CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL G. TESAURO van 18 april 1991 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. Deze conclusie heeft betrekking op twee afzonderlijke procedures: een beroep van de Commissie tegen het Koninkrijk der Nederlanden (zaak C-353/89) en een prejudiciële verwijzing van de Nederlandse Raad van State (zaak C-288/89).

In beide zaken worden gedeeltelijk identieke problemen aan de orde gesteld betreffende de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht van de Nederlandse wettelijke regeling betreffende de produktie en de uitzending van radio- en televisieprogramma's. Nauwkeuriger gezegd, de prejudiciële vragen betreffen de in artikel 66 „Mediawet" [1] gestelde voorwaarden voor de doorgifte van uit andere Lid-Staten afkomstige programma's die in het bijzonder op het Nederlandse publiek gerichte reclame bevatten; het rechtstreekse beroep van de Commissie heeft behalve op de in artikel 66 genoemde voorwaarden ook betrekking op de in artikel 61 Mediawet neergelegde verplichting voor de omroepverenigingen, zich voor het maken van alle of een deel van hun programma's tot een nationale onderneming te wenden.

Kortheidshalve neem ik in beide zaken te zamen een conclusie; ex professo zal ik eerst de zaak Commissie/Nederland behandelen om vervolgens op grond daarvan de door de Raad van State in zaak C-288/89 gestelde vragen te beantwoorden.

2. In zaak *C-353/89* verzoekt de Commissie het Hof vast te stellen, dat het Koninkrijk der Nederlanden, door de nationale omroepverenigingen te verplichten hun programma's geheel of gedeeltelijk door een nationale onderneming te laten maken, en door aan buitenlandse uitzenders bepaalde voorwaarden te stellen voor de doorgifte van programma's die in het bijzonder op het Nederlandse publiek gerichte reclame bevatten, de krachtens artikel 59 EEG-Verdrag op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen.

3. De twee bestreden maatregelen zijn, zoals gezegd, neergelegd in de Mediawet die op 1 januari 1988 in werking is getreden. Deze wet beoogt — evenals de daarvoor geldende wet op dit gebied — een puralistisch en a-commercieel omroepbestel te waarborgen. Dit doel ligt dus ten grondslag aan de belangrijkste bepalingen van dit bestel, met name die betreffende het recht om uit te zenden en het maken van reclame.

Om een programmering te garanderen waarin de diverse politieke, maatschappelijke en godsdienstige stromingen in de Nederlandse samenleving tot uiting komen, is het grootste deel van de zendtijd op nati-

* Oorspronkelijke taal: Italiaans.

1 — 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).

onaal niveau verdeeld onder omroepverenigingen; dit zijn verenigingen van luisteraars en televisiekijkers, die rechtspersoonlijkheid bezitten en ten minste 150 000 leden hebben. Daarnaast is een klein gedeelte van de zendtijd (ongeveer 8%) gereserveerd voor politieke partijen, godsdienstige groepen en culturele minderheden.

De coördinatie van de op nationaal niveau uitgezonden programma's en de verzorging van uitzendingen van algemeen belang (bij voorbeeld het TV-journaal) berust bij de Nederlandse Omroep Stichting (NOS).

De omroepverenigingen zijn in beginsel volledig vrij in het samenstellen van hun programma's: zij kunnen in Nederland of in andere landen gemaakte programma's kopen of hun programma's zelf produceren.

In dit laatste geval dienen zij echter ingevolge artikel 61 Mediawet gebruik te maken van de technische faciliteiten (opnamestudio's, decorateliers, technici, orkest, enz.) van een vennootschap naar Nederlands recht, het Nederlandse Omroepproduktie Bedrijf (hierna: het Bedrijf), die zijn diensten ter beschikking stelt tegen onder overheidstoezicht vastgestelde tarieven. Deze verplichting betreft alle radioprogramma's en 75% van de televisieprogramma's.

4. Verder is het de omroepverenigingen verboden, van derden afkomstige reclameboodschappen in hun programma's op te nemen. Het monopolie op de uitzending van deze boodschappen berust bij de Stichting Etherreclame (hierna: STER), een overheidsorgaan dat onafhankelijk is van de zendgemachtigden. De STER verkoopt in feite alleen reclamezendtijd; de inkomsten van de STER komen ten goede aan de Staat en worden gebruikt ter subsidiëring van de omroepverenigingen en, in mindere mate, van de pers.

In Nederland kunnen de huishoudens de meeste radio- en televisieprogramma's alleen via de kabel ontvangen. De kabelexploitanten hebben het recht buitenlandse programma's door te geven. Behalve in het geval waarin buitenlandse programma's met een individuele antenne kunnen worden ontvangen, is krachtens artikel 66 Mediawet de doorgifte van buitenlandse programma's die in het bijzonder op het Nederlands publiek gerichte reclame bevatten, echter slechts toegestaan indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan.

Een eerste reeks voorwaarden heeft betrekking op de uitzender: deze mag geen winst beogen; hij mag niet dienstbaar zijn aan het maken van winst door derden; en hij moet de reclameboodschappen laten verzorgen door een onafhankelijke rechtspersoon.

De overige voorwaarden hebben 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.

Een reclameboodschap wordt geacht op het Nederlandse publiek te zijn gericht „indien de reclameboodschap wordt uitgezonden tijdens of aansluitend aan een programmaonderdeel of een samenhangend geheel van

programma-onderdelen, waarin Nederlandstalige ondertiteling of een Nederlandstalig onderdeel voorkomt".

Thans kom ik tot de beide door de Commissie aangevoerde grieven.

A — De verplichting ten gunste van het Bedrijf (artikel 61 Mediawet)

5. De Commissie acht artikel 61 van de Mediawet onverenigbaar met artikel 59 EEG-Verdrag, daar deze bepaling de ondernemingen van de andere Lid-Staten verhindert om diensten te verrichten voor het maken van radioprogramma's, en deze mogelijkheid voor de produktie van televisieprogramma's beperkt tot 25%.

De Nederlandse regering betoogt om te beginnen, dat de in de Mediawet neergelegd verplichting een tijdelijk 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 en waarin deze verplichting absoluut was, naar een stelsel waarin de regels van de vrije markt volledig werken.[2] Een overgangsperiode zou absoluut noodzakelijk zijn om een faillissement van het Bedrijf en massaontslagen ten gevolge daarvan te voorkomen en om de culturele verworvenheden van de vroegere periode, vooral het pluralisme, te behouden. 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 omroeporganisaties geen toegang meer tot de technische faciliteiten zouden hebben en de continuïteit van het bestel in gevaar zou komen.

Welbeschouwd is het standpunt van de Nederlandse regering niet gebaseerd op juridische argumenten, maar beperkt zij zich ertoe uiteen te zetten, hoe ongelegen een procedure krachtens artikel 169 op een zo moeilijk moment uitkomt en, verder, hoe weinig „begrip" de Commissie hiervoor heeft.

Dienaangaande deel ik de opvatting van de Commissie, dat het voorlopig karakter van een bepaalde situatie geen rechtvaardiging is voor de niet-nakoming van het in artikel 59 neergelegde verbod.

6. De verenigbaarheid van artikel 61 Mediawet met artikel 59 EEG-Verdrag dient mijns inziens dan ook te worden beoordeeld zonder rekening te houden met het feit dat het om een situatie met een tijdelijk karakter gaat.

Volgens de Nederlandse regering is de bestreden maatregel niet onverenigbaar met artikel 59; hij maakt immers geen enkel onderscheid tussen de andere Nederlandse ondernemingen dan het Bedrijf en de ondernemingen van de andere Lid-Staten. Bovendien kunnen de niet op nationaal niveau werkzame omroepen de technische faciliteiten van hun keuze gebruiken. Verder kunnen de omroepverenigingen zich voor 25% van de produktie van televisieprogramma's wenden tot de ondernemingen van de andere Lid-Staten.

2 — De Nederlandse regering heeft bij de Staten-Generaal een wetsontwerp ingediend tot wijziging van de Mediawet, waarbij de in artikel 61 neergelegde verplichting wordt afgeschaft vanaf 1 januari 1991 voor televisieprodukties en vanaf 1 januari 1992 voor radioprodukties. Deze wijziging is nog niet aangenomen. Voor de produktie van televisieprogramma's heeft deze wijziging in feite reeds haar beslag gekregen doordat de betrokken verplichting is vastgesteld op 0%.

De opvatting van de verwerende regering kan niet worden aanvaard. Het valt immers niet te betwisten, dat de betrokken maatregel een nationale onderneming begunstigt door de voorziening in de nationale behoeften voor het grootste gedeelte in haar handen te leggen. De mogelijkheid voor ondernemingen uit de andere Lid-Staten om in Nederland diensten te verrichten, wordt door deze maatregel derhalve in wezenlijke mate beperkt of zelfs verhinderd.[3] Het feit dat de betrokken maatregel andere nationale ondernemingen op overeenkomstige wijze benadeelt, levert geen rechtvaardiging op voor de beperking ten aanzien van de dienstverrichters uit de andere Lid-Staten.

Immers een nationale maatregel die leidt tot beperking van de vrijheid van dienstverrichting — naar het Hof reeds herhaalde malen vaststelde, een door het Verdrag gegarandeerde *fundamentele vrijheid* —, kan niet met artikel 59 EEG-Verdrag verenigbaar worden geacht op grond van het enkele feit, dat zijn beperkende gevolgen niet alle nationale ondernemingen van het betrokken type begunstigen.

Mijns inziens moet deze redenering, die ook door het Hof is gevolgd in een zaak betreffende het vrij verkeer van goederen[4], eveneens gelden voor het vrij verrichten van diensten. De thans bereikte graad van communautaire integratie laat niet toe, aan artikel 59 een andere en beperktere draagwijdte te geven dan aan artikel 30. En dit nog ongeacht het feit dat het Hof in zijn recente „telecommunicatie"-arrest[5] overwoog, dat de draagwijdte van artikel 30 moet worden bepaald aan de hand van een „stelsel van onvervalste mededinging", hetgeen „gelijke kansen voor de diverse marktdeelnemers" impliceert: een standpunt dat mijns inziens niet mag worden beperkt tot alleen de deelnemers aan het goederenverkeer.

7. Het voorgaande brengt mij tot de conclusie, dat de in geding zijnde Nederlandse regeling een discriminerend karakter heeft en derhalve niet door eventuele redenen van algemeen belang kan worden gerechtvaardigd. Ik herinner eraan, dat volgens vaste rechtspraak van het Hof „nationale regelingen die niet zonder onderscheid van toepassing zijn op dienstverrichtingen, ongeacht de herkomst ervan, en die mitsdien discriminerend zijn, slechts verenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht indien zij onder een uitdrukkelijke afwijkende bepaling kunnen vallen".[6]

De enige afwijkende bepaling die in casu een rol zou kunnen spelen, is artikel 56 EEG-Verdrag (waarnaar artikel 66 verwijst), volgens hetwelk eventuele discriminerende maatregelen gerechtvaardigd kunnen zijn uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid.

Mijns inziens kan de bescherming van het pluralistisch en niet-commercieel karakter van het Nederlandse omroepbestel niet val-

3 — Ik herinner hierbij aan het arrest van 10 juli 1984, Campus Oil (zaak 72/83, Jurispr. 1984, blz. 2727), waar het Hof in verband met een nationale maatregel die alle importeurs verplichtte een bepaald percentage aardolie bij een nationale leverancier te betrekken, vaststelde dat deze „verplichting (...) in zo verre de mogelijkheden [beperkt] om dit produkt in te voeren. Zij werkt dus beschermend ten gunste van een nationale produktie en benadeelt in gelijke mate de producenten uit andere Lid-Staten" (r. o. 16). Het Hof verklaarde de maatregel derhalve onverenigbaar met artikel 30.

4 — Arrest van 20 maart 1990, zaak 21/88, Du Pont De Nemours, Jurispr. 1990, blz. 889, r. o. 11-14.

5 — Arrest van 19 maart 1991, zaak 202/88, Frankrijk/Commissie, Jurispr. 1991, blz. I-1223, r. o. 51.

6 — Arrest van 26 april 1988, zaak 352/85, Bond van Adverteerders, Jurispr. 1988, blz. 2085, r. o. 32.

len onder de werkingssfeer van artikel 56 en kan — gelet op de strikte rechtspraak van het Hof[7] — een dergelijk doel met name niet worden beschouwd als „uit hoofde van de openbare orde gerechtvaardigd".

8. Echter, ook wanneer men zou menen dat de bestreden maatregel formeel niet naar nationaliteit discrimineert en de eruit resulterende beperkingen in beginsel uit hoofde van het algemeen belang zijn gerechtvaardigd, zou dit nog niet tot een ander resultaat leiden.

Ook al behoort de bescherming van doeleinden van culturele aard, zoals de handhaving van het pluralistische en a-commerciële karakter[8] van het Nederlandse omroepbestel, in beginsel tot de categorie redenen van algemeen belang[9], toch kunnen de in casu aangevoerde redenen (van algemeen belang) geen uitzondering op de vrijheid van dienstverrichting rechtvaardigen. Ik herinner er hierbij nog eens aan, dat volgens de Nederlandse regering de in geding zijnde maatregel noodzakelijk was om de omroepverenigingen de toegang tot technische faciliteiten van hoge kwaliteit te garanderen, en aldus de continuïteit van het bestel alsook de vervulling van de aan het Bedrijf opgedragen taken van culturele aard veilig te stellen.

Naar aanleiding van de opmerking van de Nederlandse regering, dat de onderhavige maatregel „in strikte zin inderdaad is gericht op het voortbestaan van het Bedrijf" (blz. 3 van de dupliek), wil ik direct al zeggen dat dit voortbestaan niet nodig is ter garantie van het pluralisme en het a-commerciële karakter van het bestel, evenmin als de bijzondere voorwaarden gesteld om dit doel te bereiken. Ik wil hierbij enkel aantekenen, dat als de omroepverenigingen zich tot het Bedrijf willen wenden om tegen een lage prijs technische faciliteiten van hoge kwaliteit te krijgen, zij dit ook zonder wettelijke verplichting zullen doen; zo gezien, is de verplichting overbodig. Met betrekking tot het feit dat het Bedrijf een aantal taken van culturele aard (het in stand houden van technische faciliteiten, waaronder een orkest, een koor en film- en beeldbandarchieven) is opgedragen, deel ik de opvatting van de Commissie, dat deze activiteiten geheel door de staat worden gefinancierd en dus ook na afschaffing van de in artikel 61 van de Mediawet bedoelde verplichting zouden kunnen worden voortgezet, indien dit voor het overige rechtmatig is.

Ten slotte geeft het feit dat de in geding zijnde verplichting in feite reeds is afgeschaft, althans wat de produktie van televisieprogramma's betreft, reeds aan, dat het voortbestaan van het Bedrijf niet nodig is om het pluralisme van het Nederlandse omroepbestel te garanderen. Voorts bevestigt de opmerking van de Nederlandse regering, dat het Bedrijf failliet zou gaan met als gevolg daarvan het verlies van 3 000 arbeids-

7 — Het Hof heeft herhaaldelijk beslist, dat artikel 56, dat een uitzondering vormt op een grondbeginsel van het Verdrag (artikel 3, sub c), strikt moet worden uitgelegd; voor toepassing ervan is vereist „een werkelijke en genoegzaam ernstige bedreiging, die een fundamenteel belang van de samenleving aantast" (arrest van 27 oktober 1977, zaak 30/77, Bouchereau, Jurispr. 1977, blz. 1999, r. o. 35), alsmede de vaststelling van maatregelen die in een redelijke verhouding staan tot en strikt noodzakelijk zijn voor de daarmee te beschermen belangen (arrest van 18 mei 1982, gevoegde zaken 115/81 en 116/81, Adoui en Cornuaille, Jurispr. 1982, blz. 1665, r. o. 9)

8 — Het a-commerciële karakter van een omroepbestel kan op zichzelf niet worden beschouwd als een dwingende reden van algemeen belang die een beperking van het vrij verrichten van diensten kan rechtvaardigen, maar is enkel een instrument om het pluralisme te garanderen. Een dergelijk karakter kan alleen beperkingen rechtvaardigen voor zover zij noodzakelijk zijn om een doel te bereiken dat de bescherming op gemeenschapsniveau waard is, zoals juist een doelstelling van cultuurbeleid, gericht op handhaving van het pluralisme.

9 — Zie bij voorbeeld het arrest van 26 februari 1991, zaak C-180/89, Commissie/Italië, Jurispr. 1991, blz. I-709, r. o. 20, waarin het Hof overwoog dat „het algemeen belang verband houdend met het (...) behoud van het nationaal historisch en artistiek bezit een dwingende reden kan vormen die een beperking van het vrij verrichten van diensten rechtvaardigt".

plaatsen wanneer de bestedingsverplichting zonder overgangsmaatregelen werd afgeschaft, dat de maatregel in nauw verband staat met overwegingen van economische aard.

9. De Nederlandse regering betoogt subsidiair, dat de regeling van artikel 61 Mediawet door artikel 90, lid 1, EEG-Verdrag wordt toegelaten; laatstgenoemde bepaling zou juist uitgaan van de gedachte, dat het bestaan van ondernemingen met bijzondere of uitsluitende rechten geoorloofd is.

Zonder in te gaan op de vraag in hoeverre de verplichting ten gunste van het Bedrijf een bijzonder of uitsluitend recht is, wil ik hierover slechts opmerken, dat het Hof in genoemd telecommunicatie-arrest[10] terecht overwoog dat ook al „veronderstelt artikel 90 het bestaan van ondernemingen met bijzondere of uitsluitende rechten, hieruit niet volgt, dat alle bijzondere of uitsluitende rechten noodzakelijkerwijs met het Verdrag verenigbaar zijn. Dit hangt af van de diverse bepalingen waarnaar artikel 90, lid 1, verwijst".

In wezen heeft het Hof artikel 90, lid 1, dus als een verwijzingsregel uitgelegd. Dit betekent dat, voor zover hier van belang, de verenigbaarheid van artikel 61 van de Mediawet met het EEG-Verdrag moet worden getoetst aan artikel 59 EEG-Verdrag, voor zover deze bepaling in de mogelijkheid voorziet af te wijken van het beginsel van vrijheid van dienstverrichting.

10 — Arrest van 19 maart 1991, zaak 202/88, r. o. 22.

Zoals hiervoor is komen vast te staan, kan de verplichting ten gunste van het Bedrijf geen rechtvaardiging vinden in de uitzonderingen genoemd in artikel 56 EEG-Verdrag en evenmin in dwingende redenen, of, zo men liever een andere terminologie gebruikt dan die betreffende artikel 30, in het algemeen belang. Mitsdien is de maatregel onverenigbaar met artikel 59 EEG-Verdrag.

B — De in artikel 66 gestelde voorwaarden

10. Ingevolge artikel 66 van de Mediawet is de doorgifte van buitenlandse programma's die in het bijzonder op het Nederlandse publiek gerichte reclame bevatten toegestaan, indien is voldaan aan een aantal voorwaarden die op gelijke wijze voor de nationale omroeporganisaties gelden. Zo niet cumulatief aan deze voorwaarden is voldaan, mogen buitenlandse programma's slechts worden uitgezonden, wanneer zij niet in het bijzonder op het Nederlandse publiek gerichte reclame bevatten.

Ik herinner eraan, dat drie van deze zes voorwaarden betrekking hebben op de uitzenders (zij mogen geen winst beogen; zij mogen niet dienstbaar zijn aan het maken van winst door derden; zij moeten de reclameboodschappen laten verzorgen door een onafhankelijke rechtspersoon) en dat de andere drie betrekking hebben op de reclameboodschappen zelf (de duur ervan mag niet meer bedragen dan 5% van de zendtijd, zij moeten duidelijk herkenbaar zijn en gescheiden van de rest van het programma en zij mogen niet op zondag worden uitgezonden).

Alvorens na te gaan of deze voorwaarden verenigbaar zijn met artikel 59 EEG-Verdrag, wil ik enkele opmerkingen van algemene aard maken over de beperkingen van de vrijheid van dienstverrichting ten gevolge

van de toepassing van zonder onderscheid toepasselijke maatregelen.

11. Ik zou om te beginnen willen opmerken, dat artikel 59, eerste alinea, niet enkel de op de nationaliteit gebaseerde discriminatie verbiedt, maar meer in het algemeen *„de beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Gemeenschap (...) ten aanzien van de onderdanen der Lid-Staten die in een ander land van de Gemeenschap zijn gevestigd dan dat, waarin degene is gevestigd te wiens behoeve de dienst wordt verricht"*. Hieraan moet worden toegevoegd, dat de bepalingen waarbij een bijzondere regeling is vastgesteld voor „vreemdelingen" enkel toepasselijk zijn wanneer zij „uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid gerechtvaardigd zijn" (artikel 56, waarnaar artikel 66 verwijst).

12. Wat de gebruikte terminologie en de inhoud ervan betreft, komt, zoals reeds hiervoor gezegd, deze regeling in grote trekken overeen met die van het vrij verkeer van goederen, met het verbod van alle invoerbeperkingen (artikelen 30 tot en met 34) en met de in artikel 36 toegestane afwijkingen daarvan. Mijns inziens zijn precies zoals bij het vrij verkeer van goederen eventuele beperkingen van het vrij verrichten van diensten — ook de niet-discriminerende — in beginsel onverenigbaar met artikel 59.[11]

De rechtspraak van het Hof, althans in abstracto, lijkt niet in tegenspraak met deze conclusie. Ik wijs erop, dat het Hof vanaf het arrest Van Binsbergen[12] heeft geoordeeld, dat de artikelen 59 en 60 betreffende het vrij verrichten van diensten na het verstrijken van de overgangsperiode rechtstreeks toepasselijk zijn geworden en dat *„hun toepasselijkheid niet af(hangt) van de harmonisatie of coördinatie van de wetgevingen der Lid-Staten"*.[13]

De artikelen 59 en 60, aldus het Hof verder, „verlangen de opheffing niet enkel van iedere discriminatie van de dienstverrichter uit hoofde van zijn nationaliteit, maar ook van iedere beperking op het vrij verrichten van diensten uit hoofde van de omstandigheid dat de dienstverrichter gevestigd is in een andere Lid-Staat dan die waar de dienst moet worden verricht".[14] Het voegde hieraan toe: „In het bijzonder mag de Lid-Staat het verrichten van de dienst op zijn grondgebied niet afhankelijk stellen van de naleving van alle voor vestiging gestelde voorwaarden, daar anders aan de bepalingen die de vrije dienstverrichting moeten verzekeren, ieder nuttig effect wordt ontnomen."[15]

13. De draagwijdte van de vrijheid van dienstverrichting is dus, althans in abstracto, zeer ruim. In het bijzonder volgt duidelijk uit de zoëven aangehaalde overwegingen, dat het verbod van op de nationaliteit gebaseerde discriminatie geen absolute en doorslaggevende rol speelt, zoals bij het recht van vestiging. Daar de grensoverschrijding bij het verrichten van diensten niet gepaard gaat met een vaste vestiging, zou het begin-

11 — Vgl. in deze zin de conclusie van 21 februari 1991 van advocaat-generaal Jacobs in zaak 76/90, Säger, alsmede de conclusie van advocaat-generaal Lenz in de „ toeristengidsen', -zaken van 26 februari 1991 (154/89, Commissie/Frankrijk, Jurispr. 1991, blz. I-659; 180/89, Commissie/Italië; 198/89, Commissie/Griekenland, Jurispr. 1991, blz. I-727). Interessante opmerkingen bevat voorts de conclusie van 28 november 1990 van advocaat-generaal Van Gerven in zaak 340/89, Vlassopoulou; deze zaak betreft echter het recht van vestiging.

12 — Arrest van 3 december 1974, zaak 33/74, Jurispr. 1974, blz. 1299.

13 — Laatstelijk het arrest van 4 december 1986, zaak 205/84, Commissie/Duitsland, Jurispr. 1986, blz. 3755, r. o. 25.

14 — Genoemd arrest Commissie/Duitsland, r. o. 25, evenals het arrest van 26 februari 1991, zaak 180/89, Commissie/Italië, Jurispr. 1991, blz. I-709, r. o. 15.

15 — Genoemd arrest Commissie/Italië, r. o. 15.

sel van behandeling zoals nationale onderdanen inderdaad kunnen leiden tot ongewilde beperkingen ten aanzien van dit aspect van het verrichten van diensten. Zou immers een Lid-Staat ondanks het voorgaande aan niet-onderdanen dezelfde, op een vaste band met deze staat berustende eisen stellen als aan de eigen onderdanen, dan zou deze staat de betrokken vrijheid en het bijzondere karakter ervan ten opzichte van het recht van vestiging uiteindelijk tenietdoen. [16]

Wel is het zo, dat het Hof belangrijke restricties op de ruime draagwijdte van het in artikel 59 bedoelde verbod heeft aangebracht en beperkingen die nationale en communautaire onderdanen op dezelfde wijze treffen, rechtmatig heeft geacht, indien deze beperkingen het gevolg zijn van de toepassing van nationale bepalingen die noodzakelijk zijn ter bescherming van het algemeen belang en dus dwingend zijn voor allen.

14. Het Hof heeft echter het buitengewone karakter van de uitzonderingsmogelijkheden beklemtoond, want het stelde vast dat de vrijheid van dienstverrichting als fundamenteel verdragsbeginsel uitsluitend kan worden beperkt:

— door regelingen die hun rechtvaardiging vinden in het algemeen belang en die (zonder onderscheid) van toepassing zijn op iedere persoon of onderneming die op het grondgebied van de staat van bestemming werkzaam is;

— voor zover dit belang niet wordt gewaarborgd door regels waaraan de dienstverrichter is onderworpen in de Lid-Staat waar hij is gevestigd;

— ten slotte, indien deze vereisten objectief noodzakelijk zijn, dat wil zeggen dat hetzelfde resultaat niet door minder beperkende voorschriften kan worden bereikt. [17]

Ik kom thans tot de door de Mediawet gestelde voorwaarden; om redenen van systematiek behandel ik eerst die welke gelden voor de uitzenders en daarna die betreffende de reclameboodschappen.

— De aan de uitzenders gestelde voorwaarden

15. De Commissie betoogt, dat door het voor de nationale uitzenders geldende stelsel ook van toepassing te verklaren op buitenlandse uitzenders, de Mediawet de doorgifte van programma's van buitenlandse uitzenders in Nederland in feite onmogelijk maakt, zeker wanneer in die programma's op het Nederlandse publiek gerichte reclame is opgenomen. En dit hoofdzakelijk, omdat de buitenlandse uitzenders om aan deze voorwaarden te kunnen voldoen, gevestigd moeten zijn in staten die een wetgeving hebben naar het model van de in Nederland geldende regeling.

De onderhavige maatregelen mogen weliswaar formeel zonder onderscheid van toe-

16 — Aldus Tizzano, „La libera circulazione dei servizi nella CEE. Profili generali" in *Professioni e servizi nella CEE* (coördinatie: Tizzano), Padua 1985, blz. 20 e. v.

17 — Zie voor de drie genoemde vereisten de arresten van 18 januari 1979, gevoegde zaken 110/78 en 111/78, Van Wesemael, Jurispr. 1979, blz. 35; 17 december 1981, zaak 279/80, Webb, Jurispr. 1981, blz. 3320; 4 december 1986, zaak 205/84, Commissie/Duitsland, reeds aangehaald, r. o. 27-29; en 26 februari 1991, zaak 180/89, Commissie/Italië, reeds aangehaald, r. o. 17 en 18.

passing zijn, toch blijken zij door hun aard in feite discriminerend te zijn. Daar de andere Lid-Staten geen omroepwetgeving hebben die met die van Nederland overeenkomt, kunnen buitenlandse uitzenders zich niet in dezelfde situatie bevinden als de nationale. De „materiële" discriminatie komt in feite voort uit de gelijke behandeling van situaties die in werkelijkheid niet te vergelijken zijn.

16. Dienaangaande herinner ik eraan, dat volgens de rechtspraak van het Hof „niet slechts openlijke discriminatie op grond van de nationaliteit van de dienstverlener [verboden is], doch ook iedere verkapte vorm van discriminatie die, hoewel gebaseerd op schijnbaar neutrale criteria, in feite tot hetzelfde resultaat leidt". [18]

De bij de Mediawet aan buitenlandse uitzenders gestelde voorwaarden lijken een schoolvoorbeeld van verkapte discriminatie. In ieder geval kan in redelijkheid niet worden gezegd, dat zij hun rechtvaardiging vinden in redenen van algemeen belang. Uiteindelijk maken deze voorwaarden immers de doorgifte van uit andere Lid-Staten afkomstige programma's praktisch onmogelijk, terwijl zij niet dienstig zijn voor het doel dat de Nederlandse regering zegt te willen nastreven: de bescherming van het pluralisme en van het niet-commerciële karakter van het omroepbestel.

17. De aan buitenlandse uitzenders gestelde eis dat zij niet dienstbaar mogen zijn aan het maken van winst door derden ten einde te voorkomen, zoals de Nederlandse regering stelt, dat omroepgelden naar derden worden doorgeschoven, alsmede de eis dat de uitzenders geen winst mogen beogen en dat de reclame-inkomsten dus uitsluitend aan de financiering van de omroep ten goede moeten komen „ten einde aan de buitenlandse uitzender mogelijkheden te bieden, ten minste gelijk aan die voor het Nederlandse bestel" (nr. 66 van het verweerschrift), zijn zonder enige betekenis voor het nagestreefde doel. Het is immers duidelijk, dat het (al dan niet) voldoen aan genoemde eisen geen invloed heeft op het Nederlandse omroepbestel als zodanig.

De genoemde voorwaarden hebben immers geen betrekking op de inhoud van de programma's. Wel verhinderen zij buitenlandse uitzenders op de Nederlandse reclamemarkt door te dringen en beletten zij aldus, dat de STER een gedeelte van de reclame-inkomsten derft. Voor zover men echter zou willen stellen dat deze inkomsten een bron van inkomsten voor de omroepverenigingen zijn en dus in dat opzicht ertoe bijdragen het pluralisme van het bestel te verzekeren, beperk ik mij tot de opmerking dat het om een bij uitstek economische overweging gaat, die onevenredig is aan het nagestreefde doel, te meer daar de financiering uit de inkomsten van de STER slechts een klein gedeelte uitmaakt van de totale financiering door de overheid.

Met betrekking tot het vereiste dat de reclameboodschappen moeten worden verzorgd door een andere rechtspersoon dan die welke de programma's uitzendt, betoogt de Nederlandse regering dat dit beoogt te verhinderen, dat de reclame de inhoud van de

18 — Arrest van 3 februari 1982, gevoegde zaken 62/81 en 63/81, Seco, Jurispr. 1982, blz. 223, r. o. 8.

programma's beïnvloedt. Het zou dus beogen de consumenten te beschermen met betrekking tot de kwaliteit van de programma's. Toch verlangt de Nederlandse regering niet, dat een dergelijke scheiding ook in de in de staat van uitzending geldende wettelijke regeling wordt gemaakt. Voldoende zou zijn, dat in de betrokken omroeponderneming de redactionele dienst en de dienst die reclamezendtijd verkoopt, juridisch zijn gescheiden; met andere woorden, ook louter een „fictie" zou al voldoen aan het door de Nederlandse regering gestelde vereiste. Het spreekt vanzelf, dat een dergelijke opvatting niet kan garanderen dat de reclame de programma's niet beïnvloedt.

18. Kortom, de door de Mediawet aan de uitzenders gestelde voorwaarden kunnen voor geen enkele uitzondering op het vrij verrichten van diensten in aanmerking komen: mitsdien zijn zij onverenigbaar met artikel 59 EEG-Verdrag.

— *De aan de reclameboodschappen gestelde voorwaarden*

19. Over de door de Mediawet gestelde voorwaarden met betrekking tot de reclame, merk ik om te beginnen op, dat het om zonder onderscheid toepasselijke maatregelen gaat, zowel materieel (in beginsel) als formeel gezien, dus om *niet discriminerende beperkingen.*

Ik herinner eraan, dat het Hof zich reeds heeft uitgesproken over beperkingen inzake televisiereclame in de arresten Debauve [19] en Bond van Adverteerders [20] waarin het vaststelde, dat zolang de nationale bepalingen op dit gebied nog niet zijn geharmoniseerd, niet discriminerende beperkingen moeten worden beschouwd als verenigbaar met het Verdrag.

Het Hof verklaarde in het arrest Debauve: „in verband met de bijzondere aard van sommige dienstverrichtingen zoals het uitzenden en doorgeven van televisieboodschappen, kunnen niet als onverenigbaar met het Verdrag worden beschouwd specifieke eisen die aan de dienstverrichters worden gesteld (...) welke hun grond vinden in het algemeen belang en die gelden voor iedere persoon of onderneming die op het grondgebied van bedoelde Lid-Staat is gevestigd, voor zover een in een andere Lid-Staat gevestigde dienstverrichter daar niet aan soortgelijke voorschriften zou zijn onderworpen" (r. o. 12).

In feite is het Hof uitgegaan van de vaststelling, dat het grootste gedeelte van de Lid-Staten beperkingen van verschillende draagwijdte aan de uitzenders van reclameboodschappen oplegde: beperkingen die gaan van een absoluut verbod tot beperkingen met betrekking tot de inhoud, de tijd, de duur en de wijze van uitzenden; beperkingen die zijn vastgesteld doordat de staten in de betrokken sector het algemeen belang nastreven. Het Hof is aldus tot de conclusie gekomen dat „gelet op de overwegingen van algemeen belang die aan de beperkende regelingen op dit gebied inherent zijn", de toepassing van dergelijke wettelijke regelingen

19 — Arrest van 18 mei 1980, zaak 52/79, Jurispr. 1980, blz. 833.

20 — Het Hof heeft zich in dit arrest uitgesproken over de uitlegging van artikel 59 EEG-Verdrag in verband met artikel 4 van de Kabelregeling, een regeling die voor de aspecten die hier van belang zijn is vervangen door artikel 66 van de Mediawet.

„niet als een beperking op het vrij verrichten van diensten (kan) worden beschouwd, voor zover alle diensten op dat gebied daardoor op identieke wijze worden behandeld, ongeacht hun herkomst en de nationaliteit of vestigingsplaats van de dienstverrichters" (r. o. 13).

Deze uitspraak werd in wezen bevestigd in het arrest Bond van Adverteerders, waarin het Hof artikel 4 van de Kabelregeling, dat buitenlandse uitzenders verbood, in het bijzonder op het Nederlandse publiek gerichte reclameboodschappen te verspreiden en de in Nederland doorgegeven programma's in het Nederlands te ondertitelen, onverenigbaar met artikel 59 verklaarde, maar voorts verklaarde, dat een door een Lid-Staat opgelegd verbod in het algemeen belang (in casu het cultuurbeleid) op zich niet onverenigbaar met het Verdrag is, mits het geen discriminerend karakter heeft en het niet onevenredig is aan het nagestreefde doel.

20. Kortom, uit de rechtspraak ter zake volgt, dat zolang de nationale omroepwetgevingen niet zijn geharmoniseerd[21], de vrijheid van dienstverrichting die het Verdrag rechtstreeks garandeert, enkel het verbod impliceert, televisiereclameboodschappen op striktere wijze te beperken dan de nationale televisiereclame.

Ik voeg hieraan toe, dat in het arrest Bond van Adverteerders het Hof „het reclameverbod voor bepaalde produkten of op bepaalde dagen, de beperking van de duur of de frequentie van de boodschappen" heeft aangemerkt als „objectieve beperkingen".[22]

Het Hof acht dus beperkingen ten gevolge van bepaalde voorwaarden betreffende reclameboodschappen in beginsel gerechtvaardigd uit hoofde van het algemeen belang. In casu bestrijdt de Commissie nu juist de verenigbaarheid van dergelijke voorwaarden met artikel 59 EEG-Verdrag.

21. Aangezien deze voorwaarden mogen of kunnen vervallen wanneer er sprake is van niet in het bijzonder op het Nederlandse publiek gerichte reclame, zijn zij volgens de Commissie niet ingegeven door het algemeen belang, zoals bij voorbeeld de bescherming van de kijker of luisteraar tegen excessieve reclame.

Dit wordt door de Nederlandse regering bestreden. Daar het percentage luisteraars en televisiekijkers die buitenlandse programma's volgen, gering is, is het haars inziens voldoende ervoor te zorgen dat de programma's in het Nederlands of ondertiteld in het Nederlands aan de gestelde voorwaarden voldoen.

Volgens de Commissie is integendeel het enige doel van de Nederlandse regering, de Nederlandse reclamemarkt tegen buiten-

21 — Ik herinner eraan, dat richtlijn 89/552/EEG betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de Lid-Staten inzake de uitoefening van televisie-omroepactiviteiten (PB 1989, L 298, blz. 23) op 3 oktober 1991 in werking treedt.

22 — Genoemd arrest van 26 april 1988, r. o. 37.

landse concurrentie te beschermen ten bate van het nationale omroepbestel.

22. Ik wil hierover opmerken, dat welbeschouwd een wettelijke regeling zoals de onderhavige het de buitenlandse uitzenders ongetwijfeld veel lastiger maakt programma's door te geven die in het bijzonder op het Nederlandse publiek gerichte reclame bevatten; en dit alleen al omdat zij hun programma's moeten aanpassen om aan deze voorwaarden te voldoen. Met andere woorden, de voorwaarden zoals de grens van 5% en het verbod om op zondag reclame uit te zenden, komen eigenlijk neer op een bijzondere regeling voor uitzenders van andere Lid-Staten, daar alleen in hun geval programma-onderdelen moeten worden geschrapt.

Deze voorwaarden belemmeren derhalve in feite in overwegende mate de werkzaamheden van buitenlandse uitzenders en vormen dan ook een beperking van het vrij dienstenverkeer in deze sector. Ik betwijfel daarom, of het gaat om voorwaarden die zonder meer als „objectief" kunnen worden beschouwd, daar het verschil met de hiervoor genoemde drie voorwaarden meer schijn dan werkelijkheid is.

23. Toch meen ik, dat deze beperking te rechtvaardigen is op grond van het algemeen belang en met name de bescherming van de consument, die het Hof herhaalde malen als beschermingswaardig in de dienstensector heeft aangemerkt.[23]

In casu is onomstreden, dat de in geding zijnde maatregelen zonder onderscheid van toepassing zijn op nationale en buitenlandse uitzenders en niet onevenredig zijn aan het nagestreefde doel (immers niet is bewezen, dat het door de Nederlandse instanties gewenste resultaat via minder strikte regels kan worden bereikt).

Wel wordt op deze wijze voorrang gegeven aan de wettelijke regeling van de staat van ontvangst van de reclameboodschap in plaats van aan die van de staat van uitzending, wat normaal zou moeten zijn in een liberaliseringsregeling als geschetst in het Verdrag en, in algemene termen, door het Hof.

Dit is echter louter een gevolg van het feit, dat de vrijheid van dienstverrichting evenals het vrij verkeer van goederen, niettegenstaande dat dit een door het Verdrag gegarandeerde fundamentele vrijheid is, moet worden verzoend (zolang harmonisatie op communautair niveau ontbreekt) met niet minder „fundamentele" dwingende redenen, zoals in casu de bescherming van de consument.

24. Kortom, de bij artikel 66 van de Mediawet aan de reclameboodschappen gestelde voorwaarden zijn, ook al beperken zij in feite het vrij verkeer van diensten, verenigbaar met artikel 59, voor zover zij hun rechtvaardiging vinden in een voor bescherming in aanmerking komende reden van algemeen belang, zoals de bescherming van de consument.

23 — Laatstelijk de genoemde arresten van 4 december 1986, Commissie/Duitsland, r. o. 33, en 26 februari 1991, Commissie/Italië, r. o. 20.

25. In het licht van het voorgaande geef ik het Hof in overweging:

— te verstaan, dat het Koninkrijk der Nederlanden, door de nationale omroepverenigingen te verplichten hun programma's geheel of gedeeltelijk door een nationale onderneming te laten maken en door aan buitenlandse uitzenders voor de doorgifte van programma's die in het bijzonder op het Nederlandse publiek gerichte reclame bevatten, de verplichting te stellen geen winst te beogen, niet dienstbaar te zijn aan het maken van winst door derden en de reclame te laten verzorgen door een onafhankelijke rechtspersoon, de krachtens artikel 59 op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen;

— het beroep voor het overige te verwerpen;

— verweerder te verwijzen in de kosten van de procedure.

26. Wat zaak C-288/89 betreft, geef ik het Hof in overweging de door de Raad van State gestelde vragen te beantwoorden als volgt:

„1) Beperkingen van het vrij verrichten van diensten die uit een zonder onderscheid toepasselijke nationale regeling voortvloeien, zijn enkel verenigbaar met artikel 59 EEG-Verdrag, indien zij hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang en aan deze redenen niet kan worden voldaan door minder beperkende voorwaarden.

2) Het nastreven van een doelstelling van cultuurbeleid, zoals het behoud van een pluralistisch omroepbestel, kan in beginsel een dwingende reden zijn die een beperking van het vrij verrichten van diensten rechtvaardigt.

3) Artikel 59 EEG-Verdrag moet aldus worden uitgelegd, dat het in de weg staat aan de toepassing van een — zelfs zonder onderscheid toepasselijke — wettelijke regeling als artikel 66 van de Mediawet, die de verspreiding via de kabel van uit andere Lid-Staten afkomstige programma's die in het bijzonder op het nationale publiek gerichte reclame bevatten, afhankelijk stelt van de voorwaarde, dat de uitzender geen winst beoogt, niet dienstbaar is aan het maken van winst door derden en de reclame door een van de uitzender onafhankelijke rechtspersoon wordt verzorgd; de voorwaarde dat reclameboodschappen slechts mogen worden verspreid, indien zij als zodanig herkenbaar zijn, zij niet meer dan 5% van de totale zendtijd bedragen en niet op zondag worden uitgezonden, is daarentegen bij gebreke van harmonisatie gerechtvaardigd op grond van dwingende redenen van algemeen belang."