

Noot bij CBB 5 december 2007, SLAM!FM vs EZ
Mediaforum 2008-3, p. 155-156
Wouter Hins

Voorgeschiedenis

Sinds de ‘zero base’ verdeling van radiofrequenties in 2003 zendt SLAM!FM een commercieel radioprogramma uit op de ‘geclausuleerde’ kavel A5. Deze FM-frequenties zijn bestemd voor *recente bijzondere muziek*. De toewijzing geschiedde na een vergelijkende toets, waarbij de staatssecretarissen van OCW en EZ zich lieten adviseren door een onafhankelijke commissie. Overeenkomstig het advies van de commissie oordeelden de bewindslieden dat SLAM!FM – toen nog ID&T geheten – significant beter scoorde dan haar belangrijkste concurrent Arrow FM. Dat was geheel te danken aan de ‘programmatische toets’. Volgens artikel 6, eerste lid onder c, van de ministeriële Regeling aanwijzing en gebruik frequentieruimte commerciële radio-omroep 2003 (Regeling AGF) mocht de toekomstige gebruiker van kavel A5 tussen 7.00 en 19.00 uur ten hoogste 25% muziek uitzenden ‘die genoteerd staat of heeft bestaan op een van de gangbare hitlijsten voor popmuziek in Nederland’. SLAM!FM beloofde wat betreft hitmuziek te volstaan met een percentage van 7,5%. Dat was aanmerkelijk lager dan het percentage dat Arrow FM had genoemd, te weten 23%. Daarmee stond voor de bewindslieden vast dat SLAM!FM het beste beantwoordde aan het profiel van ‘recente bijzondere muziek’.

Voor een goed begrip van bovenstaande uitspraak van het CBB is ook een andere belofte van SLAM!FM van belang. Artikel 6, eerste lid onder b, van de Regeling AGF stelde als tweede eis dat het programma tussen 7.00 en 19.00 uur tenminste 50% muziek moest bevatten. SLAM!FM maakte daarvan 95%. Dat verschilde overigens niet zo veel van het concurrerende bod van Arrow FM (92%). Zowel het lage percentage aan hitmuziek (7,5%) als het hoge percentage aan muziek in het algemeen (95%) vinden we terug in de voorschriften bij de latere vergunning van SLAM!FM. Deze vergunning als bedoeld in artikel 3.3. van de Telecommunicatiewet werd verleend op 26 mei 2003. De bijbehorende voorschriften zijn gebaseerd op artikel 3.5 Tw. In de toelichting bij de Regeling AGF was over die voorschriften aangekondigd: ‘Voor zover commerciële omroepinstellingen die een vergunning voor het gebruik van geclausuleerde FM-frequentieruimte hebben verkregen een uitgebreidere invulling aan de voorgeschreven programmering geven, vertaalt zich dat in vergunningvoorschriften’. Het zou inderdaad raar zijn wanneer iemand een kostbare frequentie kan verwerven met mooie beloften, zonder die beloften vervolgens te hoeven waar maken.

Arrow FM legde zich niet neer bij haar nederlaag. Zij heeft tot en met het CBB geprocedeerd tegen het besluit om kavel A5 niet aan haar, maar aan SLAM!FM toe te kennen. De vergelijkende toets was oneerlijk geweest, zo meende Arrow. SLAM!FM had kunnen volstaan met zo’n laag percentage hitmuziek, omdat zij een dance-zender wilde zijn. Het komt regelmatig voor dat oude hits opnieuw worden uitgebracht in een dance-uitvoering, welke versies niet in een hitlijst worden genoteerd. Deze

bewerkingen tellen niet mee als een hit in de zin van de Regeling AGF. Voor een station dat zich richt op ‘modern rock’, zoals Arrow, gaat die truc niet op. Zij moet om voldoende luisteraars te trekken ‘echte’ hits uitzenden. Het CBB was niet onder de indruk. Op 18 april 2007 oordeelde het CBB dat kavel A5 terecht aan SLAM!FM was toegewezen. Eén overweging is interessant voor de onderhavige zaak. Aan het slot overwoog het CBB: ‘Dat in 2005, na het verlenen van de vergunning voor het gebruik van kavel A5 door de minister handhavend is opgetreden tegen SLAM!FM wegens het overtreden van de aan de kavel verbonden gebruiksvoorschriften, kan aan dit oordeel niet afdoen, reeds niet, omdat deze kwestie dateert van na de datum van beoordeling van het bedrijfsplan.’¹

Gepriegel op de vierkante millimeter

De hierboven afgedrukte uitspraak gaat over de handhaving van programmatische voorschriften. Anderhalf jaar nadat zij met uitzenden was begonnen, bleek namelijk dat SLAM!FM grote moeite had de beloofde percentages te halen. Het was niet het reeds genoemde bedrijf Arrow FM dat daarover klaagde, maar Vrije Radio Omroep Nederland, de exploitant van Radio 538. De klacht hield in dat SLAM!FM te veel hitmuziek zou uitzenden en te veel gepraat van diskjockeys toeliet. Daardoor zou het beloofde percentage van 95% muziek niet worden gehaald. Wie is bevoegd om over zo’n klacht te oordelen? Als het gaat om overtreding van de Regeling AGF lijkt het antwoord: het Commissariaat voor de Media. De regeling AGF is gebaseerd op de artikelen 82e en 82f van de Mediawet. Het Commissariaat kan boetes opleggen bij overtreding van een ‘bij of krachtens’ de Mediawet gesteld voorschrift.² Gaat het echter om de voorschriften bij de vergunning van de minister van Economische Zaken, dan is deze minister het bevoegde orgaan. Op grond van artikel 15.2 van de Telecommunicatiewet is de minister bevoegd tot toepassing van bestuursdwang. In plaats daarvan kan de minister besluiten tot het opleggen van een last onder dwangsom (artikel 5:32 Awb). Op grond van artikel 15.1 Tw kan de minister tenslotte besluiten een boete op te leggen.

De klacht van Radio 538 had geen betrekking op het niet naleven van de minimale voorschriften van de Regeling AGF. Die percentages had SLAM!FM ruimschoots gehaald. Het probleem zat hem in de aangescherpte eisen, neergelegd in de voorschriften bij de vergunning. Dat is de reden waarom Radio 538 zich richtte tot de minister van Economische Zaken met het verzoek handhavingsbesluiten tegen SLAM!FM te nemen. Omdat de minister van Economische Zaken – in tegenstelling tot het Commissariaat voor de Media – niet beschikt over een ambtelijk apparaat om de inhoud van programma’s te controleren, is voor dit soort situaties een praktische oplossing gezocht. Op 22 april 2004 sloten het Agentschap Telecom (ressortend onder EZ) en het Commissariaat voor de Media een convenant, dat erin voorziet dat

¹ CBB 18 april 2007 (r.o. 7.3.1), AB 2007, 216 m.nt. G.J.M. Cartigny. Zie ook LJN-nr. BA3153 en Mediaforum 2007-5, p. 158.

² Zie de artikelen 134 en 135 Mediawet. Twijfel is echter mogelijk over de vraag of de Regeling AGF naar buiten werkende gedragsvoorschriften bevat dan wel een beleidsregel is. Die vraag komt hierna nog aan de orde.

het Agentschap Telecom zich laat adviseren door het Commissariaat.³ Zo is het ook gegaan bij de klacht van Radio 538. Het Commissariaat voor de Media stelde een rapport op over de betwiste programma's van SLAM!FM. Op basis van dit rapport nam de minister van EZ op 17 mei 2005 een besluit.

Het besluit van 17 mei 2005 valt in vier onderdelen uiteen: een boete en een last onder dwangsom wegens het uitzenden van te veel hitmuziek en een boete, resp. een last onder dwangsom wegens het uitzenden van te veel gesproken woord. In de procedure die volgde – bezwaarschrift, beroep bij de rechtbank en hoger beroep bij het CBB – is de materiële vraag steeds hoe de desbetreffende percentages moeten worden gemeten. Wanneer is sprake van een 'hit'? Hoe moet je de tijd kwalificeren waarin een diskjockey vrolijk doorpraat, terwijl op de achtergrond zachte muziek te horen is? De oordelen golven op en neer. In het primaire besluit was de minister streng voor SLAM!FM, in de beslissing op bezwaar minder streng. Nadat de Radio 538 in beroep was gegaan, oordeelde de rechtbank strenger en het CBB is tenslotte minder streng. Het eindoordeel houdt in dat het begrip 'hitmuziek' beperkt moet worden uitgelegd, namelijk conform een mededeling van de minister tijdens de procedure van de vergelijkende toets. Bewerkingen van hits die zelfstandig zijn uitgebracht moeten worden onderscheiden van de oorspronkelijke hitversies (r.o. 7.2.6). Wat betreft de tijd waarin een diskjockey door de muziek heen praat oordeelt het CBB dat de toezichthouder moet vaststellen welk element overheerst: de muziek of het gesproken woord. Deze minuten met 'fillermuziek' kunnen niet tegelijk als muziek en gesproken woord worden meegeteld (r.o. 7.4.4).

Moeten duurbetaalde juristen hun tijd besteden aan dit soort procedures? Het gaat op het eerste gezicht om recht met een kleine 'r', niet om Grote Beginselen. Weinig juristen zullen warm lopen voor het gepriegel met seconden en percentages op basis van ministeriële regelingen met obscure namen, zoals de Regeling AGF. De verklaring is uiteraard dat er grote financiële belangen op het spel staan. Radio 538 moest als verkrijger van de *ongeclausuleerde* kavel A6 een bedrag betalen van € 62,5 miljoen. Voor de *geclausuleerde* kavel A5 betaalde SLAM!FM slechts € 4,9 miljoen.⁴ Radio 538 had dus fors moeten betalen voor het voorrecht om gevrijwaard te zijn van programmatische voorschriften. Geen wonder dat deze onderneming met argusogen controleert of concurrenten de hen opgelegde voorschriften niet aan hun laars lappen. Ook bij een veiling in plaats van een vergelijkende toets had zich een dergelijk conflict kunnen voordoen. Als de overheid echt van het gemillimeter af wil, zou zij moeten kiezen voor een veiling van uitsluitend ongeclausuleerde kavels. Artikel 82e, derde lid, van de Mediawet maakt het mogelijk dat de minister van OCW, in overeenstemming met de ministerraad, afziet van clausulieren. Dat geldt zelfs voor de kavel met de bestemming Nederlandstalige muziek, die in artikel 82e, eerste lid, van de Mediawet met zoveel woorden genoemd wordt.

³ Convenant inzake uitvoering van en toezicht op programmavoorschriften en vergunningvoorschriften commerciële radio-omroepen d.d. 22 april 2004. Een uittreksel is gepubliceerd in Staatscourant 26 mei 2004, nr. 98, p. 23. De integrale versie is te vinden op de website van de toezichthouders, www.cvdm.nl en www.agentschap-telecom.nl.

⁴ De bedragen zijn af te leiden uit de bijlagen 5 en 10 bij het Evaluatierapport van Berenschot en Van Doorne, 'Op de golven. Evaluatie uitgifte van radiofrequenties voor commerciële radio in 2003', Utrecht 8 februari 2005.

Toch iets principieels

De vergelijkende toets van 2003 was georganiseerd door middel van vier ministeriële besluiten:

1. Het Besluit frequentie-uitgifte voor gebruik commerciële radio-omroep, vastgesteld door de staatssecretaris van Economische Zaken in overeenstemming met de staatssecretaris van OCW krachtens de artikelen 3.3 en 3.3a van de Tw en de artikelen 3 en 5 van het Frequentiebesluit (Bekendmakingsbesluit).⁵

2. De Regeling aanwijzing en gebruik frequentieruimte commerciële radio-omroep 2003, vastgesteld door de staatssecretaris van OCW in overeenstemming met het gevoelen van de ministerraad krachtens artikel 82e van de Mediawet en artikel 53c van het Mediabesluit (Regeling AGF).⁶

2. De Regeling aanvraag en vergelijkende toets vergunningen commerciële radio-omroep 2003, vastgesteld door de staatssecretaris van OCW in overeenstemming met de minister van Economische Zaken krachtens artikel 3.3 van de Tw en de artikelen 4, 6 en 8 van het Frequentiebesluit (Regeling AVT).⁷

4. De Regeling vaststelling eenmalig bedrag landelijke commerciële radio-omroep 2003, vastgesteld door de staatssecretaris van Economische Zaken in overeenstemming met de minister van Financiën en de staatssecretaris van OCW krachtens artikel 3.3a Tw (Regeling VEB).⁸

Een principiële vraag is of deze besluiten vatbaar zijn voor beroep. Met name bij de drie ‘Regelingen’ rijst de vraag of zij het karakter hebben van een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel. Dergelijke besluiten zijn in artikel 8:2 Awb uitgezonderd van beroep bij de administratieve rechter. In een uitspraak van de Rotterdamse voorzieningenrechter van 13 mei 2003 is aan deze kwestie aandacht besteed.⁹ Over de status van het Bekendmakingsbesluit hoefde de rechter niet lang na te denken. Reeds in 2001 had het CBB geoordeeld dat de beslissing om de UMTS-frequenties te gaan veilen, een voor beroep vatbaar besluit was.¹⁰ De bekendmaking dat de frequenties voor commerciële radio zouden worden verdeeld via een vergelijkende toets, is daarmee te vergelijken. Ook dat was dus een voor beroep vatbaar besluit. Dezelfde kwalificatie gaf de voorzieningenrechter op 13 mei 2003 aan de Regelingen AGF en AVT, terwijl de status van de Regeling VEB in het midden kon blijven. De enige partij die daartegen een voorlopige voorziening had gevraagd, bleek onvoldoende belang te hebben.

Het CBB zou echter op een aantal punten anders oordelen dan de voorzieningenrechter. Zo bleek de regeling die de veiling van UMTS-frequenties

⁵ Staatscourant 24 december 2002, nr. 248, p. 67

⁶ Staatscourant 26 februari 2003, nr. 40, p. 34.

⁷ Staatscourant 26 februari 2003, nr. 40, p. 19.

⁸ Staatscourant 26 februari 2003, nr. 40, p. 37.

⁹ V.zr. Rb. Rotterdam 13 mei 2003, Mediaforum 2003-7/8, nr. 37 m.nt. A.W. Hins.

¹⁰ CBB 18 juli 2001, Mediaforum 2001-9, nr. 36 m.nt. L.J. Wildeboer.

nader had geregeld, een algemeen verbindend voorschrift.¹¹ Het lag voor de hand dat de Regeling AVT, die op dezelfde wettelijke basis berust, dat dan ook zou moeten zijn. De jurisprudentie heeft die conclusie inderdaad getrokken.¹² Bezwaren tegen de Regeling AVT kunnen bij wijze van exceptie worden ingeroepen als een vergunning met toepassing van de regeling is geweigerd. De klager kan niet naar huis worden gestuurd met de mededeling dat hij beroep had moeten instellen tegen de regeling zelf.¹³ Ook de Regeling AGF kan bij wijze van exceptie worden getoetst. Op 21 maart 2007 oordeelde het CBB dat kavel 2 voor niet-recente bijzondere muziek ('gouwe ouwe') terecht aan Sky was toegekend. De Regelingen AVT en AGF werden door het CBB – in navolging van de rechtbank – rechtmatig geoordeeld.¹⁴ Wat betreft het rechtskarakter van de Regeling VEB deed het CBB op 4 april 2007 een uitspraak. Er stond geen beroep tegen de regeling open, want het is een algemeen verbindend voorschrift, aldus het CBB.¹⁵

Eén vraag is echter nog niet beantwoord. Is de Regeling AGF net als de Regeling AVT en de Regeling VEB een algemeen verbindend voorschrift? Of is het een beleidsregel? Het praktische verschil tussen de twee kwalificaties is gelegen in het verbindende karakter van de regel. Een algemeen verbindend voorschrift is verbindend voor zowel de overheid als de burgers, hetgeen veronderstelt dat de opsteller een uitdrukkelijke bevoegdheid tot regelgeving ontleent aan de wet. Een beleidsregel verbindt alleen het bestuursorgaan, waarbij bovendien een afwijkingmogelijkheid bestaat (artikel 4:84 Awb). Gezien het minder bindende karakter is voor het maken van een beleidsregel geen uitdrukkelijke bevoegdheid tot regelgeving vereist. Tegen deze achtergrond valt op dat de Regeling AGF alleen een uitdrukkelijke grondslag in de wet heeft voor zover het betreft de eisen die aan een Nederlandstalig muziekprogramma worden gesteld (artikel 82e, eerste lid, van de Mediawet). Artikel 82e, tweede lid, van de Mediawet maakt het weliswaar mogelijk dat de minister van OCW frequenties aanwijst voor andere categorieën radioprogramma's dan Nederlandstalige muziek, maar zwijgt over een ministeriële regeling die nadere eisen bevat.

Mijns inziens is de conclusie dat de bepalingen in de Regeling AGF over de bestemming van kavel A5 – recente bijzondere muziek – door het ontbreken van een wettelijke bevoegdheid tot regelgeving geen algemeen verbindende voorschriften kunnen zijn. Er is sprake van een beleidsregel, die niet rechtstreeks plichten in het leven roept voor particulieren. Dergelijke plichten ontstaan pas door de voorschriften die de minister van Economische Zaken verbindt aan de vergunningen op grond van de Telecommunicatiewet. De kwalificatie als beleidsregel is ook relevant voor de bevoegdheid – en zelfs plicht – om onder omstandigheden van de regel af te wijken. Artikel 4:84 Awb erkent deze 'inherente afwijkingsbevoegdheid'. Staande voor de

¹¹ CBB 29 maart 2004, Mediaforum 2004-6, nr. 26 m.nt. A.W. Hins.

¹² Rb Rotterdam 5 oktober 2005, Mediaforum 2005-11/12, nr. 34 m.nt. A.W. Hins. Bevestigd door CBB 24 juli 2007, LJN-nr. BA9351. Zie ook Mediaforum 2007-9, p. 282.

¹³ CBB 9 december 2005, Mediaforum 2006-2, p. 48.

¹⁴ CBB 21 maart 2007, AB 2007, 215 m.nt. G.J.M. Cartigny onder nr. 216. Zie ook Mediaforum 2007-4, p. 116.

¹⁵ CBB 4 april 2007, Mediaforum 2007-5, nr. 19 m.nt. L.J. Wildeboer.

vraag wat een ‘hit’ is, hecht het CBB doorslaggevende betekenis toe aan de antwoorden die de minister gaf tijdens de vraag en antwoord procedure (r.o. 7.2.1). Weliswaar doet V&A nr. 284 enigszins afbreuk aan de doelstelling van de regeling, maar het gerechtvaardigde vertrouwen dat is opgewekt bij de marktpartijen is belangrijker (r.o. 7.2.5).

Dat neemt niet weg dat afwijken van de Regeling AGF tot een minimum beperkt moet blijven. Volgens het Europese regelgevende kader moet een vergelijkende toets voldoen aan eisen van ‘transparantie, objectiviteit en verifieerbaarheid’. Als er iets slecht is voor de transparantie van een vergelijkende toets, dan is het een beleidsregel die het ene bepaalt en een minister die het andere doet.

N.B. De uitspraak is ook gepubliceerd in AB 2008, nr. 38 m.nt G.J.M. Cartigny