

De frequenties verdeeld, de omroep veranderd

WOUTER HINS

Bijna twaalf jaar geleden, op 27 januari 1992, bracht een commissie van drie wijze mannen een rapport uit met de titel ‘Verdeel de frequenties, verander de omroep’. De commissie was ingesteld door de toenmalige minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur, mevrouw d’Ancona, om te adviseren over de vraag ‘hoe op juridisch verantwoorde wijze etherzendtijd voor (landelijke) commerciële omroep zou kunnen worden toegewezen’. De drie wijze mannen waren mr. J.P.H. Donner, prof. mr. K.J.M. Mortelmans en prof. mr. J.M. de Meij. Dat de minister van WVC graag Jan de Meij in de commissie wilde hebben is niet zo verwonderlijk. Bij de verdeling van etherfrequenties voor commerciële omroep – in de praktijk alleen radio – spelen naast EG-rechtelijke aspecten principiële vragen met betrekking tot de uitingvrijheid. Een erebaantje is het zeker niet geweest. De commissie moest in zes maanden tijd veel werk verzetten. Het definitieve rapport telde 225 pagina’s, exclusief bijlagen. De onderzoeksopdracht was dan ook zeer ruim geformuleerd. De commissie werd niet gevraagd een aantal concrete voorstellen van de minister van commentaar te voorzien, maar om zelf met scenario’s te komen en die scenario’s vervolgens grondrechtelijk en EG-rechtelijk te toetsen. In het rapport zou de commissie verzuchten:

‘De vraagstelling lijkt in dat opzicht op die waarmee de politiek ooit eerder een aantal “deskundigen” confronteerde, namelijk toen koning Nebukadnezar zijn wijzen vroeg (Daniël 2:5): “geef mij de droom *en* zijn uitlegging”. Ook de sanctie op falen: “aan stukken te worden gehouwen” vertoont overdrachtelijke gelijkenis indien men het lot van eerdere, betrokkene niet welgevallige, voorstellen beziet’.

Het vereist niet veel fantasie om zich voor te stellen hoe de commissie zich af en toe zal hebben afgevraagd: waar zijn we aan begonnen? Dat de verdeling van etherfrequenties een netelige materie is, blijkt uit de vele rechtszaken en kamerdebatten die tot op de dag van vandaag worden gevoerd. De grondigheid van het rapport dwingt tegen die achtergrond respect af. Bovendien kan ik mij niet herinneren dat Jan de Meij in die tijd iets van zijn gewone werk bij de UvA liet liggen. In ieder geval niet zijn rol als promotor, in de maanden voorafgaand aan mijn promotie op 20 december 1991. Een meevaller was hooguit dat ook mijn proefschrift gewijd was aan de grondrechtelijke aspecten van het omroepbeleid, waaronder de verdeling van omroepfrequenties.¹ In ieder geval biedt deze voorgeschiedenis een goede aanleiding om na te gaan wat in de afgelopen twaalf jaar de belangrijkste juridische knelpunten zijn gebleken.

¹ A.W. Hins, *Ontvangstvrijheid en buitenlandse omroep*, diss. UvA, Kluwer 1991, p. 189 e.v.

De natuur verdraagt geen ledig

Als er één constante factor is in het Nederlandse omroepbeleid, dan is het de gewoonte om moeilijke beslissingen uit te stellen. De Tweede Kamer pleegt zich daarbij neer te leggen, want de regeringsfracties zijn even verdeeld als het kabinet. Vaak is het de rechter die een zweep moet laten knallen om de karavaan weer in beweging te krijgen. Het moge zo zijn dat artikel 7, tweede lid, van de Grondwet en het eerste lid van artikel 10 EVRM de overheid een grote beleidsvrijheid laten wat betreft de inrichting van radio en televisie, maar er moet wel iets besloten worden. Uitstellen tot Sint-Juttemis is onrechtmatig. Heel duidelijk blijkt dat uit een uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven uit 1991, die voor de huidige telecommunicatierechter in eerste aanleg, de rechtbank te Rotterdam, nog steeds een belangrijke leidraad is. De CBB-uitspraak van 1991 werd gewezen in een geschil tussen BV De Vrije Ether i.o. – een organisatie opgericht in de toenmalige koffiekamer van de Oude Manhuis Poort – en de minister van Verkeer en Waterstaat.² Het is niet overdreven te zeggen dat deze jurisprudentie de invoering van commerciële etherradio met enige jaren heeft bespoedigd.

Wat was er aan de hand? Bij brief van 24 juli 1990 hadden de initiatiefnemers op professioneel uitzierend briefpapier namens de vennootschap in oprichting een zendmachtiging aangevraagd op grond van artikel 17 (oud) van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen. Herinnerd werd aan het bestaan van twee FM-frequenties die volgens een oude regeringsnota beschikbaar zouden zijn voor de Randstad, maar die als ‘restfrequenties’ nooit in gebruik waren genomen. Welnu, De Vrije Ether wist daar wel raad mee. Wij willen die twee vrije FM-frequenties graag gebruiken voor ‘het onverkort en gelijktijdig relayeren van radioprogramma’s afkomstig van buitenlandse omroepinstellingen die in één der lidstaten van de Europese Gemeenschap gevestigd zijn’, aldus de aanvraag. De verantwoordelijke ministeries van Verkeer en Waterstaat, resp. Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur zaten ermee in hun maag. Commerciële omroep was volgens de Mediawet nog taboe, maar de impliciete verwijzing naar het EG-recht zorgde voor onrust. De ambtenaren herinnerden zich maar al te goed dat het Hof van Justitie twee jaar eerder de protectionistische ‘Kabelregeling’ onrechtmatig had verklaard. Het ging toen om een regeling die buitenlandse, maar op het Nederlandse publiek gerichte, commerciële televisie van de kabel poogde te weren.

Kon De Vrije Ether met een beroep op hetzelfde EG-recht eisen dat twee vrije etherfrequenties mochten worden gebruikt voor commerciële radio uit het buitenland? En zo ja, gold dan het adagium ‘wie het eerst komt, die het eerst maalt’? De reactie van de twee ministeries lag geheel in de lijn van de vaderlandse traditie. Er moest eerst maar eens een commissie gaan studeren. In de nota ‘Publieke omroep in Nederland’ d.d. 6 juni 1991 kondigde de minister van WVC

² Oprichters van BV De Vrije Ether waren Bernt Hugenholtz en Wouter Hins, beiden ook auteur in dit liber amicorum.

de instelling van de Commissie Etherfrequenties aan.³ Vervolgens kreeg De Vrije Ether op 23 juli 1991 – een jaar na de aanvraag – een kluitje-in-het-riet-brief. De minister van Verkeer en Waterstaat schreef: ‘Het doelmatig gebruik van de ether eist, dat de bovenbedoelde restfrequenties beschikbaar blijven totdat invulling is gegeven aan het nieuw te ontwikkelen toelatingsbeleid tot de omroep in de ether (...)’. Daar konden al gauw een paar jaar mee gemoeid zijn. Enkele maanden eerder had De Vrije Ether echter al een verzoekschrift ingediend bij de president van het CBB om een voorlopige voorziening te treffen. In een zitting bij de president op 1 augustus 1991 werd afgesproken het verzoek om een voorlopige voorziening in te trekken, in ruil waarvoor de president zou bevorderen dat een bodemprocedure tegen het besluit van 23 juli 1991 versneld zou worden behandeld.

Zo gezegd, zo gedaan. Reeds op 6 november 1991 deed het CBB uitspraak ten gronde. Jammer voor De Vrije Ether was, dat het CBB het adagium ‘wie het eerst komt, die het eerst maalt’ niet als rechtsregel wilde erkennen. Zou het oordeel hebben geluid dat de minister van Verkeer en Waterstaat geen andere keuze had dan de frequenties toe te wijzen aan de eerste gegadigde, dan zou De Vrije Ether een financiële klapper van jewelste hebben gemaakt. In de jaren daarna is immers gebleken dat commerciële omroepen bereid zijn diep in de buidel te tasten voor het gebruik van een sterke FM-frequentie. Ondanks deze tegenvaller won De Vrije Ether het beroep wel. Het college overwoog dat de noodzaak om een nieuw beleid te ontwikkelen slechts een tijdelijke rechtvaardiging voor uitstel oplevert. De minister had precies moeten aangeven hoeveel tijd het kabinet nodig zou hebben, uitgaande van de geldende wetgeving. Als zou blijken dat een wetswijziging gewenst was, prima, maar dat was geen reden om leegstaande frequenties in afwachting daarvan ongebruikt te laten. Het besluit van 23 juli 1991 werd daarom vernietigd wegens een motiveringsgebrek. De minister kreeg van het CBB de opdracht binnen vier maanden een nieuw besluit te nemen. Op 5 maart 1992 werden inderdaad de eerste frequenties voor commerciële radio van buitenlandse herkomst vrijgegeven.⁴

Het CBB verwees in zijn uitspraak niet uitdrukkelijk naar de uitingvrijheid, maar het ligt voor de hand daarmee een verband te leggen. Staten beroepen zich vaak op de schaarste aan frequenties om een vergunningstelsel voor de omroep en allerlei inhoudelijke voorschriften te rechtvaardigen. Als de overheid zelf schaarste creëert door geschikte omroepfrequenties te blokkeren, valt deze rechtvaardiging moeilijk vol te houden. De Europese Commissie voor de Rechten van de Mens koos echter voor een genuanceerde benadering. In de provincie Noord-

³ Nota van de minister van WVC, d’Ancona, *Kamerstukken II*, 1990/91, 22147, nrs. 2, p. 19-20. In een brief aan de Tweede Kamer d.d. 12 juli 1991 kondigde deze minister aan dat zij samen met haar ambtgenoot van V&W had besloten voor de duur van het onderzoek geen frequenties aan commerciële gegadigden in gebruik te geven, *Kamerstukken II*, 1990/91, 22147, nrs. 5 en 6.

⁴ De minister van Verkeer en Waterstaat gaf op grond van de Radio-Omroep-Zenderwet toestemming aan de NV Nozema om programma’s te relayeren van De Vrije Ether/Sky Radio, Rete Zero/Radio 10 en CLT/RTL 4. Op 19 maart 1993 is het besluit vernietigd door de ARRvS. Zie hierna noot 33.

Holland was gedurende vele jaren een frequentie gereserveerd voor publieke regionale televisie, die door gebrek aan geld niet van de grond kwam. Een aanvraag om deze frequentie dan maar op commerciële basis te benutten werd afgevoerd. Op 7 maart 1996 oordeelde de Commissie dat de reservering van de frequentie niet in strijd was met artikel 10 EVRM, omdat er nog steeds een kans bestond dat de geplande regionale televisie er zou komen. Ook het Europese Hof voor de Rechten van de Mens acht de reservering van een frequentie niet per definitie in strijd met artikel 10 EVRM. In een Oostenrijkse zaak oordeelde het Hof dat de weigering van een zendmachtiging voor commerciële televisie gerechtvaardigd was, ondanks het bestaan van een vrije frequentie. Een van de argumenten was dat distributie via de kabel een redelijk alternatief vormde voor de aanvrager.⁵

Veilen of vergelijken

Een kernvraag is hoe moet worden gehandeld wanneer er minder frequenties zijn dan gegadigden. De methode ‘wie het eerst komt, die het eerst maalt’, hoeft volgens het CBB niet te worden toegepast. Maar welke methode dan wel? Het college overwoog in bovengenoemde uitspraak van 6 november 1991: ‘Een beleid waarbij de verschillende aanvragen worden gewogen – gelet op de belangen van iedere individuele aanvrager, de omvang van de doelgroep die de aanvrager met de uitzendingen wil bereiken en het gewicht dat de behoeften van de doelgroep in de schaal leggen, afgewogen tegen de behoefte waarin met een inwilliging van andere (al dan niet potentiële) aanvragen zou worden voorzien – kan evenzeer verenigbaar worden geacht met de WTV’.⁶ Opvallend is de gelijkenis met een overweging in het *Lentia*-arrest van het EHRM, dat twee jaar later werd gewezen. Het Hof in *Straatsburg* overwoog met betrekking tot een vergunningstelsel voor de omroep: ‘Technical aspects are undeniably important, but the grant or refusal of a license may also be made conditional on other considerations, including such matters as the nature and objectives of a proposed station, its potential audience at national, regional or local level, the rights and needs of a specific audience and the obligations deriving from international legal instruments’.⁷

Bij de eerste verdeling van frequenties onder commerciële omroepen op 5 maart 1992 was van een onderlinge vergelijking nauwelijks sprake. Er was geen tijd geweest om inhoudelijke criteria te ontwerpen, laat staan om verschillende aanvragen aan deze criteria te toetsen. Wellicht hadden de verantwoordelijke ministers gehoopt dat de Commissie Etherfrequenties met een kant en klaar verdelingsvoorstel zou komen, maar de commissie was wel wijzer. Het rapport ‘Verdeel de frequenties, verander de omroep’ schetste vooral de juridische randvoorwaarden waaraan een toewijzing van frequenties zou moeten voldoen. Aan de jurisprudentie van het Hof van Justitie ontleende de commissie een indruk-

⁵ EHRM 21 september 2000, *Tele 1 Privatfernsehgesellschaft vs. Oostenrijk*.

⁶ CBB 6 november 1991, *Mediaforum 1992-1*, p. B12-B16 en AB 1994, 29.

⁷ EHRM 24 november 1993, *NJ 1994*, 559.

wekkende reeks van eisen. ‘Non-discriminatie, toegankelijkheid, openbaarheid, objectiviteit, controleerbaarheid, enz’, zo vatte de commissie haar aanbevelingen samen.⁸ Geen bemoedigende lectuur als je binnen enkele dagen de selectiecriteria klaar moet hebben. Vandaar dat de ministers kozen voor een noodoplossing. Drie pakketjes met zwakke ‘restfrequenties’ werden verdeeld onder drie buitenlandse omroepen die reeds voor 6 november 1991 belangstelling hadden getoond. Pas in 1994 werd de eerste vergelijkende toets gehouden op grond van inhoudelijke criteria.

De vergelijkende toets van 1994 heeft geleid tot een stortvloed van beroepszaken, onder meer leidende tot de principiële belangrijke uitspraak van het CBB in de zaak ‘Sky Radio’. Daarover later meer. Voor dit moment is van belang dat de overheid geconfronteerd werd met de nadelen van een inhoudelijke selectie. Bijna per definitie gaan afgewezen partijen klagen over discriminatie, ontoegankelijkheid, geheimzinnigheid, subjectiviteit en gebrek aan controle. De financiële belangen zijn zo groot, dat iedere afgewezen kandidaat een advocaat in de arm neemt met alle administratieve rompslomp van dien. Onder het eerste kabinet Kok werd daarom besloten dat het in de toekomst anders zou moeten gaan: geen vergelijkende toets, maar een veiling. Een veiling is op het eerste gezicht objectief en transparant, zodat de schijn van vriendjespolitiek en protectionisme wordt vermeden.⁹ Bovendien levert het de schatkist geld op. Bij de ‘Wet liberalisering mediawetgeving’ van 1997 werd een voorziening getroffen om een veiling van omroepfrequenties mogelijk te maken.¹⁰ In gewijzigde vorm kwam de regeling later terecht in de Telecommunicatiewet en het daarop gebaseerde Frequentiebesluit. Veilen van frequenties werd het uitgangspunt, een vergelijkende toets de uitzondering.¹¹

In 1997 en 1998 vonden echter eerst nog twee vergelijkende toetsen plaats. De verdelingsronde van 1997 had betrekking op landelijke, die van 1998 op regionale commerciële radio. De vergunningen werden verleend in afwachting van een definitieve herverdeling, die uiterlijk in 2000 door middel van een veiling zou geschieden. In de tussentijd werd een technisch ‘zero base’-onderzoek uitgevoerd naar de meest efficiënte indeling van opstelplaatsen, zendvermogens en frequentiepakketten. Dat onderzoek bleek lastiger dan verwacht en bovendien gingen de zittende partijen krachtig lobbyen bij de Tweede Kamer om de veiling te laten afblazen. Bij een vergelijkende toets zouden zij hun ervaring en populariteit in de strijd kunnen werpen, terwijl bij een veiling het risico bestond dat een rijke

⁸ Commissie Etherfrequenties, *Verdeel de frequenties, verander de omroep*, ministerie van WVC 1992, p. 23.

⁹ De veiling van de UMTS-frequenties heeft duidelijk gemaakt dat men ook over de uitvoering van een veiling ruzie kan maken.

¹⁰ Wet van 5 juli 1997, *Stb.* 336. De desbetreffende wijzigingen in de Wet op de telecommunicatievoorzieningen zijn nooit in werking getreden. Zie J.M. de Meij e.a., *Uitingsvrijheid*, 3^e druk, Otto Cramwinckel Uitgever 2000, p. 177-178, alsmede het KB van 13 augustus 1997, *Stb.* 370.

¹¹ Artikel 3.3 Telecommunicatiewet (Wet van 19 oktober 1998, *Stb.* 610) en artikel 3 t/m 10 van het Frequentiebesluit (Besluit van 10 november 1998, *Stb.* 638).

nieuwkomer een hoger bod zou uitbrengen. De Tweede Kamer, bestookt met emails van bezorgde luisteraars, ondersteunde deze redenering. Tot drie keer toe werden de bestaande machtigingen verlengd, waarna het tweede kabinet Kok in het voorjaar van 2002 besloot de definitieve herverdeling over te laten aan het volgende kabinet. Radiostations die tot de kabel waren veroordeeld keken machteloos toe. Dankzij het ‘zero base’-onderzoek waren nieuwe frequenties ontdekt, maar die konden pas worden uitgegeven bij een nieuwe herverdeling.

Vanaf 2001 ging de rechter steeds meer druk op de politiek zetten om snel tot een besluit te komen. Volgens het nieuwe Frequentiebesluit was de keuze helder. Artikel 3, tweede lid, bepaalde dat de procedure van een vergelijkende toets slechts kon worden toegepast ‘indien het algemeen maatschappelijk, cultureel of economisch belang dat vordert’. Normaliter werd er geveild. In een uitspraak van 15 augustus 2001 overwoog de president van de Rotterdamse rechtbank, dat een voortdurende onzekerheid omtrent het tijdstip van de herverdeling ‘op enig moment zal moeten leiden tot het oordeel dat inderdaad sprake is van het onnodig dan wel onevenredig lang ongebruikt blijven van frequenties’.¹² In dat geval was aan een tussentijdse verdeling niet te ontkomen. Op 14 november 2001 zag de president aanleiding concrete data te noemen. Hij meende dat met het tijdschema dat de landsadvocaat ter zitting had gepresenteerd – een veiling in mei/juni 2002 – ‘de grens van hetgeen rechtens nog aanvaardbaar is, lijkt te zijn bereikt’.¹³ Toen het kabinet in het voorjaar van 2002 besloot de bestaande machtigingen nog eens met een jaar te verlengen, was de maat vol. In een opmerkelijke uitspraak van 24 juli 2002 oordeelde de Rotterdamse president – inmiddels voorzieningenrechter geheten – dat op zeer korte termijn een veiling moest plaats vinden.¹⁴

De uitspraak van 24 juli 2002 liet een interessante botsing zien tussen rechtspraak en politiek. Drie weken eerder had kabinetsinformatuur Donner het ‘strategisch akkoord’ voor een kabinet van CDA, LPF en VVD naar de Tweede Kamer gezonden. Hierin was de afspraak opgenomen dat het nieuwe kabinet de radiofrequenties zou verdelen op basis van een vergelijkende toets. Op 4 juli 2002 was het akkoord door de Tweede Kamer aanvaard. Moest nu toch een veiling worden georganiseerd? Het kabinet Balkenende-I voelde er niets voor het strategisch akkoord op te offeren. In ijlt tempo heeft het kabinet een wijziging van het Frequentiebesluit bevorderd, inhoudende dat bij een verdeling van omroep-frequenties een vrije keuze bestaat tussen het instrument van de veiling en dat van de vergelijkende toets.¹⁵ Met een verwijzing naar de nieuwe situatie heeft het kabinet vervolgens om opheffing van de voorlopige voorziening gevraagd. Dat verzoek heeft de Rotterdamse voorzieningenrechter ingewilligd op 11 oktober 2002, zodat de weg naar een vergelijkende toets vrij lag.¹⁶ Een rechter moet

¹² Pres.Rb. Rotterdam 15 augustus 2001, AB 2002, 156.

¹³ Pres. Rb. Rotterdam 14 november 2001, AB 2002, 157 en *Mediaforum* 2002-1, nr. 2. Zie ook Pres. Rb. Rotterdam 22 november 2001, AB 2002, 158.

¹⁴ Vzv. Rb. Rotterdam 24 juli 2002, AB 2002, 326 en *Mediaforum* 2002-9, nr. 34.

¹⁵ KB van 12 september 2002, *Stb.* 467.

¹⁶ Vzv. Rb. Rotterdam 11 oktober 2002, AB 2003, 118 en *Mediaforum* 2002-11/12, nr. 46.

inderdaad wel heel sterke argumenten hebben om een uitdrukkelijke wens van regering en Tweede Kamer te dwarsbomen. Dat zou alleen te rechtvaardigen zijn bij een dreigende inbreuk op fundamentele rechtsnormen, bijvoorbeeld de vrijheid van meningsuiting.

Wat heet censuur?

In mei 2003 kwam dan eindelijk de herverdeling van radiofrequenties voor commerciële omroep tot stand. Overeenkomstig het strategisch akkoord van het eerste kabinet Balkenende gebeurde dit op basis van een vergelijkende toets. De inrichting van de toets was vastgelegd in een viertal organisatiebesluiten van de minister van OCW en de minister van Economische Zaken, die de portefeuille 'telecommunicatie' had overgenomen van de minister van Verkeer en Waterstaat. In het jargon worden de vier organisatiebesluiten aangeduid als het Bekendmakingsbesluit, de Regeling aanvraag en vergelijkende toets vergunningen commerciële radio-omroep 2003 (Regeling AVT), de Regeling aanwijzing en gebruik frequentieruimte commerciële radio-omroep 2003 (Regeling AGF) en de Regeling vaststelling eenmalig bedrag landelijke commerciële radio-omroep 2003 (Regeling VEB).¹⁷ De kwalificatie als 'regeling' is een beetje misleidend, want de Rotterdamse voorzieningenrechter oordeelde dat het geen algemeen verbindende voorschriften of beleidsregel waren.¹⁸ Belangrijk is dat sommige kavels werden 'geclausuleerd', dat wil zeggen geormerkt voor een bepaald soort programma's. Wie een significant beter plan indiende dan andere gegadigden zou voorrang krijgen. Bij gelijke kwaliteit was de hoogte van een financieel bod doorslaggevend.

Nu kan men zich de vraag stellen of een inhoudelijke beoordeling van het voorgenomen programmabeleid in overeenstemming is met artikel 7, tweede lid, van de Grondwet. De laatste zin daarvan luidt: 'Er is geen voorafgaand toezicht op de inhoud van een radio- of televisieuitzending'. Jan de Meij en ik hebben in het verleden regelmatig gediscussieerd over de reikwijdte van deze bepaling. Voorafgaande controle op het redactionele beleid van een dagblad zou zonder meer in strijd zijn met artikel 7, eerste lid, van de Grondwet. Om het verschil tussen omroep en pers niet te groot te laten zijn, pleitte ik voor een ruime uitleg van het tweede lid. Een vergunningstelsel met inhoudelijke voorschriften dat door de regering zelf wordt ontworpen, vastgesteld en toegepast was naar mijn mening uit den boze. De Meij bracht daartegen in dat artikel 7, tweede lid, van de Grondwet expliciet een uitzondering maakt voor radio en televisie. Blijkens de parlementaire geschiedenis heeft de grondwetgever van 1983 alleen voorafgaand toezicht op concrete programma's willen verbieden, niet een vergunningstelsel als zodan-

¹⁷ *Stcrt.* 24 december 2002, 248, p. 67 (Bekendmakingsbesluit). *Stcrt.* 26 februari 2003, 40, p. 19 (Regeling AVT). *Stcrt.* 26 februari 2003, 40, p. 34 (Regeling AGF). *Stcrt.* 26 februari 2003, 40, p. 37 (Regeling VEB).

¹⁸ *Vzr. Rb. Rotterdam* 13 mei 2003, *Mediaforum* 2003-7/8, nr. 37. De verzoeken om een voorlopige voorziening werden echter alle afgewezen.

nig.¹⁹ De jurisprudentie volgt tot dusver dezelfde lijn. Zo oordeelde de Rotterdamse rechtbank in 1999 dat een vergelijkende toets geen strijd met artikel 7, tweede lid, Grondwet oplevert. De rechtbank overwoog:²⁰

‘Het is niet in strijd met de vrijheid van meningsuiting om voorkeuren voor bijzondere soorten programma’s een rol te laten spelen bij de verdeling van etherfrequenties. Er is sprake van een feitelijk gegeven dat bij de afweging van belangen een rol speelt en niet van een met artikel 7, tweede lid, van de Grondwet dan wel artikel 10 EVRM strijdige inmenging in de inhoud van programma’s (..)’

Vanuit een oogpunt van vrijheid van meningsuiting is het een slechte zaak wanneer de overheid een onbegrensde vrijheid zou hebben om te beslissen wie een frequentie mag gebruiken en wie niet. Het schrikbeeld is een regering die alleen frequenties toewijst aan omroepen die haar beleid ondersteunen en oppositionele geluiden uit de ether weert. Of een regering die alleen a-politiek amusement toelaat om te voorkomen dat het publiek te veel over het beleid gaat nadenken. Verschillende Europese landen kennen dan ook een grondwettelijke plicht voor de overheid om zorg te dragen voor een geschakeerde omroep.²¹ Een daartoe strekkend voorstel van de staatscommissie Cals-Donner is niet in de Nederlandse grondwet overgenomen, omdat de regering het richtsnoer van een geschakeerde omroep ‘te vaag’ achtte. Toch kan men wel degelijk volhouden dat een zorgplicht voor de pluriformiteit behoort tot het Nederlandse constitutionele recht. Het *Lentia*-arrest van het EHRM sprak in verband met artikel 10 EVRM over ‘the principle of pluralism, of which the State is the ultimate guarantor’. Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie van 2000 is nog explicieter. Artikel 11, tweede lid, van het Handvest luidt: ‘De vrijheid en de pluriformiteit van de media worden geëerbiedigd’.

De meest uitvoerige jurisprudentie over de grondwettelijke aspecten van het omroepbeleid treft men aan in Duitsland. In diverse arresten heeft het Bundesverfassungsgericht een gedetailleerde uitleg gegeven aan de omroepclausule van artikel 5 GG. Hierin leest het BVerfG zowel een onthoudingsplicht als een zorgplicht. Consequent waakt het BVerfG voor de ‘Staatsfreiheit’ van de omroep. Zo heeft het hof in diverse arresten bepaald dat de organisatie van de omroep een taak is voor de parlementaire wetgever van de deelstaten. Delegatie van regelgevende bevoegdheid aan de regering is niet toegestaan.²² Bovendien mag de regering zich in beginsel niet bemoeien met de uitvoering van de wet. Bevoegdheden zoals het verlenen van zendmachtigingen en het opleggen van sancties moet de wetgever

¹⁹ Zie J.M. de Meij, ‘De beperkte waarde van artikel 7 Grondwet’, in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), *De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg* (Burkens-bundel), W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 118.

²⁰ Rb. Rotterdam 11 november 1999, *Mediaforum* 2000-1, nr. 4. Het hoger beroep van Arrow Classic Rock tegen deze uitspraak is door het CBB verworpen op 27 februari 2002, AB 2002, 320. Het CBB besteedde geen aandacht aan artikel 7 Grondwet.

²¹ A.W. Hins, a.w., p. 268-279.

²² Zie o.a. het derde en vierde Rundfunkurteil, BVerfGE 57, 295 [321 en 326-327] en BVerfGE 73, 118 [153 en 183].

opdragen aan een onafhankelijke autoriteit. Eén arrest had expliciet betrekking op de wijze waarop etherfrequenties worden verdeeld. In het zogeheten zesde ‘Rundfunkurteil’ ging het om een wet van de deelstaat Nordrhein-Westfalen, die het toewijzen van frequenties had opgedragen aan de ‘Landesregierung mit Zustimmung des Hauptausschusses des Landtags’. Ook deze constructie was in strijd met artikel 5 GG. Het vereiste van een parlementaire goedkeuring is niet voldoende om de ‘Staatsfreiheit’ van de omroep te waarborgen.²³

Das Erfordernis der Zustimmung des Hauptausschusses des Landtages ist nicht geeignet, die verfassungsrechtlichen Bedenken auszuräumen. Der aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG abgeleitete Grundsatz der Staatsfreiheit des Rundfunks bezieht sich nicht nur auf die Exekutive, sondern auch auf die Legislative (vgl. BVerfGE 73, 118 [182]). Auch der Gesetzgeber ist Teil der Staatsgewalt und unterliegt als solcher der öffentlichen Kritik und Kontrolle. Da diese wiederum wesentlich von der Freiheit der Medien abhängt, darf auch dem Parlament und seinen Unterorganen kein Einfluß auf die Programme der Rundfunkveranstalter eingeräumt werden. Auf die Frage, ob § 3 LRG auch gegen den Grundsatz des Gesetzesvorbehalt verstößt, kommt es danach nicht mehr an.

Hoewel deze jurisprudentie natuurlijk los staat van artikel 7, tweede lid, van de Grondwet, is het adagium ‘overheid op afstand’ wel enigszins tot Nederland doorgedrongen. De parlementaire debatten voorafgaand aan de vergelijkende toets van 2003 tonen dat aan. In een algemeen overleg op 17 en 18 december 2002 suggereerde de Tweede Kamer de vergelijkende toets te laten voorbereiden door een onafhankelijke commissie. Aan deze wens heeft het kabinet na enige aarzeling gevolg gegeven.²⁴ Zo werd de commissie-Franken ingesteld, die niet alleen heeft geadviseerd bij de totstandkoming van de hierboven genoemde Regelingen AVT, AGF en VEB, maar die ook een voordracht heeft gedaan voor de uiteindelijke verdeling. Op 19 februari 2003 was er weer een algemeen overleg met de staatssecretarissen Van Leeuwen (OCW) en Wijn (EZ), een dag later gevolgd door een debat in de plenaire Kamer.²⁵ Tijdens dat debat werd onder meer een motie Bakker/Heemskerk aangenomen.²⁶ De motie vroeg de regering af te zien van haar voornemen in de vergunningvoorwaarden twee strafrechtelijk georiënteerde eisen op te nemen, namelijk de eis dat de openbare orde niet mag worden verstoord en dat bevolkingsgroepen niet tegen elkaar mogen worden opgezet.²⁷ Volgens de Kamer zouden dit geen zaken zijn waarop de regering toezicht moet uitoefenen, maar de strafrechter. De regering heeft ook deze wens ingewilligd.

²³ Arrest van 4 februari 1991, BVerfG 83, 238. Zie ook Media Perspektiven Dokumentation I/1991. Het citaat is te vinden op Media Perspektiven Dokumentation I/1991, p. 41.

²⁴ *Kamerstukken II*, 2002/03, 24095, nr. 118. Zie ook de brief van de staatssecretarissen van OCW en EZ d.d. 19 december 2002, *Kamerstukken II*, 2002/03, 24095, nr. 114.

²⁵ *Kamerstukken II*, 2002/03, 24095, nr. 132 en Handelingen II, 20 februari 2003, p. 3153-3161 en 3166-3168.

²⁶ *Kamerstukken II*, 2002/03, 24095, nr. 128.

²⁷ Kritiek op dergelijke voorwaarden werd geuit door Nico van Eijk, ‘Geen frequenties voor onruststokers’, *Mediaforum* 2002-11/12, p. 352-354. Zij kwamen voor in het ontwerp van de Regeling AVT, maar in de definitieve tekst zijn zij geschrapt.

Publiek en privaat

De eerste jaren na 1991 was het beleid met betrekking tot de verdeling van omroepfrequenties er vooral op gericht de belangen van de publieke omroep te beschermen. Commerciële radio mocht slechts de kruimels – het woord ‘rest-frequenties’ zegt het al – oppikken, nadat de publieke omroep was uitgegeten. Bovendien stelde de overheid alles in het werk om te voorkomen dat commerciële omroepen met een populaire programmering veel luisteraars zouden wegtrekken. Kortom, de commerciële omroep was de underdog, terwijl de publieke omroep de rol van luie veelvraat speelde. Na enkele rechtszaken is het beeld echter gekanteld. Vanaf 1997 werd het zelfs beleid ‘de concurrentiepositie van de landelijke commerciële omroepen jegens de publieke omroep te versterken’.²⁸ Op lokaal en regionaal niveau voltrok zich een vergelijkbare omslag. Men kan zich de vraag stellen of de omkering van rollen niet te ver is doorgeschoten. Zijn de aanspraken van de publieke omroep op goede frequenties niet te veel opgeofferd ten behoeve van de commerciële? Deze paragraaf heeft als doel de belangrijkste ontwikkelingen in kaart te brengen, waarbij wederom een vergelijking met de jurisprudentie van het Duitse Bundesverfassungsgericht zal worden gemaakt.

Aanvankelijk was het uitgangspunt dat alle omroepzenders in Nederland zouden moeten worden beheerd door de NV Nozema. Deze opvatting beruiste op een verkeerde uitleg van de Radio-Omroep-Zenderwet 1935, waarin een algemeen monopolie, resp. een voorkeursrecht, voor de vennootschap werd gelezen.²⁹ Ook de Commissie Etherfrequenties ging daarvan uit, toen zij in 1992 voorstelde de toewijzing van restfrequenties te ‘concentreren’ bij de NV Nozema.³⁰ Vanuit EG-rechtelijk perspectief kleefden aan dit voorstel grote risico’s, want de Nozema was een gemengd bedrijf van de Staat en de publieke omroep. Bij belangrijke beslissingen hadden vertegenwoordigers van de NOS bovendien een veto-recht.³¹ Het bevorderen van een machtspositie van de Nederlandse publieke omroep bij de toelating van concurrerende programma’s uit andere EG-lidstaten zou makkelijk in strijd kunnen komen met het vrije dienstenverkeer. De Commissie Etherfrequenties onderkende deze risico’s ook, maar meende de klippen te kunnen omzeilen. Zij drong bijvoorbeeld aan op spoedig overleg met de Europese Commissie.³² In een uitspraak van 27 januari 1993 maakte het College van Beroep voor het bedrijfsleven echter aan alle illusies een eind. Zonder aandacht te besteden aan het EG-

²⁸ Verwijzend naar dit beleid kon het CBB billijken dat bij de verdeling van 1997 de voorkeur was gegeven aan sterke commerciële omroepen met een bewezen luisterpubliek. Zie CBB 27 februari 2002, AB 2002, 320. In een brief aan de Tweede Kamer van 2 februari 1998 herinnerde ook de minister van V&W aan dit beleid, *Kamerstukken II*, 1997/98, 24095, nr. 16.

²⁹ De ROZ-wet van 1935 is ingetrokken bij wet van 2 november 2000, *Stb.* 491.

³⁰ Commissie Etherfrequenties, a.w., p. 20-21, p. 133-135.

³¹ A.W. Hins, a.w., p. 195.

³² Commissie Etherfrequenties, a.w., p. 141-142.

recht besliste het CBB dat de Nozema reeds volgens de ROZ-wet niet bevoegd was te besluiten over het gebruik van frequenties voor commerciële omroep.³³

Bescherming van de publieke omroep speelde ook een belangrijke rol bij de eerste 'echte' vergelijkende toets van 1994. De selectieprocedure werd voorbereid en uitgevoerd door de minister van WVC, hoewel de minister van Verkeer en Waterstaat het bevoegde bestuursorgaan was. In een brochure was als belangrijkste selectie criterium aangekondigd 'de vergroting van de diversiteit van het totale programma-aanbod'. Programma's die nog niet via de ether waren te beluisteren zouden dus de voorkeur krijgen boven het zoveelste middle-of-the-road programma met een muziekje en een praatje. Om het overdreven te zeggen: experimentele brom- en knormuziek of praatprogramma's over de religie van de Hottentotten zouden hoge ogen gooien, want daar durft zelfs de publieke omroep niet aan te beginnen. In een beroepszaak aangespannen door Sky Radio verwees het College van Beroep voor het bedrijfsleven dit beleid terecht naar de prullenbak. Het is niet de taak van commerciële omroepen de gaten op te vullen die de publieke omroep laat vallen. Eerder is het omgekeerde het geval. In zijn uitspraak van 22 maart 1995 onderscheidde het College drie soorten grenzen aan de boordelingsvrijheid van de overheid: a. beperkingen inherent aan de telecommunicatiewetgeving, b. het vereiste, gesteld bij artikel 3:4 van de Awb en c. eisen voortvloeiend uit het EG-verdrag. Wat dit laatste betreft overwoog het College onder meer³⁴:

'In dit verband overweegt het College voorts dat de rechtvaardiging van zekere voorkeuren van programmatische aard uit hoofde van een daarmee nagestreefd algemeen maatschappelijk belang, met betrekking tot zendmachtigingen voor commerciële omroep niet in beslissende mate afhankelijk mag zijn van het programma-aanbod van publieke omroeporganisaties'.

Na deze uitspraak kregen de populaire zenders Sky Radio en Radio 538 hun felbegeerde FM-frequenties.³⁵ Duidelijk was dat bij de eerstvolgende verdeling ook andere succesvolle commerciële omroepen aan bod zouden komen. Nog in hetzelfde jaar stelden de Tweede Kamerleden Middel (PvdA) en Verhagen (CDA) een amendement voor ter aanvulling van de Mediawet, waardoor de publieke omroep een minimum aan frequentieruimte gegarandeerd zou krijgen.³⁶ De indieners duiden deze garantie aan als een 'voorkeursrecht', maar het is juister te spreken van een 'voorrangsrecht'. De publieke omroep mocht de frequenties namelijk niet zelf uitkiezen. Het amendement werd aangenomen en leidde tot een

³³ CBB 27 januari 1993, AB 1994, 31 en *Mediaforum* 1993-5, p. B57-B61. Het standpunt van het CBB is overgenomen in ARRvS 19 maart 1993, *Mediaforum* 1993-5, p. B63-B64, alsmede p. B61-B62. Zie ook *Computerrecht* 1993-3, p. 119-128.

³⁴ CBB 22 maart 1995, *Mediaforum* 1995-4, p. B57-B64, r.o. 7.2.1.

³⁵ Hiertegen is zonder succes geprocedeerd door Arcade, Veronica en de NOS. Zie CBB 24 januari 1996, *Mediaforum* 1996-3, p. B44-B48.

³⁶ *Kamerstukken II*, 1995/96, 24336, nr. 12. De toelichting bij het amendement sprak van een 'voorkeursrecht' voor publieke omroepen.

nieuw artikel 167b van de Mediawet.³⁷ Bij wet van 5 juli 1997 werd de bepaling verplaatst naar artikel 82d van de Mediawet.³⁸ Ook daar zou het voorrangrecht geen rust vinden, want even later besloot de wetgever dat het recht beter in de Telecommunicatiewet paste. Vanaf 1998 treffen wij het voorrangrecht van de publieke omroep dan ook aan in artikel 3.3, tweede en derde lid, Tw.³⁹ In 2000 is de regeling in die zin uitgebreid dat de minister van Verkeer en Waterstaat (thans EZ), in overeenstemming met het gevoelen van de ministerraad, het voorrangrecht kan uitbreiden naar programma's die niet tot de kerntaak van de publieke omroep behoren⁴⁰.

In de jurisprudentie wordt het voorrangrecht zeer beperkt uitgelegd. Bij de vergelijkende toetsen van 1997 en 1998 verdeelde de overheid betrekkelijk omvangrijke pakketten frequenties onder landelijke, resp. regionale, commerciële omroepen (pakket I, resp. pakket II). De landelijke publieke omroep heeft zich daartegen niet verzet. Die is met vijf radionetten ook redelijk goed bedeed. Het waren de publieke lokale en regionale omroepen die in het geweer kwamen. Tegen de bestemming van pakket I verzocht de Zuid-Hollandse publieke omroep Radio West een voorlopige voorziening bij de president van de rechtbank te Rotterdam. Radio West had het plan om één van de FM-frequenties uit pakket I te gebruiken voor een tweede radioprogramma, speciaal gericht op jongeren. Op 4 november 1997 wees de president het verzoek af, omdat hij een 'geprivilegeerde positie' voor Radio West niet gerechtvaardigd achtte.⁴¹ Tegen de bestemming van pakket II is tot in hoogste instantie geprocedeerd door onder meer de Amsterdamse lokale omroep Salto en de vereniging OLON. In een aantal Nederlandse gemeenten kunnen de publieke lokale omroepen niet hun hele verzorgingsgebied bestrijken, omdat de toegewezen frequentie niet sterk genoeg is. De redenering van Salto c.s. was: nieuwe frequenties moeten eerst worden gebruikt om onze verzorgingsproblemen op te lossen, pas daarna kunnen commerciële omroepen ze krijgen.

Bij alle instanties vingen de publieke lokale omroepen bot. Na een nederlaag bij de president van de rechtbank⁴² en twee negatieve uitspraken van de rechtbank in de bodemprocedure,⁴³ oordeelde het College van Beroep voor het bedrijfsleven op 7 augustus 2002 als volgt:⁴⁴

'Zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, kent noch art. 3.3, lid 3 aanhef en onder d, Tw., noch het ten tijde van de primaire besluiten in het kader van de pakket II-verdeling geldende art. 82d, lid 1 aanhef en onder c, Mediawet aan publieke lokale omroepen een absoluut recht toe op een volledige dekking en evenmin een recht op

³⁷ Wet van 4 april 1996, *Stb.* 219. De Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel sprak eveneens van een 'voorkeursrecht'. *Kamerstukken II*, 1995/96, 24808, nr. 3, p. 7.

³⁸ Wet van 5 juli 1997, *Stb.* 336.

³⁹ Wet van 19 oktober 1998, *Stb.* 610.

⁴⁰ Wet van 23 maart 2000, *Stb.* 138.

⁴¹ Pres.Rb. Rotterdam 4 november 1997, *Mediaforum* 1998-1, nr. 5.

⁴² Pres. Rb. Rotterdam 25 juni 1998, *Mediaforum* 1998-7/8, nr. 40.

⁴³ Rb. Rotterdam 28 juli 1999, *Mediaforum* 1999-9, p. 226 en Rb. Rotterdam 2 april 2001, AB 2002, 155 en *Mediaforum* 2001-7/8, nr. 33.

⁴⁴ CBB 7 augustus 2002, AB 2003, 170.

een kwalitatief hoogwaardige frequentie of een recht van eerste voorkeur bij het beschikbaar komen van (een) frequentie(s). Het aan publieke omroepen toekomende wettelijke recht vindt immers zijn uitdrukkelijke begrenzing in hetgeen technisch mogelijk is enerzijds en in een doelmatig gebruik van het frequentiespectrum anderzijds’.

Naar mijn smaak had de maatschappelijk taak van de publieke omroep wel iets meer aandacht verdient. Zou het CBB, mede gezien zijn naam, meer affiniteit hebben met het bedrijfsleven dan met de publieke sector? Een uitspraak van 27 februari 2002 wekt bijna die suggestie. Uitdrukkelijk overwoog het college dat bij de frequentieverdeling van 1997 ‘het – niet onaanvaardbaar te achten – verlangen voorop stond de concurrentiepositie van de landelijke commerciële omroepen jegens de publieke omroep te versterken’.⁴⁵ Toegegeven, de woorden ‘niet onaanvaardbaar’ klinken zuinig. Het bevorderen van concurrentie tegenover de publieke omroep zou in Duitsland echter volmondig zijn afgekeurd. Het Bundesverfassungsgericht eist in vaste rechtspraak dat eerst de publieke functie van het verschijnsel omroep, de ‘Grundversorgung’, is gegarandeerd. Pas daarna kunnen commerciële gebruiksmogelijkheden aan bod komen. Sterker nog, commerciële omroepen moeten blij zijn dat er publieke omroep bestaat, anders hadden zij zelf de verplichting gekregen kostbare programma’s met weinig reclame-opbrengsten uit te zenden. Een bekende overweging van het BVerfG luidt:⁴⁶

‘Solange und soweit jedoch die Wahrnehmung der genannten Aufgaben jedenfalls durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk wirksam sichergestellt ist, erscheint es gerechtfertigt, an die Breite des Programmangebots und die Sicherung gleichgewichtiger Vielfalt im Privaten Rundfunk nicht gleich hohe Anforderungen zu stellen wie im öffentlich-rechtlichen Rundfunk’.

De verhouding publiek-privaat speelt tenslotte een rol bij het vraagstuk van de dubbele distributie: het op meerdere zendernetten uitzenden van eenzelfde programma. Vroeger had het publieke programma Radio 1 een dubbele distributie via een landelijk dekkend FM-net en via de middengolf. Was dit een verspilling van schaarse frequenties? Of vormden de technische verschillen een rechtvaardiging? FM-zenders geven een betere geluidskwaliteit, maar de middengolf heeft een groter bereik. Nuttig voor vrachtwagenchauffeurs en campingbezoekers in Noord-Frankrijk, die op de hoogte willen blijven van het Nederlandse nieuws. De Commissie Etherfrequenties heeft desgevraagd op 27 april 1993 een genuanceerd tweede advies uitgebracht met de titel ‘Verdeelde frequenties; verdubbelde distributie?’.⁴⁷ Sedertdien zijn er nog vele Kamerdebatten over de kwestie gehouden, niet gekenmerkt door een consequente lijn. Deze bijdrage mag echter niet te lang worden. Laat ik volstaan met de opmerking dat er in 2001 een genuanceerd

⁴⁵ CBB 27 februari 2002, AB 2002, 320.

⁴⁶ Aldus het BVerfG in het vierde Rundfunkurteil van 4 november 1986 (‘Niedersachsen’), BVerfGE 73, 118 (158-159).

⁴⁷ Het advies werd overgenomen door minister van WVC blijkens haar brief aan de Tweede Kamer d.d. 16 juni 1993, *Kamerstukken II*, 1992/93, 22147, nr. 36, p. 10-11.

compromis is uitgerold.⁴⁸ Formeel is er geen dubbele distributie, maar materieel een beetje. Sommige programma-onderdelen van Radio 1, zoals de nieuwsblokjes en de actualiteitenrubriek 'Radio 1-journaal' worden gelijktijdig via het FM-zendernet en via de middengolfzender 747AM (het vroegere Radio 5) uitgezonden.

Tenslotte

'Het hoort bij een optimistisch wereldbeeld dat regelmatig voorspellingen worden gedaan over het opheffen van schaarste van goederen.' Dit schreef minister d'Ancona van WVC op 6 juni 1991 in de nota Publieke omroep in Nederland.⁴⁹ Haar eigen taxatie was dat de schaarste aan etherfrequenties in 'de nabije toekomst' nog wel een rol zou spelen. Enkele dagen later benaderde zij het driemanschap Donner, De Meij en Mortelmans om haar te adviseren. Weinigen zullen verwacht hebben dat de verdelingsvragen die de commissie onder hoge tijdsdruk moest beantwoorden, twaalf jaar later, bij het emeritaat van Jan de Meij, nog aktueel zouden zijn. De optimistische Jan de Meij zeker niet. Moge hij zijn optimisme blijven houden.

Amsterdam, oktober 2003

⁴⁸ Zie onder veel meer de motie Atsma c.s., *Kamerstukken II*, 2000/01, 24095, nr. 79, aangenomen door de Tweede Kamer op 5 juli 2001 (Handelingen II, p. 6070).

⁴⁹ *Kamerstukken II* 1990/91, 22147, nr. 2, p. 7.