CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
A. TIZZANO
van 10 maart 2005 [1]

1. Bij beslissing van 18 februari 2004 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Nederlandse Raad van State het Hof krachtens artikel 234 EG drie prejudiciële vragen voorgelegd over de uitlegging 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 [2] (hierna: „richtlijn 89/552"), en van richtlijn 98/34/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 1998 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften [3], zoals gewijzigd bij richtlijn 98/48/EG [4] (hierna: „richtlijn 98/34").

2. De nationale rechter wenst in wezen te vernemen of het aanbieden door een omroeporganisatie van films die op vaste tijden in gecodeerde vorm via een netwerk worden uitgezonden en die door de klanten kunnen worden bekeken door middel van een speciale decoderingssleutel, welke hen wordt toegezonden na betaling van de voorziene vergoeding, „televisieomroep" in de zin van richtlijn 89/552 dan wel een „dienst van de informatiemaatschappij" in de zin van richtlijn 98/34 vormt.

I — Toepasselijke bepalingen

A — *Bepalingen van gemeenschapsrecht*

3. In deze zaak is om te beginnen artikel 1, sub a, van richtlijn 89/552 van belang, volgens hetwelk onder „televisieomroepen" moet worden verstaan:

„het oorspronkelijke uitzenden via de kabel of draadloos, via de ether of via satelliet, in al dan niet gecodeerde vorm van voor ontvangst door het publiek bestemde televisieprogramma's. [...] Hieronder zijn niet begrepen communicatiediensten die infor-

1 — Oorspronkelijke taal: Italiaans.

2 — PB L 298, blz. 23.

3 — PB L 204, blz. 37.

4 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 20 juli 1998 tot wijziging van richtlijn 98/34/EG betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften (PB L 217, blz. 18).

matieve gegevens of andere prestaties op individueel verzoek verstrekken zoals telekopiediensten, elektronische databanken en andere soortgelijke diensten."

4. Voorts is van belang artikel 4, lid 1, van deze richtlijn, dat de lidstaten de verplichting oplegt er „voorzover mogelijk" en „met passende middelen" op toe te zien dat „de omroeporganisaties het grootste gedeelte van hun [...] zendtijd reserveren voor Europese producties [...]".

5. Voorzover hier van belang moet ook artikel 1 van richtlijn 98/34, zoals gewijzigd bij richtlijn 98/48, worden vermeld, dat luidt als volgt:

„In de zin van deze richtlijn wordt verstaan onder:

[...]

2) ‚dienst': elke dienst van de informatiemaatschappij, dat wil zeggen elke dienst die gewoonlijk tegen vergoeding, langs elektronische weg, op afstand en op individueel verzoek van een afnemer van diensten verricht wordt.

In deze definitie wordt verstaan onder:

— ‚op afstand': een dienst die geleverd wordt zonder dat de partijen gelijktijdig aanwezig zijn;

— ‚langs elektronische weg': een dienst die verzonden en ontvangen wordt via elektronische apparatuur voor de verwerking (met inbegrip van digitale compressie) en de opslag van gegevens, en die geheel via draden, radio, optische middelen of andere elektromagnetische middelen wordt verzonden, doorgeleid en ontvangen;

— ‚op individueel verzoek van een afnemer van diensten': een dienst die op individueel verzoek via de transmissie van gegevens wordt geleverd.

Een indicatieve lijst van niet onder deze definitie vallende diensten staat in bijlage V.

Deze richtlijn geldt niet voor:

— radio-omroepdiensten,

— televisieomroepdiensten bedoeld in artikel 1, sub a, van richtlijn 89/552/EEG."

6. In punt 3 van bovengenoemde bijlage V worden de volgende diensten opgesomd:

„Diensten die niet ‚op individueel verzoek van een afnemer van diensten' worden geleverd

Diensten die via de verzending van gegevens zonder individuele oproep worden verricht

en bestemd zijn voor gelijktijdige ontvangst door een onbeperkt aantal ontvangers (point-to-multipoint-transmissie):

a) televisieomroepdiensten (waaronder ‚near-video-on-demand'), bedoeld in artikel 1, sub a, van richtlijn 89/552/EEG,

b) radio-omroepdiensten,

c) teletekst (via televisie)."

B — *Bepalingen van nationaal recht*

7. In Nederland worden de radio- en televisieomroepdiensten geregeld door de Mediawet. [5]

8. Ingevolge artikel 71a, lid 1, van de Mediawet is het een commerciële omroep-

5 — Wet van 21 april 1987 houdende regels betreffende de verzorging van radio- en televisieprogramma's, de omroepbijdrage en de steunverlening aan persorganen, *Stb.* 1987, 249.

instelling slechts toegestaan een programma uit te zenden of te doen uitzenden, indien zij daartoe toestemming van het Commissariaat voor de Media (hierna: „Commissariaat") heeft verkregen.

II — Feiten en procedure

9. Sinds eind 1999 biedt Mediakabel haar abonnees de mogelijkheid om ter aanvulling van de programma's van andere zenders een reeks televisie-uitzendingen te ontvangen (de zogenoemde „Mr. Zap"-dienst). In het kader van deze dienst kan de abonnee bovendien een of meer films bestellen die hij via het televisiescherm of in de programmagidsen kan kiezen (de zogenoemde „Filmtime"-dienst).

10. De films van de Filmtime-dienst worden gelijktijdig, maar in gecodeerde vorm naar alle abonnees gezonden volgens het door Mediakabel vastgestelde programmarooster. De abonnee deelt daarop op afstand, ook telefonisch, mee welke film hij wil zien op de beschikbare tijdstippen en nadat hij de vastgestelde prijs heeft betaald, ontvangt hij een elektronische sleutel voor de decodering van de televisiebeelden.

11. Bij besluit van 15 maart 2001 heeft het Commissariaat Mediakabel meegedeeld dat de „Filmtime"-dienst een televisieprogramma vormde waarvoor zij overeenkomstig artikel 71a, lid 1, van de Mediawet toestemming moest aanvragen.

12. Nadat haar bezwaar tegen dit besluit was afgewezen, heeft Mediakabel, die de vereiste toestemming inmiddels had verkregen, beroep ingesteld bij de Rechtbank te Rotterdam om de kwalificatie die het Commissariaat aan deze dienst had gegeven, te betwisten.

13. Ook dat beroep werd verworpen. Mediakabel is daarop in hoger beroep gegaan bij de Raad van State, waar zij aanvoerde dat Filmtime niet kon worden gekwalificeerd als „televisieomroep", waarvoor toestemming moest worden verkregen en die aan quota voor de uitzending van Europese producties was onderworpen, maar als „dienst van de informatiemaatschappij", te weten „near-video-on-demand ", waarvoor bovengenoemde verplichtingen niet gelden.

14. Aangezien hij twijfels had over de juiste kwalificatie van de betrokken dienst, heeft de

rechter in hoger beroep besloten het Hof de volgende prejudiciële vragen voor te leggen:

„1) a) Dient het begrip ‚televisieomroep' in de zin van artikel 1, sub a, van richtlijn 89/552/EEG aldus te worden uitgelegd dat daaronder niet valt een ‚dienst van de informatiemaatschappij', zoals vermeld in artikel 1, sub 2, van richtlijn 98/34/EG, zoals gewijzigd bij richtlijn 98/48/EG, maar wel diensten als omschreven in de in bijlage V bij richtlijn 98/34/EG opgenomen indicatieve lijst van diensten die niet onder artikel 1, sub 2, van richtlijn 98/34/EG vallen, in het bijzonder punt 3, waaronder ‚near-video-on-demand', die dus geen ‚diensten van de informatiemaatschappij' zijn?

b) Indien vraag 1a ontkennend wordt beantwoord, op welke wijze dient dan onderscheid te worden gemaakt tussen het begrip ‚televisieomroep' in de zin van artikel 1, sub a, van richtlijn 89/552/EEG en het daar evenzeer genoemde begrip ‚communicatiediensten die informatieve gegevens op individueel verzoek verstrekken'?

2) a) Aan de hand van welke criteria dient te worden uitgemaakt of een dienst als de onderhavige, waarbij sprake is van op een netwerk verspreide gecodeerde signalen van een door de aanbieder geselecteerd aanbod van films, die door abonnees tegen afzonderlijke betaling per film, met behulp van een op individueel verzoek door de aanbieder toe te zenden sleutel, kunnen worden gedecodeerd en bekeken op verschillende, door de aanbieder bepaalde tijdstippen, welke dienst elementen van een (individuele) dienst van de informatiemaatschappij en tegelijkertijd elementen van een televisieomroepdienst bevat, een televisieomroepdienst of een dienst van de informatiemaatschappij is?

b) Dient hierbij bijzondere betekenis te worden toegekend aan het gezichtspunt van de abonnee of veeleer aan het gezichtspunt van de aanbieder van de dienst? Is hierbij van belang met welk soort diensten de desbetreffende dienst concurreert?

3) Is het in dit verband van belang dat

— enerzijds de kwalificatie van een dienst als de onderhavige als ‚dienst van de informatiemaatschappij' waarop richtlijn 89/552/EEG niet van toepassing is, de effectiviteit van die richtlijn zou kunnen ondergraven, in het bijzonder

ook waar het gaat om de doelstellingen die aan de daaruit voortvloeiende verplichting ten grondslag liggen om een bepaald percentage zendtijd aan de Europese producties te besteden, terwijl

— anderzijds, als richtlijn 89/552/EEG wel van toepassing is, de daaruit voortvloeiende verplichting om een bepaald percentage zendtijd aan Europese producties te besteden niet veel zin heeft, omdat de abonnees per film betalen en alleen de film waarvoor is betaald, kunnen bekijken?"

15. In deze procedure hebben Mediakabel, het Commissariaat, de Nederlandse, de Belgische en de Franse regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk alsmede de Commissie schriftelijke opmerkingen ingediend.

16. Mediakabel, het Commissariaat, de Nederlandse regering en de Commissie zijn vervolgens door het Hof gehoord ter terechtzitting van 20 januari 2005.

III — Juridische beoordeling

Inleiding

17. Zoals bekend, is ten gevolge van de snelle technologische ontwikkelingen de laatste jaren het fenomeen ontstaan dat steeds meer diensten via de televisie worden aangeboden.

18. Naast de traditionele televisieomroep zijn immers diensten ontstaan als *pay-TV*, *pay-per-view*, *video-on-demand* en *near-video-on-demand*, die de kijker ten opzichte van de eerstgenoemde omroep een groeiende flexibiliteit waarborgen bij het gebruik van het product.

19. Bij *pay-TV* maakt het product deel uit van een door de omroep vooraf opgesteld programmarooster dat de kijker in zijn geheel kan kopen; hetzelfde gebeurt bij *pay-per-view*, met dit verschil dat de kijker het afzonderlijke product kan bekijken en betalen. Meer flexibiliteit biedt *near-video-on-demand*, waarbij het afzonderlijke product meerdere malen op opeenvolgende tijdstippen wordt uitgezonden, en nog meer flexibiliteit biedt *video-on-demand*, waarbij de kijker, die zijn keuze maakt uit een elektronische catalogus, zelf kan beslissen welk programma hij bekijkt en op welk tijdstip.

20. Naast deze nieuwe diensten moet melding worden gemaakt van interactieve diensten die *on-line* worden aangeboden via een beeldschermterminal (zogenoemde interactieve televisie), zoals bankdiensten (*home banking*), thuiswinkelen (*home shopping*), boekingen voor reizen en vakanties, het downloaden van computerspellen en onlineonderwijs.

21. In deze context heeft het verzoek van de Nederlandse rechter betrekking op een specifieke dienst (namelijk *near-video-on-demand*), welke in richtlijn 98/34 uitdrukkelijk wordt behandeld en daarin een zeer duidelijke plaats bekleedt. Ik zal dan ook hoofdzakelijk naar die richtlijn verwijzen in mijn beoordeling van de voorgelegde vragen en de richtlijn waar nodig vergelijken met de oudere richtlijn 89/552.

A — *De kwalificatie van de near-video-on-demanddiensten (vraag 1a)*

22. Met vraag 1a wenst de Nederlandse rechter in wezen te vernemen, of *near-video-on-demanddiensten* onder het begrip „televisieomroep" dan wel onder het begrip „dienst van de informatiemaatschappij" vallen.

23. Evenals de regeringen die opmerkingen hebben ingediend en de Commissie ben ik van oordeel, dat het antwoord op deze vraag onmiddellijk duidelijk wordt bij lezing van richtlijn 98/34.

24. Zoals gezegd, wordt het begrip „dienst van de informatiemaatschappij" in artikel 1, sub 2, eerste alinea, van richtlijn 98/34 immers omschreven als „dienst die gewoonlijk tegen vergoeding, langs elektronische weg, op afstand en op individueel verzoek van een afnemer van diensten verricht wordt", waarna in de vierde alinea van dezelfde bepaling van de richtlijn uitdrukkelijk wordt bepaald dat deze niet geldt voor „televisieomroepdiensten bedoeld in artikel 1, sub a, van richtlijn 89/552/EEG".

25. Eveneens in richtlijn 98/34 wordt vervolgens in bijlage V, punt 3, sub a, nogmaals bevestigd dat bovengenoemde definitie „televisieomroepdiensten [...], bedoeld in artikel 1, sub a, van richtlijn 89/552/EEG" niet omvat, waarna uitdrukkelijk wordt vermeld dat dit laatste begrip mede „near-video-on-demand" omvat.

26. Zonder dat verder onderzoek dus noodzakelijk is, kan op basis van de ondubbelzinnige betekenis van bovenstaande bepalingen derhalve worden geconcludeerd dat ingevolge punt 3, sub a, van bijlage V bij richtlijn 98/34 *near-video-on-demanddiensten* vallen onder het in artikel 1, sub a, van richtlijn 89/552 bedoelde begrip „televisieomroepen". Op hun beurt vallen „televisieomroepen" niet onder de in artikel 1, punt 2, van richtlijn 98/34 neergelegde definitie van „diensten van de informatiemaatschappij".

27. Zoals ook de regering van het Verenigd Koninkrijk heeft opgemerkt, volstaat deze conclusie mijns inziens reeds om het hoofdgeding te beslechten, dat wil zeggen om uit te maken of het Commissariaat de Filmtimedienst terecht aan een toestemmingsprocedure heeft onderworpen.

28. De verwijzende rechter heeft er in zijn verwijzingsbeslissing immers zelf op gewezen dat deze dienst binnen de categorie *near-video-on-demand*[6] valt, een categorie die richtlijn 98/34, zoals gezegd, onder het begrip „televisieomroepdiensten" rangschikt. Voor dit soort omroepdiensten is volgens de Nederlandse wetgeving de door het Commissariaat gevraagde toestemming juist noodzakelijk.

6 — Zie verwijzingsbeslissing, punt 2.2.

29. Ter terechtzitting heeft Mediakabel evenwel een in zekere zin preliminaire opmerking gemaakt met betrekking tot de kwalificatie van de Filmtime-dienst. Zij heeft namelijk betwist dat deze diensten daadwerkelijk kunnen worden omschreven als *near-video-on-demand.*

30. Aangaande zij opgemerkt, dat de onderhavige richtlijnen geen definitie geven van het begrip *near-video-on-demand* en, meer in het algemeen, van afzonderlijke diensten op het gebied van televisie-uitzendingen, en dat over de kwalificatie van dit begrip in de doctrine onenigheid bestaat. Om op het bezwaar van Mediakabel een minder onzeker antwoord te geven zal ik derhalve, ook omdat dit mij nuttiger lijkt voor de oplossing van het geschil, rechtstreeks het criterium bepalen aan de hand waarvan „televisieomroepdiensten" moeten worden onderscheiden van „diensten van de informatiemaatschappij". Aan de hand van dat criterium kan dan worden nagegaan of een dienst als Filmtime onder het ene dan wel onder het andere begrip valt.

31. Deze benadering heeft bovendien als voordeel, dat thans ook de andere vragen van de verwijzende rechter aan de orde komen.

Het onderscheid tussen „televisieomroepdiensten" en „diensten van de informatiemaatschappij" (vraag 2a)

32. Met vraag 2a, die in wezen vraag 1b overlapt en een specifiek antwoord op die vraag overbodig maakt, wenst de verwijzende rechter van het Hof te vernemen aan de hand van welk criterium moet worden vastgesteld of televisie-uitzendingen als die welke in casu aan de orde zijn, „televisieomroep" in de zin van richtlijn 89/552 dan wel een „dienst van de informatiemaatschappij" in de zin van richtlijn 98/34 vormen.

33. Volgens Mediakabel is, wat deze laatste richtlijn betreft, de mogelijkheid van de kijker om het product op „individueel verzoek" te ontvangen doorslaggevend. Indien de kijker de aanbieder van de dienst met andere woorden kan verzoeken om één film, is er sprake van een „dienst van de informatiemaatschappij". Indien die mogelijkheid niet bestaat, gaat het om een „televisieomroep".

34. Naast de mogelijkheid tot individueel verzoek zijn er volgens Mediakabel andere nuttige aanwijzingen om een „dienst van de informatiemaatschappij" te onderscheiden, te weten de omstandigheid dat de aanbieder van de dienst een zodanig systeem voor de decodering van beelden en een zodanige regeling voor de betaling van de vergoeding heeft opgezet dat de kijker enkel de gevraagde film kan bekijken en betalen.

35. Op basis hiervan kwalificeert Mediakabel Filmtime uiteindelijk als „dienst van de informatiemaatschappij". Zij wijst erop dat de afzonderlijke films die Filmtime aanbiedt weliswaar aan alle abonnees worden doorgezonden, maar enkel te bekijken zijn door de abonnees die specifiek daarom hebben verzocht en die na betaling van de vastgestelde vergoeding de daartoe bestemde sleutel voor decodering doorgezonden krijgen.

36. Ik ben echter van mening dat deze oplossing niet aanvaardbaar is. Hierin worden immers elementen overbelicht die voor de desbetreffende kwalificatie volkomen irrelevant zijn (de vorm van decodering en de wijze van betaling), terwijl bovendien het in richtlijn 98/34 omschreven begrip „individueel verzoek" om levering van een televisiedienst onjuist wordt uitgelegd.

37. Om mijn betoog te staven wil ik allereerst de in deze zaak toepasselijke definities in herinnering brengen:

— luidens artikel 1, sub a, van richtlijn 89/552 wordt onder „televisieomroepen" verstaan „het oorspronkelijke uitzenden via de kabel of draadloos, via de ether of via satelliet, *inal dan niet gecodeerde vorm* van *voor ontvangst door het publiek bestemde* televisieprogramma's";

— luidens artikel 1, sub 2, eerste alinea, van richtlijn 98/34 wordt onder „dienst van de informatiemaatschappij" verstaan „elke dienst die *gewoonlijk* tegen vergoeding, langs elektronische weg, op afstand en *op individueel verzoek* van een afnemer van diensten verricht wordt". [7]

38. Vervolgens wordt het begrip „individueel verzoek" in de tweede alinea van artikel 1, sub 2, en in bijlage V, punt 3, nader toegelicht.

39. Volgens eerstgenoemde bepaling wordt met dit begrip gedoeld op „dienst[en] die *op individueel verzoek* via de *transmissie* van gegevens wordt geleverd". Ingevolge laatstgenoemde bepaling zijn van dit begrip evenwel uitgesloten diensten zoals televisieomroepdiensten (waaronder near-video-on-demand) „die via de *verzending van gegevens zonder individuele oproep* worden verricht en bestemd zijn voor *gelijktijdige ontvangst* door een onbeperkt aantal ontvangers (point-to-multipoint-transmissie)". [8]

40. Zoals is opgemerkt door de regeringen die in het geding zijn tussengekomen, komt uit het onderzoek van deze bepalingen in de eerste plaats naar voren dat het onderscheid tussen „televisieomroepdiensten" en „diensten van de informatiemaatschappij" niet kan worden gebaseerd op de *al dan niet gecodeerde vorm* van de uitgezonden beelden, omdat die vorm volgens richtlijn 89/552 volstrekt onbelangrijk is om het onderscheid te maken. Van de wijze van betaling van de verstrekte diensten kan evenmin worden uitgegaan omdat deze betaling, bij stilzwijgen van de genoemde bepalingen, op zeer uiteenlopende wijzen kan plaatsvinden en in het geval van diensten van de informatiemaatschappij, zij het in uitzonderlijke gevallen zelfs kan ontbreken.

41. Deze eerste twee elementen zijn dus niet relevant voor de onderhavige zaak. Mijns inziens moet veeleer worden vastgesteld, wanneer de transmissie van een televisie-

7 — Cursivering van mij.

8 — Cursivering van mij.

uitzending kan worden gekwalificeerd als bestemd „voor ontvangst door het publiek" dan wel beantwoordend aan een „individueel verzoek".

42. Zoals ook de Commissie in herinnering heeft gebracht, blijkt bij vergelijking van de in punt 37 aangehaalde bepalingen dat er sprake is van „televisieomroep" en niet van „dienst van de informatiemaatschappij", wanneer de uitgezonden televisieprogramma's juist „voor ontvangst door het publiek bestemd" zijn, dat wil zeggen wanneer — om de nauwkeuriger terminologie van richtlijn 98/34 over te nemen — de desbetreffende gegevens niet worden verzonden naar de individuele kijker die daarom heeft verzocht (point-to-pointtransmissie), maar bestemd zijn voor gelijktijdige ontvangst door een algemene groep van ontvangers (point-to-multipointtransmissie).

43. Aan de hand van dit onderscheidend criterium moet derhalve een dienst als de thans aan de orde zijnde, die, zoals de verwijzende rechter heeft aangegeven en Mediakabel zelf heeft toegegeven, de gelijktijdige, al dan niet gecodeerde uitzending van films aan alle abonnees omvat, in beginsel als „televisieomroep" worden gekwalificeerd.

44. De verwijzende rechter, die beter bekend is met alle feitelijke gegevens van de zaak, zal deze kwalificatie in het hoofdgeding moeten verrichten.

45. Concluderend geef ik het Hof derhalve in overweging te antwoorden dat sprake is van „televisieomroep" in de zin van artikel 1, sub a, van richtlijn 89/552 en niet van een „dienst van de informatiemaatschappij" in de zin van artikel 1, sub 2, van richtlijn 98/34, wanneer de uitgezonden audiovisuele gegevens „voor ontvangst door het publiek bestemd" zijn, dat wil zeggen niet worden verzonden naar de individuele kijker die daarom heeft verzocht (point-to-pointtransmissie), maar bestemd zijn voor gelijktijdige ontvangst door een algemene groep van ontvangers (point-to-multipointtransmissie).

De bij de kwalificatie van de uitzending van televisieprogramma's in aanmerking te nemen elementen

46. Met de vragen 2b en 3, die samen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter van het Hof te vernemen of bij de kwalificatie van de uitzending van televisieprogramma's bijzondere betekenis moet worden toegekend aan het gezichtspunt van de ontvanger dan wel aan dat van de aanbieder van deze dienst, of van belang is met welke diensten wordt geconcurreerd en of in aanmerking moet worden genomen dat de in richtlijn 89/552 opgelegde verplichting om een bepaalde hoeveelheid Europese producties uit te zenden in feite niet kan gelden voor een dienst waarbij de kijker kiest welke film hij bekijkt en daarvoor betaalt.

47. Mediakabel merkt op dat haar dienst en diensten op het gebied van *video-on-demand*, die van punt tot punt worden doorgezonden en daarom hoe dan ook „diensten van de informatiemaatschappij" zijn, vergelijkbare kenmerken bezitten en derhalve onderling vervangbaar zijn. Beide diensten bieden de consument immers de mogelijkheid de film te kiezen die hij wil bekijken. Beide moeten dus dezelfde kwalificatie ontvangen en dezelfde verplichtingen opgelegd krijgen. Mediakabel verklaart dienaangaande dat zij de uitzending van films van de Filmtime-dienst ook had kunnen organiseren volgens het point-to-pointsysteem, maar dat zij daarvan heeft afgezien wegens de zeer hoge kosten van deze techniek.

48. Voorts merkt Mediakabel op dat de kwalificatie van haar dienst als „televisieomroep" en de daaruit voortvloeiende onderwerping aan de verplichte uitzendquota voor Europese producties, zinloos zijn, aangezien de kijker in een dergelijke dienst het programma kan kiezen en derhalve kan bepalen of hij al dan niet een Europese productie wil zien.

49. Dit standpunt kan niet worden aanvaard.

50. Zoals hierboven vermeld (punt 42) moet, om uit te maken of een bepaalde dienst een „dienst van de informatiemaatschappij" dan wel „televisieomroep" is, immers worden onderzocht of de televisie-uitzendingen worden verzonden aan de afzonderlijke kijker die daarom heeft verzocht (point-to-pointtransmissie), dan wel bestemd zijn voor gelijktijdige ontvangst door een algemene groep van kijkers (point-to-multipointtransmissie).

51. Zoals de Nederlandse regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie hebben onderstreept, moet daartoe derhalve een objectieve beoordeling worden verricht op basis van een hoofdzakelijk technisch criterium, dat verband houdt met de wijze waarop de televisie-uitzendingen worden doorgezonden.

52. Bijgevolg is het uitgesloten dat de kwalificatie van de dienst kan variëren naar gelang van het persoonlijke gezichtspunt van de aanbieder dan wel dat van de ontvanger. De kwalificatie kan al helemaal niet worden bepaald door de eventuele concurrentienadelen die de keuze voor de point-to-multipointtransmissie (overigens minder duur en dus in andere opzichten geschikter) kan meebrengen.

53. Inzonderheid mag deze objectieve beoordeling niet achterwege worden gelaten

met een beroep op potentiële schade ten gevolge van de toepassing van artikel 4, lid 1, van richtlijn 89/552, dat de lidstaten de verplichting oplegt „voorzover mogelijk" en „met passende middelen" erop toe te zien dat de omroeporganisaties het grootste gedeelte van hun zendtijd reserveren voor Europese producties.

54. Anders dan de verwijzende rechter en Mediakabel lijken te betogen, geldt deze verplichting immers ook voor diensten als Filmtime, waarin de kijker de film kiest die hij wil bekijken en daarvoor betaalt.

55. Zoals de Franse regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie immers hebben opgemerkt, legt artikel 4, lid 1, *de omroeporganisaties* de verplichting op het grootste gedeelte van hun zendtijd Europese producties *uit te zenden*: voor *de kijkers* bestaat daarentegen geen verplichting om deze producties te kiezen. Omroeporganisaties als Mediakabel kunnen derhalve wel degelijk worden verplicht Europese producties in hun programmering op te nemen en uit te zenden, ook in gecodeerde vorm, terwijl de abonnees uiteraard vrij kunnen kiezen waarvoor zij betalen en wat zij bekijken.

56. Zoals ik al zei, dienen de lidstaten bovendien de naleving van deze verplichting slechts „voorzover mogelijk" en enkel „met passende middelen" te verzekeren.

57. Dat betekent mijns inziens dat deze verplichting niet altijd hoe dan ook geldt. Zo zal zij zeker niet gelden wanneer zij zo zwaar zou wegen dat bepaalde diensten daardoor economisch gezien *onmogelijk* worden. Teneinde rekening te houden met de bijzondere omstandigheden waarin de televisie-uitzendingen worden aangeboden en door de ontvanger worden bekeken, zullen zo nodig gedeeltelijke of tijdelijke vrijstellingen moeten worden verleend. [9]

58. Zoals de regering van het Verenigd Koninkrijk heeft opgemerkt, geldt de genoemde verplichting uiteindelijk voor alle televisieomroepdiensten, ook die waarbij de kijker de film kiest die hij wil bekijken, maar moet zij vervolgens slechts concreet worden toegepast indien en voorzover zij voor de omroeporganisaties geen onoverkomelijke moeilijkheden meebrengt.

59. Om de hierboven uiteengezette redenen meen ik te kunnen concluderen dat de kwalificatie van een dienst als „televisieom-

9 — Het Commissariaat heeft ter terechtzitting verklaard dat de Nederlandse wetgeving in de mogelijkheid voorziet om de toepassing van de in artikel 4 van richtlijn 89/552 bedoelde verplichting te moduleren door in sommige gevallen gedeeltelijke of tijdelijke vrijstellingen te verlenen.

roep" in de zin van richtlijn 89/552 dan wel als „dienst van de informatiemaatschappij" in de zin van richtlijn 98/34 niet mag worden bepaald door het subjectieve gezichtspunt van de aanbieder of de ontvanger van deze dienst, noch door de concurrentienadelen die de gekozen beeldtransmissietechniek kan meebrengen.

60. De in artikel 4, lid 1, van richtlijn 89/552 bedoelde verplichting om het grootste gedeelte van de zendtijd te reserveren voor Europese producties, geldt, voorzover mogelijk is en met gebruik van de passende middelen, ook voor de televisieomroepdiensten waarin de kijker de film kiest die hij wil bekijken en daarvoor betaalt.

IV — Conclusie

61. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging, de door de Raad van State gestelde prejudiciële vragen te beantwoorden als volgt:

„1) Ingevolge punt 3, sub a, van bijlage V bij richtlijn 98/34/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 1998 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften, zoals gewijzigd bij richtlijn 98/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 juli 1998, vallen near-video-on-demanddiensten onder het begrip ‚televisieomroepen' bedoeld in artikel 1, sub a, 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.

Diensten op het gebied van ‚televisieomroepen' in de zin van artikel 1, sub a, van richtlijn 89/552 vallen niet onder de definitie van ‚diensten van de informatiemaatschappij' in de zin van artikel 1, punt 2, van richtlijn 98/34, zoals gewijzigd bij richtlijn 98/48.

2a) Er is sprake van ‚televisieomroep' in de zin van artikel 1, sub a, van richtlijn 89/552 en niet van een ‚dienst van de informatiemaatschappij' in de zin van richtlijn 98/34, zoals gewijzigd bij richtlijn 98/48, wanneer de uitgezonden audiovisuele gegevens voor ontvangst door het publiek bestemd zijn, dat wil zeggen niet worden verzonden naar de individuele kijker die daarom heeft verzocht (point-to-pointtransmissie), maar bestemd zijn voor gelijktijdige ontvangst door een algemene groep van ontvangers (point-to-multipointtransmissie).

2b) De kwalificatie van een dienst als ‚televisieomroep' in de zin van richtlijn 89/552 dan wel als ‚dienst van de informatiemaatschappij' in de zin van richtlijn 98/34, zoals gewijzigd bij richtlijn 98/48, mag niet worden bepaald door het subjectieve gezichtspunt van de aanbieder of de ontvanger van deze dienst, noch door de concurrentienadelen die de gekozen beeldtransmissietechniek kan meebrengen.

3) De in artikel 4, lid 1, van richtlijn 89/552 bedoelde verplichting om het grootste gedeelte van de zendtijd te reserveren voor Europese producties, geldt, voorzover mogelijk is en met gebruik van de passende middelen, ook voor de televisieomroepdiensten waarin de kijker de film kiest die hij wil bekijken en daarvoor betaalt."