

Strijden voor of om de publieke omroep?

Hoe subsidiariteit de Europese Commissie en de lidstaten
verdeelt in het staatssteunbeleid

Karen Donders

ABSTRACT: The Battle for Public Service Broadcasting: How Subsidiarity Opposes the European Commission and the Member States in the Application of the State Aid Rules

Since the early 1990s, the European Commission applies the State aid rules (part of European competition law) to the funding of national and subnational public broadcasters. This article analyzes to what extent discussions on the regulation and funding of public service broadcasting are determined by a conflictual notion of subsidiarity. Focusing on encounters between the European Commission on the one hand and Germany, the Netherlands and Flanders on the other hand, the article concludes that Member States and the European Commission focus more on competence divisions than on substantive discussions about the future of public service broadcasting. This is particularly regrettable as the digital age requires a thorough re-thinking of the role of public broadcasters in Western European democracies.

KEYWORDS: state aid, public service broadcasting, cultural objectives, media policy

1. Inleiding

Het Verdrag van Maastricht (1992) introduceerde subsidiariteit in de juridische orde van de Europese Unie en is sinds de implementatie van het Verdrag een bouwsteen van Europees beleid. Simplifiërend gesteld bepaalt het subsidiariteitsbeginsel dat beslissingen genomen worden op het laagst mogelijke niveau, het niveau dat het dichtst bij de burger staat. Dit betekent dat de Europese instellingen in domeinen die buiten hun exclusieve bevoegdheid liggen enkel initiatieven kunnen nemen indien de doelstellingen van het Verdrag niet bereikt kunnen worden door de

lidstaten van de Europese Unie of de regio's. In dat geval is er een legitieme basis voor acties van de Gemeenschap (Hay & Menon, 2007, p. 444).

In theorie slaagt het subsidiariteitsbeginsel erin om een evenwicht te creëren tussen de verzuchtingen en gevoeligheden van de lidstaten van de EU en de Europese instellingen. Volgens Barber (2005) reflecteert het subsidiariteitsbeginsel de poging om Europese politiek in een meer democratisch kader te plaatsen en “[om] beslissingen te laten nemen door hen die erdoor worden beïnvloed” (Barber, 2005, p. 323, eigen vertaling). In de praktijk blijkt het echter bijzonder moeilijk te zijn om de ongetwijfeld nobele ideeën die ten grondslag liggen aan het subsidiariteitsbeginsel te verenigen met het bijna intrinsieke verlangen van overheden en overheidsinstellingen om hun macht in bepaalde domeinen te behouden of zelfs te vergroten. Dat verlangen staat haaks op het subsidiariteitsbeginsel dat gelijkstaat aan machtsdeling en niet zozeer aan machtsstrijd. Met andere woorden: het subsidiariteitsbeginsel vertrekt vanuit de idee dat er gezocht moet worden naar complementariteit en consensus tussen verschillende beleidsniveaus, terwijl er op die beleidsniveaus instellingen en beleidsmakers zijn die een eerder conflictueuze benadering van subsidiariteit hanteren waarbij beleid op één niveau gelijkgesteld wordt met een verlies van bevoegdheden op een ander niveau.

In domeinen zoals media lijkt subsidiariteit eerder gelieerd te zijn aan conflict en machtsstrijd tussen instellingen dan aan machtsdeling. Het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU) stelt dat: “de Unie bevoegd [is] om het optreden van de lidstaten te ondersteunen, te coördineren of aan te vullen”, onder andere op het gebied van cultuur (art. 6c VWEU). Het is onduidelijk en bovendien gecontesteerd welke acties gedekt zijn door artikel 6c VWEU. Barnett (2001, pp. 412-414) stelt bijvoorbeeld dat het subsidiariteitsbeginsel in geen geval aangegrepen kan worden door de Europese instellingen om verregaande bevoegdheden op het vlak van cultuur te claimen. Integendeel, hij meent dat het subsidiariteitsbeginsel aangeeft en beklemtoont dat de eerste verantwoordelijkheid voor initiatieven op het gebied van cultuur en media bij de lidstaten van de EU ligt. Harcourt (2002, p. 738) schuift een gelijkaardig idee naar voren als ze zegt dat de praktijken van de Europese instellingen (in het bijzonder van de Europese Commissie) “onmenselijk zijn omgegaan met culturele overwegingen van de lidstaten, ondanks de roep om subsidiariteit” (eigen vertaling).

Het subsidiariteitsbeginsel wordt in wetenschappelijk onderzoek naar Europees mediabeleid vaak aangewend om een argument te geven tegen Europese interventie in de culturele en mediasectoren. Dit is zeker het geval wanneer de Europese instellingen zich ‘moeien’ met cultuur of media op basis van het interne marktbeleid of het mededingingsrecht (bv. Bardoeel & Vochteloo, 2009; Holtz-Bacha, 2005; Moe, 2008). Een van de meest levendige discussies over het subsidiariteitsbeginsel, meer bepaald over de kwestie of het gerespecteerd wordt of niet,

betreft de controle door de Europese Commissie (hierna 'Commissie') van de publieke financiering van lidstaten van de EU aan publieke omroepen (Donders, 2012). Sinds de jaren 1990 klagen private omroepen bij de Commissie over de legitimiteit van de publieke financiering aan de publieke omroepen. Deze klachten werden en worden op protest onthaald bij de lidstaten van de EU en bij de verschillende Europese publieke omroepen. Die stellen immers dat de lidstaten exclusieve bevoegdheden hebben als het gaat over cultuurbeleid (Plasterk, 2008; EBU, 2008), terwijl de Commissie stelt dat ze enkel haar exclusieve bevoegdheid op het vlak van mededinging in de praktijk omzet (Commissie, 2001; 2009). Heel wat onderzoekers scharen zich echter achter de positie van de lidstaten en de publieke omroepen. Zij stellen dat de Commissie intervenieert op een beleidsdomein dat volgens het subsidiariteitsbeginsel onder de bevoegdheden van de lidstaten valt (Donders, 2010, p. 58). In die zin wordt de oppositie tussen een conflictueuze benadering van supranationaal beleid in de Europese Unie enerzijds en een eerder consensus- en complementariteitsgerichte benadering 'aangevuld' met een bijkomende dimensie: die tussen een eerder marktgerichte (impliciet veronderstelde, Europese) en een meer cultuurgerichte (impliciet veronderstelde, nationale) beleidsagenda.

Dit artikel onderzoekt niet zozeer of de Commissie al dan niet buiten haar bevoegdheid gaat in het controleren van de nationale financiering aan publieke omroepen (zie hiervoor Donders, 2012; Moe, 2008). Het richt zich daarentegen op de vraag hoe verschillende noties van het subsidiariteitsbeginsel het verloop van staatssteunonderzoeken naar de financiering van publieke omroepen beïnvloed hebben. Het artikel bestaat uit vier delen. Ten eerste worden de belangrijkste regels en concepten van het Europese staatssteunrecht besproken. Ten tweede volgt een historisch perspectief op de contacten tussen de Commissie en de lidstaten inzake staatssteunonderzoeken naar de financiering van publieke omroepen. Ten derde is er een meer diepgaande analyse van het verloop van staatssteunzaken en meer bepaald van de conflicten tussen de Commissie en de betrokken lidstaten. Voor dit artikel werden drie zaken geselecteerd waarin Duitsland, Nederland en Vlaanderen betrokken waren. Deze landen en regio waren betrokken bij vrij recente procedures (die afgesloten werden in respectievelijk 2007, 2010 en 2008). In elk van deze procedures was de bevoegdheidsverdeling tussen de Commissie en de betrokken lidstaat of regio bijzonder gecontesteerd. Deze conflicten en de uiteenlopende ideeën over wie het voor het zeggen had, beïnvloedden het verloop van de procedures en de uitkomst ervan. Tot slot volgen enkele conclusies.

De onderzoeksresultaten zijn gebaseerd op een analyse van documenten (onder andere persberichten, uitspraken van het Hof van Justitie van de Europese Unie en het Gerecht, beschikkingen van de Europese Commissie) en uitgebreide experteninterviews die werden afgenomen tussen september 2006 en juni 2011. De

geïnterviewde experts vertegenwoordigden de Commissie (DG's Mededinging, Cultuur en Onderwijs, Informatiemaatschappij en Media), belangengroepen, nationale mediaministeries, publieke omroepen, private omroepen en krantenuitgevers. De interviews waren semigestructureerd. Aangezien heel wat staatssteunonderzoeken nog lopende waren tijdens de afname van de experteninterviews, zijn de respondenten anoniem.

Het artikel komt tot het besluit dat discussies over de financiering van publieke omroepen vooral over subsidiariteit en de institutionele invulling ervan gaan en in mindere mate over de publieke omroep en zijn toekomst zelf. Lidstaten en de Commissie zijn vaak meer bezorgd geweest over bevoegdheidsverdelingen in dit domein dan over het eigenlijke onderwerp van het nationale of regionale cultuurbeleid.

2. Dubbelzinnige regels en concepten

2.1. *Bepalingen in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie: een speciale vermelding voor de publieke omroep*

Een beperkt aantal regels bepaalt het kader waarbinnen de Commissie de financiering van publieke omroepen kan controleren. Artikel 107, eerste lid van het VWEU stelt dat steunmaatregelen van de staten die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, in principe verboden zijn. Subsidies zijn niet de enige vorm van steunmaatregelen van de staten. Ook belastingvrijstellingen, regeringswaarborgen op leningen, enz. worden beschouwd als staatssteun, gezien hun impact op de overheidsfinanciën (Lasok, 2001; Schütte, 2006).

Er bestaan verschillende uitzonderingen op het algemene verbod op staatssteun. Voor subsidies aan publieke omroepen is vooral artikel 106, tweede lid van belang. Dit artikel voorziet in een speciaal regime van staatssteun voor zogenoemde diensten van algemeen economisch belang. Algemeen gesteld gaat het om publieke diensten die worden aangeboden binnen een marktsituatie. Openbaar vervoer, bepaalde postdiensten, hoger onderwijs, enz. kunnen worden beschouwd als diensten van algemeen economisch belang (Nicolaidis, Kekeleki & Buyskes, 2005, p. 48). De meeste socialezekerheidsdiensten zijn dat niet. Artikel 106, tweede lid van het VWEU stelt dat de toepassing van mededingingsregels de verlening van diensten van algemeen economisch belang niet verhindert. Hiervoor is een meer soepele toepassing van de regels nodig. Rekening houdend met het belang van diensten van algemeen economisch belang voor de Europese democratische samenlevingen, moet de Commissie de doelstellingen van de mede-

dingingswet afwegen tegen de doelstellingen van publiek belang die gedefinieerd zijn op het niveau van de lidstaten. Het is niet de taak van de Commissie om te bepalen welke diensten geldig kunnen worden beschouwd als diensten van algemeen economisch belang en, bijgevolg, welke diensten vallen onder de uitzondering van artikel 106, tweede lid van het VWEU. Gezien het verankerde karakter van diensten van algemeen economisch belang, zijn de lidstaten bevoegd (Commissie, 2005). De Commissie mag alleen tussenbeide komen in geval van een manifeste fout; dat betekent: lidstaten die diensten subsidiëren die zonder enige twijfel volledig commercieel van aard zijn. Het hoeft geen betoog dat, zelfs indien men zou uitgaan van een eerder consensus- en complementariteitsgerichte benadering van subsidiariteit, de scheidingslijn tussen een manifeste fout en de autonomie van de lidstaten om te bepalen wat een dienst van algemeen economisch belang is, heel dun is. Bovendien is staatssteun aan diensten van algemeen economisch belang niet *per se* aanvaard. Deze diensten moeten voldoen aan een aantal voorwaarden, die ervoor zorgen dat het gaat om 'goede' staatssteun of, in minder populaire termen, dat ze verenigbaar zijn met de bepalingen van de interne markt. Het is aan de Commissie om te bepalen of deze beginselen worden nageleefd en om mogelijke afwijkingen van de doelstellingen van openbaar belang die ze niet zelf vooropstelt, in evenwicht te brengen. Nogmaals, dit is een moeilijke evenwichtsoefening – zowel op het institutionele als op het inhoudelijke vlak (Hoe publieke doelstellingen en mogelijks schadelijke effecten op de interne markt afwegen?) – tussen uiteenlopende doelstellingen of, zoals Buendia Sierra (2006, p. 543) het stelt, “tectonische platen die in tegengestelde richtingen bewegen” (eigen vertaling).

De Commissie heeft in haar zogeheten ‘Omroepmededeling’ (2001) duidelijker omschreven hoe zij de generische regels van artikelen 107, eerste lid van het VWEU en 106, tweede lid van het VWEU toepast op de financiering van publieke omroepen. De mededeling gaat uit van de regels van het Verdrag maar ook van het Protocol van Amsterdam. Dit laatste werd in 1997 aangenomen en maakt sedertdien integraal deel uit van het Verdrag van Amsterdam. Het erkent het belang van publieke omroepen voor Europese democratische samenlevingen en kent de bevoegdheden om publieke omroepen te organiseren en te financieren toe aan de lidstaten. “VAN OORDEEL dat het publieke-omroepstelsel in de lidstaten rechtstreeks verband houdt met de democratische, sociale en culturele behoeften van iedere samenleving en met de noodzaak pluralisme in de media te behouden. De bepalingen van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap doen geen afbreuk aan de bevoegdheid van de lidstaten om te voorzien in de financiering van de publieke omroep, voorzover deze financiering wordt verleend aan omroeporganisaties voor het vervullen van de publieke opdracht zoals toegekend, bepaald en georganiseerd door iedere lidstaat, en voorzover deze financiering de voorwaarden inzake het handelsverkeer en de mededingingsvoorwaarden in

de Gemeenschap niet zodanig verandert dat het gemeenschappelijk belang zou worden geschaad, waarbij rekening wordt gehouden met de verwezenlijking van de opdracht van deze publieke dienst.”

Het Protocol van Amsterdam werd pas aangenomen na zwaar lobbywerk van voormalig Belgisch premier Dehaene en voormalig Duits bondskanselier Kohl. Het was een reactie op de eerste klachten van de private sector tegen de financiering van publieke omroepen begin jaren 1990. Het protocol vormt een mijlpaal door de uitdrukkelijke erkenning van het belang van openbare omroepen en de autonome bevoegdheden van lidstaten op dit gebied. Het verwijst vaak naar de autonomie van lidstaten en het belang van publieke omroepen, wat de ultieme erkenning van de culturele bevoegdheden van de lidstaten betekent (Donders, 2012). Het Protocol van Amsterdam wordt vaak gezien als een *lex specialis* voor de publieke omroep en een erkenning van het subsidiariteitsbeginsel in het voordeel van de lidstaten. Het legt, aldus onder meer Holtz-Bacha (2005) en Moe (2008), het institutionele zwaartepunt in staatssteunzaken bij de lidstaten en doet de inhoudelijke balans overslaan naar culturele en publieke doelstellingen.

2.2. *De Omroepmededeling: een evenwichtsoefening tussen de plichten van de Europese Commissie en de rechten van de lidstaten*

De Commissie moet evenwel de regels betreffende staatssteun aan publieke omroepen toepassen (Gerecht van eerste aanleg, 1998; 1999; 2000). Hiervoor moet ze zorgvuldig overwegen hoe ver haar bevoegdheden reiken. Voor publieke omroepen worden drie hoofdbeginselen toegepast en beschreven in de Omroepmededeling. Ten eerste moet de publieke taak van publieke omroepen (of ‘publieke opdracht’) duidelijk gedefinieerd worden. Het moet duidelijk zijn welke diensten door nationale overheden als publiek worden beschouwd en publieke financiering verdienen, en welke diensten bijgevolg commercieel zijn en niet mogen worden gefinancierd. Ten tweede moeten publieke omroepen behoorlijk worden gecontroleerd, bij voorkeur door een onafhankelijke instantie. Ten derde moet de financiering proportioneel zijn. Met andere woorden: regeringen mogen niet meer geld geven dan werkelijk nodig is om de toegekende publieke taken uit te voeren. Zodra de financiering van publieke omroepen voldoet aan deze drie beginselen, is ze verenigbaar met de bepalingen van de interne markt (Commissie, 2001, §29).

De toepassing van de criteria van de Omroepmededeling is het voorwerp van heftige discussies tussen de Commissie en de lidstaten. Vooral bij de toepassing van het eerste criterium stellen de lidstaten dat de bevoegdheid van de Commissie tot het uiten van kritiek beperkt is, aangezien zij zelf bepalen welke diensten van

algemeen economisch belang zijn. Met name met betrekking tot technologische ontwikkelingen in de mediasector heeft de Commissie het publieke karakter van een aantal online en mobiele diensten van publieke omroepen in vraag gesteld. Hierdoor werd ze geconfronteerd met weerstand van lidstaten. Die lidstaten zijn namelijk van mening dat de Commissie mee de publieke opdracht definieert wanneer ze twijfelt of bepaalde diensten wel publieke diensten zijn (Donders, 2010). Dit valt buiten haar bevoegdheden om manifeste fouten vast te stellen en is bijgevolg strijdig met het hanteren van het subsidiariteitsbeginsel bij de toepassing van de regels betreffende staatssteun.

Kortom, alle hoofdregels en concepten die de contouren van Europese controle van staatssteun uittekenen, hebben tot gevolg dat er een evenwicht moet worden gevonden tussen doelstellingen van publiek belang en doelstellingen van de Gemeenschap met betrekking tot de interne markt. Ze zijn evenwel niet doorslaggevend voor de resultaten van een dergelijke evenwichtsoefening. Ondanks een aantal uniforme bepalingen moet de Commissie geval per geval een evenwicht zoeken. Dit evenwicht heeft niet alleen betrekking op de spanning tussen publieke en economische belangen. Het heeft ook rechtstreeks te maken met het respecteren of overschrijden van de dunne lijn tussen de bevoegdheden van lidstaten en van de Commissie en maakt duidelijk dat subsidiariteit verre van een statisch gegeven is, maar in de praktijk eerder voortdurend in flux is.

3. Een terugblik op 15 jaar staatssteuncontrole van de publieke omroep

Hoewel vaak wordt verondersteld dat de Commissie beschikte en nog steeds beschikt over een soort 'masterplan' tegen publieke omroepen (bv. Bardool & Vochteloo, 2009; Holtz-Bacha, 2005; Moe, 2008; Wheeler, 2010), bewijst de recente geschiedenis van de betrokkenheid van de Commissie bij het onderwerp het tegendeel.

3.1. *Private omroepen verrassen iedereen met klachten tegen publieke omroepfinanciering (1990-2000)*

Toen private omroepen begin jaren 1990 voor het eerst klacht indienden tegen de financiering van publieke omroepen, reageerden lidstaten en publieke omroepen woedend (Donders, 2012). Ze lobbyden met succes voor de aanvaarding van de Resolutie van Praag (1994), tot bevestiging van hun "verbintenis om een sterk publieke-omroepstelsel te behouden en te ontwikkelen in een omgeving die geken-

merkt is door een steeds meer concurrerend aanbod van programma's en snelle technologische evoluties". Nog indrukwekkender was het feit dat de lidstaten in 1997 het Protocol van Amsterdam aannamen (*cf. supra*), dat – ook al is het geen sterk juridisch instrument (Nitsche, 2001) – een stevig politiek signaal is voor de autonomie van de lidstaten op het gebied van publieke omroepen.

Vanwege het lobbywerk van de lidstaten was de Commissie aanvankelijk terughoudend om beslissingen te nemen over de ingediende klachten. Haar laksheid bracht private omroepen ertoe een klacht in te dienen bij het Gerecht (*ex Gerecht van eerste aanleg*). Dit laatste vond de houding van de Commissie onaanvaardbaar en drong er, verwijzend naar de plicht van de Commissie de concurrentieregels te implementeren, op aan dat ze de klachten in kwestie grondig zou onderzoeken. Het was dan ook het Gerecht dat de Gemeenschap ertoe aanspoorde actie te ondernemen betreffende publieke omroepen. Want, zoals Levy (1999, p. 96) opmerkt: "De betrokkenheid van DG IV bij disputen tussen commerciële en publieke omroepen markeerde een eerder onwillige en zelfs nog meer controversiële vorm van interventie" (eigen vertaling). Smith (2001, p. 30) komt tot dezelfde conclusie, waarbij hij opmerkt dat "de trage respons niet alleen een kwestie van bureaucratische nalatigheid was; de vertraging weerspiegelde de weerstand van de Commissie om oordelen te vellen over hoe staatssteun op het gebied van publieke omroepen kan worden afgedwongen" (eigen vertaling). In deze beginfase valt al op in welke mate institutionele spanningen het staatssteunbeleid op het vlak van de publieke omroep bepalen. Interessant hierbij is dat het Gerecht 'zaken op orde' stelt door erop te wijzen dat de uitgebreide bevoegdheden van de lidstaten op het vlak van cultuur niets afdoen aan de bevoegdheden van de Commissie op het vlak van mededinging.

3.2. Zoeken naar een uniforme benadering (2001-2004)

Toen de Commissie geconfronteerd werd met de uitspraak van het Gerecht, was ze verplicht de klachten over de financiering van publieke omroepen grondig te onderzoeken. Hierbij vond ze dat een meer algemene aanpak om deze zeer gevoelige en zichtbare gevallen te behandelen, gepast was. De uitwerking van een dergelijke algemene aanpak – de uiteindelijke Omroepmededeling (*cf. supra*) – bleek zeer moeilijk, aangezien de lidstaten aandrongen op een individuele behandeling van de klachten. Hoewel de Commissie het eens was met de behoefte aan een flexibele aanpak, pleitte ze tegelijkertijd vurig voor een aantal gezamenlijke richtlijnen, die de juridische zekerheid voor alle betrokken belanghebbenden zouden uitbreiden. Toch moest commissaris Karel Van Miert in 1998 toegeven dat "gezien de houding van de lidstaten, de richtsnoeren inzake steun aan publieke televisie dood zijn" (Agence Europe, 1998, eigen vertaling). De chaos was compleet toen de lidstaten

zich verzetten tegen actie van de Gemeenschap, terwijl de Commissie verplicht was om op te treden.

Pas in 2001 nam de Commissie uiteindelijk een mededeling aan over de toepassing van staatssteunregels aan publieke omroepen, en zelfs toen bleven de lidstaten weigerachtig. Geleidelijk aan nam de Commissie een aantal beslissingen. Deze zorgden voor een weloverwogen en zorgvuldig evenwicht tussen de bevoegdheden van de lidstaten en van de Commissie. “Het financieringsmechanisme dat de lidstaten kiezen, mag het handelsverkeer niet zodanig veranderen dat het gemeenschappelijk belang zou worden geschaad. Bijgevolg, hoewel de organisatie van de financieringsmechanismen een bevoegdheid is van de lidstaat, is de beoordeling van de impact ervan op de mededinging een taak voor de Commissie. [...] Ik ben van plan een grondige analyse uit te voeren om criteria te bepalen om de impact op mededinging te meten en om richtsnoeren voor te bereiden die in de nabije toekomst moeten worden besproken met de lidstaten. Ik heb er alle vertrouwen in dat deze richtlijnen tegemoet zullen kunnen komen aan de behoefte aan gelijke spelregels, terwijl ze tegelijkertijd niet raken aan de primaire rol van de publieke omroep, met name democratie, pluralisme, sociale cohesie en culturele diversiteit” (Monti geciteerd in Nikolinakos, 2006, p. 400, eigen vertaling).

Ook al was de Commissie zich bewust van de gevoeligheden van de lidstaten, toch stelde ze twee vrij belangrijke, inhoudelijke beginselen op in deze fase van ‘zoeken naar een aanpak’ (eind jaren 1990 – halverwege 2004). Ten eerste werden publieke omroepen in de beoordelingen van de Commissie beschouwd als marktverstoorders. Publieke omroepen zijn een anomalie. Ze zijn niet vergelijkbaar met andere ondernemingen en daarom moet hun werking van nabij worden gevolgd om ervoor te zorgen dat marktvervormingen, die onvermijdelijk voortvloeien uit de aparte positie van publieke omroepen, tot een minimum worden beperkt. Bijgevolg heeft staatseigendom een negatieve bijklank (Szyszczak, 2004).

Ten tweede wordt er met argusogen gekeken naar nieuwe online en mobiele diensten. De Commissie is er niet zeker van of deze diensten wettig vallen onder de publieke opdracht en vraagt zich bijgevolg af of ze geen manifeste fouten vormen. De Commissie twijfelt eraan of de regels voor financiering van traditionele omroepdiensten automatisch van toepassing zijn op nieuwemediadiensten (bijvoorbeeld, streamen van radioprogramma’s, iPadapplicaties voor het bekijken van audiovisuele content van publieke omroepen), waarbij ze verwijst naar de afnemende schaarste van het spectrum, de veranderende betekenis van het universaliteitscriterium en het duidelijke overaanbod op de markt. Ze stelt dat lidstaten moeten herbekijken of bepaalde diensten wel kunnen worden beschouwd als diensten van algemeen economisch belang (Depypere & Tigchelaar, 2004, pp. 20-21).

Het verwondert niet dat lidstaten en publieke omroepen over beide elementen van mening verschillen. Verwijzend naar het Protocol van Amsterdam stellen zij dat publieke omroepen geen uitzondering zijn op de interne markt. Integendeel, ze maken integraal en fundamenteel deel uit van Europese democratieën. Met het oog op nieuwemediadiensten wijzen zij – nogmaals – op de verdeling van bevoegdheden tussen de lidstaten en de Commissie. Voormalig functionaris Europese Zaken van ARD, Verena Wiedemann (2004), is scherp in haar kritiek, wanneer ze het volgende stelt: “Eenvoudig gesteld zorgt het Protocol van Amsterdam voor een duidelijke en onmiskenbare verdeling van verantwoordelijkheden. De lidstaten hebben de verantwoordelijkheid om de opdracht van publieke omroepen te bepalen en te beslissen over de financiering ervan: de Commissie heeft de verantwoordelijkheid om te bepalen of, in een bepaald geval, de beslissingen van de lidstaten in strijd zijn met het algemene belang [...] Door het Protocol van Amsterdam niet toe te passen op de online diensten van openbare omroepen, overtrad de Commissie de primaire Europese wetgeving” (eigen vertaling).

Globaal gezien stelt de Commissie al een aantal beginselen op over de financiering van publieke omroepen. De praktijkgevallen blijven evenwel beperkt: er werden amper 6 beslissingen genomen tussen eind jaren 1990 en 2003. De meeste beslissingen gaan over ad-hocfinancieringen voor openbare omroepen in Italië, Spanje en Portugal – bijgevolg hebben ze geen betrekking op het belangrijkste spanningsveld, met name de definitie van de publieke opdracht. Deze beslissingen zijn immers vrij ‘beperkt’ in omvang. Ze betreffen één deelaspect van publieke omroepbeleid in de betrokken lidstaat: vaak gaat het over bijkomende subsidies aan een publieke omroep om schulden in te lossen. Er is een tiental ‘whole package’-beschikkingen. Deze bestrijken de volledige regulering en financiering van een publieke omroep en zijn dus veel ingrijpender op het beleid van de lidstaten. In deze tweede fase is in slechts twee beslissingen de publieke opdracht als zodanig een twistpunt. Ze hadden allebei betrekking op de financiering van de Britse openbare omroep BBC en werden, ondanks uitgebreide kritiek van waarnemers, eerder gemakkelijk en pragmatisch opgelost met de Britse overheid. Die laatste was (aldus geïnterviewde experten) niet zo bezorgd over de interventie van de Commissie *as such*, maar wilde vooral de reikwijdte van haar impact beperken. Daarom ging de Britse regering akkoord met het besluit van de Commissie dat een educatieve, online website van de BBC geen ‘publieke omroepdienst’ was mits die dienst dan wel als een dienst van algemeen economisch belang werd gecategoriseerd en op die manier staatssteun kon ontvangen. Onder andere Wiedemann (2004) bekritiseerde die pragmatische houding. Ze stelde dat een dergelijke categorisering tegen het primaire gemeenschapsrecht gaat. Dat laat het immers aan de lidstaat om diensten als publieke omroepdienst te categoriseren of niet.

3.3. *Consolidatie van het beleid van de Europese Commissie ten aanzien van de publieke omroep (2004-...)*

Pas sedert 2004 neemt het aantal beslissingen toe (met bijna 20 beslissingen tot nu toe), die allemaal een stevige basis vinden in de criteria van de Omroepmededeling. Vijf hoofdbeginselen (Donders, 2010) komen naar voren:

1. De definitie van de publieke taak van publieke omroepen, in het bijzonder wanneer ze betrekking hebben op nieuwemediadiensten, moet nauwkeuriger zijn en een onderscheid maken tussen commerciële en publieke diensten. Er is een duidelijke definitie nodig om publieke financiering van commerciële diensten en, hiermee verwant, de door de regering ongewilde uitbreiding van de publieke opdracht (ook 'mission creep' of doelverschuiving genoemd) te voorkomen.
2. Als publieke omroepen hun activiteiten willen uitbreiden naar nieuwe activiteiten, moeten deze worden beoordeeld voordat ze worden gelanceerd. De Commissie verwijst naar de Britse *Public Value Test*. Deze procedure voorziet een beoordeling van marktimpact en publieke waarde van nieuwe diensten. Zo evalueert 'objectief' of een nieuwe dienst een toegevoegde publieke waarde biedt (en dus onder de publieke opdracht van de BBC valt) en welke negatieve en positieve effecten op de markt te verwachten zijn. De uitkomst van beide oefeningen wordt in rekening genomen om de dienst al dan niet toe laten.
3. De activiteiten van publieke omroepen en marktconform gedrag moeten worden gecontroleerd door een onafhankelijke instantie, die bij voorkeur buiten de publieke omroep staat.
4. De financiële en organisatorische structuur van publieke zenders moet zo transparant mogelijk zijn om een beoordeling mogelijk te maken van de proportionaliteit van toegekende steun. Zonder deze transparantie is het onmogelijk te weten of de steun wel degelijk beperkt is tot de nettokost van publieke dienstverlening.
5. De accumulatie van reserves moet worden beperkt tot 10% van de jaarlijkse regeringssubsidies.

De praktijk van de Commissie werd geconsolideerd in de Omroepmededeling van 2009. De gewijzigde versie van de Mededeling van 2001 werd aangenomen op 2 juli 2009 na intense besprekingen tussen de Commissie en de lidstaten. Deze besprekingen waren toegespitst op de bepalingen die de Commissie had opgesteld over de 'ex ante'-test (naar model van de Britse *Public Value Test*, cf. *supra*) van nieuwemediadiensten. Heel wat lidstaten gingen er niet mee akkoord dat een dergelijke test gevraagd kon worden op basis van het Europese primaire recht. Zij beweerden dat er een 'uitbreiding van bevoegdheden' was vanwege de Commissie (interview, februari 2008). Daarnaast vonden ze dat het strookte met hun bevoegdheden om nieuwe diensten te overwegen die deel uitmaken van de publieke taken van publieke omroepen zonder dat er een voorafgaande beoordeling plaats-

vindt (bv. Plasterk, 2008). Uiteindelijk werd er min of meer overeengekomen dat “een uitbreiding van publiek gefinancierde activiteiten gepaard moet gaan met de gepaste waarborgen om volledige naleving van het Verdrag te verzekeren” (Commissie, 2009, §56, eigen vertaling). De ‘ex ante’-test als algemene bepaling werd opgenomen in de Omroepmededeling van 2009 – hoewel de Commissie niet dieper inging op de specifieke kenmerken van een dergelijke test.

Het is opvallend dat telkens wanneer er zich inhoudelijke conflicten tussen een meer cultuur- en eerder marktgerichte benadering manifesteren, lidstaten de bovenhand willen halen door te verwijzen naar hun uitgebreide bevoegdheden aangaande het publieke omroepbeleid. De lidstaten gaan niet akkoord met een marktgerichte benadering waarbij de publieke omroep als anomalie gezien wordt (*cf. supra*): ze keuren het Protocol van Amsterdam goed en verwijzen vooral naar de erkenning van hun bevoegdheden door het Protocol; de lidstaten willen geen ‘ex ante’-test voor nieuwe diensten en opnieuw stellen ze dat een dergelijk instrument niet nodig is, niet omdat het niet nuttig zou zijn voor het optimaliseren van het publieke omroepbeleid, maar omdat ze van mening zijn dat het hun bevoegdheid is om al dan niet te beslissen over de publieke aard van nieuwe diensten. De lidstaten geven dus zelden een inhoudelijk argument – uiteraard ook omdat de institutionele benadering meer juridisch houvast biedt.

4. Publieke conflicten als standaardscenario

De spanningen rond gevallen van staatssteun aan publieke omroepen zijn uiterst voelbaar wanneer we dieper graven in afzonderlijke gevallen. De krachtmetingen van de Duitse, Vlaamse en Nederlandse regeringen met de Commissie zijn opgenomen in de beoordeling van deze bijdrage. De drie regeringen waren betrokken bij zogenoemde ‘whole package’-cases, die te maken hebben met een waaier van aspecten van de jaarlijkse financiering van openbare omroepen (*cf. supra*). Ze bieden een zeer uitgebreide blik op het standpunt van de Commissie ten opzichte van staatssteun aan publieke omroepen en zijn, vanwege hun uitgebreide omvang, zeer gevoelig wat betreft de vraag hoe ver de Commissie kan gaan in haar vraag om de steunmechanismen in kwestie aan te passen.

4.1. *Duitsland: federalisme versus supranationalisme*

In 2003 dienden de Duitse private omroepen een formele klacht in tegen de financiering van ARD, zijn ledenorganisaties en ZDF. Krantenuitgevers hadden de Europese Commissie in 2002 al informeel op de hoogte gebracht van hun ongerust-

heid over de activiteiten op het vlak van nieuwe media van de publieke omroepen. In feite klaagden private mediabedrijven al op het einde van de jaren 1990 de lancering aan van de thematische kanalen Phoenix en Kinderkanal (respectievelijk een documentairekanaal en een kinderkanal). De frustraties van private media over de status van publieke omroepen in Duitsland waren algemeen gekend, met beweringen van oneerlijke concurrentie die regelmatig de kop opstaken, over een hele reeks onderwerpen, onder meer reclame, sportrechten, teletekstdiensten (Humphreys, 1994, p. 69) en later nieuwemediadiensten. Toch hadden de private media het gevoel dat hun klachten niet ernstig werden genomen door de Duitse Länder. Ze beslisten met hun zaak naar 'Brussel' te trekken. Bijgevolg werd de Europese controle van staatssteun in het leven geroepen om binnenlandse beleidswijzigingen af te dwingen.

De Commissie begon in 2004 haar onderzoek naar de jaarlijkse financiering van de Duitse publieke omroepen (ARD, de regionale leden van ARD, en ZDF). Ze werd meteen geconfronteerd met de complexiteit van het Duitse publieke omroepbestel dat niet onder bevoegdheid van de federale regering valt, maar onder die van de afzonderlijke Länder (Cole, 2009, p. 90). Na Wereldoorlog II werd het omroepbeleid in Duitsland gedecentraliseerd om de onafhankelijkheid van de media ten aanzien van de staat te verhogen (Baringhorst, 2006, p. 227). Er zijn verschillende publieke omroepen, waarvan sommige onder de jurisdictie van één deelstaat vallen, andere worden gefinancierd door één tot drie kleinere deelstaten. ARD en ZDF vallen onder de gezamenlijke bevoegdheid van de Länder, die ook samen een omroepwet opmaken (in tegenstelling tot België waar de deelstaten elk hun publieke omroep en een volledig apart omroepbeleid hebben). De federale overheid heeft regelmatig getracht haar macht over het media- en omroepbeleid terug te winnen (Humphreys, 1994), maar is hier – onder andere door tussenkomsten van het Duitse grondwettelijke hof – niet in geslaagd. Concreet betekent dit dat de Commissie met alle Länder (vier Länder werden afgevaardigd) onderhandelde over de toekomst van de publieke omroepen in Duitsland. De Länder verschilden op heel wat vlakken van mening, wat de onderhandelingen bemoeilijkte. Op één punt waren ze het echter eens: de Commissie kon zich niet verder dan de federale staat mengen in het publieke omroepbeleid.

Toen de Commissie tot de conclusie kwam dat er problemen waren met de compatibiliteit van de steun in kwestie, vroeg ze verschillende aanpassingen in de Duitse regelgeving voor publieke omroepen. De belangrijkste aanpassing bestond erin dat de publieke opdracht opnieuw moest worden gedefinieerd en dat er een 'ex ante'-test voor nieuwemediadiensten moest worden ingevoerd. Hoewel de Duitse Länder het op een aantal punten niet eens waren met de Commissie (bv. door hun systeem van interne controle van publieke omroepen te verdedigen, waardoor de noodzaak van een marktimpactbeoordeling voor nieuwe diensten in vraag werd gesteld), gingen de uiteindelijke aanpassingen die ze aanbrachten verder dan wat

de Commissie had gevraagd. De redenen hiervoor zijn terug te vinden in de economische belangen van bepaalde Länder, die grote takken van private mediagroepen herbergen, en de reeds langer bestaande verlangens van een aantal Länder om publieke omroepen meer van dichtbij te regelen – iets wat mogelijk werd gemaakt door de tussenkomst van de Commissie.

Een blijvend twistpunt tussen de Commissie en de Duitse Länder, die betrokken waren bij moeilijke onderhandelingen tot er in april 2007 uiteindelijk een besluit werd uitgevaardigd (Commissie, 2007), was wie bevoegd was op dit gebied. Hoewel men zich terdege bewust was van de frustraties van de private sector, waren de klachten en de reacties van de Commissie toch een verrassing – en geen prettige verrassing: “Toen we de eerste brief van de Europese Commissie [maart 2003] kregen, schudde ik simpelweg mijn hoofd. Ik dacht dat ze gek geworden waren daar in Brussel. Ze bemoeiden zich echt met binnenlandse bevoegdheden. Maar de meningen hierover liepen duidelijk uiteen” (interview, april 2009, eigen vertaling).

Tot aan het einde van de staatssteunprocedure legden de Duitse Länder de nadruk op het gebrek aan bevoegdheden van de Commissie om op te treden. Op basis van subsidiariteitsargumenten werd er voortdurend op gewezen dat cultuurbeleid onder de bevoegdheden van de lidstaten valt (Bundesregierung Deutschland, 2005). Dörr (2006, p. 15) gaat akkoord met een dergelijk standpunt, door te stellen dat het Protocol van Amsterdam duidelijk heeft “bevestigd dat de financiering van publieke omroepen niet door het mededingingstoezicht mag getorpedeerd worden” (eigen vertaling). Met andere woorden: als de mededingingsregels in strijd zijn met de Duitse regels voor publieke omroepen, hebben deze laatste voorrang op de verzoeken van de Commissie. In het besluit dat de Commissie uitvaardigde, drong Duitsland aan op de opname van een zin die het overduidelijk maakte dat de beslissing op zich niet kon worden beschouwd als een erkenning van de bevoegdheden van de Commissie op dit gebied (Commissie, 2007, p. 323).

De hardnekkigheid van kwesties die te maken hebben met subsidiariteit tijdens de procedure is niet uniek (*cf. infra*). De essentie van controle van staatssteun is hoe ze het financieringsgedrag van lidstaten inperkt. Hoewel lidstaten het hier meestal mee eens zijn, blijven er wrijvingen in de alledaagse realiteit van het beleid betreffende staatssteun. Wrijvingen op het gebied van staatssteun en publieke omroepen hebben evenwel de neiging zeer groot en zeer goed zichtbaar voor het publiek te zijn. In het Duitse geval was dit nog duidelijker. De Länder zijn zeer gevoelig over hun bevoegdheden op het gebied van publieke omroepen, nadat ze te maken hadden met een federale wetgever die op bepaalde momenten meer dan bereid was om tussen te komen en bepaalde bevoegdheden over te nemen (Humphreys, 1994). Ondanks hun overtuiging dat de Commissie uitermate beperkte tot geen bevoegdheden had om zich te mengen met het publieke om-

roepbeleid in Duitsland, gingen de Länder niet verder met hun bezorgdheden ter zake: ze stelden geen preliminaire vraag aan het Hof van Justitie van de Europese Unie. *In retrospect* is het duidelijk dat dit te maken heeft met de inhoudelijke agenda van sommige Länder. Die zagen, ondanks institutionele bezwaren, wel wat in een meer marktgerichte benadering ten opzichte van de publieke omroep en gebruikten, net zoals de private omroepen, de interventie van de Europese Commissie om hun eigen agenda te realiseren. De lijn tussen institutionele en meer inhoudelijke dimensies van subsidiariteit is dus zeker niet op alle momenten even éénduidig. Waar de literatuur (onder andere Moe, 2008; Wiedemann, 2004) wijst op een marktgerichte Europese Commissie die haar bevoegdheden te buiten gaat in de Duitse staatssteuncase, leren experteninterviews dat sommige Länder de inhoudelijke agenda van de Commissie *off the record* deelden en in die optiek, ook al vindt dit geen formele neerslag in de beschikking, akkoord wilden gaan met een aantal van de gevraagde aanpassingen van het publieke omroepbeleid.

4.2. *Vlaanderen: team Vlaanderen-VRT v Commissie*

In juni 2004 leidden klachten van diverse private radio-omroepen en Vlaanderens grootste televisiemaatschappij VMMA tot een onderzoek naar de financiering van de Vlaamse publieke omroep VRT. Ook hier waren de frustraties van de private media algemeen gekend. In het bijzonder de lancering van een specifiek sportkanaal (Sporza), veronderstelde oneerlijke prijsstrategieën op de markt voor radioreclame en een te grote vergoeding voor de publieke omroep waren een doorn in het oog van de klagers. De Commissie, die verplicht was de ingediende klachten te onderzoeken, begon een procedure waarbij ook de nieuwemedia-activiteiten van de VRT werden opgenomen.

De Vlaamse regering, die bij momenten zelf zeer kritisch was voor haar publieke omroepbestel, vreesde de tussenkomst van de Commissie. Ze geloofde dat de Commissie de activiteiten van de publieke omroep wilde beperken tot diensten die niet onmiddellijk beschikbaar waren op de markt. Volgens de Vlaamse regering riskeert een dergelijke aanpak het publieke omroepbestel, zoals het erkend is door het Protocol van Amsterdam, onomkeerbaar te beschadigen. Bovendien zou de 'bemoeienis' van de Commissie ingaan tegen de bevoegdheden die het Protocol heeft toegekend aan de lidstaten en de Commissie (Bonte, 2008).

De Vlaamse bezorgdheid over de tussenkomst van de Commissie en haar permanente nadruk op haar autonome bevoegdheden met betrekking tot publieke omroepen werden op drie manieren duidelijk gemaakt. Ten eerste kwam de Vlaamse regering met haar publieke omroep overeen dat het Protocol van Amsterdam een *lex specialis* was voor publieke omroepen, waardoor ze worden vrijgesteld van

te verregaande interventies van de Commissie (Commissie, 2008, pp. 66-67, 87). Volgens een vertegenwoordiger van de Vlaamse regering was dat standpunt niet verbazingwekkend, aangezien de Vlaamse regering een van de initiatiefnemers was van het Protocol (interview, juni 2008).

Ten tweede weigerde ze bij de bijwerking van haar raamovereenkomst voor de publieke omroep tijdens de onderhandelingen met de Commissie, deze wijzigingen aan te brengen in deze overeenkomst. Om de vijf jaar wordt de beheersovereenkomst tussen de Vlaamse regering en de VRT bijgewerkt. Ze bevat een lijst van bepalingen over wat er van de VRT wordt verwacht in termen van financieel beheer, resultaten, transparantie, enz. De beheersovereenkomst werd uiteindelijk bijgewerkt op 20 juli 2006 – dezelfde dag als die waarop de Commissie een brief naar de Vlaamse regering stuurde om een reeks aanpassingen aan te kondigen die nodig waren om haar steunmechanisme verenigbaar te maken met de bepalingen van de interne markt. Het hoeft geen betoog dat de Commissie niet gelukkig was met de proactieve houding van de Vlaamse regering. Deze laatste betwistte dat er een probleem was, door te stellen dat ze de goedkeuring van de Commissie niet nodig had om de wetgeving van haar eigen rechtsgebied te herzien. Bovendien deelde Vlaanderen mee dat de bijgewerkte versie reeds “duidelijk de meeste van de bezorgdheden van de Europese Commissie wegwerkte” (interview, november 2008). De publieke omroep zelf ging akkoord, door te stellen dat het contract voor publieke dienstverlening werd aangenomen “in de mate van het mogelijke rekening houdend met de wensen van de Commissie”. De omroep was “ervan overtuigd dat het nieuwe publieke contract de bezorgdheden van de Europese Commissie met betrekking tot de financiering van de publieke omroep zou wegnemen” (VRT, 2006). In hun mededelingen en acties hebben de Vlaamse regering en de VRT de Commissie volledig links laten liggen. Dat hebben ze bewust gedaan, door de Vlaamse bevoegdheden te markeren en door alleen een vrijwillige bereidheid te tonen om ‘rekening te houden met’ de bezorgdheden van de Commissie.

Ten derde, en hiermee verwant, werkten de Vlaamse regering en de VRT samen tegen de Commissie tijdens de hele procedure. Toen de Vlaamse regering werd geconfronteerd met interventies in haar beleid betreffende publieke omroepen, slikte ze veel eigen punten van kritiek op de VRT in en werden de barrières tegen de ‘buitenstaander’ Commissie opgetrokken. Pas op het einde van de procedure, toen publieke omroep VRT nog lobbyde tegen elk mogelijk besluit, sloot de Vlaamse regering een pragmatisch compromis met de Commissie. Het uitgevaardigde besluit bevatte eerder beperkte verbintenissen om de naleving van de staatssteunmechanismen te waarborgen. Private mediabedrijven besloten dat het geen zin had de Commissie te gebruiken om de regelgeving op binnenlands gebied aan te passen. Het enige ‘succes’ dat ze hadden bereikt, was dat ze de VRT en de Vlaamse regering in elkaars armen hadden gedreven (interview, oktober 2008).

Samengevat: subsidiariteitskwesities lagen aan de basis van de Vlaamse ontmoetingen met de Commissie. Er waren weinig essentiële besprekingen. Wat de ‘ex ante’-test betreft, waren er wel besprekingen over de inhoud van de verzoeken van de Commissie. Vlaanderen vond dat het onmogelijk was een dergelijke uitgebreide oefening in te passen in een kleine markt met amper 6 miljoen inwoners. “We wilden geen *Public Value Test*. Een dergelijke test is absurd voor een kleine markt als Vlaanderen. Het is ook belachelijk dat de VRT informatie over nieuwe diensten zou moeten geven aan concurrenten. De VRT is inderdaad een publieke omroep, maar hij werkt op een concurrerende markt. Dat wilden we dus niet [een *Public Value Test*]” (interview, juni 2008).

De ‘ex ante’-test werd opgenomen, zij het in een minimale vorm, en voormalig Minister van Media Bourgeois besloot dat alle maatregelen die werden genomen in het licht van de procedure “gemakkelijk uit te voeren waren, niemand kwetsten en niets kostten” (Vlaamse Regering, 2008). Met andere woorden, hij deelde mee dat Vlaanderen de strijd tegen de ‘boze’ Commissie had gewonnen. Hoewel Vlaanderen tijdens het onderzoek van de Commissie en de hierop volgende onderhandelingen overwegend wees op de beperkte bevoegdheden van de Commissie, dient opgemerkt te worden dat deze soms rigide en dominant institutionele benadering van subsidiariteit niet werd aangehouden op het moment dat een pragmatische (inhoudelijke) oplossing voor het grijpen lag. Dit wijst, net zoals in de Duitse zaak, op een compromisbereidheid bij lidstaten of hun deelstaten, mits er een inhoudelijke convergentie met de Commissie mogelijk is. Voor de Duitse Länder lag die convergentie in de implementatie van een strengere regulering van de publieke omroep mits de autonomie van de Duitse Länder formeel erkend werd in de beschikking van de Commissie; Vlaanderen ging akkoord met zeer beperkte aanpassingen van haar publieke omroepwetgeving die het beleid van de Vlaamse Regering ter zake niet of nauwelijks veranderen.

4.3. *Nederland: The Last Dutchman Standing*

Op 26 januari 2010 vaardigde de Commissie een besluit uit voor de jaarlijkse financiering van de Nederlandse publieke omroepen. Nadat er al in 2002 klachten waren van private omroepen en hevige acties van de krantensector, werd de zaak gesloten na 8 jaar moeilijke onderhandelingen waarbij de Nederlanders hun bevoegdheden betreffende publieke omroepen hevig verdedigden.

Het Nederlandse publieke-omroepstelsel is complex, want het heeft zich ontwikkeld in lijn met de politieke, religieuze en ethische verzuiling in de Nederlandse samenleving. Verschillende sociale organisaties met licenties zijn belast met de uitzending van radio- en televisieprogramma’s en de verlening van andere mediadiensten (Bardoel, 2008, p. 200). De Nederlandse publieke omroep werd voortdurend

hervormd, gedwongen om efficiëntietrajecten te volgen en veelvuldig bekritiseerd omwille van zijn verzuilde organisatie (Brants, 2004, p. 146). Die verzuiling is geënt op de idee van pluralisme als het fundament van het Nederlandse publieke-omroepstelsel, maar werkt complexiteit en inefficiëntie in de hand. In haar onderzoeken werd de Commissie geconfronteerd met dit complexe Nederlandse omroepsysteem, dat werd verdedigd door een regering die het in feite heviger had bekritiseerd dan de Commissie ooit had gedaan.

Er waren twee redenen voor de langdurige procedure tussen de Nederlandse regering en de Commissie: het hevige Nederlandse verzet tegen tussenkomst van de Commissie enerzijds en de hardnekkige houding van de Commissie in deze zaak anderzijds. Ten eerste verzetten de Nederlanders zich met alle middelen tegen interventie van de Commissie. Ze waren verbaasd over de klacht van RTL, een bedrijf dat in Luxemburg gevestigd is en bijgevolg niet valt onder Nederlandse mediawetten. Dit zorgde voor veel frustratie en was al een indicatie van de Nederlanders om de controle te behouden over 'hun' mediasector. Op een meer principiële niveau, en in lijn met de Duitse en Vlaamse standpunten (*cf. supra*), waren de Nederlanders van mening dat de Commissie niet bevoegd was om tussen te komen op het gebied van publieke omroepen. Dit gevoel werd nog versterkt toen de Commissie in 2006 besloot dat een aantal *ad hoc* en nieuwe, kleine steunmechanismen voor de publieke omroepen illegale steun waren en moesten worden terugbetaald. De Nederlandse publieke omroepen moesten bijna €80 miljoen terugbetalen aan de Nederlandse regering (Commissie, 2006, §179). De Nederlanders verkozen een procedure waarin bestaande en nieuwe steun samen zouden worden behandeld. De Commissie was niet bereid om een dergelijke inspanning te doen en splitste haar bezorgdheden over de Nederlandse publieke omroep op in twee parallelle procedures, waarvan de tweede pas werd afgesloten in januari 2010, deels vanwege de beslissing die werd genomen over de ad-hocfinancieringen in 2006. Wat daarna volgde, was een intens gevecht tussen Nederland en de Commissie. Voormalig minister van Media Plasterk zei zelfs in een publieke bijeenkomst dat hij marktvervorming een noodzakelijk kwaad vond als men kiest voor een volwaardig publieke omroepsysteem. Bovendien – en vooral dit druiste in tegen de belangen van de Commissie – zei hij dat alle regeringen autonoom kunnen beslissen of zij marktverstoringen al dan niet aanvaardbaar vinden. Met andere woorden: de Commissie had niets te zeggen over regeringen die beslissen over publieke omroepen en bijgevolg marktverstoringen.

Het interessante is dat het ongenoegen van de Commissie over de Nederlanders eveneens vrij intens was. Terwijl de Commissie in de Duitse en Vlaamse procedures zeker niet bereid was om op alle punten toe te geven, nam ze in het Nederlandse geval een wel zeer hardnekkig standpunt in. Hier zijn verschillende redenen voor. Ten eerste speelden de Nederlanders hun kaarten publiek uit, wat de Commissie niet kon appreciëren, want zij wil gevallen van staatssteun bekij-

ken als eerder juridisch-technische ontmoetingen waarbij zij louter een geheel van bestaande richtsnoeren toepast. De Nederlanders maakten er evenwel een zeer politieke zaak van. Ten tweede was de Nederlandse Neelie Kroes commissaris van mededinging toen de Nederlanders met de Commissie onderhandelden over een sluiting van de zaak. Uiteraard is het moeilijk voor een commissaris om toegevend te zijn in een zaak waar het eigen land bij betrokken is. Ten derde, toen de Commissie haar regels voor publieke omroepen in 2008 en 2009 bijwerkte, organiseerden de Nederlanders een verzet van lidstaten tegen deze plannen (Plasterk, 2008). De Commissie beschouwde dit als uiterst ongepast, want de Nederlanders waren rechtstreeks betrokken partij. Het georganiseerde verzet verlengde de besprekingen in de Nederlandse casus aanzienlijk en betekende een zware last voor de medewerkers van de Commissie.

Hoewel de Nederlanders een aantal substantiële problemen hadden met voorstellen van de Commissie (in het bijzonder over de 'ex ante'-testen), gingen veel aspecten van de procedure over wie welke bevoegdheden had. Het debat hierover loopt door nu private omroepen en uitgevers hebben aangekondigd nieuwe klachten bij de Commissie in te dienen over ontoereikende ex-ante-evaluaties. De Nederlandse en Vlaamse gevallen van staatssteun zijn vrij gelijklopend; beide overlegden ook regelmatig over de stand van zaken in de eigen procedure. Er zijn evenwel verschillen: Vlaanderen was veeleer pragmatisch met het oog op het komen tot een beschikking die een beperkte impact op het Vlaamse publieke omroepbeleid had; Nederland was veel principiëler en bleef bijzonder lang (in ieder geval langer dan Vlaanderen) bij zijn punt dat de Commissie geen bevoegdheden heeft om bepaalde veranderingen van het publieke omroepbeleid te vragen. Er bleek bijzonder weinig inhoudelijke convergentie om de bezorgdheden over institutionele bevoegdheidsverdelingen weg te werken. Dat maakte dat de Nederlandse procedure uiteindelijk moeilijker af te sluiten bleek dan de Duitse en de Vlaamse procedures. De reden voor het afsluiten van de procedure lag vooral in institutionele oorzaken zoals het eindigende commissarisschap van Neelie Kroes: geen van de betrokken partijen zag heil in het voortzetten van de onderhandelingen onder een andere commissaris. Dit zette Nederland ertoe aan de 'ex ante'-test te aanvaarden – hiermee haalde de Commissie haar slag thuis – en de Commissie ging er op haar beurt mee akkoord dat de Minister of Staatssecretaris voor Media, en niet een onafhankelijk orgaan, de 'ex ante'-test in handen houdt.

5. Conclusie

Dit artikel onderzocht niet zozeer of de Europese Commissie al dan niet buiten haar bevoegdheid gaat in het controleren van de nationale financiering aan publie-

ke omroepen (zie hiervoor Donders, 2012; Moe, 2008). Het richtte zich daarentegen op de vraag hoe verschillende noties van het subsidiariteitsbeginsel het verloop van staatssteunonderzoeken naar de financiering van publieke omroepen beïnvloed hebben. In wezen kunnen de ontmoetingen tussen Commissie en lidstaten bij staatssteunmechanismen betreffende publieke omroepen worden gezien als een machtsstrijd tussen de partijen. De opsplitsing van bevoegdheden wordt niet gezien in het licht van een soort consensuele omgang met staatssteunmechanismen voor publieke omroepen. Integendeel, de lidstaten beschouwen elke interventie van de Commissie als een beperking van hun eigen bevoegdheden. Deze perceptie leidde tot staatssteunprocedures die meer begaan zijn met de oplossing van onenigheden tussen de Commissie en de lidstaten over wie wat mag doen, dan met de eigenlijke inhoud van de procedure – al moet wel gezegd worden dat twee van de onderzochte staatssteunprocedures (nl. Duitsland en Vlaanderen) afgesloten werden op het moment dat er een inhoudelijke convergentie tussen de agenda van de Commissie en de betrokken lidstaat gevonden werd. Dit is begrijpelijk maar toch jammer, want hierdoor mist men kansen om de beleidsvorming op het gebied van publieke omroepen te verbeteren.

Een dergelijk her-denken is fundamenteel in het hedendaagse digitale tijdperk. Technologische vooruitgang en de voortdurende opkomst van markteconomieën vormen een uitdaging voor de toekomst van publieke omroepen. Iosifidis (2011, p. 634) argumenteert dat publieke omroepen “moeten veranderen om zich aan te passen aan de technologische, sociale, culturele en andere verschuivingen” (eigen vertaling). Er is niet alleen actie nodig van publieke omroepen zelf. Beleidsmakers en onderzoekers moeten nadenken over de onderliggende logica van publieke omroepen om ze te versterken voor de toekomst. Deze bedenking werd al in 1991 gemaakt door de Duitse onderzoeker Hoffmann Riem (1991, p. 44), die stelde dat “het cruciaal blijft om steeds opnieuw na te denken over de mediapolitieke legitimatie van publieke omroepen” (eigen vertaling). Nationale regeringen mogen de nodige besprekingen over publieke omroepen dus niet uit de weg gaan; ze mogen ook niet doen alsof ze onvoorwaardelijke bondgenoten zijn van publieke omroepen wanneer ze worden geconfronteerd met Europese betrokkenheid, wanneer ze tegelijk met de interventie van de Commissie maatregelen aannemen die de publieke omroep verzwakken. Wetenschappelijk onderzoek mag niet meegaan in oppositionele verhalen waarbij een marktgerichte Commissie de zogenoemde autonome bevoegdheden van de lidstaten – die vooral over de publieke en culturele doelstellingen van de publieke omroep bezorgd zouden zijn – met voeten treedt. De institutionele en inhoudelijke dimensies van subsidiariteit moeten steeds in relatie tot elkaar bekeken worden, waardoor meer inzicht in de motivaties van actoren verkregen kan worden.

Bibliografie

- Agence Europe (22 november 1998). Karel Van Miert Drops Plans for Guidelines on Aid to Public Televisions but Will Directly Attack Aid that Seems Irregular. Brussel.
- Barber, N.W. (2005). The Limited Modesty of Subsidiarity. *European Law Journal*, 11 (3), 308-325.
- Bardoel, J. (2008). Dutch Television: Between Community and Commodity. In D. Ward (ed.), *Television and Public Policy: Change and Continuity in an Era of Global Liberalization* (pp. 199-222). New York: Lawrence Erlbaum.
- Bardoel, J. & Vochteloo, M. (2009). Media Policy between Europe and the Nation-state: The Case of the EU Broadcast Communication 2009. Paper voorgesteld op de EC-REA-CLP-workshop over 'New Directions for Communication Policy Research', 6-7 november, Zürich.
- Baringhorst, S. (2006). Germany: Functional Differentiation or Decline: The Impact of Media Liberalization on German PSB. In I. Banerjee & K. Seneviratne (eds.), *Public Broadcasting in the Age of Globalization* (pp. 227-244). Singapore: AMIC.
- Barnett, C. (2001). Culture, Policy and Subsidiarity in the European Union: From Symbolic Identity to the Governmentalisation of Culture. *Political Geography*, 20 (4), 405-426.
- Bonte, L. (2008, 25 augustus). Europa zet het publieke omroepbestel op de helling. *De Standaard*.
- Brants, K. (2004). The Netherlands. In M. Kelly, G. Mazzoleni & D. McQuail (eds.), *The Media in Europe: The Euromedia Handbook* (pp. 145-156). Londen: Sage.
- Buendia Sierra, J.L. (2006). An Analysis of Article 86(2) EC. In M.S. Rydelski (ed.), *The EC State Aid Regime: Distortive Effects of State Aid on Competition and Trade* (pp. 541-574). Londen: Cameron May.
- Bundesregierung Deutschland (2005). *Mitteilung der Bundesregierung an die Europäische Kommission*, 6 mei.
- Cole, M.D. (2009). Rechtsgrundlagen der elektronischen Medien. In D. Dörr, J. Kreile & M.D. Cole (eds.), *Handbuch Medienrecht: Recht der elektronischen Massenmedien* (pp. 83-104). Frankfurt am Main: Verlag Recht und Wirtschaft.
- Commissie (2001). *Communication on the Application of State Aid Rules to Public Service Broadcasting*. 15 november, [2001]OJ C320/5.
- Commissie (2005). *Community Framework for State Aid in the Form of Public Service Compensation*, 2005/C 297/04.
- Commissie (2006). *Ad Hoc Financing of Dutch Public Service Broadcasters*. 22 juni, NN170/2003.
- Commissie (2007). *Licence Fee Funding of German Public Broadcasters ARD and ZDF*. 24 april, E3/2005.
- Commissie (2009). *Communication on the Application of the State Aid Rules to Public Service Broadcasting*. 2 juli, [2009]OJ C257/1.

- Depypere, S. & Tigchelaar, N. (2004). The Commission's State Aid Policy on Activities of Public Service Broadcasters in Neighbouring Markets. *Competition Policy Newsletter*, 2, 19-22.
- Donders, K. (2010). The Benefits of Introducing European Competition Principles into National Public Broadcasting Policy. *Info*, 12 (6), 56-68.
- Donders, K. (2012). *Public Service Media and Policy in Europe*. Londen: Palgrave Macmillan.
- Dörr, D. (2006). Ohne Ende? Die EU-Kommission und ihre Prüfung der deutschen Rundfunkfinanzierung. In: *Funkkorrespondenz*, (19), 13-20.
- EBU (2008). Response to the Commission's Questionnaire on the Revision of the Broadcasting Communication. Genève: EBU.
- Gerecht van eerste aanleg (1998). *Telecinco v Commission*. 15 september, T-95/96.
- Gerecht van eerste aanleg (1999). *TF1 v Commission*. 3 juni, T-17/96.
- Gerecht van eerste aanleg (2000). *SIC v Commission*. 10 mei, T-46-97.
- Harcourt, A. (2002). Engineering Europeanization: The Role of the European Institutions in Shaping National Media Regulation. *Journal of European Public Policy*, 9 (5), 736-755.
- Hay, C. & Menon, A. (2007). *European Politics*. Oxford: Oxford University Press.
- Hoffmann-Riem, W. (1991). Rundfunk als public service – ein überaltertes Konzept. In R. Weiss (ed.), *Aufgaben und Perspektiven des öffentlich-rechtlichen Fernsehens* (pp. 21-47). Hamburg: Nomos Verlagsgesellschaft.
- Holtz-Bacha, C. (2005). The EU, the Member States and the Future of Public Broadcasting. *Doxa*, (3), 231-237.
- Humphreys, P. (1994). *Media and Media Policy in Germany: The Press and Broadcasting since 1945*. Oxford: Berg.
- Iosifidis, P. (2011). The Public Sphere, Social Networks and Public Service Media. *Information, Communication & Society*, 14 (5), 619-637.
- Lasok, K.P.E. (2001). *Law and Institutions of the EU*. London: Butterworths.
- Moe, H. (2008). Between Supranational Competition and National Culture? Emerging EU Policy and Public Broadcasters' Online Services. In I. Bjondeberg & P. Madsen (eds.), *Media, Democracy and European Culture* (pp. 215-239). Bristol: Intellect Books.
- Nicolaidis, P., Kekelelis, M. & Buyskes, P. (2005). *State Aid Policy in the European Community: A Guide for Practitioners*. Den Haag: Kluwer Law International.
- Nikolinakos, N. (2006). *EU Competition Law and Regulation in the Converging Telecommunications, Media and IT Sectors*. Den Haag: Kluwer Law International.
- Nitsche, I. (2001). *Broadcasting in the European Union: the Role of Public Interest in Competition Analysis*. Den Haag: TCM Asser Press.
- Plasterk, R. (2008). Letter: Broadcasting Communication/State Aid for Public Service Broadcasting.
- Rechtbank van Amsterdam (2010). AWB 10/1169, 10/1181, 10/1195, 10/1291, 10/1293, 10/1294, 10/1295, 10/1296, 10/1297, 10/1298, 10/1299, 10/1300, 10/1301, 10/1302,

- 10/1303, 10/1304, 10/1305, 10/1306, 10/1307, 10/1308, 10/1310, 10/1311, 10/1312, 10/1313, 10/1314, 10/1316, 10/4954, 10/4955 en 10/4956 BESLU, 24 December.
- Schütte, M. (2006). The Notion of State Aid. In M. Sanchez-Rydelski (ed.), *The EC State Aid Regime: Distortive Effects of State Aid on Competition and Trade* (pp. 23-54). London: Cameron May.
- Szyszczak, E. (2004). Public Services in the New Economy. In C. Graham & F. Smith (eds.), *Competition, Regulation and the New Economy* (pp. 185-206). Portland: Hart Publishing.
- VRT (2006). Persbericht: Voorlopig oordeel Europese Commissie stelt de VRT gerust. Klachten POF en VMMA niet aangetoond. Brussel: VRT.
- Wheeler, M. (2010). The EU's Competition Directorate: State Aids and Public Service Broadcasting. In P. Iosifidis (ed.), *Reinventing Public Service Communication: European Broadcasters and beyond* (pp. 49-62). New York: Palgrave Macmillan.
- Wiedemann, V. (2004). Public Service Broadcasting, State Aid and the Internet: Emerging EU Law. Online gepubliceerd (door de EBU) op http://www.ebu.ch/en/union/diffusion_on_line/pub_broadcasting/ en geraadpleegd op 18 januari 2011.