



Besluit

Ons kenmerk : ACM/UIT/499919
Zaaknummer : ACM/17/019328
Datum : 17 september 2018

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt met betrekking tot het verzoek van Radio Monster BV/SB Radio ingevolge artikel 12.2, eerste lid, van de Telecommunicatiewet jo artikel 5a.3, derde lid, van de Telecommunicatiewet betreffende een geschil met KPN Broadcast Services over het medegebruik van opstelpunten, kale mastruimte en (multi pattern) antennesystemen van KPN Broadcast Services in Alkmaar, Almere, Utrecht, Gouda, Zoetermeer, Den Haag, Naaldwijk en Amsterdam.

1 Samenvatting

1. Radio Monster BV/SB Radio (hierna ook: Radio Monster) heeft bij de Autoriteit Consument en Markt (hierna: de ACM) op grond van artikel 12.2, eerste lid, van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) een verzoek om geschilbeslechting ingediend tot medegebruik van opstelpunten, kale mastruimte en (multi pattern) antennesystemen van KPN Broadcast Services (hierna: KPN) in Alkmaar, Almere, Utrecht, Gouda, Zoetermeer, Den Haag, Naaldwijk en Amsterdam.
2. Op grond van artikel 5a.3, derde lid, van de Tw in samenhang gelezen met artikel 1 van het Besluit medegebruik omroepzendernetwerken en fysieke infrastructuur moet een verzoeker om medegebruik houder zijn van een vergunning voor het gebruik van frequentieruimte die is bestemd voor het verspreiden van programma's. Het kan ook degene zijn die in opdracht van die houder door middel van zijn omroepzendernetwerk een programma verspreidt. Radio Monster heeft bij het verzoek om medegebruik een machtiging overgelegd van de Stichting Commerciële Omroep Exploitatie Zuidholland (Scoezh) die houder was van een vergunning voor analoge niet-landelijke commerciële radio-omroep (kavel B05) en de bijbehorende vergunning voor digitale radio-omroep (allotment 8A). De frequentievergunning van Scoezh is per 1 september 2017 niet verlengd. Het verzoek om medegebruik van Radio Monster is daarmee geen redelijk verzoek als bedoeld in artikel 5a.3, derde lid, van de Tw. De ACM wijst het verzoek van Radio Monster met als strekking dat KPN haar informatie en medegebruik verstrekt van kale mastruimte, opstelplaatsen en (multi-pattern)antennesystemen op locaties van KPN in Alkmaar, Almere, Utrecht, Gouda, Zoetermeer, Den Haag, Naaldwijk en Amsterdam af.

2 Verloop van de procedure (voor zover relevant)

3. Bij brief van 14 juli 2017¹ verzoekt Radio Monster de ACM op grond van artikel 12.2, eerste lid, van de Tw in samenhang gelezen met artikel 3.24, vierde lid, van de Tw (oud) een geschil met KPN over het medegebruik van antenne-opstelpunten te beslechten. Het verzoek om medegebruik ziet op opstelpunten, kale mastruimte en (multi pattern) antennesystemen in Alkmaar, Almere, Utrecht, Gouda, Zoetermeer, Den Haag, Naaldwijk en Amsterdam.
4. Bij brief van 20 juli 2017² heeft de ACM heeft de ontvangst van het verzoek om geschilbeslechting bevestigd. Verder heeft de ACM aangegeven dat de bij het verzoek verstrekte gegevens onvoldoende zijn om de aanvraag te kunnen beoordelen. De ACM heeft Radio Monster een termijn voor aanvulling van de gegevens verleend tot uiterlijk 10 augustus 2017.
5. Bij brief van 4 augustus 2017³ meldt Radio Monster dat KPN het verzoek tot medegebruik van 6 juli 2017 heeft afgewezen, omdat Radio Monster kortgezegd geen houder van een frequentievergunning is en omdat er schaarste is op de masten van KPN. Radio Monster verzoekt de ACM om KPN met toepassing van artikel 3, zesde lid, van het Besluit medegebruik omroepzendernetwerken (oud) te verplichten de voor haar verzoek benodigde informatie over te leggen.
6. Bij brief van 9 augustus 2017⁴ wijst de ACM Radio Monster op de termijn tot 10 augustus om het verzoek tot geschilbeslechting aan te vullen. Op 10 augustus 2017 ontvangt de ACM een brief⁵ met aanvullende gegevens van Radio Monster.
7. Bij brief van 15 augustus 2017⁶ heeft de ACM, alvorens te beslissen over het in behandeling nemen van het verzoek tot geschilbeslechting, Radio Monster verzocht te berichten of er inmiddels een beslissing is genomen op de aanvraag tot verlenging van de frequentievergunning van Scoezh. De ACM heeft Scoezh gevraagd afschrift toe te zenden van de vergunning als die zou zijn verlengd.
8. Bij e-mail van 22 augustus 2017⁷ heeft Radio Monster verzocht om uitstel te verlenen hangende verzoeken van de vergunninghouder bij de rechtbank Rotterdam tot voorlopige voorziening betreffende de verlenging van de frequentievergunning. Radio Monster wilde uitstel totdat op deze verzoeken uitspraak is gedaan.

¹ ACM/IN/203283

² ACM/DTVP/2017/204272

³ ACM/IN/203285

⁴ ACM/DTVP/2017/204792

⁵ ACM/IN/203284

⁶ ACM/UIT/290641

⁷ ACM/IN/203277

9. Bij brief 22 augustus 2017⁸ heeft de ACM Radio Monster verzocht om direct na ontvangst van de beslissing op de verzoeken tot voorlopige voorziening een afschrift daarvan aan de ACM te doen toekomen. De ACM heeft toegezegd dat zij na de ontvangst van genoemde documenten zal beslissen over het in behandeling nemen van het verzoek tot geschilbeslechting en op het verzoek tot toepassing van artikel 3, zesde lid, van het Besluit medegebruik omroepzendernetwerken (oud).
10. Bij e-mail van 22 augustus 2017⁹ verklaart Radio Monster zich akkoord met het verzoek van de ACM.
11. Op 27 juni 2018 zendt Radio Monster de ACM een korte e-mail zonder bijlagen¹⁰ waarin zij stelt dat de ACM wellicht heeft vernomen dat de betreffende verzoeken tot voorlopige voorziening door de rechtbank zijn afgewezen. Er heeft een veiling van de FM Frequenties plaatsgevonden. De Stichting SB Radio, directrice en aandeelhouder van Radio Monster BV heeft in deze veiling het frequentiepakket verworven. Radio Monster verzoekt de ACM dan ook de procedure voort te zetten.
12. Bij e-mails van 27 juni 2018¹⁰ en 2 juli 2018¹¹ heeft de ACM de vertegenwoordiger van Radio Monster verzocht haar te bellen. Hierop is niet gereageerd.
13. Bij brief van 12 juli 2018¹², eveneens verzonden bij e-mail van 16 juli 2018¹¹ heeft de ACM Radio Monster bericht dat zij heeft vastgesteld dat er in ieder geval per 1 september 2017 geen frequentievergunning van Scoezh meer was. Daarmee was er vanaf dat moment ook geen grondslag meer voor de verzoeken tot medegebruik van Radio Monster aan KPN. De ACM geeft een termijn tot 19 juli 2018 om haar te berichten of de Stichting SB Radio op basis van deze informatie aanleiding ziet om de verzoeken tot geschilbeslechting in te trekken. Bij het uitblijven van een tijdige reactie zal de ACM besluiten tot afwijzing van de verzoeken.
14. Radio Monster heeft niet binnen de onder randnummer 13 gestelde termijn gereageerd.

3 Feiten

15. Stichting SB Radio heeft als activiteit het verkrijgen en beheren van omroepvergunningen in de breedste zin des woords. Radio Monster BV exploiteert radio- en televisiezenders. De Stichting SB Radio is aandeelhouder van Radio Monster BV.
16. Scoezh was tot 31 augustus 2017 houder van een vergunning voor analoge niet-landelijke

⁸ ACM/DTVP/2017/204980; ACM/UIT/290642

⁹ ACM/IN/203278

¹⁰ ACM/UIT/496862

¹¹ ACM/UIT/496865

¹² ACM/UIT/496777

commerciële radio-omroep (kavel B05) en van de bijbehorende vergunning voor digitale radio-omroep (allotment 8A).

17. KPN verzorgt analoge en digitale etheruitzendingen van zowel radio- als televisiesignalen.
18. Radio Monster heeft op 6 juli 2017 bij KPN medegebruik en informatie gevraagd met betrekking tot opstelpunten, kale mastruimte en (multi pattern)antennesystemen van KPN in Alkmaar, Almere, Utrecht, Gouda, Zoetermeer, Den Haag, Naaldwijk en Amsterdam.
19. Bij besluit van 28 juli 2017 heeft het Agentschap Telecom besloten de vergunning van Scoezh voor het gebruik van frequentieruimte ten behoeve van niet-landelijke commerciële radio-omroep voor kavel B05 in te trekken en die niet te verlengen, omdat Scoezh niet heeft voldaan aan het vergunningvoorschrift de haar vergunde FM-frequenties in gebruik te nemen en te houden. De bijbehorende vergunning voor digitale radio-omroep voor allotment 8A is ook ingetrokken en niet opnieuw verleend. Scoezh heeft hiertegen bezwaar gemaakt en om een voorlopige voorziening verzocht bij de rechtbank Rotterdam.
20. De rechtbank Rotterdam heeft het verzoek om voorlopige voorziening van Scoezh bij uitspraak van 29 augustus 2017 afgewezen.¹³ Bij besluit van 13 april 2018 heeft het Agentschap Telecom het bezwaar van Scoezh niet-ontvankelijk verklaard.

4 Juridisch Kader

21. Voor de beoordeling van het verzoek van Radio Monster zijn de volgende wettelijke bepalingen van belang.

Op 31 maart 2018 is de Wet informatie-uitwisseling bovengrondse en ondergrondse netten en netwerken in werking getreden waarbij de Telecommunicatiewet is gewijzigd.¹⁴ Hierbij is artikel 3.24 van de Tw vervallen. De verplichting van artikel 3.24, vierde lid, van de Tw (oud) is daarbij opgenomen in het nieuwe artikel 5a.3, derde lid, van de Tw.

Op het punt van medegebruik van antenne-opstelpunten voor omroepzendernetwerken is artikel 12.2, derde lid, in technische zin aangepast.

Er is geen overgangsregeling getroffen, zodat het nieuwe wetsartikel en het aangepaste wetsartikel onmiddellijk van toepassing zijn op de voorliggende zaak.

Artikel 5a.3 van de Tw:

1. (..)
2. (..)
3. *Aanbieders van elektronische communicatienetwerken die bestaan uit radioapparaten die geschikt zijn voor het verspreiden van programma's, alsmede*

¹³ ECLI:NL:RBROT:2017:6653

¹⁴ Staatsblad 2018, nr. 73

aanbieders van antenne-opstelpunten die bestemd zijn om genoemde netwerken te ondersteunen, voldoen aan redelijke verzoeken tot medegebruik van antenne-opstelpunten, antennesystemen of antennes.

4. (..)

Artikel 12.2 van de Tw:

1. *Indien er tussen houders van een vergunning, tussen aanbieders, tussen aanbieders en ondernemingen, onderscheidenlijk tussen ondernemingen een geschil is ontstaan inzake de nakoming van een op een houder van een vergunning, een aanbieder of een onderneming die openbare elektronische communicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten, openbare elektronische communicatiediensten of programmadiensten aanbiedt op grond van een bij of krachtens deze wet of bij de roamingverordening rustende verplichting, kan de Autoriteit Consument en Markt op aanvraag van een bij dat geschil betrokken partij het geschil beslechten, tenzij de beslechting van dat geschil op grond van deze wet aan een andere instantie is opgedragen.*
2. *Onder een geschil als bedoeld in het eerste lid, wordt mede verstaan een geschil inzake de vraag of, indien de in dat lid bedoelde houders van een vergunning, aanbieders, aanbieders en ondernemingen, onderscheidenlijk ondernemingen een overeenkomst hebben gesloten op basis van een bij of krachtens deze wet op een of meer van hen rustende verplichting, de ter zake daarvan tussen hen bestaande verbintenissen, of de wijze waarop die verbintenissen worden nagekomen strijdig zijn, onderscheidenlijk strijdig is met het bij of krachtens deze wet bepaalde.*
3. *Het eerste en tweede lid zijn van overeenkomstige toepassing indien een geschil is gerezen:*
 - a. (...);
 - b. *tussen degenen, bedoeld in artikel 5a.3, tweede en derde lid, of met een derde als bedoeld in artikel 5a.7, inzake de nakoming van een bij of krachtens hoofdstuk 5a op hen rustende verplichting.*

Op 31 maart 2018 is het Besluit medegebruik omroepzendernetwerken en fysieke infrastructuur in werking getreden, waarbij het Besluit medegebruik omroepzendernetwerken is ingetrokken.¹⁵ Er is geen overgangsregeling getroffen, zodat het nieuwe Besluit onmiddellijk van toepassing is op de voorliggende zaak.

Artikel 1 van het Besluit medegebruik omroepzendernetwerken en fysieke infrastructuur:
In dit besluit en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:
houder: houder van een vergunning voor het gebruik van frequentieruimte die is bestemd

¹⁵ Staatblad 2018 Nr. 91

voor het verspreiden van programma's alsmede degene die in opdracht van die houder door middel van zijn openbaar elektronisch communicatienetwerk dat bestaat uit radioapparaten die geschikt zijn voor het verspreiden van programma's een programma verspreidt;

(..);

verzoeker: houder, die een verzoek tot medegebruik bij een andere houder heeft ingediend of aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk, die een schriftelijk verzoek tot medegebruik bij een netwerkexploitant heeft ingediend;

verzoek tot medegebruik: schriftelijk verzoek tot medegebruik van fysieke infrastructuur als bedoeld in artikel 5a.3, eerste lid, van de wet of tot medegebruik van omroepzendernetwerken als bedoeld in artikel 5a.3, derde lid, van de wet;

wet: Telecommunicatiewet.

In de artikelen 2 tot en met 4 van het Besluit medegebruik omroepzendernetwerken en fysieke infrastructuur zijn de artikelen 2 tot en met 4 van het Besluit medegebruik omroepzendernetwerken voor het medegebruik voor omroepzendernetwerken inhoudelijk ongewijzigd overgenomen en waar nodig aangevuld in verband met het medegebruik van fysieke infrastructuur.

Artikel 4 van het Besluit medegebruik omroepzendernetwerken en fysieke infrastructuur:

1 Een houder verstrekt op verzoek van een andere houder, teneinde deze in staat te stellen met betrekking tot zijn omroepzendernetwerk een verzoek tot medegebruik in te dienen, binnen twee weken na ontvangst van dat verzoek, de daartoe benodigde gegevens. Bij ministeriële regeling worden nadere regels gesteld met betrekking tot de te verstrekken gegevens.

2 (..)

3 (..)

4 (..)

5 (..)

6 Indien een houder niet voldoet aan een verzoek tot gegevensverstrekking als bedoeld in het eerste lid (...), neemt de Autoriteit Consument en Markt op aanvraag van de houder die het verzoek tot gegevensverstrekking heeft gedaan (...), een besluit inzake de plicht tot het verstrekken van de desbetreffende gegevens. (..)

5 Overwegingen

22. De ACM heeft de vraag te beantwoorden of het verzoek van Radio Monster, strekkende tot medegebruik van kale mastruimte, opstelplaatsen en (multi-pattern)antennesystemen op de locaties van KPN in Alkmaar, Almere, Utrecht, Gouda, Zoetermeer, Den Haag, Naaldwijk en Amsterdam is te beschouwen als een redelijk verzoek, als bedoeld in artikel 5a.3, derde lid, van de Tw. Deze vraag beantwoordt de ACM ontkennend. Daarbij overweegt de ACM het volgende.

23. Op grond van artikel 5a.3, derde lid, van de Tw in samenhang gelezen met artikel 1 Besluit medegebruik omroepzendernetwerken en fysieke infrastructuur moet een verzoeker om medegebruik houder zijn van een vergunning voor het gebruik van frequentieruimte die is bestemd voor het verspreiden van programma's dan wel degene zijn die in opdracht van die houder door middel van zijn omroepzendernetwerk een programma verspreidt.¹⁶
24. Radio Monster heeft zich bij haar verzoek om medegebruik in 2017 beroepen op een machtiging van Scoezh om met de frequentievergunning van Scoezh omroepdistributie te verzorgen.
25. Het Agentschap Telecom (AT) heeft bij besluit van 28 juli 2017 de aan Scoezh verleende vergunning voor het gebruik van frequentieruimte ten behoeve van niet-landelijke commerciële radio-omroep voor kavel B05 voorwaardelijk ingetrokken en besloten die per 1 september 2018 niet te verlengen. Verder heeft het AT besloten de bijbehorende vergunning voor digitale radio-omroep voor allotment 8A in te trekken en die niet opnieuw te verlenen. De rechtbank Rotterdam heeft het verzoek van Scoezh om voorlopige voorziening tegen deze beslissing bij uitspraak van 29 augustus 2017 afgewezen. Het Agentschap Telecom heeft het bezwaar van Scoezh niet-ontvankelijk verklaard.
26. Dit betekent dat er in ieder geval per 1 september 2017 geen frequentievergunning van Scoezh meer is. Daarmee is er vanaf dat moment geen grondslag meer voor de verzoeken tot medegebruik van Radio Monster aan KPN. Er is dan voor de ACM ook geen grondslag meer om KPN te verplichten tot het verstrekken van gegevens als bedoeld in artikel 4, zesde lid, van het Besluit medegebruik omroepzendernetwerken en fysieke infrastructuur.
27. De ACM komt op grond van het vorenstaande tot de slotsom dat het verzoek van Radio Monster met als strekking dat KPN medegebruik verstrekt van kale mastruimte, opstelplaatsen en (multi-pattern)antennesystemen op locaties van KPN in Alkmaar, Almere, Utrecht, Gouda, Zoetermeer, Den Haag, Naaldwijk en Amsterdam geen redelijk verzoek is als bedoeld in artikel 5a.3, derde lid, van de Tw en moet worden afgewezen. Het verzoek van Radio Monster om KPN te verplichten tot het verstrekken van gegevens als bedoeld in artikel 4, zesde lid, van het Besluit medegebruik omroepzendernetwerken en fysieke infrastructuur moet op grond van het vorenstaande worden afgewezen.

¹⁶ Het oorspronkelijke artikel 3.11, vierde lid, van de Tw luidde: "De houders van een vergunning voor het gebruik van frequentieruimte die is bestemd voor het verspreiden van programma's, alsmede degenen die in opdracht van die houders door middel van hun openbaar elektronisch communicatienetwerk dat bestaat uit radiozendapparaten die geschikt zijn voor het verspreiden van programma's een programma verspreiden, zijn over en weer verplicht te voldoen aan redelijke verzoeken tot het medegebruik van antenne-opstelpunten, antennesystemen en antennes. (...)". Het wetsartikel is gewijzigd met de Veegwet EZ 2005(Stb. 2006 Nr. 593), om te bewerkstelligen dat ook op een mastenbedrijf als NOVEC, een aanbieder van bijbehorende faciliteiten, de verplichting rust om te voldoen aan redelijk verzoeken tot medegebruik. (Tweede Kamer, vergaderjaar 2004–2005, 30 027, nr. 3, p.11).

28. Ten aanzien van de frequentievergunning die de Stichting SB Radio stelt in juni 2018 te hebben verworven voor kavel B05 en Allotment 8a merkt de ACM het volgende op. SB radio heeft deze vergunning niet overgelegd bij haar e-mail van 27 juni 2018. Wanneer betreffende frequentievergunning daadwerkelijk is verworven, dan is daarmee een nieuwe situatie ontstaan. Op basis van die frequentievergunning kan SB Radio als vergunninghouder of een door SB Radio gemachtigde partij (opnieuw) om medegebruik van antenne-opstelplaatsen, antennesystemen of antennes verzoeken.

6 Dictum

29. De ACM wijst het verzoek van Radio Monster om te bepalen dat KPN Broadcast Services haar het medegebruik verleent van kale mastruimte, opstelplaatsen en (multi-pattern)antennesystemen op de locaties in Alkmaar, Almere, Utrecht, Gouda, Zoetermeer, Den Haag, Naaldwijk en Amsterdam af.
30. De ACM wijst het verzoek van Radio Monster BV om aan KPN Broadcast Services de verplichting op te leggen tot het verstrekken van gegevens als bedoeld in artikel 4, zesde lid, van het Besluit medegebruik omroepzendernetwerken en fysieke infrastructuur af.

De Autoriteit Consument en Markt
namens deze,

w.g. mr. C. de Jong-Kwestro
Teammanager Directie Telecom Vervoer en Post

Beroepsmogelijkheid

Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit is bekendgemaakt beroep instellen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven te Den Haag.

Het postadres is: College van Beroep voor het bedrijfsleven, Postbus 20021, 2500 EA 's-Gravenhage. Het beroepschrift moet zijn ondertekend en moet ten minste de naam en het adres van de indiener, de dagtekening en een omschrijving van het besluit waartegen het beroep is gericht bevatten. Voorts moet het beroepschrift de gronden van het beroep bevatten en dient een afschrift van het bestreden besluit te worden meegezonden.

Voor het instellen van beroep is griffierecht verschuldigd. Informatie hierover kan worden ingewonnen bij de griffie van het College, telefonisch bereikbaar op 088-3623910.