RAPPORT TER TERECHTZITTING
in zaak C-353/89 *

I — De feiten en de relevante bepalingen

A — *Voorwerp van het beroep*

Het beroep heeft betrekking op twee los van elkaar staande maatregelen, die beide zijn vervat in de 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, hierna: „Mediawet"), die op 1 januari 1988 in werking is getreden.

De Commissie keert zich tegen twee onderdelen van deze wet: in de eerste plaats tegen de verplichting voor de landelijke omroepinstellingen, zich voor het maken van hun radio- en televisieprogramma's tot een binnenlandse onderneming te wenden, en in tweede plaats tegen de voorwaarden waaronder reclameboodschappen in vanuit andere Lid-Staten aangeboden radio- en televisieprogramma's via de kabel mogen worden uitgezonden.

B — *De regeling van de Mediawet*

In Nederland wordt het grootste gedeelte van de zendtijd verdeeld onder de omroepverenigingen. Deze omroepverenigingen zijn verenigingen van radioluisteraars of televisiekijkers. Zij hebben rechtspersoonlijkheid en hebben tot doel, een in hun statuten aangeduide, maatschappelijke, culturele of godsdienstige dan wel geestelijke stroming te vertegenwoordigen en zich in hun programma te richten op de bevrediging van in het volk levende maatschappelijke, culturele of godsdienstige behoeften. Een omroepvereniging wordt representatief geacht, zodra zij ten minste 150 000 leden heeft.

De zendtijd die een omroepvereniging krijgt, hangt af van het aantal leden dat zij heeft.

In beginsel zijn de omroepverenigingen volledig vrij bij het samenstellen van hun programma's. Zij kunnen in Nederland of in andere landen gemaakte programma's kopen of zelf programma's produceren.

In dit laatste geval zijn de omroepverenigingen die zendtijd voor landelijke omroep hebben, verplicht de technische faciliteiten (zoals bij voorbeeld opnamestudio's, decorateliers, technici) te gebruiken van een naamloze vennootschap naar Nederlands recht, het Nederlandse Omroepproduktie Bedrijf (hierna: „Bedrijf"). Deze faciliteiten worden de omroepverenigingen ter beschikking gesteld tegen een door het Bedrijf vastgesteld tarief. Ingevolge de Mediawet zijn de omroepverenigingen verplicht, voor al

* Procestaal: Nederlands.

hun radioprogramma's gebruik te maken van de technische faciliteiten van het Bedrijf; voor de televisieprogramma's behoeven zij zich slechts voor een bepaald percentage van hun behoeften tot het Bedrijf te wenden.

Artikel 61 van de Mediawet luidt als volgt:

„Teneinde faciliteiten in stand te houden zijn de instellingen die zendtijd hebben verkregen voor landelijke omroep verplicht jaarlijks de bedragen die hun met toepassing van de artikelen 101 en 102 ten behoeve van radio-faciliteiten ter beschikking worden gesteld geheel, en die ten behoeve van televisie-faciliteiten voor een bij algemene maatregel van bestuur te bepalen percentage te besteden bij het Bedrijf."

Artikel 154 bepaalt: „Tot de eerste vaststelling van het percentage met toepassing van artikel 61, bedraagt het daar bedoelde percentage 75."

De voor het maken van de Nederlandse programma's van de omroepverenigingen noodzakelijke financiële middelen zijn deels afkomstig uit de omroepbijdragen, deels uit de opbrengsten van reclame op radio en televisie.

De omroepverenigingen mogen in hun programma's echter geen reclameboodschappen van derden opnemen. Het monopolie op de uitzending van deze boodschappen berust bij de Stichting Etherreclame (hierna: „STER"). De STER, die onafhankelijk is van de omroepverenigingen, maakt de reclameboodschappen niet zelf, maar krijgt ze door de adverteerders zelf aangeleverd. De STER verkoopt in feite alleen reclamezendtijd. De inkomsten van de STER worden gedeeltelijk ter subsidie van de omroepverenigingen gebruikt en gedeeltelijk ter ondersteuning van de pers.

In Nederland kunnen de huishoudens de meeste radio- en televisieprogramma's alleen via de kabel ontvangen.

De kabelexploitanten zijn verplicht de binnenlandse radio- en televisieprogramma's uit te zenden. Voorts hebben zij het recht ook buitenlandse programma's uit te zenden. Behalve in het geval waarin buitenlandse programma's met een gebruikelijke individuele antenne kunnen worden ontvangen, is krachtens artikel 66 Mediawet de uitzending van buitenlandse programma's die in het bijzonder op het Nederlands publiek gerichte reclame bevatten, slechts toegestaan indien aan twee reeksen voorwaarden is voldaan.

De eerste reeks heeft betrekking op de reclameboodschappen zelf: zij moeten als zodanig herkenbaar zijn, de duur ervan mag in totaal niet meer dan 5% van de totale zendtijd bedragen en zij mogen niet op zondag worden uitgezonden.

De tweede reeks voorwaarden heeft betrekking op de uitzender: deze mag geen winst beogen; hij mag niet dienstbaar zijn aan het maken van winst door derden; hij moet de reclameboodschappen laten verzorgen door een van de leverancier van de programma's onafhankelijke rechtspersoon.

Artikel 66 van de Mediawet luidt als volgt:

„1. De beheerder van een draadomroepinrichting kan:

a) de programma's uitzenden die door een buitenlandse omroepinstelling door middel van een omroepzender zijn uitgezonden en rechtstreeks ter plaatse van de draadomroepinrichting met een daar gebruikelijke individuele antenne gedurende het grootste deel van de tijd met redelijke kwaliteit kunnen worden ontvangen;

b) andere dan de onder a bedoelde programma's uitzenden die in overeenstemming met de daar geldende wetgeving door een buitenlandse omroepinstelling of een samenstel van deze instellingen als omroepprogramma's worden uitgezonden. Indien in die programma's reclameboodschappen zijn opgenomen is de uitzending hiervan slechts toegestaan indien de reclameboodschappen door een afzonderlijke rechtspersoon worden verzorgd, de reclameboodschappen duidelijk als zodanig herkenbaar en duidelijk onderscheiden van andere programmaonderdelen en niet des zondags worden uitgezonden, de voor de uitzending van reclameboodschappen gebruikte zendtijd ten hoogste vijf procent van de totale zendtijd bedraagt, de omroepinstelling voldoet aan het bepaalde in artikel 55, eerste lid, en de inkomsten geheel worden aangewend voor de verzorging van het programma. Indien evenwel niet aan de zojuist genoemde eisen wordt voldaan, is de uitzending van een dergelijk programma ook toegestaan indien de daarin opgenomen reclameboodschappen niet in het bijzonder op het Nederlands publiek zijn gericht;

(...)

2. Voor de toepassing van het bepaalde in het eerste lid, onder b, wordt een reclameboodschap in ieder geval geacht in het bijzonder op het Nederlandse publiek te zijn gericht, indien de reclameboodschap wordt uitgezonden tijdens of aansluitend aan een programma-onderdeel of een samenhangend geheel van programma-onderdelen, waarin Nederlandstalige ondertiteling of een Nederlandstalig onderdeel voorkomt.

3. Onze Minister kan van het in het eerste lid, onder b, opgenomen verbod ontheffing verlenen, ten aanzien van omroepprogramma's die in België worden uitgezonden en gericht zijn op het Nederlandstalig publiek in België."

C — *Antecedenten van het geding*

1. *De absolute of gedeeltelijke verplichting, voor het maken van radio- of televisieprogramma's gebruik te maken van de technische faciliteiten van het Bedrijf*

Bij brief van 21 december 1987 liet de *Commissie* de Nederlandse regering weten dat deze, door te bepalen dat alle bestellingen van de Nederlandse radio-omroepinstellingen en 75% van de bestellingen van de Nederlandse televisie-omroepinstellingen uitsluitend bij het Bedrijf moesten worden geplaatst, de krachtens de artikelen 30, 52 en 59 EEG-Verdrag op haar rustende verplichtingen niet was nagekomen.

In die brief wees de Commissie erop, dat volgens richtlijn 70/50/EEG van 22 december 1969 (PB 1970, L 13, blz. 29) maatregelen „waardoor de nationale produkten worden begunstigd of die aan deze laatste een voorkeur toekennen" (artikel 2, lid 2, laatste zin) en die „aansporen tot, of een voorkeur toekennen aan, de aankoop van alleen nationale produkten, of die deze aankoop verplicht stellen" (art. 2, lid 3, sub k), moesten worden beschouwd als in artikel 30 EEG-Verdrag verboden maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve invoerbeperkingen.

De Mediawet bevatte haars inziens dergelijke maatregelen, omdat deze met name de mogelijkheid voor bedrijven uit andere Lid-Staten beperkte

— te profiteren van het vrije verkeer van goederen bedoeld in artikel 30 EEG-Verdrag, aangezien deze bedrijven aan de Nederlandse omroepinstellingen geen enkel radioprogramma en slechts een beperkte hoeveelheid televisieprogramma's konden leveren;

— gebruik te maken van de door artikel 52 van het Verdrag geboden vrijheid van vestiging, aangezien de wet het voor deze bedrijven moeilijker maakte zich in Nederland te vestigen en er hun werkzaamheden uit te oefenen;

— overeenkomstig artikel 59 EEG-Verdrag vrij diensten te verrichten, aangezien deze bedrijven aan de Nederlandse omroepinstellingen geen diensten op radiogebied en slechts in beperkte mate diensten op televisiegebied konden verlenen.

Bij brief van 29 april 1988 antwoordde de *Nederlandse regering*, dat de verplichting zich voor het maken van uitzendingen tot het Bedrijf te wenden, niets te maken had met het vrije verkeer van goederen en dus niet onder het verbod van artikel 30 EEG-Verdrag viel. Het Bedrijf zou diensten verrichten. Zijn belangrijkste taak zou bestaan in het ter beschikking stellen aan de omroepinstellingen van technische faciliteiten, zoals studio's en personeel. De omroepinstellingen zouden vrij blijven, in binnen- of buitenland bestaande produkties te kopen, zoals films, cassettes, magneetbanden enzovoort.

Volgens de Nederlandse regering was artikel 61 Mediawet evenmin in strijd met artikel 52 EEG-Verdrag. De Mediawet zou niets in de weg leggen aan de vestiging van bedrijven die dezelfde soort diensten als het Bedrijf verlenen. De verplichting om van de faciliteiten van het Bedrijf gebruik te maken, zou slechts gelden voor landelijke instellingen en niet voor regionale en lokale omroepen, die vrij zijn in de keuze van de bedrijven die zij willen inschakelen. Bovendien zouden de landelijke omroepinstellingen vrij zijn in de besteding van 25% van hun financiële middelen. Mocht er toch sprake zijn van een belemmering van de vrijheid van vestiging, dan zou deze belemmering op volstrekt gelijke wijze werken tegen andere Nederlandse ondernemingen dan het Bedrijf en buitenlandse ondernemingen.

De in artikel 61 Mediawet neergelegde — tijdelijke — bestedingsplicht zou geen invloed hebben op het vrije verkeer van diensten, daar in dit artikel geen onderscheid wordt gemaakt tussen andere Neder-

landse facilitaire bedrijven dan het Bedrijf en facilitaire bedrijven uit andere Lid-Staten die in Nederland diensten zouden willen verrichten. Andere omroepondernemingen of omroepinstellingen dan de landelijke zouden op geen enkele wijze worden beperkt in de keuze van een aanbieder van facilitaire diensten.

Ten slotte, aldus de Nederlandse regering, verzette artikel 90 EEG-Verdrag zich er niet tegen, dat de Lid-Staten om niet-economische overwegingen van openbaar belang bepaalde economische activiteiten aan de vrije mededinging onttrekken, door het uitsluitend recht daarop aan een of meer maatschappijen toe te kennen. Tot deze niet-economische overwegingen van algemeen belang behoorde in casu de noodzaak, hulpmiddelen van hoge kwaliteit voor een zo laag mogelijk tarief ter beschikking te stellen van de omroepinstellingen, die de diverse stromingen in de Nederlandse maatschappij vertegenwoordigen, en materiële middelen in stand te houden waarin het door de Nederlandse regering gevoerde cultuurbeleid tot uiting komt, zoals omroeporkesten, omroepkoren, een fonotheek en een film- en beeldbandarchief.

De *Commissie* achtte dit antwoord onbevredigend en bracht op 27 januari 1989 een met redenen omkleed advies uit.

De argumentatie van de Nederlandse regering betreffende artikel 30 overtuigde de Commissie niet. Haars inziens beperkte de aan de landelijke omroepinstellingen opgelegde verplichting, 75% of 100% van hun inkomsten bij het Bedrijf te besteden, hun mogelijkheden om audiovisuele werken bij buitenlandse ondernemingen te kopen.

De Commissie legde zich echter neer bij de door de Nederlandse autoriteiten aangevoerde argumenten ten aanzien van de niet-toepasselijkheid in casu van artikel 52 van het Verdrag.

Ten slotte bleef de Commissie bij haar opvatting, dat de in artikel 61 Mediawet neergelegde verplichting in strijd was met artikel 59 EEG-Verdrag.

De Commissie concludeerde derhalve, dat het Koninkrijk der Nederlanden, door de landelijke omroepinstellingen te verplichten hun bestellingen geheel of gedeeltelijk bij een Nederlandse onderneming te plaatsen, de krachtens de artikelen 30 en 59 EEG-Verdrag op hem rustende verplichtingen niet was nagekomen.

Zij nodigde het Koninkrijk der Nederlanden uit, de nodige maatregelen te nemen ten einde binnen een termijn van 30 dagen aan het met redenen omkleed advies te voldoen.

De *Nederlandse regering* antwoordde op 4 juli 1989. Zij verzocht de Commissie er begrip voor te hebben, dat het hier ging om tijdelijke beschermende maatregelen om het Bedrijf in staat te stellen, de noodzakelijke reorganisatie door te voeren op weg naar volledig marktconform gedrag. Het Nederlandse beleid was erop gericht, de verplichting tot besteding bij het Bedrijf zo spoedig mogelijk af te schaffen. Per 1 januari 1990 zou deze verplichting tot 50% worden teruggebracht en per 1 januari 1991 op nihil worden gesteld. In verband met politieke problemen (demissionair kabinet) was een wetswijziging echter niet op korte termijn te verwachten.

Op 17 november 1989 heeft de *Commissie* het onderhavige beroep wegens niet-nakoming ingesteld.

2. *De voorwaarden voor uitzending van reclameboodschappen in vanuit andere Lid-Staten aangeboden radio- of televisieprogramma's*

Bij brief van 10 februari 1988 liet de *Commissie* de Nederlandse autoriteiten weten, dat de Nederlandse regeling die de verspreiding via de kabel vanuit andere Lid-Staten afkomstige radio- en televisieprogramma's beperkte, in strijd was met artikel 59 EEG-Verdrag.

Volgens de Commissie ontnam de door de Nederlandse regering genomen maatregel de omroepinstellingen van de andere Lid-Staten de mogelijkheid, via op de Nederlandse markt gerichte reclame inkomsten te verwerven, en belemmerde hij het vrije verkeer van radio- en televisieprogramma's op discriminerende wijze. Via de inkomsten van de STER, die uiteindelijk voor hen bestemd zijn, zouden de Nederlandse omroepinstellingen profiteren van de financiële opbrengsten van de op het Nederlandse publiek gerichte reclame, terwijl de omroepinstellingen van andere Lid-Staten van deze bron van inkomsten verstoken bleven. Voorts zouden Nederlandse ondernemingen zich beperkt zien in hun mogelijkheid, in het bijzonder op het Nederlandse publiek gerichte reclameboodschappen door omroepinstellingen uit andere Lid-Staten te doen uitzenden.

Daarnaast, aldus de Commissie, vielen de voorwaarden betreffende de inhoud van reclameboodschappen nadelig uit voor ingevoerde programma's. Deze laatste konden immers slechts worden uitgezonden, wanneer de wetgeving van het land van uitzending dezelfde bepalingen bevatte als de Nederlandse wetgeving.

Volgens de Commissie was het motief voor het toepassen van de bestreden beperking volledig economisch van aard. Door de toegang van omroepinstellingen uit andere Lid-Staten te beperken, beschermde de wettelijke regeling de Nederlandse omroepinstellingen.

De *Nederlandse regering* antwoordde bij brief van 22 april 1988.

Volgens de Nederlandse regering was het beperken van de verspreiding per kabel vanuit andere Lid-Staten afkomstige programma's die niet rechtstreeks zijn te ontvangen en die in het bijzonder op het Nederlandse publiek gerichte reclameboodschappen bevatten, geenszins in strijd met artikel 59 EEG-Verdrag.

In de eerste plaats meende zij, dat artikel 59 EEG-Verdrag in casu niet van toepassing was: er was geen enkel grensoverschrijdend aspect, daar de in artikel 66 van de Mediawet bedoelde verspreiding van reclameboodschappen in één enkele Lid-Staat, namelijk Nederland, plaatsvindt. De Nederlandse regering verwees in dit verband naar het arrest van 18 maart 1980 (zaak 52/79, Debauve, Jurispr. 1980, blz. 833). Ook viel deze dienstverrichting niet onder artikel 59, omdat geen vergoeding behoefde te worden betaald. De Nederlandse kijker of luisteraar betaalde immers geen kijk- of luisterbijdrage aan de buitenlandse omroepinstelling.

In de tweede plaats betoogde de Nederlandse regering, dat zo artikel 59 wel toepasselijk mocht worden geacht, de bestreden bepalingen hun rechtvaardiging vonden in het algemeen belang en niet discriminerend waren. Hiervoor verwees de Nederlandse regering naar het arrest betreffende verze-

keringsondernemingen van 4 december 1986 (zaak 205/84, Commissie/Duitsland, Jurispr. 1986, blz. 3755). Ingevolge de Nederlandse regeling dienen buitenlandse omroepinstellingen zich in beperkte mate aan de in Nederland geldende voorwaarden te onderwerpen en zich anders van op het Nederlandse publiek gerichte reclameboodschappen te onthouden.

In de derde plaats wees de Nederlandse regering erop, dat die beperkingen ook een rechtvaardiging vonden in de rechtspraak van het Hof, volgens welke de Lid-Staten regels mogen vaststellen om te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van het recht van vrije dienstverrichting (zaak 33/74, Van Binsbergen, Jurispr. 1974, blz. 1299).

In de vierde plaats voerde de Nederlandse regering aan, dat zo de bestreden bepalingen discriminerend werden geacht, deze discriminatie, gelet op artikel 56 EEG-Verdrag, gerechtvaardigd was. Zij verwees hiervoor naar het arrest van het Hof van 11 juli 1985 (gevoegde zaken 60/84 en 61/84, Cinéthèque, Jurispr. 1985, blz. 2605), waarin werd erkend dat de cultuurpolitieke doelstellingen van de Lid-Staten een rechtvaardiging kunnen vormen voor beperkende maatregelen, ook indien daarbij economische en financiële aspecten een rol spelen.

In de vijfde plaats betoogde de Nederlandse regering, dat de regeling in overeenstemming was met het evenredigheidsbeginsel. Zij bevatte niet méér beperkingen dan nodig was, en liet waar dit maar enigszins mogelijk was, de verspreiding van buitenlandse programma's vrij.

Daar de *Commissie* het antwoord van de Nederlandse regering op dit bezwaar even ontoereikend achtte als het antwoord op het eerste bezwaar, bracht zij het eerder genoemde met redenen omkleed advies van 27 januari 1989 uit.

Daarin verklaarde zij, dat zij niet behoefde terug te komen op de argumenten die de Nederlandse autoriteiten in hun antwoord van 22 april 1988 hadden aangevoerd, daar het Hof inmiddels in zijn arrest van 26 april 1988 (zaak 352/85, Bond van Adverteerders, Jurispr. 1988, blz. 2085) het grensoverschrijdend karakter van in het kader van omroepuitzendingen verrichte diensten had erkend en had vastgesteld, dat deze diensten tegen beloning worden verricht.

De Commissie heeft nog andere argumenten aangevoerd, die in haar verzoekschrift worden herhaald.

In haar antwoord van 4 juli 1989 deelde de *Nederlandse regering* mee, dat zij, gelet op het arrest Bond van Adverteerders, had besloten met de bezwaren van de Commissie rekening te houden en artikel 66 Mediawet te wijzigen. Die wijziging zou betrekking hebben op de aan buitenlandse omroepinstellingen gestelde voorwaarden betreffende de verzorging van de reclame door een afzonderlijke rechtspersoon, de aanwending van de reclame-inkomsten en het verbod op het beogen van winst. Zij maakte evenwel melding van politieke moeilijkheden.

Op 17 november 1989 heeft de *Commissie* het onderhavige beroep wegens niet-nakoming ingesteld.

Het Hof heeft, op rapport van de rechter-rapporteur en gehoord de advocaat-generaal, besloten zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan. Het heeft

de Nederlandse regering echter verzocht stukken over te leggen. Aan dit verzoek is binnen de gestelde termijn voldaan.

II — Conclusies van partijen

De *Commissie* concludeert dat het den Hove behage:

— vast te stellen dat het Koninkrijk der Nederlanden, door de landelijke omroepinstellingen te verplichten hun bestellingen volledig of voor een gedeelte bij een Nederlandse onderneming te plaatsen, en door de uitzending in Nederland te beperken van programma's uit de andere Lid-Staten die in het bijzonder op het Nederlandse publiek gerichte reclameboodschappen bevatten, de krachtens artikel 59 van het EEG-Verdrag op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen;

— verweerder in de kosten te verwijzen.

Het *Koninkrijk Nederland* concludeert dat het den Hove behage:

— de vordering van de Commissie strekkende tot vaststelling door het Hof, dat de uit artikel 61 Mediawet voortvloeiende verplichting van de landelijke omroepinstellingen om hun bestellingen geheel of ten dele bij het Nederlands Omroepproduktie Bedrijf te plaatsen, in strijd is met artikel 59 EEG-Verdrag, af te wijzen,

— primair, omdat bedoelde verplichting niet in strijd is met artikel 59 EEG-Verdrag;

— subsidiair, omdat de door de gewraakte bestedingsverplichting aan het Bedrijf toegekende bevoorrechte positie gerechtvaardigd is gelet op artikel 90, lid 1, EEG-Verdrag;

— de vordering van de Commissie met betrekking tot het in artikel 66 vervatte regime inzake de verspreiding van door een buitenlandse omroepinstelling uitgezonden programma's met in het bijzonder op het Nederlandse publiek gerichte reclameboodschappen af te wijzen, omdat deze regeling niet in strijd komt met artikel 59 EEG-Verdrag;

— de Commissie te veroordelen in de kosten van de procedure.

III — Argumenten van partijen

1. *De absolute of gedeeltelijke verplichting, voor het maken van radio- en televisieprogramma's gebruik te maken van de technische faciliteiten van het Bedrijf*

Volgens de *Commissie* kan de Nederlandse regering niet aan de toepassing van de dwingende bepalingen van artikel 59 EEG-Verdrag ontkomen door zich te beroepen op het overgangskarakter van de huidige situatie. De in het Verdrag bepaalde overgangsperiode is op 31 december 1969 ver-

streken. De nationale wetgever mag dus geen nieuwe termijnen stellen. Artikel 61 van de Mediawet moet daarom op zijn inhoud worden beoordeeld, ongeacht het tijdelijke karakter van de daarbij opgelegde verplichtingen.

Om dezelfde reden levert de omstandigheid dat onder de vroegere wetgeving de verplichting om televisieprogramma's door het Bedrijf te laten realiseren, een absoluut karakter had, terwijl zij onder de Mediawet beperkt is, geen grond op om die verplichting thans niet meer als ongeoorloofd aan te merken.

Artikel 61 van de Mediawet leidt tot discriminatie. Door de meeste bestellingen voor televisieprogramma's en alle bestellingen voor radioprogramma's voor te behouden aan het Bedrijf, speelt de Mediawet een zeer groot deel van de nationale vraag in handen van een binnenlandse dienstverrichter. Deze situatie kan worden vergeleken met de Ierse wettelijke regeling die de importeurs van aardolieprodukten de verplichting oplegde, een bepaald gedeelte van die produkten te betrekken van een op het nationale grondgebied gelegen raffinaderij, welke wettelijke regeling door het Hof is onderzocht in zijn arrest van 10 juli 1984 (zaak 72/83, Campus Oil, Jurispr. 1984, blz. 2727). Hoewel deze zaak het vrij verkeer van goederen betrof, dient ‚s Hofs oordeel, dat „een dergelijke maatregel beschermend werkt ten gunste van een nationale produktie en in gelijke mate de producenten uit de andere Lid-Staten benadeelt", ook op het onderhavige geval te worden toegepast. De verplichting van de omroepverenigingen om bij het Bedrijf in te kopen, beperkt in Nederland op dezelfde wijze de mogelijkheid voor buitenlandse dienstverrichters om hun diensten aan te bieden.

Het belang van een vrije mededinging is des te groter, en deze beperking des te ernstiger, waar in Nederland naast het Bedrijf bijna geen andere ondernemingen dergelijke diensten kunnen verrichten.

De Commissie voegt hieraan toe, dat discriminerende beperkingen van de vrijheid van dienstverrichting slechts om de in artikel 56 EEG-Verdrag genoemde redenen gerechtvaardigd zijn, en dat het cultuurbeleid daar niet onder valt.

In het arrest van 30 april 1974 (zaak 155/73, Sacchi, Jurispr. 1974, blz. 409), waarop de Nederlandse regering zich beroept, oordeelde het Hof weliswaar dat de Lid-Staten om niet-economische overwegingen van openbaar belang bepaalde economische activiteiten aan de vrije mededinging kunnen onttrekken, maar dit arrest is niet relevant, omdat uit het feit dat de Mediawet vrije mededinging toch gedeeltelijk toelaat, reeds blijkt dat het algemeen belang zich in Nederland niet tegen vrije mededinging verzet.

Voorts bestaat er geen enkel verband tussen de bestreden verplichting en het belang dat het omroepbestel heeft bij technische faciliteiten van hoge kwaliteit. In de eerste plaats zou het dienstenaanbod aan de omroepinstellingen worden verruimd, indien het Bedrijf concurrenten had. In de tweede plaats zullen de organisaties, wanneer zij er werkelijk belang bij hebben zich tot het Bedrijf te wenden, dit ook doen zonder daartoe wettelijk verplicht te zijn. Een dergelijke verplichting heeft slechts zin, wanneer de kans bestaat dat zij zich anders tot derden zouden wenden. De verplichting zich tot het Bedrijf te wenden, heeft geen ander doel dan het voortbestaan van deze onderneming te verzekeren. Zij dient derhalve niet het algemeen belang.

Het argument, dat het Bedrijf een culturele taak heeft doordat het een fonotheek, een film- en beeldbandarchief of een orkest in stand houdt, houdt geen steek, daar deze activiteiten door de overheid worden gefinancierd. Ook na afschaffing van de in artikel 61 bedoelde verplichting zouden deze activiteiten dus kunnen worden voortgezet.

Daar de bestreden verplichting dus geen enkel algemeen belang dient, kan de Nederlandse regering er zich evenmin op beroepen, dat deze verplichting evenredig is aan dit algemeen belang en aan de doelstellingen van het cultuurbeleid.

De *Nederlandse regering* zet om te beginnen uiteen, dat de huidige situatie een voorlopig karakter heeft, maar dat zij nodig is voor een harmonieuze overgang van het vroegere stelsel, waarin de voor het tot stand brengen van omroepprogramma's noodzakelijke technische faciliteiten tot de overheidssector behoorden, naar een stelsel waarin de regels van de vrije markt volledig werken. Dit proces van verzelfstandiging van het Bedrijf kan alleen op aanvaardbare wijze verlopen, indien het in de tijd wordt gespreid. Een faillissement van het Bedrijf, met de massaontslagen die daarvan het gevolg zouden zijn, moet worden voorkomen. Daarnaast dienen de culturele verworvenheden van de vroegere periode, zoals het pluralisme van de Nederlandse samenleving, behouden te blijven. Zonder overgangsperiode zou het Bedrijf met ernstige financiële problemen te kampen krijgen en het zou dan niet zijn uit te sluiten dat het zou verdwijnen, waardoor de omroepinstellingen geen toegang meer tot de technische faciliteiten zouden hebben en de continuïteit van het bestel in gevaar zou komen.

De Nederlandse regering verklaart, dat deze overgangsperiode thans ten einde loopt. Zij heeft besloten de Staten-Generaal voor te stellen, de in artikel 61 van de Mediawet neergelegde verplichting per 1 januari 1991 te laten vervallen voor televisieprogramma's en per 1 januari 1992 voor radioprogramma's.

Vervolgens gaat de Nederlandse regering in op de verenigbaarheid van de thans aan het Bedrijf verleende voordelen met artikel 59 EEG-Verdrag. Het standpunt van de Commissie, dat de huidige situatie niet als overgangsperiode kan worden beschouwd, omdat deze met betrekking tot artikel 59 EEG-Verdrag reeds op 31 december 1969 is verstreken, miskent de feitelijke situatie volledig. De Mediawet is niet te beschouwen als een geheel van beschermende maatregelen, maar als stap in een proces van geleidelijke liberalisatie. Zij geeft de omroepverenigingen de mogelijkheid 25% van hun televisiefaciliteiten op de vrije markt te betrekken, waardoor de vrije markt reeds een impuls wordt gegeven.

Waar de bestedingsverplichting dus tijdelijk van aard is, stelt de Commissie haar ten onrechte op één lijn met de door het Hof in voornoemd arrest van 10 juli 1984 (Campus Oil) veroordeelde Ierse regeling. De daarin neergelegde verplichting voor importeurs van aardolieprodukten, zich gedeeltelijk bij een nationale olieraffinaderij te bevoorraden, had een structureel karakter. Het arrest Campus Oil had overigens betrekking op het vrije verkeer van goederen en niet op de vrijheid van dienstverrichting.

Overigens zijn volgens vaste rechtspraak afwijkingen van artikel 59 EEG-Verdrag toegestaan, wanneer deze hun rechtvaardiging vinden in het algemeen belang en niet discriminerend worden toegepast (arrest van

17 december 1981, zaak 279/80, Webb, Jurispr. 1981, blz. 3305, r. o. 17)

Het algemeen belang, waaronder het cultuurbeleid valt, verlangt de handhaving van een pluralistisch en a-commercieel omroepbestel. De Nederlandse regering baseert zich hiervoor op het arrest van 11 juli 1985 (Cinéthèque, reeds aangehaald). In dit arrest werden beperkingen op de verhandeling van op videocassettes vastgelegde speelfilms toelaatbaar geacht, alhoewel deze beperkingen geen ander doel dienden dan de bioscoopexploitatie van speelfilms te ondersteunen. Uit dit arrest blijkt, dat ook doelstellingen van cultuurbeleid zijn te rangschikken onder de belangen die beperkende maatregelen kunnen rechtvaardigen, en dat dergelijke maatregelen van economische aard kunnen zijn.

Het belang van het Bedrijf voor het cultuurbeleid is gelegen in de omstandigheid, dat technische faciliteiten ter beschikking van de omroepverenigingen worden gesteld en dat de overheid op de kosten hiervan toezicht houdt.

Het overleven van het Bedrijf kan voorlopig niet anders worden verzekerd dan door het een monopoliepositie toe te kennen. Andere maatregelen zoals een verhoging van de omroepbijdragen zijn niet mogelijk, omdat ook de beheersing van de hoogte van de door de Nederlandse burgers te betalen omroepbijdrage in het algemeen belang is.

Verder heeft het Bedrijf specifieke taken van algemeen belang, zoals het in stand houden van een fonotheek, filmarchieven, een omroeporkest en een omroepkoor. Deze taken worden volledig door de overheid gefinancierd, maar zij maken programma's van hoge kwaliteit mogelijk. Deze taken zijn daarom zeer moeilijk te scheiden van het ter beschikking stellen van technische faciliteiten aan de omroepverenigingen.

Om deze redenen is de verplichting om de faciliteiten van het Bedrijf te gebruiken, evenredig met het nagestreefde doel.

Subsidiair voert de Nederlandse regering aan, dat de monopoliepositie van het Bedrijf rechtvaardiging vindt in artikel 90 EEG-Verdrag. Volgens het arrest van 30 april 1974 (Sacchi, reeds aangehaald) kunnen de Lid-Staten uit niet-economische overwegingen van openbaar belang bepaalde economische activiteiten, zoals het maken van radio- en televisieprogramma's, aan de vrije mededinging onttrekken door aan bepaalde ondernemingen een monopolie toe te kennen.

Hieruit volgt, dat het bestaan van een gedeeltelijk monopolie voor een onderneming waaraan een Lid-Staat uitsluitende rechten verleent, als zodanig niet onverenigbaar is met de verdragsbepalingen.

In het geval van het Bedrijf is het onttrekken van bepaalde activiteiten aan de vrije mededinging gerechtvaardigd op grond van het algemeen belang. Hiervoor kunnen dezelfde redenen van algemeen belang worden aangevoerd als primair zijn genoemd ter

rechtvaardiging van de beperkingen van de vrijheid van dienstverrichting, te weten continuïteit van het omroepbestel, handhaving van het pluralisme van de media, het belang dat de omroepinstellingen hebben bij faciliteiten van hoge kwaliteit en het verrichten door het Bedrijf van onrendabele culturele taken.

De Commissie stelt ten onrechte, dat deze mededingingsbeperking uitsluitend tot doel zou hebben het voortbestaan van het Bedrijf te verzekeren.

Ook de opvatting van de Commissie, dat een slechts gedeeltelijke onttrekking van bepaalde diensten aan de mededinging erop wijst, dat het algemeen belang zich niet tegen vrije mededinging verzet, moet op tegenspraak stuiten. Artikel 90 laat immers niet enkel volledige monopolies toe, maar ook deelprivileges.

2. *De voorwaarden voor uitzending in Nederland van reclameboodschappen in vanuit andere Lid-Staten aangeboden radio- of televisieprogramma's*

Volgens de *Commissie* zijn de beperkingen op het doorgeven via de kabel van televisieprogramma's uit andere Lid-Staten die in het bijzonder op het Nederlandse publiek gerichte reclameboodschappen bevatten, onverenigbaar met artikel 59 EEG-Verdrag.

Hierbij dient te worden onderscheiden tussen de criteria waaraan de uitzender dient te voldoen (hij mag geen winst beogen en niet dienstbaar zijn aan het maken van winst door derden en hij moet de reclameboodschappen door een onafhankelijke rechtspersoon laten verzorgen), en de criteria voor de reclameboodschappen zelf (niet meer dan 5% van de totale zendtijd, duidelijk als zodanig herkenbaar en onderscheiden van de andere programma-onderdelen, geen uitzending op zondag).

Op het eerste gezicht lijken de aan buitenlandse uitzenders gestelde voorwaarden gelijk te zijn aan die welke voor binnenlandse omroepinstellingen gelden. Maar door het voor binnenlandse uitzenders geldende stelsel ook van toepassing te verklaren op buitenlandse uitzenders, stelt de Mediawet laatstgenoemden voor een onmogelijke opgave: zij kunnen hun programma's slechts laten verspreiden indien zij zijn gevestigd in een land waarvan de wetgeving volledig met die van Nederland overeenkomt. Is er echter eenmaal voor gezorgd, dat in het nationale bestel de stromingen van de Nederlandse samenleving zonder besmetting door reclame tot uiting komen en de pluriformiteit zo is gewaarborgd, dan kan elk buitenlands programma, ongeacht de daarin vervatte reclame, de pluriformiteit voor het Nederlandse publiek alleen nog maar vergroten. En wanneer televisiereclame in Nederland is toegelaten, dient deze — de lijn van deze redenering voortzettend — ook toegankelijk te zijn voor onderdanen van andere Lid-Staten, zonder dat van hen wordt verlangd dat zij van iedere winst afzien.

De aan reclameboodschappen gestelde voorwaarden zijn zonder onderscheid toepasselijk. Dit neemt echter niet weg, dat zij moeten voldoen aan overwegingen van algemeen belang, zoals het beschermen van de kijker tegen excessieve reclame. De Mediawet laat deze voorwaarden echter vallen, indien de reclameboodschappen niet in het bijzonder op het Nederlandse publiek zijn gericht. Hieruit blijkt duidelijk, dat deze

voorwaarden slechts bedoeld zijn om de Nederlandse reclamemarkt tegen buitenlandse concurrentie te beschermen ten bate van het nationale omroepbestel.

Ten slotte wijst de Commissie op de verschillen tussen de onderhavige zaak en de zaak Van Binsbergen (arrest van 3 december 1974, reeds aangehaald), waarop de Nederlandse regering zich beroept. Dat arrest was ingegeven door het streven, de ter bescherming van ontvangers van diensten gestelde beroepsregels hun toepasselijkheid te laten behouden. Het arrest wilde bereiken, dat een in het buitenland gevestigde dienstverrichter zich niet kan onttrekken aan de regels die voor de binnenlandse dienstverrichter gelden, bij voorbeeld met betrekking tot organisatie, bekwaamheid, beroepsethiek, toezicht en aansprakelijkheid. Geen van deze motieven heeft voorgezeten bij artikel 66 van de Mediawet. Het verbod van de Mediawet is niet beperkt tot de gevallen waarop het arrest Van Binsbergen betrekking heeft. Voorts betrof dit arrest een in een Lid-Staat gevestigde dienstverrichter wiens werkzaamheid geheel of voornamelijk gericht was op het grondgebied van een andere Lid-Staat. In het onderhavige geval ligt de situatie geheel anders: de buitenlandse zenders hebben niet als eerste doel, de gunst van het Nederlandse publiek te winnen.

Samenvattend is de Commissie van mening, dat de in artikel 66, lid 1, sub b, van de Mediawet gestelde voorwaarden hetzij discriminerend zijn en niet noodzakelijk in het belang van de openbare orde, hetzij niet discriminerend, maar niet gerechtvaardigd door het algemeen belang. De voorwaarden die de Mediawet stelt, hebben geen ander doel dan de Nederlandse markt van radio- en televisiereclame voor de buitenlandse concurrentie te sluiten. De behartiging van een culturele doelstelling mag niet met een dergelijk protectionistisch middel geschieden.

De *Nederlandse regering* betoogt, dat het beroep moet worden verworpen.

Zij vergelijkt eerst de Mediawet met de vroegere wetgeving, de Kabelregeling.

Daarover merkt zij allereerst op, dat met de inwerkingtreding van de Mediawet de grondbeginselen van het Nederlandse omroepbestel volledig werden gehandhaafd. Evenals de geschreven dagbladpers garandeert dit bestel de vrijheid van meningsuiting en de Nederlandse culturele identiteit. Het Nederlandse beleid beoogt de diverse maatschappelijke, culturele, godsdienstige en geestelijke stromingen in Nederland een mogelijkheid te geven zich te uiten. Dit bestel verzet zich ertegen, dat de toegang tot de media afhankelijk is van commerciële overwegingen. De Mediawet stelt daarom aan omroepinstellingen specifieke voorwaarden (ledental, programma-aanbod, algeheel reclameverbod).

De verschillen tussen de Mediawet en de Kabelregeling betreffen de uitzending van buitenlandse omroepprogramma's en het gebruik van draadomroepnetten. Anders dan de Kabelregeling kent de Mediawet geen ondertitelingsverbod. Ook het absolute verbod op de verspreiding van programma's met specifiek op het Nederlandse publiek gerichte reclame is vervallen. De kabelexploitanten mogen dergelijke programma's doorgeven indien aan de voorwaarden van artikel 66 van de Mediawet is voldaan. Deze voorwaarden zijn erop gericht, de doelstellingen van het Nederlands bestel te garanderen, daar zij aan buitenlandse uit-

zenders de belangrijkste eisen van het Nederlands bestel opleggen.

De voorschriften van artikel 66, lid 1, aanhef en sub b, tweede zin, van de Mediawet gelden ook voor de Nederlandse omroepinstellingen. Daarnaast dienen deze te voldoen aan de voorwaarden voor het verkrijgen van zendtijd en inzake de programmasamenstelling; deze voorwaarden gelden niet voor buitenlandse instellingen.

Het is dan ook niet zo, dat de in genoemd artikel gestelde cumulatieve eisen in feite tot hetzelfde resultaat kunnen leiden als een absoluut verbod om buitenlandse uitzendingen met op het Nederlandse publiek gerichte programma's door te geven. In dit verband zij erop gewezen, dat een commercieel televisieprogramma (RTL Véronique) en twee commerciële radioprogramma's (Radio 10 en Sky Radio), die door buitenlandse uitzenders worden verzorgd, aan de vereisten van artikel 66 voldoen en in Nederland zonder beperking via de kabel worden doorgegeven.

Vervolgens bespreekt de Nederlandse regering elk van de in de Mediawet gestelde voorwaarden.

Het eerste vereiste — de reclameboodschappen moeten worden verzorgd door een andere rechtspersoon dan die welke de programma's verzorgt — beoogt te verhinderen, dat de reclamemakers de inhoud van de programma's beïnvloeden. In het nationale bestel ligt dit doel ten grondslag aan de scheiding tussen de omroepinstellingen en de STER. De Nederlandse regering verlangt niet, dat die scheiding in de in het land van uitzending geldende wettelijke regeling is geregeld. Voldoende is, dat in de betrokken omroepinstelling de redactionele dienst en de dienst die reclamezendtijd verkoopt, juridisch zijn gescheiden.

Het tweede vereiste — de reclameboodschappen moeten als zodanig goed herkenbaar zijn en onderscheiden van andere programma-onderdelen — is ook te vinden in de artikelen 10 en 11 van richtlijn 89/552/EEG van de Raad van 3 oktober 1989 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de Lid-Staten inzake de uitoefening van televisie-omroepactiviteiten (PB 1989, L 298, blz. 23) en in de artikelen 13 en 14 van de Europese Conventie voor grensoverschrijdende televisie. Evenzo is het verbod op de uitzending van reclameboodschappen op zondag door het Hof als een objectief vereiste erkend in het arrest van 26 april 1988 (Bond van Adverteerders, reeds aangehaald, r. o. 37).

Het derde vereiste — de reclamezendtijd mag niet meer dan 5% van de totale zendtijd omvatten — is evenceens als objectief vereiste genoemd in rechtsoverweging 37 van het arrest Bond van Adverteerders.

Het vierde vereiste — de buitenlandse uitzender mag niet dienstbaar mag zijn aan het maken van winst door derden — beoogt de a-commerciële aard van de omroep te waarborgen. Het verhindert, dat gelden weglekken die aan het bedrijven van omroep moeten worden besteed. Deze eis heeft echter geen betrekking op het realiseren van normale winsten door derden.

Het vereiste ten slotte dat de reclame-inkomsten voor de verzorging van het programma moeten worden aangewend, heeft tot doel, de buitenlandse uitzenders mogelijkheden te bieden die ten minste gelijk zijn aan die van het Nederlandse bestel. In het nationale bestel dekt het grootste gedeelte van de reclame-inkomsten van de STER de werkingskosten van het omroepbestel en dient het restant ter ondersteuning van de pers. Daar deze laatste besteding alleen voor het Nederlandse landelijke omroepbestel geldt, worden buitenlandse uitzenders in feite bevoordeeld.

Voorts heeft het Hof geoordeeld, dat in verband met de bijzondere aard van sommige dienstverrichtingen, zoals het uitzenden van televisieboodschappen, het stellen van specifieke eisen welke hun grond vinden in het algemeen belang, met het Verdrag verenigbaar zijn, mits zij gelden voor iedere persoon of onderneming die op het grondgebied van de Lid-Staat van ontvangst is gevestigd (arrest van 18 maart 1980, Debauve, reeds aangehaald).

De Lid-Staten beschikken over een ruime beoordelingsvrijheid, niet alleen ten aanzien van hetgeen noodzakelijk en wenselijk is in het algemeen belang, maar eveneens bij de vraag, welke middelen dat algemeen belang het best kunnen dienen.

De Nederlandse regering voegt hieraan toe, dat volgens vaste rechtspraak van het Hof een Lid-Staat het recht heeft, voorschriften te geven om te verhinderen dat de door artikel 59 EEG-Verdrag gewaarborgde vrijheid wordt gebruikt door een dienstverrichter wiens werkzaamheid geheel of voornamelijk op zijn grondgebied is gericht en die poogt zich te onttrekken aan specifieke regels waaraan hij onderworpen zou zijn, indien hij op het grondgebied van die Lid-Staat gevestigd was (arresten van 3 december 1974, Van Binsbergen, reeds aangehaald; 4 december 1986, Commissie/Duitsland, reeds aangehaald; en 27 september 1989, zaak 130/88, Van de Bijl, Jurispr. 1989, blz. 3039).

Tot slot geeft de Nederlandse regering kennis van haar voornemen, artikel 66 zo te wijzigen, dat geen bijzondere eisen meer worden gesteld aan buitenlandse ondernemingen die in hun programma in het bijzonder op het Nederlandse publiek gerichte reclameboodschappen opnemen. Dit voornemen is echter niet ingegeven door de opvatting, dat het huidige artikel 66 van de Mediawet in strijd zou zijn met het EEG-Verdrag.

IV — Vraag van het Hof aan de Nederlandse regering

In antwoord op een vraag van het Hof heeft de Nederlandse regering het wetsontwerp overgelegd houdende invoering van landelijke commerciële omroep, dat op 18 mei 1990 bij de Staten-Generaal is ingediend.

De opmerkingen van de Nederlandse regering over het stadium waarin dit wetsontwerp thans verkeert, zijn vermeld in het rapport ter terechtzitting in zaak C-228/89, Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda.

R. Joliet
rechter-rapporteur