

ECLI:NL:CBB:2022:821

Instantie	College van Beroep voor het bedrijfsleven
Datum uitspraak	20-12-2022
Datum publicatie	20-12-2022
Zaaknummer	22/1471, 22/1575 en 22/1610
Formele relaties	Eerste aanleg: ECLI:NL:RBROT:2022:5958, Overig
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep

Inhoudsindicatie

Verlengbaarheidsbesluit vergunningen landelijke commerciële radio-omroepen – intensiteit rechterlijke toetsing bij beoordelingsruimte – schaarse rechten – algemeen economisch belang – opdracht bestuursrechter na vaststelling dat besluit in strijd is met zorgvuldigheids- en/of motiveringsplicht

De negen FM-vergunningen voor landelijke commerciële radio-omroep waren geldig tot 1 september 2022. Daarna zou de minister de beschikbare frequentieruimte opnieuw moeten verdelen. Vanwege de terugloop van advertentie-inkomsten door de coronamaatregelen heeft de minister de vergunningen met drie jaar verlengd. De rechtbank Rotterdam heeft dat besluit vernietigd wegens strijd met de artikelen 3:2 en 3:46 van de Awb. De commerciële radio-omroepen die nu een vergunning hebben, hebben daartegen hoger beroep ingesteld. De minister heeft dat niet gedaan.

Uitgangspunt is dat een vergunning voor bepaalde tijd wordt verleend en niet wordt verlengd. Een vergunning kan alleen worden verlengd als zich een van de (uitzonderings)gevallen van artikel 18, tweede lid, van het Frequentiebeleid 2013 voordoet. In dit geval heeft de minister een algemeen economisch belang aanwezig geacht. Bij de beantwoording van de vraag of daar sprake van is heeft de minister een zekere beoordelingsruimte. Dat de minister beoordelingsruimte heeft, brengt mee dat de bestuursrechter zich bij de inhoudelijke toetsing beperkt tot de vraag of de minister zich redelijkerwijs op het standpunt heeft kunnen stellen dat een bepaald (uitzonderings)geval zich wel of niet voordoet. De intensiteit van de rechterlijke toetsing is (ook) bij beoordelingsruimte afhankelijk van een veelheid van factoren. In dit geval weegt zwaar dat de vergunningen schaarse rechten zijn. Daarom hebben ze een beperkte looptijd en moeten ze na afloop daarvan opnieuw worden verdeeld, zodat ook nieuwkomers een kans krijgen op zo'n vergunning. Bij strijd met het zorgvuldigheidsvereiste en/of het motiveringsvereiste dient de bestuursrechter uit het oogpunt van finalizering niet met die vaststelling te volstaan, maar moet deze nagaan of een nieuw onderzoek dat wel zorgvuldig wordt gedaan, alsnog een deugdelijke onderbouwing voor het desbetreffende besluit zou kunnen opleveren. Is dat volgens de bestuursrechter niet het geval, dan is het besluit niet alleen in strijd met de artikelen 3:2 en 3:46 van de Awb, maar ook (en juist) met de toepasselijke inhoudelijke wettelijke norm. Dat is hier het geval. Het College oordeelt dat de minister zich niet redelijkerwijs op het standpunt heeft kunnen stellen dat zich hier de door de minister aangevoerde uitzonderingssituatie

(algemeen economisch belang) voordoet. Het besluit is daarom in strijd met artikel 18, tweede lid, onderdeel a, van het Frequentiebesluit 2013. De minister moet per 1 september 2023 de FM-vergunningen opnieuw verdelen.

Bevestiging aangevallen uitspraak met verbetering gronden.

Wetsverwijzingen

Telecommunicatiewet

Vindplaatsen

Rechtspraak.nl

Uitspraak

uitspraak

COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFSLEVEN

zaaknummers: 22/1471, 22/1575 en 22/1610

uitspraak van de meervoudige kamer van 20 december 2022 op de hoger beroepen van:

RadioCorp B.V. (exploitante van 100%NL), te Naarden, (100%NL),

SLAM! B.V. (exploitante van SLAM!), te Naarden, (SLAM),

Business Nieuws Holding B.V. (exploitante van BNR Nieuwsradio), te Amsterdam, (BNR),
(gemachtigde: mr. M.E. Kingma),

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

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

Sky Radio B.V. (exploitante van Sky Radio en Veronica), te Hilversum, (Sky),
(gemachtigde: mr. M.I. Robichon),

en

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

(gemachtigde: mr. Q.R. Kroes),

appellanten,

tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 20 juli 2022, 21/5234 en 21/5235, in het geding tussen:

Kink FM B.V., te Amsterdam, ende minister van Economische Zaken en Klimaat (minister),

(gemachtigden: mr. A.J. Boorsma en mr. I.C.E. Spierings),

met als derde partijen: Kink FM B.V., te Amsterdam, (Kink),

(gemachtigden: mr. W.G.B. van de Ven en mr. B.J. Walraven),

en

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

(gemachtigde: mr. Q.J. Tjeenk Willink)

Procesverloop in hoger beroep

Appellanten, derde partijen in beroep, hebben hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 20 juli 2022 (ECLI:NL:RBROT:2022:5958) (aangevallen uitspraak). Kink, appellante in beroep, de minister, verweerder in beroep, en Q-Music, derde partij in beroep, hebben geen hoger beroep ingesteld. Ook Exceed Jazz B.V. (exploitante van Sublime Radio), derde partij in beroep, heeft geen hoger beroep ingesteld.

Kink, de minister en Q-Music hebben elk een schriftelijke uiteenzetting ingediend.

Appellanten hebben een nadere reactie ingediend.

Het College heeft de zaken tegelijk behandeld op een zitting op 27 oktober 2022. De gemachtigden van partijen hebben aan de zitting deelgenomen. De gemachtigde van de minister werd bijgestaan door [naam] .

Grondslag van het geschil

1.1 Voor een uitgebreidere weergave van de procedure in beroep verwijst het College naar de rubriek Procesverloop van de aangevallen uitspraak, voor de relevante feiten en omstandigheden voor zover niet bestreden naar 3.1 tot en met 3.5 van de aangevallen uitspraak en voor het wettelijk kader naar de Bijlage bij de aangevallen uitspraak.

1.2 Er zijn op dit moment negen FM-vergunningen voor landelijke commerciële radio-omroep (de FM-vergunningen); vier niet-geclausuleerde en vijf geclausuleerde. Radio 538, Radio 10, Sky (Sky Radio) en Q-Music hebben een niet-geclausuleerde vergunning. 100%NL, SLAM, BNR en Sky

(Veronica) hebben een geclausuleerde vergunning. Ook Exceed Jazz B.V. heeft een geclausuleerde vergunning. Radio 538, Radio 10 en Sky zijn ondernemingen van Talpa Radio Holding B.V. 100%NL en SLAM zijn ondernemingen van RadioCorp Holding B.V.

- 1.3 Bij besluit van 26 augustus 2021 (Stcrt. 2021, 38954) (verlengbaarheidsbesluit) heeft de minister besloten tot verlengbaarheid van de FM-vergunningen met drie jaar, voor de periode van 1 september 2022 tot en met 31 augustus 2025. Volgens de minister wordt daarmee een algemeen economisch belang gediend als bedoeld in artikel 18, tweede lid, onderdeel a, van het Frequentiebesluit 2013. Dat belang is het belang van de commerciële radiosector om op termijn te kunnen herstellen van de substantiële terugloop van de advertentie-inkomsten als gevolg van de coronacrisis. Daarmee wordt ook het aantrekken van additionele financiering bevorderd. Dat laatste is in het bijzonder van belang omdat de FM-vergunningen per 1 september 2022 aflopen en zonder additionele financiering succesvol meedingen naar een nieuwe vergunning aanzienlijk wordt bemoeilijkt. Dit belang wordt geacht zwaarder te wegen dan het kortetermijnbelang van nieuwkomers om in een nieuwe verdeling toe te treden tot de landelijke commerciële FM-markt, aldus de minister.
- 1.4 Bij besluit van eveneens 26 augustus 2021 (Stcrt. 2021, 38957) (wijzigingsbesluit) heeft de minister het Nationaal Frequentieplan 2014 gewijzigd met het oog op, voor zover nu van belang, de continuering van de koppeling van de FM-vergunningen met frequentieruimte in de band voor digitale radio-omroep (DAB+), de zogenoemde simulcastverplichting.
- 1.5 Het verlengbaarheidsbesluit en het wijzigingsbesluit zijn beide genomen met toepassing van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure uit afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).
- 1.6 Kink heeft tegen het verlengbaarheidsbesluit en het wijzigingsbesluit beroep ingesteld bij de rechtbank. Kink beschikt niet over een FM-vergunning voor landelijke commerciële radio-omroep en wil bereiken dat per 1 september 2022 een nieuwe verdeling van het beschikbare FM-frequentiespectrum plaatsvindt zodat zij kan meedingen naar één of meer vergunningen.

Uitspraak van de rechtbank

- 2.1 De rechtbank heeft in 10 van de aangevallen uitspraak geoordeeld dat de voorbereiding van het verlengbaarheidsbesluit niet zorgvuldig is geweest en dat dit besluit geen dragende motivering heeft. De rechtbank heeft daarom het beroep van Kink tegen het verlengbaarheidsbesluit gegrond verklaard en dit besluit wegens strijd met de artikelen 3:2 en 3:46 van de Awb vernietigd. De rechtbank heeft aansluitend in 11 geoordeeld dat gelet op de omstandigheid dat het wijzigingsbesluit geheel samenhangt met de simulcastverplichting en het verlengbaarheidsbesluit geen stand houdt, dit lot ook het wijzigingsbesluit treft.
- 2.2 In 12 van de aangevallen uitspraak heeft de rechtbank vervolgens overwogen dat als de minister na de vernietiging van het verlengbaarheidsbesluit een besluit van gelijke strekking zou willen nemen, hij dient uit te gaan van de actuele feiten en omstandigheden. Volgens de rechtbank is niet in geschil dat die niet nopen tot verlengbaarstelling van de FM-vergunningen, omdat de advertentie-inkomsten inmiddels zodanig zijn toegenomen dat de aanvankelijke tekorten ruimschoots zijn goedgemaakt. Dit betekent dat, overeenkomstig de wettelijke hoofdregel, de minister na afloop van de geldigheidsduur van de FM-vergunningen moet overgaan tot een nieuwe verdeling van de beschikbare frequentieruimte. In 13 heeft de rechtbank aansluitend overwogen dat het wenselijk is dat de minister daarvoor één jaar de tijd krijgt. De rechtbank heeft daarom bepaald dat de minister uiterlijk met ingang van 1 september 2023 nieuwe FM-vergunningen voor landelijke commerciële radio-omroep moet hebben verleend.

2.3 Na de aangevallen uitspraak heeft de minister de voorbereiding van een nieuwe verdeling van de beschikbare frequentieruimte met ingang van 1 september 2023 ter hand genomen. Voor de periode tot en met 31 augustus 2023 heeft de minister een nieuw verlengbaarheidsbesluit en een nieuw wijzigingsbesluit genomen en de FM-vergunningen verlengd. Daarbij is aan de houders van een niet-geclausuleerde vergunning wel een betalingsverplichting opgelegd en aan de houders van een geclausuleerde vergunning niet.

Beoordeling van het geschil in hoger beroep

Heeft de rechtbank het beroep tegen het verlengbaarheidsbesluit terecht gegrond verklaard en dat besluit terecht geheel vernietigd?

Mocht de minister aan het verlengbaarheidsbesluit ten grondslag leggen dat daarmee een algemeen economisch belang wordt gediend?

3. Appellanten betogen dat de rechtbank een te strikte uitleg heeft gegeven aan het begrip "algemeen economisch belang" en dat de rechtbank er onvoldoende oog voor heeft gehad dat het (sectorale) belang van de continuïteit van de commerciële radio-omroep op zichzelf al een algemeen economisch belang oplevert. Dat het om een relatief kleine sector gaat, is niet relevant, omdat de mogelijkheid van het verlengbaar maken van een vergunning anders feitelijk geen betekenis zou hebben.

3.1 De rechtbank heeft in 9.9 van de aangevallen uitspraak, voor zover hier van belang, overwogen dat de minister niet inzichtelijk heeft gemaakt dat het gaat om meer dan beperkte werkgelegenheidseffecten en ook niet dat het economisch herstel ("naar de rechtbank begrijpt: van de Nederlandse economie") gebaat is met het voorkomen van het faillissement van één of een aantal vergunninghouders. Anders dan appellanten leidt het College daaruit niet af dat de rechtbank (zelf) een te strikte uitleg heeft gegeven aan het begrip "algemeen economisch belang". De rechtbank heeft bij haar beoordeling de volgens haar door de minister aan dat begrip gegeven uitleg tot uitgangspunt genomen. Het betoog slaagt niet.

4. Appellanten betogen dat de rechtbank, gelet op de aan de minister toekomende beoordelings- en beleidsruimte, het verlengbaarheidsbesluit te indringend heeft getoetst. Zij wijzen erop dat afwegingen op dit gebied bij uitstek behoren tot het politieke domein en dat in dit geval een politieke meerderheid aan de minister heeft gevraagd om tot verlenging van de FM-vergunningen over te gaan. Bovendien gaat het in dit bijzondere geval om een (acute) noodmaatregel vanwege de uitzonderlijke situatie van de coronacrisis. Verder heeft de rechtbank ten onrechte betekenis toegekend aan het feit dat de FM-vergunningen na afloop van de oorspronkelijke termijn in 2011 en daarna nog een keer in 2017 zijn verlengd.

4.1 De wettelijke grondslag voor het verlengbaar maken van de FM-vergunningen is artikel 3.17, vierde lid, van de Telecommunicatiewet (Tw) zoals die bepaling ten tijde van het nemen van het verlengbaarheidsbesluit luidde. Daarin staat dat vergunningen verleend op grond van artikel 3.10, eerste lid, onderdelen b tot en met f, van de Tw slechts worden verlengd voor zover daartoe bij of krachtens algemene maatregel van bestuur regels zijn gesteld. Die algemene maatregel van bestuur is het Frequentiebesluit 2013. Op grond van artikel 18, tweede lid, van het Frequentiebesluit 2013 worden dergelijke vergunningen niet verlengd, tenzij de minister besluit dat een vergunning geheel of gedeeltelijk verlengbaar is omdat hij van oordeel is dat een

verlenging het algemeen maatschappelijk, cultureel of economisch belang dient (onderdeel a) of verlenging van belang is voor de bevordering van de overgang van analoge naar digitale techniek (onderdeel b). Uitgangspunt is dus dat een vergunning voor bepaalde tijd wordt verleend en niet wordt verlengd. Een vergunning kan alleen worden verlengd als zich een van de (uitzonderings)gevallen van artikel 18, tweede lid, van het Frequentiebesluit 2013 voordoet. De minister moet vaststellen of dat wel of niet zo is. Bij de vaststelling of zich een van de (uitzonderings)gevallen van artikel 18, tweede lid, van het Frequentiebesluit 2013 voordoet heeft de minister een zekere beoordelingsruimte. Uit de bewoordingen en de aard van de (uitzonderings)gevallen van onderdeel a vloeit voort dat de minister daarbij ook een zekere belangenafweging maakt. Dat de minister beoordelingsruimte heeft, brengt mee dat de bestuursrechter zich bij de inhoudelijke toetsing beperkt tot de vraag of de minister zich redelijkerwijs op het standpunt heeft kunnen stellen dat een bepaald (uitzonderings)geval zich wel of niet voordoet. Dit doet echter geen afbreuk aan de verplichting van de minister om bij de voorbereiding van een verlengbaarheidsbesluit de nodige kennis te vergaren (artikel 3:2 van de Awb) en ook niet aan het vereiste dat het besluit moet berusten op een deugdelijke motivering (artikel 3:46 van de Awb).

4.2 De intensiteit van de rechterlijke toetsing is (ook) bij beoordelingsruimte afhankelijk van een veelheid van factoren. Belangrijke factoren zijn het doel en de achtergrond van de wettelijke bepaling waarop de betrokken bevoegdheid berust. In dit geval moet voorop worden gesteld dat vergunningen voor het gebruik van (FM-)frequentieruimte schaarse vergunningen zijn met een beperkte looptijd. In de rechtspraak over de verdeling van schaarse vergunningen komt naar voren dat uit het gelijkheidsbeginsel, dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen, een rechtsnorm is af te leiden die ertoe strekt dat het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden de ruimte moet bieden om naar (een) beschikbare schaarse vergunning(en) mee te dingen. Het College verwijst naar de uitspraak van (de grote kamer van) de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Afdeling) van 2 november 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:2927). Deze rechtsnorm komt ook tot uitdrukking in (6.3.5 van) de uitspraak van het College van 3 juni 2009 (ECLI:NL:CBB:2009:BI6466). Uitgangspunt is dan ook dat schaarse vergunningen na afloop van de looptijd opnieuw verdeeld moeten worden teneinde (potentiële) nieuwkomers de gelegenheid te geven mee te dingen. De verplichting om mededingingsruimte te bieden kan worden beperkt door het wettelijk voorschrift dat in de schaarse vergunning voorziet. In dit geval is in artikel 18, tweede lid, van het Frequentiebesluit 2013 neergelegd in welke (uitzonderings)gevallen de minister gebruik mag maken van zijn bevoegdheid om de mededinging te beperken door het verlengbaar maken van verleende vergunningen. Uit de hierboven beschreven rechtsnorm volgt ook dat daarbij de beoordelingsruimte van de minister gering is en de toetsing door de bestuursrechter dienovereenkomstig intensief. Uit deze rechtsnorm volgt ook dat een groot gewicht toekomt aan de plicht van de minister om een besluit daartoe zorgvuldig voor te bereiden en te voorzien van een draagkrachtige motivering.

4.3 Gelet op de in 4.2 beschreven rechtsnorm met betrekking tot het kunnen meedingen naar schaarse vergunningen heeft de rechtbank, anders dan appellanten betogen, ook niet ten onrechte betekenis toegekend aan het feit dat de FM-vergunningen na de eerste verdeling in 2003 tot op heden nooit opnieuw zijn verdeeld en de looptijd van de FM-vergunningen al tweemaal eerder (in 2011 en 2017) is verlengd. Dat er, zoals appellanten hebben aangevoerd, ten tijde van de verlengingen in 2011 en 2017 geen sprake was van nieuwkomers die waren geïnteresseerd in een vergunning en het belang van nieuwkomers derhalve slechts hypothetisch van aard is, maakt het voorgaande niet anders. Mededingingsruimte moet immers worden geboden aan potentiële gegadigden. De enkele stelling dat er destijds geen andere gegadigden waren, sluit niet uit dat er wel interesse van andere partijen was, die door de verlengingen echter niet zichtbaar is geworden. Dat de verlengingen in 2011 en 2017 waren ingegeven door de wens van de minister om door middel van de simulcastverplichting tot een snellere ontwikkeling van DAB+ te komen, is op zichzelf juist, maar dat neemt niet weg dat daardoor de aanvankelijk voor tien jaar verleende FM-vergunningen, negen jaar langer niet voor een nieuwe verdeling

beschikbaar zijn geweest. Daar komt bij dat de huidige vergunninghouders door de verlengingen hun marktpositie en daarmee hun financiële mogelijkheden hebben kunnen versterken, wat de toetreding van nieuwkomers in toenemende mate heeft kunnen belemmeren.

4.4 Dat een politieke meerderheid in de Tweede Kamer zich heeft uitgesproken voor een verlenging van de FM-vergunningen, betekent niet dat het geldende wettelijke en jurisprudentiële beoordelingskader niet meer van toepassing is. Dat geldt ook voor het noodkarakter van de verlengingen en de daaruit volgens appellanten voortvloeiende tijdsdruk.

4.5 Gelet op wat in 4.1 tot en met 4.4 is overwogen volgt het College appellanten niet in hun betoog dat de rechtbank het verlengbaarheidsbesluit te indringend heeft getoetst.

5. Appellanten betogen dat het verlengbaarheidsbesluit wel degelijk voldoende zorgvuldig is voorbereid en ook deugdelijk is gemotiveerd. De uitvoerige onderbouwing die de minister heeft gegeven in het verlengbaarheidsbesluit heeft de rechtbank niet betrokken in haar beoordeling.

5.1 De minister heeft in de toelichting bij het verlengbaarheidsbesluit uiteengezet waarin volgens hem in dit geval een algemeen economisch belang is gelegen. Hoewel de minister in eerste instantie heeft geconcludeerd dat, gelet op de "Quick-scan Noodverlenging commerciële radiovergunningen" van SEO van 31 augustus 2020, er geen aanleiding was voor het verlengbaar maken van de FM-vergunningen, is de situatie na oktober 2020 volgens de minister gewijzigd. De minister stelt zich op het standpunt dat inmiddels sprake is van nieuwe feiten en omstandigheden die heroverweging van het eerdere standpunt noodzakelijk maken. Deze nieuwe feiten en omstandigheden betreffen volgens de minister de langere duur van de economische crisis ten gevolge van de voortdurende coronamaatregelen en de beperkingen van het bestaande generieke steun- en herstelpakket voor ondernemingen. Naast de relatief sterke impact van de crisis op de sector en onzekerheid over het herstel van de advertentiemarkt op de lange termijn, zorgt juist de afloop van de vergunningen voor gebrek aan kredietwaardigheid. De minister overweegt dat de duur van de tweede lockdown en de economische impact ervan, in combinatie met de specifieke behoefte vanuit de commerciële radiosector om additionele financiering aan te trekken om de gevolgen van de coronacrisis te mitigeren, maken dat het verlengen van de vergunningen een maatregel kan zijn om de continuïteit van deze sector te waarborgen. De minister merkt daarbij op dat het inzetten van het economisch herstel gebaat is met het voorkomen van onnodige faillissementen van bedrijven. Vervolgens overweegt de minister dat het verruimen van de kredietmaatregelen voor de commerciële radiosector als geheel dan wel specifiek voor die vergunninghouders voor welke dit het meest dringend opgaat, geen begaanbare route is gebleken en dat maatwerk geboden is om de werkgelegenheid en bedrijvigheid te beschermen. Dit maakt dat er voldoende redenen zijn om te stellen dat verlenging van de vergunningen voor landelijke commerciële radio-omroep in de FM-band het (algemeen) economische belang dient, aldus de minister.

5.2 Anders dan appellanten en met de rechtbank is het College van oordeel dat de minister op een aantal wezenlijke punten onvoldoende zorgvuldig heeft onderzocht of, en mede daardoor ook niet deugdelijk heeft gemotiveerd dat, met het (voor drie jaar) verlengbaar maken van de FM-vergunningen een algemeen economisch belang wordt gediend. Dat geldt in het bijzonder voor de nieuwe feiten en omstandigheden die de minister alsnog hebben doen besluiten de FM-vergunningen verlengbaar te maken, zeker nu de analyse van SEO van 31 augustus 2020 nog was dat een generieke verlenging van de FM-vergunningen met drie jaar niet doeltreffend is ten aanzien van de specifieke problemen waar een deel van de sector mee kampt. Dat ten tijde van het verlengbaarheidsbesluit deze analyse niet meer actueel was, is voorstelbaar, maar dit ontslaat de minister niet van de verplichting tot een zorgvuldige voorbereiding. De rechtbank heeft in 9.9 van de aangevallen uitspraak terecht overwogen dat van belang is dat volgens het onderzoek van SEO slechts een beperkt aantal commerciële radio-omroepen (de houders van een geclausuleerde vergunning) met een marktaandeel van 20%, als gevolg van teruglopende advertentie-inkomsten een aanvullende financieringsbehoefte heeft. Ook heeft de minister niet stilgestaan bij de vraag of

de financieringsbehoefte van een beperkt aantal commerciële omroepen dwingt tot verlengbaarheid van alle FM-vergunningen, gelet op het feit dat een generieke verlenging de gehele markt raakt en de mogelijkheden voor nieuwe partijen om toe te treden voor drie jaar wegneemt. Verder is niet kenbaar onderzocht of een andere vorm van steunverlening mogelijk en wenselijk is. In 9.10 heeft de rechtbank terecht overwogen dat de minister, gegeven het feit dat het onderzoek van SEO ten tijde van het nemen van het verlengbaarheidsbesluit al een jaar oud was, heeft nagelaten nader onderzoek te doen naar de actuele financieringsbehoefte van de vergunninghouders. In 9.11 heeft de rechtbank een aantal nadere redenen genoemd waarom de minister nader onderzoek had moeten doen. Zo was inmiddels de jaarrekening van RadioCorp Holding B.V. gepubliceerd. Ook had de minister bij de vergunninghouders informatie over de actuele advertentie-inkomsten kunnen opvragen. Daarnaast blijkt uit een overzicht van de VCR dat slechts een zeer gering aantal van de vergunninghouders gebruik maakt van in het kader van de coronacrisis beschikbare financiële faciliteiten zoals de NOW-regeling en uitgestelde toezichtskosten. Dat, zoals appellanten stellen, voorafgaand aan het verlengbaarheidsbesluit veelvuldig informeel overleg heeft plaatsgevonden tussen de minister en de vergunninghouders en de minister ook de beschikking had over actuele financiële gegevens van de vergunninghouders, neemt niet weg dat dit niet blijkt uit de motivering van het verlengbaarheidsbesluit. De rechtbank heeft dan ook terecht geoordeeld dat de minister, in strijd met de artikelen 3:2 en 3:46 van de Awb, het verlengbaarheidsbesluit niet zorgvuldig heeft voorbereid en niet draagkrachtig heeft gemotiveerd. Dat de rechtbank de overwegingen van de minister niet in haar beoordeling heeft betrokken, is feitelijk niet juist.

5.3 Aansluitend overweegt het College dat de bestuursrechter bij strijd met het zorgvuldigheidsvereiste en/of het motiveringsvereiste niet met die vaststelling dient te volstaan, maar moet nagaan of een nieuw onderzoek dat wel zorgvuldig wordt gedaan, alsnog een deugdelijke onderbouwing voor het desbetreffende besluit zou kunnen opleveren. Is dat volgens de bestuursrechter niet het geval, dan is het besluit niet alleen in strijd met de artikelen 3:2 en 3:46 van de Awb, maar ook (en juist) met de toepasselijke inhoudelijke wettelijke norm. Het College stelt in dit verband vast dat de gedingstukken geen aanwijzingen bevatten voor de vaststelling dat voor de houders van een niet-geclausuleerde FM-vergunning het verkrijgen van additionele financiering, al dan niet in concernverband, problemen opleverde. Dat dit voor een of meer houders van een geclausuleerde vergunning wellicht anders was, rechtvaardigt op zichzelf niet dat voor alle vergunninghouders de vergunningen worden verlengd. De in 4.2 beschreven rechtsnorm met betrekking tot het kunnen meedingen naar schaarse vergunningen, verzet zich daartegen. Daar komt bij dat uit de besluitvorming van de minister niet blijkt dat hij heeft willen differentiëren tussen de verschillende (geclausuleerde en ongeclausuleerde) vergunninghouders. In hoger beroep heeft de minister bovendien benadrukt dat hij het wenselijk vindt om alle FM-vergunningen voor landelijke commerciële radio-omroep op één en hetzelfde moment en voor een gelijke geldigheidsduur uit te geven. Dat is zo, omdat differentiatie tussen de verschillende vergunninghouders tot ondoelmatig beheer van het frequentiespectrum leidt. Het College volgt de minister hierin. Het voorgaande betekent dat geen van de FM-vergunningen mag worden verlengd. Dit voert het College tot de conclusie dat de minister zich niet redelijkerwijs op het standpunt heeft kunnen stellen dat met het verlengbaarheidsbesluit een algemeen economisch belang wordt gediend. Het verlengbaarheidsbesluit is daarom (rechtstreeks) in strijd met artikel 18, tweede lid, onderdeel a, van het Frequentiebesluit 2013. Deze conclusie brengt ook mee dat het vastgestelde gebrek niet herstelbaar is. Het College merkt in dit verband tot slot nog op dat het zich niet aan de indruk kan onttrekken dat de minister het verlengbaarheidsbesluit, vooral als gevolg van het aandringen van de Tweede Kamer, min of meer "contre coeur" heeft genomen.

Het beroep op het vertrouwensbeginsel

6. Appellanten hebben bij de rechtbank een beroep gedaan op het vertrouwensbeginsel. Zij wijzen daarbij op de brieven aan de Tweede Kamer van 11 november 2020 en 18 maart 2021 waarin de minister volgens appellanten de uitdrukkelijke en concrete toezegging heeft gedaan, zonder enig voorbehoud, dat de FM-vergunningen zouden worden verlengd. Zij voeren aan dat zij

daaraan het gerechtvaardigde vertrouwen mochten ontleen dat hun vergunningen verlengd zouden worden. Appellanten beklemtonen dat het na de brief van 11 november 2020 voor hen (weer) mogelijk werd om krediet aan te trekken. Daaruit blijkt dat (ook) door de kredietverstrekkers aan de toezegging van de minister veel waarde werd gehecht.

6.1 Het College stelt vast dat de rechtbank, na te hebben geoordeeld dat het verlengbaarheidsbesluit in strijd is met de artikelen 3:2 en 3:46 van de Awb, niet is ingegaan op het door appellanten gedane beroep op het vertrouwensbeginsel. Dat had de rechtbank wel moeten doen, want als appellanten zich inderdaad met succes kunnen beroepen op het vertrouwensbeginsel, zou dat onder omstandigheden kunnen leiden tot het oordeel dat de minister gehouden was om ook zonder dat zich een van de wettelijke (uitzonderings)gevallen voordoet en dus in strijd met de wet ("contra legem"), te besluiten tot verlengbaarheid. Het College zal daarom het beroep op het vertrouwensbeginsel alsnog beoordelen.

6.2 Uit de rechtspraak van het College (zie bijvoorbeeld de uitspraak van 17 november 2020, ECLI:NL:CBB:2020:852) en die van de Afdeling (zie bijvoorbeeld de uitspraak van 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694, waarnaar appellanten verwijzen) volgt dat bij de beoordeling van een beroep op het vertrouwensbeginsel drie stappen worden doorlopen. De eerste stap is de juridische kwalificatie van de uitlating en/of gedraging waarop de betrokkene zich beroept. Doorgaans zal de uitlating en/of gedraging door een ambtenaar zijn gedaan of verricht, maar dit kan ook gebeuren door anderen, bijvoorbeeld een wethouder of door derden die door het bestuursorgaan worden ingeschakeld. De vraag is dan of die uitlating en/of gedraging kan worden gekwalificeerd als een toezegging. In het voorliggende geval gaat het om uitlatingen van het bestuursorgaan zelf, de minister. Dat neemt niet weg dat ook in zo'n geval de vraag moet worden beantwoord of de uitlating en/of gedraging kan worden gekwalificeerd als een toezegging. Die vraag beantwoordt het College hier, anders dan appellanten, ontkennend. De brieven van de minister kunnen niet worden aangemerkt als tot aan appellanten gerichte toezeggingen. Daarvoor is van belang dat de minister daarin, in reactie op de motie-Van den Berg c.s., de Tweede Kamer informeert over de uitvoering die hij geeft aan de motie. Deze uitlatingen zijn gedaan in het politieke domein en moeten in zoverre dan ook worden aangemerkt als een in een politieke context gedane uitlating. Een dergelijke uitlating werkt, ook al heeft zij betrekking op de situatie van appellanten, niet rechtstreeks jegens appellanten. Dat, zoals appellanten stellen, het voornemen van de minister om over te gaan tot verlenging van hun vergunningen vervolgens met hen is besproken en ook in lijn is met de daaropvolgende besluitvorming door de minister, doet geen afbreuk aan het (uitsluitend) politieke karakter van de uitlating en maakt niet dat sprake is van een toezegging (ook) jegens appellanten. Dat kredietverstrekkers na de brief van de minister van 11 november 2020 meer bereid waren tot financiering is voor appellanten plezierig, maar ook dat maakt niet dat sprake is van een toezegging aan appellanten. Het beroep op het vertrouwensbeginsel slaagt niet.

Het beroep op het gelijkheidsbeginsel

7. Appellanten wijzen erop dat tegen het besluit waarbij de minister ook, en op grond van in essentie dezelfde overwegingen, de FM-vergunningen voor niet-landelijke commerciële radio-omroepen voor drie jaar verlengbaar heeft gemaakt, geen beroep is ingesteld, zodat deze vergunningen onherroepelijk zijn. De vernietiging door de rechtbank van het verlengbaarheidsbesluit heeft daarmee tot gevolg dat een discriminatoir onderscheid ontstaat tussen landelijke en niet-landelijke commerciële omroepen. Daardoor is het "level playing field" verstoord. De commerciële radiosector moet immers als één geheel worden gezien, onder meer omdat landelijke en niet-landelijke omroepen met elkaar concurreren op (een deel van) dezelfde advertentiemarkt.

7.1 Het College begrijpt dit betoog zo, dat de aangevallen uitspraak moet worden vernietigd omdat de rechtbank het gelijkheidsbeginsel zou hebben geschonden. Het College laat in het midden of

dat laatste wel kan. Dit betoog van appellanten slaagt namelijk hoe dan ook niet. Het College heeft in (9.5.2 van) zijn uitspraak van 4 april 2007 (ECLI:NL:CBB:2007:BA2169) geoordeeld dat gelet op het verschil in verdien capaciteit tussen landelijke en niet-landelijke commerciële radio-omroepen, geen sprake is van gelijke gevallen. Dat verschil in verdien capaciteit wordt vooral veroorzaakt door de grote verschillen in omvang en bereik. In wat appellanten hebben aangevoerd is geen grond gelegen om daarover nu anders te oordelen. Voor zover landelijke en niet-landelijke omroepen al met elkaar concurreren op de advertentiemarkt, neemt dat het verschil in verdien capaciteit niet weg. Dat het de scheiding tussen het landelijke en het niet-landelijke domein in het afgelopen decennium voor een aantal ontwikkelingen wat is vervaagd, is niet toereikend voor de vaststelling dat er geen significante verschillen meer zijn. Ook het enkele gegeven dat de vergunningen van de landelijke en de niet-landelijke omroepen op grond van dezelfde overwegingen verlengbaar zijn gemaakt, maakt niet dat het om gelijke gevallen gaat.

Is er ruimte voor gedeeltelijke vernietiging?

8. 100%NL, SLAM en BNR betogen dat de rechtbank ten onrechte het gehele verlengbaarheidsbesluit heeft vernietigd. De rechtbank had onderscheid moeten maken tussen de kleine geclausuleerde radio-omroepen (waaronder 100%NL, SLAM en BNR) en de grotere niet-geclausuleerde omroepen. De kleine geclausuleerde omroepen hebben de grootste financiële problemen ondervonden als gevolg van de coronacrisis en dat is ook nog steeds het geval. Daarom had het verlengbaarheidsbesluit voor hen in stand gelaten moeten worden. Daar komt nog bij dat Kink heeft laten weten geen interesse te hebben in een geclausuleerde kavel.

- 8.1 Het College neemt aan dat deze appellanten met dit betoog willen bereiken dat het beroep van Kink voor zover het hun vergunningen betreft, alsnog ongegrond wordt verklaard. In dat verband stelt het College allereerst vast dat met het verlengbaarheidsbesluit negen vergunningen verlengbaar zijn gemaakt, zodat het besluit uit negen besluitonderdelen bestaat. In beginsel is het daarom mogelijk om bij de (on)gegrondverklaring van het beroep onderscheid te maken. In dit geval gaat het echter om een besluit dat voor de inhoudelijke beoordeling als één en ondeelbaar zowel naar type als naar individuele landelijke commerciële radio-omroep moet worden beschouwd. Zoals in 5.3 is overwogen leidt differentiatie tussen de verschillende FM-vergunninghouders tot ondoelmatig beheer van het frequentiespectrum. Dit betekent dat voor gedeeltelijke (on)gegrondverklaring geen ruimte is. Dat Kink heeft laten weten geen interesse te hebben in een geclausuleerde kavel is niet relevant, omdat daarmee niet is gezegd dat er bij een nieuwe verdeling geen andere gegadigden voor een van de dan aangeboden geclausuleerde kavels zullen zijn.

Conclusie

9. De rechtbank heeft het beroep tegen het verlengbaarheidsbesluit terecht gegrond verklaard en dat besluit terecht geheel vernietigd.

Mocht de rechtbank de minister opdragen over te gaan tot een nieuwe verdeling van de beschikbare frequentieruimte?

10. Appellanten voeren aan dat de rechtbank ten onrechte de minister heeft opgedragen de FM-vergunningen opnieuw te verdelen. De rechtbank had volgens appellanten de minister de ruimte moeten laten om hetzij de vastgestelde zorgvuldigheids- en motiveringsgebreken te herstellen hetzij een door de minister zelf in te vullen nieuw besluit te nemen. De rechtbank heeft ten onrechte overwogen dat een nieuw besluit "ex nunc" moet worden genomen. De specifieke omstandigheden waarop een besluit omtrent verlengbaarstelling betrekking heeft en waaronder

het moest worden genomen, rechtvaardigen dat in dit geval wordt afgeweken van de hoofdregel dat een nieuw besluit "ex nunc" moet worden genomen. Volgens appellanten kan "ex tunc" op dezelfde grondslag van het algemeen economisch belang een nieuw besluit worden genomen dat wel in rechte standhoudt. Voor het geval een nieuw besluit op dezelfde grondslag toch "ex nunc" moet worden genomen, voeren appellanten aan dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat niet in geschil is dat de actuele feiten en omstandigheden niet nopen tot verlengbaarstelling. Volgens appellanten is dat juist wel het geval en kan daarom (ook) "ex nunc" een nieuw besluit op dezelfde grondslag worden genomen dat wel in rechte standhoudt. Daarnaast is het zo dat de andere (uitzonderings)gevallen van artikel 18, tweede lid, van het Frequentiebesluit 2013 zich voordoen. Met een verlenging van de vergunningen wordt ook een algemeen maatschappelijk en/of cultureel belang gediend en een verlenging is ook van belang voor de bevordering van de overgang van analoge naar digitale techniek.

10.1 Het betoog van appellanten dat de rechtbank de minister in de gelegenheid had moeten stellen om op dezelfde grondslag, "ex tunc" dan wel "ex nunc", een nieuw besluit te nemen, stuit al af op het gegeven dat het College heeft geoordeeld dat het verlengbaarheidsbesluit in strijd is met artikel 18, tweede lid, onderdeel a, van het Frequentiebesluit 2013 en niet herstelbaar is. Dat de rechtbank de minister in de gelegenheid had moeten stellen een nieuw besluit te nemen op een andere grondslag volgt het College evenmin. Uit het verlengbaarheidsbesluit blijkt dat de minister uitdrukkelijk alleen het algemeen economisch belang ten grondslag heeft gelegd aan dit besluit en niet één van de andere in artikel 18, tweede lid, van het Frequentiebesluit 2013 genoemde belangen (algemeen maatschappelijk belang, algemeen cultureel belang, belang van de bevordering van de overgang van analoge naar digitale techniek). Niet is gebleken dat de minister bij de rechtbank het standpunt heeft ingenomen dat (ook) een ander belang ten grondslag kan worden gelegd aan het verlengbaar maken van de FM-vergunningen. Een andersluidende opdracht zou daarom het kader van de oorspronkelijke besluitvorming te buiten gaan. In hoger beroep is bovendien verklaard dat een andere grondslag wat de minister betreft niet aan de orde is. Het is dan niet aan de bestuursrechter om de minister daartoe niettemin een opdracht te geven.

Het wijzigingsbesluit

11. Het College stelt ten slotte vast dat appellanten zich in hoger beroep niet hebben gekeerd tegen het oordeel van de rechtbank dat gegrondverklaring van het beroep tegen het verlengbaarheidsbesluit en vernietiging daarvan, meebrengt dat dit ook geldt voor het wijzigingsbesluit.

Slotsom

12. De hoger beroepen zijn ongegrond. De aangevallen uitspraak moet, met verbetering van de gronden, worden bevestigd.

13. De minister hoeft geen proceskosten te vergoeden.

Beslissing

Het College bevestigt de aangevallen uitspraak.

Deze uitspraak is gedaan door mr. T.G.M. Simons, mr. B. Bastein en mr. F.J. van Ommeren, in

aanwezigheid van mr. Y.R. Boonstra-van Herwijnen, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 20 december 2022.

w.g. T.G.M. Simons w.g. Y.R. Boonstra-van Herwijnen