Noot bij Rb Rotterdam 5 oktober 2005, Mediasales e.a. vs. minister van EZ (Mediaforum 2005-11/12, nr. 34)

Wouter Hins

1. Bovenstaande uitspraak heeft betrekking op de toewijzing van frequenties aan commerciële radiostations in 2003. Conform het regeerakkoord van het eerste kabinet-Balkenende werd daarbij de methode gevolgd van een vergelijkende toets. Het was al snel duidelijk dat afgewezen kandidaten zich niet zonder slag of stoot bij hun lot zouden neerleggen. Tegen bijna elke snipper papier van de minister van Economische Zaken of de staatssecretaris van OCW diende iemand – al was het maar tot behoud van rechten – een bezwaarschrift in. Niet alleen tegen besluiten tot het toewijzen, resp. weigeren van een frequentie, maar ook tegen allerlei regelingen die de organisatie van de vergelijkende toets betroffen. Op 10 november 2003 schreef het kabinet aan de Tweede Kamer dat op dat moment 74 bezwaarschriftprocedures en 10 gerechtelijke procedures naar aanleiding van de vergelijkende toets aanhangig waren (Kamerstukken II, 2003/04, 24095, nr. 155). Mediasales en Distrined maakten bijvoorbeeld bezwaar tegen de toewijzing van frequentiekavel ‘A9’ aan RTL FM (toen nog: Holland FM). Ook vroegen zij een voorlopige voorziening. Op 3 juli 2003 wees de voorzieningenrechter hun verzoeken af (Vzr. Rb. Rotterdam 3 juli 2003, LJN-nrs. AH9748, resp. AH9751). Voor een overzicht van alle uitspraken van die datum zie Mediaforum 2003-9, p. 291.

2. De voorzieningenrechter overwoog op 3 juli 2003 dat de minister van Economische Zaken bij de verdeling van frequenties een grote mate van beleids- en beoordelingsvrijheid toekomt. Dat is een bekend geluid. Het CBB pleegt in geschillen over etherfrequenties de beleidsvrijheid van de overheid voorop te stellen, ook als het gaat om programmatische voorkeuren (vgl. CBB 3 juli 2002, LJN-nr. AE6052). De overheid moet het wel erg bont maken wil de rechter een bepaalde voorkeur als ‘onredelijk’ verwerpen. Dat gebeurde tot dusver alleen in de Sky Radio-uitspraak, toen de overheid selectiecriteria had gebruikt die het verschil tussen publieke en commerciële omroep miskenden (CBB 22 maart 1995, Mediaforum 1995-4, p. B57-B64). Beleidsvrijheid bij de verdeling van frequenties onder commerciële omroepen is ook erkend door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. In de zaak Demuth vs. Zwitserland (EHRM 5 november 2002, nr. 38743/97) overwoog het Hof dat artikel 10 EVRM de lidstaten op dit terrein een ruime ‘margin of appreciation’ laat. Het beoordelen van en selecteren op programmatische voornemens lijkt op het eerste gezicht meer problemen op te roepen in het licht van artikel 7, tweede lid, van de Grondwet. Commerciële omroepen die met dat argument een selectieprocedure wilden aanvechten kregen echter nul op het rekest (zie Rb. Rotterdam 11 november 1999, Mediaforum 2001-1, nr. 4; in hoger beroep bekrachtigd door CBB 27 februari 2002, AB 2002, 320).

3. De minister van Economische Zaken verliest nu toch in de procedures van Mediasales en Distrined. Uit r.o. 2.3.2 blijkt dat de beslissing om kavel A9 aan RTL FM te gunnen onvoldoende gemotiveerd was. Voor een goed begrip moet worden

opgemerkt dat de concept-besluiten waren opgesteld door een onafhankelijke adviescommissie ten behoeve van de staatssecretaris van OCW, die op zijn beurt de minister van Economische Zaken adviseerde. Volgens artikel 3.3 van de Telecommunicatiewet is deze minister het orgaan dat vergunningen voor het gebruik van frequenties verleent. In de praktijk zal echter vooral het ministerie van OCW teleurgesteld zijn over de uitspraak van de rechtbank. Het is nog maar kort geleden dat staatssecretaris Van der Laan een evaluatierapport naar de Tweede Kamer stuurde over het verloop van de vergelijkende toets (Kamerstukken II, 2004/05, 24095, nr. 181). Zij concludeerde in de begeleidende brief van 6 juni 2005 dat de toets aan de gestelde doelstellingen had voldaan. De opstellers van het rapport – Bureau Berenschot en Van Doorne NV– hadden weliswaar geschreven dat de onafhankelijke adviescommissie een wat uitgebreidere motivering bij de concept-besluiten had mogen geven, maar daar tilde de staatssecretaris niet zo zwaar aan. Zij merkte op dat ‘de motivering van de adviescommissie tot nu toe voor de rechter geen reden is geweest om een motiveringsgebrek te constateren’.

4. Die opmerking is nu achterhaald. Wat was er mis met de motivering? De kritiek van de rechtbank richt zich op de toepassing die de commissie gaf aan artikel 30 van de Regeling aanvraag en vergelijkende toets vergunningen commerciële radio-omroep 2003 (Regeling AVT). Een kandidaat met een uitstekend programma en een gemiddeld bedrijfsplan krijgt volgens artikel 30, zesde lid, van de Regeling AVT een hogere rangorde dan een kandidaat met een gemiddeld programma en een uitstekend bedrijfsplan. Vandaar dat iedere kandidaat er veel belang bij heeft de kwalificatie ‘+’ te verwerven voor zijn beoogde programma. Een ‘+’ wordt volgens de toelichting bij artikel 29 toegekend als het programma significant beter dan het programma van de concurrenten voldoet aan de bestemming van de frequentie. De bestemming is vastgelegd in de Regeling aanwijzing en gebruik frequentieruimte commerciële radio-omroep 2003 (Regeling AGF). Op twee punten is de onafhankelijke commissie volgens de rechtbank de mist ingegaan. In de eerste plaats heeft zij ten onrechte geen acht geslagen op het criterium ‘percentage producties jonger dan een jaar’, dat zowel bij Mediasales als bij Distrined hoog lag (45%, resp. 25%). In de tweede plaats heeft de commissie te weinig waarde gehecht aan het hoge percentage Nederlandstalige muziek dat Mediasales beloofde (70%).

5. Er heeft geruime tijd onzekerheid bestaan over het rechtskarakter van de Regeling AVT (Stcrt. 2003, nr. 40, p. 19), die gebaseerd is op de artikelen 4, 6 en 8 van het Frequentiebesluit. Aanvankelijk ging de Rotterdamse voorzieningenrechter ervan uit dat de Regeling AVT geen algemeen verbindend voorschrift is, maar een voor beroep vatbaar besluit van algemene strekking (Vzr. Rb. Rotterdam 13 mei 2003, Mediaforum 2003-7/8, nr. 37, m.nt. A.W. Hins). Dat standpunt is echter door latere jurisprudentie van het CBB achterhaald. In de zaak Versatel 3G vs. Economische Zaken oordeelde dit college dat twee vergelijkbare regelingen inzake de veiling van UMTS-frequenties wel degelijk algemeen verbindende voorschriften zijn (CBB 29 maart 2004, Mediaforum 2004-6, nr. 26, m.nt. A.W. Hins). De rechtbank blijkt dat oordeel nu te volgen. In r.o. 2.3.3 onderzoekt zij of de Regeling AVT geheel of gedeeltelijk onverbindend moet worden verklaard. Dit onderzoek zou zij niet hebben kunnen doen wanneer tegen de regeling rechtstreeks beroep had kunnen worden

ingesteld. Of ook de Regeling AGF (Stcrt. 2003, nr. 40, p. 34), die gebaseerd is op de Mediawet, een algemeen verbindend voorschrift is, blijft vooralsnog onduidelijk. Ik ben geneigd te zeggen: geen algemeen verbindend voorschrift. De Regeling AGF bevat geen zelfstandige norm voor een onbepaalde groep personen.

6. Hoe nu verder? Natuurlijk gaan alle ontevreden partijen in beroep bij het CBB. Laten we voor het gemak eens veronderstellen dat het CBB al deze beroepen verwerpt. Dan zal opnieuw een onderzoek moeten plaats vinden van de aanvragen van Mediasales, Distrined en RTL FM. Eventueel ook van een vierde kandidaat, Arrow Classic Rock. Naar verluidt heeft de laatstgenoemde nog een eigen procedure lopen inzake kavel A9, hoewel zij intussen een plaats heeft verworven op kavel A8 (Kamerstukken II, 2004/05, 24095, nr. 156). Mediasales lijkt dan op het eerste gezicht de beste papieren te hebben, nu een programmatische '+' haar nauwelijks lijkt te kunnen ontgaan. Er zit echter een adder onder het gras. RTL FM heeft altijd gezegd: met zo'n hoog percentage Nederlandstalige muziek kun je nooit rendabel een radiostation exploiteren. Een doelmatig gebruik van het frequentiespectrum vordert daarom dat de minister een vergunning aan Mediasales weigert, gezien artikel 3.6, eerste lid, onder b, van de Telecommunicatiewet. In r.o. 2.3.2, onder punt a, gaat de rechtbank in op deze redenering. Het ligt 'in de rede' dat verweerder bij de besluitvorming omtrent een eventuele vergunning voor Mediasales aandacht besteedt aan deze grief, aldus de rechtbank. De race is nog niet gelopen.