

**Ontwerp van de Regeling van de Minister van Economische Zaken van ..... nr. WJZ ....., tot wijziging van de Regeling vaststelling eenmalig bedrag landelijke commerciële radio-omroep 2011 van de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie van 17 maart 2011, nr. WJZ / 11039880, houdende regels met betrekking tot het eenmalig bedrag verschuldigd door verkrijgers of houders van een vergunning voor het gebruik van frequentieruimte bestemd voor landelijke commerciële radio-omroep**

De Minister van Economische Zaken,

Gelet op artikel 3.3a van de Telecommunicatiewet j° artikel 20.2a, derde lid, van de Telecommunicatiewet;

Besluit:

**Artikel I**

In artikel 2, eerste lid, onder b, van de Regeling vaststelling eenmalig bedrag landelijke commerciële radio-omroep 2011 wordt "€ 20.385.000" vervangen door: € 12.720.000

**Artikel II**

Aan artikel 3 wordt een lid toegevoegd, luidende:

6. Het tweede tot en met vierde lid zijn niet van toepassing op de betaling van het verschuldigde eenmalig bedrag voor de vergunning voor kavel A2 en een vergunning voor digitale radio-omroep, bedoeld in artikel 2, eerste lid, aanhef en onder b.

**Artikel III**

1. Deze regeling treedt in werking met ingang van de dag na dagtekening van de Staatscourant waarin zij wordt geplaatst.
2. Artikel I werkt terug tot en met 23 maart 2011.

Deze regeling zal met de toelichting in de Staatscourant worden geplaatst.

's-Gravenhage,

De Minister van Economische Zaken,

## Toelichting

### 1. Inleiding

Met deze regeling wordt de Regeling vaststelling eenmalig bedrag landelijke commerciële radio-omroep 2011 gewijzigd. De wijziging heeft betrekking op het bedrag dat de vergunninghouder van FM-kavel A2 verschuldigd is voor de verlenging van de betreffende vergunning over de periode van 1 september 2011 tot 1 september 2017 en de verlening van de bijbehorende vergunning voor digitale radio-omroep.

Deze wijziging vindt plaats naar aanleiding van de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBB) van 8 januari 2015<sup>1</sup>. In die uitspraak heeft het CBB geconcludeerd dat artikel 2, eerste lid, aanhef en onder b, van de Regeling eenmalig bedrag landelijke commerciële radio-omroep 2011 onverbindend is wegens strijd met (het toenmalige) artikel 3.3a Telecommunicatiewet en daarom buiten toepassing moet worden gelaten. Deze uitspraak betrof enkel kavel A2. De bedragen voor de overige kavels zijn na een uitspraak van het CBB op 8 oktober 2015<sup>2</sup> in stand gebleven. Na de genoemde uitspraken heeft een nieuwe berekening plaatsgevonden van het bedrag dat verschuldigd is voor de verlenging van de vergunning voor FM-kavel A2 en de verlening van de daaraan gekoppelde vergunning voor digitale radio-omroep voor de periode van 1 september 2011 tot 1 september 2017. De methode volgens welke dit is berekend, is zodanig vormgegeven dat zij in lijn is met voornoemde uitspraak van het CBB van 8 januari 2015.

In 2011 is het bedrag opgelegd krachtens artikel 3.3a van de Telecommunicatiewet, zoals dat toentertijd luidde. Na de verlenging is de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) gewijzigd en is de bevoegdheid om een bedrag op te leggen neergelegd in artikel 3.15 van de Tw. Deze wijziging van de Tw is op 15 maart 2013 in werking getreden. Uit artikel 20.2a, derde lid, van de Tw volgt dat artikel 3.3a van de Tw en de daarop berustende bepalingen zoals die luiden voor 15 maart 2013 van toepassing blijven ten aanzien van vergunningen die zijn verleend voor 15 maart 2013. Aangezien de voorliggende regeling betrekking heeft op de vergunning voor kavel A2 die voor 15 maart 2013 is verleend, vormt het voormalige artikel 3.3a van de Tw de grondslag voor deze regeling.

### 2. Uitgangspunten en proces vaststelling bedrag

Het in rekening brengen van een eenmalig bedrag is in het bijzonder van belang bij schaarse frequentieruimte. De economische waarde dient (geheel) in het bedrag te worden uitgedrukt, zowel met het oog op doelmatig frequentiegebruik als om te voorkomen dat de verlenging kan worden aangemerkt als een verboden vorm van staatssteun. Daarnaast is het belangrijk om verstoring van een gelijk speelveld (*level playing field*) te voorkomen. Om dit te bereiken zijn de voordelen contant gemaakt die gedurende de looptijd van de vergunning – in dit geval berekend voor de periode 2011-2017 – uit de exploitatie van de vergunning kunnen worden verwacht, overeenkomstig artikel 3.3a, van de Tw. Ingevolge artikel 13 van de Machtigingsrichtlijn<sup>3</sup> is van belang dat een verschuldigd bedrag zodanig wordt bepaald dat zij objectief gerechtvaardigd, transparant, niet-discriminerend en proportioneel is.

Om dit te bereiken is onafhankelijk onderzoek gedaan door SEO Economisch Onderzoek (hierna: SEO) en het Instituut voor Informatierecht (hierna: IViR).<sup>4</sup> In dat onderzoek is de economische waarde

---

<sup>1</sup> ECLI:NL:CBB:2015:2

<sup>2</sup> CBB 8 oktober 2015, ECLI:NL:CBB:2015:317. CBB 8 oktober 2015, ECLI:NL:CBB:2015:318. CBB 8 oktober 2015, ECLI:NL:CBB:2015:319.

<sup>3</sup> Richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (PbEG L 108), gewijzigd door richtlijn 2009/140/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009, Pb EU L337

<sup>4</sup> SEO Economisch Onderzoek en Instituut voor Informatierecht, 'Herwaardering kavel A2', Amsterdam: 29 juni 2016.

bepaald van de landelijke FM-vergunning A2, gecombineerd met de bijbehorende vergunning voor digitale radio-omroep, over de periode 1 september 2011 tot 1 september 2017.

In artikel 3.3a, tweede lid, onderdeel a, van de Tw is geregeld dat de hoogte van het te betalen bedrag is bij een eenmalig bedrag gelijk is aan een bij ministeriële regeling vast te stellen bedrag gerelateerd aan de in het jaar van vergunningverlening bepaalde contante waarde van de gedurende de looptijd van de vergunning uit de exploitatie van de vergunning te verwachten voordelen. De FM-vergunning voor kavel A2 is in 2011 verlengd en de vergunning voor digitale radio-omroep is in dat zelfde jaar verleend. Hiermee wordt ook recht gedaan aan het non-discriminatiebeginsel. Om een gelijke behandeling van alle houders van vergunningen voor de FM-kavels (A1 t/m A9) te borgen – en daarmee het gelijke speelveld – dient in de nieuwe berekening van de waarde van FM-kavel A2 te worden uitgegaan van de situatie anno 2011 en de kennis en (markt)verwachtingen die toen golden. Dat waren namelijk dezelfde uitgangspunten voor het bepalen van alle eenmalige bedragen ten tijde van de verlenging in 2011. Deze liggen nog altijd aan de basis van alle andere eenmalige bedragen die voor de verlenging van zowel de geclausuleerde als ongeclausuleerde FM-kavels, zijn betaald. Bovendien was de keuze van vergunninghouders om in 2011 te kiezen voor een verlenging ook gebaseerd op de marktsituatie en verwachting in 2011.

Uit de uitspraken van het CBB van 8 oktober 2015 volgt dat de door SEO ontwikkelde methodiek voor het bepalen van de verschuldigde bedragen voor de verlenging van de ongeclausuleerde kavels de rechtelijke toets kan doorstaan. Die bedragen zijn inmiddels rechtens onaantastbaar geworden. Bij de herberekening van het bedrag voor de verlenging van het geclausuleerde kavel A2 wordt in de basis dan ook aangesloten bij de methodiek zoals die initieel voor de ongeclausuleerde kavels is toegepast in 2011. Zo wordt een gelijke behandeling en een gelijk speelveld gewaarborgd. Om de methodiek voor het bepalen van het eenmalig bedrag van FM-kavel A2 in lijn te brengen met de uitspraak van het CBB van 8 januari 2015 is die methodiek op een aantal onderdelen ten aanzien van de clausulering aangepast. Een nadere beschrijving hiervan wordt gegeven in hoofdstuk 3 van deze toelichting.

De aangepaste methode is tussen 23 mei 2016 en 20 juni 2016 informeel geconsulteerd. Daarbij zijn alle houders van een landelijke commerciële FM-vergunning in de gelegenheid gesteld om hun eerste reactie te geven. Daarnaast is deze herberekening, waaronder dus ook de aangepaste methode, voorgelegd aan RBB Economics (hierna: RBB) en Sman Business Value (hierna: Sman) voor een second opinion. RBB en Sman hebben dit beoordeeld en geconcludeerd dat de aangepaste methode logisch en navolgbaar is en dat daar redelijkerwijs voor kan worden gekozen.<sup>5</sup>

### **3. Berekeningsmethode**

Zoals hiervoor reeds toegelicht wordt net als in 2011 het SEO-model gebruikt voor de bepaling van de waarde van kavel A2. Voor de bepaling van het effect van de clausulering op de waarde van kavel A2 is naar aanleiding van de CBB-uitspraak wel een andere methode gebruikt dan in 2011. Voor een nadere toelichting op het SEO-model wordt verwezen naar de toelichting op de Regeling vaststelling eenmalig bedrag landelijke commerciële radio-omroep 2011<sup>6</sup> en de bijbehorende rapporten uit 2010<sup>7</sup> en 2011.<sup>8</sup> Hieronder worden enkele kernpunten uit het model aangestipt en daarna wordt nader ingegaan op de wijze waarop het effect van de clausulering is bepaald teneinde gevolg te geven aan de uitspraak van het CBB inzake A2.

---

<sup>5</sup> RBB Economics en Sman Business Value, 'Waarde landelijke commerciële radiovergunningen: verlenging 2017 Second opinion op de waardebepaling door SEO/IViR – opgesteld in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken', Den Haag, 7 juli 2016.

<sup>6</sup> Regeling vaststelling eenmalig bedrag landelijke commerciële radio-omroep 2011, Stcrt. 2011, nr. 5069.

<sup>7</sup> SEO Economisch Onderzoek, 'Waarde commerciële radiovergunningen', Amsterdam, 28 april 2010

<sup>8</sup> SEO Economisch Onderzoek, 'Addendum waarde commerciële radiovergunningen', Amsterdam, maart 2011.

Uitgangspunt voor het berekenen van het nieuwe eenmalig bedrag voor A2 is, in lijn met de methodiek zoals toegepast in 2011, het berekenen van de zogeheten 'opportuïteitskosten' voor de zittende vergunninghouders, oftewel de kosten van het in gebruik houden van een vergunning voor de periode van 1 september 2011 tot 1 september 2017. Ze zijn gelijk aan de waarde die een gemiddeld efficiënte toetreder met die vergunning zou kunnen genereren. In een efficiënte markt had de vergunninghouder immers precies die prijs kunnen krijgen wanneer hij de vergunning had verkocht aan een dergelijke toetreder.

Om de waarde voor een gemiddeld efficiënte toetreder te berekenen is een kasstroombenadering gevolgd. Dit betekent dat alle opbrengsten, kosten en (des)investeringen zijn bepaald voor de periode van 1 september 2011 tot 1 september 2017. Op basis daarvan zijn de vrije kasstromen bepaald die een gemiddeld efficiënte toetreder met de vergunning kan genereren in die periode. Om deze vervolgens contant te maken naar de startdatum van de verlenging is een sectorspecifieke discontovoet (Weighted Average Cost of Capital, hierna: WACC) vastgesteld en toegepast. Vervolgens is nog bepaald welk deel van die waarde kan worden toegerekend aan de distributie via de FM en digitaal/DAB+ en welk deel aan verspreiding via andere platformen zoals kabel en internet. Alleen het deel dat kan worden toegerekend aan de distributie via FM en digitaal/DAB+ omvat immers de economische waarde van de onderliggende vergunning en behoort onderwerp te zijn van een eenmalig bedrag.

Om de kasstroommodellen op te stellen is SEO/IViR uitgegaan van de cijfers zoals die voor de berekening in 2011 bij haar zijn aangeleverd door de verschillende vergunninghouders, de marktverwachtingen zoals die toen golden en ook alle overige input-parameters zijn gelijk aan de berekening zoals uitgevoerd in 2011. Op basis daarvan is per jaar de netto vrije kasstroom bepaald, welke contant is gemaakt met de WACC, en heeft een toerekening van de waarde aan de distributie via FM en DAB+ plaatsgevonden. Zoals reeds eerder toegelicht, is dit nodig om het gelijke speelveld tussen de verschillende vergunninghouders te borgen.

De volgende stap in de herberekening van de waarde van A2 is om te bepalen wat de invloed van de clausulering van A2 – 'gouwe ouwe' – is op de waarde van het kavel. De clausulering wordt immers geacht een negatief effect te hebben op de verdien capaciteit van het kavel. Gegeven de uitspraak van het CBb van 8 januari 2015 moet het effect van de clausulering van A2 in de berekening van het eenmalig bedrag tot uiting worden gebracht.

In de aanpak die SEO/IViR hiervoor heeft ontwikkeld wordt gebruik gemaakt van (a) de waarden die op basis van het hiervoor beschreven kasstroommodel zijn berekend, en (b) de winnende biedingen uit 2003 plus de eenmalige bedragen die indertijd zijn opgelegd. Met gebruikmaking van deze elementen kan worden bepaald wat volgens de markt in 2003 de verwachte invloed was van de clausulering op de inkomstenpotentie van de verschillende geclausuleerde vergunningen. Daarbij wordt uitgegaan van marktverwachtingen zoals die destijds (in 2003) geschetst zijn in de Regeling vaststelling eenmalig bedrag landelijke commerciële radio-omroep 2003 (hierna: Regeling 2003).<sup>9</sup> Relevant hier is dat de hoogte van de clausulering door een vergunninghouder zelf is geboden en dat hij tegen de achtergrond daarvan zijn financiële bod heeft uitgebracht.<sup>10</sup> Er is geen andere objectieve markt informatie beschikbaar waaruit blijkt wat het effect van de clausulering is.

Hierna volgt een korte beschrijving van de manier waarop met gebruikmaking van voornoemde elementen de invloed van de clausulering is berekend. Een meer uitgebreide beschrijving is terug te

---

<sup>9</sup> Regeling vaststelling eenmalig bedrag landelijke commerciële radio-omroep 2003, Stcrt. 2003, 40, pag. 37.

<sup>10</sup> Hiermee wordt het bedoeld dat deelnemers aan de verdeling in 2003 zelf een bod konden uitbrengen op de hoeveel zendtijd die zou van plan waren te besteden aan de clausulering van de betreffende vergunning.

vinden in hoofdstuk 6 van het rapport van SEO/IViR ten behoeve van de verschuldigde bedragen voor de verlenging van de commerciële radio-vergunningen over de periode 2017-2022.<sup>11</sup>

Door het SEO-model uit 2011 (gebaseerd op cijfers ontvangen over de jaren 2004-2009) toe te passen met gebruikmaking van de verwachtingen uit 2003 volgen er waarden voor de verschillende FM-kavels over de periode 2003-2011. De waarden die aldus volgen uit het model, zijn gelegd naast de bedragen die in 2003 zijn betaald. In dit geval is dat dus de combinatie van een bedrag en het door marktpartijen uitgebrachte financieel bod. Er is gebruik gemaakt van die bedragen omdat ze de meest recente verwachtingen van marktpartijen zelf weerspiegelen en daarmee de meest objectieve maatstaf zijn van het verwachte effect van de clausuleringen op de waarde van de vergunningen. Dit is in lijn met de Belgacom-uitspraak van het Hof van Justitie<sup>12</sup>, waarin geoordeeld is dat een verlengingsvergoeding afgeleid mag worden van de initiële vergoeding die bij toetreding tot de markt is betaald. Als gevolg van individuele keuzes die marktpartijen in 2003 hebben gemaakt kunnen er echter afwijkingen zijn tussen de waarden die de uitkomst zijn van de toepassing van het SEO-model (met de marktverwachtingen uit 2003) en de winnende biedingen uit 2003. Dergelijke afwijkingen kunnen bijvoorbeeld voortkomen uit een meer of minder optimistische inschatting door een winnende bieder van de te realiseren kasstromen, of door een meer of minder optimistische inschatting van de marktontwikkeling zoals geschetst in de toelichting bij de Regeling 2003, welke door SEO is gehanteerd. Om hiervoor te corrigeren is door SEO/IViR een correctiefactor geïjkt, zodanig dat de winnende biedingen voor ongeclausuleerde kavels gemiddeld overeenkomen met de voorspellingen voor diezelfde kavels na toepassing van die correctiefactor.

Voor A2 – en overigens alle geclausuleerde kavels – is er echter nog een extra afwijking ten opzichte van deze bedragen die moet worden berekend. Die afwijking is de verwachte invloed die de clausulering volgens marktpartijen in 2003 had op de inkomstenpotentie van dit kavel. Deze 'clausuleringsfactor' is door SEO/IViR bepaald door voor A2 de verwachte inkomsten met een (in de tijd constante) schaalfactor zodanig aan te passen dat het model (inclusief vernoemde correctiefactor) als uitkomst het winnende financieel bod (vermeerderd met het eenmalig bedrag) voor dat kavel uit 2003 produceert. Voor het kavel A2 (clausulering 'gouwe ouwe') blijkt uit deze analyse dat de markt verwachtte dat de clausulering zou leiden tot een afname in het inkomstentpotentieel van ruim 13%. Zo is geborgd dat het effect van de clausulering tot uitdrukking komt in de verlengingsprijs van het kavel A2, in lijn met de uitspraak van het CBB van 8 januari 2015. Hieruit volgt uiteindelijk het eenmalig bedrag van € 12.720.000.

Het bedrag van € 12.720.000 is bepaald onder de aanname dat het in 2011 betaald zou worden, net als de andere eenmalig bedragen die zijn betaald voor de verlenging voor de periode 2011-2017. Verder is relevant dat de vergunninghouder al een aantal termijnen van het vernietigde eenmalig bedrag heeft betaald. Uitgangspunt bij de terugbetaling is dat de vergunninghouder als gevolg van de procedure niet in een slechtere of betere positie wordt gebracht ten opzichte van de situatie dat dit bedrag gelijk in 2011 zou zijn vastgesteld en opgelegd.

#### **4. Consultatie**

Een ontwerp van deze regeling is van 3 oktober 2016 tot en met 14 november 2016 ter inzage gelegd.

<<invullen na consultatie>>

#### **5. Regeldruk**

De voorliggende wijziging betreft een vaststelling van het gewijzigde bedrag dat voor de verlenging in 2011 van de vergunning voor kavel A2 verschuldigd is. De betaling van dit gewijzigde bedrag en de

---

<sup>11</sup> Hoofdstuk 6 van het rapport van SEO/IViR is ter informatie bijgevoegd bij de consultatie van het ontwerp van deze regeling. Zie [www.internetconsultatie.nl](http://www.internetconsultatie.nl)

<sup>12</sup> Zie uitspraak van 21 maart 2013, C 375/11, ro. 52

terugbetaling van of de verrekening met de reeds ontvangen bedragen zal op initiatief van en door het Agentschap Telecom plaatsvinden en brengt voor betrokkene geen administratieve lasten met zich.

## **6. Inwerkingtreding**

De vaststelling van het gewijzigde bedrag werkt terug tot en met de dag dat de oorspronkelijke regeling in 2011 in werking is getreden. Dit houdt onder meer verband met de omstandigheid dat het oordeel van de rechter aangaande buiten toepassing verklaring van de betrokken bepaling, een ex tunc oordeel betreft. Eveneens is van belang dat een gelijke behandeling wordt geborgd van alle houders van vergunningen voor de FM-kavels (A1 t/m A9). Mede om deze reden is SEO/IVIR bij de berekening van het in deze wijzigingsregeling opgenomen bedrag uitgegaan van de situatie in 2011, de cijfers die indertijd zijn aangeleverd, en is het vast te stellen bedrag contant gemaakt naar 2011. Om recht te doen aan deze situatie wordt het bedrag na herberekening met terugwerkende kracht, en dus met ingang van 23 maart 2011, vastgesteld. Aldus ontstaat voor de houder van de vergunning voor kavel A2 in beginsel gelijktijdig met de andere vergunninghouders – voor zover hun kavels in artikel 2 zijn genoemd – de situatie dat hij voor de verlenging het vastgestelde bedrag verschuldigd is.

Uit artikel 3, eerste lid, van de regeling volgt vervolgens dat dit verschuldigde bedrag uiterlijk 1 september 2011 betaald moet worden. Aangezien dit een datum in het verleden betreft, kan daar uiteraard niet aan worden voldaan. Om die reden wordt de betrokken vergunninghouder direct met de inwerkingtreding van deze wijzigingsregeling uitstel van betaling verstrekt tot na inwerkingtreding van deze wijzigingsregeling. Dit uitstel zal in een besluit aan betrokkene worden bekend gemaakt. Op grond artikel 4:101 van de Algemene wet bestuursrecht is de vergunninghouder wettelijke rente verschuldigd over de periode waarin uitstel van betaling is verleend. Uiteraard wordt over de reeds ten onrechte betaalde termijnen (van het oorspronkelijk vernietigde eenmalige bedrag), ook wettelijke rente vergoed aan de vergunninghouder. Dit laatste volgt uit artikel 4:102, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht.

Artikel 3 bevat in de leden 2 tot en met 4 voorts een aantal procedurele bepalingen aangaande de betalingsverplichting, die niet langer van toepassing zijn of kunnen zijn voor de betaling van het opnieuw vastgestelde verschuldigde bedrag voor de vergunning kavel A2 en de daarbij behorende vergunning voor digitale-omroep. Zo is de bij de aanvraag afgegeven bankgarantie al retour gezonden en is het bankrekeningnummer, als genoemd in het vierde lid, inmiddels gewijzigd. Verder zal weliswaar uitstel van betaling worden verleend omdat de betalingsverplichting in het verleden (2011) ligt, maar zal niet voorzien worden in een jaarlijkse betaling van zes gelijke termijnen omdat de verlengingsperiode in september 2017 afloopt.

Om verwarring over de toepasselijkheid van deze bepalingen te voorkomen wordt een lid toegevoegd dat deze niet van toepassing zijn op de betaling van het voor kavel A2 verschuldigde bedrag. Uiteraard wordt aan dit lid geen terugwerkende kracht toegekend.