

# Publieke Omroep tussen overheid en markt.

Door Egbert Dommering<sup>1</sup>

“Ik ben bezorgd, dat de NOS straks tòch een beetje met de mond vol tanden zal staan als het Nederlandse volk haar zal vragen wat nu eigenlijk de nationale zin en waarde ervan was, dat de songfestivals en de voetbalwedstrijden in gezamenlijke programma’s werden geproduceerd”,  
H.W. van Doorn op een symposium over het Ontwerp Omroepwet in 1966.<sup>2</sup>

## 1. De probleemstelling

### *Over dit artikel*

De publieke omroep in Nederland bestaat uit een door de overheid gefinancierde algemeen belangorganisatie die in een uitermate concurrerende omgeving moet opereren, aangezien de diensten die deze organisatie in het algemeen belang aanbiedt grotendeels ook door commerciële concurrenten worden geproduceerd. De publieke omroep moet onder meer op de volgende, met elkaar verbonden, markten met commerciële organisaties concurreren: kijkers en luisteraars, reclame en sponsoring, sportrechten, programmarechten, filmrechten, radio en televisie presentatoren. Dat kan nooit goed gaan, zal de lezer denken, en het gaat ook niet goed. In het navolgende volgt een korte analyse hoe de dienst van algemeen belang (wettelijk) is geformuleerd en georganiseerd, hoe zij wordt gefinancierd en hoe taak en financiering in toenemende mate in de knoop raken. In dit stuk wordt ook ingegaan op de bevindingen van de visitatiecommissie onder leiding van Alexander Rinnooy Kan die de publieke omroep over de afgelopen vier jaar doorlichtte. Het gaat over cultuur, politiek en mededinging.

### *Waarom publieke omroep?*

Maar eerst zeg ik iets over de algemene vraag waarom er in Europa eigenlijk publieke omroep is en wat we daar onder moeten verstaan. Publieke omroep berust op de gedachte dat de (democratische) Staat een verantwoordelijkheid draagt voor de kwaliteit van de informatie die openbaar toegankelijk moet zijn voor de burgers op zijn grondgebied. Daarvoor moet hij publieke diensten organiseren in de vorm van openbaar toegankelijk onderwijs en bibliotheken, culturele instellingen, en ook omroep. Deze gedachte van een publieke dienstverlening gaat terug op de ideeën van de Duitse socioloog/filosoof Habermas die in de periode van de Verlichting een nieuw soort openbaarheid ziet ontstaan die hij de “openbare rede” noemt; het is wat wij nu de publieke opinie en het openbare debat noemen.<sup>3</sup> De traditie

---

<sup>1</sup> Hoogleraar Informatierecht aan de Universiteit van Amsterdam; Advocaat bij Stibbe; met dank aan Remy Chavannes, eveneens werkzaam bij Stibbe die een belangrijk deel van paragraaf 4 over staatssteun schreef. Het meer uitgebreide stuk van zijn hand over dit onderwerp is R.D. Chavannes, 'De strijd om de toekomst van de publieke omroep: back to basics?' *Media & Recht* (Jonge Balie Congresbundel 2004), Utrecht 2004, pp. 1-15.

<sup>2</sup> H.W. van Doorn deed deze uitspraak op dit symposium als voorzitter van de KRO. Later zou hij Minister worden van het Ministerie van wat toen heette Cultuur, Recreatie & Maatschappelijk Werk (CRM) dat toen over de omroep ging (thans OC&W). In die hoedanigheid zou hij, zonder succes, proberen Veronica buiten het bestel te houden. Hij verwees in deze interventie naar de voorlopers van de NOS, de toenmalige Nederlandse Radio Unie (NRU) en de Nederlandse Televisie Stichting (NTS), maar ik heb er de NOS van gemaakt, omdat niet iedere lezer die afkortingen nog iets zal zeggen. Zie 'De Omroep van Morgen', in: *Communicatie* september 1967, 7/8, p. 52.

<sup>3</sup> Jürgen Habermas *Strukturwandel der Öffentlichkeit*; voor de verbinding tussen deze ideeën en het concept van de publieke omroep, zie Frank Webster *Theories of the Information Society*, Londen/New York: Routledge 1995, hoofdstuk 6.

van een publiek omroep heeft vooral een inbedding in het Engelse en het Duitse recht. In de eerste is het de *Public Service* die gestalte heeft gekregen in de BBC (die in de Nederlandse discussie vaak ten voorbeeld wordt gesteld) en in de tweede dat wat het BundesVerfassungsgericht heeft gedefinieerd als de *Grundversorgung* door ARD, ZDF en WDR. Barendt<sup>4</sup> noemt zes kenmerken van deze publieke dienst, die wel ongeveer de inhoud van het begrip dekken: 1. Beschikbaarheid in het gehele staatsterritoir, 2. Zorg voor nationale identiteit en cultuur, 3. Onafhankelijkheid van de staat en van commerciële belangen, 4. Onpartijdige programmering, 5. Een grote variëteit van programma's die alle behoeften van het publiek dekt, 6. Financiering door een algemene of bijzondere heffing. De splijtzwan zit in het vijfde en het zesde kenmerk. Men kan zich bij het vijfde kenmerk nog voorstellen dat de publieke omroep in een monopolistische situatie alle behoeften heeft te verzorgen, dus ook amusement en sport. De publieke omroep moet voor het hele publiek dat haar (indirect) betaalt leuk blijven. Bij een situatie waarin commerciële aanbieders naast de publieke omroep gaan opereren (zoals dat nu in hevige mate het geval is) is dat minder vanzelfsprekend. Daardoor ontstaat een discussie of de publieke omroep vooral het vehikel is voor het publieke debat van Habermas met mogelijk nog enige culturele functies (ruwweg het eerste tot en met het vierde kenmerk), of dat het breder moet zijn en nog steeds leuk moet blijven voor het algemene publiek (1 t/m 5).<sup>5</sup> In die discussie wordt het zesde kenmerk als vanzelf ook twistpunt. Als de functie van de publieke omroep smal wordt gedefinieerd, waarom moet dan de hardwerkende middenklasser daaraan mee blijven betalen? Die zoekt s' avonds immers amusement bij de commerciële omroep die hij indirect meefinanciert in de reclame die op de televisie wordt gemaakt voor de spijkerbroek die hij draagt, het flesje bier dat hij drinkt en de op een meubelboulevard aangeschafte bank waarop hij zit als hij televisie kijkt. En dat leidt er dan meestal toe dat de politiek die over publieke centen beslist een dubbelzinnige opdracht aan de publieke omroep geeft: U bent er in deze tijd eigenlijk alleen om de kenmerken 1 tot en met 4, maar omdat wij U blijven betalen (kenmerk 6) moet U ook leuk blijven (kenmerk 5).

Dit alles heeft tot gevolg gehad dat de publieke omroep in West Europa sinds de jaren zeventig van de vorige eeuw in een permanente legitimiteitscrisis verkeert, waarbij de politiek het vooral over de band van de publieke financiering speelt. Naar mate de commerciële omroep meer van het publieke debat gaat overnemen, en de politici in de gaten hebben gekregen dat ze die middenklasser-kiezer op de meubelboulevardbank even goed of zelfs beter via een commercieel kanaal kunnen bereiken, is hun oorspronkelijke liefde voor de publieke omroep bovendien zeer bekoeld.

## 2. Korte terugblik op de relatie van de Nederlands publieke omroep tot de Nederlandse overheid<sup>6</sup>

### *Organisatie vóór 1945*

De contouren van het Nederlandse omroepbestel zijn vastgelegd aan het begin van de jaren dertig van de vorige eeuw, zeg vijfenzeventig jaar geleden. Het is van meet af aan een wonderlijke mengeling van particularistische en algemene belangen geweest. De verzuiling leidde voor wereldoorlog II tot een strijd om de toegang tot de Hilversumse radiozenders. Deze kristalliseerde zich in 1930 uit in het Radioreglement (dat zijn basis vond in artikel 3 *ter*

<sup>4</sup> Eric Barendt *Broadcasting Law, A Comparative Study*, Oxford: Clarendon Press 1993, p. 52.

<sup>5</sup> Voor de breed-smal discussie, zie J.C. Arnbak, J.J. van Cuilenburg & E.J. Dommering *Verbinding en Ontvlechting in de Communicatie*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 1990, p. 81-83.

<sup>6</sup> Zie voor een meer uitvoerig overzicht de hoofdstukken 9-11 in E.J. Dommering e.a. *Informatierecht*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2000.

van de toenmalige Telegraaf & Telefoonwet) dat de ‘zendtijd’ (de toegekende uren waarop op een van de twee radiozenders mocht worden uitgezonden) verdeelde tussen het christelijke blok KRO, NCRV, VPRO, de ‘algemenen’ in de vorm van de AVRO en de socialistische zuil in de vorm van de VARA. Vanuit de gedeelde geschutsposities op de zenders kon voor eigen parochie worden gepreekt, maar ook het vijandige veld worden beschoten. Toch moesten deze stromingen ook een algemeen belang behartigen. Iedere omroeporganisatie, zo stond het in het Reglement, moest ‘in zódanige mate gericht zijn op de bevrediging van in het volk levende culturele en geestelijke behoeften dat hun uitzendingen *uit dien hoofde geacht moeten worden van algemeen nut te zijn.*’ Het vervullen van een publieke dienst was dus een *gezamenlijke* verantwoordelijkheid, en de verplichting om een gevarieerd programma voor iedereen te maken (hiervoor: het vijfde kenmerk) drukte op iedere organisatie afzonderlijk. Daarnaast werd een dwanglicentie constructie ingevoerd, die de omroeporganisaties verplichtte hun programmagegevens (de kopij voor het programmabladd) aan elkaar af te staan zodat zij ieder voor zich in staat waren een volledig programmabladd uit te geven. Dat was immers het middel om met de achterban te communiceren en de omvang daarvan te meten. ‘Ze ndtijd’, ‘algemeen nut’, ‘algemeen programma’, ‘dwanglicentie’, het staat allemaal nog in de Mediawet: de geïnteresseerde lezer die de moed heeft zich door de opeenstapeling van artikelen van deze wet heen te worstelen, zal het in de artikelen 14 lid 1 onder c (algemeen nut), artikel 39 (zendtijd), artikel 51b (algemeen programma) en artikel 58 (dwanglicentie) terugvinden, al is dat mooie ‘algemene nut’ in artikel 14 bij de Mediawet van 1987 uit de tekst geschrapt. Met dat laatste werd geen inhoudelijke wijziging beoogd, want op een vraag van de VVD fractie of die algemene behoeften van het volk niet tegenstrijdig zijn met de bijzondere behoeften van de achterban, antwoordde de Minister in 1987 tijdens de parlementaire behandeling ferm: ‘Het gaat om zinvolle vereisten, die als consequentie hebben dat het programma van een omroepvereniging, met welke identiteit ook, van algemeen nut is en niet slechts van belang voor de tot de stroming behorende personen.’<sup>7</sup>

### *Organisatie na 1945*

Zoals ook elders in het maatschappelijke leven van bezet Nederland, hadden de Duitse bezetters in de omroep publiekrechtelijke dwangmaatregelen opgelegd om eenheid tussen de Hoekse en Kabeljauwse reischoppers in de drassige polders aan de Noordzee te smeden. Bij de omroep deden ze dat onder meer door invoering van de heffing van het luistergeld. Na Wereldoorlog II zijn er – in het voetspoor van de Duitsers – verschillende pogingen ondernomen om het versnipperde algemene nut onder een dak te krijgen. Het plan was om een nationale omroep te vormen.<sup>8</sup> Dat waren de vorming van de Nederlandse Radio Unie (NRU) naast de omroepverenigingen, en, met het verschijnen van de televisie, de Nederlandse Televisiestichting (NTS). De toen voor de NTS gevolgde constructie was die welke bij de plannen tot reorganisatie van de publieke omroep in de jaren negentig en het begin van deze eeuw, desperaat wordt nagestreefd: de NTS was houder van de machtiging en besteedde de productie van programma’s uit aan de omroepverenigingen.<sup>9</sup> Deze eenheid was niet van lange duur. Een in 1961 ingestelde commissie *Radio en Televisiewetgeving* onder leiding van L.W.G. Scholten bracht in 1963 een rapport uit die van de eenheid weinig over liet.<sup>10</sup> De Commissie pleitte voor meer in plaats van minder omroeporganisaties en sprak van de noodzaak een ‘open systeem’ in het leven te roepen, dat wat later ‘een open bestel’ zou gaan

<sup>7</sup> Nota n.a.v. het Eindverslag, *Kamerstukken II*, 1986-1987, 19136, nr. 7, p. 42.

<sup>8</sup> Zie N.A.N.M. van Eijk *Omroepvrijheid & Overheidsbemoedienis*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 1992, p. 46 e.v.

<sup>9</sup> De Televisiebeschikking van 29 september 1951, *Stcrt.* 1951, nr. 227.

<sup>10</sup> Rapport van de Commissie Radio- en Televisiewetgeving, Den Haag: Staatsdrukkerij- en Uitgeversbedrijf 1963.

heten. Talloze Commissies volgden daarna met nieuwe voorstellen, maar uiteindelijk werd de Omroepwet vastgesteld.<sup>11</sup> De Omroepwet<sup>12</sup> introduceerde het open bestel: elke organisatie met genoeg leden kon toegang krijgen; er kwamen ook nog wat kleintjes bij, zoals kerkgenootschappen, geestelijke genootschappen en educatieve zendgemachtigden. De Omroepwet voegde de NRU en de NTS samen in de NOS, maar deze organisatie moest als overkoepelende club concurreren met de omroeporganisaties die vanuit hun stroming het algemene nut bleven behartigen. Het verzorgen van de publieke dienst bleef een gezamenlijke verantwoordelijkheid. Dit open bestel zorgde ervoor dat achtereenvolgens de TROS, Veronica en de EO werden toegelaten. Een achtergrondstudie van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) uit 1982 van twee communicatiewetenschappers J.J. van Cuilenburg (de huidige voorzitter van het Commissariaat van de Media) en D. McQuail, komt tot de conclusie dat de omroep door die open toegang de maatschappelijke ontwikkeling is blijven afspiegelen.<sup>13</sup> Dat is waarschijnlijk waar, maar misschien was dat ook wel gebeurd met tijdige invoering van de commerciële omroep. Er was immers geen alternatief. Radiozendpiraat Veronica moest wel toetreden tot het bestel om programma's te kunnen blijven uitzenden voor dat nieuwe jonge publiek.

In de jaren tachtig en negentig werd er vanuit de politiek sterk aangedrongen op hervorming om het bestel meer als eenheid te laten functioneren. De Mediawet gaat vanaf 1999 van "publieke omroep" spreken en in artikel 13 c van de Mediawet wordt zelfs een missie van de publieke omroep vastgelegd. Let wel: "publieke omroep" is nog steeds niet meer dan een verzamelterm van de overkoepelde organisaties en alle omroepverenigingen tezamen, die met elkaar nog steeds staan voor de publieke dienst. Die eenheid komt er niet; de jaren negentig laten veeleer een beeld zien van tegenstrijdige bewegingen. Ik geef daarvan een korte schets. In een poging het bestel te sluiten werd de drempel voor toetreding verhoogd met een kwalitatieve norm inhoudende dat wie wil meedoen niet alleen voldoende leden moet hebben maar ook iets nieuws moet brengen (artikel 37 Mediawet). Niettemin lukte het BNN een erkenning te verwerven. Toen waren er dus acht omroepverenigingen.<sup>14</sup> Het nieuwe van BNN was vooral dat het in staat leek de jeugd met een andere smaak en stijl weer aan de publieke omroep te binden. Wat voor minister van Doorn bij Veronica een negatief punt was geweest (populair/jeugd), was voor staatssecretaris Nuis ruim twintig jaar later juist het positieve punt: het bestel was een grijs echtpaar geworden dat de nieuwe generatie moest adopteren. In de machtsstrijd die in Hilversum werd gevoerd om het bestaan van de omroepverenigingen, kwam een model boven drijven, dat zenders toewijst aan politieke stromingen. Dat gaat terug tot de strijd in de jaren dertig om de Huizense radiozenders, waar uiteindelijk het rechtse blok van de Christelijke stromingen een zender kreeg toegewezen en de "linkse" niet - confessionelen de andere zender. Het lijkt op het Italiaanse model dat bestond voordat Berlusconi de macht in de media greep. RAI Uno, Due en Tre bedienden vóór het Berlusconi tijdperk de drie politieke hoofdstromingen in Italië. In dit spel had de VARA het op Nederland 3 gemunt. Om dit doel te bereiken werd de NOS zelfs in tweeën gekleefd in een NOS en een Nederlandse Programma Stichting (NPS). Die NPS (artikel 15 van de Mediawet) "dubbelt" met haar doelstelling die van de omroepverenigingen, omdat zij hetzelfde moet doen als die verenigingen: programma's verzorgen die voorzien in de bevrediging van in het volk levende culturele, geestelijke, enzovoort, behoeften van het Nederlandse volk. Dit spel

<sup>11</sup> E.J. Dommering "Het verplichte vrije omroepbestel", in: *NJB* 1982, Afl. 6, p. 149-161, i.h.b. p. 156-157 brengt de ontwikkeling tussen 1961 en 1976 gedetailleerd in kaart.

<sup>12</sup> Wet van 1 maart 1967, *Stbl.* 1967, 176.

<sup>13</sup> J.J. van Cuilenburg & D. McQuail, *Media en pluriformiteit, Een beoordeling van de stand van zaken*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1982 (Rapport M 8, achtergrondstudie voor de WRR studie *Samenhangend Mediabeleid*), p. 170.

<sup>14</sup> En voor de nieuwe concessieperiode in 2005 hebben zich twee nieuwe organisaties met een positief advies van het Commissariaat gemeld: De Nieuwe Omroep en de Ouderenomroep; dat maakt dus tien.

werd bekwaam door de VARA gespeeld. Samen met de VPRO en de NPS werd zij de vaste bespeler van het derde net. De belangrijke avondlijke nieuwsrubriek van de NOS werd samengevoegd tot NOVA en voortaan gemaakt door VARA, NPS en NOS tezamen. Een bij uitstek nationaal nieuwsprogramma (iets wat eigenlijk de Nederlandse versie van de BBC News Night zou moeten zijn, maar aan die kwaliteit nooit heeft kunnen tippen) werd daardoor een publieke dienst met een rood randje. NPS, VARA en VPRO werden op het omroepkwartier in een gebouw gezet. Op de andere zenders ging dat minder eenvoudig, omdat de overige omroepverenigingen minder homogene blokken vormden. Uiteindelijk lukte het de confessionele verenigingen (KRO, NCRV, EO) in het seizoen 2004-2005 het eerste net naar zich toe te trekken. De stoel waarop de AVRO op Nederland 1 zat was er niet meer, toen de muziek in deze stoelendans waarin iedereen vrolijk meeliep stopte. Zij moest naar Nederland 2 samen met BNN en TROS, omdat dat beter 'kleurde'. 'Ik voel mij vernukt door mijn collega's,' zegt Concertgebouw directeur en AVRO voorzitter Martijn Sanders, die in dit machtsspel geen bondgenoten had, op 24 januari 2004 in de Volkskrant: 'De KRO, de NCRV en EO liggen met zijn drieën in een bed'.<sup>15</sup> De AVRO, een van de gangmakers van de zware nieuwsrubriek *Netwerk* op het eerste net, moet door deze stoelwisseling gaan meewerken aan de lichtere rubriek *Twee Vandaag* op het tweede net. *Netwerk* staat plotseling onder driedubbele Christelijke besturing: een driezang van een wierook zwaaiende priester, een psalmerende dominee en een gospel zingende evangelist. De familie die tot tevredenheid was geabonneerd op een onafhankelijk nieuwsblad krijgt op een goede dag te horen dat de krant is verhuisd naar een ander pand en daardoor voortaan een Christelijke redactie heeft. Het merkwaardige van dit model, dat in de wandeling het 'thuisnetten'-model heet, is dat het functioneert volgens een zuilensysteem dat geen enkele legitimatie in de samenleving meer heeft. De lijn met de achterban wordt via de dwanglicentie die ten grondslag ligt aan de programmabladen fictief in stand gehouden. De politiek blijft dat spel meespelen. Toen Veronica was toegetreden werd het minimum ledental steeds verhoogd om de toetredingsdrempel te verhogen. Als het ledental niet meer gehaald kan worden, omdat de jonge kijkers in het geheel niet meer weten welk juridisch/politiek vernuft er schuil gaat achter hun favoriete programma's en sterren ('De Varoo, wat is dat?'), *verlaagt* de politiek de drempel voor het minimum ledental, dat gehaald moet worden om te mogen blijven meedoen. Al in 1990 schreven Arnbak, Van Cuilenburg en ondergetekende "dat het ontzuilingproces onder in de zuilen sneller verloopt dan aan de top. Beslissers en leidinggevendenden houden langer vast aan de vertrouwde kaders dan hun achterban en voorzover die achterban blijft volgen is dat het oudere deel."<sup>16</sup> Die logica is kennelijk nog steeds werkzaam. Daarbij komt dat het juridische instrument om de achterban fictie in stand te houden, het programmablad, stevig is. Een tweemaal door de pers ingezette kruistocht tegen het programmabladenstelsel strandde in de juridisch ijzersterke constructie van artikel 58 Mediawet: de door een bewijslastomkering versterkte bescherming van het programmageschrift met de door de dwanglicentie geschapen monopoliepositie om een algemeen programmablad uit te geven, valt niet om ver te regelen. In 1983 probeerde het Nieuwsblad van het Noorden via een parallelimport vanuit België tevergeefs volledige programmegevens te publiceren; in 2002 lukte dat De Telegraaf uiteindelijk ook niet via een klacht over misbruik van machtspositie

---

<sup>15</sup> Volkskrant 24 januari 2004, Mediabijlage, p. 5M.

<sup>16</sup> J.C. Arnbak, J.J. van Cuilenburg & E.J. Dommering *Verbinding en Ontvlechting in de Communicatie*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 1990, p. 19.

van de NOS die weigerde programmegegevens ter beschikking te stellen.<sup>17</sup> Na jaren talmen wil de politiek daar nu een einde aan maken door de wet op dit punt aan te passen.<sup>18</sup> Het thuisnetten model kan dus gezien worden als een geleidelijk leeglopend of wellicht reeds geheel leeggelopen representatiemodel dat blijft functioneren omdat de bestuurders in de top in dat kader georganiseerd blijven en omdat het formeel een stevige juridische verankering heeft in het onaantastbare programmablad. De overheid bleef echter niet stil zitten in het streven een eenheid van Hilversum te maken. Boven op het thuisnetten model werd daarom een ander, daarmee in beginsel onverenigbaar, model geplaatst, namelijk dat van de zenderkleuring. Dit is een andere kleur dan het thuisnet: het thuisnet is een ideologische kleur, maar de zenderkleur is een kleur van de programmasoort. In het zenderkleur model gaat het er om een zenderprofiel te maken. Nederland 1 is voor de familie, Nederland 2 voor sport en amusement, en Nederland 3 voor cultuur en zware informatie. Beide modellen vallen moeilijk met elkaar te combineren, omdat een omroepvereniging die minder op ideologie dan op programma's k leurt uiteindelijk geen thuis heeft, zoals het geval van de AVRO leert. Er is nog een andere reden waarom het niet werkt. Weliswaar berust de concessie (net zoals vroeger bij de NTS) bij de NOS; weliswaar kent het programmanetten model een kleine niet-politieke Raad van Bestuur van de NOS die zendercoördinatoren aanstuurt - maar de Raad van Bestuur van de NOS staat onder toezicht van een Raad van Toezicht waarin de omroepverenigingen de meerderheid hebben (de artikelen 18-18b van de Mediawet). Deze weeffout stamt nog uit de Mediawet van 1988, die een bestuur van de NOS kende waarin ook de omroepverenigingen het voor het zeggen hadden. De wetgever heeft dus aan de top een spannende boksarena ingericht. Het is die arena die het bekleden van het voorzitterschap van de Raad van Bestuur van de NOS tot zo'n unieke levenservaring maakt. Samenvattend kan men constateren dat de Nederlandse publieke omroep er ten opzichte van de buitenlandse publieke omroep een legitimatieprobleem bij heeft, namelijk dat van de organisatie en de representatie van de organisatie zelf. Wij vinden dat fraai geïllustreerd in de bevindingen van de Commissie Rinnooy Kan, wier taak het was na te gaan hoe de publieke omroep het in de afgelopen vier jaar heeft gedaan.<sup>19</sup> "De bestuurlijke agenda's worden nu te veel en te vaak in beslag genomen door incidenten, veroorzaakt door de trekkracht tussen centraal en decentraal in de huidige organisatieopbouw," is een van de talloze citaten die over dit onderwerp uit het rapport zijn te putten.<sup>20</sup> Interessanter is de constatering van de Commissie dat de individuele omroeporganisaties in de afgelopen periode goed hebben gepresteerd, maar dat de som minder is dan de delen.<sup>21</sup> Met andere woorden: de doelstelling die artikel 13c van de Mediawet formuleert, wordt door *de* publieke omroep niet gehaald. Het is alsof een koper op een autotentoonstelling naar alle onderdelen van een prachtig nieuw model kijkt en zijn bewondering uit voor al die nieuwe snufjes. "Ja, hij is erg mooi," zegt de verkoper, "maar hij heeft een nadeel. Hij is heel moeilijk aan de gang te krijgen."

### 3. Korte terugblik op de relatie van de publieke omroep tot de markt

#### *Tot 1970: de strijd om de reclame en de commerciële omroep*

<sup>17</sup> Hof Leeuwarden 19 januari 1983, *AMR* 1983, p. 33 (Nieuwsblad van het Noorden/NOS); CBb 15 juli 2004 (NOS/Nma), LJN- nr. AQ 1727, *Mediaforum* 2004-10, m.nt. R. Mahler, hoger beroep van Rb Rotterdam 11 december 2002, *Mediaforum* 2003-2, nr. 12 m.nt. R. Mahler.

<sup>18</sup> Voorstel van wet van de leden Örgü en Bakker tot wijziging van de Mediawet (regeling verstrekking programmegegevens), *Kamerstukken II* 2003-2004, 29680, nr. 2.

<sup>19</sup> *Omzien naar de Omroep, rapport van de visitatiecommissie landelijke omroep 2000-2004*, een uitgave uit 2004 van de Commissie zelf.

<sup>20</sup> *Supra* noot 19, p. 113.

<sup>21</sup> *Supra* noot 19, p. 111.

In het voorgaande heb ik mij vooral bezig gehouden met de politieke legitimatie van de publieke omroep in het algemeen en die in Nederland in het bijzonder. Is eenmaal die legitimatie gegeven, dan intervenueert de overheid in de markt van elektronische openbare communicatie door in die markt een met overheidsgeld gefinancierde publieke dienst neer te zetten. De financiering vindt in de meeste landen plaats door de oplegging van een speciale, aan het bezit van het ontvangtoestel gebonden, heffing: de omroepbijdrage, of zoals hij in het Engels heet, de *License fee*. In Duitsland en het Verenigd Koninkrijk is de publieke financiering tot voor kort het uitgangspunt gebleven. In Nederland kwam bij de komst van de televisie in de jaren zestig de reclame als inkomstenbron voor de publieke omroep in discussie.<sup>22</sup> De Omroepwet van 1969 introduceerde de reclame en daarmee werd het conflict tussen de uitvoering van de publieke taak en de concurrentie met de markt ingebakken. De tegenstanders vonden we in deze tijd vooral bij de geschreven Pers die in omroepreclame oneerlijke concurrentie zag: een aanslag op een deel van de inkomsten waar de Pers van afhankelijk was. Pogingen eigen commerciële omroepen op te richten faalden. Deze jaren legden in Nederland de basis om verbanden tussen de Pers en de omroep principieel onmogelijk te maken, een situatie die tot de dag van vandaag voortduurt. In deze periode ontstonden de commerciële piratenzenders op zee buiten territoriaal gebied (Veronica, de latere omroepvereniging; het REM eiland, de latere omroepvereniging de TROS), die echter met behulp van speciale wetgeving uit de lucht werden gehaald: deze initiatieven strandden letterlijk op de Nederlandse Noordzeekust. Er kwam geen commerciële omroep, maar reclame via de STER op de publieke omroep.

*Na 1970: commerciële omroep komt van buiten; commercialisering van de publieke omroep*

Na 1970 kwam de vraag of commerciële omroep moest worden ingevoerd overal in Europa op de agenda te staan. De meest spectaculaire beslissing was vermoedelijk de privatisering van de publieke zender TF1 in Frankrijk. In 1984 was in Frankrijk de eerste commerciële betaalzender Canal+ ontstaan, maar twee jaar later werd de beslissing genomen ten aanzien van de eerste publieke zender TF1. De concessie werd gegund aan een consortium dat geleid werd door een Franse bouwonderneming, waarin ook de Engelse mediamagnaat Maxwell (die later onder nooit opgehelderde omstandigheden van zijn zeiljacht in zee verdween) participeerde.<sup>23</sup>

In diezelfde periode staat het onderwerp op de Nederlandse agenda. Een Commissie onder leiding van H.W. van Doorn, ingesteld door de VPRO, doet in 1981 de aanbeveling twee landelijke niet-commerciële publieke netten in te richten, en een commercieel net. De Commissie schrijft: ‘Het probleem is (...), dat de omroep in de toekomst in een geheel andere maatschappelijke context zal gaan opereren dan tot nu toe gebruikelijk. Enerzijds zal het op korte termijn gedaan zijn met het monopolie van ons nationale omroepsysteem; anderzijds zullen de komende ontwikkelingen ons omroepsysteem openbreken voor met name commerciële gegadigden, die zich meer gelegen zullen laten liggen aan rendements-overwegingen dan aan cultuurpolitieke noties.’<sup>24</sup> De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid komt in 1982 op basis van zeventien achtergrondstudies die al gauw een boekenkastplankje in beslag nemen met een advies over de toekomst van de omroep. Hoewel de Raad de analyse van het rapport Van Doorn onderschrijft, stelt hij: ‘De instelling van een derde net als middel om het wegvloeiën van reclameaanbod te pareren, wordt voorbarig geacht. Het uitbouwen en flexibeler maken van de STER-reclame verdient voorhands de voorkeur.’ Tegelijkertijd doet de Raad de aanbeveling om een derde publiek net in te stellen.

<sup>22</sup> Zie daarover E.J. Dommering ‘Het verplichte vrije omroepbestel’, in: *NJB* 1982, Afl. 6, p. 149-161, i.h.b. p. 156-157.

<sup>23</sup> Raymond Kuhn *The Media in France*, Londen/New York: Routledge 1995, hoofdstukken 6 en 7.

<sup>24</sup> *Aanbevelingen voor een toekomstige omroepstructuur*, februari 1981.

Het is ook de moeite waard om de Raad op dit punt nog even aan het woord te laten: ‘De functies van dit programma zijn vooral van expressieve en informatieve aard. Te denken is aan hoogwaardige producties – ook van eigen bodem – op het gebied van cultuur (zowel kunst als amusement) en wetenschap. (...) De programmering vindt plaats in onafhankelijkheid van kijkdichtheden, waardoor de nadruk kan worden gelegd op grensverleggende kwaliteit. Het mag niet ontaarden in een cultureel reservaat, het moet juist bijdragen aan een horizonverruiming van velen. Door deze cultuurscheppende functie kan het ook een positieve uitstraling hebben naar de identiteitsomroepen.’”

Wij kennen het vervolg van deze dramatische mistaxatie van de WRR. Er kwam een derde publiek net, wat voor een klein land als Nederland te ruim bemeten is. De commerciële omroep kwam binnen zeven jaar op basis van het vrije dienstenverkeer uit het buitenland. En hoe het met die positieve uitstraling van het derde net op de identiteitsomroepen is gegaan, heb ik hiervoor beschreven. Het resultaat is dat een te grote en intern verdeelde publieke omroep in toenemende mate commercialiseert en in concurrentie moet treden met de open markt. Wij zien in de negentiger jaren discussies opkomen die de publieke omroep in termen van een concern beschrijven. Het tweede net moet een “vechtnet” of een “verdiennet” worden. We gaan breed-breed-smal programmeren, enzovoort. Het lijkt allemaal sterk op de vaste boekenprijzen discussie (het te dure populaire boek moet het culturele elite product betalen), met dien verstande dat boekenuitgeverijen commerciële ondernemingen zijn, en de publieke omroep publiek is gefinancierd. En in de brede programmering wordt het steeds breder. Hier gaat de publieke omroep rechtstreeks concurreren met de commerciële omroep op de aan het begin van dit artikel benoemde deelmarkten. Het is nog meer voetbal en song geworden dan Van Doorn in 1966 vreesde. En in de programmering van de kwalitatieve cultuur programma’s is de publieke omroep zo angstig dat deze steeds meer naar het late uur in de avond plaatst. De overheid die aan het begin van de jaren tachtig niet in staat was haar positie in de omroepmarkt helder te formuleren, participeert eind jaren negentig met heel veel publiek geld in een slecht geleide en vooral ook onduidelijke mediaonderneming. In economische termen staat het er met dat concern niet best voor. De Commissie Rinnooy Kan stelt op verschillende plaatsen in haar rapport vast dat het kijk- en luisteraandeel onder het publiek gestaag terugloopt. De publieke omroep zelf vergrijst wat personeelsbestand betreft, en het bereikt onder het publiek de jongeren en allochtonen niet. Laat ik de Commissie zelf aan het woord laten: “Voor vrijwel alle omroepen geldt dat er sprake is van een vergrijzend medewerkersbestand en van beperkte doorstroming. Deze ontwikkeling baart de commissie zorgen, zeker waar zij ook nog samengaat met een vergrijzing van het kijk- en luisterpubliek van de Publieke omroep. Er bestaat niet per se relatie tussen beide ontwikkelingen, maar wanneer ze samen voorkomen is een verband niet uit te sluiten. De commissie is ook bezorgd over de achterblijvende instroom en doorstroom van allochtone medewerkers.”<sup>25</sup> Als je als omroepbedrijf niet in staat bent jongere afnemers aan te boren sterf je vanzelf uit. Zo gaat dat althans in de markt van dienstverlening.

Behalve een dubbele legitimiteitscrisis is er dus ook een bedrijfseconomische crisis. Van die laatste heeft de publieke omroep overigens weinig last door de enorme financiële reserves waarover zij kan beschikken. Die zijn echter voorwerp van onderzoek door de EG Commissie geworden, waarover de volgende paragraaf handelt.

#### 4. De publieke omroep tussen markt en overheid: de staatssteunregels van artikel 87 van het EG Verdrag

---

<sup>25</sup> Supra noot 19, p. 52.



### *Aanscherpen publieke taak en het openen van de weg naar de markt*

Nu de overheid verbonden is met een pseudo-commerciële mediaonderneming, zien wij dat zij in toenemende mate dubbelzinnige opdrachten aan die onderneming gaat verstrekken. Het is het Janusgezicht dat een privatiserende overheid ons regelmatig toont. Er moet van alles in het algemeen belang gebeuren, maar het mag niet te veel geld kosten: organisaties die met algemeen belang taken zijn belast wordt geadviseerd om toch zoveel mogelijk zelf de broek op te houden, lees: haar geld in concurrentie op de markt te verdienen. De voorschriften om de publieke taak uit te voeren worden in de Mediawet steeds verder aangescherpt. Het geciteerde artikel 13c is daarvan een voorbeeld. De Nederlandse regering lobbyde in 1997 in Europa zwaar om in het Verdrag van Amsterdam in een Protocol een uitzonderingspositie voor de publieke omroep geregeld te krijgen. Met gejuich werd een tekst binnen gehaald, die werd verkocht alsof de positie van de publieke omroep in Europa nu verder niet meer was aan te tasten. Nauwkeurige lezing van die tekst leert echter dat daar alleen in staat dat de Lid Staten een publieke omroep mogen financieren *voor het vervullen van de publieke opdracht*. Zoals het vervolg van de gebeurtenissen in Europa leert, zal dat nu juist leiden tot een verscherpte toetsing of publiek geld ook inderdaad naar een publieke opdracht gaat. Tegelijkertijd met dit publieke klaroengeschal, wil de politiek dat de publieke omroep zich in toenemende mate met activiteiten gaat bezighouden die strikt genomen niet tot haar publieke taak behoren. Dat begint in 1997 met een verruiming van de regeling nevenactiviteiten in Artikel 57. Voorheen gold een algemeen verbod voor nevenactiviteiten, waarop slechts onder strikte voorwaarden uitzonderingen mogelijk waren.<sup>26</sup> 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 hoofdtaak nuttig en nodig is en of er naast of in plaats van een aanbod uit de markt behoefte is aan een publiek aanbod van nieuwe mediadiensten.<sup>27</sup>*

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.

Opent deze verzwakking van de controle op nevenactiviteiten al de weg naar de markt, daar komt in 2000 het begrip “heventaak” bij dat in artikel 13c Mediawet wordt geïntroduceerd. Artikel 13c lid 3 Mw bepaalt dat publieke omroepen mede invulling kunnen geven aan hun hoofdtaak 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

<sup>26</sup> Kamerstukken II 1984/1985, 19 136, nr. 3, p. 116.

<sup>27</sup> 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.

bekostigd, andere nevenactiviteiten mogen dat niet en moeten dus kostendekkend zijn (artikel 104 Mw). Hier bouwt de overheid zelf dus het instrument van verboden kruissubsidiëring in. Achtergrond van de invoering van de neventaak 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 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 waaraan 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.<sup>28</sup>*

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.<sup>29</sup> 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.”<sup>30</sup>

De overheid stelt in 2002 alleen al • 30 miljoen uit omroepmiddelen voor Internetactiviteiten beschikbaar.<sup>31</sup> De Pers, die veel geld heeft verloren aan de wereldwijde Internethype loopt hier tegen te hoop, omdat zij dit nu precies de verboden concurrentievervalsing vindt waarvoor de staatssecretaris heeft gewaarschuwd. Ook de praktijk om nieuwe zenders onder de vlag van de neventaak te beginnen (waarover hierna) toont aan dat de overheid hier een gevaarlijk mechanisme van concurrentievervalsing in de wet heeft ingebouwd.

#### *Staatssteun en publieke omroepen*

In het beleid van de Commissie en de rechtspraak van het Hof van Justitie krijgt artikel 87 van het EG Verdrag dat staatssteun aan strikte voorwaarden bindt, steeds meer de aandacht. De Commissie publiceerde in 2001 een Mededeling over diensten van algemeen belang, kort daarna gevolgd door een mededeling die specifiek op de omroep betrekking had.<sup>32</sup> Artikel 87 lid 1 EG-verdrag verklaart (potentieel) concurrentievervalsende steunmaatregelen in beginsel onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en dus verboden.

<sup>28</sup> Kamerstukken II 1998-1998, 26 660, nr. 3, p. 13-14.

<sup>29</sup> Kamerstukken II 1999-2000, 26 660, nr. 59. Stemmingen: *Handelingen II* 1999-2000, nr. 40, p. 3036 (25 januari 2000).

<sup>30</sup> *Handelingen II* 1999-2000, nr. 39, p. 2998 (20 januari 2000).

<sup>31</sup> Gezamenlijk Plan Internet 2002, [www.omroep.nl/internet/gezplanint2002pdf](http://www.omroep.nl/internet/gezplanint2002pdf).

<sup>32</sup> Mededeling van de Commissie: Diensten van algemeen belang in Europa, *Pb. C* 17/4, d.d. 19/01/2001; Mededeling van de Commissie betreffende toepassing van de regels inzake staatssteun op openbare omroepen, *Pb. C* 321/5 d.d. 15/11/2001.

Diensten van algemeen economisch belang (waartoe publieke omroep meestal wordt gerekend) bekleden in dit kader een bijzondere positie. De mededingingsregels uit het EG-verdrag, waarvan de staatssteunregels een onderdeel zijn, zijn blijkens artikel 86 lid 2 EG slechts van toepassing op de verrichting van die diensten, voor zover dat de verrichting niet verhindert. Dat is de regel die in het Omroepprotocol van het Verdrag van Amsterdam werd herhaald. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie gelden voor een dergelijk beroep op artikel 86 lid 2 EG drie voorwaarden:

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

In 2003 wees het Hof van Justitie arrest in de zaak *Altmark*.<sup>33</sup> Het Hof formuleert vier voorwaarden, wil sprake zijn van een toegelaten vorm van financiering van een dienst van algemeen belang (overweging 95 van het arrest):

- a. de begunstigde onderneming moet daadwerkelijk belast zijn geweest met de uitvoering van de openbare dienstverplichting en die verplichtingen moeten duidelijk zijn afgebakend;
- b. de parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend, moeten vooraf op objectieve en doorzichtige wijze zijn vastgesteld;
- c. 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;
- d. 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.

Wordt aan deze criteria voldaan dan is er geen staatssteun in de zin van artikel 87. Is er wel aan voldaan dan zal nog de toetsing aan dat artikel moeten plaatsvinden. Ik laat de vraag hoe die twee trajecten zich tot elkaar verhouden verder rusten.

#### *De Commissiebeschikkingen in zake staatssteun en publieke omroepen*

De Commissie is een onderzoek tegen een groot aantal Lid Staten gestart. De Commissie heeft onderzoeken ingesteld naar onder meer de Belgische, Britse, Griekse, Franse en Deense

---

<sup>33</sup> HvJ EG 24 juli 2003, Zaak C-280/00 (*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; zie voorts B. Hessel, 'Ontwikkelingen rond staatssteun en diensten van algemeen economisch belang na het *Altmark*-arrest', *Gst.* 2004, 7211, pp. 405-412; B.J. Drijber en N. Saanen-Siebenga, 'Financiering van openbare diensten na *Altmark*', *NTER* 2003 nr. 10, pp. 253-258.

publieke omroep.<sup>34</sup> De ad hoc financiering van de Italiaanse en Portugese publieke omroep werden in orde bevonden.<sup>35</sup> Ten aanzien van de Deense omroep (IP/04/666) heeft de Commissie haar onderzoek afgesloten met een bevel tot terugbetaling van het bedrag van de overfinanciering: • 85 miljoen.<sup>36</sup> In de zomer 2004 werd een onderzoek tegen de Duitse omroep geopend.

Op 3 februari 2004 publiceerde de Commissie een tegen Nederland gerichte beschikking die een onderzoek dat nog loopt inleidt. Verschillende commerciële omroepen en uitgeverijen hadden 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 hoc financiering. De beoordeling heeft in het bijzonder betrekking op neventaken, aangezien de hoofdtaak vooral uit de structurele financiering wordt betaald en nevenactiviteiten *niet* door de overheid gefinancierd mogen worden. De voorlopige analyse van de Commissie is uitermate kritisch voor het huidige systeem van neventaak financiering. De Commissie heeft maar één paragraafje nodig om te overwegen dat de ad hoc financiering aan één van de vier Altmark-criteria voldoet (§ 71). Vervolgens worden de in de Omroepmededeling uitgewerkte criteria met betrekking tot artikel 86 lid 2 EG toegepast (§ 77 e.v.). 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 nieuwe media-activiteiten (SMS en imode-diensten) en het via internet aanbieden van programma-informatie, vermoedt de Commissie zelfs dat er helemaal geen sprake is van diensten van algemeen economisch belang (§ 86-87). 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. 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 dat zij bovenmatig gefinancierd worden, hetgeen ook blijkt uit de structureel groeiende reserves. Al met al vermoedt de Commissie dat de publieke omroep in de periode 1992-2002 structureel overgefinancierd is met een bedrag van circa EUR 110 miljoen. Zij vervolgt dat wanneer een openbare dienstverlener 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.

---

<sup>34</sup> Voor vindplaatsen, zie P.J. Kreijger, 'De financiering van de publieke omroep in Europa: nieuw beleid van de Europese Commissie', *Mediaforum* 2003-5, p. 163 en *EU Competition Policy in the Media Sector. Commission decisions*, juli 2004, [http://europa.eu.int/comm/competition/publications/studies/eCompilation\\_2004.pdf](http://europa.eu.int/comm/competition/publications/studies/eCompilation_2004.pdf).

<sup>35</sup> Persbericht d.d. 15 oktober 2003, IP/03/1399. Wel heeft de Commissie een procedure gestart om de financieringsvoorwaarden in Italië, Portugal en Spanje transparanter te maken.

<sup>36</sup> Persbericht d.d. 19 mei 2004, IP/04/666.

Bij de kritische bevindingen voegt zich de, vanuit het Altmark perspectief betrekkelijk dodelijke constatering van de Commissie Rinnooy Kan over de financiële rapportage van de publieke omroep: “Deze staat beschreven in het handboek financiële verantwoording media. Het Commissariaat ziet toe op de uitvoering hiervan. Echter, doordat het handboek zeer uiteenlopende methoden van bijvoorbeeld kostentoe rekening toelaat, is een vergelijking op efficiency tussen omroepen onmogelijk.<sup>37</sup>” De test onder d. die het Altmark arrest voorschrijft is op basis van deze boekhouding waarschijnlijk niet uit te voeren.

#### *De neventaak/nevenactiviteit beslissingen van het Commissariaat van de Media*

De publieke omroep is met een beroep op de neventaak/nevenactiviteiten regels radiostations begonnen, waartegen commerciële radiozenders klachten hebben ingediend bij het Commissariaat van de Media. Even was het een vraag of commerciële omroepen wel belanghebbende in de zin van de Algemene Wet Bestuursrecht waren, maar in een beslissing van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State in 2004 werd uitgemaakt dat zij belang hebben bij de naleving van de bepalingen van de Mediawet die het beginsel van non commercialiteit van de publieke omroep beogen te verzekeren.<sup>38</sup> Het ging om de oprichting door vier lokale publieke omroep van een gezamenlijk ‘grotenstedenomroep’ FunX, en tegen de overname en voortzetting door de publieke omroep van de commerciële radiozenders Concertzender en Colorful Radio.<sup>39</sup> Bij het ter perse gaan van dit artikel heeft het Commissariaat in de beslissing op bezwaar van de NOS geoordeeld dat de voortzetting van Colorful Radio niet was toegestaan omdat niet was voldaan aan de door artikel 57a lid 1 sub b respectievelijk a,<sup>40</sup> gestelde eisen. Een verbodsactie van de commerciële omroepen bij de Amsterdamse voorzieningenrechter was vooralsnog afgewezen in afwachting van het besluit van het Commissariaat.<sup>41</sup>

Zowel Concertzender<sup>42</sup> als FunX<sup>43</sup> 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 Mediawet, net zo min als het feit dat zij overheidssubsidie ontvangt. Het besluit van het Commissariaat inzake Concertzender werd in augustus 2004 vernietigd door de Rechtbank Amsterdam, onder meer vanwege gebrekkige motivering in verband met de relatietoets van artikel 57a lid 1 sub b Mw.<sup>44</sup> De rechtbank overweegt dat het voortzetten van Concertzender niet verband houdt of ten dienste staat van programma’s waarvoor zendtijd is verkregen, omdat het een programma is dat naast de hoofdtaak wordt verzorgd. Deze overweging ziet op de oude definitie van de hoofdtaak; in de nieuwe beslissing op bezwaar zal het Commissariaat moeten onderzoeken of Concertzender wél verband houdt of ten dienste staat van de nieuwe, uitgebreidere hoofdtaak. Ook zal het Commissariaat moeten onderzoeken of Concertzender onder de nieuwe Mediawet als neventaak kan worden aangemerkt en dus uit de omroepmiddelen mag worden bekostigd,

---

<sup>37</sup> Supra noot 19, p. 52.

<sup>38</sup> ABRvS 18 februari 2004, *Mediaforum* 2004-4, nr. 16 m.nt. A.W. Hins (CvdM/Radio 538).

<sup>39</sup> Het kantoor van de auteur is bij deze procedures betrokken aan de zijde van de commerciële omroepen.

<sup>40</sup> Besluit van 18 mei 2004 (niet gepubliceerd).

<sup>41</sup> V.zr. Rb. Amsterdam 26 februari 2004, *Mediaforum* 2004-4, nr. 14 m.nt. K.J.M. Mortelmans en A.T. Ottow; V.zr. Rb. Amsterdam 22 juli 2004, L.JN AQ5584 (*VCR/NOS*).

<sup>42</sup> Besluit op bezwaar van 22 juni 1999 (niet gepubliceerd).

<sup>43</sup> Besluit op bezwaar van 14 augustus 2003, <http://www.cvdM.nl/documents/2003004358.pdf>.

<sup>44</sup> Rb. Amsterdam 5 augustus 2004, L.JN AQ6500, *Mediaforum* 2004-10 m.nt. L. Hancher en Q.R. Kroes (*Classic FM c.s./CvdM*).

waarbij ook de vraag zal moeten worden gezien of het hier om een toegelaten vorm van staatssteun gaat.<sup>45</sup>

## 5. Slot: beslist de markt of de politiek over de publieke omroep?

Uit het voorgaande laten zich enige conclusies trekken.

De publieke omroep is in Nederland geleidelijk aan vercommercialiseerd. De grens zal hier getrokken worden door de markt, meer in het bijzonder de vrij harde criteria die uit het Altmark arrest voortvloeien. Dat betekent dat vage, moeilijk te toetsen bepalingen omtrent nevenactiviteiten en, met name, neventaken uit de wet moeten worden geschrapt, omdat een publieke financiering daarvan al strandt op de test dat de publieke taak krachtens een formeel duidelijk omschreven overheidsbesluit moet zijn toegekend. Dat betekent tegelijkertijd ook de politieke keuze dat, als de overheid iets wil doen aan nieuwe communicatietechnologieën, dit niet onderdeel behoort te zijn van een omroepbeleid, maar van een algemeen informatiebeleid.

De organisatie van de publieke omroep wordt gedictieerd door de markt, zowel vanuit de staatssteunregels als de bedrijfseconomie. Vanuit de staatssteun, omdat aangetoond moet worden dat het publieke geld efficiënt wordt besteed aan de nauwkeurig omschreven publieke taak. Dat is bij de huidige organisatiestructuur met de daarbij behorende boekhouding kennelijk niet mogelijk. Vanuit de bedrijfseconomie, omdat bij de concernstructuur van de publieke omroep ook de besluitvorming hoort van een concern, die ontbreekt. De Commissie Rinnooy Kan doet op dit punt harde aanbevelingen.

Een publieke omroep met drie televisienetten is voor Nederland te groot. Het is echter de vraag of de foute strategische beslissingen uit de jaren tachtig nog zijn terug te draaien. Wanneer de overheid op een foute manier in de markt intervineert, beïnvloedt zij daarmee toch de marktcondities. Terugdraaien leidt dan tot nieuwe markt distorsies. De marktcondities zijn op dit moment zodanig dat privatisering van een televisienet nauwelijks een optie is. Het thuisnetten model (toewijzing van netten aan gemachtigden op basis van ideologische kleur) is een maatschappelijk-politiek atavisme en onverenigbaar met een netprofiel model. Wanneer het bovendien tot gevolg kan hebben dat de identiteit en kwaliteit van belangrijke kritische nieuwsrubrieken (een kernfunctie in zowel de brede als de smalle opvatting van publieke omroep) van de ene dag op de andere kan veranderen (eerst de NOS rubriek op het derde net, daarna Netwerk op het eerste net) is het model in zijn effecten ook verwerpelijk. De Commissie de Rinnooy Kan veroordeelt dat model dan ook terecht. De Commissie vreest dat het met de besluitvorming dan ook niet goed zal aflopen: 'Bovendien vreest de commissie dat de noodzakelijke coördinatie en inspanningen op centraal niveau door de Raad van Bestuur welhaast onmogelijk zal blijken, wanneer de thans erkende omroepinstellingen zich op het niveau van het netbestuur zwaar zullen nestelen.'<sup>46</sup>

Het grootste probleem blijft natuurlijk de erfenis van de omroepverenigingen. De Commissie de Rinnooy Kan is daar, begrijpelijkerwijs, niet goed uitgekomen. Misschien toch maar het NTS model uit 1951 waarin de omroeporganisaties producenten waren voor de NTS die houder was van de concessie? Maar waarom dan nog een geprivilegeerde positie toekennen aan de omroepverenigingen met een erkenning en een subsidie? De Commissie Rinnooy Kan wil dat de omroepverenigingen voor de inschrijving van programma's gaan concurreren met private producenten. Maar wat is dat voor openbare aanbesteding waarin de inschrijvers ook

<sup>45</sup> 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.

<sup>46</sup> Supra noot 19, p. 130.

belangen hebben bij de beslissers? Ook hier stelt de markt onverbiddelijk de grens: de openbare aanbestedingsregels zullen dat niet toestaan. Als men werkelijk naar zo'n systeem toe wil zullen de omroepverenigingen geheel moeten worden geprivatiseerd en zal de subsidie volgens programmatische criteria moeten worden verdeeld. Misschien dat de WRR die in 2005 opnieuw over de publieke omroep adviseert hiervoor een paar duidelijke scenario's kan opschrijven. De Raad heeft tenslotte ten opzichte van 1982 iets goed te maken.