

Problem stosowania pomocy publicznej w kontekście działalności nadawców publicznych

Tło sporu o pomoc publiczną dla nadawców publicznych

Zakres działalności nadawców publicznych oraz finansowanie aktywności tych mediów stanowią istotne wyzwanie na gruncie wspólnotowego prawa konkurencji. Szczególne kontrowersje budzi tu kwestia stosowania tzw. pomocy publicznej przez państwa członkowskie. Zakaz stosowania pomocy publicznej to jedna z podstawowych zasad charakterystycznych dla wspólnotowego prawa konkurencji. Jej wagę podkreśla fakt uregulowania tej kwestii w prawie pierwotnym tj. w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską (zwanym dalej Traktatem). Zgodnie z brzemieniem art. 87 (1), jeśli nic innego nie wynika z Traktatu, pomoc świadczona przez państwo lub pochodząca z funduszy państwowych bez względu na formę jest niezgodna z zasadami wspólnego rynku, jeśli przez uprzywilejowanie określonych przedsiębiorstw lub gałęzi produkcji narusza lub zagraża naruszeniem konkurencji, wpływając jednocześnie na handel między państwami członkowskimi. **Oznacza to, iż niedozwolona jest pomoc, która uprzywilejowuje przedsiębiorstwo lub gałąź gospodarki i gdy narusza lub grozi zakłóceniem konkurencyjności oraz wpływa na handel wewnątrz Wspólnoty.** Pojęcie pomocy publicznej oraz zasady jej udzielania zostały następnie rozwinięte w orzecznictwie ETS np. orzeczenia w sprawie Ferring (C-53/00) oraz Altmark (C-280/00).

Należy ponadto zauważyć, iż zgodnie z wyrokiem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 15 marca 1994, pomoc publiczna obejmuje nie tylko świadczenia pozytywne (np. subwencje) ale również działania zmniejszające obciążenia zazwyczaj nakładane na przedsiębiorstwa (np. zwolnienia z podatków).

Należy zauważyć, iż zakaz stosowania pomocy publicznej nie ma jednak charakteru bezwzględne. Traktat przewiduje bowiem zwolnienie bezwarunkowe oraz zwolnienia za zgodą Komisji Europejskiej. W przypadku mediów publicznych literatura przywołuje dwa przepisy w tym względzie: art. 87 (3) punkt d oraz przede wszystkim art. 86 (2).

Artykuł 86 (2) Traktatu pozwala na odstępstwo od postanowień art. 87 (1) Traktatu jako wyjątku od ogólnych reguł konkurencji w stosunku do rekompensowania kosztów

świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym. Powołując się na art. 16 Traktatu uznano działalność mediów publicznych za usługę w ogólnym interesie gospodarczym. Ta kategoria usług nie została jednak zdefiniowana ani w prawie pierwotnym ani też wtórnym. Próba jej definicji została natomiast zawarta w wydanej przez Komisję Europejską Zielonej Księdze o usługach użyteczności publicznej z 2003 roku (KOM (2003) 270 końcowy). Zgodnie z tym dokumentem pojęcie to odnosi się do „do usług natury ekonomicznej, które są podciągane przez państwa członkowskie i przez Wspólnotę pod obowiązek stosowania zasad świadczenia usług publicznych przy zastosowaniu kryterium powszechności usługi,,

Zgodnie z orzecznictwem Trybunału (FFSA v Commission (Case T-106/95) [1997] ECR II-229) cały art. 86 należy traktować jako przepis derogacyjny a do jego stosowania muszą być spełnione łącznie poniższe warunki:

- i) dana usługa musi być usługą komercyjną użyteczności publicznej i być zdefiniowaną jako taka przez państwo członkowskie (definicja);
- ii) dany podmiot ma ją realizować na podstawie konkretnego zlecenia państwa członkowskiego (delegacja);
- iii) stosowanie traktatowych zasad konkurencji (w tym przypadku: zakazu świadczenia pomocy przez państwo) uniemożliwiałoby realizację szczególnej misji powierzonej podmiotowi; niemniej odstępstwo nie powinno rzutować na rozwój obrotu gospodarczego w sposób, który byłby sprzeczny z interesem Wspólnoty (kryterium proporcjonalności).

Praktyczne spełnienie powyższych warunków przez państwa członkowskie, sprecyzowanych następnie przez Komisję Europejską w komunikacie z dnia 17 października 2001 roku, stanowi główną oś sporu w przypadku pomocy publicznej udzielanej przez państwa członkowskie mediom publicznym.

W przypadku mediów publicznych od 1992 roku odnotowano szereg skarg skierowanych do Komisji Europejskiej, w których podmioty rynkowe skarżą się na udzielaną przez poszczególne państwa pomoc publiczną, która ich zdaniem narusza traktatowe zasady konkurencji a także poważnie zagraża właściwemu funkcjonowaniu rynku reklamy oraz rynków pokrewnych takich jak rynek prasowy oraz nowych mediów. W wątpliwość poddawane są w tym kontekście zarówno długofalowe systemy finansowania tych mediów (np. system abonamentowy lub system subwencji państwowych) jak również pomoc udzielana *ad hoc*, której celem są na przykład inwestycje w infrastrukturę lub restrukturyzacja firmy.

Należy pamiętać, iż zgodnie z Protokołem o systemie publicznej radiofonii i telewizji (zwanym Protokołem Amsterdamskim), dołączonym do Traktatu o ustanowieniu Wspólnoty Europejskiej z 1997 roku, państwa członkowskie mogą zdefiniować systemy finansowania nadawców publicznych stosowanie do wymagań postawionych przed nimi oraz kształtu krajowych rynków mediów elektronicznych. Zakresem finansowania mają być objęci określone nadawcy z tytułu realizowania przez nich misji publicznej, zdefiniowanej przez poszczególne państwa członkowskie, a finansowanie to nie może naruszać zasad obrotu gospodarczego i konkurencji wewnątrz Wspólnoty. Tym samym podkreślony został brak bezwzględnej swobody państw członkowskich przy wyborze finansowania mediów publicznych. Komisji Europejskiej przysługuje bowiem prawo kontrolowania zgodności systemu finansowania mediów publicznych z postanowieniami traktatowymi odnoszącymi się do zasad udzielania pomocy publicznej (art. 86-88).

W praktyce w większości państw członkowskich przyjęto system finansowania oparty o środki publiczne (najczęściej w postaci systemu abonamentowego). Popularnym rozwiązaniem jest stosowanie tzw. systemu mieszanego umożliwiającego finansowanie ze źródeł publicznych i komercyjnych (tj. wpływy z reklam oraz działalność komercyjna). Oprócz tej permanentnej formy wspierania mediów publicznych ze środków publicznych należy podkreślić stosowanie różnych form pomocy o charakterze doraźnym (*ad hoc*) przybierającej różne formy np. zwolnienia podatkowe, dodatkowe pieniądze przeznaczone na inwestycje w infrastrukturę, dodatkowe środki przeznaczone na restrukturyzację firmy, kredyty preferencyjne czy umorzenia pożyczek.

Tego rodzaju pomoc jest skarżona przede wszystkim przez konkurujących z mediami publicznymi nadawców komercyjnych. Ich stanowiska w tej kwestii są także często wspierane przez inne podmioty reprezentujące rynki pokrewne np. rynek radiowy czy rynek prasy. Pogląd nadawców komercyjnych oraz innych podmiotów skarżących się na sposób uregulowania mediów publicznych w Europie został kompleksowo ujęty we wspólnej publikacji trzech europejskich organizacji branżowych: *The Association of Commercial Television in Europe* (ACT), *Association Européenne des Radios* (AER) and *the European Publishers Council* (EPC) zatytułowanej "Safeguarding the Future of the European Audiovisual Market: The Financing and Regulation of Publicly Funded Broadcasters". Ten dokument wskazuje na skalę zjawiska wsparcia finansowego otrzymywanego przez nadawców publicznych. Według szacunków autorów wielkość tych środków pozwala zaliczyć nadawców publicznych do grona najbardziej subsydiowanych podmiotów w Europie. Sygnatariusze tego dokumentu podnieśli ponadto kwestię zakłócenia konkurencji przez

przekazywane mediom publicznym wspomniane środki publiczne. Ich zdaniem dotyczy to nie tylko sektora telewizyjnego ale również radiowego, reklamy, prasy oraz innych sektorów pochodnych. Nadawcom publicznym zarzuca się ponadto w tym kontekście między innymi nadużywanie swojej pozycji rynkowej na rynkach oglądalności i reklamy, rozdźwięk pomiędzy zobowiązaniami misyjnymi a faktyczną działalnością, równoległe otrzymywanie dochodów z działalności komercyjnej. Jednocześnie wspomniane organizacje wskazują, iż skala udzielanej pomocy nie idzie w parze z właściwym poziomem regulacji tego zjawiska, który zapewniałby odpowiednie rozliczanie nadawców publicznych z wykorzystania środków publicznych. Jako remedium na istniejącą sytuację autorzy wspomnianego dokumentu proponują ewolucję systemu finansowania mediów publicznych w kierunku modelu opartego na jednym tylko źródle finansowania, co wiązać miałyby się albo z rezygnacją ze środków publicznych albo z dochodów generowanych przez działalność komercyjną nadawców. Innym równie ważnym postulatem wyartykułowanym we wspomnianym dokumencie jest precyzyjne definiowanie zakresu misji nadawców publicznych.

Podsumowując, przeciwnicy finansowania mediów publicznych ze środków publicznych (tj. głównie nadawcy komercyjni) odwołują się przede wszystkim do argumentów rynkowych podkreślając negatywne skutki finansowania mediów publicznych ze środków publicznych. Podnoszą oni przede wszystkim kwestię zakłócenia konkurencji poprzez między innymi wykorzystywanie środków przeznaczonych na finansowanie misji publicznej na pokrycie kosztów związanych z prowadzeniem działalności komercyjnej (tzw. subwencje krzyżowe).

Uznanie pomocy za pomoc publiczną (art. 87 (1) TWE)

Jednym z podstawowym wyzwań, jakie wiążą się z omawianym problemem pomocy publicznej dla nadawców publicznych, jest rozstrzygnięcie sprawy podstawowej, jaką jest kwalifikacja omawianego środka jako pomocy publicznej w rozumieniu art. 87 (1). Przypomnieć należy, iż tego rodzaju pomoc powinna spełniać łącznie trzy podstawowe warunki: powinna być świadczona przez państwo lub z użyciem funduszy państwowych, powinna naruszać lub może wypaczać zasady konkurencji poprzez uprzywilejowanie niektórych podmiotów bądź produkcji oraz powinna rzutować na obrót gospodarczy między państwami członkowskimi.

Istotny wkład w interpretację powyższych kryteriów odegrało orzecznictwo ETS w tym zakresie. Na szczególną uwagę zasługuje tu orzeczenie w sprawie Altmark z 2003 roku, w

świetle którego środki przekazane przez państwo członkowskie podmiotowi realizującemu usługę w powszechnym interesie gospodarczym nie są uznane za pomoc publiczną, pod warunkiem spełnienia następujących wymogów:

- 1. Podmiotowi wyznaczono zadania publiczne (misyjne), a zadania te zostały jasno określone;*
- 2. Parametry wyliczenia wysokości rekompensaty (czyli funduszy publicznych udostępnianych nadawcy publicznemu) muszą być z góry ustalone w sposób obiektywny i przejrzysty;*
- 3. Rekompensata nie może przekraczać rzeczywistych kosztów realizowania obowiązków publicznych, uwzględniając rzeczywiste przychody uzyskiwane przy pełnieniu tej działalności i rozsądny zysk samej firmy;*
- 4. Przy obliczaniu kosztów pełnienia obowiązków publicznych, jeżeli przedsiębiorstwa pełniące te obowiązki nie wybrano w drodze zamówienia publicznego, trzeba uwzględnić koszty, jakie poniosłoby dobrze zarządzane typowe przedsiębiorstwo tego samego typu.*

Należy w tym miejscu podkreślić, iż Komisja Europejska stwierdzała dotychczas, że powyższe kryteria wyznaczone przez ETS (zwane tzw. testem Altmark) nie są spełniane przez pomoc udzielaną nadawcom publicznym. Szczególne wątpliwości budzi kryterium drugie (z góry określone parametry rekompensaty) a także nie jest spełnione kryterium czwarte (brak wyboru nadawcy publicznego w drodze przetargu i określenia rekompensaty w oparciu o analizę kosztów typowego, dobrze zarządzanego przedsiębiorstwa). Fakt ten oznacza, iż jak dotąd finansowanie mediów publicznych było w świetle prawa wspólnotowego klasyfikowane jako pomoc publiczna a nie rekompensata. Pamiętać jednak należy, iż Komisja Europejską kwestię tę rozstrzyga indywidualnie przy okazji każdej z badanych spraw.

Klasyfikacja pomocy publicznej jako nowej lub dotychczasowej (art. 88 TWE)

Unia Europejska ustanawiając szczegółowe zasady stosowania art. 88 Traktatu w swoim Rozporządzeniu Rady (WE) nr 659/1999 z dnia 22 marca 1999 r. wprowadziła rozróżnienie pomiędzy pojęciem tzw. pomocy „dotychczasowej” i „nowej”. W pierwszym przypadku zgodnie z Rozporządzeniem dotychczasowa pomoc oznacza:

- „i) bez uszczerbku dla art. 144 i 172 Aktu Przystąpienia Austrii, Finlandii i Szwecji, każdą pomoc, jaka istniała przed wejściem w życie Traktatu w odpowiednich Państwach Członkowskich, to znaczy programy pomocowe i pomoc indywidualną, jakie zostały wprowadzone w życie przed i nadal stosowane po wejściu w życie Traktatu;*
- ii) pomoc dozwoloną, czyli takie programy pomocowe i pomoc indywidualną, które zostały dozwolone przez Komisję lub przez Radę;*
- iii) pomoc uważaną za dozwoloną na podstawie art. 4 ust. 6 niniejszego rozporządzenia lub przed przyjęciem niniejszego rozporządzenia, ale zgodnie z niniejszą procedurą;*
- iv) pomoc uznaną za pomoc istniejącą na podstawie art. 15;*
- v) pomoc, jaka została uznana za pomoc istniejącą, ponieważ można stwierdzić, że w czasie gdy została wprowadzona w życie, nie stanowiła pomocy, a w okresie późniejszym stała się pomocą ze względu na rozwój wspólnego rynku bez wprowadzenia zmian przez Państwo Członkowskie. W przypadku gdy niektóre środki stają się pomocą po liberalizacji danego działania przez prawo wspólnotowe, środków takich nie uznaje się za pomoc istniejącą po terminie przyjętym dla liberalizacji;”*

W niniejszym kontekście na szczególną uwagę zasługują punkty: i oraz v. W praktyce więc „pomoc dotychczasowa” dotyczy przede wszystkim istniejących od wielu lat systemów finansowania mediów publicznych np. systemów abonamentowych.

Nowa pomoc natomiast „oznacza każdą pomoc, czyli programy pomocowe i pomoc indywidualną, która nie jest pomocą istniejącą, włącznie ze zmianami istniejącej pomocy”. W praktyce więc pojęcie „nowej pomocy” odnosi się do zmian zasad przyznawania istniejącej pomocy jak również wprowadzania pomocy o charakterze doraźnym np. zwolnienia z podatku, umarzania długów, przekazania środków na restrukturyzację firmy. **Podkreślić należy, iż wprowadzenie nowej pomocy pociąga za sobą konieczność zgłoszenia przez państwo członkowskie a następnie notyfikowania tej pomocy przez Komisję Europejską.** Instytucja ta, zgodnie z przewidzianą w Rozporządzeniu procedurą, bada zgłoszenie i na tej podstawie może podjąć następujące decyzje: uznać iż dany środek nie stanowi pomocy publicznej, uznać daną pomoc publiczną za zgodną z wspólnym rynkiem i zezwolić na jej stosowanie, może wydać decyzję warunkową określając dodatkowe warunki, po spełnieniu których dana pomoc może być stosowana przez państwo oraz może uznać zgłoszoną pomoc za niezgodną z rynkiem wspólnotowym i jej zakazać.

W przypadku gdy istnieje domniemanie stosowania pomocy przyznanej bezprawnie, Komisja Europejska bada informacje bezzwłocznie. Mianem pomocy przyznanej bezprawnie Rozporządzenie określa nową pomoc, wprowadzoną w życie z naruszeniem art. 88 ust. 3 Traktatu. Podczas gdy zbadanie danej sytuacji skutkuje decyzją Komisji Europejskiej o niezgodności bezprawnie przyznanej pomocy publicznej z rynkiem wspólnotowym, wówczas dane państwo członkowskie jest zobowiązane podjąć środki mające na celu windykację pomocy od beneficjenta. Pomoc podlegająca windykacji obejmuje również odsetki naliczane według właściwej stopy ustalonej przez Komisję Europejską.

W przypadku „pomocy dotychczasowej” Komisja Europejska przy współpracy z państwem członkowskim ma prawo do przeprowadzenia przeglądu istniejących programów pomocowych. W przypadku gdy Komisja Europejska uzna, że dotychczasowa pomoc nie jest lub przestaje być zgodna ze wspólnym rynkiem wówczas informuje o swojej wstępnej decyzji państwa członkowskie, które ma prawo zgłosić swoje uwagi. W przypadku gdy Komisja podtrzyma swoją negatywną ocenę, wydaje państwu członkowskiemu zalecenie zawierające propozycję podjęcia właściwych środków. Może ono zawierać w szczególności propozycje: rzeczowej zmiany programu pomocowego lub wprowadzenia wymogów proceduralnych lub wycofania programu pomocowego. W tym przypadku jednak należy podkreślić, iż stwierdzenie niezgodności danego środka pomocowego z przepisami prawa wspólnotowego nie skutkuje koniecznością windykacji nadpłaty.

Ocena zgodności stosowanej pomocy w myśl Komunikatu Komisji z dnia 17 października 2001 (art. 87 (2) i (3) oraz art. 86 (2) TWE)

Komisja Europejska badając pomoc publiczną analizuje jej uzasadnienie na gruncie art. 87 (2) i (3) oraz na gruncie art. 86 (2) Traktatu. W sposób szczegółowy problem ten w przypadku mediów publicznych został poruszony przez Komisję Europejską w Komunikacie z dnia 17 października 2001 roku w sprawie stosowania przepisów w sprawie pomocy państwowej dla radiofonii i telewizji publicznej. Dokument ten porządkuje dotychczasową dyskusję na ten temat oraz wprowadza kilka kluczowych zasad w tej kwestii. Przede wszystkim komunikat potwierdził szczególny charakter publicznej radiofonii i telewizji w państwach europejskich podkreślając, iż świadczy ona „usługi w ogólnym interesie gospodarczym”.

Jak wspomniano zakaz stosowania pomocy publicznej sformułowany w Traktacie nie ma charakteru bezwzględny i prawo wspólnotowe przewiduje odstępstwa od tej zasady. W

przypadku pomocy publicznej przekazywanej nadawcom publicznym Komisja Europejska rozpatruje jej zgodność z art. 87 (3) punkt d, który dopuszcza pomoc promującą kulturę, o ile nie zmienia ona warunków obrotu gospodarczego i konkurencji w obrębie Wspólnoty w sposób kłócący się z dobrem ogólnym. Warto jednak zaznaczyć, iż użyte pojęcie „kultury” należy rozumieć „wąsko”. Zgodnie bowiem z decyzją Komisji w sprawie *Kinderkanal* i *Phoenix* z 1999 roku (C 238), kwestia potrzeb edukacyjnych i demokratycznych społeczeństwa danego państwa członkowskiego powinna być traktowana jako niezależna od kwestii promowania kultury. Na ogół pomoc udzielana nadawcom publicznym nie może być więc uważana za dopuszczalną w świetle art. 87 (3) punkt d - chyba, że dane państwo członkowskie wyodrębniło cele kulturalne pomocy i w sposób odrębny je finansuje. Jeżeli Komisja Europejska uzna iż dana pomoc przyznana nadawcy publicznemu jest niezgodna z rynkiem wspólnotowym w świetle art. 87 (3) punkt d, wówczas bada, czy podjęcie tych środków można uzasadnić w oparciu o art. 86 (2) Traktatu (tj. wyjątku od ogólnych reguł konkurencji w stosunku do rekompensowania kosztów świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym).

Biorąc pod uwagę specyfikę mediów publicznych w państwach członkowskich, Komisja Europejska w swoim komunikacie z w sprawie stosowania przepisów w sprawie pomocy państwowej dla radiofonii i telewizji publicznej z 2001 r. zaleciła państwom przyjęcie oficjalnej definicji delegacji do realizowania misji publicznej. Podkreślono iż zdefiniowanie misji publicznej leży w wyłącznej gestii państw członkowskich. W tym celu powinny się one odwołać do wspólnotowego pojęcia „usług w ogólnym interesie gospodarczym”. Misja publiczna winna być zdefiniowana w sposób jasny i precyzyjny. Z drugiej jednak strony komunikat podkreślił wyraźnie, iż ze względu na szczególny charakter sektora usług radiowo-telewizyjnych, tzw. szeroka definicja powierzająca określone nadawcy zadanie dostarczenia wyważonej i zróżnicowanej oferty programowej, umożliwiającej osiągnięcie przez niego dostatecznie wysokiego poziomu oglądalności, może być uznana za zgodną z przepisami traktatowymi. Ponadto komunikat rozwiał wątpliwości dotyczące nowych usług oferowanych przez media publiczne, które mogą także wchodzić w zakres misji publicznej np. usługi informacyjne *on-line*, o ile mają na celu zaspokojenie potrzeb demokratycznych, społecznych i kulturalnych społeczeństwa. Tym samym Komisja wsparła podejście neutralne technologicznie w tym względzie. W tym zakresie rola Komisji Europejskiej ogranicza się do wykrywania ewidentnych przypadków usług objętych definicją misji publicznej, które nie uwzględniałyby demokratycznych, społecznych i kulturalnych potrzeb danego społeczeństwa np. usług handlu elektronicznego. Jednocześnie Komisja

Europejska wielokrotnie udowodniła, iż nie chce dopuścić do nadmiernego rozszerzania się misji publicznej na np. rynki pochodne (tzw. *mission creep*). Dotyczy to w szczególności aktywności mediów publicznych na tzw. rynkach pokrewnych jak na przykład Internet.

Drugą zasadą podkreśloną przez wspomniany komunikat jest wymóg powierzenia misji publicznej i nadzór nad jej wykonaniem. Misję publiczną należy powierzyć jednemu lub kilku podmiotom w oparciu o akt urzędowy (tj. prawo stanowione, umowa, warunki działania). Nadzór nad przestrzeganiem tych warunków należy powierzyć specjalnie do tego powołanej instytucji. Ze względu na normy jakościowe, jakie musi spełniać podmiot świadczący usługę, powołanie ciała pełniącego funkcję nadzorczą wydaje się być koniecznym.

W zakresie finansowania działalności mediów publicznych Komisja w swoim komunikacie potwierdziła kompetencje państw członkowskich w wyborze systemu finansowania dopuszczając stosowanie tzw. dualnego finansowania (ze środków publicznych i z reklamy) o ile nie narusza to zasad konkurencji na rynkach właściwych (na przykład na rynku reklamowym i na rynku handlu programami) w sposób, który byłby sprzeczny z interesem społecznym. Jednocześnie należy zaznaczyć, że powinnością Komisji Europejskiej jest zbadanie, czy odstępstwo od normalnego stosowania zasad konkurencji przy realizacji misji publicznej nie rzutuje na konkurencję na rynku unijnym w sposób nadmierny.

W tym kontekście Komisja podkreśliła zasadę przejrzystości finansowej polegającej na wymogu jasnego i właściwego oddzielenia działalności misyjnej i działalności niemisyjnej oraz prowadzenia oddzielnej rachunkowości w tych przypadkach. Zastosowano w tym miejscu przepisy dyrektywy z dnia 25 czerwca 1980 r. 80/723/EWG w sprawie przejrzystości stosunków finansowych między Państwami Członkowskimi i przedsiębiorstwami publicznymi, a także w sprawie przejrzystości finansowej wewnątrz określonych przedsiębiorstw (z późniejszymi zmianami wynikającymi z dyrektyw 85/413/EWG, 93/84/EWG oraz 2000/52/WE). Dzięki odrębnej księgowości, Komisja może stosować tzw. kryterium proporcjonalności, które służy nie tylko do zbadania występowania ewentualnych subwencji krzyżowych, ale również obronie zasadności niektórych form dofinansowania związanych z realizacją misji. Postulowane oddzielenie księgowości powinno odnosić się osobno do strony przychodów i do strony wydatków. Komisja w tym miejscu rozstrzyga ponadto inną wątpliwość, która dotyczy przypadków gdy programy o charakterze misyjnym generują również korzyści komercyjne. Według Komisji Europejskiej koszty, które można w całości potraktować jako nakłady na działalność związaną ze świadczeniem usług publicznych - nawet jeśli przynoszą one jednocześnie korzyści z punktu widzenia działalności

komercyjnej - nie muszą być dzielone na te dwa rodzaje i mogą być w całości zaliczone jako koszty świadczenia usług publicznych. Tak może być w przypadku kosztów produkcji programu nadawanego z tytułu misji publicznej, ale zarazem udostępnianego odpłatnie innym nadawcom. Jednak koronnym przykładem jest tu oglądalność, zapewniana zarówno w celu realizacji misji publicznej, jak i w celu oferowania czasu antenowego reklamodawcom.

Ostatnią zasadą zaznaczoną przez Komisję Europejską jest zasada proporcjonalności. Zgodnie z brzmieniem komunikatu kryterium proporcjonalności zostanie zachowane, jeżeli pomoc państwa nie przekroczy kosztów netto wynikających z realizowania misji publicznej, uwzględniając pozostałe bezpośrednie lub pośrednie dochody osiągane z tego tytułu. Tak więc zyski netto, które czerpią podmioty gospodarcze z tytułu usług publicznych, będą uwzględniane przy ocenie proporcjonalności świadczonej pomocy. W celu zbadania tej okoliczności Komisja Europejska zapowiada wprowadzenie tzw. testu negatywnego. Komisja odniosła się w tym miejscu także do często pojawiającego się zarzutu celowego obniżania cen reklam przez nadawców publicznych aby osłabić konkurencję. W sytuacji gdy publiczny nadawca obniża ceny reklam poniżej poziomu niezbędnego do pokrycia łącznych kosztów działalności traktowanej pojedynczo, które w normalnych warunkach musiałyby pokryć działający efektywnie podmiot gospodarczy, znajdujący się w podobnej sytuacji, można przyjąć, że mamy do czynienia z dofinansowaniem, którego zakres wykracza poza zakres ściśle niezbędny do realizowania przez podmiot misji publicznej oraz ze stosowaniem praktyk „rzutujących na obrót gospodarczy i zasady konkurencji w sposób, który byłby sprzeczny z interesem społecznym”, a zatem naruszających postanowienia protokołu. Ze względu na różnorodność rynków krajowych Komisja Europejska nie wprowadziła żadnych uniwersalnych warunków proporcjonalności pomocy publicznej. W związku z tym ostateczna ocena jest zawsze dokonywana w oparciu o konkretną sytuację rynkową. W przypadku gdy Komisja Europejska wyda decyzję negatywną mówiącą, iż pomoc publiczna jest niezgodna z rynkiem wspólnotowym może również nakazać jej windykację.

Wybrane sprawy dotyczące stosowania pomocy publicznej w przypadku nadawców publicznych

Poniżej przedstawione zostały cztery wybrane sprawy, jakimi zajmowała się Komisja Europejska w zakresie pomocy publicznej udzielanej przez państwa członkowskie nadawcom publicznym. Każda z wybranych spraw skutkowałą odmienną decyzją Komisji Europejskiej i

każda z nich ma swój wkład w dyskusję na temat pomocy publicznej udzielanej mediom publicznym.

Należy odnotować, iż w trzech z badanych przypadków Komisja Europejska uznała stosowane środki za pomoc publiczną w rozumieniu art. 87 (1) TWE (tj. RAI, NOS, TV2). Dwie spośród decyzji nie zakończyły się żadnymi sankcjami (tj. BBC oraz RAI) a w dwóch pozostałych przypadkach Komisja nakazała windykację niesłusznie przyznanej pomocy publicznej (tj. NOS oraz TV2). W tym miejscu podkreślić należy, iż windykacji podlega jedynie nadwyżka środków pomocy przyznanej bezprawnie a więc nowej pomocy nie notyfikowanej przez Komisję Europejską. W jednym przypadku (sprawa TV2) zwrotowi podlegały także nadwyżki środków abonamentowych, które zgodne z analizą Komisji Europejskiej zostały zaklasyfikowane jako tzw. nowa pomoc przyznana bezprawnie. W obu przypadkach decyzja Komisji Europejskiej została zaskarżona do Sądu Pierwszej Instancji Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości zarówno przez nadawcę publicznego jak i państwo członkowskie. Poniższe przypadki zostały uporządkowane chronologicznie.

1. BBC (N 631/2001)

a) Tło

We wrześniu 2001 roku brytyjski Minister Kultury, Mediów i Sportu wydał zgodę na wprowadzenie przez BBC dziewięciu nowych usług cyfrowych. O tej decyzji, rząd Wielkiej Brytanii poinformował Komisję Europejską. W ten sposób pomoc ta została zarejestrowana przez Komisję Europejską pod numerem N 631/2001. Jednakże we wspomnianym liście podkreślono, że rząd brytyjski uznaje powyższe zawiadomienie za zbędne. Władze Wielkiej Brytanii nie traktują powstania i finansowania nowej usługi jako zmiany w obecnie udzielanej pomocy, ale jako część istniejącej misji publicznej. Dziewięć nowych usług cyfrowych obejmuje zarówno kanały radiowe jak i telewizyjne. Zostały utworzone dwa nowe kanały dla dzieci – jeden przeznaczony dla dzieci między 6 a 13 rokiem życia oraz drugi - dla dzieci poniżej 6 roku życia. Natomiast nowo utworzony program BBC Knowledge zastąpił program przeznaczony dla „osób interesujących się kulturą, sztuką i filozofią” - BBC 4. Powstało również pięć nowych usług radiowych: Network X (przeznaczonych dla młodych specjalistów), Asian Network (dla słuchaczy z Azji), Five Live Sports Plus (dla miłośników sportu), Network Y (kanał muzyczny) oraz Network Z (kanał informacyjny). Ponadto, zatwierdzone zostało rozszerzenie BBC World Service na Wielką Brytanię. Ogólny koszt

netto dziewięciu usług cyfrowych za lata 2002-2003 wyniósł 90 milionów funtów, natomiast ogólne koszty BBC to około 2.9 mld funtów.

b) Badanie zgodności pomocy publicznej z prawem wspólnotowym.

- **Pomoc publiczna w rozumieniu artykułu 87 (1) TWE**

Według Komisji, koszty dostarczenia przez BBC dziewięciu usług cyfrowych są pokrywane z abonamentu radiowo-telewizyjnego. W lutym 2000 roku, Minister Kultury, Mediów i Sportu wprowadził w okresie 2000-2006 podwyżkę abonamentu radiowo-telewizyjnego o 1,5% każdego roku. W zamian za abonament radiowo-telewizyjny, BBC miała zapewnić, między innymi, rozwój usług interaktywnych i cyfrowych. Zdaniem Komisji, biorąc pod uwagę charakter finansowania dziewięciu nowych kanałów cyfrowych abonament radiowo-telewizyjny powinien być traktowany jako środki państwowe.

Zdaniem Komisji, jeżeli nie będą brane pod uwagę obowiązki publiczne BBC, to władze Wielkiej Brytanii przekazują BBC środki finansowe, jakich konkurencja nie otrzymuje. W związku z tym, że BBC konkuruje z innymi rozgłościami radiowo-telewizyjnymi i producentami programów, abonament radiowo-telewizyjny powinien być uznany jako zakłócanie konkurencji poprzez faworyzowanie BBC, w rozumieniu artykułu 87(1) TWE.

Wpływ na konkurencję między Państwami Członkowskimi UE może występować na różnych rynkach, na których nadawca prowadzi swoją działalność. BBC konkuruje na rynku kupna i sprzedaży praw programowych, przeprowadzanych na szczeblu międzynarodowym. Ponadto, struktura własnościowa konkurentów komercyjnych BBC może obejmować więcej niż jedno Państwo Członkowskie (na przykład BSkyB). Biorąc pod uwagę wykładnię ETS Komisja uznała, że w porównaniu do innych nadawców radiowo-telewizyjnych działających terenie UE, wspomniana pomoc wzmacnia pozycję BBC i w związku z tym może doprowadzić do zakłócenia konkurencji pomiędzy Państwami Członkowskimi.

Podsumowując powyższe argumenty, Komisja ustaliła, że jeżeli nie będą brane pod uwagę obowiązki publiczne BBC, wspomniane środki obejmują pomoc publiczną w rozumieniu artykułu 87(1) TWE.

- **Zgodność pomocy z art. 86 (2) TWE**

Komisja doszła do wniosku, że nowe kanały cyfrowe mogą być uznane jako informacyjne, edukacyjne i rozrywkowe programy radiowe i telewizyjne nadawane w systemie cyfrowym a ich zawartość programowa jest zgodna z wymogami dotyczącymi zawartości programowej zawartymi w Umowie pomiędzy BBC a Ministrem Kultury, Mediów i Sportu z 1996 roku. W związku z powyższym Komisja stwierdziła, że usługi cyfrowe stanowią logiczną część misji publicznej BBC oraz że, nowe kanały cyfrowe spełniają - w dosłownym brzmieniu Protokołu Amsterdamskiego - „demokratyczne, społeczne i kulturalne potrzeby każdego społeczeństwa”. Ponadto, zgodnie z Dyrektywą o Przejrzystości, BBC jako nadawca publiczny świadczący również usługi niepubliczne prowadzi oddzielne konta dla działalności komercyjnej i publicznej. Usługi niepubliczne świadczone są przez oddzielną komercyjną spółkę zależną od BBC. W związku z tym, że Komisja nie jest w stanie ocenić czy rozdzielność kont jest przeprowadzana prawidłowo, należy upewnić się, czy akty prawne zawierają postanowienia, pozwalające na zabezpieczenie przed wzajemnym dotowaniem oraz nadużywaniem rekompensaty. Biorąc pod uwagę, że postanowienia zawarte w Karcie Królewskiej, Wytyczne Polityki Komercyjnej, Zobowiązanie do Uczciwej Konkurencji jak również przeprowadzane przez wewnętrznych i zewnętrznych księgowych oraz Radę Zarządu kontrole, mogą być uznane za wystarczające zabezpieczenie przed wzajemną dotacją, udzielaną z funduszy publicznych na działalność niepubliczną BBC. Ponadto postanowienia te zapewniają, że komercyjna polityka cenowa BBC nie powoduje zakłóceń rynku, które nie mogłyby być uzasadnione, jeżeli chodzi o potrzeby realizacji misji publicznej.

Podsumowując, Komisja ustaliła, że rekompensata dla kanałów cyfrowych nie stanowi środków nieproporcjonalnych do publicznych kosztów netto poniesionych przez BBC, w związku z czym nie stanowi faktycznej korzyści. Zgodnie z powyższym, środki nie stanowią pomocy publicznej w rozumieniu artykułu 87 (1) TWE.

- **Klasyfikacja pomocy publicznej jako nowej lub dotychczasowej (art. 88 TWE)**

W związku z tym, że Komisja Europejska uznała iż wspomniana rekompensata nie stanowi pomocy publicznej w rozumieniu artykułu 87 (1) TWE, sprawa klasyfikacji pomocy publicznej jako nowej lub dotychczasowej w myśl art. 88 TWE nie była poruszana przez Komisję.

c) Uwagi końcowe

Z przedstawionych powyżej powodów oraz w świetle aktualnego prawa precedensowego, Komisja uznała, że taka rekompensata nie stanowi pomocy publicznej. Komisja stwierdziła jednak, że nawet, jeżeli środki takie zostałyby uznane jako pomoc publiczna, byłoby to zgodne z artykułem 86 (2) TWE. Przepis ten dotyczy środków, które są niezbędne do wypełnienia i kontynuacji misji, będącej przedmiotem zainteresowania ogólnogospodarczego. Komisja uważa, że w rozpatrywanej sprawie wszystkie warunki stosowania artykułu 86 (2) TWE, przedstawione w Komunikacie Komisji Europejskiej w sprawie stosowania przepisów w sprawie pomocy państwowej dla radiofonii i telewizji publicznej z 2001 r. zostały wypełnione:

- omawiane usługi mogą być traktowane jako usługi będące przedmiotem zainteresowania ogólnogospodarczego.
- usługi te zostały powierzone BBC przez rząd państwa członkowskiego UE.
- rekompensata jest proporcjonalna do kosztów netto usług publicznych oraz nie ma ryzyka oddziaływania pośredniego na rynki sąsiednie.

Komisja ostatecznie stwierdziła, że biorąc pod uwagę fakt, iż nowe usługi są finansowane z obecnego poziomu abonamentu radiowo-telewizyjnego, oraz opierając się na gwarancjach przed nadmierną rekompensatą i pośrednim wpływem na inne działalności, działania te nie wpłynęły na rozwój rynku telewizyjnego w stopniu, który byłby sprzeczny z interesem Unii Europejskiej.

W związku z tym, nawet jeżeli środek taki uznany byłby za pomoc publiczną, stosowany będzie wtedy wyjątek artykułu 86 (2), na podstawie którego środek taki będzie kompatybilny z Traktatem.

Podsumowując, Komisja Europejska zdecydowała uznać, że omawiane środki nie stanowią pomocy publicznej w rozumieniu artykułu 87 (1) EC i nie wymagały notyfikacji.

2. RAI SpA C 62/1999 (ex NN 140/98) (2004/339/EC)

a) Tło

W 1996 roku włoski nadawca komercyjny RTI, którego właścicielem jest koncern Mediaset wystąpił z formalną skargą do Komisji Europejskiej na system finansowania nadawcy publicznego RAI. Wskazano zarówno na system abonamentowy jak również pomoc publiczną udzielaną przez państwo doraźnie w latach 1992-1995. W 1999 roku Mediaset wystąpił również z oficjalnym zapytaniem do Komisji Europejskiej czy udzielana pomoc ma charakter nowy czy dotychczasowy. Na podstawie zebranych informacji od stron konfliktu Komisja zdecydowała się na wszczęcie oficjalnej procedury wyjaśniającej.

Przedmiotem zainteresowania Komisji Europejskiej były następujące środki pomocowe przyznane RAI:

- System abonamentowy
- Zwolnienie z podatku przy okazji rewaloryzacji majątku RAI
- Przekształcenie opłat koncesyjnych za rok 1993 i 1994 na pożyczkę udzieloną przez *Cassa" Depositi e Prestiti* (CDDPP)
- Zastrzyk kapitału w 1992 roku
- Zmniejszenie opłaty koncesyjnej płaconej przez RAI państwu z 154 miliardów lirów do 40 miliardów lirów
- Operacja factoringowa przeprowadzona *Cofri Factor* w 1990 roku
- Pożyczka od *Cofri* z 1997 roku

b) Badanie zgodności pomocy z prawem wspólnotowym

- **Pomoc publiczna w rozumieniu artykułu 87 (1) TWE**

Pierwszym krokiem podjętym przez Komisję Europejską było zbadanie powyższych środków w świetle art. 87 (1) definiującego pomoc publiczną z uwzględnieniem tzw. testu Altmark. Zgodnie z wynikami przeprowadzonego badania niemal wszystkie ze wspomnianych środków zostały uznane za pomoc publiczną w rozumieniu art. 87(1) Traktatu. Wyjątek stanowi przekształcenie opłaty koncesyjnych za rok 1993 i 1993 w pożyczkę

udzieloną przez *Cassa" Depositi e Prestiti* (CDDPP), co według Komisji nie dało przewagi RAI nad konkurentami. Mimo zgłaszanych wątpliwości za pomoc publiczną uznano także zwolnienie z podatku przy okazji rewaloryzacji majątku RAI oraz zastrzyk kapitału jaki nastąpił w 1992 roku. Oba środki spełniły wszystkie warunki określone w art. 87 (1) oraz nie spełniły dwóch spośród czterech warunków tzw. testu Altmark.

- **Zgodność pomocy z art. 86 (2) TWE**

Kolejnym krokiem podjętym przez Komisję było zbadanie zgodności uznanych za pomoc publiczną środków ze względu na ich zgodność z art. 86 (2) Traktatu. W tym celu zbadano czy udzielana pomoc spełnia warunki zdefiniowane w komunikacie Komisji Europejskiej z dnia 17 października 2001 roku: definicja misji, oficjalne powierzenie wykonywania usług w ogólnym interesie gospodarczym oraz zasada proporcjonalności. W tym kontekście Komisja Europejska uznała definicję misji publicznej podkreślając jej szeroki charakter. Uznano iż definicja ta nie zawiera żadnych nadużyć ani rażących błędów nie zawierając żadnych działań o charakterze komercyjnym, jak na przykład sprzedaży programów czy działalności reklamowej. Uznano ponadto, że RAI w sposób właściwy zostało powierzone pełnienie misji publicznej. Najwięcej miejsca poświęcono zbadaniu ostatniego warunku jakim jest proporcjonalność pomocy publicznej udzielonej RAI. W tym kontekście Komisja Europejska musiała po pierwsze obliczyć koszty netto działalności „misyjnej” nadawcy publicznego, po drugie zaś zbadać czy RAI nie zaniżała specjalnie swoich kosztów poprzez celową rezygnację z maksymalizacji zysków z działalności komercyjnej, co mogłoby osłabić konkurencję. Obliczając koszty netto misji publicznej Komisja Europejska wykluczyła koszty generowane przez działalność spółek zależnych od RAI oraz działalność komercyjną. Na podstawie obliczonych kosztów misji publicznej Komisja określiła poziom pomocy publicznej udzielonej przez państwo w latach 1992-95.

Największym wyzwaniem dla Komisji Europejskiej było zbadanie polityki RAI na rynku reklamowym w badanym okresie. Po uwzględnieniu danych rynkowych dotyczących działalności na rynku nadawcy publicznego RAI oraz jego głównego konkurenta RTI Komisja Europejska uznała, że RAI mimo, iż mniej czasu poświęca na emisję bloków reklamowych generowała proporcjonalnie większe dochody niż RTI. Tym samym uznano, że RAI nie stosowało niedozwolonych praktyk (tj. sztucznego zaniżania cen) na rynku reklamy kierując się zasadą maksymalizacji zysków. Ostatecznie Komisja Europejska w swojej

decyzji z dnia 15 października 2003 roku uznała, iż zastosowana pomoc publiczna w przypadku RAI jest zgodna z art. 86 (2)

- **Klasyfikacja pomocy publicznej jako nowej lub dotychczasowej (art. 88 TWE)**

Ponadto stwierdzono, iż część środków została zastosowana niezgodnie z art. 88 (3) Traktatu i tym samym została uznana za tzw. „pomoc przyznaną bezprawnie”. W ten sposób Komisja Europejska podkreśliła obowiązek notyfikacji nowej pomocy publicznej, wskazując, iż wymóg ten nie został dopełniony w przypadku: zwolnienia z podatku przy okazji rewaloryzacji majątku RAI, przekształcenia opłat koncesyjnych za rok 1993 i 1994 w pożyczkę udzieloną przez *Cassa" Depositi e Prestiti* (CDDPP) oraz zastrzyku kapitału w 1992 roku.

c) Uwagi końcowe

Powyższa decyzja podjęta przez Komisję Europejską ma istotne znaczenie ze względu na fakt, iż była to jedna z pierwszych decyzji Komisji, która opiera się na wyroku w sprawie *Altmark*. W przypadku sprawy RAI na uwagę zasługuje fakt, iż Komisja w swojej decyzji wyraźnie podkreśliła, iż tzw. szeroka definicja misji publicznej tak długo jak nie obejmuje ewidentnie komercyjnych aktywności jest wystarczająca aby spełnić podstawowy warunek określony w komunikacie Komisji z 17 października 2001 roku. W tym kontekście zaznaczono również, że musi istnieć jasny mechanizm monitorujący wykonywanie misji publicznej przez nadawcę.

W tym przypadku Komisja nie badała wymogu przejrzystości czyli utrzymywania rozdzielnej księgowości dla działalności misyjnej i komercyjnej nadawców publicznych ze względu na fakt iż w badanym okresie (tj. od 1992 do 1995 roku) obowiązek ten nie dotyczył nadawców. Został on bowiem nałożony przez poprawkę do dyrektywy z dnia 25 czerwca 1980 r. 80/723/EWG w sprawie przejrzystości stosunków finansowych między Państwami Członkowskimi i przedsiębiorstwami publicznymi, a także w sprawie przejrzystości finansowej wewnątrz określonych przedsiębiorstw przyjętej 31 lipca 2001 roku.

Odnosnie wymogu proporcjonalności zauważyć należy, że Komisja Europejska stwierdziła, iż **rekompensacie podlegają jedynie koszty netto związane z wypełnianiem misji publicznej. W tym celu od kosztów Komisja odlicza dochody nadawcy wygenerowane w związku z działalnością misyjną. Kwestia ta została powiązana przez Komisję z wymogiem**

efektywnego działania przez nadawcę publicznego, dla którego punktem odniesienia jest „efektywny podmiot komercyjny”. Ten postulat wiąże się bezpośrednio z często artykułowaną obawą, iż nadawcy publiczni celowo minimalizują swój dochód celem uzyskania wyższej rekompensaty.

3. TV2/DANMARK C 2/2003 (ex NN 22/02) (2005/217/EC)

a) Tło

W kwietniu 2000 roku do Komisji Europejskiej wpłynęła skarga duńskiego nadawcy komercyjnego, spółki SBS Broadcasting SA/TvDanmark (TvDanmark), w sprawie finansowania przez duńskie państwo nadawcy publicznego TV2/DANMARK (TV2). W wyniku dalszej wymiany informacji pomiędzy Komisją Europejską, stroną skarżącą i władzami duńskimi, Komisja Europejska postanowiła wszcząć postępowanie zgodnie procedurą określoną w art. 88 (2) Traktatu WE w związku z finansowaniem przez państwo publicznego nadawcy duńskiego, TV2 w okresie 1995-2002. Wspomniana decyzja Komisji została opublikowana 14 marca 2003 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej wraz z wezwaniem zainteresowanych stron do zgłaszania swoich uwag. W efekcie tej publikacji Komisja otrzymała uwagi od władz duńskich, TvDanmark, Europejskiego Stowarzyszenia Telewizji Komercyjnych (Association of Commercial Television in Europe (ACT)) oraz telewizji komercyjnych Antena 3, Gestevision Telecinco i TV3.

W Danii działają dwaj telewizyjni nadawcy publiczni: Danmarks Radio (DR) i TV2. TV2 została założona w 1986 roku jako niezależna instytucja finansowana z pożyczek państwowych a rozpoczęła nadawanie na całym terytorium Danii w 1988 roku. DR jest niemal wyłącznie finansowana z opłat abonamentowych, natomiast TV2 z opłat abonamentowych i wpływów z reklam. Oprócz telewizji publicznych na ogólnokrajowym duńskim rynku telewizyjnym działają dwaj nadawcy komercyjni, TvDanmark i TV3/3+. TvDanmark jest częścią SBS Broadcasting S.A. i nadaje w Danii dwa programy: od 1997 r. za pośrednictwem sieci składającej się z 10 komercyjnych stacji telewizyjnych program TvDanmark2 oraz od roku 2000 na podstawie brytyjskiej koncesji program satelitarny TvDanmark1. Kanały satelitarne TV3 i 3+, będące częścią Modern Times Group (MTG), zaczęły nadawać w 1992 roku.

Zgodnie z duńską Ustawą o radiofonii i telewizji cała oferta programowa TV2 uważana jest za usługę publiczną. Ponadto na podstawie wspomnianej ustawy TV2 może

prowadzić działalność komercyjną (reklama, sprzedaż programów, wynajem anten nadawczych, merchandising, działalność internetowa i odsprzedaż praw do transmisji sportowych).

Przedmiotem analizy Komisji Europejskiej dotyczącej finansowania TV2 były następujące elementy:

- wpływy z opłat abonamentowych w danym okresie (4 067,7 mln koron duńskich (DKK));
- przelewy *ad hoc* z Funduszu TV2 i Funduszu Radiowego (275 mln DKK);
- zwolnienie z podatku dochodowego od osób prawnych (159,4 mln DKK);
- zwolnienie z obowiązku spłaty odsetek i odroczenie spłaty rat pożyczek na uruchomienie działalności (341,8 mln DKK);
- gwarancje państwowe na kredyty operacyjne (9,8 mln DKK);
- opłaty za ogólnokrajowe częstotliwości nadawcze i pozwolenie na nadawanie w systemie sieciowym z pośrednictwem częstotliwości lokalnych (70,2 mln DKK);
- status must-carry;

Po wstępnym dochodzeniu wyjaśniającym Komisja stwierdziła, że wyżej opisane środki, z wyjątkiem statusu must-carry, stanowią pomoc publiczną w rozumieniu art. 87 (1) Traktatu WE.

b) Badanie zgodności pomocy publicznej z prawem wspólnotowym.

• Pomoc publiczna w rozumieniu artykułu 87 (1) TWE

Podobnie jak w przypadku innych spraw dotyczących pomocy publicznej pierwszym krokiem podjętym przez Komisję Europejską było zbadanie powyższych środków w świetle art. 87 (1) definiującego pomoc publiczną. Komisja dokonała analizy, badając czy wspomniane środki: świadczone są z państwowych źródeł, uprzywilejowują niektóre podmioty i zakłócają konkurencję oraz wpływają na konkurencję pomiędzy państwami członkowskimi UE. W odniesieniu do opłat abonamentowych DR, będąca instytucją publiczną kontrolowaną przez państwo, ściąga opłaty abonamentowe od właścicieli odbiorników radiowych i telewizyjnych, a następnie przekazuje je TV2. Poza tym władze publiczne ostatecznie decydują o tym, jaka część z tych środków przekazywana jest TV2. W związku z tym środki abonamentowe, które otrzymuje TV2, podlegają stałej kontroli władz państwowych i dlatego uważane są za środki publiczne. To samo odnosi się do przelewów *ad hoc* z Funduszu Radiowego i z likwidowanego Funduszu TV2. Podobnie o środkach

publicznych można mówić w przypadku zwolnienia z podatku dochodowego od osób prawnych, zwolnienia z obowiązku spłaty odsetek i odroczenia spłaty rat pożyczek na uruchomienie działalności oraz gwarancji państwowych na kredyty operacyjne, ponieważ rezygnacja państwa z dochodów z tego tytułu oznacza ulgę dla TV2.

Badając sprawę uprzywilejowania TV2 i sprawę zakłócenia konkurencji Komisja Europejska przeprowadziła tzw. test Altmark (zasady ustalone przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości w sprawie Altmark) w wyniku którego ustalono, że w niniejszej sprawie nie są spełnione co najmniej dwa z czterech warunków. W związku z tym, że TV2 na rynku telewizyjnym konkuruje z innymi publicznymi oraz prywatnymi nadawcami a wspomniane środki faworyzują TV2 w porównaniu z konkurencją, która nie otrzymuje podobnych funduszy, Komisja uznała że są one selektywne i zakłócające konkurencję w rozumieniu art. 87 (1) TWE.

W rozpatrywanej sprawie TV2 prowadzi aktywną działalność na rynku międzynarodowym, wymieniając programy telewizyjne za pośrednictwem EBU i Eurowizji. Środki finansowe oddane do dyspozycji TV2 przyniosły jej korzyści pozwalające na zakup praw telewizyjnych, inwestowanie w produkcję programów oraz pozwoliły TV2 uzyskać korzystniejszą pozycję w stosunku do konkurentów z Unii Europejskiej, ograniczając możliwości wejścia tych ostatnich na rynek duński. W związku z powyższym Komisja uznała, że środki przyznane TV2 wpłynęły na handel między Państwami Członkowskimi w rozumieniu art. 87 (1) Traktatu WE.

Podsumowując, ponieważ spełnione są wszystkie warunki art. 87 (1) oraz przynajmniej dwa warunki określone przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości w sprawie Altmark nie zostały spełnione, Komisja uznała, że środki finansowe, które zostały przyznane TV2, należy zakwalifikować jako pomoc publiczną w rozumieniu art. 87 (1) Traktatu.

- **Klasyfikacja pomocy publicznej jako nowej lub dotychczasowej (art. 88 TWE)**

W następnej kolejności zadaniem Komisji Europejskiej było rozstrzygnięcie czy badane środki należy uznać za pomoc dotychczasową czy też za nową pomoc w rozumieniu art. 88 Traktatu. W związku z tym, że TV2 rozpoczęła nadawać w 1989 roku i wszystkie środki zostały przyznane TV2 po przystąpieniu Danii do Wspólnoty Europejskiej, środki te wraz ze środkami pochodzącymi z opłat abonamentowych stanowią zdaniem Komisji nową, a nie istniejącą, pomoc w rozumieniu art. 88 (1) TWE.

- **Zgodność pomocy ze wspólnym rynkiem na podstawie art. 86 (2)**

Kolejnym krokiem podjętym przez Komisję było zbadanie zgodności uznanych za pomoc publiczną środków ze względu na ich zgodność z art. 86 (2) Traktatu. W tym celu analizie poddano warunki określone w komunikacie Komisji z dnia 17 października 2001 roku tj. zdefiniowanie misji publicznej, powierzenie misji oraz zachowanie zasady proporcjonalności. Opierając się na wspomnianym komunikacie Komisja Europejska uznała, że „szeroka” definicja powierzenia TV2 zadania zapewnienia zrównoważonej i zróżnicowanej oferty programowej spełnia wszelkie warunki. Ponadto, taka definicja idzie w parze z zadaniem zaspokojenia demokratycznych, socjalnych i kulturalnych potrzeb poszczególnych społeczeństw oraz z gwarancją zachowania pluralizmu mediów, w tym różnorodności kulturowej i językowej. Rola Komisji ograniczyła się do sprawdzenia, czy definicja usług powszechnych nie zawiera istotnych błędów. Jedynie internetowe usługi komercyjne (np. gry, usługi typu „chat”) oferowane przez TV2, Komisja uznała za działalność czysto komercyjną i w związku z tym nie można uważać ich za usługi w powszechnym interesie gospodarczym.

W związku z tym, że powierzenie misji publicznej TV2 odbyło się na podstawie oficjalnego aktu prawnego Komisja uznała, że obowiązek wykonywania usług publicznych został powierzony TV2 w sposób właściwy.

Ponadto badając sprawę proporcjonalności Komisja Europejska przeprowadziła bardzo szczegółową analizę (na podstawie sprawozdań finansowych) obejmującą porównanie wysokości przyznanej pomocy publicznej wraz z dochodami komercyjnymi w stosunku do kosztów netto związanych z wykonywaniem usług publicznych w latach 1995-2002. W wyniku tej analizy Komisja ustaliła, że finansowanie państwowe w danym okresie było o 628,2 mln DKK (84,3 mln EUR) wyższe od poniesionych kosztów. Dla usprawiedliwienia nadwyżki środków pomocowych rząd duński przedstawił następujące argumenty: nadwyżka odzwierciedla zysk z działalności TV2; niezbędne było zgromadzenie kapitału własnego, aby umożliwić TV2 przetrwanie wahań cen na rynku reklam i w ten sposób zabezpieczyć wykonanie usług publicznych powierzonych stacji TV2; Skarb Państwa działał jak normalny prywatny inwestor rynkowy, gromadząc kapitał własny niezbędny do optymalizacji struktury kapitałowej TV2. Komisja, odpowiadając na argumenty rządu duńskiego uznała, że dla danego podmiotu posiadanie takiej rezerwy może być niezbędne jako gwarancja wykonywania przypisanych im usług publicznych, ale zgromadzona nadwyżka nie była niezbędna do prowadzenia działalności statutowej TV2. Ponadto Komisja uznała, że skoro w

rozpatrywanej sprawie Skarb Państwa nie był inwestorem liczącym na zysk, niekonieczne jest uwzględnianie zysku kapitałowego przy obliczaniu zysków netto TV2.

Dodatkowo, odpowiadając na zarzut konkurencji TV2 na duńskim rynku telewizyjnym, Komisja Europejska przeprowadziła szczegółowe analizy porównujące ceny reklam na rynku telewizyjnym, politykę cenową TV2 w czasie badanego okresu oraz wydatki na reklamę telewizyjną w Danii w porównaniu z krajami Unii Europejskiej. Na podstawie wspomnianych analiz Komisja uznała, że z punktu widzenia pomocy publicznej nie istnieją dzisiaj żadne jasne dowody na to, że TV2 nie starała się osiągać jak największych dochodów z reklamy, oraz że zachowywanie to spowodowało potrzebę wyższego finansowania ze strony Skarbu Państwa. W każdym razie Komisja uznała, że możliwy spadek dochodów TV2 ze sprzedaży reklam, nie jest wyższy niż wcześniej ustalona nadwyżka rekompensaty.

c) Uwagi końcowe

Z przedstawionych powyżej powodów oraz w świetle aktualnego prawa precedensowego, Komisja uznała, że pomoc publiczna dla TV2 zawiera nadwyżkę w wysokości 628,2 mln DKK (84,3 mln EUR) oraz że na podstawie art. 86 (2) TWE kwota ta nie jest zgodna ze wspólnym rynkiem i podlega windykacji wraz z odsetkami. Cała kwota nadwyżki obciąża TV2 i dlatego od tej spółki należy domagać się jej zwrotu. Komisja Europejska zobowiązała rząd duński do podjęcia wszelkich koniecznych środków, aby odzyskać wyżej wymienioną kwotę.

Omawiana decyzja Komisji Europejskiej w sprawie pomocy publicznej dla TV2 została zaskarżona do Sądu Pierwszej Instancji Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości przez rząd Danii oraz TV2/DANMARK. Obie strony wnoszące skargę domagają się uznania nieważności w całości lub części wspomnianej decyzji Komisji. Na poparcie złożonych wniosków obie strony argumentowały, że decyzja Komisji: narusza istotne wymogi proceduralne, narusza zasadę kontrydiktoryjności oraz opłaty abonamentowe i inne dochody uzyskane przez TV2 nie stanowią pomocy publicznej ponieważ nie są środkami publicznymi. Ponadto, zdaniem wnoszących skargi, obliczenie przez Komisję „nadmiernej kompensacji” było błędne.

4. NOS-RTV C 2/2004/ (ex NN 170/2003)

a) Tło

W 2002 i 2003 roku Komisja Europejska otrzymała kilka formalnych skarg (m.in. od CLT-UFA, VESTRA, Dutch Newspaper Publisher Association, De Telegraf, SBS Broadcasting etc.) na system finansowania holenderskich nadawców publicznych. Ze względu na charakter zarzutów Komisja Europejska w 2004 roku zdecydowała się otworzyć formalną procedurę aby zbadać zastosowane środki pomocowe jako tzw. „nową pomoc publiczną”. Swoje komentarze w tej sprawie nadesłały także kolejne zainteresowane podmioty m.in.: ACT, ARD oraz VECAI.

Przedmiotem zainteresowania Komisji Europejskiej były środki pomocowe o charakterze *ad hoc* zastosowane wobec nadawców publicznych (tj. 19 różnych organizacji obarczonych obowiązkiem wykonywania misji publicznej) w latach 1994 – 2005. W tym przypadku Komisja wszczęła procedurę charakterystyczną dla tzw. nowej pomocy publicznej. Aby móc obliczyć ewentualną nadpłatę Komisja Europejska w swoich kalkulacjach ujęła także tzw. istniejącą (dotychczasową) pomoc publiczną udzielaną przez państwo w formie rocznych dotacji państwowych oraz środków pochodzących z Funduszu Stifo (Fundusz Stymulujący produkcję o programów charakterze kulturalnym). W centrum zainteresowania Komisji Europejskiej znalazły się następujące środki pomocowe o charakterze *ad hoc*:

- Fundusz Współfinansowania (Matching Fund) wprowadzony w latach 1996 -1998 aby umożliwić nadawcom publicznym nabycie praw do programów, (fundusz ustanowiony ze względu na wzrost cen rynkowych);
- Środki przeznaczone na specyficzne inicjatywy podejmowane przez nadawców publicznych (tzw. FOR payments) pochodzące z rezerwy nadawczej zarządzanej przez regulatora rynku;
- Fundusze przeznaczone na finansowanie koprodukcji, w których udział brali nadawcy publiczni (tzw. CoBo payments);
- Rezerwy gromadzone przez nadawców publicznych z przeznaczeniem na przyszłe zakupy programów.

Ponadto Komisja Europejska w skutek dodatkowych zarzutów podmiotów komercyjnych zobowiązała się zająć działalnością reklamową nadawców publicznych, kwestią nabywania praw piłkarskich, umowami nadawców publicznych operatorami (tzw.

must carry obligation) oraz kwestią świadczenie usług technicznych przez Holenderską Organizację Producentów (NOB) bez wynagrodzenia.

b) Badanie zgodności pomocy z prawem wspólnotowym

- **Pomoc publiczna w rozumieniu artykułu 87 (1) TWE**

Pierwszym krokiem podjętym przez Komisję Europejską było zbadanie powyższych środków w świetle art. 87 (1) definiującego pomoc publiczną z uwzględnieniem tzw. testu Altmark. Zgodnie z wynikami wspomnianej analizy większość powyższych środków została uznana za pomoc publiczną w rozumieniu art. 87 (1) Traktatu. Wyjątek w tym względzie stanowiła kwestia umów nadawców publicznych z operatorami kablowymi, gdyż sprawa ta nie wiązała się z transferem środków publicznych.

- **Klasyfikacja pomocy publicznej jako nowej lub dotychczasowej (art. 88 TWE)**

W dalszej kolejności Komisja Europejska rozstrzygnęła czy badane środki należy uznać za pomoc dotychczasową czy też za nową pomoc w rozumieniu art. 88 Traktatu. Komisja stwierdziła, iż zarówno roczne dotacje państwowe oraz środki pochodzące z Funduszu Stifo (Fundusz Stymulujący produkcję o programów charakterze kulturalnym) są pomocą dotychczasową. Pozostała pomoc o charakterze *ad hoc* została uznana za nową pomoc publiczną.

- **Zgodność pomocy z art. 86 (2) TWE**

Następnie Komisja Europejska przystąpiła do zbadania zgodności udzielonych środków z art. 86 (2) TWE. W tym celu analizie poddano warunki określone w komunikacie Komisji z dnia 17 października 2001 roku tj. zdefiniowanie misji publicznej, powierzenie misji oraz zachowanie zasady proporcjonalności. W pierwszym przypadku Komisja Europejska uznała, iż szeroka definicja misji publicznej zaproponowana w prawie medialnym spełnia wszelkie warunki. W tym kontekście na uwagę zasługują rozważania Komisji Europejskiej odnoszące się do jednego z zarzutów, zgodnie z którym nadawcy publiczni zbyt wiele czasu poświęcają transmisjom z imprez sportowych. Według wyników

przeprowadzonej analizy czas przeznaczony na programy sportowe przez nadawców publicznych nie przekracza jednak 10%, co zdaniem Komisji Europejskiej oznacza, iż proporcje misji publicznej nie zostały zachwiane. Analiza prawa medialnego wykazała ponadto iż misja publiczna we właściwy sposób została powierzona nadawcom publicznym.

W decyzji podkreślono, iż dyrektywa o przejrzystości obligowała nadawców publicznych do utrzymywania odrębnej księgowości dla działalności misyjnej i komercyjnej. Według Komisji Europejskiej, mimo że odrębna księgowość ta była prowadzona przez wszystkich nadawców publicznych to wykazano, iż poszczególni nadawcy wybrali różne metody księgowania, co znacznie utrudniło obliczenie kosztów netto działalności misyjnej. Stąd też Komisja Europejska do weryfikacji warunku proporcjonalności wzięła pod uwagę wszelkie dochody netto wygenerowane bezpośrednio lub pośrednio przez działalność misyjną odrzucając jednocześnie jedynie dochody związane z działalnością komercyjną, które nie mogą być brane pod uwagę przy określaniu zakresu misji publicznej tj. serwis SMS-owy czy i-mode (system pozwalający na korzystanie z Internetu za pomocą telefonu komórkowego). Następnie dodano wszelkie środki pochodzące z pomocy publicznej (dotychczasowej i nowej). Pod uwagę wzięto usługi techniczne NOB choć nie mają one wpływu na ostateczny wynik kosztów netto. Zgodnie ze wstępnymi wyliczeniami, Komisja Europejska wykazała nadpłatę w wysokości 110 mln EUR, co stoi w sprzeczności z zasadą proporcjonalności. Kolejnym krokiem było szczegółowe określenie nadpłaty w przypadku poszczególnych jednostek organizacyjnych.

Dalsze badanie nie wykazało uchybień nadawców publicznych odnośnie ich działalności na rynku reklamy (tj. mimo istotnych rabatów dochody z reklam były stałe w badanym okresie) oraz w zakresie nabywania praw do imprez piłkarskich.

Ostatecznie Komisja wskazała na całkowitą nadpłatę w wysokości 98,365 mln EUR co przekroczyło całkowitą wartość nowej pomocy publicznej. Ostateczna suma okazała się niższa od początkowo zakładanej (tj. 110 mln EUR) ze względu na fakt, iż Komisja Europejska stwierdziła, że część pomocy udzielonej pojedynczym nadawcom była zgodna z prawem. Mają one bowiem prawo przechowywać nadwyżki budżetowe w formie rezerw, co jest monitorowane przez rząd holenderski. Ostatecznie Komisja Europejska uznała udzieloną pomoc publiczną za niezgodną z rynkiem wspólnotowym. W swojej decyzji nakazała windykację całkowitej sumy nowej pomocy publicznej w wysokości 76,327 mln EUR wraz z odsetkami.

c) Uwagi końcowe

Sprawa NOS-RTV (C (2006) 2084 final) jest istotna ze względu między innymi na jej wkład w dyskusję na temat definicji misji publicznej. Wpisuje się ona w politykę Komisji Europejskiej, która z jednej strony zgadza się na tzw. szeroką definicję misji, z drugiej zaś nie chce dopuścić do nadmiernego rozszerzania się misji na np. rynki pochodne (tzw. *mission creep*). Wskazała ona, iż usługi SMS-owe oraz i-mode, które oferowane są za opłatą nie wchodzą w zakres misji publicznej. Ponadto Komisja wypowiedziała się w sprawie zbytniego, zdaniem konkurencji, zaangażowania nadawców publicznych w programy sportowe a w szczególności piłkarskie, co zdaniem podmiotów konkurencyjnych może mieć negatywny wpływ na rynek sprzedaży praw do imprez sportowych. Instytucja ta potwierdziła, iż programy sportowe, o ile nie przekraczają progu 10% całkowitego czasu nadawania, mogą wchodzić w zakres misji publicznej.

Komisja potwierdziła także swoje wątpliwości dotyczące obowiązku *must carry* nie uznając go za środek stanowiący pomoc publiczną w rozumieniu art. 87 (1).

Po raz kolejny analiza Komisji Europejskiej wykazała, iż fakt stosowania na rynku reklamy rabatów nie musi automatycznie oznaczać celowego zaniżania zysków mediów publicznych, co wymuszać miałyby obniżanie cen przez konkurencję.

Decyzja Komisji Europejskiej została zaskarżona przez Królestwo Niderlandów (Case T-231/06) jak również przez samego nadawcę publicznego (Case T-237/06). Jednym z głównych argumentów wysuwanych w tym kontekście jest zarzut pod adresem Komisji Europejskiej, która zdaniem stron skarżących nieprawidłowo zinterpretowała rozróżnienie pomiędzy nową i dotychczasową pomocą publiczną. Skutkiem takiego działania Komisji jest potraktowanie pomocy udzielanej doraźnie (*ad hoc*) jako nowej pomocy publicznej. Zdaniem stron skarżących większość doraźnej pomocy udzielonej nadawcy publicznemu stanowi jednak część ogólnego systemu finansowania działalności nadawcy publicznego NOS. Błędna interpretacja Komisji w rezultacie nie pozwoliła spełnić kryterium proporcjonalności.

Opracowali:
Paweł Stępka
Albert Woźniak

Bibliografia

I Dokumenty

- Traktat ustanawiającym Wspólnotę Europejską (wersja skonsolidowana);
- Rozporządzenie Rady (WE) NR 659/1999 z dnia 22 marca 1999 r. ustanawiające szczegółowe zasady stosowania art. 93 Traktatu WE;
- Komunikat Komisji w sprawie stosowania zasad pomocy państwowej do publicznego radia i telewizji z dnia 17.10.2001 (tłumaczenie nieoficjalne);
- Komisja Europejska, Pomoc publiczna nr N 631/2001 – Zjednoczone Królestwo. Abonament radiowo-telewizyjny BBC z dnia 22.05.2002. C(2002)1886fin;
- Komisja Europejska, Zielona księga o usługach użyteczności publicznej, 21. 5. 2003, KOM (2003) 270 końcowa (tłumaczenie wykonano na zlecenie Ministerstwa Skarbu Państwa);
- Court of Justice, Judgment of the Court of 24 July 2003 in case C-280/00: Altmark Trans GmbH, Regierungspräsidium Magdeburg v Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH;
- Commission Decision of 15 October 2003 on the measures implemented by Italy for RAI SpA (notified under document C(2003) 3528);
- The Association of Commercial Television in Europe (ACT), Association Européenne des Radios (AER) and the European Publishers Council (EPC), Safeguarding the Future of the European Audiovisual Market: The Financing and Regulation of Publicly Funded Broadcasters, March 2004;
- Decyzja Komisji z dnia 19 maja 2004 r. w sprawie podjętych przez Danię na rzecz TV2/DANMARK (notyfikowana jako dokument nr C (2004) 1814);
- Action brought on 28 July 2004 by TV2/DANMARK A/S against the Commission of the European Communities (Case T-309/04), (w:) Official Journal of the European Union, 32.10.2004, C 262/43;
- Action brought on 3 August 2004 by the Kingdom of Denmark against the Commission of the European Communities (Case T-317/04), (w:) Official Journal of the European Union, 32.10.2004, C 262/43;

- Commission Decision of 22.06.2006 on the ad hoc financing of Dutch public service broadcasters C 2/2004/ (ex NN 170/2003);
- Action brought on 30 August 2006 – Kingdom of the Netherlands v Commission (Case T-231/06), (w:) Official Journal of the European Union, 28.10.2006, C 261/21;
- Action brought on 4 September 2006 – Nederandse Omroep Stichting v Commission of the European Communities (Case T-237/06), (w:) Official Journal of the European Union, 02.12.2006, C 294/51;

II Opracowania

- F. Luis, A. Vallery, State aid and the financing of public services: A comment on the Altmark judgment of the Court of Justice, (w:) Competition law Insight, September 2003, s. 3-6.
- European Commission, Vademecum Community Rules on State Aid, 2003
- S. Depypere, J. Broche, N. Tigchelaar, State aid and broadcasting: state of play, (w:) Competition Policy Newsletter, nr 1, 2004, s. 71-73.
- S. Depypere, N. Tigchelaar, The commission's state aid policy on activities of public service broadcasters in neighboring markets, (w:) Competition Policy Newsletter, nr 2, 2004, s. 19-22.
- R. Hieronym, The key role of public service broadcasting in European society in the 21st century. Key note speech, 02.09.2004.
- J. Ligner-Żeromska, Stanowisko UE w kwestii finansowania nadawców publicznych, (w:) Biuletyn KRRiT, Nr 1-2 (86-87), 2004.
- H. Ungerer, Competition in the media sector – how long can the future be delayed?, 19.01.2005 (COMP/C2/HU),
- O. Vrskovska, Services of general economic interest and EC State aid rules after Altmark Trans – finally some legal certainty or only further confusion?, August 2005,
- European Commission, Public service broadcasting and state aid – frequently asked questions, 03.03. 2005, MEMO/05/73.
- Zespół Ekspertów Biura KRRiT, Wstępna Informacja o Podejściu UE do sprawy Finansowania Nadawców Publicznych (aktualizacja i uzupełnienie), 3 stycznia 2007,

III Strony internetowe

- European Commission, Competition:
http://ec.europa.eu/comm/competition/index_en.html
- Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich:
<http://www.curia.europa.eu/pl/index.htm>