



OPMERKINGEN VAN DE VLAAMSE GEMEENSCHAP BIJ DE ONTWERPMEDEDELING VAN DE COMMISSIE BETREFFENDE DE TOEPASSING VAN DE REGELS INZAKE STAATSTEUN OP DE PUBLIEKE OMROEP VAN 4 NOVEMBER 2008 (“ONTWERP VAN NIEUWE OMROEPMEDEDELING”)

Inleiding

De Vlaamse Gemeenschap hoopt met haar opmerkingen een constructieve bijdrage te leveren aan het debat over de herziening van de omroepmededeling en hoopt dat haar opmerkingen in overweging zullen worden genomen.

Hoewel de richtlijn audiovisuele mediadiensten, het *Altmark*-arrest en de kaderregeling voor diensten van algemeen economisch belang (DAEB) niet noodzakelijk tot een herziening van de omroepmededeling moeten leiden, zou een herziening wel kunnen worden verantwoord omwille van gewijzigde markt- en technologische omstandigheden. Ook de crossmediale rol van de openbare omroep moet duidelijk erkend worden in de omroepmededeling. Het eerste ontwerp van de herziene mededeling doet dat ook door ondermeer te verwijzen naar recente mededelingen van de Raad van Europa.

De Vlaamse Gemeenschap is niet tegen een herziening van de Omroepmededeling op zich. Het voorliggende ontwerp van herziening van de omroepmededeling komt echter niet tegemoet aan de voorwaarden die de Vlaamse Gemeenschap al had geformuleerd in de eerdere consultatieronde.

Op de multilaterale vergadering van 5 december 2008 heeft België de Commissie gevraagd een tweede ontwerp van Omroepmededeling aan de lidstaten voor te leggen en vervolgens een tweede multilaterale vergadering bijeen te roepen om dit tweede ontwerp te bespreken. De Vlaamse Gemeenschap steunt deze vraag. Het voorliggende ontwerp van herziening van de omroepmededeling is te gedetailleerd en te prescriptief. De details blijken eerder verwarring te zaaien dan duidelijkheid te scheppen (cfr premium content en voetbal; of de *ex ante* test). Over het algemeen kan de Vlaamse Gemeenschap zich vinden in de grote principes van het eerste ontwerp van de herziening. Maar de verwoording en de uitwerking van deze grote principes vragen nog meer nuancering.

Algemene bezwaren

Het eerste ontwerp van de herziene omroepmededeling, zoals nu door de Commissie voorgesteld, is te gedetailleerd. Dit bemoeilijkt een *case-by-case* benadering.

De Europese Commissie heeft de openbare omroeporganisatie en –financiering in verschillende lidstaten onderzocht. Zij ging daarbij steeds uit van een *case-by-case* benadering. De maatregelen en principes die in deze *case-by-case* benadering naar voor zijn gekomen, in af-

zonderlijke lidstaten, kunnen echter niet tot algemene norm worden verheven die van toepassing zou zijn op alle lidstaten. Immers de omroepmededeling moet een flexibel instrument blijven om de diversiteit aan omroepstelsels te kunnen evalueren (met respect voor culturele diversiteit en pluralisme) en om afdoende te kunnen inspelen op de evoluties waaraan de omroepsector is onderworpen.

Het protocol van Amsterdam bevestigt expliciet de bevoegdheid van de lidstaten om de opdracht van de publieke omroep te definiëren, te organiseren en te financieren met slechts een beperkte onderwerping aan de mededingingsregels. Het protocol heeft daarmee het openbare omroepbestel in het Europese medialandschap willen beschermen en heeft o.m. erkend 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”. Dit eerste ontwerp van herziening van de omroepmededeling bevat evenwel een aantal voorschriften en details die de bevoegdheidssfeer van de lidstaten op het vlak van definitie, toewijzing, organisatie en financiering van de publieke omroep lijken aan te tasten en die verder gaan dan de bevoegdheid waarover de Commissie beschikt.

Daarenboven is een aantal voorschriften in strijd met recente jurisprudentie van het Gerecht van Eerste Aanleg. De Vlaamse Gemeenschap vraagt de Commissie om bij de herziening van de omroepmededeling ten volle rekening te houden met het **TV2/Danmark-arrest**. Het Gerecht neemt in zijn arrest op verschillende punten zeer duidelijk positie in, hetgeen – ook al dient het arrest uiteraard in zijn specifieke context bekeken te worden – vragen doet rijzen bij drie uitgangspunten van de omroepmededeling.

Ten eerste, wat betreft de ex ante evaluatie stelt het eerste ontwerp van herziening van de omroepmededeling dat overheden moeten nagaan welke de impact van een nieuwe dienst op de markt is. Hierbij is het volgens de tekst belangrijk het bestaande marktaanbod in rekening te nemen. Het Gerecht stelt echter zeer duidelijk dat “*to make the definition of the broadcasting SGEI dependent [...] on the range of programming offered by the commercial broadcasters would have the effect of depriving the Member States of their power to define the public service*”.

Ten tweede, stelt het ontwerp van herziening dat de status van betaaldiensten als diensten van algemeen economisch belang enigszins problematisch is en derhalve extra aandacht van de lidstaten behoeft. Ook over dit punt laat het arrest geen twijfel bestaan. Een dienst van algemeen belang, zo stelt het Gerecht, wordt gedefinieerd in functie van het algemeen belang en niet in functie van de financieringsmethode. Een dergelijke redenering is trouwens niet nieuw en werd eerder al in BUPA vs. Commission en in SIC v Commission naar voor geschoven. In het laatste arrest stelde het Gerecht, volledig in lijn met latere uitspraken in TV2/Danmark v Commission, dat “*an SGEI is defined, ex hypothesi, in relation to the general interest which it is designed to satisfy and not in relation to the means which will ensure its provision*”.

Ten derde, wat betreft de reserves, stelt het Gerecht dat het al dan niet gebruiken van reserves op geen enkele manier aanduidt of er disproportionele steun wordt verleend. Het bestaan van reserves, in zoverre ze proportioneel zijn, is dus niet noodzakelijkerwijs problematisch. Het invoeren van een arbitraire grens (in casu, 10%) lijkt ook in die optiek een moeilijk haalbare kaart.

Rol van de publieke omroep

Wat betreft de rol van de publieke omroep lijkt het eerste ontwerp van nieuwe omroepmededeling zichzelf tegen te spreken.

Eenzijds wordt in het ontwerp gesteld dat de rol van de publieke omroep bij de bevordering van de diversiteit van cultuuruitingen wordt erkend door het UNESCO-Verdrag betreffende de bescherming en de bevordering van de diversiteit van cultuuruitingen. Dit verdrag bepaalt dat elke partij 'maatregelen ter bevordering van de diversiteit van de media, onder meer via de openbare omroep' kan nemen. Verder wordt ook nog verwezen naar twee aanbevelingen van de Raad van Europa van 2007 waarin de rol van de publieke omroep, ook in nieuwe mediamarkten, erkend wordt.

Anderzijds wijzen andere elementen in het ontwerp, o.m. op het vlak van evaluatie in het licht van de behoeften van de samenleving en met betrekking tot de marktimpacttest, in de richting van een marginalisering van de publieke omroep in de nieuwe mediawereld. Het lijkt alsof men diens rol wil beperken tot specifieke diensten waarvoor de commerciële interesse of het bestaande aanbod van commerciële operatoren onbestaande is. Een dergelijke houding zou evenwel impliceren dat de publieke omroep zijn rol niet langer kan vervullen. Dit is echter een politieke keuze die toekomt aan de lidstaten, eerder dan aan de Commissie. In vele lidstaten bestaat de rol van de publieke omroep erin voor een brede bevolkingslaag een baken te zijn, een betrouwbare en onafhankelijke gids en een garantie voor mediapluralisme. Om dit mogelijk te maken moet een publieke omroep dan ook in staat zijn om in te spelen op de nieuwe mediabehoefte van de bevolking. Enkel wanneer hij een relevante speler kan blijven die afdoende wordt (h)erkend door de bevolking, kan hij die rol op zich nemen. Wordt hij van die mogelijkheden verstoken, dan verliest hij aansluiting bij de brede bevolking en kan hij zijn maatschappelijke rol niet langer vervullen.

Het rechtskader

Het eerste ontwerp van nieuwe omroepmededeling introduceert de principes van het *Altmark*-arrest in de omroepmededeling. De Vlaamse Gemeenschap verzet zich tegen deze wijziging. Het *Altmark*-arrest introduceerde vier criteria waaraan de financiering van diensten van algemeen economisch belang dienen te voldoen om alsnog niet als staatsteun te kwalificeren volgens artikel 87 van het EG-Verdrag. Deze vier criteria zijn:

- 1) duidelijke definiëring en toewijzing van de opdracht;
- 2) objectieve controle van de opdracht op basis van bestaande parameters;
- 3) proportionaliteit van de steun;
- 4) toewijzing op basis van een openbare aanbesteding of bewijs van efficiëntie.

De Vlaamse Gemeenschap verzet zich tegen de toepassing van het *Altmark*-arrest dat zijn oorsprong vindt in de transportsector. Het vierde criterium is, omwille van de specifieke ontstaansgeschiedenis van publieke omroepen in West-Europa, onmogelijk te vervullen voor wat betreft steun aan publieke omroepen.

De Vlaamse Gemeenschap verzet zich ook tegen de introductie van de kaderregeling voor diensten van algemeen economisch belang in het ontwerp van nieuwe omroepmededeling. Dit kader stelt immers zelf uitdrukkelijk dat publieke omroepdiensten niet onder zijn toepassingsgebied vallen.

Definitie en toewijzing van de publieke omroepopdracht : procedurele voorschriften en inhoudelijke beoordelingscriteria (punten 56-64 ontwerp)

Het huidige ontwerp (punten 59-62) voorziet in een verplichting voor de lidstaten om elke uitbreiding van de publieke omroepopdracht met een significante nieuwe dienst te beoordelen op de verenigbaarheid met het protocol van Amsterdam en dit op twee punten. In de eerste plaats de vraag of de nieuwe dienst al dan niet beantwoordt aan de democratische sociale, culturele behoeften van de samenleving. Op de tweede plaats de vraag in hoeverre de dienst geen onevenredige verstoring van de mededinging zal veroorzaken. Deze beoordeling zou dienen te gebeuren aan de hand van een publieke consultatie waarbij belanghebbenden hun visie kunnen uiten. Bovendien zou een dergelijke consultatie/beoordeling volgens de Commissie bij voorkeur dienen te worden uitgevoerd door een onafhankelijk extern orgaan. In punt 82 van het ontwerp wordt impliciet te kennen gegeven dat niet alle nieuwe mediadiensten deel kunnen uitmaken van de publieke omroepopdracht.

Zoals hoger reeds werd vermeld, bevestigt het protocol van Amsterdam uitdrukkelijk de bevoegdheid van de lidstaten om de publieke opdracht te definiëren, te organiseren en te financieren met slechts een beperkte onderwerping aan de mededingingsregels. Het protocol heeft daarmee het openbare omroepbestel in het Europese medialandschap willen beschermen en heeft o.m. erkend 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”.

Daar waar eind jaren negentig de discussie voornamelijk draaide rond het soort / type inhoud dat al dan niet deel kon uitmaken van de publieke omroepopdracht, lijkt de discussie zich vandaag (deels) te verplaatsen naar de technologie waarmee de content naar het publiek wordt gebracht. Dit blijkt ook uit het Commissievoorstel van herziene omroepmededeling. De Commissie zou duidelijk moeten omschrijven wat onder “nieuw” wordt verstaan. “Nieuw” gaat niet over de wijze van distributie, want dat is geen nieuwe dienst maar het verspreiden van bestaand materiaal op een andere wijze. De Vlaamse Gemeenschap vindt een negatieve omschrijving (zeggen wat het niet is) geen goede aanpak. De Vlaamse Gemeenschap vraagt de Commissie hiervoor een praktisch haalbare afdoende oplossing voor uit te werken.

Zogenaamde “nieuwe mediatoepassingen” zouden wel deel kunnen uitmaken van de publieke omroepopdracht, maar slechts voor zover deze voldoen aan de democratische, sociale en culturele behoeften van de samenleving en aan de noodzaak om pluralisme in de media te behouden. Dat van de lidstaten een zo precies mogelijke omschrijving van de openbare omroepopdracht wordt gevraagd, is een terechte eis, maar de inhoudelijke omschrijving en de wijze waarop dit gebeurt, is een exclusieve bevoegdheid van de lidstaten.

Een andere opmerking die de Vlaamse Gemeenschap wenst te maken, betreft de toetsingsbevoegdheid op manifeeste fouten bij de omschrijving van de publieke omroepopdracht die de Europese Commissie zich toeëigent. Met name nieuwe mediatoepassingen zouden slechts deel kunnen uitmaken van de openbare omroepopdracht voor zover ze voldoen aan de democratische, sociale en culturele behoeften van iedere samenleving en voor zover ze bijdragen tot pluralistische media. Het protocol van Amsterdam vereist echter niet dat het aanbod van een publieke omroep in al zijn facetten beantwoordt aan de opgesomde behoeftes, laat staan dat met name voor “nieuwe media-activiteiten” een expliciete rechtvaardiging of test zou moeten geschieden in het licht van deze behoeftes. Het is het omroepbestel in zijn totaliteit dat aan deze behoeften dient te voldoen.

De Vlaamse Gemeenschap stelt zich de vraag welke de rechtvaardiging is voor deze aparte behandeling van nieuwe en traditionele media, mede in het licht van de technologieneutraliteit die door de Europese Commissie toch steeds is verdedigd. Wij verwijzen in dit verband uitdrukkelijk naar de aanpak “lineaire / niet lineaire diensten” in de audiovisuele mediadienst-richtlijn.

Het is o.i. de bevoegdheid van de lidstaat om de noodzaak, rol en opdracht van een publieke omroep te omschrijven. Het spreekt voor zich dat een lidstaat die een daadkrachtig publiek omroepbestel binnen zijn grondgebied wil organiseren, aan deze publieke omroep de kans moet kunnen geven om een aanbod te brengen dat niet alleen geschikt is voor distributie door middel van de traditionele technologieën, maar dat ook geschikt is voor de nieuwe distributieplatformen of in ontwikkeling zijnde transmissietechnologieën. Indien de publieke omroep de rol van betrouwbare, onafhankelijke gids op een goede manier wenst te vervullen, moet hij kunnen aansluiten op de nieuwe technologische middelen en aansluiting kunnen houden bij zijn publiek. Het publiek op zijn beurt kan een publieke omroep ook maar als een relevante speler erkennen voor zover deze in zijn mediabehoefte kan voorzien (die kunnen variëren van de nood om grondige journalistieke informatie te ontvangen tot ontspanning en verstrooiing). Het is aan de lidstaten om een aangepaste openbare omroepopdracht te definiëren in het licht van de door hen gepercipieerde mediabehoefte van hun burgers. Ook hier kan de lidstaat op basis van het gemeenschapsrecht niet verplicht worden om het mediapubliek, laat staan de commerciële operatoren op de markt te consulteren.

Een toetsing van een “nieuwe dienst” in het licht van het bestaande aanbod van commerciële spelers, is volgens de Vlaamse Gemeenschap een brug te ver. Het is overigens niet omdat een dienst of activiteit evenzeer door een commerciële speler of in het kader van een commerciële activiteit wordt aangeboden, dat dit impliceert dat de dienst of activiteit niet langer deel kan uitmaken van de openbare omroepopdracht.

In de omroepmededeling wordt expliciet gesteld dat de Commissie slechts een marginale controle uitoefent. Wat nu evenwel voorgesteld wordt, komt neer op het opleggen van een vast stramien waarbinnen de lidstaten hun openbare omroepopdracht kunnen definiëren. Dit gaat verder dan de marginale controle die de Europese Commissie zich tot nu toe toeëigende en vormt een inbreuk op de autonomie van de lidstaten.

Ten slotte merkt de Vlaamse Gemeenschap op dat een ex ante evaluatie evenmin in het kader van de kaderregeling voor compensatie van de openbare opdracht verplicht is gesteld voor diensten van algemeen economisch belang.

Betalende diensten (punten 52-55)

Ook de stellingen opgenomen in punt 53 t.e.m. 55 gaan in tegen het door het Gerecht van Eerste Aanleg expliciet erkende principe dat de wijze waarop een dienst wordt gefinancierd, geen impact heeft op het feit of een dienst al dan niet als een dienst van algemeen economisch belang dient te worden beschouwd.

Het feit dat voor een bepaalde dienst moet betaald worden, betekent niet per definitie dat het gaat om een commerciële activiteit. Ook openbare diensten kunnen tegen betaling worden aangeboden. Het betalend karakter kan misschien nodig zijn als financieringssysteem. Ook in andere sectoren wordt voor de openbare dienst betaald (bvb. openbaar vervoer). De wijze van financiering zegt dus niets over de aard van de dienst.

De stelling als zouden vormen van interactieve belpelletjes waarvoor de deelnemer een premium rate inbelvergoeding betaalt uitsluitend als een commerciële activiteit kunnen worden beschouwd, lijkt dan ook niet correct. Interactiviteit is een absolute mediabehoefte die niet nieuw is, maar wel meer of in andere vormen mogelijk is ingevolge nieuwe technologieën. Waar vroeger het deelnemen aan spelprogramma's -waarbij mogelijk een prijs kon worden gewonnen- enkel mogelijk was via het insturen van een gefrankeerde kaart of het bellen naar een telefoonnummer, kan dit vandaag via andere technologieën (zoals sms-berichten of drukken op een knop van de afstandbediening). De kijkers zijn dermate vertrouwd met deze technologieën dat het onrealistisch zou zijn dat de publieke omroep hiervan geen gebruik zou kunnen maken als onderdeel van zijn publieke omroepopdracht.

Openbare omroepen zullen zich ook meer en meer in bepaalde gevallen moeten inschakelen in het businessmodel van een distributeur om content aan het publiek aan te bieden.

Premium content rechten (punten 54, 102, 105)

Het ontwerp omvat een aantal expliciete verwijzingen naar zogenaamde premium content. Ofschoon wordt aanvaard dat premium content deel kan uitmaken van de publieke omroepopdracht, worden een aantal voorbehouden gemaakt die onzes inziens strijdig zijn met Europees recht.

Zo wordt bv. in punt 54 uitgesloten dat premium content rechten tot de publieke omroepopdracht kunnen behoren als zij als een betalende dienst zouden worden aangeboden. In de punten 102 en 105 lijkt de Commissie aan te dringen op een door de Lidstaten uitgewerkt kader voor de verwerving, het gebruik en de mogelijke sublicenciering van deze rechten.

De Vlaamse Gemeenschap is echter van oordeel dat voor de overheidsfinanciering van premium sportrechten dezelfde principes moeten gelden als voor de andere aspecten van de openbare omroepopdracht. De impact die de overheidsfinanciering van de publieke omroepopdracht zou veroorzaken op de mededinging, moet overeenkomstig het protocol van Amsterdam worden aanvaard. Het is de bevoegdheid van de Lidstaten om de openbare omroepopdracht te bepalen en het is vervolgens aan de betrokken omroep om in het licht van zijn editoriale/programmatische-vrijheid deze opdracht concreet in te vullen. Het staat hem dan ook vrij om in lijn met zijn opdracht ook premium content rechten te verwerven en te exploiteren.

Premium content is per definitie door het grote publiek gewaardeerde content. Er is dan ook geen enkele reden of stimulans voor de publieke omroep om deze content niet te exploiteren. De bewering als zou een publieke omroep premium rechten onbenut kunnen laten, lijkt in dat opzicht weinig relevant. Vraag is echter wat onder onbenut laten van rechten zou worden verstaan. In dit kader moet er op gewezen worden dat ook commerciële operatoren premium content rechten op exclusieve basis verwerven en daarbij ook niet alle in theorie verworven rechten, bv. alle wedstrijden van een competitie, allemaal op live basis exploiteren. Er is vanuit het perspectief van toezicht op de overheidssteun geen reden om publieke omroepen in dat verband strenger aan te pakken dan de commerciële omroepen.

Transparantie : kost-allocatie-principes

Op het vlak van kostenallocatie is het uitgangspunt van de Commissie tot nog toe geweest dat kosten die ten goede komen aan zowel publieke als commerciële activiteiten pas over de beide activiteiten dienen te worden verdeeld voor zover er criteria voorhanden zijn om een objectieve en non-arbitraire sleutel te bepalen voor de opsplitsing van de betrokken kosten. Bij ge-

brek aan dergelijke objectieve criteria, kunnen de kosten integraal aan de publieke activiteiten worden toegewezen.

Het is voor de Vlaamse Gemeenschap dan ook niet duidelijk waarom in punt 83 van het ontwerp de inputkosten voor nieuwe platformen en de lancering van nieuwe activiteiten proportioneel zouden moeten worden toegewezen aan de publieke en commerciële activiteiten.

Toezicht op overcompensatie : reserves (punten 94-100) en winstmarge (punt 93)

Het ontwerp gaat uit van een maximum reserve van 10% van de jaarlijks gebudgetteerde uitgaven voor de publieke omroepopdracht. Reserves boven dit percentage kunnen slechts in uitzonderlijke en behoorlijk gerechtvaardigde gevallen en moeten vooraf specifiek en op bindende wijze zijn gereserveerd voor niet-recurrente belangrijke investeringen die noodzakelijk zijn voor de publieke omroepopdracht. Daarenboven kunnen reserves niet langer dan de duur van de opdracht of maximum 4 jaar worden vastgehouden. Bovendien wordt bepaald dat als uit controle komt vast te staan dat de publieke omroep voortdurend een hoog niveau van jaarlijkse reserves heeft aangehouden, de parameters voor de bepaling van de compensatie voor de openbare dienst dienen te worden herzien.

Deze regeling is te gedetailleerd om een *case-by-case* benadering toe te laten. Het komt de lidstaten toe financierings- en reserveringsmechanismen op te maken voor hun openbare omroepen. De financieringsmechanismen in de diverse lidstaten vertonen teveel verschillen om hierover algemeen geldende voorwaarden op te nemen in de omroepmededeling. Het formuleren van een dergelijke algemene stelregel is trouwens niet mogelijk op basis van het Protocol van Amsterdam, dat de lidstaten in se de vrijheid geeft hun financieringssysteem vrijelijk te bepalen. De recente uitspraak van het Gerecht van Eerste Aanleg in de TV2-zaak ligt in dezelfde lijn.

Punt 93 van het ontwerp stelt dat publieke omroepen die niet winstgericht zijn of die geen vergoeding hoeven te betalen voor het gebruikte kapitaal en die geen andere activiteit uitoefenen dan het aanbieden van de publieke omroepopdracht, geen recht hebben op een redelijke winstmarge. Dit gaat in tegen de uitspraak van het Gerecht van Eerste Aanleg in de *Altmark* -zaak waarin expliciet werd bevestigd dat de compensatie van de publieke opdracht ook een redelijke winst uit de uitoefening van deze verplichtingen omvat.

Veel publieke omroepen zijn als publieke organisatie niet winstgericht maar zijn wel afhankelijk van inkomsten uit commerciële activiteiten om de financiering van de publieke omroepopdracht rond te kunnen maken. Dit vergt investeringen en het nemen van risico's waarvoor kapitaal wordt ingezet. Ook die publieke omroepen moeten van een redelijke winstmarge kunnen genieten om die financiering te kunnen blijven waarmaken.