

Neventaakfinanciering, staatssteun en de toekomst van de publieke omroep: *back to basics?*

De financiering van de publieke omroep staat onder druk. Volgens de Europese Commissie lijkt de publieke omroep door overfinanciering geld over te hebben om zich op commercieel terrein te begeven, ten nadele van de commerciële omroepen. Europese staatssteunregels bedreigen nu de 'extra' activiteiten van de publieke omroep, zoals internetsites, belspelletjes en andere niet-kernactiviteiten. De toekomst van de publieke omroep zelf wordt hierdoor niet in gevaar gebracht, maar de scheiding tussen publiek en commercieel zal onder druk van het Europese recht weer scherper worden.¹

Remy Chavannes*

Inleiding

Toen in 1919 het eerste radioprogramma ter wereld werd uitgezonden, was dat een commercieel initiatief.² Vrijwel onmiddellijk trachtte de politiek de omroep naar zich toe te trekken en in de loop van enkele decennia ontwikkelde zich een door de overheid gefinancierde en gecontroleerde landelijke (en later ook regionale en lokale) omroep, via de radio en later ook via de televisie. De stevige politieke bemoeienis met de omroep werd vooral ingegeven door vrees voor de kracht van het nieuwe medium en de noodzaak de schaarse etherruimte op billijke wijze te verdelen, zodanig dat de belangrijkste zuilen elk hun eigen etherische clubhuis kregen. Publieke radio en televisie werden zo een belangrijk onderdeel en instrument van de verzuilde samenleving. Volstreekte non-commercialiteit was en blijft het uitgangspunt.

De realiteit is genuanceerder. Met de invoering van reclame in 1967 is het commerciële pad voorzichtig ingeslagen. De publieke omroep ging concurreren op de advertentiemarkt en kreeg dus ook een commercieel belang bij hoge kijkcijfers. Toen in 1989 de commerciële omroep zijn bestaan in Nederland had bevochten met een aantal dramatische procedures³ en in 1991 een wetwijziging werd doorgevoerd,⁴ ontstond politieke druk op de publieke omroep om zich daaraan aan te passen en de concurrentie om de kijkcijfers aan te gaan. Aan de ene kant moest de publieke omroep vooral die programma's maken die de commerciële omroep niet (zouden) maken. De specifieke wettelijke programmaopdracht is immers de basisrechtvaardiging voor het hebben van een publiek gefinancierde omroep. Maar de programma's die de commerciële omroep

niet maken zijn nou juist de programma's waar relatief weinig mensen naar kijken. Voor veel politieke partijen riekte dat teveel naar 'belastingcenten naar elitaire programma's waar de gewone man niet op zit te wachten'. De politiek wil dat de publieke omroep unieke en kwalitatief hoogstaande programma's maakt, ook over 'moeilijke' onderwerpen, maar wil tegelijkertijd dat het resultaat massaal bekeken wordt. Voor die paradox is nooit een oplossing gevonden. Het gevolg is geweest dat de publieke omroep steeds meer op de commerciële omroep is gaan lijken en zich zo doende steeds meer als commerciële omroep is gaan gedragen, inclusief het ontwikkelen van internetsites, interactieve spelletjes via betaalnummers, participaties in commerciële bedrijven en zelfs de overname van commerciële omroepen.

In dit artikel beschrijf ik de commerciële speelruimte die de wetgever aan de publieke omroep heeft gegeven en de wijze waarop zij niet alleen de geboden vinger maar ook de bijbehorende hand heeft beetgepakt. Dat brengt mij vanzelf op de wijze waarop deze ontwikkeling nu, vooral onder druk van het Europese recht, begint te worden teruggedrongen. De toekomstige inrichting van de publieke omroep staat op het spel.

De commercialisering van de publieke omroep

De publieke omroep wordt in de praktijk gefinancierd uit vier bronnen: de inkomsten uit STER-reclame, de Rijksomroepbijdrage, rente-inkomsten uit de Algemene omroepreserve en andere inkomsten uit onder meer sponsoring, uitgave van

* Mr. R. D. Chavannes is advocaat bij Stibbe te Amsterdam en is redacteur van dit blad. Een versie van dit artikel verschijnt in *Media & Recht* (Jonge Balie Congresbundel 2004), Utrecht 2004, p. 1-15. Het kantoor van de auteur is betrokken bij een aantal van de besproken zaken (zie noot 20).

¹ Zie eerder in *Mediaforum* over dit onderwerp onder andere K.J.M. Mortelmans en M. Wezenbeek-Geuke, 'Staatssteun in de Nederlandse omroepsector en de artikelen 92-93 EG Verdrag', *Mediaforum* 1997-7/8, p. 104-112 en P.J. Kreijger, 'De

financiering van de publieke omroep in Europa: nieuw beleid van de Europese Commissie', *Mediaforum* 2003-3, pp. 82-87.

² Voor een overzicht van het ontstaan van de publieke omroep en de geschiedenis van mediaregulering in de twintigste eeuw, zie E. J. Dommering (red.), *Informatierecht. Fundamentele rechten voor de informatiesamenleving*, Cramwinckel 2000.

³ Voor een heel kort overzicht, zie E. J. Dommering, 'One, two, three o'clock, Cable One around the clock', *Mediaforum* 1989-2, p. 13.

programmabladen en uit de hieronder te bespreken nevenactiviteiten. De Rijksomroepbijdrage is een betaling uit de algemene middelen die in de plaats is getreden van het in 2000 afgeschafte Kijk- en luistergeld. De Algemene omroepreserve is bedoeld om fluctuerende reclame-inkomsten te compenseren. Naast deze structurele financiering is er ook zogenoemde ad-hocfinanciering: betalingen door de minister uit de Algemene omroepreserve aan de individuele omroepen en aan het door de NOS beheerde Fonds omroepreserve op grond van artikelen 106a en 170c van de Mediawet (Mw). Tussen 1996 en 2002 is € 261 miljoen ad hoc betaald,⁵ onder meer ten behoeve van de internetactiviteiten van de publieke omroep.⁶

Het systeem van nevenactiviteiten en neventaken

De Mediawet maakt wat betreft de taken en activiteiten van de publieke omroep inmiddels een onderscheid tussen hoofdtak, neventak en nevenactiviteit.

De *hoofdtak* van de publieke omroep staat in artikel 13c lid 1 Mw en behelst het 'verzorgen van een pluriform en kwalitatief hoogstaand aanbod van programma's voor algemene omroep op het gebied van informatie, cultuur, educatie en verstrooiing en deze uit te (doen) zenden op open netten.' Krachtens artikel 82i lid 1 Mw worden de programma's voor de landelijke publieke omroep kosteloos via de kabel gedistribueerd. Alle landelijke publieke zenders worden door de overheid gefinancierd (artikelen 101 en 102 Mw).

Alle activiteiten die niet rechtsreeks verband houden met of ten dienste staan van de uitoefening van de hoofdtak worden op grond van artikel 57 lid 1 Mw aangemerkt als *nevenactiviteiten*. De regeling voor nevenactiviteiten is in 1997 in de huidige vorm in de Mediawet geïntroduceerd.⁷ Voorheen gold een algemeen verbod voor nevenactiviteiten, waarop slechts onder strikte voorwaarden uitzonderingen mogelijk waren.⁸ In toelichting wordt duidelijk uiteengezet wat de bedoeling van de verruiming van het regime voor nevenactiviteiten was:

De kernactiviteit van de publieke omroep is gelegen in het leveren van een pluriform, kwalitatief hoogstaand en niet-commercieel omroepprogramma-aanbod aan het gehele Nederlandse publiek. Daarnaast maakt de combinatie van nieuwe technische mogelijkheden en ontwikkelingen op het terrein van de acquisitie en exploitatie van programmarechten de vraag actueel of de publieke omroep zijn missie nog wel uitsluitend via 'broadcasting' kan vervullen. Indien bijvoorbeeld de rechten van bepaalde programma's niet langer voor omroep-uitzending gericht op het algemene publiek kunnen worden verkregen, kan het wenselijk zijn dat de publieke omroep een deel van het publieke programma-aanbod op een andere wijze aan de burger aanbiedt. Steeds zal dan getoetst moeten worden of dat in het verlengde van de hoofdtak nuttigen

*nodig is en of er naast of in plaats van een aanbod uit de markt behoefte is aan een publiek aanbod van nieuwe mediadiensten.*⁹

Er zijn op grond van het huidige wettelijke regime geen bij voorbaat verboden nevenactiviteiten meer en de voorheen noodzakelijke ex ante toetsing aan nut, noodzaak en marktbehoefte is vervallen. Artikel 57a lid 1 Mw bepaalt dat publieke omroepen alleen nevenactiviteiten mogen verrichten, als:¹⁰

- het verrichten van de nevenactiviteit geen nadelige invloed heeft of kan hebben op de uitvoering van de hoofdtak (de zogenoemde schadetoets);
- de nevenactiviteit verband houdt met of ten dienste staat van de hoofdtak (de relatietoets);
- het verrichten van de nevenactiviteit niet leidt of kan leiden tot concurrentievervalsing ten opzichte van andere aanbieders van dezelfde of vergelijkbare goederen of diensten (de concurrentietoets).¹¹

Een vierde voorwaarde volgt uit artikel 55 Mw:

- met het verrichten van de nevenactiviteit mag de omroep zich niet dienstbaar maken aan het maken van winst door derden (de dienstbaarheidstoets).

Sinds 2000 bestaat er nog een speciale vorm van nevenactiviteit: de *neventak*. Artikel 13c lid 3 Mw bepaalt dat publieke omroepen mede invulling kunnen geven aan hun hoofdtak door 'te voorzien in andere wijzen van aanbod en verspreiding van programmamateriaal'. Het cruciale verschil tussen neventaken en andere nevenactiviteiten is gelegen in de financiering. Neventaken mogen uit de publieke omroepmiddelen worden bekostigd, andere nevenactiviteiten mogen dat niet en moeten dus kostendekkend zijn (artikel 104 Mw). Om als neventak te kwalificeren en dus aanspraak te kunnen maken op financiering moet een activiteit niet alleen voldoen aan de genoemde vier voorwaarden die gelden voor alle nevenactiviteiten, maar ook nog gelden als een wijze van invulling geven aan de hoofdtak, het verzorgen van een pluriform en kwalitatief hoogstaand aanbod van programma's voor algemene omroep. Een neventak staat dus veel dichter bij de hoofdtak dan een 'gewone' nevenactiviteit.¹²

Achtergrond van de invoering van de neventak is dat men wilde dat de publieke omroep over de mogelijkheden zou beschikken om, naast een veelzijdig ongericht aanbod voor een algemeen publiek, op de veranderende interesses bij luisteraars in te spelen door het aanbieden van nieuwe, meer geïndividualiseerde diensten:

De gedachte achter het maken van deze indeling is dat neventaken, die verband houden met andere vormen van aanbod en

4 Wet van 18 december 1991, *Stb.* 1991, 769.

5 Zie de hieronder nog te bespreken beschikking van de Europese Commissie van 3 februari 2004, *PbEG C* 61/08, § 49. De beschikking bevat een uitgebreidere uiteenzetting van het systeem van financiering van de publieke omroep.

6 De overheid heeft de laatste jaren circa € 30 miljoen beschikbaar gesteld voor de internetactiviteiten van de publieke omroep. Aanvullende financiering hebben de omroepen zelf aangewend, onder meer uit het programmabudget. De publieke omroep als geheel, de afzonderlijke omroeporganisaties én vrijwel alle afzonderlijke programma's hebben eigen websites gekregen. Daarnaast zijn er omroep- en programmaoverstijgende themasites gekomen, voor kinderen, over gezondheid, etc. Zie het Gezamenlijk Plan Internet 2002 e.v., <http://www.omroep.nl/internetbeleid/gezplanint2002.pdf>.

7 Wet van 5 juli 1997 in verband met de liberalisering van de mediawetgeving, *Stb.* 1997, 336.

8 *Kamerstukken II* 1984/1985, 19 136, nr. 3, p.116.

9 *Kamerstukken II* 1995/1996, 24 808, nr. 3, p. 9; de artikelsgewijze toelichting spreekt van thematische en abonneekanalen en nieuwe (interactieve) diensten, *Kamerstukken II* 1995/1996, 24 808, nr. 3, p. 13.

10 Het Commissariaat voor de Media heeft deze vereisten verder uitgewerkt in de Richtlijn neven- en verenigingsactiviteiten publieke omroep 1999, *Stert.* 1999, 188, gewijzigd bij besluit van 11 december 2001, *Stert.* 2001, 250.

11 In dit kader is van belang dat de Raad van State onlangs heeft bevestigd dat een commerciële omroep belang heeft bij de naleving door de publieke omroep van het beginsel van non-commercialiteit, nu de publieke en commerciële omroepen in elk geval tot op zekere hoogte met elkaar in een directe concurrentieverhouding staan. ABRvS 18 februari 2004, *Mediaforum* 2004-4, nr. 16 m.nt. A.W. Hins (*CvDM/Radio* 538).

12 Zie de Notitie neventaken publieke omroep 2002 van het Commissariaat voor de Media; besluit van 4 december 2001, laatstelijk gewijzigd bij besluit van 8 april 2003, beschikbaar via <http://www.cvdM.nl/documents/notneven2002.pdf>.

gebruik van programmamateriaal, een nauwer verband vertonen met de hoofdtaak dan de nevenactiviteiten. Verder bleek uit het onderzoek [van de werkgroep Markt en Overheid] dat bepaalde activiteiten waarvan iedereen van mening is dat de publieke omroep daaraan moet kunnen meedoen, zoals Internet, alleen mogelijk zijn als die uit omroepmiddelen bekostigd kunnen worden. De neventaken mogen daarom volgens het wetsvoorstel, in tegenstelling tot de nevenactiviteiten, ook met omroepmiddelen gefinancierd worden. Bij neventaken gaat het om hergebruik en bewerking van bestaand programmamateriaal, bijvoorbeeld door middel van themakanalen.

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel is de motie-Van Zuijlen aangenomen, waarin de Kamer de regering heeft verzocht bij de toepassing van artikel 13c lid 3 Mw de publieke omroep de ruimte te geven ook nieuw programmamateriaal te ontwikkelen ten behoeve van neventaken. De motie is ingegeven door de gedachte dat de publieke omroep ook nieuw programmamateriaal zou moeten kunnen ontwikkelen ten behoeve van neventaken en dat de publieke omroep een voortrekkersrol kan vervullen bij de ontwikkeling van nieuwe mediadiensten. De Staatssecretaris antwoordde 'dat deze motie past in de lijn van het beleid om de publieke omroep goede mogelijkheden te geven voor het ontwikkelen van nieuwe technologie en nieuwe distributiekkanalen. Er is echter altijd een spanning, want het gevaar van concurrentievervalsing ligt hier op de loer.'¹³

Nevenactiviteiten en neventaken in de praktijk

De wet kent geen toetsingsprocedure voor nevenactiviteiten. Het beleid van het Commissariaat is om achteraf te toetsen of omroepen met hun activiteiten hebben voldaan aan de genoemde voorwaarden en of pretense neventaken inderdaad als zodanig gekwalificeerd kunnen worden. De publieke omroepen moeten van het Commissariaat hun nevenactiviteiten op voorhand melden; dat kan via een webformuliertje op de site van het Commissariaat.¹⁴ Op die site houdt het Commissariaat een register bij van beoordeelde nevenactiviteiten.¹⁵ Voorbeelden van (toegestane) nevenactiviteiten zijn: het uitgeven van een programmablad, het uitgeven van een kindertijdschrift,¹⁶ het verkopen van video's of dvd's van programma's, het exploiteren van een website, het produceren van programma's voor andere omroepen, het verhuren van faciliteiten zoals camera's of studio ruimte en het maken van bedrijfsfilms.

Verboden op nevenactiviteiten zijn de absolute uitzondering. Een voorbeeld was de AVRO Girafpas.¹⁷ Voor € 10 per jaar konden AVRO-leden een Girafpas krijgen die korting verschafte op de toegangsprijs voor diverse musea, evenementen en cursussen. Het betreft een bijzonder geval, omdat de activiteit vooral struikelde over het verbod op het verstrekken van op geld waardeerbare voordelen aan de eigen leden, een (hier niet nader te bespreken) regel die verband houdt met het feit dat zendtijd wordt verdeeld op basis van ledenaantal en het werven van leden dus aan strikte voorwaarden is gebonden.

Eveneens verboden werd het te koop aanbieden door de STER van een cd met favoriete reclamedeuntjes.¹⁸ Ook dat was een bijzonder geval, omdat de STER geen 'gewone omroep' is maar de organisatie die (alleen) reclame uitzendt. Dat maakt het op voorhand moeilijk te voldoen aan de voorwaarde van artikel 57a lid 1 sub b Mw (de relatietoets), omdat het verkopen van een cd met reclamemuziek weinig relevant is voor de uitvoering van de hoofdtaak door de gewone omroepen. De verkoop leidt vooral tot het maken van winst door de auteurs- en nabuurrechthebbenden op de muziek en dus ook tot strijd met artikel 55 Mw. Deze overzichtelijke uitleg van het dienstbaarheidsverbod komt overigens niet overeen met de wijze waarop het Commissariaat dat deed in het goedkeuringsbesluit terzake de deelname van de TROS in het commerciële productiebedrijf After the Break Productions.¹⁹ Dáárin wordt het maken van winst uitgelegd als het maken van een 'meer dan normale' winst. Ondanks het feit dat de marges die After the Break behaalde op opdrachten van de TROS volgens het Commissariaat erg ruim waren, werd deze participatie goedgekeurd.

Het exploiteren van radiozenders als neventaak: Concertzender, FunX en Colorful Radio

Een categorie apart vormen de radiozenders die door de publieke omroep zijn overgenomen of opgestart onder de vigeur van de nevenactiviteitenregels. Door de commerciële radiozenders zijn procedures gevoerd tegen de oprichting door vier lokale publieke omroepen van een gezamenlijk 'grote-stedenzender' FunX, en tegen de overname en voortzetting door de publieke omroep van de commerciële radiozenders Concertzender en Colorful Radio.²⁰ Bij het ter perse gaan van dit artikel had het Commissariaat van de voortzetting van Colorful Radio in twee instanties geoordeeld dat dit niet was toegestaan omdat niet was voldaan aan de relatietoets en de schadetoets van artikel 57a lid 1 sub b respectievelijk a,²¹ was het besluit in primo door de staatssecretaris geschorst hangende onderzoek naar de wenselijkheid van spontane vernietiging,²² had de Amsterdamse voorzieningenrechter een eerste civiele verbodsvordering van de commerciële radiozenders afgewezen in afwachting van het besluit op bezwaar van het Commissariaat en was het wachten op de voortzetting van de behandeling van een tweede verbodsvordering, die was aangehouden²³ in afwachting van het besluit op bezwaar.

Zowel Concertzender²⁴ als FunX²⁵ werden door het Commissariaat toelaatbaar geacht (Concertzender nog als nevenactiviteit omdat de neventaak toen nog niet bestond). Het feit dat FunX concurreerde met commerciële radiozenders, betekende volgens het Commissariaat niet dat sprake is van concurrentievervalsing als bedoeld in artikel 57a lid 1 sub c Mw, net zo min als het feit dat zij overheids subsidie ontvangt. Het besluit van het Commissariaat inzake Concertzender is onlangs vernietigd door de Rechtbank Amsterdam, onder meer vanwege gebrekkige motivering in verband met de relatietoets van artikel 57a lid 1 sub b Mw.²⁶ De rechtbank overweegt dat het voortzetten van Concertzender niet verband

13 *Handelingen II* 1999-2000, nr. 39, p. 2998 (20 januari 2000).

14 <http://www.cvdM.nl/pages/nevenact.asp?m=a&>.

15 Zie <http://www.cvdM.nl/pages/nevenact.asp?m=r&>.

16 Besluit van 3 juni 2003 inzake Z@pp&Zo, <http://www.cvdM.nl/documents/2003003041.pdf>.

17 Besluit van 10 februari 2004, <http://www.cvdM.nl/documents/2004000658.pdf>.

18 Besluit van 12 februari 2003, <http://www.cvdM.nl/documents/2003000542.pdf>.

19 Besluit van 27 november 2002, <http://www.cvdM.nl/documents/2002006667.pdf>.

20 Het kantoor van de auteur is bij deze procedures betrokken aan de zijde van de commerciële omroepen.

21 Besluit van 18 mei 2004 en besluit op bezwaar van 31 augustus 2004 (niet gepubliceerd).

22 Koninklijk besluit van 11 juni 2004, *Stb.* 2004, 264.

23 Vzr. Rb. Amsterdam 26 februari 2004, *Mediaforum* 2004-4, nr. 14 m.nt. K.J.M. Mortelmans en A.T. Ottow; Vzr. Rb. Amsterdam 22 juli 2004, LJN AQ5584 (VCR/NOS).

24 Besluit op bezwaar van 22 juni 1999 (niet gepubliceerd).

25 Besluit op bezwaar van 14 augustus 2003, <http://www.cvdM.nl/documents/2003004358.pdf>.

26 Rb. Amsterdam 5 augustus 2004, *Mediaforum* 2004-10 m.nt. L. Hancher en Q.R. Kroes (*Classic FM c.s./CvdM*).

houdt of ten dienste staat van de hoofdtak (in 1998 nog: het verzorgen van de programma's waarvoor zendtijd is verkregen), omdat het een programma is dat naast de hoofdtak wordt verzorgd. Deze overweging ziet op de oude definitie van de hoofdtak; in de nieuwe beslissing op bezwaar zal het Commissariaat moeten onderzoeken of Concertzender wél verband houdt of ten dienste staat van de nieuwe, uitgebreidere hoofdtak. Ook zal het Commissariaat moeten onderzoeken of Concertzender onder de nieuwe Mediawet als neven-tak kan worden aangemerkt en dus uit de omroepmiddelen mag worden bekostigd.²⁷

Staatssteunregels en diensten van algemeen belang

Europeesrechtelijk gezien moet de discussie over de financiering van de (nevenactiviteiten van de) publieke omroep en de eventueel daaruit voor de commerciële omroepen voortvloeiende concurrentievervalsing worden geplaatst in het kader van de staatssteunregels. Artikel 87 lid 1 EG-verdrag verklaart (potentieel) concurrentievervalsende steunmaatregelen die de handel tussen lid-staten ongunstig beïnvloeden, in beginsel onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt. De Commissie houdt toezicht op het verbod en oordeelt over de toepasselijkheid van een aantal specifieke uitzonderingsgronden in artikel 87 lid 2 en lid 3 EG. Deze moeten restrictief worden uitgelegd en zijn volgens de Commissie in beginsel niet van toepassing op de financiering van de publieke omroep.²⁸ Op grond van artikel 88 lid 3 EG moet voorgenomen staatssteun voorafgaand aan de Commissie worden gemeld. Twijfelt die aan de toelaatbaarheid van de steun, dan opent zij een nader onderzoek. Zolang de Commissie geen groen licht heeft gegeven, mag de steun niet worden verstrekt.

Diensten van algemeen economisch belang (waartoe publieke omroep meestal wordt gerekend) bekleden een bijzondere positie. De mededingingsregels uit het EG-verdrag, waarvan de staatssteunregels een onderdeel zijn,²⁹ zijn blijkens artikel 86 lid 2 EG slechts van toepassing op de verrichting van die diensten, voor zover dat de verrichting van die diensten niet verhindert. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie gelden voor een dergelijk beroep op artikel 86 lid 2 EG, houdende dat de staatssteunregels niet van toepassing zijn op de verrichting van een bepaalde dienst van algemeen economisch belang, drie cumulatieve voorwaarden:

- de betrokken dienst moet een dienst van algemeen economisch belang zijn en duidelijk als dusdanig omschreven zijn door de lidstaat (omschrijving);
- de betrokken onderneming moet door de lidstaat uitdrukkelijk belast zijn met de verlening van die dienst (toewijzing);

- de toepassing van de mededingingsregels uit het Verdrag (in dit geval, het verbod op staatssteun) moet de vervulling van de aan deze onderneming toevertrouwde bijzondere taken verhinderen, en de ontheffing van die regels mag de ontwikkeling van het handelsverkeer niet beïnvloeden in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap (evenredigheidstest).

Omroepmededeling 2001

In 2001 publiceerde de Europese Commissie een Mededeling over diensten van algemeen belang.³⁰ Later datzelfde jaar publiceerde zij een aparte Omroepmededeling over de toepassing van de staatssteunregels op openbare omroepen,³¹ die vooral omschreef hoe zij de drie door het Hof van Justitie geformuleerde criteria zou toepassen bij de beoordeling van de financiering van publieke omroepen. Begin 2003 analyseerde Kreijger of de financiering van internetactiviteiten en andere nevenactiviteiten van de publieke omroep aan de toets uit de Omroepmededeling voldeed. Hij meende dat hoofdtak en neven-tak nog wel voldeden aan het vereiste van omschrijving en toewijzing maar dat dat voor nevenactiviteiten vermoedelijk niet gold.³² Dat is van belang, omdat nevenactiviteiten weliswaar niet uit de omroepmiddelen mogen worden bekostigd, maar wel uit andere publieke middelen (kunstsubsidies, etc.); in een dergelijk geval is (ook) sprake van steun. Het ministerie van OCW reageerde bij monde van Zeinstra dat de financiering van de Nederlandse publieke omroep voldeed aan de eisen van het Europese recht en dat men het oordeel van de Commissie met vertrouwen tegemoet zag.³³

Altmark

Kort na de optimistische reactie van het ministerie wees het Hof van Justitie arrest in de zaak *Altmark*. Het arrest is ruimschoots geannoteerd,³⁴ voorwerp geweest van meer uitgebreide analyses van onder meer Hessel³⁵ en Drijber en Saanen-Siebenga³⁶ en zal bij het ministerie en de publieke omroep met weinig plezier zijn bestudeerd.

Het *Altmark*-arrest beslechtte voorlopig een lang lopende controverse tussen voorstanders van de 'compensatiebenadering' en voorstanders van de 'steunbenadering'.³⁷ De eerste houdt in dat een vergoeding die een lidstaat uitkeert aan een onderneming belast met het verrichten van een dienst van algemeen economisch belang, niet wordt aangemerkt als staatssteun, als de vergoeding niet hoger is dan de daadwerkelijke kosten van het vervullen van de dienst. De tweede benadering houdt in dat overheidscompensatie wél steun is, die echter op grond van artikel 86 lid 2 EG kan worden toegelaten als – wederom – de betaalde compensatie de daadwerkelijke kosten niet overstijgt. Het lijkt haarkloverij, maar de procedurele gevolgen zijn groot: als géén sprake is van steun, hoeft er niks te worden aangemeld bij

27 Onder het oude nevenactiviteitenregime, dat bekostiging van nevenactiviteiten uit omroepmiddelen verbood, was de voortzetting bekostigd met een aparte subsidie, die overigens wel was voorgefinancierd uit de omroepreserve.
28 Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de regels inzake staatssteun op openbare omroepen, *PbEG* C 320/5 van 15/11/2001, § 25-27.
29 Dat de staatssteunregels onderdeel zijn van de mededingingsregels, blijkt uit de plaatsing van artikel 87 EG in Titel VI.1 van het Verdrag ('Regels betreffende de mededinging'). De laatste twijfel werd weggenomen door HvJ EG 3 juli 2003, zaak C-83/01, *Jur.* 2003, p. I-6993, (*SFEI/La Poste*), NJ 2004, 232 m.nt. MRM.
30 Mededeling van de Commissie: Diensten van algemeen belang in Europa, *PbEG* C 17/4 van 19/01/2001.
31 Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de regels inzake staatssteun op openbare omroepen, *PbEG* C 320/5 van 15/11/2001.
32 P. J. Kreijger, 'De financiering van de publieke omroep in Europa: nieuw beleid

van de Europese Commissie', *Mediaforum* 2003-3, pp. 82-87.

33 H. Zeinstra, Reactie op 'De financiering van de publieke omroep in Europa: nieuw beleid van de Europese Commissie', *Mediaforum* 2003-5, pp. 163-166.
34 HvJ EG 24 juli 2003, zaak C-280/00, *Jur.* 2003, p. I-7747, (*Altmark Trans*), AB 2003, 410 m.nt. AdMvV; *M&M* 2003 nr. 6 m.nt. Ronkes Agerbeek; *Ondernemingsrecht* 2003-12 m.nt. B. J. Drijber.
35 B. Hessel, 'Ontwikkelingen rond staatssteun en diensten van algemeen economisch belang na het *Altmark*-arrest', *Gst.* 2004, 7211, pp. 405-412.
36 B. J. Drijber en N. Saanen-Siebenga, 'Financiering van openbare diensten na *Altmark*', *NTER* 2003 nr. 10, pp. 253-258.
37 Deze benamingen zijn afkomstig van de conclusie van A-G Jacobs in de zaak *Gemo*, HvJ EG 20 november 2003, zaak C-126/01, *Jur.*, 2003, p. 000, conclusie van 30 april 2002.

de Commissie en kan en moet de lidstaat zelf beoordelen of is voldaan aan de uitzonderingsregel. Als wél sprake is van steun, moet die gemeld worden en moet de Commissie ervan overtuigd worden dat sprake is van toelaatbare steun.

Het Hof van Justitie kiest in *Altmark* voor de compensatiebepaling, maar stelt (overweging 95) strenge voorwaarden waaraan moet zijn voldaan wil inderdaad géén sprake zijn van staatssteun:³⁸

- de begunstigde onderneming moet daadwerkelijk belast zijn geweest met de uitvoering van de openbare dienstverplichting en die verplichtingen moeten duidelijk zijn afgebakend;
- de parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend, moeten vooraf op objectieve en doorzichtige wijze zijn vastgesteld;
- de compensatie mag niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van de openbare dienstverplichting geheel of gedeeltelijk te dekken, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen;
- voor zover het uitvoeren van de openbare dienstverplichting niet is aanbesteed, moet de noodzakelijke compensatie worden vastgesteld op basis van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming, die zodanig met vervoermiddelen is uitgerust dat zij aan de vereisten van de openbare dienst kan voldoen, zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit te voeren, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitoefening van deze verplichtingen.

Het moge duidelijk zijn dat deze criteria voor de bepaling of sprake is van staatssteun, in veel opzichten lijken op de drie geciteerde criteria die blijken de Omroepmededeling worden gehanteerd voor wat betreft de vraag of staatssteun met een beroep op artikel 86 lid 2 EG kan worden goedgekeurd. Het criterium *Altmark-1* komt min of meer overeen met de criteria Omroepmededeling-a en -b; *Altmark-3* komt min of meer overeen met Omroepmededeling-c; *Altmark-4* is daar een (inderdaad verdergaande) uitwerking van, *Altmark-2* is vooral een controlemechanisme, waarvan een variant ook in de uitwerking van Omroepmededeling-c wordt genoemd. De verknochtheid van de criteria suggereert op het eerste gezicht dat, als een bepaalde maatregel niet voldoet aan de *Altmark*-criteria en dus staatssteun is, de steunmaatregel in de meeste gevallen niet met een beroep op artikel 86 lid 2 EG alsnog kan worden goedgekeurd. De hieronder te bespreken praktijk laat echter anders zien.

Toepassing op de financiering van de Nederlandse publieke omroep

Verscheidene commerciële omroepen en uitgeverijen hebben geklaagd over de financiering van de Nederlandse publieke omroep. Daarbij gaat het niet om de structurele, jaarlijkse financiering uit de Algemene omroepreserve, maar specifiek om de ad-hocfinanciering. De beoordeling heeft in het bijzonder betrekking op neventaken, aangezien de hoofdtaak vooral

uit de structurele financiering wordt betaald en nevenactiviteiten niet uit de omroepmiddelen gefinancierd mogen worden.

De voorlopige analyse van de Commissie in haar beschikking van 3 februari 2004³⁹ op klachten van de commerciële omroep en de dagbladuitgevers, is dodelijk voor het huidige systeem van neventaakfinanciering. De Commissie heeft maar één paragraafje nodig om te overwegen dat de ad-hocfinanciering aan géén van de vier *Altmark*-criteria voldoet:

71. [...] De onderzochte maatregelen maken geen deel uit van een regulier compensatiestelsel, zoals hierboven in de punten 40 en 41 beschreven. In dit stadium van de procedure heeft de Commissie geen indicaties dat de parameters van de ad-hoccompensatie vooraf worden vastgesteld (tweede criterium). Verder lijkt er geen mechanisme te bestaan om te waarborgen dat de ad-hocfinanciering beperkt blijft tot de nettokosten van de publieke omroepen (derde criterium). Ten aanzien van de vierde voorwaarde is duidelijk dat de publieke omroepen niet op basis van een openbare aanbesteding zijn gekozen. De Commissie heeft in dit stadium ook geen aanwijzingen dat de noodzakelijke compensatie is vastgesteld op basis van een analyse van de nettokosten, die een gemiddelde, goed beheerde en uitgeruste onderneming zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit te voeren.

Vervolgens worden de in de Omroepmededeling uitgewerkte criteria met betrekking tot artikel 86 lid 2 EG toegepast (§ 77 e.v.); ook daar scoort het neventakenregime nul uit drie:

Omschrijving: De Commissie is voorlopig van mening dat de wettelijke definitie van de neventaak ruimte laat voor twijfel over welke soorten activiteiten door de publieke omroepen als neventaak zouden moeten worden uitgeoefend en dus niet duidelijk en nauwkeurig is (§ 82). Ten aanzien van met name nieuwemedia-activiteiten (SMS en imode-diensten) en het via internet aanbieden van programma-informatie, vermoedt de Commissie zelfs dat überhaupt geen sprake is van diensten van algemeen economisch belang (§ 86-87).

Toewijzing: de Commissie overweegt dat de neventaken onvoldoende duidelijk zijn opgedragen aan de publieke omroep. Bovendien is er onvoldoende toezicht. De procedure op grond waarvan omroepen de NOS op voorhand moeten informeren, volstaat niet. De Commissie kan de NOS niet aanmerken als toezichthoudend orgaan. De NOS voert namelijk zelf neventaken uit, is zelf een publieke omroep en wordt bestuurd door andere publieke omroepen. Hoewel het Commissariaat voor de Media de neventaak uiteindelijk achteraf kan beoordelen, kan een dergelijke procedure niet worden beschouwd als gelijkwaardig aan de vereiste formele opdracht door het rijk. Verder geeft de onduidelijke definitie het Commissariaat te veel ruimte om een eigen interpretatie te geven van de reikwijdte van de neventaken.

Evenredigheid: de Commissie overweegt dat de regels ten aanzien van de kostenallocatie voor de Nederlandse publieke omroepen onvoldoende duidelijk en consequent zijn. Zij vermoedt dat de commerciële winsten die de publieke omroepen op sommige activiteiten behalen, niet zijn verdisconteerd. Het feit dat publieke omroepen via ondoorzichtige constructies deelnemen in commerciële ondernemingen en mogelijk excessieve vergoedingen betalen voor diensten die zij afnemen van ondernemingen waarin zij participeren, suggereert

³⁸ Annotator Drijber spreekt daarom van een 'geclausuleerde compensatiebepaling': *Ondernemingsrecht* 2003-12, p. 462.

³⁹ HvJ EG 11 februari 2004, zaak C 2/2004, *Jur.* 2004, p. 000, beschikking van 3 februari 2004, *PbEG* C 61/08.

dat zij bovenmatig gefinancierd worden, hetgeen ook blijkt uit de structureel groeiende reserves.⁴⁰ Al met al vermoedt de Commissie dat de publieke omroep in de periode 1992-2002 structureel overgefinancierd is met een bedrag van circa € 110 miljoen. Zij vervolgt dat wanneer een openbardienstverlener structureel wordt overgecompenseerd, een groot risico bestaat op kruissubsidiëring van activiteiten die niet tot de openbare dienst behoren, en op marktverstoringen die niet noodzakelijk zijn voor het vervullen van de openbare opdracht.

Het staatssteunonderzoek naar de financiering van de Nederlandse publieke omroep staat niet op zich. In tal van lidstaten zijn vergelijkbare onderzoeken uitgevoerd.⁴¹ Dat maatregelen die niet voldoen aan de *Altmark*-criteria en dus staatssteun zijn, op zich onder omstandigheden toch gesauveerd kunnen worden met een beroep op artikel 86 lid 2 EG, blijkt uit recente uitspraken met betrekking tot Italië, Portugal, Frankrijk en Spanje. De ad-hocfinanciering van de Italiaanse,⁴² Portugese⁴³ en Franse⁴⁴ publieke omroep was staatssteun, kon niet onder één van de uitzonderingscriteria van artikel 87 lid 2 en lid 3 EG worden goedgekeurd, maar werd toch steeds op grond van artikel 86 lid 2 EG toelaatbaar geoordeeld, omdat de betaalde vergoeding niet hoger was dan de netto-kosten van het uitvoeren van de publiek taak. Ook de financiering van de Spaanse publieke omroep voldoet niet aan de criteria *Altmark*-2 (géén vooraf vastgestelde compensatiemechanisme) en *Altmark*-4 (niet berekend aan de hand van de kosten van een efficiënte onderneming) en is dus staatssteun, maar ook die financiering kan met een beroep op artikel 86 lid 2 EG gerechtvaardigd worden.⁴⁵ Deze uitspraken laten zien dat er toch ruimte zit tussen de criteria die *Altmark* stelt voor de kwalificatie van staatssteun en de criteria die de Omroepmededeling voor de toelaatbaarheid van staatssteun. Een financiële bijdrage die niet vooraf en op transparante wijze is vastgesteld en die niet is gebaseerd op de kosten die een gemiddelde, efficiënte onderneming zou maken, maar ook niet hoger is dan de daadwerkelijke kosten, is aanmeldingsplichtige staatssteun maar zal niet automatisch verboden worden.

Het is die ruimte die Nederland zal moeten opzoeken, wil de financiering van de publieke omroep toegelaten worden, zij het dat de voorlopige analyse van de Commissie Nederland ook op dit punt weinig hoop biedt. In een zeer vergelijkbare zaak ten aanzien van de Deense omroep heeft de Commissie onlangs haar onderzoek afgesloten met een bevel tot terugbetaling van het bedrag van de overfinanciering: € 85 miljoen.⁴⁶ Recent zijn ook onderzoeken geopend naar de mogelijke overfinanciering van digitale televisie in Zweden en Duitsland.⁴⁷

Toepassing staatssteunregels door het Commissariaat voor de Media?

De Amsterdamse rechtbank wijdt in de recente Concertzender-uitspraak ook enkele overwegingen aan de toets van artikel 57a lid 1 sub c Mw (concurrentievervalsing), die blijkens de toelichting beoogt uitwerking te geven aan onder meer het staatssteunverbod.⁴⁸ De rechtbank overweegt dat het in eerste instantie aan het Commissariaat voor de Media zal zijn om te beoordelen of het voortzetten van Concertzender door de NOS met overheidssubsidie, staatssteun vormt en zo ja, voldoet aan de bepalingen die een afwijking toestaan op het verbod van staatssteun. Voor wat betreft de vaststelling of sprake is van staatssteun, is dat in overeenstemming met artikel 10 EG en de jurisprudentie van het Hof.⁴⁹ Het oordeel of bepaalde (niet aangemelde) staatssteun kan worden toegestaan onder één van de uitzonderingsmogelijkheden van artikel 87 EG of middels artikel 86 lid 2 EG van het verbod kan worden uitgezonderd, is echter volgens het Verdrag aan de Europese Commissie voorbehouden. Alleen het verbod van artikel 88 lid 3, laatste volzin EG heeft rechtstreekse werking.⁵⁰ Dat rechtstreeks werkende verbod geldt voor tot iedere steunmaatregel die zonder kennisgeving tot uitvoering is gebracht en, wanneer zodanige kennisgeving wel heeft plaatsgehad, tijdens de inleidende fase alsmede, indien de Commissie de contradictoire procedure van artikel 88 lid 2 EG inleidt, tot aan de eindbeslissing. Gezien de constatering van de Commissie dat de neventakenregeling in de Mediawet niet voldoet aan ook maar één van de vier *Altmark*-criteria, ligt mijns inziens tamelijk voor de hand dat ook de voortzetting als neventaak van de Concertzender niet aan die criteria voldoet en dus aanmeldingsplichtige staatssteun is.⁵¹

In zijn besluit op bezwaar inzake Colorful Radio heeft het Commissariaat zich echter wel aan de instructie van de rechtbank gehouden, zelf de toelaatbaarheid van staatssteun te beoordelen. Het Commissariaat past de in de Omroepmededeling geformuleerde criteria voor een beroep van artikel 86 lid 2 EG toe op de financiering van neventaken:

Ingevolge de Omroepmededeling van de Europese Commissie, waarin de interpretatie van artikel 86, tweede lid van het Verdrag in deze sector is vastgesteld, kan een maatregel – onder andere – voor de uitzondering van artikel 86 in aanmerking komen indien een dienst van algemeen economisch belang is en duidelijk als dusdanig omschreven is door de lidstaat (Omroepmededeling, punt 29), zodat duidelijk is dat een bepaalde, door de met een openbare dienst belaste exploitant uitgeoefende, activiteit door de lidstaat al dan niet wordt beschouwd als onderdeel van de openbare opdracht.

40 De Commissie verwijst hierbij naar de reeds aangehaalde *After the Break*-beslissing van het Commissariaat.

41 Voor vindplaatsen, zie Kreijger, op.cit. en EU Competition Policy in the Media Sector. Commission decisions, juli 2004, <http://europa.eu.int/comm/competition/publications/studies/ecompileation—2004.pdf>.

42 HvJ EG 29 maart 2001, zaak C62/1999, *Jur.* 2001, p. I-2579, beschikking C (2003) 3528 van 15 oktober 2003, 2004/339/EG, *PbEG* L 119/4 van 23/4/2004.

43 HvJ EG 25 november 2003, zaak C 85/2001, beschikking C (2003) 3526 van 15 oktober 2003, niet gepubliceerd; persbericht IP/03/1399.

44 Zaak C 60/1999, beschikking C (2003) 4497 van 10 december 2003, niet gepubliceerd; persbericht IP/03/1686.

45 Persbericht van 15 oktober 2003, IP/03/1399.

46 Zaak C 2/2003, persbericht van 19 mei 2004, IP/04/666.

47 Persberichten van 14 juli 2004, IP/04/911 en IP/04/912.

48 *Kamerstukken II* 1995-1996, 24 808, nr. 3, p. 10. Zie Rb. Amsterdam 5 augustus 2004, elders in dit nummer.

49 Zoals de rechtbank overweegt, 'Ook verweerder zal ingevolge de rechtspraak van het Hof (arrest van 12 juni 1990, *Duitsland/Commissie*, C-8/88, *Jurispr.* I-2321, punt 13) in de uitoefening van zijn bevoegdheden de eerbiediging van de regels van gemeenschapsrecht dienen te verzekeren.' Zie in dat verband ook

het door de rechtbank aangehaalde arrest *Pearle* (HvJ EG 15 juli 2004, zaak C-245/02, nog niet gepubliceerd), alsmede HvJEG 13 januari 2004, NJ 2004, 125, m.nt. MRM (*Kühne*).

50 Voor een uitgebreide handleiding voor en taakverdeling tussen de Commissie en de nationale rechter in staatssteunzaken, zie HvJ EG 11 juli 1996, zaak C-39/94, *Jur.* 1996 p. I-3571, NJ 1997, 354 (*SFEI/La Poste*), o.v. 37-52.

51 Een recent voorbeeld van een uitspraak waarin de nationale rechter constateert dat (mogelijk) sprake is van staatssteun en daaraan de automatische conclusie verbindt dat die steun niet mag worden verleend totdat de Commissie die heeft goedgekeurd, is V.zr. Groningen 3 september 2004 (*Essent/Gemeente Appingedam*), elders in dit nummer. Men kan overigens vraagtekens zetten bij de in ov. 4, laatste alinea, instemmend aangehaalde opvatting van A-G Lenz in de zaak *België/Commissie* (HvJ EG 10 juli 1986, zaak 40/85, *Jur.* 1986, p. 2321), dat al bij twijfel over de vraag of in een concreet geval sprake is van staatssteun, aanmelding bij de Commissie dient plaats te vinden. De rechtspraak van het Hof die inhoudt dat de nationale rechter het begrip 'staatssteun' dient uit te leggen (laatstelijk het arrest inzake *Pearle*, reeds aangehaald), lijkt erop te wijzen dat de nationale rechter de vrijheid heeft, ook in kort geding, zelfstandig de vraag te beantwoorden of sprake is van staatssteun.

Uit de door de VCR c.s. aangehaalde beschikking van de Europese Commissie inzake staatssteun van 3 februari 2004, blijkt dat de Europese Commissie tot de voorlopige conclusie is gekomen – overigens slechts in de overwegingen en niet in het dictum – dat de neventaken niet in voldoende duidelijke termen aan de publieke omroepen zijn opgedragen. De vraag of deze vorm van staatssteun verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt is derhalve terug te brengen tot de vraag of de omschrijving van neventaken in de Nederlandse regelgeving voldoende duidelijk is.

Op dit punt overweegt het Commissariaat dat een omschrijving van neventaken wordt gegeven in artikel 13c, derde lid, van de Mediawet en dat uit de geschiedenis van de totstandkoming van dit artikellid blijkt dat themakanalen onder deze omschrijving vallen. Verder wijst het Commissariaat er op dat artikel 57a, eerste lid juncto 55b, tweede lid, van de Mediawet een helder afgebakend kader schept op grond waarvan kan worden getoetst of een neventaak is toegestaan.

Het Commissariaat is dan ook van oordeel dat het in artikel 13c, derde lid, juncto artikel 101 van de Mediawet neergelegde regime verenigbaar is met het EG-Verdrag in het bijzonder op het punt van het verbod op staatssteun.⁵²

Conclusie: back to basics?

Ik sluit af met enkele gedachten over het effect van het *Altmark*-arrest en de staatssteunprocedure bij de Commissie op de toekomst van de publieke omroep in Nederland.

Het onderzoek van de Commissie is nog niet afgerond. Bij het ter perse gaan van dit artikel hadden zowel Nederland als marktpartijen gelegenheid gehad hun opmerkingen kenbaar te maken en had de Commissie naar verluidt aanvullende vragen gesteld. Mogelijk dat de Europese Commissie in haar nieuwe samenstelling haar standpunt onder invloed van de nieuwe (Nederlandse!) Mededingingscommissaris (gedeeltelijk) bijstelt. Vervolgens kan het nog een aantal jaren duren voordat de ook het Hof van Justitie zich over de zaak uitsprekt. Wel is door het opstarten van de procedure de stand-stillbepaling van artikel 88 lid 3 EG in werking getreden: zo lang de Commissie de ad-hocfinanciering van de publieke omroep niet heeft goedgekeurd, mag dergelijke steun niet verleend worden.⁵³ Ik verwacht dat de wijze waarop de niet-kernactiviteiten van de publieke omroep op het moment gefinancierd worden, ook in het eindbesluit beschouwd zal worden als staatssteun die niet alleen ten onrechte niet is aangemeld bij de Commissie, maar ook niet kan worden toegestaan. Een aanzienlijke terugbetalingsverplichting is te verwachten.

Vervolgens rijst de vraag: hoe verder? Op het eerste gezicht ligt het voor de hand dat de publieke omroep zich weer meer zal moeten gaan beperken tot de hoofdtaak: het verzorgen van hoogstaande en onderscheidende programma's. Het is misschien tijd dat de internetzeepbel ook voor de publieke omroep barst. Het is onduidelijk waarom de publieke omroep zich met publiek geld zou moeten bezighouden met interactieve spelletjes, kinderboeken, internetportals en het exploiteren van extra zenders. Daarin voorziet de markt al ruimschoots.

Het is bij dit alles goed in het oog te houden dat de strenge regels van *Altmark* en de Omroepmededeling vooral formeel-procedureel van aard zijn. Blijkens § 36 van de Omroepmededeling en § 79 van de beslissing van 3 februari 2004 toetst de Commissie slechts marginaal of de dienst van algemeen belang wel echt een dienst van algemeen belang is. Voldoet men aan de criteria uit de Omroepmededeling, moet de steun nog wel worden aangemeld maar zal deze door de Commissie goedgekeurd kunnen worden. Voldoet men aan *Altmark*-criteria, dan behoeft er überhaupt niets te worden aangemeld. Het is dus in theorie denkbaar dat Nederland de financiering van een beperkt aantal van de thans uitgevoerde neventaken alsnog laat voldoen aan de Brusselse regels, door die taken nauwkeurig bij of krachtens de wet te omschrijven en aan de publieke omroep op te dragen en door de financiering vooraf op objectieve en transparante wijze vast te stellen, in overeenstemming met de kosten die een gemiddelde, goed beheerde en uitgeruste onderneming daarvoor zou maken en zodanig dat deze niet hoger is dan de nettokosten van de uitvoering van de taken. Waarschijnlijker is dat dat in de praktijk niet te organiseren valt. Gezien de door zowel de Commissie als de Visitatiecommissie Rinnooy Kan geconstateerde warrigheid in de financiële verslaggeving van de publieke omroep, zal dat laatste bepaald geen sinecure zijn, terwijl de door de publieke omroep gewenste handelingsvrijheid en -snelheid zich natuurlijk slecht verhoudt tot expliciete (wettelijke) opdrachtverlening vooraf. Zoals uit de beschikking blijkt is de Commissie bovendien ook bereid de marginale toets 'streng' toe te passen door activiteiten die niets met het algemeen belang te maken hebben, hoegenaamd uit te sluiten van toepassing van artikel 86 lid 2 EG. Of er nog iets van betekenis zou overblijven van de neventaken nadat de financiering ervan Europabestendig is gemaakt, is dus nogal de vraag.

Een in het licht van het Europese recht veiliger maar praktisch veel ingewikkelder en politiek veel radicaler plan zou zijn om de nu door de publieke omroep verrichte taak, in zijn geheel of in delen, openbaar aan te besteden. Uit het vierde *Altmark*-criterium blijkt dat de financiering van een aanbestede openbare dienstverplichting geacht wordt geen staatssteun te zijn. De politiek moet dan eerst scherp formuleren welke taken belangrijk genoeg geacht worden om als openbare dienstverplichtingen te worden gefinancierd. Vervolgens kan bekeken worden wie die taken het beste kan uitvoeren. Veel van de taken die nu door de publieke omroep uitgevoerd worden, zouden wellicht even goed (en waarschijnlijk goedkoper) uitgevoerd kunnen worden door de commerciële omroep, zeker als zij daarvoor gecompenseerd zouden worden.

Dat kans dat de Nederlandse publieke omroep op korte termijn in zijn geheel 'geprivatiseerd' of 'aanbesteed' wordt, is natuurlijk klein. De aanbesteding van specifieke neventaken lijkt mij een veel minder onrealistische gedachte, die enigszins doet denken aan het aanbesteden van regionale spoorlijnen. Waarom zou bijvoorbeeld bepaalde doelgroepen-programmering niet met overheids subsidie door een commerciële omroep kunnen worden gemaakt? Inmiddels is wel duidelijk dat de huidige financiële inrichting van de publieke omroep, vooral voor wat betreft activiteiten buiten de hoofdtaak, ingrijpend veranderd moet worden.

⁵² Besluit op bezwaar van 31 augustus 2004, niet gepubliceerd.

⁵³ Uit het systeem van artikel 88 EG volgt overigens dat staatssteun überhaupt niet mag worden uitgekeerd zonder dat de Commissie daarvoor toestemming

heeft gegeven. Vóór het besluit van 3 februari 2004 kon Nederland nog menen dat geen sprake was van staatssteun en dat er dus ook niets aangemeld hoefde te worden; nu niet meer.