

EINDRAPPORT



OP DE GOLVEN

EVALUATIE UITGIFTE VAN RADIOFREQUENTIES VOOR COMMERCIËLE RADIO IN 2003

Utrecht, 8 februari 2005

Berenschot

VanDoorne
Advocaten • Notarissen • Fiscalisten



EINDRAPPORT

OP DE GOLVEN

EVALUATIE UITGIFTE VAN RADIOFREQUENTIES
VOOR COMMERCIËLE RADIO IN 2003

Utrecht, 8 februari 2005

Berenschot: Bart Drenth
Ronald Timmerman
Jorrit Stevens
Van Doorne: Edwin Schotanus
Philip Juttman

OP DE GOLVEN

EVALUATIE UITGIFTE VAN RADIOFREQUENTIES
VOOR COMMERCIËLE RADIO IN 2003

INHOUD

Blz.

o.	SAMENVATTING	1
o.1	HET ONDERWERP VAN DEZE EVALUATIE	1
o.2	EEN WANKEL COMPROMIS	2
o.3	DE COMPLEXE VERANTWOORDELIJKHEIDSVERDELING	2
o.4	HET EENMALIGE BOD EN DE ARME WINNAARS	3
o.5	TE GROTE NADRUK OP (BEPAALTE ONDERDELEN VAN) HET BEDRIJFSPLAN	5
o.6	DE INTEGRITEITSVERKLARING HEEFT MATERIEEL WEINIG BETEKENIS	6
o.7	NIET ALLE KAVELS ZIJN OPTIMAAL SAMENGESTELD	6
o.8	DE CLAUSULERING BIEDT WAARBORGEN, MAAR LEIDT OOK TOT VERSTARRING	7
o.9	ONHELDERHEID VOORAF EN ACHTERAF	8
o.10	GOODWILL EN DE WAARDE VAN EEN FREQUENTIE.....	9
o.11	DE BEZWAREN VAN MARKTPARTIJEN VALLEN DEELS BUITEN DEZE EVALUATIE	9
o.12	CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN	10
I.	INLEIDING	12
I.1	AANLEIDING VOOR DE EVALUATIE	12
I.2	AFBAKENING EN MARKERING TERMIJN EVALUATIE	12
I.3	DOEL VAN DE EVALUATIE.....	12
I.4	ONDERZOEKSAANPAK.....	12
I.5	OPBOUW VAN HET RAPPORT	13
2.	OPMAAT TOT DE VERGELIJKENDE TOETS	14
2.1	COMMERCIËLE RADIO DOET ZIJN INTREDE.....	14
2.2	JURIDISCHE ACHTERGROND.....	17
2.3	DOELSTELLINGEN EN UITGANGSPUNTEN	17
2.4	CONCLUSIES OPMAAT VAN DE VERGELIJKENDE TOETS.....	19

3.	OPZET VAN DE VERGELIJKENDE TOETS	20
3.1	INLEIDING	20
3.2	TOETS PROGRAMMATISCHE VOORNEMENS (CLAUSULERING KAVELS)	20
3.3	BEDRIJFSPLANTOETS	24
3.4	FINANCIËEL BOD EN FINANCIËEL INSTRUMENT	26
3.5	CLUSTERING	28
3.6	GELIEERDHEID	29
3.7	CONCLUSIES OPZET VAN DE VERGELIJKENDE TOETS.....	31
4.	ORGANISATIE EN UITVOERING VAN DE VERGELIJKENDE TOETS	32
4.1	INLEIDING	32
4.2	ORGANISATIE EN KOSTEN VAN DE VERGELIJKENDE TOETS	32
4.3	BEOORDELING AANVRAGEN.....	36
4.4	ORGANISATIE EN UITVOERING TOEZICHT.....	45
4.5	BEZWAAR EN BEROEP	46
5.	RESULTATEN	47
5.1	INLEIDING	47
5.2	KENMERKEN MARKT VOOR RADIO-OMROEP	47
5.3	DOELSTELLING 1: VERSCHIEDENHEID OF VARIATIE VAN HET AANBOD.....	49
5.4	DOELSTELLING 2: VOLDOENDE ZORG VOOR HET PROGRAMMA.....	52
5.5	DOELSTELLING 3: NALEVING VAN HET PROGRAMMAFORMAT	55
5.6	DOELSTELLING 4: WAARBORGEN VAN INTEGRITEIT	55
5.7	DOELSTELLING 5: PLURALITEIT VAN AANBIEDERS	56
5.8	DOELSTELLING 6: AFDRACHT ECONOMISCHE WAARDE	57
5.9	DOELSTELLING 7: BEVORDEREN VAN GEZONDE CONCURRENTIE.....	58
5.10	CONCLUSIE RESULTATEN	59

Bijlagen. (separaat)

o. SAMENVATTING

o.1 HET ONDERWERP VAN DEZE EVALUATIE

Op 12 september 2002 besloot het kabinet tot een vergelijkende toets voor het verdelen van etherfrequenties voor de commerciële radio. De doelstellingen van de vergelijkende toets waren onder meer pluriformiteit, kwaliteit, continuïteit, integriteit en pluraliteit. Deze evaluatie gaat over de uitvoering van dit besluit. De totstandkoming van het besluit valt buiten het bestek van deze evaluatie. De startdatum voor deze evaluatie is dus 12 september 2002.

Opzet van de vergelijkende toets

De vergelijkende toets betrof landelijke FM-frequenties, niet-landelijke FM-frequenties en AM-frequenties. Van de 9 landelijke FM-kavels waren er 5 geclausuleerd, dat wil zeggen dat ze werden gebonden aan programmatische voorschriften. Voor de niet-landelijke FM-kavels gold de voorwaarde dat ze specifiek gericht moesten zijn op een bepaalde regio.

De vergelijkende toets behelsde naast een ontvankelijkheidstoets het volgende. Aanvragers moesten een bedrijfsplan indienen en een eenmalig gesloten financieel bod uitbrengen. Indien het ging om een geclausuleerd kavel, moest de aanvrager ook een ‘inhoudelijk bod’ doen. Hierin kon de aanvrager duidelijk maken hoe hij uit zou stijgen boven de gestelde inhoudelijke minimumeisen. Het kavel A5 was bijvoorbeeld geclausuleerd voor ‘recente bijzondere muziek’. Voor dit kavel gold onder meer als eis dat het radioprogramma minder dan 25% muziek mocht bevatten die genoteerd staat of heeft gestaan op een van de gangbare hitlijsten van popmuziek in Nederland. Een aanvrager kon zich, in de vergelijkende toets, beter kwalificeren door zich vast te leggen op een lager percentage muziek op gangbare hitlijsten in Nederland.

Bij de toewijzing van de geclausuleerde kavels werd éérst gekeken naar dit inhoudelijke bod. Degene die significant uitsteeg boven alle andere aanbieders, kreeg het betreffende kavel toegewezen. Wanneer meerdere partijen een gelijkwaardig inhoudelijk bod hadden gedaan, kwam de selectie uit bij het bedrijfsplan. De aanbieder die een significant beter bedrijfsplan had dan alle anderen, kreeg het kavel toegewezen. Wanneer meerdere aanbieders een gelijkwaardig bedrijfsplan hadden, werd gekeken naar de hoogte van het financiële bod. In dat geval kreeg degene met het hoogste bod het kavel toegewezen. En bij een even hoog bod besliste een notaris door loting.

In afwijking van de procedure voor geclausuleerde kavels, gold voor ongeclausuleerde kavels dat de aanbieders geen inhoudelijk bod uit hoefden te brengen. Hier werd dus eerst naar het bedrijfsplan gekeken en dan naar het financiële bod.

In de (opzet van) vergelijkende toets gaf de hoogte van het financiële bod dus pas in tweede of zelfs derde instantie de doorslag bij het toewijzen van kavels.

0.2 EEN WANKEL COMPROMIS

Het besluit dat het uitgangspunt vormt voor onze evaluatie, was een moeizaam compromis waaraan hoge en in ieder geval deels tegenstrijdige verwachtingen waren verbonden. In het besluit waren uiteenlopende politieke wensen verenigd, waaronder de wens kwaliteit te stellen boven winst en de belangen van zowel de bestaande partijen als van nieuwkomers te behartigen.

Daar komt bij dat de toets moest worden uitgevoerd onder zeer hoge tijdsdruk. De voorzieningenrechter had namelijk bepaald dat bekendmaking van de verdelingsprocedure voor 1 januari 2003 en ingebruikname van de frequenties door de nieuwe vergunninghouders op 1 juni 2003 mogelijk moest zijn.

Nu kunnen we vaststellen dat de besluiten over toedeling inderdaad hebben plaatsgevonden binnen de termijn die de voorzieningenrechter heeft gesteld. De technische realisatie is naar omstandigheden goed verlopen; de verwachte grote technische problemen zijn uitgebleven voor de landelijke FM-frequenties (voor de niet-landelijke FM-frequenties en de AM waren er wat meer problemen). De besluiten tot verdeling hebben geleid tot vele bezwaren. Dit viel ook te verwachten bij een verdeling met winnaars en verliezers. Tot dusver heeft de besluitvorming echter standgehouden bij de rechter.

Dat de vergelijkende toets (grotendeels) tijdig is gerealiseerd, was onder de geldende omstandigheden een prestatie op zich.

0.3 DE COMPLEXE VERANTWOORDELIJKHEIDSVERDELING

Bij de totstandkoming van de vergelijkende toets waren diverse overheidsinstanties betrokken. De belangrijkste daarvan waren bij de totstandkoming van de vergelijkende toets de directie Media Letteren en Bibliotheken (hierna: MLB) van het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (hierna OCW), Directoraat-Generaal Telecommunicatie en Post (hierna: DGTP) en Agentschap Telecom (hierna: AT) van het Ministerie van Economische Zaken (hierna: EZ). Voor het uitvoeren van de vergelijkende toets werd een onafhankelijke commissie ingesteld, de commissie-Franken. Daarnaast waren diverse andere instanties betrokken bij de vergelijkende toets, waaronder het Commissariaat voor de Media (hierna: CvdM).

De staatssecretaris van Cultuur en Media was primair verantwoordelijk voor de uitvoering van de vergelijkende toets en het Ministerie van OCW (Directie MLB) had een belangrijke rol als voorbereider. De facto werd een groot deel van de werkzaamheden uitgevoerd door de onafhankelijke commissie. Voor de vergunningverlening was primair de minister van Economische Zaken verantwoordelijk. De samenwerking tussen de departementen is betrekkelijk soepel verlopen. Dit heeft te maken met de grote inspanningen van de betrokkenen. Maar de tijdsdruk speelde zeker ook een rol omdat voor slepende discussies geen tijd was.

Instelling van de commissie

Voor het instellen van deze onafhankelijke commissie is al gepleit in het MDW-rapport¹ van maart 2002. De commissie werd echter pas in een vrij laat stadium, namelijk op 7 januari 2003, ingesteld. Hierdoor werd van de commissie een vliegende start verwacht en die heeft de commissie ook gerealiseerd.

0.4 HET EENMALIGE BOD EN DE ARME WINNAARS

Bij een eenmalig gesloten bod is de onzekerheid voor aanbieders groter dan bij biedsystemen met meerdere ronden. Aanbieders 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 aanbieders 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 anderen². 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.

Overigens kan de *winner’s curse* zich niet alleen voordoen bij het financiële bod, maar ook bij het inhoudelijke bod. In dat laatste geval hebben de winnaars zich vastgelegd op een programmatisch voornemen dat niet of nauwelijks commercieel exploiteerbaar is. Ook dit uit zich in de winst-en-verliesrekening van de marktpartijen. Mogelijk hebben de verliezen van enkele partijen meer te maken met inhoudelijke overbieding dan financiële overbieding.

Eigen verantwoordelijkheid van de marktpartijen

Een kanttekening die hierbij geplaatst kan worden, is dat een marktpartij zelf verantwoordelijk is voor haar financiële en inhoudelijke bod en die bovendien heeft geschraagd met een sluitend bedrijfsplan. Onder dit plan staat de handtekening van de aanvrager. Aangevoerd kan worden dat de marktpartij klaarblijkelijk zelf overtuigd was van de haalbaarheid van het plan en daarmee bewust het risico heeft genomen.

¹ Ministerie van Economische Zaken. MDW-veilen en andere allocatiemechanismen. Den Haag: maart 2002, rapportnr. 02ME17. (Zie ook: Tweede Kamer 2001-2002, 24036, nr. 254.)

² Zie bijvoorbeeld Paul Klemperer, *Auction Theory. A guide to the literature*, Journal of Economic Surveys. Volume 13 (3), juli 1999, pagina 227-286.

Marktpartijen brengen tegen deze redenering in dat het voor bestaande partijen welhaast noodzakelijk was om meer te bieden dan break-even. Immers, bij verlies van de frequentie zouden zij kosten moeten maken voor het opheffen van de organisatie (ontslaan van medewerkers, verkopen van apparatuur, etc.). De bedrijfsplannen waren daarom volgens hen zo optimistisch gesteld dat een te hoog bod kon worden verantwoord.

Aanwijzingen voor de winner's curse

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.

Keuze voor het eenmalige bod en de winner's curse

Het risico van de *winner's curse* was bij de keuze voor het eenmalig gesloten bod bekend bij de verantwoordelijke departementen. Een alternatief voor het eenmalig gesloten bod - het meerrondenbiedsysteem - bevatte volgens de staatssecretarissen van EZ en OCW ook een aantal nadelen. In de eerste plaats was het risico groter dat nieuwkomers door bestaande partijen zouden worden overboden. Bovendien waren de kansen op 'collusie' (samenwerking tussen aanvragers) dan groter.

Een andere belangrijke reden om te kiezen voor het systeem van een eenmalig gesloten bod, was de tijdsdruk waaronder de vergelijkende toets moest plaatsvinden. Binnen de termijn die door de voorzieningenrechter was gesteld, was een biedsysteem met meerdere ronden niet of nauwelijks realiseerbaar.

Van ondergeschikt belang, maar niet geheel zonder betekenis is de grimmige sfeer die er heerste tussen marktpartijen en overheden tijdens de keuze voor het eenmalige gesloten bod. Het wederzijdse vertrouwen tussen overheden en marktpartijen was laag en in de keuze voor het biedsysteem bestond bij de overheden minstens zo veel belangstelling voor het voorkomen van samenspanning tussen de marktpartijen als voor het voorkomen van onevenredig hoge kosten voor omroepen.

Gevolgen van de winner's curse

Partijen die *inhoudelijk* hebben overboden op een geclausuleerde kavel, komen in de verleiding de grenzen van hun programmatische voornemen op te zoeken. In ten minste één geval hebben we het vermoeden dat dit speelt. Wij zien hierin echter geen groot gevaar dat alle geclausuleerde stations hetzelfde gaan uitzenden.

Bij een *financiële* overbieding is het niet verstandig hetzelfde uit te zenden als andere partijen. De reden hiervoor is dat de marktleider in een bepaald segment een meer dan evenredig deel van de reclameopbrengsten naar zich toe kan trekken. De navolgers van de marktleider wissen dan grotendeels achter het net. Vroeger of later zullen de aanbidders dus een eigen koers kiezen.

Marktpartijen die op basis van een te hoge verwachting van het marktaandeel een te ambitieus bod hebben gedaan, zullen echter in economische moeilijkheden komen. Wij achten het goed denkbaar dat in de komende licentieperiode radio-omroepen als gevolg daarvan hun station zullen moeten verkopen of zelfs hun frequentie terug zullen moeten geven aan de staat.

0.5 TE GROTE NADRUK OP (BEPAALTE ONDERDELEN VAN) HET BEDRIJFSPLAN

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 bij enkele zeer relevante factoren was dit niet mogelijk. Zeer lastig voorspelbaar was bijvoorbeeld het marktaandeel dat de aanbieder zou verwerven. Wie van de partijen - die een kavel hebben gewonnen - de *voorspelde* marktaandelen bij elkaar optelt, komt tot niet erg realistische uitkomsten. Bij het verdelen van de frequenties was dus al onwaarschijnlijk dat alle opgegeven marktaandelen zouden worden behaald. Maar op basis waarvan had toen moeten worden vastgesteld welke schattingen realistisch waren en welke niet?

Het is niet redelijk om van de commissie-Franken te verwachten dat zij de marktaandelen van individuele partijen correct zou voorspellen. Maar voor het rendement van een aanbieder is het marktaandeel van doorslaggevend belang. Onzekerheid over deze factor maakt dus het realiteitsgehalte van het gehele bedrijfsplan onzeker. En daarom heeft de toets op het bedrijfsplan slechts een beperkte betekenis voor de continuïteit van de aanbieder.

Desondanks heeft juist dit onderdeel een zeer belangrijke rol gespeeld in de vergelijkende toets. De bedrijfsplantoets ging verder dan een schifting van serieuze en niet-serieuze plannen. Bedrijfsplannen konden met een 'plus' worden beoordeeld wanneer de kwaliteit ervan significant uitsteeg boven andere. Het nut hiervan is beperkt geweest. Er zijn bedrijfsplannen beoordeeld met een 'plus' waarvan we nu hebben kunnen vaststellen dat het verwachte marktaandeel uit het bedrijfsplan ver achterblijft bij het tot dusver gerealiseerde marktaandeel, met de bijbehorende gevolgen voor rendement en continuïteitsrisico's. Andersom zijn ook bedrijfsplannen met een 'nul' beoordeeld waarvan we kunnen vaststellen dat ze de realiteit dicht benaderen. De nadruk op de bedrijfsplantoets heeft dus een schijnzekerheid opgeleverd, terwijl die wel heeft geleid tot hoge kosten bij zowel aanvragers als beoordelaars. Daarnaast heeft de bedrijfsplantoets waarschijnlijk een (licht) voordeel opgeleverd voor zittende partijen. Belangrijker nog is dat de toets een extra onzeker element voor de aanbieders heeft opgeleverd, omdat ze voor het indienen van de plannen niet precies wisten hoe alle elementen in hun plannen zouden worden beoordeeld.

0.6 DE INTEGRITEITSVERKLARING HEEFT MATERIEEL WEINIG BETEKENIS

Om uitvoering te geven aan de wens van enkele politici om het normbesef op de radio te vergroten, werd van de aanvragers verlangd dat zij een integriteitsverklaring zouden afgeven. Hierin moesten de aanvragers verklaren zich aan de wet te zullen houden. Deze integriteitsverklaring heeft geen wezenlijke materiële betekenis. Iedere burger wordt geacht zich aan de wet te houden. Omdat de verklaring niet als voorschrift aan de vergunning is verbonden, vormt het niet-nakomen ervan bovendien geen grond voor intrekking van de vergunning. De conclusie is dan ook dat het opnemen van de integriteitsverklaring in de vergelijkende toets vooral een symbolische betekenis heeft. De verklaring mist de kracht om als waarborg te dienen voor de integriteit van de radiomakers.

0.7 NIET ALLE KAVELS ZIJN OPTIMAAL SAMENGESTELD

Met name de indeling van niet-landelijke kavels roept vragen op. Zo kent bijvoorbeeld Friesland vier commerciële zenders, terwijl er in andere gebieden maar één of twee zijn (Rotterdam kent bijvoorbeeld slechts twee niet-landelijke kavels). Dit hangt onder meer samen met de omvang en hoeveelheid van de landelijke kavels en met technische mogelijkheden. Vanwege bestaande frequentierechten in buurlanden was aanvullende ruimte in sommige delen van Nederland wel (bijvoorbeeld Friesland) en in andere delen (bijvoorbeeld Limburg) niet of nauwelijks mogelijk.

Ook zijn er kavels waarvan gebieden deel uitmaken die geen sociaal-economische samenhang hebben: Groningen en Dedemsvaart zitten bijvoorbeeld in één kavel. Voor regionale adverteerders is dit geen aantrekkelijke combinatie. Agentschap Telecom geeft aan dat los van elkaar uitzenden technisch niet of nauwelijks mogelijk is. De frequentiedoelmatige toepassing zou hier een zelfde programma op beide plaatsen vergen.

Daarnaast zijn er klachten dat niet alle pakketten het aangegeven bereik hebben en wordt erover geklaagd dat Agentschap Telecom zeer terughoudend zou zijn bij het oplossen van deze problemen. EZ heeft ons laten weten dat AT thans een procedure zou hebben ontwikkeld waarin is vastgelegd hoe men om dient te gaan met reparatieverzoeken van commerciële radio-omroepen; klachten zouden serieus genomen worden en waar mogelijk worden opgelost. Dit is niet door ons onderzocht

0.8 DE CLAUSULERING BIEDT WAARBORGEN, MAAR LEIDT OOK TOT VERSTARRING

Na de wijziging van het frequentiebesluit van 12 september 2002 heeft het Kabinet besloten tot een vaststelling van het aantal clausuleringen en de (nadere) formulering daarvan. Voor enkele kavels stelde de overheid voorwaarden, waarmee aanvragers bij de in hun aanvraag opgenomen programmatische voornemens rekening dienden te houden. Het stellen van deze kaders hangt samen met drie doelstellingen van de vergelijkende toets, namelijk: pluriformiteit, continuïteit (hoewel in mindere mate) en het bieden van toegang tot de ether voor verschillende soorten partijen.

In de eerste plaats is de clausulering bedoeld om pluriformiteit te bevorderen. Beoogd werd met een specifieke bestemming de diversiteit van het aanbod te bevorderen. Sommige marktpartijen hebben ingebracht dat vrije marktwerking vanzelfsprekend een zekere differentiëring in het aanbod tot stand zal brengen. Dit punt kwam hiervoor reeds aan de orde. Met stations die zich van elkaar onderscheiden, is meer geld te verdienen dan met stations die allemaal op elkaar lijken. Waarschijnlijk zou vrije marktwerking zonder clausulering een andere profilering van stations te zien geven dan nu het geval is, omdat aanbieders dan meer mogelijkheden hebben hun reclame-inkomsten te maximaliseren. Of dat uiteindelijk tot meer of minder pluriformiteit zou leiden dan nu het geval is, is moeilijk te zeggen. Wel kan worden opgemerkt dat zonder clausulering de markt wellicht enige tijd nodig heeft om zich te zetten en dat met clausulering de onderscheiden profilering direct kan worden gerealiseerd.

Daarnaast kan clausulering de continuïteit bevorderen in een biedsysteem met een eenmalig bod. De redenering is als volgt. Zonder clausulering is het mogelijk dat veel partijen zich richten op dezelfde doelgroepen en dezelfde formules. Zij weten immers niet welke concurrenten nog meer een frequentie verwerven. Na uitgifte van de frequenties barst dan een hevige concurrentiestrijd los. De verliezers van deze strijd zitten dan mogelijk vast aan een te hoog bod waarmee hun voortbestaan in gevaar komt. Met clausulering van de kavels kan het proces meer in goede banen worden geleid omdat er al een zekere segmentering van de kavels heeft plaatsgevonden.

Tegenover deze voordelen van clausulering staat echter het nadeel van verstarring. Die is het gevolg van minimumeisen uit clausulering, nog versterkt door de eventuele aanscherpingen die de aanbieder zelf heeft aangebracht in zijn programmatische voornemen. Wanneer blijkt dat de verwachtingen niet uitkomen of wanneer de marktomstandigheden veranderen, is het lastiger van koers te veranderen. Ook is de verhandelbaarheid van de licentie lastiger. Een station dat het zelf bedrijfseconomisch niet meer kan bolwerken, zal minder gegadigden vinden om het station over te nemen omdat de nieuwe eigenaren te maken krijgen met dezelfde beperkingen. De kans is daardoor groter dat een station 'omvalt' en gedwongen is zijn frequentie terug te geven aan de staat. Hierdoor blijft deze frequentie langer ongebruikt dan zonder clausulering het geval zou kunnen zijn.

Niet-landelijke kavels

Voor niet-landelijke kavels gold de voorwaarde dat zij gericht dienden te zijn op het regio-gebonden zendgebied van de frequentie. Dit kan worden opgevat als een vorm van clausulering van de kavels. De inhoudelijke betekenis van deze clausulering is beperkt gebleken. Veel omroepen met niet-landelijke frequenties hebben geen uitgesproken op de regio gericht karakter.

De niet-landelijke kavels kenden beperkingen in gelieerdheid. Anders dan bij de landelijke commerciële FM-kavels, mocht, bij niet-landelijke commerciële omroepen, eenzelfde instelling meerdere kavels voor niet-landelijke commerciële radio-omroep verwerven, mits het demografisch bereik van de door eenzelfde instelling te verwerven kavels tezamen niet meer zou bedragen dan 30% van het aantal inwoners van Nederland. Daarnaast gold dat enkele, vooraf door de overheid aangewezen combinaties van kavels, sowieso niet toegestaan waren. De beperking van het maximaal toegestane demografisch bereik voorkwam dat meerdere niet-landelijke kavels door één aanbieder aaneen zouden worden gesloten tot een (bijna) landelijk kavel. Door deze beperking hadden kleine aanbieders meer kans op een kavel omdat ze niet hoefden te concurreren met partijen die landelijk actief wilden zijn. De betekenis van de niet-landelijke kavels is dan ook niet zozeer geweest het bevorderen van op de regio gerichte radio, als wel het bevorderen van kleinschalige (soms op specifieke doelgroepen gerichte) radio. Hier was de regeling echter niet specifiek op gericht. Wanneer de regeling hier specifiek op toegeschreven was geweest, had dit mogelijk geleid tot een nog pluriformer radiolandschap.

Zakelijke en culturele overwegingen bij de commerciële omroep

De Commissie Frequentiebeleid dringt er in haar rapport Flexibel en Doelmatig (juni 2004) op aan vergunningen zo min mogelijk aan voorschriften te binden. De argumenten die zij hiervoor geeft, zijn het bevorderen van innovatie (meer kans op variatie) en het terugdringen van administratieve lasten (minder noodzaak tot handhaving). Hierbij doelt zij op frequenties in het algemeen, niet op de radiofrequenties in het bijzonder. Tegelijkertijd geeft de commissie aan dat in het geval van de commerciële omroep zowel zakelijke als culturele overwegingen gelden.

In de opzet van de vergelijkende toets is gepoogd rekening te houden met zowel de zakelijke als de culturele overwegingen. Bij de uitvoering hiervan zijn echter complicaties aan het licht gekomen die hebben geleid tot onverwachte en soms ongewenste resultaten. Enerzijds heeft de gekozen clausulering in bepaalde gevallen geleid tot onverwachte uitkomsten. Toen de Kamer aandrang op een 'Nederlands(talig)e' en een 'klassieke' zender, hebben velen zich waarschijnlijk een andere uitkomst voorgesteld dan de vergelijkende toets heeft opgeleverd. Dit wordt veroorzaakt door de ruimte voor interpretatie die de gekozen formulering liet bij de clausulering. Tegelijkertijd zien wij ook voor de commerciële omroep het bezwaar van verstarring die de voorwaarden aan de vergunning met zich mee kan brengen. Hierdoor heeft een omroep namelijk minder mogelijkheden een andere en mogelijk vernieuwende koers in te slaan.

Dit dilemma is niet eenvoudig op te lossen. Een strakkere clausulering kan bijdragen aan het verminderen van het aantal onverwachte en wellicht ongewenste uitkomsten. Een minder strakke clausulering kan helpen verstarring te voorkomen.

0.9 ONHELDERHEID VOORAF EN ACHTERAF

De opzet van de vergelijkende toets bracht inherent onzekerheden met zich mee voor de aanvragers. Door het eenmalige en gesloten karakter van alle aanbiedingen kregen de aanvragers geen informatie over het gedrag van anderen. Deze onzekerheid werd echter nog versterkt door onhelderheid vooraf over de interpretatie en weging van verschillende aspecten in het programmatische voornemen en het bedrijfsplan.

In haar motivering van de beoordeling van de aanvragen was de commissie-Franken summier. Dat deze uitgebreider had gekund, bevestigt ook de rechter in een aantal cases.

De regeling had uitgebreider op handhaafbaarheid getoetst kunnen worden

Voorafgaand aan de vergelijkende toets heeft de handhaafbaarheid naar ons idee te weinig aandacht gekregen. Er zijn contacten geweest op ambtelijk niveau tussen de betrokken departementen en het Commissariaat voor de Media. Maar die zijn vrij laat op gang gekomen en er zijn geen stukken waaruit blijkt hoe met de opvattingen van het Commissariaat is omgegaan. Hierdoor zijn er achteraf meer onduidelijkheden over de interpretatie ontstaan dan nodig was.

0.10 GOODWILL EN DE WAARDE VAN EEN FREQUENTIE

In de opmaat tot de allocatie zijn veel discussies gevoerd over de rechtvaardigheid geld te vragen voor frequenties waarop commerciële omroepen toen reeds uitzonden. Immers, een station trekt luisteraars naar een frequentie en dus maakt ook het station een bepaalde frequentie populair. Hoe populairder een frequentie, hoe duurder. Maar is het redelijk een station te laten betalen voor zijn eigen populariteit?

Een jaar na de vergelijkende toets kunnen we vaststellen welke gevolgen wijzigingen op de band hebben gehad voor luistercijfers. Zo heeft radio Noordzee de oude frequentie gekregen van Sky Radio en is die omroep op een andere FM-frequentie terechtgekomen. Direct na de nieuwe indeling daalden de luistercijfers van Sky, maar dit was tijdelijk. Radio Noordzee heeft nauwelijks weten te profiteren van de hoge luistercijfers van Sky op hun oude frequentie. Het lijkt er op dat de luisteraars trouw zijn aan een omroep en niet aan een bepaalde frequentie. Dit wijst er dus op dat een omroep de waarde van een frequentie niet blijvend vermeerdert met 'goodwill'. Wel dient hierbij aangetekend te worden dat de omroepen aanzienlijke kosten hebben gemaakt om de verhuizing van de frequentie onder de aandacht van het publiek te brengen. Ook de verschillen in dekkingpercentages (zendbereik en demografisch bereik) van de verschillende kavels hebben wellicht een rol gespeeld bij de waardering van de frequentiekavels.

0.11 DE BEZWAREN VAN MARKTPARTIJEN VALLEN DEELS BUITEN DEZE EVALUATIE

In het voorgaande zijn de belangrijkste bezwaren genoemd van marktpartijen die vallen binnen het bestek van deze evaluatie. Er zijn echter ook meerdere bezwaren die buiten het bestek vallen van deze evaluatie.

Diverse marktpartijen hebben kanttekeningen gezet bij de expliciete doelstelling van pluriformiteit. Waarom ligt deze doelstelling zo nadrukkelijk bij de commerciële instellingen? Is dit niet vooral een taak voor de publieke omroep? Verder zijn diverse bezwaren geuit tegen de beperkingen die zijn gesteld aan de gelieerdheid. Dit gaat onder meer over hoeveel kavels een aanbieder in handen mag hebben en hoe nauw meerdere aanbieders met verschillende kavels met elkaar verbonden mogen zijn. Deze beperkingen zijn voor de radio strenger dan voor andere media, zoals kranten en tijdschriften. Hierdoor lopen marktpartijen schaalvoordelen mis. Bovendien betogen marktpartijen dat de pluraliteit (meer partijen) niet automatisch leidt tot meer pluriformiteit (meer variëteit in programma's). Zij betogen dat een partij die uitzendt op meerdere frequenties gebaat is bij verschil tussen de zenders om zichzelf geen concurrentie aan te doen.

Deze bezwaren hebben we niet onderzocht omdat ze buiten de evaluatieopdracht vallen.

0.12 CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN

Realisatie van de doelstellingen

De beoogde doelen voor de verdeling zijn slechts gedeeltelijk gerealiseerd. Aan de doelstelling van pluraliteit is onder meer tegemoetgekomen door strenge eisen te stellen aan de gelieerdheid van partijen. Kanttekening hierbij is dat deze eisen lastig zijn te handhaven. Verder is met de vergelijkende toets de bestaande pluriformiteit weliswaar behouden, maar niet méér pluriformiteit tot stand gebracht, ondanks het feit dat er thans meer frequentieruimte beschikbaar is voor commerciële radio dan voor de verdeling. Het is niettemin moeilijk te zeggen of een ander verdeelsysteem meer of minder pluriformiteit zou hebben opgeleverd.

Het instrument dat werd ingezet om de integriteit te bevorderen, is niet effectief geweest; de integriteitsverklaring is van weinig betekenis gebleken. Evenmin heeft de bedrijfsplan-toets waterdichte waarborgen geboden voor continuïteit. In de huidige opzet heeft de bedrijfsplantoets ook de kwaliteit van de omroepen niet kunnen borgen.

Wij realiseren ons dat de doelstellingen van de toets voortkomen uit een compromis tussen verschillende belangen, waardoor het lastig is alle doelen tegelijkertijd te bereiken. Maar als we de balans opmaken, komen we tot de conclusie dat de gekozen systematiek van de vergelijkende toets niet in alle opzichten heeft geleid tot een efficiënte en effectieve verdeling van de frequenties.

Aanbevelingen voor toekomstige verdelingen

Het voorkomen van de *winner's curse* verdient bij toekomstige verdelingen meer aandacht. Er zijn andere biedmethoden denkbaar die dit risico zouden kunnen verkleinen of zelfs wegnemen. Ook is het denkbaar niet-financiële kwalitatieve en kwantitatieve overwegingen zwaarder te laten wegen met het oogmerk het risico van een optredende *winner's curse* te verminderen.

Als bij toekomstige verdelingen wordt gehecht aan kwaliteitsdoelstellingen, zijn aangescherpte of andere instrumenten nodig dan nu bij de vergelijkende toets zijn gehanteerd. Daarbij is het dan ook van belang een heldere visie te ontvouwen over wat de wenselijke kwaliteit is en hoe die zich verhoudt tot het oogmerk van gezonde concurrentie tussen marktpartijen.

Het bedrijfsplan is een nuttig instrument om serieuze aanvragers van gelukzoekers te onderscheiden. Voor dat doel is een bedrijfsplantoets ook in toekomstige verdelingen onmisbaar. Maar het bedrijfsplan kan niet zonder meer worden gebruikt om andere doelstellingen dichterbij te brengen. Als een afweging op kwaliteit wordt beoogd, moeten in de bedrijfsplantoets criteria worden benoemd waaraan deze kwaliteit wordt afgemeten. Bij deze criteria moet, anders dan bij deze toets het geval was, een duidelijke relatie worden gelegd tussen de gekozen criteria en de geformuleerde visie op kwaliteit.

In lijn met wat de Commissie Frequentiebeleid adviseert, geven we in overweging voor toekomstige verdelingen een voortrollende vergunningsduur te hanteren. Dit voorkomt dat partijen stoppen met investeren wanneer het einde van de vergunningstermijn in zicht is. Dit is vooral van belang voor nieuwe technieken zoals digitale radio (binnenkort worden de digitale TDAB-frequenties verdeeld). Evenals de Commissie Frequentiebeleid zien we bezwaren tegen het alsnog toekennen van een voortrollende vergunningstermijn bij reeds verleende schaarse vergunningen. De vergunningsduur maakt immers deel uit van de kennis op grond waarvan een bod is gedaan. Om die zelfde reden achten we het financieel of anderszins compenseren van marktpartijen, die al dan niet te maken hebben met de *winner's curse*, niet verstandig. Dit zou namelijk neerkomen op het introduceren van een nieuwe spelregel, na de uitvoering van de toets. Verliezende partijen kunnen hier terecht bezwaar tegen hebben omdat ze wellicht een ander bod zouden hebben gedaan als ze dat van tevoren zouden hebben geweten. Verder is er op zijn minst enige aanleiding voor de veronderstelling dat compensatie achteraf kan worden opgevat als staatssteun en dus mogelijk in strijd is met Europese regels.

Niet eenvoudig is het dilemma dat voortvloeit uit de combinatie van zakelijke en culturele overwegingen voor de verdeling van schaarse radiofrequenties. Wellicht kunnen goed gekozen clausuleringen zowel ongewenste verrassingen als verstarring voorkomen, maar het zal lastig zijn deze adequate formuleringen te vinden.

Het toetsen van de regeling op handhaafbaarheid door de instanties die het toezicht zullen uitvoeren, is zeer wenselijk.

1. INLEIDING

1.1 AANLEIDING VOOR DE EVALUATIE

Berenschot heeft in samenwerking met Van Doorne N.V. van het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (OCW) de opdracht gekregen voor de evaluatie van de uitgifte van radiofrequenties voor commerciële radio in 2003.

1.2 AFBAKENING EN MARKERING TERMIJN EVALUATIE

De evaluatie heeft betrekking op de vergelijkende toets met financieel bod, *niet* op de keuze voor een vergelijkende toets. Binnen de voor deze evaluatie verleende opdracht aan Berenschot en Van Doorne N.V. is niet voorzien in een vergelijkend onderzoek naar de effecten van andere instrumenten voor het verdelen van radiofrequenties.

De termijn die deze evaluatie beslaat, start op 12 september 2002, omdat op die datum het frequentiebesluit is gewijzigd. De periode tot 12 september noemen we de 'opmaat van de vergelijkende toets'. In deze evaluatie gaan we kort op deze opmaat in; dat is nodig om wat erop volgt beter te begrijpen.

1.3 DOEL VAN DE EVALUATIE

Uit de evaluatie moet blijken of de door de overheid beoogde doelstellingen zijn bereikt en of de gehanteerde methode - de vergelijkende toets door de staatssecretaris OCW en de vergunningverlening door de minister van EZ - daaraan efficiënt en effectief heeft bijgedragen. Voorts dient de evaluatie uit te monden in conclusies en aanbevelingen voor toekomstige frequentieverdelingen.

1.4 ONDERZOEKSAANPAK

Bij de start van het onderzoek hebben we een evaluatiekader opgesteld. Dit kader was een uitwerking van de onderzoeksvragen en de wijze waarop deze zouden worden beantwoord.

In een vroeg stadium van het onderzoek hebben we twee bijeenkomsten belegd met marktpartijen. Deze bijeenkomsten waren bedoeld om opvattingen en oordelen van hen te vernemen over het verloop van de toets en over de resultaten ervan. Hierdoor konden we in het feitenonderzoek dat volgde, rekening houden met enkele specifieke vragen waarop antwoord wenselijk was.

Voor het feitenonderzoek hebben we gesprekken gevoerd met onder meer vertegenwoordigers van de departementen en andere (overheids)organisaties en met vertegenwoordigers van marktpartijen. Een lijst met gesprekspartners is als bijlage opgenomen (zie bijlage 1). Daarnaast hebben we documenten bestudeerd. Het gaat hierbij grotendeels om openbare informatie zoals wet- en regelgeving, aanvraagdocumenten, gepubliceerde artikelen, etc. Maar het gaat ook om vertrouwelijke informatie zoals de ingediende bedrijfsplannen. In deze rapportage is deze vertrouwelijke informatie uiteraard niet herleidbaar tot individuele partijen.

We noemen in dit rapport alleen specifieke individuele gevallen als het gaat om openbare informatie. Voor het beoordelen van de resultaten die de vergelijkende toets heeft opgeleverd, hebben we een marktanalyse uitgevoerd. Hierbij hebben we gebruikgemaakt van informatie over de luistercijfers van het Continu Luisteronderzoek (CLO) en informatie over brutoreclamebestedingen bij radiostations van Bureau Budgetcontrole (BBC).

1.5 OPBOUW VAN HET RAPPORT

Dit rapport is als volgt opgebouwd. In hoofdstuk 2 schetsen we de opmaat naar de allocatie. We gaan in op hoe de frequenties voor commerciële omroepen werden verdeeld tot aan de vergelijkende toets en vatten samen hoe de besluitvorming over de vergelijkende toets tot stand kwam. Daarbij benoemen we wat op 12 september 2002 is vastgesteld en dus als uitgangspunt dient voor deze evaluatie. Het derde hoofdstuk beschrijft hoe deze uitgangspunten hun beslag hebben gekregen in de vergelijkende toets. De organisatie en uitvoering van de toets komen aan bod in het vierde hoofdstuk. In het vijfde hoofdstuk worden de doelen van de vergelijkende toets afgezet tegen de bereikte resultaten.

2. OPMAAT TOT DE VERGELIJKENDE TOETS

2.1 COMMERCIELE RADIO DOET ZIJN INTREDE

Tot 1960 kende Nederland alleen publieke radio-omroepen. Dit veranderde begin jaren zestig toen commerciële radiostations zoals Veronica, Noordzee en anderen radio-uitzendingen begonnen vanaf schepen buiten de territoriale wateren. Hierdoor vielen ze niet onder de Nederlandse wetgeving, die commerciële omroepen verbod. Veronica werd al snel populair bij luisteraars. De luisterdichtheid groeide richting die van bestaande (legale) omroepverenigingen. Halverwege 1974 kwam een einde aan deze illegale uitzendpraktijken; Veronica en Noordzee zonden voor het laatst op deze manier uit.

De commercie had niettemin zijn intrede gedaan en zou niet meer verdwijnen. In de jaren tachtig waren de Engelstalige commerciële zenders Super Channel en Sky Channel via de satelliet in Nederland te ontvangen. Deze zonden ook Nederlandstalige reclame uit. Niet veel later startten in het buitenland gevestigde commerciële radio-omroepen, met het via satelliet en kabel uitzenden van op Nederland gerichte programma's. Radio 10 Gold en Sky Radio werden populair bij luisteraars én adverteerders.

Vanaf de jaren negentig

Het begin van de jaren negentig kenmerkte zich doordat nieuwe commerciële radiostations gingen uitzenden. Dit keer zelfs in de ether, via de FM-band en AM-band. Zo kregen zowel Sky Radio, Radio 10 Gold en RTL-radio in 1992, naar aanleiding van een uitspraak van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven een zogenaamde 'restfrequentie' toebedeeld. In 1993/1994 verdeelde de minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur de etherfrequenties opnieuw met een vergelijkende toets. Hierdoor kregen commerciële radiostations een pakket frequenties, namelijk Radio Noordzee Nationaal en Classic FM op de FM-band en Radio 10 Gold, bijvoorbeeld, op de AM-band. Sky Radio en Radio 538 sleepten geen frequentie in de wacht. Hiertegen kwamen zij succesvol in rechte op. Na tussenkomst van de rechter (CBB) forceerden zij zich, medio 1995, toegang tot een etherfrequentie.

Deze ervaringen met deze vergelijkende toets leidden tot het voornemen van de overheid voortaan alleen het instrument veiling te gebruiken voor het verdelen van commerciële radiofrequenties. Daarnaast rees het vermoeden dat met een efficiëntere verdeling meer frequenties uit de FM-band gehaald zouden kunnen worden. In 1996 liet de minister van Verkeer en Waterstaat hier een onderzoek naar uitvoeren op aandringen van de sector. Het was duidelijk dat dit zogenaamde 'zero base'-onderzoek veel tijd in beslag zou nemen. En omdat het niet wenselijk was gedurende die tijd frequenties 'braak' te laten liggen, werd gezocht naar een tijdelijke oplossing. Deze hield in dat de minister van Verkeer & Waterstaat een gezamenlijkheidsvoorstel van de landelijke commerciële radio-omroepen, verenigd in de Vereniging van Commerciële Radio (VCR) overnam om te bepalen wie welke frequentie zou benutten gedurende het 'zero base'-onderzoek. Als partijen er niet zelfstandig uit zouden komen, zouden de frequenties in 1997 door het Ministerie van V&W verdeeld worden in een veiling. De landelijke commerciële omroepen kwamen zelf binnen de gestelde termijn tot een verdeling. Daarmee was een veiling voorlopig van de baan. De Kamer ging met deze tijdelijke situatie akkoord op 26 juni 1997. De tijdelijke verdeling ging in per 1998. Hitradio Veronica, Radio 10 Gold en JazzRadio kwamen op de FM-band.

Niet alle radio-omroepen hadden echter een frequentie weten te bemachtigen, bijvoorbeeld Arrow Classic Rock niet. De minister beoordeelde deze interim-verdeling als niet optimaal, maar duldde deze vanwege het tijdelijke karakter ervan. Per 1 september 2000 zouden de frequenties, na afronding van het 'zero base'-onderzoek, in een veiling worden verdeeld, daarmee tegemoetkomend aan belangen van partijen die in deze tijdelijke situatie buiten de boot vielen. Medio 1998 gingen ook enkele regionale commerciële stations de ether in.

De roerige opmaat naar het beginpunt van dit evaluatieonderzoek

Naar aanleiding van het voorlopige resultaat van het 'zero base'-onderzoek kwam in mei 2000 - later dan gepland - een kabinetsvoorstel, waarin acht FM-pakketten beschikbaar werden gesteld, waarvan één pakket bestemd was voor een commercieel nieuwsstation. De uiterste datum waarop de veiling volgens oorspronkelijke planning zou plaatsvinden, werd één jaar verschoven naar 1 september 2001. Het technische gedeelte van het 'zero base'-onderzoek, moest namelijk nog worden afgerond.

De zittende commerciële radio-omroepen konden zich niet vinden in het voornemen om de radiofrequenties te veilen. Een aantal van hen riep daarom luisteraars op, om per telefoon en e-mail bij de politiek te protesteren tegen de voorgenomen veiling. Dit leverde een stortvloed op van telefoontjes en e-mails aan politici, waaronder kamerleden en ministers die dit dossier in portefeuille hadden. Later werd door luisteraars zelfs overgegaan tot een telefoonblokkade van de betrokken ministeries, hiertoe opgeroepen door deze commerciële radiostations. De protestactie van de zittende commerciële omroepen bleek succesvol. De Kamer lag dwars tegen de veilingplannen van het kabinet. Onder druk van de Kamer stelde het kabinet een onafhankelijke commissie in, onder leiding van oud-KLM-topman Bouw, om met een oplossing te komen. De plannen van de commissie-Bouw, bleken, naar de mening van het kabinet niet uitvoerbaar te zijn. Daardoor ontstond er een impasse. Inmiddels roerde ook de publieke omroep zich in het debat. Door het nieuwe frequentieplan zouden veel luisteraars Radio 1 niet meer kunnen ontvangen. De oplossing hiervoor wekte wrevel bij de commerciëlen. In hun ogen werd een voor commercieel gebruik bestemd - zeer gewild - frequentie-item ten onrechte overgeheveld naar de publieke omroep. De Kamer omarmde het plan-Bouw. De kern van het plan was dat zittende partijen voorlopig mochten blijven zitten, maar dat er twee (landelijke commerciële) nieuwkomers zouden mogen toetreden.

In een poging uit de impasse te geraken, kwam het kabinet in juni 2001 met een compromisvoorstel om de etherfrequenties voor commerciële radio via een zogenoemde 'gekleurde' veiling (met geclausuleerde kavels) te verdelen. Ook dat voorstel werd door de Kamer afgewezen.³ In juli 2001 verzocht de Kamer het kabinet om te onderzoeken hoe een 'beauty contest' zou kunnen worden georganiseerd.

De in 2001 ingestelde MDW-werkgroep 'Veilen en andere allocatiemechanismen' heeft het Kabinet aanbevolen een vergelijkende toets op te zetten aan de hand van objectieve, niet-discriminatoire en niet-discretionaire voorwaarden. Veel aandacht diende vervolgens aan de zorgvuldigheid bij de voorbereiding en de motivering van het gunningsbesluit te worden besteed.

³ Opvallend was dat problemen bij de UMTS-veiling werden aangrepen om argumenten kracht bij te zetten. Bij de voorbereidingen van de zero-base-veiling zijn lessen getrokken uit de UMTS-veiling in 2000, op basis waarvan extra elementen aan de ontwerpveiling zijn toegevoegd.

Een onafhankelijk commissie kon volgens de MDW-werkgroep hierbij een belangrijke rol spelen. Deze aanbevelingen dienden ertoe om het subjectieve karakter van een vergelijkende toets zo veel mogelijk te objectiveren.

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. 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.

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.⁴

In het Strategisch Akkoord van 3 juli 2002 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.⁵ 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.

Citaten uit *Blinde Ambitie. Mijn 87 dagen met Zalm, Heinsbroek & Balkenende* van Eduard Bomhoff (Balans 2002)

Blz. 19

Het was tijd om de frequenties in de ether opnieuw uit te geven, en de grote muziekszenders wilden grof betalen om door te mogen gaan. Het CDA had ingezet op herstel van normen en waarden, ook in de lucht, en maakte liever een politieke keus voor een paar zenders met weinig geld maar veel normbesef. De CDA-ministers wilden niets weten van 'veilen' aan de hoogstbiedende. Het commerciële woord veilen was taboe. Het regeerakkoord gaf het CDA gelijk en verbood dus een regelrechte veiling. Maar tegelijkertijd zat het kabinet vast vanwege gezwabber door de vorige regering en lopende juridische procedures. Dwangsommen hingen boven de Trêveszaal. Iedereen wilde ruimte voor een nieuwszender en een zender met klassieke muziek en dat kon met een aangepaste veiling. Maar het CDA wilde dat woord niet, en dus zocht het kabinet naar een ingewikkelde manier om gezichtsverlies voor de grootste partij te voorkomen en dat mocht vergadertijd kosten. (En tienduizenden euro's van de landsadvocaat: voor een vergadering hadden drie ministeries tegelijk advies gevraagd aan hetzelfde advocatenkantoor over hetzelfde onderwerp. Geen mooi teken van de eenheid van het kabinetsbeleid, maar de minister president zei er niets van.)

Het onderwerp hoorde thuis bij een LPF-minister (Heinsbroek) en een LPF-staatssecretaris (van Leeuwen). Heinsbroek las voor wat zijn VVD-sympathiserende ambtenaren hadden opgeschreven. Van Leeuwen viel wel onder CDA-minister Van der Hoeven, maar nam veel vrijheid om ingewikkelde juridische betogen af te steken voor een veiling. Een keer zie hij:

'Voorzitter, mag ik op een paar details ingaan?' Balkenende: 'Liever niet'. De voorzitter hield van

⁴ Rb. Rotterdam 24 juli 2002, nr. VTELEC 02/1169.

⁵ Kamerstukken II 2001-2002, 28 375, nr. 5, p. 25, 'Werken aan vertrouwen, een kwestie van aanpakken', Strategisch Akkoord voor kabinet CDA, LPF en VVD.

Leeuwen kort, liet Heinsbroek voorlezen, en gaf maximaal balbezit aan partijgenoot Donner. Zolang Donner met zachte stem juridische gedachtespinsels ontvouwde liet de vergadering hem begaan, maar als hij iets zei wat iedereen begreep, kwam er kritiek, vooral van Hoogervorst. Donner: 'Het is toch heel belangrijk dat we meer beschaving terugbrengen op de radio.' Hoogervorst: 'Leef jij nog in de tijd van Avro's Bonte Dinsdagavondtrein, of nee, daar mocht je natuurlijk niet naar luisteren. Heb jij kinderen? Waar je die tegen wil beschermen zijn toch eerder de clips op televisie, niet de radio?' Dat vond iedereen en de hele discussie had dan ook een erg symbolisch karakter. Dit was nu eenmaal een belangrijk onderwerp voor het CDA en dus moest het woord veiling van tafel.

Blz. 35

In augustus (2002, red) was er meer tijd, maar toen ging het nog steeds over kleine onderwerpen. De radiofrequenties namen veel tijd maar waren vooral symbolisch van belang.

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.⁶

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. 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.⁷

2.2 JURIDISCHE ACHTERGROND

Het wettelijk kader⁸ voor de uitgifte van radiofrequenties voor commerciële radio-omroep wordt gevormd door de Telecommunicatiewet (Tw), de Mediawet en het Frequentiebesluit (Fb). Ook zijn enkele Europese richtlijnen van belang. De regels omtrent de verdeling en de vergelijkende toets zijn neergelegd in drie regelingen: de Regeling aanvraag en vergelijkende toets vergunningen commerciële radio-omroep 2003 (hierna: Regeling AVT), de Regeling aanwijzing en gebruik frequentieruimte commerciële radio-omroep 2003 (hierna: Regeling AGF) en de Regeling vaststelling eenmalig bedrag landelijke commerciële radio-omroep 2003 (hierna: Regeling eenmalig bedrag).

2.3 DOELSTELLINGEN EN UITGANGSPUNTEN

Na de uitspraak van de rechter van 11 oktober 2002 hield het kabinet vast aan zijn voornemen voor een vergelijkende toets. Vanaf deze datum kon ook definitief worden begonnen met de inrichting van de toets. Het Ministerie van OCW was belast met het opstellen van de Regeling AVT, waarin de inrichting van de vergelijkende toets diende te worden uitgewerkt. Hierbij diende het ministerie rekening te houden met een aantal randvoorwaarden.

⁶ Deze reconstructie is afgeleid uit de Bekendmakingsmededeling van 24 december 2002, Stcrt. 2002, 248, p. 67, par. 2.

⁷ Rb. Rotterdam 11 oktober 2002, nr. VTELEC 02/2258.

⁸ Bijlage 7 bevat een beschrijving van de relevante wet- en regelgeving.

Deze randvoorwaarden waren formeel of materieel en vloeiden voort uit de wetgeving en het politieke besluitvormingsproces.

De besproken wettelijke regelingen bevatten uitsluitend formele eisen (inclusief toelatingseisen) en bepalen niet met welke criteria rekening moet worden gehouden bij een vergelijkende toets. De inhoudelijke eisen voor de inrichting van de vergelijkende toets kwamen geheel voort uit het politieke besluitvormingsproces. In zijn brief van 11 september 2002 (en daarna in ieder ander relevant document) noemde het kabinet de volgende **te waarborgen belangen**, die de leidraad vormden voor de inrichting van de vergelijkende toets:

- de verscheidenheid of variatie van het aanbod
- voldoende zorg voor de kwaliteit van het programma
- het naleven van programmatische voorschriften waaronder de frequentie is verkregen
- het te goeder trouw en integer handelen door de vergunninghouder en
- de pluraliteit van aanbieders.

In zijn brief van 6 december 2002 voegde het kabinet daaraan toe:

- partijen die gebruikmaken van schaarse frequentieruimte en daar, min of meer exclusief, hoge rendementen mee kunnen behalen, kunnen gehouden worden een gedeelte van de economische waarde af te dragen aan de overheid.

Daarnaast benadrukte het kabinet twee **ordeningstaken voor de overheid** in de commerciële radiomarkt, te weten het bevorderen dat:

- verschillende soorten commerciële omroepinstellingen toegang tot de markt wordt geboden⁹ en
- marktpartijen op gezonde basis met elkaar kunnen concurreren.

Uit de brief van het kabinet van 19 december 2002 volgden nog twee **eisen**:

- er moet rekening worden gehouden met de belangen van bestaande partijen en
- er moet rekening worden gehouden met de belangen van nieuwkomers.

De door het Ministerie van OCW op te stellen vergelijkende toets moest dus in ieder geval rekening houden met de hier genoemde belangen en eisen. Daarnaast stelde het kabinet in zijn brief van 6 december 2002 vast op grond van welke (groepen) **criteria** de vergelijkende toets zou worden uitgevoerd:

- verscheidenheid van het aanbod
- de bedrijfseconomische onderbouwing van de programmatische voornemens op basis van een bedrijfsplan en
- een financieel bod.

⁹ Dit is in feite al neergelegd in het vijfde te waarborgen belang, de pluraliteit van aanbieders.

2.4 CONCLUSIES OPMAAT VAN DE VERGELIJKENDE TOETS

Het kabinetsbesluit van 12 september 2002 kwam tot stand in een zeer woelig proces en was een wankel compromis tussen vele uiteenlopende belangen. Het besluit moest bovendien worden uitgevoerd onder zeer hoge tijdsdruk. De tussen overheid en commerciële radio-omroepen bestaande moeizame wederzijdse relatie duurde onverminderd voort.

In het vervolg van dit rapport zal worden onderzocht hoe de hiervoor genoemde belangen, eisen en criteria door het ministerie in de vergelijkende toets zijn verwerkt. Binnen de grenzen van de hiervoor besproken wettelijke en politieke eisen, stond het ministerie vrij de vergelijkende toets naar eigen inzicht in te vullen. De door de politiek gestelde eisen konden immers op verschillende manieren in de praktijk worden gebracht. Gezien de algemene bewoordingen waarin deze eisen zijn gesteld, kwam het ministerie dus een grote discretionaire ruimte toe. De vraag of het ministerie op een adequate wijze, gezien de met de uitgifte beoogde doelstellingen, met deze beleidsvrijheid is omgesprongen, zal in het vervolg worden beoordeeld.

3. OPZET VAN DE VERGELIJKENDE TOETS

3.1 INLEIDING

In het vorige hoofdstuk is beschreven hoe men tot de definitieve keuze voor de vergelijkende toets is gekomen. Hierbij zijn de juridische en politieke randvoorwaarden voor de opzet (inrichting) van de vergelijkende toets op een rij gezet.

In dit hoofdstuk analyseren we op welke wijze OCW en EZ binnen de gestelde kaders gebruik heeft gemaakt van de discretionaire ruimte: op welke wijze hebben de vooraf vastgestelde uitgangspunten en doelstellingen hun neerslag gekregen in de vergelijkende toets, onder meer ten aanzien van de volgende onderdelen:

- Programmatische toets (clausulering kavels).
- Bedrijfsplantoets.
- Financieel bod en financieel instrument.
- Clustering kavels.
- Regels inzake verbondenheid.

Deze onderdelen van de opzet van de vergelijkende toets zijn als het ware de ‘instrumenten’ waarmee de overheid, de vooraf door de politiek geformuleerde doelstellingen wilde bereiken. In bijlage 2 is een overzicht opgenomen van de doelstellingen van de frequentieverdeling en de instrumenten om deze doelstellingen te realiseren.

Hieronder analyseren we voor elk van de onderdelen van de vergelijkende toets op welke wijze de vergelijkende toets is ingericht. De analyse van de uitvoering en resultaten van de vergelijkende toets komen in respectievelijk hoofdstuk 4 en 5 aan de orde.

3.2 TOETS PROGRAMMATISCHE VOORNEMENS (CLAUSULERING KAVELS)

3.2.1 Doelstellingen

Clausuleren is het verbinden van gebruiksvoorschriften aan een kavel. De clausulering van kavels diende de pluriformiteit van het radioaanbod te waarborgen. De gedachte is dat zonder clausulering, mogelijk alle radiostations hun programmering aanpassen op de commercieel meest interessant doelgroep(en). De aanname is dat dit vervolgens tot het aanbod van slechts dezelfde soort programma's leidt, althans dat het risico hierop wordt vergroot.

Een nevensgeschikt doel van de clausulering was het waarborgen van de belangen van bestaande partijen en nieuwkomers. Enerzijds zouden de geclausuleerde kavels een goede afspiegeling moeten zijn van reeds bestaande stations, anderzijds zouden nieuwkomers een kans moeten krijgen een geclausuleerd kavel te bemachtigen. De gedachte was tevens dat met de clausulering verschillende soorten marktpartijen een mogelijkheid kregen om een frequentie te bemachtigen.

3.2.2 Randvoorwaarden

In theorie is een grote variatie mogelijk in de wijze waarop de clausulering wordt ingevuld. Niet alleen is variatie mogelijk in het aantal geclausuleerde kavels. Ook is variatie mogelijk in de 'kleuring' van de kavels en de specifieke invulling van de programmatische eisen van een 'gekleurd' kavel. De vrijheid voor de clausulering was echter beperkt door eerdere politieke besluiten.

Zo is op grond van een tweetal moties de keuze voor een nieuwszender, een klassieke muziekzender en Nederlandstalige zender gebaseerd.¹⁰ In zijn brief van 6 december 2002 aan de Tweede Kamer heeft het kabinet gevolg gegeven aan de bovengenoemde moties.¹¹ In de brief gaf het kabinet aan 'afwijkende populaire muziekzenders' te wensen, die zich niet alleen richten op het uitzenden van hits en top-40-werk (de pop-non-mainstream-zenders). Het kabinet achtte dit van belang vanwege de beoogde verscheidenheid. Voor deze 'afwijkende populaire muziekzenders' moesten twee kavels gereserveerd worden. Ook is het kabinet in de brief ingegaan op de wens om een kavel te bestemmen voor een klassieke muziekzender. Het kabinet wenste namelijk een meer algemene omschrijving voor de klassieke muziekzender te hanteren, in de zin van een 'non-pop-muziekzender'. Hiermee wilde het kabinet de mogelijkheid geven voor andere non-pop-muziekzenders (bijvoorbeeld Jazz) om mee te dingen naar dat kavel.

Met de brief van 6 december kwam hiermee het totaal van te clausuleren kavels op vijf. Dit betekende dat er vijf geclausuleerde en vier ongeclausuleerde kavels moesten komen. Voor de *niet-landelijke* kavels gaf het kabinet aan dat deze geclausuleerd zouden worden ten behoeve van een (beperkte) regionale programmering. Voor de *middengolf* zou geen clausulering worden toegepast.

3.2.3 Advies commissie-Franken

Op 3 februari 2003 bracht de commissie-Franken haar advies uit over de ontwerpregeling AGF. In de ontwerpregeling AGF is nadere invulling gegeven aan de opzet en inrichting van de vergelijkende toets. Bij de ontwerpregeling is een nadere toelichting opgenomen van de kleuring van de geclausuleerde kavels.

In haar advies van 3 februari heeft de commissie geadviseerd om het criterium 'in hoeverre de aanvrager meer biedt dan hetgeen voor de kavel is voorgeschreven' uit te werken in de vorm van *meetbare criteria*, deze te voorzien van een normering per criterium, vervolgens van een wegingsmodel tussen de criteria en vervolgens van een objectieve methode om tot een eindoordeel (min, nul, plus) te komen.

In de reactie van de staatssecretarissen van OCW en EZ van 12 februari 2003 op het advies van de commissie-Franken gaven zij aan dat dit niet mogelijk was omdat het kenmerk van een vergelijkende toets is dat er een zekere *beoordelingsruimte* voor de commissie overblijft. Volgens de staatssecretarissen is juist het karakter van een vergelijkende toets dat niet alle condities op voorhand 'contracteerbaar' zijn.

¹⁰ Tweede Kamer, vergaderjaar 2000-2001, frequentiebeleid, 24095, nrs. 30 en 75.

¹¹ Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, frequentiebeleid, nr. 109, 6 december 2002.

Zij verwezen hierbij naar het kabinetsstandpunt over het MDW-rapport 'Veilen en andere allocatiemechanismen' van maart 2002.¹² Voorts gaf het kabinet aan dat de afweging niet louter een rekenkundige exercitie zou zijn, maar een beoordeling van de onderlinge kwaliteit van de verschillende plannen in relatie tot elkaar. Volgens het kabinet was het de taak van de commissie om gemotiveerd en op transparante wijze een beoordeling te geven in de vorm van min, nul of plus. Het kabinet wilde aldus niet te veel in de beoordelingsruimte van de commissie treden.

3.2.4 Feitelijke inrichting van de toets

De feitelijke inrichting van de vergelijkende toets is uitgewerkt in de regelingen AVT en AGF. In de regeling AGF is aangegeven aan welke minimumeisen (de zogenaamde programmatische voorschriften) de aanvragers voor een bepaald kavel moesten voldoen (zie voor een overzicht bijlage 3). Daarbij is ook aangegeven hoe een aanvrager 'programmatisch kon uitstijgen boven het minimum'. Indien zou blijken dat er niet is geboden op een geclausuleerd kavel (geen belangstelling vanuit de markt), dan zou de clausulering op dat kavel vervallen, bij de herverdeling. Dat kavel zou ongeclausuleerd worden aangeboden bij de herverdeling.

Tevens is in de regelingen uitgewerkt dat in de toets beoordeeld zou worden in welke mate de aanvragers met hun programmatische voornemens zouden *uitstijgen* boven hetgeen programmatisch was voorgeschreven. Bij de beoordeling van de programmatische voornemens zou een 0 of een + als waardering worden toegekend. Indien een of meer aanvragers programmatisch *significant zouden uitstijgen* boven het aanbod van anderen, dan zou dat leiden tot de eindwaardering van een plus.

In het kader van de vraag- en antwoordprocedure zijn diverse vragen gesteld over de toepassing van het criterium *significant uitstijgen*. In het vraag- en antwoorddocument van 18 maart 2003 is hierop een nadere toelichting gegeven. Uit het antwoord bleek onder meer dat getoetst zou worden op het *totaal* van de programmatische voornemens en niet op de onderdelen afzonderlijk en dat 'overbieden' geen zin zou hebben.

Voor de *niet-landelijke* kavels is aan de regionale programmering als volgt invulling gegeven. Een aanvrager moest minimaal tussen 07.00 uur en 19.00 uur een radioprogramma uitzenden dat voor meer dan 10% bestaat uit onderdelen, reclameboodschappen uitgezonderd, die in het *bijzonder betrekking hebben op het gebied waarvoor de programma's zijn bestemd*.

Voor de *middengolf* waren de programmatische eisen niet in een minimumpercentage uitgedrukt. Aanvragers voor middengolf dienden hun programmatische voornemens specifiek te richten op een toepassing voor commerciële radio-omroep middengolf. In de regeling AVT zijn hiervan bij toelichting van artikelen 33 en 34 de volgende voorbeelden genoemd:

- Muziek die beter tot zijn recht komt in monokwaliteit.
- Radioprogramma's waarbij (ook) het gesproken woord een belangrijke plaats inneemt.

¹² Zie MDW-rapport, Tweede Kamer, 2001–2002, 24 036, nr. 254, p. 3. 'De vergelijkende toets is het eerst aangewezen als condities niet vooraf, maar wel na afloop van het toepassen van het allocatie-instrument kunnen worden gecontracteerd.'

Voor de programmatische toets voor middengolf is een andere beoordelingssystematiek gekozen dan voor landelijk en niet-landelijk. Aan de programmatische voornemens kon in het kader van het bedrijfsplan extra gewicht worden toegekend. Aanvragers konden hiermee een extra 'plus' op het bedrijfsplan krijgen.

3.2.5 Meningen opzet programmatische toets

Veel aanvragers hebben kritische kanttekeningen geplaatst bij de wijze waarop de toets op de programmatische voornemens is ingericht. Volgens deze aanvragers was het niet transparant hoe de 'scores' op de verschillende programmatische voornemens beoordeeld zouden worden. Het was voor hen vooraf onduidelijk hoe ze invulling moesten geven aan hun programma-aanbod om significant uit te kunnen stijgen boven het programma-aanbod van andere aanbieders. Als reden hiervoor geven ze aan dat niet helder was welk gewicht werd toegekend aan de verschillende programmatische eisen binnen een geclausuleerde kavel.

Een ander veelgehoorde kritiek van aanvragers is dat de gehanteerde 'nul-plus'-systematiek onvoldoende mogelijkheid biedt om de 'nuances' tussen de verschillende aanbiedingen te wegen. Vanwege de gehanteerde systematiek kan de beoordeling bij zeer beperkte verschillen voor de één gunstig (plusbeoordeling) en voor de ander ongunstig (nulbeoordeling) uitpakken. Volgens deze aanvragers zouden minimale verschillen in de programmatische voornemens van aanvragers niet doorslaggevend moeten zijn in de beoordeling welke aanvrager wel en niet een kavel krijgt toegewezen. Een enkele aanvrager stelt hierbij dat een 100-puntensysteem zoals in België is gehanteerd, tot een meer evenwichtige beoordeling zou leiden.¹³

3.2.6 Analyse en conclusie

Het doel van de clausulering was om waarborgen te creëren voor de verscheidenheid en variatie van het aanbod. Vanuit de politiek zijn met name voor de landelijke commerciële radio-omroep randvoorwaarden gesteld, namelijk: de 'kleuring' van drie van de vijf geclausuleerde kavels was een gegeven en de keuze voor de vergelijkende toets als verdeelmechanisme was een gegeven. Dit betekende dat in een 'schoonheidswedstrijd' de programmatische voornemens van de aanvragers met elkaar vergeleken moesten worden.

Binnen deze randvoorwaarden had de overheid (in casu OCW en EZ) de vrijheid voor een nadere invulling van de clausulering van kavels en de beoordelingssystematiek. Hieraan is invulling gegeven door het opnemen van minimumeisen voor de landelijk geclausuleerde kavels en niet-landelijke kavels. Kernpunt van kritiek van marktpartijen is dat vooraf niet duidelijk was welk programmatisch aanbod tot een nul dan wel plusbeoordeling zou leiden. Deze kritiek van aanvragers is navoelbaar. Vanwege de gehanteerde beoordelingssystematiek - waarbij aanvragers 'significant moesten uitstijgen' boven het aanbod van andere aanvragers - was het op voorhand niet duidelijk welk programmatisch bod tot een plusbeoordeling zou leiden.

¹³ In België hebben ze een systeem gehanteerd waarbij aanvragers maximaal 100 punten konden scoren. Waarvan 50 punten voor het programmatisch aanbod en de overige 50 punten voor mediaervaring, businessplan en technische (zend)infrastructuur. Met deze systematiek is het echter ook lastig te onderbouwen waarom de ene aanvrager meer punten krijgt dan de andere aanvrager. De gehanteerde beoordelingssystematiek heeft dan ook tot veel kritiek geleid.

In de gekozen opzet moesten aanvragers enerzijds met hun programmatische voornemens 'significant uitstijgen', terwijl anders 'het niet zinvol was te overbieden'. Niet is aangegeven waar de grens tussen beide lag.

Hier staat tegenover dat dit in zekere mate inherent is aan het karakter van een vergelijkende toets. Wanneer vooraf de criteria van de vergelijking en de weging daarvan volledig transparant zijn, dan is geen vergelijkende toets meer mogelijk, zo luidde de redenering. Alle aanvragers zouden dan namelijk de aanvraag zo invullen dat ze de maximale score zouden behalen. Bezien vanuit de doelstelling van de clausulering van kavels (waarborgen van pluriformiteit) zijn wij van mening dat vooraf - zoals de commissie-Franken adviseerde - de wegingssystematiek transparanter gemaakt had kunnen worden door vooraf meer helderheid te geven hoe de inhoudelijke biedingen van aanvragers beoordeeld zou worden.

3.3 BEDRIJFSPLANTOETS

3.3.1 Doelstellingen

Om in aanmerking te komen voor een kavel, moesten alle aanvragers een bedrijfsplan indienen. De toets op het bedrijfsplan vormde een belangrijk onderdeel van de vergelijkende toets.

Het doel van de toets op het bedrijfsplan was het creëren van waarborgen voor de *kwaliteit* van het programma-aanbod en de *continuïteit* van de vergunninghouder. Voorkomen moest worden dat de kwaliteit van het aangeboden programma en de variëteit daarvan (al dan niet gedurende de looptijd van een vergunning) onbeperkt ondergeschikt zou zijn aan het streven om met zo min mogelijk kosten een zo groot mogelijke winst te behalen.

3.3.2 Randvoorwaarden

In haar brief van 6 december 2002 gaf het kabinet aan tegemoet te komen aan een breed gedeelde wens van de Tweede Kamer om in ieder geval aan bedrijfseconomische aspecten te toetsen door een bedrijfsplantoets te introduceren. Het bedrijfsplan betrof volgens het kabinet een bedrijfseconomische onderbouwing van de voorgenomen programmering, maar ook van de financiële consequenties van het gebruik van de frequentieruimte.

In het antwoord van de staatssecretaris in het AO van 17 en 18 december gaf de staatssecretaris aan dat:

- de waardering van de bedrijfsplannen uitgedrukt zal worden in 'matig' en 'goed'
- voor de vier ongeclausuleerde kavels het bod zeker de doorslag zal geven.

3.3.3 Advies commissie-Franken

In de conceptregelingen AVT en AGF is de systematiek voor de beoordeling van bedrijfsplannen nader uitgewerkt. In zijn reactie op het advies van de commissie gaf het kabinet aan de aanbeveling een 'min' toe te voegen aan de nul-plus-systematiek over te nemen. Het kabinet lichtte daarbij toe dat een aanvrager met een minbeoordeling niet tot de vergelijkende toets zou worden toegelaten. Ook het advies financiële haalbaarheid als beoordelingscriterium te laten prevaleren, werd overgenomen. Niet overgenomen werd het advies om een bedrijfsplan voor een combinatie van AM-kavels toe te staan.

Aangezien de frequenties een uiteenlopend publieksbereik en technische omstandigheden kenden, zou dit leiden tot onvergelykbare aanvragen.

3.3.4 Feitelijke inrichting van de bedrijfsplantoets

De aanvragers moesten een bedrijfsplan indienen volgens een 'modelbedrijfsplan'. In de regeling AVT is aangegeven dat een meer uitgebreide en/of betere onderbouwing tot een betere waardering van het bedrijfsplan zou leiden. In bijlage 8 (modelbedrijfsplan) van de regeling AVT is vermeld dat een bedrijfsplan als 'goed' wordt beschouwd indien het bedrijfsplan ten minste acht hoofdstukken bevatte en 'goed' zou scoren op het criterium 'financiële haalbaarheid'. Voorts was aangegeven dat de waardering 'goed' uitsluitend zou worden gegeven indien in het bedrijfsplan aanzienlijk meer en/of betere onderbouwing kende ten opzichte van een 'voldoende' bedrijfsplan.

3.3.5 Meninge opzet toets bedrijfsplan

De meningen over de opzet van de bedrijfsplantoets lopen uiteen.

Met name grotere landelijke omroepen geven aan dat met de voorgestelde uitgebreide bedrijfsplantoets de serieuze radiozenders kunnen worden onderscheiden van de gelukzoekers. Deze partijen geven aan dat met de bedrijfsplantoets kan worden voorkomen dat 'de slager om de hoek' een frequentie verwerft. Daarentegen stellen met name kleinere partijen en nieuwkomers dat de opzet van de bedrijfsplantoets hen op voorhand op achterstand heeft gesteld ten opzichte van de grote partijen met meer middelen.

De aanvragers voor niet-landelijke en middengolfkavels vinden het merkwaardig dat in de opzet van de bedrijfseconomische toets aan hen dezelfde eisen zijn gesteld als aan een grote landelijke partij. Ten slotte hebben veel aanvragers bezwaar gemaakt tegen de gehanteerde beoordelingssystematiek. Volgens deze aanvragers was het op voorhand niet duidelijk genoeg wanneer een bedrijfsplan tot een nul- of pluswaardering zou leiden. Achteraf is bij deze partijen de indruk ontstaan dat vooral is getoetst op de kwantiteit en niet op de kwaliteit van het bedrijfsplan (zie ook hoofdstuk 4).

3.3.6 Analyse en conclusie

Het doel van de bedrijfsplantoets was om de kwaliteit van het programma-aanbod en de continuïteit van de vergunninghouder die de frequentie beheert te waarborgen. Aanvragers moesten met het bedrijfsplan hiervoor garanties verschaffen. Hoewel strikt formeel gezien op basis van besluit van 12 september niet een bedrijfsplantoets was vereist, menen wij dat terecht is gekozen om de bedrijfseconomische onderbouwing van de programmatische voornemens te toetsen. In de vergelijkende toets heeft de bedrijfsplantoets, in de gekozen opzet, naar onze mening echter een te grote nadruk gekregen.

Het voorschrijven van een uitgebreid modelbedrijfsplan maakt weliswaar een uniforme beoordeling mogelijk, het stelt tevens zware eisen aan (kleine) aanvragers die de benodigde gegevens niet op de plank hebben liggen. 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.

In de opzet van de bedrijfsplantoets is echter een onderscheid gemaakt tussen 'nul'- en 'plus'beoordeling. Alleen met een meer uitgebreide of betere onderbouwing van de aannames kon een 'plus' worden toegekend. Nog afgezien van de vraag in hoeverre het onderscheid tussen 'nul' en 'plus' vooraf - met de gegeven toelichting - voldoende transparant was, zijn wij van mening dat een dergelijk onderscheid slechts tot schijnzekerheid heeft geleid. In hoofdstuk 5 gaan we hier meer uitgebreid op in.

3.4 FINANCIËEL BOD EN FINANCIËEL INSTRUMENT

3.4.1 Doelstellingen

Partijen die gebruikmaken van schaarse frequentieruimte en daar, min of meer exclusief, hoge rendementen mee kunnen behalen, kunnen gehouden worden een gedeelte van de economische waarde af te dragen aan de overheid. Hieraan is invulling gegeven met het financieel instrument. Het financieel bod diende formeel gezien als selectiemechanisme, materieel gezien heeft het financieel bod tevens een functie voor de afdracht van economische waarde.

3.4.2 Randvoorwaarden

In het Strategisch akkoord van 3 juli 2002 is vastgelegd dat het aanbod ten aanzien van de jaarlijkse vergoeding een belangrijke component zal zijn van de verdeling van radiofrequenties op basis van een vergelijkende toets. In de brief van 6 december gaf het kabinet tevens aan dat het voornemen is een *eenmalig gesloten bodstelsel* te hanteren.

Op grond van artikel 3.3a van de Telecommunicatiewet is de Regeling vaststelling eenmalig bedrag opgesteld. Deze regeling bepaalt dat uitsluitend voor het gebruik van commerciële frequentieruimte bestemd voor landelijke commerciële radio-omroep, een eenmalig bedrag in rekening wordt gebracht. Daarbij is bepaald dat de afdracht per etherfrequentie wordt berekend op basis van de verwachte omzet binnen het demografische bereik van deze etherfrequentie. Deze afdracht wordt het financieel instrument genoemd.

In de brief van 6 december gaf het kabinet aan dat alleen voor het gebruik van landelijke FM-kavels een gedifferentieerd financieel instrument toe te passen. Toepassen van het financieel instrument voor niet-landelijke stations en AM-frequenties zou onvoldoende bijdragen aan efficiënt ethergebruik.

3.4.3 Advies commissie-Franken

Op basis van de conceptregelingen heeft de commissie-Franken de voor- en nadelen van een eenmalig gesloten bodstelsel op een rij gezet (zie bijlage 4). De commissie-Franken signaleerde onder andere het risico dat de *winner's curse* op zou treden, oftewel dat marktpartijen vanwege de gekozen systematiek mogelijk zouden 'overbieden'. In een reactie op het advies stelden de staatssecretarissen van OCW en EZ dat de kans op 'overbieden' kleiner is bij de verdeling omdat het zou gaan om een bestaande markt en uitgegaan werd van rationeel gedrag van de aanvragende partijen. Bovendien hoefde een partij niet 'blind' te bieden omdat partijen wisten hoeveel kavels er beschikbaar waren en welke voorwaarden daaraan verbonden waren. Een alternatief voor het eenmalig gesloten bod - het meerrondenbodstelsel - bevatte volgens de staatssecretarissen ook een aantal nadelen.

In de eerste plaats was het risico groter dat nieuwkomers door bestaande partijen zouden worden overboden. Bovendien waren de kansen op ‘collusie’ (samenspanning tussen aanvragers) dan groter.¹⁴

3.4.4 Feitelijke inrichting financieel bod en financieel instrument

In de opzet is besloten een eenmalig gesloten bod te hanteren. De aanvrager moest als onderdeel van de aanvraag onvoorwaardelijk en onherroepelijk een bod uitbrengen. Het financieel bod moest uitgebracht worden als vast bedrag in euro’s en niet bijvoorbeeld als percentage van de winst. Bij dezelfde eindwaardering in de vergelijkende toets zou het financieel bod de doorslag geven. Indien ook het bod hetzelfde was, dan werd door middel van loting bepaald welke aanvrager het kavel zou krijgen.

In de Regeling vaststelling eenmalig bedrag is de hoogte van de afdracht voor de landelijke kavels vastgesteld (zie bijlage 5).

3.4.5 Meninge financieel bod en financieel instrument

Voor veel aanvragers (zowel landelijk als niet-landelijk) is de gekozen systematiek voor het financieel bod (het eenmalig gesloten bodsysteem) de ‘steen des aanstoots’ van de vergelijkende toets. Marktpartijen beweren door het karakter van het eenmalige bod meer te hebben geboden dan zakelijk verantwoord was: de investeringskosten dwongen hen een bod te doen dat onder ‘break-even’ uit zou komen. Sommige marktpartijen geven aan dat zij ‘geforceerd’ waren meer te betalen omdat het voortbestaan van hun radiozender in de waagschaal stond. Wanneer zij bij de herverdeling geen frequentie zouden bemachtigen, dan zou dit onherroepelijk geleid hebben tot noodgedwongen ontslag van hun personeel. Volgens hen was er daarom geen sprake van optimaal biedgedrag.

3.4.6 Analyse en conclusie

Het doel van het financieel instrument is het verkrijgen van een afdracht van economische waarde. Het streven is hiermee ‘overwinsten’ van diegenen die het gebruiksrecht krijgen van schaarse frequentieruimte te voorkomen. Het formele doel van het financieel bod was om te fungeren als selectiemechanisme; praktisch hield het ook de afdracht in van economische waarde. Marktpartijen geven echter aan dat het gesloten bodsysteem tot een veel hogere economische afdracht heeft geleid dan economisch verantwoord was. Kortom, de winnaars van de vergelijkende toets zijn volgens hen ‘arme winnaars’ gebleken. In hoofdstuk 5 analyseren we op basis van de financiële positie van marktpartijen of het aannemelijk is dat de *winner’s curse* zich ook daadwerkelijk heeft voorgedaan.

Het risico van de *winner’s curse* was bij de keuze voor het eenmalige gesloten bod bekend bij de verantwoordelijke departementen. Niet alleen in vertrouwelijke adviezen werd gewezen op deze risico’s, ook de commissie-Franken heeft gewezen op het mogelijke risico van het optreden van een *winner’s curse*. Desalniettemin is niet gekozen voor een alternatief systeem zoals een *meerrondenbieding*. Volgens de staatssecretarissen van OCW en EZ was het risico op het optreden van de *winner’s curse* beperkt, omdat aanvragers niet geheel ‘blind’ hoefden te bieden. Bovendien zag men ook de nadelen van een meerrondenbieding, namelijk minder kans voor nieuwkomers en risico op collusie.

¹⁴ Brief van 12 februari 2003, advies van de onafhankelijke adviescommissie, kenmerk: MLB/JZ/2003/6.173.

Een andere reden dat gekozen is voor een eenmalig gesloten bod is de tijdsdruk waaronder de vergelijkende toets plaats moest vinden. Binnen de termijn die door de voorzieningenrechter was gesteld, was een biedsysteem met meerdere ronden niet of nauwelijks realiseerbaar.

Van ondergeschikt belang, maar niet geheel zonder betekenis is de sfeer die er heerste tussen marktpartijen en overheden tijdens de keuze voor het eenmalige gesloten bod. Het wederzijds vertrouwen tussen overheden en marktpartijen was laag en in de keuze voor het biedsysteem bestond bij de overheid minstens zo veel belangstelling voor het voorkomen van samenspanning tussen de marktpartijen (collusie) als voor het voorkomen van onevenredig hoge opbrengsten.

3.5 CLUSTERING

3.5.1 Doelstellingen

Uit de voor niet-landelijke bestemde etherfrequenties zijn clusters gevormd. De doelstellingen van clustering waren: het bieden van een bepaalde mate van zekerheid over een rendabele exploitatie, het bieden van zekerheid dat er geen ‘gaten’ in de dekking van een kavel zouden vallen, voorkomen dat aanvragers voor alle mogelijke frequentiecombinaties toegesneden bedrijfsplannen zouden moeten ontwikkelen en het beter in staat stellen van de overheid om verschillende aanvragen voor een kavel met elkaar te vergelijken.

3.5.2 Randvoorwaarden

De Telecommunicatiewet stelt (indirect) randvoorwaarden aan de mogelijkheden voor clustering. Zo dienden alle frequenties op grond van de Telecommunicatiewet uitgegeven te worden (dus geen mogelijkheid om frequenties op ‘de plank te laten liggen’).

3.5.3 Feitelijke inrichting

Bij de feitelijke clustering zijn de volgende uitgangspunten in acht genomen. Niet-landelijke commerciële radio-omroepen mochten bij de vergelijkende toets meerdere kavels verwerven, met een maximum (potentieel) bereik van 30% van het aantal inwoners van Nederland (circa 4,7 miljoen inwoners). Bij de keuze voor de gehanteerde geografische spreiding van kavels voor niet-landelijke commerciële omroepen was men in belangrijke mate gebonden aan daarvoor geldende technische (uitgangspunt bij de technische planning was zero base) en politieke randvoorwaarden.

Zo is in de vergelijkende toets de nadruk gelegd op het creëren van pakketten die technisch passend waren. Verder is de nadruk gelegd op pakketten die regionaal coherent en qua adverteerdersmarkt zelfstandig exploiteerbaar (potentieel meer dan circa 250.000 inwoners bereiken) zouden zijn. Bij drie clusters bleek dit (potentie van circa 250.000 inwoners) niet realiseerbaar, vanwege de dunbevolktheid van de betreffende gebieden.

Bij de commerciële op de middengolf gerichte omroepen, zijn ‘kernkavels’ (C1 - C5) onderscheiden. Hiervoor dienden aanvragers een bedrijfsplan in te dienen dat zelfstandig levensvatbaar zou zijn. Kavels zouden afzonderlijk toegewezen worden, van groot naar klein.

3.5.4 Meningen

Vanuit de sector, met name uit de hoek van de niet-landelijke commerciële omroepen wordt kritiek geuit over de spreiding van kavels over geografische gebieden. Een veelgehoorde klacht is dat kavels sociaal-maatschappelijk, cultureel noch qua advertentiemarkt één gebied vormen. Daarnaast vinden sommigen dat de clustering weliswaar een functie had bij de verdeling, maar dat die nu tot verstarring leidt. Frequenties zouden, in die rede-nering, nu afzonderlijk verhandelbaar moeten zijn, los van de clustering. Ten aanzien van de AM-kavels wordt kritiek geuit op de informatie uit het aanvraagdocument over kavels en opstelplaatsen, deze zou niet altijd correct geweest zijn.

3.5.5 Analyse en conclusie

Voor de verdeling van frequenties van niet-landelijke kavels zijn frequenties geclusterd uitgegeven. De centrale afweging hierbij was dat een samenstel van frequenties vanuit economisch opzicht beter exploiteerbaar zou zijn. Volgens marktpartijen is het gevolg hiervan dat sommige clusters zijn samengesteld die sociaal-geografisch geen sterke samenhang vertonen.

Het gevolg van de gehanteerde indeling van frequenties is dat bijvoorbeeld Friesland vier commerciële zenders kent, terwijl er in andere gebieden maar een of twee zijn (Rotterdam kent bijvoorbeeld slechts twee niet-landelijke kavels). Ten aanzien van de incorrecte informatie over de AM-kavels geldt dat in de bijlage bij het aanvraagdocument weliswaar vooraf is gewezen op de onzekerheden met betrekking tot de AM-opstelpunten, maar dat in het aanvraagdocument tevens ten onrechte enkele verboden combinaties niet waren opgenomen.

3.6 GELIEERDHEID

3.6.1 Doelstellingen

De overheid wilde met de herverdeling van frequenties voorkomen dat dit zou leiden tot ongewenste concentraties. Daarom zijn regels gesteld met betrekking tot de onderlinge verbondenheid van aanvragers.

3.6.2 Randvoorwaarden

Teneinde de pluraliteit van aanbieders van commerciële radio te waarborgen, bepaalt artikel 82f van de Mediawet dat één en dezelfde omroepinstelling niet meer dan één kavel van frequenties mag gebruiken. Hiervan kan echter - op grond van lid 3 van dit artikel - worden afgeweken. Bij de onderhavige verdeling is dat ook gebeurd (zie volgende subparagraaf 'feitelijke inrichting van de toets'). Ter uitvoering van de motie Nicolai werd het instellingen toegestaan de combinatie van één geclausuleerd en één ongeclausuleerd kavel te gebruiken.¹⁵

¹⁵ Artikel 8 lid 1 Regeling AGF.

Zoals hiervoor reeds vermeld, zijn de criteria voor deze beoordeling opgenomen in artikel 53c Mediabesluit. Dit artikel bepaalt dat twee of meer instellingen als één instelling worden aangemerkt, indien (cursiveringen door ons toegevoegd):

- een instelling direct of indirect zodanige zeggenschap of feitelijke invloed heeft in een of meer andere instellingen, dat deze *in belangrijke mate het beleid van die instelling of instellingen kan bepalen, dan wel aanmerkelijke invloed heeft op de inhoud van dat beleid* of
- een natuurlijk persoon of groep van natuurlijke personen direct of indirect zodanige zeggenschap of feitelijke invloed heeft in twee of meer instellingen, dat deze *in belangrijke mate het beleid van die instellingen kan bepalen, dan wel aanmerkelijke invloed heeft op de inhoud van dat beleid*.

Naast deze bepaling was bij de toetsing mede richtsnoer de Mededeling van de Europese Commissie betreffende het begrip ‘concentratie’ van toepassing.¹⁶ De staatssecretaris heeft daarbij echter benadrukt dat bij de beoordeling in het kader van de Mediawet eerder sprake kan zijn van verbondenheid, bijvoorbeeld wanneer een persoon of instelling ‘aanmerkelijke invloed’ kan uitoefenen.¹⁷ Dit is een begrip dat het Mededingingsrecht niet kent en dat - zo lijkt het - aan duidelijkheid te wensen over laat.¹⁸

3.6.3 Feitelijke inrichting van de toets

Bij de beoordeling of sprake is van - op grond van het bovenstaande - niet toegestane combinaties, speelt de vraag wanneer sprake is van één en dezelfde omroepinstelling. Daarom is bij alle aanvragers getoetst of zij gelieerd zijn aan een andere aanvrager, in welk geval zij gezamenlijk als één aanvrager zouden worden aangemerkt.

Zoals gezegd, gold voor landelijke omroepen een maximum aantal kavels, ingevolge onder andere het mediabesluit, ter uitvoering van de motie Nicolai. Ook voor de niet-landelijke zenders is afgeweken van het maximum van één kavel per instelling. Hier is de eis gesteld dat het demografisch bereik van de kavels die door één instelling gebruikt worden, niet meer zou mogen bedragen dan 30 procent. Het doel van deze regel was te voorkomen dat een partij door het opkopen van een serie niet-landelijke kavels een extra landelijk kavel zou creëren. Daarnaast waren bepaalde combinaties van niet-landelijke (FM-)kavels die elkaar te veel overlaptten, niet toegestaan.

Voor het verwerven van AM-kavels zijn géén beperkingen gesteld. Er zijn alleen beperkingen gesteld aan het uitzenden van dezelfde programma's op AM en FM. Toch werden AM-aanvragers getoetst op gelieerdheid. Het doel hiervan was te voorkomen dat gelieerde vergunninghouders simultaan hetzelfde programma gingen uitzenden.

¹⁶ Mededeling van de Europese Commissie betreffende het begrip ‘concentratie’ in Verordening (EG) nr. 4064/89 van de Raad van de Europese Unie van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PbEG 1989, L-393), gepubliceerd in PbEG 1998, C-66.

¹⁷ Mededeling inzake toets op verbondenheid aanvragers vergunningen frequentieruimte commerciële radio-omroep.

¹⁸ Het is echter niet artikel 53c Mediabesluit dat hier beoordeeld wordt, maar de uitvoering van de gelieerdheidstoets. De bewoording van het artikel wordt dan ook als vaststaand juridisch gegeven beschouwd.

3.6.4 Meningen opzet gelieerdheidstoets

Meerdere marktpartijen zijn van mening dat te strenge eisen zijn gesteld aan de onderlinge verbondenheid van aanvragers en de mogelijkheden voor het verkrijgen van meerdere kavels. Hierbij wordt verwezen naar andere mediasectoren waar minder strenge eisen gelden.

Volgens aanvragers voor een AM-frequentie is een toets op verbondenheid voor de midden-golf 'overbodig' aangezien van ongewenste concentraties bij AM geen sprake is en vrijwel alle combinaties tussen AM, FM landelijk en FM niet-landelijk zijn toegestaan qua eigendomsverhoudingen.

3.6.5 Analyse en conclusie

Voor de toets op gelieerdheid is beoordeeld in hoeverre er in een bepaald geval sprake is van 'aanmerkelijke invloed'. Dit begrip kende echter, noodzakelijkerwijs, een grote mate van subjectiviteit. Dit was echter inherent aan de bewoording van artikel 53c Mediabesluit.¹⁹

Artikel 82f - de regel dat een instelling maar één frequentie mag gebruiken – richtte zich alleen op FM. Voor AM golden er dus geen beperkingen wat betreft het aantal zenders (ook niet op grond van andere regels). Ook vormde het gebruik van een of meer FM-frequenties geen belemmering voor het gebruik van een of meer AM-frequenties. Het toetsen van de verbondenheid van aanvragers van AM-kavels lijkt hier geen wezenlijk doel te dienen. Het feit dat organisaties wel of niet gelieerdheid zijn, zegt in beginsel niets over de inhoud van door die organisaties uit te zenden programma's. Als men wilde voorkomen dat verschillende vergunninghouders - al of niet gelieerd - hetzelfde programma zouden uitzenden, dan zou het volstaan dit te verbieden (bijvoorbeeld 'simulcasting') en dit verbod vervolgens te handhaven.

3.7 CONCLUSIES OPZET VAN DE VERGELIJKENDE TOETS

De vergelijkende toets kende een eenmalig gesloten bod. Voordelen van deze opzet waren onder meer dat het sneller kon worden uitgevoerd dan bijvoorbeeld een meerrondenveiling (en de tijd voor de uitvoering van de vergelijkende toets was krap). Verder kende de vergelijkende toets het risico van de *winner's curse*; het verschijnsel dat de winnaar van de bieding een hoger bod zou doen dan financieel-economisch verantwoord was. De vergelijkende toets voorzag in een toets op het bedrijfsplan die mede was bedoeld om deze te hoge biedingen te voorkomen. Aanvragers moesten in hun plan duidelijk maken hoe ze voldoende rendement konden behalen, rekening houdend met hun eigen bod.

Vijf kavels werden gebonden aan clausuleringen. Hierbij werd aan de wens van de Kamer tegemoetgekomen bepaalde kavels voor specifiek gebruik te bestemmen (bijvoorbeeld 'Nederlandstalig', 'Klassiek'). Daarnaast kon de specifieke bestemming van een aantal kavels voor niet-landelijk gebruik worden gezien als een bepaalde vorm van clausulering. Voor gelieerdheid werden beperkingen gesteld die strenger waren dan eisen die golden voor andere media zoals kranten en tijdschriften.

¹⁹ Een alternatief zou zijn om de gelieerdheidstoets meer te laten aansluiten bij die uit het mededingingsrecht. Daarvoor is echter wijziging van het Mediabesluit vereist. Het Ministerie restte in dit geval geen andere optie dan de toets van artikel 53c Mediabesluit toe te passen.

4. ORGANISATIE EN UITVOERING VAN DE VERGELIJKENDE TOETS

4.1 INLEIDING

De uitspraken van de voorzieningenrechter van 24 juli 2002 en 11 oktober 2002 brachten het proces om over te gaan tot een herverdeling van de frequenties voor commerciële radio-omroep in een stroomversnelling. Vanwege de uitspraak van de voorzieningenrechter van 11 oktober moesten de radiostations die bij de verdeling een vergunning hadden gekregen, deze per 1 juni in gebruik kunnen nemen. In de periode van 11 oktober 2002 tot 26 februari 2003 is nadere invulling gegeven aan de opzet en inrichting van de vergelijkende toets. Op 28 februari zijn de aanvraagdocumenten verstuurd. De uiterste inleverdatum voor de aanvragen was vrijdag 28 maart 2003. Dit betekende dat voor de uitvoering van de vergelijkende toets (beoordeling aanvragen en vergunningverlening) slechts zeven weken resteerden. Kortom, in relatief kort tijdsbestek moesten voorzieningen worden getroffen om de aanvragen van de 70 aanvragers voor landelijke (21 aanvragers), niet-landelijke (40 aanvragers) en AM-frequenties (9 aanvragers) te beoordelen op basis van de opzet van de vergelijkende toets die in het vorige hoofdstuk is beschreven.

In dit hoofdstuk beschrijven we de wijze waarop de vergelijkende toets was georganiseerd. Hier gaat het om de vraag welke organisatorische voorzieningen zijn getroffen om een goede uitvoering van de vergelijkende toets te waarborgen. We geven hierbij tevens een overzicht van de opbrengsten en kosten van de vergelijkende toets (paragraaf 4.2). Vervolgens analyseren we de wijze waarop de beoordeling van de aanvragen is verlopen. We besteden hierbij specifieke aandacht aan de rol en werkwijze van de commissie-Franken (paragraaf 4.3).

In paragraaf 4.4 analyseren we de wijze waarop invulling is gegeven aan het toezicht op de naleving van vergunningsvoorwaarden. Ten slotte geven we een beeld van de bezwaar- en beroepsprocedures die zijn aangespannen tegen de uitkomsten van de vergelijkende toets (paragraaf 4.5).

4.2 ORGANISATIE EN KOSTEN VAN DE VERGELIJKENDE TOETS

4.2.1 Interne organisatie

De verdeling van de radiofrequenties voor commerciële radio-omroep in 2003 kende een lange voorgeschiedenis. Aanvankelijk was het voornemen de frequenties te verdelen op basis van een veiling. Van eind 1998 tot en met 22 juli 2002 viel het project 'zero base' onder de verantwoordelijkheid van V&W. Vanaf 23 juli 2002 - na de overgang van het Directoraat-Generaal Telecommunicatie en Post van V&W naar EZ - viel dit onder de verantwoordelijkheid van EZ. Op grond van de Telecommunicatiewet is de minister van OCW verantwoordelijk voor de uitvoering van de vergelijkende toets.

Na het kabinetsbesluit om de frequenties te verdelen op basis van een vergelijkende toets - waarbij de programmatische voornemens van aanvragers in de beoordeling van aanvragen was betrokken - kwam het primaat voor de inrichting en organisatie van de vergelijkende toets bij het Ministerie van OCW te liggen.

OCW nam in de organisatie en uitvoering het voortouw, maar werd daarbij ondersteund door vertegenwoordigers van andere departementen en overheidsorganisaties in de stuurgroep en de projectgroep.

In de stuurgroep waren vertegenwoordigers van OCW, DGTP (EZ), Financiën en Agent-schap Telecom (AT) betrokken. Ook de Landsadvocaat woonde de bijeenkomsten van de stuurgroep bij. Een vertegenwoordiger van Justitie was agendalid. De directeur van de direc-tie Media, Letteren en Bibliotheek zat de stuurgroep voor.

De Stuurgroep heeft vooral een grote rol gespeeld bij het maken van keuzes rondom de inrichting van de vergelijkende toets en was niet direct betrokken bij de uitvoering van de vergelijkende toets. Voor de inrichting van de procedures, communicatie e.d. rondom de aanvraagprocedure nam de projectgroep het voortouw. De projectgroep werd getrokken vanuit OCW, maar ook vertegenwoordigers van DGTP en het AT maakten deel uit van de projectgroep. Vanwege de beperkte beschikbare tijd en capaciteit voor de uitgifteprocedure werd de projectgroep ondersteund door een externe adviseur die fulltime beschikbaar was.

4.2.2 Onafhankelijke adviescommissie voor de vergelijkende toets (commissie-Franken)

De onafhankelijke adviescommissie vergelijkende toets is door de staatssecretaris van OCW op verzoek van de Tweede Kamer op 7 januari 2003 ingesteld. De commissie was als volgt samengesteld: prof. mr. H. Franken (voorzitter), prof. mr. P.F. van der Heijden en mr. F.G. van Diepen-Oost.

De Commissie is gevraagd te adviseren over:

- De uitwerking van de vergelijkende toets.
- De beoordeling van aanvragen op de criteria van de vergelijkende toets.

Ten aanzien van het advies over de uitwerking van de vergelijkende toets is de commissie in het bijzonder gevraagd te adviseren over de voorgestelde systematiek om de verscheidenheid van het programma-aanbod te beoordelen. Tevens is de commissie gevraagd de voor-en nadelen van een eenmalig gesloten bodsysteem op een rij te zetten. De commissie heeft hieraan invulling gegeven met haar advies van 3 februari 2003 dat reeds in het vorige hoofdstuk uitvoerig is besproken.

Ten aanzien van de beoordeling van aanvragen is de commissie gevraagd bij de beoordeling van aanvragen in het bijzonder te adviseren over de waardering, volgens de toetsingscrite-ria, van het programmatische aanbod en de bedrijfseconomische onderbouwing daarvan. De commissie werd in haar werkzaamheden ondersteund door een extern secretariaat (B&A). Voor de beoordeling van de bedrijfsplannen van aanvragers heeft de commissie een externe accountant ingehuurd (Mazars). Voor de herverdeling van de overgebleven kavels na de eerste verdelingsronde is wederom de commissie gevraagd de beoordeling van aan-vragen op de criteria van de vergelijkende toets op zich te nemen. Ook bij de herverdeling is de commissie ondersteund door B&A en Mazars.

In paragraaf 4.3 gaan we nader in op de wijze waarop de commissie de aanvragen heeft beoordeeld.

4.2.3 Opbrengsten en kosten vergelijkende toets

Opbrengsten

De totaalopbrengst van de vergelijkende toets was € 331.876.911. Deze opbrengsten bestonden uit de financiële biedingen van aanvragers aan wie een kavel is toegewezen en de afdracht voor het financieel instrument voor de landelijke kavels.

De opbrengsten konden worden verdeeld in de opbrengsten van de eerste verdeling in mei 2003 en de opbrengsten van de vervolgvelding in november 2003. In onderstaande tabel zijn de opbrengsten van de eerste verdeling opgenomen.

<i>Opbrengsten eerste verdeling mei 2003</i>	
Financieel bod	€ 293.962.147
Financieel instrument	€ 29.084.130
Totaal	€ 323.046.277

Na de eerste verdeling bleef een aantal kavel onverdeeld (A8, B2, B11, B26, C7, C10 en C11)²⁰, deze kavels zijn in november 2003 alsnog verdeeld. De opbrengsten hiervan zijn in onderstaande tabel opgenomen.

<i>Opbrengsten vervolgvelding november 2003</i>	
Financieel bod	€ 8.291.447
Financieel instrument	€ 539.187
Totaal	€ 8.830.634

Kosten

De kosten die zijn gemaakt voor de verdeling van frequenties in het kader van het zero base-projecten, kunnen worden verdeeld in kosten die zijn gemaakt voor de voorbereiding en uitvoering van de vergelijkende toets en kosten die direct gerelateerd zijn aan de vergelijkende toets zelf. Veruit de meeste kosten voor het zero base-project zijn gemaakt in de periode 1998 - 2002 en hebben betrekking op de technische aspecten van de verdeling (onderzoek en technische implementatie) en de voorbereidingen voor een veiling. Omdat deze evaluatie specifiek betrekking heeft op de uitvoering van de vergelijkende toets, laten we deze hier verder buiten beschouwing.

De uitvoeringskosten die direct zijn gerelateerd aan de vergelijkende toets voor de eerste verdeling en vervolgvelding bedragen € 2.665.594.

Naast de totale externe uitgaven hebben de betrokken departementsonderdelen ook intern capaciteit vrijgemaakt voor de ambtelijke voorbereiding en begeleiding van de vergelijkende toets. Deze interne kosten zijn niet opgenomen in het hiervoor genoemde bedrag van € 2.665.594.

²⁰ 'A' staat voor een landelijk kavel, 'B' staat voor niet-landelijk en 'C' voor middengolf (AM).

4.2.4 Meningen over de organisatie en kosten van de vergelijkende toets

Veel aanvragers geven aan dat de voorbereidingstijd voor het indienen van een aanvraag 'erg kort' was gelet op het feit dat de inhoud van de regelingen AVT en AGF op 28 februari 2003 bekend werd en de aanvragen uiterlijk 28 maart 2003 moesten worden ingediend. Volgens marktpartijen was de korte voorbereidingstijd echter onvermijdelijk vanwege bindende uitspraken van de voorzieningenrechter.

Verder hebben (vooral kleinere) aanvragers aangegeven dat vanwege de complexe vereisten in het aanvraagdocument zij geen andere keuze hadden dan een beroep te doen op externe ondersteuning (accountants). Deze aanvragers zijn van mening dat ze als gevolg hiervan meer kosten hebben moeten maken dan noodzakelijk was.

Er zijn betrekkelijk weinig opmerkingen gemaakt door aanvragers over de interne organisatie en communicatie vanuit OCW. Een groot deel van de aanvragers is positief over de gevolgde procedures binnen OCW. Wel is door enkele aanvragers erop gewezen dat een duidelijk aanspreekpunt voor aanvragers binnen OCW ontbrak.

4.2.5 Analyse en conclusie

Vanwege de betrokkenheid van een groot aantal overheidsinstanties was er sprake van een complexe verantwoordelijkheidsverdeling. Desondanks hebben we kunnen constateren dat de samenwerking tussen de betrokken instanties betrekkelijk soepel is verlopen. Dit heeft te maken met de grote inspanningen van de betrokkenen. Maar de tijdsdruk speelde zeker ook een rol omdat voor slepende discussies geen tijd was.

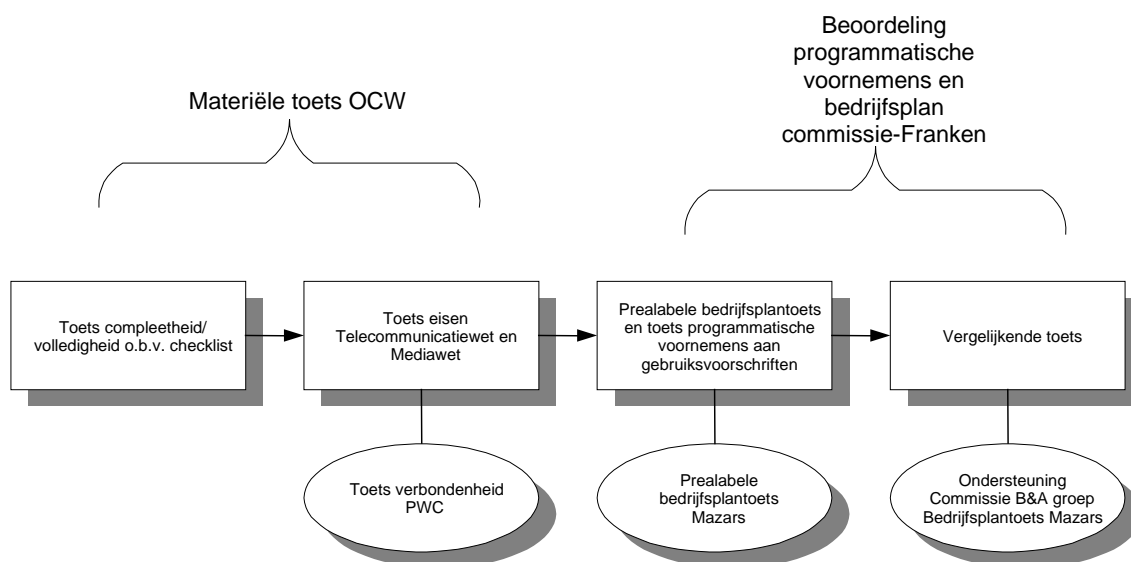
Het is opvallend dat het kabinet niet in een eerder stadium van de procedure is overgegaan tot de instelling van een onafhankelijke commissie. Mogelijk had een eerder ingestelde onafhankelijke commissie een grotere rol kunnen spelen bij de inrichting van de vergelijkende toets. Vanwege de tijdsdruk was de rol van de commissie-Franken hierin echter zeer beperkt, in die zin dat de commissie slechts commentaar kon geven op de al door Onderwijs, Cultuur en Wetenschap opgestelde regeling.

Mede vanwege de grote tijdsdruk is een belangrijk deel van het werk uitbesteed. Het voorbereidende werk voor de verschillende toetsen, zoals de toets op verbondenheid en de bedrijfsplantoets is uitbesteed aan externe bureaus. Vanwege de hoge tijdsdruk was hiervoor feitelijk geen alternatief, dit heeft echter wel geleid tot aanzienlijke kosten.

Naar onze mening zijn op het departement van OCW adequate voorzieningen getroffen om de uitvoering van de vergelijkende toets in goede banen te leiden. Zo vonden de beoordelingen van de aanvragen plaats in een speciaal daartoe bestemd 'toetspand'. Hiermee en met andere maatregelen werd voorkomen dat vertrouwelijke gegevens in verkeerde handen terecht zouden komen. Op de verschillende procedures (behandeling aanvragen, vraag en antwoord document en de algemene communicatie) was door aanvragers betrekkelijk weinig aan te merken. Wel moesten aanvragers aanzienlijke kosten maken voor het indienen van een aanvraag.

4.3 BEOORDELING AANVRAGEN

Vanaf vrijdag 28 maart 2003 zijn de ingediende aanvragen in behandeling genomen. De behandeling van aanvragen bestond uit verschillende toetsen, die deels volgtijdelijk en deels gelijktijdig zijn uitgevoerd. Het onderstaande schema geeft een overzicht van de verschillende elementen waarop de aanvragen zijn getoetst en welke partijen betrokken waren in de uitvoering van de toetsen.



4.3.1 Materiële toets door OCW

Toets op compleetheit/volledigheid

Na het indienen van de aanvragen heeft OCW aan de hand van een checklist getoetst of de aanvragen compleet en volledig waren. Hierbij is nagegaan of aanvragers alle benodigde gegevens zoals vereiste verklaringen hebben overlegd. Indien bepaalde gegevens of documenten ontbraken, kregen aanvragers vijf dagen *verzuimherstel*. Binnen deze vijf dagen hadden aanvragers alsnog de mogelijkheid om de ontbrekende gegevens te verstrekken. Hiertoe heeft OCW brieven gestuurd naar aanvragers waarin is aangegeven welke gegevens en/of documenten in de aanvragen ontbraken. Alleen volledige aanvragen zijn uiteindelijk in behandeling genomen. In totaal zijn 12 aanvragen niet in behandeling genomen.

Toets op eisen Telecommunicatiewet en Mediawet

Om toegelaten te worden tot de vergelijkende toets, moesten de aanvragen voldoen aan een aantal formele eisen op grond van de Telecommunicatiewet en Mediawet. De eisen op grond van de Telecommunicatiewet zijn nader uitgewerkt in het Frequentiebesluit (artikel 6) en de Regeling AVT. De eisen op grond van de Telecommunicatiewet hebben betrekking op de rechtsvorm, financiële positie, kennis en ervaring, technische middelen, hoedanigheid als commerciële omroepinstelling en eisen die betrekking hebben op het waarborgen van democratische, sociale, taalkundige en culturele belangen.

De eisen op grond van de Mediawet hebben betrekking op de verbondenheid van aanvragers. Op grond van artikel 82f van de Mediawet zijn beperkingen gesteld aan het aantal vergunningen voor FM-frequentieruimte dat eenzelfde instelling mag verwerven. Van verbondenheid was sprake wanneer de ene partij een *aanmerkelijke invloed* op een andere partij kon uitoefenen. Voor de beoordeling of sprake is van verbondenheid dienden aanvragers gegevens te verstrekken over de eigendoms- en zeggenschapsverhoudingen.

OCW was op grond van de Mediawet verantwoordelijk voor de uitvoering van de toets op verbondenheid. Mede vanuit het oogpunt van zorgvuldigheid is besloten de uitvoering van de toets uit te besteden aan PricewaterhouseCoopers (PWC). PWC heeft naar aanleiding van haar onderzoek in een aantal gevallen 'indicaties' voor verbondenheid vastgesteld en naar aanleiding daarvan aanbevelingen gedaan.

4.3.2 Vergelijkende toets commissie-Franken

Prealabele toets op bedrijfsplan en programmatische voornemens

Voorafgaand aan de vergelijkende toets is beoordeeld of de aanvraag op grond van de Telecommunicatiewet (artikel 3.6, lid 1, onderdeel b) afgewezen moest worden.²¹ Hierbij is beoordeeld of het bedrijfsplan, mede gelet op het realiteitsgehalte en de samenhang er van, zo gering is dat een doelmatige exploitatie van de kavel waarop de aanvraag betrekking heeft op basis van dit plan geen kans van slagen zal hebben. Op grond van deze prealabele bedrijfsplantoets zijn 9 aanvragen afgewezen.

De commissie-Franken heeft de staatssecretarissen geadviseerd om deze aanvragen af te wijzen. Dat is ook gebeurd omdat op basis van het bedrijfsplan de commissie geen oordeel kon geven over de financiële haalbaarheid van het bedrijfsplan. Voorts zijn de programmatische voornemens uit de bedrijfsplannen getoetst aan de gebruiksvoorschriften. Deze toets heeft niet geleid tot het afwijzen van aanvragen.

4.3.3 Beoordeling bedrijfsplannen

In de vergelijkende toets zijn de bedrijfsplannen beoordeeld van alle aanvragers die tot de vergelijkende toets zijn toegelaten. In de bedrijfsplantoets is een oordeel gevormd over de financiële haalbaarheid, realiteitsgehalte en samenhang van het bedrijfsplan. De bedrijfsplannen zijn gewaardeerd met een nul of een plus (in paragraaf 3.3 is de opzet van de toets reeds uitvoerig beschreven).

De resultaten van de beoordeling zijn in afzonderlijke rapportages in een schema samengevat. Het schema is opgebouwd uit de verplichte elementen van het modelbedrijfsplan. Voor elk van de elementen is getoetst of het bedrijfsplan wel of niet aan de gestelde eisen voldeed. Daarnaast is beoordeeld in hoeverre het bedrijfsplan op elk van de elementen 'een meer uitgebreide beschrijving bevat'. Zo is beoordeeld of bepaalde elementen in het bedrijfsplan ontbraken (zoals de samenvatting of de bijlagen), het bedrijfsplan rekenkundige onjuistheden bevatte, aannames en/of veronderstellingen (on)juist waren, etc.).

²¹ Dit artikel bepaalt dat een vergunning wordt geweigerd indien een doelmatig gebruik van het frequentiespectrum dit vordert.

De commissie-Franken heeft op basis van de afzonderlijke rapportages een eindwaardering (nul of plus) aan de bedrijfsplannen toegekend. Als centraal criterium voor de afweging is 'de mate waarin een bedrijfsplan uitstijgt boven het minimaal noodzakelijke niveau' gehanteerd. Indien de commissie constateerde dat de onderbouwing van het bedrijfsplan - in vergelijking tot de bedrijfsplannen van de andere aanvragers op hetzelfde kavel - niet uitsteeg boven het gevraagde minimaal noodzakelijk niveau werd een 'o' toegekend. Als de onderbouwing van het bedrijfsplan wél uitsteeg boven het minimaal noodzakelijke niveau werd een '+' toegekend.

Hoewel veel marktpartijen voor elke aanvraag een apart bedrijfsplan hebben ingediend, was de beoordeling van de afzonderlijke bedrijfsplannen van één aanvrager meestal gelijk. De bedrijfsplannen van het merendeel van de marktpartijen zijn met een 'o' beoordeeld. In totaal hebben 13 marktpartijen een '+' voor hun bedrijfsplan gekregen, terwijl 30 marktpartijen een 'o' hebben gekregen. Onderscheiden naar bestaande marktpartijen en nieuwkomers zijn vrijwel alle 'plusbeoordelingen' naar bestaande marktpartijen gegaan.

Gevolgen bedrijfsplantoets voor landelijk ongeclausuleerd

In totaal wilden zes radiozenders in aanmerking komen voor één van de vier ongeclausuleerde kavels. De nieuwkomers Sanoma en Mega FM zijn niet in aanmerking gekomen voor een kavel. In onderstaande tabel zijn de winnaars van de vier ongeclausuleerde kavels opgenomen.

<i>Kavel</i>	<i>Winnaar</i>
A1	Sky Radio
A3	Noordzee FM
A6	Radio 538
A7	Yorin

Hoewel alleen Sky en Noordzee FM een plus op het bedrijfsplan hebben gekregen, is uiteindelijk de hoogte van het financieel bod doorslaggevend geweest voor de verdeling van kavels. Oftewel, ook zonder de bedrijfsplantoets hadden dezelfde partijen op grond van de hoogte van hun financieel bod een ongeclausuleerd kavel gewonnen. Wel is de bedrijfsplantoets van invloed geweest of partijen het kavel van hun eerste voorkeur hebben gekregen.

Gevolgen bedrijfsplantoets voor landelijk geclausuleerd

De aanvragen voor de landelijke geclausuleerde kavels zijn op twee onderdelen getoetst, namelijk de programmatische voornemens en het bedrijfsplan. De vergelijkende toets was zo ingericht dat een plusbeoordeling op de programmatische voornemens tot een hogere rangorde zou leiden dan een plusbeoordeling op het bedrijfsplan. Uiteindelijk heeft de toets op het bedrijfsplan geen doorslaggevende betekenis gehad voor de aanvragers die een kavel toegewezen hebben gekregen.

In onderstaande tabel zijn de winnaars van de vijf geclausuleerde kavels opgenomen.

<i>Kavel</i>	<i>Winnaar</i>
A2 – Niet-recente bijzondere muziek	Sky Radio – Gouwe Ouwe Zender
A4 – Nieuwszender	Business News Radio
A5 – Recente bijzondere muziek	ID&T
A8 – Klassieke of Jazzmuziek	Onverdeeld ²²
A9 – Nederlandstalig	RTL FM

Gevolgen bedrijfsplantoets voor niet landelijk

Het grote merendeel (17 van de 21) van de bedrijfsplannen van aanvragers voor een kavel voor niet landelijke radio-omroep is met een ‘nul’ beoordeeld. Voor de meeste kavels heeft daarmee de hoogte van het financieel bod uiteindelijk de doorslag gegeven. Bij vier kavels (B3, B8, B20 en B21) was er één marktpartij met een plus op het bedrijfsplan. In onderstaande tabel zijn de winnaars van de kavels voor niet landelijke commerciële radio-omroep opgenomen.

<i>Kavel</i>	<i>Winnaar</i>
B01	Young City Media – City FM
B02	Onverdeeld ²³
B03	Magic FM
B04	Ujala Radio
B05	Fresh FM
B06	Young City Media – City FM
B07	Stg. Radika – Radio Amor
B08	Haagse Radio – Hofstad Radio
B09	Young City Media – City FM
B10	Waterstad FM
B11	Onverdeeld ²⁴
B12	RENN BV – Freez FM
B13	ROG radio
B14	Radio Simone
B15	RENN BV – Freez FM

²² Voor het geclausuleerde kavel A8 (klassieke of jazz muziek) is geen vergelijkende toets uitgevoerd, omdat alleen Classic FM een aanvraag voor kavel A8 als geclausuleerd kavel had ingediend. Aangezien moedermaatschappij News Corporation al een ongeclausuleerd kavel (Sky Radio) en geclausuleerd kavel (Gouwe Ouwe Zender) had verkregen, is dit kavel onverdeeld gebleven. Na de vervolverdeeling heeft Arrow Smooth Jazz het kavel verkregen.

²³ Kavel B2 vormde een verboden combinatie met de reeds aan City FM toegewezen kavel B1 en is daarom onverdeeld gebleven. In de vervolverdeeling is dit kavel toegekend aan Freez FM.

²⁴ Kavel B11 vormde een verboden combinatie met de reeds aan Waterstad FM toegewezen kavel B10 en is daarom onverdeeld gebleven. In de vervolverdeeling is dit kavel toegekend aan Hot Radio.

<i>Kavel</i>	<i>Winnaar</i>
B16	Rebecca Radio
B17	Rebecca Radio
B18	Rebecca Radio
B19	Hot Radio
B20	Keizerstad FM
B21	Radio8 FM
B22	CRZN – XFM
B23	De Kanjer Radio Royaal
B24	Maximaal Multimedia FM
B25	RML Zuid Mediagroep
B26	Onverdeeld ²⁵

Gevolgen bedrijfsplantoets voor middengolf

Alle bedrijfsplannen van aanvragers voor een frequentie op de middengolf zijn met een 'nul' beoordeeld. De bedrijfsplantoets heeft dus geen gevolgen gehad voor de uitslag van de vergelijkende toets.

In onderstaande tabel zijn de winnaars van de kavels voor middengolf opgenomen.

<i>Kavel</i>	<i>Winnaar</i>
C01	Radlon Media
C02	Music Country
C03	Quality Radio – Liberty Radio
C04	Quality Radio – Tropical
C05	Quality Radio – Laser
C06	Radio 538
C07	Onverdeeld ²⁶
C08	Quality Radio – Radio Paradijs
C09	Quality Radio – 1584 FM
C10	Onverdeeld ²⁷
C11	Onverdeeld ²⁸
C12	Quality Radio – A'dam talks

²⁵ Voor kavel B26 is geen aanvraag ingediend. In de vervolverdeeling is dit kavel toegekend aan Stichting Radio Continu.

²⁶ Voor kavel C07 is geen aanvraag ingediend. In de vervolverdeeling is dit kavel toegekend aan Hot Radio.

²⁷ Voor kavel C10 is geen aanvraag ingediend. In de vervolverdeeling is dit kavel toegekend aan Radio Caroline - Seagull.

²⁸ Voor kavel C11 zijn geen aanvragers toegelaten tot de vergelijkende toets. In de vervolverdeeling is dit kavel toegekend aan HOS.

4.3.4 Beoordeling programmatische voornemens

In hoofdstuk 3 is reeds uitgebreid beschreven aan welke programmatische eisen de aanvragers moesten voldoen en wat de beoordelingssystematiek was voor het wegen van de programmatische voornemens. Een belangrijk aspect daarvan was dat een aanvrager met zijn programmatische voornemens *significant moest uitstijgen* boven die van andere aanvragers. De commissie-Franken heeft hier als volgt invulling aan gegeven.²⁹

‘De toets heeft zich gericht op de verschillende programmatische onderdelen die tezamen een kavel kleur geven. De toets is er niet op gericht geweest om het programmatisch karakter dat aan een kavel is verbonden op een onderdeel te versterken of af te zwakken door aan de gezichtsbepalende programmaonderdelen een verschillend gewicht toe te kennen. De toetsing op de diverse programmaonderdelen leidt tot een totaalbeeld van het relevante programmatisch aanbod van de aanvrager. Dat is door de commissie in relatie gebracht met het aanbod van de andere aanvragers, waarna de eindwaardering van de aanvrager kon worden vastgesteld. Hierbij is per kavel en per criterium een spreidingsanalyse van de programmatische voornemens opgesteld. Rekening houdend met het geheel van de programmatische voornemens per kavel is vervolgens per situatie vastgesteld of er sprake is van significante verschillen. Indien een of meer aanvragers volgens de commissie programmatisch significant uitstijgen boven het aanbod van anderen, heeft dit geleid tot de eindwaardering van een plus. Er is hierbij niet gewerkt met een vaste norm voor het vaststellen wat wel en niet een significante afwijking is, maar deze grens tussen nul- en pluswaardering heeft per kavel plaatsgevonden, waarbij de commissie op basis van de beoordeling van de verschillende criteria per kavel tot een gewogen oordeel is gekomen.’

Om de programmatische voornemens van aanvragers onderling goed te kunnen vergelijken, zijn de aanvragers verzocht om op een door OCW verstrekt invulformulier hun programmatische voornemens nogmaals te duiden in de zin van percentages van de nett zendtijd. Zodoende is de commissie in staat geweest de programmatische voornemens van de aanvragers aan een kwantitatieve vergelijking te onderwerpen.

De uiteindelijke motivering van de commissie ten aanzien van de programmatische voornemens per kavel is in het adviesrapport vrij beknopt gebleven.

Beoordeling programmatische voornemens voor landelijk geclausuleerd

Voor de landelijk geclausuleerde kavels diende de commissie de programmatische voornemens van aanbieders op *verschillende criteria* te beoordelen. Dit was voor de niet-landelijke kavels en de middengolf niet het geval, omdat de programmatische voornemens voor deze kavels slechts op één criterium betrekking hadden.

Het gevolg van de gekozen beoordelingssystematiek was uiteindelijk dat voor de kavels A2 (niet recente bijzondere muziek), A4 (nieuws) en A5 (recente bijzondere muziek) de verschillen in programmatische voornemens voor één criterium bepalend waren voor het oordeel van de commissie of aanvragers significant beter aan de gestelde eisen voldeden. In bijlage 6 is een overzicht van de programmatische voornemens met de beoordeling van de commissie opgenomen.

²⁹ Onafhankelijke Adviescommissie voor de vergelijkende toets (Commissie-Franken) Advies inzake resultaten vergelijkende toets voor de verdeling van radiofrequenties, 23 mei 2003, pagina 31.

Na de verdeling is discussie ontstaan over de interpretatie van de criteria en de weging daarvan bij de vergelijkende toets. Voor het kavel A9 (Nederlandstalig/Europees) waren drie criteria benoemd, te weten: het percentage Nederlandstalige muziek, het percentage Europese producties en het percentage recente producties (jonger dan 1 jaar). Aanvrager 100% NL steeg 20 procentpunten of meer uit boven de andere aanvragers op twee van deze drie criteria: Nederlandstalige muziek en recente muziek. Op het derde criterium, het percentage Europese producties, scoorde 100% NL lager dan de overige drie aanvragers. Welke van de verschillende aanbieders had nu inhoudelijk het beste bod gedaan?

De commissie Franken oordeelde dat geen van de aanbieders over het geheel programmatisch uitsteeg boven de anderen, waarbij de commissie aan elk van de criteria een gelijk gewicht toekende. In dezelfde richting wijzen de toelichting bij artikel 29 van de Regeling AVT en het antwoord van de staatssecretaris van OCW (mede namens de minister van EZ) op kamervragen die tijdens het algemeen overleg over de resultaten van de vergelijkende toets waren gesteld³⁰. Volgens deze toelichting richt “de toets zich op de verschillende voorgeschreven programmaonderdelen die tezamen een kavel kleur geven” en is “de toets er niet op gericht om het programmatische karakter dat aan een kavel is verbonden op een onderdeel te versterken of af te zwakken door aan de gezichtsbepalende programmaonderdelen een verschillend gewicht toe te kennen”.

In de beslissing tot afwijzing van het bezwaar van 100% NL is echter een andere redenering gevolgd. Hier is gesteld dat op basis van de toelichting op artikel 3 van de Regeling AGF twee criteria ‘gezichtsbepalend’ zijn: Nederlandstalige muziek en Europese producties. In die redenering stijgt geen van de aanvragers boven de anderen uit. Recente muziek werd niet kenmerkend geacht omdat het niet werd genoemd in de toelichting bij de Regeling AGF.

Gevolgen toets op programmatische voornemens voor niet-landelijk

Aanvragers voor niet-landelijke kavels moesten ten minste 10% regionale programmering in hun programmatische voornemens opnemen. Net zoals bij de landelijke kavels konden aanvragers een ‘plus’ krijgen indien hun programmatische voornemens *significant uitstegen* ten opzichte van de programmatische voornemens van andere aanvragers.

Voor vrijwel alle kavels heeft de commissie de programmatische voornemens van aanvragers met een ‘nul’ beoordeeld. De commissie beredeneerde voor deze kavels dat alle aanvragen voldeden aan de minimale gebruiksvoorschriften, maar dat geen van de aanvragen significant uitsteeg boven het gemiddelde. Aangezien ook vrijwel alle bedrijfsplannen met een ‘nul’ zijn beoordeeld, heeft het financieel bod voor het merendeel van niet-landelijke kavels de doorslag gegeven.

Bij enkele kavels deed zich een bijzondere situatie voor. Weliswaar hadden bijvoorbeeld Magic FM (kavel B3) en You FM (kavel B4) een veel hogere regionale programmering opgegeven dan andere aanvragers voor het kavel, de commissie oordeelde echter dat de gekozen aanpak van Magic FM en You FM niet van voldoende gewicht was om regionaal onderscheidend te zijn. De aanpak van beide stations was gebaseerd op het interactieve karakter waarmee de regionale luisteraar de inhoud van met name muziekprogramma’s mede bepaalt.

³⁰ Kamerstukken II, 2002-2003, 24095, nr. 148.

Voor één kavel (B7) was volgens de commissie wél sprake van een significant verschil. Radio 227 bood namelijk 15% regionale programmering, terwijl de andere aanvragers een hoger percentage regionale programmering hadden opgenomen. Voor kavel B7 was met een verschil van 15% tussen Radio 227 en een ander station sprake van een significant verschil. Bij andere kavels waar verschillen waren van tussen de 1% en 12%, oordeelde de commissie dat er geen significant verschil was.

Gevolgen toets op programmatische voornemens voor middengolf

Voor de middengolf konden aanvragers een extra plus krijgen op de bedrijfseconomische beoordeling van aanvragen indien de aanvrager er blijk van gaf dat de programmatische voornemens zich richtten op de specifieke omstandigheden van het uitzenden op de middengolf. Aan alle aanvragers is deze extra plus toegekend. Deze programmatische eis heeft dus geen gevolgen gehad voor de rangorde van aanvragers per kavel. Bij de beoordeling heeft de commissie bekeken of de aanvrager 'expliciet rekening houdt met de technische beperkingen van de middengolf'. Dit was telkens het geval.

4.3.5 Meningen beoordeling aanvragen

Een groot deel van de aanvragers (zowel landelijk, niet-landelijk als middengolf) meent dat de beoordeling van de aanvragen (bedrijfsplan en programmatische voornemens) niet transparant was. Volgens deze aanvragers is het achteraf gezien niet navolgbaar op basis van welke overwegingen de commissie een 'nul' of een 'plus' voor het bedrijfsplan en/of de programmatische voornemens heeft toegekend.

Zij voeren hiervoor de volgende argumenten aan:

- 'Uit de toelichting van de commissie in het adviesrapport is niet op te maken waarom het ene bedrijfsplan met een 'nul' is beoordeeld en het andere met een 'plus', terwijl bij beide geen twijfel is over de financiële haalbaarheid. Omdat in het eindoordeel van de commissie de mate waarin het bedrijfsplan een 'meer uitgebreide onderbouwing' bevat van doorslaggevende betekenis is geweest, wekt dit de indruk dat de kwantiteit van het bedrijfsplan belangrijker was dan de kwaliteit van het bedrijfsplan. Daarenboven is gebleken dat enkele gevestigde zeer ervaren partijen een 'nul'beoordeling hebben gekregen, terwijl enkele kleinere partijen een 'plus' hebben gekregen. Dit is des te opmerkelijker aangezien veel van deze kleinere partijen momenteel een zieldoelend bestaan leiden.'
- 'Partijen konden zich in de toets met hun programmatische voornemens onderscheiden door 'significant uit te stijgen'. Voorafgaand aan de toets is het begrip 'significant uitstijgen' echter niet geoperationaliseerd, zodat aanvragers vooraf niet wisten hoe dit beoordeeld zou worden. Tijdens de toets heeft de commissie echter wél een kwantitatieve betekenis gegeven aan het begrip. Dit heeft de commissie echter niet verder gemotiveerd. Ook wordt gesproken over willekeur, omdat de commissie bij bepaalde kavels wél alle criteria in haar oordeel heeft betrokken, terwijl de commissie bij andere kavels dit niet heeft gedaan (als voorbeeld wordt de beoordeling van kavel A9 genoemd).

4.3.6 Analyse en conclusie beoordeling aanvragen

In het vorige hoofdstuk hebben we aangegeven dat de transparantie voor marktpartijen bij het indienen van een aanvraag beperkt was. Hoewel de mogelijkheden voor het geven van (volledige) transparantie beperkt zijn, had onzes inziens de transparantie vergroot kunnen worden. Omdat marktpartijen vooraf niet wisten wanneer een aanvraag op een goede beoordeling kon rekenen, was de teleurstelling voor de ‘verliezers’ des te groter.

Feit is dat de commissie voor een zware opgave stond. Niet alleen moest de commissie in een zeer korte tijd (7 weken) tot een advies komen over de aanvragen van 70 aanvragers. Tevens was het van belang dat op basis van het advies de overheid de vergunningen kon verlenen zonder daarbij juridische averij op te lopen. Een complicerende factor was dat in de regelingen - zoals de commissie had verzocht - geen nadere uitwerking van de beoordelingssystematiek was opgenomen. Hierdoor was de commissie zelf genoodzaakt grenzen te trekken. Dat de gestelde grenzen volgens aanvragers arbitrair zijn, is niet verwonderlijk omdat dit geldt voor elke afbakening. Hoewel alles overziend in de eerste plaats waardering op zijn plaats is voor de werkzaamheden die de commissie in een zeer kort tijdsbestek heeft uitgevoerd, plaatsen we ook enkele kanttekeningen. Deels hebben deze kanttekeningen betrekking op de wijze waarop de toets is ingericht en deels op de wijze waarop de vergelijkende toets in de praktijk is toegepast.

Analyse en conclusie toets eisen Telecommunicatie en Mediawet

Reeds in paragraaf 3.6 is aangegeven dat de uiteindelijke beoordeling of een bepaalde invloed als ‘aanmerkelijk’ moet worden beschouwd noodzakelijkerwijs een grote mate van subjectiviteit kent. Wij hebben daarom twijfels of de inspanningen die nodig waren om gelieerdheid tussen aanvragers vast te stellen, in verhouding staan tot het beoogde doel dat hiermee wordt gediend (waarborgen van pluraliteit).

Analyse en conclusie bedrijfsplantoets

Voor de toets op het bedrijfsplan is een ‘technische benadering’ gevolgd, waarbij enerzijds de nadruk lag op de volledigheid en juistheid van de gepresenteerde gegevens en anderzijds hoe hoog de kwaliteit van de onderbouwing was van aanvragers in hun bedrijfsplan. Deze benadering heeft ertoe geleid dat de bedrijfsplannen van enkele aanvragers met een zeer behoedzaam scenario (geen of beperkte verwachte stijging van het marktaandeel) met een ‘nul’ zijn beoordeeld, terwijl enkele bedrijfsplannen van aanvragers met een vrij rooskleurig scenario - en feitelijk grotere risico’s namen - met een ‘plus’ zijn beoordeeld. Dit is mogelijk gebleken omdat de beoordeling zich heeft geconcentreerd op de vooraf toetsbare elementen van het bedrijfsplan zoals het juist doorrekenen van de kosten en de verwachte stijging van de reclamebestedingen. Of de geprognosticeerde groei van het marktaandeel realistisch was, heeft echter minder invloed gehad op de totale beoordeling van het bedrijfsplan. Met de kennis van nu kunnen we waarnemen dat aan de bedrijfsplantoets een aanzienlijke betekenis is toegekend in de vergelijkende toets, terwijl de materiële gevolgen van de bedrijfsplantoets vrij gering zijn geweest. Hiermee heeft het onderscheid tussen de nul- en plusbeoordeling geen invloed gehad op de beoogde doelstellingen van kwaliteit en continuïteit.

Analyse en conclusie toets programmatische voornemens

De commissie-Franken heeft in haar adviezen over de programmatische voornemens volstaan met een korte motivering van haar oordeel. Aangezien de toelichting uit de Regeling niet volstrekt helder was over de wijze waarop de verschillende programmatische eisen voor een bepaald kavel getoetst zouden worden, is het achteraf gezien voor de landelijk geclausuleerde kavels moeilijk navolgbaar of de commissie de programmatische voornemens overeenkomstig de vooraf opgestelde beoordelingssystematiek heeft beoordeeld. Dit geldt niet voor de niet-landelijke kavels, aangezien voor deze kavels slechts één programmatische eis werd gesteld (minimaal 10% regionale programmering). Aangezien voor het overgrote merendeel van de niet-landelijke kavels de toets op de regionale programmering niet doorslaggevend was, plaatsen we wel vraagtekens bij de materiële betekenis van de wijze waarop de toets op de regionale programmering is ingericht.

4.4 ORGANISATIE EN UITVOERING TOEZICHT

Op grond van artikel 15.1 lid 1 onder a van de Telecommunicatiewet is het Agentschap Telecom (AT) van het Ministerie van Economische Zaken belast met het toezicht op de naleving van de vergunningsvoorwaarden die zijn opgenomen in de vergunningen die op 26 mei 2003 en 18 november 2003 aan radiozenders voor commerciële radio-omroep zijn verstrekt. De vergunningsvoorwaarden hebben onder meer betrekking op de programmavoorschriften die in de vergunningen zijn opgenomen.

Als lid van de project- en stuurgroep was het AT betrokken bij het opstellen van de formele regelingen voor de opzet van de vergelijkende toets. In deze gremia is ook gesproken over de handhaafbaarheid van de (programma)voorschriften die in de regelingen zijn opgenomen. Het Commissariaat voor de Media (CvdM) heeft op 12 december per brief aan de staatssecretaris van OCW te kennen gegeven dat men het zeer op prijs zou stellen om betrokken te worden bij de formulering van formatvoorschriften, opdat deze voor de uitvoeringspraktijk zo duidelijk mogelijk omschreven kunnen worden. Het CvdM constateerde dat tot dat moment uitsluitend met het AT over de uitwerking van de programmaformules werd gecommuniceerd. Op deze brief is geen formele reactie gekomen.

Wel is daarna het CvdM op medewerkersniveau daarna betrokken geweest bij het opstellen van de regelingen. Er is geen schriftelijke formele reactie van het CvdM op de regelingen AVT en AGF. Omdat het CvdM over expertise beschikt op het gebied van inhoudelijk toezicht op programmavoorschriften wordt in de praktijk het toezicht op de programmavoorschriften momenteel door het CvdM uitgeoefend. Het CvdM en het AT hebben voor hun onderlinge taakverdeling op 22 april 2004 een convenant afgesloten. De afgesproken taakverdeling kwam erop neer dat het CvdM onderzoek doet naar de naleving van programmavoorschriften door vergunninghouders, terwijl het AT, indien daartoe aanleiding is, sancties kan opleggen. Tot op heden zijn er nog geen sancties aan vergunninghouders met betrekking tot de naleving van programmavoorschriften opgelegd. Verder is tussen het AT en CvdM afgesproken dat het AT klachten met betrekking tot de programmavoorschriften afhandelt. In de praktijk neemt het CvdM de klachten van marktpartijen in behandeling. Bij het AT zijn tot op heden enkele klachten van marktpartijen binnengekomen. Aangezien de programmavoorschriften zoals die zijn opgenomen in de vergunningen voor verschillende uitleggen vatbaar zijn, heeft het CvdM na de frequentieverdeling de vergunninghouders uitgenodigd voor een klankbordsessie.

In deze klankbordsessie is nader met vergunninghouders van gedachten gewisseld over wat bijvoorbeeld precies onder ‘recente bijzondere muziek’ of ‘regionale programmering’ moest worden verstaan. Naast het toezicht op programmavoorschriften houdt het AT toezicht op de ingebruikname van frequenties door vergunninghouders. In enkele gevallen is gebleken dat vergunninghouders voor niet-landelijke radio-omroep en middengolf geen gebruikmaakten van hun frequenties. Reden hiervan is onder andere dat in bepaalde gevallen zogenaamde ‘near single frequenties’ van de desbetreffende vergunninghouders in de praktijk als stoorzender werken van andere frequenties. In die gevallen heeft het AT geadviseerd de frequenties wél in gebruik te nemen, maar op een ‘zwak’ niveau uit te zenden.

4.4.1 Meninge organisatie en uitvoering toezicht

Enkele vergunninghouders geven aan dat het CvdM een eigen interpretatie geeft aan de programmavoorschriften die niet geheel in overeenstemming is met de oorspronkelijke programmatische voornemens. Zo zou het CvdM een ‘strengere’ interpretatie geven van begrippen zoals ‘regionale programmering’ en ‘release hits’ dan de uitleg die zij zelf hebben gegeven in hun bedrijfsplannen.

De kritiek komt erop neer dat terwijl de commissie-Franken de programmatische voornemens van aanvragers op basis van de uitleg in het bedrijfsplan positief heeft beoordeeld (nul- of pluswaardering), het CvdM andere (zwaardere) eisen stelt aan de programmering van enkele vergunninghouders. Deze partijen stellen dat hiermee de ruimte om hun programmering aan te passen aan de wensen van luisteraars onnodig wordt beperkt.

4.4.2 Analyse en conclusie organisatie en uitvoering toezicht

In een vergelijkende toets werd groot belang gehecht aan de inhoud van de programmering. Enkele radiozenders hebben een landelijk geclausuleerd kavel gekregen omdat ze zich naar het oordeel van de commissie-Franken beter hebben onderscheiden door hun programmatische voornemens dan hun concurrenten.

Omdat het *inhoudelijk bod* van aanvragers voor deze kavels doorslaggevend was, is het van belang er strikt op toe te zien dat de programmatische voornemens in de praktijk ook daadwerkelijk worden waargemaakt. Voorafgaand aan het stellen van programmatische eisen dient daarom geanalyseerd te worden wat mogelijke beperkingen of problemen zijn in de handhaving van de gestelde programmatische eisen. Hoewel hierover wel met het CvdM informeel overleg is gevoerd, is het tevens van belang dat er een formele schriftelijke handhavingstoets wordt uitgevoerd.

4.5 BEZWAAR EN BEROEP

Zowel de vaststelling van het verdelingsmechanisme, als de verdeling zelf, heeft aanleiding gegeven tot een aantal gerechtelijke procedures. Het betrof in de eerste plaats een aantal procedures voor de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam. Daarnaast loopt op dit moment nog een aantal bodemprocedures.

Uit de uitspraken van de voorzieningenrechter blijkt dat de verzoeken om voorlopige voorzieningen in het merendeel van de gevallen zijn afgewezen. In de meeste gevallen doorstond de gang van zaken de marginale toetsing, die het gevolg was van de grote mate van beleids- en beoordelingsvrijheid. De rechter liet in een aantal gevallen overigens wel weten dat de gang van zaken niet altijd de schoonheidsprijs verdiende.

5. RESULTATEN

5.1 INLEIDING

Aan de verdeling van radiofrequenties lage diverse doelstellingen en uitgangspunten ten grondslag, deze zijn reeds in paragraaf 2.3 beschreven. Gebleken is dat op verschillende momenten in de opmaat van de vergelijkende toets een nadere uitleg of uitwerking is gegeven aan deze doelstellingen en uitgangspunten. In het schema in bijlage 2 zijn de doelstellingen en uitgangspunten kort samengevat. Met verschillende instrumenten (clausulering, bedrijfsplan, financieel bod, etc.) heeft de overheid deze doelstellingen willen realiseren.

In dit hoofdstuk analyseren we in hoeverre de doelstellingen van de verdeling van radiofrequenties in de praktijk zijn gerealiseerd. Hierbij wordt de situatie op de markt voor commerciële radio-omroep van vóór de vergelijkende toets afgezet tegen de ontwikkelingen die zich sinds de herverdeling van frequenties hebben voorgedaan. Het is nu ongeveer anderhalf jaar geleden dat de meeste nieuwe vergunningen zijn verstrekt. We kunnen wél uitspraken doen over de ontwikkelingen die we momenteel waarnemen, maar het is nog te vroeg om definitieve uitspraken te doen over de realisatie van doelstellingen. Temeer omdat de markt nog volop in beweging is en de vergunningen voor een periode van 8 jaar en 3 maanden zijn uitgegeven.

Hierna brengen we voor elk van de doelstellingen in kaart welke ontwikkelingen zich hebben voorgedaan. Eerst geven we een algemene beschrijving van enkele belangrijke kenmerken van de markt voor commerciële radio-omroep. Daarna is per doelstelling in een aparte paragraaf aangegeven welke ontwikkeling we waarnemen.

5.2 KENMERKEN MARKT VOOR RADIO-OMROEP

De aanbodzijde van de radiomarkt wordt gekenmerkt door een tweedeling tussen publieke en commerciële omroep. De commerciële radio wordt (vrijwel) geheel geëxploiteerd op basis van reclame-inkomsten van adverteerders, terwijl de publieke zenders voor hun exploitatie tevens over publieke middelen beschikken.

De tarieven die radiostations aan adverteerders kunnen berekenen, hangen direct samen met de omvang en het profiel van de luisteraars. Kenmerkend voor de radiomarkt is dat niet de eindconsument (de luisteraar) van de radiodienstverlening de markt bekostigt, maar dat voor radiozenders de adverteerders de voornaamste bekostigers zijn. Dit maakt de radiomarkt in vergelijking tot andere *dienstenmarkten* tot een bijzondere markt.

Het succes van een radiozender wordt veelal uitgedrukt met de *power ratio*. Dit is de verhouding tussen het marktaandeel (het aantal luisteraars per doelgroep) en het aandeel op de reclamemarkt. Op de radiomarkt houdt het marktaandeel geen gelijke tred met het aandeel op de reclamemarkt. Voor commerciële radio geldt in de regel dat een stijging van het marktaandeel leidt tot een meer dan evenredige stijging van de reclame-inkomsten. Radiozenders die goed presteren, hebben een *power ratio* van één of meer.

Het radiolandschap (de dienstverleners op de radio) is zeer divers. Niet alleen is er verschil tussen publieke en commerciële radio-omroep. Tevens is een geografisch onderscheid te maken tussen landelijk, niet-landelijke en lokale radio-omroep. Daarnaast maken radiozenders gebruik van verschillende distributiekkanalen (infrastructuren) voor het uitzenden van programma's. Zo worden radioprogramma's via de ether (op de FM-band en AM-band), kabel, internet en satelliet uitgezonden.

Sinds de opkomst van commerciële radiozenders midden jaren negentig - die in deze periode een landelijke FM-frequentie verkregen - is het belang van het verkrijgen van toegang tot de ether met een FM-frequentie vergroot. Dit heeft te maken met het feit dat een zender die uitsluitend via de kabel uitzendt, een groot deel van de potentiële luisteraars niet kan bereiken (en daarmee minder aanspraak op advertentiegelden kan maken). Met de opkomst van landelijke commerciële radio-omroep heeft de publieke omroep in de afgelopen decennia fors aan marktaandeel verloren aan commerciële zenders (zie ook onderstaande tabel).

<i>Ontwikkeling brutomediabestedingen publiek en commercieel 1996-2003</i>								
	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Totaal mln. €	148	191	217	246	309	293	328	386
Commercieel mln. €	69	113	135	147	195	190	216	256
Aandeel Commercieel	46,6%	59,2%	62,2%	59,8%	63,1%	64,8%	65,9%	66,3%

Bron: BBC De Media en Reclame Bank

Om te kunnen uitzenden via de ether, is een frequentie nodig. Er is echter een beperkt aantal frequenties beschikbaar, want er is een eindige frequentieruimte (die mogelijk wordt vergroot door digitale distributie). Met de uitvoering van het zogenaamde 'zero base-plan' zijn de etherfrequenties weliswaar efficiënter geordend, waardoor er meer frequenties beschikbaar zijn gekomen. Niettemin zijn er méér partijen die willen uitzenden via de ether dan er frequenties zijn. Radiofrequenties zijn een schaars goed.

De bestaande infrastructuren maken gebruik van analoge technieken. In enkele andere landen kent men reeds digitale radio. Met de digitalisering van radio komt er meer ruimte voor radioprogramma's. Ook wordt met digitale radio de kwaliteit vergroot en zijn nieuwe vormen van dienstverlening mogelijk. Om digitale radio - ook wel Terrestrial Digital Audio Broadcasting (TDAB) genoemd - moeten frequenties (ook wel 'multiplexen' genoemd) worden verdeeld. Momenteel worden voorbereidingen getroffen voor de frequentieverdeling voor TDAB. Het beleidsstreven is dat de komende decennia analoge radio plaats zal maken voor digitale radio.

5.3 DOELSTELLING 1: VERSCHIEDENHEID OF VARIATIE VAN HET AANBOD

Een belangrijke reden voor het uitvoeren van een vergelijkende toets in plaats van een veiling was de veronderstelling dat met een vergelijkende toets extra waarborgen gecreëerd konden worden voor het behoud van pluriformiteit van het programma aanbod.

Met het stellen van eisen aan de inhoud van de programmering (clausulering) moest worden voorkomen dat de beschikbare frequentieruimte slechts gebruikt zou worden voor één type programma. Het beleid was gericht op het behoud van verscheidenheid naar categorie (muziek, nieuws, discussies - en/of daarbinnen naar soort - zakelijk, algemeen, regionaal nieuws, dan wel klassieke of moderne muziek, Nederlands- of anderstalig) en naar bereik (landelijk, regionaal of bevolkingsgroepen).

Aangezien met de efficiëntere planning van radiofrequenties meer frequentieruimte beschikbaar kwam, was een vergroting mogelijk van de verscheidenheid van het programma-aanbod. Hierna beschrijven we de ontwikkelingen die zich hebben voorgedaan in de verscheidenheid (pluriformiteit) van het programma-aanbod. De analyse richt zich op de veelvormigheid/veelkleurigheid van het totale aanbod (externe pluriformiteit) én niet op de interne pluriformiteit. Inhoudelijke differentiatie per radiozender is niet een beoogd doel van de herverdeling geweest.

5.3.1 Ontwikkeling programmatisch aanbod

Het is lastig om een objectieve, eenduidige vergelijking te maken van het programma aanbod van de situatie voor verdeling van radiofrequenties en het huidige programma-aanbod dat op de radio te beluisteren is. Een reden hiervan is dat er geen eenduidige maatstaf voorhanden is om de variatie (laat staan de kwaliteit) van het programma-aanbod te objectiveren.

Wel zijn er indicaties of de pluriformiteit na de verdeling van radiofrequenties is toegenomen of afgenomen. Een eerste indicatie volgt uit de vergelijking van de aanwezigheid van radiozenders voor en na de verdeling. Welke radiozenders zijn er verdwenen en welke nieuwe zijn ervoor in de plaats gekomen? Wanneer enkele (kenmerkende) radiozenders zijn verdwenen, zonder dat hiervoor nieuwe (kenmerkende) zenders in de plaats zijn gekomen, dan duidt dit op een afname van de pluriformiteit. Uit een analyse van het Commissariaat voor de Media (CvdM) blijkt dat de belangrijkste spelers van voor de verdeling zich in meerderheid hebben weten te handhaven.³¹ Sinds de komst van landelijke commerciële radio-omroep in de jaren negentig is het aantal radiozenders gestegen naar 16. Voor de verdeling van de radiofrequenties bestond de programmering van de landelijke commerciële radiozenders voornamelijk uit mainstream-popmuziek, terwijl de meer gespecialiseerde zenders alleen via de kabel uitzenden (Kink FM, Country FM, Radio Nationaal).³²

Op de (totale) landelijke markt (ether, AM en kabel) zijn nog onveranderd 6 publieke en 15 commerciële radiozenders actief. Het aantal landelijke commerciële partijen met een FM-frequentie is wel vergroot.

³¹ Commissariaat voor de Media, Mediaconcentraties in beeld – concentratie en pluriformiteit van de Nederlandse media 2003, november 2004.

³² Commissariaat voor de Media, Mediaconcentraties in beeld – concentratie en pluriformiteit van de Nederlandse media 2001, maart 2002.

Als gevolg van de verdeling verdwenen Classic FM en Radio 10 Gold van de ether, zij maakten plaats voor drie nieuwkomers op de ether (Radio Veronica, RTL FM en Arrow 90.7 Smooth Jazz). Als gevolg van de verdeling kwamen er meer niet-landelijke radiozenders.

Een andere indicatie volgt uit de vergelijking van de aanwezige 'radioformats' vóór en na de verdeling van frequenties. De omschrijving van radioformats is gebaseerd op de indeling van Tyler en Laing.³³ De onderstaande tabel geeft een overzicht van de aanwezige formats voor landelijke commerciële radio met een FM-frequentie voor en na de verdeling. De toedeling van de Nederlandse radiozenders aan de onderscheiden formats in de situatie vóór de verdeling is gebaseerd op de indeling van TNO-STB.³⁴ Deze indeling is als uitgangspunt genomen voor de indeling van radiozenders na de verdeling.

De geclausuleerde 'formats' zijn in de tabel gearceerd. Vooraf merken we op dat de indeling in formats tot op zekere hoogte een analytisch onderscheid is. Hoewel de formats onderling wel te onderscheiden zijn, is in de praktijk het verschil tussen bijvoorbeeld CHR, Soft AC en Hot AC niet altijd direct waarneembaar.

FORMAT	BESCHRIJVING	VOOR VERDELING	NA VERDELING
CHR Contemporary Hitradio	Hitradio – Top 40, populaire muziek gericht op jongeren	Radio 538, Yorin	Radio 538, Yorin,
Soft Adult Contemporary (Soft AC)	Variatie van op volwassenen gerichte langzame, romantische muziek	Sky Radio,	Sky Radio
Hot Adult Contemporary (Hot AC)	Variatie van op volwassenen gerichte meer populaire muziek	-	Noordzee FM
Urban	Dance en clubmuziek	-	ID&T
Gold	Muziek uit een specifieke vroegere periode	Radio 10 gold	Veronica Radio
Nieuws/praatprogramma	Nieuws met opiniërende praatprogramma's	Business News Radio	BNR Nieuws Radio
Classic/Culture	Klassieke of jazzmuziek	Classic FM	Arrow Smooth Jazz
Nederlands	Nederlandse muziek	Radio Noordzee	RTL FM

Uit het bovenstaande overzicht blijkt dat sinds de verdeling van de FM-frequenties een aantal nieuwe formats (Hot AC, Urban) op de landelijke commerciële radio (FM) is bijgekomen. Op het format 'classic/culture' is een klassieke zender verdwenen, hiervoor is een Jazz-zender in de plaats gekomen.

³³ Zie Rutten, P., Bockxmeer, H., Notitie betreffende de inhoudelijke invulling van de bestemmingen voor landelijke FM-frequentiepakketten en criteria voor de differentiatie van aanvragen, 6 november 2002.

³⁴ Idem.

De programmering van de nieuwe zenders komt echter niet geheel overeen met de beschrijving van de formats volgens de indeling van Tyler en Laing. Zo is RTL-FM op het 'Nederlandstalig' kavel alleen verplicht voor een bepaald gedeelte van de programmering Nederlandse muziek te draaien. Voorts bevat programmering van ID&T³⁵ ook popmuziek die op andere radiozenders is te beluisteren (zoals 538 en Noordzee). Er is aldus geen één-op-éénrelatie tussen de verandering van het aantal radiozenders met een FM-frequentie en/of de aanwezigheid van meer formats en een toe- of afname van de pluriformiteit. Bovendien is de programmering van de genoemde radiozenders - al dan niet als gevolg van achterblijvende marktaandeelen (zie ook paragraaf 5.4) - in de afgelopen anderhalf jaar enkele keren gewijzigd met als doel meer luisteraars te trekken.

Tenslotte geeft het luistergedrag en de tevredenheid van luisteraars inzicht in de wijze waarop luisteraars de gevolgen van de wijzigingen in het programma aanbod hebben ervaren. Het CvdM concludeert dat de verdeling van frequenties en daarmee de verbeterde dekking van radiozenders weinig heeft veranderd aan het luistergedrag van het publiek in de tweede helft van 2003. De verhoudingen tussen de zenders onderling is volgens het CvdM hier en daar gewijzigd, maar nergens ingrijpend. Wel is het zo dat de meeste landelijke en regionale zenders zich richten op dezelfde doelgroep: leeftijdscategorie 20 - 49.³⁶

Uit een onderzoek van KPMG in 2004 blijkt ruim driekwart van de luisteraars tevreden is over het huidige radioaanbod. Begin 2004 was 79% en in juli 2004 84% tevreden. Eén op de tien luisteraars geeft aan (zeer) ontevreden te zijn over het aanbod op de FM-band. In het KPMG-rapport is verder geconcludeerd dat de luisteraars nauwelijks verschil ervaren tussen zenders, omdat ze zich richten op dezelfde doelgroep. Volgens KPMG beleeft het luisterpubliek een vergaande convergentie in termen van formats, DJ's, tone en voice.³⁷

5.3.2 Mening en marktpartijen ontwikkeling pluriformiteit

Veruit de meeste marktpartijen zijn van mening dat de vergelijkende toets niet heeft geleid tot een grotere pluriformiteit. Volgens hen richten de radiozenders met soortgelijke formules op hetzelfde publiek. Zij voeren hiervoor de volgende redenen aan.

- Een aantal marktpartijen geeft aan dat de 'strengere' eisen inzake pluraliteit (maximaal twee frequenties per aanbieder) op gespannen voet staat met het streven naar een zo groot mogelijke pluriformiteit. Anders gesteld: pluraliteit gaat ten koste van pluriformiteit. De pluraliteitseisen hebben ervoor gezorgd dat meer zenders zich op dezelfde doelgroep moesten richten. Wanneer een marktpartij meer zenders mag exploiteren, dan zorgt dit ervoor dat zenders uit elkaars vaarwater blijven.
- Ook voeren marktpartijen aan dat de clausulering van kavels niet heeft bijgedragen aan de pluriformiteit. Deze marktpartijen beweren dat het toestaan van meer vrijheid in de programmering juist de pluriformiteit ten goede komt.

³⁵ Onlangs omgedoopt tot SlamFM.

³⁶ Commissariaat voor de Media, Mediaconcentraties in beeld – concentratie en pluriformiteit van de Nederlandse media 2003, november 2004.

³⁷ KPMG, Tijd om te kiezen, een verkenning van het Nederlandse radiolandschap een jaar na de frequentieverdeling, oktober 2004.

5.3.3 Analyse en conclusie

Er hebben zich als gevolg van de verdeling geen grote wijzigingen voorgedaan in de aanwezigheid van bepaalde radioformats. Ook de wijzigingen in het luistergedrag van het publiek zijn beperkt. Vanwege het beperkte marktaandeel van enkele radiozenders kunnen de formats nog wel veranderen. Voor sommige (met name) landelijke radiozenders zijn de mogelijkheden hiertoe vanwege de clausulering van kavels beperkt.

Sommigen beweren dat de verdeling van radiofrequenties alleen heeft geleid tot meer van hetzelfde. Zo kort na de verdeling is het niet verwonderlijk dat marktpartijen zich eerst op de commercieel meest interessante doelgroepen richten. Kenmerkend voor de radiomarkt is echter dat radiozenders met het grootste marktaandeel binnen een specifieke doelgroep meer dan evenredig hoge reclame-inkomsten verwerven. Radiozenders die een relatief lager marktaandeel hebben, zijn daarom genoodzaakt op een andere doelgroep te richten.

Op dit moment is het nog niet te zeggen of de verdeling heeft geleid tot een toename van de pluriformiteit. Wel kunnen we reeds constateren dat de pluriformiteit als gevolg van de herverdeling niet (sterk) is afgenomen.

Wij verwachten in ieder geval dat de pluriformiteit vanwege de noodzaak tot diversificatie voor marktpartijen nog zal toenemen.

5.4 DOELSTELLING 2: VOLDOENDE ZORG VOOR HET PROGRAMMA

Een andere doelstelling van de overheid was te voorkomen dat de kwaliteit van het aangeboden programma en de variëteit daarvan (al dan niet gedurende de looptijd van een vergunning) onbeperkt ondergeschikt gemaakt zou kunnen worden aan het streven om met zo min mogelijk kosten een zo groot mogelijke winst te behalen. De overheid wenste daarbij niet te treden in de beoordeling van de kwaliteit van het programma zelf.

De overheid heeft instrumenten ingezet (ontvankelijkheidstoets/bedrijfsplan) om de continuïteit en kwaliteit van het aanbod te waarborgen. De veronderstelling is bijvoorbeeld dat onrealistische aannames in het bedrijfsplan een risico zouden vormen voor de continuïteit van het programma-aanbod. Anderzijds zou uit bovenmatige winstneming van radiozenders afgeleid kunnen worden, dat de kwaliteit van het aanbod ondergeschikt wordt gemaakt aan het streven naar winst. Hierna analyseren we hoe de financiële positie van radiozenders na de verdeling van frequenties heeft ontwikkeld.

5.4.1 Ontwikkeling financiële positie radiozenders

Belangrijk voor de financiële positie van radiozenders is de ontwikkeling van de reclamemarkt. Zoals uit de volgende tabel blijkt, zijn de mediabestedingen - en dan met name voor commerciële radio - in de jaren voorafgaand aan de vergelijkende toets sterk gestegen. In de periode 1996 - 2003 was de gemiddelde groei 21,5%.³⁸ Hiermee heeft de radioadvertentiemarkt zich gunstig ontwikkeld tegenover andere media (televisie, kranten, etc.).

³⁸ Met name in de periode 1996-1999 zijn de brutomediabestedingen voor commerciële radio sterk gestegen.

<i>Ontwikkeling brutomediabestedingen publiek en commercieel 1996 - 2004</i>									
	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Totaal mln. €	148	191	217	246	309	293	328	386	434

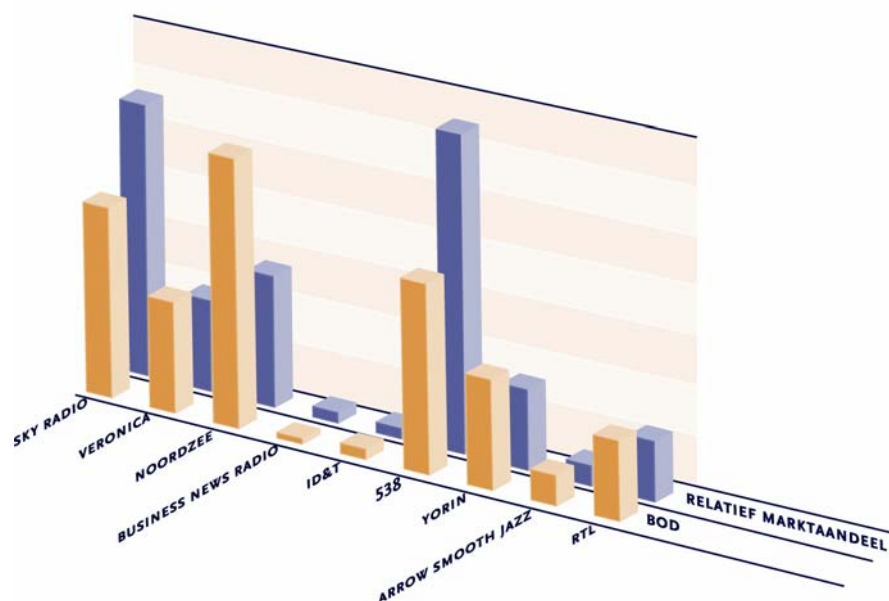
Vanwege de positieve ontwikkeling van de mediabestedingen zijn aanvragers voor een frequentie voor commerciële radio-omroep in hun 'businesscase' uitgegaan van een groei-scenario van de mediabestedingen van gemiddeld 3 tot 5%. Voor succesvolle radiozenders betekent een stijging van de mediabestedingen dat hun inkomsten sterk kunnen toenemen.

Met het vooruitzicht van radiozenders dat met de herverdeling van radiofrequenties een vergroting van het luisterbereik zou ontstaan, zijn veel aanvragers in hun 'businesscase' uitgegaan van een (zeer) positief groeiscenario. In sommige gevallen werd door aanvragers binnen een relatief kort tijdsbestek een verdubbeling van het marktaandeel verwacht. De vraag hierbij is of marktpartijen de hoogte van hun bod hebben afgestemd op het verwachte groeiscenario, of dat ze zich genooddaakt voelden een hoog bod uit te brengen en daardoor geen keuze hadden voor bijvoorbeeld een meer behoedzaam groeiscenario.

Wanneer de verschillende bedrijfsplannen van aanvragers naast elkaar worden gelegd, dan blijkt dat de voorspelde marktaandelen van aanvragers niet in alle gevallen realistisch waren. In het geval vier kleinere marktpartijen bijvoorbeeld tezamen moeten strijden om een marktaandeel van 10% in de doelgroep 10 jaar en ouder en de optelsom van de voorspelde marktaandelen meer dan 20% bedraagt, dan leidt dit onvermijdelijk tot winnaars en verliezers. Omdat reclame-inkomsten bij een hoger marktaandeel steeds sneller stijgen, zijn enkele partijen die een vergunning hebben gekregen met (zeer) positieve groeiverwachting zeer waarschijnlijk in de financiële problemen geraakt.

Zeker de aanvragers die hadden ingeschat dat de verdeling van radiofrequenties tot sterke verschuivingen in de marktaandelen van radiozenders zou leiden, bevinden zich mogelijk in een lastige positie. Ook als de hoogte van de biedingen van aanvragers wordt afgezet tegen het huidige luisteraandeel (als percentage van het gezamenlijk luisteraandeel van de commerciële radiozenders) blijkt dat de verdeling 'winnaars' (Sky, 538) en 'verliezers' (Noordzee, Yorin, RTL FM) heeft opgeleverd (zie de volgende figuur³⁹).

³⁹ Informatie over marktaandelen zijn ontleend aan luistercijfers CLO (augustus-september 2004). In de figuur zijn de marktaandelen gerelateerd aan het totale marktaandeel van de *commerciële* radiozenders.



5.4.2 Meningen marktpartijen ontwikkeling financiële positie

Veel marktpartijen beweren door het karakter van het eenmalige bod meer te hebben geboden dan zakelijk verantwoord is. Zij stellen dat de investeringskosten hen dwongen een bod te doen dat onder 'break-even' uit zou komen. Volgens hen is de vergunningstermijn van acht jaar te kort om de investeringen terug te verdienen. Enkele aanvragers geven aan een hoger dan verantwoord bod te hebben uitgebracht omdat het voortbestaan van de radiozender in de waagschaal stond. Niet of te laag bieden zou onherroepelijk het einde van het bedrijf betekenen en daarmee tot ontslag van het personeel.

Hier staat tegenover dat enkele partijen de eigen verantwoordelijkheid van aanvragers benadrukken voor de hoogte van het bod dat ze hebben uitgebracht. Zij geven aan dat niemand hen gedwongen heeft meer te betalen dan bedrijfseconomisch verantwoord was.

5.4.3 Analyse en conclusie

Uit onze schattingen wordt het aannemelijk dat veel partijen in 2004 (fors) verlies hebben gemaakt. In hun plannen hebben de meeste stations echter ook aanloopverliezen voorzien.

Of marktpartijen hun voorspelde winst halen, hangt onder meer af van de groei van de mediabestedingen voor radio in de komende jaren en de ontwikkeling van hun marktaandelen. Indien de mediabestedingen zullen stagneren (geen of beperkte groei), dan zullen radiostations - die geen of beperkte financiële rugdekking hebben - zwaar weer krijgen. Voorts geldt dat de mogelijkheden voor een vergroting van het marktaandeel voor enkele radiozenders beperkt zijn. De grote landelijke commerciële radiozenders zijn namelijk goed in staat gebleken na de herverdeling hun marktaandeel te behouden.

5.5 DOELSTELLING 3: NALEVING VAN HET PROGRAMMAFORMAT

Wanneer specifieke eisen (programmavoorschriften) aan commerciële radio-omroep worden gesteld, dan dient hierop toezicht te worden gehouden. Adequaat toezicht houdt in dat de programmering van vergunninghouders wordt gevolgd, dat een oordeel wordt gevormd over de mate waarin de omroep voldoet aan de gestelde programmatische voorschriften. De toezichthouder intervenueert indien de voorschriften niet worden nageleefd. In paragraaf 4.4 is reeds de invulling van het toezicht op de naleving van programmatische voorschriften uiteengezet. Voor de analyse en conclusies van de wijze waarop in de praktijk de vergunningsvoorschriften worden nageleefd, verwijzen we naar die paragraaf.

5.6 DOELSTELLING 4: WAARBORGEN VAN INTEGRITEIT

We zien de doelstelling voor integriteit terug als eis in bijlage 3a bij de Regeling AVT (onder VIII.A), waarin is bepaald dat een schriftelijke en ondertekende verklaring van de aanvrager omtrent diens integriteit onderdeel moet uitmaken van de aanvraag. De aanvrager voldoet aan deze eis door te verklaren dat hij voldoende zorg draagt dat een aan hem verleende vergunning niet zal worden gebruikt voor het plegen van strafbare feiten. In de vergelijkende toets heeft deze verklaring vooral een symbolische waarde gehad.

De integriteitsverklaring was bedoeld als extra 'stok achter de deur', maar mist in de praktijk materiële betekenis. Dit had beter opgevangen kunnen worden door de verklaring als voorschrift aan de vergunning te verlenen.

Op grond van artikel 3.7 lid 2 sub b van de Telecommunicatiewet kan niet-nakoming van een aan de vergunning verbonden voorschrift namelijk een grond vormen voor intrekking van de vergunning.⁴⁰ Het niet-nakomen van de integriteitsverklaring vormt dus geen rechtvaardiging voor intrekking.

Het is overigens twijfelachtig of het opnemen van de integriteitsverklaring als vergunningvoorschrift bij niet-nakoming van die verklaring daadwerkelijk intrekking zou rechtvaardigen. De Telecommunicatiewet geeft in artikel 3.7 een limitatief aantal gronden op basis waarvan een verleende vergunning kan worden ingetrokken. Naast de genoemde overtreding van een vergunningvoorschrift is een andere grond voor intrekking het bestaan van 'de [gewettigde] vrees [...] dat het van kracht blijven van de vergunning ernstig gevaar zal opleveren voor de veiligheid van de staat of de openbare orde' (lid 2 sub c). Dit is een strenge eis, die zou worden 'opgerekt' wanneer niet-nakoming van de integriteitsverklaring (lees: het plegen van een strafbaar feit) via de 'omweg' van overtreding van een vergunningsvoorschrift (lid 2 sub b) intrekking van een vergunning zou rechtvaardigen.⁴¹ De scherpe formulering van artikel 3.7 lid 2 sub c van de Telecommunicatiewet rechtvaardigt de vraag of de integriteitsverklaring (voorzover deze als voorschrift aan de vergunning wordt verbonden) deze intrekkingsgrond niet op onrechtmatige wijze verruimt.

⁴⁰ Op grond van Europese Richtlijn 2002/20/EG was het overigens wel mogelijk geweest de verklaring als voorschrift in de vergunning op te nemen. Deze richtlijn bepaalt dat - onder meer - als voorwaarde aan een vergunning kunnen worden verbonden: 'Alle toezeggingen die de onderneming die het gebruiksrecht heeft verkregen, in de loop van een op een mededinging gebaseerde of een vergelijkende selectieprocedure heeft gedaan.'

⁴¹ Immers, van het 'plegen van een strafbaar feit' zal eerder sprake zijn dan van 'ernstig gevaar voor de veiligheid van de staat of de openbare orde'.

5.7 DOELSTELLING 5: PLURALITEIT VAN AANBIEDERS

Om de pluraliteit van aanbieders te stimuleren, zijn er beperkingen gesteld aan de mogelijkheden voor het verwerven van (combinaties van) frequenties. In dit licht is de onderlinge verbondenheid (eigenschaps- en zeggenschapsverhoudingen) tussen aanvragers getoetst (zie ook paragrafen 3.6 en 4.3). Een belangrijke indicatie van een toe- of afname van pluraliteit van aanbieders is de vergelijking van de *aanbiedersconcentratie*. De aanbiedersconcentratie is het marktaandeel van de verschillende bedrijven die actief zijn op de commerciële radiomarkt. In de tabel op de volgende pagina is de ontwikkeling van marktaandelen in de periode 2002 - 2004 opgenomen. Uit de tabel is op te maken dat de verdeling van radiofrequenties wel heeft geleid tot enkele verschuivingen van marktaandelen, maar dat er geen sprake is van sterke concentraties. Ook het CvdM heeft geconcludeerd dat hoewel de mediaconcentratie als gevolg van de frequentieverdeling is toegenomen, de sector matig geconcentreerd blijft.⁴²

Organisatie	Radiozenders	Marktaandeel 2002 (okt-nov)	Marktaandeel 2003 (okt-nov)	Marktaandeel 2004 (okt-nov)
<i>News Corporation</i>		16.3	19.2	16.4
	Sky Radio	13.4	12.2	10.2
	Radio Veronica	-	4.2	3.9
	Classic FM*	2.9	2.8	2.3
<i>Talpa Beheer</i>		11.1	10.1	9.7
	Noordzee FM	4.1	5.6	4.6
	Radio 10 Gold**	7.0	4.5	5.1
<i>Advent International</i>	Radio 538	10.5	11.1	12.1
<i>Bertelsmann</i>		3.5	4.1	6.4
	Yorin FM	3.5	2.6	3.6
	RTL FM	-	1.5	2.8
<i>Mediad</i>		1.7	2.0	2.2
	Arrow Rock Radio***	1.7	2.0	1.6
	Arrow 90.7 Smooth Jazz	-	-	0.6
<i>Vereniging Veronica</i>	Kink FM****	0.3	0.2	-
<i>Het Financiële Dagblad Holding</i>	BNR Nieuwsradio	0.2	0.3	0.3
<i>MCH Holding</i>	ID&T Radio	-	0,5	0,5

Bron: *Continu Luister Onderzoek Intomart GfK*

* Classic FM heeft geen FM frequentie verkregen. Classic FM is wel op de kabel te ontvangen.

** Radio 10 FM (later Radio gold) was tot februari 2003 eigendom van Wegener. Radio 10 heeft geen FM frequentie bemachtigd, wel bleef Radio 10 op de kabel en de AM te beluisteren.

*** Arrow Rock Radio heeft geen FM frequentie verkregen, maar is wel op de AM te beluisteren.

**** Kink FM heeft geen FM frequentie verkregen. Kink FM is wel op de kabel te ontvangen.

⁴² Commissariaat voor de Media, Mediaconcentraties in beeld – concentratie en pluriformiteit van de Nederlandse media 2003, november 2004.

Veranderingen in eigendoms- en zeggenschapsverhoudingen

Voorafgaand en na de frequentieverdeling hebben enkele wijzigingen plaatsgevonden in eigendomsverhoudingen:

- Met een aandelenruil heeft News Corporation 92% van Sky Radio verworven (was 71,5%) en tegelijkertijd 42% in Radio 538 afgestoten.
- News Corporation breidt het belang in Classic FM uit naar 63%.
- De Amerikaanse investeringsmaatschappij Advent International verkreeg eind 2003 een meerderheidsbelang van 90% in Radio 538.
- Veronica kreeg een minderheidsbelang in Sky Radio van 3,5%. Sky Radio ging de naam Veronica hanteren voor het geclausuleerde kavel voor niet-recente bijzondere muziek.
- Talpa kocht begin 2003 Radio 10 Gold van Wegener.
- BNR Nieuwsradio werd in maart 2003 overgenomen door Het Financieele Dagblad.⁴³

5.8 DOELSTELLING 6: AFDRACHT ECONOMISCHE WAARDE

Frequentieruimte is schaars omdat er méér partijen zijn die willen uitzenden via de ether dan er frequenties zijn. Omdat frequentieruimte schaars is, kunnen partijen die beschikken over frequentieruimte mogelijk hoge rendementen halen. De overheid heeft daarom twee instrumenten ingezet (het financieel bod en het financieel instrument) voor de afdracht van een gedeelte van de economische waarde.

De totaalopbrengst van de verdeling van de frequenties voor de vergunningsduur van acht jaar was € 323.046.277 (biedingen: € 293.962.147; financieel instrument: € 29.084.130). Dit komt erop neer dat marktpartijen een deel van de economische waarde van een frequentie afdragen. Veel marktpartijen hebben echter aangegeven dat zij vanwege de gekozen systematiek (eenmalig financieel bod) meer voor een frequentie hebben betaald dan bedrijfseconomisch verantwoord is. Als gevolg hiervan geven zij aan verlies te maken.

Uit onze raming (zie paragraaf 5.4) blijkt dat veel marktpartijen inderdaad momenteel verlies maken (zoals in veel gevallen ook was voorzien). Of deze situatie zal veranderen - en of de hoogte van het financieel bod/instrument in verhouding zijn tot de economische waarde van een frequentie - is afhankelijk van de ontwikkeling van de mediabestedingen in de komende jaren. Het is momenteel te vroeg om te zeggen of de economische afdracht van ruim € 323 miljoen een redelijk aandeel is ten opzichte van de daadwerkelijke waarde van de kavels.

⁴³ Commissariaat voor de Media, Mediaconcentraties in beeld – concentratie en pluriformiteit van de Nederlandse media 2003, november 2004.

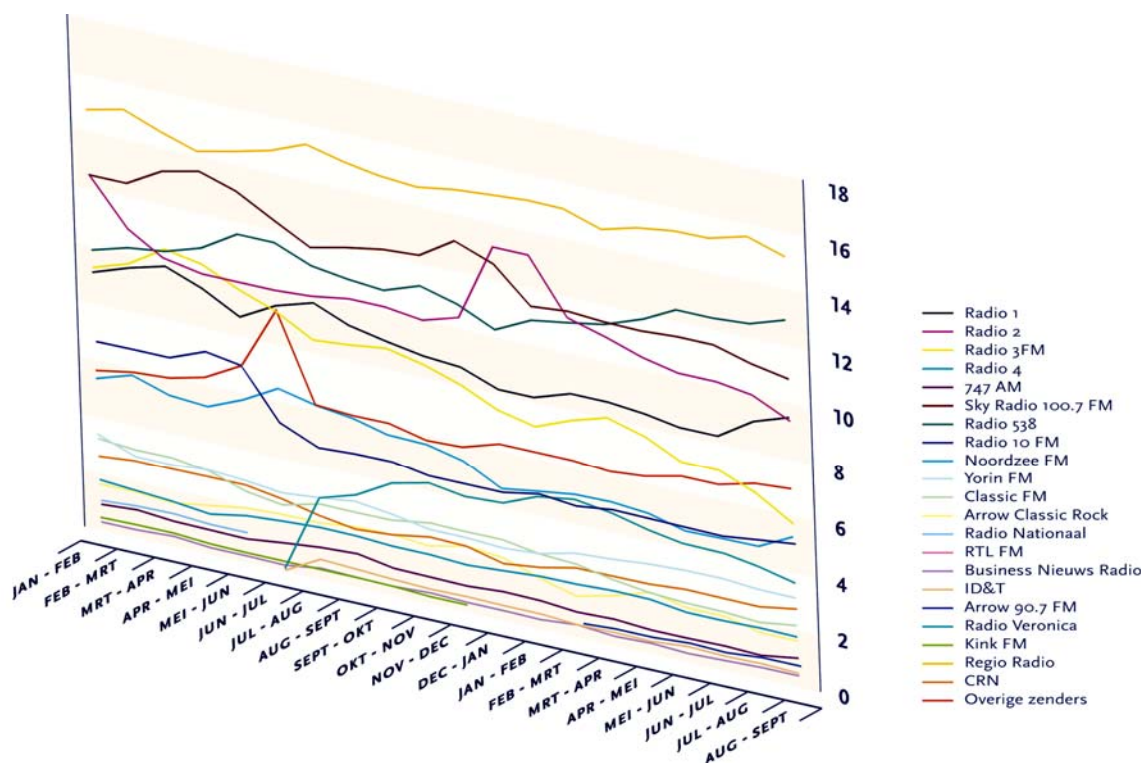
5.9 DOELSTELLING 7: BEVORDEREN VAN GEZONDE CONCURRENTIE

Relevante markt

Zoals reeds in paragraaf 5.2 naar voren is gebracht, concurreren radiozenders (publiek en commercieel) met elkaar op de markt voor adverteerders. In het advies van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) over mogelijke mededingingsbeperkingen bij de verdeling van de commerciële frequenties is gesteld dat de relevante markt waarop de landelijke commerciële radio-omroepen zich begeven, niet de advertentieruimte via andere advertentiemediën dan radio omvat.⁴⁴ Of anders gesteld, radiozenders strijden in deze analyse slechts in beperkte mate met de andere media (televisie, kranten, etc.) om de gunst van de adverteerder.

Ontwikkeling concurrentie

Een belangrijke indicatie van een toe- of afname van concurrentie vormen de verschuivingen in de marktaandeelen van radiozenders voor publieke en commerciële radio-omroep (landelijk en niet-landelijk). In paragraaf 5.7 is reeds een overzicht opgenomen van de ontwikkeling van marktaandeelen voor landelijke commerciële radio-omroep. De onderstaande figuur geeft tevens de ontwikkeling voor publieke en niet-landelijke omroepen weer van jan.-feb. 2003 tot en met aug.-sept. 2004.



Bron: Continu Luister Onderzoek Intomart GfK

⁴⁴ NMa, advies aan de staatssecretaris van V&W inzake Zero Base, 1 december 2000.

Uit de figuur blijkt dat zich enkele interessante ontwikkelingen in het marktaandeel van radiozenders na de frequentieverdeling hebben voortgedaan. Zo is het marktaandeel van 3FM (landelijke publieke omroep) sterk gedaald, waarvan mogelijk Radio 538 het meest heeft geprofiteerd. Veronica realiseerde in het eerste halfjaar na de verdeling nog een sterke stijging, daarna stabiliseerde het marktaandeel zich weer en is het de laatste maanden weer afgenomen. In het algemeen brengen de nieuwkomers weinig tot geen verandering in de marktaandelen van de gevestigde partijen. Alleen Sky Radio liet over de periode 2003 - 2004 een licht verlies van marktaandeel noteren. Ook de verhouding in marktaandeel tussen landelijke en niet-landelijke omroep is min of meer gelijk gebleven.

Belangen bestaande partijen en nieuwkomers

Een doelstelling van de verdeling was zowel tegemoet te komen aan de belangen van bestaande partijen als aan de belangen van nieuwkomers. Uit een analyse van de resultaten van de vergelijkende toets blijkt dat de meeste gevestigde landelijke partijen een kavel toegewezen hebben gekregen.

Van de 23 verdeelde niet-landelijke kavels zijn 10 kavels naar 5 gevestigde partijen gegaan. Grosso modo hebben die zittende partijen ongeveer het bereik gehouden dat ze voor 1 juni 2003 hadden.

Nieuwkomer op de landelijke FM waren RTL FM, Veronica, ID&T en Arrow Smooth Jazz. Van de 23 verdeelde niet-landelijke kavels zijn er 13 naar nieuwkomers gegaan. Alle AM-kavels zijn naar nieuwkomers gegaan (538 is op de AM ook een nieuwkomer).

Analyse en conclusie

Mede vanwege de eisen ten aanzien van verbondenheid die aan marktpartijen zijn gesteld, heeft de verdeling van radiofrequenties niet geleid tot het ontstaan van ongewenste machtsposities op de radiomarkt. Weliswaar hebben er verschuivingen in marktaandeel plaatsgevonden, maar deze hebben de concurrentieverhoudingen niet sterk veranderd. Wel is aangegeven dat radiozenders zich in de strijd om de adverteerders voornamelijk richten op de voor adverteerders meest interessante doelgroep van luisteraars tussen de 20 - 49 jaar. Omdat voor het verwerven van voldoende reclame-inkomsten alle radiozenders niet voortdurend in dezelfde vijver kunnen vissen, achten we het goed denkbaar dat de komende jaren een nadere differentiatie zal optreden.

5.10 CONCLUSIE RESULTATEN

De verscheidenheid of variatie is na de uitvoering van de vergelijkende toets min of meer constant gebleven. Het is moeilijk uit te maken of een ander verdelingsmechanisme zou hebben geleid tot meer of minder pluriformiteit.

Ook van de doelstelling voldoende zorg voor het programma is lastig te zeggen in hoeverre deze is gerealiseerd, vooral omdat de overheid niet wilde treden in het beoordelen van deze kwaliteit. In plaats daarvan kende de verdeling een toets op het bedrijfsplan die kwaliteit en continuïteit moesten waarborgen. Wel kunnen we een uitspraak doen over de effectiviteit van de ingezette instrumenten. De toets op kwaliteit beperkte zich voornamelijk tot financieel-economische variabelen. Daarmee bood de bedrijfsplantoets in de gekozen opzet weinig waarborgen voor de kwaliteit van het programma.

Ook voor de continuïteit waren de waarborgen van de bedrijfsplantoets niet waterdicht. Sommige marktpartijen stelden een optimistisch bedrijfsplan op om hun bod te rechtvaardigen. In die gevallen gingen de plannen uit van hoge verwachtingen over het te verkrijgen marktaandeel. Bij de beoordeling van de plannen was het echter niet goed mogelijk met gezag te kunnen voorspellen welke plannen realistische verwachting kenden en bij welke plannen de marktaandelen te hoog waren ingeschat. Het gevolg hiervan was dat een neutrale of positieve beoordeling van het bedrijfsplan weinig garanties bood voor de haalbaarheid van het plan.

Eveneens plaatsen we kritische kanttekeningen bij de effectiviteit van het instrument dat is ingezet om de integriteit te waarborgen. Er is voor gekozen de omroepen een integriteitsverklaring te laten tekenen. De materiële betekenis hiervan was echter beperkt.

De pluraliteit is na de vergelijkende toets iets afgenomen, omdat het aantal aanbieders iets kleiner is geworden. Wel lijkt te zijn voldaan aan de betrekkelijk strenge beperkingen die zijn gesteld aan gelieerdheid tussen aanbieders (betrekkelijk streng in relatie tot andere media zoals kranten en tijdschriften). De kanttekening hierbij is echter dat deze bepalingen lastig te handhaven waren.

Veel partijen maken momenteel naar onze schatting verlies. Dit leiden wij af uit onze eigen berekeningen waarbij we de brutoreclame-inkomsten hebben afgezet tegen een schatting van de kosten van de marktpartijen. Ook de branche als geheel maakt volgens deze schatting tot nu toe verlies. Er is dus nog geen sprake van gezonde concurrentie. Mogelijk verbetert de situatie wanneer de totale reclamebestedingen voor radio sterk zullen groeien de komende jaren. Wij zien echter een reëel gevaar dat een of meer omroepen zullen 'omvallen' en zich genoodzaakt zien hun bedrijf (met verlies) te verkopen of zelfs de frequentie terug te moeten geven aan de staat.