

De voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal
Binnenhof 4
2513 AA Den Haag

Den Haag
6 maart 2006

Ons kenmerk
MLB/JZ/2006/10.611

Uw brief van
3 februari 2006

Uw kenmerk
06-EZ-B-011

Onderwerp
Uitgifte kavel A9

Hierbij stuur ik u, mede namens de Minister van Economische Zaken, de reactie op uw schriftelijk verzoek van 3 februari 2006 inhoudende om, in het licht van de rechterlijke uitspraak van oktober vorig jaar, opheldering te geven over de uitgifte van de kavel-A9 en het vergunningenbeleid ter zake. Aangezien deze reactie nauw samenhangt met de vragen die mij gesteld zijn tijdens het Algemeen Overleg over digitale radio van 8 februari jl., beschouw ik deze reactie tevens als de beantwoording daarvan.

Op 5 oktober 2005 heeft de Rechtbank Rotterdam uitspraak gedaan naar aanleiding van de beroepen tegen de besluitvorming ten aanzien van kavel-A9 (RTL FM) in het kader van de verdeling van de radiofrequenties. De Rechtbank heeft de beroepen van Mediasales en Distrined gegrond verklaard voorzover de beroepen betrekking hadden op de programmatische toetsing van kavel-A9. Voorzover de beroepen zich richtten tegen andere elementen van de besluitvorming ten aanzien van kavel-A9 acht heeft de Rechtbank deze ongegrond verklaard.

De uitspraak

De Rechtbank vindt dat om twee redenen de programmatische toets ten aanzien van kavel-A9 niet op een juiste wijze is verricht.

In de eerste plaats is zij van oordeel dat, in aanmerking nemend hetgeen is vermeld in de toelichting op artikel 29 van de Regeling aanvraag en vergelijkende toets, het niet als gezichtsbepalend aanmerken van criterium 4 (minimale percentage aan producties dat niet langer dan 1 jaar geleden is uitgebracht) ontoereikend gemotiveerd is, hetgeen ertoe leidt dat ook de vergunningverlening niet op een toereikende motivering berust. De Rechtbank vindt dat het niet vermelden van een criterium in de toelichting bij het desbetreffende artikel uit de Regeling aanwijzing en gebruik niet relevant is voor de vraag of een criterium gezichtsbepalend is. Bij de beoordeling of het criterium al dan niet wordt meegewogen, mag het al dan niet noemen van een criterium in de toelichting dus niet leidend zijn.

De Rechtbank merkt voorts op dat precies hetzelfde criterium wèl is meegewogen bij de beoordeling ten aanzien van kavel-A5. Weliswaar wordt ten aanzien van kavel-A5 in de toelichting op artikel 6 van de Regeling aanwijzing en gebruik één en ander vermeld over dat criterium, maar deze vermelding is volgens de Rechtbank zo marginaal dat zij niet doorslaggevend kan zijn voor de beantwoording van de vraag of een criterium al dan niet gezichtsbepalend is.

In de tweede plaats vindt de Rechtbank de onderbouwing, dat een van de partijen te weten Mediasales zich bij kavel-A9 niet significant onderscheidt van de overige aanvragers niet toereikend. De rechtbank komt tot dit oordeel op basis van het feit dat het accent bij kavel-A9 op het aanbieden van Nederlandstalige muziek ligt (criterium 2) en het feit dat het minimumpercentage Europese producties (criterium 3) uitsluitend is opgenomen met het oog op rendabele exploitatie en niet zozeer om de kavel extra kleur te geven. De Rechtbank merkt daarbij op dat het bod van Mediasales de minimale percentages zoals opgenomen in de Regeling aanwijzing en gebruik van de frequentieruimte van de criteria 2 en 3 in totaal met 40% overstijgt, terwijl het bod van de overige aanvragers deze minimumpercentages met 10 tot 22% overstijgt. Wordt alleen naar criterium 2 gekeken, dan is het verschil tussen Mediasales en de overige aanvragers zelfs nog groter (40% tegenover 5 tot 11% van de andere aanvragers), aldus de Rechtbank.

Uit de overwegingen blijkt dat volgens de Rechtbank bij kavel-A9 ook criterium 4 als gezichtsbepalend moet worden beschouwd tenzij er alsnog overtuigende argumenten te vinden zijn om dit anders te zien. Dit moet dan wel overtuigend gemotiveerd worden.

Voorts geeft de Rechtbank duidelijk aan dat zij serieuze twijfels heeft bij de redenering van de commissie, dat gelet op de criteria 2 en 3 het programmatische voornemen van Mediasales niet significant afwijkt van de voornemens van de andere aanvragers.

Concluderend komt de uitspraak erop neer dat de Commissie de programmatische toetsing van kavel-A9 niet geheel juist heeft uitgevoerd, aangezien de commissie een belangrijk criterium buiten beschouwing heeft gelaten en dit niet naar behoren heeft gemotiveerd. Op basis van de hierboven genoemde overwegingen heeft de Rechtbank de beroepen van Mediasales gegrond verklaard, het bestreden besluit vernietigd en voorts bepaald dat de Minister van Economische Zaken een nieuwe beslissing op bezwaar dient te nemen.

Alvorens de Minister van Economische Zaken hiertoe over kan gaan, dienen de programmatische voornemens van de oorspronkelijke aanvragers voor kavel-A9 opnieuw beoordeeld te worden. Zoals u weet is de oorspronkelijke vergelijkende toets en de toetsing van de programmatische voornemens uitgevoerd door een onafhankelijke Adviescommissie, bestaande uit prof. mr. H. Franken (voorzitter), prof. mr. P.F. van der Heijden en mevrouw mr. F.G. van Diepen-Oost. Met de instelling van de Adviescommissie is beoogd extra waarborgen in het leven te roepen ten aanzien van de zorgvuldigheid en de objectiviteit van de vergelijkende toets en ten aanzien van een onvooringeromen en onpartijdige besluitvorming.

Gelet op de vereisten van gelijke behandeling, transparantie en objectiviteit is er daarom voor gekozen om de (her)beoordeling van de programmatische voornemens in het kader van de rechterlijke uitspraak over te laten aan de commissie die ook de eerdere toetsing heeft uitgevoerd, te weten de commissie Franken. Aldus is gewaarborgd dat de procedure zoveel mogelijk blijft sporen met de oorspronkelijke vergunningverleningsprocedure voor de andere kavels.

Ook overigens lag het in de rede om de oorspronkelijke commissie te vragen de programmatische toets opnieuw uit te voeren. Ten tijde van de uitvoering van de vergelijkende toets beschikte de onafhankelijke commissie over een zekere beoordelingsmarge, op welke wijze zij invulling kon geven aan de toetsing van de diverse criteria. Dit is inherent aan het verdeelinstrument de vergelijkende toets. Dit is nog eens bevestigd door de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam in zijn uitspraak van 13 juli 2003. In deze uitspraak heeft de rechter geconstateerd dat bij de verdeling van de frequenties voor commerciële radio-omroep een grote mate van beleids- en beoordelingsruimte bestaat, en dat een dergelijke beoordelingsvrijheid respectievelijk beoordelingsruimte ook een rol speelt bij de verdere concretisering van de door het kabinet gekozen uitgangspunten in onder andere de regeling Aanvraag respectievelijk bij de invulling die daaraan door de onafhankelijke commissie wordt gegeven.

De recente uitspraak van 5 oktober 2005 doet daar geen afbreuk aan en kan ook niet tot de conclusie leiden dat de commissie zijn werk niet goed gedaan zou hebben.

Tijdpad

De nieuwe beoordeling van de programmatische voornemens van de aanvragers zal leiden tot een advies van de commissie. Aangezien het hier een onafhankelijk advies betreft, kan ik op de inhoud daarvan en de consequenties voor de vergunningverlening niet vooruitlopen.

Nadat de commissie haar advies heeft uitgebracht, zal ik overgaan tot het doen van een voordracht op basis waarvan de Minister van Economische Zaken een nieuwe beslissing op bezwaar kan nemen. Op dit moment is de commissie bezig met het opstellen van haar advies als resultaat van de nieuwe beoordeling. Dit betekent dat ik medio maart een voordracht kan doen. Naar verwachting zal dan medio april een nieuwe beslissing op bezwaar genomen kunnen worden.

Vervolgens zal de Minister van Economische Zaken uw Kamer op de hoogte stellen over de beslissing op bezwaar en de mogelijke consequenties daarvan ten aanzien van de vergunningverlening.

de staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap,

(mr. Medy C. van der Laan)