

Aan: het Ministerie van EL&I
Den Haag

Betreft: Consultatie Concept Besluit van de Minister van EL&I tot uitgifte van twee vergunningen voor analoge commerciële radio-omroep (kavels A7 en C08) en twee vergunningen voor digitale radio-omroep.

Hilversum, 11 september 2012

Met dit schrijven geven RadioCorp B.V. (exploitant van de landelijke commerciële radiozender '100% NL') en Ad Venture Radio B.V. (hierna: AVR), beiden gevestigd te Hilversum, hun reactie op het Concept Besluit van de Minister van EL&I d.d. 21 augustus 2012 tot uitgifte van twee vergunningen voor analoge commerciële radio-omroep (kavels A7 en C08) en twee vergunningen voor digitale radio-omroep (het 'Concept-Besluit') door middel van een veiling. AVR is een volle dochtermaatschappij van RadioCorp B.V.

Inleiding

AVR heeft deelgenomen aan de vergelijkende toets voor uitgifte van de kavels A7 en A8 in 2011. Deze vergelijkende toets heeft geleid tot uitgifte van kavel A8 aan Arrow Jazz FM. De aanvraag van AVR voor kavel A7 werd echter niet in behandeling genomen, en naar het oordeel van AVR gebeurde dit ten onrechte. Was de aanvraag van AVR voor kavel A7 wel in behandeling genomen, dan had dit vorig jaar moeten leiden tot uitgifte van kavel A7 aan AVR. AVR heeft, zoals bij u bekend, rechtsmiddelen ingesteld tegen het door u niet in behandeling nemen van haar aanvraag en heeft een bijzonder belang bij deze consultatie over het Concept- Besluit.

AVR is van oordeel dat zij per 1 september 2011 de vergunning voor kavel A7 had dienen te verkrijgen voor de duur van zes jaar. Ook blijft AVR aanspraak maken op het gebruik van deze vergunning voor voornoemde periode. AVR is van mening dat, hangende haar beroep tegen de weigering tot in behandeling nemen van haar aanvraag, de vergunning voor kavel A7 niet volgens een nieuwe procedure mag worden uitgegeven.

Indien de Minister volhardt in zijn besluit een nieuwe verdelingsprocedure voor de uitgifte van kavel A7 op te starten, dan doet hij er naar het oordeel van AVR goed aan om belangstellenden te informeren over het feit dat er nog een juridische procedure loopt over de vergelijkende toets voor de kavels A7 en A8 uit 2011, met als inzet de vergunning voor kavel A7, aangezien niet kan worden uitgesloten dat deze procedure er toe leidt dat kavel A7 alsnog aan AVR zal worden toebedeeld.

AVR zal hierna toelichten dat de keuze voor het verdelingsinstrument 'veiling' in het onderhavige geval in strijd is met het bepaalde in de Telecomwet. Daarbij gaat AVR in op de politieke geschiedenis met betrekking tot de gemaakte keuzes voor een vergelijkende toets (A), het bepaalde in de Telecommunicatiewet (B) en het maatschappelijk belang (C).

Veel informatie -en zelfs gehele alinea's- in dit epistel is afkomstig uit het rapport 'Op de Golven' van Bureau Berenschot. Deze onafhankelijke evaluatie van de vergelijkende toets in 2003, in opdracht van het Ministerie van OC&W, is door de Staatssecretaris van OC&W in 2004 naar de Tweede Kamer gestuurd (Kamerstukken II, 2004/05,24095,nr.181).

A. Politieke geschiedenis

1. Het toenmalige kabinet had rond het jaar 2000 al plannen voor een veiling van de FM omroepfrequenties. Een overgrote meerderheid van de Tweede Kamer wilde er echter niets van weten.
2. In juli 2001 verzocht de Kamer het kabinet om te onderzoeken hoe een vergelijkende toets (een 'beauty contest') kon worden georganiseerd. Daarop werd de MDW-werkgroep 'Veilen en andere allocatiemechanismen' ingesteld. Deze werkgroep heeft het Kabinet aanbevolen een vergelijkende toets op te zetten aan de hand van objectieve, niet-discriminatoire en niet-discretionaire voorwaarden. Bij het aanbieden van het MDW-rapport aan de Tweede Kamer op 1 mei 2002 gaf het kabinet aan zich deze aanbevelingen ter harte te nemen.
3. Door de politieke discussie werd de definitieve verdeling van de frequenties opnieuw een jaar uitgesteld tot 1 september 2002. Het kabinet schoof het 'frequentieprobleem' door naar een volgend kabinet.
4. Op 24 juli 2002 besliste de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam, naar aanleiding van de verzoeken van enkele commerciële radio-omroepen, dat het kabinet de radiofrequenties voor commerciële radio-omroep diende te verdelen door middel van een veiling. De veilingprocedure zou uiterlijk 16 september 2002 moeten worden gestart en de verleende vergunningen zouden met ingang van 1 februari 2003 in gebruik moeten worden genomen. Het Frequentiebesluit bood het kabinet volgens de rechter namelijk slechts de mogelijkheid voor een vergelijkende toets wanneer het algemeen maatschappelijk, cultureel of economisch belang dit zou vorderen (art. 3 lid 2 Fb). Dat was naar het oordeel van de voorzieningenrechter hier echter niet het geval.
5. In het Strategisch Akkoord van 3 juli 2002 (1e kabinet Balkenende) spraken de coalitiepartijen af om in 2003 de radiofrequenties voor de commerciële omroep op basis van een vergelijkende toets te verdelen. Voor de toets zouden objectieve criteria worden ontwikkeld. De coalitiepartijen spraken daarbij reeds af dat een jaarlijkse vergoeding een belangrijke component zou vormen.
6. Op 23 augustus 2002 besloot de ministerraad dat de radiofrequenties zouden worden verdeeld door middel van een procedure van een vergelijkende toets met een financieel bod, voor een periode van acht jaar.
7. De ministerraad besloot op 30 augustus 2002 tot een aanpassing van het Frequentiebesluit. Op 4 september 2002 stuurde het kabinet het wijzigingsvoorstel voor spoedadvies naar de Raad van State. Op 5 september 2002 bracht de Raad van State zijn advies uit. Het gewijzigde Frequentiebesluit werd vervolgens op 12 september 2002 tot stand gebracht.
8. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam besliste op 11 oktober 2002 dat door de wijziging van het Frequentiebesluit en het in het Strategisch Akkoord opgenomen kabinetsvoornemen voor een vergelijkende toets sprake was van gewijzigde feiten en omstandigheden.

9. De voorzieningenrechter wijzigde daarom zijn uitspraak van 24 juli. Het kabinet had daarmee de keuze tussen een veiling en een vergelijkende toets. Wel diende het kabinet de gekozen procedure uiterlijk op 1 januari 2003 bekend te maken. De te verlenen vergunningen zouden uiterlijk met ingang van 1 juni 2003 in gebruik moeten worden gegeven. Aldus geschiedde.

10. Kortom, de keuze FM-frequentieruimte uit te geven middels een vergelijkende toets was in 2002 een wens van vrijwel de volledige Tweede Kamer. Diezelfde Tweede Kamer wilde in even zo grote meerderheid expliciet geen veiling van commerciële FM-radiofrequenties. Met name het CDA (Joop Atsma), PvdA (Marja Wagenaar), SP (Arda Gerkens), D66 (Bert Bakker) en GroenLinks (Kees Vendrik) verzetten zich fel tegen een algehele veiling, waarbij het slechts om 'de hoogste bieder' zou gaan.

11. Het toenmalige kabinet Balkenende I heeft het daarop juridisch mogelijk gemaakt dat FM-frequentieruimte kon worden verdeeld middels een vergelijkende toets.

12. Daarna is er zowel door de Tweede Kamer als het kabinet nooit meer aangestuurd op een veiling van FM-frequenties. Dat er geen veiling werd gehouden voor de verdeling van FM-frequenties is logisch; in de Tweede Kamer zijn geen stemmen op gegaan dat er toch liever een andere verdeling zou moeten plaatsvinden dan de vergelijkende toets.

13. Tegen iedere snipper papier die volgde op de uitkomsten van de vergelijkende toets van 2003 is door afgewezen marktpartijen bezwaar gemaakt. Maar alle verleende vergunningen die werden verleend op grond van de vergelijkende toets van 2003 hielden, op één na, tot in de hoogste rechtscolleges stand. De enige in 2003 verleende vergunning die geen stand hield was die van RTL FM, maar dat was het gevolg van een aantoonbare fout van de Commissie Franken die de vergelijkende toets had uitgevoerd. De gemaakte fout werd later hersteld waardoor uiteindelijk 100% NL alsnog de vergunning verkreeg.

14. Kortom, de vergelijkende toets heeft in alle procedures stand gehouden als geschikte methode om FM-frequentievergunningen te verdelen.

15. Opmerkelijk is dat het Concept-Besluit is gepubliceerd om een landelijk FM-frequentiepakket te gaan veilen, op een moment dat het kabinet demissionair is. Dat er is gekozen voor de veiling als verdelingsmechanisme blijkt onder meer uit art. 11 van het Concept-Besluit en de toelichting onder 2. De heer Verhagen is demissionair Minister namens het CDA. Het was het afgelopen decennium juist het CDA dat per se geen veiling wilde, maar een vergelijkende toets.

16. De Minister -notabene demissionair- maakt dus een opmerkelijke tournure, schuift nu zomaar pats-boem het hele langdurige politieke voortraject van tafel en komt met het Concept-Besluit waarvan we alleen maar weten dat de Tweede Kamer dit niet wil, en waarvan de Tweede Kamer sindsdien nooit heeft aangegeven dat deze andere verdeelmethode iets is dat ze inmiddels wel zou willen.

17. Naar het oordeel van RadioCorp en AVR kan het Concept-Besluit om een andere verdeelmethode te hanteren dan de methode die is afgestemd met de Tweede Kamer en die gedurende meer dan tien jaar onderdeel van het beleid heeft uitgemaakt en sindsdien bij alle uitgaven van FM-frequenties is gehanteerd geen stand houden: ze is in strijd met het zorguldigheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel.

18. In dit verband dient nog te worden vermeld dat ook sprake is van een volstrekt andere benadering van het financiële instrument voor kavel A7. Daar waar in 2011 middels de Regeling Vaststelling eenmalig bedrag ("Regeling VEB 2011 kavel A7"), nog sprake was van een financieel instrument met een vooraf vastgesteld (te hoog) eenmalig bedrag is dit nu vervallen. De Minister erkent hiermee in 2011 een fout te hebben gemaakt ten aanzien van de vaststelling van het eenmalig bedrag.

19. Onjuist en ook onzinnig is de constatering dat de voorgestelde verdeelmethode aansluit bij de in het SEO rapport verrichte berekeningen. De SEO-methode behelsde een theoretische berekening van wat een toetreder maximaal bereid zou zijn te betalen voor de te verlengen FM-kavels. Daarbij stelde SEO dat op grond van deze methode, de partij wiens kavel zou worden verlengd, de kortingsfactor (de zogenoemde WACC) alsmede het verschil ten opzichte van een toetreder dat de zittende partij met haar reeds opgebouwde marktpositie uit de markt zou kunnen halen, als winst zou kunnen behalen. Een daadwerkelijke toetreder in de volstrekt hypothetische markt van SEO in haar model, zou alleen de kortingsfactor (de WACC) als voordeel hebben. Dit is discriminatoir, en heeft er vorig jaar toe in ieder geval toe geleid dat niemand bereid bleek of in staat was het eenmalig bedrag voor kavel A7 te voldoen, terwijl de zittende ongeclausuleerde partijen die hun FM-kavels verlengd kregen, de voor hen geldende eenmalige bedragen wel hebben betaald.

Het beroep op gewijzigde omstandigheden slaagt evenmin.

B. Het bepaalde in de Telecommunicatiewet

20. Voor de rechtvaardiging van het organiseren van een veiling voor FM-frequentieruimte verwijst de Minister naar de Nota Frequentiebeleid 2005. De Minister schrijft in zijn concept-besluit:

"Tenslotte past toepassing van het veilinginstrument beter in het actuele beleid inzake verdeling van frequentievergunningen. Onder dat beleid geldt een verdeling door middel van een veiling in beginsel als het meest geschikte instrument om een optimaal gebruik van frequentieruimte te waarborgen (Wijziging van de Telecommunicatiewet in verband met de Nota Frequentiebeleid 2005, TK 2010-2011, 31412, nr.3, blz. 18). "

21. Maar de Minister gaat er dus aan voorbij dat in 2002 het Frequentiebesluit juist -op verzoek van de Kamer en in overeenstemming met de Kamer- werd aangepast om de vergelijkende toets mogelijk te maken. Daarnaast maakt de Nota Frequentiebeleid 2005 als het gaat om het toepassen van het veilinginstrument, duidelijk een voorbehoud ten aanzien van commerciële omroep. Op bladzijde 20 staat:

"Vertaald naar het frequentiebeleid ziet het kabinet de veiling dan ook als het aangewezen verdeelinstrument in geval de publieke belangen vooraf zijn vast te leggen. In het algemeen kan worden gezegd dat indien een vergelijkende toets wordt gehanteerd, het zaak is om op inhoudelijke criteria de keuze te bepalen. Concreet vertaald naar het frequentiebeleid zal dit er naar verwachting toe leiden dat de vergelijkende toets alleen wordt gebruikt als er een maatschappelijk of cultureel belang moet worden geborgd dat niet vooraf kan worden geclausuleerd, dat wil zeggen dat dit niet vooraf in vergunningvoorschriften kan worden vertaald. Het inhoudelijk bod van de winnaars in een vergelijkende toets wordt achteraf in de vergunningvoorschriften vastgelegd. Deze situatie zal zich naar verwachting alleen voordoen bij commerciële omroep."

22. Immers, binnen de commerciële omroep zijn er veel meer FM-frequenties geclausuleerd dan ongeclausuleerd. Geclausuleerde FM-frequenties zijn de vijf landelijke FM-pakketten bestemd voor respectievelijk Nederlandstalige muziek, nieuws, oldies, alternatieve muziek en klassiek en/of jazz, alsmede de ruim 30 verschillende FM-kavels bestemd voor niet-landelijke commerciële radio-omroep waarop op de regio gerichte programmering dient te worden uitgezonden. Ook zijn er bijna 10 AM-kavels waar programma's op dienen te worden uitgezonden die -gezien de beperkte geluidskwaliteit op de AM- geschikt zijn voor middengolf-omroep (bvb de religieuze programma's van Radio Maria en Groot Nieuws Radio, of specifieke AM-georiënteerde oldies-stations als Radio Waddenzee, Radio Seagull en Radio Paradijs die op de AM te horen zijn).

23. Er zijn slechts 4 landelijke ongeclausuleerde FM-kavels, waarvan drie er in gebruik zijn bij Radio 538, Sky Radio en Q-Music. Ook deze vergunninghouders hebben in 2003 hun FM-kavels verkregen in de vergelijkende toetsprocedure. Het leegstaande ongeclausuleerde kavel A7 wil de Minister nu gaan veilen. Het is onwenselijk dat, terwijl alle commerciële stations die momenteel uitzenden hun vergunningen hebben verkregen middels een vergelijkende toetsprocedure, er voor slechts één FM-kavel nu een geheel ander verdelingsmechanisme wordt gehanteerd.

Artikel 3.3 Tw bepaalt:

"4. De verlening van vergunningen in andere gevallen dan bedoeld in het tweede lid geschiedt:

- a. op volgorde van binnenkomst van de aanvragen;*
- b. door middel van een vergelijkende toets, al dan niet met inbegrip van een financieel bod, of*
- c. door middel van een veiling.*

5. De keuze voor toepassing van een van de procedures, bedoeld in het vierde lid, geschiedt door Onze Minister, met dien verstande dat voorzover het de verlening van vergunningen voor het gebruik van frequentieruimte door of ten behoeve van commerciële omroepinstellingen als bedoeld in artikel 1.1 van de Mediawet 2008 betreft, de keuze geschiedt door Onze Minister in overeenstemming met Onze Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen. Daarbij kan, met inachtneming van het frequentieplan, tevens nader de bestemming van de frequentieruimte worden bepaald waarop de keuze betrekking heeft."

Artikel 3.3 Tw lid 6 en lid 7 luiden:

"6. Voorzover de in het vijfde lid bedoelde keuze betrekking heeft op het al dan niet toepassen van het financiële bod bij de toepassing van de vergelijkende toets, geschiedt deze tevens in overeenstemming met Onze Minister van Financiën.

7. Nadat op grond van een op basis van het vijfde en zesde lid gemaakte keuze een vergunning voor een bepaalde bestemming is verleend, wordt, zolang er in die bestemming nog houders van vergunningen voor het gebruik van frequentieruimte zijn, bij elke volgende uitgifte van frequentieruimte voor die bestemming een vergelijkbare procedure toegepast, tenzij dit ten gevolge van gewijzigde omstandigheden betreffende het gebruik van die frequentieruimte niet langer leidt tot een optimaal gebruik van frequentieruimte."

24. De stelling van de Minister van EL&I in het Concept-Besluit over de veiling van kavel A7, dat het veilinginstrument beter zou passen in het actuele beleid inzake verdeling van frequentievergunningen is in strijd met het bepaalde in de Tw. Niet alleen is het Frequentiebesluit in 2002 aangepast om een vergelijkende toets juist juridisch mogelijk te maken; in de huidige Telecommunicatiewet zijn juist meerdere handvatten opgenomen voor het kunnen houden van een vergelijkende toets.

25. In tegenstelling tot bijvoorbeeld verdeelmethodes die zijn en worden gehanteerd voor andere radiofrequenties, bijvoorbeeld ten aanzien van mobiele telecommunicatie, vergt het bepalen van een verdeelmethode voor commerciële radiofrequenties ook nog een extra stap in de voorbereiding: de Minister dient overeenstemming te hebben bereikt met zijn collega van OC &W, aldus art. 3.3 lid 5 Tw. Dit is niet vreemd, gezien dat met vergunningen voor frequenties ten behoeve van omroep nog bijzondere, in de Mediawet omschreven belangen zijn gediend, zoals bijvoorbeeld pluraliteit. In het Concept-Besluit blijkt weliswaar uit de aanhef dat de Minister van OC&W is geraadpleegd over deze opmerkelijke beleidswijziging, maar het komt RadioCorp en AVR voor dat de betrokkenheid van de Minister van OC&W bij deze beleidswijziging uiterst summier is geweest. Nergens anders in het Concept-Besluit dan die aanhef, wordt de Minister van OC&W vermeldt. Het lijkt erop dat de Minister van OC&W zijn mediawettelijke bevoegdheden bij de verdeling van FM-omroep frequenties volledig opgeeft.

26. Deze uiterst summiere betrokkenheid van de Minister van OC&W in de voorbereiding is des te opmerkelijker nu de veiling, door de Minister van EL&I, voor mobiele telecommunicatie in de 2,6 GhZ band in een debacle voor de overheid is uitgelopen. AVR wijst u in dit verband op de evaluatie die door de Minister is uitgevoerd, in de brief van 1 oktober 2010 (kenmerk: ETM / 10139542) . Hierin constateert de Minister dat niet aan alle beleidsdoelstellingen is voldaan en verwijst hij eenvoudig naar een rapport van PWC ("Evaluatie 2,6 Ghz veiling" van 7 september 2010). Wat echter onvermeld blijft is dat het PWC Rapport kritisch is ten aanzien van het resultaat op basis van een veiling. Onbegrijpelijk is dat de Minister deze kritiek niet meeweegt in het Concept-Besluit, en dat het PWC-rapport kennelijk ook geen signaal afgeeft aan de Minister van OC&W. Immers, er is in de situatie rondom kavel A7 zelfs sprake van maar één ongeclausuleerd kavel, waardoor er sprake is van een beperkter level playing field.

27. Het Concept-Besluit is gestoeld op het SEO-Rapport, dat op een heel ander onderwerp toeziet, namelijk de verlenging van bestaande FM-vergunningen. Belangrijk is om te constateren dat juist bij kavel A7, dat onverdeeld is gebleven, helemaal geen sprake is van verlenging van een bestaande vergunning. Alleen al hierom kan een verwijzing naar het SEO Rapport ter onderbouwing van de keuze voor een veiling niet slagen.

Veilen wettelijk niet mogelijk: geen sprake van gewijzigde omstandigheden

28. De Minister van EL&I schrijft in het Concept-Besluit:

" De keuze voor verdeling van de kavels A7 en C08 door middel van een veilingprocedure betekent een afwijking van de eerder voor de vergunningen voor de kavels A7 en C08 gevolgde verdeelprocedure. In artikel 3.3, zevende lid, van de Telecommunicatiewet is als uitgangspunt opgenomen dat, zolang de looptijd van eerder verleende vergunningen voor gebruik van frequentieruimte met een bepaalde bestemming niet is verstreken, de nieuwe vergunningen voor die frequentieruimte in beginsel volgens een soortgelijke verdeelprocedure worden uitgegeven als de eerder verleende vergunningen. Dit geldt niet indien er sprake is van gewijzigde omstandigheden. De oorspronkelijke landelijke FM vergunningen liepen in 2011 af en zijn toen verlengd met zes jaar. De desbetreffende vergunninghouders hebben daarvoor een prijs betaald die overeenkomt met de uitkomst van een hypothetische veiling. Verder is relevant dat de vergunning voor kavel A7 in 2011 niet is uitgegeven, dat deze vergunning een korte looptijd heeft van minder dan vijf jaar en al geruime tijd braak ligt na de verlenging die op 1 september 2011 inging. Ook voor kavel C08 geldt dat deze kavel al geruime tijd niet meer in gebruik is. In deze situatie staat de wet niet in de weg aan het gebruik van het veilinginstrument voor de uitgifte van beide kavels."

29. Bovenstaande passage is onvolledig. In de Telecommunicatiewet staat niet dat indien er sprake is van gewijzigde omstandigheden, de Minister mag afwijken van een eerder gebruikte verdeelmethode. Omstandigheden wijzigen immers voortdurend. Wat staat geschreven in artikel 3.3 zevende lid, is:

"Nadat op grond van een op basis van het vijfde en zesde lid gemaakte keuze een vergunning voor een bepaalde bestemming is verleend, wordt, zolang er in die bestemming nog houders van vergunningen voor het gebruik van frequentieruimte zijn, bij elke volgende uitgifte van frequentieruimte voor die bestemming een vergelijkbare procedure toegepast, tenzij dit ten gevolge van gewijzigde omstandigheden betreffende het gebruik van die frequentieruimte niet langer leidt tot een optimaal gebruik van frequentieruimte."

30. Oftewel: pas indien de omstandigheden dusdanig wijzigen dat -terwijl bestaande radiostations doorgaan- een bepaalde wijze van verdeling niet langer leidt tot een optimaal gebruik van frequentieruimte, zou een andere verdelingsmethode kunnen worden overwogen. Van een dergelijke wijziging van de omstandigheden is hier echter geen sprake.

31. In 2011 werd door het Ministerie van EL&I een uitgifteprocedure georganiseerd voor de FM-kavels A7 en A8 in combinatie met (digitale) vergunningen voor frequentieruimte in band III. De naam van deze regeling was: *"Regeling aanvraag en vergelijkende toets vergunningen kavels A7 en A8 in de FM-band en aanvraag vergunningen voor frequentieruimte in band III"*.

32. Geïnteresseerde partijen konden aanvragen indienen voor één van deze FM-kavels, of voor beiden. In deze uitgifteprocedure is kavel A8 uiteindelijk verleend aan Arrow Jazz FM. In tegenstelling tot kavel A8 was er voor kavel A7 in deze uitgifteprocedure volgens de Minister van EL&I ook een eenmalig bedrag verschuldigd van ruim € 17.5 miljoen. AVR betwistte in haar aanvraag (en daarvoor ook al tijdens de consultatieperiode van deze regeling) de verschuldigdheid van het eenmalig bedrag voor kavel A7, omdat dit bedrag niet was gebaseerd op voordelen die gedurende de looptijd van de vergunning uit de exploitatie van deze vergunning kunnen worden behaald (art 3.3 Tw).

33. Zoals AVR in haar bedrijfsplan uitvoerig heeft aangetoond, kan er met een eenmalig bedrag voor kavel A7 van ruim € 17.5 miljoen voor de vergunningsduur van 6 jaar, slechts een groot miljoenenverlies worden geleden. AVR diende vorig jaar een renderend bedrijfsplan in voor kavel A7 waarin de financiering van de exploitatie volledig was geregeld, en bracht een financieel bod uit. Maar zij weigerde het eenmalig bedrag in het bedrijfsplan op te nemen, omdat de berekening van het eenmalig bedrag niet is gedaan conform de bepalingen in de Telecommunicatiewet, niet is gebaseerd op (wettelijk vereiste) 'voordelen' (art 3.3.Tw) en slechts tot een miljoenenverlies zou lijden. Een partij waarvan bij voorbaat al vaststaat dat ie uitsluitend verliesgevend kan opereren, maakt geen doelmatig gebruik van frequentieruimte, en gezien artikel 3.6 eerste lid, onder b, van de Telecommunicatiewet dient de vergunning aan een dergelijke partij te worden geweigerd.

Wellicht ten overvloede; het eenmalig bedrag van ruim € 17.5 miljoen euro voor kavel A7, zoals dat vorig jaar werd opgenomen in de Regeling eenmalig bedrag, was dus gebaseerd op de waardeberekeningen van SEO voor de verlenging van de FM-kavels van de zittende partijen. Maar in die berekeningen heeft SEO de financiële gegevens van alle spelers die ooit hebben uitgezonden op kavel A7 (Yorin FM van RTL, Caz! van SBS en Arrow Classic Rock), geheel buiten beschouwing gelaten. SEO vond hen geen 'efficiënte spelers'. Als zodanig bepaalden de exploitatiemogelijkheden van Radio 538, Q-Music en Sky Radio in het volstrekt theoretische model van SEO mede de waarde voor kavel A7. Dit komt neer op het hanteren van dezelfde vierkante meterprijs voor een winkelruimte in de Amsterdamse wijk Bos en Lommer, als wat aan vierkante meterprijs moet worden betaald in de Kalverstraat. Een winkelruimte in Bos en Lommer waarvoor dezelfde huurprijs geldt als in de Kalverstraat, zal leeg blijven staan. En daarom kwam er vorig jaar ook geen partij die bereid bleek of in staat was het eenmalig bedrag van ruim € 17.5 miljoen voor kavel A7 wel te voldoen, waardoor A7 (ten onrechte) onverdeeld bleef.

34. Je kunt fantastische theoretische modellen loslaten op de waarde van kavel A7, maar als in een verdeelprocedure niemand komt die bereid is die 'waarde' te betalen (in de vorm van een dusdanig hoog eenmalig bedrag waardoor na de vergunningsperiode slechts grote miljoenenverliezen resten), dan is dat eenmalig bedrag dus niet de (minimale) waarde van kavel A7.

35. Dat de Minister van EL&I hier inmiddels zelf ook van overtuigd is, blijkt uit het feit dat in het Concept-Besluit het eenmalig bedrag van ruim € 17.5 miljoen (of een afgeleide daarvan) ineens geheel van tafel is. Volgens dit Concept-Besluit hoeft er in een veiling alleen nog maar een financieel bod te worden uitgebracht. Deze beleidswijziging staat haaks op het standpunt dat de Minister heeft ingenomen en inneemt in de beroepsprocedure die door AVR aanhangig is gemaakt tegen het besluit van de Minister om haar in 2011 niet toe te laten tot de vergelijkende toets.

36. Indien de Minister had besloten bij de verdeling van kavel A7 vorig jaar geen eenmalig bedrag te vragen, of een eenmalig bedrag dat werkelijk was gebaseerd op de voordelen die uit de exploitatie van de vergunning gedurende de looptijd met de vergunning konden worden behaald, dan was kavel A7 per 1 september vorig jaar verdeeld geweest. AVR heeft vorig jaar voor kavel A7 een aanvraag en een bedrijfsplan ingediend, en een financieel bod uitgebracht.

37. De enige reden waarom de vergelijkende toets voor kavel A7 in 2011 niet heeft geleid tot de uitgifte van kavel A7, is het onverantwoord hoge eenmalig bedrag van ruim € 17.5 miljoen. In exact dezelfde Regeling vorig jaar was er geen eenmalig bedrag verschuldigd voor kavel A8, en kavel A8 is bijgevolg wél verdeeld.

38. In de uitgifteprocedure in 2011 van de kavels A7 en A8 is de verdeelmethode 'vergelijkende toets' niet mislukt. De 'Regeling Eenmalig Bedrag' is mislukt. In het Concept-Besluit komt het eenmalig bedrag voor kavel A7 echter in het geheel niet meer voor. Maar deze opmerkelijke beleidswijziging van een vergelijkende toets mét eenmalig bedrag naar een veiling zónder eenmalig bedrag, kan niet worden gemotiveerd met de dooddoener 'gewijzigde omstandigheden'. Met zekerheid kan worden gesteld dat indien de Minister vorig jaar geen vergelijkende toets maar een veiling had georganiseerd voor kavel A7, maar dan wel in combinatie met het eenmalig bedrag van ruim € 17.5 miljoen, er ook niemand was gekomen die bereid was geweest het eenmalig bedrag te betalen.

39. Kortom, het Concept-Besluit is strijdig met artikel 3.3, in het bijzonder de leden 5 en 7 Tw, wanneer de Minister daadwerkelijk een veiling organiseert voor kavel A7, nu er geen sprake is van 'gewijzigde omstandigheden' waardoor het verdeelinstrument 'vergelijkende toets' niet langer zou kunnen leiden tot een optimaal gebruik van frequentieruimte. In exact dezelfde regeling als die voor kavel A7 is kavel A8 vorig jaar wél verdeeld middels een vergelijkende toets. Het verschil? Voor kavel A8 gold toen geen eis van een eenmalig bedrag.

C. Het maatschappelijke belang vergt een vergelijkende toets

40. Omgekeerd geldt juist dat het maatschappelijke belang vergt dat wordt vastgehouden aan de vergelijkende toets. De FM-vergunningen zijn in 2011 verlengd met nog eens zes jaar, om een snelle digitalisering van de radio mogelijk te maken. Bij een geheel nieuwe verdeling zou de digitalisering van de radio nog veel langer gaan duren. In de Nota Frequentiebeleid 2005 staat onder meer:

"Verlenging is alleen een optie bij zwaarwegende maatschappelijke of economische belangen. Die situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen in de - zo kort mogelijke - overgangsfase van omschakeling naar een nieuwe techniek (bijvoorbeeld van analoog naar digitaal) die efficiënter gebruik van frequentieruimte mogelijk maakt."

41. Digitalisering is -zoals ook al blijkt uit de Nota Frequentiebeleid 2005- een zwaarwegend maatschappelijk en economisch belang. Frequenties kunnen met digitale radio immers efficiënter worden ingezet waardoor de schaarste in de ether wordt verminderd. De Minister heeft in 2011 de vergunningen van de bestaande FM-vergunninghouders dan ook terecht verlengd op voorwaarde dat de FM-vergunninghouders gaan investeren in digitale radio.

42. Juist vanwege dat zwaarwegende maatschappelijke belang frequentieruimte (zowel op FM als digitaal) efficiënt te benutten en te blijven benutten, kan naar het oordeel van RadioCorp en AVR de Minister er niet toe besluiten om een uitgifteprocedure te organiseren zonder bedrijfsplantoets.

43. Uit het Concept-Besluit blijkt dat de Minister genoegen neemt met een rechtspersoon die één vijfde deel van het uit te brengen financiële bod als waarborg stort, en vervolgens -in een gesloten envelop- het financiële bod uitbrengt. Dit kan ertoe leiden dat een partij met weinig inhoudelijke kennis van de radiomarkt en met onvoldoende financiële middelen voor de toch wel aanzienlijke exploitatielasten van kavel A7, een waarborgsom stort van -laten we zeggen- 2 miljoen euro en vervolgens een bod uitbrengt van 10 miljoen.

44. Is deze partij daarmee de hoogste bidder, dan krijgt ie kavel A7. Maar op geen enkele wijze is zo duidelijk hoe deze partij denkt de aanzienlijke investeringen die ook met de exploitatie van kavel A7 zijn gemoeid (tientallen zendinstallaties, verbindingen, hoge auteursrechtvergoedingen, huisvesting, personeel, etc etc etc) binnen de looptijd van de vergunning terug te verdienen, laat staan het financieel bod. Op deze wijze wordt ook niet duidelijk of de Nederlandse Staat überhaupt de resterende 4/5e deel van het financieel bod nog zal mogen ontvangen.

45. Helaas duiken ook in de radiosector herhaaldelijk partijen op met grootse plannen, maar met weinig tot geen financiële en organisatorische middelen om die plannen te realiseren. Ook de overheid zelf heeft daar veel ervaring mee. Een uitgifteprocedure waarbij in feite enkel een waarborgsom van één vijfde deel van het uitgebrachte financiële bod uitmaakt wie de vergunning krijgt, maakt de kans levensgroot dat de vergunning naar een partij gaat die al snel in financiële moeilijkheden zal komen en de uitzendingen weer zal moeten beëindigen. Of dat wegens het niet betalen van het restant van het financiële bod, de vergunning door de overheid weer zal moeten worden ingetrokken.

46. Het maatschappelijk belang is er niet mee gediend indien frequentieruimte (zowel analoog als digitaal) slechts enige tijd wordt bezet door een partij die geen doelmatig gebruik maakt/kan maken van die frequentieruimte, daarbij -in paniek- irrationele zakelijke beslissingen neemt, alvorens die ruimte weer voor lange tijd leeg komt te staan. Het opnemen van een bedrijfsplantoets in de verdelingsprocedure geeft meer mogelijkheden om een dergelijke situatie te voorkomen.

47. Zo schrijft ook Bureau Berenschot in het rapport 'Op de Golven' uit 2005 ten aanzien van de bedrijfsplantoets op bladzijde 5:

"De toets op de kwaliteit van de ingediende bedrijfsplannen hield verband met de doelstellingen voor kwaliteit en continuïteit van de vergelijkende toets. Allereerst moest de toets op het bedrijfsplan een waarborg bieden dat het programmatische voornemen van de aanvrager realistisch is. Voor de niet-geclausuleerde landelijke kavels werd de kwaliteit van het programmatische voornemen zelf niet getoetst. De onderbouwing van het realiteitsgehalte in het bedrijfsplan zei daarom weinig over de kwaliteit van het aanbod.

Wel had de toets op het bedrijfsplan betekenis als waarborg voor continuïteit. Een globale toets op het bedrijfsplan was belangrijk om de niet serieus te nemen plannen te onderscheiden van de serieuze. Zo kon voorkomen worden dat gelukzoekers een frequentie toegewezen krijgen, terwijl bij voorbaat duidelijk was dat zij die niet zouden kunnen beheren. Ook was relevant of een kapitaalkrachtige moedermaatschappij zich voor de aanvrager garant stelde. Maar iedere verdergaande voorspelling over de continuïteit van het bedrijf was op basis van de bedrijfsplannen twijfelachtig. De toetsing van de bedrijfsplannen kon alleen gaan over datgene wat van tevoren goed vast te stellen is."

En op bladzijde 25:

"Uiteindelijk gaat het erom dat een aanvrager aannemelijk kan maken dat hij voldoende financiële ruggesteun heeft om zijn plannen waar te maken en dat de kansen op faillissement gedurende de vergunningsperiode gering zijn."

48. Zeker nu de vergunning voor kavel A7 volgens het Concept-Besluit maar voor een zeer korte periode, te weten de periode tot 1 september 2017, zal worden uitgegeven, is een bedrijfsplantoets van essentieel belang. Marktbreed wordt immers de opvatting gedeeld dat vergunningen minimaal 8 jaar geldig dienen te zijn teneinde de noodzakelijke investeringen terug te kunnen verdienen. Zo stelt de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam in uitspraak LJN: AE5810, Rechtbank Rotterdam, VTELEC 02/1169 van 24 juli 2002:

"In dat verband stelt de voorzieningenrechter allereerst vast dat een verdeling voor een korte periode niet in de rede ligt. Alle betrokkenen (in het bijzonder ook de marktpartijen) zijn – op zichzelf – van opvatting dat een langjarige verdeling noodzakelijk is om een rendabele exploitatie van de vergunningen mogelijk te maken. Dat is ook steeds uitgangspunt van het kabinet geweest. Daarbij lijkt er tussen de betrokkenen consensus over te bestaan dat vergunningen als de onderhavige voor een termijn van acht jaar zouden moeten worden verleend."

49. De Minister van EL&I dient een partij waarvan vooraf vaststaat dat ie gedurende de looptijd van de vergunning alleen verliezen zal lijden, een vergunning te weigeren op grond van artikel 3.6 eerste lid, onder b, van de Telecommunicatiewet ('geen doelmatig gebruik van frequentieruimte').

50. Het risico dat een partij de vergunning krijgt die het al vrij kort na de vergunningverlening allemaal financieel niet meer kan bolwerken, is levensgroot als het enige criterium één vijfde deel van de waarborgsom is in combinatie met een gesloten envelop waarin het vijfvoudige bedrag staat opgeschreven van het bedrag dat als waarborgsom is gestort (of middels een bankgarantie is afgegeven). En dit geldt temeer, nu de aanzienlijke investeringen waarmee de exploitatie van kavel A7 gemoeid gaan, ook nog eens binnen dik 4 jaar zullen moeten worden terugverdiend, hetgeen naar het oordeel van AVR voor een echte nieuwkomer in de markt sowieso al niet mogelijk is.

51. Dat de bedrijfsplantoets, zeker wanneer er ook sprake is van een eenmalig financieel bod in gesloten envelop, hetgeen in het Concept-Besluit voor een veiling het geval is, van essentieel belang is, valt ook op te maken uit het rapport 'Op de Golven' van Bureau Berenschot. Ook hieruit blijkt maar weer dat er partijen zijn die over hun eigen kunnen veel te optimistisch zijn. Zo schrijft Berenschot over het gesloten biedsysteem op pagina 3:

"Bij een eenmalig gesloten bod is de onzekerheid voor aanbidders groter dan bij biedsystemen met meerdere ronden. Aanbidders kunnen de waarde van een kavel dan niet afleiden uit concurrerende biedingen, aangezien die informatie niet beschikbaar is. Men moet dus vertrouwen op de eigen analyse van de waarde; de spreiding in de hoogte van de geboden bedragen zal hierdoor groter zijn. Een aantal aanbidders komt in de verleiding een hoger bod te doen dan zakelijk verantwoord is, bijvoorbeeld door een te optimistische analyse. In dat geval is degene met het winnende bod niet te benijden. Deze zit dan vast aan een te hoog bod. We spreken dan van de 'arme winnaar'. Dit verschijnsel staat ook bekend als de 'winner's curse'.

Uit literatuur over biedsystemen blijkt dat het risico op de winner's curse bestaat als de bidders niet beschikken over alle benodigde informatie en evenmin in de gelegenheid zijn meer informatie te ontfemen aan het biedgedrag van anderen. Dit is het geval bij een eenmalig gesloten bod. Marktpartijen hebben ons aangegeven dat partijen, mede als gevolg van het biedsysteem, te veel hebben geboden. Verder stellen marktpartijen dat het grootste deel van hen verlies maakt."

En op bladzijde 4:

"Er zijn aanwijzingen dat de gekozen systematiek heeft geleid tot hoge opbrengsten. De verschillen tussen het hoogste en het een-na-hoogste bod zijn soms groot (bijvoorbeeld: een miljoen euro tegenover een paar duizend euro). Voor de meeste kavels heeft het financiële bod de doorslag gegeven.

We achten het aannemelijk dat veel marktpartijen momenteel verlies maken. Op basis van openbare gegevens over verkochte reclameomzet en onze schattingen van de kosten concluderen we dat een groot deel van de bedrijven waarschijnlijk forse tot zeer forse verliezen boekt. In hun bedrijfsplannen hebben de meeste van deze bedrijven weliswaar een verlies voorzien voor het eerste jaar, maar de daadwerkelijke verliezen zijn waarschijnlijk groter dan in de bedrijfsplannen werd verwacht. Hoe de branche als geheel zal presteren gedurende de looptijd van de vergunningen, hangt mede af van de ontwikkeling van de reclamemarkt voor radio. Als die zo sterk zal groeien als in de jaren tot 2004, zal dit omroepen verlichting bieden.

Mede op basis van de hiervoor geschetste overwegingen vinden we het aannemelijk dat de winner's curse zich inderdaad heeft voorgedaan. De eigen verantwoordelijkheid van de marktpartijen moet daarbij echter niet uit het oog worden verloren. Verstandig biedgedrag en goed ondernemerschap zijn eveneens belangrijke factoren gebleken voor de winstgevendheid van omroepen"

52. Weliswaar kan een bedrijfsplan niet te allen tijde voorkomen dat een partij verlies lijdt, maar indien, zoals het Concept-Besluit nu bepaalt zonder overigens te motiveren waarom, een bedrijfsplan helemaal niet meer hoeft te worden ingediend, is het volstrekt onduidelijk of de winnende partij straks in staat zal zijn om op een rendabele wijze gedurende de zeer korte looptijd van iets meer dan 4 jaar, kavel A7 doelmatig te exploiteren. Dit geldt temeer, nu 'de winnaar' van de veiling ook nog extra zal moeten investeren in digitale radio, en nu marktbreed de opvatting wordt gedragen dat een vergunning een looptijd nodig heeft van tenminste 8 jaar om de noodzakelijke investeringen terug te kunnen verdienen.

53. Een bedrijfsplantoets die tot doel heeft om te onderzoeken of de aanvragende partij in staat is om kavel A7 gedurende de looptijd van de vergunning doelmatig te exploiteren, blijft noodzakelijk. De bedrijfsplantoets is een belangrijk instrument om te kunnen vaststellen of de exploitatie gedurende de looptijd kan worden gecontinueerd. Het is in het maatschappelijk belang dat deze continuering gewaarborgd wordt, zeker nu in de komende jaren de digitaliseringslag moet worden gemaakt.

54. De Minister heeft hierin een belangrijke taak. Net als bij aanbestedingen in het openbaar vervoer vooral ook wordt gekeken naar de vraag of de aanvrager daadwerkelijk kan garanderen dat er bussen komen die op tijd zullen blijven rijden, dient de Minister er naar het oordeel van RadioCorp en AVR vooral voor te zorgen dat een vergunning in handen komt van een partij die in staat zal zijn om -zowel analoog als digitaal- gedurende de looptijd van de vergunning daadwerkelijk programma's zal kunnen blijven uitzenden.

Wijze van verdeling

55. De Minister schrijft in de toelichting bij paragraaf 2:

"De kavels A7 en C08 worden verdeeld door middel van een veilingprocedure. Voor deze verdeelmethode wordt gekozen om de volgende redenen.

Ten eerste biedt een veiling een methode die meer dan een vergelijkende toets geschikt is om te komen tot een marktconforme prijs. Dat is in het belang van efficiënt frequentiegebruik en bovendien, voor kavel A7, om te vermijden dat er ongerechtvaardigde verschillen ontstaan met de recente verlenging van de bestaande landelijke FM-vergunningen. Er wordt namelijk met een veiling aangesloten bij de waarderingmethodiek zoals gebruikt bij die verlenging in 2011. In dat kader is door SEO Economisch Onderzoek een onderzoek uitgevoerd naar de waarde van de commerciële radiovergunningen. Die waarde werd bepaald aan de hand van een hypothetische veiling voor een gemiddeld efficiënte toetreder. Met andere woorden, er is bepaald wat een efficiënte toetreder op een veiling zou bieden voor de vergunning.

Ten tweede zou het hanteren van een vergelijkende toets geen bijzondere toegevoegde waarde hebben. Voor kavel A7 geldt dat het een ongeclausuleerd kavel is en de toegevoegde waarde van een toets op het bedrijfsplan is in de onderhavige economische situatie beperkt."

56. Naar het oordeel van RadioCorp en AVR is de motivering van de Minister in het Concept-Besluit waarom er ditmaal voor een veiling zou moeten worden gekozen, mede gelet op het bovenstaande, volstrekt onvoldoende.

57. Net als bij de vele vergelijkende toetsen voor FM-frequentieruimte die sinds 2003 zijn gehouden, vraagt de Minister ook ditmaal om een eenmalig gesloten financieel bod. Van het rapport 'Op de Golven' van Bureau Berenschot, nota bene in opdracht van de Minister van OC&W opgesteld om de uitgifteprocedure van 2003 onafhankelijk te evalueren, weten we dat deze biedmethode kan leiden tot veel hogere biedingen dan economisch gerechtvaardigd zou zijn ('The Winners' Curse'). Indien een partij een frequentie verwerft middels een veel te hoog bod en daardoor de exploitatielasten niet meer kan dragen, dan is dat beslist niet in het belang van efficiënt frequentiegebruik.

58. Daarnaast, zoals AVR al uitvoerig heeft aangetoond in haar ingediende bedrijfsplan voor kavel A7 vorig jaar, is kavel A7 een 'gemankeerd kavel' in vergelijking tot de ongeclausuleerde FM-kavels van de grote marktpartijen Radio 538, Sky Radio en Q-Music. De Minister hoeft niet bang te zijn voor het ontstaan van 'ongerechtvaardigde verschillen'. Zoals eerder gesteld: de waarde van een kleine winkelruimte in de Amsterdamse wijk Bos en Lommer is een geheel andere dan de waarde van een grotere winkelruimte in de Kalverstraat.

59. De opmerking van de Minister dat er met een veiling wordt aangesloten bij de waarderingsmethodiek zoals gebruikt bij die verlenging in 2011, kunnen RadioCorp en AVR daarom niet plaatsen. Juist bij de Vergelijkende Toets voor kavel A7 vorig jaar werd er - middels het eenmalig bedrag- aangesloten bij die waarderingsmethodiek. Alleen bood dat geen soelaas.

60. Voor zover de Minister hier bedoelt dat een daadwerkelijke veiling van kavel A7 in de huidige markt (met als grote spelers o.m. de al jarenlang bestaande radiostations Radio 538, Sky Radio, Q-Music en de publieke zenders Radio 1, Radio 2 en 3FM) te vergelijken valt met het volstrekt hypothetische theoretische veilingsscenario van SEO, dan betwisten RadioCorp en AVR dat met klem.

61. Hier dient (nogmaals) te worden opgemerkt dat SEO Economisch Onderzoek in haar onderzoek naar de waarde van de commerciële FM-vergunningen de financiële gegevens van alle spelers die ooit op kavel A7 hebben uitgezonden (Yorin FM van RTL, Caz! van SBS en Arrow Classic Rock) geheel buiten beschouwing heeft gelaten. Net zomin de waarde van een al jaren leegstaande winkelruimte in Bos en Lommer in Amsterdam kan worden bepaald aan de hand van wat H&M, Zara en de V&D als huurprijs betalen op de Kalverstraat, valt de waarde van het al jarenlang leegstaande kavel A7 niet te bepalen aan de hand van de resultaten van de grote marktbespelers Radio 538, Sky Radio en Q-Music op hun grote, landelijke, ongeclausuleerde, comfortabele kavels.

62. Bij A7 ontbreekt immers dekking in vrijwel complete provincies, en in veel van de gebieden waar A7 wel te ontvangen is, bevinden de frequenties zich helemaal aan de rand van de FM-band (zoals bijvoorbeeld de 87,6 Mhz). Luisteraars die luisteren naar bijvoorbeeld Radio 538 en graag iets anders willen horen, komen eerst langs 24 andere zenders voordat ze eenmaal bij zo'n FM-frequentie helemaal aan de rand van de FM-band aanbellen. Een dergelijke positie op de FM-schaal drukt de waarde van zo'n FM-pakket flink naar beneden. Het FM-bereik van kavel A7 is aanzienlijk minder dan het bereik van de FM-kavels van 538, Sky en Q.

63. Last but not least zal de toetreders op kavel A7 binnen slechts enkele jaren een marktpositie moeten zien te veroveren op de grote spelers 538, Sky en Q én de noodzakelijke investeringen daarvoor moeten zien terug te verdienen; terwijl 538, Sky en Q juist een belang erbij hebben om de nieuwkomer in de markt zo klein mogelijk te houden.

64. In haar waardebepaling heeft SEO er ook geen rekening mee gehouden dat kavel A7 in 2011 al enkele jaren leeg stond. Het eenmalig bedrag vorig jaar was daarom veel te hoog, zoals marktpartijen de Minister ook al in de consultatieperiode voorafgaande aan die vergelijkende toets hadden laten weten. Het resultaat? Geen aanvrager was bereid of in staat om dit eenmalig bedrag te voldoen; de aanvraag van AVR -die voor het overige wel aan de gestelde eisen voldeed- werd afgewezen, en kavel A7 bleef nog langer leeg staan.

65. Waarom een veiling zou aansluiten bij de waarderingsmethodiek van SEO, is ons dus een raadsel. Indien er daadwerkelijk een veiling voor kavel A7 wordt gehouden, dan zijn RadioCorp en AVR ervan overtuigd dat de uitkomst zal aantonen dat er totaal geen verband is tussen die twee. De waarderingsmethodiek van SEO ten aanzien van kavel A7 is louter een theoretische, die in 't geheel geen betrekking heeft op de daadwerkelijke omstandigheden waarin A7 wordt verdeeld. En dat is vorig jaar reeds bewezen, toen zelfs 80% van de door SEO berekende waarde voor kavel A7 geen enkele aanvrager trok die bereid bleek of in staat was die waarde daadwerkelijk te betalen.

66. RadioCorp en AVR zijn het daarom niet eens met de stelling van de Minister dat een vergelijkende toets geen bijzondere toegevoegde waarde zou hebben. Het onderdeel 'bedrijfsplantoets' binnen de vergelijkende toets is van essentieel belang bij vergunningverlening aan een gegadigde die niet alleen de vergunning van kavel A7 en digitale omroep kan verwerven, maar 'm ook daadwerkelijk tot het einde van de looptijd van de vergunning kan exploiteren.

67. Naar het oordeel van RadioCorp en AVR zijn de administratieve lasten die gepaard gaan met het moeten schrijven van een bedrijfsplan, verwaarloosbaar ten opzichte van de lasten die gepaard gaan met de exploitatie van een FM-kavel. Een partij die niet in staat is enkele tienduizenden euro's (of minder) uit te trekken voor het maken van een bedrijfsplan voor kavel A7, is vermoedelijk ook niet in staat om de noodzakelijke miljoenen euro's aan investeringen te steken in de exploitatie van kavel A7.

68. Tenslotte stelt de Minister in paragraaf 3 van het Concept-Besluit:

"Het onderscheid tussen ongeclausuleerde en geclausuleerde landelijke commerciële radio-omroep is gemaakt om tegemoet te komen aan de wens om zoveel mogelijk variatie in het aanbod aan te brengen. Zoals aangegeven in de Kamerbrief van 23 juni 2009 (Kamerstukken II, 2008-2009, 24 095, nr. 241) wordt dit beleid gecontinueerd. Dit betekent dat kavel A7 nader is bestemd voor ongeclausuleerde landelijke commerciële radio-omroep....."

69. Nu het beleid tegemoet blijft komen aan de wens om zoveel mogelijk variatie in het aanbod aan te brengen, en er dus sprake blijft van geclausuleerde landelijke FM-pakketten (5), ongeclausuleerde landelijke FM-pakketten (4), niet-landelijke regiogerichte FM-kavels (ruim 30) en AM-kavels (bijna 10); waarom zou er voor één FM-pakket een veiling moeten worden georganiseerd, nu zelfs de Nota Frequentiebeleid 2005 er vanuit gaat dat de vergelijkende toets de te hanteren methode is voor FM-kavels met inhoudelijke programmatische criteria? Wel doel bereikt de Minister ermee om kavel A7 geheel los te koppelen van alle overige FM-pakketten?

70. Op de website

<http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/frequentiebeleid/vraag-en-antwoord/wie-is-verantwoordelijk-voor-de-verdeling-van-de-radiofrequenties.html>

staat het ook nog eens duidelijk. De letterlijke tekst op deze site van de Rijksoverheid luidt:

"Huidige verdeling radiofrequenties

Het verdelen van radiofrequenties gebeurt op 1 van de volgende manieren:

** op basis van voorkeursrecht (publieke omroepen hebben voorrang);*

** op volgorde van binnenkomst van de aanvragen;*

** met een vergelijkende toets waarin onder andere de financiële haalbaarheid van de bedrijfsplannen wordt bekeken;*

** met een veiling."*

71. De expliciete vermelding van de zin "*waarin onder andere de financiële haalbaarheid van de bedrijfsplannen wordt bekeken*" geeft al aan dat ook de Rijksoverheid die financiële haalbaarheid zeer belangrijk acht. Immers, zonder die financiële haalbaarheid komt de continuïteit van de exploitatie van een FM-kavel gecombineerd met digitale frequentieruimte in het gedrang. De bedrijfsplantoets is een belangrijk middel om te voorkomen dat een gegadigde de vergunning verwerft die er maar kortstondig gebruik van zal maken alvorens zelf in moeilijkheden te komen.

Tot slot

RadioCorp en AVR stellen zich op het standpunt dat het veilen van kavel A7 in strijd is met de Telecommunicatiewet en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel.

Een uitgifteprocedure voor het toewijzen van frequenties mag niet als doel hebben het maximaliseren van de winst voor de Staat (EU Richtlijn). De uitgifteprocedure mag slechts als een middel worden gebruikt om de meest efficiënte gebruiker van het spectrum te selecteren. Het spectrum van kavel A7 is geormerkt voor landelijke commerciële radio-omroep. En derhalve moet de overheid zoveel mogelijk ervoor zorgdragen dat een partij de frequentieruimte van kavel A7 verkrijgt die gedurende de gehele looptijd van de vergunning de vergunning kan exploiteren. In de veilingopzet van het Concept-Besluit is er geen enkele garantie dat de winnaar de meest efficiënte gebruiker van kavel A7 zal worden.

RadioCorp en AVR staan op het standpunt dat AVR vorig jaar ten onrechte niet is toegelaten tot de vergelijkende toetsprocedure voor kavel A7, en dat daardoor ten onrechte de vergunning voor kavel A7 niet aan AVR is verleend. AVR blijft aanspraak maken op de vergunning van A7.

RadioCorp en AVR zijn van oordeel dat de Minister kavel A7 momenteel niet kan verdelen. Maar in het geval er door AVR geen rechtsmiddelen zouden zijn ingesteld tegen de afwijzing van haar aanvraag voor kavel A7 in de verdeelprocedure van vorig jaar, dan zou de Minister kavel A7 nu nog niet kunnen verdelen middels een veiling. Uitsluitend een vergelijkende toetsprocedure inclusief bedrijfsplantoets zou in dat geval de enige rechtsgeldige methode zijn geweest.

Het is van maatschappelijk belang om te weten of een vergunninghouder in staat is om de exploitatie van FM-omroepfrequenties en de frequentieruimte in band III gedurende de looptijd van de vergunning te continueren.

Mocht de Minister toch tot een nieuwe verdelingsprocedure van kavel A7 overgaan (veiling dan wel vergelijkende toets), bestaat wat AVR betreft daarbij wel de kans dat deze vergunninghouder na enige tijd de vergunning voor kavel A7 weer zal moeten inleveren, indien AVR de gerechtelijke procedure over het niet toelaten van de aanvraag van AVR voor de vergelijkende toets van vorig jaar, wint, en de vergunning voor kavel A7 alsnog aan AVR dient te worden verleend.

Hilversum, 11 september 2012,

Herbert Visser
Directeur
RadioCorp B.V./ Ad Venture Radio B.V.