

Financiële ondersteuning van regionale en lokale publieke omroepen

De randvoorwaarden van het Gemeenschapsrecht

Verschenen in de Gemeentestem 2003, No. 7188, p.353 – 362

Prof.dr. Bart Hessel en mr. Robert-Jan van Lotringen *

Terwijl de Nederlandse provincies op dit moment veel aandacht besteden aan de problematiek van communautair toezicht op staatssteun, lijkt die voor veel gemeenten nog steeds een terra incognita. Het heldere en systematische artikel van Balhuizen en Janssen in de Gemeentestem No.7182 over sport en staatssteun vormt een goede basis om meer aandacht te besteden aan dit voor de gemeenten zo belangrijke onderdeel van het Gemeenschapsrecht.¹ Een van de vele terreinen waarbij gemeenten en provincies tegen de problematiek van de staatssteun aanlopen is de financiële ondersteuning van lokale en regionale omroepen. Eind 2001 heeft de Europese Commissie een Mededeling gepubliceerd over de toepassing van staatssteun op openbare omroepen en in februari 2002 heeft zij een beschikking gegeven over steun aan lokale televisiestations in België die goed inzicht geeft in wijze waarop de Commissie de regels van staatssteun toepast op dit terrein. Het onderwerp is voor de gemeenten extra interessant omdat we hier ook te maken krijgen met de verhouding tussen staatssteun en financiering van diensten van algemeen economisch belang. Omdat het Gerecht van eerste aanleg en het Hof van Justitie op dit moment verschillend over deze verhouding lijken te denken, wordt reikhalzend uitgezien naar rechtspraak die duidelijkheid moet verschaffen. De onzekerheid van dit moment biedt de Nederlandse decentrale overheden een verrassende mogelijkheid om op korte termijn de financiering van lokale en regionale omroepen als nog in overeenstemming te brengen met het Gemeenschapsrecht. Daarna moeten de verdere ontwikkelingen in de rechtspraak wel nauwlettend gevolgd worden.

Aanleiding tot en opzet van dit artikel

Eind 2002 werd RTV Utrecht feestelijk ten doop gehouden², een nieuwe fusieomroep die het resultaat is van een moeizame bundeling van alle lokale en regionale omroepen in de provincie Utrecht. De politiek reageerde enthousiast: de toenmalige gedeputeerde Marianne Kallen stelde ter plekke 'structurele financiering' in het vooruitzicht, mits de 'beloften van het fusieproces' worden waargemaakt. De manier waarop hier schijnbaar onbekommerd overheidssteun werd aangeboden lijkt opvallend, maar is natuurlijk geen uitzondering: regionale en lokale omroepen worden grotendeels uit openbare middelen gefinancierd. Zo toucheren de 13 regionale omroepen jaarlijks ruim 100 miljoen Euro aan gemeenschapsgeld.³ Evenals bij voetbalsteun is de aandacht van de decentrale bestuurders daarbij, naar het schijnt, volledig gericht op het bereiken van overeenstemming met de te financieren instelling en het verkrijgen van de goedkeuring van provinciale staten of de gemeenteraad. Het is echter de vraag of de financiële tegemoetkoming die de overheden aan deze omroepen geven wel verenigbaar is met de Europese regels voor staatssteun, zoals neergelegd in de artikelen 87 tot en met 89 van het EG-Verdrag. Het verdient uiteraard aanbeveling duidelijkheid te krijgen over de randvoorwaarden van het Gemeenschapsrecht voordat bestuurders in onderhandeling gaan met omroepen en volksvertegenwoordiging, want anders kan het Gemeenschapsrecht tot onaangename verrassingen leiden. Dat blijkt ook hier het geval te zijn, zij het dat er wellicht mogelijkheden bestaan om zonder al te veel problemen alsnog aan de eisen van het Gemeenschapsrecht te voldoen.

* Bart Hessel is bijzonder hoogleraar Europees recht en decentrale overheden aan het Europa Instituut van de Universiteit Utrecht en adviseur van het Kenniscentrum Europees recht en beleid voor decentrale overheden 'EUROPA decentraal' in Den Haag. Robert-Jan van Lotringen is jurist.

¹ M.Balhuizen en E. Janssen, Sport en staatssteun: it's all in the game, *Gst.* 2003, 7182, p.157-166.

² Provincies.nl, nummer 10, december 2002, p. 20/21.

³ Stichting Regionale Omroep Overleg en Samenwerking (ROOS), Jaarverslag 2001.

In het navolgende zal de steun aan regionale en lokale omroepen worden getoetst aan de Europese regels van staatssteun. Aan de hand van de Mededeling van de Commissie over staatssteun en openbare omroepen⁴ en haar beschikking over lokale televisie in België⁵ zal eerst worden gezien of er sprake kan zijn van onverenigbare en daarmee verboden staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1 EG. In dat verband komen de volgende vragen aan de orde:

1. Is er sprake van staatssteun die moet worden aangemeld?
2. Leidt de staatssteun tot vervalsing van de mededinging en tot ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel?
3. Kan er een beroep worden gedaan op een van de uitzonderingen uit het EG-Verdrag op het verbod van artikel 87, lid 1?

Na een positieve beantwoording van de eerste twee vragen zal blijken dat - onder nadere, strenge voorwaarden - de uitzondering van artikel 86, lid 2 EG voor diensten van algemeen economisch belang hier soelaas biedt.

Met deze uitzondering komt er vervolgens een complicatie in het vizier die interessante perspectieven kan bieden voor de overheden die de regels van de staatssteun nog niet in acht hebben genomen. Als gevolg van het Ferringarrest⁶ van het Hof van Justitie, bestaat er sinds enige tijd onduidelijkheid over de verhouding tussen staatssteun en financiële tegemoetkoming aan diensten van algemeen economisch belang. De decentrale overheden zouden van deze onduidelijkheid gebruik kunnen maken. De mogelijkheid die dit omstreden arrest thans biedt komen aan de orde bij de bespreking van de verhouding tussen staatssteun en diensten van algemeen economisch belang.

Toetsing aan de regels van staatssteun

Is er sprake van onverenigbare staatssteun volgens artikel 87, lid 1 EG?

Artikel 87, lid 1 EG bepaalt:

Behoudens afwijkingen waarin dit Verdrag voorziet, zijn 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, voorzover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.

Er is dus sprake van onverenigbare staatssteun wanneer een financiële tegemoetkoming aan de volgende vijf criteria voldoet:

1. zij wordt door de staat verleend of met staatsmiddelen bekostigd;
2. zij komt ten goede aan bepaalde ondernemingen of bepaalde producties;
3. zij verschaft een voordeel aan een onderneming, die deze niet langs normale, commerciële weg zou hebben verkregen ('niet-marktconform voordeel');
4. zij leidt tot (dreigende) vervalsing van de mededinging en
5. zij leidt tot ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de lidstaten.

Als aan deze vijf criteria is voldaan, is er sprake van *verboden* staatssteun die niet mag worden gegeven, tenzij een beroep kan worden gedaan op één van de uitzonderingen van het Verdrag. Voordat we met de financiële ondersteuning van de omroepen zo ver zijn moet eerst een aantal vragen worden beantwoord.

Is er sprake van staatssteun?

⁴ Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van regels inzake staatssteun op openbare omroepen, *PbEG* 2001, C 320/5.

⁵ Beschikking van de Europese Commissie van 13 februari 2002 betreffende Steunmaatregel nr. 548/2001 – België, Steun aan lokale televisiestations in de Franse Gemeenschap.

⁶ HvJ EG 22 november 2001, Zaak 53/00, *Jur.* 2001, p. I-9067 (Ferring).

In afwijking van Balhuizen en Janssen gaan wij ervan uit dat er een duidelijk onderscheid moet worden gemaakt tussen staatssteun en onverenigbare staatssteun. Uit de beschikkingenpraktijk van de Commissie en uit de ook door de genoemde auteurs besproken verordeningen van de Commissie die een generieke vrijstelling geven voor aanmelding, zoals de 'de minimis'-verordening, blijkt dat niet iedere staatssteun onverenigbaar is in de zin van artikel 87, lid 1.

In aansluiting op het handboek van Bart Hessel en Annelies Neven over staatssteun voor decentrale overheden nemen wij aan dat er sprake is van staatssteun wanneer aan de eerste drie eisen is voldaan.⁷ Het belang van deze benadering voor de decentrale praktijk mag hierna duidelijk worden.

Bij de financiële ondersteuning van regionale en lokale omroepen kunnen de eerste drie hordes gemakkelijk genomen worden.

Omdat decentrale overheden ook onder het begrip *staat* vallen van artikel 87, is met de financiële ondersteuning door provincies en gemeenten in ieder geval voldaan aan het eerste criterium.

Ook aan het tweede criterium dat de financiële ondersteuning ten goede moet komen aan een *onderneming* wordt zonder enige twijfel voldaan. De Commissie hanteert hier, in navolging van het Höfnerarrest⁸ van het Hof, een ruime definitie: 'elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd'. Het uitoefenen van een economisch activiteit houdt in het aanbieden van goederen of diensten op de markt. Het zal duidelijk zijn dat lokale en regionale omroepen met hun uitzendingen diensten aanbieden. Of die eenheid al dan niet een winstoogmerk heeft, doet overigens niet ter zake.⁹ Het gaat om het aanbieden van diensten en daar kunnen ook niet-commerciële omroepen niet aan ontkomen. Het begrip onderneming in de sfeer van de staatssteun is dus veel ruimer dan veelal in decentrale kring wordt gedacht, met als gevolg dat er op dit terrein nogal wat lijken in de kast liggen. Voetbal en omroepen zijn slechts enkele voorbeelden.

De aanwezigheid van lijken in de kast wordt nog versterkt door het feit dat staatssteun veel meer omvat dan alleen subsidie. Terecht hebben Balhuizen en Janssen benadrukt dat niet alleen een subsidie maar ieder niet-marktconform voordeel aan een onderneming tot staatssteun leidt.¹⁰ Het is evident dat aan de publieke omroep een niet-marktconform voordeel wordt verschaft. In de meeste gevallen gaat het om een subsidie en het mag duidelijk zijn dat de decentrale overheden niet aan de staatssteunregels kunnen ontsnappen door over te stappen op niet-marktconforme leningen en dergelijke.

Omdat zonder enige twijfel aan de eerste drie criteria is voldaan, komen wij tot de conclusie dat de financiële ondersteuning van omroepen staatssteun is. Daarmee is nog niet gezegd dat die staatssteun onverenigbaar is in de zin van artikel 87, lid 1 EG. Daarvoor moet ook voldaan zijn aan het vijfde en zesde criterium en daar rijzen de problemen, zoals we zullen zien. Om die reden stellen we nu eerst de volgende vraag.

Moet de staatssteun worden aangemeld?

In hun handboek stellen Hessel en Neven dat staatssteun die aan de eerste drie criteria voldoet, moet worden aangemeld, tenzij er beroep kan worden gedaan op één van de vrijstellingsverordeningen.¹¹ Daarmee hebben Hessel en Neven, na afstemming met het Coördinatiepunt Staatssteun van BZK, met de toenmalige staatssteunexpert van de Nederlandse Permanente Vertegenwoordiging in Brussel, Laurens Kuyper, en met de staatssteundeskundige van VROM, Nadine Kohll, bewust gekozen voor de 'veilige' weg. Bij sommige specialisten van het Europees recht vindt men namelijk de opvatting dat steun pas moet worden aangemeld wanneer aan alle vijf de criteria is voldaan, dus eerst wanneer er ook sprake is van (dreigende) vervalsing van de mededinging en ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel. De aanhangers van deze laatste opvatting kunnen zich beroepen op de omschrijving van het begrip staatssteun en hebben daarmee taalkundig gezien wel een sterk punt.¹² Of ze juridisch ook sterk staan is echter op zijn minst omstrepen. Anderen menen namelijk uit de rechtspraak van het Hof van Justitie te kunnen afleiden dat staatssteun moet worden aangemeld wanneer aan de drie eerste criteria is voldaan. Dat het niet voor iedereen zo duidelijk is als sommigen willen doen geloven mag wel blijken uit het feit dat de Nederlandse Hoge Raad in de Pearle-zaak

⁷ Bart Hessel, Annelies Neven, *Staatssteun en EG-recht, praktische handleiding en checklist, Europees recht en decentrale overheden deel 1*, Deventer: Kluwer 2001, hoofdstuk 2, p. 25 e.v.

⁸ HvJ EG 23 april 1991, Zaak 41/90, *Jur.* 1991, I-1979 (Höfner).

⁹ Zie Hessel, Neven, t.a.p., p. 37.

¹⁰ Zie nader Hessel, Neven, t.a.p., p.48 e.v.

¹¹ Hessel, Neven, t.a.p., p. 93.

¹² Zie bijvoorbeeld artikel 1 jo. artikel 2, lid 1, Verordening nr. 659/1999/EG, *PbEG* 1999, L 83/1.

het Hof van Justitie de prejudiciële vraag heeft voorgelegd wanneer nu precies moet worden aangemeld.¹³ Zolang het Hof nog geen volstrekte duidelijkheid heeft gegeven blijft het dus met Hessel en Neven oppassen geblazen. Afgezien van de juridische onzekerheid rond de aanmelding moet dan worden onderkend dat de ‘taalkundige’-benadering een enorm risico inhoudt voor de decentrale praktijk. Zij veronderstelt immers dat de decentrale overheden de toets aan deze criteria zelf goed - dat wil zeggen: in de geest van de Commissie - kunnen verrichten. Omdat de Commissie erg snel tot ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel concludeert en daarbij niet terugdeinst voor verrassende redeneringen, lopen de decentrale overheden die deze, natuurlijk veel aantrekkelijker, weg volgen, het gevaar dat zij achteraf door de Commissie worden gecorrigeerd. Het is uiteindelijk de Commissie die bij deze toets het laatste woord heeft. Inmiddels begint deze ‘riskante’ weg ook in decentrale kring aan gezag te winnen. Zo is de VNG er nogal van gecharmeerd en door Balhuizen en Janssen wordt zij ook bewandeld.¹⁴ Dat we met deze weg toch wel erg moeten uitkijken, mag nog eens blijken uit de hierna te bespreken toets die de Commissie heeft verricht bij de Belgische staatssteun aan lokale omroepen. We willen echter niet flauw doen: voor hen die uit zichzelf tot hetzelfde oordeel zouden zijn gekomen als de Commissie in deze zaak, is de door Hessel en Neven gekozen weg inderdaad wel iets *te* veilig. Voor de andere lezers lopen we deze veilige weg hier nog even af.

In aansluiting op Hessel en Neven kunnen we voor de staatssteun aan lokale en regionale omroepen zeggen dat hij moet worden aangemeld bij de Commissie tenzij er een beroep kan worden gedaan op een van de vrijstellingsverordeningen van de Commissie.¹⁵ (Hieraan kan ook worden toegevoegd dat de staatssteun niet hoeft te worden aangemeld, wanneer het onomstreden is dat hij niet leidt tot (dreigende) vervalsing van de mededinging en ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel.) Wanneer de steun onder een vrijstellingsverordening valt, wordt aangenomen dat hij niet leidt tot (dreigende) vervalsing van de mededinging en de tussenstaatse handel niet ongunstig beïnvloedt. Op dit moment bestaan er vier vrijstellingsverordeningen voor:

1. ‘de minimis’- steun;¹⁶
2. steun aan het midden- en kleinbedrijf;¹⁷
3. opleidingssteun;¹⁸
4. werkgelegenheidssteun.¹⁹

Voor lokale en regionale omroepen zou alleen de ‘de minimis’-vrijstelling van belang kunnen zijn. De steun moet dan wel beperkt blijven tot een bedrag van € 100.000 over een periode van drie jaar. Hoewel deze ‘de minimis’-vrijstelling gemeenten in de regel nogal wat speelruimte geeft, ook om lijken uit de kast weg te werken, biedt zij hier weinig soelaas. De steunbedragen liggen veel hoger. Zo ontvangt een kleine organisatie als omroep Zeeland jaarlijks al bijna € 2.000.000 uit het Provinciefonds²⁰. Wellicht is het voor gemeenten toch nuttig te weten dat ze kleinere lokale omroepen tot aan het drempelbedrag kunnen subsidiëren zonder dat de steun hoeft te worden aangemeld. Daarbij dienen zij echter wel bedacht te zijn op niet toelaatbare cumulatie met andere staatssteun en op de bijkomende verplichtingen die de vrijstellingsverordening kent.²¹

Omdat de vrijstellingsverordeningen onvoldoende soelaas bieden, komen wij aan de hand van de regels van de staatssteun tot de conclusie dat de staatssteun aan regionale en lokale omroepen moet worden aangemeld. Voorzover dat niet is gebeurd, ziet het er naar uit dat de decentrale overheden in strijd met het Gemeenschapsrecht hebben gehandeld. Binnen de regels van de staatssteun is dat slechts anders wanneer de

¹³ HR 27 september 2002, C00/308HR , []

¹⁴ Balhuizen en Janssen, t.a.p., p.163.

¹⁵ Zie Hessel, Neven, t.a.p., hoofdstuk 3, voor een uitgebreide bespreking van deze uitzonderingen. De daar behandelde vrijstellingsverordeningen zijn terug te vinden op internet of desgewenst in: Bart Hessel (redactie), *Dossier EG-recht: Staatssteun*, Sdu 2003.

¹⁶ Verordening nr. 69/2001/EG, *PbEG* 2001, L 10/30.

¹⁷ Verordening nr. 70/2001/EG, *PbEG* 2001, L 10/33.

¹⁸ Verordening nr. 68/2001/EG, *PbEG* 2001, L 10/20.

¹⁹ Verordening nr. 2204/2002/EG, *PbEG* 2002, L 337/3. Zie voor een bespreking van deze vrijstellingsverordening Bart Hessel, De groepsvrijstellingsverordening voor werkgelegenheidssteun, *De Europese Gemeente*, 2003, nummer 2, p.5/6. Ook te vinden op de website van EUROPA decentraal.

²⁰ ROOS 2001.

²¹ Zie Hessel, Neven, t.a.p., p.100 e.v.

Commissie zou concluderen dat de steun niet leidt tot vervalsing van de mededinging en ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel. Daarbuiten gloort nog het mogelijke perspectief van het Ferring-arrest.²² We komen daar in later uitgebreid op terug. Eerst vervolgen we de toets aan de regels van de staatssteun aan de hand van de Mededeling en de Belgische beschikking van de Commissie.

Is er sprake van vervalsing van de mededinging en ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel?

In het algemeen maakt de Commissie bij haar toets of de staatssteun onverenigbaar is in de zin van artikel 87, lid 1 EG geen scherp onderscheid tussen deze twee criteria. Waar het bij deze toets in feite om draait is of de steunontvangende onderneming met de steun een concurrentievoordeel ontvangt ten opzichte van andere ondernemingen waarmee zij in het tussenstaatse handelsverkeer op de gemeenschappelijke markt concurreert. De hamvraag is daarmee of de steun ontvangende regionale en lokale omroepen geacht moeten worden op de gemeenschappelijke markt te handelen.

In haar Mededeling over openbare omroepen is de Commissie duidelijk waar het gaat om de landelijke omroepen. Hoewel zij ook voor die omroepen een behandeling van geval tot geval voorstaat, kan men er, volgens de Commissie, in de regel van uitgaan dat overheidsfinanciering van openbare omroepen het handelsverkeer tussen de lidstaten beïnvloedt.²³

Omdat we hier niet te maken hebben met landelijke omroepen maar met regionale en lokale, lijkt er zeer veel te zeggen voor het standpunt dat deze omroepen slechts op de regionale en lokale markt opereren en niet op de gemeenschappelijke markt. Uit de Belgische beschikking blijkt echter dat dit voor de Commissie te snel door de bocht is en dat zij haar greep op deze omroepen niet uit handen wil geven.

Bij de beoordeling of de Belgische steun aan lokale Franstalige televisiestations leidt tot ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel, begint de Commissie voorzichtig wanneer zij stelt: 'In het geval van lokale televisie moet de Commissie zorgvuldig per geval nagaan of er sprake is van ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de lidstaten, aangezien lokale televisiestations zich in het algemeen richten op lokale kijkers-, programma- en advertentiemarkten.'

De Commissie neemt dan achtereenvolgens de markt voor programmarechten en de reclamemarkt onder de loep. 'Indien de lokale televisiestations in de Franse Gemeenschap beperkt zouden zijn tot de uitzending en de productie van lokale programma's zou de conclusie kunnen getrokken dat zij niet concurreren op de internationale markt voor de verwerving van programmarechten.' Omdat de lokale Franse televisiestations ten minste voor de helft programma's van eigen makelij moeten uitzenden en hun programma's hoofdzakelijk regionale sportevenementen, informatie over bioscoopprogramma's, culturele magazines en nieuws omvatten, komt de Commissie tot het oordeel dat de gevolgen voor het handelsverkeer tussen de lidstaten op de markt voor programmarechten te verwaarlozen zijn. Deze redenering is te volgen en geeft hoop voor de Nederlandse decentrale overheden.

Bij de analyse van de reclamemarkt gaat het echter mis. De Commissie onderkent dat lokale televisiestations niet *rechtstreeks* aanwezig zijn op de nationale en internationale reclamemarkt via de verwerving van reclame zendtijd. 'Omdat lokale televisiestations alleen een lokale dekking en een beperkt kijkerspubliek te bieden hebben, is de markt voor de verkoop van reclame zendtijd verschillend van die van ondernemingen die op nationaal of internationaal niveau programma's uitzenden.' Toch is dit onvoldoende om tot de conclusie te komen dat de steun geen ongunstige invloed heeft op de tussenstaatse handel. Omdat de lokale zenders kijkers weglokken van de zenders die wel op de gemeenschappelijke markt opereren gaat het fout: 'Geconcludeerd moet worden dat de steun de positie van de lokale televisiestations in de Franse Gemeenschap versterkt ten opzichte van andere televisiezenders die concurreren in het intracommunautaire handelsverkeer, doordat kijkers bij hen worden weggelokt en deze derhalve kan leiden tot een verstoring van het handelsverkeer tussen de lidstaten.' Deze ongetwijfeld verrassende redenering van *indirecte* beïnvloeding lijkt weinig ruimte te bieden voor de Nederlandse lokale en regionale omroepen om aan het verbod van artikel 87, lid 1 te ontsnappen. De indirecte ongunstige invloed op de tussenstaatse handel waar de Commissie van uitgaat lijkt immers slechts te ontbreken voor een lokaal televisiestation waar geen hond naar kijkt.

Voor het eventuele standpunt dat steun aan dergelijke omroepen niet behoeft te worden aangemeld omdat hij geen ongunstige invloed heeft op de tussenstaatse handel is in ieder geval nagenoeg geen ruimte. Ook wanneer de Commissie stelt dat dit van geval tot geval moet worden bekeken, wordt het standpunt van de

²² HvJ EG 22 november 2001, Zaak 53/00, *Jur.* 2001, p. I-9067 (Ferring).

²³ Mededeling van de Commissie t.a.p., punt 16.

Commissie hierover pas duidelijk wanneer de steun is aangemeld (of – indien daarvoor gelegenheid wordt gegeven - informeel met de Commissie is doorgesproken).

Om de staatssteun aan omroepen zonder problemen met de staatssteunregels van het Gemeenschapsrecht te kunnen verlenen, zullen de decentrale overheden dan ook een geslaagd beroep moeten kunnen doen op één van de uitzonderingen op dit verbod waarin het EG-Verdrag voorziet.

Is er een beroep mogelijk op artikel 87, lid 2 of lid 3 EG?

Staatssteun die een ongunstige invloed heeft op de tussenstaatse handel kan toch verenigbaar met de gemeenschappelijke markt zijn wanneer een beroep op een van de uitzonderingen van artikel 87, lid 2 of lid 3 EG mogelijk is. Balhuizen en Janssen hebben die mogelijkheden voor voetbalsteun ook al verkend.²⁴

De uitzonderingen van artikel 87, lid 2 EG zijn van toepassing als de steunmaatregel louter van sociale aard is en wordt toegekend aan individuele gebruikers, bedoeld is voor herstel van de schade veroorzaakt door natuurrampen of andere buitengewone gebeurtenissen (denk aan de vuurwerkramp in Enschede), of voor steun gericht op de compensatie van de nadelige gevolgen van de hereniging van Duitsland. Voor de financiering van openbare omroepen zijn deze uitzonderingen dus niet van belang.

Ook de in artikel 87, lid 3 EG genoemde uitzonderingsmogelijkheden, die in het algemeen van groot belang zijn voor de decentrale overheden, bieden hier weinig uitkomst,^{25 26} op één na: onder de 'cultuurexceptie' zouden mogelijk culturele activiteiten en programma's van omroepen kunnen vallen en de Commissie gaat daar in haar Mededeling dan ook specifiek op in.²⁷

Beroep op de cultuurexceptie?

Artikel 87, lid 3 noemt onder d steunmaatregelen ter bevordering van cultuur en de instandhouding van het culturele erfgoed als mogelijk verenigbaar met het Verdrag. De lijn van de Commissie is duidelijk: het verbod op staatssteun is een elementair uitgangspunt van het Verdrag, en bepalingen die uitzonderingen toestaan dienen 'strikt te worden toegepast'.²⁸ Ook het begrip 'cultuur' moet volgens de Commissie restrictief worden geïnterpreteerd. Dit betekent dat steun aan omroepen die veelal gebaseerd is op een combinatie van al of niet expliciet genoemde behoeften, bijvoorbeeld sociale, educatieve, culturele en democratische behoeften, dan ook niet zal worden goedgekeurd op grond van deze cultuurexceptie. De Commissie biedt wel een kleine opening: als de lidstaat (of, in het kader van dit artikel: de decentrale overheid) 'een *afzonderlijke omschrijving* en *afzonderlijke financiering* geeft in verband met staatssteun *uitsluitend* bestemd ter bevordering van cultuur',²⁹ kan deze steun worden toegestaan. De Commissie sluit hiermee aan bij een eerdere beschikking,³⁰ waarin zij een duidelijk onderscheid maakte tussen educatieve en democratische behoeften van de samenleving en de bevordering van cultuur. Ook in de Belgische zaak blijkt de staatssteun niet gebaseerd te kunnen worden op de cultuurexceptie. In dat geval moeten de lokale televisiestations programma's verzorgen met het oog op het verstrekken van informatie, het bieden van amusement, het bevorderen van de culturele ontwikkeling en de permanente educatie en dat zijn activiteiten die volgens de Commissie niet kunnen worden beschouwd 'als volledig of specifiek bestemd ter bevordering van de cultuur in de zin van artikel 87, lid 3, onder d'.

Samengevat kunnen omroepen en overheden weinig hoop hebben op een succesvol beroep op één van de uitzonderingen van artikel 87, lid 2 en lid 3. Of dat anders is met de laatste uitzondering die het Verdrag biedt, zullen we hieronder zien.

²⁴ Balhuizen en Janssen, t.a.p., p.165 e.v.

²⁵ Zie voor een uitgebreide behandeling van de excepties van artikel 87, lid 3 en de daarvoor door de Commissie gehanteerde beleidsregels: Hessel, Neven, t.a.p., p.145-260. De relevante richtsnoeren en kaderregelingen zijn te vinden op internet of in het *EG-Dossier Staatssteun*, Sdu 2003.

²⁶ Zie voor een bespreking van andere excepties van artikel 87, lid 3 in verband met de publieke omroepen: Kamiel Mortelmans & Rita Wezenbeek Geuke, Staatssteun in de Nederlandse omroepsector en de artikelen 92-93 EG Verdrag, *Mediaforum*, 1997-7/8, p. 104 e.v.

²⁷ Mededeling van de Commissie, t.a.p., punt 26 en 27.

²⁸ Mededeling van de Commissie, t.a.p., punt 26.

²⁹ Cursiveringen van de auteurs.

³⁰ Beschikking van de Commissie van 21 augustus 1999 inzake NN 70/98, Staatssteun voor openbare televisiekanalen 'Kinderkanal' en 'Phoenix', *PbEG* 1999, C 238/3.

Is er een beroep mogelijk op de uitzondering voor diensten van algemeen economisch belang?

Het EG-Verdrag kent een aparte regeling voor ondernemingen die belast zijn met het beheer van diensten van algemeen economisch belang. Als voorbeeld van een dergelijke onderneming kan gedacht worden aan de postdiensten die tegen een uniform tarief de post door het gehele land moeten bezorgen of aan een openbaar vervoerbedrijf dat ook niet rendabele trajecten moet aanbieden. In het Verdrag wordt onderkend dat het voor dergelijke ondernemingen soms problematisch kan zijn de regels van de mededinging, waaronder die van de staatssteun, onverkort toe te passen. Zo lezen we in artikel 86, lid 2 EG:

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, voorzover 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.

Deze diensten spelen volgens het Verdrag³¹ en de Commissie een dermate 'fundamentele rol' in het sociaal en economisch verkeer van de lidstaten, dat een uitzondering op het principe van de vrije markt en de mededinging mogelijk wordt gemaakt.³² In de sfeer van de staatssteun houdt de exceptie van artikel 86, lid 2 bijvoorbeeld de erkenning in dat het soms alleen mogelijk is een dienst van algemeen economisch belang te verrichten wanneer de overheid daar geld in steekt, omdat de betreffende onderneming verplicht is economisch niet rendabele activiteiten te verrichten. Uit de Mededeling van de Commissie blijkt de uitzondering voor diensten van algemeen economisch belang voor de publieke omroepen de meeste perspectieven te bieden maar daar komt wel het een en ander bij kijken.

Zoals alle verdragsexcepties dient ook de exceptie van artikel 86 lid 2 EG restrictief en strikt te worden geïnterpreteerd. Dat wil zeggen dat strikt aan de voorwaarden moet worden voldaan om van een dienst van algemeen economisch belang te kunnen spreken en vervolgens een uitzondering op het staatssteunverbod van artikel 87 lid 1 EG mogelijk te maken. Die voorwaarden die de toetsing door de Commissie mogelijk moeten maken zijn verder uitgewerkt in de rechtspraak en luiden als volgt:

1. de betrokken dienst moet een dienst van algemeen economisch belang zijn, die door de lidstaat duidelijk als zodanig is omschreven;
2. de betrokken onderneming moet door de lidstaat officieel belast zijn met het beheer van deze dienst;
3. de toepassing van de mededingingsregels van het Verdrag (in dit geval het verbod op staatssteun) moet de vervulling van de aan de ondernemingen toevertrouwde taak verhinderen, en de vrijstelling van genoemde regels mag de ontwikkeling van het handelsverkeer niet beïnvloeden in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap.

Er moet dus allereerst sprake zijn van een *omschrijving* (1) en een *toewijzing* (2) om tot een dienst van algemeen economisch belang te kunnen komen. Vervolgens wordt de eis van *evenredigheid* (3) gesteld om bij de financiering een uitzondering op het verbod van staatssteun te kunnen legitimeren. Voor de publieke omroepen zijn deze voorwaarden door de Commissie in haar Mededeling uitgewerkt. Wil de steun aan deze omroepen als nog toegestaan worden op grond van het Gemeenschapsrecht, dan dienen de steunverlenende decentrale overheden er dus voor te zorgen dat aan deze voorwaarden wordt voldaan.

De Mededeling van de Commissie: een checklist voor omroepsteun

³¹ Sinds het Verdrag van Amsterdam is in het EG-Verdrag een afzonderlijk artikel opgenomen voor diensten van algemeen economisch belang. Artikel 16 EG stelt: *Onverminderd de artikelen 73, 86 en 87 en gezien de plaats die de diensten van algemeen economische belang in de gemeenschappelijke waarden van de Unie innemen, alsook de rol die zij 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 staats stellen hun taken te vervullen*

³² Over de relatie tussen diensten van algemeen economisch belang en staatssteun is veel en uitvoerig gepubliceerd. Wij noemen hier het discussiestuk of *Non Paper* van het DG Concurrentie van 12 november 2002, *Diensten van algemeen economisch belang en staatssteun* (COMP-200201759-02-00-NL-Tra-00 (FR)) en voor de meest recente stand van zaken het Groenboek van de Commissie over *Diensten van algemeen belang* van 21 mei 2003 (COM(2003) 270 final).

Voor een mogelijk beroep op de uitzondering van artikel 86, lid 2 EG, moet allereerst worden vastgesteld of een publieke omroep een onderneming kan zijn die belast is met het beheer van diensten van algemeen economisch belang. Dat blijkt inderdaad het geval: al in 1974 zijn publieke radio- en televisieuitzendingen als zodanig aangemerkt³³, en wordt de publieke omroep gezien als een instelling met een zogenaamde openbardienstverplichting. In het 'mediaprotocol' bij het Verdrag van Amsterdam staat bovendien 'dat het publieke-omroepbestel 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'³⁴.

Om vervolgens vast te kunnen stellen of de financiering van verschillende regionale en lokale publieke omroepen (en daarmee van hun diensten) onder deze uitzondering kan worden gebracht, moeten de hierboven genoemde voorwaarden op die omroepen worden toegepast. De Commissie biedt in haar Mededeling daarvoor de benodigde aanknopingspunten.³⁵

Omschrijving

Om voor de uitzondering in aanmerking te komen, moet allereerst de openbare opdracht (de dienst) aan de omroep omschreven zijn.³⁶ Het gaat om een *officiële omschrijving* door een autoriteit die daartoe gerechtigd is op nationaal, regionaal of lokaal niveau. Het lijkt ons dat de steunverlenende overheid hier de primair aangewezen autoriteit is. De autoriteit in kwestie moet rekening houden met het begrip 'diensten van algemeen economisch belang', maar mag deze wel enigszins 'ruim' omschrijven. Voorop staat dat rekening wordt gehouden met de speciale doelstelling van de diensten die de openbare omroep vervult: het voldoen aan de democratische, sociale en culturele behoeften van de maatschappij en de culturele en taalkundige pluriformiteit. Ook andere diensten dan programma's (nieuwssites, mailservice) mogen worden aangeboden, zolang de doelstelling maar in de gaten wordt gehouden. Bij *e-commerce*-diensten is dat bijvoorbeeld niet meer het geval. Enige 'ruimte' is dus mogelijk, maar de omschrijving van de dienst moet wel zo *precies* mogelijk zijn. Zodra twijfel bestaat of een door de omroep uitgeoefende activiteit onderdeel is van de opdracht, kan de Commissie niet toetsten aan artikel 86, lid 2 en dus ook de steun niet toestaan.

Toewijzing en controle

De tweede eis is dat de openbare opdracht aan de omroep worden toegewezen.³⁷ De vorm van die toewijzing moet een officieel besluit zijn (bijvoorbeeld bij wetgeving, via een contract of via aanbesteding). Bovendien moet gewaarborgd zijn dat de dienst ook geleverd wordt volgens de opdracht aan de onderneming. Daartoe acht de Commissie het wenselijk dat er sprake van onafhankelijke controle op de *uitvoering* van de dienst, door een orgaan of autoriteit die niet dezelfde is als de toewijzende instantie. Idealiter legt de toezichthoudende instantie daarbij kwaliteitsnormen op aan de omroep in kwestie. In dit verband willen wij er slechts op wijzen dat onder de specialisten op het terrein van het mediarecht twijfel bestaat over de toereikendheid van de Raad van Bestuur van de NOS en het Commissariaat van de Media.³⁸

Evenredigheid van de financiering

De Commissie gaat ervan uit dat openbare omroepen in het algemeen niet zonder overheidsfinanciering kunnen.³⁹ Maar deze steun mag niet meer bedragen dan *de netto kosten* die uit de dienst van algemeen economisch belang voortvloeien. Alleen dan is er immers sprake van compensatie voor de kosten die zijn ontstaan omdat er van overheidswege diensten zijn opgelegd, en is een uitzondering op het staatssteunverbod mogelijk. De financiering moet derhalve 'evenredig' zijn, en het is aan de Commissie om te controleren of dat het geval is. Om de Commissie tot die evenredigheidstest in staat te stellen moet worden voldaan aan zogenaamde doorzichtigheidsvereisten. Deze veronderstellen: een zo precies mogelijke omschrijving van de openbare opdracht (zie hierboven) en een duidelijke scheiding tussen activiteiten in het kader van de openbare dienst en activiteiten die daarbuiten vallen. Het belangrijkste instrument is hierbij een gescheiden

³³ HvJ EG 21 maart 1974, Zaak 127/73, *Jur.* 1974, p. 313 (BRT I) en HvJ EG 30 april 1974, Zaak 155/73, *Jur.* 1974, p. 409 (Sacchi).

³⁴ Protocol betreffende het Publieke-omroepbestel in de lidstaten, bij het Verdrag van Amsterdam, *PbEG* 1997, C 340.

³⁵ Zie voor de consequenties van deze Mededeling voor de publieke omroep in het algemeen: Paul Kreijger, *De financiering van de publieke omroep in Europa: nieuw beleid van de Europese Commissie, Mediaforum* 2003-3, p.82 e.v.

³⁶ Mededeling van de Commissie, t.a.p., par. 6.1.

³⁷ Mededeling van de Commissie, t.a.p., par. 6.2.

³⁸ Zie Paul Kreijger, t.a.p., p. 86/87.

³⁹ Zie voor de financiering en de evenredigheidstest: Mededeling van de Commissie, t.a.p., par. 6.3.

boekhouding. Alleen daarmee kan de Commissie beoordelen of en in hoeverre de toegewezen gelden ook werkelijk ten goede komen aan en noodzakelijk zijn voor de openbare diensten.

Omdat de financiering van omroepen vaak een combinatie vormt van publieke middelen en inkomsten uit commerciële activiteiten ('gemengde financiering'), is de Commissie bijzonder alert op overcompensatie en kruissubsidiëring. Van regionale omroepen in Nederland is bijvoorbeeld bekend dat zij een substantieel deel van hun inkomsten verwerven uit reclame (in 2001 ca. 30 miljoen Euro), en op bescheiden schaal in opdracht van derden producties maken (en daarvoor uiteraard betaald worden). Bovendien ontvangen ze behalve uit het Provinciefonds ook vaak aanzienlijke directe subsidies van 'hun' provincie, onder meer voor huisvesting. Deze laatste post 'Bouwen en verbouwen' kan oplopen tot vele miljoenen.

Het is dan ook niet verwonderlijk dat de Commissie in haar Mededeling verwijst naar de zogenaamde Transparantierichtlijn⁴⁰ die strenge eisen stelt aan de administratie. Interne rekeningen moeten gescheiden zijn, kosten en opbrengsten moeten correct worden toegerekend, en de beginselen van de gescheiden administratie moeten duidelijk zijn vastgelegd. De Commissie eist daarom dat de diverse inkomstenbronnen gedetailleerd worden omschreven, net als de kosten die worden gemaakt voor het uitvoeren van een openbare dienst. De Transparantierichtlijn is in Nederland omgezet via de artikelen 25a tot en met 25f van de Mededingingswet. Het is de bedoeling dat die artikelen te zijner tijd meeverhuizen naar de Wet Markt en Overheid, maar zoals bekend staat deze Wet sterk ter discussie en is het zeer wel mogelijk dat zij er niet komt.

Afgezien daarvan zou aangevoerd kunnen worden dat de Transparantierichtlijn in de praktijk niet op de lokale en regionale omroepen van toepassing is, omdat de Richtlijn een netto omzetsdrempel kent van 40 miljoen euro (artikel 4, lid 1, onder d).

Uit de Belgische steunzaak blijkt echter dat daarmee aan de eisen van transparantie niet kan worden ontkomen. Zo stelt de Commissie: 'Dat de lokale Belgische televisiestations niet onder deze bepalingen (bedoeld wordt de transparantiebepalingen van de Richtlijn, *H,vL*,) vallen, wil echter niet zeggen dat een lidstaat niet gehouden is zich ervan te verzekeren dat geen overheveling van financiële middelen naar niet onder de openbare dienst vallende activiteiten plaatsvindt.'

Voorlopige conclusie

Wanneer we kijken naar de regels voor de staatssteun lijkt de zaak duidelijk. Publieke financiering van lokale en regionale omroepen vormt staatssteun die moet worden aangemeld. Deze steun is in de regel verboden staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1 EG, maar kan mogelijk worden toegestaan met een beroep op de exceptie van artikel 86, lid 2 EG. Daarvoor moet de financiering voldoen aan de strenge eisen die de Commissie in haar Mededeling heeft uitgewerkt voor steun aan diensten van algemeen economisch belang.

De hier gevolgde benadering, die voortvloeit uit de structuur van het EG-Verdrag, bepaalde rechtspraak van het Hof en het Gerecht van eerste aanleg en het beleid van de Commissie, leidt tot de zorgelijke conclusie dat we met de financiële ondersteuning van verschillende regionale en lokale publieke omroepen uit een oogpunt van staatssteun even zovele lijken in de kast hebben in de vorm van onrechtmatige staatssteun die ten onrechte niet is aangemeld.

Het zou echter kunnen zijn dat de onoplettende provincies en gemeenten hun inbreuken op de Europese staatssteunregels bij de omroepen nog gemakkelijk kunnen herstellen. Door een vrij recent arrest van het Hof, het reeds genoemde Ferringarrest, is er namelijk grote onduidelijkheid ontstaan over de verhouding tussen de financiering van diensten van algemeen economisch belang en staatssteun. Zoals hierna zal blijken kunnen de decentrale overheden van deze verwarring gebruik maken, als ze snel zijn.

De verhouding tussen diensten van algemeen economisch belang en staatssteun

In haar Mededeling en de Belgische zaak baseert de Commissie haar beleid ten opzichte de openbare financiering van omroepen op haar bevoegdheid aangemelde staatssteun te toetsen op de mogelijke toepasbaarheid van de uitzondering van artikel 86 lid 2 EG. De Commissie kiest hier voor de zogenaamde

⁴⁰ Transparantierichtlijn 80/723/ EEG van de Commissie van 25 juni 1980 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven en de financiële doorzichtigheid binnen bepaalde ondernemingen, laatst gewijzigd bij Richtlijn 2000/52/EG, *PbEG* 2000, L 193/75. Zie desgewenst *Dossier EG-recht: Staatssteun*, Sdu 2003.

staatssteunbenadering, die ervan uitgaat dat een financiële tegemoetkoming aan ondernemingen met een openbardienstverplichting (zoals de publieke omroepen) wordt gezien als staatssteun, die moet worden aangemeld. De Commissie moet dan bezien of de onverenigbare steun in stand kan blijven met een beroep op artikel 86, lid 2. Deze benadering past geheel in de structuur van het Verdrag en is ook jaren lang onbetwist gebleven. Sinds het Ferringarrest van het Hof blijkt er echter nog een andere benadering mogelijk, die ook wel de *compensatiebenadering* wordt genoemd. Deze gaat ervan uit dat overheidsfinanciering die de extra kosten compenseert die worden gemaakt voor het uitvoeren van een publieke dienst geen steunmaatregel is in de zin van artikel 87, lid 1 EG. Er is in dat geval dus geen sprake van staatssteun, zodat ook de daarvoor geldende regels niet van toepassing zijn.

Het ligt voor de hand dat de Commissie de voorkeur geeft aan de staatssteunbenadering. Immers, als er geen sprake is van staatssteun maar van compensatie van meerkosten verliest de Commissie haar controlemogelijkheid. Geen staatssteun betekent geen aanmelding en geen onderzoek. Tot voor kort leken ook het Hof van Justitie en het Gerecht van eerste aanleg het met elkaar eens door consequent voor de staatssteunbenadering te kiezen.⁴¹ Met het Ferringarrest heeft het Hof echter een andere benadering gekozen en dat heeft tot de zeer ongelukkige situatie geleid dat Hof en Gerecht van eerste aanleg thans onderling verschillen. Zo houdt het Gerecht van eerste aanleg in zijn laatste arrest over deze problematiek, het SIC-arrest,⁴² vast aan de staatssteunbenadering. In dat arrest stelt het Gerecht dat:

'de toekenning door de overheid van een financieel voordeel aan een onderneming ter compensatie van de openbare dienstverplichtingen die de onderneming op zich zou genomen hebben, geen gevolgen heeft voor de kwalificatie van deze maatregel als steunmaatregel in de zin van artikel 92, lid 1 van het Verdrag (thans artikel 87, lid 1 *H,vL*), ongeacht de inaanmerkingneming van dit element bij het onderzoek van de verenigbaarheid van de betrokken steunmaatregel met de gemeenschappelijke markt, in het kader van artikel 90, lid 2, van het Verdrag (thans artikel 86, lid 2, *H,vL*)...' ⁴³

Hoewel we vanuit de structuur van het Verdrag de voorkeur geven aan deze invalshoek - het doel van de financiering is niet bepalend voor de vraag of er sprake is van staatssteun maar of er beroep op een exceptie kan worden gedaan - biedt het Ferringarrest voor de praktijk van de decentrale overheden een interessante mogelijkheid. Deze mogelijkheid beperkt zich natuurlijk niet tot de steun aan publieke omroepen, maar geldt ook voor andere diensten van algemeen economisch belang. We raken daarmee een voor de decentrale overheden zeer belangrijk aspect van het Gemeenschapsrecht.

Het Ferringarrest biedt een mogelijkheid

De zaak Ferring ⁴⁴ ging over een heffing op de directe verkoop van medicijnen door farmaceutische laboratoria. Deze was bedoeld om het nadeel te compenseren dat groothandelaren ondervonden, omdat zij volgens de Franse wet verplicht waren (een openbardienstverplichting) voldoende voorraad van de meeste medicijnen aan te houden om bepaalde regio's binnen zeer korte tijd van deze medicatie te kunnen voorzien (90% van het assortiment, voldoende voor twee weken, te leveren binnen 24 uur). De groothandelaren waren derhalve van de heffing vrijgesteld, en de fabrikanten stelden dat die vrijstelling een verboden steunmaatregel was in de zin van artikel 87, lid 1 EG.

Het Hof was het daar echter niet mee eens. Het stelde dat de vrijstelling geen economisch voordeel voor de groothandelaren vormde, maar slechts een nadeel compenseerde, namelijk de extra kosten van de wettelijk opgelegde openbardienstverplichting. Het Hof formuleerde de compensatiebenadering *in casu* als volgt:

'In dezelfde zin kan, voorzover de aan de farmaceutische laboratoria opgelegde heffing op de rechtstreekse verkoop overeenstemt met de door de groothandelaars-distributeurs daadwerkelijk gedragen extra kosten om

⁴¹ Zie bijvoorbeeld van het Hof: HvJ EG 29 juni 1999, Zaak 387/92, *Jur.* 1994, p. I-877 (Banco Exterior de España) en HvJ EG 22 juni 2000, Zaak 332/98, *Jur.* 2000, p. I-4833 (Frankrijk vs. Commissie) en van het Gerecht van eerste aanleg: GvEA 27 februari 1997, Zaak T-106/95, *Jur.* 1997, p. II 229 (FFSA) en GvEA 10 mei 2000, Zaak 46/97, *Jur.* 2000, p. II-2125 (SIC).

⁴² GvEA 10 mei 2000, Zaak 46/97, *Jur.* 2000, p. II-2125 (SIC). Dit arrest is ook opgenomen in het *Dossier EG-Recht: Staatssteun*, Sdu 2003.

⁴³ R.o. 84.

⁴⁴ HvJ EG 22 november 2001, Zaak 53/00, *Jur.* 2001, p. I-9067 (Ferring). Ook opgenomen in het *Dossier EG-recht: Staatssteun*, Sdu 2003.

hun verplichtingen inzake openbare dienstverlening na te komen, het feit dat deze laatsten niet aan die heffing zijn onderworpen worden beschouwd als de tegenprestatie voor de verrichte prestaties, en bijgevolg als een maatregel die geen staatssteun in de zin van artikel 92 EG-Verdrag is (thans artikel 87, H,vL).⁴⁵

Een regeling als de heffing in kwestie kon slechts dan als staatssteun worden aangemerkt als het voordeel dat de begunstigten halen uit het feit dat zij van de regeling zijn vrijgesteld 'groter is dan de extra kosten die zij dragen om te voldoen aan de verplichtingen inzake openbare dienstverlening die hun bij de nationale regeling zijn opgelegd'.⁴⁶

Deze benadering biedt de bij omroepsteun betrokken decentrale overheden een verrassend perspectief, mits zij er als nog voor zorgen dat hun financiële ondersteuning aan de lokale en regionale omroepen voldoet aan de door de Commissie in haar Mededeling gestelde voorwaarden om voor de exceptie van artikel 86, lid 2 in aanmerking te komen. Indien in dat geval blijkt dat de financiering beperkt blijft tot een compensatie van de kosten (evenredigheid), kunnen zij het uitblijven van de aanmelding legitimeren met een beroep op het Ferringarrest. Daarbij moet wel het volgende bedacht worden: in de eerste plaats ontkomen zij niet aan de aanmeldingsplicht wanneer de financiering verder gaat dan de compensatie. Zorgvuldig rekenwerk is hier dus vereist. In de tweede plaats is het zeer wel mogelijk dat het Hof in de nabije toekomst terugkomt op zijn arrest, wat tot gevolg zou kunnen hebben dat ook de compenserende financiering als nog moet worden aangemeld. De thans bestaande onduidelijkheid heeft namelijk tot de nodige kritiek geleid.

Onduidelijkheid en kritiek

Met het kiezen voor de compensatiebenadering vaart het Hof een zwabberkoers. Het maakte namelijk al eerder gebruik van de compensatieleer⁴⁷, leek daar definitief afscheid van te hebben genomen, en is er nu - althans voorlopig - weer naar teruggekeerd. Het is dan ook niet verwonderlijk dat niet alleen de Commissie maar ook anderen niet bepaald te spreken zijn over Ferring. Mede omdat er nu een duidelijk verschil in opvatting bestaat tussen Gerecht en Hof wordt dan ook reikhalzend uitgekeken naar een arrest waarin het Hof duidelijk maakt of het de lijn van Ferring wil doortrekken of weer in de pas gaat lopen met het Gerecht. Op dit moment liggen er twee zaken bij het Hof, de zaak Altmark en de zaak GEMO, die duidelijkheid zouden moeten brengen. In beide zaken hebben wij al de beschikking over de conclusie van een Advocaat-Generaal en daaruit blijkt dat er verschillende benaderingen circuleren waaruit het Hof zou kunnen kiezen.

De voorstanders van de staatssteunaanpak hebben in A-G Léger hun voornaamste woordvoerder. In zijn conclusie bij de zaak Altmark⁴⁸ stelt hij expliciet dat hij het niet eens is met de redenering van het Hof, en van mening is dat handhaven van de benadering van Ferring er toe leidt dat de 'structuur en logica' van de staatssteunbepalingen van het Verdrag worden ondermijnd.⁴⁹ Hij pleit er dan ook voor de lijn van Ferring weer te verlaten en terug te keren naar de (staatssteun-)benadering die het Gerecht van eerste aanleg volgde in het SIC-arrest.⁵⁰ Het uitgebreide betoog van Léger sneed blijkbaar hout, want mede naar aanleiding daarvan werd de mondelinge procedure van Altmark 18 juni 2002 heropend, specifiek om de meningen over de gevolgen van Ferring te inventariseren.

Een van de meningen die zeker aan de orde zal komen, is die van A-G Jacobs in zijn conclusie bij de GEMO-zaak.⁵¹ Jacobs meent dat noch de staatssteun-, noch de compensatiebenadering in alle gevallen een 'ideale' oplossing biedt, en stelt voor een meer genuanceerde aanpak te kiezen,⁵² waarbij onderscheid moet worden gemaakt tussen twee situaties. In de eerste situatie is er een *direct en duidelijk verband* tussen de overheidsfinanciering en een duidelijk omschreven openbare dienstverplichting. In dat geval is er geen sprake van staatssteun als bedoeld in 87, lid 1, maar slechts van compensatie voor de kosten van de opgelegde diensten. In de tweede situatie is er geen verband tussen financiering en openbare dienstverplichting, of is de openbare dienstverplichting niet duidelijk omschreven. In dat geval is de financiering wel staatssteun.

⁴⁵ R.o. 27.

⁴⁶ R.o. 29.

⁴⁷ HvJ EG 7 februari 1985, Zaak 240/83, *Jur.* 1985, p. 531 (ADBHU), r.o. 18.

⁴⁸ HvJ EG Zaak 280/00 (Altmark).

⁴⁹ Eerste conclusie van A-G Léger bij Altmark, 19/03/2002, punt 73 e.v.

⁵⁰ Eerste conclusie bij Altmark, punt 98.

⁵¹ HvJ EG Zaak 126/01 (GEMO).

⁵² Conclusie van A-G Jacobs bij GEMO, 30/03/2002, punt 118 e.v.

Omdat deze benadering draait om het verband tussen overheidsfinanciering en een openbardienstverplichting, noemt Jacobs hem de *quid pro quo*- benadering. De reacties lopen uiteen, maar een van de meest uitgesproken komt wederom van Jacobs' collega Léger.

In zijn tweede conclusie bij Altmark⁵³ wijst Léger de *quid pro quo*-benadering om twee redenen vrij resoluut van de hand. Ten eerste beschouwt hij de benadering als niet in lijn met de jurisprudentie van het Hof, die er immers van uitgaat dat niet het *oogmerk* van overheidsfinanciering bepalend is om vast te stellen of er sprake is van staatssteun, maar uitsluitend het *effect*. Om het directe en duidelijke verband uit de *quid pro quo*- benadering vast te kunnen stellen, moet het oogmerk echter wel degelijk worden onderzocht.⁵⁴ Ten tweede vreest Léger dat de *quid pro quo*-benadering zal leiden tot rechtsonzekerheid. Wat wordt bedoeld met een 'direct en duidelijk verband' is immers niet eenduidig vast te stellen. Het gevolg zal zijn dat het Hof per geval moet bekijken of dat verband er is, en dat er een omvangrijke (en tijdrovende) jurisprudentie zal moeten worden opgebouwd om het begrip te laten kristalliseren. Om aan alle onduidelijkheid een eind te maken beveelt Léger met klem aan terug te keren naar de staatssteunbenadering van voor Ferring.

Ook voor decentrale overheden en omroepen zou de genuanceerde benadering tot onzekerheid leiden. De financiering van omroepen kan in veel gevallen onder beide situaties van deze benadering vallen, waardoor niet direct duidelijk zal zijn of er sprake is van staatssteun of niet. Bezien vanuit de structuur van het EG-Verdrag en de staatssteunbepalingen zouden wij er de voorkeur aan geven wanneer het Hof de conclusie van Léger volgt en zich – weer – aansluit bij de staatssteunbenadering van het Gerecht. Voor de praktijk van de decentrale overheden heeft de Ferring-benadering echter het grote voordeel dat compenserende steun aan diensten van algemeen economisch belang niet behoeft te worden aangemeld. We wachten de ontwikkelingen met spanning af.

Afsluitende conclusies

Kennelijk zonder enige aandacht voor de randvoorwaarden van het Gemeenschapsrecht wordt in Nederland door diverse decentrale overheden financiële ondersteuning gegeven aan lokale en regionale publieke omroepen. Volgens de regels van de staatssteun is hierbij in de regel sprake van steun die had moeten worden aangemeld en daarom onrechtmatig is verleend. Gezien de ruime interpretatie door de Commissie van het criterium 'ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel' zal de verleende staatssteun in de regel ook onverenigbaar zijn met artikel 87, lid 1 EG. De Commissie laat een zeer beperkte ruimte open voor een beroep op de cultuurexceptie van artikel 87, lid 3 onder d, maar in het algemeen moet de redding van de staatssteun komen van de exceptie van artikel 86, lid 2 EG voor diensten van algemeen economisch belang. Om die reden dienen de decentrale overheden er op korte termijn voor te zorgen dat hun steun alsnog voldoet aan de eisen die de Commissie in haar Mededeling heeft gesteld op het punt van de omschrijving, de toewijzing en controle en de evenredigheid van de financiering. Omdat er weinig andere ruimte is dan artikel 86, lid 2 EG lopen de overheden het risico dat niet-evenredige financiering teruggedforderd zal moeten worden van de omroepen. (Daar doet de discussie over het Ferringarrest niets aan af.)

Indien de steun is aangepast aan de eisen van de Mededeling, dient hij volgens de staatssteunbenadering van het Gerecht van eerste aanleg als nog te worden aangemeld, maar kan verwacht worden dat de Commissie hem goedkeurt.

Na de vereiste aanpassing zouden de decentrale overheden op dit moment het uitblijven van de aanmelding, en daarmee de onrechtmatigheid, kunnen legitimeren met een beroep op het Ferringarrest van het Hof. Of die legitimatie ook voor de toekomst blijft gelden is onzeker en hangt af van het standpunt dat het Hof in de op handen zijnde zaken Altmark en GEMO zal innemen. De Commissie heeft haar werkzaamheden op het gebied van staatssteun en openbare diensten zelfs opgeschort in afwachting van deze arresten.⁵⁵

Tot slot: Bij de presentatie van RTV Utrecht ontvingen de genodigden een paraplu, want iedereen verwachtte dat het 'complimentjes zou gaan regenen.' Aan de medewerkers, de programma's en het enthousiasme van de toenmalige gedeputeerde Kallen zal het niet liggen. Laten we hopen dat de regenschermen ook bestand kunnen zijn tegen een buitje uit Brussel.

⁵³ Tweede conclusie van A-G Léger bij Altmark, 14/01/2003, punt 75 e.v.

⁵⁴ Tweede conclusie bij Altmark, punt 79 t/m 84.

⁵⁵ Zie bijvoorbeeld het *Non Paper*, de punten 6 en 56.