CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL C. O. LENZ van 16 juni 1994 *

Inhoud

A — Inleiding ..... I - 4798

B — Analyse ..... I - 4800

Opmerking vooraf ..... I - 4800

I. De eerste vraag ..... I - 4801

Dienstverrichting in de zin van het gemeenschapsrecht ..... I - 4801

De invloed van de "ontduikingsrechtspraak" op het bestaan van een dienstverrichting ..... I - 4803

II. De tweede vraag ..... I - 4807

Beperkingsverbod als inhoud van de vrijheid van dienstverrichting ..... I - 4807

De toepassing van de criteria op de Mediawet door het Hof ..... I - 4809

De "ontduikingsrechtspraak" van het Hof ..... I - 4811

Consequenties voor het onderhavige geval ..... I - 4812

De artikelen 10 en 14 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) ..... I - 4816

C — Conclusie ..... I - 4822

* Oorspronkelijke taal: Duits.

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

A — Inleiding

1. In de onderhavige prejudiciële procedure stelt de Nederlandse Raad van State vragen over de toepassing van de bepalingen inzake het vrij verrichten van diensten op bepaalde activiteiten van een televisieomroepinstelling.

2. Partijen in het hoofdgeding zijn de omroepinstelling TV10 (hierna: verzoekster), een naamloze vennootschap naar Luxemburgs recht, en het Nederlandse Commissariaat voor de Media (hierna: verweerder). Aanleiding tot het geding was de weigering van verweerder om uitzendingen van TV10 toe te laten tot het Nederlandse kabelnet. In het afwijzingsbesluit stelde verweerder vast, dat TV10 niet als buitenlandse omroepinstelling in de zin van artikel 66, lid 1, Mediawet kon worden aangemerkt omdat verzoekster zich in Luxemburg had gevestigd met de kennelijke bedoeling om de Nederlandse regelgeving voor de binnenlandse omroep te ontgaan.

3. De betrokken wetsbepaling luidde ten tijde van de feiten 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 (...)."

4. TV10 stelde tegen het afwijzingsbesluit beroep in bij de Afdeling rechtspraak van de Raad van State. Zij achtte het besluit om verschillende redenen onjuist. Haars inziens waren de feiten verkeerd uitgelegd en waren

het gelijkheidsbeginsel en de artikelen 10 en 14 en van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en de artikelen 7, 52 e. v. en 59 e. v. EEG-Verdrag [1] geschonden.

5. Naar het oordeel van de Raad van State is verzoekster *geen* omroepinstelling in de zin van de artikelen 14 tot 30 Mediawet. De Raad achtte bewezen, dat TV10 zich in het buitenland heeft gevestigd met de kennelijke bedoeling om de in Nederland voor de binnenlandse omroep geldende wettelijke regeling te ontgaan. Niettemin oordeelt hij verzoeksters klacht over schending van het gemeenschapsrecht relevant voor de te geven beslissing.

6. In dit verband heeft de Raad onder verwijzing naar het arrest Debauve [2] beklemtoond, dat de bepalingen van het EEG-Verdrag betreffende het vrije dienstenverkeer niet van toepassing zijn op activiteiten die zich in al hun relevante aspecten op het grondgebied van slechts één Lid-Staat afspelen. Voorts, dat volgens het arrest Van Binsbergen [3] een Lid-Staat niet het recht kan worden ontzegd voorschriften te geven om te verhinderen dat de door artikel 59 gewaarborgde vrijheid door een dienstverrichter wiens werkzaamheid geheel of voornamelijk op zijn grondgebied is gericht, wordt gebruikt om zich te onttrekken aan de beroepsregels die, ware hij op het grondgebied van die Lid-Staat gevestigd, op hem van toepassing zouden zijn. Op een zodanige situatie zou immers het hoofdstuk betreffende het recht van vestiging en niet dat betreffende de dienstverrichting van toepassing kunnen zijn. Mede gezien het arrest Segers [4] vraagt de Raad zich af, hoe moet worden geoordeeld met betrekking tot activiteiten die een naar het recht van een andere Lid-Staat opgerichte en formeel aldaar gevestigde omroepinstelling verricht vanuit die andere Lid-Staat.

7. De vragen van de Raad van State aan het Hof luiden als volgt:

„1) Is er, ingeval een omroeporganisatie die in Lid-Staat A niet voor toelating tot de draadomroepinrichting in aanmerking komt, uitzendingen verzorgt vanuit Lid-Staat B met de, uit objectieve omstandigheden af te leiden, kennelijke bedoeling zich daardoor te onttrekken aan de wettelijke regelingen van de Lid-Staat waarop de uitzendingen

1 — Sinds 1 november 1993 ingevolge het Verdrag betreffende de Europese Unie van 7 februari 1992 „EG-Verdrag" (PB 1992, C 224).

2 — Arrest van 18 maart 1980, zaak 52/79, Debauve, Jurispr. 1980, blz. 833.

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

4 — Arrest van 10 juli 1986, zaak 79/85, Segers, Jurispr. 1986, blz. 2375.

primair doch niet uitsluitend zijn gericht, sprake van diensten met een gemeenschapsrechtelijk relevant grensoverschrijdend karakter?

2) Zijn beperkingen door de Lid-Staat van ontvangst ten aanzien van het verrichten van de in vraag 1 bedoelde diensten, die daaruit bestaan dat de omroeporganisatie, hoewel zij een vestigingsplaats in een andere Lid-Staat heeft gekozen, als niet-buitenlandse omroeporganisatie wordt aangemerkt en op die grond met haar programma's geen toegang krijgt tot de nationale draadomroepinrichting zolang zij niet voldoet aan de voor binnenlandse omroeporganisaties geldende toelatingseisen — dit met een beroep op het feit dat deze omroeporganisatie met de vestiging in een andere Lid-Staat voorschriften van de Lid-Staat van ontvangst tracht te ontduiken welke beogen het pluriforme en a-commerciële karakter van het nationale omroepbestel in stand te houden — toelaatbaar ingevolge het gemeenschapsrecht, mede in aanmerking genomen artikel 10 juncto artikel 14 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden?"

8. Opmerkingen zijn ingediend door verzoekster, verweerder, de Nederlandse, de Duitse en de Franse regering alsmede door de Commissie; verweerder heeft zich geheel bij het betoog van de Nederlandse regering aangesloten. Op de feiten en de standpunten van partijen kom ik hieronder nog terug.

B — Analyse

Opmerking vooraf

9. Alvorens met mijn analyse te beginnen, zou ik het volgende willen opmerken. Ten tijde van de feiten van de onderhavige zaak was de omzettingstermijn van richtlijn 89/552/EEG [5] nog niet verstreken en was in de Mediawet nog geen plaats ingeruimd voor commerciële omroep. De criteria aan de hand waarvan het onderhavige geval moet worden getoetst, zouden zeker niet dezelfde zijn, wanneer de feiten zich op een later tijdstip hadden voorgedaan. De juridische beoordeling van dit geval heeft derhalve slechts beperkte waarde voor latere gevallen.

10. Ook op het volgende aspect wil ik nog wijzen. De nationale rechter heeft geen vraag gesteld over de toepasselijkheid van het communautaire discriminatieverbod in casu, waartoe onder omstandigheden aanleiding had kunnen bestaan gezien de toelating van

5 — 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-activiteiten (PB 1989, L 298, blz. 23).

de programma's van RTL 4 tot het Nederlandse kabelnet. De nationale rechter lijkt die vragen zelf te hebben opgelost. Het Hof kan zich alleen over het discriminatieverbod uitspreken in het kader van de vraag over de toepassing van artikel 14 EVRM. De toetsingsbevoegdheid van het Hof is in dat verband echter aanzienlijk beperkter dan bij het communautaire discriminatieverbod.

I — *De eerste vraag*

Dienstverrichting in de zin van het gemeenschapsrecht

11. De eerste vraag houdt in, of een zuiver feitelijk grensoverschrijdende omroepactiviteit gemeenschapsrechtelijk als een dienst kan worden gekwalificeerd, ook wanneer de omroepinstelling zich in het buitenland heeft gevestigd om de voor binnenlandse omroep in de Lid-Staat van ontvangst geldende regeling te ontduiken.

12. De Nederlandse en de Duitse regering zijn van mening, dat op grond van de „ontduikingsrechtspraak" [6] van het Hof geen gemeenschapsrechtelijk relevante dienstverrichting kan worden aangenomen, zodat uitsluitend de interne regelgeving van de Lid-Staat van ontvangst van toepassing is.

13. Naar de mening van verzoekster is er wel degelijk sprake van een gemeenschapsrechtelijk relevante dienstverrichting, temeer omdat de omroepinstelling feitelijk in Luxemburg is gevestigd en haar omroepactiviteiten in overeenstemming met het Luxemburgse recht is begonnen. Zo heeft zij ook van de bevoegde Luxemburgse autoriteiten toestemming gekregen om haar programma's via de satelliet Astra uit te zenden. Het gaat bij de onderhavige problematiek alleen om de bepaling van de grenzen van de vrijheid van dienstverrichting, waarvoor overigens uitsluitend objectieve criteria mogen worden gebruikt.

14. De Franse regering en ook de Commissie bepleiten, dat er sprake is van een dienstverrichting in de zin van het gemeenschapsrecht. Hiervan los staat de vraag, welke maatregelen een Lid-Staat mag nemen om ontduiking van de nationale voorschriften door de dienstverrichter te verhinderen.

6 — Zie de hierna in de paragrafen 51 en 52 besproken rechtspraak.

15. Artikel 60 EEG-Verdrag definieert diensten als „dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden, voor zover de bepalingen betreffende het vrije verkeer van goederen, kapitaal en personen op deze dienstverrichtingen niet van toepassing zijn". De vrijheid van dienstverrichting geldt voor diensten „binnen de Gemeenschap" [7], dit wil zeggen de dienst moet grensoverschrijdend zijn. Voor deze vrijheid komen in aanmerking „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". [8] Onderdanen van de Lid-Staten in de zin van dit artikel zijn zowel natuurlijke als rechtspersonen. In artikel 66 worden rechtspersonen voor de toepassing van het hoofdstuk „diensten" gelijkgesteld met natuurlijke personen, overeenkomstig het bepaalde in artikel 58. Deze gelijkstelling geldt derhalve voor de „vennootschappen welke in overeenstemming met de wetgeving van een Lid-Staat zijn opgericht en welke hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Gemeenschap hebben".

16. Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof dient de zetel van een vennootschap in de aangegeven zin ertoe, haar verbondenheid met de rechtsorde van een bepaalde Lid-Staat vast te stellen. [9]

17. Om een beroep te kunnen doen op de gemeenschapsrechtelijke vrijheid van dienstverrichting moet verzoekster in de eerste plaats voldoen aan de criteria die de begunstigden van die vrijheid karakteriseren. Verzoekster is een naamloze vennootschap die op 27 juli 1989 naar Luxemburgs recht onder de naam FICORT SA is opgericht en op 1 september 1989 is omgedoopt tot TV10 SA Het vennootschappelijk doel wordt onder meer beschreven als „in het bijzonder het uitzenden van televisieprogramma's". Bovendien kan de vennootschap volgens haar doelomschrijving radio- en televisieprogramma's produceren alsmede daarop betrekking hebbende ondersteunende diensten verrichten. Verzoekster werd door de Luxemburgse autoriteiten als omroepinstelling erkend. Tegelijk kreeg zij de machtiging om via het Luxemburgse kabelnet uit te zenden. Voorts kreeg „Société Européenne des Satellites" toestemming van de Luxemburgse autoriteiten om de programma's van verzoekster, waarmee zij een overeenkomst had gesloten, via de satelliet Astra te verspreiden. De regie, de technische en inhoudelijke uitvoering en organisatie van de omroepactiviteit zou in Luxemburg plaatsvinden.

18. Daarmee staat vast, dat verzoekster naar het recht van een Lid-Staat is opgericht en haar zetel binnen de Gemeenschap, namelijk in Luxemburg, heeft. Niet hoeft te worden

7 — Cf. artikel 59, tweede alinea.

8 — Cf. artikel 59, eerste alinea. Voor mogelijke uitzonderingen op deze regel, cf. arresten van 26 februari 1991, zaak C-145/89, Commissie/Frankrijk, Jurispr. 1991, blz. I-659; zaak C-180/89, Commissie/Italië, ibid., blz. I-709; zaak C-198/89, Commissie/Griekenland, ibid., blz. I-727; arrest van 22 maart 1994, zaak C-375/92, Commissie/Spanje, Jurispr. 1994, blz. I-923. Zie ook mijn conclusie van 11 mei 1994 in zaak C-379/92, Peralta, arrest van 14 juli 1994, Jurispr. 1994, blz. I-3453, I-3456, par. 74-77).

9 — Arresten van 28 januari 1986, zaak 270/83, Commissie/Frankrijk, Jurispr. 1986, blz. 273, r. o. 18; 10 juli 1986, zaak 79/85, Segers, t. a. p. r. o. 13 en 13 juli 1993, zaak 330/91, Commerzbank, Jurispr. 1993, blz. I-4017, r. o. 13.

beslist, of zij haar statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging in Luxemburg heeft, aangezien deze criteria alternatief zijn en voldoening aan een ervan reeds volstaat. Het lijkt erop, dat in casu aan alle drie die criteria is voldaan.

19. De verrichter van een dienst in de zin van het gemeenschapsrecht is in de regel [10] in een andere Lid-Staat gevestigd dan de ontvanger van de dienst. Vestiging betekent echter het bestaan van een feitelijke en duurzame band met de economie van een Lid-Staat. Mijns inziens leveren de beschreven feitelijke omstandigheden van de oprichting van de vennootschap, de verkrijging van alle noodzakelijke vergunningen om te kunnen uitzenden, en de feitelijke aanvang van het omroepbedrijf voldoende aanwijzingen op om deze vestiging te kunnen aannemen.

20. Een omroepactiviteit die zich tot Nederland uitstrekt, respectievelijk voor Nederland is bestemd, voldoet ook aan het criterium van de grensoverschrijding. Het Hof heeft televisieuitzendingen steeds als dienstverrichtingen beschouwd [11], ongeacht hoe ze werden verspreid. [12] Zelfs de uitzending van reclameboodschappen valt onder deze kwalificatie [13]; hierbij kan ook nog van een dienstverrichting ten behoeve van reclamebureaus worden gesproken. [14]

De invloed van de „ontduikingsrechtspraak" op het bestaan van een dienstverrichting

21. De Nederlandse en de Duitse regering zijn, zoals gezegd, van mening, dat de omroepactiviteit van verzoekster niet als dienstverrichting in de zin van het gemeenschapsrecht kan worden beschouwd, aangezien de bedoeling van verzoekster om de Nederlandse mediawetgeving te ontduiken buiten twijfel staat. Uit de rechtspraak van het Hof op het gebied van de fundamentele vrijheden zou de regel zijn af te leiden, dat men zich niet op de gemeenschapsrechtelijk gewaarborgde vrijheden kan beroepen om de toepasselijke wettelijke regelingen te ontduiken.

22. Nu heeft de Raad van State ondubbelzinnig vastgesteld, dat er sprake is van een ontduikingsmanoeuvre. Het Hof is hieraan gebonden, want de vaststelling van de feiten

10 — Voor mogelijke uitzonderingen, zie de in noot 8 geciteerde rechtspraak.

11 — Expliciet: arrest van 30 april 1974, zaak 155/73, Sacchi, Jurispr. 1974, blz. 409, r. o. 6; impliciet: arresten van 18 juni 1991, zaak C-260/89, ERT, Jurispr. 1991, blz. I-2925, r. o. 19 e. v.; 25 juli 1991, zaak C-288/89, Collectieve Antennevoorziening Gouda, Jurispr. 1991, blz. I-4007; 25 juli 1991, zaak C-353/89, Commissie/Nederland, Jurispr. 1991, blz. I-4069, en 3 februari 1993, zaak C-148/91, Veronica Omroep Organisatie, Jurispr. 1993, blz. I-487.

12 — Arrest van 18 maart 1980 in zaak 52/79 (Debauve, t. a. p., r. o. 8).

13 — Zaak 52/79 (Debauve, t. a. p.).

14 — Arrest van 26 april 1988, zaak 352/85, Bond van Adverteerders, Jurispr. 1988, blz. 2085, r. o. 14.

is uitsluitend de zaak van de nationale rechter. Een andere vraag is, uit welke omstandigheden een dergelijke conclusie kan worden afgeleid, of daarbij enkel rekening mag worden gehouden met objectieve criteria of ook met subjectieve elementen zoals de bedoeling en motieven. Dit laatste levert moeilijkheden op, vooral wanneer het gaat om de beoordeling van gedragingen van een rechtspersoon. Op deze problematiek zal ik nog terugkomen.

23. Bij de verdere bespreking van de vraag, of er naar gemeenschapsrecht sprake is van een dienstverrichting, zal ik uitgaan van het oordeel van de nationale rechter, dat een wetsontduiking vaststaat.

24. Volgens het arrest Van Binsbergen [15] kan een Lid-Staat niet:

„het recht (...) worden ontzegd voorschriften te geven om te verhinderen dat de door artikel 59 gewaarborgde vrijheid door een dienstverrichter wiens werkzaamheid geheel of voornamelijk op zijn grondgebied is gericht, wordt gebruikt om zich te onttrekken aan de beroepsregels die, ware hij op het grondgebied van die Lid-Staat gevestigd, op hem van toepassing zouden zijn, *daar op zodanige situatie het hoofdstuk betreffende het recht van vestiging en niet dat betreffende de dienstverrichting van toepassing zou kunnen zijn*". [16]

25. In het bijzonder het laatste zinsdeel is aanleiding tot twijfel, welke juridische consequenties aan een geval van ontduiking van de toepasselijke beroepsregels door een dienstverrichter moeten worden verbonden. Betekent het, dat de dienstverrichter eventueel buiten het bereik van de regels betreffende het vrij verrichten van diensten valt en onder het vestigingsrecht wordt gebracht alsof hij zich in het bestemmingsland zou hebben gevestigd, of blijft hij principieel onder de vigeur van het hoofdstuk betreffende de dienstverrichting, met als gevolg dat de constitutieve elementen, zoals of de dienstverrichter in een ander staat dan de ontvanger van de dienst is gevestigd en of de dienstverrichting een grensoverschrijdend karakter heeft, moeten worden getoetst en hij bovendien nog aan de beroepsregels van het bestemmingsland van de dienst wordt onderworpen?

26. Zowel voor het standpunt van de Nederlandse en de Duitse regering als ook voor dat van de andere partijen is steun te vinden in de formulering van de relevante passage van het arrest Van Binsbergen.

15 — In dezelfde lijn ook de latere rechtspraak, b. v. arresten van 4 december 1986, zaak 205/84, Duitsland/Commissie, Jurispr. 1986, blz. 3755; 16 december 1992, zaak C-211/92, Commissie/België, Jurispr. 1992, blz. I-6757, r. o. 12, en 3 februari 1993, zaak C-148/91 (t. a. p., r. o. 12).

16 — Cf. zaak 33/74, Van Binsbergen, t. a. p., r. o. 13, (cursivering van mij).

27. De Commissie heeft overigens de problematiek onderkend en in haar schriftelijke opmerkingen overtuigend geanalyseerd. [17] De plaats van de „Van Binsbergen-rechtspraak" kan op twee manieren worden bezien: enerzijds als een criterium om onderscheid te maken tussen de werkingssfeer van artikel 52 en artikel 59 EEG-Verdrag. Voor deze visie pleit het laatste zinsdeel van de dertiende rechtsoverweging van het arrest Van Binsbergen [18] en ook de gevolgen van deze rechtspraak. Anderzijds kan men deze rechtspraak als *een uitzondering op artikel 59 EEG-Verdrag* beschouwen, die veronderstelt dat er in principe een dienstverrichting in de zin van artikel 59 bestaat.

28. Het onderscheid is in zoverre van belang, dat in de eerste visie *slechts* de wetgeving van het land waar de diensten worden verricht van toepassing zal zijn, terwijl in de tweede visie de dienstverrichter in ieder geval onderworpen is aan de wetgeving van de Lid-Staat waar hij (formeel) is gevestigd, en hij *bovendien* kan worden onderworpen aan de wetgeving van de staat waar de diensten worden verricht. De tweede visie heeft dus als duidelijk nadeel, dat zij leidt tot cumulatieve toepassing van twee, eventueel met elkaar onverenigbare regelingen. Niettemin geeft de Commissie aan deze laatste de voorkeur, omdat beschouwing van de „Van Binsbergen-rechtspraak" als een louter criterium ter onderscheiding van het recht van vestiging van dat van vrije dienstverrichting zou leiden tot ernstige rechtsonzekerheid.

29. De Commissie motiveert dit standpunt als volgt. De Lid-Staat waarin de dienst wordt verricht, is *niet verplicht* de op zijn grondgebied geldende beroepsregels toe te passen: de „Van Binsbergen-rechtspraak" geeft hem het recht zich „te verweren". Deze Lid-Staat mag — als de voorwaarden vervuld zijn — naleving van alle of slechts van een gedeelte van de beroepsregels voorschrijven; maar deze *mogelijkheid om op te treden* biedt geen houvast wat betreft de situatie in de Lid-Staat van formele vestiging. Mag deze laatste Lid-Staat geen enkele van de op zijn grondgebied geldende regels toepassen (de betrokken onderneming is immers in de eerste visie „gevestigd" in de Lid-Staat waar de diensten worden verricht) of enkel voor zover de andere Lid-Staat niet optreedt? In ieder geval zou de eerste visie een zeer nauwe samenwerking van de autoriteiten van de twee Lid-Staten vereisen.

30. Overigens geldt de „Van Binsbergen-rechtspraak" slechts voor de „beroepsregels". De Commissie is van mening, dat de „beroepsregels" — gelet op het feit dat de „Van Binsbergen-rechtspraak" (welke visie men ook volgt) zich situeert in de context van de verdragsbepalingen die betrekking hebben op het opheffen van beperkingen op het uitoefenen van een economische activiteit

17 — Zie memorie van de Commissie, blz. 10 e. v., nrs. 12 en 13.
18 — Geciteerd in par. 24.

in de Gemeenschap — die nationale bepalingen zijn die de toegang tot en de uitoefening van werkzaamheden regelen, in de zin van artikel 57 EG-Verdrag. Andere regelgeving, bijvoorbeeld op het gebied van het fiscale recht, de sociale zekerheid de ruimtelijke ordening enz., valt hierbuiten. De Lid-Staat waar de onderneming formeel is gevestigd, zou zo voor een moeilijk te overziene situatie komen te staan.

31. Aan deze juiste opmerkingen van de Commissie zou ik het volgende willen toevoegen. De visie waarin het arrest Van Binsbergen als onderscheidingscriterium voor de werkingssfeer van de bepalingen betreffende de vrije dienstverrichting en die van de vrijheid van vestiging wordt gezien, overtuigt mij niet, want dan moet in ieder geval ten dele worden geabstraheerd van de werkelijke plaats van vestiging van de dienstverrichter en worden uitgegaan van een fictieve vestiging in het bestemmingsland van de dienst. Afgezien van misbruik respectievelijk ontduikingsmanoeuvres hebben de bepalingen inzake de vrije dienstverrichting onmiskenbaar tot doel, dat diensten vrij van beperkingen kunnen worden verricht en zonder dat vestiging nodig is in de staat waar zich de ontvanger van de dienst bevindt. In het arrest Van Binsbergen en de latere rechtspraak [19] gaat het er zeker niet om, de vestiging te reglementeren, maar een bepaalde grensoverschrijdende werkzaamheid onder de toepasselijke beroepsregels te brengen.

32. In casu kan vanuit gemeenschapsrechtelijk oogpunt geen twijfel bestaan aan verzoeksters vestiging in Luxemburg. Het enige punt van discussie kan zijn, of en eventueel welke regels van het bestemmingsland toepasbaar zijn.

33. Ik ben dan ook van mening, dat gezien het arrest Van Binsbergen en de latere rechtspraak primair alleen de bepalingen betreffende de vrije dienstverrichting aan de orde zijn. Pas in het kader van de vrijheid van dienstverrichting kan dan als een grens respectievelijk een uitzondering op de vrijheid, onder bepaalde omstandigheden [20] het recht van het bestemmingsland worden toegepast alsof de dienstverrichter daar was gevestigd.

34. Tegen mijn standpunt pleit weliswaar de potentiële uitbreiding van het aantal toepasselijke wetgevingen, wat precies het tegenovergestelde is van wat met de vrijheid van dienstverrichting wordt bedoeld te bereiken. Toch kan dit argument niet de doorslag geven. Zoals alle uitzonderingsregelingen moet ook deze eng worden uitgelegd. Daar-

19 — Arresten van 26 november 1975, zaak 39/75, Coenen, Jurispr. 1975, blz. 1547; 7 februari 1979, zaak 115/78, Knoors, Jurispr. 1979, blz. 399; 4 december 1986, zaak 205/84, Commissie/Duitsland, Jurispr. 1986, blz. 3795; 27 september 1989, zaak 130/88, Van de Bijl, Jurispr. 1989, blz. 3039 en zaak C-148/91, (Veronica Omroep Organisatie, t. a. p.)

20 — Volgens de „Van Binsbergen-rechtspraak" komt toepassing van de beroepsregels objectief alleen in aanmerking wanneer, in de eerste plaats, de werkzaamheid van de dienstverrichter „geheel of voornamelijk" op het grondgebied van deze staat is gericht *en*, in de tweede plaats, hij de vrijheid van dienstverrichting gebruikt „om zich te onttrekken aan de beroepsregels die, ware hij op het grondgebied van die Lid-Staat gevestigd, op hem van toepassing zouden zijn" (cf. r. o. 13).

bij moet goed voor ogen worden gehouden, dat het enkel de beroepsregels zijn die de dienstverrichter tracht te ontduiken.

35. De potentiële toepassing van ook de beroepsregels van het bestemmingsland in geval van misbruik of ontduiking van nationale regelingen betekent dus niet een principiële uitsluiting van het betrokken geval van de werkingssfeer van de bepalingen betreffende de vrije dienstverrichting. De grensoverschrijdende omroepactiviteit van het hoofdgeding moet derhalve in overeenstemming met haar objectieve uiterlijke kenmerken worden gekwalificeerd als dienstverrichting in de zin van het gemeenschapsrecht.

37. De toepassing van het nationale recht is uitsluitend de bevoegdheid van de verwijzende rechter, en per saldo is de kwalificatie van een omroepinstelling als binnen-of buitenlands in de zin van de Mediawet toepassing van nationaal recht. De verwijzende rechter heeft echter twijfel, of de door hem voorgestane wetsuitleg in overeenstemming met het gemeenschapsrecht is. Daarom ook acht hij de prejudiciële vragen relevant en het prejudiciële verzoek noodzakelijk voor zijn beslissing. Het is vaste rechtspraak, dat het Hof in het kader van de prejudiciële procedure de verwijzende rechter de gegevens verschaft die deze nodig heeft om het hem voorgelegde geschil conform het gemeenschapspsrecht te beslissen. [21]

Beperkingsverbod als inhoud van de vrijheid van dienstverrichting

II — *De tweede vraag*

36. Voorts wil de nationale rechter weten, of de Lid-Staat van ontvangst in de omstandigheden van het geval het verrichten van de diensten aan beperkingen mag onderwerpen, des dat aan verzoekster de status van buitenlandse omroepinstelling in de zin van het nationale recht, die een gunstigere behandeling bij de toegang tot de markt impliceert ten opzichte van binnenlandse omroepinstellingen, wordt ontzegd en zij in plaats daarvan wordt behandeld als binnenlandse omroep.

38. Bij het vrij verrichten van diensten gaat het in essentie om de opheffing van beperkingen in de zin van artikel 59. Diverse beperkingen zijn denkbaar. In de eerste plaats vallen daar volgens de oude rechtspraak van het Hof onder „alle vereisten (...) welke aan de verrichter van de dienst, met name op grond van zijn nationaliteit of de omstandigheid dat hij geen vaste woonplaats heeft in de staat waar de dienst wordt verricht, worden gesteld en niet gelden voor op het nationale grondgebied gevestigde per-

21 — Arrest van 18 oktober 1990, gevoegde zaken C-297/88 en C-197/89, Dzodzi, Jurispr. 1990, blz. I-3763, r. o. 29 e. v.

sonen dan wel geëigend zijn de werkzaamheden van de dienstverrichter anderszins te beletten of te hinderen". [22]

39. Het beperkingsverbod, dat sinds het einde van de overgangsperiode rechtstreeks toepasselijk is [23], moet aldus primair als discriminatieverbod worden gezien. [24] Verboden zijn niet alleen openlijke verschillen in behandeling, maar ook verkapte discriminaties die ogenschijnlijk op neutrale criteria berusten, maar in feite tot hetzelfde resultaat leiden. [25] Nationale regelingen die niet zonder onderscheid van toepassing zijn op alle dienstverrichtingen ongeacht hun herkomst, zijn slechts verenigbaar met het gemeenschapsrecht, indien zij onder een uitdrukkelijke afwijkende bepaling, zoals artikel 56 EG-Verdrag, vallen. [26]

40. Ook nationale regelingen die zonder onderscheid van toepassing zijn, kunnen echter beperkingen opleveren. Dergelijke bepalingen die het werk van de in een andere Lid-Staat gevestigde dienstverrichter bemoeilijken, worden „overige beperkingen" genoemd en vallen mede onder het rechtstreeks toepasselijke beperkingsverbod. De grens tussen verkapte discriminaties en overige beperkingen is niet altijd even scherp te trekken. [27] In ieder geval kan uit de rechtspraak van het Hof worden afgeleid [28], dat elke bepaling die het vrije dienstenverkeer feitelijk of rechtens belemmert, een schending van artikel 59 EG-Verdrag *kan* opleveren, waarbij de belemmering in elk concreet geval aan artikel 59 moet worden getoetst. [29]

41. Gelet op de bijzondere aard van vele diensten kunnen bepaalde, aan de dienstverrichter gestelde specifieke eisen die uit de voor dat type werkzaamheden geldende regels voortvloeien, als verenigbaar met het Verdrag worden beschouwd. Het vrije dienstenverkeer mag echter enkel door zonder onderscheid toepasselijke regelingen worden beperkt die hun rechtvaardiging vinden in het algemeen belang, en alleen voor zover dit belang niet reeds wordt gewaarborgd door de regels waaraan de dienstverrichter in de staat van vestiging is onderworpen. [30]

42. Alom wordt aanvaard, dat het Hof met de toets, of bepaalde algemene belangen

22 — Zaak Van Binsbergen (t. a. p., r. o. 10); in dezelfde zin, arrest van 26 november 1975, zaak 39/75, Coenen, Jurispr. 1975, 1547, r. o. 6.

23 — Zaak Van Binsbergen (t. a. p., r. o. 23).

24 — Arrest van 25 juli 1991 in zaak C-288/89 (t. a. p., r. o. 10).

25 — Cf. mijn conclusie van 5 december 1990 in zaak C-154/89 (arrest van 26 februari 1991, Commissie/Frankrijk, Jurispr. 1991, blz. I-659, I-666, r. o. 27).

26 — Cf. zaak C-288/89, t. a. p., r. o. 11.

27 — Cf. conclusie van advocaat-generaal Jacobs van 21 februari 1991 in zaak C-76/90 (arrest van 25 juli 1991, Säger, Jurispr. 1991, blz. I-4221, I-4229, par. 20, 21 en 22).

28 — Arrest van 17 december 1981, zaak 279/80, Webb, Jurispr. 1981, 3305, r. o. 16; zaak 205/84 (Commissie/Duitsland, t. a. p.).

29 — Cf. mijn conclusie in zaak C-154/89 (t. a. p., r. o. 29).

30 — Zaak 205/84 (Commissie/Duitsland, t. a. p., r. o. 27); zaak 279/80 (Webb, t. a. p., r. o. 17).

reeds worden beschermd door de in de staat van vestiging van de dienstverrichter geldende wettelijke eisen, in de rechtspraak in de dienstensector heeft gekozen voor het herkomstlandbeginsel, in de lijn van de Cassis de Dijon-rechtspraak [31] op het gebied van het vrij verkeer van goederen. Tot de door het Hof reeds erkende dwingende redenen van algemeen belang behoren bij voorbeeld de ter bescherming van dienstenontvangers gegeven beroepsregels of de consumentenbescherming. [32]

43. Tenslotte moeten de eisen objectief noodzakelijk zijn voor de naleving van de beroepsregels en voor de bescherming van de belangen waartoe zij zijn gegeven. [33] Wat deze laatste twee punten betreft ben ik met advocaat-generaal Jacobs in zijn conclusie in de zaak Säger [34] van mening, dat hierin geen extra voorwaarde moet worden gezien voor toegestane beperkingen van het vrij verrichten van diensten. Mijns inziens gaat het om elementen van de evenredigheidstoetsing [35] die bij eventueel geoorloofde beperkingen dient plaats te vinden.

De toepassing van de criteria op de Mediawet door het Hof

44. In de zaken C-288/89 [36], C-353/89 [37] en C-148/91 [38] heeft het Hof deze abstracte criteria reeds toegepast op onderdelen van de Mediawet. Het stelde vast, dat de Mediawet is gericht op het behoud van een pluriform en a-commercieel omroepbestel en aldus aansluit bij een cultuurbeleid dat de vrijheid van meningsuiting van de diverse maatschappelijke stromingen in Nederland via de pers, de radio of de televisie beoogt te beschermen. [39] Dergelijke overwegingen van cultuurbeleid zijn doelstellingen van algemeen belang, die een Lid-Staat mag nastreven door aan het statuut van zijn eigen omroepinstellingen een passende vorm te geven. [40]

45. Op zich is er derhalve niets tegen de keuze van een Lid-Staat voor handhaving van een a-commerciële omroep. Een latere wetswijziging kan geen afbreuk doen aan de rechtmatigheid van de voordien gemaakte

31 — Arrest van 20 februari 1979, zaak 120/78, Rewe, Jurispr. 1979, blz. 649.

32 — Cf. zaak C-288/89 (t. a. p., r. o. 14). Daar worden andere erkende dwingende redenen opgesomd met de vindplaatsen in de Jurisprudentie.

33 — Zaken 110/78 en 111/78 (Van Wesemael, t. a. p., r. o. 30); zaak 205/84 (Commissie/Duitsland, t. a. p., r. o. 27).

34 — Conclusie in zaak C-76/90 (t. a. p., par. 29).

35 — Zaak 205/84 (Commissie/Duitsland, t. a. p., r. o. 41 ev.); zaak C-288/89 (Collectieve Antennevoorziening Gouda, t. a. p., r. o. 15).

36 — Arrest van 25 juli 1991 in zaak C-288/89 (t. a. p.).

37 — Arrest van 25 juli 1991 in zaak C-353/89 (t. a. p.).

38 — Arrest van 3 februari 1993 in zaak C-148/91 (t. a. p.).

39 — Zaak C-148/91 (t. a. p., r. o. 9), met verwijzing naar zaak C-353/89 (t. a. p., r. o. 3, 29 en 30) en zaak C-288/89 (t. a. p., r. o. 22 en 23).

40 — Zaak C-148/91 (t. a. p., r. o. 10), met verwijzing naar zaak C-353/89 (t. a. p., r. o. 41 en 42) en zaak C-288/89 (t. a. p., r. o. 23 en 24).

keuze. Blijkens de schriftelijke opmerkingen van partijen, bevestigd ter terechtzitting, was het juist deze beslissing van de wetgever die aan de oprichting van een commerciële zender in de weg stond en die tot oprichting van verzoekster leidde.

46. Uit de geciteerde rechtspraak blijkt verder, dat bepalingen die de structuur van een omroepinstelling regelen, ook wanneer ze zonder onderscheid worden toegepast op binnen- en buitenlandse omroepinstellingen, voor de buitenlandse een verboden beperking van de vrije dienstverrichting in de zin van artikel 59 EG-Verdrag kunnen opleveren. [41] Vanuit Nederlands oogpunt hebben buitenlandse omroepinstellingen derhalve een grotere vrijheid bij de juridische vormgeving van hun activiteiten, ook wanneer zij voor Nederland bestemde programma's uitzenden. Deze vrijheid is echter slechts relatief, omdat buitenlandse omroepinstellingen aan de eisen van hun vestigingsstaat moeten voldoen. Deze kunnen onder omstandigheden uiteraard wel liberaler zijn.

47. Artikel 66 Mediawet in de hier relevante redactie vormt conform het gemeenschapsrecht een zelfstandige rechtsgrondslag voor de toegang van uitzendingen van buitenlandse omroepen tot het Nederlandse kabelnet. De bepaling volgt, bezien vanuit de gemeenschapsrechtelijke systematiek, het herkomstlandbeginsel. Een vergelijkbare aanpak wat betreft de markttoegang voor programma's van buitenlandse omroepinstellingen is overigens voorgeschreven in artikel 2 van richtlijn 89/552/EEG [42] [43]; deze was echter in de relevante periode nog niet van toepassing. [44]

48. De oprichters van TV10 hebben blijkbaar van de mogelijkheden van het Luxemburgse mediarecht geprofiteerd en dit televisiestation opgericht, vermoedelijk in de hoop gebruik te kunnen maken van de grotere vrijheid die de wet aan buitenlandse omroepinstellingen biedt dan aan Nederlandse. Vanuit het oogpunt van het communautaire doel van de vrije keuze van de plaats van vestiging kan verzoeksters vestiging in Luxemburg niet worden bekritiseerd.

49. Voor de verdere bespreking moet worden aangenomen, dat de niet-discriminerende

41 — Zaak C-353/89 (Commissie/Nederland, t. a. p., r. o. 40 e. v.)

42 — Zie noot 5.

43 — Zie ook de twaalfde, veertiende en vijftiende alinea van de considerans van de richtlijn: „Overwegende dat het derhalve noodzakelijk en toereikend is dat alle uitzendingen voldoen aan de wettelijke voorschriften van de Lid-Staat van waaruit zij worden uitgezonden; (...) Overwegende dat in het kader van de gemeenschappelijke markt alle radio-en televisie-uitzendingen die afkomstig zijn uit en bedoeld zijn voor ontvangst in de Gemeenschap, met name die welke bedoeld zijn voor ontvangst in een andere Lid-Staat, moeten voldoen aan de wettelijke voorschriften van de Lid-Staat van uitzending die gelden voor televisie-uitzendingen die bedoeld zijn voor ontvangst door het publiek in die Lid-Staat, *en aan de bepalingen van deze richtlijn*; Overwegende dat de verplichting voor de Lid-Staat van uitzending toe te zien op de naleving van het nationale recht, zoals dit door deze richtlijn is gecoördineerd, voldoende is om, voor wat het Gemeenschapsrecht betreft, het vrije verkeer van uitzendingen te waarborgen, zonder tweede controle op dezelfde gronden in elke Lid-Staat van ontvangst."

44 — Artikel 25 van de richtlijn.

toepassing van de Nederlandse bepalingen ter verhindering van commerciële televisie — die wat betreft binnenlandse omroepinstellingen weliswaar niet aantastbaar zijn [45] — ten opzichte van buitenlandse omroepen een verboden beperking in de zin van artikel 59 EEG-Verdrag oplevert. De kernvraag is dan, of de Lid-Staat op grond van de bijzondere omstandigheden van het geval bij wijze van uitzondering de voor binnenlandse omroepinstellingen geldende bepalingen kan inroepen tegen de omroepactiviteit van verzoekster, teneinde haar programma's niet tot het Nederlandse kabelnet toe te laten.

De „ontduikingsrechtspraak" van het Hof

50. Zoals reeds aangestipt, kan op het gebied van de fundamentele vrijheden uit de rechtspraak van het Hof de regel worden afgeleid, dat in geval van ontduiking van nationale voorschriften resp. misbruik van de gemeenschapsrechtelijke vrijheden de betrokkene geen beroep op de fundamentele vrijheden toekomt.

51. Op het gebied van het vrij verkeer van goederen besliste het Hof in verband met een zonder onderscheid geldend systeem van vaste boekenprijzen, dat dit op zich een verboden maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbeperking is. Dit wordt anders, wanneer uit objectieve omstandigheden zou blijken „dat de betrokken boeken enkel zijn uitgevoerd met het doel ze opnieuw in te voeren teneinde een wettelijke regeling als de onderhavige te ontduiken". [46] Op het gebied van het vrij verkeer van werknemers besliste het Hof in een arrest over studietoelagen, dat aan de hand van objectieve factoren vaststelbare misbruiken, bijvoorbeeld dat een werknemer zich naar een andere Lid-Staat begeeft met het enkele doel om daar, na een zeer korte periode van beroepswerkzaamheid, aanspraak te kunnen maken op steun voor studenten, niet door de ter zake toepasselijke bepalingen van gemeenschapsrecht wordt gedekt. [47] Soortgelijke beslissingen van het Hof zijn te vinden op het gebied van de vrijheid van vestiging en het verrichten van diensten. In het arrest Knoors [48] bij voorbeeld overwoog het Hof:

„Evenwel mag niet worden miskend dat een Lid-Staat er een gerechtvaardigd belang bij kan hebben te verhinderen dat enige zijner onderdanen de krachtens het Verdrag

45 — De Lid-Staten hebben ook na de inwerkingtreding van richtlijn 89/552 de mogelijkheid om strengere regels te stellen aan omroepinstellingen die onder hun bevoegdheid vallen: cf. artikel 3, lid 1, van de richtlijn en dertiende alinea van de considerans: „Overwegende dat in deze richtlijn het noodzakelijke minimum wordt geregeld om het vrije verkeer van radio-en televisie-uitzendingen tot stand te brengen; dat de richtlijn derhalve de bevoegdheid van de Lid-Staten en hun lagere overheden tot regeling van de organisatie, met inbegrip van het stelsel van concessies, administratieve vergunningen of belastingen, de financiering en de inhoud van de programma's onverlet laat; dat autonome culturele ontwikkelingen in de Lid-Staten en het behoud van het culturele pluralisme in de Gemeenschap derhalve net zozeer als tot dusverre mogelijk blijven."

46 — Arrest van 10 januari 1985, zaak 229/83, Leclerc, Jurispr. 1985, blz. 1, r. o. 27 en dictum. In dezelfde zin arresten van 11 juli 1985, zaak 299/83, Leclerc, Jurispr. 1985, blz. 2515 en 10 juli 1986, zaak 95/84, Boriello, Jurispr. 1986, blz. 2253.

47 — Arrest van 21 juni 1988, zaak 39/86, Lair, Jurispr. 1988, blz. 3161, r. o. 43.

48 — Arrest van 7 februari 1979 in zaak 115/78, Knoors, Jurispr. 1979, blz. 399, r. o. 25.

geschapen mogelijkheden misbruiken om te trachten zich te onttrekken aan de werkingssfeer van hun nationale wetgeving op het gebied van de vereiste vakkennis."

52. In dezelfde richting gaat het arrest Van Binsbergen en de latere rechtspraak op het gebied van het vrij verrichten van diensten. In de relevante passage [49] heeft het Hof beslist, dat een Lid-Staat niet het recht kan worden ontzegd voorschriften te geven om te verhinderen dat een dienstverrichter wiens werkzaamheid geheel of voornamelijk op zijn grondgebied is gericht, de door artikel 59 gewaarborgde vrijheid gebruikt om zich te onttrekken aan de beroepsregels die, ware hij op het grondgebied van die Lid-Staat gevestigd, op hem van toepassing zouden zijn. [50]

In het arrest Van de Bijl [51] is inhoudelijk dezelfde overweging te vinden, met dit verschil dat het Hof in plaats van de uitdrukking „voorschriften te geven" de formulering „maatregelen te treffen" gebruikt. En in het zowel in tijd als inhoudelijk het meest bij deze zaak aansluitende Veronica-arrest [52], waarin het Hof de beginselen toepaste op een casus in de omroepsfeer, komt inhoudelijk dezelfde overweging terug in combinatie met de uitdrukking „maatregelen treffen". In plaats van „beroepsregels" wordt de algemenere term „regels" gebruikt. [53]

53. Per saldo kan worden geconcludeerd, dat een Lid-Staat het recht heeft *maatregelen* te treffen om te verhinderen dat een dienstverrichter wiens werkzaamheid geheel of gedeeltelijk op zijn grondgebied is gericht, zich met een beroep op de vrijheid van dienstverrichting onttrekt aan de voorschriften die het betrokken beroep regelen. [54]

Consequenties voor het onderhavige geval

54. De voorschriften waarvan de ontduiking in casu aan de orde is, bevatten regels voor de uitoefening van omroepactiviteiten. Dit zijn zonder twijfel beroepswerkzaamheden, zodat deze voorschriften onder het begrip „beroepsregels" in ruimere zin vallen.

49 — Geciteerd in par. 24.

50 — Cf. r. o. 13 van het arrest (t. a. p.). Cf. ook zaak 39/75 (t. a. p., r. o. 8-11) en arrest van 4 december 1986 (zaak 205/84, Commissie/Duitsland, t. a. p., r. o. 22) waarin het Hof deze rechtsoverweging letterlijk herhaalde.

51 — Arrest van 27 september 1989 (zaak 130/88, Jurispr. 1989, blz. 3039, r. o. 26).

52 — Arrest van 3 februari 1993 (zaak C-148/91, t. a. p., r. o. 12).

53 — In het arrest van 16 december 1992 (zaak C-211/91, Commissie/België, Jurispr. 1992, blz. I-6757, r. o. 12) werd de toepassing van de ontduikingscriteria onderzocht, doch afgewezen.

54 — Opmerking verdient in dit verband het antwoord van de Commissie op de schriftelijke vraag nr. 1101/89. Tijdens het overleg in de Raad over de goedkeuring van richtlijn 89/552 had zij verklaard, dat zij er bij de uitoefening van haar taak en de uitlegging van het recht, op zou toezien dat de jurisprudentie van het Hof inzake het ontduiken van de nationale voorschriften in acht wordt genomen, waarna zij refereerde aan het arrest Van Binsbergen (PB 1990, C 125, blz. 34).

55. De vraag, of de activiteiten van verzoekster geheel of in ieder geval voornamelijk op Nederland zijn gericht, moet volgens objectieve criteria worden beantwoord. Programma-inhoud, taal en reclameberichten leveren aanwijzingen voor die oriëntatie. Een bijkomend punt is, dat verzoekster haar uitzendingen volledig heeft gestopt, toen haar programma's niet tot het Nederlandse kabelnet werden toegelaten.

56. Wil een Lid-Staat bevoegd zijn om maatregelen te treffen, moet komen vast te staan, dat de dienstverrichter de vrijheid van dienstverrichting in de zin van het gemeenschapsrecht gebruikt om zich te onttrekken aan de in het land van bestemming van de diensten geldende regelingen.

57. De Commissie heeft dit element in haar schriftelijke opmerkingen als subjectieve voorwaarde gekwalificeerd, doch hiervan ter terechtzitting afstand genomen. In dit verband is de vraag, van welke aard het „onttrekken" moet zijn en op grond van welke omstandigheden dit kan worden vastgesteld. Spelen subjectieve factoren een rol — bij rechtspersonen zal dit op grote bewijsproblemen stuiten — of moet het onttrekken uit objectieve omstandigheden blijken?

58. Zowel in de schriftelijke opmerkingen van partijen als ter terechtzitting is herhaaldelijk benadrukt, dat de ontduiking van de Nederlandse regeling in feitelijk opzicht reeds bindend is vastgesteld door de verwijzende rechter. Verzoekster heeft evenwel mijns inziens terecht gesteld, dat de nationale rechter weliswaar de feiten vaststelde, maar dat de gemeenschapsrechtelijke waardering daarvan de taak is van het Hof. De vaststelling van een ontduiking van de wet resp. van het zich daaraan onttrekken is een juridische waardering van feiten, die niet geheel aan de bevoegdheid van het Hof kan worden onttrokken. In ieder geval de grenzen van deze juridische waardering vallen onder de controle van het Hof. [55]

59. In de eerste plaats moet worden nagegaan, op grond van welke omstandigheden de ontduiking kan worden vastgesteld. Een wetsontduiking resp. rechtsmisbruik berust meestal op een daarop gerichte bedoeling, zonder twijfel een subjectief element. De door de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen bepleite interpretatie van de Van Binsbergen-rechtspraak in de zin van een objectieve en een subjectieve voorwaarde ligt daarom voor de hand. In de arresten Van Binsbergen, Coenen, Knoors en Van de Bijl ging het telkens om de waardering van het gedrag van natuurlijke personen en kon dus ook rekening worden gehouden met de bedoeling en de motieven.

55 — Dit lijkt ook de visie van de nationale rechter, daar hij de door hem vastgestelde feitelijke situatie aan het oordeel van het Hof voorlegt.

60. Bij een juridisch relevante gedraging van een rechtspersoon die door middel van haar organen handelt, ligt de situatie wat de omzetting van subjectieve elementen in de werkelijkheid betreft fundamenteel anders. De rechtspersoon als zodanig kan geen subjectieve houding ontwikkelen. Ethisch verantwoordelijk handelen alleen natuurlijke personen, wat bijvoorbeeld van principieel belang is voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van een persoon. Binnen de rechtsorde, die aan de rechtspersoon een plaats in het rechtsleven heeft ingeruimd en haar rechtsbevoegdheid heeft verleend, komen vele toerekeningsbepalingen voor, die de door natuurlijke personen verwezenlijkte handelingen van organen als handelingen van de rechtspersoon aanmerken. Die toerekening kan gaan tot de erkenning van het daderschap van de rechtspersoon. Wat de concrete inhoud van de toerekeningsnormen betreft, bestaan aanzienlijke verschillen tussen de rechtstelsels van de Lid-Staten.

61. Om in het gemeenschapsrecht te kunnen komen tot een voor alle Lid-Staten geldende uniforme toerekening van het handelen van natuurlijke personen aan een rechtspersoon is mijns inziens een rechtsvergelijkende studie onmisbaar. Zonder voorafgaande uitwerking van een gemeenschappelijke rechtsgrondslag is het gebruik van subjectieve criteria voor de beoordeling van het juridisch relevante optreden van een rechtspersoon naar mijn mening een hachelijke zaak. Ik meen dan ook, dat de ontduiking van wetsbepalingen door een rechtspersoon aan de hand van objectieve criteria dient te worden vastgesteld.

62. Maar ook wanneer men aanneemt dat alleen met objectieve elementen rekening mag worden gehouden blijft het de vraag, in hoeverre daarbij door het gemeenschapsrecht grenzen worden getrokken. In casu heeft de verwijzende rechter kennelijk mede de nationaliteit van de oprichters van verzoekster, de nationaliteit van de bestuurders en die van de werknemers in aanmerking genomen.

63. Ingevolge de wetgevende beslissing van de Lid-Staten in artikel 58 EG-Verdrag kan de nationaliteit van de aandeelhouders van een vennootschap respectievelijk van haar bestuurders in ieder geval niet in aanmerking worden genomen ter bepaling van de zetel van de vennootschap en dus van de verbondenheid van een vennootschap met de rechtsorde van een bepaalde Lid-Staat. [56] In het arrest Factortame [57] heeft het Hof aanknoping aan de nationaliteit van de aandeelhouders en de bestuurders van een vennootschap in strijd met het gemeenschapsrecht geoordeeld wegens discriminatie op grond van nationaliteit. [58] De nationaliteit van de natuurlijke personen die achter een vennootschap staan, lijkt derhalve — althans wat onderdanen van de Gemeenschap betreft — naar gemeenschapsrecht niet te mogen worden meegewogen.

64. Anderzijds is het zo, dat in een geval van potentiële wetsontduiking reeds de oprich-

56 — Arresten van 28 januari 1986, zaak 270/83, Commissie/Frankrijk, Jurispr. 1986, blz. 273, r. o. 18, en 10 juli 1986, zaak 79/85, Segers, Jurispr. 1986, blz. 2375, r. o. 13.

57 — Arrest van 25 juli 1991, zaak C-221/89, Factortame, Jurispr. 1991, blz. I-3905, r. o. 33.

58 — Zaak C-221/89 (t. a. p., r. o. 32).

ting van een rechtspersoon onderdeel kan zijn van een ontduikingsmanoeuvre. Niettemin ben ik van mening, dat de nationaliteit van de natuurlijke personen als criterium valt af te wijzen wegens het daaraan verbonden gevaar van discriminatie van onderdanen van de Gemeenschap, het verbod waarop in het gemeenschapsrecht de rang heeft van een grondrecht.

65. De ontduiking van nationale bepalingen zou op grond van objectieve gegevens moeten kunnen worden vastgesteld, zoals bijvoorbeeld het tijdstip van aanvang, de inhoud en de oriëntatie van de activiteiten van de vennootschap. Bij de beoordeling kunnen ook zakelijke bindingen een rol spelen. In zaak 250/85 [59] is het Hof voor de gemeenschapsrechtelijke toetsing van het handelen van een rechtspersoon uitgegaan van het groepsoptreden in zijn geheel in plaats van zich te beperken tot de formele verdeling van diverse taken van de groep over zelfstandige vennootschappen, waardoor bepaalde gedragingen zouden zijn uitgesloten.

66. Ik ben derhalve van mening, dat ontduiking van nationale beroepsregels op grond van objectieve omstandigheden moet worden vastgesteld, die losstaan van de nationaliteit van de natuurlijke personen — gemeenschapsonderdanen die achter de vennootschap staan en door welke zij handelt.

67. Een definitief oordeel te geven over de feiten die aan het geschil ten grondslag liggen is niet aan het Hof, doch aan de verwijzende rechter. Niettemin meen ik, dat de voor het Hof aangevoerde feitelijke omstandigheden al aanwijzingen voor een ontduiking opleveren, zoals bijvoorbeeld de objectieve onmogelijkheid van een omroep in de door verzoekster gekozen vorm in Nederland, de samenstelling en oriëntatie van de programma's en de algehele stopzetting van de uitzendingen toen haar programma's niet tot het Nederlandse kabelnet werden toegelaten. De produktie van de programma's in Nederland door een vennootschap waarmee eventueel bijzondere banden bestaan, kan eveneens meewegen.

68. Komt de ontduiking van nationale voorschriften betreffende de beroepsuitoefening op grond van objectieve omstandigheden vast te staan, kan het feit dat een rechtspersoon gezien zijn zetel behoort tot de rechtsorde van een andere Lid-Staat, niet in de weg staan aan maatregelen van de eerste Lid-Staat om de ontduiking te verhinderen. Die maatregelen behoeven niet te bestaan in de vaststelling van regels; ook het zonder onderscheid toepassen van bestaande nationale regels is mogelijk. Of dit juridisch-technisch zo gebeurt, dat de tot de rechtsorde van een andere Lid-Staat behorende rechtspersoon wordt behandeld als een binnenlandse rechtspersoon doordat hem de status van buitenlandse omroepinstelling wordt ont-

59 — Arrest van 5 oktober 1988, zaak 250/85, Brother/Raad, Jurispr. 1988, blz. 5683, r. o. 16.

houden, is uiteindelijk een zaak van de Lid-Staat. In ieder geval is deze bevoegd om de poging van een onderneming om zich aan zijn rechtsmacht te onttrekken, te verijdelen door haar in zoverre te behandelen alsof zij aan zijn rechtsmacht was onderworpen.

De artikelen 10 en 14 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM)

69. Rest de vraag, of dit tussenresultaat de toets van de artikelen 10 en 14 EVRM kan doorstaan. In de tweede prejudiciële vraag worden de effecten van deze bepalingen op de gemeenschapsrechtelijke beoordeling van de onderhavige problematiek uitdrukkelijk aan de orde gesteld.

70. Ter terechtzitting is dit aspect vrijwel niet besproken. In hun schriftelijke opmerkingen hebben partijen, kort gezegd, het volgende betoogd.

71. *Verzoekster* meent, dat haar gemeenschapsrechtelijke argumentatie aan kracht wint doordat de door artikel 10 EVRM beschermde vrijheid van meningsuiting in het geding is. Van haar te verlangen dat zij aan alle vestigingseisen voldoet, die in het relevante tijdvak uitsluitend een publiek bestel betroffen waartoe TV10 juist niet wenste te behoren, zou leiden tot een volledig en daadwerkelijk verbod op al haar ondernemingsactiviteiten. Aangezien deze beschermde vrijheid een grondrecht is, mogen de communautaire bepalingen niet zo worden uitgelegd dat de vrijheid van dienstverrichting wordt uitgehold.

72. Dit klemt temeer, omdat de Nederlandse autoriteiten ten tijde van de relevante feiten het programma van een andere Luxemburgse omroepinstelling hadden toegelaten. Ook al had Nederland van TV10 mogen eisen dat zij zich op Nederlands grondgebied vestigde, had ingevolge artikel 10 juncto artikel 14 EVRM bij de vaststelling van de voorwaarden van die vestiging in aanmerking moeten worden genomen, dat bij die beslissing niet mocht worden gediscrimineerd naar status.

73. Volledigheidshalve vermeldt verzoekster nog, dat zij na de uitspraak van de verwijzende rechter, voor zover die een eindoordeel bevat, een klacht tegen het Koninkrijk der Nederlanden heeft ingediend bij de Europese Commissie voor de bescherming van de rechten van de mens in Straatsburg.

74. De *Nederlandse regering* uit twijfel aan de bevoegdheid van het Hof om uitspraak te doen over het door de verwijzende rechter opgeworpen EVRM-aspect. Anderzijds refereert zij aan de uitspraak van het Hof in de ERT-zaak. [60] Voor het geval dat het Hof zich bevoegd zou achten om nader in te gaan op dit aspect, merkt de Nederlandse regering ten aanzien van artikel 10 EVRM op, dat de uit de toepassing van de Mediawet voortvloeiende beperkingen voor de diensten van verzoekster gerechtvaardigd zijn ter wille van de bescherming van de openbare orde en de rechten van anderen, als bedoeld in het tweede lid. De verwijzende rechter heeft deze conclusie ook reeds zelf getrokken. Wat het beginsel van gelijke behandeling betreft, is verzoekster als niet-buitenlandse omroepinstelling aan dezelfde regels onderworpen als Nederlandse omroepinstellingen. Daarom kan van discriminatie in de zin van artikel 14 EVRM tussen TV10 en dergelijke Nederlandse omroepinstellingen geen sprake zijn. Ook dit zou reeds door de verwijzende rechter zijn vastgesteld.

75. De *regering van de Bondsrepubliek Duitsland* wijst om te beginnen op het doel van artikel 10 EVRM, te weten „dat de burgers van de Lid-Staten zich niet alleen door de omroepprogramma's van hun eigen Lid-Staat, maar ook door die van de andere Lid-Staten vrij kunnen laten informeren en dat zij deze programma's — voor zover technisch mogelijk — vrij kunnen ontvangen". Zij stelt verder:

„De supranationale wetgeving gaat ervan uit, dat een programma wordt verzorgd overeenkomstig het daarop toepasselijke rechtsstelsel, dus volgens het omroepbestel van de betrokken Lid-Staat. Dit geldt voor de op de desbetreffende Lid-Staat gerichte programma's, doch volgens de geest van artikel 10 EVRM niet voor die programma's die worden verzorgd met de bedoeling om zich door middel van de keuze van de vestigingsplaats te onttrekken aan de bepalingen van het nationale omroepbestel." [61]

76. De Duitse regering acht het door haar verdedigde standpunt, dat een omroeporganisatie geen beroep op artikel 59 EEG-Verdrag toekomt wanneer zij daarmee het nationale omroepbestel tracht te ontduiken, niet in strijd met de artikelen 10 en 14 EVRM. Weliswaar is er in beginsel sprake van een aantasting van de „free flow of information" wanneer vanuit een andere Lid-Staat uitgezonden programma's aan nationale beperkingen worden onderworpen. Dit wordt echter anders in het geval van ontdui-

60 — Arrest van 18 juni 1991, zaak C-260/89, ERT, Jurispr. 1991, I-2925, r. o. 42-44.

61 — Cf. memorie van de Duitse regering, blz. 11.

king. Dan gelden dezelfde overwegingen als bij ontduiking van de bepalingen van het EEG-Verdrag. Artikel 10 EVRM heeft niet ten doel, een omroeporganisatie in staat te stellen tot ontduiking van rechtmatige nationale regelgeving. Dit is eveneens het standpunt van het Europese Hof van de rechten van de mens, dat het toelaatbaar heeft geacht dat de autoriteiten van een verdragstaat een in het buitenland gevestigde zender als binnenlandse zender aanmerken, wanneer deze vanuit het buitenland wordt geëxploiteerd om de binnenlandse omroepwetgeving te ontduiken. [62]

77. Wat een eventuele schending van het discriminatieverbod van artikel 14 EVRM betreft, betoogt de Duitse regering, dat hetgeen in het kader van artikel 10, lid 2, EVRM toelaatbaar is om ontduiking te verhinderen, objectief gerechtvaardigd en dus niet willekeurig is. Een beroep op het discriminatieverbod, wegens het feit dat verzoekster anders dan andere buitenlandse omroepinstellingen als binnenlandse omroepinstelling wordt behandeld, is door de ontduiking „per se" uitgesloten.

78. De *Commissie* merkt op, dat de artikelen 10 en 14 EVRM geen invloed hebben op de hier aan de orde zijnde vragen. Artikel 10 van het Verdrag waarborgt het recht op vrijheid van meningsuiting. Het tweede lid laat echter toe, dat de uitoefening van dit recht aan formaliteiten, voorwaarden en beperkingen wordt onderworpen, welke bij de wet worden voorzien en nodig zijn in een democratische samenleving. Artikel 14 verbiedt discriminatie ten aanzien van de in het Verdrag gewaarborgde rechten en vrijheden. Niet is gesteld, dat de in Nederland voor aldaar gevestigde omroepen geldende beroepsregels strijdig zouden zijn met artikel 10 EVRM. De Commissie ziet dan ook niet in, hoe het opleggen van deze regels aan in het buitenland gevestigde ondernemingen strijdig zou zijn met de artikelen 10 en 14 EVRM in een specifieke situatie als die bedoeld in de „Van Binsbergen-rechtspraak", waarbij een onderneming zich doelbewust onttrekt aan de toepassing van regels die op zich in overeenstemming zijn met het EVRM.

79. Het Hof is reeds verschillende keren gevraagd om toepassing en uitleg van bepalingen van het EVRM. Over zijn bevoegdheid om wettelijke maatregelen aan het Europees Verdrag te toetsen, heeft het verklaard:

„Weliswaar heeft het Hof tot taak, de eerbiediging van de grondrechten op de door het

62 — Arrest van het EHRM van 28 maart 1990, nr. 14/1988/158/214, Groppera Radio AG e. a./Zwitserland, Publ. CEDH, Serie A, Vol. 173, r. o. 72.

gemeenschapsrecht geregelde gebieden te verzekeren, doch het is niet bevoegd om de verenigbaarheid met het Europees Verdrag te beoordelen van een nationale wet die (...) betrekking heeft op een gebied dat onder de bevoegdheid van de nationale wetgever valt." [63]

80. Nu behoren de door het Europees Verdrag beschermde grondrechten, in het bijzonder het in artikel 10 gewaarborgde recht op vrije meningsuiting, echter tot de fundamentele rechten die door de communautaire rechtsorde worden beschermd. [64] In het arrest ERT greep het Hof een prejudiciële vraag over artikel 10 EVRM aan voor een fundamentele uitspraak over de verhouding tussen het gemeenschapsrecht en het EVRM. Verwijzend naar de arresten Nold [65], Johnston [66] en Wachauf [67] overwoog het Hof, dat de fundamentele rechten volgens vaste rechtspraak een integrerend deel uitmaken van de algemene rechtsbeginselen welker eerbiediging het Hof verzekert. Het laat zich daarbij leiden door de constitutionele tradities die aan de Lid-Staten gemeen zijn, alsmede door de aanwijzingen die de internationale wilsverklaringen inzake de bescherming van de rechten van de mens verschaffen, waaraan de Lid-Staten hebben meegewerkt of waarbij zij zich hebben aangesloten. Hierbij komt aan het Europees Verdrag bijzondere betekenis toe. Daaruit volgt, dat in de Gemeenschap geen maatregelen kunnen worden toegelaten die zich niet verdragen met de aldus erkende en gewaarborgde rechten van de mens. [68]

81. Verwijzend naar de arresten Cinéthèque [69] en Demirel [70] overwoog het Hof verder, dat het een nationale wettelijke regeling die niet binnen het kader van het gemeenschapsrecht valt, niet kan toetsen aan het Europees Verdrag. „Zodra daarentegen een dergelijke wettelijke regeling binnen het toepassingsgebied van het gemeenschapsrecht komt, moet het Hof ingeval het om een prejudiciële beslissing wordt verzocht, alle uitleggingsgegevens verschaffen die de nationale rechter nodig heeft om de verenigbaarheid te kunnen beoordelen van die regeling met de fundamentele rechten waarvan het Hof de eerbiediging verzekert, in het bijzonder die welke in het Europees Verdrag zijn neergelegd." [71]

82. Wanneer in de toepassing van de „ontduikingsrechtspraak" een uitzondering op de vrijheid van dienstverrichting wordt gezien, is hetgeen het Hof in de ERT-zaak verder

63 — Arrest van 11 juli 1985, gevoegde zaken 60/84 en 61/84, Cinéthèque, Jurispr. 1985, blz. 2605, r. o. 26.

64 — Cf. arrest van 25 juli 1991 (zaak C-353/89, Commissie/Nederland, Jurispr. 1991, I-4069, r. o. 30) en de verwijzing naar zaak 4/73 (arrest van 14 mei 1974, Nold, Jurispr. 1974, blz. 491, r. o. 13).

65 — Zaak 4/73 (t. a. p., r. o. 13).

66 — Arrest van 15 mei 1986, zaak 222/84, Jurispr. 1986, blz. 1651, r. o. 18.

67 — Arrest van 13 juli 1989, zaak 5/88, Jurispr. 1989, blz. 2609, r. o. 19.

68 — Zaak C-260/89 (t. a. p., r. o. 41).

69 — Gevoegde zaken 60/84 en 61/84 (t. a. p., r. o. 26).

70 — Arrest van 30 september 1987, zaak 12/86, Jurispr. 1987, blz. 3719, r. o. 28.

71 — Arrest in zaak C-260/89 (t. a. p., r. o. 42).

overwoog, van bijzonder belang voor de onderhavige zaak. Het verklaarde namelijk:

„In het bijzonder wanneer een Lid-Staat zich beroept op het bepaalde in artikel 56 juncto artikel 66 ter rechtvaardiging van een regeling die de uitoefening van de vrijheid van dienstverrichting kan belemmeren, moet deze door het gemeenschapsrecht geboden rechtvaardigingsgrond worden uitgelegd in het licht van de algemene rechtsbeginselen en met name de fundamentele rechten. Aldus kan de betrokken nationale regeling slechts in aanmerking komen voor de in artikel 56 juncto artikel 66 genoemde uitzonderingen, wanneer zij in overeenstemming is met de fundamentele rechten waarvan het Hof de eerbiediging verzekert." [72]

83. Wat hun structuur betreft passen deze overwegingen evenzeer op het onderhavige geval. Het Hof kwam in de ERT-zaak tot de volgende conclusie:

„Daaruit volgt, dat de nationale rechter, en in voorkomend geval het Hof, in een dergelijk geval de toepassing van die bepalingen dient te toetsen aan alle regels van het gemeenschapsrecht, daaronder begrepen de in artikel 10 van het Europees Verdrag neergelegde vrijheid van meningsuiting, zijnde een algemeen rechtsbeginsel waarvan het Hof de eerbiediging verzekert". [73]

84. Wat betreft de concrete toepassing van de aldus door het Europees Verdrag gedefinieerde algemene rechtsbeginselen is het Hof steeds terughoudend geweest. In de gevoegde zaken 46/87 en 227/88 [74] waarin een schending van artikel 8 EVRM was gesteld, constateerde het Hof in een enkele zin dat de bepaling niet toepasselijk was, waaraan het toevoegde:

„Voor het overige moet worden vastgesteld, dat er dienaangaande geen rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens bestaat." [75]

85. Over de toepassing van de artikelen 10 en 14 EVRM op soortgelijke gevallen als het onderhavige bestaat daarentegen wel rechtspraak van het Europees Hof van de rechten van de mens. In de zaak Groppera Radio AG e. a./Zwitserland [76] oordeelde het Europees Hof omtrent de rechtvaardiging van beperkingen op de verspreiding van omroepuitzendingen per kabel:

„Ten slotte moet in het bijzonder erop worden gewezen, dat de gekozen aanpak zeer wel noodzakelijk kon lijken om wetsontdui-

72 — Zaak C-260/89 (t. a. p., r. o. 43).

73 — Zaak C-260/89 (t. a. p., r. o. 44).

74 — Arrest van 21 september 1989, Hoechst, Jurispr. 1989, blz. 2859.

75 — Gevoegde zaken 46/87 en 227/88 (t. a. p., r. o. 18).

76 — Arrest van het EHRM van 28 maart 1990 — 14/1988/158/214 (t. a. p., voetnoot 61).

king te verhinderen; het betrof niet een soort van censuur op de inhoud of de teneur van de betrokken programma's, maar een maatregel tegen een omroep die de autoriteiten van de aangesproken staat op goede gronden als een Zwitserse omroep konden beschouwen, die aan de andere kant van de grens werd geëxploiteerd om de in Zwitserland geldende telecommunicatieregeling te ontduiken. De overheidsinstanties hebben derhalve in het onderhavige geval de hun door het Verdrag toegekende discretionaire marge niet overschreden." [77]

86. In dit geval was de meerderheidsopvatting van de bij het arrest betrokken rechters, dat de omroepactiviteit van de verzoekster volgens het recht van de staat van uitzending illegaal was. In zoverre zou er een verschil bestaan met het hier door het Hof te beslissen geval. Uit het afwijkende standpunt van de rechters Petitti, Bernhard en De Meyer kan evenwel worden opgemaakt, dat geenszins vaststond dat de omroepactiviteit illegaal was.

87. In een beslissing van de Europese Commissie voor de rechten van de mens [78] wordt in het kader van artikel 10, lid 2, verklaard:

„The Commission notes that the recent changes in the Media Act have not affected the position of broadcasting institutions established abroad with the evident intention of evading the Dutch statutory regulations for national broadcasting institutions. They are not regarded as foreign broadcasting institutions, but as national broadcasting institutions subject to the rules on broadcasting applicable to such institutions. The commission notes that, while the applicant company is incorporated under British law and has its seat in the United Kingdom, the programme at issue is specifically intended for the Dutch public. In these circumstances and having regard to the fact that both the company and the Cable One programme have other strong links with the Netherlands, the Dutch authorities could reasonably consider that these broadcasts should be subject to those rules which normally apply to Dutch broadcasting institutions. There is no indication that these rules, insofar as they are relevant to the present case, involve restrictions which would be in violation of Article 10 of the Convention".

77 — Rechtsoverweging 73 van het arrest.

78 — Zaak 1803/91 (Cable Music Europe Ltd/Nederland).

88. In dezelfde beslissing overweegt de Commissie in verband met artikel 14:

„The Commission recalls that Article 14 does not forbid every difference in treatment in the exercise of the rights and freedoms guaranteed by the Convention. It refers in this connection to the caselaw of the Court concerning the criteria for assessing a difference in treatment: There must be established an objective and reasonable justification for the measure in question, as well as a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized ..."

89. De interpretatie die het Europese Hof en de Europese Commissie voor de rechten van de mens aan de artikelen 10 en 14 EVRM hebben gegeven, biedt geen aanleiding tot twijfel aan de oplossing die ik vanuit het gezichtspunt van het gemeenschapsrecht in casu voorstel. Mijns inziens ligt zij in dezelfde lijn als de resultaten van de „ontduikingsrechtspraak" van het Hof. De artikelen 10 en 14 EVRM verzetten zich derhalve niet tegen toepassing van de ontduikingsrechtspraak van het Hof.

C — Conclusie

90. Op grond van het voorgaande stel ik voor, de prejudiciële vragen te beantwoorden als volgt:

1. Ingeval een omroeporganisatie televisie-uitzendingen verzorgt vanuit Lid-Staat A naar Lid-Staat B, voor welke de uitzendingen primair doch niet uitsluitend zijn bestemd, is er sprake van diensten met een gemeenschapsrechtelijk relevant grensoverschrijdend karakter, ook al komt de omroeporganisatie in Lid-Staat B niet in aanmerking voor toelating tot het draadomroepnet en verzorgt zij de uitzendingen vanuit Lid-Staat A met de, uit objectieve omstandigheden af te leiden, kennelijke bedoeling zich daardoor te onttrekken aan de wettelijke regelingen van Lid-Staat B.

2. De ontvangststaat B kan ter voorkoming van wetsontduiking maatregelen nemen die de dienstverrichting bij wijze van uitzondering beperken, in dier voege dat de omroeporganisatie de status van buitenlandse omroeporganisatie in de zin van het nationale recht wordt ontzegd en bijgevolg aan de voor binnenlandse omroeporga-

nisaties geldende bepalingen wordt onderworpen. De toepassing, zonder onderscheid, van de voor binnenlandse omroeporganisaties geldende regelingen is in deze toelaatbaar, mits

1) de activiteit geheel of voornamelijk op het gebied van deze Lid-Staat is gericht, en

2) de dienstverrichter de door artikel 59 EG-Verdrag gewaarborgde vrijheid gebruikt om zich te onttrekken aan de voorschriften die op hem van toepassing zouden zijn, wanneer hij op het grondgebied van deze staat was gevestigd.

Beide voorwaarden moeten worden beoordeeld op grond van objectieve gegevens die geen verband houden met de nationaliteit van de aandeelhouders, de bestuurders of de werknemers van de vennootschap die de dienst verricht.

De artikelen 10 en 14 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden staan niet in de weg aan deze uitlegging en toepassing van het gemeenschapsrecht.