

Staatssteun

III Rechtspraak

Publieke televisie: wie zal dat betalen?

Mr. H.S.J. Albers

- 1 Zaak 155/73, Sacchi, Jur. 1974, p. 409.
- 2 Zaak 42/79, Debaube, Jur. 1980, p. 833.
- 3 Zaak 352/85, Bond van Adverteerders, Jur. 1988, p. 2085 en zaak C-288/89, Gouda Kabel, Jur. 1991, p. I-4007.
- 4 Zaak 352/85, Bond van Adverteerders, Jur. 1988, p. 2085.
- 5 Zaak C-211/91, Commissie/België (Vlaams Kabeldecreet), Jur. 1992, p. I-6757.
- 6 Het 9e Protocol luidt: 'De Hoge Verdragsluitende partijen, van oordeel dat het publieke-omroepstelsel in de lidstaten rechtstreeks verband houdt met de democratische, sociale en culturele behoeften van iedere samenleving en met de noodzaak pluralisme in de media te behouden, hebben overeenstemming bereikt over de volgende interpretatieve bepalingen, die aan het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap worden gehecht: De bepalingen van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap doen geen afbreuk aan de bevoegdheid van de lidstaten om te voorzien in de financiering van de publieke omroep, voorzover deze financiering wordt verleend aan omroeporganisaties voor het vervullen van de publieke opdracht zoals toegekend, bepaald en georganiseerd door iedere lidstaat, en voorzover deze financiering de voorwaarden inzake het handelsverkeer en de mededingingsvoorwaarden in de Gemeenschap niet zodanig verandert dat het gemeenschappelijk belang zou worden geschaad, waarbij rekening wordt gehouden met de verwezenlijking van de opdracht van deze publieke dienst.'

In het arrest TF1 heeft het Gerecht voor de tweede keer geoordeeld dat de Commissie haar verdragsverplichting niet is nagekomen door geen beschikking te nemen om al dan niet een onderzoek te beginnen naar de vermeende verlening van staatssteun aan de Franse publieke omroep. Al eerder is het Gerecht in de zaak Gestevisión Telecinco tot eenzelfde conclusie gekomen. Waarom heeft de Commissie het zo ver laten komen?
GvEA EG 3 juni 1999, zaak T-17/9, Télévision française 1 SA/Commissie, n.n.g.

Voorgeschiedenis

Langzamerhand zijn de commerciële televisiestations steeds verder opgerukt in de strijd om de toegang tot de kijker.

In de jaren '70 bepaalde het Hof van Justitie dat grensoverschrijdend televisieverkeer door de ether¹ en via de kabel² in principe onder de bescherming van de Verdragsbepalingen over het dienstenverkeer valt. Daarmee verwierven de commerciële omroepen zich een positie op de kaart.

In de jaren '80 werd de muur waarachter de publieke omroepen van de verschillende lidstaten zich veilig waanden bestormd. In een reeks van zaken werden discriminerende bepalingen over het uitzenden van reclame³, ondertiteling⁴ en taalgebruik⁵ door kabelexploitanten en buitenlandse commerciële stations voor het Hof van Justitie gebracht en ontmanteld.

Vervolgens werd er in de jaren '90 een reeks klachten bij de Commissie neergelegd over overheidsbijdragen aan publieke omroepen. Het fundament onder het laatste bastion waarop de publieke omroepen steunden dreigt het te begeven. Als breekijzer dienen ditmaal de Verdragsbepalingen over staatssteun. De lidstaten hebben als (wellicht laatste) redmiddel nog het 9^e Protocol betreffende het publieke omroepstelsel aan het Verdrag van Amsterdam toegevoegd.⁶ In zaak T-17/96, TF1⁷, heeft het Gerecht van Eerste Aanleg vastgesteld dat het nu aan de Commissie is om het mijneveld onschadelijk te maken.

Gestevisión Telecinco en TF1

De zaak TF1 begon op 10 maart 1993 toen Télévision française 1 SA ('TF1') een klacht bij de Com-

missie deponeerde waarin zij klaagde dat de financiering en uitbating van de zenders van France-Télévision strijdig was met de artikelen 81 EG (ex artikel 85 EG), 86 EG (ex artikel 90 EG) en 87 EG (ex artikel 92 EG).

De klacht van TF1 maakte deel uit van een serie klachten van commerciële zenders over staatssteun aan de openbare omroep die rond dezelfde periode werden ingediend. TF1 klaagde over steun aan France 2 en France 3, Het Spaanse Tele5 (*Telecinco*) over steun aan RTVE en een aantal regionale TV zenders, het Italiaanse Mediaset klaagde over steun aan de RAI, BskyB over BBC 24-hours news channel, VPRT (een vereniging van Duitse particuliere televisieomroepen) over Phoenix (de parlementaire informatiezender) en Kinderkanal (een zender voor kinderen, opgezet door ARD en ZDF) en het Portugese SIC klaagde over steun aan RTP.⁸

Nadat er tweeënhalve jaar lang tijd was verstreken was de Commissie nog niet verder gekomen dan de aankondiging dat er een studie over het probleem zou worden gemaakt. In februari 1995 is TF1 naar het Gerecht gestapt om de Commissie aan te klagen op grond van artikel 232 EG (ex artikel 175 EG). TF1 stelde dat de Commissie had nagelaten een besluit te nemen terwijl zij hiertoe verplicht was.

Tijdens het geding voor het Gerecht voerde de Commissie voor haar stilzitten onder meer aan dat het de eerste keer was dat zij zich over een dergelijk vraagstuk had moeten buigen. Verder had zij lang moeten wachten op een extern rapport dat zij over het vraagstuk had laten schrijven en het 9^e Protocol vormde nog een extra complicatie. Nu is het publieke-omroepdossier inderdaad volgeladen met politieke gevoeligheden. Alle lidstaten hebben immers een publieke omroep of in ieder geval een commerciële omroep die belast is met publieke taken. Bovendien houdt het omroepbeleid rechtstreeks verband met het nationale en regionale cultuurbeleid en met de instandhouding van de pluriformiteit, de vrije meningsuiting en de vrije meningsvorming. Voorwaar, pilaren waarop de samenleving rust.

Het Gerecht was niet onder de indruk van de argumenten van de Commissie. In zijn arrest overweegt het dat de Commissie in ieder geval een besluit had kunnen nemen om al dan niet een onderzoek in de zin van artikel 88 lid 2 EG (ex artikel 93 lid 2 EG) te beginnen zodat partijen, en met name de lidstaten, in staat waren geweest om hun opvattingen kenbaar te maken.

De zaak TF1 was niet de eerste zaak waarin het Gerecht de Commissie in een staatssteunzaak veroordeelde op grond van artikel 232 EG (ex artikel 175 EG) noch de eerste zaak waarin de Commissie werd gesommeerd om met een staatssteunbeleid voor de publieke omroep te komen. Dat was de zaak Gestevisión Telecinco,⁹ een Spaanse zaak waarin

7 Zaak T-17/96, *Télévision française 1 SA (TF1)/Commissie*, gewezen op 3 juni 1999, nog niet gepubliceerd en nog niet in het Nederlands vertaald.

8 Zie schriftelijke vraag E-3602/98, Pb. EG 1999, C 325/17; en Agence Europe, 28/11/1998.

9 Zaak T-95/96, *Gestevisión Telecinco SA/Commissie*, Jur. 1998, p. II-3407.

10 Inleidende beschikking over steun aan France 2 en France 3, Pb. EG 1999, C 340/57.

11 Zie met name zaak 352/85, *Bond van Adverteerders*, Jur. 1988, p. 2085 en zaak C-288/89, *Gouda Kabel*, Jur. 1991, p. I-4007.

12 Zie ook de inleidende beschikking over steun aan France 2 en France 3, Pb. EG 1999, C 340/47.

eenzelfde klacht als in *TF1* aan de orde was.

Na de uitspraken van het Gerecht in *Gestevisión Telecinco* en *TF1* is nu de Commissie aan zet. In augustus 1999 heeft de Commissie dan ook ten aanzien van de klacht van Mediaset (die stamde uit 1996) aangekondigd dat zij een onderzoek in de zin van artikel 88 lid 2 EG opent. De klachten van BskyB, VPRT en SIC zijn afgewezen. Eind november 1999 is de Commissie ook in de zaak met betrekking tot de klacht van TF1 over de steun aan France 2 en France 3 een onderzoek begonnen.¹⁰

De inleidende beschikking over steun aan France 2 en France 3

Ondanks de opname van het 9^e protocol in het Verdrag van Amsterdam zal het geven van steun nog steeds op een rechtvaardigingsgrond of uitzonderingsmogelijkheid in het Verdrag moeten rusten. Hiervoor komen de artikelen 86 lid 2 en 87 lid 2 en 3 EG in aanmerking, zo blijkt ook uit de beschikking waarmee het onderzoek in zaak TF1 is begonnen. In deze beschikking komt de Commissie vrij gemakkelijk tot de conclusie dat de financiële bijdragen van de Franse overheid voor de publieke omroepen France 2 en France 3 moeten worden beschouwd als (niet aangemelde) steun in de zin van artikel 87 EG. De bijdragen vervalsen de mededinging op de markten voor het verwerven van uitzendrechten en het aanbieden van reclamezendtijd. Ook wordt de handel tussen de lidstaten beïnvloed. France 2 en France 3 worden ook in België bekeken, en concurreren op de Franse markt met omroepen uit andere lidstaten of met Franse omroepen die ook in andere lidstaten actief zijn. Verder blijkt dat France 2 een rendement behaalt dat veel lager is dan het rendement dat gemiddeld op de omroepmarkt wordt gehaald.

Opmerkelijk is dat de Commissie een beroep op de uitzonderingsmogelijkheid voor de cultuur en de instandhouding van het culturele erfgoed van artikel 87 lid 3 sub d EG zo goed als uitsluit. De Franse overheid heeft geen beroep gedaan op deze grond, en ook anderszins heeft de Commissie niets gemerkt van culturele projecten van France 2 of France 3 die onder deze uitzondering kunnen worden gebracht. Meer mogelijkheden ziet de Commissie voor de uitzonderingsgrond voor het ontwikkelen van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid of van bepaalde regionale economieën van artikel 87 lid 3 sub c EG, alhoewel zij van de Franse overheid nog geen plan voor de herstructurering van France 2 en France 3 heeft ontvangen. Het hoofdargument om de steun te redden zal echter op artikel 86 lid 2 EG moeten steunen. Om te kunnen beoordelen of, en in hoeverre de steun aan France 2 en France 3 inderdaad dient als compensatie voor de last die het verrichten van diensten van algemeen economisch belang met zich brengt, heeft de Commissie de Franse overheid (opnieuw) om meer informatie gevraagd.

Uiteindelijk moeten de gestarte onderzoeken leiden tot een uitgewerkt juridisch kader waarmee de Commissie het vraagstuk van de staatssteun aan de omroepsector te lijf kan gaan. Een ruw kader is er al.

Juridisch kader

Al in de jaren '80 heeft het Hof van Justitie duidelijk gemaakt dat het grensoverschrijdende televisieverkeer slechts aan regels mag worden gebonden die geen onderscheid maken naar de herkomst van het televisiesignaal en die kunnen worden gerechtvaardigd op grond van dwingende eisen van algemeen belang of openbare orde en veiligheid. Regelgeving die erop is gericht om een inkomstenbron voor de nationale omroep in stand te houden dient een economisch doel en kan volgens vaste jurisprudentie van het Hof nooit worden gerechtvaardigd op grond van algemeen belang of openbare orde.¹¹

Deze jurisprudentie komt erop neer dat de kosten van het publieke televisiebeleid door de lidstaten zelf moeten worden gedragen en niet mogen worden afgewenteld op derden. De vraag is niet of de lidstaten steun aan de publieke televisie mogen geven. Dat dit mag staat na de opname van het 9^e Protocol wel vast. De vraag is hoeveel en waarvoor een lidstaat steun mag geven, voordat die steun de mededinging tussen de publieke omroepen en de commerciële omroepen vervalst.

Mededinging op de televisiemarkt

De mededinging op de televisiemarkt wordt vervalst wanneer de publieke omroepen overheidssteun mede gebruiken om uitzendingen die niet onder het publieke takenpakket vallen te financieren. Dat kan op twee manieren gevolgen hebben voor de inkomsten van de private televisieomroepen die actief zijn op dezelfde markt.¹²

De eerste mogelijkheid is dat het publieke station door de overheidssteun minder afhankelijk wordt van andere inkomsten, met name die worden verdiend met het uitzenden van reclame. De publieke omroep kan daarom voor het uitzenden van reclame een niet-commerciële prijs vragen, omdat deze slechts de kosten moet dekken die niet al door de overheidssteun worden gedekt. Een dergelijk beleid zal de prijs van reclame doen dalen waardoor commerciële stations, die voor hun inkomsten voornamelijk afhankelijk zijn van het uitzenden van reclame, minder geld verdienen. Door de prijsconcurrentie die de publieke zenders aangaan met steun van de overheid, verzwakt de concurrentiepositie van de commerciële stations.

De tweede mogelijkheid is dat de publieke omroepen de steun van de overheid gebruiken om met de commerciële omroepen te concurreren op kwaliteit. Met het geld dat zij van de overheid ontvangen kunnen zij een aantrekkelijker programma-aanbod produceren en meer kijkers trekken. Deze

13 Toespraak van Commissier Oreja to the Spanish Parliamentary Subcommittee over de RTVE, Madrid, 11 december 1998, http://europa.eu.int/comm/dg10/avpolicy/key_doc/s_ubcomrtve_en.html.

14 Toespraak van Commissier Oreja, zie noot 13.

15 IP/96/882.

16 Zie ook zaak C-353/89, Commissie/Nederland (Mediawet), Jur. 1991, p. I-4069. Het NOB moest het Nederlands omroepkoor en -orkest in stand houden.

17 Zie Reuters 4 december 1998.

18 Zie European Voice 25 juni 1998.

19 IP/96/882.

20 Zie Independent 30 september 1999 P5, (BskyB's klacht over steun aan BBC 24-hours news channel).

kijkers trekken zij weg van de commerciële omroepen, die hun marktpositie zien verzwakken. De prijs van reclame, en daarmee de inkomsten uit reclame, zijn immers rechtstreeks gerelateerd aan kijkcijfers. De extra inkomsten die de publieke omroepen van de overheid ontvangen geven hen een kunstmatig sterke concurrentiepositie en verzwakken de positie van de particuliere commerciële omroepstations.

Hoe kan deze vervalsing van de mededinging worden voorkomen? Ondanks de veroordeling wegens 'stiltzitten' is er binnen de Commissie al uitgebreid over deze vraag nagedacht. Proportionaliteit en transparantie zijn door de Commissie aangevoerd als leidende beginselen. Openbare middelen bestemd voor het uitvoeren van de publieke omroep taken mogen niet groter zijn dan voor de betreffende publieke omroep taken nodig is en altijd moet het helder en duidelijk zijn waar zij vandaan komen en waarvoor zij worden gebruikt. Wanneer, zoals dat in de meeste landen het geval is, publieke en overige (niet publieke) omroepactiviteiten door één en dezelfde omroeporganisatie worden verricht moet er een gescheiden boekhouding worden aangehouden voor publieke omroep taken en voor overige omroepactiviteiten.¹³

Publieke omroep taken

Ook over de politiek beladen vraag wat nu precies de publieke omroep taken zijn is binnen de Commissie nagedacht.

Volgens (oud-)eurocommissaris Marcelino Oreja is universaliteit een van de belangrijkste rechtvaardigingen voor het bestaan van publieke televisiediensten. Hiermee bedoelt hij dat publieke televisiediensten beogen altijd en voor iedereen binnen het zendgebied gelijkelijk toegankelijk te zijn.¹⁴ Uit de beschikking naar aanleiding van de klacht van SIC over steun aan de Portugese publieke zender RTP kunnen nog een aantal eigenschappen van publieke televisiediensten worden afgeleid. Het persbericht over deze zaak¹⁵ stelt dat de Commissie oordeelde dat de betalingen aan de RTP, die zo'n 35 miljoen per jaar belopen, geen staatssteun in de zin van artikel 87 EG vormden, omdat zij werden gedaan als compensatie voor het verrichten van de volgende diensten:

- a uitzenden over het gehele nationale grondgebied;
- b uitzenden over Madeira en de Azoren;
- c archiveren van geluid- en beeldmateriaal;
- d samenwerken met de landen waar Portugees een officiële taal is;
- e beschikbaar stellen van zendtijd voor programma's van religieuze aard;
- f beschikbaar stellen van een internationaal zendkanaal;
- g financieren van een openbaar theater; en
- h aanhouden van kantoren en correspondenten in regio's waar private zenders niet uitzenden.

De overeenkomst tussen deze activiteiten is dat zij geen van alle door de markt worden gedictieerd, geen gegarandeerd rendement opleveren en evenmin zijn gericht op het verwerven van een sterkere concurrentiepositie op de markt. Integendeel, het gaat om activiteiten die voor een commercieel omroepbedrijf waarschijnlijk als een last zouden gelden omdat zij minder geld opleveren dan zij kosten.¹⁶

Uit niet-officiële uitlatingen van de Commissie komt naar voren dat zij zuiver vermaak en sport (met uitzondering van sommige zeer belangrijke evenementen) in principe niet tot het publieke takenpakket rekent.¹⁷ Anderzijds meent zij dat wel hiertoe horen programma's van religieuze,¹⁸ culturele en educatieve aard¹⁹ en onafhankelijke nieuwsuitzendingen.²⁰

De kern van het probleem, mogelijke oplossingen en complicaties

De universaliteit van het publieke takenpakket gaat hand in hand met de wens om een zo groot mogelijk kijkerspubliek te bereiken. Televisie is een massamedium en een wervend programma-aanbod is niet in tegenspraak met een publieke opdracht. Sommige programma's van publiek belang trekken met gemak grote aantallen kijkers. Het nieuws is bijvoorbeeld zo'n dagelijkse publiekstrekker, maar ook belangrijke evenementen op het gebied van sport, cultuur en religie kunnen grote groepen van de bevolking voor de televisie bijeenbrengen. Het kan verder zo zijn dat televisieprogramma's interessant zijn voor een kleine maar specifieke minderheid van de kijkers. Publieke televisieprogramma's die in principe geen commercieel doel nastreven kunnen derhalve toch een commerciële waarde hebben voor reclamemakers. En dat is waar de kern van het probleem ligt.

Wanneer het commerciële potentieel van publieke programma's te gelde wordt gemaakt kan dit leiden tot vervalsing van de mededinging. Er zijn twee mogelijke beleidslijnen om dit te voorkomen: óf door de wervingskracht van publieke programma's niet te 'verkopen'; óf door de wervingskracht van de publieke programma's ten goede te laten komen aan alle zenders, of ze nu publiek zijn of commercieel.

Om met de laatste beleidslijn te beginnen, deze impliceert de erkenning dat ook commerciële omroepen bepaalde publieke taken kunnen waarmaken en dat op dit moment waarschijnlijk ook al doen. De commerciële pikken echter 'de krenten uit de omroep' en willen slechts die programma's van publiek belang verzorgen die grote kijkersgroepen trekken. De overheden van de lidstaten zullen hen voor het verzorgen van dergelijke programma's geen steun willen geven, want juist dergelijke wervende programma's betalen zichzelf. Het wordt dan moeilijk om de publieke omroepen voor het uitzenden van deze programma's wel te steunen.

Wat overblijft zijn de programma's van publiek belang die geen publiekstrekkers zijn, en die zichzelf

21 Kamerstukken II 1999/00, 26 660, nrs. 68, 70 en 72. Het afschaffen van de omroepbijdrage per 1 januari 2000 maakt het Nederlandse hybride systeem ter financiering van de publieke omroep niet minder afhankelijk van reclame-inkomsten, wel (iets) doorzichtiger.

niet kunnen betalen. Misschien moeten de lidstaten de verzorging van dergelijke verlieslatende publieke programma's maar openbaar uitbesteden. Het wordt dan mogelijk om een adequaat prijskaartje te plakken op de wens van de lidstaten om bepaalde ideeën uit te dragen. Tegelijkertijd wordt de mededinging aangemoedigd. Het volgen van dit pad betekent echter het eind van de publieke omroepen zoals die op het ogenblik in de lidstaten van de Europese Unie bestaan.

Wellicht lijkt men daarom voorlopig te kiezen voor de eerste beleidslijn die voorschrijft dat reclame van de publieke zenders moet worden teruggedrongen. Oud-eurocommissaris Oreja kiest voor deze optie, en ook in Nederland zijn er voorzichtige initiatieven in deze richting, zoals blijkt uit verschillende moties die zijn ingediend met betrekking tot de wijziging van de Mediawet.²¹

Ondertussen is het nog niet zover. De Commissie is door het Gerecht aangespoord om in de huidige, hybride situatie aan te geven voor welke omroep-taken wel en voor welke de lidstaten geen steun mogen geven. Het zou gemakkelijk zijn als de Commissie de winstgevendheid en verlieslatendheid van de omroeptaken als leidraad zou kunnen gebruiken. Zo zouden de zuiver publieke taken die zichzelf niet kunnen betalen kunnen worden onderscheiden van de overige taken. Echter, het 'rendement' van een

televisieprogramma hangt onder meer af van de prijs van de reclame die daarbij wordt verkocht, en het probleem is nu juist dat deze prijs niet onder marktomstandigheden wordt bepaald. En, fundamenteeler, wie bepaalt hoe duur een programma voor een bepaalde minderheid mag zijn? De andere oplossing, om objectieve criteria te formuleren waarmee publieke omroeptaken kunnen worden onderscheiden van de overige omroeptaken, heeft ook al weinig aantrekkelijks. Want behalve dat het 9^e protocol het invullen van de publieke opdracht van de omroepen overlaat aan de lidstaten, zouden de commerciële omroepen op het idee kunnen komen om steun te vragen voor hun programma's die aan de criteria voldoen.

Het is niet geheel onbegrijpelijk dat de Commissie liever nog wat had willen wachten met het vormen van een mening over dit probleem.