

*Een schets van het  
Europese mediabeleid*

*Pierre Larouche en Ilse van der Haar*

*Een schets van het Europese mediabeleid*

De serie Webpublicaties omvat studies die in het kader van de werkzaamheden van de WRR tot stand zijn gekomen. De verantwoordelijkheid voor de inhoud en de ingenomen standpunten berust bij de auteurs. Een overzicht van alle webpublicaties is te vinden op de website van de WRR ([www.wrr.nl](http://www.wrr.nl)).

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid  
Lange Vijverberg 4-5  
Postbus 20004  
2500 EA 's-Gravenhage  
Telefoon 070-356 46 00  
Telefax 070-356 46 85  
E-mail [info@wrr.nl](mailto:info@wrr.nl)  
Website <http://www.wrr.nl>

*Een schets van het  
Europese mediabeleid*

---

*Pierre Larouche en Ilse van der Haar*

Vormgeving: Studio Daniëls BV, Den Haag

ISBN 90 8555 081 5

NUR 741

© WRR/Pallas Publications, Den Haag/Amsterdam 2005

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurswet 1912 j° het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

## TEN GELEIDE

Bij het verschijnen van het WRR-rapport over de media getiteld *Focus op functies. Uitdagingen voor een toekomstbestendig mediabeleid* is niet alleen een verkenning (*Trends in het medialandschap. Vier verkenningen*), maar ook een viertal webpublicaties gepubliceerd. Deze webpublicaties hebben een belangrijke zelfstandige betekenis gehad voor de voorbereiding van zowel het rapport als de verkenning.

In deze webpublicatie, *Een schets van het Europese mediabeleid*, wordt op een uitvoerige wijze het Europese mediabeleid beschreven, om vervolgens in te gaan op de huidige stand van zaken in het gebied. Aan de orde komen de recente ontwikkelingen en uitdagingen, om uiteindelijk de kansen en bedreigingen van het Europese beleid voor Nederland weer te geven. De raad is de auteurs van deze studie, prof. dr. P. Larouche en mr. I. van der Haar, zeer erkentelijk voor hun bijdrage.

De overige drie webpublicaties die in het kader van het WRR-rapport zijn geschreven, zijn de volgende:

N.A.N.M. van Eijk, L.F. Asscher, N. Helberger en J.J.C. Kabel, IVIR (UVA),

*De regulering van media in internationaal perspectief,*

P. den Hoed en F.J.P.M. Hoefnagel, *Beleid inzake media, cultuur en kwaliteit,* en

F.J.P.M. Hoefnagel, *Geschiedenis van het Nederlands inhoudelijk mediabeleid.*

Prof. dr. W.B.H.J. van de Donk

Voorzitter WRR



# INTRODUCTIE<sup>1</sup>

Het mediabeleid in Nederland hangt in grote mate samen met het beleid op Europees en internationaal niveau. In de laatste twintig jaren is de invloed van Europa steeds sterker toegenomen, en daarnaast dient rekening te worden gehouden met ontwikkelingen op WTO-niveau.<sup>2</sup>

Het Europese beleid op het gebied van media heeft zich langzaam maar zeker ontwikkeld. Momenteel heerst er echter onzekerheid over de in de toekomst te volgen richting van het beleid. De ‘Televisie Zonder Grenzen’ Richtlijn, de meest specifieke Europese wetgeving met betrekking tot de media, moet worden herzien en er bestaat heftige discussie over de toekomst van deze Richtlijn. De discussieronde aangaande de herziening van de Richtlijn is onlangs afgesloten en de Commissie heeft inmiddels een Mededeling met daarin de gevonden resultaten en een tijdschema voor de toekomst uitgevaardigd.<sup>3</sup>

Om duidelijkheid te verschaffen omtrent het huidige Europese mediabeleid zal dit stuk antwoord geven op de volgende vragen: wat is de huidige stand van zaken in het Europese mediabeleid en wat zijn de recente ontwikkelingen op het gebied?

Hiervoor zal eerst een korte schets gemaakt worden van de bestaande wet- en regelgeving en worden ingegaan op de gevolgen van deze wetgeving voor het Nederlandse mediabeleid. Daarna komen de recente ontwikkelingen stuk voor stuk aan bod, om uiteindelijk een afrondende schets te kunnen maken met daarin zowel de ‘bedreigingen’ als de kansen in de toekomst voor het mediabeleid van Nederland.

<sup>1</sup> Deze studie geeft de feiten weer tot de datum van 1 januari 2004, tenzij anders vermeld.

<sup>2</sup> Met het mislukken van Cancun is de directe ‘dreiging’ van invloed vanuit de WTO op zijn minst gezegd afgezwakt, maar het is van belang om te zien dat het Nederlandse mediabeleid ook rekening dient te houden met internationale ontwikkelingen.

<sup>3</sup> Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions “The future of European Regulatory Audiovisual Policy”, COM(2003) 784 def.





# INHOUDSOPGAVE

<b>Samenvatting</b>	<b>11</b>
<b>1 De onderdelen van het Europese mediabeleid</b>	<b>17</b>
1.1 Basisbepalingen van het EG-Verdrag	17
1.2 Mededingingsrecht en de media	19
1.3 Rechten van de mens – Vrijheid van meningsuiting (EVRM en EG)	22
1.3.1 Artikel 10 EVRM	22
1.3.2 Artikel 10 en de Media	23
1.3.3 Verband EVRM en EG Recht	24
1.3.4 De invloed van de rechten van de mens op de interne markt redenering	25
1.4 Het huidige sector-specifieke Europese wetgevingskader	28
1.4.1 Wetgeving met betrekking tot content	28
1.4.2 Wetgeving met betrekking tot transmissie	31
1.5 De interactie tussen sector-specifiek (TZG Richtlijn) en algemeen, EG mededingingsrecht; de zaak EBU/Eurovision	33
<b>2 De verstandhouding tussen het Nederlandse mediabeleid en de Europese ontwikkelingen</b>	<b>39</b>
<b>3 De stand van zaken, uitdagingen en mogelijke ontwikkelingen op Europees niveau</b>	<b>47</b>
3.1 De horizontale aanpak en haar toepassing op media	47
3.2 Content-regulering; fragmentatie en handhavingsmodel	52
3.3 Evolutie van de hoofdthema's van contentregulering	57
3.3.1 Europese content van televisie-uitzendingen	57
3.3.2 Regels omtrent reclame	60
3.3.3 Bescherming van minderjarigen en de menselijke waardigheid	64
3.3.4 Toegang tot bepaalde programma's (verslaggeving van belangrijke evenementen, must-carry, enz.)	68
3.3.5 Concentratie, pluralisme en diversiteit	72
3.4 De financiering van de publieke omroep	75
3.4.1 Geschiedenis	75
3.4.2 Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de regels inzake staatssteun op openbare omroepen	77
3.4.3 Het Hof van justitie; het Ferring- en Altmark arrest	79
3.4.4 De problemen van de commerciële omroepen	82

3.5	De impact van internationale ontwikkelingen, met name WTO-onderhandelingen	84
4	<b>De gevolgen voor Nederland: kansen en bedreigingen</b>	<b>95</b>

## SAMENVATTING

Deze schets beschrijft op een uitvoerige wijze het Europese mediabeleid, om vervolgens in te gaan op de huidige stand van zaken in het gebied. Aan de orde komen de recente ontwikkelingen en uitdagingen, om uiteindelijk de kansen en bedreigingen van het Europese beleid voor Nederland weer te geven.

### **Algemeen**

- Het Europese ‘mediabeleid’ heeft zich in de afgelopen jaren sterker ontwikkeld, maar berust niet op een specifieke bevoegdheid in het EG-Verdrag. Het mediabeleid wordt ‘gevormd’ en aangestuurd vanuit de verschillende invalshoeken van het EG-recht (m.n. de interne markt en het mededingingsrecht) en de rechten van de mens; van een Europees Mediarecht als zelfstandig en uitgebreid gebied kan eigenlijk niet worden gesproken.
- De audiovisuele sector is op Europees niveau allereerst onderworpen aan de algemene bepalingen van het EG-Verdrag: de regels met betrekking tot de vier vrijheden (vrijheid van verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal), en het algemeen mededingingsrecht worden toegepast door de Commissie, het Hof van Justitie, nationale rechters en nationale toezichthouders (NMA). Algemeen mededingingsrecht is *altijd van toepassing*, ook wanneer er daarnaast sector-specifiek recht bestaat.
- Naast deze regels biedt het EG-recht ook de mogelijkheid aan, door harmonisatiemaatregelen (zoals de Televisie Zonder Grenzen (TZG) Richtlijn), bepaalde onderwerpen van nationaal naar Europees niveau te brengen. Dit is echter altijd minimaal verbonden met de goedkeuring door een gekwalificeerde meerderheid van de Lidstaten (binnen de Raad) en dus met een politieke discussie.
- Cultuurbeleid is een beleid dat van oudsher exclusief toekomt aan de Lidstaten, maar met het Verdrag van Maastricht (1993) heeft de EG beperkte bevoegdheden toegekend gekregen op het gebied van cultuur, die echter niet verdergaan dan het nemen van stimuleringsmaatregelen. Gezien de voorafgaande alinea betekent dit niet dat de EG op het gebied van media weinig invloed heeft (veeleer wordt deze invloed vanuit andere invalshoeken dan cultuur uitgeoefend).
- De EG heeft een aantal publieke belangen erkend, waardoor nationale maatregelen die het vrij verkeer van goederen of diensten op het mediagebied beperken, gerechtvaardigd zijn. Dat zijn met name pluralisme, vrijheid van meningsuiting en het recht op weerwoord, bescherming van auteurs en hun werk, bevordering van culturele en linguïstische diversiteit, bescherming van minderjarigen en van de menselijke waardigheid en consumentenbescherming. Omdat deze belangen eigenlijk de resterende bevoegdheid van de Lidstaten bepalen, zijn zij in het EG-recht niet verder

uitgewerkt.<sup>4</sup> Sommige belangen maken als gevolg van harmonisatie inmiddels wel deel uit van het EG-beleid (in de TZG Richtlijn of elders). Op politiek niveau bestaat echter een brede consensus onder de Lidstaten en de EG-instellingen over de doelstellingen van mediabeleid in het algemeen.<sup>5</sup>

- Op grond van artikel 10 EVRM (vrijheid van meningsuiting) genieten de media een vergaande bescherming van het Europees Hof voor de rechten van de mens. In de redenering van het Hof van Justitie bij de uitlegging van het EG-recht valt bovendien in het algemeen een steeds sterkere invloed van de mensenrechten (en met name art. 10 EVRM) te constateren.

### **Televisie Zonder Grenzen (TZG) Richtlijn**

- Op Europees niveau is naar aanleiding van het Groenboek Convergentie en het 1999 Communication Review gekozen voor een onderscheid in wetgeving tussen content<sup>6</sup> en netwerk/distributie<sup>7</sup>. Op het netwerk/distributieniveau is sinds kort sprake van een horizontaal, technologie-neutraal beleid.
- De TZG Richtlijn is het belangrijkste stuk EG-wetgeving met betrekking tot de media. Ze coördineert vijf gebieden: evenementen van groot maatschappelijk belang, promotie en distributie van Europese werken, reclame en sponsoring, bescherming van minderjarigen en het recht van weerwoord. Ze is echter volledig technologie-afhankelijk<sup>8</sup> en haar bepalingen zijn moeilijk toepasbaar op andere technologieën dan de klassieke omroep. Momenteel is de herziening van de TZG Richtlijn in volle gang. Een groot punt van discussie is de eventuele uitbreiding van het bereik van de TZG Richtlijn naar ‘diensten van de informatiemaatschappij’. Wanneer dit *niet* gebeurt, bestaat er een grote kans dat de TZG Richtlijn een ineffectief instrument wordt, dat traditionele omroepen benadeelt. Andere onderwerpen van gesprek zijn met name het nut van de duurbepalingen die gelden voor reclame en sponsoring, en de problemen met de toepassing van de huidige bepalingen op nieuwe advertentietechnieken.
- Buiten de TZG Richtlijn, voor andere media dan omroep (m.n. nieuwe media) zijn er inmiddels een aantal inhoudelijke regels vastgelegd. Momenteel treden er echter om verschillende redenen problemen op met de handhaving van die regels. Daarom moet rekening worden gehouden met een toename in het gebruik van methoden van co- en zelfregulering, welke bovendien ook worden gestimuleerd door het Witboek over Europese Governance. Wanneer een uitbreiding van de TZG Richtlijn daadwerkelijk plaatsvindt, zal een van de consequenties zijn dat er (nog) meer gewerkt zal moeten worden met co- en zelfregulering om effectief te kunnen handhaven (zelfs voor omroepmedia).
- Omroepbedrijven (denk aan RTL) die vanwege restrictieve wetgeving ‘vluchten’ naar een andere Lidstaat zijn niet eenvoudig aan te pakken. Het land-van-herkomst-principe waarop de TZG Richtlijn is gestoeld, zorgt ervoor dat maar één Lidstaat bevoegd kan zijn over een mediabedrijf. De Europees invloed op het nationale mediabeleid komt dus niet alleen uit EG-handelingen (verticale dimensie), maar ook

uit de druk die door de vergelijking tussen nationale stelsels ontstaat (horizontale dimensie, een soort van ‘regulatory competition’).

### **Toezicht**

- Op het institutionele vlak heeft de Europese keuze voor een technologie-neutrale en een meer functionele benadering als gevolg dat de wetgeving algemener wordt. Een autoriteit moet dan de wetgeving op de verschillende situaties toepassen, en het ligt voor de hand dat deze autoriteit de vorm van een onafhankelijke toezichthouder aanneemt. Uiteraard was door vele Lidstaten, gezien het belang van vrijheid van meningsuiting, reeds eerder voor zo’n toezichthouder gekozen. Het belang en de rol van de toezichthouder zullen bij een eventuele herziening van de TZG Richtlijn alleen maar toenemen. Om redenen van effectiviteit zou een fusie van de toezichthouders voor elektronische communicatie aan de ene kant en media aan de andere kant wenselijk zijn.

### **Pluralisme**

- Pluralisme is een gevoelig onderwerp op EU-niveau; alhoewel het Europees Parlement meerdere malen de wens voor EG-maatregelen op dit onderwerp heeft uitgesproken, zijn de Commissie noch de Lidstaten daadwerkelijk bereid stappen te ondernemen. Mededingingsrecht draagt weliswaar bij aan het waarborgen van pluralisme, maar kan deze niet garanderen. Lidstaten moeten hieruit hun conclusie trekken en zelf maatregelen nemen. Hiervoor behouden zij vergaande bevoegdheden.

### **Publieke Omroep**

- Op het eerste gezicht kan het erop lijken, dat de EG ten aanzien van de spanningen tussen private en publieke omroep een neutrale positie poogt in te nemen, maar bij nader inzien is dit niet zo. De bepalingen van de TZG Richtlijn zijn in het algemeen, in vergelijking met de commerciële omroepen, voordelig voor de publieke omroepen. In de toepassing van Artikel 81 en 82 EG heeft de Commissie zich ingezet voor de publieke omroep. Daarentegen is de toepassing van de staatssteunregels iets minder gunstig geweest voor de publieke omroep, maar ook daar zijn de oorspronkelijk harde stellingnames van de Commissie met de tijd (o.a. sindsdien een Protocol betreffende het publieke-omroepstelsel aan het EG-Verdrag is gehecht) veel zwakker geworden.
- Op zowel het gebied van de publieke omroep als dat van doorgifteverplichtingen lijkt de TZG op het eerste gezicht meer inhoudelijke bevoegdheden naar zich toe te trekken. In werkelijkheid vraagt zij meer transparantie en proportionaliteit van maatregelen van de Lidstaten op beide gebieden, om zo tot gezondere en evenwichtigere marktverhoudingen te komen. Dat dit wel tot beleidswijzigingen op nationaal niveau kan leiden is niet ondenkbaar.

### **Must Carry**

- De EG-bepalingen met betrekking tot doorgifteverplichtingen (must-carry) voldoen niet aan de eis van technologie-neutraliteit. Ze strekken bijvoorbeeld niet tot 'must-list' (op een Elektronische Programmagids (EPG)) of 'must-link' (op een Internet portal). Gelet op de aard van deze bepalingen<sup>9</sup> is dit echter geen punt van zorg vanuit een nationaal perspectief.

### **WTO**

- WTO-onderhandelingen over de audiovisuele sector zouden tot ingrijpende veranderingen kunnen leiden, wanneer besloten wordt om verplichtingen voor de sector binnen het kader van de GATS aan te gaan. De Commissie heeft het onderhandelingsmandaat voor de EU; en heeft aangegeven het bestaande regime niet te willen wijzigen. Convergentie zal er echter voor zorgen dat het steeds moeilijker zal worden voor de EU om te rechtvaardigen dat wel vergaande verplichtingen zijn aangegaan in de telecommunicatiesector, maar niet in de audiovisuele sector.

### **Consequenties voor Nederland**

- Nederlands mediabeleid heeft historisch een defensieve stelling ingenomen tegen ontwikkelingen op EG-niveau, en heeft als gevolg daarvan bijna altijd op gespannen voet gestaan met het EG-recht. Nederland probeerde, in strijd met de bepalingen van het vrij verkeer van diensten (met een beroep op het cultuurbeleid), te voorkomen dat commerciële concurrenten het publieke bestel zouden openbreken. Het Hof van Justitie is daarin duidelijk: beperkingen op het vrij verkeer van diensten om dwingende redenen van algemeen belang, zoals het cultuurbeleid, kunnen alleen worden gerechtvaardigd wanneer de maatregelen zonder discriminatie worden toegepast, geschikt zijn ter verwezenlijking van het nagestreefde doel en niet verder gaan dan strikt noodzakelijk is.
- Gezien het feit dat er op EG-niveau een brede politieke consensus heerst over de algemene beleidsdoeleinden van mediabeleid, bestaat voor Nederland feitelijk de mogelijkheid een actieve rol te spelen bij de Europese discussie, en dus een betere aansluiting tussen EG- en Nederlands mediabeleid te bereiken.
- Lidstaten staan voor een 'keuze': enerzijds kan een mediaonderwerp op EG-niveau, in strikte overeenstemming met de huidige bevoegdheidsverdeling, worden behandeld als ruimte voor uitzondering op de basisbepalingen van het EG-Verdrag, waardoor marktwerking (als uitgangspunt van het EG-Verdrag) in de afweging sterk(er) naar voren zal komen. Anderzijds kan een gecompliceerde en evenwichtiger (lees: 'culturele') benadering van het onderwerp op EG-niveau bereikt worden door middel van harmonisatiemaatregelen waarbij de Lidstaten het onderwerp als het ware 'Europees' maken, maar dat zal dan wel ten koste gaan van de beleidsruimte van de Lidstaten.

- Bovendien kan het land-van-herkomst-principe, in samenhang met verdergaande eisen van transparantie en proportionaliteit, leiden tot nivellering van wetgeving. Afwijken van het gemiddelde in negatieve zin zal ervoor zorgen dat bedrijven naar een ander klimaat trekken (voorzover mogelijk); en het stellen van procedurele eisen aan bijvoorbeeld financiering van de publieke omroep kan ervoor zorgen dat een afwijkend regime eerder naar boven komt en onderzocht wordt.
- Het subsidiariteitsbeginsel heeft beperkte juridische consequenties; het is voornamelijk een politiek argument.
- Op EG-niveau blijkt de heersende mening te zijn dat de beleidsmaker in de toekomst niet meer in staat zal zijn om een volledig beeld te hebben van de sector, met zijn vele onzekerheden. Het zal bijvoorbeeld steeds moeilijker worden voor de overheid om vast te stellen hoe informatie bij de consument terechtkomt. Dit hoeft niet per definitie slecht te zijn, tenminste, indien men in de toekomst mediabeleid wil voeren om bepaalde doelen te bereiken (functionele benadering) in plaats van bepaalde media te reguleren op basis van een formele benadering. Deze benadering noemen wij de ‘wolk-benadering’: in beginsel vloeit content tussen aanbieders en consumenten (in alle richtingen) door een ondoorzichtige wolk. De overheid waakt over bepaalde doelstellingen, bijvoorbeeld dat geen partij (op welke plaats in de productie- en distributieketen dan ook) strikte controle krijgt over wat de consument wel of niet mag kijken. Als de nagestreefde doeleinden niet worden bereikt, dan klaart ‘de wolk’ in de regel op, het verkeer binnen de wolk wordt zichtbaar en er is plaats voor de overheid om in te grijpen. Interventie van ‘aanvullende’ aard, bijvoorbeeld om extra content aan te bieden of distributiemogelijkheden te creëren, is mogelijk zolang ‘de wolk’ niet wordt beschadigd.

- 4 Er is dus geen sprake van bijvoorbeeld het genuanceerdere verschil tussen pluralisme en pluriformiteit dat in Nederland wordt gehanteerd. Alles komt op Europees niveau onder de brede noemer ‘pluralisme’.
- 5 Zoals verwoord in de beleidsdocumenten van de Commissie en de resoluties van de Raad en het Europees Parlement.
- 6 Het huidige Europese sectorspecifieke wetgevingskader voor content (inhoud) van de audiovisuele sector bestaat uit de Televisie zonder Grenzen Richtlijn, de E-Commerce Richtlijn, de Aanbeveling van de Raad van 24 September 1998 (EU) en de Europese Conventie aangaande Grensoverschrijdende Televisie (RvE).
- 7 De wetgeving met betrekking tot transmissie en distributie wordt gevormd door het nieuwe ‘EC Communications Framework’ (EU) dat bestaat uit een Kaderrichtlijn en vijf specifieke richtlijnen: de Machtigingsrichtlijn, de Toegangsrichtlijn, de Universele dienstrichtlijn, de Richtlijn betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de telecomunicatiesector, en de Richtlijn betreffende de mededinging op de markten voor elektronische communicatienetwerken en –diensten.
- 8 De Europese Commissie is overigens zelf ervan overtuigd dat de Televisie Zonder Grenzen Richtlijn wel technologieneutraal is. Zij beargumenteren dit op grond van het feit dat de bepalingen van de Richtlijn zowel van toepassing zijn op analoge als digitale televisie, ongeacht de wijze van uitzenden (ether, satelliet, kabel).
- 9 Beperking van de ruimte die voor de Lidstaten overblijft, in vergelijking met de basisbepalingen van het EG-Verdrag.





# 1 DE ONDERDELEN VAN HET EUROPESE MEDIABELEID

## 1.1 BASISBEPALINGEN VAN HET EG-VERDRAG

### *Vier vrijheden*

Op het eerste gezicht kan het lijken alsof het Europese Gemeenschapsrecht geen invloed heeft op het mediabeleid van de Lidstaten. In het EG-verdrag wordt namelijk geen specifieke bevoegdheid toegekend aan de Gemeenschap op het gebied van mediabeleid. Sterker nog, de woorden media, pers of omroep worden niet eens genoemd in het Verdrag. De competentie van de Gemeenschap in de mediasector<sup>10</sup> heeft zich in de loop der jaren impliciet ontwikkeld, nadat het Hof van Justitie zich voor het eerst uitsprak over de toepasbaarheid van het vrij verkeer van diensten op televisie-uitzendingen. Het Hof van Justitie deed dit in het beroemde Sacchi-arrest.<sup>11</sup> Op een prejudiciële vraag van de rechtbank te Biella, Italië antwoordde het Hof dat:

*“De uitzending van televisieberichten, met inbegrip van reclameberichten, valt als zodanig onder de verdragsregels inzake het verrichten van diensten. Het handelsverkeer in alle materialen, geluidsdragers, films, apparaten en andere voor de uitzending van televisieberichten gebruikte producten is echter aan de regels betreffende het vrije verkeer van goederen onderworpen.”*

Het gevolg van deze uitspraak was dat de handeling van het uitzenden van televisie beschermd werd onder artikel 49 ff (vrij verkeer van diensten) en dat producten waarmee televisiesignalen verspreid worden, zoals videobanden, vallen onder de bescherming van artikel 28 ff (vrij verkeer van goederen). Hiermee had het Hof van Justitie de Gemeenschap de bevoegdheid ‘gegeven’ om de omroep te reguleren, omdat nadrukkelijk werd erkend dat de omroep binnen de grenzen van het EG-Verdrag valt.

### *Europa en cultuur*

De discussie omtrent het competentievraagstuk van de EG was hiermee echter niet beëindigd. Verschillende Lidstaten waren van mening dat EG geen bevoegdheid had om de media te reguleren, aangezien de Gemeenschap hier trad op het gebied van het culturele beleid van de Lidstaten. Zij beweerden dat het Sacchi-arrest alleen kabel en reclame betrof en dus niet de omroep in het algemeen. Onder het EG-Verdrag heeft de Gemeenschap inderdaad geen middelen om een cultureel beleid op te leggen aan zijn Lidstaten. In het Groenboek over de Totstandbrenging van een Gemeenschappelijke Markt voor Omroepactiviteiten<sup>12</sup> van 1984 stelde de Commissie echter het volgende:

*“Contrary to what is widely imagined, the [EC] Treaty applies not only to economic activities but, as a rule, also to all activities carried out for remuneration,*

*regardless of whether they take place in the economic, social, cultural (including in particular information, creative or artistic activities and entertainment), sporting or any other sphere.”*

Verderop in het Groenboek wordt bovendien gesteld dat “The [EC] Treaty encompasses broadcasting in a multitude of ways...”. Verschillende artikelen van het EG-Verdrag worden aangehaald (o.a. art. 43, 49, 50, 52 EG) om dat te bewijzen.

### **Verdrag van Maastricht**

Ofschoon de centrale rol van de Europese Gemeenschap en zijn instituties de totstandkoming van de gemeenschappelijke markt is, is het duidelijk dat de Gemeenschap in de loop der jaren is begonnen met het nastreven van andere doelen naast het puur economische doel. Dit werd duidelijk zichtbaar in het Verdrag van Maastricht. In artikel 3 van het EG-Verdrag kwam allereerst een verwijzing te staan naar ‘de ontplooiing van de culturen van de Lidstaten’, maar met de toevoeging van artikel 128 (na het Verdrag van Amsterdam art. 151) werd ‘cultuur’ nadrukkelijk opgenomen in het EG-Verdrag. De bepalingen van het artikel zijn echter tamelijk vaag en terughoudend geformuleerd. De Gemeenschap mag namelijk niet verdergaan dan het aannemen van stimuleringsmaatregelen op het gebied van cultuur van de Lidstaten, en harmonisatie van wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de Lidstaten is op grond van ‘cultuur’ niet toegestaan. Toch heeft het artikel zeker waarde, namelijk om aan te geven dat het culturele belang niet volledig uit het oog verloren dient worden bij de nastreving van de interne markt. In het huidige artikel 151 lid 4 lezen wij daarover het volgende:

*“De Gemeenschap houdt bij haar optreden uit hoofde van andere bepalingen van dit Verdrag rekening met de culturele aspecten, met name om de culturele verscheidenheid te eerbiedigen en te bevorderen.”*

Hierdoor heeft de Gemeenschap wat meer speelruimte gecreëerd op het culturele gebied. Daarnaast werd in het Verdrag van Maastricht artikel 87 lid 3 sub d toegevoegd aan het EG-Verdrag. Daarin wordt gesteld dat ‘steunmaatregelen om de cultuur en de instandhouding van het culturele erfgoed te bevorderen, wanneer door deze maatregelen de voorwaarden inzake het handelsverkeer en de mededingingsvoorwaarden in de Gemeenschap niet zodanig worden veranderd dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad’, als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt kunnen worden beschouwd.

Met het Verdrag van Amsterdam van 1997 werd uiteindelijk een protocol betreffende het publieke omroepstelsel aan het EG-Verdrag toegevoegd. Dit protocol luidt als volgt:

*“De bepalingen van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap doen geen afbreuk aan de bevoegdheid van de lidstaten om te voorzien in de financiering van de publieke omroep, voorzover deze financiering wordt verleend aan omroeporganisaties voor het vervullen van de publieke opdracht zoals toegekend, bepaald en georganiseerd door iedere lidstaat, en voorzover deze financiering de voorwaarden inzake het handelsverkeer en de mededingingsvoorwaarden in de Gemeenschap niet zodanig verandert dat het gemeenschappelijk belang zou worden geschaad, waarbij rekening wordt gehouden met de verwezenlijking van de opdracht van deze publieke dienst.”*

Het protocol is het resultaat van jarenlang lobbyen om de publieke omroep te beschermen en te promoten.

Duidelijk is dat de Gemeenschap onder het EG-Verdrag en het eu-Verdrag geen volledige bevoegdheid heeft om te handelen als het gaat om cultuur, maar langzaam-aan wel steeds meer invloed naar zich toetrekt op het gebied. De evolutie van de regulering van de audiovisuele omroep is daar een mooi voorbeeld van.

## **1.2 MEDEDINGINGSRECHT EN DE MEDIA**

Net zoals de ‘vier vrijheden’ van toepassing zijn op de audiovisuele ‘diensten’ die de omroepen leveren, zo zijn ook de algemene bepalingen van het EG Mededingingsrecht van toepassing op de ‘mediaondernemingen’.<sup>13</sup>

Het EG Mededingingsrecht valt grofweg onder te verdelen in vier onderdelen:

- 1 Verbod op mededingingsafspraken (art. 81);
- 2 Verbod van misbruik van een economische machtsposities (art. 82);
- 3 Controle op concentraties (Verordening 139/2004);
- 4 Staatssteun (art. 87-88).

Gezamenlijk hebben deze artikelen en richtlijn als doel het voorkomen van verstoring van mededinging in de interne markt van de EG. Op twee gebieden komen de media met name in aanraking met het EG Mededingingsrecht: op het gebied van concentratie en op het gebied van staatssteun.

### **Media en concentratie**

Met de Verordening 139/2004<sup>14</sup> (de Concentratie Verordening) heeft de Commissie de mogelijkheid om concentraties op de mediamarkt te reguleren. Dit is met name van belang gezien het feit dat er verder in het EG-recht geen specifieke bepalingen bestaan aangaande media ownership.

De Concentratie Verordening biedt de Commissie de mogelijkheid om fusies te verbieden die onverenigbaar zijn met de gemeenschappelijke markt. Hiervoor is wel een

‘communautaire dimensie’ vereist, die voornamelijk wordt gebaseerd op de omvang van de fusie.

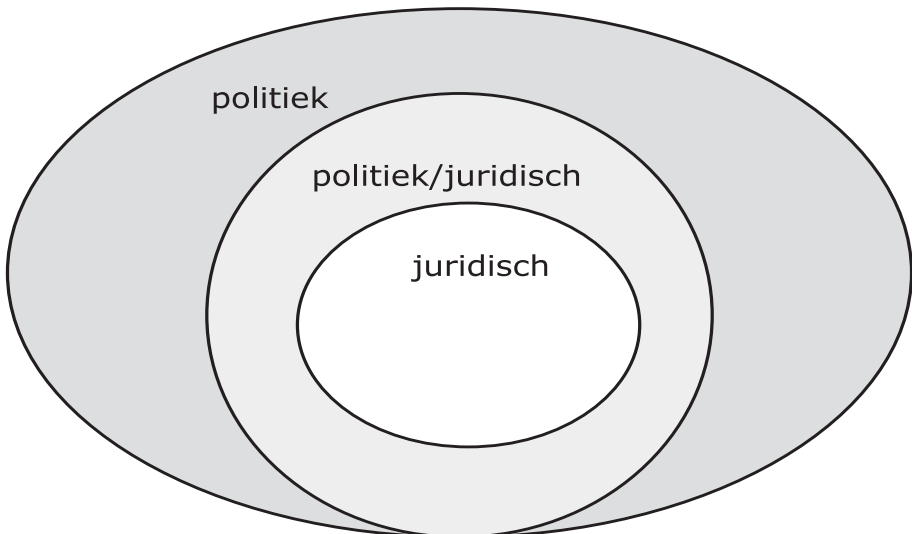
Door het traditionele systeem van de Concentratie Verordening, waarbij concentraties met een communautaire dimensie vooraf aangemeld moeten worden, wordt de Commissie automatisch op de hoogte gehouden van de concentratie-ontwikkelingen in de sector.

### **Media en staatssteun**

Op het gebied van staatssteun zijn het de publieke omroepen die in aanraking komen met het mededingingsrecht, omdat zij (gedeeltelijk) worden gefinancierd uit publieke gelden of door verplichte bijdragen (omroepbijdragen). Voor de publieke omroep zijn er twee verschillende mogelijkheden van afwijking van de staatssteunregels voorhanden. Artikel 87 lid 3 sub d geeft de Commissie de eerste mogelijkheid om steun ‘verenigbaar te achten’ met de gemeenschappelijke markt, indien het gaat om ‘steunmaatregelen om de cultuur en de instandhouding van het culturele erfgoed te bevorderen’. Omdat de publieke omroep onder het EG-recht een speciale positie bezit als een dienst van algemeen economisch belang,<sup>15</sup> bestaat er nog een tweede mogelijkheid voor hen om onder de staatssteunregels uit te komen, in de zin van artikel 86 lid 2 EG. Op media en staatssteun wordt uitgebreid ingegaan in hoofdstuk 3 paragraaf 4.

### **De verhouding tussen de EG en zijn Lidstaten**

De verhouding tussen de EG en de nationale Lidstaten kan worden weergegeven aan de hand van de tekening van figuur 1.1.



**Figuur 1.1**

De *binnenste* ring vertegenwoordigt de vragen die puur juridisch zijn en onder het EG-Verdrag vallen, zoals bijv. vragen met betrekking tot de vier vrijheden of het mededingingsrecht. De vragen die hier naar boven komen kunnen reeds op EG-niveau worden behandeld aan de hand van het Verdrag zonder politieke discussie; deze discussie is reeds lange tijd geleden gevoerd en beslist. De vragen spelen zich dus volledig af op Europees niveau.

De *tweede* ring vertegenwoordigt die vragen die weliswaar een basis hebben in het EG-Verdrag, maar daarnaast ook een bepaalde politieke overeenstemming vereisen indien men maatregelen wil nemen. Deze onderwerpen kunnen dan door harmonisatiewetgeving op de Europese agenda gezet worden. Een goed voorbeeld hiervan is de TZG Richtlijn.

De *buitenste* ring vertegenwoordigt die zaken die volledig buiten het EG-Verdrag vallen en dus alleen maar op EG-niveau zullen komen op basis van een fundamentele politieke beslissing. Wanneer Lidstaten deze zaken toch op Europees niveau willen aanpakken, zal dit ofwel buiten de EG om moeten gebeuren, ofwel moet er een Verdragswijziging plaatsvinden.

De verschillende ringen geven zo de verschillende lagen aan waarop een vraag ter sprake kan komen. Het model tracht weer te geven dat wanneer een vraag niet 'binnenkomt' in de middelste ring, dit niet automatisch betekent dat deze niet op Europees niveau behandeld kan worden. Wanneer er een grondslag te vinden is in het Verdrag, en de politieke wil bestaat, kunnen onderwerpen dus door middel van harmonisatiewetgeving van het nationale niveau naar het Europese niveau worden gebracht. Voor een dergelijke beslissing is altijd minimaal een gekwalificeerde meerderheid in de Raad vereist.

### **Subsidiariteitsbeginsel**

Het subsidiariteitsbeginsel is het beginsel dat meteen ter sprake komt op het moment dat het gaat over bevoegdheidsverdeling tussen de EG en de Lidstaten. Het houdt in dat de EG in gevallen die niet onder haar exclusieve bevoegdheid vallen, slechts optreedt voorzover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de Lidstaten kunnen worden verwezenlijkt, en vandaar vanwege de omvang of de gevolgen van het overwogen optreden beter door de Gemeenschap kunnen worden verwezenlijkt. Alhoewel dit beginsel op het eerste gezicht misschien helder kan lijken, is er veel discussie in de literatuur over de precieze strekking van het beginsel. Het Protocol over de toepassing van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit<sup>16</sup> bevestigt dat alle Instellingen de beginselen in acht behoren te nemen, en geeft richtsnoeren voor de manier waaruit dat moet blijken.

Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie<sup>17</sup> blijkt echter dat wanneer Lidstaten zich beroepen op het subsidiariteitsbeginsel om een actie van de Gemeenschap aan te vechten, het Hof zich tamelijk eenvoudig neerlegt bij de verklaring die de Commissie daarvoor geeft, en deze slechts marginaal toetst. Hierdoor boet het subsidiariteitsbe-

ginsel voor een groot gedeelte aan hardheid in. De juridische consequenties van het subsidiariteitsbeginsel zijn dus tot nu toe vrij beperkt; het blijft voornamelijk een politiek argument.

## **1.3 RECHTEN VAN DE MENS – VRIJHEID VAN MENINGSUITING (EVRM EN EG)**

### **1.3.1 ARTIKEL 10 EVRM**

Vanuit een andere Europese invalshoek wordt ook direct invloed uitgeoefend op het mediabeleid van de Lidstaten, en wel door de Raad van Europa. De Raad van Europa, opgericht in 1949 in Londen, is vooral actief op het gebied van de mensenrechten en georiënteerd op cultuur. Het Europese Verdrag van de Rechten voor de Mens trad voor Nederland effectief in werking in 1954. Van groot belang voor alle media is het fundamentele recht van de vrijheid van meningsuiting. Het recht wordt als volgt verwoord in artikel 10 van het EVRM:

- 1. Een ieder heeft recht op vrijheid van meningsuiting. Dit recht omvat de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen. Dit artikel belet Staten niet radio-omroep-, en bioscoop- of televisieondernemingen te onderwerpen aan een systeem van vergunningen.*
- 2. Daar de uitoefening van deze vrijheden plichten en verantwoordelijkheden met zich brengt, kan zij worden onderworpen aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties, die bij de wet zijn voorzien en die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid, territoriale integriteit of openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen.*

Dit artikel kan rechtstreeks door de Nederlandse rechter worden toegepast.<sup>18</sup>

Het Hof toetst de legitimiteit van overheidsbeperkingen op drie niveaus: De inmenging moet zijn voorzien bij wet, moet steun vinden in een van de beperkingsgronden die zijn opgesomd in lid 2 en moet noodzakelijk zijn in een democratische samenleving. In de praktijk blijkt “noodzakelijk zijn in een democratische samenleving” het decisieve beoordelingscriterium te zijn. Hierbij blijft een niet geringe taak achter bij de lidstaten zelf als gevolg van de doctrine van de ‘margin of appreciation’.<sup>19</sup>

### 1.3.2 ARTIKEL 10 EN DE MEDIA

In de arresten van het EHRM komt duidelijk naar voren dat de toegestane beperkingen ‘die noodzakelijk zijn in een democratische samenleving’ ten behoeve van de media zeer restrictief uitgelegd dienen te worden. Op het terrein van politieke meningsuiting en participatie aan het maatschappelijk debat kan op een hoge beschermingsgraad tegen inmenging van de overheid gerekend worden.<sup>20</sup> Er wordt hierbij een onderscheid gemaakt tussen feiten en waardeoordelen in het Castells<sup>21</sup> en het Lingens<sup>22</sup> arrest; van feiten kan bewijslevering worden geëist, van waardeoordelen niet. Bovendien is het zo dat publieke figuren meer moeten kunnen incasseren dan privé-personen.<sup>23</sup>

In het arrest Handyside<sup>24</sup> werd duidelijk gemaakt door het EHRM dat vrijheid van meningsuiting niet alleen van toepassing is op informatie of ideeën ...“that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no ‘democratic society’.”

In de jurisprudentie van het EHRM krijgt de pers de taak van ‘public watchdog’ toebedeeld. Het houdt in dat de pers als waakhond van de democratie dient te fungeren en eventuele misstanden aan de kaak moet stellen. Om aan deze taak te voldoen heeft de pers niet alleen de taak om het volk informatie te verschaffen, maar heeft het volk ook het recht om die informatie te ontvangen.<sup>25</sup> Ten eerste moet voorkomen worden dat journalisten door mogelijke vervolging worden afgeschrikt van het uiten van kritiek, of het openbaar maken van informatie van maatschappelijk belang.<sup>26</sup>

Uit andere arresten van het Europese Hof blijkt dat de media zelfs op een vergaande bescherming kunnen rekenen onder artikel 10 EVRM wanneer er sprake is van ‘slordig gedrag’ van de media.<sup>27</sup> Dit punt kwam naar voren in de arresten Bergens Tidende<sup>28</sup> en Bladet Tromsø<sup>29</sup>. In beide gevallen werd een verhaal gepubliceerd door de plaatselijke krant als gevolg waarvan de reputatie van een persoon/personen werd(en) aangetast. In beide zaken draaide het vervolgens om de vraag of de journalisten hun journalistieke “plichten en verantwoordelijkheden” voldoende waren nagekomen. Het Hof benadrukte, in navolging van het Jersild<sup>30</sup> arrest, het volgende:

*“Although the press must not overstep certain bounds, in particular in respect of the reputation and rights of others and the need to prevent the disclosure of confidential information, its duty is nevertheless to impart - in a manner consistent with its obligations and responsibilities - information and ideas on all matters of public interest... The methods of objective and balanced reporting may vary considerably, depending among other things on the medium in*



*question; it is not for the Court, any more than it is for the national courts, to substitute its own views for those of the press as to what techniques of reporting should be adopted by journalists.”*

In het Tammer<sup>31</sup> arrest wordt deze vergaande bescherming van de media enigszins teruggedrongen doordat niet langer het gehele privé-leven van een publiek figuur automatisch tot het publiek domein behoort.<sup>32</sup> In het arrest Groppera Radio<sup>33</sup> moest het Hof beslissen over de toepassing van artikel 10 EVRM op grensoverschrijdende televisie. Het verdient aandacht dat in artikel 10 EVRM dit grensoverschrijdende aspect nadrukkelijk wordt genoemd, aangezien dit uniek is binnen het Verdrag. In paragraaf 55 van het arrest, waarin een Zwitserse radio-omroep vanuit Italië programma's uitzond bedoeld voor het publiek in Zwitserland, stelde het Hof het volgende:

*“The Court considers that both broadcasting of programmes over the air and cable retransmission of such programmes are covered by the right enshrined in the two first sentences of article 10(1), without there being any need to draw distinctions according to the content of the programmes...”*

In het arrest Autronic AG<sup>34</sup> werd daaraan toegevoegd dat artikel 10 EVRM niet alleen van toepassing was op de content (inhoud) van de uitzendingen, maar ook op de middelen van transmissie en ontvangst. Het Hof stelde vervolgens in het arrest Informationsverein Lentia<sup>35</sup>, dat artikel 10 lid 1 EVRM weliswaar in de mogelijkheid voorziet om de omroep te onderwerpen aan een licentiesysteem, maar dat dit wel moet gebeuren in overeenstemming met artikel 10 lid 2 EHRM. Als gevolg daarvan heeft het publieke omroepmonopolie van de ORF in Oostenrijk plaatsgemaakt voor een bestel met plaats voor commerciële initiatieven.

Geconcludeerd kan worden dat de media in het algemeen een hoge bescherming genieten onder artikel 10 EVRM, en dat alle mediaregulering getoetst dient te worden aan het artikel.

### **1.3.3 VERBAND EVRM EN EG RECHT**

De Europese Unie heeft altijd waarde gehecht aan de eerbiediging van mensenrechten, ook al zijn deze rechten (nog) niet specifiek opgenomen in het EG-Verdrag, noch in het Verdrag betreffende de Europese Unie.<sup>36</sup>

Het Hof van Justitie erkende reeds in 1969 het bestaan van grondrechten op gemeenschapsniveau in het arrest Stauder<sup>37</sup>. Het Hof stelt in het arrest dat de eerbiediging van fundamentele rechten tot de algemene beginselen van het communautaire recht behoort.

Dit werd herhaald door het Hof in het arrest Internationale Handelsgesellschaft<sup>38</sup>,

en daarbij werd te kennen gegeven dat uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de Lidstaten algemene beginselen van gemeenschapsrecht voortkomen. Met het arrest Nold<sup>39</sup> erkende het Hof internationale verdragen als bron voor algemene beginselen van gemeenschapsrecht. Het Hof heeft daarna steeds meer specifieke grondrechten erkend in verscheidene arresten.<sup>40</sup> Daarbij is het belangrijk op te merken dat het Hof ook grenzen heeft gesteld aan de eerbiediging van die fundamentele rechten.

Het Europees Parlement heeft langdurig aangedrongen op verdere uitbreiding van de communautaire grondrechtenbescherming. Meerdere malen is daarom voorgesteld de EG te laten toetreden tot het EVRM<sup>41</sup>. Men stuitte daarbij echter op het probleem dat het EG-Verdrag als zodanig (art. 308) geen mogelijkheid biedt voor toetreding tot het EHRM.<sup>42</sup>

Op 7 december 2000 hebben het Europees Parlement, de Raad en de Commissie op de Europese Top van Nice het Handvest van de grondrechten, dat als eigen grondrechten-catalogus van de EU moet worden beschouwd, van de Europese Unie gezamenlijk ondertekend en plechtig afgekondigd. Het Handvest heeft nu nog enkel de status van politieke verklaring, maar op de Intergouvernementele Conferentie van 2004 is besloten dat het Handvest geïncorporeerd zal worden in het Constitutioneel Verdrag van de EU.<sup>43</sup>

### **1.3.4 DE INVLOED VAN DE RECHTEN VAN DE MENS OP DE INTERNE MARKT REDENERING**

Dat EG als zodanig niet is toegetreden tot het EVRM, heeft niet afgedaan aan de mate waarin grondrechten worden beschermd onder het EG-recht. Uit verschillende arresten van het Hof van Justitie is inmiddels zelfs op te maken dat er een steeds sterkere invloed te constateren is van de mensenrechten op de interne marktredenering van het Hof van Justitie.

De volgende arresten laten zien welke consequenties dat heeft voor de media.

#### ***ERT***

In het arrest ERT<sup>44</sup> ging het om de vraag het nationale stelsel van exclusieve rechten op het gebied van televisie, zoals aanwezig in Griekenland, met de Verdragsbepalingen in overeenstemming was. Het Hof benadrukt dat de nationale rechter in zijn beoordeling over de EG-conformiteit van nationale recht aandacht moet geven aan de fundamentele rechten waarvan het Hof de eerbiediging verzekert, in het bijzonder die welke in het EVRM zijn neergelegd. Dit geldt in het bijzonder wanneer een Lidstaat zich beroept op een uitzondering op de Verdragsregels met betrekking tot diensten op grond van artikel 46 juncto artikel 55 EG. De betrokken nationale regeling kan dus alleen in aanmerking komen voor de in art. 46 juncto artikel 55 EG genoemde uitzonderingen, wanneer zij in overeenstemming is met de fundamentele rechten waarvan het Hof de eerbiediging verzekert.

*“Bij een regeling op het gebied van televisie, betekent zulks dat deze moet worden getoetst aan de in artikel 10 van het Europees Verdrag inzake de rechten van de mens neergelegde vrijheid van meningsuiting, zijnde een algemeen rechtsbeginsel van het Hof.”*

Hieruit volgt dat ‘strengere’ nationale regelgeving op basis van een uitzondering in het Gemeenschapsrecht ten minste in overeenstemming moet zijn met en dus getoetst moeten worden aan de fundamentele rechtsbeginselen, in casu de vrijheid van meningsuiting.

### ***Vereinigde Familiapress/Heinrich Bauer Verlag***

In het arrest Familiapress<sup>45</sup> was een geschil ontstaan tussen twee uitgeverijen, het Oostenrijkse Vereinigte Familiapress (VP) en het Duitse Heinrich Bauer Verlag (HBV). In een weekblad van HBV dat in Oostenrijk werd gedistribueerd, Laura, werd lezers de mogelijkheid geboden om aan prijsvragen deel te nemen. HBV, dat het blad overigens ook in Duitsland verkocht, handelde volgens VP daarmee in strijd met de Oostenrijkse wet, dat een algemeen verbod bevat om zonder tegenprestatie aan de consumenten premies aan te bieden in verband met verkoop van goederen of het verrichten van diensten.

Het Hof merkt op dat pluriformiteit, de verdediging van de Oostenrijkse regering ten behoeve van de nationale wettelijke regeling, volgens vaste rechtspraak een dwingende reden van algemeen belang kan vormen, die een beperking van het vrij verkeer van goederen kan rechtvaardigen.<sup>46</sup> De nationale bepalingen dienen dan wel geschikt te zijn om het beoogde doel te bereiken, en het doel moet tevens niet kunnen worden bereikt door middelen die het intracommunautaire handelsverkeer minder belemmeren. Het Hof stelt daarnaast dat het in casu geldende verbod moet worden getoetst aan artikel 10 EHRM. Terecht merkt het Hof vervolgens op, dat “krachtens artikel 10 EVRM de uitoefening van deze vrijheid (de vrijheid van meningsuiting) kan worden onderworpen aan beperkingen teneinde pluriformiteit van de pers in stand te houden, mits zij bij de wet worden voorzien en in een democratische samenleving nodig zijn.” De nationale rechter dient op grond van bovenstaande dus te beoordelen of de nationale wettelijke bepaling evenredig is aan het doel van pluriformiteit van de pers, en hij moet beoordelen of het doel niet kan worden bereikt door maatregelen die zowel het intracommunautaire handelsverkeer als de vrijheid van meningsuiting minder belemmeren.

Net als in ERT geeft het Hof in Familiapress hiermee een centrale plaats aan Artikel 10 EVRM in de toetsing van nationale maatregelen onder het EG-recht.

### ***Schmidberger***

In het Schmidberger<sup>47</sup> arrest handelt het weliswaar niet om een zaak met betrekking tot de media, maar wordt wel duidelijk hoe ver de actieve rol van het Hof van Justitie

gaat in het kader van artikel 10 EHRM.

De Oostenrijkse autoriteiten hebben de vereniging Transitforum Austria Tirol, die de bescherming van het leefgebied in het Alpengebied nastreeft, stilzwijgend toestemming verleend om op 12 en 13 juni 1998 een samenkomst te organiseren op de Brenner-autoweg, als gevolg waarvan het verkeer op deze weg gedurende bijna 30 uur volledig is stilgelegd. Internationaal Transportbedrijf Schmidberger heeft vervolgens beroep ingesteld bij het Landesgericht Innsbruck, omdat als gevolg van de actie vijf van haar vrachtwagens de desbetreffende weg vier opeenvolgende dagen niet konden gebruiken.<sup>48</sup> Volgens Schmidberger was het niet verbieden van de samenkomst in strijd met het vrij verkeer van goederen, omdat de betreffende weg de enige transitroute is die haar voertuigen kunnen nemen tussen Italië en Duitsland.

Het Hof concludeert in haar beoordeling dat het besluit van de Oostenrijkse autoriteiten de intracommunautaire handel heeft beperkt, dat dit in beginsel niet strookt met de verplichtingen uit hoofde van het Gemeenschapsrecht, tenzij dat handelen objectief gerechtvaardigd kan worden. Het Hof voegt daar echter aan toe dat zowel de Gemeenschap als de Lidstaten ook gehouden zijn de grondrechten te eerbiedigen, en dat de bescherming van die rechten een legitiem belang vormt, welk belang in beginsel een rechtvaardiging vormt voor een beperking van verplichtingen krachtens het Gemeenschapsrecht. Aangezien de Oostenrijkse autoriteiten zich met betrekking tot de bijeenkomst hebben laten leiden door overwegingen op het gebied van overwegingen van vrijheid van meningsuiting en vrijheid van vergadering, staat het Hof voor de moeilijke vraag “wat de draagwijdte is van de door artikelen 10 en 11 van het EVRM gewaarborgde vrijheden van meningsuiting en vergadering, respectievelijk van het vrij verkeer van goederen, wanneer eerstgenoemde vrijheden worden aangevoerd ter rechtvaardiging van een beperking op laatstgenoemd beginsel.”

Hier doet zich een situatie voor die verschilt met de twee eerder besproken zaken: was de uitkomst van die zaken dat een (nationale) afwijking van het Gemeenschapsrecht altijd moet worden getoetst aan artikel 10 EVRM wil deze rechtvaardig zijn, hier wordt artikel 10 EVRM zelf aangevoerd als rechtvaardiging voor afwijking van het Gemeenschapsrecht.

Het Hof geeft aan dat, zowel aan de fundamentele beginselen van het Verdrag, als aan de grondrechten vrijheid van meningsuiting en vrijheid van vergadering zoals erkend in het EVRM, in beginsel beperkingen gesteld kunnen worden.

*“In die omstandigheden moeten de betrokken belangen tegen elkaar worden afgewogen en moet aan de hand van alle omstandigheden van elk afzonderlijk geval worden nagegaan of een juist evenwicht tussen de belangen is geëerbiedigd. De bevoegde autoriteiten beschikken daarbij over een ruime beoordelingsbevoegdheid. Niettemin moet worden nagegaan of de beperkingen op het intra-*

*communautaire handelsverkeer evenredig zijn aan de nagestreefde legitieme doelstelling, in casu de bescherming van grondrechten.”*

In zijn afweging komt het Hof tot de conclusie dat de nationale autoriteiten, mede gelet op de ruime beoordelingsbevoegdheid waarover ze beschikken, de juiste beslissing hebben gemaakt om de demonstratie niet te verbieden. Voor de eerste maal aanvaardt het Hof hiermee een beroep op grondrechten als rechtvaardiging voor een inbreuk op het vrij verkeer van goederen. Hiermee worden deze grondrechten op eenzelfde niveau gesteld met de fundamentele beginselen van het Verdrag, waarbij belangenafweging de doorslag moet geven.

## **1.4 HET HUIDIGE SECTOR-SPECIFIEKE EUROPESE WETGEVINGSKADER**

### **1.4.1 WETGEVING MET BETREKKING TOT CONTENT**

#### ***De Europese Conventie aangaande Grensoverschrijdende Televisie***

Op 5 mei 1989 werd de Conventie aangaande Grensoverschrijdende Televisie van de Raad van Europa aangenomen.<sup>49</sup> Deze Conventie was het eerste wettelijke instrument dat op Europees niveau een aantal grondbeginselen vastlegde voor de grensoverschrijdende circulatie van televisieprogramma's. De noodzaak voor een dergelijk raamwerk kwam voort uit het feit dat artikel 10 EVRM alleen niet kon voorzien in een oplossing van alle problemen waarvoor omroepen, die hun activiteiten grensoverschrijdend uitbreidden, kwamen te staan.<sup>50</sup>

Dat de Conventie relatief gezien weinig impact heeft binnen de EU komt doordat deze gaandeweg is weggecijferd door de Europese Richtlijn 'Televisie Zonder Grenzen', die in beginsel dezelfde onderwerpen beslaat als de Conventie. In artikel 29 van de Conventie wordt gesteld dat Lidstaten van de EU onderling alleen dan de regels van de Conventie zullen toepassen wanneer het EG-recht op dat specifieke gebied niet in regelgeving voorziet.<sup>51</sup>

#### ***De Televisie Zonder Grenzen Richtlijn***

Op 3 oktober 1989 werd de Richtlijn 89/552/EEC goedgekeurd, beter bekend als de 'Televisie Zonder Grenzen' Richtlijn (TZG Richtlijn).<sup>52</sup> De TZG Richtlijn is gebaseerd op artikel 47(2) en artikel 55 EG, en geldt zowel voor de publieke als de commerciële omroepen. Het primaire doel van de Richtlijn is harmonisatie van de nationale regels van de Lidstaten om daarmee de vrije circulatie van grensoverschrijdende televisie te bevorderen. De reden hiervoor was dat het Hof in verschillende arresten<sup>53</sup> had geconcludeerd dat, ondanks het feit dat het uitzenden van televisie na Sacchi bescherming genoot onder het vrij verkeer van diensten, 'nu de toepasselijke regels niet zijn geharmoniseerd', het mogelijk was voor Lidstaten om bepaalde beperkingen op het vrij

verkeer van diensten toe te staan, indien de regels zonder onderscheid worden toegepast om redenen van algemeen belang.

Krachtens de TZG Richtlijn verplichten de Lidstaten zich ertoe de vrije ontvangst en uitzending van audiovisuele programma's op hun grondgebied te waarborgen. De TZG Richtlijn is gestoeld op het land-van-herkomst-principe: dat principe houdt in dat alleen het land van herkomst (van een televisie-uitzending) bevoegd is te controleren of voldaan is aan de minimumeisen zoals geformuleerd in de Richtlijn.<sup>54</sup> Het is dan ook in beginsel niet mogelijk dat twee landen tegelijkertijd bevoegd zijn. Alleen wanneer er sprake is van uitzendingen 'die de lichamelijke, geestelijke of zedelijke ontwikkeling van minderjarigen ernstig zouden kunnen aantasten' of die 'aansporing tot haat' bevatten, is er een mogelijkheid voor een Lidstaat om het-land-van-herkomst-principe te doorbreken, en dan uitsluitend door een strikte procedure waarbij de Commissie is betrokken.<sup>55</sup> Met het arrest *De Agostini*<sup>56</sup> werd duidelijk dat het-land-van-herkomst-principe alleen geldt voor de 'gecoördineerde gebieden', dat wil zeggen die gebieden die uitdrukkelijk in de TZG Richtlijn aan de orde komen. Buiten deze gebieden blijven de Lidstaten in beginsel bevoegd hun eigen beleid te voeren. Harmonisatie van de nationale wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen blijft dus beperkt tot de gecoördineerde gebieden.

Onder de TZG Richtlijn zijn, na de herziening van 1997,<sup>57</sup> grofweg vijf gebieden gecoördineerd: evenementen van groot maatschappelijk belang, de promotie en distributie van Europese werken en werken van onafhankelijke producenten, reclame en sponsoring, bescherming van minderjarigen en het recht van weerwoord. Voor al deze gebieden geldt dat de regels in de Richtlijn minimumeisen zijn; de Lidstaten kunnen beslissen om aan omroepen binnen hun jurisdictie strengere eisen op te leggen.<sup>58</sup> De TZG Richtlijn is momenteel van toepassing op de televisieomroepen die "oorspronkelijk uitzenden via de kabel of draadloos, via de ether of satelliet, in al dan niet gecoördineerde 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 de doorgifte daarvan aan het publiek". Zogenaamde diensten van de informatiemaatschappij<sup>59</sup> die op individueel verzoek geleverd worden, zijn uitdrukkelijk uitgesloten van toepassing van de TZG Richtlijn. Deze indeling laat echter nog veel ruimte voor onduidelijkheid. De heersende mening kijkt naar de technologie om vast te stellen of er sprake is van omroepdiensten of diensten van de informatiemaatschappij: zelfs wanneer een element van interactiviteit aanwezig is, is de TZG Richtlijn van toepassing, zolang er sprake is van een vooraf vastgestelde programma-indeling, en wanneer de diensten simultaan naar meer dan één ontvanger worden uitgezonden.<sup>60</sup>

Tabel 1.1

Omroepdiensten	Diensten van de informatiemaatschappij
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Free-to-air televisie</li> <li>• Near Video On Demand</li> <li>• Pay-per-View</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Video On Demand</li> </ul>

### ***E-Commerce Richtlijn***

De Richtlijn inzake elektronische handel<sup>61</sup>, beter bekend als de E-commerce Richtlijn, werd op 8 juni 2000 aangenomen. Deze Richtlijn geeft de regels weer voor de handel op internet. De E-commerce Richtlijn is gevormd naar de TZG Richtlijn en vertoont daardoor duidelijke overeenkomsten. Zo is ook de E-commerce Richtlijn gestoeld op het-land-van-herkomst-principe. Dit principe wordt in de E-commerce Richtlijn echter veel breder toegepast dan in de 'Televisie zonder Grenzen' Richtlijn, doordat de 'gecoördineerde gebieden' in de Richtlijn vergaand worden losgekoppeld van de onderwerpen die in de Richtlijn worden behandeld. Als 'gecoördineerd gebied' definieert de Richtlijn 'de in de nationale rechtsstelsels vastgelegde vereisten voor dienstverleners van de informatiemaatschappij en voor diensten van de informatiemaatschappij, ongeacht of die vereisten van algemene aard zijn dan wel specifiek daarop zijn toegesneden'. Daardoor kan het-land-van-herkomst-principe op alle regelingen worden toegepast. Aan de andere kant erkent de Richtlijn ruimere mogelijkheden voor de Lidstaten om dit principe te doorbreken. Door het meer privaatrechtelijke karakter van de E-commerce Richtlijn blijft deze verder in het stuk buiten beschouwing.

### ***Aanbeveling van de Raad van 24 September 1998***

Op 24 September 1998 heeft de Raad van de Europese Unie een aanbeveling (soft-law) vastgesteld betreffende de ontwikkeling van de concurrentiepositie van de Europese industrie van audiovisuele en informatiediensten door de bevordering van de nationale kaders teneinde een vergelijkbaar en doeltreffend niveau van bescherming van de minderjarigen en de menselijke waardigheid te bereiken.<sup>62</sup> De aanbeveling wordt gezien als een aanvulling op het hoofdstuk in de TZG Richtlijn over de bescherming van de minderjarigen. De aanbeveling vloeiende rechtstreeks voortuit het Groenboek over hetzelfde onderwerp uit 1996.<sup>63</sup>

In de Aanbeveling worden richtsnoeren gegeven voor de verdere ontwikkeling van de nationale zelfregulering op het gebied van de bescherming van minderjarigen en de menselijke waardigheid. Meest opvallend aan de aanbeveling is dat deze ook betrekking heeft op de zogenaamde informatiediensten. Deze diensten zijn, zoals eerder vermeld, uitdrukkelijk uitgesloten van toepassing van de TZG Richtlijn.

De Aanbeveling spoort onder meer aan tot onderzoek naar de mogelijkheden van nieuwe middelen voor de bescherming van minderjarigen en de voorlichting van televisiekijkers. In Nederland werd naar aanleiding hiervan in 1999 het Nederlands Instituut voor de Classificatie van Audiovisuele Media opgericht. Het NICAM heeft het classificatiesysteem 'Kijkwijzer' ontwikkeld waardoor ouders en opvoeders geïnformeerd worden over de geschiktheid van audiovisuele producties voor hun kinderen. Daarnaast zijn in de meeste Lidstaten inmiddels verenigingen van internetexploitanten opgericht, waartoe ook wordt opgeroepen in de aanbeveling.

#### **1.4.2 WETGEVING MET BETREKKING TOT TRANSMISSIE**

##### ***Het Elektronische Communicatie Framework***

Naast de regelgeving op het gebied van inhoud heeft de mediasector ook te maken met regelgeving op het gebied van distributie. Deze twee gebieden zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden; om content aan te kunnen bieden zijn distributiemiddelen benodigd.

Op 25 juli 2003 liep de omzettingstermijn voor het in 2002 aangenomen nieuwe EG-reguleringskader voor 'elektronische communicatie' (electronic communications) af. De achterliggende gedachten van het kader – gezien vanuit het oogpunt van mediabelangen – zijn 'competing infrastructures' en 'technologische neutraliteit'; als gevolg van technologische convergentie is het noodzakelijk geworden om een 'gelijk speelveld' te creëren voor de verschillende netwerken om zo te komen tot concurrentie. Alle elektronische communicatienetwerken en -diensten worden op grond van het Framework ook op dezelfde manier gereguleerd (de zgn. horizontale aanpak). Kabeltelevisie- en Satellietelevisie-netwerken vallen ook onder de definitie van elektronische communicatienetwerken. Het Framework bestaat uit een Kaderrichtlijn, Richtlijn 2002/21/EG, en vijf specifieke Richtlijnen namelijk:

- 1 De Machtigingsrichtlijn, Richtlijn 2002/20/EG,
- 2 De Toegangsrichtlijn, Richtlijn 2002/19/EG,
- 3 De Universeledienstenrichtlijn, Richtlijn 2002/22/EG,
- 4 De Richtlijn betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de telecommunicatiesector, Richtlijn 2002/58/EG,
- 5 De Richtlijn betreffende de mededinging op de markten voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, Richtlijn 2002/77/EG.

In de Kaderrichtlijn wordt aangegeven dat regelgeving inzake transmissie duidelijk gescheiden dient te worden van de regelgeving inzake inhoud, maar dat deze scheiding niet absoluut is:



*“Dit kader bestrijkt derhalve niet de inhoud van de diensten die via de elektronische-communicatienetwerken met behulp van elektronische-communicatiediensten worden geleverd zoals de inhoud van omroepprogramma’s, financiële diensten en bepaalde diensten voor de informatiemaatschappij, en heeft derhalve geen gevolgen voor maatregelen die communautair of nationaal, overeenkomstig de Gemeenschapswetgeving, worden genomen om de culturele en taalkundige verscheidenheid te bevorderen en het pluralisme in de media te garanderen. De inhoud van televisieprogramma’s valt onder 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 televisie-omroepactiviteiten. De scheiding tussen de regelgeving inzake transmissie en de regelgeving inzake inhoud staat niet aan in de weg dat rekening wordt gehouden met de relaties die tussen beide bestaan, teneinde pluralisme in de media, culturele verscheidenheid en consumentenbescherming te garanderen.”*

De Kaderrichtlijn geeft de reikwijdte en toepassing aan van de verschillende Richtlijnen, en geeft daarnaast verschillende definities en horizontale bepalingen die bruikbaar zijn bij de algemene toepassing van het Framework. De verantwoordelijkheid van de implementatie van het Framework ligt bij de Nationaal Regulerende Instanties (NRI’s).

De NRI’s moeten bij de uitvoering van de hun toegewezen taken de volgende doelstellingen volgen: het bevorderen van concurrentie, het bijdragen aan de ontwikkeling van de interne markt en het bevorderen van de belangen van de burgers van de Europese Unie. Binnen hun bevoegdheden kunnen de NRI’s bijdragen tot het waarborgen van de uitvoering van beleid ter bevordering van culturele en taalkundige verscheidenheid en pluralisme in de media.

Het Framework is zo opgezet dat specifieke ex ante verplichtingen, de zwaarste van de regulatory verplichtingen, alleen opgelegd kunnen worden wanneer exploitanten Aanmerkelijke Marktmacht bezitten. Het toetsen op en vaststellen van Aanmerkelijke Marktmacht loopt grotendeels langs inhoudelijke en procedurele stappen (marktabakening, toetsing voor marktbeheersing) die op het mededingingsrecht zijn geïnspireerd. Dit betekent dat er sprake is van asymmetrische regulering. De verplichtingen kunnen inhouden het voeren van gescheiden boekhoudingen, transparantie, non-discriminatie, toegang tot en gebruik van specifieke netwerkfaciliteiten, prijscontrole en kostentoe rekening. Indien de markt effectief zijn werk doet kunnen er geen ex ante verplichtingen opgelegd worden, en moeten eventueel bestaande ex-ante verplichtingen worden opgeheven.

Speciaal van belang voor de omroepsector zijn de bepalingen in het Framework betreffende machtiging van diensten en netwerken, verdeling en toewijzing van radiofrequenties, must-carry verplichtingen en toegang tot netwerken en bijbehorende faciliteiten.<sup>64</sup>

### **1.5 DE INTERACTIE TUSSEN SECTOR-SPECIFIEK (TZG RICHTLIJN) EN ALGEMEEN, EG MEDEDINGINGSRECHT; DE ZAAK EBU/EUROVISION**

Het grote voordeel van het algemene mededingingsrecht boven het sector-specifieke (media)recht is, dat het uitkomst blijft bieden wanneer het sector-specifieke recht wegens nieuwe ontwikkelingen reeds achterhaald is en als gevolg daarvan niet naar behoren functioneert.<sup>65</sup> Daarnaast is het algemene mededingingsrecht natuurlijk altijd van toepassing wanneer er überhaupt geen sector-specifiek recht bestaat.<sup>66</sup>

Een prachtige casus van de interactie tussen mededingingsrecht en sector-specifiek recht in de mediasector is de zaak EBU/Eurovision. De European Broadcasting Union is een vereniging van radio- en televisieomroepen die in 1950 is opgericht en zetelt in Geneve. De EBU coördineert en stimuleert de uitwisseling van radio- en televisieprogramma's onder haar actieve leden en voert namens zijn leden de gezamenlijke onderhandeling voor de aankoop van televisierechten, met name voor grote sportevenementen (het EBU/Eurovision-systeem). Praktisch alle leden zijn publieke omroepen.<sup>67</sup>

Na eerst geconcludeerd te hebben dat het EBU/Eurovision-systeem een beperking van de mededinging opleverde (dus in beginsel in strijd met het EG Mededingingsrecht), verleende de Commissie op 11 juni 1993 het EBU/Eurovision-systeem een individuele ontheffing op basis van artikel 81 lid 3 EG.<sup>68</sup> In de redenering van de Commissie wordt onder meer gesteld dat "It is necessary that membership of the Eurovision System be limited to public-mission orientated broadcasters fulfilling certain objective criteria regarding the production and variety of their programmes and the coverage of the national population...". De achterliggende gedachte van de 'nationale dekking' is, dat op deze manier voorkomen kan worden dat delen van de bevolking uitgesloten zouden kunnen worden van de mogelijkheid tot het bekijken van belangrijke evenementen, wanneer commerciële zenders of betaaltelevisiezenders de exclusieve rechten te pakken zouden krijgen. Deze angst van de Commissie zorgde ervoor dat de Commissie nooit zozeer uit was op het onderuithalen van het EBU/Eurovision-systeem, maar zich vooral richtte op de toegang tot rechten door niet EBU-leden.

Het Gerecht van Eerste Aanleg was van deze strategie niet onder de indruk. De beschikking van de Commissie werd om meerdere redenen vernietigd op 11 juli 1996.<sup>69</sup> Hierdoor werd de Commissie gedwongen om na te denken over een andere manier van aanpak om zo toch hun beleidsdoel, het voorkomen dat delen van de bevolking op een

bepaalde manier uitgesloten worden van de mogelijkheid tot het bekijken van belangrijke evenementen, te bereiken. Hiervoor werd de herziening van de TZG Richtlijn van 1997 aangegrepen. In artikel 3a wordt nu de volgende mogelijkheid geboden aan de Lidstaten: iedere Lidstaat mag een lijst opstellen met evenementen van algemeen belang die zonder extra betaling live of 'uitgesteld' beschikbaar moeten zijn voor de bevolking; na goedkeuring van die lijst door de Commissie dragen de Lidstaten er zorg voor dat onder hun jurisdictie er geen omroepen zijn die een substantieel deel van de bevolking van deze evenementen verstoken laat zijn.<sup>70</sup>

### ***Verhouding publieke/commerciële omroep op EG-niveau***

Officieel wordt op EG-niveau geen onderscheid gemaakt tussen de publieke omroep en de commerciële omroep. Dit moet onder andere blijken uit het feit dat de TZG Richtlijn op beide omroepen van toepassing is, en dat de staatssteunregels ook gelden voor de publieke omroepen. Er valt echter te beargumenteren dat, wanneer men tussen de regels doorleest, toch een speciale positie wordt toebedeeld aan de publieke omroep. Uit de hierboven behandelde zaak blijkt bijvoorbeeld al dat de Commissie wel heel ver gaat in zijn pogingen om het Eurovision-systeem, dat toch echt met name voordelig is voor de publieke omroepen, te rechtvaardigen. Daarnaast kan ook aan de neutraliteit van de TZG Richtlijn worden getwijfeld. Weliswaar is deze Richtlijn op beide omroepen van toepassing, maar wanneer men dan vervolgens kijkt welke omroepen het meest in negatieve zin door de TZG Richtlijn worden getroffen, dan zijn dat de commerciële. Een goed voorbeeld daarvan zijn de bepalingen die gelden met betrekking tot reclame en sponsoring. In de Richtlijn worden strikte eisen gesteld aan de lengte en hoeveelheid van reclame-uitzendingen. Dit treft de commerciële omroepen het meest; immers, zonder reclame-inkomsten geen uitzendingen. Nu kan worden beargumenteerd dat de publieke omroep toch ook door deze bepalingen inkomsten mist, maar aangezien zij reeds financiering uit andere bronnen ontvangen (omroepbijdragen), komt dit voor hen een stuk minder hard aan.<sup>71</sup>

## NOTEN

- <sup>10</sup> Hierbij is het van belang om te weten dat met de term ‘media’ in Europa over het algemeen de audiovisuele omroep bedoeld wordt. Voor radio, pers en andere media ontbreekt een dergelijke kader (als TGZ), maar ze zijn natuurlijk aan de basisbepalingen van het EG-Verdrag (vier vrijheden, mededingingsrecht) en de bepalingen over de rechten van de mens onderworpen.
- <sup>11</sup> HvJ, zaak 155/73, Jur. 1974, blz. 409.
- <sup>12</sup> Television Without Frontiers: Green Paper on the establishment of the common market for broadcasting, especially by satellite and cable, COM(84)300.
- <sup>13</sup> Zie zaak 155/73, Sacchi (1974) ecr 409. (Openbare televisieomroeporganisaties zijn ondernemingen in de zin van art. 85 lid 1, in zoverre zij een economische bedrijvigheid uitoefenen.)
- <sup>14</sup> Verordening (eeg) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen.
- <sup>15</sup> Zie COM(2000)580 def., blz. 35.
- <sup>16</sup> Gehecht aan het EG-Verdrag door het Verdrag van Amsterdam.
- <sup>17</sup> HvJ EG 9 oktober 2001, zaak 377/98, Jur. 2001, blz. 7079.
- <sup>18</sup> Art. 93 gw
- <sup>19</sup> Deze houdt in dat nationale overheden bij de vaststelling van restricties ten aanzien van de communicatievrijheid over een relatieve autonomie beschikken en dat de Europese organen zich dus niet in de plaats kunnen stellen van de nationale wetgever of nationale rechtscollèges. Zie EHRM26 april 1979, Publ. Hof, Serie A, Vol 30 (Sunday Times v. Verenigd Koninkrijk).
- <sup>20</sup> Zie o.a. EHRM 26 april 1979, Publ. Hof, Serie A, Vol 30 (Sunday Times v. Verenigd Koninkrijk).
- <sup>21</sup> EHRM 23 april 1992, Publ. Hof, Serie A, Vol. 236 (Castells v. Spanje).
- <sup>22</sup> EHRM 9 juli 1986, Publ. Hof, Serie A, Vol. 103 (Lingens v. Oostenrijk).
- <sup>23</sup> Zie EHRM 9 juli 1986, Publ. Hof, Serie A, Vol. 103 (Lingens v. Oostenrijk) r.o. 42; EHRM23 april 1992, Publ. Hof, Serie A, Vol. 236 (Castells v. Spanje) r.o. 46.
- <sup>24</sup> EHRM 7 december 1976, Publ. Hof, Serie A, Vol. 24 (Handyside v. Verenigd Koninkrijk).
- <sup>25</sup> EHRM 26 november 1991, Publ. Hof, Serie A, Vol. 216, ( Observer en Guardian v. Verenigd Koninkrijk), r.o. 59.
- <sup>26</sup> EHRM 20 mei 1999, Mediaforum 1999-9, nr. 42, (Bladet Tromsø en Stensaas), r.o. 64; EHRM23 september 1994, Publ. Hof. Serie A, Vol. 298, ( Jersild v. Denemarken), r.o. 35.
- <sup>27</sup> Op dit punt zijn de conclusies van Lord Hutton over de gerechtelijke standaarden die van toepassing zijn op de bbc, in zijn recentelijk verschenen bericht over de gang van zaken rondom de dood van Dr Kelly, niet helemaal met de rechtspraak van het EHRMvereinigbaar.
- <sup>28</sup> EHRM 2 mei 2000, Rep. 2000-iv, (BergensTidende v. Noorwegen).
- <sup>29</sup> EHRM 20 mei 1999, Mediaforum 1999-9, nr. 42, (Bladet Tromsø en Stensaas).
- <sup>30</sup> EHRM 23 september 1994, Publ. Hof, Serie A, Vol. 298, ( Jersild v. Denemarken).
- <sup>31</sup> EHRM 6 februari 2001, Rep. 2001-I, (Tammer v. Estonia).
- <sup>32</sup> Zie noot E.J. Dommering bij EHRM6 februari 2001 inzake Tammer/Estonia, NJ 2002, 158.
- <sup>33</sup> EHRM 28 maart 1990, Publ. Hof, Serie A, Vol. 173, (Groppera Radio ag v. Zwitserland).
- <sup>34</sup> EHRM 22 mei 1990, Publ. Hof, Serie A, Vol. 178, (Autronic ag v. Zwitserland).
- <sup>35</sup> EHRM 24 november 1993, Publ. Hof, Serie A, Vol. 276 (Informationsverein Lentia v. Oostenrijk).
- <sup>36</sup> Uitzondering: de grondslag van de gelijke beloning voor mannen en vrouwen, nu vastgelegd in artikel 141 van het EG-Verdrag.
- <sup>37</sup> HvJ EG 12 november 1969, zaak 29/69, Jur. 1969, blz. 419.
- <sup>38</sup> HvJ EG 17 december 1970, zaak 11/70, Jur. 1970, blz. 1125.
- <sup>39</sup> HvJ EG 14 mei 1974, zaak 4/73, Jur. 1974, blz. 491.
- <sup>40</sup> Voor een overzicht van de lijst met door het HvJ erkende grondrechten zie: [www.europarl.eu.int/factsheets/2\\_1\\_1\\_nl.htm](http://www.europarl.eu.int/factsheets/2_1_1_nl.htm). Hier worden ook de beperkingen opgesomd die worden gesteld aan de eerbiediging van de grondrechten binnen de eu.
- <sup>41</sup> In 1979 heeft de Commissie een memorandum opgesteld over toetreding; in 1982 nam het ep een resolutie aan met daarin het verzoek aan de Raad om een voorstel tot toetreding van de EG tot het

EVRM te doen; In 1990 heeft de Commissie een tweede memorandum uitgebracht over toetreding tot het EHRM.

- <sup>42</sup> In Art. 7 van de Ontwerp-Grondwet die door de Europese Conventie werd voorgesteld is deze mogelijkheid voor het eerst expliciet opgenomen.
- <sup>43</sup> Pb. 2004, C-310/1.
- <sup>44</sup> HvJ EG 18 juni 1991, zaak C-260/89, Jur. 1991, blz. I-2925.
- <sup>45</sup> HvJ EG 26 juni 1997, zaak C-368/95, Jur. 1997, blz. I-03689.
- <sup>46</sup> Zie r.o. 18 van het arrest.
- <sup>47</sup> HvJ EG 12 juni 2003, zaak C-112/00, Jur. 2003, blz. I-5659.
- <sup>48</sup> Dit kwam omdat donderdag 11 juni een Oostenrijkse feestdag was en 14 juni een zondag. Op vrachtwagens van meer dan 7,5 t (zoals die van Schmidberger) berust op feestdagen en het grootste gedeelte van het weekend reeds een rijverbod op basis van Oostenrijkse wetgeving.
- <sup>49</sup> T-TT(2000)008, “The revised European Convention on Transfrontier Television and its Explanatory Report”.
- <sup>50</sup> Zie E. Barendt en L. Hitchens, *Media Law*, Essex: Pearson Education Limited 2000.
- <sup>51</sup> Desondanks is de Conventie vanaf 1 januari 2003 geratificeerd door 25 staten.
- <sup>52</sup> Richtlijn 89/552/eeg van de Raad van 3 oktober 1989 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de Lid-Staten inzake de uitoefening van televisie-omroepactiviteiten, PB 1989 L 298/23.
- <sup>53</sup> Zie HvJ EG 18 maart 1980, zaak 52/79, Jur. 1980, blz. 833, (Debauve) en HvJ EG 18 maart 1980, zaak 62/79, Jur. 1980, blz. 881, (Coditel).
- <sup>54</sup> Zie art. 2 TZG Richtlijn.
- <sup>55</sup> Zie art. 2 bis lid 2 TZG Richtlijn.
- <sup>56</sup> HvJ EG 9 juli 1997, gevoegde zaken C-34/95, C-35/95, C-36/95, Jur. 1997, blz. I-3843.
- <sup>57</sup> Richtlijn 97/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 juni 1997 tot wijziging van Richtlijn 89/552/EEG van de Raad betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisie-omroepactiviteiten, PB 1997 L 202/60.
- <sup>58</sup> Zie art. 3 TZG Richtlijn
- <sup>59</sup> Zie artikel 1 lid 2 van Richtlijn 98/34/EG, zoals gewijzigd bij Richtlijn 98/48/EG.
- <sup>60</sup> Zie B. Drijber, ‘The revised television without frontiers directive; is it fit for the next century?’, *Common Market Law Review* (36) 1999.
- <sup>61</sup> 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 (‘richtlijn inzake elektronische handel’), PB 2000 L 178/1.
- <sup>62</sup> Aanbeveling 98/560/EG van de Raad van 24 september 1998 betreffende de ontwikkeling van de concurrentiepositie van de Europese industrie van audiovisuele en informatiediensten door de bevordering van nationale kaders teneinde een vergelijkbaar en doeltreffend niveau van bescherming van minderjarigen en de menselijke waardigheid te bereiken, PB 1998 L270/48.
- <sup>63</sup> COM (96) 483 def.
- <sup>64</sup> Zie ‘Working Document’ van de Open Network Provision Committee, ‘The 2003 regulatory framework for electronic communications – Implications for broadcasting’, 14 juni 2002, verkrijgbaar op: [http://europa.eu.int/information\\_society/topics/ecom/shortcuts/digital\\_broadcasting/new\\_framework/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/information_society/topics/ecom/shortcuts/digital_broadcasting/new_framework/index_en.htm)
- <sup>65</sup> P. Larouche, ‘Communications convergence and public broadcasting’, blz. 8-9, verkrijgbaar op [www.tilburguniversity.nl/tilc/publications/discussionpapers/archive/dp2002/larouche2.pdf](http://www.tilburguniversity.nl/tilc/publications/discussionpapers/archive/dp2002/larouche2.pdf).
- <sup>66</sup> Overigens, ook wanneer sector specifiek recht aanwezig is, blijft algemeen mededingingsrecht altijd gelden.
- <sup>67</sup> Dit is het gevolg van de lidmaatschapregels van de EBU.
- <sup>68</sup> Commission Decision 93/403/EEG, IV/32.150 EBU/Eurovision Systeem.
- <sup>69</sup> GvEA, 11 juli 1996, Jur. II-649.
- <sup>70</sup> Overigens heeft de Commissie op 10 mei 2000 een tweede individuele ontheffing gegeven voor

het EBU/Eurovision systeem, welke wederom vernietigd is op 8 oktober 2002. Het einde van deze saga lijkt nog niet in zicht.

- <sup>71</sup> Voor de volledigheid moet hier worden vermeld dat de Mededinging in het verleden wel heeft geprobeerd, zonder succes overigens, om een strikte definitie van de publieke taakstelling te formuleren.



## 2 DE VERSTANDHOUDING TUSSEN HET NEDERLANDSE MEDIABELEID EN DE EUROPESE ONTWIKKELINGEN

Het Nederlandse mediabeleid heeft meerdere malen gebotst met het Gemeenschapsrecht. De reden hiervoor was dat de Nederlandse overheid lange tijd krampachtig heeft geprobeerd vast te houden aan een publiek bestel zonder (Nederlandse) commerciële concurrenten. Getracht werd door middel van wetgeving om (m.n. Nederlandse, commerciële) omroepuitzendingen vanuit het buitenland te weren, door zich te beroepen op het – volgens de Lidstaten volledig onder hun competentie vallende – cultuurbeleid, en te voorkomen dat Nederlandse publieke omroepen ook commerciële activiteiten zouden gaan ontplooiën.<sup>72</sup> De onderstaande arresten illustreren deze houding.

### ***Bond van Adverteerders***

In het arrest *Bond van Adverteerders*<sup>73</sup> werd aan het Hof gevraagd of een reclame- en ondertitelingsverbod, zoals vastgelegd in de Kabelregeling van 1984, in strijd was met het Gemeenschapsrecht. Volgens de toelichting bij de Kabelregeling diende het reclameverbod – dat kabelprogramma's verbood met reclame gericht op het Nederlandse publiek, en het ondertitelingsverbod dat Nederlandse ondertiteling van kabelprogramma's behoudens toestemming van de minister verbood – om te voorkomen “dat indirect een commercieel Nederlands kabelomroepprogramma kan worden gemaakt, dat in oneerlijke concurrentie treedt met de binnenlandse omroep en de Nederlandse abonneetelevisie die nog tot ontwikkeling moet komen”. Het Hof achtte zowel het reclameverbod als het ondertitelingsverbod discriminatoir van karakter en in strijd met artikel 49 EG. Het Hof bevestigde dat uitzonderingen daarop mogelijk waren op grond van artikel 46 EG. Daarbij werd nadrukkelijk gesteld dat doelstellingen van economische aard, zoals i.c. het reserveren van alle reclame-inkomsten voor de STER, geen redenen van openbare orde kunnen vormen in de zin van artikel 46 EG.<sup>74</sup> De Nederlandse regering verdedigde zich door te stellen dat het reclameverbod en het ondertitelingsverbod uiteindelijk een niet-economisch doel hebben, namelijk de handhaving van het niet-commerciële en daardoor pluriforme karakter van het nationale omroepbestel. Het Hof concludeerde echter dat eenzelfde resultaat ook bereikt kon worden door minder vergaande maatregelen, en dat het reclame- en ondertitelingsverbod aldus niet kon worden rechtvaardigt.

### ***SCA Gouda***

In het arrest *SCA Gouda*<sup>75</sup> ging het om de verenigbaarheid van de Mediawet van 1987 met het gemeenschapsrecht.<sup>76</sup> In de wet werden wederom voorwaarden gesteld aan vanuit andere Lidstaten uitgezonden kabelprogramma's die reclameboodschappen bevatten, die met name nadelig waren voor uitzendingen gericht op het Nederlandse publiek.<sup>77</sup> Het Hof stelt dat de voorwaarden zoals vervat in de Mediawet beperkingen



op het vrij verkeer van diensten inhouden, die naar mening van de verwijzend rechter niet discriminerend zijn en gaat daarna in op de mogelijkheden van rechtvaardiging van die beperkingen. Hierbij maakt het Hof een onderscheid tussen twee categorieën voorwaarden: enerzijds voorwaarden betreffende de structuur van de omroepinstellingen, anderzijds de voorwaarden die betrekking hebben op de reclameboodschappen zelf.<sup>78</sup>

Met betrekking tot de eerste categorie verdedigt de Nederlandse regering zich door te stellen dat deze voorwaarden gerechtvaardigd zijn door dwingende vereisten van cultuurbeleid. Alhoewel het Hof aangeeft dat cultuurbeleid (i.c. een pluriform bestel) een dwingende reden van algemeen belang kan vormen dat een beperking op het vrij verkeer van diensten kan rechtvaardigen, moet de daarvoor gebruikte maatregel wel proportioneel zijn. De voorwaarden betreffende de structuur van buitenlandse omroepinstellingen werden echter niet objectief noodzakelijk geacht: “Indien de Nederlandse regering dat pluriforme karakter in stand wenst te houden, kan zij er wel mee volstaan, aan het statuut van haar eigen omroepinstellingen een passende vorm te geven.”<sup>79</sup> Vervolgens onderkent het Hof ook dat beperkingen op de uitzendingen van reclameboodschappen hun rechtvaardiging kunnen vinden in redenen van algemeen belang.<sup>80</sup> Omdat de voorwaarden die betrekking hebben op de reclameboodschappen zelf leiden tot de bescherming van de inkomsten van de STER (een economisch doel derhalve), kan daarin geen rechtvaardiging worden gevonden voor beperkingen van het vrij verrichten van diensten. Geconcludeerd moest aldus worden dat de Mediawet in strijd was met het Gemeenschapsrecht.<sup>81</sup>

Om aldus als Lidstaat een beroep te doen op het cultuurbeleid als dwingende reden van algemeen belang, om daarmee een beperking op het vrij verkeer van diensten te rechtvaardigen, moet voldaan worden aan drie eisen: ten eerste moeten de maatregelen zonder discriminatie worden toegepast; ten tweede moeten zij geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen; en ten derde mogen zij niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel.

## **VOO**

De zaak Veronica Omroep Organisatie<sup>82</sup> betrof een geschil tussen de VOO en het Commissariaat voor de Media. Het Commissariaat voor de Media verweet VOO dat zij de Mediawet had geschonden door mee te helpen bij de oprichting van de op de Nederlandse markt gerichte Luxemburgse zender RTL-Veronique, en deze feitelijk te steunen.<sup>83</sup> In artikel 57 lid 1 van de Mediawet was namelijk het volgende verbod opgenomen: “Instellingen die zendtijd hebben verkregen verrichten naast het verzorgen van hun programma geen andere activiteiten dan waarin deze wet voorziet of waarvoor het Commissariaat voor de Media toestemming heeft gegeven.”

In dit arrest oordeelde het Hof dat een dergelijke beperking op het vrij verkeer van diensten en het vrij verkeer van kapitaal wèl geoorloofd was met een beroep op het cultuurbeleid als dwingende reden van algemeen belang. De reden hiervoor was enerzijds dat de maatregel nu gericht was op de 'eigen' omroepinstellingen, en anderzijds dat het beoogde doel van de bepaling in de Mediawet daadwerkelijk kon worden aangemerkt als een doelstelling van algemeen belang: "Het staat derhalve met name eraan in de weg, dat de financiële middelen die de nationale omroepinstellingen ter beschikking zijn gesteld om de pluriformiteit in de omroepsector te verzekeren, voor een ander doel worden gebruikt en voor zuiver commerciële doeleinden worden aangewend."<sup>84</sup>

Ten slotte wijst het Hof erop dat, met een verwijzing naar het Van Binsbergen<sup>85</sup> arrest, een Lid-Staat niet het recht kan worden ontzegd maatregelen te treffen om te verhinderen dat de door het Verdrag gewaarborgde vrijheden door een dienstverrichter wiens werkzaamheid geheel of voornamelijk op zijn grondgebied is gericht, worden gebruikt om zich te onttrekken aan de regels die, ware hij op het grondgebied van die Lid-Staat gevestigd, op hem van toepassing zouden zijn. Aangezien de in het geding aan de orde zijnde wettelijke maatregel van de Mediawet juist verhindert dat nationale omroepinstellingen zich dankzij de uitoefening van de door het Verdrag gewaarborgde vrijheden kunnen onttrekken aan de uit de nationale wettelijke regeling voortvloeiende verplichtingen van pluriforme en niet-commerciële inhoud van programma's, kan de maatregel volgens het Hof niet onverenigbaar worden geacht met het Gemeenschapsrecht.

### **TV10**

In het geschil tussen TV10 versus het Commissariaat voor de Media<sup>86</sup> ging het om de volgende kwestie. Volgens het Commissariaat van de Media had TV10 zich gevestigd in Luxemburg, met als doel zich aan de in Nederland voor de binnenlandse omroep geldende wetgeving te onttrekken.<sup>87</sup> Als gevolg daarvan kon TV10 niet worden aangemerkt als buitenlandse omroep in de zin van artikel 66 lid 1 van de Mediawet, en mochten haar programma's derhalve niet over de kabel worden uitgezonden. In zijn redenering komt het Hof tot de, enigszins opmerkelijke, conclusie dat een Lid-Staat een radio- en televisieomroepinstelling, die zich in een ander Lid-Staat vestigt om daar diensten te verrichten voor zijn grondgebied, als nationale omroepinstelling kan aanmerken.<sup>88</sup> De beargumentering daarvoor is dezelfde als in de zaak VOO.<sup>89</sup> Nadat het Hof had gesteld dat de Nederlandse maatregel geen schending opleverde van artikel 10 EVRM, concludeerde het Hof dat er geen schending was van het Gemeenschapsrecht.<sup>90</sup>

Vlak voordat de herziene TZG Richtlijn van 1997 in werking trad, wees het Europese Hof vonnis in de bekende zaak VT4 versus De Vlaamse Gemeenschap.<sup>91</sup> Het hoofdkantoor van VT4 was gevestigd in Londen, maar de uitzendingen waren gericht op het Vlaamse publiek. In deze zaak gaf het Hof een duidelijke interpretatie van artikel 2 lid

1 van de toen geldende TZG Richtlijn, waarin staat dat elke Lidstaat erop toe ziet dat alle televisie-uitzendingen van televisie-omroeporganisaties die onder zijn bevoegdheid vallen, of die van een door hem verleende frequentie of capaciteit van een satelliet of een in deze Lid-Staat gelegen verbinding naar een satelliet toe gebruikmaken, maar niet onder de bevoegdheid van een van de Lid-Staten vallen, voldoen aan de wettelijke voorschriften voor uitzendingen die bestemd zijn voor het publiek in die Lid-Staat.

Het Hof concludeerde aan de hand van een reeds eerder gevolgde redenering dat “een televisie-omroeporganisatie onder de bevoegdheid van de Lidstaat valt waar zij is gevestigd.” Vervolgens ging het Hof in op het probleem dat zich voordoet wanneer een omroep is gevestigd in meer dan een Lid-Staat: “Wanneer een televisie-omroeporganisatie verschillende vestigingen heeft, is de bevoegde Lidstaat die van de plaats waar deze omroeporganisatie het centrum van haar activiteiten heeft. Het staat derhalve aan de verwijzende rechter, met toepassing van dit criterium te bepalen, welke Lidstaat bevoegd is om toe te zien op de activiteiten van VT4, en daarbij met name uit te gaan van de plaats waar de beslissingen betreffende het programmeringsbeleid en de definitieve samenstelling van de uit te zenden programma’s worden genomen.” Bij de herziening van de TZG Richtlijn werd deze interpretatie expliciet opgenomen in artikel 2 van de Richtlijn.

Het belang van dit arrest zit echter met name in de stellingname van het Hof in paragraaf 22 van het arrest: “Er zij eveneens op gewezen, dat het enkele feit dat alle uitzendingen en alle reclameboodschappen uitsluitend bestemd zijn voor het Vlaamse publiek, anders dan VTM beweert, niet het bewijs vormt dat VT4 niet kan worden geacht in het Verenigd Koninkrijk te zijn gevestigd. Het Verdrag verbiedt een onderneming immers niet, gebruik te maken van de vrijheid van dienstverrichting wanneer zij in de Lidstaat waarin zij is gevestigd, geen diensten aanbiedt.” Hiermee werd de deur expliciet geopend voor omroepen om, onder bepaalde voorwaarden, naar andere Lidstaten uit te wijken, om zo bepaalde (restrictieve) wetgeving te ontduiken die anders in (bijv.) de eigen Lid-Staat op hen van toepassing zou zijn. Deze mogelijkheid wordt bevestigd door de algemene ontwikkeling van het EG-recht.<sup>92</sup>

De rechtspraak van het Hof maakt het dus niet compleet onmogelijk, maar ook zeker niet eenvoudig om (media)bedrijven aan te pakken die ‘vluchten’ naar een juridisch aangenamer klimaat.

Dat deze materie nog steeds actueel is blijkt uit het voortdurende geschil tussen het Commissariaat voor de Media en de RTL/Holland Media Groep.<sup>93</sup> In deze zaak is de vraag aan de orde onder welk toezicht de HMG zenders RTL4 en RTL5 behoren te vallen. Op 6 augustus 2003 heeft de Afdeling Bestuursrechtspraak wederom aan het Commissariaat laten weten dat zij de mening deelt dat beide zenders onder het toezicht van het Commissariaat behoren te vallen, maar dat dit de in strijd met het Gemeenschapsrecht, onaanvaardbare, situatie oplevert van twee toezichthouders,

aangezien Luxemburg weigert het toezicht op te geven.<sup>94</sup> De Afdeling heeft nu het Commissariaat doorverwezen naar de Luxemburgse nationale rechter of het Europese Hof. Het Commissariaat meldt op zijn webpagina dat het zich momenteel beraad over de te nemen stappen.<sup>95</sup>

### ***De HMG mededingingszaak; het zuilensysteem als anomalie?***

In 1995 kreeg de Commissie het verzoek van de Nederlandse regering om overeenkomstig artikel 22 van de Concentratie Verordening de voorgestelde joint-venture Holland Media Groep tussen RTL, Veronica en Endemol te onderzoeken.<sup>96</sup> Afgezien van het feit dat de beschikking die de Commissie daarop gaf heeft geleid tot de beroemde Endemol zaak<sup>97</sup>, kunnen uit de beschikking van de Commissie enkele veronderstellingen van de Commissie over het Nederlandse publieke omroepbestel worden afgeleid.

In zijn onderzoek naar de joint-venture HMG bestudeerde de Commissie de structuur van de televisie-omroepmarkt, zoals aanwezig voor de totstandkoming van de HMG. De Commissie beschrijft de samenstelling van de Nederlandse publieke omroep; welke grote publieke omroeporganisaties er bestaan, hoeveel leden zij hebben en op welke manier deze over de drie publieke zenders verdeeld zijn. Daarnaast wordt er gemeld dat het Commissariaat voor de Media ook nog zendtijd verdeeld over meer dan vijftig andere omroeporganisaties en groepen. De Commissie geeft zijn mening over deze opstelling<sup>98</sup>:

*“Het openbare-omroepbestel dat het resultaat van deze configuratie is, is ingewikkeld en mist flexibiliteit. Om te kunnen uitzenden zijn besprekingen tussen deze organisaties onderling noodzakelijk. De onderlinge coördinatie van de programmering verloopt momenteel moeizaam. De Nederlands Regering heeft de Commissie op de hoogte gesteld van haar pogingen om de huidige coördinatie van de programmering tussen de organisaties te verbeteren. Deze pogingen gaan in twee richtingen: verticaal om een betere coördinatie tot stand te brengen tussen organisaties die op hetzelfde kanaal uitzenden, en horizontaal om de coördinatie tussen de verschillende kanalen te verbeteren. Het valt echter te betwijfelen of deze pogingen in de komende vijf jaar tot wezenlijke veranderingen zullen leiden. De verschillen van mening en van politieke richting zijn zodanig groot, dat verticale coördinatie in de praktijk ten minste de komende jaren nog moeilijk zal blijven, en horizontale coördinatie wat de eigenlijke inhoud van de programma's betreft, waarschijnlijk eveneens beperkt zal blijven.”*

De Commissie constateert dat de drie zenders RTL4, RTL5 en Veronica de HMG in staat stelt om de programmaschema's zo te coördineren dat een maximaal aantal kijkers wordt aangetrokken, en op elke concurrerende zender gereageerd kan worden. Wanneer vervolgens bekeken wordt in welke mate dit ook geldt voor de publieke omroep, komt de Commissie terug op zijn eerder gedane constatering<sup>99</sup>:

*“In tegenstelling tot de HMG zijn de openbare omroepen niet in staat om het programma-aanbod op de drie openbare kanalen zodanig te coördineren dat deze elkaar aanvullen. Zoals reeds opgemerkt in punt 33, maakt de verschillende oriëntering van de openbare omroepen het moeilijk om een gecoördineerd programma-aanbod op elk van de kanalen tot stand te brengen en om elk kanaal van een specifiek imago of identiteit te voorzien. Het is voor Nederland 1, 2 en 3 afzonderlijk derhalve veel moeilijker dan voor RTL4, RTL5 en Veronica om zich op belangrijke kijkerscategorieën te richten. Bovendien blijkt uit ervaring dat het algemene omroepbestel in Nederland de coördinatie van het programma-aanbod tussen de drie kanalen bemoeilijkt. Het komt voor dat hetzelfde type programma gelijktijdig op meer dan één openbaar kanaal wordt uitgezonden. Hoewel pogingen worden gedaan om de horizontale en verticale coördinatie in het openbare-omroepbestel te verbeteren, lijkt het erop dat deze pogingen om de eerdergenoemde redenen in de komende vijf jaar slechts een beperkte mate van succes zullen kennen. Voor een aanzienlijke verbetering is waarschijnlijk een radicale wijziging van het openbare-omroepbestel nodig.”*

Hieruit blijkt dat de Commissie moeite heeft om het publieke omroep bestel in Nederland goed te kunnen beoordelen. In deze specifieke zaak bleek het resultaat voor de publieke omroep positief uit te vallen, maar wanneer de Commissie in de toekomst zijn beoordeling gaat maken op grond van het framework van (economische) analyses<sup>100</sup>, dan is de kans aanwezig dat dit wel een negatieve impact zal hebben op de publieke omroep.

## NOTEN

- <sup>72</sup> Voor een uitgebreide analyse hiervan zie H. ter Kuile, *Ons nationaal omroepbestel in de greep van Gemeenschapsrecht?* Arnhem: Gouda Quint 1995.
- <sup>73</sup> HvJ EG, 26 april 1988, zaak 352/85, Jur. 1988, blz. 2085.
- <sup>74</sup> Zie r.o. 34 van het arrest Bond van Adverteerders.
- <sup>75</sup> HvJ EG 25 juli 1991, zaak C-288/89, Jur. 1991, blz. I-4007.
- <sup>76</sup> Zie ook I. Nitsche, *Broadcasting in the European Union: The Role of Public Interest in Competition Analysis*, Cambridge: Cambridge University Press, blz. 76-77.
- <sup>77</sup> De reclameboodschappen moesten o.a. door een afzonderlijk rechtspersoon worden verzorgd, duidelijk als zodanig herkenbaar zijn, duidelijk onderscheiden zijn van andere programmaonderdelen, niet op zondag worden uitgezonden en niet meer zendtijd in beslag nemen dan 5% van de totale zendtijd. Daarnaast mocht de omroepinstelling niet dienstbaar zijn aan het maken van winst door derden en moesten de inkomsten van de reclameboodschappen geheel worden aangewend voor de verzorging van het programma. Indien niet aan de voorwaarden werd voldaan, was de uitzending van het programma nog toegestaan indien de daarin opgenomen reclameboodschappen niet in het bijzonder op het Nederlandse publiek waren gericht. Omroepprogramma's die in België werden uitgezonden en gericht waren op het Nederlandstalige publiek in België konden ook worden toegestaan door de minister.
- <sup>78</sup> Zie r.o. 19 van het arrest.
- <sup>79</sup> Zie r.o.24 van het arrest.
- <sup>80</sup> Zie r.o. 27 van het arrest.
- <sup>81</sup> Overigens heeft de Commissie in 1989 op grond van (nu) art. 226 een inbreukprocedure gestart tegen Nederland, omdat ook zij van mening was dat de Mediawet in strijd was met het Gemeenschapsrecht zaak C-353/89). Aangezien de achtergrond van de zaak en de redenering van het Hof nagenoeg dezelfde zijn als in de SCA Gouda zaak, blijft deze hier buiten beschouwing.
- <sup>82</sup> HvJ EG 3 februari 1993, zaak C-148/91, Jur. 1993, blz. I-487.
- <sup>83</sup> Par. 47 leest: in de eerste plaats hebben de voorzitter en de secretaris van het algemeen bestuur van VOO resp. een zogeheten *business plan* opgesteld en juridische adviezen gegeven met het oog op de oprichting van een naamloze vennootschap naar Luxemburgs recht, RTL-Véronique, met het doel in Luxemburg een commerciële omroep te exploiteren en aldaar uitzendingen te verzorgen die per kabel naar Nederland kunnen worden doorgegeven. De in verband hiermee gemaakte kosten zijn voor rekening van VOO gekomen. Voorts heeft VOO zich bereid verklaard zich borg te stellen voor een door een bankinstelling aan RTL-Véronique verleend krediet in rekening-courant. En ten slotte is VOO met een andere vennootschap overeengekomen, dat zij haar financiële middelen zou verstrekken met het oog op de oprichting van een nieuwe vennootschap die een minderheidsbelang in het kapitaal van RTL-Véronique zou nemen
- <sup>84</sup> Zie r.o. 11 van het arrest.
- <sup>85</sup> HvJ EG 3 december 1974, zaak 33/74, Jur. 1974, blz. 1299.
- <sup>86</sup> HvJ EG 5 oktober 1994, zaak C-23/93, Jur. 1994, blz. I 4795.
- <sup>87</sup> Het Commissariaat beargumenteerde die veronderstelling met de volgende feiten: de dagelijkse leiding van TV10 is voor en belangrijk deel in handen van Nederlanders, hun programma's zijn bedoeld voor ontvangst via kabelnetten in voornamelijk Luxemburg en Nederland, de voornaamste doelgroep is het Nederlands publiek, het grootste deel van de medewerkers is afkomstig uit Nederland en de reclameboodschappen van TV10 worden in Nederland geproduceerd.
- <sup>88</sup> Zie r.o. 21 van het arrest.
- <sup>89</sup> NL. dat deze maatregel verhindert dat nationale omroepinstellingen zich dankzij de uitoefening van de door het Verdrag gewaarborgde vrijheden kunnen onttrekken aan de uit de nationale wettelijke regeling voortvloeiende verplichtingen van pluriforme en niet-commerciële inhoud van programma's.
- <sup>90</sup> Let wel: ten tijde van de feiten van deze zaak was de TZG Richtlijn nog niet van kracht.

<sup>91</sup> HvJ, zaak C-56/96, Jur. 1997, blz. I-3143.

<sup>92</sup> HvJ EG, zaak C-212/97, Jur. 1999, blz. I-1459 (Centros).

<sup>93</sup> Zie voor de laatste stand van zaken: Afdeling Bestuursrechtspraak RvS 6 augustus 2003, zaak 200203476/1.

<sup>94</sup> Naar aanleiding van deze uitspraak heeft de Commissie besloten om de inbreukprocedure die hierover was gestart tegen Nederland te laten vallen.

<sup>95</sup> Zie [www.cvdm.nl](http://www.cvdm.nl) onder “persberichten”.

<sup>96</sup> Zie Beschikking van de Commissie van 20 september 1995, PB L 134/32, 05.06.1996.

<sup>97</sup> GvEA EG28 april 1999, zaak T-221/95, Jur. 1999, blz. II-1299.

<sup>98</sup> Supra noot 94, par. 33.

<sup>99</sup> Supra noot 94, par. 47.

<sup>100</sup> Zie verderop in dit stuk.

## **3 DE STAND VAN ZAKEN, UITDAGINGEN EN MOGELIJKE ONTWIKKELINGEN OP EUROPEES NIVEAU**

### **3.1 DE HORIZONTALE AANPAK EN HAAR TOEPASSING OP MEDIA**

Convergentie is een fenomeen dat voor veel veranderingen heeft gezorgd in de media en telecommunicatie sector. Het optreden van convergentie op technologisch niveau zorgde ervoor dat het mogelijk werd dat verschillende typen (eind)apparatuur en infrastructuur in wezen gelijksoortige (nieuwe) diensten kunnen overbrengen. Dit stelde Europa voor de nodige regelgevingsproblemen, omdat voor de komst van convergentie regulering van de verschillende sectoren juist gebaseerd was op een aantal vaste technologische veronderstellingen over die sectoren.

Telecommunicatie werd gezien als een punt-naar-punt activiteit voor het overbrengen van spraak- en dataverkeer. Omroep daarentegen werd gezien als een punt-naar-multipunt activiteit, voor het overbrengen van informatie en entertainment.<sup>101</sup> Informatietechnologie werd vooral gezien als een individuele activiteit, waarvoor regulering minimaal diende te blijven. Door deze zeer verschillende achtergronden werden de sectoren automatisch op een andere voet gereguleerd. Na het 'samengaan' van deze als voorheen separaat geachte sectoren werd het nodig geacht om op Europees niveau na te gaan denken over aanpassing van de bestaande regelgeving van de verschillende sectoren, omdat deze ontoereikend bleek voor de nieuwe 'convergerende' situatie.<sup>102</sup>

Op Europees niveau werd (reeds) in 1997 aandacht gegeven aan het probleem door de Commissie met het Groenboek over convergentie.<sup>103</sup> Dit Groenboek leidde tot een consultatieronde met als voornaamste vraag hoe de regulering van de communicatiesector in de toekomst het best zou kunnen plaatsvinden. In de loop van deze ronde werd voor het eerst een 'horizontale aanpak' voorgesteld voor regulering van infrastructuur. Deze hield in dat voor alle infrastructuren en transmissiediensten van de convergerende sectoren hetzelfde regime moest gelden, wat veel bestaande onduidelijkheid en onzekerheid zou wegnemen bij partijen. Voor content (inhoud) zou verticale (sectorspecifieke) regulering behouden dienen te blijven, waardoor rekening gehouden kon worden met de specifieke aard van de betrokken diensten.

Uit de daarop volgende consultatieronde<sup>104</sup> bleek dat grote aanhang bestond voor deze optie. Bovendien werd het van groot belang geacht dat toekomstige regelgeving voor transmissie technologisch-neutraal zou zijn. In het verslag van de tweede consultatieronde<sup>105</sup> werd de noodzaak van scheiding van regulering van content en transmissie nogmaals benadrukt. Hierna stond duidelijk vast voor de Commissie dat de toekomstige regulering van de communicatiesector op dit onderscheid gebaseerd zou zijn.



Deze horizontale aanpak wordt aansluitend in het nieuwe elektronische communicatiekader gegoten (zie verder beneden).

### **Mededinging**

In de tijd dat er nog druk werd gediscussieerd over welke richting voor de communicatie regelgeving als gevolg van technologische convergentie gekozen moest worden, werd DG Mededinging al op een andere manier geconfronteerd met convergentie. De technologische convergentie zorgde voor herstructurering van de markt, omdat bedrijven nieuwe mogelijkheden voor groei zagen. Ondernemingen uit de (voormalig) telecommunicatie- en mediasector deden daarom pogingen om te fuseren (economische convergentie).

In de eerste ‘convergentie’-fusies die voor de Commissie kwamen, liet de Commissie een voorzichtige houding zien ten opzichte van de consolidatietransacties. De reden daarvoor moet waarschijnlijk gezocht worden in het feit dat de Commissie nog niet goed wist hoe om te gaan met de negatieve competitieve effecten van zulke transacties.<sup>106</sup>

In de daarop volgende zaken<sup>107</sup> past de Commissie zijn houding enigszins aan. De Commissie keurt zelfs enkele transacties goed, maar wel met een indrukwekkende lijst van voorwaarden waaraan de betrokken partijen zullen moeten voldoen.

In die zaken probeert de Commissie het volgende te bereiken:

- Zoveel mogelijk netwerken te scheiden van content;
- Netwerken open te houden voor partijen die niet bij de transactie betrokken zijn;
- Content van de bij de transactie betrokken partijen moet toegankelijk blijven voor derden;
- Technologie van de partijen mag niet gebruikt worden om toegang tot netwerken of toegang tot content uit te sluiten.

Deze doelstellingen zijn terug te vinden in de redelijk recente zaak Newscorp/Telepiu.<sup>108</sup> Hierin keurde de Commissie een fusie goed tussen twee bestaande satelliet betaal-tv platforms. Op 16 oktober 2002 werd de transactie aangemeld bij de Commissie waarbij The News Corporation volledige controle zou krijgen over Telepiu (onderdeel van Vivendi), waarna Newscorp het betaal-tv-platform dat het reeds in zijn bezit had (Stream) zou fuseren met Telepiu. Beide betaal-tv ondernemingen kampten met serieuze financiële problemen vanaf het begin van hun bestaan. De Commissie definiëerde de betaal-tv markt als relevante markt en zag verschillende competitieve problemen als gevolg van de transactie. Zo zou de transactie een bijna-monopolie tot gevolg hebben in de betaal-tv-markt, serieuze ‘barriers to entry’ opleveren wat betreft satelliet DTH betaal-tv en daarnaast derden toegang hebben verhinderd tot premium content (exclusieve rechten voor voetbal en film).

Newscorp voerde in de procedure het ‘faling company defence’ argument aan.<sup>109</sup> De Commissie besloot uiteindelijk – en enigszins verrassend – dat niet aan deze voorwaarden was voldaan. De Commissie stelde vervolgens voorwaarden op waardoor de markt open zou blijven. Newscorp gaf vervolgens zijn exclusieve rechten (en protection rights) op voor alle andere middelen van transmissie dan DTH. Hierdoor zouden exploitanten van kabel, DTT enzovoorts deze rechten kunnen kopen bij de rechthebbenden. Lopende contracten zouden eenzijdig opgezegd kunnen worden door de rechthebbenden, om zo concurrentie te bevorderen met eventuele toekomstige DTH-exploitanten. De duur van contracten (2 jaar voor voetbal, 3 jaar voor film) werd beperkt om de concurrentie voor premium content te bevorderen. Daarnaast is een ‘wholesale offer’ systeem opgezet voor de verkoop van premium content, om zo ook exploitanten van andere middelen van transmissie de kans te geven hierover te onderhandelen. Dit aanbod moet ongebundeld zijn, niet exclusief en gebaseerd op het ‘retail-minus’ prijsprincipe. Verder moest Newscorp in de toekomst afzien van het verwerven van beschermingsrechten van filmrechten voor DTH. Newscorp verbond zich om volledige toegang tot zijn platform aan derden te verlenen op basis van eerlijke, transparante en non-discriminatoire voorwaarden. Dit hield daardoor automatisch in het onder eerlijke voorwaarden verlenen van vergunningen voor het CAS, en de mogelijkheid voor andere kanalen om te worden opgenomen in de EPG van het platform. Ook moest Newscorp zijn activiteiten op het gebied van DTT volledig opgeven.

Met deze uitgebreide set van voorwaarden geeft de Commissie duidelijk zijn standpunt op de verschillende onderwerpen weer. Zoals bekend moet de toegang tot de markt koste wat het kost gewaarborgd blijven. Het onderwerp van de exclusiviteit en duur van (m.n. film en voetbal) contentrechten is een kwestie waarover de Commissie een uitgesproken mening heeft: exclusiviteit voor een lange duur en een breed scala van contentrechten is onacceptabel<sup>110</sup>. Daarnaast wordt het zeer belangrijk gevonden dat ook de rechten voor de zogenaamde nieuwe media toegankelijk blijven en ook daadwerkelijk uitgeoefend worden. In de praktijk ziet men namelijk dat rechten in pakketten worden verkocht, waardoor het vaak voorkomt dat de (sport)rechten voor de nieuwe media (internet en UMTS) in het bezit komen van mediaondernemingen die daarvan geen gebruik willen of kunnen maken (uit angst voor kannibalisatie van het inkomen van hun ‘core business’ tv) . Dit heeft als gevolg dat de markten voor deze nieuwe media minder goed ontwikkelen dan dat de Commissie graag zou zien. De Commissie lost dit probleem op door te eisen dat rechten ongebundeld worden verkocht, waardoor voor de verschillende rechten verschillende kopers kunnen onderhandelen. Deze kwestie was een belangrijk onderwerp in de UEFA Champions League zaak.<sup>111</sup>

### ***EC Communications Framework***

Zoals in de inleiding reeds is aangetoond heeft de Commissie de gegeven commentaren in de consultatierondes naar aanleiding van het Groenboek over Convergentie

in de praktijk gebracht met het nieuwe kader voor elektronische communicatie. Het kader is alleen van toepassing op elektronische communicatienetwerken en elektronische communicatiediensten, en laat de regulering van content derhalve buiten beschouwing. Dit is terug te vinden in de inleidende bepalingen van het Kaderrichtlijn (2002/21/EG).<sup>112</sup>

De belangrijkste veranderingen<sup>113</sup> die als gevolg van de horizontale aanpak in het kader voor de omroepsector optreden zijn terug te vinden in de bepalingen over machtiging van diensten en netwerken, verdeling en toewijzing van radiofrequenties, must-carry verplichtingen en toegang tot netwerken en bijbehorende faciliteiten.

Als gevolg van de bepalingen in de Machtigingsrichtlijn<sup>114</sup> zullen de netwerken en diensten die worden gebruikt voor de transmissie van radio- en televisiecontent onder het algemene ‘machtigingsregime’ van de Richtlijn komen te vallen. Hierdoor kan het aanbieden van elektronische communicatienetwerken en elektronische communicatiediensten alleen nog worden onderworpen aan een algemene machtiging (en dus niet aan een individuele machtiging). De machtiging om content uit te zenden naar het publiek zal moeten worden gescheiden van de machtiging om elektronische diensten of –netwerken te verschaffen.

De verdeling en toewijzing van frequenties moeten voortaan geschieden op basis van objectieve, transparante, non-discriminatoire en evenredige criteria. In de Machtigingsrichtlijn wordt daaraan toegevoegd dat het verlenen van individuele gebruiksrechten van radiofrequenties gebeurt ‘onverminderd de door de Lidstaten aangenomen specifieke criteria en procedures voor het verlenen van gebruiksrechten voor radiofrequenties aan aanbieders van radio- en televisiediensten welke noodzakelijk zijn om de doelstellingen van algemeen belang overeenkomstig het Gemeenschapsrecht na te streven.

Iets minder duidelijk wordt de scheiding tussen content en transmissie wanneer we kijken naar de must-carry regels in de Universeledienstrichtlijn.<sup>115</sup> Deze regels bestaan om zeker te stellen dat bepaalde radio- en televisiezenders en -diensten algemeen beschikbaar zijn. Toch is ook daar de horizontale aanpak terug te vinden; het artikel in de Richtlijn betreft namelijk alleen de verplichtingen die worden opgelegd aan ondernemingen die elektronische communicatienetwerken verschaffen, en laat in overeenstemming met de opzet van het kader de kwestie welke omroepen must-carry rechten hebben buiten behandeling. Op dit punt behouden Lidstaten hun beleidsvrijheid; en de bepalingen van de richtlijn bieden uiteindelijk niets anders dan een kader voor de uitoefening van deze nationale beleidsvrijheid.

Door het nieuwe kader is er een algemeen ‘toegangs-regime’ opgesteld, gebaseerd op de veronderstelling dat onderhandelingen tussen partijen altijd eerst op commerci-

ele basis moeten plaatsvinden. Regulatorische verplichtingen om toegang te geven blijven mogelijk als een marktdeelnemer (i) Aanmerkelijke Marktmacht (AMM) op de desbetreffende markt bezit<sup>116</sup> of, (ii) toegang tot de eindgebruiker beheerst, waar een verplichting noodzakelijk is om eind-tot-eindverbindingen te waarborgen<sup>117</sup>. Voor de mediasector zijn er maar 2 extra bepalingen van toepassing. Ten eerste blijven de verplichtingen betreffende toegang van derdepartij omroepers tot voorwaardelijke toegangssystemen (CAS) – eerder in Richtlijn 95/47 opgenomen – voorhanden in de Toegangsrichtlijn,<sup>118</sup> maar de bedoeling is dat zij op termijn onder het algemeen AMM stelsel worden gehandhaafd, dat wil zeggen dat ze enkel van toepassing zullen zijn op marktdeelnemers met AMM op de desbetreffende markt.<sup>119</sup> Ten tweede mogen toegangsverplichtingen opgelegd worden op marktdeelnemers die Elektronische Programmagidsen (EPG's) of Applicatieprogramma Interfaces (API's)<sup>120</sup> beheersen, waar zo'n verplichting noodzakelijk is om toegang tot eindgebruikers tot gespecificeerde digitale radio- en televisieomroepdiensten te waarborgen.<sup>121</sup> Uit het voorafgaande blijkt dat toegangsvragen met betrekking tot media nog steeds een bijzondere behandeling onder het algemeen elektronische communicatiekader verdienen.<sup>122</sup>

Het meest belangrijke voor de omroepsector zijn echter de achterliggende gedachten van het framework: concurrerende infrastructuren en technologische neutraliteit. Het is die gedachte die Lidstaten moet aanzetten tot het prikkelen van de sector om daadwerkelijk concurrerend te worden. Een nationaal beleid dat zich deze gedachten niet eigen maakt, zal onvermijdelijk geconfronteerd worden met consequenties die de EG verbindt aan het niet juist implementeren van EG wetgeving.

### ***Institutionele consequenties van het EC Communications Framework***

Het horizontale beleid op netwerk/distributieniveau is aldus het antwoord op de doelstelling dat in de toekomst, met het oog op convergentie, wetgeving volledig technologieneutraal dient te zijn. Niet langer wordt een formele benadering gehanteerd waarbij verschillende infrastructuren aan verschillende regulering onderworpen zijn. In plaats daarvan wordt nu een meer functionele benadering gehanteerd, waarbij het einddoel van belang is. Dit heeft wel automatisch tot gevolg dat de wetgeving een stuk algemener en flexibeler wordt; immers, wanneer een regel op meerdere infrastructuren van toepassing moet zijn, blijft er minder ruimte over voor specificiteit.

Deze algemene wetgeving laat een relatief grote ruimte over voor toepassing op individuele zaken, en dus meer ruimte voor een toezichthouder en co- en zelfregulering. Een dergelijke toezichthouder dient om effectief te kunnen optreden over vergaande bevoegdheden te beschikken, en daarnaast is het zeer belangrijk dat de toezichthouder onafhankelijk is.

De meeste Europese landen beschikken reeds over een dergelijke toezichthouder. Dit is niet in de laatste plaats omdat de TZG richtlijn een dergelijke toezichthouder

reeds verondersteld. De quota-bepalingen die bijvoorbeeld worden opgelegd in de TZG richtlijn vereisen een toezichthouder die deze cijfers controleert. Maar ook het constitutionele stelsel van de meeste Lidstaten in samenhang met het algemene begrip vrijheid van meningsuiting vereist een onafhankelijke toezichthouder, onafhankelijk van de staat. Deze vraag naar een onafhankelijke toezichthouder die beschikt over vergaande bevoegdheden zal in de toekomst alleen maat sterker worden, wanneer ook voor content de nu nog specifieke wetgeving van de TZG richtlijn zal worden vervangen door meer algemene beginselen die ook gelden voor de nieuwe media.

Het nieuwe EC Communications Framework eist onafhankelijkheid van de NRI's in die zin, dat zij juridisch gezien onderscheiden zijn van en functioneel onafhankelijk zijn van alle organisaties die elektronische communicatienetwerken, -apparatuur of -diensten aanbieden. Volledige onafhankelijkheid van de overheid wordt dus niet geëist; wanneer de Staat echter aandeelhouder is van organisaties die elektronische communicatienetwerken beheren, of elektronische communicatiediensten aanbieden, dient een strikte functionele juridische scheiding tussen de toezichthouder en de aandeelhouder te bestaan. Lidstaten worden op basis van de Kaderrichtlijn niet gedwongen om hun verschillende NRI's samen te voegen, maar wel moet worden gegarandeerd dat de verschillende instanties (zowel mededingingsautoriteit als sector-specifieke regulators) samenwerken en overleggen, en dat in een gemakkelijke, toegankelijke manier bekend wordt gemaakt welke instantie welke aangelegenheden behandelt.

Wanneer aldus precies aan de letter van de Richtlijn wordt vastgehouden, kunnen de verschillende toezichthouders naast elkaar blijven bestaan. Kijkt men echter naar de geest van de tekst, dan is het wenselijk om in de toekomst over 'geconvergeerd toezicht' na te denken. Al de moeite en kosten alleen al, die een voortdurend en gestroomlijnd overleg tussen de verschillende autoriteiten (m.n. tussen de verschillende sector-specifieke regulators) met zich meebrengen, zorgen ervoor dat 'gescheiden toezicht' alleen al vanuit praktisch oogpunt moeilijk te rechtvaardigen is. Bovendien is het opmerkelijk om vast te blijven houden aan verticaal toezicht, wanneer de rest van het Framework 'horizontaal' van geest is.

### **3.2 CONTENT-REGULERING; FRAGMENTATIE EN HANDHAVINGSMODEL**

#### ***Fragmentatie***

Contentregulering van de media is momenteel nog steeds verdeeld naar gelang de technologie die wordt gebruikt om content aan te leveren. Zodoende zijn er verschillende regels met betrekking tot inhoud voor radio, televisie en internet.

Van oudsher worden er twee redenen aangevoerd voor de rechtvaardiging van (zwaardere) contentregulering van omroepen. De eerste is het schaarste-argument; een beperkt elektromagnetisch spectrum rechtvaardigt een 'eerlijke' verdeling daarvan. Radiofrequenties zijn namelijk niet alleen benodigd voor het uitzenden van radio en televisie via de ether, maar ook bijvoorbeeld voor het leger. Het tweede is het impact-argument<sup>123</sup>; des te hoger het impact van het medium, des te meer regulering gerechtvaardigd is. Als voorbeeld van een medium met een hoog impactgehalte wordt vaak televisie genoemd.<sup>124</sup> Daarnaast spelen ook de verwachtingen van een consument mee; van gratis televisie wordt meer regulering verwacht dan van betaal-tv, waarvoor men zich immers eerst zelf moet aanmelden en vooraf moet betalen.<sup>125</sup> In de Mededeling van de Commissie "Beginselen en richtsnoeren voor het audiovisuele beleid van de Gemeenschap in het digitale tijdperk" van 1999 worden vijf algemene beginselen voor regelgevend handelen geponeerd, waaraan ook moet worden voldaan in het domein van de audiovisuele content regulering. Dit regelgevend handelen dient op duidelijk aangegeven beleidsdoelstellingen gebaseerd te zijn; dient niet verder te gaan dan het voor de verwezenlijking van die doelstellingen noodzakelijke minimum; dient de rechtszekerheid in een dynamische markt te verbeteren en moet technologisch neutraal trachten te zijn.

In het Groenboek over convergentie van 1997 werd door de Commissie reeds aangekaart dat de convergentie ook zijn weerslag zou hebben op contentregulering in de communicatiesector. Immers, het samengaan van de verschillende typen infrastructuur en eindapparatuur maakt het trekken van een precieze lijn tussen de verschillende media een stuk ingewikkelder, en daarbij was het schaarste-argument niet langer bruikbaar. De Commissie presenteerde zijn zienswijze in de Mededeling "Beginselen en richtsnoeren voor het audiovisuele beleid van de Gemeenschap in het digitale tijdperk".<sup>126</sup>

In de Mededeling geeft de Commissie duidelijk aan dat het de audiovisuele industrie niet ziet als elke andere industrie. Het heeft namelijk naast het potentieel om banen te creëren en economische groei te stimuleren een sterke sociale en culturele rol. De Commissie verwoordt dat als volgt:

*"The audiovisual media play a central role in the functioning of modern democratic societies... This is not simply because they influence to a large degree which facts about and which images of the world we encounter, but also because they provide concepts and categories – political, social ethnic geographical, psychological and so on – which we use to render these facts and images intelligible. They therefore help to determine not only what we see of the world but also how we see it."*

Om die redenen is volgens de Commissie de omroepsector vanaf het begin gereguleerd in het algemeen belang. Als de verschillende doelstellingen van algemeen belang (ook voor de toekomst) worden beschouwd:

- Pluralisme,
- Vrijheid van meningsuiting en het recht op weerwoord,
- Bescherming van auteurs en hun werk,
- Bevordering van culturele en linguïstische diversiteit,
- Bescherming van minderjarigen en van de menselijke waardigheid,
- Consumentenbescherming.

Wanneer aan deze doelstellingen niet door de markt zelf wordt voldaan (en er dus sprake is van marktfalen), is er plaats voor sector-specifieke regulering. Het is vervolgens evident dat deze regulering niet verder zal gaan dan het voor de verwezenlijking van die doelstellingen noodzakelijke minimum (proportionaliteitseis). Op politiek niveau zijn de Lidstaten het in het algemeen eens over deze doelstellingen van media-beleid. In beginsel zijn de Lidstaten verantwoordelijk en bevoegd om deze doelstellingen uit te werken en te verwezenlijken. Zoals eerder vermeld staat ook de mogelijkheid open via een harmonisatiemaatregel deze doelstellingen op het EG-niveau te brengen, om een betere aansluiting met de interne markt te vinden. In de TZG Richtlijn zien we direct de doelstellingen bescherming van minderjarigen, bevordering van de culturele diversiteit, consumentenbescherming en vrijheid van meningsuiting/weerwoord terug. Deze doelstellingen zelf veranderen niet met de komst van convergentie; de moeilijke vraag is echter op welke manier deze doelstellingen in de toekomst verwezenlijkt moeten en kunnen worden. Dit is de hoofdkwestie in de herziening van de TZG Richtlijn.

### **Handhaving**

Door de vele nieuwe technische mogelijkheden van de afgelopen jaren zijn er veel vragen opgetreden over of de huidige TZG Richtlijn nog wel functioneel genoemd kan worden. De vragen zijn enerzijds te verdelen in vragen met betrekking tot proportionaliteit, en anderzijds in vragen met betrekking tot technologische afhankelijkheid.

Het tegenwoordige kader voor contentregulering in de EG is allereerst gebaseerd op de veronderstelling dat er een gelimiteerd aantal kanalen zijn voor radio en televisie. Met allereerst de komst van kabel- en satelliettelevisie, en vervolgens de komst van digitale televisie, heeft de consument inmiddels toegang tot een veelvoud van kanalen. Dit veelvoud aan kanalen reduceert het impact per kanaal omdat de concentratie van kijkers wordt verspreid over meerdere kanalen. Dit heeft als gevolg dat veel van de regulering niet langer proportioneel is; de regulering van de omroep schuift dan meer op naar de regulering van pers en internet waar ook een groot aantal bronnen aanwezig is. Daarbij komt dat de toenemende mate van mogelijkheden van interactiviteit voor de consument de trend van minder bescherming verder rechtvaardigt.

Daarnaast is de TZG Richtlijn op dit moment een richtlijn die in sterke mate technologisch afhankelijk is; niet alleen is de Richtlijn alleen van toepassing op de traditionele omroep, maar ook gaat de Richtlijn ervan uit dat er een beperkt, controleerbaar aantal aanbieders van diensten is. Dit heeft als gevolg dat in het internettijdperk met veel ongrijpbare en onvindbare aanbieders de effectieve handhaving van de regels van de Richtlijn een stuk moeilijker wordt. Ook de regels met betrekking tot reclame zijn sterk technisch afhankelijk. Met de komst van nieuwe technieken zoals split-screen advertising, interactive advertising en virtual advertising bereiken de huidige regels in de TZG Richtlijn niet langer het beoogde doel van consumentenbescherming, en daarnaast is er op dit moment de vreemde situatie dat er andere regels voor reclame op televisie via de traditionele wijze dan voor reclame op televisie via internet gelden. Het is dus van groot belang dat een nieuw kader voor contentregulering technologisch onafhankelijk is en dat er gebruik wordt gemaakt van proportionele middelen voor elk specifiek medium.

Het Europees Parlement heeft op 4 september 2003 een Resolutie<sup>127</sup> aangenomen naar aanleiding van een rapport<sup>128</sup> van MEP Roy Perry over de toepassing van de TZG Richtlijn. In de resolutie pleit het EP voor een complete herziening van de huidige TZG Richtlijn. De resolutie stelt voor de TZG Richtlijn uit te breiden als gevolg van de technologische convergentie; De algemene beginselen die ten grondslag liggen aan het audiovisuele beleid van de Gemeenschap moeten in een Content Framework Package (CFP) worden vastgesteld, en op basis van graduele wijze van regulering kunnen dan strengere regels van toepassing zijn waar dat nodig wordt geacht. De herziene versies van de TZG Richtlijn, de E-Commerce Richtlijn en de Richtlijn “tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel” moeten op deze manier door het CFP worden samengebracht. Het is dus nadrukkelijk niet de bedoeling om, waarvoor reeds door velen is gewaarschuwd, de bepalingen van de huidige TZG Richtlijn die gelden voor ‘televisieomroepen’ klakkeloos over te zetten naar de ‘diensten van de informatiemaatschappij’.

Dit voorstel gaat lijnrecht in tegen de positie van het DG Onderwijs en Cultuur, zoals ook naar voren gebracht in het vierde verslag over de toepassing van de TZG Richtlijn<sup>129</sup>; De Commissie geeft daar nadrukkelijk aan niet van plan te zijn om met de herziening van de Richtlijn deze uit te willen breiden naar de diensten van de informatiemaatschappij. De Commissie lijkt daarmee zijn ogen te sluiten voor het feit dat de TZG Richtlijn op die manier steeds verder zal afzwakken en belemmerend gaat werken voor traditionele omroepers. Zij zullen immers moeten voldoen aan regelgeving die niet geldt voor hun ‘modernere’ concurrenten.

Echter, in de laatste Mededeling van de Commissie, “The Future of European Regulatory Audiovisual Policy”, lijkt de Commissie zijn mening toch voorzichtig aan te passen



naar aanleiding van de vele reacties van Lidstaten en marktpartijen op het punt.<sup>130</sup>

*“... the Commission considers that a thorough revision of the Directive might be necessary to take account of technological developments and changes in the structure of the audiovisual market. The Commission will therefore reflect with the help of experts (in focus groups) whether any changes to content regulation for the different distribution channels for audiovisual content would be necessary at Community level in order to take account of media convergence at a technical level and any divergence of national regulation which affects the establishment and the functioning of the common market”.*

Het handhavingsmodel van contentregulering is op dit moment het land van herkomst-principe. Zoals reeds eerder gezegd betekent het dat alleen het land van herkomst van de uitzending van de dienst bevoegd is om zijn wet- en regelgeving toe te passen. DG Onderwijs en Cultuur is zeer stellig over de toekomst van dit handhavingsmodel: met name in het internettijdperk lijkt dit de enige oplossing voor een duidelijk en juridisch zekere situatie.

### **Zelf- en coregulering<sup>131</sup>**

Zelfregulering wordt door de Commissie gezien als een complementair proces bij het opzetten van een stabiel regelgevend kader, dat als grote voordeel heeft dat het zich snel kan aanpassen aan snel voortschrijdende technische vooruitgang; zelfregulering kan in sommige gevallen gedetailleerde regelgeving zelfs overbodig maken (goed voorbeeld van de toepassing van het subsidiariteitsbeginsel).<sup>132</sup> Het Witboek over Europese Governance stimuleert nadrukkelijk een ruimer gebruik van methoden van co- en zelfregulering. Deze methoden kunnen meewerken aan de doelstelling van vereenvoudiging en verbetering van Europese regelgeving. Zelf- en coregulering kunnen ook een goede oplossing zijn voor politiek gevoelige onderwerpen waarover geen zodanige overeenstemming kan worden bereikt dat dit kan worden omgezet in wetgeving. Zelf- en coregulering geeft Lidstaten dan weliswaar een bepaalde vrijheid, maar laat de problemen niet onbehandeld. Steeds vaker wordt daarbij de mogelijkheid “ingebouwd” dat wanneer de situatie ondanks co- of zelfregulering toch uit de hand dreigt te lopen, de overheid (Commissie of nationale overheid) in kan grijpen. Deze stok-achter-de-deur constructie neemt de vrijblijvendheid die vaak wordt geassocieerd met zelfregulering enigszins weg. Een uitbreiding van de TZG Richtlijn naar de diensten van de informatiemaatschappij zal zeker tot gevolg hebben dat nog meer gebruikt zal moeten worden gemaakt van co- en zelfregulering.

Uit de bijdragen van de consultatieronde van de TZG Richtlijn bleek dat de begrippen zelfregulering, co-regulering en zelf-controle op verschillende manieren worden geïnterpreteerd in de Lidstaten. De Commissie heeft daarop besloten onderzoek te laten doen naar de verschillende co-reguleringsmodellen die nu bestaan in de mediasector.

Deze studie zal moeten uitwijzen in welke sectoren deze maatregelen hoofdzakelijk worden toegepast, wat hun effect is en in hoeverre zij in overeenstemming zijn met doeleinden van algemeen belang.

### **3.3 EVOLUTIE VAN DE HOOFDTHEMA'S VAN CONTENT-REGULERING**

In dit onderdeel zullen allereerst de gecoördineerde gebieden van de TZG Richtlijn worden behandeld. Vervolgens zullen ook nog enkele andere onderwerpen die onder de noemer "contentregulering" kunnen vallen worden uitgewerkt.

#### **3.3.1 EUROPESE CONTENT VAN TELEVISIE-UITZENDINGEN**

##### ***Ontstaan van de quota***

Na het Groenboek "Televisie Zonder Grenzen" van 1984 kwam de Commissie in 1986 met een eerste conceptversie van de Richtlijn "Televisie Zonder Grenzen". De Richtlijn werd uiteindelijk pas in 1989 aangenomen; een belangrijk deel van de vertraging was te wijden aan het controversiële onderwerp van de quotaregeling. De voorgestelde quotaregeling bestond enerzijds uit een verplichting voor de (zowel commerciële als publieke) omroepen om een omvangrijk gedeelte van hun niet aan informatie, sport, spel, reclame of teletekst zendtijd te reserveren voor Europese programma's (Europese quotaregeling), en anderzijds om een gedeelte van hun niet aan informatie, sport, spel, reclame of teletekst gewijde zendtijd te reserveren voor Europese werken van onafhankelijke producenten (Onafhankelijke quotaregeling). De meeste controverse ontstond omtrent de Europese quotaregeling.

De achterliggende gedachte was dat de quota als stimulans voor de Europese programma industrie zouden werken, om zo een tegenwicht te creëren voor de dominante Amerikaanse programma industrie (economische argument). De oorspronkelijke voorgestelde Europese quotaregeling<sup>133</sup> van 1986 hield in dat Lidstaten om te beginnen dertig procent van hun niet aan informatie, sport, spel, reclame of teletekst gewijde zendtijd moesten reserveren voor Europese producties, en dit percentage diende binnen een termijn van drie jaar op te zijn gelopen tot zestig jaar.<sup>134</sup>

##### ***Controverse rondom de quota***

Grote voorstander van deze zeer strenge Europese quotaregeling was Frankrijk. De Fransen verdedigden de quotaregeling met een beroep op de noodzakelijkheid van het behoud van het culturele erfgoed van Europa (cultuurbehoud argument). De Fransen gingen uiteindelijk zelfs zo ver dat wanneer er geen quotaregeling in de nieuwe TZG Richtlijn opgenomen zou worden, Frankrijk de beslissende tegenstem zou inzetten bij de stemming over de Richtlijn in de Raad.<sup>135</sup> Tegenstanders van de quota waren van mening dat de regeling een verkapt vorm van protectionisme inhield en de onderlinge

concurrentie verstoorde.

Als resultaat van deze onenigheden werd in de Richtlijn 'Televisie Zonder Grenzen' van 1989 uiteindelijk een sterk afgezwakte versie van de quotaregeling geaccepteerd. Artikel 4 (de Europese quotaregeling) leest dan als volgt:

- 1. Voor zover mogelijk zien de Lid-Staten er met passende middelen op toe dat de omroeporganisaties het grootste gedeelte van hun niet aan informatie, sport, spel, reclame of teletekst gewijde zendtijd reserveren voor Europese producties in de zin van artikel 6. Dit gedeelte moet geleidelijk, aan de hand van passende criteria, worden bereikt, rekening houdend met de verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie jegens haar publiek inzake voorlichting, vorming, cultuur en amusement.*
- 2. Wanneer het in lid 1 omschreven gedeelte niet kan worden bereikt, mag het niet geringer zijn dan het gedeelte dat in 1988 gemiddeld in de betrokken Lid-Staat is vastgesteld (...).*

En artikel 5 (de Onafhankelijke quotaregeling):

*Telkens wanneer dat mogelijk is, zien de Lid-Staten er met passende middelen op toe dat de omroeporganisaties ten minste 10 % van hun niet aan informatie, sport, spel, reclame of teletekst gewijde zendtijd of, bij wijze van alternatief, naar keuze van de Lid-Staat, ten minste 10 % van hun programmabudget, reserveren voor Europese producties die door van de televisie-omroeporganisaties onafhankelijke producenten zijn vervaardigd. Dit gedeelte moet geleidelijk, aan de hand van passende criteria, worden bereikt, rekeninghoudende met de verantwoordelijkheid van de televisie-omroeporganisaties jegens hun publiek inzake voorlichting, vorming, cultuur en amusement; het dient te worden bereikt door een passend gedeelte te reserveren voor recente producties, dat wil zeggen voor producties die binnen een periode van vijf jaar nadat zij zijn gemaakt, worden uitgezonden.*

Artikel 6 bevat de uitleg van de term 'Europese productie'. Beide bepalingen gelden overigens niet voor lokaal publiek bestemde televisie-uitzendingen die geen deel uitmaken van een nationaal net.

Het 'loophole' dat de zinsnede 'voor zover mogelijk en met passende middelen' de Lidstaten verschafte, zorgde ervoor dat de Europese quotaregeling meteen werd gezien als zwak juridisch instrument. Bovendien wordt in de Richtlijn niet aan de Lidstaten opgelegd op welk tijdstip deze Europese producties te zien moesten zijn, waardoor de omroepen de mogelijkheid hebben om deze producties buiten de piekuren uit te zenden, met als gevolg een laag aantal kijkers.<sup>136</sup> Dit, in combinatie met

de aan de Lidstaten geboden mogelijk om het gedeelte geleidelijk te bereiken, aan de hand van passende criteria, daarbij rekening houdende met de verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie jegens haar publiek inzake voorlichting, vorming cultuur en amusement, biedt de Lidstaten aldus ruime discretionaire bevoegdheden voor implementatie.

Bij de herziening van de TZG Richtlijn in 1997 werd door zowel de Commissie als het Parlement getracht om de 'loopholes' te dichten die de tekst van de quotaregeling openliet, maar dit liep uit op een mislukking; het resultaat was dat er weinig tot niets veranderde.

### ***De legaliteit van de quota***

De Europese quotaregeling werd ook door de academische wereld al snel bekritiseerd, met name op grond van de legaliteit van de regeling. De legaliteit van de quotaregeling werd (en wordt) daarbij met name in twijfel getrokken op twee verschillende gronden; ten eerste het gebrek aan een basis in het Verdrag voor de regeling, en ten tweede de strijd met internationale verplichtingen. De discussie omtrent de al dan niet juridische basis in het Verdrag richt zich (tot vandaag de dag) op de vraag of de artikelen 47(2) en 55 EG, eventueel in combinatie met artikel 151 EG, de Gemeenschap voldoende bevoegdheid geven voor een Europese quotaregeling. De meningen over dit onderwerp lopen nog steeds ver uiteen.<sup>137</sup> Ook de discussie of de quotaregeling in strijd is met internationale verplichtingen is een doorlopende zaak. Hierbij wordt de vraag aan de orde gesteld of de quotaregeling verenigbaar is met de WTO overeenkomsten.<sup>138</sup> Naaste deze twee discussiepunten waren er af en toe geluiden te horen dat de quotaregeling in strijd zou zijn met artikel 10 EVRM, maar dit bleek alleen al moeilijk te beargumenteren aangezien eenzelfde quotaregeling is vervat in de Europese Conventie aangaande Grensoverschrijdende Televisie, dat juist als doel heeft artikel 10 EVRM ten uitvoer te brengen.<sup>139</sup>

### ***Effectiviteit en naleving van de quota***

Op grond van artikel 4 lid 3 van de TZG Richtlijn zijn de Lidstaten verplicht om elke twee jaar verslag te doen van de toepassing van de artikelen 4 en 5 in hun Lidstaat. De grotendeels positieve uitkomsten van deze verslagen leiden soms tot enigszins paradoxale redeneringen van tegenstanders van de quotaregeling; ze suggereren dat de naleving van de quota niet zozeer een resultaat is van de inspanningen van het systeem, maar simpelweg het gevolg van het (overigens bewezen) feit dat er onder consumenten een grote voorkeur bestaat voor nationale producties. Er bestaat aldus twijfel omtrent de effectiviteit van de quota.<sup>140</sup>

Op 8 november 2002 heeft de Commissie het vijfde verslag over de tenuitvoerlegging van de artikelen 4 en 5 gedurende de periode 1999-2000 goedgekeurd.<sup>141</sup> In het verslag signaleert de Commissie als algemene trend een voortdurende toename van het aantal kanalen dat onder de TZG Richtlijn valt. Uit het onderzoek door de Commissie van de nationale verslagen blijkt verder dat er over het geheel genomen

een positieve tendens gesignaleerd kan worden tijdens de referentieperiode met betrekking tot de naleving van beide artikelen over de kanalen. De gemiddelde voor Europese producties gereserveerde zendtijd voor alle Europese kanalen in de Lidstaten steeg met 1,5 procent, het gemiddelde percentage producties van onafhankelijke producenten, dat door alle Europese kanalen in de Lidstaten is uitgezonden, steeg met 2,95 procent en de gemiddelde, door alle Europese kanalen in alle Lidstaten aan recente Europese producties van onafhankelijke producenten gewijde zendtijd steeg met 1,91 procent.<sup>142</sup>

Toch zijn er ook kanalen die wel moeite hebben met het halen van de quota. Deze kanalen zijn doorgaans thematische kanalen, recent opgerichte kanalen, kanalen van omroeporganisaties die over meer dan een kanaal beschikken en kanalen die dochtermaatschappijen zijn van niet EU-ondernemingen. Om ervoor te zorgen dat deze kanalen de quota in de toekomst wel treffen de Lidstaten, op last van de Commissie, verschillende maatregelen zoals permanent overleg, toezicht, schriftelijke aanmaningen en het instellen van sanctieprocedures.

### ***Toekomst van de quotaregeling***

Met de herziening van de TZG Richtlijn op komst zou te verwachten zijn dat de discussie over het voortbestaan van de quota inmiddels weer zou zijn losgebarsten, maar dit blijkt niet zozeer het geval. Het lijkt erop dat deze politiek zeer gevoelige kwestie na alle discussie bij de invoering en herziening van de TZG Richtlijn inmiddels op een evenwichtspunt is beland waar de Lidstaten mee kunnen leven.<sup>143</sup> Een groter gevaar schuilt in de constante dreiging van (nieuwe) internationale verplichtingen waaraan ook Europa is gebonden, die niet verenigbaar zijn met de Europese quotaregeling. Hierbij moet met name worden gedacht aan de pogingen om de wereldhandel verder te liberaliseren onder de GATS. Deze problematiek zal verderop uitgebreider aan de orde komen.

### **3.3.2 REGELS OMTRENT RECLAME**

Een groot gedeelte van het Groenboek van 1984 was gewijd aan het onderwerp van reclame. De reden daarvoor was dat met name op dat terrein behoefte was aan harmonisering; uit de behandelde jurisprudentie van het Hof bleek reeds dat veel obstakels op het terrein van grensoverschrijdende televisie voortkwamen uit reclameregulering.

In de TZG Richtlijn van 1989 werden verscheidene bepalingen opgenomen met betrekking tot televisiereclame en sponsoring. Deze bepalingen dienen er enerzijds ervoor te zorgen dat de belangen van de kijkers worden beschermd, en anderzijds dat de integriteit en de waarde van de audiovisuele werken en rechthebbenden wordt beschermd. Met de herziening van de TZG Richtlijn in 1997 werd een onderscheid aangebracht tussen televisiereclame en telewinkelen, nadat verwarring was ontstaan over of tele-

winkelen moest worden gezien als een vorm van reclame, of als een compleet andere activiteit als televisiereclame.<sup>144</sup> Dit onderscheid zorgde voor de nodige aanpassingen van de regels in de Richtlijn. Voor de rest bleven de regels met betrekking tot reclame nagenoeg hetzelfde.<sup>145</sup>

De reclamebepalingen van de TZG Richtlijn zijn grofweg onder te verdelen in vier categorieën<sup>146</sup>:

- 1 Voorschriften voor de inhoud en de presentatie van reclameboodschappen (art. 10, 12, 13, 14, 15 en 16);
- 2 De voorwaarden voor de onderbreking van de programma's (art. 11);
- 3 Specifieke voorschriften voor gesponsorde televisieprogramma's (art. 17);
- 4 De hoeveelheid reclame die (dagelijks en per uur) is toegestaan op de televisie (art. 18).

De inhoud- en presentatiebepalingen zijn er met name op gericht dat de belangen van de consument worden beschermd. Reclame<sup>147</sup> moet daarvoor allereerst duidelijk als zodanig identificeerbaar zijn voor de consument, gescheiden zijn van de rest van het programma-aanbod en voldoen aan bepaalde ethische eisen.<sup>148</sup> Naast deze meer algemene bepalingen zijn er een aantal productspecifieke bepalingen. Zo is het expliciet verboden om reclame te maken voor sigaretten en tabaksproducten, en moet reclame voor alcohol aan strikte criteria voldoen. Reclame voor geneesmiddelen en medische behandelingen is ook aan strikte banden gelegd.<sup>149</sup>

Aan de onderbrekingen van programma's worden voorwaarden gesteld qua aantal en qua wijze, dit om de integriteit en de waarde van de uitzendingen te beschermen. Reclameboodschappen<sup>150</sup> moeten in principe tussen uitzendingen worden ingevoegd, maar wanneer aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan is het ook toegestaan om reclameboodschappen tijdens uitzendingen worden ingevoegd.<sup>151</sup> De sponsoringregels zijn erop gericht de invloed van sponsoren op televisieprogramma's te minimaliseren en beschermen de belangen van de consument door o.a. te eisen dat duidelijk wordt vermeld wanneer er sprake is van sponsoring en te verbieden dat het programma wordt gebruikt om bepaalde producten of diensten aan te prijzen.

De meest invloedrijke bepaling van de reclamevoorschriften is artikel 18. In deze 'duur-bepaling' worden expliciete beperkingen gesteld aan de hoeveelheid reclame die per uur en dagelijks is toegestaan op het scherm. Allereerst mag per uur niet meer dan 20 procent van de zendtijd worden besteed aan reclame- en telewinkelspots. Daarnaast mag per dag de zendtijd voor reclamespots alleen niet meer dan 15 procent, en de zendtijd voor telewinkelspots, reclamespots en ander vormen van reclame gezamenlijk<sup>152</sup> niet meer dan 20 procent van de dagelijkse zendtijd bepalen.

Het is hier van belang nog een paar punten op te merken. Ten eerste hanteren

verschillende Lidstaten stringentere maatregelen op het gebied van reclame; immers de bepalingen in de TZG Richtlijn zijn minimumvoorwaarden.<sup>153</sup> Ten tweede zijn er naast de TZG Richtlijn ook nog andere juridische gemeenschapsinstrumenten die van toepassing zijn op reclame in de audiovisuele sector; een voorbeeld daarvan is de Richtlijn 84/450/EEC inzake misleidende reclame, zoals gewijzigd door RL 97/55/EC inzake misleidende reclame teneinde ook vergelijkende reclame te regelen. En ten derde, in de reclamewereld bij uitstek, gelden ook nog eens extra regels vanuit de beroepsgroep zelf. Deze verschillende lagen – zelfregulering, nationaal recht en Europees recht – dienen telkens alle te worden toegepast, en voeden de vraag of de meerwaarde van de TZG Richtlijn op het gebied van reclame wel aantoonbaar is.

### ***Huidige problemen met reclamebepalingen***

De harmonisatiebepalingen met betrekking tot reclame in de TZG Richtlijn zijn in vergelijking met de andere gecoördineerde gebieden opvallend vergaand, iets wat met name de commerciële omroepen een doorn in het oog is. De reclamebepalingen, zo stellen zij, zijn namelijk de maatregelen die hen direct treffen; zonder deze inkomsten komen zij niet toe aan investeringen in bijvoorbeeld producties om te voldoen aan de Europese quotaregeling. Door de combinatie van sterk terugvallende reclame-inkomsten van de afgelopen twee jaar en de steeds hevigere concurrentie tussen de omroepen, zijn de commerciële omroepen nu, met het oog op de herziening van de TZG Richtlijn, extra gespist op deregulering. Deze deregulering focust zich met name op de kwantitatieve restricties, en speciaal de duurbepaling per dag.

Tegelijkertijd spelen er reeds enige tijd vragen omtrent de toepassing van nieuwe advertentietechnieken zoals split-screen-, virtual- en interactive advertising. Door dat er geen duidelijkheid bestaat over de toepassing van de reclamebepalingen in de huidige TZG Richtlijn op de nieuwe vormen van reclame bestaat er momenteel rechtsonzekerheid. Om deze reden heeft de Commissie, in het kader van de herziening van de TZG Richtlijn, onderzoek laten doen naar de ontwikkeling van nieuwe advertentietechnieken. De uitkomst van dit onderzoek, uitgevoerd door Bird & Bird in samenwerking met Carat Crystal (BBCC), werd in de zomer van 2002 aan de Commissie gepresenteerd.<sup>154</sup>

Het onderzoek van BBCC identificeert drie nieuwe vormen van reclametechnieken-interactieve reclame, split screens en virtuele reclame- en bestudeert de implicaties die optreden bij de regulering daarvan.<sup>155</sup> Bij de interactieve reclametechniek wordt betwijfeld of de TZG Richtlijn bepalingen überhaupt van toepassing kunnen zijn, aangezien de Richtlijn diensten op aanvraag (als zijnde diensten van de informatie-maatschappij) juist expliciet uitsluit van toepassing. Wanneer de kijker bewust de keuze maakt om een “lineair” televisieprogramma te verruilen voor een interactieve omgeving, dan kan het zijn dat hij niet langer wordt beschermd door de TZG Richtlijn. Daarbij komt, wanneer de TZG Richtlijn wel van toepassing zou zijn, dat de relevantie

van de duurbepaling sterk afneemt wanneer de kijker zelf de keuze maakt om reclame te bekijken. Om bescherming van de kijker te garanderen blijft het wel van belang geacht om een duidelijke scheiding aan te brengen tussen de lineaire, televisie- en commerciële, reclameomgeving, bijvoorbeeld door middel van een overgangsscherm.

Bij split-screen is het mogelijk om tegelijkertijd editorial content en reclame simultaan aan de kijker te presenteren. In het geval van de uitzending van lineaire televisieprogramma's is de TZG Richtlijn vervolgens gewoon van toepassing. De vraag is dan vervolgens hoe split screen zich verhoudt tot de verplichting van scheiding van editorial content en reclame, en de regels met betrekking tot onderbreking van de programma's, zoals bepaald in de TZG Richtlijn. Aangezien overeenstemming onder de Lidstaten op dit punt ontbreekt is het van belang dat door de Commissie wordt opgehelderd hoe de voorwaarde van scheiding moet worden geïnterpreteerd; Is scheiding van ruimte voldoende of is scheiding van tijd ook vereist? Daarnaast brengt de toepassing van huidig artikel 11 met zich mee, dat telkens de uitdrukkelijke toestemming van de auteursrechthouders van de uitgezonden programma's vereist is, wanneer split screen wordt toegepast.

Ook over virtuele reclame (of virtuele sponsoring) bestaat tussen de Lidstaten geen consensus over de rechtsgeldigheid ervan. Sommige landen staan het toe (Griekenland en Spanje), anderen verbinden er voorwaarden aan (Duitsland en Verenigd Koninkrijk) en weer anderen verbieden het compleet (Italië, Frankrijk en Portugal). De onderzoekers menen op dit moment (waarin de techniek met name wordt gebruikt voor sponsordoeleinden) dat de TZG sponsorbepalingen volledig van toepassing en verenigbaar zijn met de techniek virtuele reclame, maar dat er desalniettemin vaak strijd bestaat met nationale wetgevingen.

De onderzoekers van BBCC beklemtonen dat vanwege de onzekerheid over de snelheid waarmee de audiovisuele markt zich verder zal ontwikkelen<sup>156</sup>, dat het allereerst verstandig is voor de Commissie om opheldering te geven over de interpretatie van de huidige bepalingen m.b.t. de nieuwe reclametechnieken, alvorens al te grote aanpassingen te gaan maken in de Richtlijn.<sup>157</sup> De Commissie heeft reeds aangekondigd in de eerste helft van dit jaar een dergelijke interpretatieve mededeling te doen uitvaardigen.<sup>158</sup> Van verschillende kanten wordt de Commissie gewezen op het belang van technologie-onafhankelijkheid van deze mededeling, in de zin dat het belangrijk is dat de Commissie niet alleen focust op de drie technieken die zijn besproken in het onderzoek van BBCC, maar ook ruimte overlaat voor de ontwikkeling (en mogelijkheid van toepassing en invulling) van andere nieuwe reclametechnieken.



### 3.3.3 BESCHERMING VAN MINDERJARIGEN EN DE MENSELIJKE WAARDIGHEID

Het onderwerp van de bescherming van minderjarigen stond in het Groenboek over grensoverschrijdende televisie van 1984 meteen hoog op de agenda. De Commissie vond dat op het terrein van minderjarigen en media specifieke wetgeving te identificeren viel, en dat harmonisatie van die wetgeving een wezenlijke bijdrage kon geven aan de liberalisering van de televisiemarkt.<sup>159</sup> Het Europees Parlement was ook van mening dat kaderregels opgesteld moesten worden ter bescherming van minderjarigen; zij zagen dat echte meer als de politiek noodzakelijke tegenhanger van het openstellen van de grenzen voor televisie in de Gemeenschap.<sup>160</sup>

De Commissie constateerde dat bestaande nationale regels met name waren gericht op het beschermen van minderjarigen op het gebied van seksuele zeden, geweld en schadelijke invloeden op hun fysieke, mentale en morele ontwikkeling. De Commissie stelde vervolgens in het Groenboek van 1984 voor om in de Richtlijn deze regels meer op elkaar af te stemmen, en zo minimumvoorwaarden vast te stellen ter bescherming van minderjarigen. Programma's die daaraan zouden voldoen mochten dan vervolgens vrij worden uitgezonden in de Gemeenschap. Bij het vaststellen van deze minimumvoorwaarden werd overigens wel meteen gesteld dat rekening diende worden te gehouden met de verschillende tradities en instellingen m.b.t. het onderwerp van de Lidstaten, omdat deze uiteraard van land tot land verschilden. Als goede methode voor de naleving van de nog te creëren regels wordt vervolgens zelfregulering gesuggereerd.<sup>161</sup>

De regels in de huidige TZG Richtlijn met betrekking tot bescherming van minderjarigen komen nagenoeg overeen met de regels van de TZG Richtlijn van 1989. In artikel 22 en 22 bis zijn de bepalingen opgenomen waaraan de programma's moeten voldoen ter bescherming van minderjarigen en de openbare orde. Artikel 22 leest als volgt:

*1. De lidstaten nemen passende maatregelen om ervoor te zorgen dat in de televisie-uitzendingen van de onder hun bevoegdheid vallende omroeporganisaties geen programma's voorkomen die de lichamelijke, geestelijke of zedelijke ontwikkeling van minderjarigen ernstig zouden kunnen aantasten, met name programma's waarin pornografische scènes of beelden vanodeloos geweld voorkomen.*

*2. De in lid 1 bedoelde maatregelen gelden eveneens voor andere programma's die schade kunnen toebrengen aan de lichamelijke, geestelijke of zedelijke ontwikkeling van minderjarigen, tenzij door de keuze van het tijdstip van de uitzending of door technische maatregelen wordt gewaarborgd dat minderjarigen in het zendgebied de uitzendingen normalerwijze niet zullen zien of beluisteren. (het zogenaamde "watershed")*

*3. Indien dergelijke programma's ongecodeerd worden uitgezonden, zorgen de lidstaten er bovendien voor dat zij worden voorafgegaan door een akoestische waarschuwing of dat zij gedurende de gehele uitzending herkenbaar zijn aan een visueel symbool.*

Artikel 22 bis voegt daaraan toe dat uitzendingen ook geen enkele aansporing tot haat op grond van ras, geslacht, godsdienst of nationaliteit mag bevatten. Door (huidig) artikel 2 bis is het mogelijk om rekening te houden met de verschillende achtergronden en culturen van de Lidstaten. Met deze bepaling is het namelijk bij uitzondering mogelijk voor een Lidstaat om een uitzending die weliswaar voldoet aan de minimumvoorwaarden van de Richtlijn, toch te belemmeren indien “een televisie-uitzending uit een andere Lidstaat (...) een duidelijke, belangrijke en ernstige inbreuk (vormt) op artikel 22, lid 1 of 2, en of artikel 22 bis.” Hiervoor moet wel zijn voldaan aan een aantal strikte criteria.<sup>162</sup>

In 1998 oordeelde de Commissie in dit kader over de verenigbaarheid van een Britse ‘Order’, ter voorkoming van de uitzendingen van “Eurotica Rendez-vous” door het Deense DSTV. Omdat de maatregelen van de Britse autoriteiten geen discriminatie opleverden, en waren aangepast aan de doelstelling van bescherming van minderjarigen, werd verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht vastgesteld. Het beroep tot nietigverklaring van dit besluit werd in 2000 door het Gerecht van Eerste Aanleg niet-ontvankelijk verklaard.<sup>163</sup> In dit arrest wordt nadrukkelijk gesteld dat nationale autoriteiten beoordelingsvrijheid genieten voor een dergelijke maatregel. De Commissie beperkt zich tot het ex post vaststellen van de verenigbaarheid van de maatregel met het gemeenschapsrecht

### **Complementaire regelgeving**

In 1996 kwam de Commissie met het Groenboek over de bescherming van minderjarigen en de menselijke waardigheid in de context van de audiovisuele en informatiediensten.<sup>164</sup> In het Groenboek werd aandacht geschonken aan de nieuwe problemen waarvoor de Gemeenschap komt te staan door de snelle ontwikkeling van nieuwe diensten zowel op het audiovisuele- als informatiedienst terrein, waardoor nieuwe oplossingen moesten worden gezocht om bescherming van minderjarigen en de menselijke waardigheid blijvend te waarborgen.

Volgens de Commissie moesten de problemen niet overdreven worden; de problemen berusten naar hun mening vooral in de eigenschappen van de nieuwe media, en betekenen niet automatisch dat met de komst van nieuwe mediadiensten meer controversieel materiaal beschikbaar is. Toch werd duidelijk dat bepaalde beproefde methoden met betrekking tot bescherming van minderjarigen, zoals het instellen van een ‘watershed’, in een digitale- of on-line omgeving minder functioneel werden. Hierdoor was het van belang naar nieuwe methoden van handhaving te zoeken.<sup>165</sup>

Het Groenboek leidde uiteindelijk tot de aanname van de Aanbeveling van de Raad

van 24 september 1998.<sup>166</sup> De Aanbeveling is het eerste Europese juridische instrument dat betrekking heeft op alle elektronische media, en geldt dus ook voor de inhoud van on-line media en via internet uitgezonden audiovisuele- en informatie-diensten; hierdoor heeft het een duidelijke complementaire functie ten opzichte van de TZG Richtlijn. In de Aanbeveling worden verder geen nieuwe inhoudelijke regels m.b.t. bescherming van minderjarigen en de menselijke waardigheid vastgelegd; de nadruk wordt gelegd op de ontwikkeling van co- en zelfreguleringsmechanismen en de uitwisseling van 'best practices', zowel binnen als buiten de Gemeenschap, om er zo voor te zorgen dat de bestaande beginselen op het gebied worden nageleefd. Hiervoor moeten autoriteiten, het bedrijfsleven en andere betrokken partijen nauw samenwerken. Exploitanten van on-line diensten worden expliciet gevraagd om zelfreguleringskaders te ontwikkelen, en omroeporganisaties worden gevraagd om onderzoek te doen naar en te experimenteren met nieuwe vormen van controle door de ouders (zoals persoonlijke toegangscode's, filter-software of controle chips).

De Commissie evalueerde de Aanbeveling van de Raad en presenteerde zijn verslag daarover voor het eerst in februari 2001. Over het algemeen is de Commissie positief over de tot dan toe geleverde resultaten, maar zij is wel van mening dat het 'beter was geweest als alle betrokken partijen (en vooral de consumenten) intensiever bij het ontwikkelen van de gedragscodes betrokken waren geweest'. Ook wordt geconstateerd dat de Lidstaten de Aanbeveling op verschillende manieren hebben uitgevoerd.

In aanvulling op de Aanbeveling lanceerde de Commissie in 1999 het *Safer Internet Action Plan*. Dit programma, dat is verlengd tot 31 december 2004, heeft ten doel het opzetten van een Europees netwerk van hotlines (meldpunten), het aanmoedigen van zelfregulering en gedragscodes, het ontwikkelen van content beoordelings- en filterreermechanismen en voorlichtingcampagnes over de voor- en nadelen van internet.<sup>167</sup> Een belangrijk onderdeel van het werkprogramma voor 2003-2004 is met name gericht op media alfabetisme; getracht wordt om kinderen en hun verzorgers verantwoordelijkheid te maken, door middel van educatie, op het internet.

### ***Studies naar aanleiding van de problematiek***

Inmiddels zijn er reeds meerdere studies naar (nieuwe) methoden van handhaving verricht in opdracht van de Commissie. Hierbij worden naast de mogelijkheden van technologische middelen ook de bevordering van bewustzijn en educatie onderzocht, maar de nadruk in deze studies van 'parental control' ligt momenteel op de mogelijkheden van het opzetten van geharmoniseerde classificatiesystemen.<sup>168</sup>

Het opzetten van classificatiesystemen werd reeds onderzocht in een onderzoek door de Universiteit van Oxford van 1999.<sup>169</sup> Geconcludeerd werd toen dat een geharmoniseerde aanpak van het classificeren van audiovisuele content op basis van leeftijd niet haalbaar was door de grote cultuurverschillen op de Europese markt. Wel werd het nut

ingezien van het opzetten van gemeenschappelijke, beschrijvende criteria voor audiovisuele content, zodat nationale autoriteiten vervolgens zelf konden evalueren welke content geschikt is voor welke groep.

In mei 2003 werd een nieuw onderzoek over classificatiesystemen voor audiovisuele content gepubliceerd, uitgevoerd door Olsberg/SPI.<sup>170</sup> Uit dit onderzoek blijkt dat er geen directe druk bestaat vanuit de industrie en de consumentenorganisaties om te komen tot een homogeen Europees classificatiesysteem; wel zorgen de voortdurende globalisering en convergentie voor meer druk in de richting van uniformiteit. De onderzoekers voorspellen dat deze beide krachten er ook voor zullen zorgen dat de oplossing steeds meer gezocht zal moeten worden in ex post methoden, omdat met de grote verveelvoudiging van volume en bezorgmethoden van content het steeds moeilijker zal worden om ex ante te classificeren.

Een belangrijk initiatief voor een Pan-Europees, op leeftijd gebaseerd classificatiesysteem is inmiddels geïnitieerd door de Interactive Software Federation of Europe (ISFE). Het Pan-European Games Information (PEGI) age-rating system is ontwikkeld voor de videogames sector.<sup>171</sup> Het vervangt de meeste nationale leeftijd-classificatiesystemen voor videogames, en zorgt ervoor dat minderjarigen niet worden blootgesteld aan spelletjes die niet geschikt zijn voor hun bepaalde leeftijdsgroep. Het systeem bestaat uit twee complementaire elementen; enerzijds worden de spelletjes gecategoriseerd naar leeftijd, en anderzijds worden op de achterzijde van de doos van de spelletjes pictogrammen geplaatst die de inhoud van het spel beschrijven. De PEGI pictogrammen vertonen sterke overeenkomsten met het Nederlandse Kijkwijzer systeem van de NICAM.

Op 12 december 2003 heeft de Commissie het tweede evaluatierapport gepubliceerd over de toepassing van de Aanbeveling van de Raad van 24 september 1998.<sup>172</sup> De Commissie concludeert andermaal dat de manier waarop de Lidstaten de Aanbeveling toepassen onderling verschilt, maar er is wel een significante toename te constateren in het aantal opgezette hotlines en ontwikkelde gedragscodes. De Commissie verklaart dat de verantwoordelijkheid voor de bescherming van minderjarigen voor schadelijke effecten van de media een gedeelde verantwoordelijkheid is; regulators, ouders en de industrie dragen gezamenlijk de zorg voor de minderjarigen. Omdat media-alfabetisme een goede manier is om kinderen en hun verzorgers voor te bereiden op de toekomst, wordt voorgesteld om het onderwerp in de toekomst op te nemen in de Aanbeveling. Aangekondigd wordt dat in de eerste helft van 2004 een nieuwe versie van de Aanbeveling voorgesteld zal worden door de Commissie, waarin ook aandacht gegeven zal worden aan het recht van antwoord, en maatregelen ter voorkoming van discriminatie en aanzetting tot haat op grond van ras, sekse, nationaliteit in alle online media.

Uit zowel het tweede evaluatierapport van de Aanbeveling, als de Mededeling van

de Commissie “The future of european regulatory audiovisual policy”<sup>173</sup> blijkt dat de verschillende partijen en Lidstaten het grotendeels eens zijn over datgene wat beschermd dient te worden. Om deze doelstellingen te bereiken zijn inmiddels voldoende regels vastgelegd. Het probleem zit echt in de handhaving van deze regels; het is zeer moeilijk, zeker met de voortdurende opkomst van nieuwe technieken, om de afdwinging van de regels te waarborgen. Het beeld dat is geschetst van de Commissie die (tevergeefs) probeert nieuwe oplossingen aan te dragen voor dit probleem, zorgt ervoor dat ook automatisch met enige argwaan gekeken kan worden naar de andere gecoördineerde gebieden van de TZG Richtlijn; het zal in de toekomst steeds moeilijker worden om in een interactieve-, on-line en convergerende omgeving de doelstellingen te bereiken, die achteraf gezien redelijk eenvoudig te bereiken waren in de tijd van analoge “traditionele” televisie.

### **3.3.4 TOEGANG TOT BEPAALDE PROGRAMMA'S (VERSLAGGEVING VAN BELANGRIJKE EVENEMENTEN, MUST-CARRY, ENZ.)**

#### ***Verslaggeving van belangrijke evenementen***

Toegang tot bepaalde programma's is een onderwerp dat pas expliciet op de Europese TZG agenda kwam te staan met de herziening van de TZG Richtlijn van 1997. Op initiatief van het Europees Parlement werd in 1996 voorgesteld om beperkingen op te leggen aan het verwerven van exclusieve rechten voor sportevenementen en andere publieke evenementen, en dit amendement werd uiteindelijk geaccepteerd.<sup>174</sup> De achterliggende gedachte was dat voorkomen moest worden dat bepaalde delen van de bevolking verstoken zou blijven van belangrijke (sport)evenementen, omdat deze rechten zouden worden opgekocht door betaal-tv zenders en daarmee achter de decoder zouden kunnen verdwijnen.

Artikel 3 bis van de TZG Richtlijn bepaalt dat een Lidstaat maatregelen *kan* treffen om ervoor te zorgen dat onder zijn bevoegdheid vallende omroeporganisaties evenementen, die door de Lidstaat van aanzienlijk belang worden geacht, niet op een exclusieve basis zodanig uitzenden dat een belangrijk deel van het publiek in die Lidstaat dergelijke evenementen niet via rechtstreekse of uitgestelde verslaggeving op de kosteloze televisie kan volgen. Hiervoor moet een lijst opgesteld worden door de Lidstaat, waarop wordt aangegeven welke evenementen hij van aanzienlijk belang in de samenleving acht. De Lidstaat moet ook aangeven of de evenementen via volledige of gedeeltelijke rechtstreekse verslaggeving, dan wel, waar nodig of passend om objectieve redenen van openbaar belang, via volledige of gedeeltelijke uitgestelde verslaggeving beschikbaar moeten zijn. Vervolgens is het aan de Commissie om te beoordelen of de maatregelen verenigbaar zijn met het Gemeenschapsrecht. De Lidstaten dienen ervoor te zorgen dat onder hun bevoegdheid vallende omroeporganisaties, die exclusieve rechten hebben verworven, die rechten niet zodanig uitoefenen dat een belangrijk deel van het publiek in een ander lidstaat deze evenementen, die door die andere Lidstaat

zijn aangewezen als van aanzienlijk belang, niet kan volgen op kosteloze televisie. In de overwegingen 21 en 22 van de wijzigingsrichtlijn van 1997 staat beschreven aan welke voorwaarden “evenementen van aanzienlijk belang” en “kosteloze televisie” moeten voldoen.

In het vierde verslag van de Commissie over de toepassing van de TZG Richtlijn<sup>175</sup> meent de Commissie dat artikel 3 bis op toereikende wijze is toegepast tijdens de referentieperiode. Momenteel zijn op de geconsolideerde lijst van getroffen maatregelen van 2 augustus 2003 echter maar vijf landen vertegenwoordigd<sup>176</sup>, en zijn er nagenoeg alleen sportevenementen te vinden. Tegen de ‘lijst’ van het Verenigd Koninkrijk ligt sinds 12 februari 2001 een klacht bij het Gerecht van Eerste Aanleg.<sup>177</sup> De uitspraak van het Gerecht zou ervoor kunnen zorgen dat de Commissie meer richtlijnen zal moeten geven over de interpretatie van de bepaling, en misschien zal de Commissie zelfs ingaan op welke evenementen voor de lijst in aanmerking komen.<sup>178</sup>

### **Must carry**

Er wordt ook nog op een andere manier ervoor zorg gedragen dat de consument niet verstoken blijft van bepaalde programma’s, namelijk door middel van must carry (doorgifteverplichtingen). Must carry was tot de totstandkoming van het nieuwe elektronische communicatie framework een pure aangelegenheid van de Lidstaten zelf. De must-carry regels worden door de Lidstaten opgelegd aan netwerkexploitanten (met name kabel), en verplichten deze exploitanten om bepaalde zenders te distribueren. Voor het grootste gedeelte betreffen dit omroepen met een publieke opdracht, maar er zijn in sommige landen, waaronder Nederland, ook commerciële zenders die profiteren van must-carry regels. Doorgifteverplichtingen worden met name opgelegd aan kabelexploitanten omdat zij in veel gevallen een monopolie bezitten in hun gebied, dat automatisch zorgt voor een sterke onderhandelingspositie met de omroepen. Om nu te voorkomen dat sommige (publieke) omroepen niet in staat zijn om hun publiek te bereiken, dat zelf middels belasting deze omroepen meefinanciert, worden de must carry regels opgelegd. Op deze manier wordt ook getracht de pluriformiteit van de media te waarborgen.

Zoals gezegd was must-carry lange tijd voornamelijk een nationale aangelegenheid. Echter, met de komst van digitalisering en convergentie was de Commissie van mening dat het onderwerp van must-carry opnieuw bekeken moest worden.<sup>179</sup> Nieuwe afleveringsmechanismen waren immers beschikbaar, en bovendien werd de capaciteit van de bestaande netwerken danig vergroot, waardoor de rechtvaardiging van de must-carry regels in het gedrang kwam. De Commissie deed een eerste poging om regelgeving over must-carry op te stellen in een werkdocument voor een Universele Dienst Richtlijn.<sup>180</sup> De vervolgens voorgestelde bepaling in het voorstel voor een Universele Dienst Richtlijn van juli 2000<sup>181</sup> verschilde opvallend veel van dit voorstel, en uiteindelijk werd weer een andere bepaling opgenomen in de nu geldende Univer-

sele Dienst Richtlijn.<sup>182</sup> De belangrijkste discussies werden gevoerd over de vraag of het mogelijk moest zijn dat must-carry bepalingen konden worden opgelegd aan andere platformen dan kabel (technologische neutraliteit), en of de bepalingen alleen van toepassing moesten kunnen zijn op omroepen met een publieke opdracht, of ook voor commerciële zenders moesten kunnen gelden.<sup>183</sup> De huidige bepaling staat in artikel 31 van de Universele Dienst Richtlijn. Deze stelt:

*1. De lidstaten kunnen ten aanzien van nader bepaalde radio- en televisieomroepnetten en -diensten aan de onder hun bevoegdheid ressorterende ondernemingen die elektronische communicatienetwerken aanbieden welke voor de distributie van radio- of televisie-uitzendingen naar het publiek worden gebruikt, redelijke doorgifteverplichtingen opleggen indien deze netwerken voor een significant aantal eindgebruikers het belangrijkste middel zijn om radio- en televisie-uitzendingen te ontvangen. Dergelijke verplichtingen worden alleen opgelegd indien zij noodzakelijk zijn om duidelijk omschreven doelstellingen van algemeen belang te verwezenlijken en moeten evenredig en transparant zijn.*

*2. Noch lid 1 noch artikel 3, lid 2, van Richtlijn 2002/19/EG (Toegangsrichtlijn) doen afbreuk aan de mogelijkheid voor lidstaten om al dan niet een passende vergoeding vast te stellen voor de overeenkomstig dit artikel genomen maatregelen en er tevens voor te zorgen dat er in vergelijkbare omstandigheden geen sprake is van discriminatie in de behandeling van ondernemingen die elektronische communicatienetwerken aanbieden. Wanneer vergoeding wordt aangeboden zorgen de lidstaten ervoor dat dit gebeurt op evenredige en transparante wijze.*

### **Must-carry in de nabije toekomst**

Alhoewel nationale must-carry verplichtingen zowel content als distributie behelzen, is in de Universele Dienst Richtlijn, in overeenstemming met de gedacht van het Framework, gekozen voor een benadering waarbij alleen wordt bepaald dat doorgifteverplichtingen kunnen worden opgelegd aan aanbieders van elektronische communicatienetwerken. Niet bepaald wordt dus welke zenders in aanmerking komen voor een must-carry status.

(Met name) netwerkexploitanten betwijfelen de proportionaliteit en de noodzakelijkheid van de doorgifteverplichtingen, en beroepen zich daarbij op het mededingingsrecht. Een groot deel van hun capaciteit gaat “verloren” aan must-carry zenders, wat sterke economische consequenties heeft voor hen. Veel kabelexploitanten zijn inmiddels in concurrentie met ander breedbandaanbieders, en hebben hun werkterrein uitgebreid naar het zogenaamde “triple play”: omroep, internettoegang en spraaktelefonie. Door deze uitbreiding hebben ze logischerwijs meer capaciteit nodig. Daarbij komt dat kabelexploitanten op de korte termijn ook capaciteitsproblemen voorzien in het licht van de omschakeling van analoog naar digitaal; voor een bepaalde tijd zullen zij beide soorten zenders moeten distribueren, wat ook de nodige capaciteit zal kosten.<sup>184</sup>

Aan de andere kant wordt beargumenteed, met name door de EBU en publieke

omroepen, dat het van belang is om de doorgifteverplichtingen juist verder uit breiden naar andere netwerken als kabel, satelliet en ether, en om ook doorgifteverplichtingen op te leggen aan Electronic Programme Guides.<sup>185</sup> De gedachte daarachter is dat het van belang blijft om consument van bepaalde informatie te voorzien, en dat dit in een digitale omgeving bijna onmogelijk is om te bereiken zonder de hulp van EPG's.

De Commissie heeft meerdere malen aangegeven dat de uitbreiding van doorgifteverplichtingen naar andere netwerken, zoals 3G- of ADSL telefoonnetwerken, alleen legitiem is wanneer een significant aantal eindgebruikers deze netwerken gebruikt als hun belangrijkste middel voor de ontvangst van radio-en televisie-uitzendingen.<sup>186</sup> Dit lijkt daarmee een uitgemaakte zaak. De kwestie met de EPG's brengt echter meer complicaties met zich mee. Weliswaar wordt in artikel 31 van de Universele Dienst Richtlijn gesproken over "nader bepaalde radio-en televisieomroepnetten en *-diensten*", maar wanneer dit wordt gelezen in samenhang met overweging 43 van dezelfde Richtlijn, dan blijkt dat deze diensten specifiek bestemd moeten zijn voor het verschaffen van passende toegang aan gebruikers met een handicap.<sup>187</sup> Aangezien EPG's geen diensten zijn die speciaal worden ontwikkeld voor mensen met een handicap, valt dit buiten het artikel. Bovendien zou er dan ook content-issues zijn opgenomen in de Richtlijn, die juist buiten het nieuwe Elektronische Communicatie Framework vallen.

Opvallend is wel dat uit bovenstaande blijkt dat de must-carry bepaling in de Universele Dienst Richtlijn niet volledig technologie-neutraal is, wat in strijd is met de achterliggende gedachte van het Framework. Wanneer de bepaling wel technologie-neutraal zou zijn, zou er voor de EPG's bijvoorbeeld een 'must list' bepaling moeten bestaan, en voor de internet portals een 'must-link'.<sup>185a</sup> Voor de Lidstaten is dit echter niet meteen zo nadelig. De reden hiervoor is dat de must-carry bepaling uit de Universele Dienst Richtlijn een beperking inhoudt op de bevoegdheden van de Lidstaten. 'Erbuiten' is dan altijd beter dan 'erbinnen'. Op deze manier blijft er meer ruimte voor de Lidstaat zelf om deze lacune zelf met beide handen aan te pakken.

Op geen enkele manier legt het Framework verplichtingen op aan de Lidstaten over welk lichaam geautoriseerd is om de must-carry regels op te leggen. Dit blijft een zaak van de Lidstaat zelf. Wel worden duidelijke richtlijnen gegeven waaraan de must-carry regels moeten voldoen. Kort gezegd dienen deze regels transparant en proportioneel te zijn, moeten de regels regelmatig opnieuw beoordeeld worden, en moeten de regels niet verder gaan dan noodzakelijk voor duidelijk omschreven doelstellingen van algemeen belang.<sup>188</sup>

De Lidstaten worden vrij gelaten in de beslissing om al dan niet vergoedingen vast te stellen voor netwerkexploitanten met doorgifteverplichtingen. Wel dient de Lidstaat, wanneer vergoedingen worden aangeboden, erop toe te zien dat dit gebeurt op een transparante en evenredige wijze. Bovendien mag er in vergelijkbare omstandigheden geen sprake zijn van discriminatie in de behandeling van ondernemingen die elektro-



nische communicatienetwerken aanbieden.

In opdracht van de Commissie heeft Eurostrategies in 2003 een onderzoek uitgevoerd naar o.a. het economische impact van must-carry regels op netwerkeexploitanten.<sup>189</sup> De onderzoekers stellen onder andere dat “competition between platforms at end-user level is strong in most EU countries”, en dat “it appears logical that broadcasters would pay at least part of the cable operators’ costs (...), as they benefit from the carriage service.” Ze stellen dan uiteindelijk ook voor dat alle kanalen een bedrag zouden moeten betalen aan de kabelexploitanten voor de transport van hun programma’s, in beginsel op basis van commerciële onderhandelingen. Dit rapport is met name door de EBU zeer slecht ontvangen. De EBU beweert o.a. dat de onderzoekers niet inzien dat veel kabelexploitanten een monopoliepositie bezitten, waardoor de basis voor deze onderhandelingen onevenwichtig is. Ook is de EBU van mening dat de onderzoekers hebben nagelaten om de ‘value of the channel’ mee te nemen in hun berekeningen van de transportkosten, wat een vertekend beeld geeft van de situatie. Geconcludeerd hieruit kan in ieder geval worden dat de discussie omtrent de vergoedingen voor doorgifteverplichtingen voorlopig nog niet zal worden beëindigd.<sup>190</sup>

### 3.3.5 CONCENTRATIE, PLURALISME EN DIVERSITEIT

#### *Historische achtergrond van pluralisme binnen de EU*<sup>191</sup>

Als reactie op de liberaliserings- en commercialiseringsbeweging van de jaren tachtig, initieerde het Europees Parlement reeds in 1984 het debat over media-concentratie en pluralisme, door middel van het produceren van enkele resoluties en rapporten.<sup>192</sup> In deze documenten werd steevast gevraagd om wettelijke mogelijkheden voor de Commissie om pluralisme van de media te beschermen binnen het kader van de TZG Richtlijn. Uiteindelijk werd de TZG Richtlijn echter aangenomen zonder specifieke bepalingen betreffende media pluralisme. Het verantwoordelijke DG meende dat liberalisering van de media sector automatisch zou zorgen voor pluraliteit en diversiteit.<sup>193</sup>

In de periode 1990-1992 produceerde het EP nogmaals meerdere documenten met betrekking tot pluralisme.<sup>194</sup> In 1992 verscheen uiteindelijk, als reactie op de verschillende verzoeken van het EP, het Groenboek over Pluralisme en Media Concentratie in de Interne Markt. Het Groenboek zorgde voor veel onenigheid binnen de instellingen van Gemeenschap. De belangrijkste reden daarvoor was dat in het Groenboek de Commissie de houding aannam dat zij markt-concentratie zag als een probleem van de interne markt.<sup>195</sup> In het Groenboek wordt dan ook beredeneerd dat harmonisatie van de media-ownership regelgeving van de Lidstaten nodig is, omdat de bestaande ongelijkheid tussen de nationale anti-concentratie wetten kon worden gezien als een barrière voor Europese omroepen om verder grensoverschrijdend uit te breiden, en dus voor de ontwikkeling van de gemeenschappelijke markt. Bescherming van pluralisme wordt daarentegen in het Groenboek primair gezien als een zaak van de

Lidstaten, waar op dat moment “no need for action on Community level” aanwezig is. Volgens het Groenboek had de Gemeenschap op basis van de Verdragen geen competentie op het gebied van media en pluralisme, en was de bescherming pluralisme geen op zichzelf staand Gemeenschapsdoel.<sup>196</sup>

Dit was overigens niet in overeenstemming met het eerder ingenomen standpunt van de Commissie; in 1990 verkondigde de Commissie nog in een Mededeling<sup>197</sup> dat “The establishment of the European audiovisual space does not derive merely from the wish to promote the audio-visual industry but also from the importance attached by the Community to the requirements of a democratic society, such as, notably, the respect for pluralism in the media and for the freedom of expression. The Community’s audiovisual policy seeks therefore, also, to ensure that the audiovisual sector is not developed at the expense of pluralism but, on the contrary, that it helps strengthen it by encouraging, in particular, the diversity of the programmes offered to the public”.<sup>198</sup>

Het Europees parlement had grote problemen met de opstelling van de Commissie in het Groenboek van 1992; zij hadden reeds door middel van hun verschillende resoluties laten merken dat zij markt-concentratie zagen als een gevaar voor de democratie, voor de vrijheid van meningsuiting en voor het pluralisme. Het Groenboek initieerde een uitgebreid consultatieproces, dat in 1994 werd afgesloten met de bekendmaking van de “Follow up to the Green Paper Pluralism and Concentration in the Internal Market”.<sup>199</sup> De follow-up paper concentreerde zich meer op de informatie-maatschappij, maar was nog steeds gebaseerd op het interne-markt argument. De Commissie probeerde vervolgens zo veel mogelijk steun voor het voorstel te krijgen van een media-concentratie-Richtlijn, gebaseerd op het interne markt argument. Het EP gaat hiervoor uiteindelijk overstag, dankzij de publieke verbintenis van de Commissie om zich in te zetten voor belangen van pluralisme.<sup>200</sup>

In juli 1996, na weer twee jaar van consultaties, diende Commissielid Monti voor de eerste maal een voorstel in voor een Richtlijn over media-concentratie.<sup>201</sup> Na enige kleine aanpassingen naar aanleiding van ontvangen commentaar van de Commissieleden werd het opnieuw ingediend op 4 september 1996. Op deze versie kwam sterke kritiek van Commissielid Oreja omdat hij van mening was dat er te weinig aandacht was voor pluralisme in het voorstel, en ook het Europees Parlement liet weten om dezelfde reden niet tevreden te zijn met het voorstel van de Commissie middels het Tongue rapport “Pluralism and Media Ownership”.<sup>202</sup> Monti diende hierna het voorstel nog twee keer aangepast in, om het uiteindelijk volledig in te trekken.<sup>203</sup>

Het Europees Parlement heeft in 2002 nogmaals bij de Commissie verzocht om actie op het gebied. Op 12 november is een resolutie<sup>204</sup> goedgekeurd waarin aan de Commissie wordt verzocht om voor het einde van 2003 opnieuw een Groenboek over de kwestie op te stellen.<sup>205</sup> Het is echter zeer onwaarschijnlijk dat de Commissie zijn vingers nog een tweede maal aan het politiek zeer gevoelige onderwerp zal branden, en

er wordt dan ook op de korte termijn geen Richtlijn over het onderwerp verwacht.

In de Mededeling van de Commissie “The future of European Regulatory audiovisual policy”<sup>206</sup> herhaalde de Commissie onlangs bovendien het standpunt dat reeds eerder werd ingenomen in het Groenboek over diensten van algemeen belang,<sup>207</sup> namelijk dat de bescherming van pluralisme in de media in eerste instantie een taak voor de Lidstaten is.

Pluralisme is op EG-niveau overigens geen precies gedefinieerde term, net zoals de andere veelgebruikte term cultuur. De reden hiervoor moet worden gezocht in het onderscheid tussen specifieke Gemeenschapsbegrippen en ‘nationale’ begrippen. De termen die voor het goed functioneren van het Gemeenschapsrecht van belang zijn, zogenaamde ‘Gemeenschapsbegrippen’, zijn wel gedefinieerd op EG niveau, zij het in rechtspraak, zij het in wetgevingsinstrumenten. Zowel pluralisme als cultuur zijn doelstellingen van algemeen belang op grond waarvan uitzonderingen op de vier vrijheden mogelijk zijn. De Gemeenschap heeft in beginsel geen strikte definitie van deze begrippen nodig om goed te kunnen functioneren. Immers, voor uitzonderingen op de vier vrijheden geldt reeds een non-discriminatie-vereiste met daarbij een proportionaliteitstoets.<sup>208</sup> Wanneer Lidstaten daadwerkelijk te ver gaan in hun pogingen om een bepaalde term in hun voordeel breed te definiëren, zal dit de proportionaliteitstoets niet doorstaan.

Op het moment dat een strikte definitie van deze termen wordt gehanteerd, blijft er bovendien automatisch minder ruimte voor de Lidstaten om zich hierop te kunnen beroepen. Echt negatief voor de nationale Lidstaten lijkt dit gebrek aan definiëring van bepaalde begrippen dus niet te zijn.

### ***Mededingingsbeleid en pluralisme***

Ondertussen heeft de Commissie wel reeds op een andere manier zijn invloed uitgeoefend op het gebied van pluralisme, diversiteit en de media. Want weliswaar heeft de Gemeenschap geen duidelijk afgebakende competentie op het gebied van media-ownership, eigendomrecht valt op grond van artikel 295 EG Verdrag onder de competentie van de Lidstaten, zij heeft wel instrumenten tot haar beschikking waarmee zij invloed kan uitoefenen op het gebied.

Immers, door middel van toepassing van het algemene mededingingsrecht en de Concentratieverordening is de Commissie in de positie om voorwaarden te stellen aan (media)concentraties, of deze zelfs geheel te verbieden. Onder de Concentratieverordening is overigens een aparte status toegekend aan de mediasector. Lidstaten mogen op basis van artikel 21 lid 3 van de Verordening passende maatregelen nemen ter bescherming van andere gewettigde belangen dan welke in de Verordening in aanmerking worden genomen; pluraliteit van de media wordt daar expliciet genoemd als een dergelijk gewettigd belang.

Enkele eerste media-concentratie zaken waarin een negatieve uitspraak (d.w.z. dat de aangemelde concentratie door de Commissie onverenigbaar werd geacht met de gemeenschappelijke markt) werd gedaan door de Commissie zijn MSG Media Service<sup>209</sup>, Nordic Satellite Distribution<sup>210</sup> en RTL/Veronica/Endemol.<sup>211</sup> In deze zaken kende de Commissie in zijn redenering duidelijk belang toe aan pluralisme binnen de mediasector, waardoor er indirect, middels media-concentratie uitspraken, bescherming van de pluraliteit door de Commissie plaatsvond. Deze bescherming wordt echter niet altijd voldoende geacht; de redenen die daarvoor worden aangedragen in de literatuur zijn problemen met markt-definities, turnover tresholds en het niet-economische doel van pluraliteit van de media.<sup>212</sup> Ook vanuit de Commissie wordt dezelfde mening verkondigd. In een toespraak voor de ‘British Screen Advisory Council’ op 26 november 2001 verwoordt Commissielid Monti dit als volgt<sup>213</sup>:

*“The need for media plurality is partly ensured by the competition rules themselves. The general rules prevent market concentration, and have been used to that end in several cases—such as RTL/Veronica/Endemol, MSG, and Kirch/Bertelsmann in 1997. These cases were sufficiently problematic that the economic concern led to their prohibition. The application of the competition rules therefore ensured the maintenance of media plurality. In other cases, however, there may be legitimate concerns about media concentration where the market power is less than would trigger competition concerns. In such cases, the competition rules would normally be insufficient to ensure media plurality. And in such cases, Member States are free to implement additional rules. Where they are seeking to ensure media plurality, they can even prevent mergers that would otherwise be approved under competition rules”.*

Hieruit blijkt nogmaals dat bescherming van pluraliteit en diversiteit in de media vooral een probleem van competentie is, en niet zozeer een probleem van doelstelling. Dat daarnaast op dit gebied grote politieke belangen meespelen, zorgt ervoor dat voor dit zeer gecompliceerde vraagstuk tot nu toe op Europees niveau geen oplossing is gevonden.

### **3.4 DE FINANCIERING VAN DE PUBLIEKE OMROEP**

#### **3.4.1 GESCHIEDENIS**

Het debat rond de financiering van de publieke omroep in de EU heeft al een lange geschiedenis. Toen echter in 1992 meerdere commerciële omroepen bij de Commissie klaagden om de in hun ogen onterechte bevoordelende behandeling van publieke omroepen, brak de discussie echt los.<sup>214</sup> De eerste klachten maakten de commerciële omroepen op grond van het feit dat naar hun mening de duale financiering van de

publieke omroepen de concurrentie in de markt verstoorde. In 1992 gingen om deze reden de Spaanse commerciële omroepen Antena 3 de Television en Telecinco naar de Commissie,<sup>215</sup> in 1993 volgde het Portugese SIC<sup>216</sup> en het Franse TF1 hen voorbeeld en in 1996 kwam er een klacht bij de Commissie van de Italiaanse commerciële omroep Mediaset.<sup>217</sup>

Het tweede type van klachten kwam voort uit de oprichting van themakanalen door publieke omroepen. Voor Duitsland waren dat de Duitse publieke omroepen ARD en ZDF, en voor de UK de oprichting van een 24-uurs nieuws kanaal door de BBC. Hier waren de commerciële van mening dat het gebruik van de publieke financiering voor deze nieuwe diensten niet was toegestaan, en dat de bevoordeelde toegang tot de kabel van deze kanalen niet fair was ten opzichte van de themakanalen van de commerciële omroepen.

Al in 1995 deed de Commissie zijn eerste poging om richtsnoeren op te stellen over de toepassing van de staatssteunregels voor cultuur, kunsten en de audiovisuele sector,<sup>218</sup> maar dit mislukte. Dat de Commissie moeite bleef hebben met de problematiek bleek vervolgens uit het feit dat zij in 1998 werd veroordeeld door het Gerecht van Eerste Aanleg wegens “failure to act” in de Spaanse zaken van Telecinco, en in 1999 in de Franse zaak. In augustus 1998 deed de Commissie een tweede poging om richtsnoeren vast te stellen, ditmaal specifiek voor de toepassing van staatssteunregels in de omroepsector.<sup>219</sup> De meeste controverse ontstond rondom het voorstel van Europa-commissaris van Miert om een “Gemeenschapsdefinitie” van de publieke taakstelling vast te stellen. Dit voorstel viel zeer slecht bij zowel bijna alle Lidstaten als bij de overige leden van de Commissie. De Commissie besloot daarop voorlopig de zaken te beslissen op basis van een case-by-case aanpak.<sup>220</sup>

De redenering van de Commissie in deze case-by-case aanpak is daarbij niet altijd dezelfde. In het begin redeneert de Commissie dat er überhaupt geen sprake is van staatssteun wanneer de financiering van de publieke omroep niet meer is dan compensatie voor bepaalde publieke dienstverplichtingen (compensation approach),<sup>221</sup> in latere beschikkingen wordt door de Commissie (en daarmee volgt de Commissie het Gerecht van Eerste Aanleg) de redenering gevolgd dat wanneer de begunstigde een voordeel heeft ontvangen welke hij niet zou hebben ontvangen onder normale marktomstandigheden, er sprake is van staatssteun (state aid approach). In het geval van de laatste redenering is er dus wel sprake van staatssteun wanneer de publieke omroep wordt gefinancierd uit omroepbijdragen (immers, deze inkomsten zouden de publieke omroepen onder normale marktomstandigheden niet ontvangen). Daaraan is vervolgens dan wel de mogelijkheid verbonden van uitzondering op de staatssteunregels op basis artikel 87 lid 3 (zeer uitzonderlijk) en artikel 86 lid 2.<sup>222</sup> Deze twee verschillende aanpakken zorgden voor blijvende onduidelijkheid op het terrein.

### 3.4.2 MEDEDELING VAN DE COMMISSIE BETREFFENDE DE TOEPASSING VAN DE REGELS INZAKE STAATSSTEUN OP OPENBARE OMROEPEN

Op 15 November 2001 kwam de Commissie uiteindelijk met de langverwachte mededeling betreffende de toepassing van staatssteunregels op openbare omroepen.<sup>223</sup> In deze mededeling geeft de Commissie zijn visie weer op de materie. In plaats van een algemeen concept voor de publieke taakstelling in te vullen, geeft de Commissie de Lidstaten richtsnoeren om de financiering van hun publieke omroep op een correcte manier in te vullen.

In de mededeling stelt de Commissie dat overheidsfinanciering voor openbare omroepen doorgaans als staatssteun dient te worden beschouwd, voor zover is voldaan aan de voorwaarden van artikel 87 lid 1.<sup>224</sup> Daarbij is niet het oogmerk, maar het effect van het overheidsoptreden van belang bij deze beschouwing. Of er daadwerkelijk sprake is van staatssteun zal zaak per zaak beoordeeld moeten worden, waarbij ook rekening moet worden gehouden met het specifieke karakter van de financiering.<sup>225</sup> Vervolgens gaat de Commissie in op de in de rechtspraak twee erkende mogelijkheden voor de publieke omroep van afwijking van de staatssteunregels.<sup>226</sup> De Commissie houdt in de Mededeling vast aan de restrictieve interpretatie die reeds eerder aan artikel 87 lid 3<sup>227</sup> is gegeven:

*Herhaald dient te worden dat de bepalingen die een afwijking toestaan op het verbod van staatssteun, strikt moeten worden toegepast. Daarom dient het begrip "cultuur" als bedoeld in artikel 87, lid 3, onder d), restrictief te worden geïnterpreteerd. Zoals de Commissie opmerkte in haar beschikking in de zaak-Kinderkanal en Phoenix dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de educatieve en democratische behoeften van de samenleving in een lidstaat en de bevordering van cultuur(15). In dit verband dient te worden opgemerkt dat in het protocol onderscheid wordt gemaakt tussen culturele, sociale en democratische behoeften van de samenleving. Het is natuurlijk mogelijk dat educatie een cultureel aspect heeft.*

*Bij staatssteun voor openbare omroepen wordt vaak niet gedifferentieerd naar gelang deze drie in het protocol genoemde behoeften. Dit betekent dat, tenzij een lidstaat een afzonderlijke omschrijving en afzonderlijke financiering geeft in verband met staatssteun uitsluitend bestemd ter bevordering van cultuur, dergelijke steun in de regel niet kan worden goedgekeurd op grond van artikel 87, lid 3, onder d). De steun kan doorgaans wel worden beoordeeld op grond van artikel 86, lid 2, dat betrekking heeft op de diensten van algemeen economisch belang. Ongeacht de rechtsgrond voor de beoordeling van de verenigbaarheid, zou de Commissie in ieder geval een diepgaand onderzoek uitvoeren op basis van dezelfde criteria, namelijk die welke in de onderhavige mededeling worden beschreven.*

De Commissie focust in de mededeling op de toepassing van de uitzonderingsbepaling artikel 86 lid 2. De financiering van de publieke omroep door een Lidstaat valt onder deze uitzonderingsbepaling wanneer is voldaan aan drie voorwaarden:

- 1 een officiële omschrijving van de openbare opdracht,
- 2 een officiële toewijzing van die opdracht;
- 3 geen onevenredige verhindering van het belang van de Gemeenschap als gevolg van de maatregel.

### ***De officiële omschrijving<sup>228</sup>***

In de Mededeling laat de Commissie de inhoudelijke invulling van de publieke taakstelling expliciet over aan de Lidstaat zelf. Alleen in het geval van “kennelijke fouten” heeft de Commissie bevoegdheid tot controle. De openbare opdracht mag ook diensten omvatten die geen programma’s zijn in de traditionele zin, zolang daarmee wordt voldaan aan de democratische, sociale en culturele behoeften van de maatschappij (i.e. de doelstelling van de publieke omroep).<sup>229</sup>

### ***De officiële toewijzing<sup>230</sup>***

De openbare opdracht kan alleen in aanmerking komen voor uitzondering op grond van artikel 86 lid 2 wanneer deze is toegewezen door middel van een officieel besluit (bijv. bij wetgeving, door een contract of via een aanbesteding). De openbare dienst moet worden geleverd in overeenstemming met de formele bepalingen tussen de overheid en de onderneming die met de dienst wordt belast. Het is aan de Lidstaten om een mechanisme te kiezen dat controle uitoefent op de naleving van de openbare dienstverplichtingen.

### ***De evenredigheidstest<sup>231</sup>***

De keuze van financiering (enkelvoudig of gemengd) ligt volgens de Mededeling ook volledig bij de Lidstaten. Het is vervolgens de taak van de Commissie om te beoordelen of deze maatregel de gemeenschappelijke markt niet verstoort in een onevenredige mate. Om deze beoordeling te kunnen maken is het evident dat er een gescheiden boekhouding is tussen de openbare-dienstactiviteiten van de publieke omroepen en de activiteiten die daarbuiten vallen (de commerciële activiteiten).<sup>232</sup> Hierbij wordt verwezen naar de Transparantierichtlijn 80/729/EEG (zoals gewijzigd door RL 200/52/EG). De Commissie onderkent daarbij dat sommige activiteiten in beide categorieën kunnen vallen, in dat geval hoeven deze kosten niet tweemaal omgeslagen te worden.

De Commissie neemt bij het maken van de evenredigheidstest als uitgangspunt dat overheidsfinanciering doorgaans nodig is voor de uitvoering van openbare-dienstverplichtingen, maar dat deze steun vervolgens niet meer mag bedragen dan de *netto-kosten* van de openbare opdracht. Daarbij wordt ook rekening gehouden met andere rechtstreekse of indirecte inkomsten afkomstig van het vervullen van de openbare

dienst. De Commissie geeft verder aan dat het financieren van commerciële activiteiten d.m.v. excessieve openbare omroepgelden niet als “noodzakelijk voor het vervullen van de openbare opdracht” gezien kan worden.

### 3.4.3 HET HOF VAN JUSTITIE; HET FERRING- EN ALTMARK ARREST

In twee (recente) uitspraken is het Hof van Justitie nader ingegaan op de meer brede vraag of overheidsfinanciering ter compensatie van een bepaalde publieke taak (bijv. omroepbijdragen aan de publieke omroep) moet worden opgevat als staatssteun in de zin van het EG-Verdrag. Met name het Altmark-arrest kan consequenties hebben voor de financiering van de publieke omroep.

#### **Ferring**

Het arrest Ferring<sup>233</sup> zorgde eind 2001 allereerst voor de nodige opschudding. Het arrest ging niet direct over de media, maar betrof een klacht tegen de vrijstelling van een heffing op de verkoop van geneesmiddelen voor enkele groothandels. Deze vrijstelling werd verleend ter compensatie van de aan hen opgelegde openbare dienstverplichting. De groothandels waren daardoor verplicht om een zodanige hoeveelheid van medicijnen op voorraad te hebben, dat men altijd aan elke vraag kon voldoen. De klagers stelden dat deze vrijstelling staatssteun opleverde in de zin van artikel 87 lid 1 EG. Het Hof oordeelde, zeer verassend, als volgt:

*“Mitsdien moet worden geantwoord, dat artikel 92 [nu 87] van het Verdrag aldus moet worden uitgelegd dat een maatregel zoals die van artikel 12 van wet nr. 97-1164, die enkel van toepassing is op de rechtstreekse verkoop van geneesmiddelen door farmaceutische laboratoria, slechts als staatssteun aan de groothandelaars-distributeurs kan worden aangemerkt wanneer het voordeel dat zij halen uit het feit dat zij niet zijn onderworpen aan de heffing op de rechtstreekse verkoop van geneesmiddelen, groter is dan de extra kosten die zij dragen om te voldoen aan de verplichtingen inzake openbare dienstverlening die hun bij de nationale regeling zijn opgelegd.”*

Deze redenering staat haaks op de redenering van de Commissie ten aanzien van publieke dienstverlening en de media zoals verwoordt in de Mededeling; Volgens het Hof in Ferring is er überhaupt geen sprake van staatssteun in de zin van artikel 87 lid 1 wanneer men binnen de grenzen blijft van artikel 86 lid 2, terwijl in de Mededeling de Commissie de vraag naar staatssteun wel positief beantwoord en aansluitend onder (de uitzondering van) artikel 86(2) haar analyse maakt. Het arrest werd echter al snel gezien als een misstap van het Hof.<sup>234</sup>



### **Altmark**

Recentelijk kreeg het Hof met het arrest Altmark<sup>235</sup> een nieuwe kans om duidelijkheid te verschaffen op het gebied van publieke dienstverlening en staatssteun.

Dit arrest betrof een geschil tussen de onderneming Nahverkehrsgesellschaft Altmark en de Duitse autoriteiten, naar aanleiding van de weigering van door Nahverkehrsgesellschaft Altmark aangevraagde vergunningen voor personenverkeer met bussen in de Landkreis Stendal door de Duitse autoriteiten. Deze vergunningen waren reeds sinds 1990 in het bezit van Altmark Trans, dat daarnaast subsidies ontving van de overheid. Na de afwijzing van de vergunningenaanvraag vocht Nahverkehrsgesellschaft Altmark het besluit aan voor de Duitse instanties, met het betoog dat Altmark Trans geen gezonde onderneming was omdat zij niet kon bestaan zonder overheidssubsidies, waardoor de haar verleende vergunningen onwettig waren.

Op de vraag of de subsidies verboden staatssteun vormen in de zin van het EG-Verdrag, antwoordde het Hof dat, volgens vaste rechtspraak, een overheidsmaatregel slechts kan worden gekwalificeerd als staatssteun indien er sprake is van een voordeel dat onder normale marktvoorwaarden niet zou zijn verkregen. Geen sprake van een dergelijk voordeel is er, wanneer een overheidsmaatregel te beschouwen is als een compensatie die de tegenprestatie vormt voor de prestaties die de begunstigde ondernemingen hebben verricht om openbare-dienstverplichtingen te verrichten. Ditmaal stelde het Hof echter (vgl. Ferring) dat daarvoor wel aan vier (extra) voorwaarden moet zijn voldaan:

- 1 De begunstigde onderneming moet daadwerkelijk belast zijn met de uitvoering van de openbare-dienstverplichtingen, en die verplichtingen moeten duidelijk omschreven zijn;
- 2 De parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend moeten vooraf op objectieve en doorzichtige wijze worden vastgesteld;
- 3 De compensatie mag niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van de openbare-dienstverplichtingen, waarbij rekening dient te worden gehouden met de opbrengsten en met de redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen, geheel of gedeeltelijk te dekken;
- 4 Wanneer de keuze niet is gemaakt in het kader van een openbare aanbesteding, dan moet het bedrag van de compensatie worden vastgesteld aan de hand van de kosten die een gemiddelde onderneming zou hebben gemaakt (wederom rekening houdend met de opbrengsten en met een redelijke winst uit de uitoefening van die verplichtingen)

Wanneer aan die vier voorwaarden is voldaan, kan worden aangenomen dat een onderneming geen “voordeel” heeft genoten dat haar vergeleken met ondernemingen die met haar concurreren in een gunstiger mededingingspositie plaatst. Bijgevolg is er geen sprake van staatssteun in de zin van het EG-Verdrag.

Meteen vallen de overeenkomsten op tussen enerzijds de voorwaarden uit het arrest Altmark om buiten artikel 87 lid 1 te vallen, en anderzijds de voorwaarden zoals gesteld in de Mededeling van de Commissie om voor uitzondering op grond van artikel 86 lid 2 in aanmerking te komen. Een belangrijk verschil is echter dat wanneer de lijn uit het Altmark arrest wordt gevolgd, de mogelijkheid bestaat dat financiering van de publieke omroep volledig buiten de staatssteunregels komt te vallen. Het gevolg daarvan is vervolgens weer dat de Commissie ook geen controlerende bevoegdheden heeft op grond van artikel 86 lid 2.

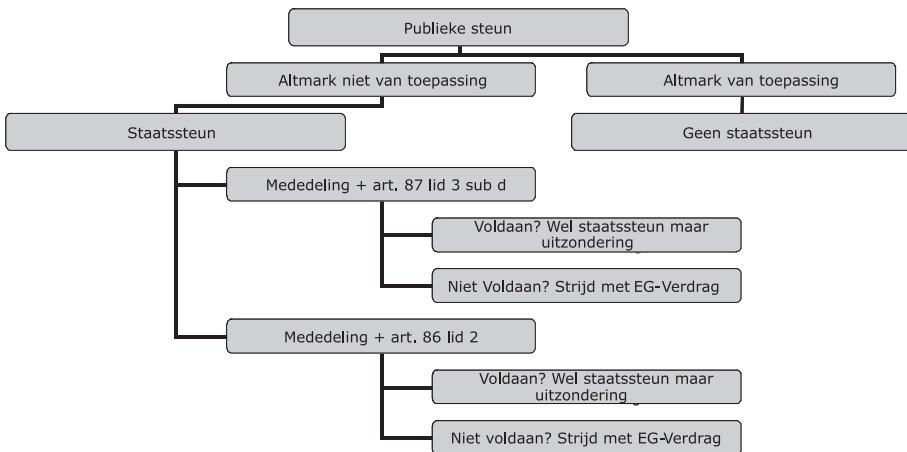
Een ander meer inhoudelijk verschil tussen de voorwaarden van de Mededeling en Altmark kwam duidelijk aan het licht in de recente beschikking van de Commissie over de toevoeging van een nieuwe dienst, het BBC Digital Curriculum, aan de publieke diensten van de BBC.<sup>236</sup> Onder de beoordeling van de voorwaarde van economisch voordeel, waaraan moet zijn voldaan wil er sprake zijn van staatssteun, haalt de Commissie de nieuwe Altmark-criteria aan. De Commissie meent in paragraaf 23 dat niet is voldaan aan de laatste voorwaarde:

*“The service was not awarded as a result of an open public procurement procedure. The BBC has arrived at the costs of its proposal using its own internal estimates. The UK authorities did not provide any information which would allow the Commission to determine whether these costs can be considered as corresponding to those of a typical undertaking and thus to consider that the fourth condition is fulfilled.”*

Om te kunnen voldoen aan de Altmark-criteria moet aldus worden gekeken naar de netto- kosten die de publieke dienstverlening met zich meebrengt, *vanuit het perspectief van een gemiddelde, optimaal functionerende onderneming dat zich met deze dienstverlening bezig zou houden*, om niet onder de staatssteunregels te vallen. Deze voorwaarde ontbreekt bij de criteria van de Commissie in de Mededeling, om in aanmerking te komen voor uitzondering op grond van artikel 86 lid 2. Daar kijkt men, voor de beoordeling van de proportionaliteit van de maatregel, alleen naar de netto- kosten van de publieke dienstverlening *op basis van de kostenspiegel van de publiek omroep zelf*. De gemiddelde publieke omroep in Europa zal niet snel aan de Altmark-criteria voldoen.

De onderstaande figuur geeft schematisch weer hoe na Altmark beoordeeld kan worden of publieke steun in strijd is met het EG-Verdrag.

**Figuur 3.1**



### 3.4.4 DE PROBLEMEN VAN DE COMMERCIËLE OMROEPEN

In de verschillende staatssteunzaken betreffende geschillen tussen commerciële omroepen en publieke omroepen/Lidstaten, die in de loop der jaren voor de Commissie en het Hof zijn geweest, kunnen er vier duidelijke probleemgebieden geconstateerd worden:

- 1 Slechte definiëring van de publieke taakstelling;
- 2 De zelfregulering van de publieke omroepen en het gebrek aan controle;
- 3 De duale financiering van de publieke omroepen, en het verschijnsel dat als gevolg daarvan sommige publieke omroepen hun commerciële activiteiten kruissubsidiëren;
- 4 Het gebrek aan duidelijkheid met betrekking tot de mogelijkheden van de publieke omroepen om hun diensten uit te breiden naar de nieuwe media.

In de Mededeling van de Commissie wordt weliswaar aan al deze gebieden aandacht besteed, maar afgezien van de verplichting tot een duidelijke definiëring van een publieke taakstelling biedt de Mededeling de commerciële omroepen voor de overige punten weinig directe houvast zolang gehoor wordt gegeven door de publieke omroepen/Lidstaten aan de door de Commissie gestelde procedurele eisen indien zij uitzondering van de staatssteunregels zoeken. De Commissie lijkt er in het algemeen in ieder geval niet op uit te zijn om de publieke financiering van de publieke omroepen op te heffen, of het bijzondere publieke belang van de publieke omroep aan te vallen. Wat wel wordt getracht, is het aanbrengen van een discipline in de manier waarop die financiering plaatsvindt. Dat dit vervolgens weer kan leiden tot beleidshervorming op nationaal niveau, is echter niet ondenkbaar.

Recentelijk heeft de Commissie besloten om een formeel onderzoek in te stellen naar de staatssteun die de publieke omroep TV2 in Denemarken heeft ontvangen over de periode 1995-2002. De Commissie is tot de voorlopige conclusie (in overeenstemming met de principes van de Mededeling van de Commissie) gekomen dat de Deense Staat TV2 heeft overgecompenseerd voor een geschat bedrag van euro 87.8 miljoen, en meent dat er indicaties zijn om aan te nemen dat TV2 dit publieke geld heeft gebruikt om zijn reclameactiviteiten te kruissubsidiëren. Ook zal de Commissie nagaan of de prijzen die TV2 in rekening brengt voor reclame niet overeenkomen met de prijzen die een efficiënte, commerciële marktpeler zou berekenen.<sup>237</sup>

Op 3 februari 2004 heeft de Commissie aangekondigd in een persbericht dat het ook een diepgaand onderzoek zal starten naar de overheidsfinanciering van de Nederlandse publieke omroepen. Het onderzoek zal zich concentreren op de acht omroepverenigingen en de NOS, en heeft uitsluitend betrekking op de ‘aanvullende financiering’ die de omroepverenigingen hebben ontvangen. In het persbericht laat de Commissie weten dat zij van mening is dat ‘sommige zogenaamde “nieuwemedia-activiteiten”, zoals SMS-diensten die door de publieke omroepen worden geleverd, commerciële activiteiten zijn die buiten hun opdracht als openbare dienst vallen. Dergelijke louter commerciële taken zouden derhalve niet door de overheid moeten worden gefinancierd.’

Deze mededeling kan op twee manieren worden uitgelegd; enerzijds kan gelezen worden dat de Commissie van mening is dat nieuwemedia-activiteiten, als zijnde commerciële taken, per definitie buiten de openbare opdracht van een publieke omroep behoren te vallen. Maar anderzijds kan worden beargumenteerd dat de Commissie meent dat alleen wanneer nieuwemedia-activiteiten niet nadrukkelijk zijn opgenomen in de publieke taakopdracht van de publieke omroep, deze niet onbestraft door de overheid gefinancierd mogen worden. Deze laatste interpretatie lijkt beter verenigbaar met datgene wat de Commissie stelt in paragraaf 34 en 35 van zijn Mededeling uit 2001:

*Evenzo kan de openbare opdracht ook bepaalde diensten omvatten die geen ‘programma’s’ zijn in de traditionele zin (bijv. on-line-informatiediensten), voorzover daarmee – mede rekening gehouden met de ontwikkeling en de diversificatie van activiteiten in het digitale tijdperk – wordt voldaan aan diezelfde democratische, sociale en culturele behoeften van de maatschappij.*

*Zodra de omvang van de openbare opdracht wordt verruimd tot nieuwe diensten, dient het besluit inzake omschrijving, en toewijzing dienovereenkomstig te worden aangepast, binnen de beperkingen van artikel 86, lid 2, van het EG-Verdrag.*

### **3.5 DE IMPACT VAN INTERNATIONALE ONTWIKKELINGEN, MET NAME WTO-ONDERHANDELINGEN**

#### ***De 'culturele exceptie' van de audiovisuele sector*<sup>238</sup>**

De Amerikanen hebben vanaf het begin van de GATT-onderhandelingen getracht om de audiovisuele sector te liberaliseren. Daarbij ging het hen in het begin met name om de quota die werden opgelegd ten behoeve van de regulering van de import van Amerikaanse films in Europa. Amerika stelde voor om deze quota af te schaffen, maar dit stuitte op hevig verzet van Europa; als gevolg daarvan werden bioscoopfilms uiteindelijk expliciet uitgesloten van artikel III (nationale behandeling) van de GATT-overeenkomst. In artikel IV van die overeenkomst wordt de precieze reikwijdte van deze uitzondering verder toegelicht.

Met de Uruguay-ronde, die begon in 1986 en eindigde in 1994, werd het juridische framework van de GATT (alleen bestemd voor goederen) uitgebreid naar dat van diensten. Deze uitbreiding werd bekroond door de totstandkoming van de GATS, dat grotendeels was gebaseerd op en geïnspireerd door de GATT. De liberalisering van de diensten sector was daarmee in gang gezet. Pas aan het einde van de onderhandelingen kwam het vraagstuk van de liberalisering van de audiovisuele sector wederom op tafel. Amerika zette in op volledige liberalisering van de sector, waarop Europa nogmaals de verdediging aanging.

De Lidstaten onderling verschilden van mening over de manier waarop de audiovisuele sector het best beschermd kon worden voor liberalisering op internationaal niveau. Sommigen meenden dat de sector volledig diende te worden uitgesloten van de GATS, anderen waren tevreden met een culturele exceptie waarbij de sector een aparte status zou krijgen onder de GATS. Deze laatste mogelijkheid bleek de meeste aanhang te genieten, en werd zodoende inzet bij de onderhandelingen. In deze onderhandelingen is het de EU echter niet gelukt om deze culturele exceptie te verkrijgen, waardoor de huidige situatie is dat de audiovisuele sector in beginsel volledig onder de horizontale bepalingen van de GATS valt. Aangezien de EU in de Uruguay-ronde geen liberaliseringsverplichtingen is aangegaan, kan alleen de facto worden gesproken van een 'culturele exceptie'.

#### ***Standpunt EU***

In Januari 2000 zijn de nieuwe onderhandelingen voor diensten binnen de WTO begonnen, welke een nieuwe impuls kregen door de Doha Development Agenda van november 2001. De leden hadden tot eind juni 2002 om hun eerste verzoeken voor betere markttoegang in te dienen, en tot eind maart 2003 konden de leden daarop reageren met hun eerste aanbiedingen. De Commissie heeft op 29 april 2003 zijn eerste aanbieding voor diensten ingediend in de WTO.

De Commissie heeft het mandaat voor de onderhandeling met betrekking tot diensten voor alle Lidstaten van de EU in de WTO. Dit mandaat is vastgelegd in de Conclusies van de “General Affairs Council” van 26 oktober 1999, en is ook bevestigd voor de Doha-ronde. Over de audiovisuele- en culturele sector wordt daarin vastgesteld dat: “During the forthcoming WTO negotiations the Union will ensure, as in the Uruguay round, that the Community and its Member States maintain the possibility to preserve and develop their capacity to define and implement their cultural and audiovisual policies for the purpose of preserving their cultural diversity”.

In navolging van dit mandaat, en na twee uitvoerige consultatierondes gehouden op het gebied in 1999<sup>239</sup> en 2000<sup>240</sup>, heeft de Commissie ook in de Doha-onderhandelingsronde ervoor gekozen het bestaande regime niet te wijzigen; geen verbintenissen voor de audiovisuele sector, en instandhouding van alle MFN-uitzonderingen zoals opgesteld door de EU in de Uruguay-ronde.<sup>241</sup> Uiteindelijk hadden 16 landen verzoeken ingediend bij de EU om zijn audiovisuele markt open te stellen.

### **Veranderingen**

Omdat er geen daadwerkelijke culturele exceptie bestaat, blijft de mogelijkheid echter bestaan dat er door toekomstige onderhandelingen toch verandering komt in de situatie. Deze verandering wordt vanuit verschillende kanten in gang gezet.

Afgezien van de algemene, horizontale bepalingen die gelden voor alle sectoren van diensten die onder de GATS vallen, geldt voor de rest (markttoegang en nationale behandeling) dat specifieke verplichtingen per sector moeten worden aangegaan door de leden op basis van de categorieën zoals onderverdeeld in de W/120 “services sectoral classification list”. De huidige indeling van de audiovisuele sector onder de GATS is een ingewikkeld situatie. Allereerst maken de audiovisuele diensten zelf deel uit van een groter geheel, namelijk de communicatiediensten. De audiovisuele dienstverlening is vervolgens zelf onderverdeeld in zes subsectoren.<sup>242</sup> Andere “convergentiediensten” zoals telecommunicatie vallen ook onder de sector communicatiediensten, maar diensten met betrekking tot computers en aanverwante diensten zijn weer een aparte sector. Doordat convergentie ervoor zorgt dat het steeds moeilijker wordt om te bepalen waar telecommunicatie ophoudt en omroep begint, zal het steeds moeilijker worden voor de EU om te rechtvaardigen dat er wel vergaande liberaliseringsverplichtingen zijn gedaan op het gebied van telecommunicatie, maar men blijft weigeren om verplichtingen aan te gaan in de audiovisuele sector.<sup>243</sup>

Boven alles moet niet vergeten worden dat, wederom omdat er geen echte culturele exceptie bestaat, het leden elke keer weer vrijstaat om te onderhandelen over toegang tot de audiovisuele sector. Na de verzoek-fase waarin leden elkaar te kennen geven welke sectoren ze graag verder geliberaliseerd zouden zien, en de aanbiedingen-fase waarin wordt gereageerd op de verzoeken, vinden de grote onderhandelingen plaats.

In deze onderhandelingsfase is het niet vreemd dat bepaalde sectoren worden ‘uitgewisseld’ voor andere sectoren. Het verband tussen de verschillende sectoren moet dus niet worden onderschat.

***Een verdrag ten behoeve van de culturele diversiteit?***

Als tegenreactie op de ontwikkelingen als binnen de WTO, zijn verschillende organisaties aan de slag gegaan om een oplossing te vinden voor het “culturele probleem” buiten de WTO. Zowel inter- en niet-gouvernementele organisaties als internationale verenigingen van professionals hebben zich met het onderwerp beziggehouden. Zo heeft o.a. de Raad van Europa op 7 december 2000 een Verklaring over Culturele Verscheidenheid aangenomen, heeft het “International Network on Cultural Policy” tijdens zijn laatste jaarlijkse bijeenkomst in Opatija, Kroatie, zijn definitieve conceptversie van een Internationaal Instrument over Culturele Verscheidenheid gepresenteerd (waar ook door het “International Network on Cultural Diversity” intensief aan is bijgedragen), en onlangs hebben de Verenigde Naties en de ITU in Geneve tijdens de World Summit on Information Society aandacht besteed aan het onderwerp van culturele verscheidenheid. Deze toename in aandacht bevestigt de toenemende zorg van de maatschappij dat cultuur steeds meer ondergeschikt zal raken aan vrije marktwerking, met alle gevolgen van dien.

Een zeer belangrijke impuls op het gebied komt van de UNESCO. Op 2 november 2001 aanvaardde UNESCO de Universele verklaring betreffende de Culturele Diversiteit, met het daarbij behorende Actieplan.<sup>244</sup> In deze Universele Verklaring wordt voor de eerste keer culturele verscheidenheid erkend als “gemeenschappelijk menselijk erfgoed”, waarvan de bescherming wordt gezien als een concreet doel en een ethische plicht die onlosmakelijk is verbonden met de menselijke waardigheid. Echter, het gaat om een verklaring, en heeft daardoor nog niet het gewicht om als tegenhanger van de WTO te functioneren.

Als eerste doel wordt in het Actieplan genoemd: “(...) taking forward notably consideration of the opportunity of an international legal instrument on cultural diversity” Een dergelijk instrument zou wel de functie van culturele tegenhanger van de GATS kunnen vervullen. In april 2003 beval Unesco’s Executive Board, op basis van een voorbereidend onderzoek, aan de Algemene Vergadering “that it take a decision to continue action aimed at drawing up a new standard-setting instrument on cultural diversity and tot determine the nature of that instrument.” Dit gebeurde op 17 oktober 2003, toen de Algemene Vergadering van UNESCO op de 33ste zitting in Parijs besloot “that the question of cultural diversity as regards the protection of cultural contents and artistic expressions shall be the subject of an international convention”. Het is de bedoeling dat de ontwerp-versie van deze Conventie tijdens de 33 ste zitting van de Algemene Vergadering in 2005 zal worden voorgedragen.

De Commissie heeft positief geoordeeld over het initiatief op 27 augustus 2004, in de Mededeling 'Towards an international instrument on cultural diversity'.<sup>245</sup> De Commissie is van plan om actief mee te werken aan de ontwikkeling van het internationale instrument over culturele verscheidenheid van UNESCO, en geeft in de Mededeling aan dat het zal trachten het mandaat te verkrijgen om over het onderwerp te onderhandelen voor de EU en zijn Lidstaten.



## NOTEN

- <sup>101</sup> Dit mede door de schaarste van etherfrequenties die benodigd zijn voor de omroep, en daarnaast omdat omroep werd gezien als een medium met een zeer hoog impactgehalte.
- <sup>102</sup> P. Larouche, 'Communications convergence and public broadcasting', verkrijgbaar op [www.tilburguniversity.nl/filec/publications/discussionpapers/archive/dp2002/larouche2.pdf](http://www.tilburguniversity.nl/filec/publications/discussionpapers/archive/dp2002/larouche2.pdf).<sup>103</sup> COM(96)263, Groenboek over de convergentie in de sectoren telecommunicatie, media en informatietechnologieën en over de gevolgen voor de regelgeving – naar een aanpak voor de informatiemaatschappij.
- <sup>104</sup> Voor de eerste resultaten van de consultatieronde zie SEC(98)1284, Werkdocument van de Commissie: Samenvatting van de resultaten van de openbare raadpleging over het groenboek betreffende de convergentie van de sectoren telecommunicatie, media en informatietechnologie en de implicaties daarvan voor de regelgeving; onderwerpen voor nadere overweging (29 juli 1998).
- <sup>105</sup> Deze resultaten zijn door de Commissie in een Mededeling vastgelegd: COM(1999)108 def. (10 maart 1999).
- <sup>106</sup> P. Larouche, 'EC Competition Law and the convergence of the telecommunications and broadcasting sectors' (1998) 22 Telecommunications policy 219. In hetzelfde artikel wordt een analyse gegeven van deze zaken.
- <sup>107</sup> Beschikking 1999/153 27 mei 1998, zaak IV/M.993, PB 1999 L 53/1 (Bertelsmann/Kirch/Premiere); Beschikking 1999/154 27 mei 1998, zaak IV/M.1027, PB 1999 L 53/31 (DT/Betaresearch); Beschikking 99/781 15 september 1999, PB 1999 L 312/1 (BIB/Open).
- <sup>108</sup> Beschikking 2 april 2003, zaak COMP/M.2876, (Newscorp/Telepiu), verkrijgbaar op [http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/index/by\\_nr\\_m\\_57.html#m\\_2876](http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/index/by_nr_m_57.html#m_2876).
- <sup>109</sup> Om te voldoen aan dit argument moet er aan drie voorwaarden worden voldaan: 1) De failliet gaande onderneming zou op korte termijn uit de markt worden geduwd of overgenomen; 2) Er is geen minder anticompetitief alternatief voor de fusie voorhanden; 3) Wanneer de fusie niet plaats zou vinden zouden de activa van de failliet gaande onderneming verdwijnen van de markt, dan wel worden overgenomen door de andere partij van de transactie. Zie V. Baccaro, 'The Commission closes probe into pay-TV industry in Italy approving Newscorp/Telepiu merger deal', Competition Policy Newsletter (2) 2003, blz.-8-11.
- <sup>110</sup> Zie meerdere speeches Commissielid M. Monti, o.a. 'Competition and sport. The rules of the game' op 26 februari 2001 in Brussel, en 'Competition and the consumer: What are the aims of European Competition Policy?' op 26 februari 2002 in Madrid.
- <sup>111</sup> Beschikking 23 juli 2003, zaak COMP/C.2-37.398, PB 2003, L 291/25.
- <sup>112</sup> Zie de verschillende leden van artikel 1, zowel als de definities van 'elektronisch communicatie netwerken' en 'elektronische communicatie diensten' in artikel 2 van de Kaderrichtlijn.
- <sup>113</sup> Supra noot 69.
- <sup>114</sup> Richtlijn 2002/20/EG.
- <sup>115</sup> Richtlijn 2002/22/EG.
- <sup>116</sup> Art. 12 Toegangsrichtlijn.
- <sup>117</sup> Art. 5, 2de alinea onder a) Toegangsrichtlijn.
- <sup>118</sup> Richtlijn 2002/19/EG.
- <sup>119</sup> Art. 6 Toegangsrichtlijn.
- <sup>120</sup> Dat zijn twee belangrijke componenten van de digitale televisie omgeving. Zonder toegang tot EPG's en API's kan het voor een content- of programma-aanbieder in de digitale tijdperk zeer moeilijk zijn, zijn aanbod überhaupt aan de aandacht van de eindgebruiker te brengen.
- <sup>121</sup> Art. 5, 2de alinea onder b) Toegangsrichtlijn.
- <sup>122</sup> Er zijn geen andere bepalingen zoals Art. 5, 2de alinea onder b) of Art. 6 die andere onderdelen van elektronische communicatie betreffen. Voor de rest van de sector is dus of de AMM procedure

of de algemene aanvullende bepaling van Art. 5, 2de alinea onder a) Toegangsrichtlijn van toepassing.

- <sup>123</sup> Dit impact-argument wordt ook in de onlangs verschenen Mededeling van de Commissie *The Future of European Regulatory Audiovisual Policy* COM(2003)784 def., wederom aangehaald: “This is mainly due to the paramount importance and the unparalleled impact of television broadcasting on our societies through the effect it has on the way people form their opinions”.
- <sup>124</sup> P. Larouche, *supra* noot 100, blz. 3-4.
- <sup>125</sup> L. Forgan en D. Tambini, ‘Content’, verkrijgbaar op: [www.communicationswhitepaper.gov.uk/cwp\\_Consultation/contentregulation.pdf](http://www.communicationswhitepaper.gov.uk/cwp_Consultation/contentregulation.pdf), blz. 7.
- <sup>126</sup> COM(1999)657 def.
- <sup>127</sup> Resolutie Europees Parlement, nr. A5-0251/2003, 4 september 2003.
- <sup>128</sup> Verslag over “Televisie zonder grenzen”, (2003/2033(INI))
- <sup>129</sup> COM(2002)778 def., blz. 32.
- <sup>130</sup> COM(2003)784 def.
- <sup>131</sup> Zie blz. 43, onder “Institutionele consequenties van het EC Communications Framework”.
- <sup>132</sup> *Supra* noot 118, blz. 13.
- <sup>133</sup> D.w.z. degene die werd voorgesteld in de eerste versie van de TZG Richtlijn
- <sup>134</sup> Zie V. Salvatore, ‘Quotas on tv programmes and EEC law’, *Common Market Law Review* (29) 1992, blz. 973/974.
- <sup>135</sup> D. Ward (2002) *The European Union Democratic Deficit and the Public Sphere*, Amsterdam: IOS Press, blz. 61.
- <sup>136</sup> *Supra* noot 133.
- <sup>137</sup> Voor een uitgebreide discussie over dit onderwerp zie: . Salvatore, ‘Quotas on tv programmes and EEC law’, *Common Market Law Review* (29) 1992, blz. 975-978; B. Drijber ‘The revised television without frontiers directive; is it fit for the next century?’, *Common Market Law* (36) 1999, blz. 109-111; Irini Katsirea, ‘Why the European broadcasting quota should be abolished’, *European Law Review* (28) 2003, blz. 190-209.
- <sup>138</sup> Hierop zal dieper worden ingegaan verderop in het stuk.
- <sup>139</sup> B. Drijber, *supra* noot 135, blz. 111; V. Salvatore, *supra* noot 132, blz. 984-986; W. Grosheide en P. Mochel, ‘Quotering van televisieprogramma’s in de EU’ *Mediaforum* 1997-2, blz. 22.
- <sup>140</sup> D. Ward, *supra* noot 133, blz. 68-69.
- <sup>141</sup> COM (2002)612 def.
- <sup>142</sup> Zie COM (2002)612 def.
- <sup>143</sup> Dit blijkt o.a. uit de resultaten van de consultatieronde in het kader van de herziening van de TZG Richtlijn, zie COM(2003)784 def.
- <sup>144</sup> B. Drijber, *supra* noot 135, blz. 114. Televisiereclame moet worden onderscheiden van telewinkelen.
- <sup>145</sup> Voor twee kleine wijzingen zie B. Drijber, *supra* noot 135, blz. 116-117.
- <sup>146</sup> Indeling mede gebaseerd op Vierde Verslag van de Commissie over de toepassing van TZG Richtlijn, COM(2002)778 def.
- <sup>147</sup> Voor het gemak wordt in deze alinea het woord reclame gebruikt om zowel televisiereclame als telewinkelen aan te duiden.
- <sup>148</sup> Televisiereclame en telewinkelen mogen niet: de menselijke waardigheid aantasten, discrimineren, godsdienstige of politieke overtuigingen kwetsen, aansporen tot gedrag schadelijk voor gezondheid of veiligheid, aansporen tot gedrag schadelijk voor het milieu of minderjarigen morele of fysieke schade berokkenen.
- <sup>149</sup> Reclame voor geneesmiddelen en medische behandelingen die in de Lid-Staat wiens bevoegdheid de televisie-omroeporganisatie valt, alleen op doktersvoorschrift verkrijgbaar zijn, is verboden. Telewinkelen m.b.t. medische handelingen is verboden, en telewinkelen m.b.t. geneesmiddelen waarvoor een vergunning voor het in handel brengen vereist is ook verboden.
- <sup>150</sup> Wederom televisiereclame en telewinkelen.
- <sup>151</sup> Tevens dient er rekening te worden gehouden met de natuurlijke pauzes in en de duur en de aard

- van het programma, en mag er geen afbreuk gedaan worden aan de rechten van de rechthebbenden.
- <sup>152</sup> Waarbij de blokken voor telewinkelen in de zin van art. 18 bis TZG Richtlijn moeten worden uitgezonderd.
- <sup>153</sup> Zo kent Zweden een totaalverbod voor reclame gericht op kinderen onder de twaalf jaar.
- <sup>154</sup> ‘Study on the development of new advertising techniques’ door Carat Crystal en Bird&Bird, verkrijgbaar op: [http://europa.eu.int/comm/avpolicy/stat/studi\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/avpolicy/stat/studi_en.htm)
- <sup>155</sup> De volgende bevindingen, vragen en conclusies zijn terug te vinden in het onderzoek van Bird&Bird en Carat Crystal.
- <sup>156</sup> ‘Outlook of development of the Market for European audiovisual content and of the regulatory framework concerning production and distribution of this content’, uitgevoerd door Arthur Andersen, verkrijgbaar op [http://europa.eu.int/comm/avpolicy/stat/studi\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/avpolicy/stat/studi_en.htm)
- <sup>157</sup> Overigens ‘dwingt’ het lange wetgevingstraject binnen de EU de Commissie ook tot een dergelijke maatregel.
- <sup>158</sup> Zie COM(2003)784 def., blz. 19.
- <sup>159</sup> COM(84) 300, blz. 288.
- <sup>160</sup> Supra noot 157, blz. 292.
- <sup>161</sup> Supra noot 157, blz. 293.
- <sup>162</sup> Zo moet er twee keer eerder inbreuk zijn gemaakt op de bepaling in de voorafgaande twaalf maanden, moet de betrokken lidstaat de omroeporganisatie en de Commissie schriftelijk kennis gegeven hebben van de vermeende inbreuken en van de maatregelen die zij voornemens is te nemen indien een dergelijke inbreuk herhaald zou worden, heeft overleg met de uitzendende lidstaat en de Commissie niet binnen 15 dagen vanaf de hiervoor genoemde kennisgeving tot een minnelijke schikking geleid, en moet de vermeende inbreuk voortduren. Zie art. 2 bis lid 2 TZG Richtlijn.
- <sup>163</sup> Zaak T-69/99, DSTV v. Commissie (Eurotica Rendez-vous), Jurisprudentie [2000] II-4039.
- <sup>164</sup> COM (96) 483 def.
- <sup>165</sup> Overigens blijkt uit onderzoek wel dat in een ‘traditionele’ analoge, lineaire televisie-omgeving deze methode nog steeds goed functioneert.
- <sup>166</sup> Aanbeveling 98/560/EG.
- <sup>167</sup> DG Informatiemaatschappij is reeds gestart met een nieuwe consultatieronde over het onderwerp, om te kijken of het programma zal worden verlengd tot 2008.
- <sup>168</sup> Zie voor een studie die in 1999 werd verricht in opdracht van de Commissie door de Universiteit van Oxford naar de mogelijke voor- en nadelen van verdere maatregelen ter vergemakkelijking van de controle van de ouders of verzorgers over de programma’s waar minderjarigen naar kunnen kijken, ‘Parental Control of television broadcasting’, verkrijgbaar op [http://europa.eu.int/comm/avpolicy/legis/key\\_doc/parental\\_control/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/avpolicy/legis/key_doc/parental_control/index_en.htm). Zie ook de Mededeling van de Commissie naar aanleiding van deze studie: COM (99)371 def. Daarnaast beschikbaar een Follow-up studie, uitgevoerd door de DVB Regulatory Group in 2000 “Parental Control in a Converged Communications Environment”, verkrijgbaar op: [http://europa.eu.int/comm/avpolicy/regul/new\\_srv/dvbgroup.pdf](http://europa.eu.int/comm/avpolicy/regul/new_srv/dvbgroup.pdf)
- <sup>169</sup> Supra noot 166.
- <sup>170</sup> “Study on the rating practice used for audiovisual works in the European Union”, uitgevoerd door Olsberg/SPI ltd in 2003, verkrijgbaar op: [http://europa.eu.int/comm/avpolicy/stat/studpdf/rating\\_final\\_report.pdf](http://europa.eu.int/comm/avpolicy/stat/studpdf/rating_final_report.pdf)
- <sup>171</sup> Zie COM (2003) 776 def., blz. 16.
- <sup>172</sup> Supra noot 169.
- <sup>173</sup> COM (2003) 784 def.
- <sup>174</sup> Resolutie Europees Parlement, Nr. B4-0326, 22 mei 1996. Zie W. Hins, ‘Uitzendrechten voor belangrijke evenementen en de EG-Televisierichtlijn’, Mediaforum 1998-11/12, blz. 318-323.
- <sup>175</sup> COM(2002) 778 def.
- <sup>176</sup> Te weten Italië, Duitsland, Verenigd Koninkrijk, Oostenrijk en Ierland. Zie PB 2003, C 183/3.
- <sup>177</sup> Kirch Media, T-33/01, PB 2001, C 134/24.

- <sup>178</sup> COM(2003)784 def, blz. 16.
- <sup>179</sup> Herziening van de communicatieregelgeving 1999, COM (1999) 539, zie J. Capiiau, 'EC Must-Carry rules on the brink of a lost opportunity: Harmonisation and free movement of tv broadcasts within the communications review', *Journal of Network Industries* 2: 277-309, 2001, blz. 299.
- <sup>180</sup> Working Document DG Information Society "Universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services, 27 april 2000.
- <sup>181</sup> COM (2000) 392 def.
- <sup>182</sup> Richtlijn 2002/22/EG.
- <sup>183</sup> Zie J. Capiiau, supra noot 177, blz. 301-306.
- <sup>184</sup> Working Document DG Information Society " 'Must-carry' obligations under the 2003 regulatory framework for electronic communications networks and services", blz. 3.
- <sup>185</sup> Zie EBU Dossier over Must-carry van november 2003, A. Berg, 'A brief outline', blz. 6, verkrijgbaar op [www.EBU.ch](http://www.EBU.ch).
- <sup>185a</sup> Wanneer must-carry in de toekomst niet zal worden uitgebreid naar de twee nieuwe begrippen, is de kans groot dat must-carry een ineffectieve bepaling wordt.
- <sup>186</sup> Zie overweging 44 van de Universele Dienst Richtlijn, en officieel in het working document over must-carry, supra noot 182, blz. 5.
- <sup>187</sup> M. Van Kerckhove en H. Albers, "Must-carry and General Interest", blz.11, verkrijgbaar op [www.ecca.be/docs/clifford\\_chance\\_must\\_carry\\_memo.doc](http://www.ecca.be/docs/clifford_chance_must_carry_memo.doc)
- <sup>188</sup> Dit houdt volgens vaste rechtspraak in dat de middelen die worden gebruikt om een bepaald doel te bereiken, het minimum moeten zijn wat noodzakelijk is om dat doel te behalen. "Vereist is derhalve, dat hetzelfde doel niet kan worden bereikt met minder vergaande maatregelen". Zie o.a. zaak C-288/89, SCA Gouda v. Commissariaat voor de Media, Jurisprudentie [1991] I-4007.
- <sup>189</sup> Eurostrategisch rapport over must-carry, verkrijgbaar op: [http://europa.eu.int/information\\_society/topics/telecoms/regulatory/studies/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/information_society/topics/telecoms/regulatory/studies/index_en.htm)
- <sup>190</sup> Supra noot 183.
- <sup>191</sup> De informatie in deze sectie is grotendeels gebaseerd op A. Harcourt, "EU Media Ownership Regulation: Conflict over the Definition of Alternatives", *Journal of Common Market Studies* vol. 36, No. 3, September 1998 en A. Harcourt, "The European Commission and regulation of the media industry", verkrijgbaar op [http://www.medialaw.ru/laws/other\\_laws/european/e-eh.htm](http://www.medialaw.ru/laws/other_laws/european/e-eh.htm)
- <sup>192</sup> 1985 Resolutie [ PEDOC A2-102/85, OJC 288, 11.11.85]; 1986 EP officieel verzoek aan de Commissie; en twee amendementen voor de concept richtlijn TZG in het Barzanti rapport [ PEDOC A2-246/87, 08.12.87, OJC 13, 18.01.88] Zie A. Harcourt, "EU Media Ownership Regulation: Conflict over the Definition of Alternatives", *Journal of Common Market Studies* vol. 36, No. 3, September 1998, blz. 375
- <sup>193</sup> A. Harcourt, "The European Commission and regulation of the media industry", blz. 8, verkrijgbaar op [http://www.medialaw.ru/laws/other\\_laws/european/e-eh.htm](http://www.medialaw.ru/laws/other_laws/european/e-eh.htm)
- <sup>194</sup> Zie A. Harcourt, "EU Media Ownership Regulation: Conflict over the Definition of Alternatives", *Journal of Common Market Studies* vol. 36, No. 3, September 1998, blz. 376.
- <sup>195</sup> A. Harcourt, supra noot 191, blz. 8.
- <sup>196</sup> COM (92) 480 def., blz. 59, zie S. Kaitatzi-Whitlock, "Pluralism and Media Concentration in Europe", *European Journal of Communication* Vol. 11(4), 1996, blz. 463.
- <sup>197</sup> COM (90) 78 def.
- <sup>198</sup> Aldus geciteerd door S. Kaitatzi-Whitlock in "Pluralism and Media Concentration in Europe", supra noot 194, blz. 462.
- <sup>199</sup> COM (94)353 def.
- <sup>200</sup> Zie A.Harcourt, supra noot 192 blz. 385 en D. Westphal, "Media Pluralism and European Regulation", *European Business Law review* Vol. 13(5), 2002, blz. 465. Commissielid Monti gaf in een speech toe persoonlijk voorstander te zijn van een initiatief dat pluralisme zou beschermen, speech to Committee on Culture, Youth, Education and the Media 26.09.95.
- <sup>201</sup> A. Harcourt supra noot 192, blz. 385.
- <sup>202</sup> Tongue rapport – Media Ownership and Pluralism -, 20 October 1996

- <sup>203</sup> Ironisch genoeg had Monti uiteindelijk met zijn laatste voorstel wel genoeg steun vanuit het College van Commissieleden.
- <sup>204</sup> Resolutie over media concentratie, P5\_TA(2002)0554.
- <sup>205</sup> P5\_TA(2002)0054, 20-11-2002.
- <sup>206</sup> COM(2003)784 def., blz. 8.
- <sup>207</sup> COM(2003)270 def., blz. 24.
- <sup>208</sup> Zie blz. 32 onder “SCA Gouda”.
- <sup>209</sup> OJC 364, 31.12.94.
- <sup>210</sup> OJL 53/20, 19.07.96.
- <sup>211</sup> OJL 134, 05.06.96.
- <sup>212</sup> Zie o.a. D. Westphal, “Media Pluralism and European Regulation”, *European Business Law review* Vol. 13(5), 2002, blz. 465.
- <sup>213</sup> Deze stellingname is recent bevestigd in een interview van de auteurs met een medewerker van het DG Mededinging.
- <sup>214</sup> Zie R. Craufurd Smith, ‘State support for public service broadcasting: The position under european community law’, *Legal issues of Economic Integration* 28(1) 2001, blz. 6-7; A. Bartosch, ‘The financing of public broadcasting and E.C. State Aid law: An interim balance’, *ECLR* 1999 (4), blz. 197-198.
- <sup>215</sup> Inmiddels heeft de Commissie op 15 October 2003 bepaald dat er geen sprake was van onverenigbare staatssteun. Wel zal de bestaande steunregeling zodanig aangepast dienen te worden dat deze in overeenstemming is met de Mededeling betreffende de toepassing van de staatssteunregels op openbare omroepen en de Transparantierichtlijn.
- <sup>216</sup> Op 15 October 2003 bepaalde de Commissie dat de staatssteun ontvangen door de Portugese publieke omroep RTP van 1992-1998 verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. Ten aanzien van de jaarlijks compensatie-betalingen zullen wel aanpassingen moeten plaatsvinden om de transparantie te verhogen en potentiële over-compensatie te voorkomen.
- <sup>217</sup> Ook hier bepaalde de Commissie op 15 October 2003 dat er geen sprake was van onverenigbaarheid van de steunmaatregelen met de gemeenschappelijke markt. Wel zal de omroepbijdrage aangepast moeten worden zodat deze verenigbaar is met de Mededeling betreffende de toepassing van staatssteunregels.
- <sup>218</sup> ‘DG IV : Preparing for the Information Society, Guidelines on State Aid for the Arts and Culture, with particular reference to the audiovisual sector’, aangehaald in A. Bartosch, supra noot 212, blz. 197.
- <sup>219</sup> ‘DG IV Discussion Paper on the Application of Articles 90, Paragraph 2, 92 and 93 of the EC Treaty in the Broadcasting Sector’ Zie R. Craufurd Smith, supra noot 212, blz. 7 en D. Ward, ‘The European Union Democratic Deficit and the Public Sphere’, Amsterdam: IOS Press 2002, blz. 103-108.
- <sup>220</sup> A. Bartosch, supra noot 212, blz. 198
- <sup>221</sup> Zaak NN-141/95, PB 1997 C 67.
- <sup>222</sup> Zie bijvoorbeeld zaak NN 88/98 (BBC News 24) op [http://europa.eu.int/comm/secretariat\\_general/sgb/state\\_aids/comp-1998/nn088-98.pdf](http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/comp-1998/nn088-98.pdf)
- <sup>223</sup> ‘Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de regels inzake staatssteun op openbare omroepen’, PB 2001 C 320/5.
- <sup>224</sup> Paragraaf 18 van de Mededeling.
- <sup>225</sup> Paragraaf 17 van de Mededeling.
- <sup>226</sup> Zie pagina 15, onder “Media en Staatssteun”.
- <sup>227</sup> Deze restrictieve interpretatie komt o.a. reeds naar voren in zaak NN 70/98 (Kinderkanal/Phoenix). “..Es sollte daran erinnert werden, dass Bestimmungen die eine Freistellung vom grundsätzlichen Beihilfeverbot gewähren, eng auszulegen sind. Der Begriff ‚Kultur‘ im Sinne von Artikel 92 Absatz 3 Buchstabe d sollte daher auf Bereiche beschränkt werden, die nach allgemeiner Auffassung der ‚Kultur‘ zugeordnet werden, und nicht da über hinausgehen. Die Finanzierung der beiden Spartenprogramme, von denen das einen Kindersendungen und das andere Dokumentationen,

Ereignisübertragungen und Gesprächsrunden ausstrahlt, kann nicht als Förderung der Kultur und der Erhaltung des kulturellen Erbes im sinne von Artikel 92 Absatz 3 Buchstabe d EG-Vertrag angesehen werden, sondern scheint vielmehr demokratischen und erzieherische Bedürfnissen der deutschen Gesellschaft zu dienen.”

<sup>228</sup> Hoofdstuk 6.1 van de Mededeling

<sup>229</sup> Deze opvattingen zijn in overeenstemming met de posities die de Commissie reeds innam in de BBC News 24 beschikking (NN 88/98). In de BBC zaak stelde de Commissie in par. 42 dat “according to the Treaty, Member States are competent to define the public service remit, to entrust its execution to one or more undertakings and to provide for its funding. The Commission under control of the Court- has the duty to prevent any abuse of this competence and to ensure that such funding does not affect trade to an extent contrary to the common interest”. Dat deze bevoegdheid tot invulling ruim geïnterpreteerd mag worden blijkt uit het feit dat de Commissie vervolgens stelt dat “The Commission has only to assess whether the public service mission defined by a Member State does not exceed what can be regarded as “services of general economic interest” under the rules of the Treaty...”

<sup>230</sup> Hoofdstuk 6.2 van de Mededeling,

<sup>231</sup> Hoofdstuk 6.3 van de Mededeling.

<sup>232</sup> Het scheiden van de boekhouding zien we ook terug als voorwaarde in de ‘BBC News 24’ beschikking.

<sup>233</sup> HvJ EG, zaak C-53/00, Jur. 2001, I-9067.

<sup>234</sup> Zie Conclusie van Advocaat-Generaal Léger van 19 maart 2002 in zaak C-280/00, r.o. 61.

<sup>235</sup> HvJ EG, zaak C-280/00, nog niet gepubliceerd.

<sup>236</sup> Zaak N37/2003, (BBC Digital Curriculum), verkrijgbaar op: [http://europa.eu.int/comm/secretariat\\_general/sgb/state\\_aids/comp-2003/n037-03.pdf](http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/comp-2003/n037-03.pdf).

<sup>237</sup> Zie persbericht van de Commissie van 21 januari 2003, IP/03/91.

<sup>238</sup> De feitelijke informatie in deze sectie is o.a. gebaseerd op C. Pauwels and J. Losien, “The WTO and the audiovisual sector”, *European Journal of Communication* vol. 18(3), 2003, blz. 291-313 en op issue 14 van *Quaderns del CAC*, “Globalisation, audiovisual industry and cultural diversity”, September-December 2002, verkrijgbaar op <http://www.audiovisualcat.net/publicationsing/Q14A.html>.

<sup>239</sup> In 1999 werd door de Commissie een consultatieronde gehouden betreffende audiovisuele diensten.

<sup>240</sup> In 2000 werd door de Commissie een consultatieronde in gang gezet voor culturele diensten, en voor het verder uitdiepen van twee sub-sectoren van audiovisuele diensten, nl. muziek en recreatieve software.

<sup>241</sup> Zie press release Commissie 29 april 2003 IP/03/582.

<sup>242</sup> Productie van films en video’s en distributie; vertoning van films; radio en televisie; diensten in verband met radio- en televisie-uitzendingen;geluidsopnamen; overig.

<sup>243</sup> Zie P. Larouche, ‘Dealing with convergence at the international level’, nog niet gepubliceerd, blz. 16 e.v.

<sup>244</sup> Verkrijgbaar op: [http://www.unesco.org/culture/pluralism/diversity/html\\_eng/decl\\_en.shtml](http://www.unesco.org/culture/pluralism/diversity/html_eng/decl_en.shtml).

<sup>245</sup> COM(2003) 520 def.



## 4 DE GEVOLGEN VOOR NEDERLAND: KANSEN EN BEDREIGINGEN

Uit het voorgaande is duidelijk gebleken dat er op Europees niveau eigenlijk niet gesproken kan worden van het “mediarecht”. Dit heeft echter niet als gevolg dat Europa geen rol speelt op het terrein van het mediabeleid; in de loop der jaren heeft de Commissie juist steeds meer bevoegdheden naar zich toe weten te trekken. Dit de consequentie van het feit dat de sector vanuit verschillende ‘Europese invalshoeken’ wordt beïnvloed. Genoemd kunnen worden de interne markt, het algemene mededingingsrecht en ook de mensenrechten. Hierdoor hebben de Lidstaten bij de invulling van hun nationale mediabeleid terdege rekening te houden met het Europese ‘mediabeleid’.

In de praktische uitwerking van het samenspel tussen de EG-beginselen en het nationale mediabeleid van de Lidstaten moeten de EG-Instellingen noodgedwongen een bepaalde visie van mediabeleid hanteren. Hier bevindt zich een spanning in het Gemeenschapsrecht tussen twee logica’s. In de eerste logica ligt de nadruk op subsidiariteit, waardoor het mediabeleid automatisch beperkter aan bod zal komen op EG niveau (als soort van ‘black box’ uitzondering). Het gevolg daarvan is wel dat marktwerking als waarde in de afwegingen van de Commissie vaker naar boven zal komen. De tweede mogelijkheid is een meer expliciet uitgewerkt mediabeleid op Europees niveau. Deze mogelijkheid zal als snel zorgen voor een evenwichtiger beleid, maar gaat wel ten koste van de zo gewaardeerde beleidsspeelruimte van de Lidstaten. Uit gedane constatering blijkt dat wanneer een onderwerp voor het eerst op de Europese agenda wordt geagendeerd de eerste logica heerst, maar dat in de loop van de tijd deze vaak wordt vervangen door de tweede. Het is van belang voor de Lidstaten om dit in te zien: wil men op nationaal niveau blijven beschikken over beleidsspeelruimte, dan moet er rekening worden gehouden met een ‘beleid’ op Europees niveau dat sterk markt georiënteerd zal zijn.

Vanuit het onderzoek kan een aantal verschuivingen op Europees beleidsniveau worden geconstateerd, die met name van belang zijn door het effect dat zij uiteindelijk ook zullen hebben op nationaal mediabeleid.

Allereerst kan worden genoemd de keuze van de Europese Commissie voor een strikte scheiding van content en netwerk/distributie, en het volgen van een zogenaamd horizontaal beleid op distributieniveau in de communicatiesector. De keuze is in gang gezet ten tijde van het Groenboek over convergentie en het daarop volgende consultatieproces. Alle netwerken zijn nu onderhevig aan eenzelfde regime. Dit heeft grote consequenties voor de communicatiesector; waar eerst verschillende reguleringsregimes van toepassing waren op de verschillende netwerken, is het reguleringsbeeld nu



dat deze netwerken volledig met elkaar in concurrentie dienen te gaan. Dit is allereerst van invloed op de manier waarop naar de verschillende media in de communicatiesector wordt gekeken. Vandaag de dag houden veel Lidstaten nog vast aan de indeling waarbij elk medium (radio, televisie, computer), als specifiek wordt beschouwd, met als gevolg dat ook de nationale wetgeving en het nationale beleid apart is gericht op die verschillende media. Het nieuwe onderscheid van de Commissie dwingt de Lidstaten praktisch deze 'oude' indeling op te geven, omdat het anders zeer gecompliceerd zal worden om aan de eisen vanuit Brussel te blijven voldoen. Zo zal het voor Nederland niet langer te verantwoorden zijn om de kabel aan strikter regulering onderhevig te laten zijn in vergelijking met andere netwerken. Het is de taak van de Lidstaten om de netwerken volledig concurrerend te maken, waardoor bevoordeling of benadeling niet langer is toegestaan om te bereiken wat men wil.

In navolging van het horizontale beleid op netwerk niveau, wordt nu ook steeds meer gepleit voor een horizontaal beleid op content niveau. Dit gebeurt met name in het kader van de herziening van de TZG Richtlijn. Een uitbreiding van de TZG Richtlijn naar een Content Framework Package zal zeker niet op korte termijn plaatsvinden, maar is wel iets waarmee rekening moet worden gehouden. Tot voor kort leken de beleidsmakers op Europees niveau de technologieafhankelijkheid van de huidige TZG Richtlijn te onderschatten, of zelfs te negeren, maar in de laatste Mededeling van de Commissie lijkt de zij toch meer open te staan voor een vergaande aanpassing van de TZG Richtlijn.

We constateerden reeds dat door de raakvlakken van het mediabeleid met de meer algemene beleidsdoelstellingen van de EG, de Commissie meer bevoegdheden naar zich toetrekt. Uit het onderzoek is gebleken dat deze stelling enige nuance verdient. Twee gebieden die zijn behandeld, waarop Lidstaten tot voor kort volledige beleidsvrijheid hadden, zijn must-carry en de publieke omroep. Tot de inwerkingtreding van het nieuwe EC Communications Framework was must-carry inderdaad een aangelegenheid van de Lidstaten zelf, inmiddels is er in de Universeledienstrichtlijn een artikel opgenomen met betrekking tot het onderwerp. Uit analyse van het artikel en de overwegingen van de Richtlijn blijkt echter dat de Commissie geen enkele intentie heeft om voor de Lidstaten te bepalen welke zenders de must-carry status verdienen. Wat wel wordt geëist is, kort opgesomd, dat de must-carry regels transparant en proportioneel zijn, regelmatig opnieuw beoordeeld worden en niet verdergaan dan noodzakelijk voor het bereiken van duidelijk omschreven doelstellingen van algemeen belang.

Een soortgelijke situatie zien we bij de publieke omroep. Het protocol betreffende het publieke omroepstelsel laat geen twijfel mogelijk over de mogelijkheid van de Lidstaten om te voorzien in de financiering van de publieke omroep, zolang deze niet in strijd met het Gemeenschapsrecht. Met zijn Mededeling uit 2001 heeft de Commissie duidelijke richtsnoeren gegeven aan de Lidstaten om te voorkomen dat zij

door het geven van ‘onverenigbare’ steun aan hun publieke omroepen onder de EG staatssteunregels komen vallen. Hiervoor dient er, beknopt opgesomd, een officiële omschrijving van de publieke taakopdracht te zijn, dient deze taakopdracht officieel te worden toegewezen, en wordt er een evenredigheidstoets toegepast om te bepalen of het bedrag van overheidsfinanciering niet te genereus is gelet op de kosten van de taakopdrachten. Deze Mededeling is nog steeds verenigbaar met recente uitspraken van het Hof van Justitie. De Commissie geeft uitdrukkelijk geen richtsnoeren voor de inhoudelijke invulling van de publieke omroepen van de Lidstaten. Wat de Commissie wel doet is een zekere discipline introduceren in de uitwerking van de financiering van de Lidstaten (Dit is een goed voorbeeld van de eerste logica zoals boven beschreven). Het doel is dan het voorkomen van anti-competitieve gedragingen, zoals bijvoorbeeld kruissubsidiëring, die zouden kunnen voortkomen uit bijzondere financiële steun. Deze discipline zal de verhoudingen in de media sector ophelderen en verbeteren, maar er is ook een grote kans aanwezig dat dit leidt tot beleidshervorming op nationaal niveau. Het is van groot belang voor Nederland om ervoor te zorgen dat de staatssteun die wordt gegeven aan de publieke omroep voldoet aan de eisen van de Mededeling, wil Nederland niet voor onplezierige verrassingen komen te staan.

Een volgende ontwikkeling die kan worden verwacht is de nivellering van nationale wetgeving. Zowel het ‘land van herkomst’-principe en de eisen van proportionaliteit en evenredigheid zullen aan deze ontwikkeling bijdragen. Het ‘land van herkomst’ principe zorgt ervoor dat het steeds ongunstiger wordt voor Lidstaten om in negatieve zin af te wijken van het gemiddelde mediabeleid van de Europese Lidstaten. Nederland heeft hier reeds enkele ervaringen mee gehad. Bedrijven zullen vluchten naar Lidstaten met een gunstiger juridisch klimaat, en de mogelijkheden om een dergelijke vluchtconstructie aan te vechten zijn beperkter dan vaak wordt aangenomen. Ook de procedurele eisen van proportionaliteit en evenredigheid dragen bij aan nivellering van nationale wetgeving, zij het via en andere weg. Dankzij het subsidiariteitsbeginsel blijven de Lidstaten weliswaar op veel gebieden de jure ruime bevoegdheden houden, maar de vraag is in hoeverre deze bevoegdheden de facto bruikbaar blijven. Neem het voorbeeld van de publieke omroep. Hier zal het negatief afwijken van het gemiddelde er eerder voor zorgen dat de Commissie geneigd zal zijn om onderzoek te doen naar – en marktspelers eerder geneigd om zich op EG recht te beroepen in juridische procedures tegen – een systeem dat afwijkt van het gemiddelde.

In de toekomst zal rekening moeten worden gehouden met een toename in het gebruik van zelf- en coregulering. Deze toename wordt gestimuleerd door het Witboek over Europese Governance om redenen van verbetering en vereenvoudiging van regelgeving, maar komt ook, meer praktisch, voort uit het onvermogen om bepaalde overeengekomen beleidsdoelstellingen effectief te handhaven. Gebleken is uit verscheidene onderzoeken van de Commissie dat in een interactieve, on-line omgeving het steeds moeilijker zal worden om te achterhalen waarvandaan content-aanbieders opereren, en dus ook om deze aanbieders te corrigeren. Het is zaak dat Lidstaten samenwerken

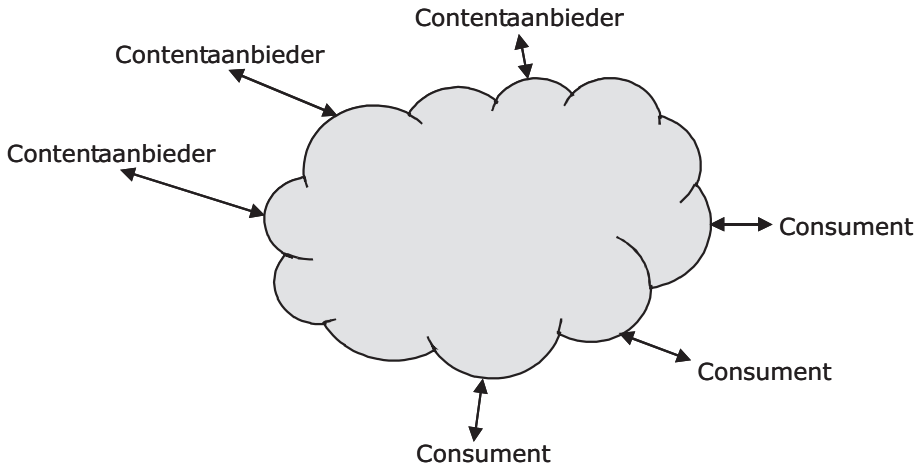
aan en in nieuwe vormen van zelf- en coregulering door het doen van onderzoek en het uitwisselen van ‘best practices’. Wanneer de TZG Richtlijn zal worden uitgebreid naar de diensten van de informatiemaatschappij, zal het noodzakelijk zijn om meer gebruik te maken van co- en zelfregulering ter garantie van effectieve handhaving

Op het Europese beleidsniveau is veel aandacht gegeven aan de beleidsvorming en –uitvoering in een context van onzekerheid over technologische en economische ontwikkelingen. Deze onzekerheid komt niet alleen voort uit convergentie, maar ook uit segmentatie in de verticale waardeketen, productie van content en de mogelijkheden om ‘value’ te halen uit de verschillende spelers in de keten. Hierboven is besproken dat de Commissie als antwoord op de convergentie voor een horizontale benadering heeft gekozen. Uit de implementatiepraktijk blijkt echter reeds dat dit verschil niet zo eenvoudig te handhaven is.

In deze context van onzekerheid kunnen beleidsmakers twee dingen doen: ofwel achter de ontwikkelingen aanlopen (wait and see), ofwel proberen zich zoveel mogelijk van de onzekerheid te bevrijden door de wetgeving zodanig aan te passen dat verscheidene opties open blijven. Op EG niveau bestaat een brede consensus voor de tweede optie, die als gevolg daarvan ook voor Nederland geldt. Deze tweede optie is ons inziens onvermijdelijk verbonden met een veralgemenisering van het beleid, zoals de evolutie van het EG-recht in de laatste jaren aantoont. Deze veralgemenisering leidt tot enige belangrijke gevolgen voor het EG recht, zoals reeds gezien in het nieuwe kader voor elektronische communicatie. Ten eerste is de wetgeving inhoudelijk veelal summier en algemeen, en gebaseerd op een zogenaamde “technologie-neutrale” aanpak. Technologie-neutraliteit werd tot nu toe het beste gerealiseerd als de wetgeving meer op functionele (toegang, zending, etc.) en economische (marktmacht, etc.) concepten is gericht, in plaats van formele concepten als radio, televisie en internet. In de theorie wordt deze ontwikkeling geschetst als “afstemming op het mededingingsrecht”, maar in de praktijk is dit niet zo vergaand dat het tot een volledige congruentie met het mededingingsrecht komt. De functionele/economische benadering blijft vanzelfsprekend onaangetast. Ten tweede wordt op institutioneel niveau veel gewicht toegekend aan de NRI, die meer flexibiliteit, expertise, continuïteit en onafhankelijkheid biedt dan een steeds herhaald beroep op de wetgever.

Uiteindelijk zou het beeld van de industrie, vanuit het perspectief van de beleidsmaker, er zo uit kunnen zien:

Figuur 4.1



Er is dus een groot aantal content aanbieders die hun content aan de talrijke consumenten doen toekomen. Door toenemende interactiviteit kan de communicatie in beide richtingen gaan, zodat uiteindelijk de grens tussen consument en content aanbieder een kwestie van schaal en verhouding tussen de beide richtingen is. Tussen de content aanbieders en de consument is er als gevolg van de onzekerheid een wolk, dat wil zeggen dat het is niet bekend (of niet meer met een redelijk inspanning vanuit de overheid vast te stellen) op welke wijze de content naar de consument komt.

Het gebruik van een functionele/economische benadering (incl. concepten uit het mededingingsrecht), als gevolg van onzekerheid, heeft bovendien een feedback-effect: het beleid is erop gericht, in te grijpen als het wolk-model de gewenste beleidsdoelinden niet bereikt. De onderliggende veronderstelling is dat zo'n geval zich kan voordoen bij marktmacht of beheersing over bottlenecks, enzovoorts. In deze gevallen verdwijnt eigenlijk (een deel van) de wolk: omdat het model niet werkt, wordt de werking van de markt eenvoudig zichtbaar voor de overheid (een of enige speler(s) heeft/hebben marktmacht of beheerst/beheersen een bottleneck). Met andere woorden: het model verkrijgt een normatieve eigenschap. De ideale situatie is dat de wolk bestaat.

Dit heeft een aantal gevolgen voor het mediabeleid:

Het is niet meer zo noodzakelijk of nuttig dat de beleidsmaker een compleet beeld heeft van de ontwikkelingen in de sector. Overheidsinterventie wordt veel meer gefragmenteerd<sup>246</sup>. Het beleidstraject ziet er meer zo uit:

- i. Vaststellen van de beleidsdoelinden (de waarden die we nemen als uitgangspunt);
- ii. Nakijken of deze doelinden daadwerkelijk worden bereikt zonder interventie van de staat (wat niet betekent, dat voorafgaande interventie tegen een nog niet inge-

treden maar wel mogelijk grootschalig gevaar of tekort uitgesloten is);  
iii. Al dan niet, vaststellen van het probleem en aangepast antwoord.

- Een mediabeleid dat erop is gebaseerd, dat de wolk niet bestaat en dus dat de volledige marktstructuur bekend (of kenbaar) is, is op termijn niet haalbaar en is eigenlijk in strijd met Europese beleidsrichtingen;
- In het wolk-model is overheidsingrijpen dat ertoe dient extra content ter beschikking te stellen of extra distributiemogelijkheden te creëren altijd mogelijk, zolang het niet de werking van het wolk-model beschadigt (daarom controle over must-carry verplichtingen en de publieke omroep);
- Daartegen is overheidsingrijpen dat ertoe dient controle over een deel van de wolk uit te oefenen (bijv. voor de bescherming van de jeugd), minder kansrijk. Hier moet de aansluiting met de economische regulering beter worden hersteld: de aanwezigheid van marktmacht of bottlenecks wordt weliswaar door economische regulering bestreden, maar is niet helemaal te voorkomen. Tegelijkertijd is het overheidsingrijpen dat controle veronderstelt het best te verwezenlijken op de punten waar marktmacht of bottlenecks aanwezig zijn.

Ten slotte moet nogmaals benadrukt worden dat nieuwe ontwikkelingen op WTO niveau van grote invloed kunnen zijn op de manier waarop zowel op EG niveau als op nationaal niveau mediabeleid wordt gevoerd.

## NOTEN

<sup>246</sup> Let wel, dit betekent niet fragmentatie naar technologie, maar fragmentatie naar onderwerp.

WRR WEBPUBLICATIES 5

## *Een schets van het Europese mediabeleid*

In deze studie wordt op een uitvoerige wijze het Europese mediabeleid beschreven, om vervolgens in te gaan op de huidige stand van zaken in het gebied. Aan de orde komen de recente ontwikkelingen en uitdagingen, om uiteindelijk de kansen en bedreigingen van het Europese beleid voor Nederland weer te geven.

Deze webpublicatie is het resultaat van een opdracht die aan TILEC (Universiteit van Tilburg) is verstrekt in het kader van het WRR-rapport *Focus op functies. Uitdagingen voor een toekomstbestendig mediabeleid* (2005). Het onderzoek is uitgevoerd door prof. dr. P. Larouche en mr. I. van der Haar.

PALLAS  PUBLICATIONS

ISBN 90-8555-081-5



WWW.AUP.NL