

NL

NL

NL

**MEDEDELING VAN DE COMMISSIE BETREFFENDE DE TOEPASSING VAN DE
REGELS INZAKE STAATSSTEUN OP DE PUBLIEKE OMROEP**

(Voor de EER relevante tekst)

1. INLEIDING EN OPZET VAN DE MEDEDELING

1. In de voorbije drie decennia heeft het omroeplandschap grondige wijzigingen ondergaan. Afschaffing van monopolies, opkomst van nieuwe spelers op de markt en snelle technologische ontwikkelingen hebben de concurrentiesituatie ingrijpend veranderd. Televisie-uitzendingen waren traditioneel een gereserveerde activiteit. Vanaf zijn ontstaan werd deze dienst meestal aangeboden door overheidsbedrijven in het kader van een monopolieregeling, vooral als gevolg van de beperkte beschikbaarheid van uitzendfrequenties en de hoge toegangsdrempels.
2. In de jaren zeventig echter kregen lidstaten dankzij economische en technologische ontwikkelingen steeds meer de mogelijkheid andere spelers een zendmachtiging te geven. Daarom hebben de lidstaten besloten om op deze markt concurrentie in te voeren. Dit resulteerde in een ruimere keuze voor de consumenten, omdat vele extra kanalen en nieuwe diensten beschikbaar kwamen, hetgeen ook bevorderlijk was voor het ontstaan en de groei van sterke Europese ondernemingen en voor de ontwikkeling van nieuwe technologieën en terzelfder tijd garanties bood voor meer pluralisme in deze sector, hetgeen meer inhoudt dan dat gewoon meer zenders en diensten beschikbaar zijn. Toen de lidstaten de markt voor concurrentie openstelden, waren zij van oordeel dat de publieke omroep behouden moest blijven, als een middel om een aantal sectoren aan bod te laten komen en te voldoen aan behoeften en beleidsdoelstellingen van de overheid waaraan anders niet noodzakelijk optimaal zou kunnen worden voldaan.
3. De toegenomen concurrentie heeft, samen met de aanwezigheid van door de overheid gefinancierde spelers, geleid tot een toenemende vraag naar een gelijk speelveld, zoals particuliere ondernemingen aan de Commissie hebben doen weten. In de klachten is er sprake van schendingen van de artikelen 86 en 87 van het EG-Verdrag wat betreft de overheidsfinanciering van publieke omroepen.
4. In de mededeling van de Commissie van 2001 betreffende de toepassing van de regels inzake staatssteun op openbare omroepen werd voor het eerst het kader uitgetekend voor overheidsfinanciering van de publieke omroep. De mededeling van 2001 vormde voor de Commissie een goede uitgangsbasis voor het ontwikkelen van een aanzienlijke beschikkingspraktijk op dit gebied. Sinds 2001 zijn er meer dan twintig beschikkingen of besluiten goedgekeurd betreffende de financiering van publieke omroepen.
5. Inmiddels zijn de omroep- en de audiovisuele markten door technologische veranderingen ingrijpend gewijzigd. Zo zijn distributieplatforms en de technologieën nu veel talrijker geworden, met onder meer digitale televisie, IPTV, mobiele televisie en video-on-demand. Dit resulteerde in meer concurrentie met nieuwe spelers, zoals netwerkexploitanten en internetbedrijven, die de markt betreden. Dankzij technologische ontwikkelingen zijn ook mediadiensten ontstaan die geen "programma's" in de traditionele betekenis zijn, zoals on-line-informatiediensten en niet-lineaire of on-demand-diensten. Er valt een convergentie van de mediadiensten te merken, nu consumenten steeds meer via één platform of toestel meerdere diensten kunnen krijgen of één dienst via

meerdere platforms of toestellen aangeboden krijgen. Doordat de consumenten over steeds meer uiteenlopende mogelijkheden beschikken om toegang tot mediacontent te krijgen, heeft het contentaanbod zich uitgebreid en vindt er fragmentatie van het publiek plaats. Dankzij nieuwe technologieën hebben de consumenten betere mogelijkheden om te participeren. Het traditionele model met passieve consumptie verandert geleidelijk aan in actieve participatie en controle over de content door de consumenten. Om gelijke tred te kunnen houden met deze nieuwe uitdagingen, zijn zowel publieke als commerciële omroepen bezig hun activiteiten te diversifiëren en stappen zij over naar nieuwe distributieplatforms en breiden zij het scala aangeboden diensten uit. In het recente verleden heeft deze diversificatie van de door de overheid gefinancierde activiteiten van publieke omroepen (zoals on-line-content, themakanalen) geleid tot een aantal klachten van andere spelers op de markt, onder wie ook uitgevers.

6. Daarnaast hebben er sinds 2001 ook belangrijke juridische ontwikkelingen plaatsgevonden, met een impact op de omroepsector. Zo heeft het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna "het Hof van Justitie" genoemd) in 2003 in zijn arrest in de zaak-Altmark¹ bepaald op welke voorwaarden compensatie voor de openbare dienst geen staatssteun vormt. In 2005 gaf de Commissie een nieuwe beschikking² en keurde zij een kaderregeling³ goed betreffende staatssteun in de vorm van compensaties voor de openbare dienst. In 2007 keurde de Commissie, na het witboek van de Commissie van 2004⁴ en het standpunt van het Europees Parlement van 2006⁵, bij de mededeling "Een interne markt voor het Europa van de 21ste eeuw" een begeleidend

¹ Arrest van 24 juli 2003, zaak C-280/00, Altmark Trans GmbH en Regierungspräsidium Magdeburg / Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, Jurispr. 2003, blz. I-7747.

² Beschikking 2005/842/EG van de Commissie van 28 november 2005 betreffende de toepassing van artikel 86, lid 2, van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst die aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen wordt toegekend, PB L 312 van 29.11.2005, blz. 67.

³ Communautaire kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, PB C 297 van 29.11.2005, blz. 4.

⁴ Het witboek van 2004 (COM(2004) 374 van 12.5.2004) bouwde voort op eerdere raadplegingen en mededelingen, met name het groenboek van de Commissie (COM(2003) 270 van 21.5.2003), twee mededelingen uit 2001 (COM(2001) 598 van 17.10.2001 en de mededeling "Diensten van algemeen belang in Europa" (PB C 17 van 19.1.2001, blz. 4)), en de eerste mededeling over dit thema uit 1996 ("De diensten van algemeen belang in Europa", PB C 281 van 26.9.1996, blz. 3).

⁵ De resolutie van het Europees Parlement (A6-0275/2006 van 26 september 2006) besloot het uitgebreide raadplegingsproces van de EU-instellingen en stakeholders waartoe met het witboek van 2004 de aanzet was gegeven. Deze resolutie spreekt steun uit voor de in het witboek beschreven beginselen en prioritaire acties. In de resolutie wordt vastgesteld dat het onmogelijk is om een uniforme definitie van diensten van algemeen belang te geven en wordt niet gepleit voor één horizontaal rechtskader, maar worden de EU en de Commissie met name opgeroepen in verschillende werkteerijnen en sectoren te blijven optreden om een grotere duidelijkheid en samenhang van de communautaire regels tot stand te brengen, waarbij het subsidiariteitsbeginsel volledig wordt nageleefd. Ook het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's hebben een advies uitgebracht (CESE/2005/121 van 9.2.2005, CESE/2006/223 van 6.7.2006 en CDR/2004/327 van 23.2.2005).

document goed met als titel "Diensten van algemeen belang, met inbegrip van sociale diensten van algemeen belang: een nieuw Europees engagement"⁶; daarin presenteerde zij haar standpunten ten aanzien van de rol en de benadering van de EU ten aanzien van diensten van algemeen belang. Voorts werd in december 2007 de richtlijn audiovisuele-mediadiensten⁷ van kracht. Deze richtlijn houdt rekening met recente markt- en technologische ontwikkelingen, door het toepassingsbereik van de EU-regelgeving voor audiovisuele media uit te breiden tot de opkomende mediadiensten.

7. Deze verschuivingen in de markt- en juridische context maakten een actualisering van de mededeling van de Commissie van 2001 betreffende de toepassing van de regels inzake staatssteun op openbare omroepen noodzakelijk. In het Actieplan Staatssteun van 2005⁸ kondigde de Commissie aan dat zij "haar mededeling betreffende de toepassing van de regels inzake staatssteun op openbare omroepen opnieuw [zou] bezien. Met name de ontwikkeling van nieuwe digitale technologie en van internetgebaseerde diensten heeft nieuwe vragen doen rijzen in verband met de omvang van de publiekeomroepactiviteiten."
8. Tussen 10 januari en 10 maart 2008 had de Commissie een publieke raadpleging lopen over de vraag of de mededeling van 2001 moest worden herzien. Voor deze raadpleging werd gebruikgemaakt van een stel gedetailleerde vragen, waarbij stakeholders werd verzocht opmerkingen te maken over bepaalde voorstellen om de bestaande mededeling te verbeteren en te actualiseren. De Commissie ontving van 121 partijen opmerkingen die vervolgens publiek beschikbaar werden gemaakt. Deze reacties bevestigden de eerste indruk van de Commissie dat de verduidelijkingen die in de mededeling van 2001 waren gegeven, onvoldoende haar beleid weergaven zoals dat in beschikkingen en besluiten over individuele zaken is uiteengezet.
9. De onderhavige mededeling is een toekomstgerichte consolidering van de beschikkingspraktijk van de Commissie op het gebied van staatssteun, die mede is gebaseerd op de tijdens de publieke raadpleging ontvangen opmerkingen. Zij verduidelijkt de beginselen die de Commissie hanteert wanneer zij artikel 87 en artikel 86, lid 2, van het EG-Verdrag toepast in de omroepsector, en houdt rekening met recente ontwikkelingen op de markt en op juridisch gebied. De onderhavige mededeling laat de toepassing van de interne-marktregels en de fundamentele beginselen op omroepgebied onverlet.

⁶ COM(2007) 725 definitief.

⁷ Richtlijn 2007/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van Richtlijn 89/552/EEG van de Raad betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisie-omroepactiviteiten, PB L 332 van 18.12.2007, blz. 27.

⁸ COM(2005) 107 definitief.

2. DE ROL VAN DE PUBLIEKE OMROEP

10. Openbardienstverlening in de omroepsector heeft weliswaar een duidelijk economisch belang, maar valt niet te vergelijken met openbardienstverlening in enige andere economische sector. Er is geen enkele andere dienst die terzelfder tijd een zo ruim publiek bereikt, de bevolking voorziet van een zo ruim aanbod aan informatie en content, en zodoende de opinie van individuen en van de bevolking weergeeft en beïnvloedt.
11. Bovendien wordt de omroep over het algemeen beschouwd als een uiterst betrouwbare informatiebron en is hij voor een niet te verwaarlozen deel van de bevolking de belangrijkste informatiebron. Daardoor verrijkt de omroep het maatschappelijke debat en kan hij uiteindelijk ervoor zorgen dat alle burgers in redelijke mate betrokken zijn bij het openbare leven. In dat verband zijn garanties voor het vrijwaren van de onafhankelijkheid van de omroep van cruciaal belang, in lijn met het in artikel 10 van het Europees Verdrag inzake de rechten van de mens neergelegde algemene beginsel van vrijheid van meningsuiting, zijnde een algemeen rechtsbeginsel waarvan de communautaire rechtscolleges de eerbiediging verzekeren.⁹
12. De rol van de openbare diensten¹⁰ in het algemeen wordt door het Verdrag erkend. In dit verband is de cruciale bepaling, artikel 86, lid 2, dat als volgt luidt: "De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, vallen onder de regels van dit Verdrag, met name onder de mededingingsregels, voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap."
13. Deze bepaling wordt bevestigd door artikel 16 van het EG-Verdrag (betreffende diensten van algemeen economisch belang), dat werd ingevoerd bij het Verdrag van Amsterdam en per 1 mei 1999 van kracht werd. Dit artikel 16 luidt als volgt: "Onverminderd de artikelen 73, 86 en 87 en gezien de plaats die de diensten van algemeen economisch belang in de gemeenschappelijke waarden van de Unie innemen, alsook de rol die ze vervullen bij het bevorderen van sociale en territoriale samenhang, dragen de Gemeenschap en de lidstaten er, in het kader van hun onderscheiden bevoegdheden en binnen het toepassingsgebied van dit Verdrag, zorg voor dat deze diensten functioneren op basis van beginselen en voorwaarden die hen in staat stellen hun taken te vervullen."

⁹ Arrest van 18 juni 1991, zaak C-260/89, Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE en Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou / Dimotiki Etairia Pliroforissis en Sotirios Kouvelas en Nicolaos Avdellas e.a., Jurispr. 1991, blz. I-2925.

¹⁰ In het kader van de onderhavige mededeling, en overeenkomstig artikel 16 van het EG-Verdrag en de verklaring (nr. 13) die aan de Slotakte van Amsterdam is gehecht, dient het in het Protocol betreffende het publieke omroepstelsel in de lidstaten bedoelde begrip "openbare dienst" te worden begrepen als "dienst van algemeen economisch belang", zoals gebruikt in artikel 86, lid 2.

14. De uitlegging van deze beginselen in het licht van het bijzondere karakter van het publiekeomroepbestel wordt geschetst in het interpretatieve protocol betreffende het publiekeomroepstelsel in de lidstaten dat aan het EG-Verdrag is gehecht (hierna "het Protocol van Amsterdam" genoemd). Daarin wordt, nadat is overwogen dat "het publiekeomroepstelsel 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", verklaard: "De bepalingen van het Verdrag doen geen afbreuk aan de bevoegdheid van de lidstaten om te voorzien in de financiering van de openbare omroep, voor zover deze financiering wordt verleend aan omroeporganisaties voor het vervullen van de publieke opdracht zoals toegekend, bepaald en georganiseerd door iedere lidstaat, en voor zover 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."
15. Het belang van publieke omroepen voor het sociale, democratische en culturele leven in de Unie werd nogmaals beklemtoond in de resolutie van de Raad en de vertegenwoordigers van de regeringen van de lidstaten, in het kader van de Raad bijeen, van 25 januari 1999 betreffende de publieke omroep (hierna "de resolutie" genoemd). Zoals in die resolutie wordt benadrukt, is "de ruime toegang van het publiek, zonder discriminatie en op basis van gelijke kansen, tot diverse kanalen en diensten een noodzakelijke voorwaarde voor het voldoen aan de bijzondere verplichting van de publieke omroep". Voorts moet de publieke omroep "profiteren van de technologische vooruitgang", moet hij "de voordelen van de nieuwe audiovisuele en informatiediensten en de nieuwe technologieën onder het publiek" verspreiden en zorgen voor "de ontwikkeling en diversificatie van activiteiten in het digitale tijdperk". Ten slotte moet "de publieke omroep, overeenkomstig zijn door de lidstaten bepaalde opdracht, een breed scala van programma's kunnen blijven aanbieden, wil hij de samenleving in haar geheel aanspreken; in dit verband is het legitiem voor de publieke omroep om naar een breed publiek te streven".¹¹
16. Gezien deze specifieke kenmerken van de omroepsector, kan een publieke taak die, aldus de resolutie, erin bestaat "overeenkomstig zijn opdracht, een breed scala van programma's" te "kunnen blijven aanbieden", in beginsel als legitiem worden beschouwd, omdat deze is gericht op een evenwichtige en gevarieerde programmering waarmee publieke omroepen een bepaald percentage van het publiek aantrekken en zodoende hun taak kunnen uitvoeren, dat wil zeggen voldoen aan de democratische, sociale en culturele behoeften van de maatschappij en het pluralisme waarborgen.
17. De rol van de publieke omroep bij de bevordering van de diversiteit van cultuuruitingen werd ook erkend door het UNESCO-Verdrag betreffende de bescherming en de bevordering van de diversiteit van cultuuruitingen. Dit

¹¹ PB C 30 van 5.2.1999, blz. 1.

verdrag bepaalt dat elke partij "maatregelen ter bevordering van de diversiteit van de media, onder meer via de openbare omroep", kan nemen.¹²

18. Deze waarden van de publieke omroep blijven in de snel veranderende nieuwe mediaomgeving van even groot belang. Het Comité van ministers van de landen die lid zijn van de Raad van Europa, heeft zich over dit thema uitgesproken in twee aanbevelingen die in januari 2007 werden goedgekeurd. In zijn aanbeveling over pluralisme in de media en diversiteit van de mediacontent¹³ heeft het Comité van ministers van de landen die lid zijn van de Raad van Europa, opgeroepen om erover te waken dat bestaande publieke mediaorganisaties een zichtbare plaats behouden in het nieuwe medialandschap en om deze publieke mediaorganisaties in staat te stellen hun content beschikbaar te stellen op een veelheid van platforms, om er met name voor te zorgen dat innoverende content van hoge kwaliteit in de digitale omgeving wordt aangeboden en dat een heel scala aan nieuwe diensten wordt ontwikkeld, daaronder begrepen interactieve faciliteiten. Daarnaast deed het Comité van ministers in zijn aanbeveling over de opdracht van de publieke media in de informatiemaatschappij¹⁴ de aanbeveling dat de regeringen van de landen die lid zijn van de Raad van Europa, de fundamentele rol van de publieke media in de nieuwe digitale omgeving dienen te garanderen, door voor de publieke media een heldere taakomschrijving vast te stellen, en in hun wet- of regelgeving specifieke bepalingen op te nemen over de taak van de publieke media, waarbij met name de nieuwe communicatiediensten aan bod komen. Tegelijk worden in die aanbeveling de landen die lid zijn van de Raad van Europa, ook opgeroepen om de publieke media op een transparante en verantwoorde wijze te garanderen en om de publieke media in staat te stellen ten volle en daadwerkelijk de uitdagingen van de informatiemaatschappij aan te gaan, met respect voor de publieke/private duale structuur van het Europese elektronische medialandschap en met aandacht voor markt- en mededingingsvraagstukken.
19. In zijn resolutie over concentratie en pluralisme in de media in de Europese Unie deed het Europees Parlement de aanbeveling "dat er dusdanige regels ten aanzien van staatssteun worden ontwikkeld en ingevoerd dat de openbare en publieke (burger- en gemeenschaps-)media wel hun functie kunnen blijven vervullen in een voortdurend veranderende omgeving en dat wordt gewaarborgd dat de openbare media de hun door de lidstaten toevertrouwde taken op transparante wijze vervullen en daarover verantwoording afleggen, waarbij misbruik van

¹² Artikel 6, lid 1, en artikel 6, lid 2, onder h), van het UNESCO-Verdrag betreffende de bescherming en de bevordering van de diversiteit van cultuuruitingen, goedgekeurd bij Besluit 2006/515/EG van de Raad van 18 mei 2006, PB L 201 van 25.7.2006, blz. 15.

¹³ *Recommendation CM/Rec(2007)2 of the Committee of the Ministers to member states on media pluralism and diversity of media content*, goedgekeurd op 31.1.2007 op de 985^e bijeenkomst van de afgevaardigden van de ministers.

¹⁴ *Recommendation CM/Rec(2007)3 of the Committee of Ministers to member states on the remit of public service media in the information society*, goedgekeurd op 31.1.2007 op de 985^e bijeenkomst van de afgevaardigden van de ministers.

overheidsfinanciering om redenen van politiek of economisch eigenbelang wordt vermeden".¹⁵

20. Belangrijk is dat commerciële omroeporganisaties, waarvan er een aantal aan openbare-dienstverplichtingen is onderworpen, ook een rol kunnen spelen bij het behalen van de doelstellingen van het Protocol van Amsterdam, voor zover deze bijdragen tot het waarborgen van pluralisme, de verrijking van het culturele en politieke debat en de verruiming van het programma-aanbod. Zoals in de richtlijn audiovisuele-mediadiensten¹⁶ wordt herhaald is "[h]et naast elkaar bestaan van particuliere en openbare aanbieders van audiovisuele mediadiensten een onderscheidend kenmerk van de Europese audiovisuele mediamarkt".

3. HET RECHTSKADER

21. Bij de toepassing van staatssteunregels op publieke omroepen moet rekening worden gehouden met een groot aantal uiteenlopende elementen. De beoordeling van staatssteun is gebaseerd op de artikelen 87 en 88 (betreffende staatssteun) en artikel 86, lid 2 (betreffende de toepassing van de Verdragsregels, en inzonderheid de mededingingsregels, op diensten van algemeen economisch belang). Het Verdrag van Maastricht voegde artikel 151 in, dat bepaalt dat de Gemeenschap bij haar optreden uit hoofde van andere bepalingen van het Verdrag rekening houdt met de culturele aspecten, met name om de culturele verscheidenheid te eerbiedigen en te bevorderen. Daarnaast werd ook de mogelijkheid ingevoerd om staatssteun ter bevordering van cultuur verenigbaar te verklaren (artikel 87, lid 3, onder d)). Het Verdrag van Amsterdam voegde een specifieke bepaling (artikel 16) over diensten van algemeen belang in, alsmede het Protocol van Amsterdam over het publiekeomroepstelsel in de lidstaten.
22. Het Europees Parlement en de Raad hebben Richtlijn 89/552/EEG van 3 oktober 1989 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisieomroepactiviteiten¹⁷ (de richtlijn Televisie zonder grenzen) vastgesteld. Met Richtlijn 2007/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van december 2007 werd de richtlijn Televisie zonder grenzen gewijzigd en kreeg deze de nieuwe naam "richtlijn audiovisuele-mediadiensten". De Commissie heeft Richtlijn 80/723/EEG van 25 juni 1980 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven en de financiële doorzichtigheid binnen bepaalde ondernemingen¹⁸ vastgesteld. Deze richtlijn is sindsdien herhaaldelijk ingrijpend

¹⁵ Resolutie van het Europees Parlement van 25 september 2008 over concentratie en pluralisme in de media in de Europese Unie, INI/2007/2253.

¹⁶ Richtlijn 2007/65/EG (cf. voetnoot 7).

¹⁷ PB L 298 van 17.10.1989, blz. 23. Verordening gewijzigd bij Richtlijn 97/36/EG (PB L 202 van 30.7.1997, blz. 60).

¹⁸ PB L 195 van 29.7.1980, blz. 35. Richtlijn laatstelijk gewijzigd bij Richtlijn 2000/52/EG (PB L 193 van 29.7.2000, blz. 75).

gewijzigd. Deze wijzigingen zijn gecodificeerd in Richtlijn 2006/111/EG van 16 november 2006.

23. Deze regels worden uitgelegd door de rechtspraak van het Hof van Justitie en van het Gerecht van eerste aanleg. Met name heeft het Hof van Justitie in zijn arrest in de zaak-Altmark¹⁹ uiteengezet onder welke voorwaarden compensaties voor de openbare dienst geen staatssteun in de zin van artikel 87 van het EG-Verdrag vormen²⁰.
24. De Commissie heeft over de toepassing van de staatssteunregels ook diverse relevante mededelingen goedgekeurd. Het Actieplan Staatssteun 2005 gaf de doelstellingen aan van de hervorming op het gebied van staatssteun, in het kader van de Lissabonstrategie voor groei en banen in de Europese Unie. Nog in 2005 keurde de Commissie het zogenaamde pakket diensten van algemeen economisch belang goed, waarin de voorwaarden van artikel 86, lid 2, van het EG-Verdrag werden verduidelijkt.

4. TOEPASSELIJKHEID VAN ARTIKEL 87, LID 1

4.1. De vraag of overheidsfinanciering van publieke omroepen staatssteun is

25. Luidens artikel 87, lid 1, zijn "behoudens de afwijkingen waarin dit Verdrag voorziet, steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt".
26. Niet het oogmerk van het overheidsoptreden is bepalend om vast te stellen of sprake is van staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, maar wel de effecten ervan. Overheidsfinanciering voor publieke omroepen dient, voor zover deze aan de voormelde criteria voldoet, doorgaans als staatssteun te worden beschouwd. Publieke omroepen worden doorgaans gefinancierd uit de staatsbegroting of door een heffing op het bezit van ontvangstapparatuur. In bepaalde specifieke omstandigheden brengt de overheid kapitaal in bij of scheldt zij schulden kwijt aan publieke omroepen. Deze financiële maatregelen vallen doorgaans aan de overheid toe te rekenen en omvatten de overdracht van staatsmiddelen. Bovendien kunnen deze maatregelen, voor zover zij niet voldoen aan het beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie, overeenkomstig de "Toepassing van artikelen 92 en 93 van het EEG-Verdrag op openbare bedrijven"²¹ en de mededeling van de Commissie aan de lidstaten betreffende de toepassing van de artikelen 92 en 93 van het EEG-Verdrag en van artikel 5 van

¹⁹ Arrest-Altmark, reeds aangehaald.

²⁰ Zie de voetnoten 2 en 3.

²¹ Bulletin EG 9-1984.

de Richtlijn 80/723/EEG op openbare bedrijven in de industriesector²², in de meeste gevallen alleen bepaalde omroeporganisaties begunstigen en zodoende mogelijk de mededinging verstoren. Het spreekt voor zich dat het onderzoek naar de vraag of er van staatssteun sprake is, van zaak tot zaak zal moeten gebeuren, en mede afhangt van het specifieke karakter van de financiering²³.

27. Zo heeft het Hof van Justitie verklaard: "Wanneer financiële steun van een staat de positie van een onderneming ten opzichte van andere concurrerende ondernemingen in het intracommunautaire handelsverkeer versterkt, moet dit handelsverkeer worden geacht door de steun te worden beïnvloed"²⁴. In de regel mag er dus van worden uitgegaan dat overheidsfinanciering van publieke omroepen het handelsverkeer tussen lidstaten ongunstig beïnvloedt. Dit is duidelijk het geval bij de verwerving en verkoop van programmarechten, die vaak op internationaal niveau plaatsvindt. Ook reclame heeft - voor publieke omroepen die advertentieruimte mogen verkopen - een grensoverschrijdend effect, met name voor homogene taalgebieden die zich uitstrekken over de landsgrenzen heen. Bovendien kan de eigendomsstructuur van commerciële omroeporganisaties zich uitstrekken tot meer dan één lidstaat. Daarnaast hebben op het internet aangeboden diensten doorgaans een mondiaal bereik.
28. Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie²⁵ vormt compensatie voor openbare-dienstverplichtingen geen staatssteun in de zin van artikel 87 van het Verdrag, indien aan vier cumulatieve criteria is voldaan. In de eerste plaats moet de begunstigde onderneming daadwerkelijk met de uitvoering van openbare-dienstverplichtingen zijn belast en moeten die verplichtingen duidelijk zijn omschreven. In de tweede plaats moeten de parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend, vooraf op objectieve en transparante wijze worden vastgesteld. In de derde plaats mag het compensatiebedrag niet hoger zijn dan wat nodig is om de kosten van de uitvoering van openbare-dienstverplichtingen geheel of gedeeltelijk te dekken, rekening houdend met de desbetreffende opbrengsten alsmede met een redelijke winst. Ten slotte, moet, wanneer de met de uitvoering van openbare-dienstverplichtingen te belasten onderneming in een concreet geval niet wordt gekozen in het kader van een openbare aanbesteding waarbij de kandidaat kan worden geselecteerd die deze diensten tegen de laagste kosten voor de gemeenschap kan leveren, de noodzakelijke compensatie worden vastgesteld op basis van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming die voldoende is uitgerust, zou hebben gemaakt.

²² PB C 307 van 13.11.1993, blz. 3.

²³ Steunmaatregel NN 88/98 - Financiering van een 24 uur op 24, reclamevrije nieuwszender met licentievergoeding door BBC, (PB C 78 van 18.3.2000, blz. 6) en Steunmaatregel NN 70/98 - Staatssteun voor de openbare televisiekanalen 'Kinderkanal' en 'Phoenix', (PB C 238 van 21.8.1999, blz. 3).

²⁴ Arrest van 17 september 1980, zaak 730/79, Philip Morris Holland/Commissie, Jurispr. 1980, blz. 2671, punt 11; arrest van 21 maart 1991, zaak C-303/88, Italië/Commissie, Jurispr. 1991, blz. I-1433, punt 27, en arrest van 19 september 2000, zaak C-156/98, Duitsland/Commissie, Jurispr. 2000, blz. I-6857, punt 33.

²⁵ Arrest-Altmark, reeds aangehaald.

4.2. Aard van de steun: bestaande of nieuwe steun

29. De financieringsregelingen die thans in de meeste lidstaten worden toegepast, werden lang geleden ingevoerd. Daarom dient de Commissie in een eerste fase uit te maken of deze regelingen als "bestaande steun" in de zin van artikel 88, lid 1, kunnen worden beschouwd.
30. Bestaande steun valt onder artikel 88, lid 1, waarin is bepaald: "De Commissie onderwerpt tezamen met de lidstaten de in die staten bestaande steunregelingen aan een voortdurend onderzoek. Zij stelt de dienstige maatregelen voor, welke de geleidelijke ontwikkeling of de werking van de gemeenschappelijke markt vereist."
31. Volgens artikel 1, onder b), punt i), van Verordening (EG) 659/99 van de Raad tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag²⁶ wordt onder "bestaande steun" verstaan: "alle steun die voor de inwerkingtreding van het Verdrag in de respectieve lidstaat bestond, dat wil zeggen steunregelingen en individuele steun die vóór de inwerkingtreding van het Verdrag tot uitvoering zijn gebracht en die na de inwerkingtreding nog steeds van toepassing zijn".
32. In het geval van Oostenrijk, Finland en Zweden worden staatssteunmaatregelen die vóór de inwerkingtreding van de EER-Overeenkomst per 1 januari 1994 in deze landen werden ingevoerd, als bestaande steun beschouwd. Wat betreft de tien lidstaten die in 2004 zijn toegetreden (Cyprus, de Tsjechische Republiek, Estland, Hongarije, Letland, Litouwen, Malta, Polen, Slovakije en Slovenië) en Roemenië en Bulgarije die in 2007 toetraden, worden de vóór 10 december 1994 ten uitvoer gelegde maatregelen, de in de aan het Toetredingsverdrag gehechte lijst opgenomen maatregelen en de in het kader van het zogenoemde "interimprocedure" goedgekeurde maatregelen als "bestaande steun" beschouwd.
33. Volgens artikel 1, onder b), punt v), van Verordening (EG) 659/99 omvat "bestaande steun" ook "steun die als bestaande steun wordt beschouwd, omdat kan worden vastgesteld dat hij op het moment van inwerkingtreding geen steun vormde, maar vervolgens steun is geworden vanwege de ontwikkeling van de gemeenschappelijke markt, zonder dat de betrokken lidstaat er wijzigingen in heeft aangebracht".
34. Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Justitie²⁷ gaat de Commissie na of het rechtskader op grond waarvan de steun is toegekend, al dan niet werd veranderd sinds de invoering ervan. De Commissie neemt daarbij alle juridische en economische elementen in aanmerking die met het omroepbestel in een bepaalde lidstaat verband houden. Hoewel de voor een dergelijke beoordeling relevante juridische en economische elementen in alle of de meeste lidstaten

²⁶ PB L 83 van 27.3.1999, blz. 1.

²⁷ Arrest van 9 augustus 1994, zaak C-44/93, *Namur-Les Assurances du crédit SA / Delcredere* dienst en Belgische Staat, Jurispr. 1994, blz. I-3829.

punten van overeenkomst vertonen, meent de Commissie dat voor een dergelijke beoordeling een benadering van zaak tot zaak het meest geschikt is²⁸.

35. Volgens de rechtspraak in de zaak-Gibraltar²⁹ geldt niet dat bij iedere wijziging van bestaande steun de bestaande steun in nieuwe steun verandert. Volgens het Gerecht van eerste aanleg "[wordt dus] de oorspronkelijke regeling slechts in een nieuwe steunregeling omgezet wanneer de wijziging de kern van die regeling raakt. Van een dergelijke substantiële wijziging kan echter geen sprake zijn wanneer het nieuwe element duidelijk los van de oorspronkelijke regeling kan worden beschouwd."
36. In het licht van bovenstaande overwegingen heeft de Commissie in haar beschikkingspraktijk in de regel onderzocht: 1) of de oorspronkelijke financieringsregeling voor publieke omroepen bestaande steun vormt volgens de in de punten 28 en 29 aangegeven regels; 2) of de latere wijzigingen de kern van de oorspronkelijke maatregel raakten (dus de aard van het voordeel of de financieringsbron, de doelstellingen van de steun, de begunstigden of de omvang van de activiteiten van de begunstigden) dan wel of het zuiver formele of administratieve aanpassingen betrof³⁰, en 3) of, in het geval van latere, substantiële wijzigingen, deze wijzigingen los kunnen worden gezien van de oorspronkelijke maatregel - in welk geval zij afzonderlijk kunnen worden beoordeeld - dan wel niet los van de oorspronkelijke maatregel kunnen worden gezien zodat de oorspronkelijke maatregel in zijn geheel nieuwe steun gaat vormen.

²⁸ Zie bv. de besluiten of beschikkingen van de Commissie in de volgende zaken: Steunmaatregel E 8/06, Financiering publieke omroep VRT (PB C 143 van 10.6.2008, blz. 7); Steunmaatregel E 4/05, Overheidsfinanciering Radio Teilifís Éireann (RTÉ) en Teilifís na Gaeilge (TG4) (PB C 121 van 17.5.2008, blz. 5); Steunmaatregel E 9/05, Omroepbijdrage voor RAI (PB C 235 van 23.9.2005, blz. 3); Steunmaatregel E 10/2005, Omroepbijdrage France 2 en France 3 (PB C 240 van 30.9.2005, blz. 20); Steunmaatregel E 8/05, Steun voor de Spaanse nationale openbare omroep RTVE (PB C 239 van 4.10.2006, blz. 17); Beschikking C 2/04 van de Commissie van 22 juni 2006 betreffende de door Nederland ten uitvoer gelegde ad-hocfinanciering van de Nederlandse publieke omroep, PB L 49 van 22.2.2008, blz. 1; Beschikking C 60/99 van de Commissie van 10 december 2003 betreffende de steunmaatregelen van Frankrijk ten behoeve van France 2 en France 3, PB L 361 van 8.12.2004, blz. 21; Beschikking C 62/99 van de Commissie van 15 oktober 2003 betreffende de door Italië ten uitvoer gelegde maatregelen ten gunste van RAI SpA, PB L 119 van 23.4.2004, blz. 1; Steunmaatregel NN 88/98 - Financiering van een 24 uur op 24, reclamevrije nieuwszender met licentievergoeding door BBC (PB C 78 van 18.3.2000, blz. 6), en Steunmaatregel NN 70/98 - Staatssteun voor de openbare televisiekanalen 'Kinderkanal' en 'Phoenix' (PB C 238 van 21.8.1999, blz. 3).

²⁹ Arrest van 30 april 2002, gevoegde zaken T-195/01 en T-207/01, Government of Gibraltar / Commissie, Jurispr. 2002, blz. II-2309.

³⁰ Zie bv. het besluit van de Commissie betreffende Steunmaatregel E 3/2005 - Overheidsfinanciering publieke omroepen in Duitsland (PB C 185 van 8.8.2007, blz. 1).

5. DE VERENIGBAARHEID VAN STAATSSTEUN GETOETST AAN ARTIKEL 87, LEDEN 2 EN 3

37. Ofschoon compensatie voor de publieke omroep doorgaans aan artikel 86, lid 2, van het Verdrag wordt getoetst, kunnen de afwijkingen van artikel 87, lid 2 en lid 3, in beginsel ook op de omroepsector van toepassing zijn, mits aan de desbetreffende voorwaarden is voldaan.
38. Volgens artikel 151, lid 4, van het Verdrag houdt de Gemeenschap bij haar optreden uit hoofde van andere bepalingen van het Verdrag rekening met de culturele aspecten, met name om de culturele verscheidenheid te eerbiedigen en te bevorderen. Artikel 87, lid 3, onder d), van het Verdrag biedt de Commissie de mogelijkheid om steun ter bevordering van cultuur met de gemeenschappelijke markt verenigbaar te verklaren, mits dergelijke steun de voorwaarden inzake het handelsverkeer en de mededingingsvoorwaarden in de Gemeenschap niet zodanig verandert dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad.
39. Het is de taak van de Commissie om een besluit te treffen over de concrete toepassing van deze bepaling, evenals voor de andere afwijkingsbepalingen van artikel 87, lid 3. Herhaald dient te worden dat de bepalingen die een afwijking van het verbod op staatssteun toestaan, strikt moeten worden toegepast. De Commissie is dan ook van mening dat de culturele afwijking kan worden toegepast in die gevallen waarin het culturele product duidelijk is gedefinieerd of kan worden gedefinieerd.³¹ Bovendien is de Commissie van mening dat het begrip "cultuur" moet worden toegepast op de inhoud en de aard van het betrokken product - en niet op het medium of de distributie op zich.³² Voorts dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de educatieve en democratische behoeften van de samenleving in een lidstaat en de bevordering van cultuur in de zin van artikel 87, lid 3, onder d)³³.
40. Bij staatssteun aan publieke omroepen wordt doorgaans niet onderscheiden tussen culturele, democratische en educatieve behoeften van de samenleving. Tenzij een financieringsmaatregel specifiek op het bevorderen van culturele doelstellingen is toegesneden, zou artikel 87, lid 3, onder d), doorgaans niet relevant zijn. Staatssteun aan publieke omroepen wordt in de regel verschaft in de vorm van compensaties voor het vervullen van de publieke taak en wordt beoordeeld op grond van artikel 86, lid 2, aan de hand van de in deze mededeling uiteengezette criteria.

³¹ Zie bv. de besluiten van de Commissie betreffende Steunmaatregel NN 88/98 - Financiering van een 24 uur op 24, reclamevrije nieuwszender met licentievergoeding door BBC, (PB C 78 van 18.3.2000, blz. 6) en Steunmaatregel NN 70/98 - Staatssteun voor de openbare televisiekanalen 'Kinderkanal' en 'Phoenix', (PB C 238 van 21.8.1999, blz. 3).

³² Zie bv. het besluit van de Commissie betreffende Steunmaatregel N 458/2004 - Overheidssteun voor Espacio Editorial Andaluza Holding SL (PB C 131 van 29.5.2005, blz. 12).

³³ Steunmaatregel NN 70/98 - Staatssteun voor de openbare televisiekanalen 'Kinderkanal' en 'Phoenix' (PB C 238 van 21.8.1999, blz. 3).

6. DE VERENIGBAARHEID VAN STAATSSTEUN GETOETST AAN ARTIKEL 86, LID 2

41. De rol van diensten van algemeen economisch belang voor het behalen van de fundamentele doelstellingen van de Europese Unie werd ten volle door de Commissie erkend in haar pakket "diensten van algemeen economisch belang" van 2005 en meer algemeen in de in punt 6 bedoelde mededeling betreffende diensten van algemeen belang in Europa.
42. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie is artikel 86 een afwijkingsbepaling die restrictief dient te worden uitgelegd. Het Hof heeft duidelijk gemaakt dat, wil een maatregel voor een dergelijke afwijking in aanmerking komen, aan elk van de volgende voorwaarden moet zijn voldaan:
- i. de betrokken dienst moet een dienst van algemeen economisch belang zijn en duidelijk als dusdanig door de lidstaat zijn omschreven (omschrijving);³⁴
 - ii. de betrokken onderneming moet door de lidstaat uitdrukkelijk met de verlening van die dienst zijn belast (toewijzing);³⁵
 - iii. 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 (evenredigheidstoets).³⁶
43. Het staat aan de Commissie, als behoedster van het Verdrag, om na te gaan of aan deze criteria is voldaan.
44. In het specifieke geval van de publieke omroep dient de hier beschreven benadering te worden aangepast in het licht van de interpretatieve bepalingen van het Protocol van Amsterdam, waarin sprake is van "de publieke opdracht zoals toegekend, bepaald en georganiseerd door iedere lidstaat" (omschrijving en toewijzing) en waarin voor de financiering van de publieke omroep wordt voorzien in een afwijking op de Verdragsregels "voor zover deze financiering wordt verleend aan omroeporganisaties voor het vervullen van de publieke opdracht (...) en voor zover 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" (evenredigheid).

³⁴ Arrest van 14 juli 1981, zaak 172/80, Gerhard Züchner / Bayerische Vereinsbank AG, Jurispr. 1981, blz. 2021.

³⁵ Arrest van 17 juli 1997, zaak C-242/95, GT-Link A/S / De Danske Statsbaner (DSB), Jurispr. 1997 blz. I-4449.

³⁶ Arrest van 23 oktober 1997, zaak C-159/94, Commissie/Frankrijk, Jurispr. 1997, blz. I-5815.

6.1. Omschrijving van de publieke taak

6.1.1. Algemeen

45. Om, met het oog op de toepassing van artikel 86, lid 2, aan de in punt 29, onder i) genoemde voorwaarde te kunnen voldoen, dient een officiële omschrijving van de publieke taak te worden gegeven. Alleen in dat geval kan de Commissie, met voldoende juridische zekerheid, nagaan of de afwijking van artikel 86, lid 2, van toepassing is.
46. De omschrijving van de publieke taak behoort tot de bevoegdheid van de lidstaten die daarover op nationaal, regionaal of lokaal niveau besluiten kunnen nemen. Algemeen gesproken, wordt deze bevoegdheid uitgeoefend met inachtneming van het communautaire begrip "diensten van algemeen economisch belang".
47. Het staat aan de Commissie om na te gaan of lidstaten de bepalingen van het Verdrag naleven³⁷. Wat betreft de omschrijving van de openbare dienst in de omroepsector, blijft de rol van de Commissie beperkt tot controle op kennelijke fouten. Het komt de Commissie niet toe zich uit te spreken over de vraag of een programma moet worden aangeboden als dienst van algemeen economisch belang; evenmin kan zij de aard of de kwaliteit van een bepaald product ter discussie stellen. Er zou evenwel sprake zijn van een kennelijke fout bij de omschrijving van de publieke taak indien deze laatste activiteiten omvat waarvan niet redelijkerwijs kan worden aangenomen dat deze - om de bewoordingen van het Protocol van Amsterdam te gebruiken - voldoen aan "de culturele, sociale en democratische behoeften van de samenleving". Dat zou normaal gesproken het geval zijn voor bijvoorbeeld reclame, e-commerce, telewinkelen, sponsoring of merchandising. In dit verband dient te worden herhaald dat de publieke taak een omschrijving geeft van de in het algemeen belang aan het publiek aangeboden diensten. Het thema van de omschrijving van de publieke taak mag niet worden verward met de vraag naar het financieringsmechanisme dat met het oog op het aanbieden van deze diensten wordt gekozen. Dit betekent dat publieke omroepen wel commerciële activiteiten, zoals de verkoop van advertentieruimte, mogen uitoefenen om inkomsten te verwerven, maar dat dergelijke activiteiten niet als onderdeel van de publieke taak kunnen worden beschouwd.
48. De lidstaten dienen de publieke taak zo precies mogelijk te omschrijven. Er mag geen twijfel blijven bestaan of de lidstaat een bepaalde, door de met openbare dienst belaste exploitant uitgeoefende activiteit al dan niet als onderdeel van de publieke taak beschouwt. Zonder een duidelijke en precieze omschrijving van de verplichtingen die de publieke omroep worden opgelegd, kan de Commissie haar taken in het kader van artikel 86, lid 2, niet uitvoeren, en kan zij dan ook geen afwijking op grond van dat artikel toestaan.

³⁷ Arrest van 10 december 1991, zaak C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova SpA / Siderurgica Gabrielli SpA*, Jurispr. 1991, blz. I-5889.

49. De duidelijke afbakening van activiteiten die deel uitmaken van de publieke taak, is ook van belang voor niet-overheidsbedrijven met het oog op de planning van hun activiteiten. Bovendien dienen de bepalingen van de publieke taak precies te zijn, zodat dat de autoriteiten van de lidstaten daadwerkelijk toezicht kunnen uitoefenen op de inachtneming ervan, zoals in de volgende delen wordt uiteengezet.
50. Tegelijk wordt, gezien het specifieke karakter van de omroepsector, een taakomschrijving waarbij een bepaalde omroeporganisatie wordt belast met de verplichting om een breed scala programma's en een evenwichtig en gevarieerd omroepaanbod aan te bieden, in het licht van de interpretatieve bepalingen van het Protocol van Amsterdam, beschouwd als rechtmatig op grond van artikel 86, lid 2.³⁸ Een dergelijke omschrijving wordt doorgaans geacht in overeenstemming te zijn met de doelstelling dat aan de democratische, sociale en culturele behoeften van de maatschappij wordt voldaan en dat het pluralisme, daaronder begrepen de culturele en taalkundige verscheidenheid, wordt gewaarborgd. Zoals in het volgende punt wordt beschreven, kan de omschrijving van de publieke taak ook de weerspiegeling zijn van de ontwikkeling en diversificatie van activiteiten in het digitale tijdperk en diensten omvatten die geen programma's zijn in de traditionele betekenis.

6.1.2. Markontwikkelingen

51. Publieke omroepen kunnen gebruikmaken van de mogelijkheden die worden geboden door de digitalisering en de diversificatie van de distributieplatforms op technologie-neutrale basis - in het voordeel van de samenleving. Om de fundamentele rol van de publieke media in de nieuwe digitale omgeving te vrijwaren, kunnen publieke omroepen in de vorm van lineaire diensten audiovisuele-mediacontent leveren via nieuwe distributieplatforms, themaprogramma's aanbieden, maar ook mediadiensten die geen "programma's" in de klassieke betekenis zijn, zoals online-informatiediensten en niet-lineaire of on-demand-diensten, mits de nodige garanties voorhanden zijn. Deze diensten kunnen ook in de publieke taak worden opgenomen, mits daarmee dezelfde democratische, sociale en culturele behoeften van de betrokken samenleving worden vervuld en er geen buitensporige effecten op de markt zijn die voor het vervullen van de publieke taak niet noodzakelijk zijn.
52. Parallel met de snelle ontwikkeling van mediadiensten, ondergaan ook de businessmodellen van omroeporganisaties veranderingen. Omroeporganisaties doen in toenemende mate een beroep op nieuwe financieringsbronnen, zoals onlinereclame of het aanbieden van diensten tegen betaling (de zogenoemde betaaldiensten, zoals toegang tot archieven tegen een vergoeding, themakanalen op televisie op pay-per-view-basis, toegang tot mobiele diensten tegen een vast bedrag, uitgestelde toegang tot televisieprogramma's tegen een vergoeding, betalen voor het downloaden van onlinecontent enz.) Het vergoedingselement bij betaaldiensten kan bijvoorbeeld afhankelijk worden gemaakt van de betaling

³⁸ Arrest van 26 juni 2008, zaak T-442/03, SIC - Sociedade Independente de Comunicação, SA / Commissie, (nog niet bekendgemaakt in de Jurispr.), punt 201.

door omroepen van vergoedingen voor netwerk distributie of auteursrechten (wanneer bijvoorbeeld diensten via mobiele platforms worden aangeboden tegen betaling van een vergoeding aan een mobiele operator). Terzelfder tijd doet de Commissie opmerken dat een aantal lidstaten tot dusver ervoor heeft gekozen om publieke omroepen niet toe te staan binnen hun publieke taak betaaldiensten aan te bieden, omdat zij aanvoeren dat zulks moeilijk te verzoenen valt met de traditionele doelstellingen om algemeen toegankelijke, onafhankelijke kwaliteitsprogramma's aan te bieden.

53. Volgens de Commissie kan het feit dat voor diensten van een publieke omroep bij het punt van consumptie een vergoeding moet worden betaald, een negatieve impact hebben op het universele karakter van die dienstverlening aan de samenleving, omdat die dienst daardoor wordt aangeboden aan een gedeelte van de bevolking dat in staat èn bereid is voor die dienst te betalen. Het feit dat de dienst niet meer universeel is, kan dan weer afbreuk doen aan de legitimiteit van de onderliggende overheidsfinanciering, die erin bestaat dat de hele samenleving een dienst verleend krijgt die sociaal, democratisch en cultureel van aard is. Terzelfder tijd betekent zulks, rekening houdend met het lopende proces van diversificatie van omroepactiviteiten, niet noodzakelijkerwijs dat omroepdiensten met een element betaling nimmer als diensten van algemeen economisch belang in de zin van artikel 86, lid 2, van het EG-Verdrag zouden kunnen worden aangemerkt, mits de diensten duidelijk niet commercieel van aard zijn. Toch is met betrekking tot deze diensten bijzondere waakzaamheid geboden, om te kunnen nagaan of deze diensten - rekening houdend met hun content, de hoogte van de directe bijdrage van de eindgebruiker en het soort diensten dat normaal gesproken door commerciële omroepen op de markt wordt aangeboden - wel degelijk de sociale, democratische en culturele behoeften van de samenleving worden vervuld zonder dat de mededinging daarmee buitensporig wordt verstoord.³⁹
54. Zo gelden het uitzenden van premium content (bv. de finale van de UEFA Champions' League) op pay-per-view- of abonnementsbasis, of belspellen waaraan kijkers kunnen deelnemen door naar een betaalnummer te bellen, duidelijk als commerciële activiteiten, en kunnen zij dan ook niet met staatssteun op grond van artikel 86, lid 2, van het EG-Verdrag worden gefinancierd. Daarentegen kunnen andere betaaldiensten, afhankelijk van de aangeboden content en de algemene omstandigheden, wel een geloofwaardige invulling zijn van de specifieke behoeften van de samenleving en staat de impact ervan op de concurrentie op de markt mogelijk wel in verhouding tot de nagestreefde sociale, democratische en culturele doelstellingen. Het aanbieden van publieke diensten

³⁹ Zoals de Raad van Europa in zijn aanbeveling over de opdracht van de publieke media in de informatiemaatschappij verklaarde, kunnen lidstaten aanvullende financieringsoplossingen overwegen, waarbij de nodige aandacht gaat naar markt- en mededingingsvraagstukken. Met name in het geval van nieuwe gepersonaliseerde diensten kunnen lidstaten overwegen om publieke media toe te staan daarvoor een vergoeding te eisen. Toch mag geen van deze oplossingen het beginsel van de universaliteit van de publieke media in het gedrang brengen of leiden tot discriminatie tussen verschillende groepen in de samenleving. Wanneer nieuwe financieringssystemen worden opgezet, dienen lidstaten de nodige aandacht te besteden aan de content die in het publieke belang en het gemeenschappelijke belang wordt aangeleverd.

die voldoen aan de behoeften van een deel van de samenleving dat speciale interesses heeft, vergt mogelijk extra middelen. In dergelijke gevallen is het misschien billijk om de lasten van de financiering van dergelijke publieke dienst niet aan de hele bevolking op te leggen, doch alleen aan de mensen die belangstelling hebben om tot de betrokken dienst toegang te krijgen, pay-per-view- of abonnementsvergoedingen te vragen om de incrementele kosten van die diensten ten dele te dekken. Voorbeelden daarvan zijn onder meer de toegang tot bijzonder geavanceerde technologische kenmerken van de publieke dienst. In dezelfde lijn kunnen lidstaten publieke omroepen belasten met de taak om omroepdiensten aan te bieden op nieuwe platforms zoals mobiele telefoon, waarbij de platformexploitant vergoedingen berekent voor transmissie via zijn netwerk. Het feit dat de publieke omroep deze zuivere netwerktransmissiekosten aan de eindgebruiker doorberekent, betekent niet dat de via dat platform gedistribueerde dienst geen legitiem onderdeel van de publieke taak kan zijn.

55. Samenvattend is de Commissie van oordeel dat het feit dat door een publieke omroep geleverde diensten een element van rechtstreekse vergoeding bevatten, niet altijd noodzakelijkerwijs betekent dat deze diensten buiten de publieke taak vallen. Het element vergoeding is één van de aspecten die in aanmerking moeten worden genomen om te bepalen of deze diensten in de publieke taak moeten worden opgenomen, omdat een en ander het universele karakter en het algemene opzet van de aangeboden dienst kan beïnvloeden, maar ook een impact op de markt kan hebben. Mits de betrokken dienst met een element betaling de sociale, democratische en culturele behoeften van de samenleving vervult zonder dat deze tot buitensporige effecten op de mededinging en het grensoverschrijdende handelsverkeer leidt, kunnen lidstaten publieke omroepen met een dergelijke dienst belasten, als onderdeel van hun publieke taak.

6.1.3. *Procedurele garanties*

56. Wanneer publieke omroepen significant nieuwe diensten aanbieden - zoals met name door de overheid gefinancierde niet-traditionele mediadiensten en betaaldiensten - kan zulks een significante invloed op de markt hebben en kan het ook een impact op particuliere initiatieven en de innovatie hebben. Hetzelfde geldt ook voor significante aanpassingen van bestaande diensten. Bovendien kunnen in sommige gevallen diensten die bijvoorbeeld via het internet worden aangeboden, een groter grensoverschrijdend bereik hebben dan klassieke televisiediensten - waardoor het intracommunautaire handelsverkeer potentieel in sterkere mate ongunstig wordt beïnvloed. Daarom wordt dergelijke uitbreiding van door de overheid gefinancierde activiteiten geflankeerd door passende garanties die verzekeren dat het Verdrag volledig wordt nageleefd.
57. Het is echter vooral aan de lidstaten om de omvang van de publieke dienst af te bakenen en er in dat verband voor te zorgen dat de regels inzake de financiering van publieke omroepen in acht worden genomen. Vooraleer significant nieuwe diensten in de markt worden gezet, gaan de lidstaten na of met deze diensten dezelfde democratische, sociale en culturele behoeften van de samenleving worden vervuld en houden ze tegelijk, zoals aangegeven in het Protocol van Amsterdam, terdege rekening met de potentiële effecten op het handelsverkeer en de mededinging.

58. Het is in hoofdzaak aan de lidstaten om, rekening houdend met de kenmerken, de ontwikkeling van de omroepmarkt en het scala diensten dat de publieke omroep al aanbiedt, te bepalen wat als "significant nieuwe dienst" moet gelden. Of een activiteit "nieuw" is, kan onder meer afhangen van de vraag of de diensten vernieuwend zijn zowel wat betreft de consumptievormen (bv. niet-lineair of on-demand in plaats van lineaire diensten) als de inhoud ervan. De "significantie" van de dienstverlening kan bijvoorbeeld worden bepaald door de financiële middelen die voor de ontwikkeling ervan vereist zijn en de verwachte impact op de vraag. Significante aanpassingen van bestaande diensten worden op dezelfde wijze beoordeeld als significant nieuwe diensten.
59. Het behoort tot de bevoegdheid van de lidstaten om het mechanisme te kiezen dat het meest geschikt is om ervoor te zorgen dat significant nieuwe diensten in overeenstemming zijn met het Protocol van Amsterdam, rekening houdend met de specifieke kenmerken van hun nationale omroepbestel. Met het oog op transparantie en om alle relevante informatie te verkrijgen die nodig is om tot een evenwichtig besluit te komen, krijgen belanghebbenden het recht hun standpunt ten aanzien van de voorgenomen nieuwe dienst kenbaar te maken vooraleer deze dienst goedkeuring krijgt. De uitkomst van de beoordeling en de redenen die tot het besluit hebben geleid, worden publiek beschikbaar gemaakt.
60. Om te bepalen of dergelijke nieuwe omroepdiensten aan de democratische, sociale en culturele behoeften van de samenleving voldoen, dienen de lidstaten onder meer rekening te houden met: de onderscheidende kenmerken van die diensten op punten zoals doelstellingen, content, ontwerp, doelpubliek en bereik (daaronder begrepen, wat betaaldiensten betreft, de impact ervan op het universele karakter en de vraag of de hoogte van de tarieven adequaat is ten opzichte van eerlijke toegang van burgers); de impact van de diensten op het evenwichtige en gevarieerde totale aanbod van de publieke omroep, en op de toegevoegde waarde van de betrokken publieke dienst ten opzichte van het bestaande aanbod (daaronder begrepen, in het geval van betaaldiensten, de vraag of de toegevoegde waarde van de dienst uit oogpunt van de eindgebruikers een element van directe betaling rechtvaardigt).
61. Om de potentiële effecten van de betrokken diensten op de markt te onderzoeken en om buitensporige concurrentievervalsingen te voorkomen, beoordelen de lidstaten het eventuele verstorende effect van een nieuwe dienst op het commerciële aanbod door de situatie met de geplande nieuwe dienst af te zetten tegen die zonder de nieuwe dienst. Bij deze beoordeling dienen de lidstaten onder meer rekening te houden met: het bestaan van een vergelijkbaar of substitueerbaar aanbod op de markt; het potentieel ervan voor commerciële exploitatie; de marktstructuur; de marktpositie van de publieke omroep; de omvang van particuliere concurrentie; het risico van crowding-out van particuliere initiatieven; de mogelijke effecten op aangrenzende markten, en het potentiële effect op markten in andere lidstaten (bv. wat betreft grensoverschrijdend publiek)⁴⁰.

⁴⁰ Hoe dichter de nieuwe dienst bijvoorbeeld bij het bestaande commerciële aanbod staat, des groter is de kans dat kijkers bij commerciële spelers worden weggehaald en des sterker wordt de mededinging verstoord. Hoe groter het potentieel is van de nieuwe dienst voor commerciële exploitatie, des te

62. Om de onpartijdigheid te garanderen en de rechten van derden te vrijwaren (bv. ten aanzien van de vertrouwelijke behandeling van de ingediende informatie), lijkt dergelijke beoordeling alleen effectief te kunnen zijn indien deze wordt uitgevoerd door een instantie die extern is aan en onafhankelijk ten opzichte van het management van de publieke omroep. Wanneer bij uitzondering een instantie binnen de publieke omroep zelf belast wordt met de uitvoering van deze beoordeling, garandeert de betrokken lidstaat de onafhankelijkheid van deze instantie ten opzichte van het uitvoerende bestuur van de publieke omroep. Passende maatregelen daartoe zijn onder meer: i) het instellen van bijzondere procedures voor de benoeming van de beleidsmakers binnen het interne toezichtsorgaan, om belangconflicten met het uitvoerende bestuur van de omroeporganisatie te voorkomen; ii) bijzondere garanties die ervoor zorgen dat beleidsmakers binnen het intern-toezichtsorgaan niet van hun functies worden ontheven zonder dat daarvoor een duidelijk gemotiveerde, objectieve rechtvaardiging wordt gegeven; iii) het intern-toezichtsorgaan krijgt voldoende financiële middelen en personeel en de garantie dat het functioneel onafhankelijk is wat betreft de organisatie en het gebruik van die middelen, en iv) het optrekken van daadwerkelijke "Chinese muren" die moeten verhinderen dat er onterecht informatie naar het management van de omroeporganisatie vloeit, en die bescherming bieden voor door derden verschaft vertrouwelijke informatie.
63. De hierboven gemaakte overwegingen staan er niet aan in de weg dat publieke omroepen innoverende nieuwe diensten (bv. in de vorm van pilots) op beperkte schaal (bv. wat betreft duur of publiek) testen, zodat zij informatie kunnen verzamelen over de haalbaarheid en de toegevoegde waarde van de geplande dienst, op voorwaarde dat dergelijke testfase niet neerkomt op de introductie van een volwaardige, significant nieuwe dienst.
64. Volgens de Commissie kan een grondige beoordeling op het nationale niveau, die op onafhankelijke wijze wordt uitgevoerd en waarbij met bovengenoemde garanties rekening wordt gehouden, bijdragen tot de inachtneming van de communautaire staatssteunregels. Het spreekt voor zich dat een en ander de bevoegdheid van de Commissie om na te gaan of lidstaten de Verdragsbepalingen in acht nemen onverlet laat, alsmede haar recht om, zo nodig, ook op basis van klachten of ambtshalve op te treden.

6.2. Toewijzing en toezicht

65. Om in aanmerking te komen voor de afwijking op grond van artikel 86, lid 2, dient de publieke taak aan één of meer ondernemingen te worden toegewezen door middel van een officieel besluit (bv. via wetgeving, door een contract of via een bindende taakomschrijving).

groter zal dit effect zijn. Hoe sterker de positie van de publieke omroep op de kijkers- en advertentiemarkt is, des te groter is de kans dat de nieuwe dienst een mededingingsverstoring zal hebben. Wanneer de nieuwe dienst in ruimere mate premium content zal gaan aanbieden in situaties waarin dergelijke content slechts beperkt beschikbaar is, dient de impact van die uitbreiding op deze aangrenzende markt te worden onderzocht.

66. In het besluit waarmee de taak wordt toegewezen, wordt het precieze karakter van de openbare-dienstverplichtingen overeenkomstig punt 6.1 gespecificeerd en worden de parameters voor het verschaffen van compensatie uiteengezet, alsmede de regelingen om overcompensatie te vermijden en deze terug te betalen.
67. Zodra de omvang van de publieke taak wordt verruimd tot nieuwe diensten, dient het besluit inzake omschrijving en toewijzing dienovereenkomstig te worden aangepast, binnen de beperkingen van artikel 86, lid 2. Om publieke omroepen in staat te stellen snel op nieuwe technologische ontwikkelingen in te spelen, kunnen de lidstaten ook erin voorzien dat de toewijzing van een nieuwe dienst na de in punt 6.1.3 geschetste beoordeling plaatsvindt, vooraleer het oorspronkelijke toewijzingsbesluit formeel wordt geconsolideerd.
68. Het is echter niet voldoende om de levering van een welomschreven openbare dienst formeel toe te wijzen aan de publieke omroep. Deze openbare dienst moet ook worden geleverd in overeenstemming met de formele overeenkomst tussen de overheid en de onderneming die met de uitvoering van die dienst wordt belast. Daartoe is het wenselijk dat een specifieke autoriteit of een aangestelde instantie op transparante en effectieve wijze toeziet op de tenuitvoerlegging ervan. De noodzaak van een dergelijke met het toezicht belaste autoriteit of instantie is duidelijk ingeval kwaliteitsnormen worden opgelegd aan de met de openbare dienst belaste exploitant. Overeenkomstig de mededeling van de Commissie betreffende de beginselen en richtsnoeren voor het audiovisuele beleid van de Gemeenschap in het digitale tijdperk⁴¹ staat het niet aan de Commissie zich uit te spreken over de vraag of wordt voldaan aan kwaliteitsnormen: de Commissie moet zich kunnen verlaten op passend toezicht door de lidstaten⁴².
69. Overeenkomstig het Protocol van Amsterdam valt het binnen de bevoegdheid van de lidstaten een mechanisme te kiezen dat een daadwerkelijk toezicht op de naleving van de openbare-dienstverplichtingen garandeert, zodat de Commissie in staat is haar taken uit hoofde van artikel 86, lid 2, te vervullen. Dergelijk toezicht lijkt alleen effectief te zijn wanneer het wordt uitgevoerd door een externe instantie die onafhankelijk is van de publieke omroep, die over de bevoegdheden en de noodzakelijke middelen beschikt om op gezette tijdstippen toezicht te houden en om passende corrigerende maatregelen op te leggen (bv. bindende verplichtingen, passende sancties) voor zover zulks nodig is om de inachtneming van de openbare-dienstverplichtingen te garanderen.
70. Bij gebreke van voldoende en betrouwbare aanwijzingen dat de openbare dienst daadwerkelijk overeenkomstig de taak wordt geleverd, kan de Commissie haar opdrachten in het kader van artikel 86, lid 2, niet uitvoeren, en kan zij dan ook geen afwijking op grond van dat artikel toestaan.

⁴¹ COM(1999) 657 definitief, punt 3.6.

⁴² Arrest-Sociedade Independente de Comunicação, reeds aangehaald, punt 212.

6.3. Financiering van de publieke omroep en de evenredigheidsstoets

6.3.1. De keuze van de financiering

71. Openbare-dienstverplichtingen kunnen kwalitatief of kwantitatief van aard zijn, of beide. Ongeacht de vorm ervan, kunnen deze een compensatie rechtvaardigen voor zover zij het resultaat zijn van additionele kosten die de omroeporganisatie doorgaans niet had hoeven te maken.
72. Financieringsmechanismen kunnen worden onderverdeeld in twee grote categorieën: "enkelvoudige" en "gemengde" financiering. Onder de "enkelvoudige financiering" vallen die stelsels waarbij de publieke omroep enkel uit overheidsmiddelen wordt gefinancierd, ongeacht de vorm ervan. Stelsels met "gemengde financiering" omvatten een aantal uiteenlopende regelingen, waarbij publieke omroepen worden gefinancierd door verschillende combinaties van overheidsmiddelen en inkomsten uit commerciële activiteiten of activiteiten in het kader van de publieke dienst, zoals de verkoop van advertentieruimte of programma's en het tegen betaling aanbieden van programma's.
73. Zoals in het Protocol van Amsterdam is verklaard, doen "de bepalingen van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap geen afbreuk aan de bevoegdheid van de lidstaten om te voorzien in de financiering van de publieke omroep". Daarom maakt de Commissie in beginsel geen bezwaar tegen de keuze voor een gemengde financieringsregeling - in plaats van een enkelvoudige financieringsregeling.
74. Hoewel de lidstaten vrij zijn in hun keuze van de financieringswijze van de publieke omroep, dient de Commissie, in het kader van artikel 86, lid 2, erop toe te zien dat door de afwijking van de normale toepassing van de mededingingsregels voor het beheer van diensten van algemeen economisch belang de mededinging op de gemeenschappelijke markt niet onevenredig wordt verstoord. Deze toets is "negatief" van aard: onderzocht wordt of de genomen maatregel onevenredig is, of niet. De steun mag ook de ontwikkeling van het handelsverkeer niet beïnvloeden in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap.
75. Het Protocol van Amsterdam bevestigt deze benadering ook voor publieke omroepen, wanneer het verklaart dat de financiering "de voorwaarden inzake het handelsverkeer en de mededingingsvoorwaarden in de Gemeenschap niet zodanig" mag "verander[en] dat het gemeenschappelijk belang zou worden geschaad, waarbij rekening wordt gehouden met de verwezenlijking van de opdracht van deze publieke dienst".

6.3.2. Transparantievereisten voor de beoordeling van staatssteun

76. Voor de boven beschreven beoordeling door de Commissie moet er een duidelijke en precieze omschrijving voorhanden zijn van de publieke taak en moet er een duidelijke en passende scheiding zijn tussen de activiteiten in het kader van de publieke dienst en de activiteiten die daarbuiten vallen.

77. Een boekhoudkundige scheiding tussen de activiteiten in het kader van de openbare dienst en de overige activiteiten is in de regel al op het nationale niveau vereist om bij het gebruik van overheidsmiddelen transparantie te garanderen en voor de inzet van overheidsmiddelen rekenschap te kunnen afleggen. Een gescheiden boekhouding is noodzakelijk om de Commissie in staat te stellen deze evenredigheidsstoets uit te voeren. Zo krijgt de Commissie een instrument om klachten over kruissubsidiëring te onderzoeken en om de verdediging op zich te nemen van een gerechtvaardigde vergoeding voor het vervullen van taken van algemeen economisch belang. Alleen op basis van een behoorlijke toerekening van de kosten en de baten kan worden nagegaan of de overheidsfinanciering inderdaad beperkt blijft tot de nettokosten verbonden aan de publieke taak - en dus aanvaardbaar is op grond van artikel 86, lid 2, en het Protocol van Amsterdam.
78. De vereisten inzake transparantie wat betreft de financiële betrekkingen tussen overheden en overheidsbedrijven en binnen ondernemingen waaraan bijzondere of uitsluitende rechten zijn toegekend of die met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang belast zijn, zijn opgenomen in Richtlijn 2006/111/EG, waarmee de opeenvolgende wijzigingen van Richtlijn 80/729/EEG zijn gecodificeerd⁴³.
79. Richtlijn 2006/111/EEG verlangt van de lidstaten dat zij op het gebied van transparantie maatregelen nemen bij elke onderneming waaraan bijzondere of uitsluitende rechten zijn verleend of die met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang is belast en met betrekking tot deze dienst enigerlei vorm van staatssteun ontvangt en daarnaast andere activiteiten verricht, activiteiten dus die buiten de openbare dienst vallen. Deze transparantievereisten zijn: a) de interne rekeningen voor de verschillende activiteiten (dit is, de activiteiten in het kader van de openbare dienst en de activiteiten die daarbuiten vallen) zijn gescheiden; b) alle kosten en opbrengsten worden, op grond van consequent toegepaste en objectief te rechtvaardigen beginselen inzake kostprijsadministratie, correct toegerekend, en c) de beginselen inzake kostprijsadministratie volgens welke de gescheiden boekhouding wordt gevoerd, zijn duidelijk vastgelegd.⁴⁴
80. Deze algemene transparantievereisten gelden ook voor omroeporganisaties die, voor zover deze met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang zijn belast, van de overheid voor die dienst compensatie ontvangen en daarnaast andere activiteiten verrichten die buiten de openbare dienst vallen.
81. In de omroepsector levert de boekhoudkundige scheiding geen specifieke problemen op aan de inkomstenzijde. Om deze reden is de Commissie van oordeel dat, wat de inkomsten betreft, omroeporganisaties een gedetailleerd overzicht dienen te geven van de inkomstenbronnen en alle inkomsten dienen te

⁴³ Richtlijn 80/723/EEG van de Commissie van 25 juni 1980 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven werd achtereenvolgens gewijzigd door de Richtlijnen 85/413/EEG, 93/84/EEG, 2000/52/EG en 2005/81/EG van de Commissie.

⁴⁴ Artikel 4 van Richtlijn 2006/111/EG.

becijferen die afkomstig zijn van de uitvoering van activiteiten die wel en deze die niet onder de openbare dienst vallen.

82. Aan de kostenzijde kunnen alle bij het verrichten van de openbare dienst gemaakte kosten in aanmerking worden genomen. Wanneer de onderneming ook activiteiten verricht die buiten de openbare dienst vallen, mogen alleen de met de openbare dienst verband houdende kosten in aanmerking worden genomen. De Commissie erkent dat het in de publiekeomroepsector moeilijker is om aan de kostenzijde een boekhoudkundige scheiding te maken. Dit is met name het gevolg van het feit dat de lidstaten, met name wat betreft traditionele omroepactiviteiten, het volledige programma-aanbod van de omroeporganisaties kunnen aanmerken als onderdeel van de publieke taak, maar terzelfder tijd de commerciële exploitatie ervan toestaan. Met andere woorden, de activiteiten in het kader van de openbare dienst en die welke daar buiten vallen, kunnen in ruime mate dezelfde input delen en een evenredige opsplitsing van de kosten valt niet altijd te maken.
83. Kosten die specifiek zijn voor de activiteiten die buiten de openbare dienst vallen (bv. de marketinguitgaven van reclame), dienen steeds duidelijk te worden gedefinieerd en apart te worden geboekt. Daarnaast dienen de inputkosten die bestemd zijn om tegelijk binnen en buiten de openbare dienst activiteiten te ontplooiën (bv. de investeringsuitgaven voor de verwerving van een bundel uitzendfrequenties die wordt gebruikt om zowel commerciële als publieke kanalen op te starten, een nieuw platform te ontwikkelen of om een nieuwe reeks activiteiten op te starten), dient evenredig te worden toegerekend aan de activiteiten in het kader van de openbare dienst en de activiteiten die daarbuiten vallen.
84. In andere gevallen dienen, wanneer dezelfde middelen (personeel, uitrusting, vaste installaties enz.) worden gebruikt om taken te vervullen die tot de openbare dienst behoren en taken die daarbuiten vallen, gemeenschappelijke inputkosten te worden toegerekend op basis van het saldo van de totale kosten van de onderneming met de activiteiten die niet tot de openbare dienst behoren, en zonder die activiteiten.⁴⁵ In dergelijke gevallen dienen de kosten die volledig zijn toe te schrijven aan de activiteiten in het kader van de openbare dienst, maar die tegelijk ook ten goede komen aan de activiteiten die buiten de openbare dienst vallen, niet te worden verdeeld over de beide soorten activiteiten en kunnen ze volledig aan de activiteiten in het kader van de openbare dienst worden toegerekend. Dit verschil in aanpak ten opzichte van de aanpak die doorgaans in andere nutssectoren wordt gevolgd, valt te verklaren door de specifieke kenmerken van de publieke omroep. Bij de publieke omroepen dient de nettowinst uit commerciële activiteiten die verband houden met activiteiten in het kader van de openbare dienst, in aanmerking te worden genomen om de nettokosten van de openbare dienst te berekenen - en dus de hoogte van de

⁴⁵ Dit impliceert dat een vergelijking wordt gemaakt met de hypothetische situatie waarbij de activiteiten die buiten de openbare dienst vallen, worden stopgezet: de kosten die aldus worden vermeden, vertegenwoordigen dus het bedrag aan gemeenschappelijke kosten dat moet worden toegerekend aan de activiteiten die buiten de openbare dienst vallen.

compensatie voor de openbare dienst te verlagen. Dit doet het risico dalen op kruissubsidiëring waarbij gemeenschappelijke kosten op rekening van de activiteiten in het kader van de openbare dienst worden geboekt.

85. Het belangrijkste voorbeeld voor de in het vorige punt beschreven situatie, zijn de productiekosten van programma's in het kader van de publieke taak van de omroep. Deze programma's dienen zowel om de publieke taak te vervullen als om een publiek aan te trekken met het oog op de verkoop van advertentieruimte. Toch is het nagenoeg onmogelijk om voldoende precies te kwantificeren in welke mate met het bekijken van het programma de publieke taak wordt vervuld en in welke mate daarmee reclame-inkomsten worden gegenereerd. Daarom dreigt het omslaan van deze kosten over beide activiteiten arbitrair te verlopen en niet zinvol te zijn.
86. De boekhoudkundige scheiding zoals die hier werd geschetst, is van essentieel belang om de transparantie te garanderen en om een eerlijk en daadwerkelijk toezicht op de overheidsfinanciering mogelijk te maken. De Commissie is van mening dat dergelijke transparantie verder kan worden versterkt door op het niveau van de organisatie van de publieke omroep een passende scheiding door te voeren tussen activiteiten die binnen de openbare dienst vallen, en de activiteiten die daarbuiten vallen. Functionele of structurele scheiding maakt het normaal gesproken eenvoudiger om van bij de aanvang kruissubsidiëring van commerciële activiteiten te voorkomen en om te zorgen voor de toepassing van verrekenprijzen (*transfer pricing*) en de inachtneming van het *arm's length*-beginsel. Daarom roept de Commissie de lidstaten op om, bij wijze van goede praktijk, functionele of structurele scheiding van aanzienlijke en splitsbare commerciële activiteiten te overwegen.
87. Wanneer publieke omroepen, overeenkomstig het beginsel van de structurele scheiding, via commerciële dochterondernemingen activiteiten verrichten die buiten de openbare dienst vallen, dan moeten de betrekkingen tussen de omroepen en hun commerciële dochterondernemingen op *arm's length* verlopen en de marktbeginselen in acht nemen.

6.3.3. Evenredigheid

6.3.3.1. Algemeen

88. Bij het uitvoeren van de evenredigheidstoets gaat de Commissie na of eventuele door de compensatie voor de openbare dienst veroorzaakte concurrentievervalsingen al dan niet gerechtvaardigd kunnen worden door de noodzaak de openbare dienst zoals die door de lidstaat is omschreven, uit te voeren en om te voorzien in de financiering daarvan. De Commissie gaat na of er voldoende garanties zijn om overcompensatie en kruissubsidiëring te voorkomen en om ervoor te zorgen dat de publieke omroepen bij hun commerciële activiteiten de marktvoorwaarden in acht nemen. De Commissie neemt zo nodig ook maatregelen in het licht van andere Verdragsbepalingen, zoals de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag.
89. Bij haar beoordeling houdt de Commissie rekening met het feit dat, voor zover de overheidsfinanciering noodzakelijk is om de openbardienstverplichting uit te

voeren, het stelsel als geheel als positief effect heeft dat een universeel, betrouwbaar en evenwichtig aanbod verzekerd blijft binnen een kader van toenemende fragmentatie van het publiek en diversificatie van mediadiensten. Toch moet dit effect worden afgewogen tegen mogelijke negatieve effecten van de overheidsfinanciering, zoals het feit dat andere ondernemingen wordt belet mediamarkten te betreden, hetgeen kan resulteren in toegenomen marktconcentratie of mogelijke concurrentieverstorende gedragingen van aanbieders van de openbare dienst op de betrokken markten.

90. De beoordeling van de gevolgen van overheidsfinanciering op de mededinging en het handelsverkeer is gebaseerd op de specifieke kenmerken van elk nationaal stelsel. De Commissie is zich bewust van de verschillen in de concurrentiestructuren en andere kenmerken van de mediamarkten in de lidstaten. Daarom dient staatssteun voor publieke omroepen van geval tot geval aan artikel 86, lid 2, te worden getoetst, overeenkomstig de beschikkingspraktijk van de Commissie⁴⁶, en in lijn met de in deze mededeling beschreven beginselen.

6.3.3.2. Overcompensatie

91. De lidstaten voorzien in passende mechanismen om te verzekeren dat geen overcompensatie plaatsvindt. Aangezien overcompensatie niet noodzakelijk is voor het beheer van de dienst van algemeen economisch belang, vormt deze onverenigbare staatssteun die aan de Staat moet worden terugbetaald.
92. Bij het uitvoeren van de evenredigheidstoets vertrekt de Commissie van de overweging dat de overheidsfinanciering doorgaans nodig is om de onderneming haar openbare-dienstverplichtingen te laten uitvoeren. Om evenwel te kunnen slagen voor deze toets, mag de staatssteun niet meer bedragen dan de nettokosten van de publieke taak, waarbij ook rekening wordt gehouden met andere rechtstreekse of indirecte inkomsten afkomstig van het vervullen van de publieke taak. Daarom wordt de nettowinst van alle commerciële activiteiten die met de openbare dienst verband houden, in aanmerking genomen bij het vaststellen van de nettokosten van de openbare dienst.
93. Ondernemingen die voor het vervullen van een publieke taak compensatie ontvangen, mogen in de regel een redelijke winst genieten. Deze winst bestaat in een vergoedingspercentage voor het eigen kapitaal waarbij rekening wordt gehouden met het door de onderneming gedragen risico of het ontbreken daarvan. In de omroepsector wordt de publieke taak vaak uitgevoerd door omroepen die niet winstgericht zijn of die geen vergoeding hoeven te betalen voor het gebruikte

⁴⁶ Zie bv. de recente besluiten of beschikkingen van de Commissie in de volgende zaken: Steunmaatregel E 8/06, Financiering publieke omroep VRT (PB C 143 van 10.6.2008, blz. 7); Steunmaatregel E 4/05, Overheidsfinanciering Radio Teilifís Éireann (RTÉ) en Teilifís na Gaeilge (TG4) (PB C 121 van 17.5.2008, blz. 5); Steunmaatregel E 3/2005, Steun aan de Duitse publieke omroepen (C 185 van 8.8.2007, blz. 1); Steunmaatregel E 9/05, Omroepbijdrage voor RAI (PB C 235 van 23.9.2005, blz. 3); Steunmaatregel E 10/2005, Omroepbijdrage France 2 en France 3 (PB C 240 van 30.9.2005, blz. 20); Steunmaatregel E 8/05, Steun voor de Spaanse nationale openbare omroep RTVE (PB C 239 van 4.10.2006, blz. 17), en Beschikking C 2/04 van de Commissie van 22 juni 2006 betreffende de door Nederland ten uitvoer gelegde ad-hocfinanciering van de Nederlandse publieke omroep, PB L 49 van 22.2.2008, blz. 1.

kapitaal en die geen andere activiteit uitoefenen dan het aanbieden van de openbare dienst. De Commissie is van oordeel dat het in die situaties niet redelijk is om een winstelement op te nemen in het voor de uitvoering van de publieke taak verstrekte compensatiebedrag. Toch kan in andere gevallen - wanneer bijvoorbeeld specifieke openbare-dienstverplichtingen worden toevertrouwd aan commercieel gerunde ondernemingen die een vergoeding moeten betalen voor het in hen geïnvesteerde kapitaal - een winstelement dat, rekening houdend met het risico, een billijke vergoeding van het kapitaal vertegenwoordigt, als gerechtvaardigd worden beschouwd, wanneer dit terdege is gerechtvaardigd en mits dat nodig is voor het vervullen van de openbare-dienstverplichtingen.

94. Om te garanderen dat publieke omroepen hun openbare-dienstverplichtingen zonder onderbreking kunnen blijven vervullen, kunnen zij reserves tot 10% van de jaarlijks begrote uitgaven voor hun publieke taak reserveren om hun activiteiten in het kader van de openbare dienst te financieren. Met het oog op transparantie bepalen de lidstaten de voorwaarden waarop die reserves door de publieke omroepen mogen worden gebruikt.
95. Publieke omroepen mogen alleen in uitzonderlijke en naar behoren gerechtvaardigde gevallen reserves behouden die meer dan 10% van de begrote jaaruitgaven voor hun publieke taak bedragen. Dergelijke extra reserves kunnen alleen worden geaccepteerd wanneer deze vooraf specifiek en op bindende wijze zijn gereserveerd voor niet-recurrente, belangrijke investeringen die nodig zijn om de publieke taak te kunnen vervullen. Het gebruik van dergelijke uitzonderlijke overschotreserves dient duidelijk in de tijd te zijn beperkt. Deze periode mag niet langer zijn dan de periode waarvoor de taak werd toevertrouwd of een daaraan equivalente periode die niet langer dan vier jaar mag duren.
96. Zo kunnen bijvoorbeeld extra reserves gerechtvaardigd zijn met het oog op belangrijke technologische investeringen (zoals digitalisering) die voor een bepaald tijdstip gepland staan en die voor het vervullen van de publieke taak noodzakelijk zijn, of met het oog op belangrijke herstructureringsmaatregelen die nodig zijn om een publieke omroep voor een welbepaalde periode in bedrijf te houden.
97. De compensatie voor de openbare dienst, alsmede bovengenoemde reserves, worden gebruikt voor de financiering van de activiteiten in het kader van de openbare dienst.

6.3.3.3. Controlemechanismen

98. De lidstaten zorgen voor een regelmatige en daadwerkelijke controle op het gebruik van de overheidsmiddelen, om overcompensatie en kruissubsidiëring te voorkomen, en om de omvang en het gebruik van de reserves grondig door te lichten. Het behoort tot de bevoegdheid van de lidstaten om de controlemechanismen te kiezen die het geschiktst en doeltreffendst zijn voor hun nationale omroepbestel, waarbij zij ook rekening houden met de noodzaak om coherentie te verzekeren met de mechanismen die ten behoeve van het toezicht op het vervullen van de publieke taak voorhanden zijn.

99. Dergelijke toezichtsmechanismen lijken alleen effectief te zijn indien zij op regelmatige tijdstippen, bij voorkeur op jaarbasis, door een externe, van de publieke omroep onafhankelijke instantie worden uitgevoerd. Om de doeltreffendheid van het toezicht te garanderen, zorgen de lidstaten ervoor dat daadwerkelijk maatregelen kunnen worden genomen om tegen eventuele misbruiken op te treden, zoals terugvordering van kruissubsidiëring of terugbetaling van reserves die niet voor de vastgestelde doelstelling en binnen de vastgestelde termijn werden gebruikt.
100. De financiële situatie van de publieke omroepen dient diepgaand te worden onderzocht aan het eind van elke periode waarvoor de taak werd toegewezen, of aan het eind van een daaraan gelijkwaardige periode die, in ieder geval, niet langer dan vier jaar mag duren. Wanneer komt vast te staan dat de publieke omroep voortdurend een hoog niveau van jaarlijkse reserves heeft aangehouden, dienen de parameters voor het verschaffen van compensatie voor de openbare dienst te worden herzien. Reserves die aan het einde van de periode waarvoor de taak werd toevertrouwd, voorhanden zijn, worden in aanmerking genomen bij de berekening van de financiële behoeften van de publieke omroep voor de volgende periode.

6.3.3.4. Marktdistorsies

101. Overeenkomstig het Protocol van Amsterdam mag de financiering van de publieke omroepen "de voorwaarden inzake het handelsverkeer en de mededingingsvoorwaarden in de Gemeenschap niet zodanig verander[en] dat het gemeenschappelijk belang zou worden geschaad, waarbij rekening wordt gehouden met de verwezenlijking van de opdracht van deze publieke dienst". Hieruit volgt dat de lidstaten er op toezien dat de activiteiten van de publieke omroepen niet resulteren in marktdistorsies die niet noodzakelijk zijn voor het vervullen van de publieke dienst.
102. Bij het vervullen van hun openbare-dienstactiviteiten oefenen de publieke omroepen geen activiteiten uit die kunnen resulteren in onevenredige verstoringen van de mededinging. Het uitzenden van premium content kan bijvoorbeeld deel uitmaken van de publieke taak van een publieke omroep. Er zouden echter onevenredige marktdistorsies ontstaan wanneer publieke omroepen die rechten voor premium content (bv. premium sportrechten) onbenut zouden laten, zonder daarvoor sublicenties af te geven. Ook wanneer publieke omroepen de compensatie die zij voor de openbare dienst ontvangen, systematisch gebruiken om particuliere concurrenten in de strijd om premium rechten te overbieden, kan dergelijk gedrag leiden tot crowding-out van particuliere concurrenten, hetgeen de voorwaarden inzake het handelsverkeer en de mededingingsvoorwaarden en de mededingingsvoorwaarden zodanig verandert dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad, zonder dat zulks voor het vervullen van de openbare dienst noodzakelijk is. Om dergelijk concurrentieverstorend gedrag te voorkomen, nodigt de Commissie de lidstaten uit de transparantie te versterken ten aanzien van het algemene kader voor de verwerving, het gebruik en eventuele sublicentiering van premium rechten door publieke omroepen.

103. Wanneer publieke omroepen commerciële activiteiten uitvoeren, nemen zij de marktbeginselen in acht. Zo kunnen compensaties voor de openbare dienst en reserves voor de openbare dienst niet worden gebruikt voor de financiering van activiteiten die niet tot de openbare dienst behoren. Dergelijke kruissubsidiëring is niet gerechtvaardigd en vormt onverenigbare staatssteun. Daartegenover staat dat de lidstaten ervoor zorgen dat publieke omroepen het *arm's length*-beginsel in acht nemen in hun betrekkingen met hun commerciële dochterondernemingen, hun commerciële investeringen uitvoeren in lijn met het beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie, en zich niet inlaten met concurrentieverstorende praktijken ten aanzien van hun concurrenten.
104. Een voorbeeld van dergelijke concurrentieverstorende praktijken kan het onderbieden van prijzen zijn. Een publieke omroep kan in de verleiding komen om de advertentietarieven te drukken of om andere diensten die niet tot de openbare dienst behoren (zoals commerciële betaaldiensten), onder de kostprijs aan te bieden om zodoende de inkomsten van concurrenten te verminderen, voor zover de daaruit resulterende lagere inkomsten worden gedekt door de compensatie voor de openbare dienst. Dergelijke gedragingen kunnen niet worden beschouwd als intrinsiek behorend tot de publieke taak waarmee de omroep werd belast, en zouden in ieder geval "de voorwaarden inzake het handelsverkeer en de mededingingsvoorwaarden in de Gemeenschap zodanig verander[en] dat het gemeenschappelijk belang zou worden geschaad " - en zodoende het Protocol van Amsterdam schenden.
105. Gelet op de reeds genoemde verschillen in de marktsituaties, is de Commissie van mening dat het in de eerste plaats aan de autoriteiten in de lidstaten is om te beoordelen of publieke omroepen de marktbeginselen in acht nemen. Met name worden de vragen of publieke omroepen in hun commerciële aanbod aan prijsonderbieding doen en of zij voor programmarechten in het kader van hun publieke taak overbieden, in de eerste plaats op het nationale niveau beoordeeld, rekening houdend met de specifieke kenmerken van elke zaak en elke markt. Bij deze beoordeling kunnen bijvoorbeeld de volgende criteria worden gehanteerd: de kosten voor het leveren van de dienst; vergelijking met de gemiddelde prijzen van concurrenten op de markt; respectieve kijkcijfers; coherentie met het vroegere prijszettingsbeleid van de publieke omroep enz.
106. De lidstaten beschikken over passende mechanismen om onevenredige marktverstoringen te voorkomen en om op de marktgedragingen van publieke omroepen toezicht te houden. Onverminderd de toepassing van de mededingingsregels, dienen dergelijke mechanismen het mogelijk te maken toezicht te houden op mogelijke concurrentieverstorende praktijken van publieke omroepen die rechtstreeks verband houden met de overheidsmiddelen die deze ontvangen. Derden hebben het recht om bij een van de publieke omroep onafhankelijke, externe instantie tegen beweerde concurrentieverstorende gedragingen klachten in te dienen. Deze toezichthouder beschikt over de nodige bevoegdheden om passende corrigerende maatregelen en evenredige sancties op te leggen ingeval concurrentieverstorende gedragingen bewezen worden.