ARREST VAN HET HOF (Derde kamer)
2 juni 2005 *

In zaak C-89/04,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, ingediend door de Raad van State (Nederland) bij beslissing van 18 februari 2004, ingekomen bij het Hof op 20 februari 2004, in de procedure

Mediakabel BV

tegen

Commissariaat voor de Media,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Derde kamer),

samengesteld als volgt: A. Rosas, kamerpresident, A. Borg Barthet, J.-P. Puissochet (rapporteur), S. von Bahr en J. Malenovský, rechters,

* Procestaal: Nederlands.

advocaat-generaal: A. Tizzano,
griffier: M. M. Ferreira, hoofdadministrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 20 januari 2005,

gelet op de schriftelijke opmerkingen ingediend door:

— Mediakabel BV, vertegenwoordigd door M. Geus en E. Steyger, advocaten,

— het Commissariaat voor de Media, vertegenwoordigd door G. Weesing, advocaat,

— de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door H. G. Sevenster en C. Wissels als gemachtigden,

— de Belgische regering, vertegenwoordigd door A. Goldman als gemachtigde, bijgestaan door A. Berenboom en A. Joachimowicz, advocaten,

— de Franse regering, vertegenwoordigd door G. de Bergues en S. Ramet als gemachtigden,

— de regering van het Verenigd Koninkrijk, vertegenwoordigd door C. Jackson als gemachtigde,

— de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door W. Wils als gemachtigde,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 10 maart 2005,

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 1, sub a, van richtlijn 89/552/EEG van de Raad van 3 oktober 1989 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisieomroepactiviteiten (PB L 298, blz. 23), zoals gewijzigd bij richtlijn 97/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 juni 1997 (PB L 202, blz. 60; hierna: „richtlijn 89/552"), en van artikel 1, punt 2, van richtlijn 98/34/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 1998 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij (PB L 204, blz. 37), zoals gewijzigd bij richtlijn 98/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 juli 1998 (PB L 217, blz. 18; hierna: „richtlijn 98/34").

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een beroep dat door Mediakabel BV (hierna: „Mediakabel") is ingesteld tegen een besluit van het Commissariaat voor de Media, waarin dit laatste heeft geoordeeld dat de dienst „Filmtime" die Mediakabel haar cliënten aanbood, een televisieomroepdienst was waarvoor de in Nederland op deze diensten toepasselijke toestemmingsprocedure gold.

Het rechtskader

De communautaire regelgeving

3 Artikel 4, lid 1, van richtlijn 89/552 bepaalt onder meer dat omroeporganisaties het grootste gedeelte van hun zendtijd reserveren voor Europese producties.

4 Artikel 1 van deze richtlijn bepaalt:

„In deze richtlijn wordt verstaan onder:

a) ‚televisieomroepen', het oorspronkelijke uitzenden via de kabel of draadloos, via de ether of via satelliet, in al dan niet gecodeerde vorm van voor ontvangst door het publiek bestemde televisieprogramma's. Hieronder is mede begrepen het

overdragen van programma's tussen ondernemingen met het oog op doorgifte daarvan aan het publiek. Hieronder zijn niet begrepen communicatiediensten die informatieve gegevens of andere prestaties op individueel verzoek verstrekken zoals telekopiediensten, elektronische databanken en andere soortgelijke diensten;

[...]"

5 Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (hierna: „richtlijn inzake elektronische handel") (PB L 178, blz. 1), definieert het communautaire rechtskader dat op de diensten van de informatiemaatschappij van toepassing is. Volgens artikel 2, sub a, van deze richtlijn wordt onder diensten van de informatiemaatschappij in de zin van deze richtlijn verstaan „diensten zoals omschreven in artikel 1, lid 2, van richtlijn 98/34/EG, zoals gewijzigd bij richtlijn 98/48/EG".

6 Artikel 1 van richtlijn 98/34 bepaalt:

„In de zin van deze richtlijn wordt verstaan onder:

[...]

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

In deze definitie wordt verstaan onder:

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

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

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

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

Deze richtlijn geldt niet voor:

— radio-omroepdiensten,

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

[...]"

7 Bijlage V bij richtlijn 98/34, met het opschrift „Indicatieve lijst van diensten die niet onder artikel 1, punt 2, tweede alinea, vallen", bevat een punt 3, „Diensten die niet ‚op individueel verzoek van een afnemer van diensten' worden geleverd", dat betrekking heeft op „Diensten die via de verzending van gegevens zonder individuele oproep worden verricht en bestemd zijn voor gelijktijdige ontvangst door een onbeperkt aantal ontvangers (point-to-multipoint-transmissie)". Dit punt 3, sub a, vermeldt de „televisieomroepdiensten (waaronder ‚near-video-on-demand'), bedoeld in artikel 1, sub a, van richtlijn 89/552/EEG".

8 Volgens overweging 18, zesde en zevende zin, van de richtlijn inzake elektronische handel zijn:

„[t]elevisieomroepactiviteiten in de zin van richtlijn 89/552/EEG en radio-omroepactiviteiten [...] geen diensten van de informatiemaatschappij omdat zij niet op individueel verzoek verricht worden. Diensten daarentegen die van punt tot punt worden doorgegeven, zoals video op verzoek of het verlenen van commerciële communicatie via elektronische post, zijn wel diensten van de informatiemaatschappij."

De nationale regelgeving

9 Krachtens artikel 1, sub f, van de Mediawet wordt onder „programma" verstaan: „een elektronisch product met beeld- of geluidsinhoud, dat bedoeld is te worden uitgezonden en bestemd is voor ontvangst door het algemene publiek of een deel daarvan, met uitzondering van datadiensten, diensten die uitsluitend op individueel verzoek beschikbaar zijn, en andere interactieve diensten". Artikel 1, sub l, van deze wet definieert een „programma voor bijzondere omroep" als „een programma dat gecodeerd wordt uitgezonden en bestemd is voor ontvangst door een deel van het algemene publiek, bestaande uit diegenen die met de omroepinstelling die het programma verzorgt, een tot de ontvangst van het programma strekkende overeenkomst hebben gesloten".

10 Artikel 71a, lid 1, van voormelde wet bepaalt dat het een commerciële omroepinstelling, onverminderd het bepaalde bij of krachtens de Telecommunicatiewet, slechts is toegestaan een door haar verzorgd programma uit te zenden of te doen uitzenden, indien zij toestemming van het Commissariaat voor de Media heeft verkregen.

Het hoofdgeding en de prejudiciële vragen

11 Sinds eind 1999 biedt Mediakabel haar abonnees via een aantal door derden beheerde omroepnetwerken de „Mr. Zap"-dienst aan. Deze dienst, waarvoor het Commissariaat voor de Media overeenkomstig de Mediawet toestemming heeft verleend, maakt het mogelijk om op grond van een maandabonnement met behulp

van een decoderingsapparaat en een smartcard televisieprogramma's te ontvangen, in aanvulling op die welke door de aanbieder van het netwerk worden uitgezonden. Daarnaast biedt Mediakabel in het kader van een dienst die „Filmtime" wordt genoemd, abonnees op de „Mr. Zap"-dienst tegen betaling („pay per view") toegang tot extra programma's. Wanneer een abonnee op „Mr. Zap" een film uit de „Filmtime"-catalogus wil bestellen, doet hij daartoe via de kabel of telefonisch een afzonderlijk verzoek. Nadat hij zich heeft geïdentificeerd aan de hand van een persoonlijke code en via automatische incasso heeft betaald, ontvangt hij een individuele sleutel waarmee hij op de op het televisiescherm of in de programmagids aangegeven tijdstippen een of meer van de zestig films die iedere maand worden aangeboden, kan bekijken.

12 Bij besluit van 15 maart 2001 heeft het Commissariaat voor de Media Mediakabel meegedeeld dat het de dienst „Filmtime" beschouwde als een programma voor bijzondere omroep als bedoeld in artikel 1 van de Mediawet, zodat daarvoor op grond van artikel 71a, lid 1, van de Mediawet een schriftelijke aanvraag voor toestemming moest worden ingediend. Mediakabel heeft dit verzoek bij het Commissariaat voor de Media ingediend, maar daarbij aangetekend dat de gevolgde procedure volgens haar niet van toepassing was op de betrokken dienst, welke naar haar mening een interactieve dienst was, die onder de categorie van diensten van de informatiemaatschappij viel en waarop verweerder in het hoofdgeding op die grond geen toezicht kon uitoefenen. Bij besluit van 19 juni 2001 heeft deze laatste voor een periode van vijf jaar toestemming verleend om het televisieprogramma voor bijzondere omroep „Filmtime" uit te zenden, onverminderd het bepaalde bij de Telecommunicatiewet.

13 Mediakabel heeft tegen dit besluit bezwaar gemaakt, dat door het Commissariaat voor de Media op 20 november 2001 ongegrond is verklaard. Het door Mediakabel bij de Rechtbank te Rotterdam ingestelde beroep is eveneens, bij uitspraak van 27 september 2002, afgewezen.

14 Mediakabel heeft vervolgens hoger beroep ingesteld bij de Raad van State, waar zij heeft aangevoerd dat haar dienst „Filmtime" geen programma als bedoeld in artikel 1 van de Mediawet was. Zij heeft onder meer opgemerkt dat deze dienst slechts op individueel verzoek toegankelijk was en dus niet moest worden opgevat als een televisieomroepdienst, maar als een op individueel verzoek verstrekte telecommunicatiedienst in de zin van artikel 1, sub a, derde zin, van richtlijn 89/552, zodat deze richtlijn daarop niet van toepassing was. Omdat deze dienst betrekking heeft op films die niet altijd onmiddellijk na afroep beschikbaar zijn, is deze dienst volgens Mediakabel een near-video-on-demanddienst, waarvoor, juist omdat hij op individueel verzoek van de abonnees toegankelijk is, de eisen van richtlijn 89/552, met name de verplichting om een bepaald gedeelte van de zendtijd te reserveren voor Europese producties, niet gelden.

15 De Raad van State verklaart dat het begrip „programma" in de zin van artikel 1, sub f, van de Mediawet moet worden uitgelegd in overeenstemming met het begrip „televisieomroepdienst" in artikel 1, sub a, van richtlijn 89/552. Hij merkt op dat richtlijn 98/34, inzonderheid punt 3, sub a, van bijlage V daarbij, dat near-video-on-demand tot de televisieomroepdiensten rekent, een nauwkeuriger definitie van dit laatste begrip lijkt te geven dan die in artikel 1, sub a, van richtlijn 89/552, hetgeen de afbakening van de werkingssfeer van respectievelijk deze laatste richtlijn en de richtlijn inzake elektronische handel bemoeilijkt. De verwijzende rechter stelt eveneens vast dat de dienst „Filmtime" zowel kenmerken van een dienst van de informatiemaatschappij vertoont, met name omdat hij op individueel verzoek van de abonnee toegankelijk is, als kenmerken van een televisieomroepdienst, aangezien Mediakabel de beschikbare films selecteert en de frequentie en tijdstippen van uitzending daarvan bepaalt.

16 In deze omstandigheden heeft de Raad van State besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende prejudiciële vragen voor te leggen:

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

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

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

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

3) Is het in dit verband van belang dat

— enerzijds de kwalificatie van een dienst als de onderhavige als ‚dienst van de informatiemaatschappij' waarop richtlijn 89/552/EEG niet van toepassing is, de effectiviteit van die richtlijn zou kunnen ondergraven, in het bijzonder ook waar het gaat om de doelstellingen die aan de daaruit voortvloeiende verplichting ten grondslag liggen om een bepaald percentage zendtijd aan de Europese producties te besteden, terwijl

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

Beantwoording van de prejudiciële vragen

De eerste vraag, sub a

17 Met zijn eerste vraag, sub a, wenst de verwijzende rechter te vernemen of het begrip „televisieomroepen" in de zin van artikel 1, sub a, van richtlijn 89/552 de diensten omvat die buiten het begrip „dienst van de informatiemaatschappij" in de zin van

artikel 1, punt 2, van richtlijn 98/34 vallen en die worden genoemd in bijlage V, punt 3, bij deze laatste richtlijn.

18 Zoals de Belgische regering terecht naar voren brengt, wordt het toepassingsgebied van het begrip „televisieomroepdienst" autonoom bepaald door artikel 1, sub a, van richtlijn 89/552, dat alle daartoe relevante elementen bevat. Volgens die definitie valt onder dit begrip elke dienst die bestaat in het oorspronkelijke uitzenden via de kabel of draadloos, via de ether of via satelliet, in al dan niet gecodeerde vorm, van voor ontvangst door het publiek bestemde televisieprogramma's.

19 Richtlijn 98/34 en de richtlijn inzake elektronische handel hebben een ander doel dan richtlijn 89/552. Zij stellen het communautaire rechtskader vast zoals dat enkel geldt voor diensten van de informatiemaatschappij in de zin van artikel 1, punt 2, van richtlijn 98/34, dat wil zeggen voor elke dienst die langs elektronische weg, op afstand en op individueel verzoek van een afnemer van diensten verricht wordt. Richtlijn 98/34 bepaalt in dat artikel uitdrukkelijk dat zij „[niet] geldt [...] voor [...] televisieomroepdiensten bedoeld in artikel 1, sub a, van richtlijn 89/552". Richtlijn 98/34 verwijst op dit punt dus slechts naar richtlijn 89/552 en geeft evenmin als de richtlijn inzake elektronische handel enigerlei definitie van het begrip televisieomroepdiensten.

20 Bijlage V bij richtlijn 98/34, betreffende de diensten die niet onder de definitie van dienst van de informatiemaatschappij vallen, lijkt nauwkeuriger termen voor de definitie van het begrip „televisieomroepdiensten" te bevatten dan richtlijn 89/552. In de eerste plaats worden in punt 3 van deze bijlage de televisieomroepdiensten genoemd onder de diensten „die via de verzending van gegevens zonder individuele oproep worden verricht en bestemd zijn voor gelijktijdige ontvangst door een onbeperkt aantal ontvangers (point-to-multipoint-transmissie)". In de tweede plaats wordt in hetzelfde punt, sub a, aangegeven dat de televisieomroepdiensten „near-video-on-demand" omvatten.

21 Deze bijlage heeft evenwel, gelet op haar opschrift en artikel 1, punt 2, van richtlijn 98/34, slechts een indicatieve waarde en zij beoogt enkel het begrip „dienst van de informatiemaatschappij" door uitsluiting te definiëren. Zij heeft derhalve niet tot doel noch ten gevolge, de contouren te preciseren van het begrip „televisieomroepdienst", waarvan de definitie enkel op de in artikel 1, sub a, van richtlijn 89/552 vastgestelde criteria berust.

22 Voor het overige kan het toepassingsgebied van het begrip „televisieomroepen" op generlei wijze door uitsluiting worden afgeleid uit het toepassingsgebied van het begrip „dienst van de informatiemaatschappij". Richtlijn 98/34 vermeldt immers zowel in artikel 1, punt 2, als in bijlage V diensten die niet onder het begrip „dienst van de informatiemaatschappij" vallen en die toch geen televisieomroepdiensten zijn. Dit is onder meer het geval met radio-omroepdiensten. Evenzo kunnen de televisieomroepdiensten niet worden beperkt tot de in bijlage V, punt 3, van richtlijn 98/34 genoemde diensten „die via de verzending van gegevens zonder individuele oproep worden verricht en bestemd zijn voor gelijktijdige ontvangst door een onbeperkt aantal ontvangers". Bij aanvaarding van deze uitlegging zouden diensten als abonneetelevisie, die voor een beperkt aantal ontvangers worden verricht, worden onttrokken aan het begrip „televisieomroepdienst", terwijl zij op grond van de in artikel 1, sub a, van richtlijn 89/552 vastgestelde criteria onder dit begrip vallen.

23 Ten slotte lag het bij de vaststelling van de richtlijnen 98/34 en 98/48 niet in de bedoeling van de communautaire wetgever om wijzigingen aan te brengen in richtlijn 89/552, die zelf minder dan een jaar daarvoor was gewijzigd bij richtlijn 97/36. In overweging 20 van richtlijn 98/48, waarbij richtlijn 98/34 is gewijzigd, wordt dienaangaande trouwens verklaard dat richtlijn 98/48 „geen afbreuk doet aan het toepassingsgebied van richtlijn 89/552".

24 Richtlijn 98/34 heeft derhalve geen invloed op de werkingssfeer van richtlijn 89/552.

25 Gelet op het voorgaande moet op de eerste vraag, sub a, worden geantwoord, dat het genoemde begrip „televisieomroepen" in artikel 1, sub a, van richtlijn 89/552 in die bepaling een autonome definitie heeft. Het kan niet worden gedefinieerd door het te stellen tegenover het begrip „dienst van de informatiemaatschappij" in de zin van artikel 1, punt 2, van richtlijn 98/34 en omvat dus niet noodzakelijkerwijs de diensten die niet onder dit laatste begrip vallen.

De eerste vraag, sub b

26 Met zijn eerste vraag, sub b, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen aan de hand van welke criteria kan worden bepaald of een dienst onder het begrip „televisieomroep" in de zin van artikel 1, sub a, van richtlijn 89/552 valt, dan wel onder het in hetzelfde artikel genoemde begrip „communicatiediensten die informatieve gegevens [...] op individueel verzoek verstrekken".

27 De criteria voor dit onderscheid worden expliciet vermeld in artikel 1, sub a, van richtlijn 89/552.

28 Een dienst valt onder het begrip „televisieomroepen" wanneer hij bestaat in het oorspronkelijke uitzenden van voor ontvangst door het publiek bestemde televisieprogramma's.

29 Allereerst moet worden opgemerkt, dat de techniek waarmee beelden worden doorgegeven, voor deze beoordeling niet doorslaggevend is, aangezien artikel 1, sub a, van richtlijn 89/552 spreekt van „via de kabel of draadloos, via de ether of via satelliet, in al dan niet gecodeerde vorm". Het Hof heeft dan ook geoordeeld dat teledistributie via de kabel binnen de werkingssfeer van deze richtlijn valt, hoewel deze techniek ten tijde van de vaststelling van deze richtlijn nog niet erg verbreid was (zie arrest van 10 september 1996, Commissie/België, C-11/95, Jurispr. blz. I-4115, punten 15-25).

30 Voorts moet de betrokken dienst bestaan in het uitzenden van televisieprogramma's die zijn bestemd voor ontvangst door het publiek, dat wil zeggen een onbepaald aantal potentiële televisiekijkers, aan wie tegelijkertijd dezelfde beelden worden doorgegeven.

31 Tot slot moet uit de uitsluiting van „op individueel verzoek verstrekte communicatiediensten" van het begrip „televisieomroepen" a contrario worden afgeleid, dat dit begrip diensten omvat die niet op individueel verzoek worden verstrekt. Het criterium volgens hetwelk televisieprogramma's om onder dit begrip te vallen „voor ontvangst door het publiek bestemde" programma's moeten zijn, ondersteunt deze analyse.

32 Zo kan een betaaltelevisiedienst, zelfs wanneer deze voor een beperkt aantal abonnees toegankelijk is, maar slechts door de aanbieder gekozen programma's omvat die op door deze laatste vastgestelde tijdstippen worden uitgezonden, niet worden geacht op individueel verzoek te worden verstrekt. Bijgevolg valt hij onder het begrip „televisieomroepen". Het feit dat de beelden in geval van een dergelijke dienst toegankelijk zijn door middel van een persoonlijke code, is in dit opzicht niet van belang, aangezien alle abonnees de uitzendingen op hetzelfde tijdstip ontvangen.

33 Op de eerste vraag, sub b, moet dus worden geantwoord, dat een dienst onder het begrip „televisieomroepen" in de zin van artikel 1, sub a, van richtlijn 89/552 valt, wanneer hij bestaat in het oorspronkelijke uitzenden van televisieprogramma's die zijn bestemd voor ontvangst door het publiek, dat wil zeggen een onbepaald aantal potentiële televisiekijkers, aan wie tegelijkertijd dezelfde beelden worden doorgegeven. De techniek waarmee de beelden worden doorgegeven, is voor deze beoordeling niet doorslaggevend.

De tweede vraag, sub a en b

34 Met de tweede vraag, sub a, en de tweede vraag, sub b, die tezamen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of een dienst als de in het hoofdgeding aan de orde zijnde dienst „Filmtime" een binnen de werkingssfeer van richtlijn 89/552 vallende televisieomroepdienst is dan wel een dienst van de informatiemaatschappij, die met name onder de richtlijn inzake elektronische handel valt, en welke criteria daartoe in aanmerking moeten worden genomen.

35 Zoals het Commissariaat voor de Media, de Nederlandse, de Belgische en de Franse regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie terecht naar voren brengen, blijkt uit de gegevens in de verwijzingsbeslissing dat een dienst als „Filmtime" beantwoordt aan de criteria van het begrip „televisieomroepdienst", die in het antwoord op de eerste vraag, sub b, in herinnering zijn gebracht.

36 Een dergelijke dienst bestaat in de uitzending van voor een publiek van televisiekijkers bestemde films. Hij heeft dus betrekking op televisieprogramma's die ten behoeve van een onbepaald aantal potentiële televisiekijkers worden uitgezonden.

37 Het betoog van Mediakabel dat deze soort dienst, die slechts op individueel verzoek toegankelijk is door middel van een specifieke, persoonlijk aan iedere abonnee toegekende sleutel, op die grond een „op individueel verzoek verstrekte" dienst van de informatiemaatschappij vormt, kan niet worden aanvaard.

38 Hoewel een dergelijke dienst voldoet aan de eerste twee criteria van het begrip „dienst van de informatiemaatschappij" in de zin van artikel 1, punt 2, van richtlijn 98/34, te weten dat hij op afstand wordt verricht en deels via elektronische apparatuur wordt doorgegeven, beantwoordt hij immers niet aan het derde criterium van dit begrip, op grond waarvan de betrokken dienst moet worden geleverd „op individueel verzoek van een afnemer van diensten". De lijst van in het kader van een dienst als „Filmtime" aangeboden films wordt opgesteld door de aanbieder van de dienst. Deze filmselectie wordt aan alle abonnees aangeboden in dezelfde omstandigheden, hetzij via de krant, hetzij door middel van informatie die via de televisie wordt verspreid, en de films zijn toegankelijk op de door de aanbieder vastgestelde uitzendtijdstippen. De persoonlijke sleutel die toegang geeft tot de films is niet meer dan een middel tot het decoderen van beelden, waarvan de signalen aan alle abonnees tegelijkertijd worden verzonden.

39 Een dergelijke dienst wordt dus niet individueel besteld door een afzonderlijke afnemer die zijn programma's in een interactief kader vrij zou kunnen kiezen. Hij moet worden beschouwd als een near-video-on-demanddienst, die op basis van „point-to-multipoint" wordt verstrekt en niet „op individueel verzoek van een afnemer van diensten".

40 Mediakabel heeft het Hof meegedeeld, dat zij tegenover de Raad van State de kwalificatie van een dienst als „Filmtime" als een near-video-on-demanddienst niet heeft erkend. Deze bewering is echter niet van belang voor die kwalificatie, die voortvloeit uit een beschouwing van de objectieve kenmerken van de soort diensten waar het om gaat.

41 Bovendien is, anders dan Mediakabel stelt, het begrip „near-video-on-demand" de communautaire wetgever niet onbekend. Hoewel dit begrip in het gemeenschapsrecht geen nauwkeurige omschrijving heeft, wordt het genoemd in de indicatieve lijst van bijlage V bij richtlijn 98/34, waar het wordt vermeld onder de televisieomroepdiensten. Evenzo blijkt uit de punten 83 en 84 van de toelichting bij het Europees verdrag over grensoverschrijdende televisie van 5 mei 1989, dat gelijktijdig met richtlijn 89/552 werd opgesteld en waarnaar in de vierde overweging van de considerans van deze richtlijn wordt verwezen, dat near-video-on-demand geen „communication service operating on individual demand" is, welk begrip overeenkomt met dat bedoeld in artikel 1, sub a, van richtlijn 89/552, en dus binnen het toepassingsgebied van genoemd verdrag valt (zie in die zin, met betrekking tot andere punten van de toelichting bij het Europees verdrag over grensoverschrijdende televisie, arresten van 12 december 1996, RTI e.a., C-320/94, C-328/94, C-329/94 en C-337/94–C-339/94, Jurispr. blz. I-6471, punt 33, en 23 oktober 2003, RTL Television, C-245/01, Jurispr. blz. I-12489, punt 63).

42 Het doorslaggevende criterium voor het begrip „televisieomroepdienst" is dus het uitzenden van „voor ontvangst door het publiek bestemde" televisieprogramma's. Aan het gezichtspunt van de aanbieder van de dienst moet derhalve bij het onderzoek bijzondere betekenis worden toegekend.

43 Daarentegen is, zoals in antwoord op de eerste vraag, sub b, is gezegd, de techniek waarmee de beelden worden doorgegeven voor deze beoordeling niet doorslaggevend.

44 De situatie van de met de betrokken dienst concurrerende diensten dient niet in aanmerking te worden genomen, omdat voor elk van deze diensten specifieke regels gelden en geen beginsel voorschrijft dat dezelfde rechtsregeling moet gelden voor diensten waarvan de kenmerken verschillen.

45 Derhalve dient op de tweede vraag, sub a en b, te worden geantwoord dat een dienst als „Filmtime", die bestaat in het uitzenden van voor ontvangst door het publiek bestemde televisieprogramma's en die niet op individueel verzoek van een afnemer van diensten wordt verstrekt, een televisieomroepdienst is in de zin van artikel 1, sub a, van richtlijn 89/552. Bij het onderzoek van het begrip „televisieomroepdienst" moet bijzondere betekenis worden toegekend aan het gezichtspunt van de aanbieder van de dienst. Daarentegen is de situatie van diensten die met de betrokken dienst concurreren voor deze beoordeling niet van belang.

De derde vraag

46 Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter in hoofdzaak te vernemen of aan de kwalificatie van een dienst als „Filmtime" als televisieomroepdienst in de weg kan

staan dat de aanbieder van deze dienst moeilijk kan voldoen aan de in artikel 4, lid 1, van richtlijn 89/552 genoemde verplichting om een bepaald percentage zendtijd aan Europese producties te besteden.

47 Om tweeërlei redenen dient op deze vraag een ontkennend antwoord te worden gegeven.

48 In de eerste plaats hoeft, aangezien de betrokken dienst voldoet aan de criteria voor de kwalificatie als televisieomroepdienst, geen rekening te worden gehouden met de gevolgen van deze kwalificatie voor de aanbieder van de dienst.

49 De werkingssfeer van een regeling kan immers niet afhangen van eventuele nadelige gevolgen van die regeling voor de marktdeelnemers waarop zij volgens de wil van de communautaire wetgever van toepassing is. Bovendien zou een restrictieve uitlegging van het begrip „televisieomroepdienst", die ertoe zou leiden dat een dienst als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, van de werkingssfeer van de richtlijn wordt uitgesloten, inbreuk maken op de doelstellingen van deze laatste en dus niet kunnen worden aanvaard.

50 In de tweede plaats is het voor de aanbieder van een dienst als „Filmtime" niet onmogelijk, artikel 4, lid 1, van richtlijn 89/552 in acht te nemen.

51 Deze bepaling stelt slechts een quotum voor Europese producties vast voor de zendtijd van de betrokken televisieomroeporganisatie, maar kan niet tot doel hebben dat de televisiekijkers deze producties ook daadwerkelijk moeten bekijken. Hoewel niet kan worden ontkend dat de aanbieder van een dienst als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, niet bepaalt welke producties door de abonnees daadwerkelijk worden gekozen en bekeken, behoudt deze aanbieder niettemin, als iedere marktdeelnemer die voor ontvangst door het publiek bestemde televisieprogramma's uitzendt, de zeggenschap over de producties die hij uitzendt. De films op de lijst die genoemde aanbieder de abonnees op de dienst aanbiedt, leiden alle tot de verspreiding van signalen die in identieke omstandigheden worden verzonden naar de abonnees, welke laatsten de keuze hebben de aldus doorgegeven beelden al dan niet te decoderen. De aanbieder kent zo zijn globale zendtijd en kan dus de hem opgelegde verplichting in acht nemen „om het grootste gedeelte van [zijn] zendtijd [te] reserveren voor Europese producties".

52 Gelet op het voorgaande dient op de derde vraag te worden geantwoord, dat de omstandigheden waarin de aanbieder van een dienst als „Filmtime" de in artikel 4, lid 1, van richtlijn 89/552 bedoelde verplichting vervult om het grootste gedeelte van zijn zendtijd te reserveren voor Europese producties, voor de kwalificatie van deze dienst als televisieomroepdienst niet van belang zijn.

Kosten

Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof van Justitie (Derde kamer) verklaart voor recht:

1) **Het begrip „televisieomroepen" in artikel 1, sub a, van richtlijn 89/552/EEG van de Raad van 3 oktober 1989 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisieomroepactiviteiten, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 juni 1997, heeft in die bepaling een autonome definitie. Het kan niet worden gedefinieerd door het te stellen tegenover het begrip „dienst van de informatiemaatschappij" in de zin van artikel 1, punt 2, van richtlijn 98/34/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 1998 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij, zoals gewijzigd bij richtlijn 98/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 juli 1998, en omvat dus niet noodzakelijkerwijs de diensten die niet onder dit laatste begrip vallen.**

2) **Een dienst valt onder het begrip „televisieomroepen" in de zin van artikel 1, sub a, van richtlijn 89/552, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/36, wanneer hij bestaat in het oorspronkelijke uitzenden van televisieprogramma's die zijn bestemd voor ontvangst door het publiek, dat wil zeggen een onbepaald aantal potentiële televisiekijkers, aan wie tegelijkertijd dezelfde beelden worden doorgegeven. De techniek waarmee de beelden worden doorgegeven, is voor deze beoordeling niet doorslaggevend.**

3) **Een dienst als „Filmtime", die bestaat in het uitzenden van voor ontvangst door het publiek bestemde televisieprogramma's en die niet op individueel verzoek van een afnemer van diensten wordt verstrekt, is een televisieomroepdienst in de zin van artikel 1, sub a, van richtlijn 89/552, zoals**

gewijzigd bij richtlijn 97/36. Bij het onderzoek van het begrip „televisie-omroepdienst" moet bijzondere betekenis worden toegekend aan het gezichtspunt van de aanbieder van de dienst. Daarentegen is de situatie van diensten die met de betrokken dienst concurreren voor deze beoordeling niet van belang.

4) **De omstandigheden waarin de aanbieder van een dienst als „Filmtime" de in artikel 4, lid 1, van richtlijn 89/552, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/36, bedoelde verplichting vervult om het grootste gedeelte van zijn zendtijd te reserveren voor Europese producties, zijn voor de kwalificatie van deze dienst als televisieomroepdienst niet van belang.**

ondertekeningen