

Aan de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat  
Via internetconsultatie

Datum : 9 april 2021  
Onze referentie : D20210090

## **Zienswijze op consultatie Besluit bekendmaking veiling kavels B01, B03, B04, B06 tot en met B26, B35 en B37**

*Namens RadioCorp B.V. (exploitant van de geclausuleerde landelijke radiozender 100% NL) en Slam! B.V. (exploitant van de geclausuleerde landelijke radiozender Slam!), beide gevestigd te Naarden aan de Flevolaan 41, 1411 KC, hierna gezamenlijk "RadioCorp".*

Het Besluit bekendmaking veiling kavels B01, B03, B04, B06 tot en met B26, B35 en B37 (hierna: "het Besluit") is een uitwerking van de Regeling voorwaardelijke veiling niet-landelijke commerciële FM-vergunningen (hierna: de "Regeling"). RadioCorp heeft in de consultatiefase van de Regeling reeds een uitgebreide reactie ingediend<sup>1</sup>, die hier als herhaald en ingelast moet worden beschouwd. RadioCorp heeft geconstateerd dat de staatssecretaris naar aanleiding van haar vorige reactie geen aanpassingen in de regelgeving heeft aangebracht, en ziet daarom aanleiding om ook een zienswijze op het Besluit in te dienen, en daarin haar eerder geuite kritiek opnieuw naar voren te brengen. Kort gezegd meent RadioCorp dat de systematiek die uit de Regeling en het Besluit voortvloeit, die bestaat uit een voorwaardelijke intrekking van de regionale vergunningen, in strijd is met Europese en nationale wetgeving, het rechtszekerheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het beginsel van een evenredige belangenafweging. Evenwel was RadioCorp – net als de andere landelijke commerciële radio-omroepen – bereid zich aan te sluiten bij de oplossing die onderdeel uitmaakte van een groter pakket aan maatregelen zoals vastgelegd in het Eindverslag van de Dialoogsessies onder leiding van Medy van der Laan waar de gehele radiosector mee akkoord was. Tot grote verbazing van RadioCorp is echter de waarborg die onderdeel uitmaakte van dit akkoord en waarmee kon worden voorkomen dat regionale zenders via ketenvorming landelijke dekking kunnen verkrijgen, niet opgenomen in de regelgeving, noch in de te veilen concept-vergunningen. Daarmee is de nu voorliggende systematiek voor RadioCorp niet acceptabel. RadioCorp licht dit hieronder toe.

### *10% regiogerichtheid – belang RadioCorp*

Doel van de Regeling en het Besluit is – zo blijkt uit de toelichting bij de Regeling en de toelichting bij het Besluit – om het verplichte percentage regiogerichtheid van regionale omroepen naar 10% te brengen. De facto betekent dit dat de regiogerichtheidseis verdwijnt en de regionale zenders ongeclausuleerd kunnen gaan uitzenden. Immers, het landelijke ANP-nieuws, het landelijke weerbericht en de landelijke verkeersinformatie, die op alle zenders worden uitgezonden, tellen mee voor het percentage 'regiogericht'<sup>2</sup>. Hiermee wordt het percentage van 10% vrijwel automatisch behaald. Het behoeft geen uitleg dat dit leidt tot een aantasting van de concurrentiepositie van RadioCorp. Nieuwe ongeclausuleerde zenders gaan ten koste van het marktaandeel van de geclausuleerde zenders 100% NL en Slam!, die wél aan beperkingen

---

<sup>1</sup> Zie <https://www.internetconsultatie.nl/voorwaardelijkeveiling/reactie/da34c75c-fa8b-4700-8b83-5217630362ef>

<sup>2</sup> Zoals blijkt uit de vraag- en antwoordprocedure voorafgaande aan de vergelijkende toets in 2003

gebonden zijn. Overigens zal dit ook doorwerken in de concurrentiepositie van de andere landelijke radiozenders.

### *Risico verlandelijking regionale omroepen*

RadioCorp zou er nog wel mee kunnen leven als het voor alle huidige niet-landelijke vergunningen verplichte regiogerichtheidspercentage naar 10% zou worden verlaagd, als daarbij een waarborg bestond dat niet op een groot aantal regionale kavels hetzelfde radioprogramma zou worden uitgezonden, waardoor een landelijk netwerk kan worden gecreëerd. Een dergelijke waarborg is er nu niet. Weliswaar is in artikel 7 lid 1 sub c van de Regeling aanwijzing en gebruik frequentieruimte commerciële radio-omroep 2003 (hierna: "Regeling AGF") opgenomen dat het bereik van een commerciële omroepinstelling die regionale radioprogramma's uitzendt niet meer dan 30% van het aantal inwoners van Nederland mag zijn, die beperking voorkomt niet dat omroepinstellingen samen gaan werken en hetzelfde radioprogramma gaan uitzenden. Een dergelijke constructie kan ook niet worden tegengegaan op grond van de Tijdelijke regeling gebruiksbeperking commerciële FM-radio-omroep, zo blijkt uit de uitspraak van de Raad van State van 11 januari 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:39). In deze uitspraak is bepaald dat er geen sprake is van ongeoorloofde verbondenheid indien een vergunninghouder zelf een programma produceert en dat programma 'doorlevert' aan andere vergunninghouders, en daarbij zelf ook andere activiteiten van vergunninghouders overneemt, zoals de marketing (ook onder dezelfde stationsnaam) en het betalen namens die vergunninghouders van muzikauteursrechten. Regionale zenders kunnen dus in vergaande mate gaan samenwerken en hetzelfde programma uitzenden. Dit zou kunnen leiden tot één of meerdere radioprogramma's die door verschillende regionale omroepen met een gezamenlijk landelijk bereik worden uitgezonden, waarbij voor de luisteraar geen verschil te merken is met een programma dat door een landelijke vergunninghouder wordt uitgezonden. Met deze omstandigheid hadden de landelijke vergunninghouders, waaronder RadioCorp, geen rekening kunnen houden bij de verkrijging van hun vergunning. Deze koppel-mogelijkheid is voorts in strijd met de bedoeling van de wetgever, zoals blijkt uit de toelichting bij artikel 8 lid 2 Regeling AGF: "*Ten aanzien van de niet-landelijke commerciële omroep is overwogen dat vanwege de ontwikkelingsmogelijkheden op niet-landelijk niveau, de landelijk en niet-landelijk opererende commerciële omroepinstellingen zich niet op elkaars markt dienen te bewegen en tevens dat voorkomen moet worden dat via ketenvorming op niet-landelijk niveau zodanige concentraties ontstaan dat er zich semi-landelijke netwerken ontwikkelen.*" [onderstreping toegevoegd] Dit alles is uitgebreid toegelicht in de reactie van RadioCorp op de consultatie van de Regeling, waar naar wordt verwezen.

### *Afspraken in Dialoogsessies Medy van der Laan, toezeggingen Ministerie*

Om bovengenoemde reden kon de landelijke radiosector zich niet vinden in het voornemen om de regiogerichtheidseis voor alle niet-landelijke vergunninghouders naar 10% te brengen (en daarmee feitelijk los te laten). Over dit onderwerp, en een aantal andere vraagstukken die speelden in de radiosector, heeft overleg plaatsgevonden tussen de brancheverenigingen van de landelijke commerciële radiostations (VCR), niet-landelijke commerciële radiostations (NLCR) en de kleine commerciële radio-omroepen (KRCO). Dit overleg vond plaats ter uitvoering van de gewijzigde motie van de leden Weverling (VVD) en Sjoerdsma (D66) waarin de regering werd verzocht om tot een dialoog te komen tussen het Agentschap Telecom en alle relevante marktpartijen, onder meer om de huidige hoge mate van juridificering en stroperige processen te beperken.<sup>3</sup> Ter uitvoering van deze motie zijn onder leiding van Medy van der Laan Dialoogsessies

<sup>3</sup> Kamerstuk 24 095, nr. 454 aangenomen (Handelingen II 2018/19, nr. 22, item 22)

gehouden. Deze sessies bleken zeer succesvol en hebben geleid tot een akkoord waar alle deelnemende partijen, en daarmee dus de gehele radiosector, zich in konden vinden. Dit akkoord bestond uit een totaalpakket aan oplossingen, waarbij van belang was deze oplossingen met elkaar verbonden zijn. Onderdeel van deze oplossingen was dat de landelijke radiozenders akkoord zouden gaan met de constructie van een voorwaardelijke veiling met als doel de regiogerichtheidsgraad naar 10% terug te brengen, indien er een beperking in de wet zou worden opgenomen dat hetzelfde radioprogramma niet meer dan 30% demografisch bereik mag hebben. Daarmee zou worden voorkomen dat er landelijke dekking via regionale zenders wordt bereikt. Zie het akkoord op pagina 10 van het Eindverslag: "*Nieuwe Beperking: 30% demografisch bereik niet-landelijk radioprogramma Eenzelfde niet-landelijk radioprogramma mag op FM niet meer dan 30% demografisch bereik realiseren. Deze kwestie oplossen in Regeling AGF 2003 (artikel 7). EZK zal komen tot een definitie van "eenzelfde niet-landelijk radioprogramma".*"<sup>4</sup>

Zoals uit het Eindverslag blijkt heeft het Ministerie van EZK deze beperking juridisch laten toetsen. Op 21 december 2019 heeft het Ministerie van EZK schriftelijk aan deelnemers aan de dialoogsessies laten weten "*dat wij [...] mogelijkheden zien voor het doorvoeren van een 30% publieksbereik voor een en hetzelfde programma in de regeling AGF.*" Daarmee leek het erop dat het grootste bezwaar van de landelijke radiosector tegen de voorgenomen voorwaardelijke veiling zou zijn weggenomen.

#### *Beperking van 30% publieksbereik niet doorgevoerd*

Tot grote verbazing van RadioCorp, is echter in de Regeling of in de te verlenen vergunningen zoals opgenomen in het Besluit, niets te vinden over deze beperking, en is de Regeling AGF ook niet aangepast conform de toezegging van het Ministerie. Dit klemt temeer nu in de toelichting bij de Regeling als argument voor invoering daarvan is opgenomen dat "*de sector als geheel akkoord [is] gegaan met het veilen van de bestaande niet-landelijke vergunningen, met als mogelijk resultaat dat niet-landelijke partijen die hiervoor kiezen gedurende de huidige vergunningstermijn kunnen gaan uitzenden met een regiogerichtheidspercentage van 10%*". Gemakshalve wordt daarbij echter niet vermeld dat de sector hier enkel mee akkoord is gegaan onder de voorwaarde dat er een aanvullende beperking zou worden opgenomen om landelijke verspreiding van hetzelfde programma te voorkomen. In de toelichting bij de Regeling is ten aanzien van de opmerkingen op de consultatie van RadioCorp opgenomen dat er zal worden onderzocht of de scheiding tussen het landelijke en niet-landelijke domein aanscherping behoeft. RadioCorp heeft hierover contact opgenomen met het Ministerie van EZK, en kreeg als reactie dat het Ministerie van OCW en het Ministerie van EZK "op korte termijn niet met een wijziging" zullen komen. Dat is niet acceptabel, nu dit wél op korte termijn, te weten vóórdat de nieuwe vergunningen worden geveild, moet zijn geregeld. Immers kan een dergelijke beperking – die raakt aan de vergunningsvoorwaarden – niet alsnog worden ingevoerd als de vergunningen al geveild en verleend zijn.

In de toelichting bij de Regeling wordt ten aanzien van de opmerkingen van RadioCorp verder nog opgemerkt dat de wetgever een percentage van 10% in de Regeling AGF heeft opgenomen, en dat daaruit volgt dat de wetgever een dergelijk percentage onderscheidend genoeg vond om een radioprogramma aan te merken als regionaal. Daarmee wordt miskend dat de in de Regeling AGF genoemde percentages minimumpercentages zijn, en dat de vergelijkende toets in 2003 nu juist zag op het geboden percentage regiogerichtheid. De bedoeling van de wetgever was dus dat er zo hoog mogelijke percentages regiogerichtheid zouden worden geboden, voor een zo pluriform

---

<sup>4</sup> Eindverslag: uitvoering motie relatie Agentschap Telecom-radiosector (Fase 1), Bijlage bij Kamerbrief van 09-04-2020, Kamerstukken II, 2019-2020, 24095, nr. 511.

mogelijk aanbod. Het was daarmee in 2003 al duidelijk dat de meeste vergunningen een veel hoger percentage regiogerichtheid zouden bevatten dan 10%. Dat is ook (nog steeds) het geval: op enkele vergunningen na kennen de regionale vergunningen een percentage van ruim meer dan 10%, oplopend tot meer dan 60%. Het is evident dat er een groot verschil zit tussen het door de wetgever genoemde minimum van 10% en de percentages die nu in de vergunningen zijn opgenomen, en het is ook evident dat dit effect op de markt zal hebben (immers: anders zou er ook geen reden zijn om de percentages aan te passen om daarmee de regionale zenders rendabeler te maken).

Wat in de toelichting bij de Regeling niet wordt onderkend is dat het terugbrengen van de regiogerichtheidseis zal leiden tot een vervaging van de grenzen tussen regionale en landelijke omroepen. Dit is blijkens de toelichting bij de Regeling AGF (zoals hierboven geciteerd) uitdrukkelijk niet de bedoeling, maar ook niet de wens van de sector. Gezien de uitkomst van de Dialogsessies, die nota bene zijn opgezet ter uitvoering van een motie van de Tweede Kamer om eindeloze discussies en procedures tussen partijen in de radiosector te voorkomen, waarin *alle* partijen in de radiosector het erover eens zijn dat er een beperking van maximaal 30% publieksbereik voor hetzelfde radioprogramma moet worden ingevoerd, meent RadioCorp dat het doorzetten van de voorwaardelijke veiling zonder deze beperking in strijd is met het zorgvuldigheidsbeginsel van artikel 3:2 Awb en het beginsel van een zorgvuldige belangenafweging van artikel 3:4 Awb. De staatssecretaris heeft evident niet de juiste belangenafweging gemaakt, nu alle belanghebbenden het erover eens zijn dat de beperking moet worden opgenomen. Een belangenafweging kan dan ook niet anders uitvallen dat de beperking moet worden ingevoerd, en dat de voorwaardelijke veiling geen doorgang kan vinden zonder deze beperking.

Gelet op het bovenstaande meent RadioCorp dat de Regeling en het Besluit niet in stand kunnen blijven. Daarnaast zijn er andere – fundamentele – bezwaren die kleven aan de door de staatssecretaris gekozen systematiek. Evenwel had RadioCorp, net als de overige landelijke radiozenders, in beginsel toegezegd geen bezwaar te zullen maken tegen de kwestieuze systematiek van een voorwaardelijke intrekking, in verband met de in de Dialogsessies gemaakte afspraken over de voorwaarden waaronder de veiling zou plaatsvinden. Nu aan deze voorwaarden niet is voldaan, zal RadioCorp ook deze bezwaren naar voren brengen.

#### *Voorwaardelijke veiling is in strijd met de wet*

RadioCorp meent dat de staatssecretaris met de keuze voor de constructie van een voorwaardelijke veiling de wet probeert te omzeilen. Dit geeft de staatssecretaris ook min of meer toe in de toelichting bij de Regeling. Daarin staat dat op grond van Europese en nationale regelgeving bij een verlenging van de vergunningen clausuleringen niet gewijzigd kunnen worden. De staatssecretaris steekt echter niet onder stoelen of banken dat de uitdrukkelijke bedoeling van de Regeling is dat de huidige vergunninghouder in de gelegenheid wordt gesteld zijn vergunning te behouden, maar dan met een regiogerichtheidseis van 10%. Hiervoor leent een veiling zich dan weer niet, omdat men niet zeker kan weten dat er geen andere geïnteresseerden voor de regionale frequenties zijn. Als oplossing is gekozen voor een - behoorlijk ingewikkelde - constructie zoals vastgelegd in de Regeling en het Besluit, bestaande uit een voorwaardelijke veiling. Dit komt erop neer dat de staatssecretaris probeert via een omweg alsnog te doen wat de wet niet toestaat: het wijzigen van de voorwaarden van de vergunning.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Toelichting bij Regeling voorwaardelijke veiling niet-landelijke commerciële FM-vergunningen, Staatscourant 2021, 2010: "Op basis van Europese en nationale regels geldt dat bij een veiling voorwaarden, zoals die ten aanzien van regiogerichtheid, opnieuw kunnen worden vastgesteld daar waar bij een verlenging dergelijke

RadioCorp wijst de staatssecretaris er eerbiedig op dat hiermee een juridisch monster van Frankenstein gecreëerd is, waarvan de gevolgen onoverzichtelijk zijn, en dat in strijd is met Europese en nationale wetgeving waarin is bepaald dat procedures voor de verlening van gebruiksrechten voor radiofrequenties open, transparant en niet-discriminerend moeten zijn, en dat tenslotte in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel. RadioCorp licht dit kort toe.

Op grond van de Europese Telecomcode moeten de procedures voor de verlening van gebruiksrechten voor radiofrequenties open, transparant en niet-discriminerend zijn. Op grond van vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie en het College van Beroep voor het bedrijfsleven dienen marktdeelnemers, overeenkomstig het gelijkheidsbeginsel, gelijke kansen te hebben en dient dus een 'level playing field' voor de relevante partijen te worden gewaarborgd. Dat hier geen sprake is van een level playing field of van een niet-discriminerende procedure, behoeft nauwelijks toelichting. Immers, niet-landelijke partijen die momenteel geen vergunning hebben, of die al wél een of meerdere vergunningen hebben maar hun FM-bereik zouden willen uitbreiden, kunnen weliswaar het aanvraagformulier invullen (hetgeen al behoorlijk tijdrovend en kostbaar is aangezien er een notarisverklaring moet worden overgelegd), een bankgarantie of waarborgsom overleggen, deelnemen aan de verschillende rondes van de veiling, om uiteindelijk het winnende bod te doen en vervolgens te horen te krijgen dat de huidige vergunninghouder er toch voor kiest zijn vergunning niet in te trekken. Het is evident dat huidige vergunninghouders hiermee een veel voordeligere positie hebben dan eventuele andere deelnemers. Sterker nog, waarschijnlijk zullen derden helemaal niet meer mee doen aan de veiling vanwege de te maken kosten en de aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid dat ze ook bij het hoogste bod de vergunning toch niet zullen krijgen. En dat is ook precies de bedoeling van de regeling, waarmee immers wordt beoogd dat de huidige vergunninghouder zijn vergunning weer terugkrijgt. Dit is echter niet waarvoor het instrument van een veiling is bedoeld. Het inzetten van een veiling om daarmee een wijziging van vergunningsvoorschriften te realiseren riekt naar *détournement de pouvoir*.

Daarnaast geldt dat in artikel 3.10 lid 1 van de Telecommunicatiewet ("Tw") is bepaald dat vergunningen voor andere bestemmingen dan publieke omroep worden verleend door middel van een van de volgende verdelingsmechanismen:

- a. op volgorde van binnenkomst van de aanvragen,
- b. op volgorde van binnenkomst van de aanvragen dan wel door middel van een veiling, afhankelijk van het aantal aanvragen dat voor bepaalde frequentieruimte is ingediend,
- c. door middel van een vergelijkende toets zonder een financieel bod,
- d. door middel van een vergelijkende toets met inbegrip van een financieel bod,
- e. door middel van een vergelijkende toets, zo nodig gevolgd door een veiling,
- f. door middel van een veiling.

Een voorwaardelijke veiling waarbij huidige vergunninghouders hun vergunning bij verlies mogen houden, is niet als optie genoemd in de Telecommunicatiewet, en is dan ook volgens RadioCorp niet mogelijk.

Tenslotte heeft RadioCorp vraagtekens bij de mogelijkheid om een vergunning voorwaardelijk in te trekken. Blijkens de toelichting bij de Regeling is de bedoeling dat de huidige vergunninghouders een verzoek tot intrekking zoals bedoeld in artikel 3.19 lid 1 sub a Tw doen.

---

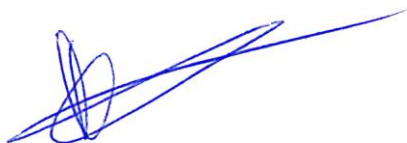
*voorwaarden (clausuleringen) niet gewijzigd kunnen worden. Door met de regeling de mogelijkheid te creëren nietlandelijke vergunningen te veilen met een percentage regiogerichtheid van 10% (het wettelijke minimum) is voorzien in een mogelijkheid om de hoge percentages regiogerichtheid te wijzigen."*

Dat verzoek is dan een voorwaardelijk verzoek, onder een ontbindende voorwaarde die de vergunninghouder kan invoeren in een aantal omstandigheden (kort gezegd: als hij de veiling niet "wint"). In het Besluit staat dat inmiddels de vergunningen voor kavels B01, B03, B04, B06 tot en met B26, B35 en B37 voorwaardelijk zijn ingetrokken. Nu dit Besluit nog ter consultatie voorligt is het RadioCorp niet duidelijk of dit ook daadwerkelijk is gebeurd. In ieder geval meent RadioCorp dat een dergelijke voorwaardelijke intrekking een constructie is waar artikel 3.19 lid 1 sub a van de Telecommunicatiewet geen mogelijkheid toe biedt, en die de Algemene Wet Bestuursrecht ook niet kent, en bovendien in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel. Een vergunning is óf wel, óf niet ingetrokken, en niet een beetje. Het is dan ook de vraag wat nu precies de status van de vergunningen is. Óf de vergunningen zijn niet ingetrokken, en dan kunnen ze ook niet geveild worden. Óf ze zijn wél ingetrokken, maar dan is daarvan het gevolg dat (1) de regionale omroepen momenteel (of: zodra het besluit tot intrekking is genomen) zonder vergunning (en dus illegaal) uitzenden en (2) dat het invoeren van de ontbindende voorwaarde er niet toe kan leiden dat de vergunning weer "herleeft". RadioCorp vraagt zich af hoe de staatssecretaris dit nu precies voor zich ziet. In ieder geval zal een succesvol bezwaar of beroep tegen een opnieuw aan dezelfde vergunninghouder verleende vergunning ertoe leiden dat de vergunninghouder met lege handen staat: zijn eerdere vergunning was immers ingetrokken (en hij kan dan ook de ontbindende voorwaarde niet meer invoeren).

## *Conclusie*

Kortom: RadioCorp meent dat de voorwaardelijke intrekking van de regionale vergunningen, waarbij niet tegemoet is gekomen aan de afspraken zoals door de gehele sector onderschreven, in strijd is met Europese en nationale wetgeving, het rechtszekerheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het beginsel van een evenredige belangenafweging. Het eindresultaat van deze dubieuze systematiek is een schending van de belangen van RadioCorp, waar zij zich niet mee kan verenigen. RadioCorp was op grond van de in de sector gemaakte afspraken bereid zich bij deze systematiek neer te leggen, maar nu de staatssecretaris deze afspraken niet heeft meegenomen, en hiermee verlandelijkheid van radiofrequenties die juist nadrukkelijk zijn bedoeld voor de regionale markt op de loer ligt, voelt zij zich genoodzaakt tegen deze systematiek te ageren. RadioCorp hoopt dat de staatssecretaris alsnog zal besluiten om de beperking van maximaal 30% publieksbereik voor een en hetzelfde programma in te voeren voorafgaand aan de veiling. Intussen ziet RadioCorp geen andere mogelijkheid dan zekerheidshalve gelijktijdig met deze zienswijze bezwaar te maken tegen *alle* intrekkingbesluiten en, zodra de vergunningen zijn verleend, bezwaar te maken tegen *alle* verleende vergunningen.

Namens RadioCorp,



M.E. Kingma