CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL F. JACOBS van 24 juni 1999 *

1. Het onderhavige geding gaat over de reclameonderbreking van filmvertoningen op de televisie, en in het bijzonder over de methode om op grond van de richtlijn „Televisie zonder grenzen" (hierna:„ richtlijn") [1] het maximum aantal onderbrekingen te berekenen.

De feiten en het procesverloop

2. Verzoeksters in het hoofdgeding zijn elf publiekrechtelijke omroeporganisaties van de Duitse deelstaten, die samen de Arbeitsgemeinschaft Deutscher Rundfunkanstalten (hierna: „ARD") vormen. Op grond van de Duitse grondwet vallen televisieomroepactiviteiten onder de bevoegdheid van de deelstaten. Gezamenlijk zijn deze organisaties verantwoordelijk voor de televisiezender ARD. Verweerster, PRO Sieben Media AG (hierna: „Pro Sieben"), is een particuliere televisieomroeporganisatie.

3. Het geding komt voort uit de formulering van artikel 11, lid 3, van de richtlijn, dat bepaalt dat het geoorloofde aantal reclameonderbrekingen van films die op de televisie worden vertoond, moet worden berekend aan de hand van een tijdvak dat wordt aangeduid als de „geprogrammeerde duur".

4. Op grond van het „brutobeginsel", dat door Pro Sieben wordt voorgestaan, moet de duur van de reclame worden inbegrepen in de tijdsduur aan de hand waarvan het geoorloofde aantal onderbrekingen wordt berekend. Volgens het „nettobeginsel", dat door de ARD wordt voorgestaan, moet de duur van de reclame daarin niet worden inbegrepen; dat wil zeggen dat de relevante duur enkel betrekking heeft op de lengte van de film zelf. Het verschil is, dat bij toepassing van het brutobeginsel, onder bepaalde omstandigheden, een groter aantal onderbrekingen is toegestaan dan bij toepassing van het nettobeginsel.

5. De ARD heeft het probleem voorgelegd aan de Duitse rechter, door een procedure tegen Pro Sieben aan te spannen wegens

* Oorspronkelijke taal: Engels.

1 — Richtlijn 89/552/EEG van de Raad van 3 oktober 1989 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisieomroepactiviteiten (PB L 298, blz 23), zoals gewijzigd bij richtlijn 97/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 juni 1997 (PB L 202, blz. 60). Zie punt 8 infra.

oneerlijke mededinging. Twee andere particuliere televisieomroeporganisaties, SAT 1 Satellitenfernsehen GmbH en Kabel 1, K1 Fernsehen GmbH, hebben in de Duitse procedure geïntervenieerd aan de zijde van Pro Sieben. In oktober 1996 verbood het Landgericht Stuttgart Pro Sieben, op grond van zijn uitlegging van de terzake relevante Duitse bepalingen [2], om films vaker te onderbreken dan op grond van het nettobeginsel geoorloofd was. In hoger beroep voor het Oberlandesgericht Stuttgart betoogde Pro Sieben, dat zelfs indien de Duitse wetgeving het nettobeginsel voorschreef, die wetgeving in strijd was met de richtlijn en met het primaire gemeenschapsrecht.

6. In november 1997 schorste het Oberlandesgericht Stuttgart de behandeling van de zaak en verzocht het het Hof om een prejudiciële beslissing op de volgende vragen:

„1) Is in artikel 11, lid 3 [3], van richtlijn 97/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 juni 1997 tot wijziging van richtlijn 89/552/EEG van de Raad (‚wijzigingsrichtlijn'), respectievelijk in het identiek geformuleerde artikel 11, lid 3, van richtlijn 89/552/EEG van de Raad van 3 oktober 1989 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisieomroepactiviteiten (‚televisierichtlijn'), het brutodan wel het nettobeginsel neergelegd?

2) Zo § 44, lid 4, Dritter Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge het nettobeginsel voorschrijft, verdraagt zulks zich met artikel 11, lid 3, juncto artikel 3, lid 1, van richtlijn 89/552/EEG en met het primaire gemeenschapsrecht (artikelen 5, 6, 30 e.v., 59 e.v., 85 e.v. EG-Verdrag en het algemene gelijkheidsbeginsel)?"

De eerste vraag

7. Over de eerste vraag zijn de lidstaten die bij het Hof opmerkingen hebben ingediend, verdeeld: Frankrijk, Nederland en Portugal pleiten voor het nettobeginsel; Italië, Luxemburg en het Verenigd Koninkrijk pleiten, evenals de Commissie, voor het brutobeginsel. Zweden gaat enkel in op de tweede vraag.

2 — § 26, lid 4 van het Staatsvertrag der 16 Bundesländer über den Rundfunk im vereinigten Deutschland (staatsverdrag van de 16 deelstaten betreffende de omroepactiviteiten in het verenigde Duitsland) van 31 augustus 1991. Die bepaling is vervangen bij § 44, lid 4, van het Dritte Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (derde staatsverdrag tot wijziging van omroeprechtelijke staatsverdragen), dat op 1 januari 1997 in werking is getreden.

3 — Deze verwijzing naar artikel 11, lid 3, is niet juist; de nieuwe tekst van artikel 11, lid 3, van richtlijn 89/552 is ingevoerd bij artikel 1, lid 13, van richtlijn 97/36.

De televisierichtlijn

8. De televisierichtlijn is op 3 oktober 1989 vastgesteld en moest uiterlijk op 3 oktober 1991 ten uitvoer worden gelegd. [4] Zij is gewijzigd bij richtlijn 97/36/EG die uiterlijk op 31 december 1998 ten uitvoer moest worden gelegd. [5] Hoewel de onderhavige procedure is begonnen voordat laatstgenoemde richtlijn was vastgesteld, is de verwijzingsbeschikking van het Oberlandesgericht Stuttgart pas in december 1997 gegeven. Daarom worden daarin beide richtlijnen genoemd. Bij artikel 1, lid 13, wijzigde laatstgenoemde richtlijn artikel 11 van de oorspronkelijke richtlijn, maar zij bracht geen significante wijzigingen aan in de bewoording van artikel 11, lid 3, waar het in deze zaak om gaat. Citaten van de richtlijn zijn, wanneer in deze conclusie niets anders wordt verklaard, citaten van de richtlijn in haar gewijzigde vorm.

9. De richtlijn is vastgesteld op grond van artikel 57, lid 2, EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 47, lid 2, EG) en artikel 66 EG-Verdrag (thans artikel 55 EG). Blijkens de considerans was het de bedoeling om hiermee een wettelijk kader te creëren voor de televisieomroepactiviteiten op de interne markt, waarbij men de vaststelling van gemeenschappelijke regels voor omroepactiviteiten zag als een bijdrage tot de verwezenlijking van in het bijzonder het vrij verrichten van diensten. Onder deze gemeenschappelijke regels vallen de regels over reclame, die een belangrijk deel van de richtlijn uitmaken. Laatstgenoemde regels zijn neergelegd in hoofdstuk IV van de richtlijn, getiteld „Televisiereclame, sponsoring en telewinkelen" (artikelen 10-20).

10. Televisiereclame moet gemakkelijk als zodanig herkenbaar zijn en gescheiden zijn van de rest van het programma-aanbod (artikel 10, lid 1). Reclame moet in het algemeen tussen uitzendingen worden ingevoegd. Reclame mag enkel tijdens uitzendingen worden ingevoegd indien „de integriteit en de waarde van de uitzendingen niet worden geschaad, rekening houdende met de natuurlijke pauzes in en de duur en de aard van het programma, en er geen afbreuk wordt gedaan aan de rechten van de houders van rechten" (artikel 11, lid 1). Het is duidelijk, dat de richtlijn in deze bepalingen een evenwicht tracht te vinden tussen een aantal potentieel tegenstrijdige belangen: die van de kijkers, de televisieomroeporganisaties, de adverteerders van wie de omroeporganisaties financieel afhankelijk zijn, en de programmamakers.

11. Artikel 11, lid 2, bevat een bijzondere bepaling voor programma's die van nature in zelfstandige onderdelen uiteenvallen, zoals sportuitzendingen: daar moet de reclame in de pauzes plaatsvinden, dat wil zeggen in halftime.

4 — Artikel 25 van de richtlijn.

5 — Artikel 2 van de wijzigingsrichtlijn.

12. Artikel 11, lid 3, bepaalt:

„De uitzending van audiovisuele producties zoals bioscoop- en televisiefilms (met uitzondering van series, feuilletons, lichte amusementsprogramma's en documentaires) mag één keer per tijdvak van 45 minuten worden onderbroken mits de geprogrammeerde duur ervan meer dan 45 minuten bedraagt. Indien de geprogrammeerde duur ervan ten minste 20 minuten langer is dan twee of meer volledige tijdvakken van 45 minuten, mag er nog één keer worden onderbroken."

13. In het algemeen moet tussen twee reclameonderbrekingen binnen een programma een periode van ten minste twintig minuten liggen (artikel 11, lid 4).

14. Artikel 11, lid 5, bepaalt:

„Bij uitzendingen van religieuze erediensten mag geen reclame of telewinkelen worden ingevoegd. Televisiejournaals en actualiteitenmagazines, documentaires, godsdienstige uitzendingen en uitzendingen voor kinderen waarvan de geprogrammeerde duur minder dan 30 minuten bedraagt, mogen niet door reclame of telewinkelen worden onderbroken. Wanneer de geprogrammeerde duur ten minste 30 minuten bedraagt, zijn de vorige leden van toepassing."

15. De artikelen 12 tot en met 20 bevatten andere bepalingen over reclame en sponsoring; sommige daarvan zullen hierna nog aan de orde komen.

16. Het effect van artikel 11, lid 3, hangt af van de vraag of het bruto- dan wel het nettobeginsel geldt. Duurt een film bijvoorbeeld 40 minuten, dan kan hij volgens het nettobeginsel niet worden onderbroken met reclame terwijl hij volgens het brutobeginsel kan worden onderbroken door zes minuten reclame, mits de algemene grenzen van artikel 18 niet worden overschreden. Artikel 18, lid 2, regelt bijvoorbeeld de maximum reclamezendtijd binnen een klokuur. Hoewel bij toepassing van het nettobeginsel dus minder onderbrekingen zijn toegestaan dan bij die van het brutobeginsel, heeft dit geen invloed op de totale reclamezendtijd, indien het in artikel 18 neergelegde maximum ten volle wordt toegepast. Het kan dus gaan om de keuze tussen meer frequente maar kortere onderbrekingen bij het brutobeginsel, en minder frequente maar langere onderbrekingen bij het nettobeginsel. Niettemin is dit een punt dat de gemoederen in een aantal lidstaten bijzonder bezighoudt, en het schijnt zowel commercieel als vanuit het oogpunt van zendbeleid een aangelegenheid van groot belang te zijn.

17. Om vast te stellen of artikel 11, lid 3, het bruto- dan wel het nettobeginsel voorschrijft, zal ik (net zoals de vertegenwoordiger van de Franse regering ter terechtzitting) achtereenvolgens aandacht besteden

aan 1) de letterlijke uitlegging, 2) de ontstaansgeschiedenis, 3) de systematische uitlegging, en 4) de doelstellingen van de richtlijn.

Letterlijke uitlegging

18. Zowel de voorstanders van het brutobeginsel als die van het nettobeginsel beroepen zich nadrukkelijk op de tekst van artikel 11, lid 3.

19. Een eerste argument voor het nettobeginsel is, dat in verscheidene, zij het niet alle, taalversies van artikel 11, lid 3, de duur zo is uitgedrukt dat hij betrekking heeft op de audiovisuele producties (films) zelf en niet op de *uitzending* van de film. Gesteld wordt, dat de bepaling, door de verwijzing naar de duur van de films, aldus moet worden opgevat, dat zij betrekking heeft op de film met uitsluiting van reclameonderbrekingen, terwijl een verwijzing naar de uitzending van de film eerder kan worden geacht te slaan op de film plus reclameonderbrekingen. [6]

20. Een op de formulering van artikel 11, lid 3, gebaseerd tegenargument voor het brutobeginsel is, dat dat artikel niet eenvoudigweg spreekt van de „duur" van de producties maar van hun „geprogrammeerde duur". Betoogd wordt, dat die uitdrukking noodzakelijkerwijs betrekking heeft op de duur van de uitzending zoals dat in het programma van de televisieomroeporganisatie voorkomt, dat wil dus zeggen met inbegrip van reclametijd. Ware dit niet zo, dan zou het woord „geprogrammeerd" overbodig zijn.

21. Voor het gebruik van dat woord zijn echter ook andere verklaringen aangedragen. Een daarvan is, dat speelfilms die voor de bioscoop zijn gemaakt, op de televisie worden uitgezonden met een enigszins afwijkende snelheid. Daarom moest dus duidelijk worden gemaakt, dat niet de lengte van de oorspronkelijke productie beslissend was, maar wel de voor de televisie geprogrammeerde duur. Een andere, misschien even plausibele, verklaring is, dat het woord „geprogrammeerd" nodig was voor het geval de film bij uitzending korter mocht uitvallen dan was geprogrammeerd, als gevolg van coupures of andere onvoorzienbare wijzigingen; de televisieomroeporganisatie zou niet als gevolg van dergelijke kleine afwijkingen aan het risico van boetes mogen worden blootgesteld en daarom zou het relevante criterium de in het programma aangegeven duur moeten zijn en niet de duur van de uitzending. Deze twee verklaringen zijn verenigbaar met het nettobeginsel, en het belang van het woord „geprogrammeerd" voor het brutobeginsel moet dan ook mijns inziens niet worden overschat.

22. Ook is betekenis gehecht aan het feit dat de wijzigingsrichtlijn de term „programmed duration" die in de Engelse versie

6 — Zie Pechstein, M., Brutto- bzw. Nettoprinzip bei der Unterbrecherwerbung, *EuZW*, 1994, blz. 583.

van de oorspronkelijke richtlijn wordt gebruikt, vervangt door „scheduled duration" (N.v.d.v.: In de Nederlandse versie wordt in beide bepalingen dezelfde uitdrukking gebruikt). Het is echter waarschijnlijk, dat „programmed duration" aanvankelijk was gekozen als een letterlijke, zij het ongelukkige, vertaling van het Franse „durée programmée" en dat men bij de wijziging van de richtlijn de kans heeft aangegrepen om de Engelse versie te verbeteren. Mijns inziens is hier echter hoe dan ook geen sprake van een relevant verschil in betekenis.

23. Het laatste argument waarop in dit stadium moet worden ingegaan, dringt zich op wanneer men artikel 11, lid 3, gewoon, en met gezond verstand leest. Het lijkt paradoxaal om de term „geprogrammeerde duur" die in die bepaling als maatstaf wordt gegeven voor de vaststelling van het toegestane aantal onderbrekingen, zo te lezen dat daarin die onderbrekingen zelf zijn inbegrepen. Het lijkt logisch dat eerst de lengte van de film zelf wordt vastgesteld, en dat pas daarna kan worden vastgesteld hoeveel onderbrekingen mogen worden ingelast.

24. Op het eerste gezicht lijkt dit een sterk argument voor het nettobeginsel. Opgemerkt moet echter worden, dat de bepaling in tegenovergestelde zin kan worden en wordt gelezen. Bovendien omvat de basis voor de berekening van de reclameonderbrekingen elders in de richtlijn de reclamespots zelf. Dat is bijvoorbeeld het geval met artikel 18, lid 2, dat de grenzen aangeeft voor de reclametijd binnen een klokuur.

25. De op de formulering van artikel 11, lid 3, gebaseerde argumenten bieden daarom noch afzonderlijk, noch tezamen duidelijke aanwijzingen voor de beantwoording van de vraag of die bepaling het bruto- dan wel het nettobeginsel voorschrijft. Ik kom thans tot de ontstaansgeschiedenis van de richtlijn.

Ontstaansgeschiedenis

26. Het Hof heeft de ontstaansgeschiedenis van een gemeenschapshandeling niet zeer vaak gebruikt als leidraad voor de uitlegging daarvan; over het algemeen wordt zij beschouwd als een aanvullend uitleggingsinstrument. Het Hof kent meer gewicht toe aan de systematiek van een handeling en haar wettelijke context (systematische uitlegging), en aan het oogmerk en doel daarvan. Wel heeft het Hof erkend, dat uit de ontstaansgeschiedenis nuttige aanwijzingen kunnen worden geput; en in de zaak RTI e.a.[7] heeft het Hof, bij zijn onderzoek naar de ontstaansgeschiedenis van de onderhavige richtlijn, verwezen naar dezelfde elementen waarop ook in casu een beroep is gedaan, te weten het Europees Verdrag over grensoverschrijdende televisie, en het standpunt dat de gemeenschapsinstellingen tijdens het wetgevingsproces hebben ingenomen.

7 — Arrest van 12 december 1996 (C-320/94, C-328/94, C-329/94, C-337/94—C-339/94, Jurispr. blz. I-6471).

Het Europees Verdrag over grensoverschrijdende televisie

27. Het eerste instrument dat wordt ingeroepen om licht te werpen op de ontstaansgeschiedenis van de richtlijn, is het Europees Verdrag over grensoverschrijdende televisie (hierna: „verdrag") [8], dat door de Raad van Europa is vastgesteld kort voordat de richtlijn werd vastgesteld, en dat bepalingen bevat die daarmee zeer grote gelijkenis vertonen. De voorbereiding van beide instrumenten had gelijktijdig plaatsgevonden, en tijdens zijn bijeenkomst in Rhodos op 2 en 3 december 1988 verklaarde de Europese Raad:

„De Europese Raad acht het belangrijk dat de door de Gemeenschap ontplooide krachtsinspanningen conform de Conventie van de Raad van Europa plaatsvinden." [9]

Het verdrag is bovendien vermeld in de considerans van de richtlijn.

28. De formulering van artikel 14, lid 3, van het verdrag is identiek aan die van artikel 11, lid 3, van de richtlijn, behalve dat eerstgenoemd artikel spreekt van „duration" en niet van „scheduled duration". Dit verschil komt voor in beide authentieke versies van het verdrag, te weten de Engelse en de Franse.

29. Uit het verband tussen de richtlijn en het verdrag kunnen verschillende conclusies worden getrokken. Enerzijds zou men kunnen zeggen, dat het verschil in bewoording een verschil in beoogde betekenis moet weergeven. Anderzijds zou kunnen worden gezegd, dat het verschil in formulering moet worden genegeerd omdat het onwaarschijnlijk is, dat dezelfde staten die in dezelfde periode (zij het in het iets ruimere kader van de Raad van Europa en samen met andere staten die partij zijn bij het Europees Cultureel Verdrag) onderhandelen, onderling onverenigbare bepalingen zouden hebben vastgesteld.

30. Hoewel artikel 14, lid 3, van het verdrag niet spreekt van de „scheduled duration", doet de toelichting bij dat verdrag (dat geen officiële status heeft) dat wel [10]. Bovendien is het verdrag onlangs gewijzigd via een protocol [11], en verwijst het nu in artikel 14, lid 3, naar de „scheduled duration"; volgens de opmerkingen van de Commissie in deze zaak is die wijziging bedoeld om de toetreding van de Gemeenschap tot dat verdrag makkelijker te maken. De wijziging suggereert in elk

8 — *European Treaty Series*, nr. 132.

9 — *Bulletin EG*, nr. 12/1988, punt 8.

10 — Transfrontier television: explanatory report on the European convention (5 mei 1989) (grensoverschrijdende televisie: toelichting bij het Europees verdrag van 5 mei 1989), nr. 191. Nr. 192 spreekt echter over de duur van de film. De toelichtingen bij de verdragen van de Raad van Europa worden vastgesteld door de intergouvernementele commissie die de tekst van het betrokken verdrag vaststelt maar zij worden niet door de Ministerraad van de Raad van Europa aangenomen en hebben expliciet geen bindende werking.

11 — Protocol amending the European Convention on Transfrontier Television (protocol tot wijziging van het Europees verdrag over grensoverschrijdende televisie), *European Treaty Series*, nr. 171, 1 oktober 1998.

geval, dat het woord „scheduled" relevant werd geacht.

De verklaring van de Raad en de Commissie

31. De Commissie en de regering van het Verenigd Koninkrijk verwijzen naar de notulen van de vergadering van de Raad van 3 oktober 1989 [12] (de datum waarop de oorspronkelijke richtlijn is vastgesteld), waaruit zij een verklaring van de Raad en de Commissie citeren volgens welke de in de leden 3 en 5 van artikel 11 bedoelde duur moet worden berekend aan de hand van de geprogrammeerde duur van de uitzending. Over het algemeen is het Hof niet snel geneigd om zijn uitlegging van een wettelijke bepaling op een dergelijke verklaring te baseren, tenzij de inhoud daarvan in de tekst van de uit te leggen bepaling tot uiting komt. [13] In het onderhavige geval sluit de verklaring nauw aan bij de tekst. Men kan zeggen dat de verklaring de vraag omzeilt wat „scheduled duration" precies betekent, wat juist het punt is waarom het in deze zaak gaat. Doch het geeft wederom aan wat voor belang er aan de uitdrukking wordt toegekend. Bovendien wordt in de verklaring gesproken van de geprogrammeerde duur van de *uitzendingen* („la durée programmée des émissions"), een uitdrukking die, zoals ik hiervoor reeds heb aangegeven, eerder kan worden geacht de film én de reclameonderbrekingen te omvatten.

Het wijzigingsvoorstel van het Europees Parlement

32. In het kader van de wetshistorische interpretatie van de richtlijn wordt ook een beroep gedaan op een amendement van artikel 11, lid 3, dat door het Europees Parlement was voorgesteld op 14 februari 1996, tijdens de procedure die leidde tot de vaststelling van de wijzigingsrichtlijn. Het voorgestelde amendement luidde als volgt:

„De uitzending van audiovisuele werken zoals cinematografische werken van lange duur en voor TV gemaakte films (met uitzondering van series, soap, amusementsprogramma's en documentaires) mag één keer per volledig tijdvak van vijfenveertig minuten worden onderbroken. Indien de geprogrammeerde duur, *uitgezonderd de eventuele onderbrekingen*, ervan ten minste twintig minuten meer vergt dan twee of meer volledige tijdvakken van vijfenveertig minuten, mag nog eenmaal worden onderbroken" (cursivering van mij). [14]

Het Parlement wilde dus kennelijk duidelijk maken, dat, althans met betrekking tot

12 — Door de Commissie en het Verenigd Koninkrijk geciteerd als document SN 3063/89. In het Franse origineel daarvan heet het: „Le Conseil et la Commission déclarent que les durées prévues aux paragraphes 3 et 5 doivent être calculées sur la durée programmée des émissions."

13 — Arrest van 26 februari 1991 Antonissen, (C-292/89, Jurispr. blz. I-745, punt 18); zie ook arrest van 12 mei 1998 Verenigd Koninkrijk/Commissie, (C-106/96, Jurispr. blz. I-2729, punt 29).

14 — Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van richtlijn 89/552 (PB 1996, C 65, blz. 107).

de betrokken extra onderbrekingen, het nettobeginsel gold.

33. Met betrekking tot dit punt antwoordde de Commissie [15], dat zij niet kon meegaan met dat deel van het amendement waarin werd aangegeven, dat de berekeningsgrondslag voor het toegestane aantal onderbrekingen de geprogrammeerde duur „uitgezonderd de eventuele onderbrekingen" was. Dat zou een onnodige restrictie opleggen die de inkomsten van de omroeporganisaties zeer negatief zou beïnvloeden.

34. Mijns inziens kan aan deze incidenten tijdens de ontstaansgeschiedenis van de wijzigingsrichtlijn niet veel belang worden toegekend. Uit het voorgestelde amendement van het Parlement blijkt dat het Parlement wilde dat het nettobeginsel op een of andere wijze expliciet werd erkend.

35. Uit het antwoord van de Commissie blijkt, dat volgens haar de „geprogrammeerde duur" ook reclamepauses kan omvatten. Ook blijkt hieruit, dat de Commissie het brutobeginsel prefereerde. De Commissie had dit standpunt reeds eerder ingenomen, bijvoorbeeld in mei 1995 in haar rapport over de toepassing van de richtlijn [16], waarin zij verklaarde dat het brutobeginsel de minimumvoorziening was die voor de toepassing van de richtlijn noodzakelijk was.

36. Hoewel ik niet veel gewicht zou willen toekennen aan de ontstaansgeschiedenis van de richtlijn, blijkt daaruit wel, dat het Parlement er niet in is geslaagd om een gedeeltelijke erkenning van het nettobeginsel te bereiken, en ontstaat de indruk, dat de wettelijke regeling misschien wel bewust een dubbelzinnige formulering heeft behouden die, volgens de Commissie en een aantal lidstaten, de deur openliet voor het brutobeginsel.

Systematische uitlegging

37. Het kan nuttig lijken om onder het kopje systematische uitlegging artikel 11, lid 3, uit te leggen in het licht van hoofdstuk IV van de richtlijn („Televisiereclame, sponsoring en telewinkelen") in zijn geheel. De andere artikelen daarentegen lijken niet relevant.

38. Het voornaamste argument, waarop in het bijzonder Nederland in zijn schriftelijke opmerkingen en Frankrijk ter terechtzitting de nadruk hebben gelegd, gaat over het verband tussen artikel 11, lid 1, en 11, lid 3. Artikel 11, lid 1, legt, zoals gezegd, de algemene regel vast, dat reclame tussen de uitzendingen moet worden ingevoegd, maar aanvaardt, onder voorbehoud van de in artikel 11, leden 2 tot en met 5, vastgestelde voorwaarden, dat reclame „ook

15 — Gewijzigd voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van richtlijn 89/552, COM(96) 200 def.

16 — Rapport over de toepassing van richtlijn 89/552, COM(95) 86 def.

tijdens uitzendingen zodanig [mag] worden ingevoegd, dat de integriteit en de waarde van de uitzendingen niet worden geschaad, (...) en er geen afbreuk wordt gedaan aan de rechten van de houders van rechten".

39. Nederland en Frankrijk stellen, dat nu artikel 11, lid 1, de algemene regel vaststelt, dat reclame *tussen* uitzendingen moet worden ingevoegd, de onderbreking van uitzendingen die artikel 11, lid 3, toestaat, een uitzondering vormt die, als afwijking van een algemene regel, eng moet worden uitgelegd, dat wil zeggen volgens het nettobeginsel.

40. Volgens mij ligt deze conclusie niet voor de hand. In concreto gaat het hier, zoals gezegd, in wezen om een keuze tussen meer maar kortere onderbrekingen, en minder maar langere onderbrekingen. Een algemeen argument dat berust op het beginsel dat afwijkingen eng moeten worden uitgelegd, brengt de oplossing op dat specifieke punt mijns inziens niet veel dichterbij.

41. Dit uitgangspunt zelf lijkt bovendien twijfelachtig. Een uitzondering moet zeker eng worden uitgelegd, wanneer zij afwijkt van een fundamentele vrijheid. Onder andere omstandigheden is het juister om de uitzondering die draagwijdte te geven die in het licht van haar eigen bewoordingen, doel en oogmerk, passend is. En als een van de twee beginselen in het onderhavige geval al beter lijkt aan te sluiten bij de verwezenlijking van een fundamentele vrijheid, dan is het wel het brutobeginsel: het nettobeginsel vormt een grotere beperking van de vrijheid van de omroeporganisatie en de adverteerder. Dergelijke beperkingen kunnen uiteraard wenselijk zijn voor de bescherming van de kijkers en dergelijke, maar zij kunnen mijns inziens niet met een louter beroep op het aangevoerde uitleggingsbeginsel worden gerechtvaardigd.

42. Een systematische uitlegging kan mijns inziens echter ook tot een andere conclusie leiden. Aangezien artikel 11, lid 1, een algemene regel vaststelt, moet mijns inziens, ongeacht of op grond van artikel 11, lid 3, het netto- dan wel het brutobeginsel geldt, reclame die de uitzending van films onderbreekt, onder alle omstandigheden voldoen aan het vereiste dat de integriteit en de waarde van de film niet worden geschaad en er geen afbreuk wordt gedaan aan de rechten van de houders van rechten in de film.

43. Een verder systematisch argument berust op het gebruik van dezelfde uitdrukking „geprogrammeerde duur" in artikel 11, lid 5, van de richtlijn, en houdt in, dat de uitdrukking in beide bepalingen gelijk moet worden uitgelegd. Dat argument wordt in het bijzonder aangevoerd door het Verenigd Koninkrijk, wiens voornaamste argument met betrekking tot artikel 11, lid 5, enigszins andere punten aansnijdt dan die welke hier centraal staan. Het stelt dat het nettobeginsel toegepast op artikel 11, lid 5, zou leiden tot ondermijning van het programmeerbeleid van de Britse commerciële omroeporganisaties, die voor een groot aantal televisiejournaals, actualiteitenrubrieken en documentaires

blokken van een half uur uittrekken en voorzien in één reclamepauze in het midden van dergelijke programma's. Om redenen die hierna duidelijk zullen worden, is het wellicht niet nodig om in te gaan op de implicaties die die redenering in het bijzonder voor het gewettigd vertrouwen van de betrokkenen heeft. Maar ik ben het er wel mee eens, dat aan de uitdrukking „geprogrammeerde duur" in artikel 11, lid 3, en in artikel 11, lid 5, dezelfde betekenis moet worden toegekend.

Teleologische argumenten: de doelstellingen van de richtlijn

44. Ten slotte kom ik tot de doelstellingen van de richtlijn. Beide zijden voeren argumenten aan die gebaseerd zijn op de doelstellingen van de richtlijn, zoals weergegeven in de considerans daarvan. Zo beoogt de richtlijn volgens overweging 27 van de considerans te waarborgen dat de belangen van de consumenten als televisiekijkers volledig en naar behoren worden beschermd, en dat daarom aan televisiereclame minimumnormen en -criteria worden gesteld. Dit zou een enge uitlegging van artikel 11, lid 3, rechtvaardigen en daarmee het nettobeginsel steunen.

45. Daarentegen voert Pro Sieben aan, dat uitgangspunt voor de richtlijn het vrij verrichten van economische activiteiten is, en in het bijzonder de vrijheid om omroepactiviteiten te verrichten. Zij citeert onder meer de zesde en de zevende overweging van de considerans, waarin respectievelijk is verklaard, dat het uitzenden van televisieprogramma's een dienst is in de zin van het Verdrag, en dat het Verdrag voorziet in het vrije verkeer van alle diensten die gewoonlijk tegen vergoeding geschieden. De considerans noemt ook de fundamentele vrijheid van meningsuiting, zoals neergelegd in artikel 10, lid 1, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens.

46. De considerans noemt nog een aantal andere economische doelstellingen, zoals het streven om eerlijke concurrentieverhoudingen te scheppen [17] en om Europese producties te bevorderen. [18] De richtlijn streeft dus een scala van concurrerende belangen na. Bovendien is verre van duidelijk of de verschillende belangen het best worden bevorderd door het netto- dan wel het brutobeginsel. Beide zijden hebben economische argumenten aangevoerd.

47. Zo is bijvoorbeeld aangevoerd, dat het brutobeginsel de consument zou schaden, doordat het frequentere reclameonderbrekingen van programma's zou toestaan. Door de ruimere beschikbaarheid van potentieel goedkopere advertentieruimte zou er bovendien minder vraag zijn vanwege de adverteerders. Dit zou een hoge drempel opwerpen voor potentiële nieuwe omroeporganisaties, wier inkomen noodzakelijkerwijs uit reclame moet komen.

17 — Derde overweging.
18 — 20ste, 22ste en 24ste overweging.

Niet alleen de producenten en de kijkers maar de gehele Europese omroepindustrie zou hieronder lijden, en het pluralisme, dat de richtlijn beoogt te bevorderen, zou daardoor worden beperkt.

48. Pro Sieben en het Verenigd Koninkrijk stellen daarentegen, dat de toepassing van het nettobeginsel een negatief economisch effect zou hebben op particuliere omroeporganisaties en adverteerders. Uitgangspunt hiervoor is, zoals hiervoor uiteengezet, dat het nettobeginsel minder, maar langere, reclameonderbrekingen toelaat.

49. Volgens een in opdracht van Pro Sieben uitgevoerd onderzoek hebben onderbrekingen van een dergelijke lengte twee gevolgen: in de eerste plaats zouden kijkers de neiging hebben om na het begin van dergelijke onderbrekingen naar een ander programma over te schakelen, en in de tweede plaats zou de herkenbaarheid van individuele reclamespots binnen dergelijke reclameblokken verloren gaan. [19] Dit zou betekenen, dat de omroeporganisaties in de praktijk de omvang van de reclame zouden moeten beperken om de onderbrekingen zowel voor de kijkers als voor de adverteerders acceptabel te maken. De beperking van de omvang van de reclame zou een negatieve invloed hebben op de inkomsten van de particuliere omroeporganisaties. Doch van het standpunt van de adverteerders bekeken — en hier is de analyse mogelijk enigszins tegenstrijdig — zou het aanbod aan advertentieruimte afnemen, wat tot een prijsstijging zou leiden. Daarbij komt nog, dat Europese producenten en kijkers hiervan het slachtoffer zouden worden, doordat de omroeporganisaties niet meer zo goed in staat zouden zijn om een gevarieerd programma-aanbod te financieren.

19 — Publieurope International Ltd., Memorandum zu den Auswirkungen des Nettoprinzips auf ausländische Werbetreibende, blz. 3.

50. Ook de aan de doelstellingen van de richtlijn ontleende argumenten bieden geen houvast bij de keuze tussen het netto- of het brutobeginsel. Een beoordeling van de economische argumenten die zijn aangevoerd, is daarom mijns inziens niet noodzakelijk.

Beoordeling

51. Uit de argumenten die zijn aangevoerd, of zij nu berusten op een letterlijke analyse, de ontstaansgeschiedenis van de richtlijn, een systematische uitlegging, of de doelstellingen of mogelijke gevolgen van de richtlijn, valt geen duidelijke conclusie te trekken. Hoewel de ontstaansgeschiedenis mogelijk voor het brutobeginsel pleit, zijn de argumenten bepaald niet overtuigend.

52. Onder die omstandigheden lijkt het mij principieel onjuist om wanneer een richtlijn voor tweeërlei uitlegging vatbaar is, voor de engere uitlegging te kiezen. Wanneer een wettelijke regeling een activiteit aan een beperking tracht te onderwerpen, moet die beperking duidelijk zijn uitgedrukt. Dit dient a fortiori te gelden wanneer de betrokken activiteit zowel de uitoefening is van een fundamentele vrijheid van het

Verdrag — het vrij verrichten van diensten — als van een fundamenteel recht in de zin van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens — de vrijheid van meningsuiting —, welke twee vrijheden met zoveel woorden in de considerans van de richtlijn zijn genoemd.

53. In ieder geval lijkt dit beginsel in casu aangewezen, nu de bepaling in kwestie, in het licht van de argumenten die door beide zijden zijn aangevoerd, niet alleen in gelijke mate vatbaar lijkt voor twee onderling tegenstrijdige uitleggingen maar mogelijk zelfs opzettelijk vaag is gehouden. Een dubbelzinnigheid, en in het bijzonder een opzettelijke dubbelzinnigheid, kan niet worden aangevoerd om een fundamentele vrijheid te beperken.

54. Bij ontbreken van duidelijke aanwijzingen voor het tegendeel, suggereert dit, dat de bepaling in die zin moet worden uitgelegd dat zij het brutobeginsel voorschrijft, op grond dat dit beginsel minder beperkend is.

55. Maar deze principiële overweging vindt mijns inziens steun in een belangrijk aspect van de richtlijn dat onvoldoende aandacht heeft gekregen.

56. Bedacht moet worden, dat de richtlijn uitdrukkelijk enkel minimum maatstaven vaststelt, en dat bij dergelijke maatstaven uitdrukkelijk de mogelijkheid onder ogen wordt gezien, dat programma's die binnen eenzelfde lidstaat worden uitgezonden, aan verschillende wettelijke regelingen worden onderworpen. Op dit aspect van de richtlijn is de nadruk gelegd in de rechtspraak over de uitlegging van andere bepalingen van de richtlijn betreffende reclame: zie in het bijzonder de arresten Leclerc-Siplec, RTI e.a. en De Agostini en TV-Shop.[20]

57. In de considerans van de oorspronkelijke richtlijn is overwogen,

„dat in deze richtlijn het noodzakelijke minimum wordt geregeld om het vrije verkeer van radio- en televisie-uitzendingen tot stand te brengen[21];" en,

„dat, teneinde te waarborgen dat de belangen van de consumenten als kijkers naar uitzendingen volledig en naar behoren worden beschermd, aan televisiereclame minimumnormen en criteria moeten worden gesteld en dat de lidstaten het recht moeten behouden om voor televisieomroepmaatschappijen die onder hun bevoegdheid vallen, meer gedetailleerde en strengere voorschriften uit te vaardigen en

20 — Arresten van 9 februari 1995, Leclerc-Siplec (C-412/93, Jurispr. blz. I-179), 12 december 1996, RTI e.a., aangehaald in voetnoot 7, en 9 juli 1997, De Agostini en TV-Shop (C-34/95—C-36/95, Jurispr. blz. I-3843).

21 — 13de overweging.

in bepaalde gevallen verschillende voorwaarden te stellen". [22]

58. Verder is in de considerans van de wijzigingsrichtlijn overwogen,

„dat voor de benadering in richtlijn 89/552/EEG en in deze richtlijn is gekozen om de noodzakelijke en voldoende essentiële harmonisatie te bewerkstelligen teneinde het vrije verkeer van televisie-uitzendingen in de Gemeenschap te waarborgen; dat het de lidstaten vrij staat om omroeporganisaties die onder hun bevoegdheid vallen, meer gedetailleerde of strengere regels op te leggen op de gebieden die bij deze richtlijn worden gecoördineerd (...)". [23]

59. Uit deze overwegingen, en uit artikel 3, lid 1, van de richtlijn (waarover ik het hierna zal hebben), komt duidelijk naar voren, dat de richtlijn enkel een minimumharmonisatie betreft en de mogelijkheid open laat, dat lidstaten voor omroeporganisaties die onder hun respectieve bevoegdheid vallen, andere wettelijke regelingen vaststellen.

60. Gelet op een en ander, kom ik met betrekking tot de eerste vraag tot de conclusie, dat artikel 11, lid 3, aldus moet worden uitgelegd, dat het het brutobeginsel voorschrijft, met dien verstande, dat de onderbrekingen in elk geval moeten voldoen aan de algemene eisen van artikel 11, lid 1.

61. In het licht van deze conclusie behoef ik niet in te gaan op de verstoringen die zouden kunnen worden veroorzaakt door het feit, dat lidstaten die tot nu toe het brutobeginsel hebben toegepast, zouden worden verplicht het nettobeginsel in te voeren en de eventuele gevolgen die dat zou hebben voor bestaande overeenkomsten en het gewettigd vertrouwen van de betrokkenen. Was ik tot de tegenovergestelde conclusie gekomen, zou ik hebben moeten ingaan op de vraag welke beperkingen in de uitspraak van het Hof zouden moeten worden ingebouwd om dit gewettigd vertrouwen te beschermen, zeker nu de Commissie zich consequent voor het brutobeginsel heeft uitgesproken. [24]

Tweede vraag

62. Met de tweede vraag wenst de nationale rechter in wezen te vernemen, of het feit dat een lidstaat het nettobeginsel voorschrijft, strookt met artikel 11, lid 3, in samenhang met artikel 3, lid 1, van de richtlijn, of met het primaire gemeenschapsrecht.

22 — 27ste overweging.

23 — 44ste overweging.

24 — Zie punt 35 supra; voor de relevantie van het standpunt van de Commissie inzake het vraagstuk van het gewettigd vertrouwen, zie arrest van 8 april 1976, Defrenne (43/75, Jurispr. blz. 455, punten 72 en 73).

63. Enkel Pro Sieben stelt voor de tweede vraag ontkennend te beantwoorden. Verzoekster, de Franse, de Italiaanse, de Nederlandse en de Zweedse regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie pleiten voor een bevestigend antwoord.

64. De tweede vraag kan worden opgesplitst in twee onderdelen: a) of artikel 11, lid 3, in samenhang met artikel 3, lid 1, van de richtlijn de lidstaten toestaat om het nettobeginsel voor te schrijven, en b) of het nettobeginsel verenigbaar is met het primaire gemeenschapsrecht.

Het eerste onderdeel van de tweede vraag

65. De huidige tekst van de richtlijn bevat twee bepalingen, artikel 3, lid 1, en artikel 20, die de lidstaten toestaan om andere voorwaarden te stellen dan die welke elders in de richtlijn zijn neergelegd (de oorspronkelijke tekst bevatte daarnaast nog twee andere bepalingen: artikel 8, dat ging over taalbeleid, en artikel 19, dat de lidstaten toestond strengere voorschriften vast te stellen dan bedoeld in artikel 18 „voor de zendtijd en de aard van de televisie-uitzending").

66. Artikel 20 bepaalt: „Onverminderd artikel 3 mogen de lidstaten, onder eerbiediging van het gemeenschapsrecht, andere voorwaarden vaststellen dan die welke zijn neergelegd in artikel 11, leden 2 tot en met 5, (...) voor wat betreft de uitzendingen die uitsluitend bestemd zijn voor het nationale grondgebied en die niet rechtstreeks of onrechtstreeks in één of meerdere andere lidstaten kunnen worden ontvangen." Artikel 20 is kennelijk niet van toepassing op de onderhavige feiten, want de uitzendingen van Pro Sieben kunnen in andere lidstaten worden ontvangen.

67. Artikel 3, lid 1, bepaalt meer in het algemeen, dat het „de lidstaten vrij staat, van de onder hun bevoegdheid vallende televisieomroeporganisaties naleving van strengere of meer gedetailleerde voorschriften te eisen op de gebieden die onder deze richtlijn vallen". De bewoordingen van deze algemene bepaling lijken elke twijfel uit te sluiten.

68. Pro Sieben voert echter aan, dat artikel 3, lid 1, in casu niet van toepassing kan zijn op grond dat de litigieuze bepalingen binnen de sfeer van artikel 11 vallen (timing van reclameonderbrekingen) en dat, nu artikel 20 naar artikel 11 verwijst, de lidstaten enkel gerechtigd zijn om in de materie van artikel 11 aanvullende regels vast te stellen in de in artikel 20 genoemde omstandigheden, dat wil zeggen wanneer de betrokken uitzendingen enkel op het nationale grondgebied kunnen worden ontvangen.

69. Mijns inziens kan hier echter worden volstaan met erop te wijzen, dat artikel 20 uitdrukkelijk geldt „onverminderd arti-

kel 3". Bovendien suggereert het feit, dat artikel 20 gaat over „andere voorwaarden" dan die welke zijn neergelegd in artikel 11, dat dat artikel voor een ander type bepalingen is bedoeld dan die welke mogelijk zijn ingevolge artikel 3, lid 1, dat het oog heeft op „strengere of meer gedetailleerde" voorschriften. Deze opvatting vindt steun in de tekst van de 27ste en de 28ste overweging van de considerans van de oorspronkelijke richtlijn, die een onderscheid maken tussen „meer gedetailleerde en strengere voorschriften" en „verschillende/andere voorwaarden".

70. Zoals het Hof in de zaak Leclerc-Siplec[25] overwoog in verband met artikel 19 van de oorspronkelijke richtlijn, blijkt noch uit de considerans, noch uit het doel ervan, dat de richtlijn aldus moet worden gelezen, dat zij de lidstaten de hun bij artikel 3, lid 1, toegekende bevoegdheid ontneemt.[26] Bovendien komt het doel van de richtlijn — het verzekeren van de vrije verbreiding van televisie-uitzendingen overeenkomstig de gestelde minimumnormen — geenszins in gevaar wanneer de lidstaten de onder hun bevoegdheid vallende omroepinstellingen strengere voorschriften opleggen.[27]

71. Mijns inziens biedt artikel 3, lid 1, de lidstaten dus de mogelijkheid om op omroeporganisaties die onder hun bevoegdheid vallen, een regeling toe te passen zoals het nettobeginsel, dat strenger is dan het brutobeginsel, voor zover die regeling verenigbaar is met andere relevante gemeenschapsrechtelijke bepalingen.

Het tweede onderdeel van de tweede vraag

72. Nu ik tot de conclusie ben gekomen, dat geen sprake is van een schending van de tekst van de richtlijn wanneer een lidstaat voor het nettobeginsel kiest voor televisieomroeporganisaties die onder zijn bevoegdheid vallen, rijst de vraag of de toepassing van dat beginsel verenigbaar is met het Verdrag en met de algemene rechtsbeginselen.

73. Het Oberlandesgericht Stuttgart noemt de artikelen 5, 6, 30, 59 en 85 van het Verdrag (in de destijds geldende nummering) en het algemene gelijkheidsbeginsel.

74. Hoewel artikel 3, lid 1, van de richtlijn een lidstaat die dat wil, toestaat om, zij het enkel voor onder zijn bevoegdheid vallende televisieomroeporganisaties, op de gebieden die onder deze richtlijn vallen, strengere of meer gedetailleerde voorschriften (en daarmee het nettobeginsel) vast te stellen, zou kunnen worden aangevoerd, dat de vaststelling van het nettobeginsel door een lidstaat op grond van artikel 3, lid 1, een grensoverschrijdend effect heeft op diensten en goederen, en wel om de volgende redenen.

25 — Aangehaald in voetnoot 20.
26 — Punt 42 van het arrest.
27 — Punt 44 van het arrest.

75. In de eerste plaats zou het, wegens het geringer aantal reclameblokken en de prijsstijging waartoe dit voor advertenties waarschijnlijk zou leiden, voor in het buitenland gevestigde verkopers van goederen en diensten hoogstwaarschijnlijk moeilijker worden om voor hun goederen en diensten in die staat reclame te maken.

76. In de tweede plaats is in de rechtspraak van het Hof uitgemaakt, en wordt in de considerans van de richtlijn erkend, dat het verrichten van omroepdiensten in het algemeen en de uitzending van televisiereclame in het bijzonder onder de verdragsbepalingen betreffende diensten vallen.[28] Uiteraard wordt het voor televisieomroeporganisaties moeilijker om hun omroepdiensten aan te bieden voor het doorgeven van reclameboodschappen voor in andere lidstaten gevestigde cliënten (adverteerders), wanneer het aantal aantrekkelijke advertentieblokken dat zij mogen aanbieden, wordt beperkt. Men zou kunnen zeggen, dat een televisieomroeporganisatie die onder de bevoegdheid valt van een staat die het nettobeginsel voorschrijft, in een ongunstige concurrentiepositie verkeert ten opzichte van een televisieomroeporganisatie onder de bevoegdheid van een staat die het brutobeginsel hanteert (aangenomen dat zij beide in elkaars staat kunnen uitzenden), omdat hij een geringer aantal aantrekkelijke advertentieblokken kan aanbieden. Door de geringere beschikbaarheid zullen zij waarschijnlijk ook duurder zijn.

77. Doch het argument dat hierdoor het Verdrag zou worden geschonden, kan vrij gemakkelijk worden weerlegd. Om met artikel 30 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 28 EG) te beginnen: in het arrest Leclerc-Siplec[29] heeft het Hof uitgemaakt, dat een verbod van televisiereclame in een bepaalde sector (distributie) niet binnen de werkingssfeer van dat artikel viel. Aangezien de reclamebeperking die thans aan de orde is, van een zelfde soort doch minder ingrijpend is dan die in de zaak Leclerc-Siplec, concludeer ik, dat de toepassing van het nettobeginsel niet binnen de werkingssfeer van dat artikel valt.

78. Wat betreft de toepassing van artikel 59 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 49 EG): voor zover het nettobeginsel het vrij verrichten van diensten beperkt in de zin van die bepaling, kunnen die beperkingen mijns inziens in ieder geval met een beroep op de consumentenbescherming worden gerechtvaardigd.

79. Het Hof heeft reeds aanvaard, dat bepaalde beperkingen op de uitzending van reclameboodschappen, waaronder de

28 — Zie in het bijzonder het vroege arrest van 30 april 1974, Sacchi (155/73, Jurispr. blz. 409, punt 6); zie ook arrest De Agostini en TV-Shop, aangehaald in voetnoot 20, punt 48, en punt 106 van mijn conclusie bij dat arrest.

29 — Arrest aangehaald in voetnoot 20.

beperking van de duur of de frequentie daarvan, kunnen worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang, indien zij worden opgelegd om de consument te beschermen tegen te veel commerciële reclame of om in het kader van een cultuurbeleid een zekere kwaliteit van de programma's te handhaven of de pluriformiteit te handhaven (zie het arrest in de zaak Collectieve Antennevoorziening Gouda e.a.). [30]

80. Volgens de ARD wordt met het nettobeginsel inderdaad beoogd de consumenten en artistieke werken te beschermen. De Commissie daarentegen suggereert, dat het nettobeginsel in Duitsland wordt toegepast om een daling van de reclamekosten te voorkomen en daarmee het niveau van de inkomsten van de openbare omroeporganisaties te handhaven. Volgens de Commissie zijn de doelstellingen het behoud van pluriformiteit in de media, in het belang van het cultuurbeleid, en de bescherming van de eerlijke mededinging.

81. Mijns inziens is duidelijk, dat het nettobeginsel uit een oogpunt van consumentenbescherming kan worden gerechtvaardigd. De richtlijn bevat weliswaar zelf reeds in het belang van de consumenten bepaalde waarborgen tegen overmatige reclame, maar dat betekent niet, dat de lidstaten daardoor noodzakelijkerwijs de mogelijkheid wordt ontnomen om hun strengere bepalingen te rechtvaardigen met een beroep op de consumentenbescherming, want de richtlijn is uitdrukkelijk aldus geformuleerd dat zij beperkt blijft tot een minimumharmonisatie. Zouden lidstaten deze keuze niet hebben, dan zouden, zoals de Commissie ter terechtzitting heeft opgemerkt, minimumharmonisatierichtlijnen de facto worden veranderd in totale harmonisatierichtlijnen waarbij maximumnormen worden opgelegd.

82. Gelijk de Commissie aanvoert, kan de toepassing van het nettobeginsel ook niet in strijd worden geacht met het evenredigheidsbeginsel, aangezien de gevolgen daarvan voor het vrij verrichten van diensten niet wezenlijk verschillen van die van het brutobeginsel en zij, gelet op de doelstellingen van de nationale maatregel, ook zeker niet onevenredig zijn.

30 — Arrest van 25 juli 1991 (C-288/89, Jurispr. blz. I-4007), punten 27 en 23.

83. Er is geen sprake van discriminatie op grond van nationaliteit in de zin van artikel 6 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 12 EG). Verschillen tussen de wijze waarop Duitsland zijn nationale televisieomroeporganisaties behandelt en de gunstiger behandeling die televisieomroeporganisaties in andere lidstaten aldaar krijgen, vallen niet binnen de werkingssfeer van dat artikel, aangezien het niet van de lidstaten verlangt, dat zij hun eigen televisieomroeporganisaties net zo behandelen als andere lidstaten hun televisieomroeporganisaties behandelen. [31]

84. Evenmin kan worden gezegd, dat het algemene gelijkheidsbeginsel is geschonden. Hoewel voor televisieomroeporganisaties uit verschillende lidstaten mogelijkerwijs verschillende voorwaarden gelden, met als gevolg dat enige ongelijkheid in de mededingingsvoorwaarden blijft bestaan, zijn dergelijke ongelijkheden mijns inziens inherent aan een wettelijke regeling die in minimumnormen voorziet. Ook in andere materies heeft het Hof erkend, dat dergelijke consequenties een noodzakelijk kenmerk zijn van harmonisatiebepalingen die minimumnormen vaststellen, en dat zij niet uit dien hoofde als onregelmatig kunnen worden beschouwd. [32]

85. Ten slotte valt niet goed in te zien hoe artikel 85 EG-Verdrag (thans artikel 81 EG) en artikel 5 EG-Verdrag (thans artikel 10 EG) relevant kunnen zijn, nu er geen sprake is van een overeenkomst tussen ondernemingen. Niet is gesuggereerd, dat de toepassing van het nettobeginsel de sluiting van een overeenkomst tussen ondernemingen noodzakelijk zou maken of zou bevorderen, of de gevolgen van een dergelijke overeenkomst zou versterken. Evenmin is gesuggereerd, dat de gewraakte wettelijke regeling de verantwoordelijkheid voor de regulering van televisiereclame aan particuliere ondernemingen delegeert.

31 — Zie bijvoorbeeld arrest van 7 mei 1992, Wood en Cowie (C-251/90 en C-252/90, Jurispr. blz. I-2873, punt 19).

32 — Arrest van 19 oktober 1995, Hönig (C-128/94, Jurispr. blz. I-3389, punt 17).

Conclusie

86. Gelet op een en ander, geef ik het Hof in overweging, de vragen van het Oberlandesgericht Stuttgart te beantwoorden als volgt:

„1) Artikel 11, lid 3, van richtlijn 89/552/EEG van de Raad van 3 oktober 1989 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisieomroepactiviteiten, in zijn oorspronkelijke versie, en in de versie zoals gewijzigd bij artikel 1, punt 13, van richtlijn 97/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 juni 1997, moet aldus worden uitgelegd, dat het het brutobeginsel voorschrijft, dat wil zeggen dat bij de berekening van de periode van 45 minuten voor de vaststelling van de geoorloofde reclameonderbrekingen tijdens de uitzending van audiovisuele werken zoals bioscoop- en televisiefilms, de duur van de reclame in die periode wordt inbegrepen. Dergelijke onderbrekingen zijn echter enkel geoorloofd voor zover de integriteit en de waarde van de uitzendingen worden gerespecteerd en er geen afbreuk wordt gedaan aan de rechten van de houders van rechten in het werk.

2) Onder dezelfde voorwaarden, staat het lidstaten op grond van artikel 3, lid 1, van de richtlijn vrij om voor televisieomroeporganisaties die onder hun bevoegdheid vallen, het nettobeginsel voor te schrijven, dat wil zeggen, te bepalen dat bij de berekening van die periode de duur van de reclameonderbrekingen niet wordt inbegrepen."