

Consultatie: Beleidsvragen met betrekking tot wijziging FM-vergunningen

Aanleiding

Vergunningen waarmee radioprogramma's kunnen worden uitgezonden in de FM-band zijn schaars. Daarom worden deze via een open procedure en transparant verdeeld. De meeste FM-vergunningen zijn in 2003 verdeeld door middel van een vergelijkende toets. Een aantal andere FM-vergunningen zijn in 2008, 2013 of later verdeeld.

Tussen 2013 en 2015 heeft Agentschap Telecom de houders van FM-vergunningen de mogelijkheid geboden om het FM-bereik te verbeteren door extra netgebonden frequenties aan te vragen of het bereik van bestaande FM-frequenties te verbeteren. Dit beleid was neergelegd in een FM-Gedragslijn (hierna te noemen: Gedragslijn). Van deze mogelijkheid is veelvuldig gebruik gemaakt. De Gedragslijn is in 2015 gestopt, omdat ter voorbereiding van de verlenging van de FM-vergunningen de economische waarde bepaald diende te worden. Vervolgens is de Gedragslijn geëvalueerd. Hieruit bleek dat de Gedragslijn aan de behoefte van bepaalde vergunninghouders om hun netten te verbeteren heeft voldaan. Uit de evaluatie kwam tevens naar voren dat Agentschap Telecom bij de uitvoering van de Gedragslijn tegen de grenzen van wat er mogelijk is binnen het wettelijk kader is aangelopen.

Het al dan niet voortzetten van de FM-Gedragslijn is een aantal keer (soms zijdelings) aan de orde geweest in contacten met stakeholders. In de gesprekken met marktpartijen heeft het ministerie van EZK verschillende signalen ten aanzien van de FM-Gedragslijn ontvangen. Enkele partijen hebben informeel aangegeven dat zij graag zouden willen dat de FM-Gedragslijn weer open wordt gesteld. Anderen partijen hebben echter aangegeven daar geen behoefte aan te hebben. Het ministerie van EZK wil graag de belangen en wensen van alle stakeholders in kaart brengen om tot een zorgvuldige afweging te komen alvorens een besluit te nemen over het al dan niet opnieuw openstellen van een FM-Gedragslijn en onder welke voorwaarden.

Beleidsmatige en juridische kaders bij mogelijk openstellen Gedragslijn:

a. Digitaliseringsbeleid

De centrale doelstelling van het frequentiebeleid is, zoals volgt uit de Nota frequentiebeleid 2016, doelmatig frequentiegebruik. Specifiek voor de FM geldt dat het beleid is gericht op een transitie van de FM naar DAB+. Om die transitie te versnellen hebben alle commerciële radiovergunninghouders een digitaliseringsplan opgesteld dat onder meer ziet op een promotie van DAB+. Daarnaast wordt extra geïnvesteerd in de DAB+-dekking, om de overstap aantrekkelijk te maken voor de luisteraar.

Het digitaliseringsbeleid inzake commerciële radio is erop gericht het aanbod van etherradio te verrijken en zo de luisteraar een breed scala van meer innovatieve diensten, zoals een elektronische programmagids, te kunnen bieden. Dit geldt zowel voor de exploitatie van commerciële radio voor landelijke als ook niet-landelijke partijen. Etherradio is het laatste medium dat nog niet gedigitaliseerd is, terwijl digitale etherradio leidt tot een doelmatiger gebruik van frequentieruimte.

De digitale DAB+ standaard biedt de luisteraar verschillende voordelen ten opzichte van de analoge FM: de luisteraar kan een hogere geluidskwaliteit en additionele diensten (zoals informatie over de muziek) worden geboden. Het digitaliseringsbeleid inzake commerciële radio strekt er tevens toe de beschikbare frequentieruimte intensiever en dus doelmatiger te kunnen gebruiken. Vanwege het ingezette digitaliseringsbeleid spreekt het voor zich dat aanpassingen van de FM-vergunningen met dit beleidsdoel verenigbaar dienen te zijn.

Afschakeling

Als gevolg van het digitaliseringsbeleid zal mogelijk de FM uiteindelijk worden afgeschakeld. In een aantal Europese landen wordt die afschakeling al voorbereid. Zo is Noorwegen begonnen met de afschakeling van de FM. In Zwitserland vindt een gelijkelijke omschakeling plaats tussen 2020 en 2024. Het ministerie van EZK heeft recent onderzoek laten doen naar een mogelijke zinvolle afschakeling van de FM in Nederland. In dit rapport van Dialogic wordt een aantal trends in de radiomarkt geduid en wordt een aantal aspecten genoemd die relevant kunnen zijn bij een mogelijk afschakeling van de FM. Een daarvan is een trapsgewijze afschakeling, omdat zo op een meer natuurlijke wijze de afschakeling kan worden vormgegeven.

In het kader van een trapsgewijze afschakeling kan wellicht gedacht worden aan het in de toekomst in eerste instantie afschakelen van de FM-steunzenders (extra frequenties die niet in de

oorspronkelijk verleende vergunningen waren opgenomen om het bereik te verbeteren). Het extra bereik van deze steunzenders in aanvulling op de oorspronkelijke vergunning was doelmatig in het FM-only tijdperk, maar kan het ook minder aantrekkelijk maken voor de luisteraar om over te stappen naar digitale radio. Als het verschil in bereik tussen FM en DAB+ toeneemt wordt de luisteraar extra gestimuleerd over te stappen naar DAB+. In het verlengde daarvan zou ook een mogelijkheid kunnen zijn om in de toekomst teruggekomen FM-kavels te veilen zonder de sinds de oorspronkelijke, eerdere verdeling toegevoegde steunzenders.

Deze mogelijkheden kunnen ook een relevante overweging zijn bij het besluit de Gedragslijn al dan niet voort te zetten.

b. Object van de vergunning

De oorspronkelijke vergunning, die in 2003 of later is verdeeld, bepaalt de omvang van het vergunde recht. Dit wordt ook wel het object van de vergunning genoemd. Op grond van het wettelijk kader en de jurisprudentie mag het object van een vergunning gedurende de looptijd niet wijzigen. Dit betekent dat het bereik van een FM-vergunning gedurende de looptijd in beperkte mate mag toenemen. Achterliggend idee is dat schaarse vergunningen eerlijk verdeeld worden.

Artikel 3.19 van de Telecommunicatiewet geeft de mogelijkheid om een bestaande vergunning te wijzigen. De Gedragslijn vulde deze bevoegdheid in. Zolang het bereik niet teveel toeneemt (in betekenende mate groter wordt), is het mogelijk om extra netgebonden FM-frequenties aan een vergunning toe te voegen of het zendbereik van een bestaande FM-frequentie te vergroten. Dit volgt uit de jurisprudentie van de bestuursrechter.

De hoogste rechter in telecomzaken, het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb), heeft in haar uitspraak van 26 april 2007 uitspraak gedaan over de toename van het bereik van een FM-vergunning. Het CBb heeft geoordeeld dat bij een wijziging van een landelijke commerciële vergunning die 400.000 extra potentiële luisteraars oplevert ten opzichte van de oorspronkelijk in 2003 verleende vergunning en waarbij sprake was van geografisch bereik op een plek die er in 2003 niet was, sprake is van een wijziging van het object van die vergunning. Hieruit blijkt dat aangevraagde wijzigingen van de vergunning beoordeeld moeten worden ten opzichte van de oorspronkelijk verleende vergunning.

Dit is ook recent bevestigd door de rechtbank Rotterdam. De rechtbank oordeelt als volgt:

"Uit de rechtspraak, waaronder genoemde Slam!FM-uitspraak, volgt dat bij de beoordeling of er sprake is van een wijziging van het object van de vergunning naar drie elementen gekeken dient te worden, namelijk of de frequentie is opgenomen in het oorspronkelijke besluit uit 2003 (want daarmee wordt bepaald of de aangevraagde frequentieruimte initieel is vergund), of het demografisch bereik in betekenende mate toeneemt en of de dekking wordt gerealiseerd in een gebied dat niet wordt bestreken door de frequenties van de uitgegeven kavel. (onderstreping is opgenomen door de opstellers van de consultatie) Volgens deze rechtspraak wordt het object van de vergunning gewijzigd, indien er sprake is van een betekenende toename van het demografisch en/of geografisch bereik dan wel een extra frequentie wordt vergund die bereik mogelijk maakt in een gebied dat niet valt binnen het oorspronkelijke groene gebied, zoals dat gold bij de initiële uitgifte (CBb 26 april 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BA3858; CBb 18 september 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BJ9298 en CBb 2 september 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN6822)."

In de uitspraak is de lijn dat een vergunning niet teveel mag wijzigen nadat deze is verdeeld nogmaals bevestigd. Bij een eventuele nieuwe openstelling van de Gedragslijn wordt uiteraard deze jurisprudentie in acht genomen.

De FM-vergunningen zijn in de periode 2003-2015 frequent gewijzigd. Aangezien de laatste grote verdeling in 2003 was, de vergunningen twee keer verlengd zijn, en tussentijds sommige vergunningen meermaals zijn gewijzigd, hebben sommige vergunninghouders een substantiële toename van het FM-bereik gekregen. Dit betekent voor hen dat, met in achtneming van de jurisprudentie, er binnen het wettelijk kader geen of beperkte mogelijkheden meer zijn om in de toekomst hun FM-bereik nog verder te vergroten. Aanvragen hiertoe zullen bij een eventuele nieuwe openstelling van de Gedragslijn dan ook niet gehonoreerd kunnen worden.

Regiogerichtheid

De meeste vergunningen voor niet-landelijke commerciële omroep hebben als vergunningsvoorwaarde dat zij een gedeelte van de zendtijd een regiogerichte programmering

moeten uitzenden. Dat wordt de regiogerichtheidseis genoemd. Regiogerichtheid is een inhoudelijk criterium waarbij het gaat om programma's met informatie, cultuur en educatie uit de regio. De regio is het vergunde FM-verzorgingsgebied (ook wel het groene gebied genoemd) van de zender. Het "groene gebied" is een belangrijk begrip bij regiogerichtheid. De regiogerichte programmering moet namelijk op dat gebied zien.

Het "groene gebied" is het FM-verzorgingsgebied dat wordt bereikt op grond van de vergunningsvoorwaarden (o.a. frequenties, vermogen) conform de bij de verdeling in 2003 vastgelegde "zero base"-planningsnorm. Wijzigingsverzoeken kunnen dus leiden tot een wijziging van de vergunningsvoorwaarden en daarmee tot een wijziging dan wel uitbreiding van het groene gebied.

Als het groene gebied wordt verruimd of veranderd, ziet de regiogerichtheidseis dus ook op een groter of ander gebied. Bij een uitbreiding van het groene gebied telt immers de programmering gericht op het extra groene gebied ook mee voor de programmering die op de regio is gericht. Dat betekent dat het niet mogelijk is te beoordelen of een niet-landelijke commerciële omroep aan de regiogerichtheidseis voldoet, indien tijdens een handhavingstraject wijzigingsverzoeken worden toegestaan. Vandaar dat bij een (voorgenomen) handhavingstraject met betrekking tot de regiogerichtheid van een vergunninghouder, geen FM-wijzigingsverzoeken van die vergunninghouder kunnen worden toegewezen. Dit beleid gold ook onder de vorige Gedragslijn en gaat ook gelden bij een eventuele nieuwe openstelling van de Gedragslijn.

c. Maximaal bereik voor niet landelijke commerciële omroepen

Op grond van een wettelijke regeling van het ministerie van OCW mag een niet-landelijke commerciële omroep (en de eventueel met hem verbonden media-instellingen gezamenlijk) maximaal 30% demografisch bereik hebben. Anders wordt deze omroep te groot en is er geen sprake meer van een niet-landelijke omroep. Bij een verzoek tot wijziging van de vergunning wordt dit aspect ook meegenomen in de beoordeling of een uitbreiding kan worden toegestaan. Niet-landelijke omroepen en daarmee gelieerde instellingen mogen dus geen demografisch bereik hebben dat (opgeteld) boven de 30% ligt.

Vragen

Om de standpunten van alle stakeholders met betrekking tot een eventuele hernieuwde openstelling van de Gedragslijn onder de geldende randvoorwaarden helder te krijgen, leggen we u de volgende vragen voor:

1. Welk maatschappelijk doel wordt volgens u gediend met een voorgezette mogelijkheid tot netverbetering van de bestaande FM-vergunningen, tegen de achtergrond van het digitaliseringsbeleid en een mogelijke afschakeling van FM op termijn?
2. Heeft u behoefte aan een voortgezette mogelijkheid tot netverbetering voor bestaande FM-vergunninghouders? Zo ja, waarom?
3. Is voor u relevant bij het beantwoorden van de vorige vraag dat niet voor alle vergunninghouders er nog mogelijkheden zijn om hun FM-vergunning verder uit te breiden, gelet op de grenzen van hun vergunning? Zo ja, op welke wijze heeft dit invloed op uw antwoord?
4. Hoe ziet u een voorgezette mogelijkheid tot uitbreiding van het FM-bereik (voor sommige partijen) in het licht van de digitalisering en het stimuleren van de luisteraar om over te stappen naar DAB+?
5. Wordt de digitalisering naar uw mening bevorderd of geremd door verdere netverbetering van bestaande FM-netten? Kunt u uw standpunt toelichten? In het Kwink-rapport is hier aandacht aanbesteed.
6. De afschakeling van FM kan op verschillende manieren plaatsvinden. Welke vorm van afschakeling vindt naar uw oordeel de beste de balans tussen de belangen van de luisteraars en van de vergunninghouders?

7. Vindt u dat de overheid een (indicatieve) FM-afschakeldatum zou moeten noemen om het transitieproces te versnellen?
8. Een andere digitale opvolger van de FM zou mobiele communicatie (4G en 5G) kunnen zijn. Indien DAB+ niet de opvolger zou worden van de FM, dan zou dit in het uiterste geval tot gevolg kunnen hebben dat omroepen geen eigen vergunningen meer hebben, maar afhankelijk worden van telecommunicatie-aanbieders. Ziet u dit als een risico en zo ja, waarom?
9. Wijzigingen van de FM-vergunningen zijn voorbereid door de operators Broadcast Partners en KPN. Inmiddels heeft KPN zich teruggetrokken uit de markt voor zover het FM betreft, waardoor er maar één operator is. Dient deze feitelijke wijziging volgens u gevolgen te hebben voor een eventuele nieuwe Gedragslijn?
10. Hoe ziet u een eventuele voorgezette mogelijkheid tot netverbetering in relatie tot de constatering dat niet alle FM-zenders die onder de FM-Gedragslijn zijn vergund (in eerste instantie) daadwerkelijk in gebruik zijn genomen?
11. Kunt u redenen aangeven waarom u denkt dat partijen aangevraagde FM-zenders (in eerste instantie) niet in gebruik hebben genomen?
12. Kunt u aangeven wat het al dan niet openstellen van een nieuwe FM-Gedragslijn voor invloed zou kunnen hebben op uw concurrentiepositie?

In het rapport van Dialogic wordt de trend in de radiomarkt geduid dat het belang van het internet en DAB+ groeit. Dit hangt samen met de adoptie van nieuwe soorten apparaten waarop media wordt geconsumeerd, zoals tablets en smartphones. Alternatieve distributiekanaalen voor FM-radio lijken belangrijker te worden.

13. Hoe verwacht u dat de markt zich ontwikkelt ten aanzien van het luistermarktaandeel via de FM, DAB+, kabel en internet (via apps)? En hoe verwacht u dat gepersonaliseerde reclame (via internet) zich ontwikkelt?
14. Heeft u, gelet op uw antwoorden op de bovenstaande vragen, een voorkeur voor:
 - A. het niet meer openstellen van de Gedragslijn;
 - of,*
 - B. het openstellen van de Gedragslijn conform de juridische kaders zoals hierboven aangegeven.
15. Indien u kiest voor het openstellen van de Gedragslijn, zijn er dan volgens u spelregels nodig om de omschakeling naar DAB+ niet te vertragen?
16. Zijn er nog andere op- en aanmerkingen die u het ministerie van EZK mee zou willen geven?