

Beleidsregels nevenactiviteiten

Regeling van het Commissariaat voor de Media van 5 juni 2007 houdende beleidsregels omtrent nevenactiviteiten publieke omroepen (beleidsregels nevenactiviteiten)

Het Commissariaat voor de Media, Gelet op de artikelen 134 en 135 van de Mediawet; Gelet op de artikelen 4:81 en 5:16 van de Algemene wet bestuursrecht; Besluit:

Strekking van de regeling

Artikel 1

De Beleidsregels vastgesteld in deze regeling hebben betrekking op de wettelijke voorschriften die zijn opgenomen in bijlage 1 bij deze regeling.

Artikel 2

In deze regeling wordt verstaan onder:

- wet: de Mediawet;
- besluit: het Mediabesluit;
- Commissariaat: het Commissariaat voor de Media;
- hoofdtaak: taak, bedoeld in artikel 13c, eerste en tweede lid van de wet;
- nevenactiviteiten: activiteiten of werkzaamheden als bedoeld in artikel 57, eerste lid, van de wet;
- deelneming: een deelneming als bedoeld in artikel 24c, lid 1, boek 2 BW;
- netto omzet: netto omzet als bedoeld in artikel 377, lid 6, boek 2 BW;
- NMa: Nederlandse Mededingingsautoriteit.

Schadetoets

Artikel 3

Er is sprake van 'nadelige invloed', als bedoeld in artikel 57a, eerste lid, onder a, van de wet indien:

- nevenactiviteiten direct of indirect worden bekostigd uit of anderszins ten laste komen van de publieke omroep-middelen;
- er bij een deelneming geen sprake is van een proportionele verhouding tussen de financiële middelen die door de publieke omroepen gezamenlijk worden ingebracht in het bedrijf waarin wordt deelgenomen en de netto omzet van dat bedrijf die door activiteiten ten behoeve van de hoofdtaak wordt gerealiseerd;
- nevenactiviteiten anderszins schade toebrengen aan de hoofdtaak.

Artikel 4

In afwijking van artikel 3, onder a, van deze regeling is er geen sprake van 'nadelige invloed' indien

- een negatief resultaat van een nevenactiviteit, bij wijze van uitzondering, wordt gecompenseerd met de positieve financiële resultaten van één of meer andere nevenactiviteiten in het desbetreffende boekjaar; dan wel
- aanloopverliezen bij de exploitatie van een nevenactiviteit gedurende een periode van maximaal drie jaar gesaldeerd worden met de positieve financiële resultaten van één of meer andere nevenactiviteiten, onder de voorwaarde dat de omroep bij nieuw te ondernemen nevenactiviteiten door middel van prognoses en een toelichting daarbij aannemelijk maakt dat deze activiteit binnen drie jaar kostendekkend is.

Relatietoets

Artikel 5

- Een nevenactiviteit 'houdt verband met' of 'staat ten dienste van' de hoofdtaak indien zij:
 - een duidelijk herkenbare afgeleide verschijningsvorm van het programma-onderdeel is;
 - de betrokkenheid van kijkers of luisteraars bij het programma of de omroep vergroot; dan wel
 - de innovatie van het programma bevordert.
- De activiteit als bedoeld in het eerste lid, onder b en c, van dit artikel moet aantoonbaar inhoudelijk aansluiten bij het programma of de omroep.

Artikel 6

- Een nevenactiviteit staat, naast datgene bedoeld in artikel 5 van deze regeling, op andere wijze ten dienste van de hoofdtaak indien er sprake is van:
 - een deelneming: op voorwaarde dat minimaal 50% van de netto omzet van het bedrijf waarin wordt deelgenomen wordt gegenereerd door activiteiten ten behoeve van de hoofdtaak en maximaal 20% van de netto omzet van het bedrijf waarin wordt deelgenomen wordt gegenereerd door activiteiten ten behoeve van de programmering van commerciële omroepen;
 - verhuur van personeel of middelen: op voorwaarde dat dit personeel of deze middelen niet zijn verworven met het oogmerk om te verhuren en een beperkte omvang hebben.
- De activiteit als bedoeld in het eerste lid, onder a van dit artikel wordt uitsluitend geacht ten dienste te staan van de hoofdtaak indien het een deelneming betreft in een bedrijf dat een aantoonbare relatie heeft met omroepactiviteiten.

Artikel 7

De omroepinstelling dient desgevraagd ten genoegen van het Commissariaat aan te tonen dat de nevenactiviteit verband houdt met, dan wel ten dienste staat van de hoofdtaak.

Artikel 8

Bij de beoordeling of bij het in licentie geven van auteurs- of merkrechten wordt voldaan aan artikel 57a, eerste lid, onder b, van de wet, wordt het product of dienst van een derde met betrekking waartoe de omroep een merk of auteursrecht in licentie geeft, mede betrokken.

Concurrentievervalsingstoets

Artikel 9

- Bij de beoordeling of het verrichten van de nevenactiviteit niet leidt of kan leiden tot concurrentievervalsing, als bedoeld in artikel 57a, eerste lid, aanhef en onder c van de wet, wordt in ieder geval betrokken:
 - de verkoopprijs van de nevenactiviteit;
 - de kostprijs van de nevenactiviteit;
 - de markt die met de nevenactiviteit wordt betreden;
 - het gebruik van marktgegevens ten behoeve van de nevenactiviteit waarover de omroepinstelling uit hoofde van haar taakstelling beschikt, waaronder het ledenbestand;
- Het Commissariaat kan, bij zijn oordeel over concurrentievervalsing, ook het gebruik van het imago van de omroep betrekken.

Artikel 10

- Het Commissariaat brengt om te beoordelen of er sprake is van 'andere aanbieders van dezelfde of vergelijkbare goederen of diensten', als bedoeld in artikel 57a, eerste lid, aanhef en onder c van de wet, de relevante markt in kaart.
- Het Commissariaat baseert zich bij het bepalen van de relevante markt op de uitgangspunten en benadering van de NMa.

Artikel 11

- In die gevallen dat het Commissariaat naar aanleiding van het in kaart brengen van de relevante markt constateert dat er geen sprake is van andere aanbieders van dezelfde of vergelijkbare goederen of diensten, wordt de concurrentievervalsingstoets niet verricht.
- In die gevallen waarin het Commissariaat van oordeel is dat de activiteit vanwege zijn aard en omvang een te gering belang vertegenwoordigt, wordt de concurrentievervalsingstoets niet vol-

trokken, tenzij derden bij het nalaten van deze toets daarom door middel van een handhavingsverzoek vragen.

Artikel 12

Het Commissariaat betreft bij de beoordeling van concurrentievervalsing de NMa bij aangelegenheden van wederzijds belang.

Meldingsprocedure

Artikel 13

1. Een omroepinstelling meldt een nevenactiviteit als bedoeld in artikel 57, eerste lid, van de wet op de door het Commissariaat voorgeschreven wijze.
2. Het Commissariaat zal in voorkomende gevallen vragenlijsten voorleggen aan betrokken partijen.

Artikel 14

De nevenactiviteit dient uiterlijk op het moment dat met het verrichten daarvan daadwerkelijk wordt begonnen te worden gemeld.

Artikel 15

1. De landelijke omroepinstellingen melden de door deze instellingen te verrichten nevenactiviteiten door tussenkomst van de Raad van Bestuur van Nederlandse Publieke Omroep.
2. Het niet, niet tijdig of niet juist bij het Commissariaat melden van een nevenactiviteit door een landelijke omroepinstelling blijft altijd voor rekening en risico van de desbetreffende omroepinstelling.

Register

Artikel 16

Het Commissariaat houdt een register nevenactiviteiten bij waarin elke aangeelde nevenactiviteit wordt opgenomen op het moment dat met het verrichten daarvan daadwerkelijk wordt begonnen.

Artikel 17

In het register wordt vermeld de betrokken omroep, een korte omschrijving van de nevenactiviteit, de ingangsdatum, de duur van de activiteit en het besluit van het Commissariaat.

Artikel 18

Het Register Nevenactiviteiten is openbaar.

Slotbepaling

Artikel 19

1. Deze regeling treedt in werking met ingang van 1 juli 2007.
2. Hoofdstuk 2 van de Richtlijn Neven- en verenigingsactiviteiten publieke omroep 1999 wordt gelijktijdig ingetrokken.
3. Deze regeling wordt aangehaald als Beleidsregels nevenactiviteiten.

4. Deze regeling wordt bekendgemaakt door kennisgeving ervan in de Staatscourant en op de internetsite van het Commissariaat voor de Media (www.cvdmd.nl).

Bijlage 1. Relevante bepalingen

A. Algemene wet bestuursrecht

Artikel 4:2 Awb

1. De aanvraag wordt ondertekend en bevat ten minste:
a. de naam en het adres van de aanvrager;
b. de dagtekening;
c. een aanduiding van de beschikking die wordt gevraagd.

2. De aanvrager verschaft voorts de gegevens en bescheiden die voor de beslissing op de aanvraag nodig zijn en waarover hij redelijkerwijs de beschikking kan krijgen.

Artikel 4:3 Awb

1. De aanvrager kan weigeren gegevens en bescheiden te verschaffen voor zover het belang daarvan voor de beslissing van het bestuursorgaan niet opweegt tegen het belang van de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, met inbegrip van de bescherming van medische en psychologische onderzoeksresultaten, of tegen het belang van de bescherming van bedrijfs- en fabricagegegevens.

2. Het eerste lid is niet van toepassing op bij wettelijk voorschrift aangewezen gegevens en bescheiden waarvan is bepaald dat deze dienen te worden overgelegd.

Artikel 4:4 Awb

Het bestuursorgaan dat bevoegd is op de aanvraag te beslissen, kan voor het indienen van aanvragen en het verstrekken van gegevens een formulier vaststellen, voor zover daarin niet is voorzien bij wettelijk voorschrift.

Artikel 4:13 Awb

1. Een beschikking dient te worden gegeven binnen de bij wettelijk voorschrift bepaalde termijn of, bij het ontbreken van zulk een termijn, binnen een redelijke termijn na ontvangst van de aanvraag.
2. De in het eerste lid bedoelde redelijke termijn is in ieder geval verstreken wanneer het bestuursorgaan binnen acht weken na ontvangst van de aanvraag geen beschikking heeft gegeven, noch een kennisgeving als bedoeld in artikel 4:14, derde lid, heeft gedaan.

Artikel 4:14 Awb

1. Indien een beschikking niet binnen de bij wettelijk voorschrift bepaalde termijn kan worden gegeven, deelt het bestuursorgaan dit aan de aanvrager mede en noemt het daarbij een zo kort

mogelijke termijn waarbinnen de beschikking wel tegemoet kan worden gezien.

2. Het eerste lid is niet van toepassing indien het bestuursorgaan na het verstrijken van de bij wettelijk voorschrift bepaalde termijn niet langer bevoegd is.

3. Indien, bij het ontbreken van een bij wettelijk voorschrift bepaalde termijn, een beschikking niet binnen acht weken kan worden gegeven, stelt het bestuursorgaan de aanvrager daarvan in kennis en noemt het daarbij een redelijke termijn waarbinnen de beschikking wel tegemoet kan worden gezien.

Artikel 4:15 Awb

De termijn voor het geven van een beschikking wordt opgeschort met ingang van de dag waarop het bestuursorgaan krachtens artikel 4:5 de aanvrager uitnodigt de aanvraag aan te vullen, tot de dag waarop de aanvraag is aangevuld of de daarvoor gestelde termijn ongebruikt is verstreken.

B. Burgerlijk Wetboek

Artikel 24c, eerste lid, boek 2 BW

Een rechtspersoon of vennootschap heeft een deelneming in een rechtspersoon, indien hij of een of meer van zijn dochtermaatschappijen alleen of samen voor eigen rekening aan die rechtspersoon kapitaal verschaffen of doen verschaffen teneinde met die rechtspersoon duurzaam verbonden te zijn ten dienste van de eigen werkzaamheid. Indien een vijfde of meer van het geplaatste kapitaal wordt verschaft, wordt het bestaan van een deelneming vermoed.

Artikel 377, zesde lid, boek 2 BW

Onder de netto-omzet wordt verstaan de opbrengst uit levering van goederen en diensten uit het bedrijf van de rechtspersoon, onder aftrek van kortingen en dergelijke en van over de omzet geheven belastingen.

C. Mediawet

Artikel 55

Instellingen die zendtijd hebben verkregen zijn met al hun activiteiten, behoudens het bepaalde in de artikelen 26, 43a, 52 en 52b, niet dienstbaar aan het maken van winst door derden. Desgevraagd tonen zij dit ten genoegen van het Commissariaat voor de Media aan.

Artikel 57

1. Alle activiteiten en werkzaamheden van een instelling die zendtijd heeft verkregen, die niet rechtstreeks verband houden met of ten dienste staan van de uitoefening van de taak, bedoeld in artikel 13c, eerste lid, worden aangemerkt als nevenactiviteiten, met uitzondering van de verenigingsactiviteiten van een omroepvereniging.

2. Met het verrichten van een nevenactiviteit wordt gelijkgesteld het hebben van een direct of indirect belang in een rechtspersoon die een dergelijke activiteit verricht.

Artikel 57a

1. Het is instellingen die zendtijd hebben verkregen, uitsluitend toegestaan nevenactiviteiten te verrichten, indien:

- het verrichten van de nevenactiviteit geen nadelige invloed heeft of kan hebben op de uitvoering van de taak, bedoeld in artikel 13c, met uitzondering van de activiteiten, bedoeld in artikel 13c, derde lid;
- de nevenactiviteit verband houdt met of ten dienste staat van de taak, bedoeld in artikel 13c, met uitzondering van de activiteiten, bedoeld in artikel 13c, derde lid; en
- het verrichten van de nevenactiviteit niet leidt of kan leiden tot concurrentievervalsing ten opzichte van andere aanbieders van dezelfde of vergelijkbare goederen of diensten.

2. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen aan het verrichten van nevenactiviteiten als bedoeld in het eerste lid nadere eisen worden gesteld.

Artikel 57c

Alle inkomsten van een instelling die zendtijd heeft verkregen, waaronder de inkomsten uit nevenactiviteiten en vermogen, worden, voor zover bij of krachtens deze wet niet anders is bepaald, aangewend voor de verzorging van het programma waarvoor zij zendtijd heeft verkregen.

Toelichting

Algemeen

Het Commissariaat voor de Media ziet toe op de naleving van de artikelen 57, 57a, 57c van de Mediawet.

Deze regeling treedt in de plaats van hoofdstuk 2 van de Richtlijn neven- en verenigingsactiviteiten publieke omroep 1999 (hierna: Richtlijn). Hoofdstuk 2 van deze Richtlijn is bij besluit van 5 juni 2007 ingetrokken. Het punt van de oproepen in het kader van de nevenactiviteiten is niet in deze regeling verwerkt, maar is opgenomen in het Besluit ontheffing zelfpromotie publieke omroep, dat gelijktijdig met deze regeling in werking treedt. De regeling treedt in werking op 1 juli 2007. Alle nieuwe meldingen, alsmede alle meldingen waarover het Commissariaat nog een besluit dient te nemen worden beoordeeld aan de hand van deze nieuwe regeling. Alle activiteiten die door middel van een besluit met formele rechtskracht zijn goedgekeurd vallen onder de oude Richtlijn.

Een belangrijk kenmerk van deze nieuwe regeling is een verduidelijking van de relatietoets die het Commissari-

aat op grond van artikel 57a, eerste lid, onder b, van de Mediawet dient te voltrekken. Met deze regeling wordt het beleid dat reeds in verschillende afzonderlijke besluiten is uitgewerkt vastgelegd. Voorts voorziet de regeling in een nadere uitwerking van de uit artikel 57a, eerste lid, aanhef en onder c, van de Mediawet voortvloeiende concurrentievervalsingstoets. In de praktijk van de Richtlijn was er sprake van een zogenaamde eerste en tweede fase toets. Er werd eerst getoetst aan artikel 57a, eerste lid, aanhef en onder a en b, van de Mediawet. De tweede fase toets bestond uit een toets aan artikel 57a, aanhef en onder c, van de Mediawet en werd alleen verricht op verzoek van een derde of ambtshalve indien op voorhand al werd aangenomen dat de nevenactiviteit kon leiden tot concurrentievervalsing. Het Commissariaat zal vanaf de inwerkingtreding van deze regeling altijd toetsen aan artikel 57a, eerste lid, aanhef en onder c, van de Mediawet, tenzij anders in deze regeling is opgenomen.

In deze regeling is de toepassing van artikel 55, eerste lid van de Mediawet niet opgenomen, omdat dit artikel ziet op alle activiteiten van de publieke omroepinstellingen en niet alleen op nevenactiviteiten. Het Commissariaat kan de nevenactiviteiten te allen tijde toetsen aan artikel 55, eerste lid van de Mediawet. Bij de beoordeling van artikel 55, eerste lid van de Mediawet wordt in ieder geval beoordeeld of sprake is van normaal economisch handelen, waarbij geen sprake mag zijn van wegvloeiën van publieke middelen, afwentelen van kosten en risico's op de omroepinstelling of oneigenlijk gebruik van exclusieve rechten of een bijzondere positie.

In de Richtlijn was de procedure van ambtshalve toetsing en toetsing op verzoek opgenomen. Het Commissariaat heeft er voor gekozen om deze procedure niet meer op te nemen in deze regeling. Het Commissariaat volgt voor wat betreft de termijnen de bepalingen uit de Algemene wet bestuursrecht. De relevante bepalingen uit de Awb zijn, tezamen met de relevante bepalingen uit de Mediawet, als bijlage 1 bij deze regeling gevoegd.

Voor een omroepinstelling bestaat de mogelijkheid om een nevenactiviteit te melden en de beslissing van het Commissariaat af te wachten voordat met het verrichten van de nevenactiviteit wordt begonnen. Hierbij wordt aangetekend dat, indien de nevenactiviteit wordt toegestaan, de nevenactiviteit in een later stadium alsnog als verboden kan worden aangemerkt omdat niet alle gegevens voorafgaand aan de start van de activiteit bekend zullen zijn.

Het Commissariaat beveelt, ten behoeve van het toezicht op de naleving van artikel 57a, van de wet aan dat iedere

omroepinstelling een aparte rechtspersoon opricht waarin alle nevenactiviteiten worden ondergebracht.

Deze regeling laat de bepalingen uit de overige regelingen van het Commissariaat, waaronder het Handboek Financiële Verantwoording, onverlet.

Artikelsgewijs

Strekking van de regeling

Artikel 2

Bij een deelneming gaat het om een strategische belegging en niet om een belegging uit financiële overwegingen. Indien een omroep een belang zou nemen in een rechtspersoon van minder dan 20% is er geen sprake van een nevenactiviteit.

Schadetoets

Artikel 3

Op grond van artikel 57c, eerste lid, van de wet worden alle netto inkomsten van een omroep, waaronder de inkomsten uit nevenactiviteiten en vermogen, voor zover bij of krachtens deze wet niet anders is bepaald, aangewend voor de verzorging van het programma waarvoor hij zendtijd heeft verkregen.

Er is sprake van nadelige invloed op de uitvoering van de hoofdtak indien een activiteit niet kostendekkend wordt verricht. Immers, op dat moment worden inkomsten van de omroep aangewend voor nevenactiviteiten, terwijl alle inkomsten bedoeld zijn voor de verzorging van het programma. Op grond van artikel 4 van deze regeling mag er sprake zijn van aanloopverliezen. Bij de beoordeling van schade zal in dat geval wel worden meegewogen in welke mate de activiteit financiële risico's met zich mee brengt. Hiervan kan bijvoorbeeld sprake zijn als er veel geld met de activiteit is gemoeid.

Het is ook mogelijk dat een nevenactiviteit op andere wijze een nadelige invloed heeft op de uitvoering van de hoofdtak. De hoofdtak heeft betrekking op de taak van de gehele publieke omroep. Dit betekent dat een activiteit geen nadelige invloed mag hebben op de taak van de publieke omroep als geheel en niet alleen op de omroep die de nevenactiviteit verzorgt. In wetsvoorstel 24808 werd schade gekoppeld aan het verzorgen van een programma waarvoor de instelling zendtijd heeft verkregen. Na invoering van artikel 13c (taakopdracht publieke omroep in brede zin) van de wet, is echter de tekst van artikel 57a van de wet gewijzigd en heeft schade betrekking op schade aan de hoofdtak, als bedoeld in artikel 13c van de wet.

Bij een deelneming dient te allen tijde sprake te zijn van een goede balans tussen inbreng van de omroep in de deelneming en de opbrengsten voor die

omroep. Er moet sprake zijn van een proportionele verhouding tussen de financiële inbreng van de (gezamenlijke) publieke omroepen en de omzet die deze publieke omroepen (gezamenlijk) in de deelneming genereren. Er wordt pas een deelneming vermoed bij een belang van 20%. Voorts is het in het kader van de relatietoets noodzakelijk dat minimaal 50% van de netto omzet wordt gegenereerd door activiteiten ten behoeve van de hoofdtaak. Voorgaande betekent dat er sprake is van schade aan de hoofdtaak indien er door één omroep voor 20% wordt deelgenomen in een bedrijf en er 50% van de omzet wordt gegenereerd door activiteiten ten behoeve van de hoofdtaak. Een omroep zal in dat geval voor 50% moeten deelnemen, dan wel samen met andere publieke omroepen voor meer dan 50% moeten deelnemen.

Het op andere wijze schade toebrengen aan de hoofdtaak wordt bijvoorbeeld aangenomen indien er een onevenredig accent ligt op het verrichten van nevenactiviteiten, wat ten koste kan gaan van de verzorging van het programma. Daarnaast kunnen nevenactiviteiten een nadelige invloed hebben op het imago van een omroep of de publieke omroep als geheel en kunnen activiteiten van een omroep schadelijk zijn voor andere partijen binnen de publieke omroep.

Artikel 4

Een onverhoopt negatief financieel resultaat van een nevenactiviteit mag in principe alleen binnen het desbetreffende boekjaar worden gecompenseerd met de positieve resultaten van andere nevenactiviteiten. Dit dient overigens een uitzondering te blijven. Het Commissariaat is van oordeel dat een nevenactiviteit niet meer dan één jaar verliesgevend mag zijn. Indien een activiteit voor het tweede jaar verliesgevend blijkt te zijn, zal het Commissariaat deze activiteit in strijd achten met het bepaalde in artikel 57a, eerste lid, onder a, van de wet. Dit betekent dat deze nevenactiviteit niet is toegestaan.

Er kan voorts sprake zijn van aanloopverliezen bij de exploitatie van een nevenactiviteit. Bedoelde aanloopverliezen zullen gedurende een periode van maximaal drie jaren gesaldeerd mogen worden met de positieve resultaten van andere nevenactiviteiten.

Relatietoets

Artikel 5

Activiteiten kunnen verband houden met de hoofdtaak of ten dienste staan van de hoofdtaak. In het eerste geval is de nevenactiviteit een afgeleide van de hoofdtaak, in het tweede geval fungeert de nevenactiviteit als middel om de hoofdtaak te ondersteunen. In veel geval-

len zal een nevenactiviteit zowel verband houden met, als ten dienste staan van de hoofdtaak.

Een activiteit wordt geacht verband te houden met de hoofdtaak, dan wel ten dienste te staan van de hoofdtaak, indien er sprake is van een duidelijk herkenbare afgeleide verschijningsvorm van het programmaonderdeel. Als een activiteit verband houdt met een programmaonderdeel, kan worden gesteld dat de activiteit verband houdt met de hoofdtaak, omdat een programmaonderdeel onderdeel uitmaakt van de hoofdtaak.

Het Commissariaat vindt dat er sprake is van een herkenbare afgeleide verschijningsvorm als de activiteit nagenoeg geheel lijkt op het gehele programmaonderdeel. Hieronder worden in ieder geval verstaan de zogenaamde vastleggingen.

Een activiteit houdt voorts verband met of staat ten dienste van de hoofdtaak indien deze activiteit de betrokkenheid van kijkers of luisteraars bij het programma van de omroep dan wel bij de omroep zelf vergroot of innovatie bevordert. Onder innovatie vallen ondermeer activiteiten die bijdragen aan de ontwikkeling van een programma en crossmediale activiteiten. De ontwikkeling van het programma wordt mede bevorderd door de nevenactiviteit indien er sprake is van kruisbestuiving tussen het programma en de nevenactiviteit. De activiteit dient mede als input voor het programma en vice versa.

Er is sprake van vergroten van de betrokkenheid van de kijker bij het programma of de omroep indien het aannemelijk is dat de nevenactiviteit er toe kan leiden dat door de afname van die activiteit, de kijker naar het programma of de omroep gaat of blijft kijken, dan wel zich meer dan daarvoor betrokken voelt of gaat voelen bij de omroep. Bij de beoordeling of sprake is van vergroten van de betrokkenheid van de kijker bij het programma wordt rekening gehouden met de doelgroep waarvoor het programma is bestemd. Zo zullen peuters en kleuters op andere wijze bij het programma moeten worden betrokken dan kinderen en volwassenen. De nevenactiviteit zal aan moeten sluiten bij de belevingswereld en kennis en kunde van de doelgroep waarop het programma zich richt. Indien een kijker of luisteraar zich door de nevenactiviteit meer betrokken voelt bij het programma of de omroep, dan wel naar de omroep of het programma gaat kijken, betekent dit automatisch een grotere betrokkenheid van die kijker of luisteraar bij de hoofdtaak, nu de omroep of het programma daar deel van uit maakt.

Het uitsluitend financieel ten dienste staan van de hoofdtaak wordt expliciet niet gerekend onder het punt 'ten dienste staan van'. Een activiteit wordt dus niet geacht voldoende relatie te hebben met de hoofdtaak uitsluitend op grond

van het argument dat de activiteit winstgevend is. Dit standpunt is ook ingenomen door de Raad van State in zijn advies over het wetsvoorstel liberalisering waarin is opgenomen dat de publieke omroep niet mag participeren in activiteiten die geen enkel ander doel dienen dan het financieel reilen en zeilen van de publieke omroep op peil te houden (TK 1996–1997, 24808, nr. 4, p. 27).

Het Commissariaat stelt aan de in dit artikel onder b en c, bedoelde activiteiten de voorwaarde dat de activiteit aantoonbaar inhoudelijk moet aansluiten bij het programma of de omroep. Dit kan betekenen dat bij verschillende omroepen verschillende nevenactiviteiten zijn toegestaan.

De in het verleden gestelde eis dat producten grotendeels dienen te bestaan uit omroepgerelateerde informatie komt hiermee te vervallen, maar kan wel door de omroep worden gebruikt om aan te tonen dat de activiteit aantoonbaar inhoudelijk aansluit bij het programma of de omroep.

Met de voorwaarde in dit artikel wordt het voorts niet mogelijk om omroepvreemde activiteiten als nevenactiviteit te verrichten, dan wel een merk(naam) in licentie te geven aan een derde voor activiteiten die geen inhoudelijke relatie hebben met het programma of de omroep.

Artikel 6

Het Commissariaat hanteert bij zijn beoordeling van deelnemingen als nevenactiviteit, in het kader van de 'relatietoets' de stelregel dat minimaal 50% van de netto omzet van het bedrijf waarin wordt deelgenomen wordt gegenereerd door activiteiten ten behoeve van de hoofdtaak. Na de invoering van artikel 13c (taakopdracht publieke omroep in bredere zin) is de tekst van artikel 57a gewijzigd en heeft relatie betrekking op de hoofdtaak, in casu het verzorgen van programma's op landelijk, regionaal en lokaal niveau, als bedoeld in artikel 13c van de wet.

Voorts stelt het Commissariaat zich op het standpunt dat het de ondernemingen waarin wordt deelgenomen is toegestaan een betrekkelijk gering aantal activiteiten te verrichten voor commerciële omroepen. Het Commissariaat hanteert de stelregel dat maximaal 20% van de netto omzet van het bedrijf waarin wordt deelgenomen wordt gegenereerd door activiteiten ten behoeve van de programmering van commerciële omroepen. Het verrichten van activiteiten voor commerciële omroepen is op zichzelf niet in strijd met de Mediawet, maar hiervan zal wel worden beoordeeld of deze activiteiten mogelijk schade kunnen toebrengen aan de hoofdtaak (zie ook toelichting onder artikel 3 van deze regeling).

Indien een omroep een belang heeft in een bedrijf dat uitsluitend diensten verricht voor de deelnemende omroep, dan is er geen sprake van een nevenactiviteit. Het bezit en gebruik van faciliteiten staat in dat geval immers rechtstreeks ten dienste van de verzorging van het eigen programma. De activiteit wordt derhalve beschouwd als onderdeel van de hoofdtaak.

Indien er sprake is van verhuur van personeel of middelen wordt er bij de vaststelling van beperkte omvang van uit gegaan dat er geen sprake is van een capaciteit die groter is dan noodzakelijk om de hoofd- en neventaken ook onder bijzondere omstandigheden te kunnen verzorgen. Het uitgangspunt is voorts dat het verhuren geen structurele, groot-schalige vorm mag aannemen. Personeel en middelen mogen niet zijn verworven met het oogmerk deze te verhuren. Het efficiënt omgaan met personeel en middelen door eventuele overcapaciteit te verhuren wordt geacht ten dienste te staan aan de hoofdtaak doordat het geld dat hiermee wordt verdiend rechtstreeks terugvloeit naar de programmering.

Artikel 7

Het Commissariaat is van oordeel dat een omroepinstelling desgevraagd ten genoegen van het Commissariaat ondermeer dient aan te tonen dat de nevenactiviteit ten dienste staat van de hoofdtaak. Dit is afgeleid van de Nota naar aanleiding van het verslag (TK, 1996–1997, 24808, nr. 5, p. 39), waarin is opgenomen dat of er bij algemene maatregel van bestuur nadere regels worden gesteld omtrent het onderbrengen in een afzonderlijke rechtspersoon van bepaalde nevenactiviteiten, afhangt van de mate waarin de publieke omroep in voorkomende gevallen ten genoegen van het Commissariaat voor de Media kan aantonen dat voldaan wordt aan de voorwaarden waaronder nevenactiviteiten mogen worden uitgevoerd.

Artikel 8

Het product of de dienst van een derde met betrekking waartoe de omroep een merk of auteursrecht in licentie geeft wordt als uitgangspunt genomen bij het uitvoeren van de relatietoets. Het in licentie geven van een merk- of auteursrecht blijft hierbij overigens de nevenactiviteit van de omroep. Het merk waaronder een product of dienst op de markt zal worden gebracht is gezichtsbepalend voor het publiek. Daarom zal bij de toetsing van het in licentie geven van een merk of auteursrecht het product of de dienst waartoe een merk in licentie wordt gegeven mede worden betrokken bij de beoordeling van de vraag of de nevenactiviteit, in casu het in licentie geven van een merk- of auteursrecht, voldoende relatie heeft met de hoofdtaak.

Concurrentievervalsingstoets

Artikel 9

Het begrip concurrentievervalsing wordt in de Mediawet niet nader gedefinieerd. In de praktijk wordt het bestaan van concurrentie tussen partijen op de omroepmarkt soms gelijk gesteld aan concurrentievervalsing. Dit is niet juist. Het bestaan van concurrentie is inherent aan het feit dat publieke en commerciële partijen opereren op dezelfde markt en daarmee toegestaan, mits voldaan wordt aan de drie criteria van artikel 57a en artikel 55, eerste lid van de wet (dienstbaarheidsverbod).

Bij het vaststellen van de kostprijs en de verkoopprijs van de nevenactiviteit is het van belang dat er geen publieke middelen worden ingezet voor de commerciële activiteiten van de publieke omroepen en dat de normen op het gebied van staatssteun in acht worden genomen. Door het systeem van gescheiden verantwoording (Handboek Financiële Verantwoording 2005) en de externe controle hierop wordt dit gewaarborgd.

Verkoopprijs

Bij de uitvoering van de concurrentievervalsingstoets wordt de verkoopprijs als uitgangspunt genomen. Een omroepinstelling dient voor zijn nevenactiviteiten een marktconforme verkoopprijs te hanteren. Indien een verkoopprijs niet marktconform is, dan is er sprake van concurrentievervalsing.

Bij het bepalen van de verkoopprijs geldt als minimum de berekende kostprijs. Verder kan sprake zijn van het hanteren van een winststopslag om te komen tot een marktconforme verkoopprijs. De omroepinstelling dient een toelichting te geven op de wijze waarop de winststopslag tot stand is gekomen.

Om de marktconformiteit van de door de omroep gehanteerde verkoopprijs vast te stellen gaat het Commissariaat uit van de in de desbetreffende markt gehanteerde verkoopprijzen. Per relevante markt wordt door het Commissariaat, mede op basis van door de omroepinstelling te verstrekken gegevens, een prijsrange vastgesteld. Mocht de door de omroepinstelling gehanteerde verkoopprijs buiten de prijsrange op de relevante markt vallen, dan wordt aangenomen dat er sprake is van een verkoopprijs die niet marktconform is.

Indien de bandbreedte van de gehanteerde verkoopprijzen in de markt groot is neemt het Commissariaat de kostprijs als uitgangspunt.

Kostprijs

Bij deze berekening van de kostprijs dienen in ieder geval de directe kosten en de indirecte kosten van de nevenactiviteit te worden betrokken. De directe kosten zijn samengesteld uit: loonkosten en sociale lasten, inhuur medewerkers/

freelancers, grondstoffen/inkoop, afschrijvingen materiële vaste activa en verkoopkosten. De indirecte kosten zijn samengesteld uit: overige personeelskosten, gebruik faciliteiten/ondersteunende diensten van de omroepinstelling.

De omroepinstelling dient in ieder geval een toelichting te geven op:

- de wijze waarop de kostprijs tot stand is gekomen;
- de wijze waarop de kosten aan de nevenactiviteit zijn toegerekend.

Omroepinstellingen zullen door middel van een accountantsverklaring desgevraagd moeten aantonen dat er sprake is van een correcte waardering.

Ledenbestand

Het Commissariaat zal bij een oordeel over concurrentievervalsing tevens het gebruik van het ledenbestand betrekken.

Bij de vaststelling van de waarde van het ledenbestand dient de omroepinstelling in ieder geval het volgende te betrekken:

- de tijdsevenredige toerekening van loon- en andere personeelslasten van werknemers van de omroepinstelling;
- het gebruik van productiemiddelen en immateriële activa;
- toerekening van door derden gemaakte kosten ten behoeve van bewerkingen (aanpassingen) van het klantenbestand.

Verder dient de omroepinstelling de marktconformiteit van de waarde van het ledenbestand aan te tonen. Hierbij dienen in ieder geval vergelijkbare, door andere partijen betaalde vergoedingen te worden betrokken.

De omroepinstelling dient vervolgens de waarde van het ledenbestand bij de nevenactiviteit in rekening te brengen.

Imago

Het Commissariaat kan, bij zijn oordeel over concurrentievervalsing, ook het gebruik van het imago van de omroep betrekken. Onder imago wordt in ieder geval verstaan beeldmerk of logo. Het gaat hierbij alleen om het gebruik van het imago bij activiteiten die in het kader van de relatietoets zijn toegestaan.

Voor het gebruik van het imago dienen in ieder geval marktconforme licentievergoedingen door derden te worden betaald. Bovendien dient, voorzover de licentieverlening op enigerlei wijze extra 'exposure' oplevert voor een derde, extra betaald te worden.

Bij het bepalen van de omvang van de marktconforme licentievergoeding dient de omroepinstelling in ieder geval het volgende te betrekken:

- de sterkte van het merk;
- het communicatievoordeel dat het gebruik van het merk voor derden oplevert;
- de hoeveelheid van het materiaal dat aan derden wordt geleverd.

Verder dient de omroepinstelling de marktconformiteit van de licentievergoeding aan te tonen. Hierbij dienen in ieder geval vergelijkbare, door andere partijen betaalde licentievergoedingen te worden betrokken.

Indien een nevenactiviteit enkel bestaat uit het verlenen van een merklicentie, dan dient de omroepinstelling in ieder geval de merknaam of het logo te waarderen en de waarde bij de nevenactiviteit in rekening te brengen.

Het verlenen van een merklicentie zonder enige tegenprestatie is in alle gevallen in strijd met artikel 55, eerste lid van de Mediawet.

Markt

De verkoopprijs wordt mede bepaald door de markt die door de omroepinstelling met de nevenactiviteit wordt betreden. Het Commissariaat zal voor het bepalen van de markt de omroepinstellingen, aan de hand van een vragenlijst, verzoeken een beschrijving te geven van de desbetreffende markt.

Overige factoren

Het Commissariaat kan bij een oordeel over concurrentievervalsing ook nog andere factoren betrekken zoals mogelijke inefficiëncy van andere aanbieders in de relevante markt of (verboden) afspraken tussen andere aanbieders.

Artikel 11

Mocht het Commissariaat, naar aanleiding van het in kaart brengen van de relevante markt, constateren dat er geen

sprake is van andere aanbieders van dezelfde of vergelijkbare goederen of diensten, dan wordt de concurrentievervalsingstoets, op dit betreffende onderdeel, niet verricht. Indien op een later moment zou blijken dat er toch (nieuwe) andere aanbieders zijn, dan kan de concurrentievervalsingstoets op dit onderdeel alsnog worden verricht.

In het tweede lid, van dit artikel doelt het Commissariaat in het bijzonder op nevenactiviteiten waarbij sprake is van vastleggingen van programma's. In deze gevallen is het Commissariaat van oordeel dat het voltrekken van de relatief uitgebreide concurrentievervalsingstoets niet in verhouding staat tot de te verwachten marktgevolgen. Het Commissariaat zal in dergelijke gevallen in zijn besluit toelichten waarom is afgezien van de concurrentievervalsingstoets.

Artikel 12

Het Commissariaat kan voor de beoordeling van de relevante markt gebruik maken van vragenlijsten die aan de omroepinstelling en andere betrokken partijen worden voorgelegd.

Bij de concurrentievervalsingstoets kunnen in voorkomende gevallen begrippen aan de orde zijn die worden gehanteerd bij de toepassing van artikel 24 van de Mededingingswet. Met oog op het belang van een uniforme uitleg van deze begrippen op het terrein van de mededinging wordt in onderhavige gevallen gewaarborgd dat de NMa zich uit kan laten over de behandeling van aangelegenheden van wederzijds

belang. Op grond van het beginsel van hoor- en wederhoor worden partijen in de gelegenheid gesteld van de reactie van de NMa kennis te nemen.

Meldingsprocedure

Artikel 13

Op grond van artikel 4.2 en 4.4 van de Algemene wet bestuursrecht heeft het Commissariaat voor het verstrekken van gegevens een meldingsformulier vastgesteld, alsmede een vragenlijst opgesteld. Na de melding via het meldingsformulier van de nevenactiviteit zal het Commissariaat de omroepinstelling een bevestiging sturen van de melding, alsmede de vragenlijst met het verzoek deze te beantwoorden en te retourneren aan het Commissariaat.

Artikel 14

Het Commissariaat oefent geen voorafgaand toezicht uit. Daarom dient een nevenactiviteit uiterlijk op het moment dat met het verrichten daadwerkelijk wordt begonnen te worden gemeld. Hoewel deze meldingsplicht niet is opgenomen in de wet, is deze melding noodzakelijk voor het op correcte wijze kunnen uitoefenen van het toezicht op de naleving van artikel 57a van de wet.

Indien een nevenactiviteit niet tijdig wordt gemeld, dan heeft het Commissariaat de mogelijkheid om vordering ex 5: 20 Awb in te stellen, conform de verkorte boeteprocedure ex artikel 3.18 van de Beleidslijn Sanctiemaatregelen.