radiocorp
100%NL | ▷SLAM!

RadioCorp B.V.
Flevolaan 41
1411 KC Naarden

Postadres
Postbus 34
1400 AA Bussum

KVK 32116986
BTW NL8169.91.601.B01
IBAN NL49 RABO 0319 7680 15

Tel 088 10 100 10
Email info@radiocorp.nl
Site radiocorp.nl

Naarden, 5 januari 2023

Excellentie,

Hierbij reageren RadioCorp BV (thans vergunninghouder FM-kavel A9 bestemd voor Nederlandstalige muziek en de daaraan gekoppelde digitale etherruimte); SLAM! BV (thans vergunninghouder van het geclausuleerde landelijke FM-kavel A5 bestemd voor bijzondere muziek en de daaraan gekoppelde digitale etherruimte) en Terrestrial BV (vergunninghouder van digitale etherruimte in Laag 7), allen onderdeel van RadioCorp Holding BV en hierna gezamenlijk: "RadioCorp" op de internetconsultaties met betrekking tot de volgende concepten:

- het Besluit bekendmaking veiling vergunningen landelijke commerciële radio-omroep 2023 (hierna: het "Conceptbesluit");
- de Regeling aanvraag- en veilingprocedure vergunningen landelijke commerciële radio-omroep 2023 (hierna: de "Concept-veilingregeling").

Omdat het Conceptbesluit en de Concept-veilingregeling op belangrijke punten nauw met elkaar verweven zijn, ziet deze zienswijze op beide documenten. Deze zienswijze zal ook in beide consultaties worden ingediend.

RadioCorp heeft inzake de volgende vijf onderwerpen opmerkingen over het Conceptbesluit en de Concept-veilingregeling:

(1) Clausulering kavel A9;
(2) Het vereiste van doelmatig gebruik van frequentieruimte, en het gebrek aan waarborgen tegen een "winners curse";
(3) Het vereiste dat het gehele veilingsbedrag ineens moet worden betaald;
(4) De systematiek van de veiling en de "haasje over" methode;
(5) De duur van de te veilen vergunningen.

Hieronder worden deze opmerkingen per onderwerp uiteengezet.

(1) Clausulering kavel A9

RadioCorp kan zich vinden in het (voorgenomen) besluit om de clausulering voor Nederlandstalige muziek te handhaven voor kavel A9, indien in de definitieve Regeling AGF 2003 wordt opgenomen dat "meer dan 50% Nederlandstalige muziek" dient te worden uitgezonden, zoals in de nu voorliggende versie inderdaad is bepaald. Ieder lager percentage zou in strijd zijn met artikel 6.23 lid 1 van de Mediawet, waarin is bepaald dat er frequentieruimte in de FM-band aangewezen moet worden die "wordt gebruikt voor het verspreiden van radioprogramma-aanbod dat overwegend bestaat uit Nederlandstalige muziek". RadioCorp pleit er daarnaast voor om de additionele voorwaarde toe te voegen dat van de meer dan 50% aan Nederlandstalige muziek, minstens de helft (dus meer dan 25% van de zendtijd) dient te worden besteed aan Nederlandstalige muziek die niet langer dan een jaar geleden is uitgebracht.

RadioCorp heeft dit nader onderbouwd in haar zienswijze bij de concept regeling tot wijziging van de Regeling AGF 2003, die tegelijkertijd met deze zienswijze zal worden ingediend, en waarnaar hier wordt verwezen.

(2) Doelmatig gebruik van frequentieruimte vs de "winners curse"

Juridisch kader

Richtlijn (EU) 2018/1972 (hierna: de "Telecomcode") schrijft voor dat de nationale regelgevende instanties doeltreffend, efficiënt en gecoördineerd gebruik van het radiospectrum dienen te bevorderen (artikel 3 lid 2 sub c). In de overwegingen bij de Telecomcode wordt dit verder ingevuld. Zie bijvoorbeeld overwegingen 101, 102 en 127:

(101) Vergoedingen die ondernemingen moeten betalen voor rechten voor het gebruik van radiospectrum kunnen van invloed zijn op beslissingen of dergelijke rechten moeten worden aangevraagd en of het radiospectrum moet worden gebruikt. Om een optimaal gebruik van het radiospectrum te waarborgen moeten de lidstaten reserveringsprijzen vaststellen op een wijze die resulteert in de efficiënte toewijzing van die rechten, ongeacht de aard van de gevolgde selectieprocedure. De lidstaten kunnen ook rekening houden met de mogelijke kosten in verband met de naleving van de machtigingsvoorwaarden die worden opgelegd om beleidsdoelstellingen te verwezenlijken. Daarbij moet rekening worden gehouden met de mededingingscontext op de betrokken markt, met inbegrip van de mogelijke alternatieve toepassingen van de middelen.

(102) Een optimaal gebruik van het radiospectrum wordt bepaald door de beschikbaarheid van degelijke netwerken en bijbehorende faciliteiten. In dat verband moeten de lidstaten ernaar streven dat, wanneer nationale regelgevende instanties of andere bevoegde instanties vergoedingen opleggen voor het gebruik van radiospectrum en voor de rechten voor de installatie van faciliteiten, deze instanties ernaar streven de voortdurende ontwikkeling van de infrastructuur te faciliteren om tot een zo efficiënt mogelijk gebruik van de middelen te komen. De lidstaten moeten ernaar streven de toepassing te verzekeren, zo goed als mogelijk, van de regelingen voor de betaling van de vergoedingen voor de rechten voor het gebruik van het radiospectrum, gekoppeld aan de reële beschikbaarheid van middelen en op dusdanige wijze dat de nodige investeringen in die ontwikkeling van infrastructuur, evenals de verlening van de bijbehorende diensten, worden gesteund. De betalingsregelingen moeten op objectieve, transparante, evenredige en niet-discriminerende wijze worden gespecificeerd alvorens de procedures voor de verlening van rechten voor radiospectrumgebruik worden geopend.

(127) De lidstaten dienen, voorafgaand aan het verlenen van het recht, uitsluitend verplichtingen op te leggen betreffende de controle van elementen waarvan een zorgvuldig handelende aanvrager redelijkerwijs de nodige gegevens kan verstrekken, waarbij terdege rekening wordt gehouden met de belangrijke publieke en marktwaarde van radiospectrum, dat een schaars publiek goed is. Dit laat de mogelijkheid onverlet om vervolgens te controleren of aan criteria is voldaan, bijvoorbeeld door middel van te respecteren termijnen, wanneer het aanvankelijk redelijkerwijs niet mogelijk was aan criteria te voldoen. Teneinde het doeltreffend en efficiënt gebruik van radiospectrum in stand te houden, dienen de lidstaten geen rechten te verlenen wanneer uit hun beoordeling blijkt dat aanvragers niet in staat zijn aan de voorwaarden te voldoen, zonder daarbij afbreuk te doen aan de mogelijkheid om experimenteel gebruik gedurende een beperkte tijd te vergemakkelijken. Door ervoor te zorgen dat de looptijd van machtigingen voor het gebruik van radiospectrum lang genoeg is, neemt de voorspelbaarheid op het vlak van investeringen toe, hetgeen bijdraagt tot een snellere uitrol van netwerken en betere diensten, alsmede tot de stabiliteit ter ondersteuning van de handel in en de verhuur van radiospectrum.

Tenzij een machtiging voor het gebruik van radiospectrum voor onbeperkte duur wordt verstrekt, dient bij een dergelijke looptijd rekening te worden gehouden met de nagestreefde doelstellingen en dient die afdoende te zijn om het terugverdienen van de gedane investeringen te vergemakkelijken.

Een langere looptijd kan de voorspelbaarheid van investeringen waarborgen, maar maatregelen voor een doeltreffend en efficiënt gebruik van radiospectrum, zoals de bevoegdheid van de bevoegde instantie om het recht te wijzigen of in te trekken indien niet wordt voldaan aan de voorwaarden die aan de gebruiksrechten zijn verbonden, of de bevordering van de mogelijkheid om radiospectrum te verhandelen of verhuren, zullen ervoor zorgen dat ongepaste accumulatie van radiospectrum wordt voorkomen en dat een grotere flexibiliteit bij de verdeling van radiospectrummiddelen wordt bevorderd. Ook door vaker gebruik te maken van vergoedingen op jaarbasis wordt ervoor gezorgd dat het gebruik van radiospectrum door de houder van de rechten permanent wordt beoordeeld."

De Nederlandse wet schrijft voor dat frequentieruimte doelmatig verdeeld moet worden. Zo bepaalt artikel 3.10 lid 2 sub 3 Telecommunicatiewet ("Tw") dat de minister bij de keuze voor de verdelingsprocedure rekening kan houden met (onder meer) het waarborgen van een doelmatig gebruik van de frequentieruimte. Artikel 3.17 Tw bepaalt vervolgens:

"Vergunningen worden verleend voor een bij die vergunning te bepalen termijn die passend is, gelet op de in artikel 3.10, tweede lid, bedoelde doelen, waarbij in het bijzonder rekening wordt gehouden met het belang van waarborging van mededinging en een doelmatig frequentiegebruik en van bevordering van innovatie en efficiënte investeringen, onder meer door te voorzien in een passende periode voor de afschrijving van investeringen."

Doelmatig gebruik wil zeggen dat frequenties efficiënt en effectief worden gebruikt, zoals ook blijkt uit de Nota Frequentiebeleid 2016:

"Uitgangspunt bij het frequentiebeleid blijft een efficiënt werkende markt, onder waarborging van de publieke taak. Dit wordt in eerste instantie gerealiseerd door de uitgifte van (schaarse) vergunningen. Voor schaarse vergunningen blijft veilen de hoofdregel en wordt alleen gekozen voor een verlenging als daar maatschappelijke redenen aan ten grondslag liggen. Daarbij is het nodig om de markt zodanig vorm te geven dat de markt in staat is om zoveel als mogelijk op de maatschappelijke ontwikkelingen in te spelen. Waar nodig zullen aanvullende regels worden gesteld om de publieke belangen goed te borgen."

En in hoofdstuk 3 van de Nota Frequentiebeleid 2016:

" Een concurrerende markt levert goede, betaalbare diensten en mogelijkheden voor operators (statische efficiëntie) en prikkels voor innovatie en technologische vooruitgang (dynamische efficiëntie). De (schaarse) vergunning moet terecht komen bij de partij die de meeste waarde weet te genereren met de vergunning. Dit betekent dat in het geval van een veiling een realistische opbrengst een belangrijke doelstelling is en dat bij eventuele verlenging van een vergunning een realistische prijs hiervoor moet worden bepaald."

Realistische opbrengst

Om een doelmatig gebruik van frequentieruimte te bewerkstelligen is dus van belang dat er een realistische opbrengst wordt behaald bij een veiling. Dat realiseert ook de minister zich, zo blijkt uit de toelichting bij de Concept-veilingregeling:

"2.2. Veilingdoelstellingen

Er zijn verschillende veilingmodellen. De keuze voor een veilingmodel is bepaald aan de hand van een aantal doelstellingen. In hiërarchische volgorde zijn de doelstellingen voor deze veiling als volgt: eenvoud, realistische veilingopbrengst, keuzevrijheid en transparantie."
[...]
"Onder een realistische veilingopbrengst wordt hier verstaan een opbrengst die de marktwaarde van de te verlenen vergunningen weerspiegelt. De vergunningen moeten dus enerzijds niet voor een te laag bedrag van de hand gaan. Anderzijds moet ook voorkomen worden dat bieders overbieden, bijvoorbeeld als gevolg van een zogenoemde winner's curse of als gevolg van een verkeerde inschatting van het aantal verkochte vergunningen. Het gaat er uitdrukkelijk niet om een maximale opbrengst uit deze veiling te halen. Een realistische veilingopbrengst heeft daarnaast als doel dat de winnaars van de veiling een prikkel krijgen om hun gedane investering (het verkrijgen van de vergunning) te gelde te maken. Naast de ingebruiknameverplichting zorgt dit ervoor dat frequenties niet onbenut blijven en dat aldus efficiënt gebruik wordt gemaakt van het spectrum.
Uiteraard is het daarbij eveneens van belang dat de vergunningen uiteindelijk terecht komen bij partijen die daarmee de meeste economische waarde weten te generen en dat er dus sprake is van een efficiënte allocatie."

Een realistische veilingopbrengst is dus volgens de Minister de (in hiërarchische volgorde) tweede doelstelling voor de verdeling van de radiofrequenties. Dit is gezien het wettelijk kader terecht. Echter, uit het Conceptbesluit noch de Concept-veilingregeling blijkt dat er daadwerkelijk rekening is gehouden met deze doelstelling.

In punt 2.2 van de toelichting bij het Conceptbesluit staat dat (louter) een veiling bewerkstelligt dat vergunningen terechtkomen bij die marktpartijen die uiteindelijk de meeste waarde weten te realiseren (dus zonder de "realistische opbrengst"). Dit is veel te kort door de bocht, zoals het Ministerie van EZK herhaaldelijk zelf heeft ervaren. Als het gaat om de commerciële radiofrequenties zijn er meerdere voorbeelden van radiostations die hun eigen financiële biedingen uiteindelijk niet konden bolwerken:

- Zo viel bij de zerobase-verdeling in 2003 het landelijke FM-kavel A7 in handen van RTL met een bod van 32 miljoen euro voor de duur van 8 jaar. Twee jaar later, en na miljoenenverliezen, droeg RTL dit FM-kavel over aan concurrent SBS die er de radiozender Caz op begon. Maar ook Caz redde het niet waarna Arrow Classic Rock het ging proberen. Dat ging in 2009 met donderend geraas failliet waarna het Agentschap Telecom de vergunning introk. Overduidelijk was die 32 miljoen voor dit kavel veel te veel.

- RadioCorp had in 2003 zelf een bod uitgebracht op het FM-kavel A8 (bestemd voor klassiek en/of jazz). We hadden met de ons destijds bekende marktinformatie uitgerekend dat wanneer gedurende de looptijd van 2003-2011 onze eigen verwachte prognoses ieder jaar opnieuw zouden worden gerealiseerd; alles mee zou zitten; we altijd de perfecte programmatische beslissingen en marketingkeuzes zouden maken en ook de markt jaarlijks opwaarts zou meebewegen (en de wereldwijde financiële crisis van 2008 dus niet zou hebben plaatsgevonden); we een maximaal positief resultaat met dit FM-kavel zouden kunnen verwachten van 8 miljoen euro gedurende de looptijd van de 8-jarige vergunning. Maar dan moest wel acht jaar lang alles in alle omstandigheden perfect verlopen. De toenmalige investeerders achter RadioCorp wilden ook nog graag wat rendement behalen op hun investeringen en dus lag het financieel bod dat RadioCorp uitbracht fors lager dan die 8 miljoen euro. Die 8 miljoen was immers geen realistisch bod maar de in perfecte omstandigheden te verwachten totaalopbrengst van dat FM-kavel wanneer er geen bod zou hoeven te worden betaald. Echter, in deze verdeling in 2003 ging dit FM-kavel naar Arrow Jazz FM met een bod van 8 miljoen euro.

Kennelijk had Arrow dezelfde berekening gemaakt als RadioCorp maar tevens besloten om dit bedrag volledig in te zetten als financieel bod om andere gegadigden af te troeven. Maar ook Arrow Jazz FM wist het financieel niet te bolwerken en werd enkele jaren later meegesleurd in het faillissement van zusterstation Arrow Classic Rock.

- Een ander voorbeeld is Quality Radio BV. Twintig jaar geleden stond luisteren via internet nog in de kinderschoenen en DAB+ was er nog helemaal niet. Destijds werd er nog in enige mate naar de AM geluisterd en waren er meerdere gegadigden die een serieus plan hadden voor de exploitatie van radioprogramma's op AM, zoals het bestaande Amsterdamse radiostation "Radio 100". Maar Quality Radio BV bleek voor vrijwel alle AM-kavels de hoogste bieder en de overige aanvragers konden uit de ether verdwijnen. Maar vervolgens bleek er bij Quality Radio BV geen geld meer te zijn om daadwerkelijk de AM-zenders in de lucht te brengen en de programmakosten te betalen.

- Ook het debacle rond het regionale FM-kavel B5 (Randstad) kan het Ministerie van EZK niet zijn ontgaan. Tot september 2017 zond de dancezender Fresh FM daar op uit en ook de uitbater (de stichting Scoezh) van deze radiozender ging failliet. In juni 2018 werd FM-kavel B5 geveild en de Stichting SB Radio bleek de hoogste bieder met een bod van 50.000 euro en verkreeg al na enkele dagen de vergunning. Echter, deze Stichting kwam haar betalingsverplichting niet na waarop in september 2018 de nieuwe vergunning door Agentschap Telecom werd ingetrokken. Uiteindelijk werd kavel B5 in februari 2020 opnieuw geveild en kwam toen in handen van een partij die sterk gelieerd is aan het landelijke radiostation Qmusic en waarbij het landelijke Qmusic de programmering als de reclameverkoop verzorgt en er wordt uitgezonden onder de naam "Qmusic Maximum Hits". Ook het fungeren door een regionaal FM-kavel als satellietbuffer voor een landelijke commerciële zender kan niet echt worden geschaard onder de noemer "doelmatig frequentiegebruik".

En zo zijn er nog meer voorbeelden te noemen waarbij (louter) het instrument van een veiling er juist niet voor heeft gezorgd dat frequentieruimte in handen komt van een partij die er de meeste waarde mee weet te genereren. In een veiling kan een partij met een realistisch bod immers makkelijk worden overboden door een opportunistische partij met (op dat moment) diepere zakken die niet zozeer gericht is op een bedrijfseconomische exploitatie van het specifieke FM-kavel maar gewoon de concurrent zoveel mogelijk uit de markt wil houden (en waarbij dat best wat mag kosten). Of door een miljonair die zijn eigen favoriete muziek per se op de FM wil, waarbij bedrijfseconomische overwegingen geen rol spelen totdat hij na verloop van tijd vindt dat het allemaal teveel geld heeft gekost en de boel alsnog failliet gaat.

Zoals het verleden al meermalen heeft aangetoond, is enkel een veiling dus geen garantie tegen irrationele en onrealistische biedingen op frequentiekavels. In dat verband kan ook worden terugverwezen naar het rapport " Op de Golven" van Bureau Berenschot, dat in 2005 is opgesteld in opdracht van het Ministerie van OCW en waarin de zerobase frequentieverdeling uit 2003 onder de loep werd genomen. Op bladzijde 10 staat in dit rapport onder het kopje "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 winners's curse te verminderen."

Al in 2005 is de overheid dus gewaarschuwd dat een ongelimiteerde veiling kan zorgen voor "een winner's curse", oftewel een overbieding op frequentieruimte, waarbij geen sprake meer is van een het nog rendabel kunnen exploiteren van zo'n FM-kavel. De winnaar kan in dat geval het kavel wel gaan exploiteren, maar zit tot over z'n oren in de schulden waarbij het de vraag is of de onderneming die dan ooit nog te boven komt, en waarbij zelfs de minste of geringste tegenslag fataal kan zijn voor de continuïteit van de dienstverlening en het gebruik van de frequentieruimte. Kortom, het instrument van veiling *an sich* zorgt er juist niet voor dat de frequentieruimte naar de meest efficiënte partij gaat die de meeste waarde er mee weet te genereren. Wel is dat het geval bij een veiling met een realistische opbrengst. Maar in het Conceptbesluit en de Concept-veilingregeling wordt, ondanks dat er hier en daar wel aan wordt gerefereerd, aan de "belangrijke doelstelling van een realistische opbrengst" volledig voorbij gegaan.

Sterker nog, het lijkt er op dat het Ministerie van Financiën een belangrijke stempel heeft gedrukt op de door de Minister van EZK gekozen veilingsystematiek, waarbij de doelstelling juist opbrengstmaximalisatie voor de Staat lijkt te zijn, waarbij uiterlijk tot een jaar na de veiling het volledig in de veiling geboden bedrag aan de Staat moet zijn overgemaakt (waarover verderop meer), en waarbij geen rekening wordt gehouden met de belangen van bestaande partijen die - conform de regelgeving tot dusver - geclausuleerde doelgroepradiofrequenties exploiteren die naar aard en omvang ofwel een beperkt publiek ofwel beperkte rendementsmogelijkheden hebben.

Het is niet voldoende om af en toe en hier en daar te benoemen dat de veiling een realistische opbrengst dient te hebben, terwijl er geen enkele maatregel is genomen om dit te bewerkstelligen. Dat is niet in lijn met Europese en nationale wetgeving en de inhoud van de Nota Frequentiebeleid 2016.

De markt is er ook niet bij gebaat indien vergunningen in handen komen van partijen die een onrealistisch hoog bod doen. Van "ondernemen" en "innoveren" is geen sprake als je permanent in overlevingsmodus zit en kopje onder dreigt te gaan (en dat laatste uiteindelijk ook wel zal doen). Daarom is het bevreemdend dat de Minister op de hoogte is van de gevaren van een slecht functionerende radiomarkt, maar in de nu voorliggende consultatiestukken niets doet om het risico van een inefficiënte radiomarkt te mitigeren. Naar mening van RadioCorp is dit ook in strijd met het door de Telecomcode voorgeschreven streven vergoedingen op dusdanige wijze te regelen *"dat de nodige investeringen in die ontwikkeling van infrastructuur, evenals de verlening van de bijbehorende diensten, worden gesteund"* (overweging 102). In ieder geval zal ontwikkeling van de infrastructuur, en zeker de verdere uitrol van DAB+, niet gebaat zijn bij het verlenen van vergunningen aan partijen die een onrealistisch hoog bod doen. Zij zullen immers nauwelijks budget meer over hebben voor marketing gericht op DAB+. Daarnaast zullen zij de middelen die zij nog wel hebben liever willen inzetten voor de promotie van hun dure FM-frequenties.

<u>De realistische waarde per kavel voor een nieuwkomer staat al vast</u>

Nu een realistische opbrengst een belangrijke doelstelling van een veiling hoort te zijn teneinde te waarborgen dat een vergunning terechtkomt bij een partij die de meeste waarde met de vergunning weet te genereren, en eveneens dat dus voorkomen moet worden dat bieders "overbieden", is het SEO-rapport "Reserveprijs veiling commerciële radiofrequenties" van november 2022 van groot belang.

SEO heeft op 2 september 2022 bij alle landelijke FM-radiostations een data-uitvraag gedaan met betrekking tot de opbrengsten en uitgaven van de afzonderlijke radiostations op de gecombineerde landelijke FM/DAB+ vergunningen, met als doel de reserveprijzen voor de veiling vast te stellen. Alle radiostations hebben hieraan meegewerkt zodat SEO beschikte over de daadwerkelijke omzet- en kostenniveau's van de diverse radiostations. Met deze gegevens heeft SEO vervolgens de te verwachten marktwaarde berekend voor gecombineerde landelijke FM/DAB+ vergunningen met een duur van twaalf jaar vanaf 1 september 2023, uitgaande van 7 ongeclausuleerde en 2 geclausuleerde vergunningen, waarbij ook rekening is gehouden met het geleidelijke afnemende belang van de analoge ether-FM. SEO heeft bij de berekening hiervan dezelfde systematiek toegepast als bij de vaststelling van de bedragen voor de verlengingen in 2011 en 2017; te weten het maximale bedrag dat een gemiddeld efficiënte toetreder bereid zou zijn te betalen voor de vergunning. Een nog realistischer beeld is niet te geven omdat geen enkele andere partij beschikt over alle omzet- en kostengegevens van de individuele landelijke commerciële marktpartijen.

De door SEO berekende te verwachten marktwaarde voor een vergunning op de veiling voor de gecombineerde landelijke FM/DAB+ vergunningen betreft de marktwaarde voor een nieuwkomer (waaronder ook wordt verstaan een bestaande marktpartij die een nieuwe radiozender op het desbetreffende FM-kavel plaatst), waarbij geen rekening is gehouden met de kosten van een onderneming om aan kapitaal te komen (de zogenoemde WACC of weighted average cost of capital). Het betreft hier aldus de maximale waarde voor een (gemiddeld efficiënte) nieuwkomer, waarbij de nieuwkomer er feitelijk rekening mee houdt dat er bij bieding van dit maximum geen verder rendement meer zal kunnen worden behaald.

Nu volgens de Nota Frequentiebeleid 2016 een realistische veilingopbrengst een belangrijke doelstelling is teneinde een gezonde, concurrerende markt te waarborgen, is het met dit SEO-rapport in de hand duidelijk dat alleen de huidige gebruiker (de incumbent) van een FM-kavel meer voor de frequentieruimte zal kunnen bieden dan de door SEO berekende "te verwachten marktwaarde" om nog een positief resultaat te kunnen behalen. Immers, indien de nieuwkomer (ook al is het een bestaande marktpartij die een nieuw radiostation op dit kavel in de markt wil zetten) hoger biedt dan de door SEO berekende maximale te verwachten marktwaarde, dan is er geen sprake meer van een realistische opbrengst die de concurrentie bevordert.

Kortom, de door SEO berekende "te verwachten waarde" van een vergunning is meteen de bovenkant van wat een nieuwkomer redelijkerwijs bereid zou moeten zijn te betalen, en kan tevens als een realistische opbrengst worden beschouwd, met inachtneming van de 12-jarige vergunningsduur, het geleidelijk minder worden van het belang van FM (tot aan de eventuele afschakeling dan wel uitschakeling) en het gegeven dat van de negen landelijke FM-kavels er nog maar twee geclausuleerd blijven (wat invloed zal hebben op de concurrentie).

De door SEO berekende "te verwachten waarden" zijn als volgt (x1000):

A1 : 25.712
A2 13.865
A3 26.359
A4 ---
A5 7.987
A6 25.401
A7 19.155
A8 4.393
A9 ---

Met deze bedragen als uitgangspunt heeft SEO de zogenoemde reserveprijs berekend; zijnde 60% van de te verwachten waarde per gecombineerde landelijke FM/DAB+ kavel. Dit geldt als openingsbod.

Indien een nieuwkomer rekening zou willen houden met de kosten voor het aantrekken van kapitaal (de WACC, die door SEO in haar eindrapport op 6% is gesteld) en daarnaast graag een rendement zou willen behalen van bijvoorbeeld 15% van de te verwachten omzet; dan is een realistisch bod voor deze nieuwkomer 79% van de door SEO berekende te verwachten waarde van de vergunning.

Daarbij komen nog de fors hogere energiekosten, die niet in de berekeningen van SEO zijn meegenomen. Deze bedragen inmiddels een veelvoud van wat hetgeen in eerdere jaren gebruikelijk was. Op de jaarlijkse begroting van een landelijk FM/DAB+ netwerk kan al snel een half miljoen euro bij worden geteld wegens de gestegen energieprijzen. In de SEO-berekening komt dit niet tot uitdrukking. De door SEO berekende waarde voor een nieuwkomer ligt dus eigenlijk nu al te hoog.

Biedt een nieuwkomer voor een FM-kavel meer dan de door SEO berekende (maximale) waarde, dan is de vergunningsduur van 12 jaar ook niet langer een passende periode voor de afschrijving van de gedane investeringen, zoals vereist door artikel 3.17 Telecommunicatiewet (waarbij het gestaag afnemende belang van de analoge FM hier buiten beschouwing wordt gelaten).

Dankzij SEO staat nu dus vast wat de maximaal realistische waarde is van ieder gecombineerd landelijk FM/DAB+ kavel. Biedingen van nieuwkomers daarboven zijn per definitie dan ook niet meer realistisch te noemen en zouden niet "als hoogste bod" mogen worden aangemerkt. Voor een incumbent ligt dit anders, omdat die reeds een opgebouwde marktpositie heeft op een dergelijk FM/DAB+ kavel. De berekeningen van SEO zien expliciet toe op nieuwkomers.

<u>De geclausuleerde landelijke FM/DAB+ kavels</u>

RadioCorp kan zich vinden in de conclusie van SEO dat het FM-kavel A9, ook met de clausule "meer dan 50% Nederlandstalige muziek" een negatieve waarde heeft voor een nieuwkomer bij een vergunningsduur van twaalf jaar met een geleidelijk afnemend belang voor FM.

100% NL is niet de gemiddeld efficiënte nieuwkomer waar SEO van uit gaat, maar is een meer dan efficiënte incumbent. Toch heeft 100% NL er maar liefst <u>tien jaar</u> over gedaan, van voorjaar 2006 tot januari 2016, voordat alle gedane investeringen en aangegane financieringen terug waren betaald, waarbij ook nog eens in ogenschouw moet worden genomen dat het door 100% NL geboden en betaalde financieel bod voor het landelijke FM-kavel A9 slechts 8.000 euro bedroeg. Weliswaar was 100% NL na 3 jaar uitzenden 'break-even' maar door de rendementsbeperkende verdienmogelijkheden met een programmering veelal bestaande uit (nieuwe) Nederlandstalige muziek heeft het vervolgens maar liefst zeven jaar geduurd om de aanloopinvesteringen terug te betalen (voor de goede orde: dit is geen klacht maar een constatering).

En dat in een periode dat het belang van analoge FM-radio vele malen groter was dan nu; de onlinebeluistering nog in de kinderschoenen stond en er nog niet of nauwelijks sprake was van DAB+. Voor de toekomst dient rekening te worden gehouden met toenemende concurrentie van de landelijke met belastinggeld gefinancierd publieke radiozender met Nederlandstalige muziek NPO Sterren NL, die zich momenteel sterk aan het herprofileren is terwijl ook op niet-landelijke frequenties aanzienlijke radiostations actief zijn met Nederlandstalige muziek.

Voor zowel de FM-kavels A4 (nieuws) als A9 (Nederlandstalige muziek) heeft SEO keer op keer berekend dat de waarde voor een gemiddeld efficiënte toetreder negatief is. Of om het met andere woorden te zeggen: dat een gemiddeld efficiënte toetreder gedurende de vergunningsduur op zo'n kavel alleen maar verlies zou kunnen lijden. Dit was de conclusie van SEO voor de vergunningsperiode 2011-2017; voor de periode 2017-2022 en ook voor de berekening die SEO heeft gemaakt voor de vergunningsduur 2017-2025. Voor de incumbent ligt dat anders omdat die reeds een opgebouwd marktaandeel en vast publiek heeft, alhoewel ook dan de marges niet teveel over laten. Nu, bij de berekening van de reserveprijs voor een (mogelijke) veiling van de radiofrequenties voor de duur van 12 jaar in 2023, blijft de conclusie van SEO ongewijzigd: op de kavels A4 en A9 kan een nieuwkomer in de geclausuleerde vorm alleen maar verlies maken.

Als gevolg daarvan zal welk bod dan ook van een andere partij dan de incumbent op ofwel kavel A4 of kavel A9 niet kunnen worden gezien als realistisch, en daarmee ook niet voldoen aan de uitgangspunten in de Europese en nationale wetgeving en de volgens de Minister zelf zeer belangrijke doelstelling van een realistische veilingopbrengst.

Zie ook weer de volgende passage uit de eerdergenoemde overweging 127 van de Telecomcode: "[...] *Teneinde het doeltreffend en efficiënt gebruik van radiospectrum in stand te houden, dienen de lidstaten geen rechten te verlenen wanneer uit hun beoordeling blijkt dat aanvragers niet in staat zijn aan de voorwaarden te voldoen [...]*"

RadioCorp is dus van mening dat, gezien de marktwaardeberekeningen voor een nieuwkomer van SEO en het feit dat zij incumbent is, zij de enige partij is die een realistisch bod kan uitbrengen op kavel A9 en dat de Minister de vergunning niet kan verlenen aan een nieuwkomer die een bod uitbrengt op kavel A9 omdat de nieuwkomer dit bod alsmede de overige forse exploitatielasten niet meer zal kunnen terugverdienen en dus naar alle waarschijnlijkheid geen levensvatbaar bedrijfsmodel zal hebben en (uiteindelijk) niet zal blijven uitzenden.

Ter ondersteuning hiervan wijst RadioCorp tenslotte op artikel 48 lid 2 en 3 van de Telecomcode:

"2. Onverminderd de door de lidstaten vooraf aangenomen specifieke criteria voor het verlenen van individuele gebruiksrechten voor radiospectrum aan aanbieders van inhoud voor radio- en televisieomroepen welke noodzakelijk zijn om de doelstellingen van algemeen belang overeenkomstig het Unierecht na te streven, worden individuele gebruiksrechten voor radiospectrum verleend door middel van procedures die objectief, transparant, niet-discriminerend en evenredig zijn, en in overeenstemming met artikel 45.

3.De procedures moeten open zijn, behalve wanneer het verlenen van individuele gebruiksrechten voor gebruik van radiospectrum aan aanbieders van diensten inzake inhoud voor radio- en televisiediensten noodzakelijk is om te kunnen voldoen aan een verplichting van algemeen belang, zoals door de lidstaten bepaald overeenkomstig het Unierecht."

De geclausuleerde landelijke vergunningen A4 (nieuws) en A9 (Nederlandstalige muziek) voldoen aan een verplichting van algemeen belang. In de Mediawet 2008 staat dat de Minister commerciële frequentieruimte moet aanwijzen voor een programma dat overwegend bestaat uit Nederlandstalige muziek en dat er daarnaast nog andere frequentieruimte wordt aangewezen voor programma's die naar hun aard en omvang hoge kosten met zich meebrengen dan wel een doelgroeppubliek aanspreken. Wat dat laatste betreft is in het Conceptbesluit gekozen voor nieuws- en actualiteiten, teneinde te waarborgen dat op het belangrijke medium radio nieuwsprogramma's niet louter bij de publieke omroep kunnen worden beluisterd. Het (voorgenomen) besluit om de clausulering voor Nederlandstalige muziek en nieuws en actualiteiten te handhaven, vloeit dus voort uit "verplichtingen van algemeen belang". De procedures voor deze kavels hoeven dus niet "open" te zijn. Ze moeten nog wel objectief, transparant, niet-discriminerend en evenredig zijn.

RadioCorp is daarbij van mening dat de overheid, meer nog dan bij de ongeclausuleerde kavels, de taak heeft ervoor zorg te dragen dat zulke frequenties niet in handen vallen van partijen die er geen positieve businesscase mee zullen kunnen behalen en bijgevolg de continuïteit niet zullen kunnen waarborgen.

Bovendien staat in hoofdstuk 4.2 van de Nota Frequentiebeleid 2016 dat bij omroepdiensten ook de pluriformiteit van belang is. En er staat:

"Deze eisen en voorzieningen kunnen alleen uiterst behoedzaam, bij wijze van maatwerk en goed beargumenteerd, ingezet worden. Het moet expliciet duidelijk worden gemaakt dat zonder deze voorzieningen publieke belangen niet zonder meer geborgd zijn. Daarbij zal de overheid een goede balans moeten zien te vinden tussen de verschillende belangen en doelstellingen. Die kunnen soms zelfs tegenstrijdig zijn. Zo is het beleid in het algemeen gericht op het creëren van mogelijkheden tot toegang tot de markt voor alle partijen, zowel bestaande als nieuwkomers. De doelstelling van innovatie kan daar goed mee gediend zijn. Tegelijkertijd kan er een maatschappelijk belang zijn van continuïteit van bestaande dienstverlening."

Dat laatste is zeker het geval bij de FM-kavels A4 en A9, nu opnieuw SEO heeft geoordeeld dat de FM-kavels A4 en A9 voor een nieuwkomer geen positieve waarde hebben; ook niet bij een veiling, maar deze FM-kavels wel een maatschappelijk belang vertegenwoordigen dat terug te voeren is op de Mediawet 2008.

<u>Conclusie</u>

In het Conceptbesluit en de Concept-veilingregeling, zoals die nu voorliggen, is het beleid gericht op toegang tot de markt voor partijen die in staat zijn meteen een grote zak met geld over de schutting te werpen, en waarbij er door de overheid verder geen vragen meer worden gesteld. En dit strookt niet met de Europese en nationale wetgeving, de Nota Frequentiebeleid 2016, en de volgens de Minister zelf belangrijke doelstelling van een realistische veilingopbrengst. RadioCorp is van mening dat het uitgangspunt van een realistische veilingopbrengst ertoe moet leiden dat de Minister de vergunning niet kan verlenen aan een nieuwkomer die een bod uitbrengt op kavel A9 (en/of kavel A4). In ieder geval zal de Minister in de veilingprocedure waarborgen moeten inbouwen om tegen te gaan dat vergunningen verleend worden aan partijen die het FM-kavel vervolgens niet rendabel of efficiënt zullen kunnen exploiteren.

Hoe dan ook, scenario's waarbij op de FM/DAB+-kavels zittende al vele jaren bestendige huidige spelers die realistische biedingen uitbrengen maar worden "overboden" door partijen die het uiteindelijk niet zullen kunnen bolwerken, moeten worden voorkomen. Immers, dit kan leiden tot onterechte kapitaalvernietiging bij de incumbent en het leeg komen te staan van frequentieruimte. Dergelijke scenario's druisen diametraal in tegen de overwegingen in de Telecomcode.

(3) Betaling volledige veilingbedrag ineens

RadioCorp is van mening dat de verplichting om direct na de veiling het volledige geboden bedrag "af te tikken" (dan wel de helft meteen en de andere helft uiterlijk maximaal een jaar later) niet strookt met overweging 127 van de Telecomcode, waarin juist staat:

"Ook door vaker gebruik te maken van vergoedingen op jaarbasis wordt ervoor gezorgd dat het gebruik van radiospectrum door de houder van de rechten permanent wordt beoordeeld."

Uit deze overweging blijkt dat de Europese wetgever jaarlijkse vergoedingen efficiënter acht dan een te betalen veilingbedrag in één keer. Radiofrequenties zijn geen voorwerpen die je op een veiling koopt (zoals bvb een schilderij) maar geveild wordt een tijdelijke vergunning van de Staat om gedurende een aantal jaren specifieke electromagnetische signalen door de lucht te mogen sturen en die te exploiteren. Het is dan volstrekt logisch, zoals ook bij het huren van winkelruimte, dat er dan periodiek wordt betaald in plaats van dat het bedrag in één keer moet worden afgetikt.

Ongetwijfeld is de eis om meteen na de veiling het volledig geboden bedrag te moeten voldoen ingegeven door de vele problemen met eerdere "veilingwinnaars met winner's curse" die wel jaarlijks mochten betalen gedurende de looptijd van de vergunning (en dat na verloop van tijd niet meer deden). Op deze wijze garandeert de Staat zichzelf immers dat de geboden veilingbedragen snel de Schatkist in stromen. Maar bij realistische biedingen c.q. een gezonde exploitatie van de radiokavels is er geen enkel gevaar dat de Staat de jaarlijkse vergoedingen niet zal ontvangen. Dat gevaar is er enkel bij irreële veel te hoge biedingen die de Minister van EZK nu juist moet zien te voorkomen.

RadioCorp is van oordeel dat het financieel bod, net als bij de zerobase-verdeling in 2003, in gelijke jaarlijkse termijnen gedurende de looptijd van de vergunning moet kunnen worden voldaan. Een radiobedrijf dat momenteel een of meer geclausuleerde FM-kavel(s) heeft, en bijgevolg een beperkt rendement, kan op grond van zijn huidige financiële resultaten natuurlijk geen tientallen miljoenen euro's lenen om meteen na de veiling het totale veilingbedrag voor (voortaan) ongeclausuleerde FM-kavels volledig te voldoen.

Daarbij komt dat de financiële gevolgen van de coronapandemie nog steeds doorwerken. De toenmalige Staatssecretaris van EZK heeft, toen de gevolgen van de coronapandemie de gehele radiosector maar met name de geclausuleerde radiostations zwaar in de problemen drukte, eerst gekeken naar mogelijke steunmaatregelen voor de kleinere spelers. Maar om haar moverende redenen heeft de Staatssecretaris mogelijke steunmaatregelen niet doorgevoerd. In plaats daarvan besloot ze alle commerciële radiovergunningen met 3 jaar te verlengen hetgeen in die omstandigheden de beste oplossing voor de problemen in de markt was. Maar door de uitspraak van de rechtbank Rotterdam, die is bevestigd door het CBb, is dit besluit weer teniet gedaan.

In de onderhavige conceptbesluiten worden juist de huidige geclausuleerde geclausuleerde partijen, die al 20 jaar hebben gezorgd voor diversiteit in de ether maar daardoor een beperkt doelgroepgericht publiek bereikten met dito lagere opbrengsten, en daardoor extra zwaar zijn getroffen door de coronapandemie, extra zwaar benadeeld door de eis om het gehele veilingbedrag voor de gehele vergunningsduur meteen te moeten voldoen. Het is alsof je tegen een speciaalzaak in het winkelcentrum die met succes wat minder 'speciaal' zou kunnen worden en daardoor een hogere huur zou kunnen betalen, zegt: "betaal nu in één keer tien jaar vooruit anders gaat je winkelruimte naar de H&M want die kan dat wel". Alleen grote internationale mediaspelers kunnen hoge miljoenenbedragen in één keer aftikken, en door de eis van betaling in één keer drukt de Minister huidige kleinere spelers als RadioCorp dan ook doelbewust uit de markt, zeker nu kleinere spelers nog fors moeten herstellen van het rampzalige coronajaar 2020.

Het valt niet met elkaar te rijmen dat de Minister van EZK (naar het oordeel van RadioCorp nog steeds terecht) koos voor een noodverlenging voor de duur van drie jaar om de zwaar getroffen geclausuleerde radiostations de gelegenheid te bieden zo zelf kredieten aan te trekken om de coronaschade het hoofd te bieden; nu deze weg door de rechter is afgesneden ineens naar de andere kant doorslaat en van alle stations (dus ook de rendementsbeperkende geclausuleerde radiozenders) te eisen dat het volledige veilingbedrag meteen na de veiling wordt voldaan.

Het enige signaal dat hiermee wordt afgegeven door de huidige Minister is: "we willen niet alleen af van de meeste geclausuleerde vergunningen, maar ook van de huidige marktspelers die deze vergunningen thans exploiteren". De Minister heeft naar het oordeel van RadioCorp rekening te houden met alle relevante belangen: die van nieuwkomers, die van de grotere ongeclausuleerde landelijke partijen, maar zeker ook met de belangen van de bestaande doelgroepgerichte geclausuleerde stations, die hun bestaansrecht ontlenen aan het door de toenmalige Minister van OCW ingezette beleid ter diversificatie van het radiospectrum. Dat de huidige Minister deze vergunningen kennelijk grotendeels "niet meer van deze tijd" vindt, neemt niet weg dat de frequenties tot op de dag van vandaag door deze partijen worden geëxploiteerd (en nog altijd conform de vergunningen zoals in 2003 zijn afgegeven en dus doelgroepgericht).

Aldus pleit RadioCorp met klem voor het kunnen betalen van het financiële bod in jaarlijkse termijnen gedurende de looptijd van de vergunning, in plaats van betaling in één keer.

(4) De systematiek van de veiling en de "haasje over" methodiek

In de voorgenomen veiling kunnen gegadigden een vergunning voor een kavel winnen en verkrijgen terwijl ze dat kavel niet hebben aangevraagd en er ook geen waarborgsom voor hebben betaald ("haasje over"). RadioCorp heeft serieuze twijfels over de vraag of deze "haasje over" methodiek in deze veiling wel is toegestaan en dus de juridische toets zal kunnen doorstaan.

De negen gekoppelde landelijke DAB+ vergunningen zijn wel identiek aan elkaar, maar dat geldt niet voor de negen landelijke FM-vergunningen. Twee van hen zijn geclausuleerd maar voor iedere landelijke afzonderlijke FM-vergunning geldt dat ze hele specifieke frequentiekarakteristieken hebben ten aanzien van aantal zendmasten, locaties van de zendmasten, zendvermogens, stralingsdiagrammen, antennehoogten en vooral bereikcijfers en verzorgde gebieden. Dit komt ook tot uiting in de door SEO berekende reserveprijzen per afzonderlijk FM-kavel die onderling fors van elkaar verschillen.

In de nu ter consultatie voorliggende Conceptregeling Aanvraag dient de aanvrager een aanvraag in te dienen voor een of meer specifieke kavel(s). Ook staat er in artikel 8 lid 1:

"1. De aanvrager verstrekt als zekerheid voor de betaling van zijn bod een waarborgsom of een bankgarantie ter grootte van € 1.500.000,- per pakket waarop zijn aanvraag betrekking heeft.
2. De waarborgsom wordt verstrekt voor"

Dus de waarborgsom of bankgarantie van anderhalf miljoen euro geldt als zekerheid voor de betaling van het bod voor het pakket "waarop zijn aanvraag betrekking heeft". Dit houdt in dat een waarborgsom voor kavel A1 geen waarborgsom is voor kavel A3.

Indien een gegadigde een aanvraag indient voor een of meerdere specifieke kavel(s) en daar een aan dat kavel of die kavels gekoppelde waarborgsom voor betaalt, dan dient die gegadigde vervolgens niet mee te kunnen dingen naar kavels waar geen aanvraag voor is gedaan en waarborgsom voor is betaald. Er is immers geen sprake van doelmatig gebruik van frequentieruimte indien die frequentieruimte in handen komt van een partij die vooraf niet te kennen heeft gegeven, middels een aanvraag en het storten van een waarborgsom, die specifieke frequentieruimte die geheel eigen karakteristieken kent, te willen exploiteren. Een doelmatig gebruiker van frequentieruimte is een gebruiker die vooraf zich heeft vergewist van de specifieke kenmerken van de betreffende frequentieruimte; die kenmerken en mogelijkheden heeft meegewogen in z'n businesscase, aangeeft expliciet die frequentieruimte te willen exploiteren en daar z'n veilingstrategie op afstemt.

Een gegadigde die ad hoc, als dat al de juridische toets zou doorstaan, tijdens de veiling "haasje over" doet naar een landelijk FM-kavel waar in de aanvraagprocedure geen belangstelling voor is getoond en er ook geen waarborgsom voor is betaald; is minder doelmatig ten aanzien van het toekomstige frequentiegebruik dan de partij die wel de specifieke voorkeur voor dat kavel heeft aangetoond.

Dit klemt temeer bij de geclausuleerde kavels. Bij de zerobase-verdeling in 2003 was de uitdrukkelijke eis voor aanvragers van geclausuleerde FM-kavels dat ze beschikten over kennis en ervaring ten aanzien van het uitzenden van de specifieke doelgroepprogramma's. In het geval van RadioCorp moest RadioCorp vooraf aantonen kennis en ervaring te hebben ten aanzien van het uitzenden van Nederlandstalige muziekformats op de landelijke radio om überhaupt tot de verdeling van de frequenties destijds te worden toegelaten. Het Conceptplan nu is totaal het tegenovergestelde, waarbij het mogelijk is dat een partij die niet vooraf goed heeft nagedacht over de exploitatieconsequenties van ofwel Nederlandstalige muziek ofwel Nieuws- en Actualiteiten, ad hoc tijdens de veiling 'als troostprijs' kan besluiten om hier alsnog voor te kiezen.

Vergelijk ook de uitspraak van het CBb in de SLAM!FM-zaak uit 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BA3858. Het toenmalige SLAM!FM had in 2003 bij de zerobase frequentieverdeling FM-kavel A5 aangevraagd en ook verworven. Maar SLAM!FM wilde graag een extra vergunning om zo een iets groter (ander) bereik te realiseren. Het CBb overwoog:

Het College stelt in de eerste plaats vast, dat niet in het geding is dat de door SLAM!FM in onderhavige procedure gevraagde frequentie Lopik 93.6 MHz niet behoort tot de frequentieruimte van kavel A5, zoals beschreven in de tabel in de bijlage bij het bekendmakingsbesluit. Evenmin is in het geding dat het verzorgingsgebied van kavel A5 door ingebruikname van Lopik 93.6 MHz met ongeveer 400.000 potentiële luisteraars zou worden uitgebreid, waardoor het percentage demografisch bereik (aantal potentiële luisteraars in Nederland) van dit kavel in betekende mate hoger zou worden. Tot slot zou ingebruikname van de frequentie leiden tot dekking in de regio van de stad Utrecht, welke regio – zoals de minister ter zitting onweersproken heeft gesteld – niet wordt bestreken door de frequenties van de bekendgemaakte kavel A5.

5.3 Naar het oordeel van het College dient deze door SLAM!FM verzochte uitbreiding van de aan haar oorspronkelijk vergunde frequentieruimte te worden aangemerkt als een aanvraag om een nieuwe vergunning, als bedoeld in artikel 3.3, eerste lid, Tw. Anders dan in bovengenoemde uitspraak van het College van 3 maart 2006, zou de door SLAM!FM gevraagde aanvulling van de aan haar vergunning verbonden frequenties ertoe leiden dat de aard en de omvang van het haar vergunde gebruiksrecht – het object van een vergunning als bedoeld in artikel 3.3, eerste lid, Tw – zou veranderen. Deze wijziging van het gebruiksrecht is niet aan te merken als wijziging die valt te rechtvaardigen op grond van de in (thans) artikel 17 Fb bedoelde omstandigheden op grond waarvan de aan een vergunning verbonden beperkingen en voorschriften kunnen worden gewijzigd. In dit opzicht wijkt het onderhavige geval af van het geval waarop de door SLAM!FM aangehaalde uitspraak van 3 maart 2006 betrekking heeft. In die zaak leidden de wijzigingen van de aan de publieke omroep verleende landelijke vergunningen niet tot een verandering van het verzorgingsgebied.

Uit overweging 5.3 van het CBb kan worden opgemaakt dat voor ieder afzonderlijk FM-kavel, nu de verzorgingsgebieden van de FM-kavels niet identiek aan elkaar zijn, een aanvraag dient te worden gedaan om dat ook daadwerkelijk te kunnen verkrijgen. Immers, wat wordt aangevraagd en waar de waarborgsom voor wordt betaald is het specifieke "object van de vergunning" met het daar bijbehorende verzorgingsgebied en specifieke frequenties waarop ontvangst mogelijk is. Het tijdens de veiling switchen naar de biedingen voor een geheel andere vergunning met geheel andere karakteristieken en ontvangstgebieden en mogelijk zelfs specifieke programmatische vergunningsvoorschriften (en dus een geheel ander "object"), kan dus niet omdat voor dat specifieke kavel niet voor het sluitingstijdstip waarop geldige aanvragen dienen te zijn binnengekomen bij Agentschap Telecom, door de gegadigde een aanvraag is ingediend.

Tevens blijkt uit de wetgeving (Telecommunicatiewet, Frequentiebesluit 2013 en Conceptregeling 2023) geen discretionaire bevoegdheid voor het bestuursorgaan met betrekking tot het verlenen van vergunningen voor radiofrequenties. Het bestuursorgaan kan dus enkel vergunningen verlenen aan die partijen die kwalificeren als aanvragers voor de specifieke vergunningen die zijn aangevraagd (waarbij nogmaals geldt dat FM-kavel A8 een heel ander kavel is dan FM-kavel A1).

Bestuursorganen hebben voorts een aanvullings- en herstelmogelijkheid voor aanvragen, waardoor het bestuursorgaan de aanvrager potentieel de mogelijkheid kan bieden om zijn aanvraag te wijzigen. De herstelmogelijkheid geldt echter alleen als er geen derde partijen benadeeld worden, waarvan hier met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid wel sprake is (zie ABRvS 20 september 2017, ECLI:NL:RBOBR:2016:4070) Hierdoor ontstaat een niet te verwaarlozen risico dat de resultaten van de veiling achteraf bij de rechter in twijfel worden getrokken door een rechtspersoon die wel een specifiek kavel heeft aangevraagd, maar uiteindelijk is overboden door een partij die dat niet heeft gedaan.

Ook voor de transparantie voor alle gegadigden is het beter dat gegadigden alleen kunnen bieden op die kavels waar ze van meet af aan aan op het bieden zijn. De nu geconsulteerde veilingmethode heeft een zwaar prijsopdrijvend effect, afgezien van de juridische vraag of die wel is geoorloofd. Ook hiermee wordt voorbijgegaan aan de doelstelling van een realistische veilingopbrengst, en wordt de kans op een *winner's curse* vergroot.

(5) De duur van de te veilen vergunningen.

RadioCorp begrijpt dat het begrip "afschakeling van de FM" inhoudt dat dat een moment is in of na 2035 wanneer er geen gebruikers meer op de FM zijn en er geen FM-vergunningen uitgegeven meer zullen worden. En dat de Minister in de jaren daarvoor kan bepalen dat FM-zenders worden uitgeschakeld zonder dat dit leidt tot verlies van de bijbehorende DAB+ vergunning.

Het is evident dat we richting een afschakeling van de analoge ether-FM toe werken, zoals ook blijkt uit de update van het rapport van Dialogic dat in opdracht van het Ministerie van EZK is geactualiseerd. Dialogic handhaaft de verwachting dat de analoge ether-FM kan worden uitgeschakeld in de periode 2027-2032 en deze conclusie wordt door RadioCorp onderschreven. FM-vergunningen veilen tot 2035 is dan niet doelmatig.

RadioCorp pleit er daarom voor om de DAB+ vergunningen te veilen voor de duur van 12 jaar, en de daaraan gekoppelde FM-vergunningen voor de duur van zes jaar. Dit met voorafgaand aan de aanvraagprocedure reeds de toezegging (tevens opgenomen in de vergunning) dat indien het gebruik van de analoge ether-FM zich nog op een dermate niveau bevindt dat afschakeling nog niet opportuun is; de vergunningen in 2029 zullen worden verlengd voor een dan vast te stellen periode om zo de overgang naar digitale techniek te bevorderen en voor die vergunninghouders die van deze verlengingsmogelijkheid gebruik willen maken. Vanaf de verlengingsdatum in 2029 zou het niet mogelijk moeten zijn om zonder daaraan gekoppelde DAB+ frequentieruimte op de FM uit te zenden, maar andersom wel. Tot 1 september 2029 zou dan de verplichting om ook op FM uit te moeten zenden blijven bestaan.

Omdat de FM-kavels onderling verschillen in bereik maar ook kosten, kunnen vergunninghouders dan per 1 september 2029 zelf besluiten of ze nog door willen gaan met FM en hoeft de Minister dat niet voor ze te doen.

Hoogachtend,

Herbert Visser

Carlo de Boer

Bijlage: de technische opmerkingen mbt deze consultaties van onze zenderexploitant Broadcast Partners die hier als herhaald en ingelast moeten worden beschouwd.

BROADCAST PARTNERS

Reactie op Consultatie met betrekking tot de in 2023 te veilen FM-vergunningen

Broadcast Partners heeft naar aanleiding van de op 29 november 2022 gepubliceerde consultatie met betrekking tot de in 2023 te veilen FM-zendvergunningen onderzocht tot welke opmerkingen de geconsulteerde documenten leiden, voor zover dat althans de techniek betreft.

Nu zal de focus van de marktpartijen liggen bij de prijs van een kavel (daartoe geeft de consultatie ook zeker aanleiding), maar vervolgens verkrijgen de nieuwe vergunninghouders kavels, waaraan verkeerde en onnodige bepalingen vasthangen, dan wel spelen fouten een rol in de vergunningsperiode. Het is dus zaak om binnen de huidige consultatie op onderstaande te wijzen. Zou dat niet worden gedaan, dan vervalt de mogelijkheid daartoe voor een vergunninghouder in de toekomst. Commentaar dient dus nu te worden gegeven.

1. Status voormalige mast Gilze

In de huidige consultatiedocumenten wordt er nog steeds vanuit gegaan, dat de er een mast in Gilze staat, maar dat ligt niet in de lijn der verwachtingen. De betreffende frequenties zijn verplaatst.
Dit raakt de volgende kavels:

- A01: Breda 101,7 MHz
- A04: Gilze 95,4 MHz
- A06: Gilze 102,1 MHz

Deze frequenties zijn verplaatst naar andere locaties, in afwachting van een oplossing voor de weggevallen mast in Gilze. Vooralsnog is er geen nieuwe mast in zicht, onder andere door de stikstofproblematiek en het luchthavenbesluit. Dat betekent dat de destijds als tijdelijke verplaatsingen aangemerkte wijzigingen een definitief karakter moeten krijgen. In de consultatiedocumenten missen wij de tijdelijke status.

2. Berekeningen AT/RDI versus opgave in consultatie

In de huidige opgave van zendergegevens wordt de huidig vergunde (V-) status weer gegeven deze wijkt voor een aantal zenders af van de SV-status. De SV-status is geeft de theoretische karakteristieken weer; de V-status geeft de huidige, praktische karakteristieken weer. Een aantal frequenties zijn qua uitzendspecificaties gereduceerd voor – bijvoorbeeld – zogeheten grootsignaalgedrag.

Echter de verzorgingsberekeningen en de daaruit voortvloeiende berekende populatiecijfers blijken gebaseerd te zijn op de zenderdata uit de SV-status; dus zonder die reducties. (geverifieerd bij AT/RDI). Simpel gezegd, worden nu de zenders alle in de SV-status voorgesteld, terwijl straks wellicht de V-status vergund zal worden. Waarom deze inconsequentie in de consultatiedocumenten terecht is opgenomen is onbekend.

In de nieuwe regeling worden de toekomstige vergunninghouders er evenwel specifiek op gewezen dat rekening moet worden gehouden met grootsignaalgedrag.

Voorbeeld bij A01:

Artikel 4. Beperkingen ter voorkoming van grootsignaalgedrag
De vergunninghouder zorgt ervoor dat in totaal ten hoogste 2000 inwoners in een of meer gebieden woonachtig zijn waar de veldsterkte veroorzaakt door de frequentie 101,7 MHz te Breda onderscheidenlijk 101,9 MHz te Tilburg hoger is dan 95 dBuV/m. De veldsterkte wordt bepaald op anderhalve meter hoogte.

Dat zou in principe betekenen dat alle nu in de consultatie opgenomen zenders met opgevoerde reducties, ten opzichte van de SV-status, in feite weer gewoon de gegevens uit de SV-status zouden moeten hebben.

3. Hoogtecorrectie A03 Lopik 100,7 MHz

Om onduidelijke reden is in het verleden de berekening van de hoogtecorrectie van de Lopik-antenne voor de 100,7 MHz anders verlopen, dan bij de vergelijkbare frequenties van de publieke omroep. Het ERP van de publieke omroepzender te Lopik is nu 48,6 dBW terwijl de 100,7 MHz nu 48,3 dBW is. De 100,7 MHz zou dan ook op 48,6 dBW moeten komen. Deze kleine correctie heeft invloed op het berekende demografisch bereik.

4. Verkeerde zenderinformatie in de concept vergunningen

Voor de zenders A03 en A04 Rotterdam 100,4 en 91,3 MHz is de export vanuit de zenderdatabase naar de conceptvergunning verkeerd gegaan. Beide zenders behoren een mixed polarisatie te hebben. In de conceptvergunning staan ze met de in Nederland in onbruik geraakte, horizontale polarisatie.

5. A09 Vlissingen 90,0 MHz

In 2020 zijn een aantal zenders in Vlissingen aangepast, waaronder Vlissingen 90,0 MHz van A09. Deze frequentie kreeg toentertijd een extra reductie opgelegd i.v.m. een naar de mening van AT/RDI, te grote toename van het demografisch bereik. Met een nieuwe verdeling zou de bevolkingstoename geen punt meer moeten zijn. De karakteristieken van die frequentie kunnen dus gewoon naar het maximaal mogelijke, zonder beperking wegens een vermeend, te grote bevolkingstoename. De zender wordt immers opnieuw uitgegeven!

In de huidige opgave van de zenderdata in de consultatie zit deze opgelegde reductie er echter nog ten onrechte in. Dat moet alsnog gecorrigeerd worden naar de originele aanvraag, omdat er nu sprake is van een nieuwe verdeling.

6. Verschillen in berekende verzorgingspercentages

Het is Broadcast Partners tot op heden niet gelukt om de door AT/RDI berekende verzorgingspercentages te reproduceren. Hierover is reeds overleg gaande met AT/RDI. Gezien het feit dat deze getallen, juridisch gezien, van belang worden gevonden, is opheldering over deze verschillen noodzakelijk. Er lijkt, ondanks inspanningen in het verleden, toch mogelijk weer sprake te zijn van kleine verschillen in instellingen, settings, databanken of de bediening.

Deze en talloze ervaringen uit het verleden geven bovendien aan, hoe slecht werkbaar het is om op basis van dekkingspercentages en de presentaties wijzigingen wel of niet toe te kennen; verschillen achter de komma vallen al snel binnen de normale variatie van uitkomsten waar juridisch meer waarde aan werd gehecht dan werkbaar is. Het is bovendien een tekortkoming, dat er geen verzorgingspresentaties zijn opgenomen in de consultatie.

7. Teruggegeven zenders

Na de implementatie en de reparatie/optimalisatierondes en de netverbeteringen zijn een aantal frequenties om diverse redenen door vergunninghouders teruggeven. Nieuwe vergunninghouders zouden zelf moeten kunnen besluiten, of ze die frequenties alsnog willen gebruiken.

Voorbeelden:

- A05 Hengelo 99,8 MHz,
- A09 Lopik 90,2 MHz,
- A01 Boxtel 101,2 MHz,
- A09 Alphen 104.3 MHz,
- A04 Amersfoort 90.4 MHz,
- A02 Tjerkgaast 102,9 MHz.

8. Effecten wijzigen populatiedatabase

Tijdens de nu aflopende vergunningsperiode paste AT/RDI op enig moment, plotseling een nieuwe populatiedatabase toe, waardoor de netwerken ineens meer of minder bevolking kregen, dan bij de vorige databank.

Vanwege het belang dat de overheid kennelijk stelt in het demografische bereik van de frequentiekavels, zou de databank gedurende de looptijd van de vergunningen niet aangepast mogen worden, omdat dit kan leiden tot ongewenste effecten bij het beoordelen van verplaatsingen, of bij het naar beneden bijstellen van karakteristieken, wegens vermeend te grote bevolkingstoename. Door de voor het demografisch bereik van belang zijnde databanken zouden dus bij uitgifte bevroren moeten worden.

Hierdoor wordt voorkomen dat er weer netwerken onterecht belemmerd worden in wijzigingen met een bedoeld of onbedoeld populatie-effect, puur omdat AT/RDI dan met een andere database meet. De toename kan dan slechts daaruit voortkomen en niet uit veranderingen die vergunninghouders zelf aanbrengen. Dat kan niet de bedoeling zijn.

In Nederland is de bevolkingsgroei immers niet gelijkmatig over het land, in steden als Amsterdam groeit de bevolking sneller dan in de Mijnstreek of in Delfzijl. Zodoende groeien (of krimpen) netwerken "per ongeluk" door nieuwe databases omdat de meeste netwerken vooral dekking in de Randstad hebben, of door het tot stand komen van bijvoorbeeld vinexwijken. In de ogen van AT/RDI kan een netwerk dan te hard groeien en wordt iedere verbetering of verplaatsing (die komen nu eenmaal voor, al was het maar door het aflopen van huurcontracten), die al dan niet toevallig ontstaat onterecht afgeknepen.
Dit beleid is niet doelmatig en is alleen maar ontstaan, omdat de overheid bij de verdeling van 2003 verzuimd heeft te melden, dat netwerken een werkmarge hebben en dat databasewissels niet aan te rekenen populatieconsequenties kunnen hebben.

9. Aanpassingsvoorstellen

In deze consultatie betreft het nieuwe vergunningen. Daarmee is er geen beletsel om hiervoor een nieuw beleid op te zetten met een ruime en praktische regeling voor verhuizingen, verbeteringen etc. Dat kan volledig los gezien worden van het beleid, zoals dat nu wel aan de bestaande vergunninghouders is opgelegd en dat in de huidige vergunningsperiode tot veel ellende en discussie heeft geleid.

Ook met het vorig beleid bleek een regeling voor verplaatsingen en verbeteringen al juridisch niet houdbaar (CBb augustus 2019, uitspraak in de zaak van Radio Continu tegen de overheid (AT/RDI), betreffende een verbeteringsvoorstel in Friesland). Niettemin handhaafde de overheid de restricties aan verbeteringen en verplaatsingen, terwijl dat niet nodig was gebleken. Dat gaf telkenmale discussies.

Vooraf een duidelijke, voldoende ruime en werkbare marge, leidt tot de in de relatie tussen markt en overheid zeer gewenste dejuridificering. Het publieke belang wordt er niet mee geraakt. Netwerken zouden

als geheel een marge moeten krijgen. Tevens moeten losse zenderwijzigingen, qua effect op het demografisch bereik, niet langer per opstelpunt bekeken worden, maar gerelateerd zijn aan het gehele netwerk.

Nu er sprake is van nieuwe vergunningen kan ook het recht worden toegekend om netgebonden steunzenders toe te voegen aan witte gebieden. Een werkmarge behoort dan, vooraf bekend, tot het object van de vergunning.

10. Wegnemen onnodige regels

Heden wordt in de bestaande zendvergunningen ook een hoop geregeld dat eigenlijk niet nodig is.
Het kan aan de vergunninghouder, na de vergunningverlening, zelf worden overgelaten:
- met welke polarisatie men uitzendt, zolang het maximaal vermogen gelijk blijft
- of men in mono of stereo wil uitzenden
- of men wel of niet SFN toepast
- de vastgelegde onmogelijkheid om SFN-frequenties naar een ander kavel te transfereren, dient te worden geschrapt; de consequenties van zo'n transfer raakt alleen de betreffende vergunninghouder zelf; niemand anders.
- met welk programma men uitzendt, zolang men aan de clausulering voldoet
- Een zender moet, conform het Genèveverdrag van 1984 binnen een straal van 5 km (minder dan 1 kW), of 15 km (meer dan 1kw) verplaatst kunnen worden met alleen een meldplicht en geen verdere toetsing qua demografisch of geografisch bereik.

Los daarvan zou het adagium moeten zijn dat het koppelen van een frequentiekavel aan een demografisch bereik, na vergunningverlening, moet worden losgelaten. Zolang men elkaar of andere spectrumgebruikers niet stoort zou elke aanpassing tot de mogelijkheden moeten kunnen behoren. Een kavel moet groeimogelijkheden kunnen hebben. Het is in het algemeen belang om daartoe zoveel mogelijk opgelegde restricties weg te nemen. Dat neemt – nogmaals – juridische discussies, volgens AT/RDI aan de orde van de dag, reeds op voorhand weg.

11. Diverse restfrequenties

Er zijn allerlei frequenties in de database van AT/RDI die een strategische bestemming hebben of als evenementenfrequentie of anders worden gereserveerd, maar die te groot zijn voor dat doel of met dat doel niet gebruikt worden. Sommige daarvan zijn direct inzetbaar voor de te verdelen frequentiekavels, andere zouden mogelijk gereduceerd moeten worden. Deze frequenties zouden aan de netwerken kunnen worden toegevoegd, zo is meer dekking in bijvoorbeeld Limburg mogelijk.

Tilburg 88,0 MHz (kan alleen in A07)
Venlo 104,4 MHz
Roermond 89,5 MHz, Roermond 91,8 MHz, Roermond 92,8 MHz, , Roermond 94,1 MHz, Roermond 99,6 MHz, Roermond 104.2 MHz
Veldhoven 96,3 MHz (kan alleen A02)
IJsselstein 93,8 MHz (kan alleen A05)
Lochem 95,0 MHz
Weert 97,4 MHz
Hoogezand 100,0 MHz (een beperkt effect op A03 en A05 kan nu in de nieuwe vergunningen voor die netten worden opgenomen)
Markelo 100,7 MHz (alleen A03, enig effect op A01 maar de bereikswinst voor A03 is groter

Eindhoven/Mierlo 103,3 MHz. Reeds tevergeefs in verdeling voor kleine NLCO geweest.

Losser	88,4 MHz
Zwolle	90,1 MHz
Eindhoven	101,0 MHz (koppeling met A03 is frequentietechnisch logisch)
Groningen	101,4 MHz
Valkenburg	104,3 MHz
Alkmaar	104.7 MHz
Horn	103.5 MHz
Venray	91.6 MHz
Breda	93,2 MHz
Utrecht	99,3 MHz
Maastricht	103,2 MHz
Maastricht	87,7 MHz (BFBS is gestopt met uitzenden)
Hulsberg	89.7 MHz

**Heerde 94.6 MHz (geweigerd door Lokale Omroep)
**Steenbergen 96,2 MHz (geweigerd door Lokale Omroep)