

uitspraak

RECHTBANK ROTTERDAM

Bestuursrecht

zaaknummers: ROT 23/1925, ROT 23/3885

einduitspraak van de meervoudige kamer van 1 juli 2025 in de zaken tussen

Talpa Radio Holding B.V. (Talpa Radio), **Sky Radio Nederland B.V.** (Sky Radio), **Radio 538 B.V.** (Radio 538) en **Radio 10 B.V.** (Radio 10), uit Hilversum, eiseressen
(gemachtigden: mr. M.I. Robichon en mr. W. Knibbeler),

en

de Minister van Economische Zaken (de Minister)

(gemachtigden: mr. A.J. Boorsma, mr. J. Mulder en mr. F.J.H. van Tienen).

Als derde-partijen nemen aan de zaken deel:

Kink FM B.V. (Kink) uit Hilversum (gemachtigde: mr. W.G.B. van de Ven),

Audiohuis Amsterdam B.V. (Audiohuis) uit Amsterdam (gemachtigde: I. Terpstra) en

DPG Media B.V. (DPG) uit Amsterdam (gemachtigde: mr. Q.J. Tjeenk Willink).

Inleiding

1. Artikel 39 van de Regeling aanvraag- en veilingprocedure vergunningen landelijke commerciële radio-omroep 2023 (de veilingregeling) voorziet in aanpassing van artikel 4 van de Tijdelijke regeling gebruiksbeperking commerciële radio-omroep (de Tijdelijke regeling). Op grond van die aanpassing kon één rechtspersoon niet langer vier maar ten hoogste drie FM-frequenties of samenstellen van FM-frequenties verwerven bij de veiling. Dit maximum is gewijzigd van vier naar drie naar aanleiding van een op verzoek van de Minister door de Autoriteit Consument en Markt (ACM) uitgebracht “Advies inzake voorgenomen veiling van frequenties landelijke analoge en digitale commerciële radiovergunningen” van 14 november 2022 (het 2022-Advies).

2. Talpa Radio en haar omroepen zijn het niet eens met deze beperking. Zij willen voor hun radio-omroepen gebruik kunnen maken van vier FM-frequenties of samenstellen van FM-frequenties. Om die reden hebben zij (rechtstreeks) beroep ingesteld tegen twee besluiten van de Minister die voortborduren op deze gebruiksbeperking:

- het Besluit bekendmaking veiling vergunningen landelijke commerciële radio-omroep 2023 van 23 februari 2023 (het bekendmakingsbesluit);
- het besluit van 31 maart 2023 tot gedeeltelijke afwijzing van de aanvraag van Talpa Radio voor vier pakketten als bedoeld in de veilingregeling (het afwijzingsbesluit).

3. De rechtbank heeft een tussenuitspraak gedaan op 14 juni 2024 (ECLI:NL:RBROT:2024:5389), waarbij toepassing is gegeven aan de bestuurlijke lus als bedoeld in artikel 8:51a van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Met de tussenuitspraak heeft de rechtbank vastgesteld dat aan het bestreden besluit een gebrek kleefte en heeft de rechtbank de Minister in de gelegenheid gesteld om met inachtneming van wat in de

tussenuitspraak is overwogen een aanvullend advies van de ACM in te brengen met daarbij een standpunt van de Minister over de gevolgen die dit advies volgens hem moet hebben. Daarbij is de Minister voorts verzocht een standpunt in te nemen over wat er volgens hem dient te gebeuren indien de rechtbank tot het oordeel zou komen dat de Minister het gebrek niet heeft hersteld. De rechtbank heeft daartoe een termijn van dertien weken gesteld.

4. De Minister heeft de rechtbank bericht dat hij zal overgaan tot het herstellen van het gebrek, maar dat hij meer tijd nodig heeft. De rechtbank heeft de termijn daarom desgevraagd verlengd tot 28 oktober 2024. Bij brief van 25 oktober 2024 heeft de Minister de rechtbank bericht dat hij meent dat met het bijgevoegde “Aanvullend advies inzake veiling van frequenties landelijke analoge en digitale commerciële radiovergunningen” van de ACM van 23 oktober 2024 (het 2024-Advies) het gebrek in de besluitvorming is hersteld. Voorts heeft de Minister aangegeven dat hij meent dat de rechtsgevolgen van de bestreden besluiten in stand zouden moeten blijven indien het gebrek volgens de rechtbank niet is hersteld.

5. Op verzoek van de rechtbank heeft de ACM de stukken die een rol hebben gespeeld bij de totstandkoming van het 2022-Advies en het 2024-Advies aan de rechtbank gezonden. Ten aanzien van (gedeelten van) enkele van deze stukken heeft de ACM, op grond van artikel 8:29, eerste lid, van de Awb de bestuursrechter meegedeeld dat uitsluitend hij daarvan kennis zal mogen nemen. Op verzoek van de rechtbank heeft de ACM de niet-vertrouwelijke stukken ook (digitaal) aan partijen verstrekt. Op 20 januari 2025 heeft de rechter-commissaris beslist dat beperking van de kennisneming van de stukken waarvoor het verzoek door de ACM is gedaan gerechtvaardigd is. Partijen hebben de rechtbank toestemming tot kennisneming van deze stukken verleend als bedoeld in artikel 8:29, vijfde lid, van de Awb.

6. Talpa Radio heeft op 17 februari 2025 een zienswijze ingediend. Met overeenkomstige toepassing van artikel 8:29 gelezen in samenhang met artikel 8:45 van de Awb heeft zij ten aanzien van bepaalde passages de bestuursrechter meegedeeld dat uitsluitend hij daarvan kennis zal mogen nemen. Op 7 maart 2025 heeft de rechter-commissaris beslist dat de beperking van de kennisneming van de stukken waarvoor het verzoek door Talpa Radio is gedaan gerechtvaardigd is. Partijen hebben de rechtbank toestemming tot kennisneming van deze stukken verleend als bedoeld in artikel 8:29, vijfde lid, van de Awb.

7. Kink heeft op 7 maart 2025 een zienswijze ingediend.

8. De Minister heeft op diezelfde dag een schriftelijke reactie gegeven op de zienswijze van Talpa Radio van 17 februari 2025.

9. De rechtbank heeft de beroepen op 18 maart 2025 op zitting behandeld. Eiseressen hebben zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigden en mr. M.H.J.M. Immerzeel en mr. A.L. Koopmans. Voorts zijn namens hen verschenen B. Masclee en D. Baum. De Minister heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. A.J. Boorsma, mr. J. Mulder en mr. F.J.H. van Tienen. Voorts zijn namens de Minister verschenen mr. M.A. Theuerzeit, E. Koorstra en S. van der Does. Kink heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. J.J.M. Sluijs. DPG heeft zich laten vertegenwoordigen door

haar gemachtigde. Voorts is namens haar verschenen M.J. van Breda. Namens Audiohuis is niemand verschenen.

Voorgeschiedenis: de tussenuitspraak

10. Voor het wettelijk kader, partijdeelname, de beschrijving van de gebruiksbeperking van maximaal drie frequentiekavels, het procesbelang van Talpa Radio en de mogelijkheid tot exceptieve toetsing verwijst de rechtbank naar haar tussenuitspraak. In de tussenuitspraak heeft de rechtbank voor zover nog van belang het volgende geoordeeld en beslist.

11. Artikel 52, tweede lid, van Richtlijn (EU) 2018/1972 (Telecomcode) voorziet er in dat de lidstaten op basis van ingewonnen advies van de daartoe bevoegde instantie uit een oogpunt van mededinging maatregelen kunnen nemen bij het nemen van besluiten over frequentievergunningen. Daarbij valt volgens dit artikellid onder andere te denken aan het beperken van de hoeveelheid radiospectrumbanden waarvoor gebruiksrechten aan ondernemingen worden verleend, het reserveren van een bepaald deel van een radiospectrumband of een groep van banden voor toewijzing aan nieuwe marktdeelnemers of het weigeren van de verlening van nieuwe gebruiksrechten voor radiospectrum of van toestemming voor nieuw radiospectrumgebruik in bepaalde banden. Uit het slot van het tweede lid, van artikel 52 van de Telecomcode volgt dat de Minister zijn besluiten baseert op een objectieve en toekomstgerichte beoordeling van de mededingingsomstandigheden op de markt, van de vraag of dergelijke maatregelen noodzakelijk zijn om daadwerkelijke mededinging in stand te houden of tot stand te brengen en van de waarschijnlijke effecten van dergelijke maatregelen op bestaande en toekomstige investeringen door marktdeelnemers, met name op het gebied van de uitrol van netwerken. Voorts volgt daaruit dat de Minister daarbij rekening houdt met de marktanalyseaanpak van artikel 67, tweede lid, van de Telecomcode. Onder ambtshalve aanvulling van rechtsgronden merkt de rechtbank op dat het voorgaande betekent dat een maatregel als vervat in het gewijzigde artikel 4 van de Tijdelijke regeling alleen mogelijk is indien een marktonderzoek van de ACM daartoe aanleiding geeft.

12. Artikel 3.11 van de Telecommunicatiewet (Tw) biedt volgens de rechtbank een toereikende wettelijke basis voor artikel 39, onderdeel b, van de veilingregeling tot wijziging van artikel 4 van de Tijdelijke regeling. Artikel 3.11 van de Tw strekt er – anders dan Talpa Radio meent – niet toe dat de Minister slechts dan kan komen tot een regeling waarbij het maximum aan FM-frequenties op drie wordt gesteld, nadat de ACM aannemelijk heeft gemaakt dat er sprake is van een daadwerkelijk mededingingsprobleem. De rechtbank neemt hierbij in aanmerking dat inherent aan ex ante mededingingstoezicht als voorzien in artikel 3.11 van de Tw is dat daarmee niet hoeft te worden gewacht tot er daadwerkelijk een economische machtspositie is of dreigt te ontstaan (zie ook de toelichting bij de veilingregeling; Stcrt. 2023, 6526, blz. 32). Dit sluit naar het oordeel van de rechtbank aan bij de opdracht die voortvloeit uit het eerste lid van artikel 52 van de Telecomcode om de daadwerkelijke mededinging te bevorderen en verstoringen van de mededinging te voorkomen. Dit ex ante toezicht moet worden onderscheiden van ex post toezicht dat er bijvoorbeeld toe kan strekken dat een vergunning wordt ingetrokken (artikel 3.19, tweede lid, aanhef en onder f, van de Tw).

13. Het voorgaande laat onverlet dat gelet op de aangevoerde beroepsgronden zal moeten worden beoordeeld of artikel 39 van de veilingregeling dat strekt tot wijziging van artikel 4 van de Tijdelijke regeling ook uit een oogpunt van zorgvuldigheid en evenredigheid verbindend is. Voorop moet worden gesteld dat de Minister bij het vaststellen van en wijzigen van de Tijdelijke regeling de nodige beoordelings- en beleidsruimte toekomt (vgl. ECLI:NL:CBB:2007:BB9363 en ECLI:NL:CBB:2018:455). Dit volgt uit de tekst en strekking van artikel 3.11 van de Tw. Gelet op artikel 52, tweede lid, en artikel 67, tweede lid, van de Telecomcode en artikel 3:9 van de Awb zal de Minister zich voordat hij tot wijziging van regelgeving over gaat wel moeten vergewissen van de zorgvuldigheid van het onderzoek dat de ACM in haar opdracht op grond van artikel 4, eerste lid, van de Mededingingswet heeft verricht.

14. Het 2022-Advies is in belangrijke mate gebaseerd op twee eerdere adviezen van de ACM: het “Advies gebruiksbeperking radiofrequenties” van 14 februari 2019 (het 2019-Advies) en het “Advies inzake voorgenomen veiling DAB+ frequentieruimte” van 12 mei 2020 (het 2020-Advies). De ACM heeft nauwelijks nieuwe data gebruikt voor haar 2022-Advies. Het belangrijkste nieuwe element waarmee de ACM in haar 2022-Advies rekening heeft gehouden is dat het aantal geclausuleerde kavels is verminderd van vijf tot twee. De rechtbank stelt vast dat het marktonderzoek dat ten grondslag ligt in aan het 2019-Advies vrij uitgebreid is en dat daarin de relevante markten – de luister- en advertentiemarkten – inzichtelijk en onderbouwd zijn afgebakend. De omstandigheid dat de ACM in haar 2022-Advies schrijft dat zij niet – zoals verzocht – twaalf jaar vooruit kan kijken, maar slechts drie tot vijf jaar, maakt dit advies op zich niet nutteloos. Met de ACM is de rechtbank namelijk van oordeel dat een marktonderzoek niet in redelijkheid kan voorzien wat er de komende twaalf jaar gebeurt op de radiomarkt, waarin veel veranderingen plaatsvinden. Er zal dus altijd sprake zijn van een momentopname, waarbij gemotiveerd een objectieve en toekomstgerichte beoordeling wordt gegeven, op basis waarvan besloten zal moeten worden het maximum aantal te verkrijgen frequenties per rechtspersoon aan te passen of niet.

15. Uit het 2019-Advies volgt weliswaar dat het ongeclausuleerd maken van kavels volgens de ACM leidt tot meer mededinging, maar niet tevens dat het maximum van vier kavels per marktpartij zou moeten worden losgelaten. Uit het 2020-Advies volgt dat de ACM bij een veiling van twaalf digitale kavels wil vasthouden aan een maximum van vier kavels per rechtspersoon, omdat uit een oogpunt van mededinging een bezitaandeel van meer dan 40 procent onwenselijk is. Vertaald naar de veiling van negen FM-kavels zou hieruit mogelijk de conclusie getrokken kunnen worden dat in dat geval een maximum van drie kavels per rechtspersoon volgens de ACM wenselijk zou zijn.

16. Omdat het 2020-Advies, net als het 2022-Advies, mede is gebaseerd op het 2019-Advies zou het in de rede hebben gelegen dat de ACM met een solide onderbouwing zou komen waarom zij in het 2022-Advies opteert voor een maximum bezitaandeel van drie kavels. Naar het oordeel van de rechtbank ontbreekt een dergelijke onderbouwing. In dit verband merkt de rechtbank op dat toetredingsdrempels, waaraan de ACM in haar 2022-Advies heeft toegevoegd dat de huidige vergunningen voor radiofrequenties meermaals zijn verlengd, reeds waren geconstateerd in de voorgaande adviezen. Ook heeft de ACM in haar 2022-Advies overwogen dat de concurrentiesituatie niet significant is gewijzigd ten opzichte van haar eerdere adviezen, met dien verstande dat het marktaandeel van Talpa Radio iets is afgenomen naar 35,20%. Daarin ligt dus zonder nadere motivering geen reden tot verlaging van het maximum bezitaandeel. Die reden ligt zonder nadere motivering evenmin in het

percentage dat One Media Sales (OMS) heeft op de advertentiemarkt, want dit was eerder net als ten tijde van het 2022-Advies ook tussen de 50-60%. Daarbij valt op dat uit de tabel achter randnummer 28 van het 2022-Advies volgt dat het aandeel van Talpa Radio van de netto-advertentiebestedingen binnen OMS in 2021 is afgenomen ten opzichte van de jaren 2018 en 2019.

17. Onder randnummer 48 van het 2022-Advies is vermeld dat indien er bij de voorgenomen veiling twee geclausuleerde in plaats van de tot op heden vijf geclausuleerde frequentiekavels worden geveild, aanbieders meer mogelijkheden hebben tot het verwerven van luisteraars, zonder beperkende voorschriften. De conclusie van de ACM eraan dat dit naar verwachting bevorderlijk is voor de mededinging, mits een gebruiksbeperking van maximaal drie frequentiekavels wordt gehanteerd, kan de rechtbank niet goed plaatsen. Indien er aanzienlijk meer ongeclausuleerde kavels vrijkomen, valt zonder nadere motivering niet in te zien dat er dan juist ten opzichte van het 2019-Advies meer beperkingen aan het bezitsmaximum gesteld moeten worden om de mededinging te bevorderen. Eerder was een cap van vier FM-kavels wel aanvaardbaar, terwijl er toen juist minder mededinging was vanwege het hogere aantal geclausuleerde kavels.

18. Verder wijst de rechtbank er op dat in het 2022-Advies geen aandacht is besteed aan de meer recente ontwikkelingen met betrekking tot het percentage luisteraars dat luistert naar digitale radio en de door Talpa Radio genoemde toename in digitale audioreclame. Dit zou gelet ook op de signaleringen van de ACM in haar 2019-Advies wel in de rede hebben gelegen.

19. Gelet op het voorgaande is de rechtbank van oordeel dat de Minister de wijziging van het maximum aantal frequenties dat een rechtspersoon kan verkrijgen niet heeft kunnen baseren op het 2022-Advies. Daarom is de rechtbank van oordeel dat artikel 39 van de veilingregeling, dat strekt tot wijziging van artikel 4 van de Tijdelijke regeling, is vastgesteld in strijd met het in artikel 3:2 van de Awb gecodificeerde zorgvuldigheidsbeginsel, met het (ongeschreven) motiveringsbeginsel en met de vergewisplicht van artikel 3:9 van de Awb. Vanwege het zorgvuldigheidsgebrek kan de rechtbank niet beoordelen of artikel 39 van de veilingregeling voldoet aan de eisen van geschiktheid, noodzakelijkheid en evenwichtigheid. De rechtbank kan daarom niet oordelen dat artikel 39 van de veilingregeling onverbindend is (vgl. ECLI:NL:RVS:2020:452, punt 6 en ECLI:NL:CRVB:2019:2016, punt 7.5.2). De rechtbank kan dus hoogstens artikel 39 van de veilingregeling in het voorliggende geval buiten toepassing laten.

20. Het buiten toepassing laten van artikel 39 van de veilingregeling zal tot gevolg hebben dat de beroepen van Talpa Radio tegen het bekendmakingsbesluit en tegen het afwijzingsbesluit slagen en dat die besluiten (voor zover die zien op of hun basis vinden in artikel 39 van de veilingregeling) zullen moeten worden vernietigd. Een vervolgvraag is of de rechtbank de rechtsgevolgen van die besluiten in stand kan laten.

21. Zoals hiervoor is aangegeven heeft de rechtbank de Minister de gelegenheid geboden de gebreken in de grondslag van het bekendmakingsbesluit en het afwijzingsbesluit te herstellen. Dit dient te gebeuren door nader advies bij de ACM te vragen. Aan de hand daarvan zal de Minister zijn standpunt moeten bepalen over de vraag of de gebruiksbeperking ertoe bijdraagt daadwerkelijke mededinging te bevorderen en verstoringen van de mededinging te voorkomen.

22. De Minister heeft een nader advies bij de ACM ingewonnen en hij heeft dit 2024-Advies bij brief van 25 oktober 2024 onderschreven en ingebracht.

Het 2024-Advies

Het 2024-Advies over het toetsingskader en het onderzoek

23. In de openbare versie van het 2024-Advies heeft de ACM onder meer het volgende overwogen over het toetsingskader.

24. Verstoringen van de mededinging kunnen ontstaan doordat één partij marktmacht verkrijgt (unilaterale effecten) of als gevolg van (stilzwijgende) coördinatie tussen twee of meer partijen (gecoördineerde effecten). Deze verstoringen kunnen ertoe leiden dat deze partijen in staat worden gesteld om bijvoorbeeld de prijzen te verhogen, de kwaliteit te verlagen of innovatie te verminderen. Gelet op de uitspraak van de rechtbank Rotterdam en de adviesaanvraag van de minister is de kernvraag die in dit advies wordt beantwoord of een maximering van het aantal commerciële FM-frequenties tot drie frequentiekavels per zendereigenaar noodzakelijk en proportioneel is om verstoringen van de mededinging te voorkomen. De lat voor wat noodzakelijk en proportioneel is voor het voorkomen van verstoringen ligt lager dan voor een verdergaande variant van een verstoring: een economische machtspositie. De uitkomst van een veiling is onvoorspelbaar. Daarom moet de ACM bij de beoordeling van welke maximering noodzakelijk en proportioneel is rekening houden met de meest ongunstige mogelijke uitkomst van de veiling en (toekomstige) ontwikkelingen op de markt. Dit geldt te meer gegeven de relatief lange periode van 12 jaar waarvoor de frequenties worden uitgegeven.

25. In het 2024-Advies heeft de ACM over de adviezen van 2019, 2020 en 2021 overwogen dat de leidende gedachte in deze adviezen is dat een begrenzing van het aantal kavels per zendereigenaar moet voorkomen dat er een mate van concentratie van radiofrequenties plaatsvindt die, met name op de radioadvertentiemarkt, risico's met zich meebrengt op verstoringen van de mededinging. De ACM ziet met name mogelijke mededingingsverstoringen als de veiling leidt tot één of twee partijen voor het betreffende FM-spectrum dat op dat moment (nog) leidend is. In alle drie de adviezen wordt dan ook in feite een minimum aantal van drie substantiële partijen waar wezenlijke concurrentiedruk vanuit gaat noodzakelijk en proportioneel geacht om zodoende verstoringen van de mededinging te voorkomen.

26. Over het verrichte onderzoek voor het 2024-Advies heeft ACM overwogen dat zij ter beantwoording van de adviesaanvraag naast de tussenuitspraak van de rechtbank, het beroepsschrift van Talpa Radio en het verweerschrift van de Minister heeft bestudeerd. Daarnaast heeft de ACM aanvullende cijfers over nieuwe marktontwikkelingen verzameld en beoordeeld. Tot slot heeft de ACM gesprekken gevoerd met Ster, verschillende eigenaren van commerciële zenders en mediabureaus.

Het 2024-Advies over de advertentie- en luistermarkt

27. In de openbare versie van het 2024-Advies heeft de ACM over de relevante radioadvertentiemarkt overwogen dat commerciële radio als tweezijdig medium afhankelijk is van advertentie-inkomsten. Een zender met meer luisteraars kan aan adverteerders een hoger bereik bieden en is hiermee aantrekkelijker voor adverteerders dan een zender met

minder luisteraars. Daardoor kunnen dergelijke partijen mogelijk meer effectieve advertentietijd bieden en hogere prijzen vragen. Een groter marktaandeel op de radioluistermarkt versterkt dus de positie op de radioadvertentiemarkt. Andersom is er ook een verband: een bedrijf dat meer advertentie-inkomsten heeft, kan meer investeren in de kwaliteit van haar programma's. Doet het bedrijf dat goed, dan wint het daarmee luisteraars. Op deze manier kan marktmacht op de radioluistermarkt of de radioadvertentiemarkt via netwerkeffecten zichzelf versterken. Op de radioadvertentiemarkt wordt een groot deel van de radiozenders vertegenwoordigd door saleshuizen die voor verschillende radiozenders (vaak als pakket) advertentieruimte verkopen. Zowel in 2019 als 2022 waren de belangrijkste saleshuizen OMS, waarbij de radiozenders van Talpa Radio, RadioCorp (tegenwoordig Mediahuis) en Sublime waren aangesloten, en Ster, dat de radiozenders van de NPO en sinds kort ook de zenders van de Regionale Publieke Omroepen vertegenwoordigt. Daarnaast verkocht Qmusic haar advertenties zonder tussenkomst van een partij die meerdere zenders vertegenwoordigde. Aan de inkoopkant adviseren mediabureaus adverteerders over de optimale inzet van verschillende mediakanalen om hun reclamedoelstelling te bereiken, en kopen deze vervolgens voor de adverteerder in.

28. De ACM ziet geen reden om de afbakening van de radioadvertentiemarkt te verbreden met digitale audioreclame. Radioadvertenties hebben unieke eigenschappen. Zo is radio uitermate geschikt voor het creëren van naamsbekendheid en het bereiken van een groot publiek. Digitale audio is juist uitermate geschikt om heel gericht te adverteren. Ook is de manier waarop wordt afgerekend anders. Radioadvertentie zendtijd worden deels ingekocht op contractbasis op basis van Gross rating points (GRP's) en deels op basis van een vast tarief per seconde. Vaak schakelen adverteerders een mediabureau in om hen te adviseren en te onderhandelen met de radiozenders. Veel mediabureaus doen dit ook voor andere mediakanalen. Echter, ook als een mix van mediakanalen wordt ingezet, wordt bij ieder mediakanaal ingekocht op basis van aparte contracten. Bij print-, online- en out-of-homeadvertenties wordt niet afgerekend op basis van GRP's, maar per vlak (per stuk) of op basis van Cost per Mille, Cost per Click of Cost per Aquisition. Dit is respectievelijk de prijs voor het vertonen van een advertentie aan 1.000 personen, het aantal kliks of elke keer dat de advertentie leidt tot een aankoop. De omzet op het gebied van radioadvertenties groeit tot op heden nog steeds. Zo is de omzet tussen 2021 en 2023 gegroeid van € 190 miljoen naar € 216 miljoen.

29. Om te concluderen dat digitale audioreclame tot dezelfde markt als radioreclame hoort moet er, bij een duurzame prijsverhoging van radioreclame, een zekere mate van substitutie plaatsvinden naar audioreclame. Er moet dus worden aangetoond dat de groei van digitale reclame ten koste gaat van radioreclame. Daarnaast is voor marktafbakening niet alleen de vraag of er substitutie plaatsvindt van belang, maar ook de mate van substitutie. Ook dit kan niet worden afgeleid van simpele groeicijfers. Het gegeven dat digitale audioreclame snel groeit, betekent op zichzelf nog niet dat die nu of op afzienbare termijn een sterke concurrentiedruk uitoefent binnen de radioadvertentiemarkt. Immers als een medium momenteel 1% marktaandeel zou hebben, en het groeit met 10% per jaar, dan heeft het na zeven jaar nog steeds minder dan 2% marktaandeel. De concurrentiedruk die het op andere media uitoefent zal zowel voor als na die zeven jaar beperkt zijn. Dat wil niet zeggen dat groeicijfers er niet toe doen. Maar tenzij een activiteit al een behoorlijk marktaandeel heeft, is een groeicijfer al snel misleidend voor conclusies op korte en middellange termijn. Dat dit bij digitale audioreclame ook het geval is, blijkt uit de beschikbare cijfers. Daarbij is van belang vast te stellen dat, ook in het geval er wel

substitutie zou plaatsvinden, dit niet in zodanige mate het geval lijkt dat de ACM de digitale audioreclame voor dit advies tot de markt zou moeten rekenen. In absolute zin zijn tussen 2019 en 2023 radio-advertenties met € 21 miljoen en digitale audioadvertenties met € 9 miljoen gegroeid. Dat maakt dat – mocht er al sprake zijn van substitutie – deze niet in dusdanige mate zou plaatsvinden dat er sprake is van wezenlijke concurrentiedruk in absolute zin. De omvang van digitale audioreclame bedroeg in 2023 € 11 miljoen, terwijl de omvang van radioadvertenties in 2023 € 220 miljoen bedroeg. Daarmee blijft – ook als er sprake zou zijn van enige mate van substitutie – de concurrentiedruk beperkt, waardoor voor het advies geen rekening gehouden hoeft te worden met de eventuele concurrentiedruk vanuit digitale audioreclame. Dat wordt ook bevestigd door mediabureaus. Uit het marktonderzoek volgt namelijk ook dat mediabureaus digitale audioreclame aanvullend inzetten als zij radioadvertentiecampagnes inplannen. Digitale audioreclame is nog te klein van omvang voor mediabureaus om hetzelfde bereik te behalen als met radioadvertentiecampagnes. Mediabureaus geven daarbij aan dat maximaal [0-10%] van hun budget naar digitale audioreclame gaat wanneer daar ruimte voor bestaat. Wanneer het budget beperkt is, is digitale audioreclame het eerste wat geschrapt wordt.

30. In haar eerdere adviezen ging de ACM uit van een nationale radioluistermarkt en een nationale radioadvertentiemarkt. Daarbij ging de ACM ervan uit dat de markt alle landelijke en regionale digitale en FM-radiozenders bevatte. In haar adviezen van 2022 en 2024 concludeert de ACM dat de kern van de advertentiemarkt wordt bepaald door acht van de negen commerciële zenders die zich met muziek richten op een brede doelgroep onder luisteraars. De ACM licht dit in het 2024-Advies als volgt toe.

31. De voorgenomen veiling waar het 2022-Advies over ging zag op de veiling van negen landelijke analoge en digitale commerciële radiovergunningen. Partijen die een kavel wisten te bemachtigen kregen daarbij een landelijke commerciële FM-frequentie in handen, alsook een bijbehorende DAB+ frequentie. Zeven van de negen te vergeven kavels zouden ongeclusuleerd zijn. Dit betekent dat er geen beperkingen zitten aan wat er via de radio wordt uitgezonden. Twee kavels bevatten een clausulering, namelijk één voor Nederlandstalige muziek en één voor Nieuws en Actualiteiten. De uitkomst van deze veiling was en is van belang voor de mededinging in de radioadvertentiemarkt, omdat andere spelers – zonder een dergelijke frequentie – slechts in beperkte mate concurrentiedruk uitoefenen.

32. Zendereigenaren die geen landelijke FM-frequentie bezitten, oefenen gelet op de marktaandelen van deze partijen in beperkte mate concurrentiedruk uit op de radioadvertentiemarkt. Dit blijkt uit de marktaandelen op de luister- en advertentiemarkt. De ACM geeft gelet op de tweezijdigheid van de markt en de beschreven netwerkeffecten, ook inzicht in de marktaandelen op de luistermarkt. Daarbij geeft de ACM de marktaandelen weer gebaseerd op de luistercijfers in de doelgroep 20-49 jaar, omdat de meeste (grote) advertentiecampagnes zich in 2022 richtten op deze doelgroep. Tot op heden wordt nog met name gefocust op deze leeftijdscategorie, maar de verwachting van de markt is dat deze zal verschuiven naar boven. Uit de cijfers volgt dat het marktaandeel van zenders zonder landelijke FM-frequentie op de radioluistermarkt ten tijde van het 2022 advies gezamenlijk rond de 15% lag. Het betreft het gezamenlijk marktaandeel van tientallen verschillende kleine partijen. Het marktaandeel van zenders met een landelijke FM-frequentie lag daarmee op zo'n 85% van de luistermarkt. Daaruit blijkt dat het hebben van een landelijke FM-frequentie van groot belang is voor het bereiken van een grote groep luisteraars en daarmee

voor het uitoefenen van concurrentiedruk op de radioluistermarkt. De zenders die in 2022 de frequenties in handen hadden die op dat moment geveild zouden gaan worden, hadden op dat moment gezamenlijk zo'n 64% van de radioluistermarkt in handen. Uit omzetcijfers volgt dat het marktaandeel van zenders zonder landelijke FM-frequentie op de radioadvertentiemarkt ten tijde van het 2022 advies gezamenlijk rond de [0-10%] lag. Het marktaandeel van zenders met een landelijke-FM frequentie lag daarmee op zo'n [90-100%] van de advertentiemarkt. Daaruit blijkt dan ook dat het hebben van een landelijke FM-frequentie van groot belang is voor het uitoefenen van concurrentiedruk op de radioadvertentiemarkt.

33. De commerciële zenders die de FM-frequenties in handen hadden die op dat moment geveild zouden gaan worden, hadden in 2021 gezamenlijk zo'n [70-80%] van de advertentiemarkt in handen. Dat betekent dan ook dat de uitkomst van de veiling zeker gevolgen zou hebben voor het bredere concurrentiespeelveld binnen de radioadvertentiemarkt. Daarbij is van belang dat de cijfers suggereren dat de landelijke commerciële nieuwszender die zich op een specifieke doelgroep van zakelijke luisteraars richt, BNR Nieuwsradio (BNR), slechts een beperkt deel van de radioadvertentiemarkt bedient en hiermee een bescheiden marktaandeel behaalt. De concurrentiedruk vanuit deze zender lijkt daarom beperkt. Dit blijkt ook uit diverse marktgesprekken die de ACM heeft gevoerd. Bij het beoordelen van de concurrentiesituatie op de markt lijkt het dan ook aangewezen om vooral te kijken naar de FM-frequenties die zich met het uitzenden van muziek kunnen richten op een breed luisterpubliek.

34. Naast de commerciële landelijke FM-zenders hadden ook de zenders van de NPO een behoorlijk aandeel op zowel de luister- als de advertentiemarkt ([10-20%] ten tijde van het advies-2022), daarom is het van belang te kijken naar de concurrentiedruk die uitgaat van de zenders van de NPO (vertegenwoordigd door Ster). Ondanks het behoorlijke marktaandeel beschouwt de ACM Ster niet als wezenlijke concurrent van de commerciële zenders die voor muziek gebruikt (kunnen) worden. Dat komt omdat de zenders van Ster meer beperkingen hebben (in het bijzonder restricties op zendtijd voor reclame en het onderbreken van radioprogramma's met advertentieblokken) dan de commerciële zenders en gelet op het commerciële beleid dat Ster hanteert (ten aanzien van programmering en prijsbeleid). Bovendien is de concurrentiedruk die er van Ster uitgaat voor de langere termijn onzeker, gelet op de afhankelijkheid van (mogelijke toekomstige) politieke beslissingen over de inrichting van het publieke omroepbestel.

35. Volgens de ACM doet ook de toename van het percentage luisteraars dat luistert naar digitale radio niet af aan de concurrentiedruk die uitgaat van de te veilen commerciële frequentiekavels die voor muziek gebruikt (kunnen) worden. Zenders op DAB+ groeiden minder snel dan voorspeld, en bovendien vanuit een uitgangspositie met een zodanig laag marktaandeel dat zelfs hoge groeicijfers voorlopig weinig invloed zouden hebben op de concurrentiesituatie. Hoewel het luisteren naar digitale radio toeneemt (van 41% in 2021 naar 48% in 2022), leidt dit er niet toe dat de luistercijfers van de zenders met een landelijke FM-frequentie in gelijke mate afnemen. Zenders met een landelijke FM frequentie hebben op de radioadvertentiemarkt een redelijk stabiel marktaandeel van ongeveer [90-100%] in 2021 in 2022. Dit lijkt er dan ook op te duiden dat via DAB+ en internet met name wordt geluisterd naar de zenders die actief zijn met een landelijke FM frequentie.

36. Gelet op het voorgaande concludeert de ACM dat ten tijde van het 2022-Advies de te veilen landelijke commerciële FM-zenders die voor muziek gebruikt konden worden, bepalend waren voor de concurrentie op de radioadvertentiemarkt. Deze landelijke commerciële FM-zenders vormen de kern van de radioadvertentiemarkt. Deze radioadvertentiemarkt dient ten behoeve van het 2024-Advies niet breder afgebakend te worden. Andere spelers op deze markt kunnen slechts in beperkte mate concurrentiedruk uitoefenen. De ACM heeft geen aanwijzingen dat bovenstaande binnen een termijn van drie tot vijf jaar zal wijzigen.

Het 2024-Advies over de gebruiksbeperking

37. In het 2024-Advies adviseert de ACM om maximaal drie commerciële FM-frequenties per zendereigenaar toe te staan bij de veiling om verstoringen van de mededinging te voorkomen. In het 2024-Advies beperkt zij zich daarbij tot de verstoringen op de radioadvertentiemarkt, omdat zij hier met name de risico's ziet. Dit onderbouwt zij als volgt.

38. Voor de vaststelling van het maximum aantal kavels dat één zendereigenaar mocht verkrijgen tijdens de veiling, moet er rekening mee worden gehouden dat bij een veiling kavels opnieuw worden verdeeld voor langere tijd. De uitkomsten van een veiling zijn, binnen de grenzen die daaraan worden gesteld (door maximering van het aantal kavels dat in totaal en per rechtspersoon kan worden verworven, en door clausulering van die kavels), per definitie onzeker. Daarna ligt de verdeling van de kavels voor langere tijd vast. Zenders die voorafgaand aan de veiling succesvol waren, kunnen na de veiling zonder frequentie eindigen. Nieuwe exploitanten die een frequentie bemachtigen kunnen de markt betreden. Wat betreft de verstoringen van de mededinging moet de ACM daarom rekening houden met de slechtst mogelijke uitkomsten na de veiling. Om verstoringen van de mededinging te voorkomen is het van belang dat er voldoende spelers op de markt met elkaar concurreren en dat de marktmacht van elke individuele zendereigenaar wordt beperkt. Het stellen van een maximum aantal kavels draagt bij aan beide doelen. Het maximum kan zo worden ingesteld dat, in het meest ongunstige geval dat elke speler het maximum aantal kavels behaalt, er nog steeds een voldoende aantal concurrenten is. Hoewel de relatie tussen het aantal kavels en de mate van marktmacht niet één op één is, verkleint het hebben van minder kavels per zendereigenaar het risico op meer marktmacht en dus op mogelijke verstoringen van de mededinging.

39. Volgens de ACM dienen om de volgende twee redenen tenminste drie zendereigenaren wezenlijke concurrentiedruk (op elkaar) te kunnen uitoefenen om verstoringen van de mededinging te voorkomen. Ten eerste, de karakteristieken van de radioadvertentiemarkt zijn zodanig dat twee spelers niet tot een competitief evenwicht leiden. In bepaalde markten – in het bijzonder markten waar sprake is van prijsconcurrentie tussen aanbieders van homogene producten en waar capaciteitsrestricties ontbreken – kunnen in theorie twee spelers die wezenlijke concurrentiedruk kunnen uitoefenen voldoende zijn voor het voorkomen van verstoringen van de mededinging. De radioadvertentiemarkt voldoet echter niet aan die voorwaarden. Zo is er juist sprake van een bepaalde mate van heterogeniteit: zenders richten zich niet allemaal op hetzelfde muziekgenre. Het is ook een markt met capaciteitsrestricties, doordat de advertentiezendtijd een harde bovengrens heeft. Ten tweede, de mate van concentratie is ook nu, met het bestaan van een maximering van drie kavels per zendereigenaar, hoog. Dit is zichtbaar in

termen van concentratiemaatstaven en wordt bevestigd door de ervaringen van adverteerders.

40. Met betrekking tot die concentratiemaatstaven heeft de ACM het volgende overwogen. Een concentratiemaatstaf die door verschillende mededingingsautoriteiten in hun fusiepraktijk wordt gebruikt is de Herfindahl-Hirschman index (HHI), die wordt berekend door de individuele marktaandelen van alle ondernemingen op de markt te kwadrateren en daarna te sommeren. De Europese Commissie gebruikt bijvoorbeeld de HHI als indicator voor wanneer mededingingsbezwaren onwaarschijnlijk zijn. Zie de Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen (de Richtsnoeren; 2004/C 31/03). De ACM heeft de HHI's op de radioadvertentiemarkt berekend, zowel uitgaande van de brede radioadvertentiemarkt – waartoe ook Ster, BNR en de regionale zenders behoren – als uitgaande van de kern (de te veilen landelijke commerciële FM-zenders die voor muziek gebruikt konden worden). De ACM neemt in haar berekening de marktaandelen van de zendereigenaren, en dus niet van de saleshuizen, als uitgangspunt. Uitgaande van een brede radioadvertentiemarkt was over de eerste helft van 2024 de HHI rond de 2800, wat in lijn met de Richtsnoeren duidt op een hoge mate van concentratie.

41. Deze hoge mate van concentratie wordt volgens de ACM bovendien weerspiegeld in de ervaringen van afnemers van radioadvertentieruimte. Uit de gesprekken die in het kader van het 2024-Advies zijn gevoerd komt naar voren dat (grote) adverteerders ervaren dat er feitelijk maar twee spelers actief zijn die wezenlijke concurrentiedruk kunnen uitoefenen, namelijk OMS en DPG. Dit komt onder andere doordat deze partijen een groot luisterbereik hebben en vanwege pakketkortingen en bestedingsaandeelkortingen, waardoor het voor adverteerders onaantrekkelijk is om de beschikbare bestedingen over andere zendereigenaren te verspreiden. Dit behelst wel een verandering in de verhoudingen ten opzichte van het 2022-Advies. In 2022 uitten (grote) adverteerders zorgen over de grote positie die OMS zou hebben en de wijze waarop zij deze positie gebruikte. DPG heeft sindsdien een extra kavel bemachtigd (JOE) en ook Qmusic is gegroeid in termen van luistercijfers en advertentie-inkomsten. Grote adverteerders geven in het licht hiervan aan dat naast OMS ook DPG een grote speler is geworden die nodig is om succesvolle radioadvertentiecampagnes te kunnen voeren.

42. Adverteerders ervaren ten tijde van het 2024-Advies door de werkwijze van het grootste saleshuis, OMS, niet dat er tussen de bij OMS aangesloten zendereigenaren Mediahuis en Talpa Radio veel concurrentie bestaat. De ACM zal de invloed van deze saleshuis-constructies op de concurrentie op de radioadvertentiemarkt in de komende tijd volgen, maar concludeert dat dit mogelijke (gedrags)aspect onverlet laat dat een maximering van drie kavels per zendereigenaar noodzakelijk en proportioneel is om in de structuur van de markt ten minste drie zendereigenaren actief te kunnen laten zijn die wezenlijke concurrentiedruk op elkaar kunnen uitoefenen. De ACM merkt daarbij op dat de huidige mate van concentratie reeds een indicatie is dat een verruiming naar een maximering naar vier in ieder geval niet op zijn plaats is. Nu een dergelijk maximering – die zou leiden tot de marktsituatie van potentieel slechts twee partijen die wezenlijke concurrentiedruk (op elkaar) kunnen uitoefenen – mogelijke verstoringen van de mededinging niet voorkomt.

43. Volgens de ACM is een maximering van drie commerciële FM frequentiekavels per zendereigenaar noodzakelijk en proportioneel. Zendereigenaren die gebruik maken van de

landelijke commerciële FM frequentiekavels die voor muziek gebruikt (kunnen) worden, zijn bepalend voor de concurrentie op de radioadvertentiemarkten. Met deze maximering wordt dan ook bewerkstelligd dat na de veiling minstens drie zendereigenaren die wezenlijke concurrentiedruk kunnen uitoefenen aanwezig zijn op de radioadvertentiemarkt. Het vrijkomen van ongeclausuleerde kavels is volgens de ACM niet voldoende omdat het wegvallen van de clausulering niet kan voorkomen dat na de veiling de landelijke commerciële FM frequenties die gebruikt (kunnen) worden voor muziek, in handen komen van slechts twee partijen. Volgens de ACM is dit standpunt niet tegengesteld aan de eerdere adviezen van de ACM. De ACM heeft in dit verband het volgende aangevoerd.

44. De ACM heeft al in 2019 haar zorgen geuit over het feit dat de gebruiksbeperking van vier kavels en de clausuleringen die op dat moment van toepassing waren geen waarborgen boden voor effectieve concurrentie en zelfs konden bijdragen aan het ontstaan van een economische machtspositie. De reden dat de ACM in 2019 niet heeft geadviseerd om de gebruiksbeperking aan te scherpen tot drie kavels, is dat in 2019 een nieuwe veiling niet aan de orde was. Bovendien was er ondanks het bestaan van een partij die vier commerciële landelijke FM-kavels in handen had, sprake van een situatie waarbij de overige kavels over drie andere zendereigenaren verdeeld waren. Het risico op het ontstaan van een situatie waarin minder dan drie zendereigenaren aanwezig waren op de kern van de radioadvertentiemarkt was op dat moment dan ook niet aan de orde. De ACM heeft er daarom in 2019 in feite mee volstaan om de mogelijke problemen voor de concurrentie te schetsen. Toen in 2022 juist wel een advies over een nieuwe veiling gevraagd werd, en dus een nieuwe verdeling van de FM-frequenties mogelijk was die ertoe kon leiden dat er maar twee zendereigenaren actief zouden worden op de kern van de radioadvertentiemarkt, heeft de ACM de aanscherping van de gebruiksbeperking tot maximaal drie kavels voor FM-frequenties alsnog expliciet geadviseerd. Dit gebeurde dus niet omdat de ACM tot nieuwe inzichten kwam op basis van niet significant gewijzigde marktomstandigheden, maar omdat de verstoringen van de mededinging op het gebied van zendereigenaren vanwege de nieuwe marktcontext die een veiling bood acuter en meer waarschijnlijk werden. Gelet hierop vond de ACM het noodzakelijk en proportioneel om een maximering van drie kavels per zendereigenaar te adviseren.

45. Ten tijde van het 2022-Advies waren er geen significante wijzigingen in het concurrentiespeelveld die zouden moeten hebben geleid tot een ander advies. Daarbij moet rekening gehouden worden met het feit dat als gevolg van een veiling de markt er heel anders uit zou kunnen komen te zien. Voor het bepalen van de mogelijke verstoringen moet dan ook rekening gehouden worden met de slechtst mogelijke uitkomsten na de veiling. Het is wenselijk dat maximaal drie kavels in handen van één zendereigenaar komen. Dit om te voorkomen dat de landelijke commerciële FM-muziekfrequenties in handen van twee zendereigenaren komen, waar de eerder geschetste verstoringen van de mededinging uit voortvloeien. Marktaandelen in de periode voorafgaand aan de veiling geven daarbij enkel inzicht in de concurrentiedruk op dat moment, maar zeggen niets over de verdeling van concurrentiedruk die na de veiling binnen de te veilen kavels kan ontstaan.

46. Ondanks het voorgaande geeft de ACM toch een duiding van de concurrentiedruk aan de hand van de marktaandelen van Talpa Radio voorafgaand aan de veiling. Dat het marktaandeel van Talpa Radio op de luistermarkt voorafgaand aan de veiling zou zijn afgenomen naar 35,2% ten opzichte van de 2019 en 2020 laat slechts zien dat de concurrentiedruk die Talpa Radio met een bezit van vier kavels voorafgaand aan de veiling

wist uit te oefenen op andere spelers in de radioluistermarkt afnam. Daarbij daalde ook het aandeel van Talpa Radio op de radioadvertentiemarkt. Zoals hierboven beschreven, houdt de luistermarkt via netwerkeffecten verband met de advertentiemarkt en leidt een dalend marktaandeel op luistergebied er in de regel toe dat het marktaandeel op advertenties ook zal dalen. Het is dan ook niet vreemd dat Talpa Radio ook op de advertentiemarkt terrein inleverde. Daarnaast beschikte Talpa Radio voorafgaand aan de veiling weliswaar over vier landelijke commerciële FM-frequenties, maar waren er nog drie andere partijen actief met een landelijke commerciële FM-frequentie (met een verdeling van 4, 2, 1, en 1 kavel(s) per zendereigenaar) die enige concurrentiedruk zouden kunnen uitoefenen. Zo won Qmusic tussen 2019 en 2022 aan luistermarktaandeel van 14,8 naar 20,3%, wat zich vertaalde in een marktaandeel op de advertentiemarkt dat steeg van [10-20%] naar [20-30%]. Het feit dat de concurrentiedruk van Talpa Radio in het in 2022 geschetste concurrentiespeelveld was afgenomen, zegt echter nog niets over de onwenselijke situatie die na de veiling zou kunnen ontstaan. Met een maximum aantal kavels van vier per zendereigenaar zouden namelijk alle commerciële FM-muziekfrequenties in handen kunnen komen van twee zendereigenaren, met alle geschetste mogelijke verstoringen van de mededinging van dien.

De zienswijze van Talpa Radio

47. Talpa Radio betoogt in de eerste plaats dat de besluitvorming van de Minister onzorgvuldig is doordat de Minister de onderliggende stukken niet heeft bestudeerd, terwijl het 2024-Advies een aantal evidente onjuistheden bevat. Uit een zorgvuldige bestudering van de stukken blijkt dat de bevindingen van de ACM geen steun vinden in het dossier. In de brief van 26 november 2024 heeft de rechtbank reeds bevestigd dat de Minister zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat de door Talpa Radio gevraagde stukken geen stukken zijn als bedoeld in artikel 8:42 Awb. De Minister had zich gelet op de strekking van artikelen 3:2 en 3:9 van de Awb moeten vergewissen van de zorgvuldigheid van het 2024-advies van de ACM.

48. Talpa Radio betoogt in de tweede plaats dat de ACM een onjuist toetsingskader hanteert, dat de analyse tekortschiet in het licht van vereisten die gelden op grond van artikel 3.11 van de Tw en artikel 52 van de Telecomcode en dat de ACM en de Minister na een bestuurlijke lus ten onrechte hebben nalaten om in dit verband een ex nunc toets te verrichten. Volgens Talpa Radio is er gezien de huidige en verwachte marktomstandigheden geen mededingingsprobleem of -risico dat een ingrijpende maatregel, zoals een ex ante verbod op het bezit van meer dan drie landelijke FM-vergunningen, kan rechtvaardigen. Talpa Radio wijst in dit verband op het volgende. In overweging 133 van de considerans bij de Telecomcode is te lezen dat een consistente en objectieve mededingingstoets ten aanzien van het opleggen van voorwaarden ter bevordering van de concurrentie noodzakelijk is en dat die op consistente wijze moet worden toegepast. En voorts dat het gebruik van dergelijke maatregelen daarom moet worden gebaseerd op een grondige en objectieve, door de nationale regelgevende instanties en andere bevoegde instanties uit te voeren, beoordeling van de markt en de concurrentievoorwaarden op die markt. De ACM heeft echter niet aangetoond dat de gebruiksbeperking op grond van artikel 3.11 van de Tw noodzakelijk is om de daadwerkelijke mededinging in stand te houden. Daarmee heeft de ACM evident niet voldaan aan de maatstaf die de rechtbank in de tussenuitspraak heeft bevestigd. De ACM beschrijft weliswaar waarom het noodzakelijk is dat tenminste drie commerciële zendereigenaren wezenlijke concurrentiedruk kunnen uitoefenen om verstoringen van de mededinging te voorkomen, maar geeft deze verstoringen vervolgens op

geen enkele manier handen en voeten: het blijft onduidelijk wat de mededingingsbezwaren zijn en waarom die zouden ontstaan als er twee commerciële zendereigenaren over alle (muziek)kavels zouden beschikken. Bovendien laat het 2024-advies ook niet de vereiste prospectieve analyse zien zoals artikel 52 van de Telecomcode vereist. Daar komt bij dat de ACM geen ex nunc-toets heeft uitgevoerd, terwijl in de rechtspraak is bevestigd dat een herstelbesluit dient te worden gebaseerd op actuele feiten en (markt)omstandigheden (bijv. ECLI:NL:CBB:2016:374, punt 1.4.2). De ACM heeft weliswaar actuele marktgegevens opgevraagd door middel van informatieverzoeken en marktgesprekken, maar zij had ten tijde van het 2024-advies niet moeten kijken naar de hypothetische onwenselijke situatie die na de veiling zou kunnen ontstaan. Zij had juist de marktontwikkelingen die zich hebben voorgedaan moeten en kunnen beoordelen, en aan de hand daarvan moeten nagaan of de risico's voor de mededinging die de ACM in het hypothetische "worst case-scenario" voorzag, realistisch waren en zijn. Dit heeft de ACM niet gedaan.

49. Talpa Radio betoogt in de derde plaats dat het Advies-2024 niet zorgvuldig tot stand is gekomen, feitelijke en juridische grondslag mist en onvoldoende is gemotiveerd. Daartoe heeft zij samengevat het volgende aangevoerd:

- Het 2024-Advies schetst een onjuist en eenzijdig beeld van de relevante markt, doordat de analyse beperkt is tot "risico's op de radioadvertentiemarkt", terwijl de ACM elders in herinnering roept dat radio een tweezijdig medium is. De ACM negeert daarbij het duidelijke marktbeeld aan de luisterzijde waarbij alle marktpartijen die audio(visuele)content aanbieden, waaronder met name aanbieders van FM-radiozenders, DAB+-zenders, online radiozenders, muziekkanalen via kabelaanbieders en non-lineaire diensten, waaronder muziekstreamingdiensten, luisterboeken en talloze podcasts, concurreren om de aandacht van de luisteraar. Dit klemmt te meer nu de rechtbank en Talpa Radio de ACM hebben gewezen op deze ontwikkelingen, die in het 2024-Advies wederom worden genegeerd.
- De ACM gaat in het 2024-Advies ten onrechte uit van hypothetische "slechtst mogelijke uitkomsten na de veiling", waarbij "de landelijke commerciële FM muziekfrequenties in handen van twee zendereigenaren komen". Nergens blijkt uit dat de ACM onderzoek heeft gedaan naar de waarschijnlijkheid van dit scenario, bijvoorbeeld door marktpartijen voorafgaand aan de veiling te bevragen naar hun plannen. Bovendien blijkt uit de gespreksverslagen dat meerdere adverteerders concurrentiedruk ervaren vanuit BNR, die door de ACM ten onrechte buiten beschouwing wordt gelaten.
- De vermeende "verstoringen" van de mededinging worden in het 2024-Advies niet onderbouwd. De ACM licht niet toe waarom de reeds geconstateerde concentratie in de radiomarkt tot een verstoring van de mededinging zou kunnen leiden. Ook blijft onduidelijk welke negatieve mededingingsrechtelijke gevolgen zouden intreden wanneer twee marktspelers alle frequentievergunningen voor muziek zouden verwerven. Bovendien verschilt de huidige situatie niet van de situatie ten tijde van het 2019-Advies en het 2022-Advies. De gebruiksbeperking van vier vergunningen had er ook toen al toe kunnen leiden dat alle kavels voor muziek in handen kwamen van twee partijen en de ACM achtte dat niet problematisch. De ACM onderbouwt onvoldoende waarom dit nu wel problematisch zou zijn.
- De relatieve marktposities worden in het 2024-Advies onjuist weergegeven. Zo besteedt de ACM onvoldoende aandacht aan recente ontwikkelingen zoals de gewijzigde luister- en bestedingsaandelen van Talpa Radio en de toenemende druk vanuit digitale audioreclame. Ook wordt de concurrentiedruk van de NPO en Ster

onjuist in kaart gebracht. Deze lacune in het onderzoek klemte te meer, nu Talpa Radio de ACM herhaaldelijk op deze en andere ontwikkelingen heeft gewezen (zoals bijvoorbeeld de compenserende afnemersmacht van mediabureaus), evenals de rechtbank in de tussenuitspraak.

Beoordeling door de rechtbank

Toetsingskader, peilmoment en vergewisplicht

50. De rechtbank herhaalt hier dat zij in de tussenuitspraak heeft geoordeeld dat artikel 3:11 van de Tw er niet toe strekt dat de Minister slechts dan kan komen tot een regeling waarbij het maximum aan FM-frequenties op drie wordt gesteld, nadat de ACM aannemelijk heeft gemaakt dat er sprake is van een daadwerkelijk mededingingsprobleem. Het ex ante mededingingstoezicht als voorzien in artikel 3.11 van de Tw moet – mede gelet op artikel 52 van de Telecomcode – zo worden begrepen dat een gebruiksbeperking kan worden ingesteld om de daadwerkelijke mededinging te bevorderen en verstoringen van de mededinging te voorkomen. Uit het slot van het tweede lid van artikel 52 van de Telecomcode volgt dat de Minister zijn besluiten baseert op een objectieve en toekomstgerichte beoordeling van de mededingingsomstandigheden op de markt, van de vraag of dergelijke maatregelen noodzakelijk zijn om daadwerkelijke mededinging in stand te houden of tot stand te brengen en van de waarschijnlijke effecten van dergelijke maatregelen op bestaande en toekomstige investeringen door marktdeelnemers, met name op het gebied van de uitrol van netwerken. Voorts volgt daaruit dat de Minister daarbij rekening houdt met de marktanalyseaanpak van artikel 67, tweede lid, van de Telecomcode. Een maatregel als vervat in het gewijzigde artikel 4 van de Tijdelijke regeling is dus alleen mogelijk indien een marktonderzoek van de ACM daartoe aanleiding geeft. De rechtbank dient daarom te beoordelen of de Minister deze gebruiksbeperkende maatregel heeft kunnen baseren op het 2024-Advies waarmee de ACM het 2022-Advies heeft aangevuld.

51. Als algemeen uitgangspunt geldt dat het bestuursorgaan op het advies van een deskundige mag afgaan, nadat het is nagegaan of dit advies op zorgvuldige wijze tot stand is gekomen, de redenering daarin begrijpelijk is en de getrokken conclusies daarop aansluiten. Deze verplichting is neergelegd in artikel 3:9 van de Awb voor de wettelijk adviseur en volgt uit artikel 3:2 van de Awb voor andere adviseurs. Indien een partij concrete aanknopingspunten voor twijfel aan de zorgvuldigheid van de totstandkoming van het advies, de begrijpelijkheid van de in het advies gevolgde redenering of het aansluiten van de conclusies daarop naar voren heeft gebracht, mag het bestuursorgaan niet zonder nadere motivering op het advies afgaan. Zo nodig vraagt het orgaan de adviseur een reactie op wat een partij over het advies heeft aangevoerd (bijv. ECLI:NL:RVS:2020:278 en ECLI:NL:RVS:2024:727). De vraag of de Minister aan zijn vergewisplicht heeft voldaan, hangt dus grotendeels samen met de vraag of het 2024-Advies – dat door de ACM als wettelijk adviseur is uitgebracht – zelf zorgvuldig tot stand is gekomen. Daar voegt de rechtbank aan toe dat de vergewisplicht van artikel 3:9 van de Awb niet zo ver strekt dat de Minister zelf kennis dient te nemen van (al) het bronmateriaal dat ten grondslag heeft gelegen aan het 2024-Advies om zich ervan te kunnen vergewissen dat het onderzoek door de ACM op zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden. Daar komt bij dat de Minister inmiddels kennis heeft kunnen nemen van die onderliggende stukken die door de ACM op verzoek van de rechtbank zijn ingebracht, dit nadat Talpa Radio heeft gesteld dat die stukken in deze procedure ingebracht zouden moeten worden. De rechtbank zal zich

hieronder buigen over de vraag of de door Talpa Radio aangevoerde argumenten afbreuk doen aan het 2024-Advies.

Heeft de Minister terecht een ex tunc-toets toegepast?

52. De rechtbank volgt Talpa Radio niet in haar betoog dat de ACM in het 2024-Advies een ex nunc-toets had moeten verrichten. Een bezwaar en beroep tegen een verdeling van schaarse vergunningen via een veiling, zoals hier aan de orde, dient mede uit een oogpunt van rechtszekerheid ex tunc te worden beoordeeld. Het beoordelingsmoment dat hier voorligt is dus of de Minister voorafgaand aan de veiling van de negen landelijke kavels tot het oordeel heeft kunnen komen dat een gebruiksbeperking noodzakelijk is om daadwerkelijke mededinging in stand te houden of tot stand te brengen. In die zin moet ook de noodzaak tot een op de toekomst gerichte objectieve beoordeling worden begrepen. Het gaat er om wat de Minister aan de hand van een objectieve beoordeling voorafgaand aan de veiling mocht verwachten. Gelet op het peilmoment dat ligt bij de totstandkoming van de veilingregeling is voor de door Talpa beoogde ex nunc (her)beoordeling geen ruimte (vgl. ECLI:NL:RVS:2020:2571 (Greenpeace), punt 6.2.4, ECLI:NL:RVS:2016:1421 (concl. AG Widdershoven), punt 4.15, ECLI:NL:CBB:2010:BL3125, punt 6.2.2, ECLI:NL:RVS:2012:BW7592, punt 2.4.1). De stelling van Talpa Radio dat het van belang is bij de beoordeling in aanmerking te nemen wat zich na de veiling heeft gemanifesteerd, dit ook omdat de gebruiksbeperking nog steeds relevant is voor de toekomst voor het overdragen van andere kavels, volgt de rechtbank niet. Gezien de hiervoor genoemde ex-tunc toets kan de gewijzigde marktsituatie na de veiling, die overigens niet los kan worden gezien van de gewijzigde gebruiksbeperking van vier naar maximaal drie frequentiekavels, bij de onderhavige beoordeling niet aan de orde komen. Dat de ACM in het 2024-Advies ook naar de meer actuele ontwikkelingen heeft gekeken, leidt niet tot een ander oordeel. Zoals ACM ter zitting heeft toegelicht, heeft zij hiermee meer gedaan dan wat strikt noodzakelijk is en neemt dit niet weg dat hier de situatie voorafgaand aan de veiling ter beoordeling voorligt. De rechtbank voegt hier aan toe dat anders dan Talpa Radio lijkt te veronderstellen geen sprake is van een nieuw besluit van de Minister als bedoeld in artikel 1:3 van de Awb na toepassing van de bestuurlijke lus. De Minister heeft immers geen nieuwe veilingregeling vastgesteld en ook geen nieuw bekendmakingsbesluit of afwijzingsbesluit genomen. De Minister heeft slechts een aanvullend advies van de ACM ingebracht en gesteld dat dit nadere advies naar zijn oordeel zijn eerdere besluit kan dragen om de bij algemeen verbindend voorschrift vastgestelde gebruiksbeperking van vier kavels per rechtspersoon te beperken tot drie kavels per rechtspersoon. Het voorgaande betekent dat de marktsituatie na de veiling niet kan meewegen voor het antwoord op de vraag of de gewijzigde gebruiksbeperking met terugwerkende kracht ongedaan gemaakt zou moeten worden.

Heeft de ACM de luister- en advertentiemarkt juist afgebakend?

53. De rechtbank onderschrijft niet het standpunt van Talpa Radio dat de ACM met het 2024-Advies een onjuist en eenzijdig beeld van de relevante markt schetst, doordat de analyse beperkt is tot risico's op de radioadvertentiemarkt. Daartoe overweegt de rechtbank als volgt. Zoals de ACM heeft overwogen, is de leidende gedachte in haar eerdere adviezen dat een begrenzing van het aantal kavels per zendereigenaar moet voorkomen dat er een mate van concentratie van radiofrequenties plaatsvindt die, met name op de radioadvertentiemarkt, risico's met zich meebrengt op verstoringen van de mededinging. Met het 2024-Advies heeft de ACM voortgeborduurd op dit uitgangspunt. De rechtbank is

van oordeel dat de ACM hierbij niet is uitgegaan van een te beperkte onderzoekafbakening. De omstandigheid dat radio een tweezijdig medium is, maakt dit niet anders. De ACM heeft in dit verband niet ten onrechte tot uitgangspunt genomen dat het overgrote deel van de omzet van een commerciële radiozender wordt behaald door advertentie-inkomsten. Adverteerders betalen voor uitgezonden reclame, veelal gebaseerd op het aantal seconden, het aantal bereikte luisteraars, of het percentage van bereikte luisteraars uit een specifieke doelgroep. Daarbij heeft de ACM netwerkeffecten beschreven waaruit het belang van advertentie-inkomsten naar voren komt. Hoe meer luisteraars een zender heeft, des te interessanter is zij voor adverteerders. De zender kan dan meer effectieve advertentietijd bieden en hogere advertentieprijzen vragen. Die middelen kan zij inzetten om haar kwaliteit te verhogen teneinde haar luisterpubliek te vergroten, waardoor zij nog aantrekkelijker wordt voor adverteerders. De ACM heeft gelet op de tweezijdigheid van de markt en de netwerkeffecten, ook inzicht gegeven in de marktaandelen op de luistermarkt. Daarbij heeft de ACM zich gebaseerd op de luistercijfers in de doelgroep 20-49 jaar, omdat de meeste (grote) advertenciecampaagnes zich in 2022 richtten op deze doelgroep. Daarbij is opgemerkt dat de verwachting is dat de markt zal verschuiven naar een hogere leeftijdsgroep. Die enkele verwachting maakt niet dat de ACM haar analyse op een ander luisterpubliek moest richten. Evenmin heeft Talpa Radio argumenten aangedragen op grond waarvan de ACM nader onderscheid moest maken tussen groepen luisteraars.

54. Voorts heeft de ACM naar het oordeel van de rechtbank afdoende beargumenteerd waarom de toename in digitale audioreclame geen aanleiding geeft dit medium te betrekken in haar analyse. Anders dan Radio Talpa stelt, heeft de ACM deze ontwikkelingen niet genegeerd, maar besproken in haar 2024-Advies. Zij heeft cijfermatig uiteengezet dat de procentuele stijging van de digitale audioreclame niet heeft geleid tot een beduidend groter marktaandeel en uiteengezet dat – mocht er al sprake zijn van substitutie – deze niet in dusdanige mate zou plaatsvinden dat sprake is van wezenlijke concurrentiedruk in absolute zin. Voorts gaat het om een andersoortige vorm van reclame. De ACM heeft in dit verband uiteengezet dat analoge radioreclame zich richt tot alle luisteraars, terwijl digitale audioreclame is gericht op de specifieke luisteraar. Verder heeft de ACM uiteengezet dat de wijze van inkoop verschilt. Gelet op een en ander is de rechtbank van oordeel dat de omstandigheid dat de ACM in de toename van digitale audioreclame geen reden heeft gevonden om tot een bredere afbakening van de radioadvertentiemarkt te komen niet maakt dat haar nadere advies onzorgvuldig is.

55. De veiling die medio 2023 plaatsvond, zag op negen landelijke analoge en digitale commerciële radiovergunningen. Partijen die een kavel wisten te bemachtigen, kregen daarbij een landelijke commerciële FM-frequentie in handen, alsook een bijbehorende DAB+ frequentie. Zeven van de negen te vergeven kavels waren ongeclausuleerd. Twee kavels bevatten een clausulering, namelijk één voor Nederlandstalige muziek en één voor Nieuws en Actualiteiten. BNR bezat voorafgaand van de veiling een geclausuleerde kavel. Volgens de ACM vallen BNR en de geclausuleerde kavel voor Nieuws en Actualiteiten buiten de kern van de radioadvertentiemarkt. De ACM heeft er naar het oordeel van de rechtbank terecht op gewezen dat de luister- en advertenciecijfers suggereren dat commerciële nieuwszenders slechts een beperkt deel van de markt bedienen (met een aandeel van 0,5% op de luistermarkt en een aandeel van [0-10%] op de advertentiemarkt voor 2021) en vooral gericht zijn op ondernemers, in plaats van consumenten in het algemeen. De concurrentiedruk vanuit zulke zenders lijkt dan ook beperkt. Een verdergaande motivering acht de rechtbank op dit punt niet noodzakelijk.

56. Voorts is de rechtbank van oordeel dat de ACM in het 2024-Advies afdoende uiteen heeft gezet waarom de publieke radiozenders van NPO (vertegenwoordigd door Ster) niet als concurrerende factoren zijn beschouwd. De ACM heeft de concurrentiedruk van Ster op de radioadvertentiemarkt (nader) onderzocht. Hieruit blijkt volgens de ACM dat de concurrentiedruk die zij uitoefent beperkter is dan die van commerciële muziekzenders. In dit verband heeft de ACM het volgende in aanmerking genomen. De restrictie op de hoeveelheid reclame bij de zenders van Ster betekent dat Ster in mindere mate concurrenten kan disciplineren dan de commerciële partijen. Bij een prijsstijging van concurrenten kan Ster in vergelijking met de commerciële partijen immers beperkt haar aanbod vergroten en daarmee de prijsstijging teniet doen. Daarnaast mag de NPO radioprogramma's anders dan commerciële zenders niet onderbreken met advertentieblokken. De zenders van de NPO worden geprogrammeerd voor bepaalde luisterdoelgroepen. Het zijn voornamelijk NPO Radio 2 en 3 waarmee de NPO eenzelfde doelgroep bereikt als de commerciële zenders (met respectievelijk een luisteraandeel van zo'n 14% en 3% in 2021). Ster heeft verder in 2018 besloten om haar prijsbeleid drastisch te veranderen. Sinds de wijziging hanteert Ster vaste, van tevoren gepubliceerde, prijzen voor advertentiezendtijd op de radiozenders van de NPO. De vaste tarieven zijn volgens mediabureaus scherp geprijsd in vergelijking met de basistarieven van de commerciële radiozenders, maar Ster geeft geen grote kortingen als er veel wordt afgenomen. Zij hanteert namelijk geen bestedingsaandeelkortingen. Hierdoor is zij bij grote bestedingen – door veelal grote adverteerders – relatief duur ten opzichte van de commerciële partijen, maar betaalbaar voor de kleinere adverteerder. Dit leidt ertoe dat adverteren op zenders van Ster minder aantrekkelijk is voor juist grote adverteerders, maar aantrekkelijker voor kleine adverteerders met een beperkt budget. Ster is zich hiervan bewust en hecht vanwege haar publieke karakter waarde aan een divers klantenbestand, het bieden van kansen aan kleine(re) adverteerders en maatschappelijke organisaties. Ook hebben de bestedingsaandeelkortingen van de commerciële zenders een sterke invloed op het bestedingsaandeel dat Ster ontvangt van adverteerders. Omdat Ster geen bestedingsaandeelkortingen hanteert, is er voor de mediabureaus/adverteerders geen prikkel om meer bij Ster, en daarmee minder bij de commerciële saleshuizen te besteden. De ACM heeft geen aanwijzingen dat Ster haar beleid op dit vlak in de komende jaren zal wijzigen. Alles bij elkaar maakt dit dat de ACM NPO en Ster niet als concurrerende factoren heeft beschouwd. Wat Talpa Radio hiertegen heeft aangevoerd acht de rechtbank onvoldoende om het 2024-Advies onzorgvuldig te achten.

Heeft de ACM voldoende onderbouwd dat een cap van drie kavels noodzakelijk is?

57. Met betrekking tot de betogen van Talpa Radio dat de ACM niet, althans onvoldoende, heeft onderbouwd waarom zij uitgaat van de hypothetische slechtst mogelijke uitkomsten na de veiling, waarbij de landelijke commerciële FM-muziekfrequenties in handen van twee zendereigenaren komen en waarom het problematisch is als de acht kavels voor muziek in handen zouden komen van twee partijen, komt de rechtbank tot de volgende beoordeling.

58. De rechtbank kan het uitgangspunt van de ACM in het 2024-Advies onderschrijven dat de uitkomsten van een veiling, binnen de grenzen die daaraan worden gesteld (door maximering van het aantal kavels dat in totaal en per rechtspersoon kan worden verworven, en door clausulering van die kavels), per definitie onzeker zijn. Daarna ligt de verdeling van de kavels (in beginsel) voor langere tijd vast. Zenders die voorafgaand aan de veiling succesvol waren, kunnen na de veiling zonder frequentie eindigen. Nieuwe exploitanten die

een frequentie bemachtigen kunnen de markt betreden. Gelet hierop kan de rechtbank het standpunt van de ACM volgen dat zij wat betreft de verstoringen van de mededinging rekening moet houden met de slechtst mogelijke uitkomsten na de veiling, wat zou betekenen dat twee partijen ieder het maximaal toegestane aantal kavels (van op dat moment vier) verkrijgt. Hoewel de rechtbank het standpunt van Talpa Radio kan volgen dat dit laatste gelet op de eerdere verdeling van 4, 2, 1, en 1 kavel(s) per zendereigenaar niet direct voor de hand lag, heeft de ACM in haar 2024-Advies wel laten zien dat DPG ook al voorafgaand aan de veiling een rijzende speler was die een marktaandeel tussen de 20 en 30% van de advertentiemarkt bezat (zie in het 2024-Advies tabel 3 op blz. 11 van dat advies).

59. In haar 2024-Advies heeft de ACM uiteengezet waarom volgens haar een verdeling van de acht FM-musiekkavels voor muziek tussen twee partijen vanuit mededingingsoogpunt ongewenst is. Zij heeft er in de eerste plaats op gewezen dat de radioadvertentiemarkt niet voldoet aan de voorwaarden waaronder in theorie twee spelers die wezenlijke concurrentiedruk kunnen uitoefenen voldoende zijn voor het voorkomen van verstoringen van de mededinging. Dit komt door heterogeniteit van het luisteraanbod en capaciteitsrestricties, doordat de advertentiezendtijd een harde bovengrens heeft. In de tweede plaats heeft de ACM er op gewezen dat ook met het bestaan van een maximering van drie kavels per zendereigenaar sprake is van een hoge mate van concentratie.

60. De rechtbank kan het eerste meer theoretische argument van de ACM volgen dat de radioadvertentiemarkt niet voldoet aan de voorwaarden waaronder in theorie twee spelers die wezenlijke concurrentiedruk kunnen uitoefenen voldoende zijn voor het voorkomen van verstoringen van de mededinging. Gelet op het marktaandeel dat DPG reeds innam voorafgaand aan de veiling, ziet de rechtbank aanleiding om de ACM ook in haar advies te volgen voor zover zij wil aanvoeren dat de kans niet denkbeeldig was dat DPG na de veiling een groot marktaandeel zou verkrijgen in de radioadvertentiemarkt en dat wanneer DPG en Talpa beide vier kavels zouden bemachtigen, met die combinatie een te grote mate van concentratie zou kunnen ontstaan, wat ook gelet op het geschetste theoretische kader over het minimum aantal spelers ongewenst zou zijn.

61. Met betrekking tot de hoge mate van concentratie die de ACM als tweede argument noemt en heeft onderbouwd met de concentratiemaatstaf HHI en de ervaringen van adverteerders, merkt de rechtbank het volgende op. Deze informatie dateert van het eerste kwartaal 2024, dus van een periode die ligt na de veiling die medio 2023 plaatsvond, dit terwijl de situatie voorafgaand aan de veiling en de op basis daarvan te verwachten ontwikkelingen bepalend zijn voor het instellen van een cap van drie kavels per rechtspersoon. Het in aanmerking nemen van de werkelijke situatie in het eerste kwartaal 2024 valt niet te rijmen met het uitgangspunt van de ACM dat zij uit moest gaan van een worst case-scenario, waarbij dus niet tevoren duidelijk is wat de uitkomst is van de veiling. De overwegingen van de ACM over de gebleken concentratie in 2024 kunnen derhalve slechts als overweging ten overvloede gelden.

62. De rechtbank volgt niet het standpunt van Talpa Radio dat de ACM niet goed heeft onderbouwd waarom zij afwijkt van haar eerdere adviezen. In dit verband overweegt de rechtbank het volgende. Naar het oordeel van de rechtbank heeft de ACM in haar 2024-Advies gemotiveerd aangegeven waarom zij in afwijking van het 2019-Advies en het 2020-Advies een gebruiksbeperking van drie kavels adviseert. Weliswaar zag het 2019-Advies

eveneens op een verdeling voor langere duur, maar dat advies zag niet op een gebruiksbeperking met het oog op een verdeling, laat staan een veiling. Zoals de Minister heeft opgemerkt, waren de vergunningen immers in 2017 met vijf jaar verlengd tot 31 augustus 2022. De gebruiksbeperking was dus vooral van belang met het oog op de vraag of een vergunningoverneming door een eigenaar die al meerdere kavels in bezit heeft wenselijk is of niet. Bovendien heeft de ACM al in haar 2019-Advies geschreven dat zij signalen heeft ontvangen waaruit blijkt dat de markt op dat moment niet optimaal functioneerde en dat één partij op basis van vier frequentiekavels al over een zodanig groot marktaandeel beschikt dat hier een economische machtspositie uit kan volgen, het niet wenselijk is als één partij zou kunnen beschikken over nog meer dan vier kavels. Daarbij gaf de ACM aan dat het bezit van vier frequentiekavels door één partij, gegeven het hoge marktaandeel dat hiermee kan worden bereikt, volgens haar reeds aan de bovengrens zit van wat wenselijk is vanuit het oogpunt van de mededinging. Weliswaar waren er destijds vier kavels geclausuleerd, tegen nu twee, maar ook toen al voorzag de ACM mededingingsproblemen. Bovendien was er ondanks het bestaan van een partij die vier commerciële landelijke FM kavels in handen had, sprake van een situatie waarbij de overige kavels over drie andere zendereigenaren verdeeld waren. Het risico op het ontstaan van een situatie waarin minder dan drie zendereigenaren aanwezig waren op de kern van de radioadvertentiemarkt was op dat moment dan ook niet aan de orde. De ACM heeft er daarom in 2019 mee volstaan om de mogelijke problemen voor de concurrentie te schetsen. Daar komt bij dat ook het 2020-Advies weliswaar uitgaat van een gebruiksbeperking tot vier kavels, maar daar betrof het een veiling van twaalf digitale kavels (het DAB+-spectrum in laag 7), dat is een derde meer dan de veiling van negen FM-kavels. In dit verband overwoog de ACM dat als gevolg van deze spectrumcap van 40% minimaal drie partijen spectrum kunnen verwerven tijdens de voorgenomen veiling.

Tussenconclusie

63. Naar het oordeel van de rechtbank heeft de Minister het 2024-Advies kunnen volgen omdat dit in essentie voldoet aan de eisen van zorgvuldigheid. Daarmee heeft de Minister alsnog een economische onderbouwing gegeven van de gebruiksbeperking tot drie kavels.

Hoe verder?

64. In haar oorspronkelijke beroep heeft Talpa Radio drie beroepsgronden aangevoerd. De eerste beroepsgrond over de wettelijke grondslag behoeft geen bespreking meer omdat die is verworpen in de tussenuitspraak. Gelet op wat hiervoor is overwogen over het 2024-Advies behoeft ook de tweede beroepsgrond van Talpa die betrekking had op het 2022-Advies geen bespreking meer.

65. Met haar oorspronkelijke derde beroepsgrond stelt Talpa Radio zich op het standpunt dat aan de eigendomsbeperking geen zorgvuldige voorbereiding en belangenafweging ten grondslag ligt en deze onevenredig is. Talpa Radio stelt daartoe dat de Minister erkent dat hij de gevolgen voor Talpa Radio niet heeft betrokken bij zijn belangenafweging, kennelijk uitsluitend omdat Talpa Radio geen bestaande vergunning zou verliezen. Een aanpassing van de eigendomsbeperking behoort volgens Talpa Radio evenwel niet tot haar normale ondernemingsrisico's en was voor haar niet voorzienbaar, mede omdat de ACM in eerdere adviezen vanuit mededingingsperspectief geen aanleiding zag de eigendomsbeperking aan te passen en het luister- en bestedingsaandeel van de Talpa radiozenders sindsdien is afgenomen. De maatregel is volgens Talpa Radio ook onevenredig. Noch de ACM noch de Minister hebben onderbouwd dat deze drastische vorm

van marktinterventie geschikt, noodzakelijk en evenwichtig is om een mededingingsprobleem te adresseren.

66. De rechtbank stelt bij bespreking van deze derde beroepsgrond voorop dat de gebruiksbeperking een grondslag heeft in nationale wetgeving die een omzetting vormt van artikel 52 van de Telecomcode. Gelet op wat hiervoor is overwogen over het 2024-Advies is de rechtbank voorts van oordeel dat de gebruiksbeperking geschikt, noodzakelijk en evenwichtig is om een mededingingsprobleem te adresseren. Omdat sprake is van een nieuwe vergunningverdeling via een veiling die in juli 2023 heeft plaatsgevonden, is de rechtbank met de Minister van oordeel dat geen sprake is van een eigendomsbeperking. Anders dan Talpa Radio is de rechtbank verder van oordeel dat zij er niet op kon vertrouwen dat de gebruiksbeperking van vier kavels een constante zou blijven. In de aanloop naar de veiling was duidelijk dat de Minister opnieuw advies aan de ACM zou vragen over de cap, terwijl reeds uit het 2019-Advies naar voren kwam dat de ACM meende dat sprake was van mogelijk problematische concentratie. Dit betekent dat de derde beroepsgrond van Talpa Radio niet slaagt.

67. Gelet op het voorgaande is de rechtbank van oordeel dat artikel 39 van de veilingregeling, dat voorziet in wijziging van artikel 4 van de Tijdelijke regeling, niet onverbindend is of buiten toepassing dient te blijven.

68. Daarmee biedt artikel 39 van de veilingregeling alsnog een grondslag voor het bekendmakingsbesluit en het afwijzingsbesluit. Omdat voorafgaand aan de bestuurlijke lus onzeker was of deze bepalingen buiten toepassing moesten blijven en door de rechtbank daarom een gebrek in het bekendmakingsbesluit en het afwijzingsbesluit is vastgesteld, zijn de beroepen van Talpa Radio gegrond en ziet de rechtbank aanleiding het bekendmakingsbesluit en het afwijzingsbesluit te vernietigen (vgl. ECLI:NL:CRVB:2016:375). Omdat de Minister het gebrek in het bekendmakingsbesluit en het afwijzingsbesluit heeft hersteld, ziet de rechtbank voorts aanleiding om te bepalen dat de rechtsgevolgen van deze besluiten in stand blijven.

69. Omdat de twee samenhangende beroepen van Talpa Radio gegrond zijn, dient de minister het door Talpa Radio verschuldigde griffierecht te voldoen. Vanwege de samenhang tussen beide zaken is Talpa Radio eenmaal griffierecht verschuldigd. Omdat voor beide zaken het griffierecht van de rekening-courant van de gemachtigden van Talpa Radio is afgeschreven, zal de rechtbank de griffier gelasten het griffierecht in een van de zaken (ROT 23/3885) terug te storten.

70. Voorts zal de rechtbank de Minister veroordelen in de proceskosten van Talpa Radio. Met inachtneming van het Besluit proceskosten bestuursrecht stelt de rechtbank deze kosten vast op een bedrag van € 6.349,- (1 punt voor het indienen van de beroepschriften, 1 punt voor het verschijnen op de eerste zitting, 0,5 punt voor de schriftelijke zienswijze na de bestuurlijke lus, 1 punt voor de nadere zitting na de tussenuitspraak, waarbij voor ieder punt een bedrag van € 907,- wordt toegekend en een weging van 2 wegens de zwaarte van de zaken wordt toegepast.)

Beslissing

De rechtbank:

- verklaart de beroepen van Radio Talpa gegrond;
- vernietigt het bekendmakingsbesluit en het afwijzingsbesluit;
- laat de rechtsgevolgen van beide besluiten in stand;
- bepaalt dat de Minister het door Talpa Radio betaalde griffierecht van € 365,- aan haar vergoedt;
- veroordeelt de Minister in de proceskosten van Talp Radio tot een bedrag van € 6.349,-.

Deze einduitspraak is gedaan door mr. T. Boesman, voorzitter, en mr. S.E.C. Debets en mr. J.J.R. Lautenbach, leden, in aanwezigheid van mr. R. Stijnen, griffier. De uitspraak is uitgesproken in het openbaar op 1 juli 2025.

*De griffier is niet in staat
de uitspraak te ondertekenen*

griffier

voorzitter

Een afschrift van deze uitspraak is verzonden aan partijen op:

1 JUL 2025

Informatie over hoger beroep

Tegen deze uitspraak staat binnen zes weken na de dag van bekendmaking van deze uitspraak hoger beroep open bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.