunt. Nu met antennes ook kan worden ontvangen en artikel 10 EVRM het recht op vrije ontvangst aan een ieder toekent, kan het al dan niet hebben van antennes geen uitgangspunt voor het beleid zijn.

Appelland ontkent dat er een uitzending vanaf zijn perceel heeft plaatsgevonden. Jammer genoeg worden de opsporingsambtenaren in 99% van de gevallen op hun woord geloofd en worden zij niet gedwongen om zoveel mogelijk aan waarheidsvinding te doen. Uit het aanvullende proces-verbaal blijkt dat de opsporingsambtenaren alle gelegenheid is gegeven om mee naar binnen te gaan om de vermeende zender te vinden. De ambtenaren hebben dat niet gedaan; zij hebben bewust geen onderzoek gedaan naar aanleiding van de ontkenning door de bewoonster.

Appelland handhaaft zijn beroep op schending van artikel 6 EVRM. Zulks niet alleen in verband met het onvolledige proces-verbaal en het gebrek aan waarheidsvinding, maar ook uitdrukkelijk in verband met de hoogte van de boete afgezet tegen het inkomen van appelland. In vergelijking met het strafrechtelijke traject is appelland in het bestuursrechtelijke traject veel slechter af. Ook voor wat betreft de overtredding in 2000 geldt dat die argumenten worden gehandhaafd. Toen is van het opleggen van een boete afgezien. Nu wordt op basis van nagenoeg dezelfde feiten en beschuldigingen een boete opgelegd. De stelling dat appelland toen alleen als feitelijk dader zou zijn aangeschreven, is onjuist. Bovendien blijkt uit de stukken dat de antennes toen ook al aanwezig waren.

4.2 De minister heeft gemotiveerd verweer gevoerd.

5 De beoordeling van het geschil in hoger beroep

5.1 De brief van 17 november 2010 betreft de voorlichtingsbrief over het nieuwe beleid voor illegale uitzendingen. De minister stelt dat deze voorlichtingsbrief op 17 november 2010 per aangetekende post is verzonden. Het College overweegt dat, indien een besluit of een ander rechtens van belang zijnd document per aangetekende post is verzonden en de belanghebbende de ontvangst ervan ontkent, dient te worden onderzocht of het stuk door de concessiehouder, destijds TNT Post, op regelmatige wijze aan het adres van de belanghebbende is aangeboden. Wanneer TNT Post bij aanbidding van het stuk niemand thuis aantreft en daarom een afhaalbericht achterlaat, komt het niet ophalen van dat stuk bij het kantoor van TNT Post voor rekening en risico van de belanghebbende. Stelt de belanghebbende geen afhaalbericht te hebben ontvangen, dan ligt het op zijn weg feiten aannemelijk te maken op

grond waarvan redelijkerwijs kan worden betwijfeld dat een afhaalbericht is achtergelaten.

Uit de door de minister bij de rechtbank overgelegde stukken blijkt voldoende duidelijk dat de voorlichtingsbrief door TNT Post op 18 november 2011 op het adres van appelland is aangeboden. Appelland heeft geen feiten gesteld op grond waarvan redelijkerwijs kan worden betwijfeld dat een afhaalbericht is achtergelaten. De opmerking dat wel vaker post kwijtraakt is, wat hier verder van zij, van algemene aard en heeft niet specifiek betrekking op de postbezorging op het adres van appelland. Dat de postbode de aangetekende brief niet zou hebben aangeboden, omdat hij op het erf van appelland de auto niet kan keren, is een veronderstelling van appelland en geen feit. Gelet op het voorgaande dient er naar het oordeel van het College van te worden uitgegaan dat appelland is gewaarschuwd voordat de minister is overgegaan tot boeteplegging.

De brief van 7 februari 2011 betreft het primaire besluit. Appelland heeft tijdig bezwaar gemaakt tegen dat besluit, zodat de ontkenning van de ontvangst van de aangetekende verzending onbesproken kan blijven.

In de brief van 29 december 2010 is appelland gewezen op de spijtoptantenregeling. Appelland stelt dat hij de brief niet heeft ontvangen en dat hij daarom geen gebruik heeft kunnen maken van deze regeling. Uit het aanvullend bezwaarschrift van 21 april 2011 blijkt dat appelland in ieder geval op dat moment op de hoogte was van de spijtoptantenregeling. Uit dit aanvullend bezwaarschrift kan eveneens worden afgeleid dat appelland geen gebruik wilde maken van deze regeling. Gelet hierop kan in het midden blijven of appelland de brief van 29 december 2010 heeft ontvangen.

5.2 Appelland stelt voorts dat er geen uitzending vanaf zijn perceel heeft plaatsgevonden. Het College overweegt hierover het volgende.

In het rapport van bevindingen van 28 december 2010 en in het aanvullende rapport van bevindingen van 6 december 2011 hebben de inspecteurs verslag gedaan van het door hen uitgevoerde onderzoek. Zij hebben radiopeilingen en relatieve veldsterktemetingen uitgevoerd om vast te stellen waarvandaan werd uitgezonden. Zij hebben beschreven hoe zij zijn gereden en welke constatering zij onderweg deden. De peilingen en metingen wezen uit dat de door de zender uitgezonden radiocommunicatiesignalen werden uitgestraald vanaf de antenne-installatie op het perceel van appelland. Zij hebben in de directe omgeving van de vrijstaande woning van appelland geen antenne-installatie waargenomen, die voor twijfel over hun peiling zou kunnen zorgen. Appelland heeft deze bevindingen van de inspecteurs niet gemotiveerd betwist zodat het College uitgaat van de juistheid van de conclusie dat via de antenne-installatie van appelland werd

uitgezonden. De inspecteurs behoefden geen nader onderzoek te doen naar aanleiding van de ontkenning van de uitzending door de bewoonster. Met de vaststelling van uitzending via de antenne-installatie van appelland staat tevens vast dat een radiozendapparaat met die antenne-installatie verbonden was. Zoals van de zijde van de minister ter zitting nader toegelicht, had appelland maatregelen kunnen nemen om te voorkomen dat het radiozendapparaat met zijn antenne-installatie werd verbonden. Appelland had de overtreding dus kunnen voorkomen. Nu appelland dit niet heeft gedaan, heeft de minister hem terecht als functioneel dader aangemerkt. Hetgeen appelland heeft aangevoerd over het beleid van de minister kan niet afdoen aan deze conclusie.

5.3 Appelland heeft betoogd dat de opgelegde boete te hoog is in verhouding tot zijn inkomen. Appelland heeft dit echter niet onderbouwd met gegevens over zijn inkomen, zodat de beroepsgrond reeds om deze reden niet slaagt. Ook in hetgeen appelland overigens heeft aangevoerd ziet het College geen grond voor het oordeel dat de opgelegde boete onevenredig hoog is.

5.4 Appelland heeft voorts nog betoogd, zo begrijpt het College, dat de minister had moeten afzien van het opleggen van een boete, omdat in 2000 ook is afgezien van het opleggen van een boete. Naar het oordeel van het College kon appelland aan het enkele gegeven dat verweerder destijds heeft afgezien van het opleggen van een boete niet het gerechtvaardigd vertrouwen ontlenen dat ook thans aan hem geen boete zou worden opgelegd.

5.5 Voor zover appelland in hoger beroep heeft verwezen naar zijn beroepschrift bij de rechtbank, stelt het College vast dat hij geen argumenten heeft aangevoerd, anders dan hiervoor besproken, waarom de overwegingen van de rechtbank onjuist zijn. Dit kan daarom niet leiden tot een gegrondverklaring van het hoger beroep.

5.6 De conclusie is dat het hoger beroep ongegrond is en de aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.

5.7 Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

6 De beslissing

Het College bevestigt de aangevallen uitspraak.

CBb 27 juni 2013, zaaknummer: AWB 12/636, ECLI:NL:CBB:2013:1

Uitspraak op het hoger beroep van:

[appelland], te [woonplaats], appelland, tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam (hierna: de rechtbank) van 24 mei 2012, LJN:

BW6595 (de aangevallen uitspraak) in het geding tussen appellante

en

de Minister van Economische Zaken (hierna: de minister)

Gemachtigde van appellante: mr. W.B. Brusse, advocaat te Almelo

Gemachtigde van de minister: mr. M. Smit en mr. W.R.R.H. Cordes, werkzaam bij het Agentschap Telecom.

1 Het procesverloop in hoger beroep

Appellante heeft bij brief van 3 juli 2012, bij het College binnengekomen op dezelfde datum, hoger beroep ingesteld tegen de aangevallen uitspraak.

De minister heeft een verweerschrift ingediend.

Op 17 april 2013 heeft het onderzoek ter zitting plaatsgehadt. Appellante is niet verschenen, maar heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigde. De minister heeft zich eveneens laten vertegenwoordigen door zijn gemachtigden. Tevens zijn namens de minister verschenen A. de Boer en A. Prijt.

2 De grondslag van het geschil

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

2.2 Bij besluit van 11 maart 2011 heeft de minister aan appellante een bestuurlijke boete en een last onder dwangsom opgelegd.

In dit besluit heeft de minister overwogen dat uit onderzoek van het Agentschap Telecom is gebleken dat op 28 december 2010 via een antenne-installatie op het perceel [adres] te [woonplaats] zonder vergunning door middel van een radiozendapparaat gebruik is gemaakt van frequentieruimte op de frequentie 94.5 megahertz. Het genoemde perceel is eigendom van appellante. Wegens overtreding van artikel 10.9 van de Telecommunicatiewet heeft de minister aan appellante een boete van € 2500,- opgelegd. Om appellante er toe te bewegen in de toekomst niet opnieuw illegaal uit te zenden heeft de minister tevens een last onder dwangsom opgelegd.

2.3 Bij besluit van 16 november 2011 heeft de minister het bezwaar van appellante tegen het besluit van 11 maart 2011 ongegrond verklaard. Het beroep bij de rechtbank was gericht tegen het besluit van 16 november 2011.

3 De uitspraak van de rechtbank

De rechtbank heeft het beroep van appellante ongegrond verklaard.

4 De standpunten van partijen in hoger beroep

4.1 Appellante heeft tegen de aangevallen uitspraak het volgende aangevoerd.

Het is appellante gebleken dat met de vaste antennemast op haar perceel in het geheel geen illegale uitzendingen zijn verzorgd in de bewuste periode, maar dat deze uitzendingen zijn verzorgd door haar partner [naam] met een mobiele zendmast vanaf een naastliggend perceel op momenten dat appellante niet aanwezig was. Dit blijkt uit verklaringen van haar partner en uit drie verklaringen die zijn toegezonden aan de rechtbank. Haar partner heeft de illegale zendactiviteiten volledig verborgen gehouden voor appellante evenals de correspondentie van het Agentschap Telecom.

Om appellante als functioneel dader te kunnen aanmerken, dient komen vast te staan dat met behulp van de vaste mast van op het terrein van appellante door de partner van appellante is uitgezonden. Bij uitzending via een mobiele mast heeft appellante het niet in haar macht om dergelijke uitzendingen te voorkomen en kan niet worden gesteld dat appellante dergelijke handelingen heeft aanvaard of placht te aanvaarden. Dat is de kern waar het in deze procedure juridisch om draait.

Er heeft onvoldoende onderzoek plaatsgevonden om deze juridische vraag te kunnen beantwoorden. Het ligt op de weg van de minister om onderzoek te laten verrichten naar de vraag wie fysieke dader is en wie eventueel de functionele dader is en welke rol zij hebben gespeeld bij de betreffende overtreding. Appellante is echter niet gehoord en dat geldt evenzeer voor de fysieke dader, haar partner.

Bovendien is de rechtbank voorbij gegaan aan een belangrijke getuigenverklaring, namelijk van [getuige 1]. Hetgeen [getuige 1] ter zitting van de rechtbank heeft verklaard, is geheel niet weergegeven in de uitspraak van de rechtbank. Hij heeft verklaard dat in de periode van 27 tot en met 31 december 2010 geen gebruik kan zijn gemaakt van de vaste mast, omdat deze niet aangesloten is geweest op de stroomvoorziening van zijn horecagelegenheid die naast de mast is gelegen. Hij heeft dat zelf geconstateerd. Hij zal ook niet toestaan dat de mast wordt aangesloten op de elektriciteitsvoorziening van de horecagelegenheid, omdat die al op zijn piekbelasting zit en dit dus zal leiden tot problemen. Voorts heeft [getuige 1] verklaard zelf te hebben gezien dat een mobiele mast met een werkend aggregaat opgesteld heeft gestaan en dat men deze mobiele mast heeft laten zakken toen de controleurs van Agentschap Telecom in de buurt waren.

Ook aan de verklaring van [partner appellante] en aan de schriftelijke verklaringen van de andere

twee getuigen gaat de rechtbank ten onrechte voorbij. De rechtbank acht de getuigenverklaring van [partner appellante] niet geloofwaardig, omdat hij een onjuiste verklaring heeft afgelegd en zichzelf zou tegenspreken. Als hiervan sprake is, gaat het om details.

De andere twee getuigenverklaringen van [getuige 2] en [getuige 3] zijn heel specifiek. Beide getuigen verklaren een mobiele zendmast te hebben gezien. Het is appellante niet duidelijk waarom de rechtbank zonder motivering aan de visuele waarnemingen van de toezichthouders grotere waarde hecht dan aan de visuele waarnemingen van de getuigen aan de zijde van appellante. Het staat niet vast dat de toezichthouders de locatie van de mobiele mast hebben gezien en ter plekke controle hebben uitgeoefend. Ze zijn hun auto niet uit geweest.

De rechtbank oordeelt dat een mispeiling is uitgesloten, maar dit is kennelijk gebeurd op basis van een rapport van het opsporingsinstituut zelf. Het is zeer wel mogelijk dat antennemasten die dicht op elkaar staan niet kunnen worden uitgepeild. Hiervoor is onderzoek ter plaatse nodig en dit onderzoek is onvoldoende geweest om mispeiling te kunnen uitsluiten.

4.2 De minister heeft gemotiveerd verweer gevoerd.

5 De beoordeling van het geschil in hoger beroep

5.1 Het College overweegt dat niet in geschil is dat op 28 december 2010 zonder vergunning is uitgezonden. Appellante voert aan dat de uitzending niet heeft plaatsgevonden via haar vaste mast, maar via een mobiele mast die stond opgesteld op een naastgelegen perceel.

5.2 In hun rapport van bevindingen concluderen de inspecteurs op basis van radiopeilingen, relatieve veldsterktemetingen in combinatie met visuele waarnemingen dat via de vaste mast werd uitgezonden. De inspecteurs zijn de weg ingereden waaraan de vaste mast staat. Volgens appellante stond de mobiele mast aan de andere kant van deze weg tegenover de vaste mast. In hun rapport van bevindingen beschrijven de inspecteurs dat zij ter plekke geen andere mast hebben waargenomen. Ter zitting heeft één van de betrokken inspecteurs toegelicht dat zij er altijd alert op zijn of er geen andere mast in de buurt staat en dat zij hebben gemeten terwijl zij naast de vaste mast stonden. De peilroos wees naar de vaste mast, terwijl de locatie waar volgens appellante de mobiele mast was opgesteld zich in de tegengestelde richting bevond, aan de andere kant van de weg.

5.3 In hetgeen appellante heeft aangevoerd ziet het College geen grond te twijfelen aan de juistheid van de inhoud van het rapport van bevindingen. Het College overweegt hiertoe allereerst dat appellante haar stelling dat werd uitgezonden via een mobiele

mast niet met objectieve gegevens heeft onderbouwd. Appellante heeft haar stelling dat mispeilingen niet zijn uitgesloten evenmin onderbouwd, terwijl van de zijde van de minister de wijze van peilen en meten uitgebreid is toegelicht. Voorts acht het College de vaststelling van de rechtbank dat [partner appellante] zichzelf tegensprekt juist. Het heeft zichzelf onder meer tegengesproken over het tijdstip van uitzending. Ten aanzien van de verklaringen van [getuige 2], [getuige 3] en [getuige 1] dat zij de mobiele mast hebben waargenomen, overweegt het College dat, ook als zou worden uitgegaan van de juistheid van de verklaringen, daarmee niet vaststaat dat daadwerkelijk via de mobiele mast is uitgezonden en niet via de vaste mast. De enkele verklaring van [getuige 1] dat niet via de vaste mast kan zijn uitgezonden, omdat hij heeft waargenomen dat deze geen gebruik maakte van de stroomvoorziening van zijn horecagelegenheid, is onvoldoende om - in weerwil van de bevindingen van de twee inspecteurs - aan te nemen dat niet via de vaste mast is uitgezonden.

5.4 Het College ziet geen grond voor het oordeel dat de minister onvoldoende onderzoek heeft gedaan door appellante niet te horen. Appellante is door de minister in de gelegenheid gesteld haar zienswijze te geven over het voornemen tot opleggen van een boete. Zij heeft hiervan geen gebruik gemaakt. Tevens is appellante uitgenodigd voor de hoorzitting naar aanleiding van haar bezwaarschrift. De gemachtigde van appellante en haar partner zijn op deze hoorzitting verschenen. Zij is zelf niet verschenen. Appellante is dus niet gehoord, omdat zij geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheden die haar zijn geboden. Voor zover dit een gevolg zou zijn van de omstandigheid dat haar partner post heeft achtergehouden, overweegt het College dat dit een omstandigheid is die voor risico van appellante komt.

5.5 Gelet op het vorenstaande komt het College tot de slotsom dat het hoger beroep niet slaagt en dat de aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.

5.6 Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

6 De beslissing

Het College bevestigt de aangevallen uitspraak.

CBb 14 augustus 2013, zaaknummers: AWB 12/746, AWB 12/748 en AWB 12/750, ECLI:NL:CBB:2013:136

Uitspraak van de meervoudige kamer van 14 augustus 2013 op de hoger beroepen van:

1. Sky Radio Nederland B.V., te Amsterdam, (gemachtigde: mr. Q.R. Kroes);

2. Q-Music Nederland B.V. te Amsterdam, (gemachtigde: mr. Q.J. Tjeenk Willink);
3. Radio 538 B.V. te Hilversum, (gemachtigde: mr. M.I. Robichon-Lindenkamp),
hierna gezamenlijk aan te duiden als appellanten, tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam (de rechtbank) van 14 juni 2012 (ECLI:NL:RBROT:2012:3097; de aangevallen uitspraak) in het geding tussen appellanten

en

de Minister van Economische Zaken, Agentschap Telecom (de minister), (gemachtigde: mr. O.F.V. de Bruijne).

1 Het procesverloop in hoger beroep
Appellanten hebben bij brieven van 24 juli 2012 hoger beroep ingesteld.
De minister heeft een verweerschrift ingediend.
Met toestemming van partijen is het onderzoek ter zitting achterwege gebleven. Op 24 juli 2013 heeft het College het onderzoek gesloten.

2 De grondslag van het geschil
2.1 Voor een uitgebreide weergave van het verloop van de procedure, het wettelijk kader en de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden, voor zover niet bestreden, wordt verwezen naar de aangevallen uitspraak. Het College volstaat met het volgende.
2.2 Op 23 maart 2011 is de Regeling vaststelling eenmalig bedrag landelijke commerciële radio-omroep 2011 (de Regeling) in werking getreden. De door appellanten tegen de Regeling ingediende bezwaren zijn door de minister bij besluiten van 15 juli 2011 (besluiten I) niet-ontvankelijk verklaard. Bij besluiten van 19 september 2011 (besluiten II) heeft de minister de besluiten I ingetrokken en de bezwaren van appellanten wederom niet-ontvankelijk verklaard. Het beroep bij de rechtbank was gericht tegen de besluiten I en II.

3 De uitspraak van de rechtbank
De rechtbank heeft de beroepen van appellanten tegen de besluiten I niet-ontvankelijk verklaard en de beroepen van appellanten tegen de besluiten II ongegrond verklaard.

4 De standpunten van partijen in hoger beroep
4.1 Appellanten hebben aangevoerd dat hun bezwaren tegen de Regeling ten onrechte niet-ontvankelijk zijn verklaard. De hoger beroepen dienen louter ter bewaring van de rechten van appellanten, om te voorkomen dat de Regeling jegens hen formele rechtskracht zou krijgen als gevolg van het onbenut laten van een rechtsmiddel.

4.2 De minister betoogt dat de Regeling als een algemeen verbindend voorschrift heeft te gelden.

5 De beoordeling van het geschil in hoger beroep
5.1 Op 1 januari 2013 is de Wet aanpassing bestuursprocesrecht in werking getreden. Uit het daarbij behorende overgangsrecht volgt dat het recht zoals dat gold vóór de inwerkingtreding van deze wet op dit geding van toepassing blijft.

5.2 Appellanten komen in hoger beroep enkel op tegen het oordeel van de rechtbank dat de minister de bezwaren van appellanten tegen de Regeling terecht niet-ontvankelijk heeft verklaard.

5.3 De Regeling bevat naar het oordeel van het College zelfstandige normstellingen die gelden voor alle verkrijgers of houders van een vergunning voor landelijke commerciële radio die verleend is, respectievelijk waarvan de geldigheidsduur is verlengd met toepassing van de Regeling verlenging en digitalisering landelijke commerciële radio-omroep. De Regeling heeft externe werking en richt zich in beginsel tot een onbeperkte groep van rechtssubjecten waardoor zij geschikt is voor herhaalde toepassing. Daarbij bevat de Regeling algemene regels die verder strekken dan het bepalen van de werkingssfeer van al bestaande algemeen verbindende normen. Met de rechtbank is het College van oordeel dat de Regeling dan ook algemeen verbindende voorschriften bevat. Artikel 8:2, aanhef en onder a (oud) van de Algemene wet bestuursrecht sluit beroep tegen een dergelijk besluit uit, zodat het bezwaar van appellanten daartegen terecht niet-ontvankelijk is verklaard.

5.3 De hoger beroepen falen en de aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.

5.4 Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

6 De beslissing
Het College bevestigt de aangevallen uitspraak, voor zover aangevochten.

CBb 15 augustus 2013, zaaknummer: AWB 11/1112, ECLI:NL:CBB:2013:133

Uitspraak op het hoger beroep van:

[A], te [woonplaats], appellant,
tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam (hierna: de rechtbank) van 3 november 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU3330 (de aangevallen uitspraak) in het geding tussen appellant en
de Minister van Economische Zaken (hierna: de minister).

Gemachtigde van appellant: mr. S. Wiersma, advocaat te Groningen.

Gemachtigden van de minister: R.A. Huiskens en mr. J.I.M. van der Vange, werkzaam bij het Agentschap Telecom.

1 Het procesverloop in hoger beroep

Appellant heeft bij brief van 12 december 2011, bij het College binnengekomen op dezelfde datum, hoger beroep ingesteld tegen de aangevallen uitspraak.

De minister heeft een verweerschrift ingediend.

Op 17 april 2013 heeft het onderzoek ter zitting plaatsgehad, waarbij appellant met zijn gemachtigden en de gemachtigden van de minister zijn verschenen. Tevens is namens de minister verschenen A. de Boer.

2 De grondslag van het geschil

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

2.2 Bij besluit van 30 mei 2008 heeft de minister aan appellant een last onder dwangsom opgelegd. In dit besluit concludeert de minister dat op 6 maart 2008 vanaf het perceel van appellant in strijd met artikel 10.9, eerste lid, van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) een radio-uitzending heeft plaatsgevonden op een frequentie van ongeveer 100,0 megahertz in de FM-omroepband. De minister heeft appellant gesommeerd geen radiozendapparaten te (laten) gebruiken, aan te (laten) leggen, of geheel of gedeeltelijk aangelegd aanwezig te hebben zonder de vereiste vergunning voor het gebruik van frequentieruimte. Tegen dit besluit heeft appellant geen rechtsmiddelen aangewend.

Bij besluit van 1 juli 2010 is de minister overgegaan tot invordering van een volgens de minister op 2 april 2010 van rechtswege verbeurde dwangsom. In dit besluit heeft de minister overwogen dat uit radiopeilingen, relatieve veldsterktemetingen en een ter plaatste ingesteld onderzoek van het Agentschap Telecom is gebleken dat op 2 april 2010 radiocommunicatiesignalen werden uitgestraald via antennes die waren gemonteerd in de antennemast op het perceel van appellant op een frequentie van ongeveer 100,0 megahertz in de FM-omroepband.

2.3 Bij besluit van 15 oktober 2010, heeft de minister het bezwaar van appellant tegen het besluit van 1 juli 2010 ongegrond verklaard. Het beroep bij de rechtbank was gericht tegen het besluit van 15 oktober 2010.

3 De uitspraak van de rechtbank

De rechtbank heeft het beroep van appellant ongegrond verklaard.

4 De standpunten van partijen in hoger beroep

4.1 Appellant kan zich niet verenigen met de aangevallen uitspraak en voert het volgende aan. Nadat het Agentschap Telecom in 2008 zijn zendinstallatie in beslag heeft genomen, heeft hij niet opnieuw radiozendapparatuur aangeschaft en is hij geen uitzendingen gaan verzorgen via de antenne achter zijn huis en heeft hij evenmin anderen de gelegenheid verschaft via zijn antenne uit te zenden. Appellant heeft de mast niet verwijderd na 6 maart 2008, omdat hij met de mast een betere radio-ontvangst heeft.

Nabij de woning van appellant zijn/waren meerdere voor uitzending geschikte antennes. Het gaat om de directe buurman op een tiental meters afstand, de achterbuurman op zo'n honderd meter afstand en nog vijf masten. Het rapport van bevindingen van 7 april 2010 kent een aantal evidente omissies die cruciaal zijn. De inspecteur heeft niet vermeld dat hij het rapport in de functie van buitengewoon opsporingsambtenaar ambtsedig heeft opgemaakt. En ook vermeldt hij niet waar zijn onderzoek ter plekke uit heeft bestaan. Gelet op de aanwezige zendmasten was het in dit geval noodzakelijk om ter plekke nader onderzoek te doen. Als de inspecteur zijn auto had verlaten dan had hij de andere antennes gezien, waaronder die van de naaste buurman.

Bij brief van 13 juli 2011 heeft de minister de rechtbank nader geïnformeerd over de nauwkeurigheid en betrouwbaarheid van de metingen. In deze brief staat dat met een counterratelaar precisie meting mogelijk is, maar in het rapport van bevindingen maakt de inspecteur geen gewag van een counterratelaar. Appellant maakt uit de beschrijving van de meting op dat de auto niet was voorzien van een counterratelaar. Het ontgaat appellant bovendien waarom de meetgegevens niet zouden kunnen worden opgeslagen. De zorgvuldigheid van de onderzoeken van het Agentschap Telecom is hiermee al in het geding. De minister doet voorkomen alsof het alleen om een richting gaat van waaruit wordt uitgezonden en als daar een zendmast is te zien dan zou dat de zendmast zijn waarmee is uitgezonden.

4.2 De minister heeft gemotiveerd verweer gevoerd.

5 De beoordeling van het geschil in hoger beroep

5.1 Ter beoordeling van het College staat of de aangevallen uitspraak kan standhouden. Dienaangaande wordt het volgende overwogen.

5.2 Het College stelt vast dat het dwangsbombesluit van 30 mei 2008 in rechte vaststaat, omdat appellant tegen dit besluit geen bezwaar heeft gemaakt. Derhalve staat slechts ter beoordeling of de bij

besluit van 30 mei 2008 opgelegde last is overtreden en of er geen bijzondere redenen bestaan om van invordering van de dwangsom af te zien.

5.3 De minister beroept zich op het rapport van bevindingen van 2 april 2010, waarin staat vermeld dat een beëdigd opsporingsambtenaar door middel van radiopeilingen, relatieve veldsterktemetingen en een ter plaatse ingesteld onderzoek heeft vastgesteld dat radiocommunicatiesignalen werden uitgezonden door een zender middels enkele verticaal gepolariseerde antennes, die waren gemonteerd in een antennemast die stond opgesteld op het perceel van appelllant. In het verweerschrift, ter zitting en onder verwijzing naar zijn in de beroepsprocedure ingebrachte brief van 13 juli 2011, heeft de minister nader toegelicht hoe de opsporingsprocedure door middel van radiopeilingen en veldsterktemetingen werkt, welke apparatuur daarbij wordt gebruikt en aan welke specificaties deze voldoet, en hoe deze procedure heeft geleid tot de vaststelling dat de opgevangen radiosignalen werden uitgezonden vanaf de antennemast op het perceel van appelllant. Hierbij heeft de minister benadrukt dat het peilen en meten niet op een momentopname berust, maar altijd een voortdurend proces is dat wordt verricht vanuit verschillende punten totdat is vastgesteld waarvan daan wordt uitgezonden.

Het College stelt vast dat het rapport van bevindingen geen omschrijving bevat van de situatie ter plaatse, die zoals appelllant onweersproken heeft gesteld, wordt gekenmerkt doordat er meerdere antennemasten staan opgesteld in de onmiddellijke en wijdere omgeving van appellants woning. Hierdoor is niet duidelijk of de controlerend ambtenaar zich ter plaatse op de hoogte heeft gesteld van omstandigheden die de meting mogelijk konden beïnvloeden. Evenmin is duidelijk hoe en aan de hand van welke vaststellingen de controlerend ambtenaar ter plaatse deze omstandigheden heeft beoordeeld en tot zijn conclusie kon komen dat was uitgesloten dat de waargenomen radiocommunicatiesignalen vanuit een andere antennemast werden uitgezonden dan de antennemast op het perceel van appelllant. De algemene uiteenzetting van de zijde van de minister over de door hem gebruikte opsporingsprocedure en de daarbij gebruikte apparatuur en de specificaties waaraan deze voldoet, in antwoord op appellants grond, geeft evenmin nadere duidelijkheid over het onderzoek ter plaatse. Het College merkt hierbij op dat inspecteur die ter zitting aanwezig was, niet de inspecteur is die het onderzoek ter plaatse heeft uitgevoerd. Ook hij kon derhalve geen nadere uiteenzetting geven over het uitgevoerde onderzoek. De weergave die de minister heeft gegeven van het uitgevoerde onderzoek wetigt daarom, gezien in het licht van de overgelegde stukken en de uiteenzettingen ter zitting, niet de conclusie dat uitgesloten kan worden dat de

radiosignalen zijn uitgezonden van een andere antennemast dan die op het perceel van appelllant. Appellants stelling dat de waargenomen radiosignalen van een andere antennemast afkomstig waren wordt hiermee niet weerlegd, zodat deze grond slaagt.

5.4 Het hoger beroep is gegrond, en de aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd. De overige gronden behoeven geen bespreking meer.

Doende wat de rechtbank had moeten doen, zal het College het bezwaar van appelllant gegrond verklaren, het besluit op bezwaar van 15 oktober 2010 vernietigen, en het besluit in primo van 1 juli 2010 herroepen.

De minister zal met toepassing van artikel 8:75 Algemene wet bestuursrecht worden veroordeeld in de door appelllant in verband met de behandeling van het hoger beroep gemaakte kosten van rechtsbijstand, die op voet van het Besluit proceskosten bestuursrecht worden vastgesteld op € 944,- (één punt voor het hoger beroepschrift en één punt voor het verschijnen van de gemachtigde ter zitting bij het College, met wegingsfactor 1 en een waarde per punt van € 472,-). Van proceskosten in bezwaar of beroep is het College niet gebleken. Tot slot zal het griffierecht in beroep en hoger beroep aan appelllant moeten worden vergoed.

6 De beslissing

Het College:

- vernietigt de aangevallen uitspraak;
- verklaart het beroep tegen het besluit op bezwaar gegrond, en vernietigt dat besluit;
- herroept het besluit in primo;
- bepaalt dat deze uitspraak in de plaats komt van het besluit op bezwaar;
- veroordeelt de minister in de proceskosten van het hoger beroep tot een bedrag van € 944,- (zegge: negenhonderdvierenveertig euro);
- bepaalt dat de minister het door appelllant in hoger beroep en beroep betaalde griffiegeld ten bedrage van respectievelijk € 227,- (zegge: tweehonderd-zevenentwintig euro) en € 150,- (zegge: honderdvijftig euro) vergoedt.

CBb 12 september 2013, zaaknummers:

09/1206, 09/1254, 10/1291 en 13/531,

ECLI:NL:CBb:2013:158

[artikel 7 Regeling aanwijzing gebruik frequentieruimte; artikel 3.6 Tw (oud)]

[niet landelijke commerciële omroep; regiogericht programma]

[De wettelijke minimumnorm van 10% regiogerichte programmering wordt niet gehaald. Daaruit

volgt de conclusie dat de minister NDC in strijd met de wet de hier van belang zijnde vergunningen aan NDC heeft verleend. De besluiten van de minister tot verlening van de frequentievergunningen voor de kavels B27 en B31 aan NDC zal het College herroepen en hij zal de aanvragen van NDC voor die kavels afwijzen, opdat daarmee de rechtsgevolgen die aan de vergunningverlening waren verbonden met terugwerkende kracht ongedaan worden gemaakt; voor het recht geldt dat de frequentievergunningen nimmer hebben bestaan.

Hiermee ontstaat de ruimte om een andere aanvraag voor de (schaarse) frequentievergunning voor deze kavels te honoreren en speelt de vraag of de afwijzing van de aanvraag van RATO stand houdt. Deze vraag beantwoordt het College bevestigend en daartoe is redengevend dat de door RATO ingediende aanvraag onvoldoende inzicht biedt in de programmering, in het bijzonder het regionale karakter er van. Het College is het met de minister eens dat uit die aanvraag niet valt op te maken of RATO voldoet aan de 10%-norm van artikel 7 van de Regeling AGF. Aanvulling van de aanvraag is in de hier gegeven omstandigheden – de tender is afgesloten en de periode waarvoor de vergunning kan worden verleend is verstreken – niet (meer) aan de orde. Dat betekent dat RATO onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat zij voldoet aan de 10%-norm. Ook haar aanvraag is door de minister dus, zij het op verkeerde gronden, terecht afgewezen.]

Uitspraak van de meervoudige kamer van 12 september 2013 in het hoger beroep van

1. de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie, te Den Haag (de minister), (gemachtigden: mr. L. Ensing en mr. J. Sijbrandij)
2. NDC Radio B.V. (NDC), als rechtsopvolger van [A], te Sneek ([A]), (gemachtigde: mr. M.T.M. Koedoeder), appellanten, tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam (de rechtbank) van 6 augustus 2009, (ECLI:NL:RBROT:2009:BJ5565 (de aangevallen uitspraak) in de gedingen tussen, voor zover nog van belang, [B] (RATO zendertechniek), te Ravenstein (RATO), (gemachtigde: mr. P.J. Winkel) en de Staatssecretaris van Economische Zaken (Agentschap Telecom).

Procesverloop

Op 6 juni 2012 heeft het College een tussenuitspraak (ECLI:NL:CBB:2012:BW7911) gedaan.

Voor een beschrijving van het verloop van de procedure tot en met 7 maart 2012 verwijst het College naar die tussenuitspraak, waarin de minister is opgedragen om binnen twaalf weken (opnieuw) te beslissen op het bezwaar van RATO.

De minister heeft op 23 augustus 2012 een nieuw besluit genomen.

RATO heeft bij brief van 22 oktober 2012 een zienswijze ingediend, waarop de minister bij brief van 20 december 2012 heeft gereageerd.

Met toestemming van partijen is verder onderzoek ter zitting achterwege gebleven.

Motivering

1.1 De rechtbank heeft het beroep van RATO gegrond verklaard voor zover dat ziet op de kavels B27 en B31. Daartegen richt zich het hoger beroep van appellanten.

1.2 Ter uitvoering van de aangevallen uitspraak heeft de minister op 3 mei 2012 opnieuw beslist op het bezwaar van RATO tegen de afwijzing van zijn aanvragen om een frequentievergunning voor de kavels B27 en B31 en de verlening van de frequentievergunningen voor deze kavels aan NDC. De minister heeft het bezwaar wegens het ontbreken van een procesbelang niet-ontvankelijk verklaard.

1.3 Met zijn besluit van 23 augustus 2012 heeft de minister de verlening van de frequentievergunningen voor de kavels B27 en B31 aan NDC en de afwijzing van de aanvraag van RATO gehandhaafd. Het programmatisch aanbod van NDC en van RATO heeft de minister vergeleken. Kort gezegd concludeert de minister nu dat het programma-aanbod van NDC ten minste 10,3% regiogericht is en daarmee niet significant meer biedt dan het wettelijk minimum. Toch handhaaft de minister de gunning aan NDC, omdat haar financieel bod hoger was dan dat van RATO. Hierbij uit de minister twijfel of het programma-aanbod van RATO de minimumnorm van 10% haalt, maar komt hierover niet tot een definitief standpunt.

2. In zijn zienswijze van 22 oktober 2012 heeft RATO gesteld dat het programma-aanbod van NDC minder dan 10% regiogericht is.

3.1 Het College stelt voorop dat hij de aangevallen uitspraak, voor zover aangevochten, zal bevestigen op de gronden, zoals deze in de tussenuitspraak van 6 juni 2012 zijn verwoord.

3.2 Ingevolge artikel 6:19, eerste lid, gelezen in verbinding met artikel 6:18 (oud) van de Algemene wet bestuursrecht, strekt het beroep van RATO zich

mede uit tot de besluiten van 3 mei 2012 en 23 augustus 2012.

3.3 Bij een afzonderlijke bespreking van het beroep tegen het besluit van 3 mei 2012 heeft RATO geen belang (meer). De minister handhaaft dat besluit niet langer en het besluit van 3 mei 2012 is achterhaald door het besluit van 23 augustus 2012. Het College kan de beroepsgronden van RATO in het tegen dat laatste besluit gerichte beroep ten volle beoordelen. Het beroep van RATO tegen het besluit van 3 mei 2012 zal het College daarom niet-ontvankelijk verklaren.

3.4.1 Artikel 7 van de Regeling Aanwijzing en gebruik frequentieruimte commerciële radio-omroep 2003 (de Regeling AGF) bestemt de kavels B27 en B31 voor regionale radioprogramma's. Op grond van artikel 7, eerste lid, aanhef en onder b, van de Regeling AGF moet een regionaal radioprogramma tussen 7 en 19 uur minstens 10% in het bijzonder gericht zijn op het gebied waarvoor het programma is bestemd. Zoals het College in zijn tussenuitspraak van 6 juni 2012 heeft overwogen, kan een radioprogramma slechts dan gelden als een regionaal programma indien het, met inachtneming van dat percentage, in het bijzonder is gericht op die luisteraars die zich bevinden in het gebied waar de radiofrequentie waarvoor de vergunning is verleend kan worden ontvangen.

3.4.2 Volgens de minister is het programma-aanbod van NDC voor ten minste 10,3% regiogericht op basis van nieuws, weer en verkeer. Andere programma-onderdelen (muziek, gesprekken/spellen, presentatie) merkt de minister niet als regiogericht aan. Ook het College gaat er van uit dat alleen nieuws, weer en verkeer in het programma-aanbod van NDC als regiogericht zijn aan te merken.

3.4.3 RATO betwist dat het programma-aanbod van NDC aan de 10%-norm voldoet, onder meer omdat de minister programma-onderdelen als een interactief spel met de luisteraar en een conference op verzoek ten onrechte heeft meegerekend in de categorie 'nieuws-weer-verkeer'.

3.4.4 RATO heeft gelijk als hij stelt dat de minister ten onrechte de conference en interactief spel als nieuws, weer of verkeer meerekent. Uit de aanvraag van NDC blijkt voor de maandag tot en met vrijdag de volgende programmering van nieuws verkeer en verkeer:

tussen 7-9 uur elk uur 9 minuten

9-10 6 min. (de minister telt hier 10 min)

10-11 2 min.

11-12 4 min. (de minister telt hier 6 min)

12-13 5 min.

13-14 4 min.

14-15 2 min. (de minister telt hier 4 min)

15-16 2 min.

16-17 2 min.

17-18 7 min.

18-19 7 min.,

totaal 59 (en niet, zoals de minister meent, 67) minuten per dag. Voor het weekend berekent de minister voor beide dagen 51 minuten nieuws, verkeer en weer. Die berekening is juist.

3.4.5 Het weektotaal aan regionale programma's komt daarmee op maximaal 397 minuten. Met partijen uitgaande van een netto zendtijd per uur van 50,5 minuten (exclusief reclame) en 12 uur per dag (van 7:00 tot 19:00 uur) is de totale netto zendtijd: 4242 uur. Dat resulteert in een percentage regionale programmering van 9,36%. Dat betekent dat de minimumnorm niet wordt gehaald. Daaruit volgt de conclusie dat de minister NDC in strijd met de wet de hier van belang zijnde vergunningen aan NDC heeft verleend.

3.5.1 Het beroep is gegrond, het College zal het besluit van 23 augustus 2012 vernietigen.

3.5.2 De besluiten van de minister van 3 maart 2008 tot verlening van de frequentievergunningen voor de kavels B27 en B31 aan NDC zal het College herroepen en hij zal de aanvragen van NDC voor die kavels afwijzen, opdat daarmee de rechtsgevolgen die aan de vergunningverlening waren verbonden met terugwerkende kracht ongedaan worden gemaakt; voor het recht geldt dat de frequentievergunningen nimmer hebben bestaan.

3.5.3 Hiermee ontstaat de ruimte om een andere aanvraag voor de (schaarse) frequentievergunning voor deze kavels te honoreren en speelt de vraag of de afwijzing van de aanvraag van RATO stand houdt. Deze vraag beantwoordt het College bevestigend en daartoe is redengevend dat de door RATO ingediende aanvraag onvoldoende inzicht biedt in de programmering, in het bijzonder het regionale karakter er van. Het College is het met de minister eens dat uit die aanvraag niet valt op te maken of RATO voldoet aan de 10%-norm van artikel 7 van de Regeling AGF. Aanvulling van de aanvraag is in de hier gegeven omstandigheden – de tender is afgesloten en de periode waarvoor de vergunning kan worden verleend is verstreken – niet (meer) aan de orde. Dat betekent dat RATO onvoldoende aanneemelijk heeft gemaakt dat zij voldoet aan de 10%-norm. Ook haar aanvraag is door de minister dus, zij het op verkeerde gronden, terecht afgewezen. Hierin vindt het College aanleiding om de rechtsgevolgen van het besluit van 23 augustus 2012 in stand te laten in zoverre daarbij de afwijzing van de aanvraag van RATO is gehandhaafd.

3.6 Het College acht termen aanwezig om verweerder te veroordelen in de proceskosten van RATO in hoger beroep. Verweerder dient de kosten van de door gemachtigde van RATO beroepsmatig verleende rechtsbijstand, met inachtneming van het Besluit proceskosten bestuursrecht, te vergoeden. Deze kosten zijn vastgesteld op € 1.180,- (één punt

voor het indienen van het appelschrift, één punt voor de zitting en een half punt voor de zienswijze na de bestuurlijke lus, tegen een waarde van € 472,- per punt, in een zaak van gemiddeld gewicht, met vermenigvuldigingsfactor 1).

Ingevolge artikel 24, derde lid, (oud) van de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie, welk artikel ingevolge het bij de Wet aanpassing bestuursrecht behorende overgangsrecht op dit geding van toepassing is gebleven, wordt van de minister een griffierecht van € 447,- gegeven.

Beslissing

Het College:

- bevestigt de aangevallen uitspraak, voor zover aangevochten;
- verklaart het beroep tegen het besluit van 3 mei 2012 niet-ontvankelijk;
- verklaart het beroep gegrond, voor zover dat zich richt tegen het besluit van 23 augustus 2012;
- vernietigt het besluit van 23 augustus 2012;
- herroept de besluiten van 3 maart 2008, in zoverre daarbij aan NDC frequentievergunningen voor de kavels B27 en B31 zijn verleend;
- wijst de aanvragen van NDC voor frequentievergunningen voor de kavels B27 en B31 af;
- bepaalt dat de rechtsgevolgen van het besluit van 23 augustus 2012 in stand blijven in zoverre daarbij de afwijzing van de aanvragen van RATO voor frequentievergunningen voor de kavels B27 en B31 zijn gehandhaafd;
- veroordeelt de minister in de proceskosten van RATO tot een bedrag van € 1.180,-;
- bepaalt dat van de minister een griffierecht van € 447,- wordt gegeven.

**Rb Rotterdam 26 september 2013, zaaknummer: AWB 13/1565,
ECLI:NL:RBROT:2013:7306**

Uitspraak van de meervoudige kamer van 26 september 2013 in de zaak tussen [eiser], te [plaats], eiser, en de minister van Economische Zaken (Agentschap Telecom), verweerder.

Procesverloop

Bij besluit van 10 oktober 2012 (het primaire besluit) heeft verweerder een bestuurlijke boete van € 45.000 en een last onder dwangsom opgelegd wegens illegale uitzendingen in de FM-omroepband. Bij besluit van 27 februari 2013 (besluit 1) heeft verweerder het bezwaar van eiser wat betreft de hoogte van de boete gegrond verklaard en de boete lager vastgesteld op € 15.000.

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 verder verlaagd tot € 6.100.

Verweerder heeft een verweerschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 8 juli 2013. Eiser is verschenen. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. D. van Bolhuis en mr. W.R.R.H. Cordes, bijgestaan door A. Prijt, toezichthouder.

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) € 6.100 opgelegd wegens overtreding van artikel 3.3, eerste lid, en artikel 10.9, eerste lid, van de Tw.

3. Verweerder heeft de overtreding vastgesteld op basis van het op 25 juli 2012 opgemaakte rapport van bevindingen (rapport). In dit rapport verklaart een toezichthouder van verweerder dat hij op woensdag 18 juli 2012 en woensdag 25 juli 2012 vanuit zijn dienstauto op een frequentie van [getal] respectievelijk [getal] MHz in de FM-omroepband een kennelijk illegale radiozender beluisterde, die werd aangekondigd als '[zenderaam]' en waarbij een telefoonnummer werd genoemd voor het doorgeven van reacties. Via een daartoe geschikte decoder stelde de toezichthouder vast dat via deze zender tevens een zogenaamd Radio Data Signaal (RDS) werd verzonden met hetzelfde telefoonnummer. Verder heeft de toezichthouder door middel van radiopeilingen, relatieve veldsterktemetingen en een ter plaatse ingesteld onderzoek vastgesteld dat de radiocommunicatiesignalen van deze zender afkomstig waren vanaf een vaste antenne-installatie van ongeveer 25 m hoog met twee verticaal gepolariseerde antennes, die stond opgesteld op het perceel [adres]te [plaats], dat wordt gehoord door eiser. De toezichthouder heeft vastgesteld dat eiser geen frequentievergunning heeft en dat het bereik van deze zender ongeveer 30 km was.

4. Eiser voert aan dat het opleggen van de boete in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. Eiser stelt dat verweerder in andere gevallen na het uitpeilen eerst waarschuwt, zodat de betrokkene de gelegenheid heeft om het zenden te staken en niet meteen een

boete opgelegd krijgt. In zijn geval is dat niet gebeurd. Eiser stelt dat hij nooit een waarschuwingsbrief heeft gehad. Eiser stelt dat, als hij wel op de hoogte was gesteld van het uitpeilen, hij dan niet meer zou hebben uitgezonden en dat hem dan geen boete opgelegd zou zijn. Eiser onderbouwt het beroep op het gelijkheidsbeginsel met een aantal (geanonimiseerde) brieven van verweerder aan andere personen. Eiser stelt verder dat bij hem niet eerder een overtreding is geconstateerd, zodat er geen sprake is van recidive en de boete te hoog is vastgesteld. Voorts stelt eiser onder het bijvoegen van jaaropgaven over 2012 dat hij de boete niet kan betalen. Eiser heeft overigens bestreden dat er op 25 juli 2012 vanuit zijn woning zou zijn gezonden. Eiser stelt dat toen is gezonden vanaf het perceel van zijn broer, die twee huizen verder woont.

5. Ter zitting heeft verweerder gesteld dat de boete alleen voor de op 18 juli 2012 geconstateerde overtreding is opgelegd. De rechtbank gaat hier bij haar beoordeling van uit. Hetgeen eiser heeft aangevoerd ten aanzien van de op 25 juli 2012 vastgestelde overtreding laat de rechtbank daarom buiten beschouwing. De rechtbank beziet of de door verweerder opgelegde boete van € 6.100 gebaseerd kan worden op enkel de op 18 juli 2012 vastgestelde overtreding, die eiser niet bestreden heeft.

6. De rechtbank stelt vast dat, anders dan eiser stelt, hij wel door verweerder is gewaarschuwd. Naar aanleiding van het aantreffen op zijn perceel van een antenne-installatie die geschikt is voor uitzendingen in de FM-omroepband is hem op 26 augustus 2010 een algemene voorlichtingsbrief uitgereikt, waarin verweerder zijn beleid ten aanzien van illegale uitzendingen uiteenzet en de perceeleigenaar of -gebruiker wordt gewaarschuwd dat hij als overtreder een bestuurlijke boete en een last onder dwangsom riskeert, indien vanaf zijn perceel illegaal wordt uitgezonden. Op 15 mei 2012 is aan eiser nog een algemene waarschuwingsbrief verzonden over de wijziging van verweerders aanpak van illegale uitzendingen in de FM-omroepband, onder meer dat bij constatering van een illegale uitzending een maximumboete van € 45.000 kan worden opgelegd. Eiser is met deze brieven dus ten minste twee maal gewaarschuwd voorafgaande aan de vaststelling van de overtreding op 18 juli 2012. Hieraan doet niet af dat hij na de vaststelling van de overtreding op 18 juli 2012 daarvan niet direct door de toezichthouder op de hoogte is gesteld. De door eiser overgelegde brieven betreffen soortgelijke brieven als die hiervoor aangeduide brieven die eiser heeft ontvangen en daarnaast een brief waarin vanwege de duur van de behandeling geen sanctie is opgelegd. Daaruit kan niet worden afgeleid dat eiser anders behandeld zou zijn dan de ontvangers van die brieven. Het door eiser gedane beroep op het gelijkheidsbeginsel slaagt dan ook niet.

7. In besluit 2 en het verweerschrift 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.

8. 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 geografische 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.

9. 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 € 2.500, omdat er gebruik is gemaakt van een permanente antenne-installatie. Daarbij is een opslag van € 2.000 vastgesteld wegens een geografisch bereik van 30 km en een opslag van € 350 wegens een demografisch bereik van 51.440 inwoners. Er is een extra opslag opgelegd van € 1.250 omdat het aannemelijk is dat daadwerkelijk storing is veroorzaakt op de legale FM-omroep. De totale boete is vastgesteld op € 6.100.

10. 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 inkomenssituatie, zoals die blijkt uit de door hem overgelegde jaarpogaven, heeft verweerder geen aanleiding behoeven te vinden om 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. Anders dan eiser veronderstelt is de boete niet verhoogd wegens recidive. De hoogte van de boete vloeit voort uit de nieuwe gedragslijn van verweerder sedert medio 2010. De hoogte van de boete acht de rechtbank niet onevenredig.

11. Het beroep tegen bestreden besluit 2 is ongegrond.

12. 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.

13. De rechtbank ziet aanleiding om te bepalen dat verweerder aan eiser het door hem betaalde griffierecht vergoedt. Voor een veroordeling van de proceskosten is geen aanleiding, nu van proceskosten niet is gebleken.

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,

**Rb Rotterdam 26 september 2013, zaaknummer: AWB-12_05143,
ECLI:NL:RBROT:2013:7305**

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 radiocommunicatie-signalen 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 strafsancie in redelijkheid niet hoger zijn dan de preventieve herstelsancie 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 getuigenverklaring 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.

**Afdeling Bestuursrechtspraak 23 oktober 2013,
zaaknummer 201202317/1/A3,
ECLI:NL:RVS:2013:1599.**

[onaantastbaarheid besluit]

[Nu het CbB de beslissingen over de verlengingen niet met toepassing van artikel 6:19 van de Algemene wet bestuursrecht heeft betrokken in zijn uitspraak, gaat de Afdeling ervan uit dat dit nieuwe besluiten zijn waartegen afzonderlijk moet worden opgekomen. [appellant] heeft geen bezwaar gemaakt of beroep ingediend tegen de verlengingsbesluiten. Tegen deze besluiten is ook anderszins niet opgekomen, zodat zij in rechte onaantastbaar zijn geworden. Dit betekent dat de kavels die [appellant] zou willen verwerven tot 2017 in beginsel niet beschikbaar zullen komen en hij niet meer kan worden aangemerkt als potentiële verkrijger van de restfrequenties.

Gezien het vorenstaande heeft [appellant] naar het oordeel van de Afdeling geen belang meer bij de beoordeling van zijn hoger beroep.]

Uitspraak op het hoger beroep van:
[appellant], wonend te [woonplaats],
tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Hertogenbosch van 20 januari 2012 in zaak nr. 10/3620 in het geding tussen:

[appellant]

en

het Commissariaat voor de Media.

Procesverloop

Bij besluit van 13 april 2010 heeft het Commissariaat het verzoek van [appellant] om op grond van de Mediawet handhavend op te treden tegen regionale radiostations die programma's maken die door meer dan 30 procent van de inwoners van Nederland kunnen worden ontvangen, deels afgewezen.

Bij besluit van 28 september 2010 heeft het Commissariaat het door [appellant] daartegen gemaakte bezwaar ten aanzien van het digitale kabelbereik van de programma's van de besloten vennootschap NDC Radio B.V. (hierna: NDC) gegrond verklaard, doch afgezien van het gebruik van zijn

bevoegdheid daartegen handhavend op te treden en voor het overige het bezwaar ongegrond verklaard. Bij uitspraak van 20 januari 2012 heeft de rechtbank het door [appellant] daartegen ingestelde beroep gegrond verklaard, het besluit van 28 september 2010 vernietigd en het bezwaar van [appellant] alsnog niet-ontvankelijk verklaard. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft [appellant] hoger beroep ingesteld.

Het Commissariaat heeft een verweerschrift ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 14 mei 2013, waar [appellant], bijgestaan door mr. P.J. Winkel, advocaat te Hoofddorp, en het Commissariaat, vertegenwoordigd door mr. G.H.L. Weesing, advocaat te Amsterdam, zijn verschenen. Vervolgens heeft de Afdeling partijen meegedeeld dat de behandeling van deze zaak wordt aangehouden, teneinde een tweede zitting te agenderen.

[appellant], het Commissariaat en NDC hebben nadere stukken ingediend.

De Afdeling heeft de zaak opnieuw ter zitting behandeld op 30 september 2013, waar [appellant], bijgestaan door mr. P.J. Winkel, advocaat te Hoofddorp, en het Commissariaat, vertegenwoordigd door mr. G.H.L. Weesing en A.F. Ottendorf, advocaat te Amsterdam onderscheidenlijk werkzaam bij het Commissariaat, zijn verschenen.

Voorts is ter zitting NDC, vertegenwoordigd door mr. M. Koedooder, advocaat te Amsterdam, als partij gehoord.

Overwegingen

1. Ambtshalve overweegt de Afdeling het volgende.

De toenmalige staatssecretaris van Economische Zaken heeft in 2008 krachtens de Telecommunicatiewet vergunningen verleend voor het gebruik van frequentieruimte ten behoeve van de niet-landelijke commerciële omroep ten aanzien van 12 FM-frequenties, de zogenoemde restfrequenties, waarvan de duur afliep in 2011. De toenmalige minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie heeft daarop besloten die vergunningen te verlengen tot 2017. Aanvragen daarvoor moesten uiterlijk op 28 juni 2011 om 14 uur door hem zijn ontvangen.

[appellant] heeft als niet-landelijke commerciële omroep een aanvraag ingediend voor het gebruik van frequentieruimte ten aanzien van de restfrequenties via de kavels B27, B31 en B38. Hij wil via deze kavels het radioprogramma 'Memories FM' uitzenden, voor welk programma hij bij besluit van 20 november 2007 toestemming heeft gekregen van het Commissariaat. Deze aanvraag is door de staatssecretaris afgewezen op 3 maart 2008. In zijn uitspraak van 12 september 2013 in zaaknummers 09/1206, 09/1254, 10/1291 en 13/531 heeft het

College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: het CBB) onder meer geoordeeld dat de aanvraag van [appellant] voor deze kavels terecht is afgewezen.

Vast staat dat [appellant], anders dan NDC en Young City Media B.V., na afloop van de vergunningstermijn in 2011 geen aanvraag heeft ingediend voor de verlenging van de vergunningen tot 2017. Nu het CBB de beslissingen over de verlengingen niet met toepassing van artikel 6:19 van de Algemene wet bestuursrecht heeft betrokken in zijn uitspraak, gaat de Afdeling ervan uit dat dit nieuwe besluiten zijn waartegen afzonderlijk moet worden opgekomen. [appellant] heeft geen bezwaar gemaakt of beroep ingediend tegen de verlengingsbesluiten. Tegen deze besluiten is ook anderszins niet opgekomen, zodat zij in rechte onaantastbaar zijn geworden. Dit betekent dat de kavels die [appellant] zou willen verwerven tot 2017 in beginsel niet beschikbaar zullen komen en hij niet meer kan worden aangemerkt als potentiële verkrijger van de restfrequenties.

Gezien het vorenstaande heeft [appellant] naar het oordeel van de Afdeling geen belang meer bij de beoordeling van zijn hoger beroep.

2. Het hoger beroep is niet-ontvankelijk.

3. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

verklaart het hoger beroep niet-ontvankelijk.

CBB 13 december 2013, zaaknummer: AWB 13/443, ECLI:NL:CBB:2013:277

Uitspraak van de meervoudige kamer van 13 december 2013 op het hoger beroep van:

Quality RTV B.V., te Utrecht, appellante (gemachtigde: mr. H.W.J. Lambers),

tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam (de rechtbank) van 8 mei 2013

(ECLI:NL:RBROT:2013:3149; de aangevallen uitspraak) in het geding tussen appellante

en

de Minister van Economische Zaken (de minister) (gemachtigde: mr. E.P. Koorstra).

1 Het procesverloop in hoger beroep

Appellante heeft bij brief van 18 juni 2013 hoger beroep ingesteld.

De minister heeft een verweerschrift ingediend.

Met toestemming van partijen is het onderzoek ter zitting achterwege gebleven. Op 5 december 2013 heeft het College het onderzoek gesloten.

2 De grondslag van het geschil

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

2.2 Op 7 juni 2011 is de Regeling verlenging en digitalisering commerciële radio-oproep (middengolf en niet-landelijke FM) (de Regeling) in werking getreden. Het door appellante tegen de Regeling ingediende bezwaar is door de minister bij besluit van 3 november 2011 (het besluit) niet-ontvankelijk verklaard. Tegen dit besluit was het beroep van appellante bij de rechtbank gericht.

3 De uitspraak van de rechtbank

De rechtbank heeft het beroep van appellante tegen het besluit ongegrond verklaard.

4 De standpunten van partijen in hoger beroep

4.1 Appellante heeft aangevoerd dat het bezwaar tegen de Regeling ten onrechte niet-ontvankelijk is verklaard. Het hoger beroep dient louter ter bewaring van de rechten van appellante, om te voorkomen dat de Regeling jegens haar formele rechtskracht zou krijgen als gevolg van het onbenut laten van een rechtsmiddel.

4.2 De minister betoogt dat de Regeling als een algemeen verbindend voorschrift heeft te gelden.

5 De beoordeling van het geschil in hoger beroep

5.1 Appellante komt in hoger beroep enkel op tegen het oordeel van de rechtbank dat de minister het bezwaar van appellante tegen de Regeling terecht niet-ontvankelijk heeft verklaard.

5.2 De Regeling bevat naar het oordeel van het College zelfstandige normstellingen die gelden voor alle verkrijgers of houders van de bestaande middengolfvergunningen en niet-landelijke FM-vergunningen die worden verlengd respectievelijk worden verleend met toepassing van de Regeling. De Regeling heeft externe werking en richt zich in beginsel tot een onbepaalde groep van rechtssubjecten waardoor zij geschikt is voor herhaalde toepassing. Daarbij bevat de Regeling algemene regels die verder strekken dan het bepalen van de werkingssfeer van al bestaande algemeen verbindende normen. Met de rechtbank is het College van oordeel dat de Regeling dan ook algemeen verbindende voorschriften bevat. Artikel 8:3, eerste lid, aanhef en onder a, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) sluit beroep tegen een dergelijk besluit uit. De rechtbank heeft met toepassing van artikel 8:2, eerste lid, aanhef en onder a, Awb (oud) het beroep van appellante terecht ongegrond verklaard.

5.3 Het hoger beroep faalt en de aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.

5.4 Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

6 De beslissing

Het College bevestigt de aangevallen uitspraak, voor zover aangevochten.

CBb 30 januari 2014, zaaknummer AWB 08/796, ECLI:NL:CBB:2014:31

Uitspraak op het hoger beroep van:
Broadcast Newco Two B.V. (BNT), te Terneuzen, appellante,

tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 7 oktober 2008 in het geding tussen

BNT

en

de Minister van Economische Zaken (de minister) en als derde partij: Digitenne Holding B.V. (Digitenne)

gemachtigden van BNT: mr. G-J. Zwenne en mr. A.J. Dunnik

gemachtigde van de minister: mr. A.J. Boorsma
gemachtigde van Digitenne: mr. L.P.W. Mensink

Procesverloop in hoger beroep

Appellante heeft op 22 oktober 2008 hoger beroep ingesteld tegen de aangevallen uitspraak (ECLI:NL:RBROT:2008:BM8038).

De minister heeft verweer gevoerd.

Digitenne heeft een zienswijze ingediend.

Op 19 december 2013 heeft het onderzoek ter zitting plaatsgehad, waarbij de gemachtigden van partijen hun standpunten hebben toegelicht.

Grondslag van het geschil

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

1.3 Digital Video Broadcasting-Terrestrial (DVB-T) is de standaard voor uitzending van digitale televisie via de ether. Op 31 januari 2002 is aan Digitenne tot 1 februari 2017 vergunning verleend voor het gebruik van de frequentieruimte binnen het bereik 470-862 MHz, bestemd voor DVB-T. Deze vergunning is verleend op basis van een vergelijkende toets, waarbij Digitenne de enige aanvrager was. Deze vergunning is in rechte onaantastbaar. Bij besluit van 10 oktober 2006 heeft de minister op

aanvraag van Digitenne de in 2002 verleende vergunning gewijzigd. Aan deze wijziging heeft de minister ten grondslag gelegd dat een doelmatig gebruik van het frequentiespectrum dit vordert, zoals bedoeld in artikel 3.7, tweede lid, aanhef en onder c, van de Telecommunicatiewet (Tw). Digitenne heeft, zoals bij de wijziging is voorgeschreven, (partiële) zenderplannen voor de ingebruikneming van de frequentieruimte ter goedkeuring aan de minister voorgelegd. Deze zenderplannen zijn bij besluiten van 2 november 2006, 30 november 2006, 21 december 2006 en 29 januari 2007 goedgekeurd. Door middel van de goedkeuringsbesluiten zijn concrete frequenties en opstelpunten gewijzigd of toegevoegd en heeft een indeling in allotments plaats gevonden.

1.4 Tegen de vergunningswijziging en de daarop volgende goedkeuringsbesluiten van de zenderplannen van Digitenne, heeft BNT bezwaar gemaakt. Het inleidende beroep van BNT richt zich tegen de ongegrondverklaring van haar bezwaren bij besluiten van 16 mei 2007.

De uitspraak van de rechtbank

2. De rechtbank heeft het beroep gericht tegen de wijziging van de vergunning ongegrond verklaard. De beroepen tegen twee van de vier besluiten tot goedkeuring van de zenderplannen, zijn gegrond verklaard wegens schending van de hoorplicht, de beroepen gericht tegen de overige twee goedkeuringsbesluiten, zijn ongegrond verklaard. De rechtsgevolgen van de vernietigde besluiten zijn door de rechtbank geheel in stand gelaten.

De standpunten van partijen

Het standpunt van BNT

3.1.1 BNT heeft desgevraagd bevestigd dat haar hoger beroep zich niet richt tegen de gehele aangevallen uitspraak. Voor zover de rechtbank haar beroep gegrond heeft verklaard en twee goedkeuringsbesluiten heeft vernietigd, richt haar hoger beroep zich uitsluitend tegen het in stand laten van de rechtsgevolgen van de vernietigde besluiten. BNT onderschrijft het oordeel van de rechtbank dat zij belanghebbende is omdat zij, zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, moet worden aangemerkt als concurrent van Digitenne. Daarbij is volgens BNT van belang dat de DVB-T frequenties ook worden gebruikt voor het verspreiden van radiosignalen.

3.1.2 De kern van het door BNT in hoger beroep aangevoerde standpunt is dat er sprake is van een uitbreiding van de in 2002 verleende vergunning en niet van een wijziging van deze vergunning. Het wijzigingsbesluit – dat volgens BNT moet worden

gekwalificeerd als een uitbreidingsbesluit – stelt Digitenne in staat landelijk bereik te realiseren, hetgeen daarvoor niet mogelijk was. De toename van het bereik varieert volgens BNT van 10% tot bijna 40% per multiplex. De frequentieruimte die bij de wijziging is verleend was eerder niet beschikbaar en het reserveren van frequentieruimte, door het al van te voren uit te geven, is niet toegestaan, zoals volgt uit hoofdstuk 3 van de Telecommunicatiewet (Tw) en het Frequentiebesluit (Fb). De frequenties die ten tijde van de vergunningverlening in 2002 nog gecoördineerd moesten worden, kunnen daarom volgens BNT niet als in 2002 verleend worden beschouwd, nu daar destijds te weinig duidelijkheid over bestond. Welke frequenties beschikbaar zouden komen stond immers toen nog niet vast. Verlening daarvan is volgens BNT ook in strijd met het transparantievereiste dat volgens onder meer de Richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de Machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en –diensten (Machtigingsrichtlijn) geldt voor de verdeling van frequentieruime. Dit alles leidt er volgens BNT toe dat hier sprake is van een betekende uitbreiding van het verzorgingsgebied. De frequenties hadden daarom op de voet van artikel 3.3 van de Tw (op basis van een vergelijkende toets) moeten worden uitgegeven. BNT verwijst in dat verband naar een uitspraak van het College van 26 april 2007 (ECLI:NL:CBB:2007:BA3858). Artikel 3.7 van de Tw biedt geen grondslag voor de facto uitbreiding van de frequentieruimte en is gebruikt in strijd met het doel waarvoor de bevoegdheid is gegeven. Bovendien volgt uit artikel 3.7 tweede lid, aanhef en onder f, van de Tw dat een wijziging niet plaats mag hebben indien de daadwerkelijke mededinging daardoor in aanzienlijke mate wordt beperkt, hetgeen met deze wijziging volgens BNT het geval is. Digitenne heeft met de uitbreiding van de frequenties, nu daarmee ook DVB-H (Digital Video Broadcasting – Handhelds) kan worden aangeboden, in feite een monopoliepositie op de markt voor digitale ethertelevisie bereikt. Bovendien is er sprake van ongeoorloofde staatssteun gelet op de lage vergoeding die Digitenne voor het gebruik van de frequentieruimte verschuldigd is.

3.1.3 Ter zitting heeft BNT er nog op gewezen dat de behandeling van haar zaak dermate lang heeft geduurd dat de redelijke termijn overschreden is. Op het moment dat uitspraak wordt gedaan is, exclusief de periode waarover BNT met uitstel heeft ingestemd, de (totale) termijn van vijf jaar, die voor een procedure als deze als redelijk wordt beschouwd, met meer dan een jaar overschreden. Om die reden verzoekt BNT om toekenning van een schadevergoeding van € 1500,-.

Het standpunt van de minister

3.2.1 Ter zitting heeft de minister het procesbelang van BNT ter discussie gesteld. In dat verband heeft de minister erop gewezen dat DVB-H, het onderdeel van DVB-T waarin BNT zegt vooral geïnteresseerd te zijn, inmiddels is ingehaald door andere technieken. Verder kan volgens de minister ernstig betwijfeld worden of BNT daadwerkelijk de ambitie heeft zich toe te leggen op digitale televisie. BNT heeft in 2006 een aanvraag gedaan voor daarvoor geschikte frequentieruimte, maar tegen de afwijzing heeft zij geen rechtsmiddelen ingesteld. Overigens heeft zij aan de uitgifteprocedures voor geschikte frequentieruimte nimmer deelgenomen. Zodoende heeft volgens de minister BNT haar procesbelang verloren.

3.2.2 Verder stelt de minister zich op het standpunt dat hij terecht gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om de vergunning te wijzigen op grond van artikel 3.7 van de Tw en niet gehouden was tot het opnieuw uitgeven van een vergunning middels een vergelijkende toets. Met de wijziging is de eerder aan Digitenne verleende frequentieruimte niet uitgebreid. Op 31 januari 2002 is Digitenne een vergunning verleend op grond van de artikelen 3.3. en 3.5 van de Tw en artikel 16 van het Fb voor het gebruik van de frequentieruimte binnen het bereik van 470-862 MHz ten behoeve van het uitzenden van tv- en radioprogramma's en het aanbieden van datadiensten, door middel van DVB-T. In de voorschriften van die vergunning is bepaald dat Digitenne vier multiplexen in gebruik neemt en dat wijzigingen kunnen worden aangebracht in de bij de vergunning horende bijlage 1, onder meer op basis van de voortgang van het internationale frequentiecoördinatieproces met betrekking tot DVB-T, of als gevolg van de Stockholmoveerenkomst. Die ontwikkelingen in het frequentiecoördinatieproces hebben zich voorgedaan. Tijdens de Regionale Radiocommunicatie Conferentie van 15 mei tot en met 16 juni 2006 in Geneve is dat proces afgerond. De aanvankelijke beperkingen voor het gebruik van frequenties binnen de verleende frequentieruimte zijn daarmee opgeheven. Deze ontwikkelingen waren voorzien ten tijde van de vergunningverlening. Er is destijds uitdrukkelijk voor gekozen de ontwikkelingen niet af te wachten, maar, met het oog op concurrentiebevordering, vooruitlopend hierop over te gaan tot uitgifte van één landelijk dekkende vergunning. Alle wijzigingen vallen binnen het bereik van 470-862 MHz. Ook DVB-H maakte deel uit van de in 2002 verleende vergunning.

Het standpunt van Digitenne

3.3 Digitenne heeft eveneens het procesbelang van BNT bij deze procedure betwist. Zij heeft voorts aangevoerd dat BNT niet als belanghebbende kan worden aangemerkt. Op het moment dat de bezwaartermijn afliep luidde de statutaire doelstelling van BNT "het creëren en operationeel maken en houden van uitzendlocaties met het oog op het uitzenden van programma's en radiostations" en had BNT bovendien nog nooit een vergunning aangevraagd voor DVB-T. Pas op 13 april 2007 heeft BNT haar statutaire doelstelling verruimd. Voor de afloop van de bezwaartermijn(en) was er geen aanwijzing dat BNT de markt voor digitale ethertelevisie zou betreden. Het voeren van juridische procedures, zoals een bezwaarprocedure, kan bij gebrek aan feitelijke werkzaamheden niet leiden tot kwalificatie als belanghebbende. Voor het overige heeft Digitenne zich aangesloten bij het standpunt van de minister.

De beoordeling van het geschil in hoger beroep

4.1.1 Het College is van oordeel dat BNT (nog steeds) procesbelang heeft bij de procedure. Volgens vaste jurisprudentie is sprake van (voldoende) procesbelang als het resultaat dat de indiener van het (hoger) beroepschrift met het indienen van het (hoger) beroep nastreeft, ook daadwerkelijk kan worden bereikt en aan het realiseren van dat resultaat voor de indiener feitelijke betekenis niet kan worden ontzegd. Met haar hoger beroep wil BNT bereiken dat (een deel van de) aan Digitenne verleende vergunning ongedaan wordt gemaakt. Dat is een resultaat dat Digitenne zou kunnen bereiken met deze procedure. Het is daarbij rechtens niet van belang wat de motieven van BNT zijn en of BNT nastreeft zelf met de vergunning (ook) digitale ethertelevisie uit te zenden (zie ook: ECLI:NL:RVS:2001:AD3416 en ECLI:NL:CBB:2013:CA1615).

4.1.2 In artikel 1:2, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) is het begrip belanghebbende gedefinieerd als degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit betrokken is. Voor ondernemingen geldt dat concurrenten belanghebbenden zijn bij een aan een andere onderneming gericht besluit als zij (deels) op dezelfde markt opereren als de begunstigde van dat besluit (zie onder meer ECLI:NL:CBB:2009:BJ8176). Vast staat dat de frequentieruimte waar dit geschil op ziet, is verleend ten behoeve van het uitzenden van tv- en radioprogramma's en het aanbieden van datadiensten door middel van DVB-T. Digitenne zendt, naast televisie, 23 (commerciële) radiozenders via de DVB-T frequenties uit. Onbestreden is dat BNT actief is op de markt voor (landelijke) radiodistributie. Dat was zij ook gedurende de termijn dat bezwaar kon worden gemaakt tegen het besluit van 10

oktober 2006. Bovendien zijn zowel Digitenne als BNT wholesale-aanbieders op de markt van radio-omroeptransmissiediensten. Dit is naar het oordeel van het College voldoende om een belang van BNT aan te nemen. BNT is terecht als belanghebbende aangemerkt.

4.2 Over de vraag of de minister terecht de aan Digitenne in 2002 verleende vergunning kon wijzigen met toepassing van artikel 3.7, derde lid, van de Tw, oordeelt het College als volgt. Vooropgesteld wordt dat, zoals het College eerder heeft overwogen in haar uitspraak van 3 maart 2006 (ECLI:NL:CBB:2006:AV3464), niet de concrete frequenties waarover wordt uitgezonden het object van de vergunning vormen, maar het recht van de vergunninghouder om een deel van het frequentiespectrum te mogen gebruiken. De bij de vergunning beschikbaar gestelde frequenties dienen te worden aangemerkt als beperkingen, als bedoeld in artikel 3.3 van de Tw en artikel 16 van het Fb, op het gebruiksrecht dat de vergunninghouder wordt toegekend. Het College stelt vast dat bij de vergunning in 2002 aan Digitenne het gebruiksrecht is verleend voor vier multiplexen binnen de bandbreedte 470-862 MHz en is van oordeel dat die gebruikruimte het object is van de vergunning. Bijlage 1 van de in 2002 verleende vergunning ziet op de concrete frequentietoewijzingen binnen de verleende gebruikruimte, waarvoor in de voorwaarden van de vergunning in artikel 2, derde lid, reeds is bepaald: “de staatssecretaris kan wijzigingen aanbrengen in de bij de vergunning horende bijlage 1, onder meer op basis van de voortgang van het internationale frequentiecoördinatieproces met betrekking tot DVB-T (...).” Naar het oordeel van het College heeft de rechtbank terecht in aanmerking genomen dat de voorbereidende stukken duidelijk aangeven dat het gaat om een vergunning voor een landelijke vergunninghouder, dat de frequenties, opstelpunten en dekkingsgraden van de vier multiplexen nog kunnen veranderen en dat de vergunning ook de nog niet beschikbare frequenties inhoudt die nog met het buitenland gecoördineerd moeten worden. Het had daarom voor BNT bij de verlening van deze vergunning reeds kenbaar kunnen en moeten zijn welk gebruiksrecht werd verleend en dat niet op nieuw frequentieruimte uitgegeven zou worden voor DVB-T. Waar het besluit van 31 januari 2002 formele rechtskracht heeft gekregen, heeft het College de rechtmatigheid van dit besluit, zowel naar de wijze van totstandkoming als naar inhoud, als gegeven te aanvaarden. De stelling van BNT dat de frequenties als niet verleend moeten worden beschouwd, richt zich in wezen tegen de uitgifte van de frequenties in 2002 en een inhoudelijke bespreking van deze beroepsgrond(en) stuit af op de formele rechtskracht van het besluit van 31 januari

2002. Ook de stellingen van BNT dat Digitenne in feite met de vergunning een monopoliepositie bereikt op de markt voor digitale ethertelevisie en dat de verlening van de vergunning moet worden gekwalificeerd als ongeoorloofde staatssteun kunnen in dit (hoger) beroep niet met vrucht worden aangevoerd, nu ook deze beroepsgronden zich in wezen richten tegen het besluit van 31 januari 2002.

Met het wijzigingsbesluit en de daarop volgende goedkeuringsbesluiten is uitwerking gegeven aan de al in de vergunning van 31 januari 2002 voorziene aanpassingen. Het College is met de rechtbank van oordeel dat de wijzigingen geen uitbreiding van de vergunning inhouden. Anders dan in de door BNT aangehaalde uitspraak van het College van 26 april 2007 vallen de – in deze zaak bij wijziging toegewezen – frequenties niet buiten de bij de eerdere vergunning verleende frequentieruimte. De minister heeft dan ook terecht de vergunning van Digitenne op grond van de haar op grond van artikel 3.7 Van de Tw toekomstige bevoegdheid kunnen wijzigen.

4.3 Het College stelt vast dat de redelijke termijn op de datum van deze uitspraak is overschreden. Deze overschrijding is volledig toe te rekenen aan de rechterlijke fase. Nu de overschrijding van de redelijke termijn, met aftrek van de periode dat om uitstel van de behandeling van het hoger beroep was verzocht, neer komt op meer dan een jaar, maar minder dan anderhalf jaar zal het College de door BNT verzochte schadevergoeding van € 1500,-- toekennen. De gemachtigde van de minister heeft, na overleg met de Raad voor de Rechtspraak, ter zitting desgevraagd verklaard in dit hoger beroep, voor zover het gaat om de door BNT gevraagde schadevergoeding, mede op te treden namens de Staat der Nederlanden (de Minister van Veiligheid en Justitie) en hij heeft ingestemd met de hoogte van de gevraagde schadevergoeding. Onder deze omstandigheden ziet het College geen aanleiding tot heropening van het onderzoek met toepassing van artikel 8:73, tweede lid, van de Awb.

4.4 Het hoger beroep slaagt voor zover BNT zich heeft beroepen op de overschrijding van de redelijke termijn in hoger beroep. Voor het overige slaagt het hoger beroep van BNT niet. Het College zal de aangevallen uitspraak bevestigen. De minister zal worden veroordeeld in de door BNT in verband met de behandeling van het hoger beroep gemaakte kosten van rechtsbijstand, die op voet van het Besluit proceskosten bestuursrecht worden vastgesteld op € 974,-- (één punt voor het hoger beroepschrift en één punt voor het verschijnen van de

gemachtigde ter zitting bij het College, met wegingsfactor 1 en een waarde per punt van € 487,--).

Beslissing

Het College:

- bevestigt de aangevallen uitspraak;
- veroordeelt de Staat om aan BNT een schadevergoeding te betalen van € 1500,--
- veroordeelt de minister tot vergoeding van de door BNT in verband met de behandeling van het hoger beroep gemaakte proceskosten tot een bedrag van € 974,--
- bepaalt dat de minister het door BNT betaalde griffierecht van € 433,-- vergoedt.

Rb Rotterdam 6 maart 2014, , zaaknummer ROT 13/04293 ECLI:NL:RBROT:2014:1632

Illegale radio-uitzending. Waarschuwingsbrief, waarin aangepast beleid uiteen wordt gezet, is gedrukt door Rijksdrukker VijfKeerBlauw om vervolgens door deze drukker aan PostNL te worden aangeboden. Uit de beschrijving van de gevolgde procedure blijkt niet met voldoende zekerheid dat de aan eiser gerichte waarschuwingsbrief is verzonden. Bij het ontbreken van een waarschuwing wordt geen boete en/of last opgelegd. Daarom zijn in dit geval de boete en de last ten onrechte opgelegd.

uitspraak van de enkelvoudige kamer van 6 maart 2014 in de zaak tussen

[eiser], te [plaats], eiser, gemachtigde: mr. drs. C. Verrillo, en de minister van Economische Zaken (Agentschap Telecom), verweerder, gemachtigden: mr. dr. R.C. Oostland en mr. J.I.M. van der Vange.

Procesverloop

Bij besluit van 10 januari 2013 (het primaire besluit) heeft verweerder aan eiser een bestuurlijke boete van € 15.000,- en een last onder dwangsom opgelegd wegens illegale uitzendingen in de FM-omroepband.

Bij besluit van 27 mei 2013 (het bestreden besluit) heeft verweerder de bezwaren van eiser voor wat betreft de hoogte van de boete gegrond verklaard en deze boete vastgesteld op een bedrag van € 5.000,-. De bezwaren, gericht tegen de opgelegde last onder dwangsom, zijn ongegrond verklaard.

Tegen dit besluit heeft eiser beroep ingesteld.

Verweerder heeft een verweerschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 17 december 2013. Partijen hebben zich laten vertegenwoordigen door hun gemachtigden. Namens verweerder zijn tevens verschenen C. de Boer en A. Prijt, inspecteurs bij de hoofdafdeling Toezicht van het Agentschap Telecom.

Overwegingen

1.

Op 29 oktober 2010 heeft verweerder aan eiser de ‘Voorlichtingsbrief nieuw beleid illegale uitzendingen’ gezonden. In deze brief wordt meegedeeld dat op 22 september 2010 door een inspecteur van verweerder is geconstateerd dat op het perceel van eiser of op het bij hem in gebruik zijnde perceel, kadastraal bekend [naam], een antenne-installatie is aangetroffen, voorzien van één of meerdere antennes die bij uitstek geschikt zijn voor het plegen van illegale uitzendingen in de FM-omroepband. Verweerder heeft eiser gewaarschuwd dat intensief zal worden gecontroleerd op illegale uitzendingen, waarbij gebruik wordt gemaakt van dit soort antenne-installaties en dat bij het constateren van een illegale uitzending handhavend zal worden opgetreden.

2.

Op 15 mei 2012 heeft verweerder aan eiser een brief verstuurd over de wijziging in de aanpak van illegale uitzendingen in de FM-omroepband (de waarschuwingsbrief).

In deze brief wordt meegedeeld dat verweerder vanaf 16 december 2011 geen onderscheid meer maakt in permanente antenne-installaties en andersoortige (antenne-)installaties, die geschikt (te maken) zijn voor illegale uitzendingen in de FM-omroepband. Ook eigenaren of gebruikers van percelen die vanaf hun perceel een op afstand geplaatst radiozendapparaat en antenne-installatie aansturen vallen onder de verbrede aanpak. Indien een illegale uitzending vanaf het perceel wordt geconstateerd, kan een boete worden opgelegd van maximaal € 45.000,-.

3.

Verweerder heeft aan eiser een bestuurlijke boete opgelegd van (uiteindelijk) € 5.000,- wegens overtreding van artikel 3.3, eerste lid, (oud) en artikel 10.9, eerste lid, van de Telecommunicatiewet (Tw), alsmede een last onder dwangsom van € 4.500,- per geconstateerde overtreding per dag, met een maximum van € 67.500,-.

4.1.

Eiser heeft aangevoerd dat hij de waarschuwingsbrief niet heeft ontvangen en dat verweerder de

verzending daarvan niet aannemelijk heeft gemaakt. De door verweerder overgelegde uitdraai van zijn postregistratiesysteem zegt niets, omdat daaruit niet blijkt dat de brief daadwerkelijk is verzonden. Doordat eiser de waarschuwingsbrief niet heeft ontvangen, was hij niet op de hoogte van de verbrede aanpak van illegale uitzendingen en verkeerde hij in de veronderstelling dat het alleen verboden was om een antenne op het perceel aanwezig te hebben. Bovendien realiseerde hij zich niet dat er constructies mogelijk waren, waarbij op afstand vanaf zijn perceel kon worden uitgezonden. Eiser stelt dat het in strijd is met het vertrouwensbeginsel en verweerders beleid om hem een boete en een last onder dwangsom op te leggen, nu hij niet op de hoogte was van de gewijzigde aanpak. Daarnaast is er sprake van strijd met het gelijkheidsbeginsel, omdat aan eigenaren van andere percelen wel eerst een waarschuwingsbrief is gestuurd. Reeds hierom kan hij niet als overtreder worden aangemerkt, aldus eiser.

4.2

Niet in geschil is dat de waarschuwingsbrief van 15 mei 2012 niet aangetekend is verzonden. Volgens vaste jurisprudentie geldt in een dergelijk geval als uitgangspunt dat het bestuursorgaan het bewijsrisico draagt van de verzending van het desbetreffende stuk naar het juiste adres. Indien het bestuursorgaan deze verzending aannemelijk heeft gemaakt, ligt het vervolgens op de weg van de geadresseerde om het vermoeden van ontvangst van het stuk te ontzenuwen.

4.3.

Verweerder heeft met betrekking tot de gevolgd procedure verklaard dat de waarschuwingsbrieven in een oplage van ongeveer 1800 exemplaren, steeds met een ander adres, zijn gedrukt door Rijksdrukker VijfKeerBlauw. De aan eiser gerichte brief was op juiste wijze geadresseerd aan de [adres]. Van elke brief is een (genummerde) kopie aan verweerder verstrekt. Vervolgens zijn de brieven door de drukker, zonder verdere tussenkomst door verweerder, als mailing ter verzending aangeboden aan PostNL. Een medewerker van verweerder heeft op basis van de verstrekte kopieën in het postregistratiesysteem RP2000 ingeboekt dat de betreffende waarschuwingsbrief is verzonden. Dit blijkt uit het kopje 'verzonden', waarin de datum van 15 mei 2012 wordt vermeld. Deze verzenddatum staat ook in de waarschuwingsbrief.

4.4.

Naar het oordeel van de rechtbank blijkt uit de beschrijving van de gevolgd procedure niet met voldoende zekerheid dat de aan eiser gerichte waarschuwingsbrief is verzonden. Op basis van deze

procedure kan achteraf niet worden nagegaan of het aantal van 1805 brieven, dat wordt vermeld op het door verweerder als bewijsstuk overgelegde orderformulier van PostNL, ook daadwerkelijk aan haar ter verzending is aangeboden. Daarbij komt dat de gemachtigde van verweerder ter zitting desgevraagd heeft verklaard niet te weten of de drukker de hoeveelheid brieven heeft nageteld alvorens deze aan PostNL af te geven. Tevens sluit de wijze waarop de poststukken zijn aangeboden - in een pakket als mailing en niet elk afzonderlijk - niet uit dat de brief aan eiser mogelijk voor verzending in het ongereede is geraakt.

4.5. Uit het voorgaande volgt dat het er voor gehouden moet worden dat eiser, nu verweerder niet aannemelijk heeft gemaakt dat de waarschuwingsbrief van 15 mei 2012 aan hem is verzonden, langs deze weg geen kennis heeft kunnen nemen van de gewijzigde aanpak van illegale uitzendingen. Verweerder heeft ter zitting verklaard dat bij het ontbreken van zo'n waarschuwing geen boete en/of een last onder dwangsom wordt opgelegd. Hieruit volgt dat in dit geval de boete en de last ten onrechte zijn opgelegd.

5.

Het beroep is gegrond.

6.

De rechtbank ziet aanleiding 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 € 974,- (1 punt voor het indienen van het beroepsschrift en 1 punt voor het verschijnen ter zitting, met een waarde per punt van € 487,- en een wegingsfactor 1).

Beslissing

De rechtbank

- verklaart het beroep gegrond,
- vernietigt het bestreden besluit,
- herroept het primaire besluit,
- bepaalt dat verweerder aan eiser het door hem betaalde griffierecht van € 160,- vergoedt,
- veroordeelt verweerder in de proceskosten tot een bedrag van € 974,- en bepaalt dat, nu aan eiser een toevoeging is verleend, dit wordt betaald aan de rechtsbijstandverlener.

CBB 11 maart 2014, zaaknummer AWB 13/673, ECLI:NL:CBB:2014:115

Uitspraak op het hoger beroep van:

[naam], te [woonplaats],
appellant,

tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van
25 juli 2013, (ECLI:NL:RBROT:2013:5417) , in
het geding tussen

[naam]
en
de Minister van Economische Zaken (de minister).

Gemachtigde van de minister: mr. E. Kieboom.

1. Het procesverloop in hoger beroep
Appellant heeft bij brief, bij het College binnenge-
komen op 9 september 2013, hoger beroep inge-
steld.

De minister heeft verweer gevoerd.

Op 19 februari 2013 heeft het onderzoek ter zitting
plaatsgehad. Appellant is in persoon verschenen.
Voor de minister is verschenen zijn gemachtigde.

2. De grondslag van het geschil

2.1

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

2.2

Vanaf 14 april 2010 heeft appellant correspondentie
gevoerd met de minister over de zogenoemde
multibandveilingen. Hij heeft bij de minister er op
aangedrongen om deze veiling zo in te richten dat
het gebruik van de geveilde vergunningen zal
plaatsvinden zonder inbreuk te maken op "rele-
vante intellectuele eigendomsrechten". Appellant
meent dat de minister hem het ongestoord genot
van intellectuele eigendomsrechten dient te verze-
keren. Met zijn brief van 3 februari 2012 heeft ap-
pellant aan de minister verzocht een besluit te ne-
men.

2.3

De minister heeft met een brief van 9 februari 2012
geantwoord dat de Telecommunicatiewet hem geen
bevoegdheden geeft om op te treden tegen inbreu-
ken op intellectuele eigendomsrechten van derden.
Met een beroep op artikel 13 van het Verdrag inzake
de rechten van de Mens en de Fundamentele
Vrijheden (EVRM) heeft appellant nogmaals ver-
zocht om een besluit te nemen. Vervolgens heeft er

op 17 april 2012 een gesprek plaatsgevonden tussen
appellant, de directeur-hoofdinspecteur van het
Agentschap Telecom en de gemachtigde van de mi-
nister. In overeenstemming met de toen gemaakte
afpraak heeft appellant nadere informatie aan de
minister gestuurd. Die informatie bestaat uit alge-
mene literatuur met betrekking tot de bescherming
van het eigendomsrecht onder het Eerste Protocol
bij het EVRM. Met een brief van 5 juni 2012 heeft
de minister aan appellant opnieuw bericht dat hij in
het verband van de multibandveiling geen taak voor
hem ziet weggelegd als het gaat om de handhaving
van intellectuele eigendomsrechten; de eigenaar
van dergelijke rechten kan zelf een civiele proce-
dure starten tegen degene waarvan hij meent dat
deze inbreuk maakt op zijn rechten, en daarnaast
kan die eigenaar eventueel aangifte te doen.

2.4

Vervolgens heeft appellant per brief van 19 septem-
ber 2012 aan de minister verzocht om het geschil
voor te leggen aan de bestuursrechter. Hierop heeft
de minister gereageerd met een brief van 12 oktober
2012, waarin hij meldt dat er geen besluit is geno-
men, dat appellant toegang geeft tot beroep bij de
bestuursrechter.

De multibandveiling is op 14 december 2012 afge-
rond.

2.5

Met een brief van 6 november 2012 heeft appellant
zich gewend tot de rechtbank met het verzoek "om
een spoedprocedure als bedoeld in artikel 7:1a van
de Algemene wet bestuursrecht". De rechtbank
heeft dit opgevat als een beroepschrift tegen het niet
tijdig nemen van een besluit door de minister.

3. De uitspraak van de rechtbank

3.1

In de aangevallen uitspraak heeft de rechtbank het
beroep ongegrond verklaard, aangezien appellant
geen persoonlijk en rechtstreeks betrokken belang
heeft in relatie tot handhavend optreden tegen
schendingen van octrooirechten door vergunning-
houders. Weliswaar stelt appellant dat hij octrooiën
op zijn naam heeft en aandeelhouder is van octrooi-
houdende buitenlandse vennootschappen, maar hij
heeft daarvoor geen bewijs bijgebracht. Hij kan om
die reden geen aanvraag indienen en de minister
was niet gehouden een besluit op zijn verzoek te
nemen.

4. De beoordeling van het geschil in hoger beroep

4.1

Ter zitting verklaarde appellant dat hij op grond van
artikel 6 van het Frequentiebesluit een aanpassing
wenst van de voorwaarden van de

multibandveiling, opdat de veiling op een zodanige wijze wordt ingericht dat vergunninghouders geen inbreuk maken op octrooien van derden.

4.2

De multibandveiling is afgerond op 14 december 2012. Aangezien de veiling is voltooid, is er geen mogelijkheid meer om het rechtsgevolg dat appellant nastreeft, zijnde het uitvoeren van de veiling onder andere voorwaarden, te bewerkstelligen. Daarom ontbreekt procesbelang en is het hoger beroep niet-ontvankelijk.

4.3

Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

5. De beslissing

Het College verklaart het hoger beroep niet-ontvankelijk.

Rb Rotterdam 13 maart 2014, , zaaknummers ROT 13/2266, ROT 13/2303, ROT 13/2306, ROT 13/2307, ROT 13/2310, ROT 13/2312; ECLI:NL:RBROT:2014:1759

Spoorwegvervoerders zijn geen belanghebbenden bij vergunningen voor het gebruik van frequentieruimte ten behoeve van het aanbieden van openbare elektronische communicatiediensten in de 900 MHz-band

uitspraak van de enkelvoudige kamer van 13 maart 2014 in de zaken tussen KombiRail Europe B.V., te Hoogvliet, eiseres 1, gemachtigde:[gemachtigde 1],

Structon Rail Materieel B.V., te Utrecht, eiseres 2, gemachtigde: [gemachtigde 2],

NS Reizigers B.V., NS Internationaal B.V. en Ned-Train B.V., te Utrecht, en HSA Beheer N.V., te Rotterdam, eiseressen 3, gemachtigden: mr.dr. J.Th.A. de Keijser en mr. C.H.R.M. van der Hoeven,

ERS Railways B.V., te Rotterdam, eiseres 4, gemachtigde: [gemachtigde 3],

Husa Transportation Group B.V., te Cranendonk, eiseres 5, gemachtigde: [gemachtigde 4]

DB Schenker Rail Nederland N.V., te Utrecht, eiseres 6, gemachtigde:[gemachtigde 5].

en

de minister van Economische Zaken, Agentschap Telecom, verweerder, gemachtigde: mr. E. Kieboom.

Als derde-partijen hebben aan het geding deelgenomen:

Koninklijke KPN N.V. en KPN B.V., te Den Haag, gemachtigden: mr. P.V. Eijsvoogel en mr. Q.J. Tjeenk Willink.

Vodafone Libertel B.V., te Maastricht, gemachtigden: mr. P.M. Waszink en mr. J.J.R. Lautenbach.

T-Mobile Netherlands B.V., te Den Haag, gemachtigde: mr.dr.s. F. Simons.

Procesverloop

Bij besluiten van 2 januari 2013 heeft verweerder 41 vergunningen verleend voor het gebruik van frequentieruimte ten behoeve van het aanbieden van openbare elektronische communicatiediensten. Dit betreft onder meer zeven vergunningen voor het gebruik van frequentieruimte ten behoeve van het aanbieden van openbare elektronische communicatiediensten in de 900 MHz-band (de primaire besluiten).

Bij besluiten van 4 maart 2013 (het bestreden besluit) heeft verweerder de bezwaren van eiseressen tegen de primaire besluiten niet-ontvankelijk verklaard.

Eiseressen hebben tegen de bestreden besluiten beroep ingesteld.

Verweerder heeft een verweerschrift en een aanvulling daarop ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 16 december 2013. Eiseressen 1, 2, 4 en 5 hebben zich laten vertegenwoordigen door ing. A.J. Toet, voorzitter van Koninklijk Nederlands Vervoer. Eiseressen 3 hebben zich laten vertegenwoordigen door gemachtigde mr. C.H.R.M. van der Hoeven, mr. T.J.J. Slegers, en A.E. Bolhoeve. Eiseres 6 heeft zich laten vertegenwoordigen door [gemachtigde 6]. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door zijn gemachtigde, mr.dr.s. R.A. Diekema en T.J.B. Visser.

Koninklijke KPN N.V. en KPN B.V. hebben zich laten vertegenwoordigen door hun gemachtigde mr. Q.J. Tjeenk Willink en mr. K. Althaus,

Vodafone Libertel B.V. heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigden en [gemachtigde 7] en T-Mobile Netherlands B.V. heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigde en mr. M.J. van Deurzen.

Overwegingen

1.

Bij de bestreden besluiten heeft verweerder eiseressen niet-ontvankelijk in hun bezwaren geacht, omdat zij niet als belanghebbenden bij de primaire besluiten kunnen worden aangemerkt. Daartoe heeft verweerder overwogen dat eiseressen door de besluiten niet rechtstreeks in hun belangen zijn getroffen. ProRail is houder van een vergunning voor frequentiegebruik ten behoeve van GSM-R en op basis daarvan is ProRail aan te merken als rechtstreeks belanghebbende bij de besluiten. Eiseressen hebben met ProRail een toegangs-overeenkomst gesloten en de door hen gevreesde gevolgen van de besluiten komen eerst tot stand door de contractuele verhouding tussen eiseressen en ProRail. Zonder die overeenkomst worden eiseressen niet geraakt in hun belang, zodat slechts sprake is van een afgeleid belang. Verweerder heeft daarbij verwezen naar de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (het College) van 2 februari 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BV5176. Het gaat hier, anders dan in genoemde uitspraak, om het gebruik van een telecommunicatie-netwerk, maar juridisch maakt dat volgens verweerder geen verschil. Het gebruiksrecht van eiseressen van het GSM-R-netwerk van ProRail is, evenals het gebruiksrecht van het spoor, privaatrechtelijk geregeld in artikel 3 van de op artikel 59 van de Spoorwegwet gebaseerde toegangsovereenkomst.

2.

Eiseressen bestrijden het door verweerder ingenomen standpunt en menen dat zij wel rechtstreeks belanghebbenden zijn. Daartoe is - samengevat - aangevoerd dat zij op grond van zowel Europees-rechtelijke als nationale wet- en regelgeving verplicht zijn gebruik te maken van GSM-R. Deze verplichting staat los van de toegangsovereenkomst die ter zake van het gebruik van de hoofdspoorweginfrastructuur met ProRail zou zijn gesloten. Eiseressen beroepen zich verder op jurisprudentie waaruit blijkt dat het bestaan van een (parallel) afgeleid belang op grond van een contractuele relatie met een direct getroffen niet (langer) per definitie een niet-rechtstreeks betrokken belang impliceert. Eiseressen komen op voor hun eigen belangen en niet voor de belangen van ProRail en stellen daartoe dat die belangen niet met elkaar kunnen worden verzeelvigd, verweerder in dit kader een onjuiste beoordeling heeft gemaakt van de overeenkomst met ProRail en dat er naast een afgeleid belang sprake

is van rechtstreekse, feitelijke en juridische gevolgen, mede in het licht van de verplichtingen van eiseressen naar derden. Eiseressen menen voorts dat zij ook als gevolg van de aantasting van de eigendomsbelangen, als belanghebbenden dienen te worden aangemerkt.

De door verweerder aangehaalde uitspraak van het College van 2 februari 2012 betreft volgens eiseressen een andere situatie, namelijk dat in die zaak de gevolgen van het bestreden besluit pas en slechts tot stand konden komen door de contractuele relatie met ProRail. Voor zover de rechtbank van oordeel is dat eiseressen slechts een afgeleid belang hebben, doen zij een beroep op de bescherming van eigendomsrechten zoals bedoeld in artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EP). Eiseressen 3 stellen daarnaast nog dat in hun geval ook anderszins sprake is van een onderscheidend persoonlijk belang, gelet op de omvang en het (nationaal) belang van het spoorvervoer door de NS, dat niet vergelijkbaar is met de omvang en (logistieke) complexiteit van het vervoer door andere partijen, alsmede op de verplichtingen van de NS op grond van de aan haar verleende concessies.

Eiseres 6 stelt daarnaast dat het gestelde afgeleide belang zich niet verhoudt met de met infrastructuurbeheerders in bijvoorbeeld Duitsland en België afgesloten dan wel af te sluiten toegangsovereenkomsten. Volgens eiseres 6 staat vast dat op grond van Europese regelgeving haar niet is toegestaan mitigerende maatregelen in de GSM-R ontvangers in te bouwen. Inbouw betekent onbruikbaarheid van de ontvangers in het buitenland en tevens in Nederland.

3.

Op grond van artikel 1:2, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) wordt onder belanghebbende verstaan: degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken.

Op grond van het derde lid worden ten aanzien van rechtspersonen als hun belangen mede beschouwd de algemene en collectieve belangen die zij krachtens hun doelstellingen en blijkens hun feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen.

Artikel 7:1, eerste lid, van de Awb bepaald dat degene aan wie het recht is toegekend beroep bij een bestuursrechter in te stellen, alvorens beroep in te stellen bezwaar dient te maken.

Op grond van artikel 8:1 van de Awb kan een belanghebbende tegen een besluit beroep instellen bij de bestuursrechter.

4.

Op grond van vaste jurisprudentie, bijvoorbeeld de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) van 13 januari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BK9028, en de uitspraak van College van Beroep voor het bedrijfsleven (het College) van 2 februari 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BV5176, moet er, om van een rechtstreeks belang in de zin van artikel 1:2, eerste lid, van de Awb te kunnen spreken, onder meer, een voldoende direct geraakt belang zijn. In de eis van direct geraakt belang komt tot uitdrukking dat er een voldoende causaal verband moet zijn tussen de gevolgen van het besluit en de belangen van eiseressen.

5.

Naar het oordeel van de rechtbank zijn de belangen van eiseressen niet rechtstreeks bij de primaire besluiten betrokken, zodat zij niet als belanghebbenden zijn aan te merken. Verweerder heeft dus terecht de bezwaren van eiseressen niet-ontvankelijk verklaard. De rechtbank overweegt daartoe het volgende.

6.

Indien en voor zover eiseressen in hun belangen worden getroffen door de verleende vergunningen voor het gebruik van frequentieruimte ten behoeve van het aanbieden van openbare elektronische communicatiediensten in de 900 MHz-band, volgt dit uit hun contractuele relatie met ProRail, als vergunninghouder van GSM-R. De verplichting om van GSM-R gebruik te maken, volgt uit de overeenkomst met ProRail. Deze verplichting volgt, anders dan eiseressen stellen, niet uit enig algemeen verbindend voorschrift van nationaal of internationaal recht. Er is dus sprake van een afgeleid belang.

7.

Door eiseressen is niet aannemelijk gemaakt dat zij een van ProRail tegengesteld belang hebben waar het gaat om het gebruik van GSM-R, zodat ook hierin geen eigen belang kan worden aangenomen. Immers, eiseressen betogen dat door de verleende vergunningen de veiligheid op het spoor in geding is. Niet gesteld kan worden dat deze veiligheid op het spoor geen belang van ProRail is.

8.

Verder is de rechtbank van oordeel dat de gestelde eigendomsbelangen evenmin tot de conclusie kunnen leiden dat eiseressen een rechtstreeks belang hebben bij de verleende vergunningen. Deze vergunningen leiden er immers niet toe dat eiseressen hun materieel niet meer kunnen inzetten, dat zij geen of minder gebruik kunnen maken van het spoor of dat zij de contracten met hun klanten niet

kunnen nakomen. De verleende vergunningen leggen aan eiseressen geen beperkingen op. De beperkingen die uit de (voorwaarden van de) vergunningen voortvloeien, beperken het gebruiksrecht van de vergunninghouders.

9.

Aangezien ook anderszins niet is gebleken dat er sprake is van enig rechtstreeks belang, dienen de beroepen van eiseressen ongegrond te worden verklaard.

10.

Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

De rechtbank verklaart de beroepen ongegrond.

**Rb Gelderland, 1 april 2014, zaaknummer:
AWB 13/5652**

uitspraak van de meervoudige kamer van 0 1 APR, 2014 in de zaak tussen

Aannemingsbedrijf A. Schuurig B.V., te Harderwijk, eiseres (gemachtigde: mr. A.S.D. Lijkwan), en

de minister van Economische Zaken te Groningen, verweerder.

Procesverloop

Bij besluit van 20 maart 2013 (het primaire besluit) heeft verweerder eiseres een boete van 20.000 opgelegd.

Bij besluit van 24 juli 2013 (het bestreden besluit) heeft verweerder het bezwaar van eiseres ongegrond verklaard.

Eiseres heeft tegen het bestreden besluit beroep ingesteld.

Verweerder heeft een verweerschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 17 februari 2014. Namens eiseres zijn J. Baard, hoofd juridische zaken, en W. Kloosterman verschenen, bijgestaan door de gemachtigde van eiseres. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door S. Hamstra en R.A. Huiskens.

Overwegingen

1. De rechtbank gaat uit van de volgende feiten. Op 29 november 2012 heeft een toezichthouder van het Agentschap Telecom geconstateerd dat omstreeks 14:50 uur op de Bunschoterweg in de gemeente Amersfoort door eiseres met een graafmachine werkzaamheden werden verricht in de ondergrond. Op de locatie was omstreeks 14.50 uur geen

graafmelding aanwezig. De Dienst voor het kadaster en de openbare registers in Nederland (hierna: de Dienst) heeft de graafmelding om 16.05 uur ontvangen. Verweerder heeft eiseres een bestuurlijke boete opgelegd van € 20.000.

2. Eiseres heeft aangevoerd dat de ernst van de overtreding ondeugdelijk is gemotiveerd. Want verweerder gaat ervan uit dat elke overtreding van artikel 2, derde lid, onder c, van de Wet informatiewisseling ondergrondse netten (Wion) ernstig is. Deze benadering van verweerder biedt geen ruimte om te bezien of er vanwege de specifieke omstandigheden van het geval reden is om de boete te matigen. Dit is in strijd met artikel 5:46 van de Awb, aldus eiseres. Verweerder had rekening moeten houden met het feit dat de toplaag van de grond wegens vorst te hard was om met een schop te verwijderen. Eiseres verwijst daarbij naar de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 26 september 2012, nr. 201106523/1/A3. Verweerder koppelt de mate van verwijtbaarheid alleen aan de bedrijfsvoering van eiseres. Eiseres verwijst daarbij naar de Rb Utrecht, 19 april 2011. Het boetebedrag van € 20.000 staat niet in verhouding tot de ernst van de overtreding en de mate waarin die aan eiseres kan worden verweten.

Voorts heeft eiseres aangevoerd, dat verweerder ten onrechte geen rekening heeft gehouden met het feit dat eiseres alleen de toplaag van de grond met een minigraver heeft verwijderd, zodat het risico van beschadiging van kabels en leidingen kan worden uitgesloten. Uit de door verweerder overgelegde foto volgt niet dat meer dan alleen de toplaag mechanisch is verwijderd, Op verweerder rust de bewijslast voor de feiten bij het opleggen van een bestuurlijke boete. Eiseres had wel degelijk kennis van de ligging van de aanwezige kabels en leidingen ter plaatse; deze gebiedsinformatie had eiseres vanwege de graafmelding van 15 mei 2012. Eiseres heeft toen zelfs onderzoek met verschillende vertegenwoordigers van kabelbeheerders gedaan.

3. Beoordeeld moet worden of verweerder eiseres wegens overtreding van artikel 2, tweede lid en artikel 2, derde lid, aanhef en onder a, van de Wion een boete van € 20.000,- heeft kunnen opleggen.

4. Op grond van artikel 1, eerste lid, van de Wion - voor zover hier van belang - wordt in deze wet en de daarop berustende bepalingen verstaan onder:

c. graafwerkzaamheden: het mechanisch verrichten van werkzaamheden in de ondergrond;

d. graaflocatie: de locatie waar graafwerkzaamheden worden verricht;

(...)

g. grondroerder: degene onder wiens verantwoordelijkheid of leiding graafwerkzaamheden worden verricht;

(...)

m. graafmelding: de melding aan de Dienst voor het kadaster en de openbare registers van voorgenomen graafwerkzaamheden, bedoeld in artikel 8, eerste lid;

n. graafpolygoon: de weergave door een grondroerder van het gebied, waarbinnen de graaflocatie zich bevindt.

Op grond van artikel 2, tweede lid, van de Wion verricht de grondroerder de graafwerkzaamheden op zorgvuldige wijze.

Het derde lid bepaalt dat ter uitvoering van het tweede lid de grondroerder ten minste zorgt dat:

a. voor aanvang van de graafwerkzaamheden een graafmelding is gedaan,

b. onderzoek is verricht naar de precieze ligging van onderdelen van netten op de graaflocatie, en

c. op de graaflocatie de van de Dienst ontvangen gebiedsinformatie aanwezig is.

Op grond van artikel 8, eerste lid, van de Wion meldt een grondroerder het voornemen tot het verrichten van graafwerkzaamheden aan de Dienst ten hoogste twintig werkdagen voorafgaande aan de aanvang van die graafwerkzaamheden. Ingevolge het tweede lid geeft de graafroerder een graafpolygoon op. Het derde lid bepaalt, dat het eerste lid niet van toepassing is, indien de graafwerkzaamheden ten hoogste een bij algemene maatregel van bestuur te bepalen diepgang hebben en uitgevoerd zullen worden in grond die in eigendom of beheer is van de grondroerder en hij weet dat sinds de voorafgaande graafmelding de ligging van de netten in deze grond niet is veranderd.

Op grond van artikel 26, eerste lid, van de Wion - voor zover hier van belang - kan de minister, ingeval van overtreding van artikel 2, een bestuurlijke boete opleggen van ten hoogste € 450.000,-

Artikel 5:46, tweede lid, van de Awb bepaalt dat, tenzij de hoogte van de bestuurlijke boete bij wettelijk voorschrift is vastgesteld, het bestuursorgaan de bestuurlijke boete afstemt op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Het bestuursorgaan houdt daarbij zo nodig rekening met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.

5. Naar het oordeel van de rechtbank staat vast dat eiseres werkzaamheden heeft verricht in de ondergrond en dat eiseres deze werkzaamheden in ieder geval gedeeltelijk met een graafmachine heeft

uitgevoerd. Voorts staat vast dat eiseres voorafgaande aan deze werkzaamheden geen graafmelding heeft gedaan. De redenen die eiseres hiervoor aanvoert, maken dit niet anders. De werkzaamheden moeten worden aangemerkt als graafwerkzaamheden in de zin van artikel 1, onder c, van de Wion. Eiseres heeft deze graafwerkzaamheden, gelet op het bepaalde in artikel 2 van de Wion, niet op zorgvuldige wijze uitgevoerd, omdat zij niet tijdig een graafmelding heeft gedaan.

Gelet hierop is naar het oordeel van de rechtbank het bepaalde in artikel 2, tweede lid, in samenhang met het derde lid, aanhef en onder a, van de Wion overtreden, zodat verweerder in beginsel bevoegd was een boete op te leggen.

6. In het Toezichtarrangement Wion is onder paragraaf 5.2 ‘Grondroeders’ ten aanzien van artikel 2, tweede en derde lid, van de Wion opgenomen dat het toezicht op deze artikelen een hoge prioriteit krijgt en dat het toezicht op deze artikelen door de inspecteurs op de graaflocatie zal worden gehouden. Onder 3.3 wordt voor de grondroeders en opdrachtgevers een onderscheid gemaakt naar vier categorieën, gebaseerd op de grootte van de Organisatie. Niet betwist wordt dat eiseres in de categorie “bedrijven met meer dan 250 werknemers” valt.

7. De rechtbank onderschrijft niet de stelling van eiseres, dat de bestuurlijke boete te hoog is vastgesteld.

In de interne beleidsregel van verweerder ‘Sanctiebeleid Wet informatie-uitwisseling ondergrondse netten’, houdende vaststelling van regels met betrekking tot het toezicht op de Wion (de Beleidsregel) is onder meer het volgende bepaald.

“Artikel 6 Zorgvuldig graven (melding graafwerkzaamheden)

1. Indien de grondroerder niet zorgvuldig graaft als bedoeld in artikel 2, derde lid onder a van de wet in de zin dat hij voor aanvang van de graafwerkzaamheden geen graafmelding heeft gedaan als bedoeld in artikel 8 van de wet wordt een boete opgelegd conform de Tarieflijst Boetenormbedragen ‘WION’.

2. In geval van recidive binnen een periode van twee jaren na de laatste overtreding wordt de boete telkens verhoogd met 100 % tot een maximum van € 450.000.”

De Tarieflijst vermeldt dat overtreding van artikel 2, derde lid, onder a, in combinatie met artikel 8 van de Wion door een bedrijf uit de vierde categorie een boetenormbedrag van € 20.000,- oplevert.

Indien is voldaan aan de in artikel 26 van de Wion gestelde voorwaarden voor het opleggen van een boete, dan moet verweerder, zoals ook is

vastgelegd in artikel 5:46, tweede lid, van de Awb, bij de aanwending van deze bevoegdheid het bepalen van de hoogte van de boete afstemmen op de aard en de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Daarbij moet zo nodig rekening worden gehouden met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.

Gelet op de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 26 september 2012, nr. 201106523/1/A3 staat het verweerder vrij om de Beleidsregel en Tarieflijst te hanteren. Het hanteren van een categorie-indeling, zoals in artikel 3, tweede lid, van de Beleidsregel, is als uitgangspunt op zich niet ongeoorloofd, omdat de hoogte van de boete effectief moet zijn om te zorgen dat naleving van de wet wordt bereikt. De grootte van een bedrijf is dus een rechtens geoorloofd criterium bij de bepaling van de evenredigheid van de boete.

Naar het oordeel van de rechtbank heeft verweerder bij het bepalen van de hoogte van de boete terecht van doorslaggevende betekenis geacht dat eiseres door geen graafmelding te doen, niet zorgvuldig heeft gehandeld en niet op de hoogte was van de aanwezige kabels en leidingen op de graaflocatie. Het feit dat eiseres een halfjaar eerder, namelijk op 15 mei 2012, wel een graafmelding had gedaan, heeft verweerder terecht niet als een bijzondere omstandigheid aangemerkt, omdat graafmeldingen, vanwege eventuele wijzigingen van het ondergrondse net, tot ten hoogste twintig werkdagen voorafgaande aan de aanvang van die graafwerkzaamheden kunnen worden gedaan. Eiseres heeft willens en wetens het risico genomen dat schade zou kunnen worden toegebracht aan kabels en leidingen die onder de grond lagen. De uiteenzetting die eiseres ter zitting heeft gegeven, ter illustratie van de zorgvuldigheid waarmee de werkzaamheden zijn verricht, benadrukt het belang van het kunnen beschikken over volledige gebiedsinformatie voordat met het graven wordt aangevangen. Er is niet gebleken dat de omstandigheden zodanig waren dat eiseres de normale procedurevoorschriften niet had kunnen volgen.

Voor zover eiseres door de stelling dat zij alleen de toplaag mechanisch heeft verwijderd een beroep heeft willen doen op bijzondere omstandigheden overweegt de rechtbank het volgende. Vooropgesteld moet worden dat verweerder bij een boetebevel de overtreding dient aan te tonen maar dat bijzondere, beweerdelijk tot matiging nopende, omstandigheden in beginsel moeten worden gestaafd door degene die daarop een beroep doet. De rechtbank ziet geen aanleiding om op dat uitgangspunt in dit geval een uitzondering te maken. Eiseres

heeft evenwel niet aangetoond dat een gedeelte van het gat met de schop is gegraven. Uit een tot de gedingstukken behorende foto van de inspecteur kan dit niet met voldoende zekerheid worden afgeleid en ook overigens is die stelling niet onderbouwd. De conclusie luidt dat voormeld beroep op bijzondere omstandigheden bij gebrek aan feitelijke onderbouwing reeds niet kan slagen.

Zou die feitelijke onderbouwing er wel zijn geweest dan wordt ten overvloede opgemerkt dat verweerder dienaangaande in het bestreden besluit terecht heeft verwogen dat ook bij geringere diepte de kans op graafschade aanwezig is, zeker nu actueel kaartmateriaal ontbrak.

Niet is gesteld, noch gebleken dat eiseres in financiële problemen zal raken als de hoogte van de boete niet wordt gematigd.

8. Met inachtneming van hetgeen hiervoor is overwogen, komt de rechtbank tot het oordeel dat niet kan worden gezegd dat onevenredigheid bestaat tussen de overtreding van eiseres en de daarvoor opgelegde boete.

Het beroep is ongegrond. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

De rechtbank:

verklaart het beroep ongegrond.

Hof van Justitie 8 april 2014 (Grote kamer) in de gevoegde zaken C-293/12 en C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238

„Elektronische communicatie – Richtlijn 2006/24/EG – Openbaar beschikbare elektronischecommunicatiediensten of openbare communicatienetwerken – Bewaring van gegevens die zijn gegenereerd of verwerkt in het kader van aanbidding van dergelijke diensten – Geldigheid – Artikelen 7, 8 en 11 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie”

betreffende verzoeken om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de High Court (Ierland) en het Verfassungsgerichtshof (Oostenrijk) bij beslissingen van respectievelijk 27 januari en 28 november 2012, ingekomen bij het Hof op 11 juni en 19 december 2012, in de procedures

Digital Rights Ireland Ltd (C-293/12)

Tegen

Minister for Communications, Marine and Natural

Resources,

Minister for Justice, Equality and Law Reform,

Commissioner of the Garda Síochána,

Ierland,

The Attorney General,

in tegenwoordigheid van:

Irish Human Rights Commission,

en

Kärntner Landesregierung (C-594/12),

Michael Seitlinger,

Christof Tschohl e.a.,

wijst

HET HOF (Grote kamer),

samengesteld als volgt: V. Skouris, president, K. Lenaerts, vicepresident, A. Tizzano, R. Silva de Lapuerta, T. von Danwitz (rapporteur), E. Juhász, A. Borg Barthet, C. G. Fernlund en J. L. da Cruz Vilaça, kamerpresidenten, A. Rosas, G. Arestis, J.-C. Bonichot, A. Arabadjiev, C. Toader en C. Vajda, rechters,

advocaat-generaal: P. Cruz Villalón,

griffier: K. Malacek, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 9 juli 2013,

gelet op de opmerkingen van:

- Digital Rights Ireland Ltd, vertegenwoordigd door F. Callanan, SC, en F. Crehan, BL, gemachtigd door S. McGarr, solicitor,
- Seitlinger, vertegenwoordigd door G. Otto, Rechtsanwalt,
- Tschohl e.a., vertegenwoordigd door E. Scheucher, Rechtsanwalt,
- Irish Human Rights Commissie, vertegenwoordigd door P. Dillon Malone, BL, gemachtigd door S. Lucey, solicitor,
- Ierland, vertegenwoordigd door E. Creedon en D. McGuinness als gemachtigden, bijgestaan door E. Regan, SC, en D. Fennelly, JC,
- de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door G. Hesse en G. Kurnert als gemachtigden,
- de Spaanse regering, vertegenwoordigd door N. Diaz Abad als gemachtigde,

- de Franse regering, vertegenwoordigd door G. de Bergues, D. Colas en B. Beaupère-Manokha als gemachtigden,
- de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door A. De Stefano, avvocato dello Stato,
- de Poolse regering, vertegenwoordigd door B. Majczyna en M. Szpunar als gemachtigden,
- de Portugese regering, vertegenwoordigd door L. Inez Fernandes en C. Vieira Guerra als gemachtigden,
- de regering van het Verenigd Koninkrijk, vertegenwoordigd door L. Christie als gemachtigde, bijgestaan door S. Lee, barrister,
- het Europees Parlement, vertegenwoordigd door U. Rösslein, A. Caiola en K. Zejdová als gemachtigden,
- de Raad van de Europese Unie, vertegenwoordigd door J. Monteiro, E. Sitbon en I. Šulce als gemachtigden,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door D. Maidani, B. Martenczuk en M. Wilderspin als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 12 december 2013,

het navolgende

Arrest

- 1 De verzoeken om een prejudiciële beslissing hebben betrekking op de geldigheid van richtlijn 2006/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 maart 2006 betreffende de bewaring van gegevens die zijn gegenereerd of verwerkt in verband met het aanbieden van openbaar beschikbare elektronischecomunicatiediensten of van openbare communicatienetwerken en tot wijziging van richtlijn 2002/58/EG (PB L 105, blz. 54).
- 2 Het verzoek van de High Court (zaak C-293/12) betreft een geding tussen Digital Rights Ireland Ltd. (hierna: „Digital Rights”), enerzijds, en de Minister for Communications, Marine and Natural

Resources (minister van Communicatie, Mariene Aangelegenheden en Natuurlijke Hulpbronnen), de Minister for Justice, Equality and Law Reform (minister van Justitie, Gelijke Kansen en Hervorming van de wetgeving), de Commissioner of the Garda Síochána, Ierland en de Attorney General, anderzijds, betreffende de wettigheid van de nationale wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen inzake de bewaring van gegevens betreffende elektronische communicaties.

- 3 Het verzoek van het Verfassungsgerichtshof (zaak C-594/12) is ingediend in het kader van de constitutionele beroepen die de Kärntner Landesregierung (regering van het Land Karinthië), Seitlinger en Tschohl en 11 128 andere verzoekers bij deze rechterlijke instantie hebben ingesteld met betrekking tot de verenigbaarheid van de wet tot omzetting van richtlijn 2006/24 in het Oostenrijkse nationale recht met de federale grondwet (Bundes-Verfassungsgesetz).

Toepasselijke bepalingen

Richtlijn 95/46/EG

- 4 Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en het vrije verkeer van die gegevens (PB L 281, blz. 31) heeft volgens artikel 1, lid 1, ervan tot doel de bescherming van de fundamentele rechten en vrijheden van natuurlijke personen, met name van de persoonlijke levenssfeer, te waarborgen, voor zover het gaat om de verwerking van persoonsgegevens.
- 5 Wat de beveiliging van de verwerking van dergelijke gegevens betreft, bepaalt artikel 17, lid 1, van deze richtlijn:

„De lidstaten bepalen dat de voor de verwerking verantwoordelijke passende technische en organisatorische maatregelen ten uitvoer dient te leggen om persoonsgegevens te beveiligen tegen vernietiging, hetzij per ongeluk, hetzij onrechtmatig, tegen verlies, vervalsing, niet-toegelaten verspreiding of toegang, met name wanneer de

verwerking doorzending van gegevens in een netwerk omvat, dan wel tegen enige andere vorm van onwettige verwerking.

Deze maatregelen moeten, rekening houdend met de stand van de techniek en de kosten van de tenuitvoerlegging, een passend beveiligingsniveau garanderen gelet op de risico's die de verwerking en de aard van te beschermen gegevens met zich brengen."

Richtlijn 2002/58/EG

6 Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie) (PB L 201, blz. 37), zoals gewijzigd door richtlijn 2009/136/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 (PB L 337, blz. 11; hierna: „richtlijn 2002/58”), strekt volgens artikel 1, lid 1, ervan tot harmonisering van de regelgeving van de lidstaten die nodig is om een gelijk niveau van bescherming van fundamentele rechten en vrijheden – met name van het recht op een persoonlijke levenssfeer en vertrouwelijkheid – bij de verwerking van persoonsgegevens in de sector elektronische communicatie te waarborgen en om te zorgen voor het vrij verkeer van dergelijke gegevens en van elektronische communicatieapparatuur en -diensten in de Europese Unie. Volgens artikel 1, lid 2, vormen de bepalingen van deze richtlijn met het oog op de doelstellingen van bovengenoemd lid 1 een specificatie van en een aanvulling op richtlijn 95/46.

7 Wat de beveiliging van de verwerking van gegevens betreft, bepaalt artikel 4 van richtlijn 2002/58:

„1. De aanbieder van een openbare elektronische communicatiedienst treft passende technische en organisatorische maatregelen om de veiligheid van zijn diensten te garanderen, indien nodig in overleg met de aanbieder van het openbare communicatienetwerk wat de veiligheid van het netwerk betreft. Die maatregelen waarborgen een beveiligingsniveau dat in verhouding staat tot

het betrokken risico, rekening houdend met de stand van de techniek en de kosten van uitvoering ervan.

1 bis. Onverminderd richtlijn 95/46/EG zorgen de in lid 1 bedoelde maatregelen ervoor dat in ieder geval:

- wordt gewaarborgd dat alleen gemachtigd personeel voor wettelijk toegestane doeleinden toegang heeft tot de persoonsgegevens;
- opgeslagen of verzonden persoonsgegevens worden beschermd tegen onbedoelde of onwettige vernietiging, onbedoeld verlies of wijziging, en niet-toegestane of onwettige opslag, verwerking, toegang of vrijgave, en
- een beveiligingsbeleid wordt ingevoerd met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens.

De bevoegde nationale instanties kunnen de door de aanbieders van openbare elektronische communicatiediensten genomen maatregelen controleren en aanbevelingen formuleren over beste praktijken [met betrekking tot] het beveiligingspeil dat met deze maatregelen moet worden gehaald.

2. Indien een bijzonder risico bestaat van inbreuken op de beveiliging van het netwerk, stelt de aanbieder van een openbare elektronische communicatiedienst de abonnees in kennis van dat risico en, indien het risico tot andere maatregelen noopt dan die waartoe de dienstenaanbieder verplicht is, van de eventuele middelen om dat risico tegen te gaan, met inbegrip van een indicatie van de verwachte kosten."

8 Wat het vertrouwelijke karakter van de communicatie en van de verkeersgegevens betreft, bepaalt artikel 5, leden 1 en 3, van de richtlijn:

„1. De lidstaten garanderen via nationale wetgeving het vertrouwelijke karakter van de communicatie en de daarmee verband houdende verkeersgegevens via openbare communicatienetwerken en via openbare elektronische communicatiediensten. Zij verbieden met name het af luisteren, aftappen, opslaan of anderszins onderscheppen

of controleren van de communicatie en de daarmee verband houdende verkeersgegevens door anderen dan de gebruikers, indien de betrokken gebruikers daarin niet hebben toegestemd, tenzij dat bij wet is toegestaan overeenkomstig artikel 15, lid 1. Dit lid laat de technische opslag die nodig is voor het overbrengen van informatie onverlet, onverminderd het vertrouwelijkheidsbeginsel.

[...]

3. De lidstaten dragen ervoor zorg dat de opslag van informatie of het verkrijgen van toegang tot informatie die reeds is opgeslagen in de eindapparatuur van een abonnee of gebruiker, alleen is toegestaan op voorwaarde dat de betrokken abonnee of gebruiker toestemming heeft verleend, na te zijn voorzien van duidelijke en volledige informatie overeenkomstig richtlijn 95/46/EG, onder meer over de doeleinden van de verwerking. Zulks vormt geen beletsel voor enige vorm van technische opslag of toegang met als uitsluitend doel de uitvoering van de verzending van een communicatie over een elektronisch communicatienetwerk, of, indien strikt noodzakelijk, om ervoor te zorgen dat de aanbieder van een uitdrukkelijk door de abonnee of gebruiker gevraagde dienst van de informatiemaatschappij deze dienst levert.”

9 Artikel 6, lid 1, van richtlijn 2002/58 luidt als volgt:

„Verkeersgegevens met betrekking tot abonnees en gebruikers die worden verwerkt en opgeslagen door de aanbieder van een openbaar elektronischcommunicatienetwerk of -dienst, moeten, wanneer ze niet langer nodig zijn voor het doel van de transmissie van communicatie, worden gewist of anoniem gemaakt, onverminderd de leden 2, 3 en 5, alsmede artikel 15, lid 1.”

10 Artikel 15, lid 1, van richtlijn 2002/58 bepaalt:

„De lidstaten kunnen wettelijke maatregelen treffen ter beperking van de reikwijdte van de in de artikelen 5 en 6, artikel 8, leden 1, 2, 3 en 4, en artikel 9 van deze richtlijn bedoelde rechten en plichten, indien dat in een democratische samenleving

noodzakelijk, redelijk en proportioneel is ter waarborging van de nationale, d.w.z. de staatsveiligheid, de landsverdediging, de openbare veiligheid, of het voorkomen, onderzoeken, opsporen en vervolgen van strafbare feiten of van onbevoegd gebruik van het elektronischcommunicatiesysteem als bedoeld in artikel 13, lid 1, van richtlijn 95/46/EG. Daartoe kunnen de lidstaten o.a. wetgevingsmaatregelen treffen om gegevens gedurende een beperkte periode te bewaren om de redenen die in dit lid worden genoemd. Alle in dit lid bedoelde maatregelen dienen in overeenstemming te zijn met de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht, met inbegrip van de beginselen als bedoeld in artikel 6, leden 1 en 2, van het Verdrag betreffende de Europese Unie.”

Richtlijn 2006/24

11 Na overleg te hebben gepleegd met de vertegenwoordigers van de wethandhavingsautoriteiten, de sector van de elektronische communicatie en deskundigen inzake gegevensbescherming, heeft de Commissie op 21 september 2005 een impactanalyse gepresenteerd van de beleidsopties betreffende de regels inzake de bewaring van verkeersgegevens (hierna: „impactanalyse”). Deze analyse diende als basis voor de uitwerking van het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bewaring van gegevens die zijn verwerkt in verband met het aanbieden van openbare elektronischcommunicatiediensten en tot wijziging van richtlijn 2002/58/EG [COM(2005) 438 definitief; hierna: „voorstel voor een richtlijn”], dat op dezelfde dag is bekendgemaakt en dat heeft geleid tot de vaststelling van richtlijn 2006/24 op grond van artikel 95 EG.

12 Punt 4 van de considerans van richtlijn 2006/24 luidt als volgt:

„In artikel 15, lid 1, van richtlijn 2002/58/EG worden de voorwaarden vastgesteld waaronder de reikwijdte van de in de artikelen 5 en 6, artikel 8, leden 1, 2, 3 en 4, en artikel 9 van die richtlijn bedoelde rechten en plichten kunnen worden beperkt door de lidstaten. Iedere beperking van die aard dient in een democratische samenleving noodzakelijk, redelijk en proportioneel te zijn ter waarborging van de

nationale veiligheid d.w.z. de staatsveiligheid, de landsverdediging, de openbare veiligheid, of het voorkomen, onderzoeken, opsporen en vervolgen van strafbare feiten of van onbevoegd gebruik van het elektronischcommunicatiesysteem.”

13 Volgens de eerste volzin van punt 5 van de considerans van richtlijn 2006/24 hebben „[d]iverse lidstaten [...] wetgeving aangenomen op het gebied van het bewaren van gegevens door aanbieders van diensten ten behoeve van het voorkomen, onderzoeken, opsporen en vervolgen van strafbare feiten”.

14 De punten 7 tot en met 11 van de considerans van richtlijn 2006/24 luiden als volgt:

„(7) In de conclusies van de Raad justitie en binnenlandse zaken van 19 december 2002 wordt benadrukt dat wegens de opmerkelijke toename van de mogelijkheden van elektronische communicatie, gegevens betreffende het gebruik daarvan van bijzonder belang zijn en een waardevol instrument bij het voorkomen, onderzoeken, opsporen en vervolgen van strafbare feiten, met name in de strijd tegen de georganiseerde misdaad.

(8) In zijn verklaring betreffende de bestrijding van terrorisme van 25 maart 2004 heeft de Europese Raad aan de Raad opdracht gegeven maatregelen te bestuderen met het oog op het vaststellen van regels voor het bewaren van verkeersgegevens door telecommunicatieaanbieders.

(9) Ingevolge artikel 8 van het [op 4 november 1950 te Rome ondertekende] Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (EVRM) heeft iedereen recht op respect voor zijn privéleven en zijn correspondentie. Openbare instanties kunnen in de uitoefening van dat recht tussenkomen overeenkomstig de wettelijke voorzieningen, en indien het in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van, onder

andere, de nationale veiligheid, de openbare veiligheid, ter voorkoming van ordeverstoring of strafbare feiten, of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Omdat gebleken is dat de bewaring van gegevens een noodzakelijk en doeltreffend onderzoeksinstrument is voor wetshandhaving in verschillende lidstaten, en met name bij ernstige aangelegenheden zoals georganiseerde misdaad en terrorisme, dient gezorgd te worden dat de bewaarde gegevens beschikbaar zijn voor de wetshandhavingsautoriteiten gedurende een bepaalde periode, onder specifieke voorwaarden. [...]

(10) In de verklaring ter veroordeling van de terroristische aanslagen op Londen die is aangenomen door bijzondere vergadering van de Raad van 13 juli 2005 wordt nogmaals nadrukkelijk gewezen op de noodzaak om zo spoedig mogelijk gemeenschappelijke maatregelen aan te nemen in verband met het bewaren van verkeersgegevens van elektronische communicatie.

(11) Gelet op het door onderzoek en de ervaring van diverse lidstaten aangetoonde belang van deze verkeers- en locatiegegevens voor het onderzoeken, opsporen en vervolgen van strafbare feiten is het noodzakelijk op Europees niveau te waarborgen dat gegevens die gegenereerd zijn of worden verwerkt door aanbieders van openbaar beschikbare elektronischcommunicatiediensten of van openbare communicatienetwerken gedurende een bepaalde periode onder specifieke voorwaarden worden bewaard.”

15 De punten 16, 21 en 22 van de considerans van de richtlijn preciseren:

„(16)[D]e verplichtingen voor dienstenaanbieders met betrekking tot maatregelen ter waarborging van de kwaliteit van gegevens die voortvloeien uit artikel 6 van richtlijn 95/46/EG, alsook hun verplichtingen met betrekking tot maatregelen ter

waarborging van vertrouwelijkheid en veiligheid bij de verwerking van gegevens die voortvloeien uit de artikelen 16 en 17 van die richtlijn, [zijn] volledig van toepassing [...] op de gegevens die bewaard worden in de zin van deze richtlijn.

[...]

(21) Aangezien de doelstellingen van deze richtlijn, namelijk het harmoniseren van de aan aanbieders opgelegde verplichtingen inzake het bewaren van sommige gegevens en het waarborgen dat die gegevens beschikbaar zijn voor het onderzoeken, opsporen en vervolgen van zware criminaliteit zoals gedefinieerd in de nationale wetgevingen van de lidstaten niet voldoende door de lidstaten kunnen worden verwezenlijkt en derhalve vanwege de omvang of de gevolgen van de richtlijn beter door de Gemeenschap kunnen worden verwezenlijkt, kan de Gemeenschap, overeenkomstig het in artikel 5 van het Verdrag neergelegde subsidiariteitsbeginsel, maatregelen nemen. Overeenkomstig het in hetzelfde artikel neergelegde evenredigheidsbeginsel, gaat deze richtlijn niet verder dan nodig is om deze doelstellingen te verwezenlijken.

(22) Deze richtlijn eerbiedigt de grondrechten en strookt met de beginselen die met name in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie zijn neergelegd. In het bijzonder wil onderhavige richtlijn, net als richtlijn 2002/58/EG, de volledige eerbiediging waarborgen van de fundamentele rechten op eerbiediging van het privéleven en bescherming van zijn persoonsgegevens als vastgelegd in de artikelen 7 en 8 van het Handvest.”

16 Volgens richtlijn 2006/24 zijn de aanbieders van openbaar beschikbare elektronische communicatiediensten of een openbaar communicatienetwerk verplicht om bepaalde gegevens te bewaren die door hen worden gegenereerd of verwerkt.

Dienaangaande bepalen de artikelen 1 tot en met 9, 11 en 13 van deze richtlijn het volgende:

„Artikel 1

Onderwerp en werkingssfeer

1. Deze richtlijn heeft tot doel een harmonisatie tot stand te brengen van de nationale bepalingen van de lidstaten waarbij aan aanbieders van elektronische communicatiediensten of een openbaar communicatienetwerk verplichtingen worden opgelegd inzake het bewaren van bepaalde gegevens die door hen gegenereerd of door hen worden verwerkt, teneinde te garanderen dat die gegevens beschikbaar zijn voor het onderzoeken, opsporen en vervolgen van ernstige criminaliteit zoals gedefinieerd in de nationale wetgevingen van de lidstaten.

2. Deze richtlijn heeft betrekking op verkeers- en locatiegegevens van natuurlijke en rechtspersonen, evenals op de daarmee verband houdende gegevens die nodig zijn om de abonnee of geregistreerde gebruiker te identificeren. Zij is niet van toepassing op de inhoud van elektronische communicatie, de informatie die wordt geraadpleegd met behulp van een elektronisch communicatienetwerk daaronder begrepen.

Artikel 2

Definities

1. In het kader van deze richtlijn gelden de definities van richtlijn 95/46/EG, van richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (kaderrichtlijn) [...] en van richtlijn 2002/58/EG.

2. In deze richtlijn wordt verstaan onder:

a) ‚gegevens’: verkeers- en locatiegegevens, en de daarmee verband houdende gegevens die nodig zijn om de abonnee of gebruiker te identificeren;

b) ‚gebruiker’: elke natuurlijke of rechtspersoon die, eventueel

zonder geabonneerd te zijn op een openbare elektronischecommunicatiedienst, daarvan gebruikmaakt voor particuliere of zakelijke doeleinden;

- c) ‚telefoon dienst’: oproepen (met inbegrip van spraak, voicemail, conference call of call-gegevens), aanvullende diensten (met inbegrip van call forwarding en call transfer), messaging- en multimedia-diensten (met inbegrip van short message service (SMS), enhanced media service (EMS) en multimedia service (MMS));
- d) ‚gebruikersidentificatie’: een unieke identificatie die aan een persoon wordt toegewezen wanneer deze zich abonneert op of registreert bij een internettoegangsdienst of internetcommunicatiedienst;
- e) ‚celidentiteit’ (Cell ID): de unieke code van een cel van waaruit een mobiele telefonieoproep werd begonnen of beëindigd;
- f) ‚oproep poging zonder resultaat’: een communicatie waarbij een telefoonoproep wel tot een verbinding heeft geleid, maar onbeantwoord is gebleven of via het netwerkbeheer is beantwoord.

Artikel 3

Verplichting om gegevens te bewaren

1. In afwijking van de artikelen 5, 6 en 9 van richtlijn 2002/58/EG nemen de lidstaten bepalingen aan om te waarborgen dat de in artikel 5 bedoelde gegevens, voor zover deze in het kader van de aanbidding van de bedoelde communicatiediensten worden gegenereerd of verwerkt door onder hun rechtsmacht vallende aanbieders van openbare elektronischecommunicatiediensten of een openbaar communicatienetwerk [...], worden bewaard overeenkomstig de bepalingen van deze richtlijn.
2. De verplichting tot gegevensbewaring voorzien in lid 1 omvat de bewaring van de

in artikel 5 bedoelde gegevens betreffende oproep pogingen zonder resultaat [...], voor zover die in verband met de aanbidding van de bedoelde communicatiediensten worden gegenereerd, verwerkt en opgeslagen (wat telefoniegegevens betreft) of gelogd (wat internetgegevens betreft) door onder de rechtsmacht van de betrokken lidstaat vallende aanbieders van openbaar beschikbare elektronischecommunicatiediensten of van een openbaar communicatienetwerk. Deze richtlijn bevat geen vereisten betreffende de bewaring van gegevens in verband met niet tot stand gekomen verbindingen.

Artikel 4

Toegang tot gegevens

De lidstaten nemen bepalingen aan om te waarborgen dat de overeenkomstig deze richtlijn bewaarde gegevens alleen in welbepaalde gevallen, en in overeenstemming met de nationale wetgeving, aan de bevoegde nationale autoriteiten worden verstrekt. De procedure en de te vervullen voorwaarden voor toegang tot gegevens die bewaard worden overeenkomstig de vereisten inzake noodzakelijkheid en evenredigheid, worden door elke lidstaat vastgesteld in de nationale wetgeving, rekening houdend met de relevante bepalingen van de wetgeving van de Europese Unie of publiek internationaal recht, met name het EVRM, zoals geïnterpreteerd door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

Artikel 5

Te bewaren categorieën gegevens

1. De lidstaten zorgen ervoor dat de volgende categorieën gegevens ter uitvoering van deze richtlijn worden bewaard:
 - a) gegevens die nodig zijn om de bron van een communicatie te traceren en te identificeren:
 1. in het geval van telefonie over een vast of mobiel netwerk:
 - i) het telefoonnummer van de oproeper,

- | | |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"> ii) naam en adres van de abonnee of de geregistreerde gebruiker; | <ul style="list-style-type: none"> ii) naam (namen) en adres (adressen) van de abonnee(s) of de geregistreerde gebruiker(s); |
| <ul style="list-style-type: none"> 2. in het geval van internettoegang, e-mail over het internet en internettelefonie: <ul style="list-style-type: none"> i) de toegewezen gebruikersidentificatie(s), ii) de gebruikersidentificatie en het telefoonnummer toegewezen aan elke communicatie die het publieke telefoonnetwerk binnenkomt, iii) naam en adres van de abonnee of de geregistreerde gebruiker aan wie het IP-adres, de gebruikersidentificatie of het telefoonnummer was toegewezen op het tijdstip van de communicatie; | <ul style="list-style-type: none"> 2. in het geval van e-mail over het internet en internettelefonie: <ul style="list-style-type: none"> i) de gebruikersidentificatie of [het] telefoonnummer van de beoogde ontvanger(s) van een internettelefoonoproep, ii) naam (namen) en adres (adressen) van de abonnee(s) of de geregistreerde gebruiker(s) en de gebruikersidentificatie van de beoogde ontvanger van de communicatie; |
| <ul style="list-style-type: none"> b) gegevens die nodig zijn om de bestemming van een communicatie te identificeren: <ul style="list-style-type: none"> 1. in het geval van telefonie over een vast netwerk en mobiele telefonie: <ul style="list-style-type: none"> i) het telefoonnummer (de telefoonnummers) die werden opgeroepen en, in het geval van aanvullende diensten zoals call forwarding of call transfer, het nummer (de nummers) waarnaar de verbinding is doorgeleid, | <ul style="list-style-type: none"> c) gegevens die nodig zijn om de datum, het tijdstip en de duur van een communicatie te bepalen: <ul style="list-style-type: none"> 1. in het geval van telefonie over een vast netwerk en mobiele telefonie: datum en tijdstip van aanvang en einde van de verbinding; 2. in het geval van internettoegang, e-mail over het internet en internettelefonie: <ul style="list-style-type: none"> i) datum en tijdstip van de log-in en log-off van een internet sessie gebaseerd op een bepaalde tijdzone, samen met het IP-adres, hetzij statisch, hetzij dynamisch, dat door de aanbieder van een |

- internettoegangs-
dienst aan een com-
municatie is toege-
wezen, en de ge-
bruikersidentifica-
tie van de abonnee
of geregistreerde
gebruiker,
- ii) [...] datum en tijdstip van de log-in en log-off van een e-maildienst over het internet of internettelefonie-dienst gebaseerd op een bepaalde tijdzone;
- d) gegevens die nodig zijn om het type communicatie te bepalen:
1. in het geval van telefonie over een vast netwerk en van mobiele telefonie: de gebruikte telefoon-dienst,
 2. in het geval van e-mail over het internet en internettelefonie: de gebruikte internetdienst;
- e) gegevens die nodig zijn om de communicatieapparatuur of de vermoedelijke communicatieapparatuur van de gebruikers te identificeren:
1. in het geval van telefonie over een vast netwerk, het/de oproepende en opgeroepen nummer(s);
 2. in het geval van mobiele telefonie:
 - i) het/de oproepende en opgeroepen nummer(s),
 - ii) de International Mobile Subscriber Identity (IMSI) van de oproepende deelnemer,
- iii) de International Mobile Equipment Identity (IMEI) van de oproepende deelnemer,
- iv) de IMSI van de opgeroepen deelnemer,
- v) de IMEI van de opgeroepen deelnemer,
- vi) in geval van vooraf betaalde anonieme diensten, datum en tijdstip van de eerste activering van de dienst en aanduiding (Cell ID) van de locatie waaruit de dienst is geactiveerd;
3. in het geval van internettoegang, e-mail over het internet en internetdiensten:
- i) het inbellende nummer voor een inbelverbinding,
 - ii) de digital subscriber line (DSL) of [een] ander eindpunt van de initiatiefnemer van de communicatie;
- f) gegevens die nodig zijn om de locatie van mobiele communicatieapparatuur te bepalen:
1. de locatieaanduiding (Cell ID) bij het begin van de verbinding,
 2. gegevens voor het identificeren van de geografische locatie van cells middels referentie aan hun locatieaanduidingen (Cell ID's) gedurende de periode dat communicatiegegevens worden bewaard.

2. Gegevens waaruit de inhoud van de communicatie kan worden opgemaakt, mogen krachtens deze richtlijn niet worden bewaard.

Artikel 6

Bewaringstermijnen

De lidstaten zorgen ervoor dat de in artikel 5 genoemde categorieën gegevens gedurende ten minste zes maanden en ten hoogste twee jaar vanaf de datum van de communicatie worden bewaard.

Artikel 7

Gegevensbescherming en gegevensbeveiliging

Onverminderd de bepalingen die zijn goedgekeurd ingevolge de richtlijnen 95/46/EG en 2002/58/EG zorgt iedere lidstaat ervoor dat de aanbieders van elektronische communicatiediensten of de aanbieders van een publiek communicatienetwerk ten minste de volgende beginselen van gegevensbeveiliging respecteren met betrekking tot gegevens die bewaard worden overeenkomstig deze richtlijn:

- a) de bewaarde gegevens hebben dezelfde kwaliteit en worden onderworpen aan dezelfde beveiligings- en beschermingsmaatregelen als de gegevens in het netwerk;
- b) de gegevens worden onderworpen aan passende technische en organisatorische maatregelen om de gegevens te beveiligen tegen vernietiging, hetzij per ongeluk, hetzij onrechtmatig, tegen verlies of wijziging per ongeluk, niet-toegelaten of onrechtmatige opslag, verwerking, toegang of openbaarmaking;
- c) de gegevens worden onderworpen aan passende technische en organisatorische maatregelen om te waarborgen dat toegang tot de gegevens slechts geschiedt door speciaal daartoe bevoegde personen,

en

- d) de gegevens worden aan het einde van de bewaarperiode vernietigd, met uitzondering van de geraadpleegde en vastgelegde gegevens.

Artikel 8

Opslagvoorschriften voor bewaarde gegevens

De lidstaten zorgen ervoor dat de gegevens, zoals vermeld in artikel 5 in overeenstemming met deze richtlijn worden bewaard, op zodanige wijze dat de bewaarde gegevens en alle andere daarmee verband houdende relevante informatie onverwijld aan de bevoegde autoriteiten kunnen worden meedeeld wanneer daarom wordt verzocht.

Artikel 9

Toezichthoudende autoriteit

1. Elke lidstaat zorgt ervoor dat één of meer overheidsinstanties verantwoordelijk worden gesteld voor het toezicht houden op de toepassing op het eigen grondgebied van de bepalingen, die overeenkomstig artikel 7 van deze richtlijn door de lidstaten zijn goedgekeurd met betrekking tot de veiligheid van de bewaarde gegevens. Deze instanties kunnen dezelfde zijn als die bedoeld in artikel 28 van richtlijn 95/46/EG.
2. Deze instanties zijn volledig onafhankelijk bij de uitoefening van de in lid 1 bedoelde taak.

[...]

Artikel 11

Wijziging van richtlijn 2002/58/EG

In artikel 15 van richtlijn 2002/58/EG wordt het volgende lid ingevoegd:

„1 bis. Lid 1 is niet van toepassing op de uit hoofde van [richtlijn 2006/24] te bewaren gegevens voor de in artikel 1, lid 1, van die richtlijn bedoelde doeleinden.”

[...]

Verhaal in rechte, aansprakelijkheid en sancties

1. Elke lidstaat neemt de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat de nationale maatregelen ter uitvoering van hoofdstuk III van richtlijn 95/46/EG betreffende beroep op de rechter, aansprakelijkheid en sancties wat de verwerking van gegevens krachtens deze richtlijn betreft, volledig worden geïmplementeerd.

2. Elke lidstaat neemt, in het bijzonder, de noodzakelijke maatregelen om ervoor te zorgen dat elke opzettelijke toegang tot of overbrenging van gegevens die overeenkomstig deze richtlijn worden bewaard die niet is toegestaan uit hoofde van krachtens deze richtlijn vastgestelde nationale uitvoeringsbepalingen, strafbaar is met sancties, met inbegrip van administratieve of strafrechtelijke sancties, die effectief, evenredig en afschrikkend zijn.”

Hoofdingingen en prejudiciële vragen

Zaak C-293/12

17 Digital Rights heeft op 11 augustus 2006 een beroep ingesteld bij de High Court. Zij betoogt dat zij eigenaar is van een mobiele telefoon die op 3 juni 2006 is geregistreerd en vanaf die datum door haar wordt gebruikt. Zij stelt dat een aantal nationale wetelijke en bestuursrechtelijke bepalingen inzake de bewaring van gegevens betreffende elektronische communicaties onwettig zijn, en verzoekt de verwijzende rechter met name om richtlijn 2006/24 en deel 7 van de wet van 2005 inzake het strafrecht (terroristische misdrijven) [Criminal Justice (Terrorist Offences) Act 2005] ongeldig te verklaren. Volgens deel 7 van deze wet moeten aanbieders van telefonische communicatiediensten de op deze diensten betrekking hebbende verkeers- en localisatiegegevens gedurende een in de wet vastgelegde termijn bewaren om de mogelijkheid te bieden strafbare feiten te voorkomen, op te sporen, te onderzoeken en te vervolgen en de staatsveiligheid te waarborgen.

18 Aangezien de High Court van oordeel is dat zij de voorgelegde nationaalrechtelijke kwesties niet kan beslechten zonder dat de geldigheid van richtlijn 2006/24 is onderzocht, heeft zij de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Is de beperking van de rechten van verzoekster in verband met het gebruik van mobiele telefonie, welke voortvloeit uit de vereisten van de artikelen 3, 4 en 6 van richtlijn 2006/24, onverenigbaar met artikel 5, lid 4, VEU, voor zover zij onevenredig is en niet noodzakelijk of niet geschikt is om de volgende legitieme doelen te bereiken:

a) het mogelijk maken dat bepaalde gegevens beschikbaar zijn voor het onderzoeken, opsporen en vervolgen van ernstige strafbare feiten?

en/of

b) het waarborgen van de goede werking van de interne markt van de Europese Unie?

2) Meer bepaald,

a) is richtlijn 2006/24 verenigbaar met het in artikel 21 VWEU vervatte recht van de burgers om vrij op het grondgebied van de lidstaten te reizen en te verblijven?

b) is richtlijn 2006/24 verenigbaar met het in artikel 7 van het [Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest’)] en artikel 8 EVRM vervatte recht op eerbiediging van het privéleven?

c) is richtlijn 2006/24 verenigbaar met het in artikel 8 van het Handvest

vervatte recht op bescherming van persoonsgegevens?

- d) is richtlijn 2006/24 verenigbaar met het in artikel 11 van het Handvest en artikel 10 EVRM vervatte recht op vrijheid van meningsuiting?
 - e) is richtlijn 2006/24 verenigbaar met het in artikel 41 van het Handvest vervatte recht op behoorlijk bestuur?
- 3) In hoeverre vereisen de Verdragen – en in het bijzonder het in artikel 4, lid 3, VEU vervatte beginsel van loyale samenwerking – dat een nationale rechterlijke instantie onderzoekt en beoordeelt of de nationale maatregelen ter uitvoering van richtlijn 2006/24 verenigbaar zijn met de bescherming die wordt geboden door het Handvest, waaronder artikel 7 daarvan (zoals geïnspireerd door artikel 8 EVRM)?”

Zaak C-594/12

- 19 Aan de oorsprong van het verzoek om een prejudiciële beslissing in zaak C-594/12 liggen verschillende beroepen die bij het Verfassungsgerichtshof zijn ingesteld door de Kärntner Landesregierung, enerzijds, en Seitlinger, Tschohl en 11 128 andere verzoekers, anderzijds. Zij hebben verzocht om nietigverklaring van artikel 102 bis van de wet van 2003 inzake telecommunicatie (Telekommunikationsgesetz 2003), dat bij de federale wet tot wijziging van deze wet (Bundesgesetz, mit dem das Telekommunikationsgesetz 2003 – TKG 2003 geändert wird, BGBl I, 27/2011) in deze wet is ingevoegd met het oog op de omzetting van richtlijn 2006/24 in het nationale Oostenrijkse recht. Volgens hen is artikel 102 bis met name in strijd met het fundamentele recht van particulieren op bescherming van hun gegevens.

- 20 Het Verfassungsgerichtshof vraagt zich met name af of richtlijn 2006/24 verenigbaar is met het Handvest, voor zover zij de mogelijkheid biedt om gedurende een lange termijn een groot aantal gegevens betreffende een onbepaald aantal personen te bewaren. De bewaring van de gegevens betreft bijna uitsluitend personen van wie het gedrag geenszins rechtvaardigt dat gegevens over hen worden bewaard. Deze personen worden aan een verhoogd risico blootgesteld dat de autoriteiten hun gegevens onderzoeken, kennis nemen van de inhoud ervan, in hun privéleven gaan graven en deze gegevens voor tal van doeleinden gebruiken, met name gelet op het ontelbare aantal personen dat gedurende een periode van ten minste zes maanden toegang heeft tot deze gegevens. De verwijzende rechter betwijfelt of deze richtlijn geschikt is om de nagestreefde doelstellingen te bereiken en of de inmenging in de betrokken fundamentele rechten evenredig is.

- 21 In die omstandigheden heeft het Verfassungsgerichtshof de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Geldigheid van handelingen van instellingen van de Unie:

Zijn de artikelen 3 tot en met 9 van [richtlijn 2006/24] verenigbaar met de artikelen 7, 8 en 11 van het [Handvest]?

2) Uitlegging van de Verdragen:

a) Moeten, gelet op de toelichting op artikel 8 van het Handvest, die overeenkomstig artikel 52, lid 7, daarvan is opgesteld om richting te geven aan de uitlegging van dit Handvest en door het Verfassungsgerichtshof naar behoren in acht moet worden genomen, richtlijn 95/46 en verordening (EG) nr. 45/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 18 december 2000 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband

met de verwerking van persoonsgegevens door de communautaire instellingen en organen en betreffende het vrije verkeer van die gegevens [(PB 2001, L 8, blz. 1)], bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van inmengingen in aanmerking worden genomen op dezelfde voet als de voorwaarden van artikel 8, lid 2, en artikel 52, lid 1, van het Handvest?

- b) Hoe verhoudt het in artikel 52, lid 3, laatste zin, van het Handvest genoemde ‚recht van de Unie‘ zich tot de richtlijnen op het gebied van het recht inzake gegevensbescherming?
- c) Moet, gelet op het feit dat richtlijn 95/46 en verordening nr. 45/2001 voorwaarden en beperkingen stellen aan de uitoefening van het in het Handvest neergelegde fundamentele recht op gegevensbescherming, bij de uitlegging van artikel 8 van het Handvest rekening worden gehouden met wijzigingen ten gevolge van afgeleid recht van latere datum?
- d) Heeft, gelet op artikel 52, lid 4, van het Handvest, het in artikel 53 van het Handvest neergelegde beginsel van voorrang van het hogere beschermingsniveau tot gevolg dat de in het Handvest neergelegde grenzen voor de toelaatbare beperkingen door afgeleid recht nauwer moeten worden afgebakend?
- e) Kunnen, gelet op artikel 52, lid 3, van het Handvest, de vijfde alinea van de preambule en de toelichting op artikel 7 van het Handvest, volgens welke de in

artikel 7 gewaarborgde rechten corresponderen met de rechten die in artikel 8 EVRM zijn gewaarborgd, aan de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens inzake artikel 8 EVRM criteria worden ontleend voor de uitlegging van artikel 8 van het Handvest, die de uitlegging van laatstgenoemd artikel beïnvloeden?”

- 22 Bij beschikking van de president van het Hof van 11 juni 2013 zijn de zaken C-293/12 en C-594/12 gevoegd voor de mondelinge behandeling en voor het arrest.

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Tweede vraag, sub b tot en met d, in zaak C-293/12 en eerste vraag in zaak C-594/12

- 23 Met de tweede vraag, sub b tot en met d, in zaak C-293/12 en de eerste vraag in zaak C-594/12, die samen moeten worden onderzocht, verzoeken de verwijzende rechters het Hof in wezen om de geldigheid van richtlijn 2006/24 te toetsen aan de artikelen 7, 8 en 11 van het Handvest.

Relevantie van de artikelen 7, 8 en 11 van het Handvest voor de geldigheid van richtlijn 2006/24

- 24 Blijkens artikel 1 en de punten 4, 5, 7 tot en met 11, 21 en 22 van de considerans van richtlijn 2006/24 heeft deze richtlijn voornamelijk tot doel een harmonisatie tot stand te brengen van de bepalingen op grond waarvan aanbieders van openbaar beschikbare elektronischecommunicatiediensten of een openbaar communicatienetwerk bepaalde door hen gegenereerde of verwerkte gegevens moeten bewaren om te garanderen dat die gegevens beschikbaar zijn, teneinde de mogelijkheid te bieden ernstige criminaliteit, zoals georganiseerde misdaad en terrorisme, te voorkomen, te onderzoeken, op te sporen en te vervolgen, dit met inachtneming van de in de artikelen 7 en 8 van het Handvest neergelegde rechten.

- 25 De in artikel 3 van richtlijn 2006/24 bedoelde verplichting van aanbieders van openbaar beschikbare elektronische communicatiediensten of een openbaar communicatienetwerk om de in artikel 5 van deze richtlijn genoemde gegevens te bewaren om ze in voorkomend geval ter beschikking te stellen van de bevoegde nationale autoriteiten roept vragen op betreffende de door artikel 7 van het Handvest geboden bescherming van het privéleven en communicaties, de door artikel 8 van dit Handvest geboden bescherming van persoonsgegevens en de eerbiediging van de door artikel 11 van het Handvest gewaarborgde vrijheid van meningsuiting.
- 26 Dienaangaande zij opgemerkt dat de aanbieders van openbaar beschikbare elektronische communicatiediensten of een openbaar communicatienetwerk op grond van de artikelen 3 en 5 van richtlijn 2006/24 met name die gegevens moeten bewaren die nodig zijn om de bron en de bestemming van een communicatie te traceren en te identificeren, om de datum, het tijdstip en de duur van de communicatie en het type communicatie te bepalen, om de communicatieapparatuur van de gebruikers te identificeren en om de locatie van mobiele communicatieapparatuur te bepalen. Deze gegevens omvatten met name de naam en het adres van de abonnee of de geregistreerde gebruiker, het telefoonnummer van de oproeper en het opgeroepen nummer, alsook een IP-adres voor internetdiensten. Aan de hand van deze gegevens kan met name worden nagegaan met welke persoon en via welke weg een abonnee of geregistreerde gebruiker heeft gecommuniceerd, hoe lang de communicatie heeft geduurd en vanaf welke plaats zij heeft plaatsgevonden. Bovendien kan aan de hand van deze gegevens worden achterhaald hoe vaak de abonnee of de geregistreerde gebruiker gedurende een bepaalde periode met bepaalde personen heeft gecommuniceerd.
- 27 Uit deze gegevens, in hun geheel beschouwd, kunnen zeer precieze conclusies worden getrokken over het privéleven van de personen van wie de gegevens zijn bewaard, zoals hun dagelijkse gewoonten, hun permanente of tijdelijke verblijfplaats, hun dagelijkse of andere verplaatsingen, de activiteiten die zij uitoefenen, hun sociale relaties en de sociale kringen waarin zij verkeren.
- 28 Hoewel richtlijn 2006/24 niet het recht verleent om de inhoud van de communicatie en de met behulp van een elektronisch communicatienetwerk geraadpleegde informatie te bewaren, zoals blijkt uit de artikelen 1, lid 2, en 5, lid 2, ervan, is het dus niet uitgesloten dat de bewaring van de betrokken gegevens een invloed heeft op de wijze waarop abonnees of geregistreerde gebruikers de in deze richtlijn bedoelde communicatiemiddelen gebruiken en derhalve op de wijze waarop zij hun door artikel 11 van het Handvest gewaarborgde vrijheid van meningsuiting uitoefenen.
- 29 De bewaring van de gegevens met het oog op de eventuele raadpleging ervan door de bevoegde nationale autoriteiten, zoals bedoeld in richtlijn 2006/24, raakt rechtstreeks en specifiek het privéleven en dus de door artikel 7 van het Handvest gewaarborgde rechten. Een dergelijke bewaring van gegevens valt bovendien onder artikel 8 van dit Handvest omdat het gaat om een verwerking van persoonsgegevens in de zin van dit artikel. Zij moet bijgevolg noodzakelijkerwijs voldoen aan de uit dit artikel voortvloeiende vereisten inzake gegevensbescherming (arrest Volker en Markus Schecke en Eifert, C-92/09 en C-93/09, EU:C:2010:662, punt 47).
- 30 De prejudiciële verwijzingen in de onderhavige zaken werpen met name de principiële vraag op of de gegevens van abonnees en geregistreerde gebruikers al dan niet mogen worden bewaard, gelet op artikel 7 van het Handvest, maar zij hebben ook betrekking op de vraag of richtlijn 2006/24 voldoet aan de uit artikel 8 van het Handvest voortvloeiende vereisten inzake de bescherming van persoonsgegevens.
- 31 Gelet op het bovenstaande dient ter beantwoording van de tweede vraag, sub b tot en met d, in zaak C-293/12 en de eerste vraag in zaak C-594/12 de geldigheid van de richtlijn te worden getoetst aan de artikelen 7 en 8 van het Handvest.
- Bestaan van inmenging in de in de artikelen 7 en 8 van het Handvest neergelegde rechten

- 32 Door te bepalen dat de in artikel 5, lid 1, van richtlijn 2006/24 genoemde gegevens moeten worden bewaard, en de bevoegde nationale autoriteiten de mogelijkheid te verlenen deze gegevens te raadplegen, wijkt deze richtlijn, zoals de advocaat-generaal met name in de punten 39 en 40 van zijn conclusie heeft opgemerkt, af van de regeling tot bescherming van het recht op eerbiediging van het privéleven bij de verwerking van persoonsgegevens in de sector van de elektronische communicatie, zoals deze is vastgesteld in de richtlijnen 95/46 en 2002/58, die bepaalden dat communicaties en verkeersgegevens vertrouwelijk zijn en dat deze gegevens moeten worden gewist of anoniem moeten worden gemaakt wanneer zij niet langer noodzakelijk zijn voor de transmissie van een communicatie, tenzij zij nodig zijn ten behoeve van de facturering, maar enkel zolang deze noodzaak bestaat.
- 33 Voor de vaststelling van een inmenging in het fundamentele recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer is het van weinig belang of de gegevens betreffende het privéleven al dan niet gevoelig zijn en of de betrokkenen door die inmenging enig nadeel hebben ondervonden (zie in die zin arrest Österreichischer Rundfunk e.a., C-465/00, C-138/01 en C-139/01, EU:C:2003:294, punt 75).
- 34 Hieruit volgt dat de door de artikelen 3 en 6 van richtlijn 2006/24 aan aanbieders van openbaar beschikbare elektronische communicatiediensten of een openbaar communicatienetwerk opgelegde verplichting om gegevens betreffende het privéleven van een persoon en zijn communicaties, zoals die welke zijn bedoeld in artikel 5 van deze richtlijn, gedurende een bepaalde tijd te bewaren, op zich een inmenging vormt in de door artikel 7 van het Handvest gewaarborgde rechten.
- 35 Bovendien vormt de toegang van de bevoegde nationale autoriteiten tot de gegevens een aanvullende inmenging in dat fundamentele recht (zie met betrekking tot artikel 8 EVRM, arresten EHRM, Leander/Zweden, 26 maart 1987, reeks A nr. 116, § 48; Rotaru/Roemenië [Grote kamer], nr. 28341/95, § 46, CEDH 2000-V, en Weber en Saravia/Duitsland (dec.), nr. 54934/00, § 79, CEDH 2006-XI). De artikelen 4 en 8 van richtlijn 2006/24, die de toegang van de bevoegde nationale autoriteiten tot de gegevens regelen, vormen dus eveneens een inmenging in de door artikel 7 van het Handvest gewaarborgde rechten.
- 36 Richtlijn 2006/24 vormt ook een inmenging in het door artikel 8 van het Handvest gewaarborgde fundamentele recht op bescherming van persoonsgegevens, aangezien zij voorziet in de verwerking van persoonsgegevens.
- 37 Vastgesteld moet worden dat richtlijn 2006/24 een zeer ruime en bijzonder zware inmenging vormt in de door de artikelen 7 en 8 van het Handvest gewaarborgde fundamentele rechten, zoals de advocaat-generaal met name in de punten 77 en 80 van zijn conclusie heeft opgemerkt. Bovendien kan het feit dat de gegevens worden bewaard en later worden gebruikt zonder dat de abonnee of de geregistreerde gebruiker hierover wordt ingelicht, bij de betrokken personen het gevoel opwekken dat hun privéleven constant in de gaten wordt gehouden, zoals de advocaat-generaal in de punten 52 en 72 van zijn conclusie heeft opgemerkt.
- Rechtvaardiging van de inmenging in de door de artikelen 7 en 8 van het Handvest gewaarborgde rechten
- 38 Volgens artikel 52, lid 1, van het Handvest moeten beperkingen op de uitoefening van de in dit Handvest erkende rechten en vrijheden bij wet worden gesteld en de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen, en kunnen, met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel, alleen beperkingen worden gesteld indien zij noodzakelijk zijn en daadwerkelijk aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen beantwoorden.
- 39 Wat de wezenlijke inhoud van het fundamentele recht op eerbiediging van het privéleven en de andere door artikel 7 van het Handvest erkende rechten betreft, moet worden vastgesteld dat de door richtlijn 2006/24 voorgeschreven bewaring van gegevens weliswaar een bijzonder zware

inmenging in deze rechten vormt, maar niet raakt aan de inhoud ervan, aangezien deze richtlijn, zoals blijkt uit artikel 1, lid 2, ervan, niet de mogelijkheid biedt om kennis te nemen van de inhoud zelf van de elektronische communicaties.

- 40 Deze bewaring van gegevens doet evenmin afbreuk aan de wezenlijke inhoud van het door artikel 8 van het Handvest erkende fundamentele recht op bescherming van persoonsgegevens, aangezien richtlijn 2006/24 in artikel 7 ervan een regel inzake gegevensbescherming en -beveiliging bevat op grond waarvan de aanbieders van openbaar beschikbare elektronischecommunicatiediensten of van een publiek communicatienetwerk, onverminderd de bepalingen die zijn goedgekeurd ingevolge de richtlijnen 95/46 en 2002/58, bepaalde beginselen van gegevensbescherming en -beveiliging moeten respecteren. Volgens deze beginselen moeten de lidstaten ervoor zorgen dat passende technische en organisatorische maatregelen worden genomen om te vermijden dat de gegevens per ongeluk of onrechtmatig worden vernietigd dan wel per ongeluk verloren geraken of worden gewijzigd.
- 41 Met betrekking tot de vraag of deze inmenging voldoet aan een doel van algemeen belang, zij opgemerkt dat richtlijn 2006/24 weliswaar strekt tot harmonisatie van de bepalingen van de lidstaten betreffende de verplichtingen van bovengenoemde aanbieders inzake de bewaring van bepaalde gegevens die door hen worden gegenereerd of verwerkt, maar dat het materiële doel van deze richtlijn, zoals blijkt uit artikel 1, lid 1, ervan, erin bestaat te garanderen dat die gegevens beschikbaar zijn met het oog op het onderzoek, de opsporing en de vervolging van ernstige criminaliteit zoals gedefinieerd in de nationale wetgevingen van de lidstaten. Deze richtlijn heeft dus materieel tot doel om tot de bestrijding van ernstige criminaliteit en aldus uiteindelijk tot de openbare veiligheid bij te dragen.
- 42 Volgens de rechtspraak van het Hof vormt de bestrijding van terrorisme ter handhaving van de internationale vrede en veiligheid een doel van algemeen belang van de Unie (zie in die zin arresten Kadi en Al Barakaat International Foundation/Raad en Commissie, C-402/05 P en C-415/05 P, EU:C:2008:461, punt 363, en Al-Aqsa/Raad, C-539/10 P en C-550/10 P, EU:C:2012:711, punt 130). Hetzelfde geldt voor de bestrijding van ernstige criminaliteit ter waarborging van de openbare veiligheid (zie in die zin arrest Tsakouridis, C-145/09, EU:C:2010:708, punten 46 en 47). In dit verband zij voorts opgemerkt dat artikel 6 van het Handvest bepaalt dat eenieder niet alleen recht heeft op vrijheid, maar ook op veiligheid.
- 43 Dienaangaande blijkt uit punt 7 van de considerans van richtlijn 2006/24 dat de Raad justitie en binnenlandse zaken van 19 december 2002 wegens de opmerkelijke toename van de mogelijkheden van elektronische communicatie heeft geoordeeld dat gegevens betreffende het gebruik daarvan van bijzonder belang zijn en dus een waardevol instrument vormen bij het voorkomen van strafbare feiten en het bestrijden van criminaliteit, met name van de georganiseerde misdaad.
- 44 De door richtlijn 2006/24 voorgeschreven bewaring van gegevens, die de bevoegde nationale autoriteiten de mogelijkheid moet bieden om deze eventueel te raadplegen, beantwoordt dus daadwerkelijk aan een doel van algemeen belang.
- 45 In deze omstandigheden moet worden nagegaan of de vastgestelde inmenging evenredig is.
- 46 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat het evenredigheidsbeginsel volgens vaste rechtspraak van het Hof vereist dat handelingen van de instellingen van de Unie geschikt zijn om de door de betrokken regeling nagestreefde legitieme doelstellingen te verwezenlijken en niet verder gaan dan wat daarvoor geschikt en noodzakelijk is (zie in die zin arresten Afton Chemical, C-343/09, EU:C:2010:419, punt 45; Volker und Markus Schecke en Eifert, EU:C:2010:662, punt 74; Nelson e.a., C-581/10 en C-629/10, EU:C:2012:657, punt 71; Sky Österreich, C-283/11, EU:C:2013:28, punt 50, en Schaible, C-101/12, EU:C:2013:661, punt 29).
- 47 Wat het rechterlijk toezicht op de naleving van deze voorwaarden betreft, zij opgemerkt dat wanneer sprake is van een

- inmenging in fundamentele rechten, de omvang van de beoordelingsbevoegdheid van de wetgever van de Unie beperkt kan zijn. Dit hangt af van een aantal factoren, waaronder met name het betrokken domein, de aard van het door het Handvest gewaarborgde recht dat aan de orde is, alsook de aard, de ernst en het doel van de inmenging (zie naar analogie met betrekking tot artikel 8 EVRM, arrest EHRM, S en Marper/Verenigd Koninkrijk [Grote kamer], nrs. 30562/04 en 30566/04, § 102, CEDH 2008-V).
- 48 Gelet op de belangrijke rol die de bescherming van persoonsgegevens speelt in het licht van het fundamentele recht op bescherming van het privéleven, alsook op de omvang en de ernst van de door richtlijn 2006/24 veroorzaakte inmenging in dit recht is de beoordelingsbevoegdheid van de Uniewetgever in casu beperkt, zodat een strikt toezicht moet worden uitgeoefend.
- 49 Met betrekking tot de vraag of het door richtlijn 2006/24 nagestreefde doel kan worden verwezenlijkt door de bewaring van de gegevens, moet worden vastgesteld dat de gegevens die op grond van deze richtlijn moeten worden bewaard, gelet op het groeiende belang van elektronische-communicatiemiddelen de nationale strafvervolgingsautoriteiten extra mogelijkheden bieden om ernstige gevallen van criminaliteit op te helderen en in die zin dus een waardevol instrument vormen bij strafonderzoeken. De bewaring van dergelijke gegevens is derhalve geschikt voor de verwezenlijking van het door deze richtlijn nagestreefde doel.
- 50 Aan deze beoordeling wordt niet afgedaan door de omstandigheid dat er verschillende vormen van elektronische communicatie bestaan die niet binnen de werkingssfeer van richtlijn 2006/24 vallen of die anonieme communicatie mogelijk maken, zoals met name Tschohl en Seitlinger alsook de Portugese regering in hun bij het Hof ingediende schriftelijke opmerkingen hebben aangevoerd. Dit heeft weliswaar tot gevolg dat de bewaring van gegevens niet volstrekt geschikt is om het nagestreefde doel te bereiken, maar dat betekent nog niet dat deze maatregel daarvoor ongeschikt is, zoals de advocaat-generaal in punt 137 van zijn conclusie heeft opgemerkt.
- 51 Wat de noodzaak van de door richtlijn 2006/24 voorgeschreven bewaring van gegevens betreft, zij vastgesteld dat de bestrijding van zware criminaliteit, met name van georganiseerde misdaad en terrorisme, weliswaar van primordiaal belang is om de openbare veiligheid te waarborgen, en dat de doeltreffendheid ervan in aanzienlijke mate kan afhangen van het gebruik van moderne onderzoekstechnieken, maar dat een dergelijke doelstelling van algemeen belang, hoe wezenlijk zij ook is, op zich niet kan rechtvaardigen dat een bewaringsmaatregel zoals die welke door richtlijn 2006/24 is ingevoerd, noodzakelijk wordt geacht voor het voeren van deze strijd.
- 52 Wat het recht op eerbiediging van het privéleven betreft, zij opgemerkt dat de bescherming van dit fundamentele recht volgens vaste rechtspraak van het Hof hoe dan ook vereist dat de uitzonderingen op de bescherming van persoonsgegevens en de beperkingen ervan binnen de grenzen van het strikt noodzakelijke blijven (arrest IPI, C-473/12, EU:C:2013:715, punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 53 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat de bescherming van persoonsgegevens, die uitdrukkelijk wordt voorgeschreven door artikel 8, lid 1, van het Handvest, van bijzonder belang is voor het in artikel 7 van dit Handvest verankerde recht op eerbiediging van het privéleven.
- 54 De betrokken Unieregeling moet dus duidelijke en precieze regels betreffende de draagwijdte en de toepassing van de betrokken maatregel bevatten die minimale vereisten opleggen, zodat de personen van wie de gegevens zijn bewaard over voldoende garanties beschikken dat hun persoonsgegevens doeltreffend worden beschermd tegen het risico van misbruik en tegen elke onrechtmatige raadpleging en elk onrechtmatig gebruik van deze gegevens (zie naar analogie met betrekking tot artikel 8 EVRM, arresten EHRM, Liberty e.a./Verenigd Koninkrijk, nr. 58243/00, § 62 en 63, van 1 juli 2008; Rotaru/Roemenië, reeds aangehaald, § 57-59, en S en Marper/Verenigd Koninkrijk, reeds aangehaald, § 99).
- 55 De noodzaak om over dergelijke garanties te beschikken is des te groter wanneer de

- persoonsgegevens, zoals is bepaald in richtlijn 2006/24, automatisch worden verwerkt en er een aanzienlijk risico bestaat dat deze gegevens op onrechtmatige wijze zullen worden geraadpleegd (zie naar analogie met betrekking tot artikel 8 EHRM, arresten EHRM, S en Marper/Verenigd Koninkrijk, reeds aangehaald, § 103, en M. K./Frankrijk, nr. 19522/09, § 35, van 18 april 2013).
- 56 Met betrekking tot de vraag of de inmenging die richtlijn 2006/24 meebrengt, beperkt is tot het strikt noodzakelijke, zij opgemerkt dat artikel 3 van deze richtlijn, gelezen in samenhang met artikel 5, lid 1, ervan, voorschrijft om alle verkeersgegevens betreffende vaste en mobiele telefonie, internettoegang, e-mail over het internet en internettelefonie te bewaren. Deze richtlijn strekt zich dus uit tot alle wijdverspreide elektronischecommunicatiemiddelen, die een steeds belangrijker plaats innemen in het dagelijkse leven van de mensen. Bovendien ziet deze richtlijn ingevolge artikel 3 ervan op alle abonnees en geregistreerde gebruikers. Zij leidt dus tot inmenging in de fundamentele rechten van bijna de gehele Europese bevolking.
- 57 Dienaangaande zij in de eerste plaats vastgesteld dat richtlijn 2006/24 algemeen van toepassing is op alle personen, alle elektronischecommunicatiemiddelen en alle verkeersgegevens, zonder dat enig onderscheid wordt gemaakt, enige beperking wordt gesteld of enige uitzondering wordt gemaakt op basis van het doel, zware criminaliteit te bestrijden.
- 58 Richtlijn 2006/24 is om te beginnen algemeen van toepassing op alle personen die gebruikmaken van elektronischecommunicatiediensten, zonder dat de personen van wie de gegevens worden bewaard zich echter, zelfs niet indirect, in een situatie bevinden die aanleiding kan geven tot strafrechtelijke vervolging. Zij is dus zelfs van toepassing op personen voor wie er geen enkele aanwijzing bestaat dat hun gedrag – zelfs maar indirect of van ver – een verband vertoont met zware criminaliteit. Bovendien bevat de richtlijn geen uitzonderingen, zodat zij zelfs van toepassing is op personen van wie de communicaties volgens de nationale rechtsregels onder het zakengeheim vallen.
- 59 Voorts beoogt deze richtlijn weliswaar bij te dragen tot de strijd tegen zware criminaliteit, maar zij vereist geen enkel verband tussen de gegevens die moeten worden bewaard en een bedreiging van de openbare veiligheid. Zij beperkt met name de bewaring niet tot gegevens die betrekking hebben op een bepaalde periode en/of een bepaalde geografische zone en/of een kring van bepaalde personen die op een of andere wijze betrokken kunnen zijn bij zware criminaliteit, of op personen voor wie de bewaring van de gegevens om andere redenen zou kunnen helpen bij het voorkomen, opsporen of vervolgen van zware criminaliteit.
- 60 In de tweede plaats bevat richtlijn 2006/24 niet alleen geen beperkingen, maar ook geen objectieve criteria ter begrenzing van de toegang van de bevoegde nationale autoriteiten tot de gegevens en het latere gebruik ervan met het oog op het voorkomen, opsporen of strafrechtelijk vervolgen van inbreuken die, gelet op de omvang en de ernst van de inmenging in de door de artikelen 7 en 8 van het Handvest erkende fundamentele rechten, voldoende ernstig kunnen worden geacht om een dergelijke inmenging te rechtvaardigen. Integendeel, richtlijn 2006/24 verwijst in artikel 1, lid 1, ervan enkel op algemene wijze naar ernstige criminaliteit zoals gedefinieerd in de nationale wetgevingen van de lidstaten.
- 61 Bovendien bevat richtlijn 2006/24 geen materiële en procedurele voorwaarden betreffende de toegang van de bevoegde nationale autoriteiten tot de gegevens en het latere gebruik ervan. Artikel 4 van deze richtlijn, dat de toegang van deze autoriteiten tot de bewaarde gegevens regelt, bepaalt niet uitdrukkelijk dat deze toegang en het latere gebruik van de betrokken gegevens strikt gebonden zijn aan het doel, nauwkeurig afgebakende zware criminaliteit te voorkomen, op te sporen of strafrechtelijk te vervolgen, maar bepaalt enkel dat elke lidstaat de procedure en de te vervullen voorwaarden vaststelt voor toegang tot de bewaarde gegevens overeenkomstig de vereisten inzake noodzakelijkheid en evenredigheid.
- 62 In het bijzonder bevat richtlijn 2006/24 geen objectieve criteria op basis waarvan het aantal personen dat de bewaarde gegevens mag raadplegen en vervolgen

gebruiken, kan worden beperkt tot wat strikt noodzakelijk is voor de verwezenlijking van het nagestreefde doel. Maar bovenal is de toegang van de bevoegde nationale autoriteiten tot de bewaarde gegevens niet onderworpen aan enige voorafgaande controle door een rechterlijke instantie of een onafhankelijke administratieve instantie waarvan de beslissing beoogt om de toegang tot de gegevens en het gebruik ervan te beperken tot wat strikt noodzakelijk is ter verwezenlijking van het nagestreefde doel en die uitspraak doet op een gemotiveerd verzoek van deze autoriteiten, ingediend in het kader van procedures ter voorkoming, opsporing of vervolging van strafbare feiten. Aan de lidstaten is evenmin enige specifieke verplichting opgelegd om dergelijke beperkingen vast te stellen.

- 63 Wat in de derde plaats de termijn betreft gedurende welke de gegevens worden bewaard, bepaalt artikel 6 van richtlijn 2006/24 dat deze gedurende ten minste zes maanden moeten worden bewaard, zonder dat enig onderscheid wordt gemaakt tussen de in artikel 5 van deze richtlijn genoemde categorieën van gegevens naargelang van het nut ervan voor het nagestreefde doel of naargelang van de betrokken personen.
- 64 Bovendien varieert de bewaringstermijn van ten minste zes maanden tot ten hoogste vierentwintig maanden, zonder dat wordt gepreciseerd dat deze termijn op basis van objectieve criteria moet worden vastgesteld om te waarborgen dat hij beperkt is tot wat strikt noodzakelijk is.
- 65 Uit het bovenstaande volgt dat richtlijn 2006/24 geen duidelijke en precieze regels bevat betreffende de omvang van de inmenging in de door de artikelen 7 en 8 van het Handvest erkende fundamentele rechten. Vastgesteld moet dus worden dat deze richtlijn een zeer ruime en bijzonder zware inmenging in deze fundamentele rechten in de rechtsorde van de Unie impliceert, zonder dat deze inmenging nauwkeurig is omkaderd door bepalingen die kunnen waarborgen dat zij daadwerkelijk beperkt is tot het strikt noodzakelijke.
- 66 Bovendien moet met betrekking tot de regels inzake de beveiliging en de bescherming van de gegevens die worden bewaard

door de aanbieders van openbaar beschikbare elektronische communicatiediensten of een openbaar communicatienetwerk worden vastgesteld dat richtlijn 2006/24 onvoldoende garanties biedt dat de bewaarde gegevens doeltreffend worden beschermd tegen het risico van misbruik en tegen elke onrechtmatige raadpleging en elk onrechtmatig gebruik ervan, zoals wordt vereist door artikel 8 van het Handvest. In de eerste plaats bevat artikel 7 van richtlijn 2006/24 geen specifieke regels die aangepast zijn aan de enorme hoeveelheid gegevens die volgens deze richtlijn moeten worden bewaard, alsook aan het gevoelige karakter van deze gegevens en aan het risico dat zij op onrechtmatige wijze zullen worden geraadpleegd, en die met name ertoe strekken de bescherming en de beveiliging van de betrokken gegevens duidelijk en strikt te regelen om de volle integriteit en vertrouwelijkheid ervan te waarborgen. Bovendien is aan de lidstaten ook geen specifieke verplichting opgelegd om dergelijke regels vast te stellen.

- 67 Artikel 7 van richtlijn 2006/24, gelezen in samenhang met artikel 4, lid 1, van richtlijn 2002/58 en artikel 17, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 95/46, waarborgt niet dat bovengenoemde aanbieders via technische en organisatorische maatregelen een bijzonder hoog niveau van bescherming en beveiliging bieden, maar verleent deze aanbieders met name de mogelijkheid om bij de vaststelling van het door hen geboden beschermingsniveau rekening te houden met economische overwegingen, meer bepaald met de kosten voor het uitvoeren van de veiligheidsmaatregelen. In het bijzonder waarborgt richtlijn 2006/24 niet dat de gegevens na de bewaarperiode onherroepelijk worden vernietigd.
- 68 In de tweede plaats schrijft deze richtlijn niet voor dat de betrokken gegevens op het grondgebied van de Unie moeten worden bewaard, zodat niet ten volle is gewaarborgd dat een onafhankelijke autoriteit toezicht houdt op de inachtneming van de in de twee vorige punten bedoelde vereisten inzake bescherming en beveiliging, zoals uitdrukkelijk wordt voorgeschreven door artikel 8, lid 3, van het Handvest. Een dergelijk toezicht op basis van het Unierecht is evenwel van wezenlijk belang voor de bescherming van personen bij de verwerking

van persoonsgegevens (zie in die zin arrest Commissie/Oostenrijk, C-614/10, EU:C:2012:631, punt 37).

69 Gelet op een en ander moet worden geoordeeld dat de wetgever van de Unie met de vaststelling van richtlijn 2006/24 de door het evenredigheidsbeginsel gestelde grenzen heeft overschreden die hij in het licht van de artikelen 7, 8 en 52, lid 1, van het Handvest in acht dient te nemen.

70 Derhalve hoeft de geldigheid van richtlijn 2006/24 niet te worden getoetst aan artikel 11 van het Handvest.

71 Bijgevolg moet op de tweede vraag, sub b tot en met d, in zaak C-293/12 en de eerste vraag in zaak C-594/12 worden geantwoord dat richtlijn 2006/24 ongeldig is.

Eerste vraag, tweede vraag, sub a en e, en derde vraag in zaak C-293/12 en tweede vraag in zaak C-594/12

72 Gelet op de vaststelling in het vorige punt hoeft niet te worden geantwoord op de eerste vraag, de tweede vraag, sub a en e, en de derde vraag in zaak C-293/12 en evenmin op de tweede vraag in zaak C-594/12.

Kosten

73 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Grote kamer) verklaart voor recht:

Richtlijn 2006/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 maart 2006 betreffende de bewaring van gegevens die zijn gegenereerd of verwerkt in verband met het aanbieden van openbaar beschikbare elektronischecommunicatiediensten of van openbare communicatienetwerken en tot wijziging van richtlijn 2002/58/EG, is ongeldig.

Rb Rotterdam 10 april 2014, zaaknummer ROT 13/4410, ECLI:NL:RBROT:2014:2581

Illegale radio-uitzending. Waarschuwingbrief, waarin aangepast beleid uiteen wordt gezet, is gedrukt door Rijksdrukker VijfKeerBlauw om vervolgens door deze drukker aan PostNL te worden aangeboden. Uit de beschrijving van de gevolgde procedure blijkt niet met voldoende zekerheid dat de aan eiser gerichte waarschuwingbrief is verzonden. Bij het ontbreken van een waarschuwing wordt geen boete en/of last opgelegd. Daarom zijn in dit geval de boete en de last ten onrechte opgelegd.

uitspraak van de enkelvoudige kamer van 10 april 2014 in de zaak tussen [naam], te [woonplaats], eiser, gemachtigde: mr. M.E. Kikkert, en de minister van Economische Zaken, Agentschap Telecom, verweerder, gemachtigden: mrs. F. de Jong en J.I.M. van der Vange.

Procesverloop

Bij besluit van 11 maart 2013 (het primaire besluit) heeft verweerder eiser een bestuurlijke boete van € 45.000,- en een last onder dwangsom opgelegd wegens illegale uitzendingen in de FM-omroepband. Bij besluit van 6 juni 2013 (het bestreden besluit) heeft verweerder het bezwaar van eiser voor wat betreft de hoogte van de boete gegrond verklaard en de boete lager vastgesteld op € 25.150,-.

Tegen dit besluit heeft eiser beroep ingesteld. Verweerder heeft een verweerschrift ingediend. Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 24 februari 2014. Eiser is verschenen, bijgestaan door zijn gemachtigde. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door zijn gemachtigden. De rechtbank heeft tijdens de zitting het onderzoek gesloten. De rechtbank heeft vervolgens besloten het onderzoek te heropenen, om eiser in de gelegenheid te stellen zich uit te laten over een brief van verweerder, ontvangen op 27 februari 2014. Eiser en verweerder hebben toestemming verleend om zonder nadere zitting uitspraak te doen. De rechtbank heeft het onderzoek vervolgens op 27 maart 2014 gesloten.

Overwegingen

1. Op 30 augustus 2010 heeft verweerder aan eiser de ‘Voorlichtingsbrief nieuw beleid illegale uitzendingen’ gezonden. In deze brief wordt eiser gewaarschuwd dat, indien vanaf zijn perceel illegaal wordt uitgezonden, hij als wetsovertreder een bestuurlijke boete en een last onder dwangsom riskeert.

2.

Op 15 mei 2012 heeft verweerder aan eiser een brief verstuurd over de wijziging in de aanpak van illegale uitzendingen in de FM-omroepband (de waarschuwingsbrief). In deze brief wordt meegedeeld dat verweerder vanaf 16 december 2011 geen onderscheid meer maakt in permanente antenne-installaties en andersoortige (antenne-)installaties, die geschikt (te maken) zijn voor illegale uitzendingen in de FM-omroepband. Ook eigenaren of gebruikers van percelen die vanaf hun perceel een op afstand geplaatst radiozendapparaat en antenne-installatie aansturen vallen onder de verbrede aanpak. Indien een illegale uitzending vanaf het perceel wordt geconstateerd, kan een boete worden opgelegd van maximaal € 45.000,-.

3.

Verweerder heeft aan eiser een bestuurlijke boete opgelegd van (uiteindelijk) € 25.150,- wegens overtreding van artikel 3.3, eerste lid, (oud) en artikel 10.9, eerste lid, van de Telecommunicatiewet (Tw), alsmede een last onder dwangsom van € 2.250,- per geconstateerde overtreding per dag, met een maximum van € 33.750,-.

4.1.

Eiser heeft aangevoerd dat hij de waarschuwingsbrief niet heeft ontvangen, zodat hij ook geen waarschuwing kan hebben genegen.

4.2.

Niet in geschil is dat de waarschuwingsbrief van 15 mei 2012 niet aangetekend is verzonden. Volgens vaste jurisprudentie geldt in een dergelijk geval als uitgangspunt dat het bestuursorgaan het bewijsrisico draagt van de verzending van het desbetreffende stuk naar het juiste adres. Indien het bestuursorgaan deze verzending aannemelijk heeft gemaakt, ligt het vervolgens op de weg van de geadresseerde om het vermoeden van ontvangst van het stuk te ontzenuwen.

4.3.

Verweerder heeft met betrekking tot de gevolgde procedure verklaard dat de waarschuwingsbrief samen met rond 1800 andere waarschuwingsbrieven wordt gedrukt en ter verzending aangeboden door Rijksdrukker VijfKeerBlauw aan PostNL. Van al deze brieven is een kopie verstrekt aan verweerder. Een medewerker van verweerder heeft op basis hiervan in het postregistratie systeem RP2000 geregistreerd dat de betreffende waarschuwingsbrief is verzonden. Dit blijkt uit het kopje 'verzonden', waarin de datum van 15 mei 2012 wordt vermeld. Deze verzenddatum staat ook in de waarschuwingsbrief.

4.4.

Naar het oordeel van de rechtbank blijkt uit de beschrijving van de gevolgde procedure niet met voldoende zekerheid dat de aan eiser gerichte waarschuwingsbrief is verzonden. Op basis van deze procedure kan achteraf niet worden nagegaan of het

aantal van 1805 brieven, dat wordt vermeld op het door verweerder als bewijsstuk overgelegde orderformulier van PostNL, ook daadwerkelijk aan haar ter verzending is aangeboden. Daarbij komt dat de gemachtigde van verweerder ter zitting desgevraagd heeft verklaard niet te weten of alle 1805 waarschuwingsbrieven aan PostNL zijn aangeboden. De wijze waarop de poststukken zijn aangeboden - in een pakket als mailing en niet elk afzonderlijk - sluit niet uit dat de waarschuwingsbrief aan eiser mogelijk voor verzending in het ongereede is gemaakt.

4.5.

Uit het voorgaande volgt dat het voor gehouden moet worden dat eiser, nu verweerder niet aannemelijk heeft gemaakt dat de waarschuwingsbrief van 15 mei 2012 aan hem is verzonden, langs deze weg geen kennis heeft kunnen nemen van de gewijzigde aanpak van illegale uitzendingen. Verweerder heeft in de brief, bij de rechtbank ingekomen op 27 februari 2014, meegedeeld dat als er geen waarschuwing is gegeven geen boete en/of een last onder dwangsom wordt opgelegd. Hieruit volgt dat in dit geval de boete en de last ten onrechte zijn opgelegd.

5.

Het beroep is gegrond.

6.

De rechtbank ziet aanleiding 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 € 974,- (1 punt voor het indienen van het beroepsschrift en 1 punt voor het verschijnen ter zitting, met een waarde per punt van € 487,- en een wegingsfactor 1).

Beslissing

De rechtbank

- verklaart het beroep gegrond,
- vernietigt het bestreden besluit,
- herroept het primaire besluit,
- bepaalt dat verweerder aan eiser het door hem betaalde griffierecht van € 160,- vergoedt,
- veroordeelt verweerder in de proceskosten tot een bedrag van € 974,-, te betalen aan eiser.

**Rb Rotterdam 10 april 2014, zaaknummer
ROT 13/4753, ECLI:NL:RBROT:2014:2580,**

uitspraak van de enkelvoudige kamer van 10 april 2014 in de zaak tussen

[naam] , te [woonplaats], eiser,

gemachtigde: mr. F.L.M. Vossen,

en

de minister van Economische Zaken (Agentschap Telecom), verweerder, gemachtigden: mrs. F. de Jong en J.I.M. van der Vange.

Procesverloop

Bij besluit van 21 januari 2013 (primair besluit I) heeft verweerder eiser een bestuurlijke boete van € 15.000,- en een last onder dwangsom opgelegd wegens illegale uitzendingen in de FM-omroepband.

Eiser heeft hiertegen bezwaar gemaakt.

Bij besluit van 19 juni 2013 (primair besluit II) heeft verweerder primair besluit I ingetrokken en in plaats daarvan de boete verlaagd tot € 2.500,-.

Bij besluit van 23 juli 2013 (bestreden besluit I) heeft verweerder het bezwaar van eiser tegen primair besluit II ongegrond verklaard.

Eiser heeft tegen het bestreden besluit beroep ingesteld.

Verweerder heeft een verweerschrift ingediend.

Verweerder heeft op 9 september 2013 (bestreden besluit 2) een nieuw besluit genomen, waarbij aan eiser een hogere vergoeding voor de proceskosten van het bezwaar is toegekend.

Eiser heeft nadere stukken ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 24 februari 2014. Eiser is met bericht van verhindering niet verschenen. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door zijn gemachtigden.

Overwegingen

1.

Op grond van artikel 3.3, eerste lid, van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) is voor het gebruik van frequentieruimte een vergunning 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) € 2.500,- opgelegd wegens overtreding van artikel 3.3, eerste lid, en artikel 10.9, eerste lid, van de Tw.

3.

Bij bestreden besluit 2 heeft verweerder bestreden besluit 1 gewijzigd voor wat betreft de proceskosten, in die zin dat 2 maal € 472,-, dus € 944,- wordt vergoed. Niet is gebleken dat eiser nog procesbelang heeft bij een vernietiging van bestreden besluit 1. Daarom zal de rechtbank het beroep tegen bestreden besluit 1 niet-ontvankelijk verklaren.

4.

Bestreden besluit 2 komt niet geheel tegemoet aan de bezwaren van eiser, zodat het beroep op grond van artikel 6:19, eerste lid, van de Awb mede is gericht tegen bestreden besluit 2.

5.

Verweerder heeft zijn besluit gebaseerd op het op 30 oktober 2012 opgemaakte rapport van bevindingen (rapport) en een aanvullend rapport van 14 juni 2013 (aanvullend rapport).

6.

Uit het rapport blijkt dat op woensdag 24 oktober 2012, omstreeks 15.45 uur, twee toezichthouders van verweerder vanuit de dienstauto op een frequentie van 98,2 megahertz in de FM-omroepband een kennelijk illegale radiozender met muziek beluisterden. 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: "Mooi hallo u luistert naar de Johnny Ringo met alleen vinyl platen". De toezichthouders hebben door middel van radiopeilingen, relatieve veldsterktemetingen en een ter plaatse ingesteld onderzoek vastgesteld dat de radiocommunicatiesignalen werden uitgestraald vanaf een antenne-installatie die stond opgesteld op het perceel [adres] te [woonplaats], [gemeente], dat in eigendom is van eiser. Verder is vastgesteld dat de antenne-installatie een geschatte hoogte had van twaalf meter. De toezichthouders namen waar dat in de antenne-installatie twee verticaal gepolariseerde antennes waren gemonteerd. Het was de toezichthouders ambtshalve bekend dat deze antennes bij uitstek geschikt waren voor het uitstralen van radiocommunicatiesignalen in de FM-omroepband. Uit het rapport blijkt dat de antenne-installatie vast in de ondergrond stond en daar kennelijk was verankerd. De toezichthouders namen waar dat er in de directe omgeving van het perceel geen andere antenne-installaties stonden opgesteld waarvandaan de betreffende radiocommunicatiesignalen konden worden uitgestraald. De toezichthouders hebben

door de combinatie van de hiervoor beschreven visuele en technische waarnemingen uitgesloten dat het radiosignaal vanaf een andere antenne-installatie op een ander, dan het voornoemde, perceel werd uitgezonden. In het rapport is vermeld dat de toezichthouders ambtshalve bekend waren dat op voornoemde perceel of percelen geen vergunning voor het gebruik van frequentieruimte krachtens de Telecommunicatiewet was afgegeven voor het aanleggen, geheel of gedeeltelijk aangelegd aanwezig hebben of gebruik van een radiozendapparaat met voornoemde zendfrequentie. Verder blijkt uit het rapport dat op de bovenverdieping van eisers woning een studioruimte was gecreëerd en op de studio apparatuur "Johnny Ringo" stond geschreven. Uit het rapport blijkt dat een van de toezichthouders eiser heeft gewezen op de aan eiser verzonden voorlichtingsbrief van

30 maart 2011, waarop eiser verklaarde deze brief nooit te hebben ontvangen. De toezichthouder heeft vastgesteld dat eiser geen frequentievergunning heeft en dat het bereik van de zender ongeveer 25 kilometer was.

7. Eiser betwist in beroep de overtreding niet, maar voert aan dat het opleggen van de boete in strijd is met het evenredigheidsbeginsel. Bij de oplegging van de boete is geen rekening gehouden met zijn financiële situatie. Er is ook onvoldoende rekening gehouden met de andere omstandigheden van het geval. Er is een kortdurende testuitzending geweest voor een uitzending later in het jaar waar eiser wel een vergunning voor had gekregen. De voor later geplande uitzending was voor een goed doel.

8. Verweerder heeft de hoogte van de boete ontleend aan artikel 15.4, eerste lid, Tw, waarin is bepaald dat ingeval van overtreding van de bij of krachtens de in artikel 15.1, eerste lid, van de Tw bedoelde voorschriften aan de overtreder een boete kan worden opgelegd van ten hoogste € 450.000,-. Verweerder hanteert in haar aanpak illegaal FM als beleid dat bij illegale uitzendingen in de FM-band ten hoogste een boete van € 45.000,- wordt opgelegd. Deze wordt alleen opgelegd indien er sprake is van de zwaarste categorie overtreding. Dit boetebedrag betreft slechts 10% van het wettelijk maximum. De basisboete die wordt opgelegd bedraagt € 2.500,- bij het gebruik van permanente antenne-installaties. Verweerder gaat bij het opstellen van de basisboetebedragen reeds uit van financieel zwakke overtreders. Voor het betalen van de boete kan een betalingsregeling worden getroffen, zodat de betaling gespreid kan plaatsvinden.

9. Eisers stelling dat onvoldoende rekening is gehouden met zijn financiële positie is niet met voldoende bewijs onderbouwd. Eiser heeft enkel een overzicht van zijn arbeidsongeschiktheidsuitkering over januari 2013 overgelegd. Eiser heeft geen andere informatie verstrekt over zijn financiële positie, zoals de waarde van zijn eigen woning, ander vermogen of inkomsten, de eventuele inkomsten van zijn echtgenote, dan wel schulden of een hypotheek op zijn woning. Gelet hierop is de rechtbank niet gebleken dat eiser de boete niet kan dragen.

10. Eisers stelling dat het een testuitzending betrof welke van zeer korte duur was, brengt niet met zich dat verweerder om die reden een lagere boete zou hebben moeten opleggen.

11. Gelet hierop treft eisers beroep tegen bestreden besluit 2 geen doel en moet daarom ongegrond worden verklaard.

12. De rechtbank ziet aanleiding te bepalen dat verweerder het door eiser betaalde griffierecht vergoedt, nu met bestreden besluit 2 gedeeltelijk is tegemoetgekomen aan het beroep.

13. De rechtbank veroordeelt verweerder 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 € 487,- (één punt voor het indienen van het beroepschrift).

Beslissing

De rechtbank,

- verklaart het beroep tegen bestreden besluit 1 niet-ontvankelijk;
- verklaart het beroep tegen bestreden besluit 2 ongegrond;
- bepaalt dat verweerder aan eiser het betaalde griffierecht van € 160,- vergoedt;
- veroordeelt verweerder in de proceskosten van eiser tot een bedrag van € 487,-.

**Rb Amsterdam 7 mei 2014, zaaknummers
C/13/535066 / HA ZA 13-139,
ECLI:NL:RBAMS:2014:2260**

Civiel recht

Procedure van Q-music tegen onder meer Novec/Omroepmasten en Broadcast Partners over

de schade die Q-music heeft geleden (wegens verlies aan reclame-inkomsten door gemist uitzendbe-reik) door de branden in de zendmasten te Lopik en Hoogersmilde op 15 juli 2011.

In de hoofdzaak is geoordeeld dat Novec/Omroep-masten aansprakelijk is uit hoofde van onrechtma-tige daad (6:162 BW) voor de door haar opgelegde vermogensreductie vanaf de zendmast te Lopik nu niet is aangetoond dat die vermogensbeperking noodzakelijk en proportioneel was. Tevens is de operator, BNT, in de hoofdzaak aansprakelijk j-egens Q-music wegens toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de BP-overeenkomst (de uit-zendovereenkomst) met betrekking tot de zendmast te Lopik. Voor begroting van de schade wordt de zaak verwezen naar de schadestaatprocedure. Met betrekking tot de brand in de zendmast te Hoogers-milde slaagt het beroep op overmacht en is aan-sprakelijkheid afgewezen.

De vrijwaringszaak van Novec/Omroepmasten j-egens de operator BNT is afgewezen. De vrijwa-ringszaak van de operator BNT jegens Novec/Om-roepmasten is toegewezen.

RECHTBANK AMSTERDAM

Afdeling privaatrecht

Vonnis in hoofdzaak en vrijwaringen van 7 mei 2014

in de (hoofd)zaak met zaaknummer / rolnummer: C/13/535066 / HA ZA 13-139 van de besloten vennootschap met beperkte aanspra-kelijkheid

Q-MUSIC NEDERLAND B.V. ,

gevestigd te Hilversum,

eiseres,

advocaat mr. R.G.J. de Haan,

tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aanspra-kelijkheid

BROADCAST TECHNOLOGY HOLDING B.V. ,

gevestigd te Terneuzen,

gedaagde,

advocaat mr. A. van Hees,

2. de besloten vennootschap met beperkte aanspra-kelijkheid

BROADCAST TECHNOLOGY & DEVELOP-MENT B.V. ,

gevestigd te Terneuzen,

gedaagde,

advocaat mr. A. van Hees,

3. de besloten vennootschap met beperkte aanspra-kelijkheid

BROADCAST NEWCO TWO B.V. ,

gevestigd te Terneuzen,

gedaagde,

advocaat mr. A. van Hees,

4. de besloten vennootschap met beperkte aanspra-kelijkheid

BROADCAST DISTRIBUTION SERVICES B.V.

,

gevestigd te Terneuzen,

gedaagde,

advocaat mr. A. van Hees,

5. de besloten vennootschap met beperkte aanspra-kelijkheid

NOVEC B.V. ,

gevestigd te 's-Gravenhage,

gedaagde,

advocaat mr. W.A.M. Rupert,

6. de besloten vennootschap met beperkte aanspra-kelijkheid

OMROEPMASTEN B.V. ,

gevestigd te 's-Gravenhage,

gedaagde,

advocaat mr. W.A.M. Rupert,

en in de (vrijwarings)zaak met zaaknummer / rol-nummer C/13/545567 / HA ZA 13-753 van

1. de besloten vennootschap met beperkte aanspra-kelijkheid

BROADCAST TECHNOLOGY HOLDING B.V. ,

gevestigd te Terneuzen,

2. de besloten vennootschap met beperkte aanspra-kelijkheid

BROADCAST TECHNOLOGY & DEVELOP-MENT B.V. ,

gevestigd te Terneuzen,

3. de besloten vennootschap met beperkte aanspra-kelijkheid

BROADCAST NEWCO TWO B.V. ,

gevestigd te Terneuzen,

4. de besloten vennootschap met beperkte aanspra-kelijkheid

BROADCAST DISTRIBUTION SERVICES B.V.

,

gevestigd te Terneuzen,

eiseressen,

advocaat mr. A. van Hees,

tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aanspra-kelijkheid

NOVEC B.V. ,

gevestigd te 's-Gravenhage,

2. de besloten vennootschap met beperkte aanspra-kelijkheid

OMROEPMASTEN B.V. ,

gevestigd te Vianen,

gedaagden,

advocaat mr. W.A.M. Rupert,

en in de (vrijwarings)zaak met zaaknummer / rol-nummer C/13/545491 / HA ZA 13-752 van

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

NOVEC B.V. ,

gevestigd te 's-Gravenhage,

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

OMROEPMASTEN B.V. ,

gevestigd te Vianen,

eiseres,

advocaat mr. W.A.M. Rupert,

tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

BROADCAST TECHNOLOGY HOLDING B.V. ,

gevestigd te Terneuzen,

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

BROADCAST TECHNOLOGY & DEVELOPMENT (B.T.D.) B.V. ,

gevestigd te Terneuzen,

3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

BROADCAST NEWCO TWO B.V. ,

gevestigd te Terneuzen,

4. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

BROADCAST DISTRIBUTION SERVICES B.V.

,

gevestigd te Terneuzen,

gedaagden,

advocaat mr. A. van Hees.

Eiseres in de hoofdzaak zal hierna Q-music worden genoemd. Gedaagden sub 1 tot en met 4 in de hoofdzaak zullen hierna gezamenlijk worden aangeduid met Broadcast c.s. Gedaagden sub 5 en 6 in de hoofdzaak zullen gezamenlijk worden aangeduid met Novec c.s. Afzonderlijk zullen partijen bij hun naam worden genoemd.

1. De procedures in de hoofdzaak (HA ZA 13-139) en in de vrijwaringszaken (HA ZA 13-753) en (HA ZA 13-752)

1.1. Het verloop van de procedures blijkt uit:

- het ambtshalve gewezen tussenvonnissen in de hoofdzaak van 18 september 2013 waarbij een comparitie van partijen is gelast, met de daarin vermelde stukken,

- het proces-verbaal van comparitie van 27 januari 2013 met de daarin vermelde stukken,

- de brief van Novec c.s. van 11 februari 2014 met opmerkingen over het proces-verbaal.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald in alle drie de zaken.

2 De feiten (in de hoofdzaak en de vrijwaringszaken)

2.1.

Q-music exploiteert op grond van een zendvergunning een commercieel radiostation. Zij maakt radioprogramma's en genereert omzet door tegen betaling in opdracht van adverteerders radiocommercials uit te zenden.

2.2.

Voor het uitzenden van haar programma's en de commercials van haar adverteerders over de FM-band is Q-music afhankelijk van het Nederlandse FM-zendernetwerk, welk netwerk bestaat uit zendinstallaties in antenne-opstelpunten. De zendmasten te Lopik en Hoogersmilde fungeren als dergelijke antenne-opstelpunten.

2.3.

Broadcast NewCo Two B.V. (hierna: BNT) is een operator die programma's via het Nederlandse zendernetwerk verspreidt. Op 19 november 2003 heeft de rechtsvoorgangster van Q-music met BNT een overeenkomst gesloten (hierna: de BP-overeenkomst). In de BP-overeenkomst is onder meer het volgende bepaald:

" artikel 4.: onderwerp.

1. BNT [rechtbank: met BNT wordt bedoeld Broadcast Newco Two B.V.] zal met behulp van het zendernetwerk of de zendernetwerken het programma of de programma's van NOORDZEE FM [rechtbank: de rechtsvoorgangster van Q-music] via de ether verspreiden met gebruikmaking van de verunningen die aan NOORDZEE FM zijn verleend. [...]

artikel 6.: verplichtingen

1. BNT is verplicht er voor te zorgen dat het/de zendernetwerk(en) in alle onderdelen naar behoren functioneren en blijven functioneren. BNT is verplicht het/de zendernetwerk(en) tijdens de duur van deze overeenkomst doorlopend ter beschikking te hebben ten behoeve van de verspreiding van het programma of de programma's van NOORDZEE FM gedurende de uren dat NOORDZEE FM deze programma's verzorgt of onder haar verantwoordelijkheid laat verzorgen, met uitzondering van de tijd nodig voor onderhoud, wijziging en reparatie, een ander met inachtneming van de bepalingen van deze overeenkomst. [...]

artikel 7. beschikkingsbevoegdheid

1. BNT is beschikkingsbevoegd over de zendernetwerken. Indien BNT niet zelf eigenaar van de zendernetwerken is, heeft zij afdoende contractueel geregeld dat zij medegebruik van (een deel van) de zendernetwerken kan maken. BNT heeft NOORDZEE FM inzage gegeven in de samenwerkingsovereenkomst die zij op 3 mei 2001 met N.V. Nozema

heeft gesloten. NOORDZEE FM heeft zich er derhalve van kunnen vergewissen dat BNT het medegebruik van (een deel van) de zendernetwerken als bedoeld in de eerste volzin van deze bepaling, afdoende heeft geregeld. [...]

artikel 8.: beschikbaarheid

[...]

2. BNT staat in voor de beschikbaarheid van het/de zendernetwerk(en) voor de verspreiding van het programma of de programma's van NOORDZEE FM met inachtneming van de specificaties opgenomen in de bijlage(n) met zenderspecificaties, behorende bij deze overeenkomst, gedurende de bijlage(n) met zenderspecificaties gespecificeerde percentages van de uren waarin NOORDZEE FM de programma's verzorgt of laat verzorgen. Zonder dat sprake is van een tekortkoming in de nakoming van de verplichting als bedoeld in de eerste volzin van deze bepaling, kan BNT de inzet van het/de zendernetwerk(en) beperken of opschorten voor de uitvoering van onderhoudswerkzaamheden, reparatie, uitbreiding of wijziging van (een deel van) het/de zendernetwerk(en). Met het begin van herstelwerkzaamheden wordt ten laatste 12 uur na constatering van een (mogelijk) defect een aanvang gemaakt. BNT meldt de beperking in de beschikbaarheid aan NOORDZEE FM. BNT is gehouden de voor NOORDZEE FM minst bezwaarlijkste wijze van de beperking in de beschikbaarheid te zoeken en te gebruiken.

[...]

5. Indien de beschikbaarheid van (een deel van) het/de zendernetwerk(en) wordt aangetast door omstandigheden die overmacht opleveren voor BNT, zoals uitzonderlijke weersomstandigheden, uitval van energie, draagt BNT zorg voor herstel zo spoedig als redelijkerwijze van haar gevraagd kan worden.

[...]

artikel 9.: uitsluiting aansprakelijkheid.

1. [...] NOORDZEE FM vrijwaart BNT van alle aanspraken van een of meerdere derden in verband met het (niet of niet volledig) verspreiden via de ether van de programma's of een deel van de programma's. [...]

2. BNT sluit aansprakelijkheid voor schade in welke vorm dan ook, gevolgschade daaronder begrepen, ontstaan door of toe te rekenen aan het niet of niet goed functioneren van (een deel van) het/de zendernetwerk(en) uit, behoudens indien het niet of niet goed functioneren te wijten is aan opzet of grove schuld van BNT dan wel van door BNT bij de verspreiding in te schakelen derden. Indien schade ontstaat als gevolg van wanprestatie van Nozema in de uitvoering van de samenwerkingsovereenkomst die BNT met Nozema op 3 mei 2001 heeft gesloten, zal dat geen grond zijn die

rechtvaardigt dat NOORDZEE FM deze overeenkomst opzegt of daarvan ontbinding vraagt." [...]

2.4.

BNT is een 100% dochter van Broadcast Technology Holding B.V. Twee andere dochters van Broadcast Technology Holding B.V. zijn Broadcast Technology & Development B.V. (hierna: BTD) en Broadcast Distribution Services B.V. Broadcast Technology & Development B.V. is onder meer eigenaar van de antennesystemen in de zendmast te Lopik.

2.5.

Novec B.V. (hierna: Novec) is (economisch) eigenaar en exploitant van het bovenste, stalen gedeelte van de zendmasten te Lopik en Hoogersmilde. Op 3 januari 2012 is een deel van Novec afgesplitst en overgegaan op de op die datum opgerichte vennootschap Omroepmasten B.V. (hierna: Omroepmasten) Novec is bestuurder en enig aandeelhouder van Omroepmasten. Bij de afsplitsing zijn onder meer de gebruiks- en verhuurrechten voor de zendmasten in Lopik en Hoogersmilde overgegaan op Omroepmasten als verkrijgende rechtspersoon.

2.6.

Op 1 maart 2010 hebben Novec en BTD een overeenkomst gesloten (hierna: de Kaderregeling) met twee bijbehorende locatie-overeenkomsten inzake Lopik en Hoogersmilde op grond waarvan BTD gebruik mag maken van de aan Novec toebehorende infrastructuur voor de distributie van omroepsignalen (lees: de antenne-opstelpunten in Lopik en Hoogersmilde). Artikel 9.3. van de Kaderregeling luidt, voor zover relevant:

" Slechts indien sprake is van een onvoorzienbare en manifeste dreiging voor de gezondheid of veiligheid van mensen, is de Onderneming verplicht de zender(s) op verzoek van Omroepmasten direct uit te schakelen, bij gebreke waarvan Omroepmasten de zender(s) zelf zal (doen) uitschakelen. [...] De kosten die gemoed zijn met het uitschakelen, zijn voor rekening van de partij die verantwoordelijk is voor het ontstaan van de manifeste dreiging of van die partij die deze verantwoordelijkheid, alle relevante omstandigheden in aanmerking nemende, moet worden toegerekend. [...]

12. Aansprakelijkheid ten aanzien van Infrastructuur van NOVEC

[...]

12.3

Partijen zijn nimmer gehouden tot vergoeding van gevolgschade, daaronder in ieder geval begrepen gederfde winst, omzet en andere immateriële schade, zulks behoudens opzet of grove schuld."

BTD plaatste haar in eigendom toebehorende antennesystemen op de antenne-opstelpunten in Lopik en Hoogersmilde. Deze antennesystemen verhuurt BTD aan onder meer BNT.

2.7.

Op 15 juli 2011 is rond 6.00 uur brand uitgebroken in het stalen deel van de zendmast te Lopik (vlakbij IJsselstein). De brand was kleinschalig en is vanzelf gedoofd. Delen van bepaalde kabels in het bovenste deel van de zendmast zijn door de brand beschadigd geraakt waardoor de antennesystemen in dat deel niet (goed) meer gebruikt konden worden. De antennesystemen in het onderste deel van de zendmast functioneerden nog volledig.

2.8.

Eveneens op 15 juli 2011 is rond 14.00 uur een hevige brand uitgebroken in de zendmast te Hoogersmilde, welke brand door de brandweer niet geblust kon worden. Binnen drie uur nadat de brand voor het eerst geconstateerd werd, was de brand en de daarmee gepaard gaande hittevorming zo hevig dat het stalen deel van de zendmastconstructie is afgebroken. De heropbouw van deze mast heeft tot circa 15 september 2012 geduurd.

2.9.

Novec heeft uit voorzorg op vrijdag 15 juli 2011 de antennesystemen van de mast te Lopik buiten gebruik gesteld.

2.10.

Binnen een week na de brand in de zendmast te Hoogersmilde is in Assen een noodmast opgezet en in gebruik genomen om de zendmast in Hoogersmilde te vervangen. Vervolgens is een tweede tijdelijke zendmast van 200 meter opgebouwd in aanvulling op de tijdelijke mast in Assen. Broadcast Partners heeft daarnaast noodzenders geplaatst op diverse plaatsen in Nederland. Q-music heeft gedurende de herbouw van de zendmast in Hoogersmilde vanaf de tijdelijke zendmasten, met behulp van steunzenders, uitgezonden. Dit is gepaard gegaan met bereikverlies.

2.11.

In opdracht van Novec zijn direct na de brand (delen van) door brand aangetaste kabels uit de zendmast te Lopik weggezaagd en verwijderd. Ook heeft Novec KPN (die ook als operator van antennesystemen gebruik maakt van de zendmast) toestemming gegeven haar aangetaste kabels te verwijderen en te vervangen, voordat deskundigen de brandoorzaak hebben kunnen vaststellen.

2.12.

Novec heeft door Efectis, een brandveiligheidsbedrijf, een onderzoek laten instellen naar de oorzaak van de brand in de zendmast in Lopik. Het onderzoek in de zendmast heeft plaatsgevonden op 16 juli 2011 met een vervolgonderzoek op 3 en 4 augustus 2011.

2.13.

Op maandag 18 juli 2011 berichtte Novec in de media dat de kabels waaraan schade was ontstaan van de zendmast te Lopik waren vervangen en dat de mast iets na middernacht weer in gebruik was genomen.

2.14.

In een brief van 18 juli 2011 heeft Novec aan Broadcast Partners onder meer geschreven:

"Er is nog geen precieze oorzaak van de brand te IJsselstein vastgesteld, echter is uit eerste voorlopig onderzoek een meest waarschijnlijk scenario naar voren gekomen, waaruit volgt dat kans op brand in de bekabeling een groter risico vormt dan voorheen vermoed kon worden.

Het meest waarschijnlijke scenario is dat het extreme weer (hevige wind en regenval) heeft geleid tot verandering van de technische eigenschappen van de antenne. Brand in de feeders is ontstaan toen er te veel energie van de antennes terugkwam in de buismast. Deze energie wordt naar binnen gevoerd en gaat de feeders opwarmen. Deze energie blijft boven in de buismast aanwezig en is niet opgemerkt door de zender. Dit betekent dat de opwarming heeft aangehouden en tot het uitbreken van brand heeft geleid. Energie is teruggekomen omdat de antenne-impedantie te veel heeft afgeweken. Er is lokaal resonantie van energie opgetreden. Voorgaande in combinatie met het niet automatisch afslaan van de zender (op terugkomende energie) heeft geleid tot de brand. [...]

NOVEC kan vanwege de onvoorzienbare dreiging voor de gezondheid of veiligheid van mensen geen enkel risico accepteren op de zendmasten waar vergelijkbare omstandigheden aan de orde zijn als in IJsselstein en Hoogersmilde. Derhalve dient het zendervermogen op de FM-antennesystemen op voornoemde locaties teruggebracht te worden naar maximaal 3 KW per antennesysteem. [...]

Deze noodmaatregel blijft bestaan totdat infraroodmonitoring is aangebracht en eventueel noodzakelijk gebleken aanvullende maatregelen getroffen zijn. NOVEC spant zich ten zeerste in de infraroodmonitoring zo spoedig mogelijk geïnstalleerd te krijgen."

2.15.

Op 18 juli 2011 kon Broadcast Partners weer gebruik maken van de antennesystemen in Lopik in het onderste deel van de mast, maar op last van

Novec met een beperkt zendvermogen van 1,7 kW. Op 19 juli werd dit verhoogd tot 3 kW. Het oorspronkelijk zendvermogen van Broadcast Partners was 32 kW. Door het beperken van het zendvermogen vanaf het onderste mastdeel tot 3 kW en het wegvallen van de antennesystemen in het bovenste deel van de mast, viel een substantieel deel van het bereik van Q-music weg. Het bovenste deel van de mast in Lopik vergroot het zendbereik van Q-music in de randgebieden, maar dient er met name toe om de kwaliteit van het signaal te verbeteren.

2.16.

KPN die als operator vergelijkbare diensten aanbiedt als Broadcast Partners, heeft in ieder geval vanaf 19 juli 2011 vanaf de mast in Lopik op het voor haar gebruikelijke vermogen van 7kW mogen uitzenden van Novec.

2.17.

Efectis heeft op 22 juli 2011 een voorlopig onderzoeksverslag uitgebracht met betrekking tot de brand in de zendmast te IJsselstein (rechtbank: hiermee wordt Lopik bedoeld). In het rapport staat dat het een voorlopig karakter heeft en een weergave vormt van de eerste bevindingen van het brandonderzoek dat op zaterdag 16 juli 2011 door Efectis in de toren is uitgevoerd. In het rapport staat onder meer:

“ Technisch onderzoek

[...]

Via een lift in de buismast is de locatie op niveau 13 bezocht. De aldaar aangetroffen schade in combinatie met de veiliggestelde delen van de bekabeling maakt duidelijk dat de brand zich heeft geconcentreerd rond dit niveau en dat dit de bekabeling betrof die volgens Novec van BP [rechtbank: Broadcast Partners] is.

[...]

Op basis van de aangetroffen sporen in de bekabeling in relatie met de locatie van de initiële brandhaard wordt het waarschijnlijk geacht dat een elektrische sluiting in de transmissiekabel de oorzaak van een lokale brand is geweest.

Over een hoogte van 7 á 10 meter boven deze plaats worden versmeltingen van de kunststof mantels van de bekabeling waargenomen. De voor een dergelijke verwarming benodigde energie kan naar de mening van Efectis alleen worden verklaard uit open vuur dat ten gevolge van ontbranding van mantel en schuimvormige isolatie van de bekabeling. Efectis heeft niet de beschikking gekregen over een deel van de bekabeling en kan derhalve geen uitspraak doen over het brandgedrag van het materiaal van de bekabelingen. Het feit dat de brand zelfstandig is gedoofd kan het gevolg zijn van materiaaleigenschappen of zuurstofgebrek in de buistoren. Indien het laatste geval aan de orde is

dan is de locatie van de brand hoog in de buistoren mogelijksterwijs van cruciaal belang geweest.”

Efectis sluit het rapport af met een achttal vragen (aan onder meer Broadcast Partners) waarvan beantwoording volgens Efectis nodig is om het onderzoek naar de oorzaak en het verloop van de brand in de zendmast te kunnen vervolgen.

2.18.

Bij e-mail van 24 juli 2011 en bij brief van 26 juli 2011 heeft Novec diverse voorwaarden gesteld waaraan Broadcast Partners zou moeten voldoen om het uitzendvermogen van de zendmast te Lopik te verhogen, waaronder het installeren van een temperatuurmonitorsysteem. Op 27 juli 2011 hebben Broadcast Partners en Novec overleg gevoerd over een te installeren systeem voor temperatuurmonitoring. Op 29 juli 2011 heeft Novec per e-mail aan Broadcast Partners een systeem van temperatuurbeveiliging voorgesteld. Bij e-mailbericht van 2 augustus 2011 is hierop door Broadcast Partners gereageerd met de mededeling dat men doende is het voorgestelde systeem te installeren en is de vraag gesteld om te bevestigen dat het zendvermogen na installatie van het systeem weer opgeschaald zou kunnen worden. Het door Broadcast Partners geïnstalleerde temperatuurmonitorsysteem is op 18 augustus 2011 goedgekeurd door de brandkeurmeester.

2.19.

In opdracht van Broadcast Partners heeft [naam 1], schade-expert, gereageerd op het rapport van Efectis van 22 juli 2011. In een e-mail van 29 juli 2011 van [naam 1] staat onder meer:

"Op basis van dit rapport kunnen wij nog geen conclusies trekken. De rapportage roept op dit moment alleen nog maar vragen op.

De rapportage bevat feitelijk geen conclusies en geen voor ons op dit moment controleerbare feiten. [...]

Het is ons niet duidelijk waarom Effectis deze kabels heeft onderzocht, en welke andere zaken zij binnen de brandhaard heeft aangetroffen. Ook is het ons niet duidelijk of dit de enige materialen zijn die door Effectis worden onderzocht. Uit de rapportage blijkt niet waar Effectis de onderzochte kabels heeft aangetroffen, onduidelijk is daarom of de onderzochte kabels wel eigendom zijn van Broadcast Partners.

Effectis heeft corrosie aangetroffen in de kabel, welk deel van de kabel dit betreft is niet duidelijk. Ook is niet duidelijk wat voor een effect deze corrosie heeft op de werking van de kabel, en of er wel een effect optreedt.

[...]